

Acerca del derecho penal de enemigo como expresión jurídica de una civilidad denegada. Gunther Jakobs y el asalto al derecho penal*

About the Criminal Law of the Enemy as an Expression of a Denied Civility. Gunther Jacobs and the Assault to Criminal Law

*Julián Andrés Durán-Puentes***

Recibido: 24/08/10

Aprobado evaluador interno: 2/09/10

Aprobado evaluador externo: 19/09/10

De los profesores alemanes se dijo una vez que eran la guardia de los *corps espiritual* de los Hohenzollern: en este periodo a que nos referimos, se convirtieron en los S.A y

los S.S intelectuales

G. Lukács

Resumen

El artículo busca establecer de qué manera el derecho penal de enemigo es una apuesta para la reactivación de una tradición de negación de la civilidad ante el cansancio de la experiencia moderna y las dificultades de la utopía como forma de pensamiento.

Abstract

The paper seeks to establish how the enemy criminal law is a commitment to the reactivation of a tradition of denial of civility to the weariness of modern experience and the difficulties of utopia as a way of thinking.

* Artículo de reflexión derivado de investigación.

** Abogado de la Universidad Santiago de Cali y Licenciado en Filosofía de la Universidad del Valle. Especialista en Derecho Penal y candidato a Magíster en el programa de Maestría en Filosofía de la Universidad del Valle. Miembro del grupo de investigación GICPODERI de la USC. El autor es docente en la Universidad Santiago de Cali y en la Universidad Libre, seccional Cali. Se desempeña igualmente como abogado litigante. Correo electrónico: julianduran76@ hotmail.com.

Palabras clave autor: derecho penal de enemigo, civilidad, utopía.

Key words author: Criminal Law Enemy, Civility, Utopia.

Palabras clave descriptor: Derecho penal, historia y crítica, gobernabilidad, totalitarismo.

Key words plus: Criminal Law, History and Criticism, Governance, Totalitarianism.

Introducción

Entre 1985 y 1999, Gunther Jakobs expuso y publicó una serie de textos y ponencias alrededor de la noción sociológica de la persona y en torno al derecho penal de enemigo. Sus ideas tuvieron, en aquel entonces, mucha resistencia por parte de filósofos y juristas que veían cómo a través del reavivamiento de tales posturas se relativizaban las mayores conquistas históricas y morales de la modernidad. Pero, después del 11 de septiembre de 2001, el miedo se apoderó de las “sociedades civilizadas” y las posturas de Jakobs encontraron no solo asidero social y jurídico en la política criminal de los estados, sino también promotores y defensores de alta talla académica. Los promotores plantearon la posibilidad de un Jakobs sofisticado, de fina lectura, escéptico, en el cual la descripción de lo que sucedía con el derecho penal en el mundo actual se confundía, por la complejidad de su planteamiento, con la prescripción normativa. El verdadero propósito del autor, sin embargo, era el de alertar al mundo actual sobre los peligros de esta nueva manera de entender el derecho penal y de comprender su función en el mundo globalizado. No se trataba, entonces, de una justificación sino de una explicación del fenómeno. Para otros, en cambio, entre ellos los más celosos promotores de un derecho penal democrático y liberal, la complejidad que acompaña a la propuesta de Jakobs no es más que la forma solapada de justificación de una reducción del ámbito de protección penal y de una instrumentalización del derecho penal por la política. La denuncia pone de presente cómo detrás de la aparente “explicación” de los fenómenos lo que se encuentra es una verdadera justificación de la reactivación de las prácticas más repudiadas en contra del ser humano. Unos y otros, sin embargo, han llevado sus discusiones a un punto muerto, en donde las ideas parecen ir de lo tautológico al olvido de la teoría por la ideología como una forma de justificar la guerra preventiva, la tortura como mal menor y, finalmente, la institucionalización de la barbarie. En este sentido, el derecho penal de enemigo ha sido denunciado como un mecanismo, en apariencia excepcional, pero realmente permanente de validar el derecho a través de la identificación del enemigo como un grupo humano sobre el cual se demuestra la eficacia represiva del derecho y su fortaleza. La obra de Hannah Arendt sobre el totalitarismo y un estudio reciente de Anne Applebaum sobre los Gulags describe muy bien este proceso¹.

Sin embargo, el derecho penal de enemigo encierra una lógica interna que en Jakobs ha alcanzado, en este punto, un nivel mucho más complejo que aquel que se encontraba en la propuesta clásica de Carl Schmitt. Jakobs ha construido conceptos y ha definido aspectos que Schmitt no consideraba necesario explicar. Entre estos, se tiene la particular noción de persona que constituye la piedra angular de justificación de su propuesta político criminal. En este punto, sin embargo, las fuentes giran en torno a

¹ Para un resumen de los mismos y una postura frente al tema, ver Durán (2007, pp. 29 y ss).

ellas mismas. Los más distinguidos penalistas han abordado la temática con lucidez y suficiencia académica. Cancio Meliá, Zaffaroni, Muñoz Conde, Silva Sánchez y Kai Ambos, entre otros, han discutido la cuestión estableciendo conclusiones diversas y siempre opuestas entre unos y otros.

El propósito del presente artículo es sumar algunos enfoques nuevos a la discusión, aportando otras fuentes y defendiendo la tesis según la cual el derecho penal de enemigo es una construcción ideológica que surge en momentos en que la experiencia jurídica y social se muestra fatigada, resurgiendo la utopía como un discurso de integración de las expectativas a través del miedo y ante la presencia de fenómenos delictivos desconocidos o complejos. Para ello, se demostrará cómo la noción de persona de Jakobs es un anacronismo sin fortaleza en sí mismo y cómo obedece a una inadecuada forma de concebir lo institucional, generando lo que Odo Marquard llama “la civilidad denegada” como un escenario epistémico en el cual las más diversas posturas conspiran para abandonar la democracia y volver a la desinstitucionalización como institucionalización aparente.

En síntesis, el artículo buscará mostrar cómo el derecho penal de enemigo es una forma más de “asalto a la razón” y cómo sus postulados proceden de una ontología de las instituciones que desconoce, a través de un discurso biológico y sociológico mal concluido, los valores fundamentales que la civilidad ha ganado históricamente y que defiende en contra de lo que Marquard ha llamado el “antimodernismo futurista”.

El derecho penal de enemigo como un asalto al derecho penal moderno. La perspectiva de Georg Lukács sobre el problema

La Europa de la primera posguerra fue un escenario muy complejo desde el punto de vista político, histórico y de la experiencia vital. Del descontento por el capitalismo y la razón, surgió el irracionalismo como la búsqueda de una felicidad negada. La “bella época” y las tendencias surrealistas en el arte tendrían una amarga compañía que surgió del mismo origen de las primeras: de la irracionalidad política, filosófica y jurídica. Georg Lukács escribió un hermoso trabajo para dar respuesta a estas tendencias que él vaticinaba se convertirían de nuevo en una dolorosa enfermedad si no eran detenidas a tiempo. Como buen marxista sintió que la República de Weimar era el arribo de una época que muchos esperaban, pero que nunca pudieron imaginar que se convertiría en la aurora del nazismo. A sus reflexiones, extensas y profundas, las tituló *El asalto a la razón. La trayectoria de irracionalismo desde Schelling hasta Hitler* (Lukács, 1953-1959). El libro se publicó en 1953 y en él se denuncian las filosofías y las sociologías del irracionalismo. Estas van desde Shelling, Fichte, Lessing y Nietzsche hasta Max Weber, Carl Schmitt, Heidegger, entre otros. El fracaso de la República de Weimar y la desilusión por los liberales y los comunistas fueron el comienzo del ingreso de la irracionalidad a la sociedad europea de aquel momento. Lukács explora muy bien, en su trabajo, la

trágica relación existente entre la sociología, la filosofía y el derecho, y lo hace a través de quien él considera el mejor intérprete de esta tradición y quien en últimas diera al Tercer Reich toda la justificación jurídica necesaria para sus propósitos: Carl Schmitt.

Para Lukács, es Schmitt quien a través de sus obras y de su participación en el nazismo detenta una importante responsabilidad en todo lo ocurrido. Para concluir ello, el autor propone un interrogante tácito fundamental: ¿cómo surge la irracionalidad en el derecho y en qué momento estamos ante esta? Un síntoma evidente que pone de presente Lukács es la sensación de fatiga de la experiencia social y jurídica que se puede experimentar ante el derecho existente. Este malestar, que estuvo presente en aquel momento y que puede resurgir en cualquier otro en una sociedad democrática nació, en primer lugar, como una duda profunda hacia la deliberación parlamentaria y su capacidad para responder a los fenómenos de inseguridad e impunidad. No es el discutir, como una manera consensuada y racional de ofrecer soluciones a los retos que propone una sociedad compleja, lo que resulta apropiado, sino la búsqueda de eficacia y de soluciones inmediatas a los problemas, lo que parece urgente. El ataque de Schmitt hacia el parlamentarismo democrático tiene como objetivo preparar el terreno para una nueva forma de crear el derecho, para un “nuevo derecho”, que permita reemplazar la lentitud de la deliberación y ahorrarle a la sociedad la posibilidad de verse afectada por los peligros y los sufrimientos, por la inseguridad como un sentimiento que gravita y produce temor social. El parlamentarismo es visto por este pensador como una forma en decadencia que se halla en contravía con la historia, como un reflejo de la ambigüedad de la burguesía liberal y, por tanto, de su incapacidad para conducir a la sociedad por el camino correcto. Afirma Schmitt:

El odio contra la monarquía y la aristocracia impulsa al burgués liberal hacia la izquierda; el miedo hacia la democracia radical y al socialismo que amenazan su posición patrimonial le mueve, de otra parte, hacia la derecha, hacia una fuerte monarquía, cuyas tropas pueden protegerle; oscila así, entre ambos enemigos y aspira a compaginarlos entre sí. (1922, 1988).

El resultado de tal ambigüedad es la debilidad institucional, y por lo tanto, la debilidad del derecho. Esta crisis permanente del poder y de la eficacia jurídica, en la República, no permite que “la voluntad del pueblo” se funda en una sola corriente (Lukács, 1959, p. 533) y, de esta manera, el parlamentarismo se dedica a proteger “un absurdo *statu quo*” (Lukács, 1959, p. 533).

La respuesta de Schmitt a esta situación permanente de inseguridad y anarquía es la *excepción*. Este acontecimiento, opina, “es más interesante que el caso normal, pues en el vemos como la fuerza de la vida real rompe la corteza de una mecánica estancada en la repetición” (Lukács, 1959, p. 531). En consecuencia, la famosa máxima de Schmitt toma sentido pleno: “es soberano quien decide acerca de los estados de excepción”. Esto quiere

decir que es soberano, y por lo tanto digno de ser obedecido, quien produce el derecho de excepción y unifica a la sociedad en torno a este y a las instituciones que lo protegen y lo hacen eficaz. El Estado, nos recuerda el jurista citado, permanece mientras el derecho siempre pasa a un segundo plano” (Lukács, 1959, p. 530). Bajo esta condición, el Estado es más importante que el derecho y este solamente es tal cuando es *excepcional*.

De esta manera, existe otro interrogante tácito en la obra de Schmitt que Lukács esclarece y que resulta fundamental para comprender los peligros del irracionalismo en el derecho: ¿qué necesita el derecho para ser siempre excepcional?

Para que el derecho tenga tal condición, denuncia Lukács en su síntesis crítica, se debe escoger entre “amigos y enemigos” y estos últimos deben ser los depositarios de todo el derecho soberanamente producido a través de la condición de excepción. Por eso, el derecho necesita de “enemigos”, grupos humanos sobre los cuales hacerse eficaz y a los cuales perseguir para dotarse de validez. Ello solo confirma, para Lukács, lo “extraordinariamente pobre y vacua que resulta la abstracción y la arbitrariedad irracionalista” (Lukács, 1959, p. 536).

De esta forma, Lukács señala los aspectos centrales de la discusión actual en torno al derecho penal de enemigo, a través de su estudio del irracionalismo de mediados de siglo. Fue Schmitt quien elaboró el concepto en su forma más refinada, pero ahora es Gunther Jakobs quien, en la coyuntura del siglo XXI, le promueve a partir de los mismos elementos que se encuentran en el primero y que Lukács señala de manera magistral en su crítica.

En las intervenciones de Jakobs acerca del derecho penal de enemigo, este se presenta como un “derecho nuevo”, de emergencia, frente a una situación “no esperada” y frente a “enemigos” que pueden destruir la sociedad, el Estado y los valores (Aponte, 2005, pp. 12, 13 y 25). Jakobs retoma la batería conceptual que ha heredado para justificar por qué un derecho penal excepcional, de enemigo, es una propuesta de solución a los males que aquejan a la sociedad, lo cual hace que este pensador se muestre especialmente pesimista frente al presente (Aponte, 2005, p. 23).

Para Jakobs, la primera condición para potencializar el derecho, a través de la forma de un derecho penal de enemigo, es la excepcionalidad de la amenaza. Es así como, frente a la delincuencia organizada y frente a fenómenos como el terrorismo o la delincuencia habitual de carácter sexual, el derecho penal de enemigo es un “derecho nuevo”, aquel que es capaz de evitar la destrucción de la sociedad.

Para llegar a esta conclusión, no se requiere de una fundamentación racional (razón por la cual Jakobs no hace muchos esfuerzos argumentativos para delimitar lo descriptivo de lo prescriptivo en sus trabajos), pues esto solo sería coincidente con las manías del parlamentarismo, con las prácticas de “esa clase que se la pasa discutiendo” (Schmitt, 1929; Marquard, 2006, p. 159) y que, por lo tanto, es incapaz de conjurar una “nueva”

amenaza. La sociedad bajo el influjo liberal se encuentra en estado de desintegración, de duda, de crisis permanente, de debate (Lukács, 1959, p. 532). Y esto es suficiente para que Schmitt haga un llamado a la dictadura y a la búsqueda de un defensor del derecho (Schmitt, 1985; Zarka, 2007).

En el caso de Jakobs, el destacado penalista no propone una dictadura, pero sí solicita la paciencia y la cooperación a la sociedad para disminuir el ámbito de protección de las garantías judiciales a fin de que la República no se convierta en una dictadura, pero termine teniendo el mismo margen de operación de aquella (Aponte, 2005, p. 50). En ello, existe una coincidencia entre los pensadores: “el pueblo debe fundirse en una corriente única” (Schmitt) y esto solo es posible a través de la identificación de unos enemigos concretos. Jakobs afirma lo mismo con ocasión a “la fuerza explosiva de la llamada multiculturalidad”, de lo cual se deduce en este no solo la afinidad schmittiana a una “única corriente” sino la necesidad de “una única” cultura (Ambos, 2007, p. 32).

En este punto de la discusión, se pudiera establecer una comparación adicional entre uno y otro planteamiento. Mientras para Schmitt, el derecho penal de enemigo requiere de una dictadura, el punto de partida de Jakobs pareciera el de un Estado de Derecho, republicano y moderno. La preocupación que pudiera surgir, contemporáneamente, acerca del diseño constitucional del Estado, sin embargo, no es un obstáculo para ambos. Lukács recuerda muy bien la oportuna frase de Schmitt: “el fascismo no se halla en contradicción con la democracia” (Lukács, 1959, p.535). Es esta la idea fundamental a través de la cual Jakobs puede proponer un derecho penal de enemigo que incluya el recorte de las garantías judiciales, el aislamiento y el interrogatorio “duro”, sin que sea necesario entorpecer ni renunciar a los valores democráticos y constitucionales de la sociedad y del Estado de Derecho moderno².

De esta manera, se puede establecer como todas las bases del derecho penal de enemigo se encuentran en la irracionalidad jurídica de la Alemania nazi de los años treinta. Los postulados de Jakobs coinciden plenamente con la obra de Carl Schmitt y, de esta manera, queda clara la coincidencia histórica y teórica entre los dos pensadores, pero también la coincidencia de sus prejuicios y de la irracionalidad de ambas propuestas en torno a la respuesta correcta para los delitos de gran impacto social. Esto solo puede ser posible cuando una tradición suma a grandes autores en una sola forma de pensar: la utopía futurista antimoderna.

² Dijo Jakobs en su visita a Bogotá en el año 2004: “La democracia debe conservar sus fundamentos; ella vive de requisitos concretos”, citado por Aponte (2005, p. 50)

Civilidad ganada, civilidad denegada. El ataque de las utopías

La conexión que existe entre una tradición como la esbozada y la postura de Jakobs en la actualidad, en torno a la necesidad de defender una versión difusa del derecho penal entre enemigos y ciudadanos, no es casual. Dicha forma de pensar obedece a una manera específica de enfrentarse a la modernidad cultural, en defensa de la utopía de una sociedad clarividente, segura y sin crímenes, tal como parece concebirla Jakobs en sus escritos³. Esta postura no es más que una forma de negar la civilidad ganada y obtenida como fruto de la experiencia histórica. La obra de Odo Marquard, en torno a la manera en que la tradición conservadora alemana decidió atacar los postulados de la Ilustración, para promover una forma superior de sociedad que superara el engaño del capitalismo, de la razón y del socialismo democrático, es bastante importante para poner en contexto la discusión que ha atrapado al derecho penal en la actualidad.

Marquard ha depositado sus puntos de vista en dos hermosos trabajos en los cuales reconstruye la forma en que esta corriente de pensamiento ha negado, desde hace mucho y sistemáticamente, la civilidad como una forma de obtener carta abierta para que la utopía antimodernista pueda tener asidero en los ciudadanos del presente. En *Apología a la civilidad*, Marquard señala cómo la negación del presente, o la puesta en crisis del mismo, es la forma más usual como esta tendencia destruye los valores de la modernidad. A través de expresiones como lo decadente (recuérdese “El ocaso de occidente” de Spengler), lo masivo (la obsesión de Schmitt por “lo excepcional”) y la autenticidad revolucionaria (E. Bloch y G. Lukács), el presente es acusado de los males sociales e históricos. Desde Spengler hasta Schmitt, como bien se ha señalado, los filósofos del antimodernismo han renegado de los valores del presente y de la democracia moderna. Estos valores son propiamente aquellos que se derivan de la Ilustración, de la carta de los Derechos Humanos de 1789 y de 1793, de aquellos que se encuentran como una constante en la delimitación y la construcción de estados sociales y liberales de derecho.

En un trabajo de Fichte denominado *Los caracteres de la edad contemporánea*, el filósofo alemán propone la idea según la cual la humanidad ha desarrollado su historia en cinco etapas, en las cuales considera que el presente –1806– refleja la tercera de estas épocas. Este momento, sin embargo, es para Fichte, un instante de dependencia, de “pecaminosidad consumada” y, por tanto, una época para superar a un punto en el cual la historia se dé por terminada y el ser humano se haga completamente libre y auténtico. Marquard considera que esta visión refleja bien lo que posteriormente muchos pensadores postularían como el fin de la historia, como la posibilidad de alcanzar “la unidad final” de la humanidad, de recuperar el paraíso perdido y, por ende, esta

³ Aun así, a pesar de la evidencia de este pensamiento en el autor, este parece pesimista sobre el éxito del mismo (Aponte, 2005, p. 61)

utopía consideró (y considera) que es necesario quitar del camino todo obstáculo para la consecución de ese momento. En Jakobs, a propósito del derecho penal de enemigo, no es difícil adivinar qué impide la consecución final de la paz social y la seguridad. De manera literal, afirma Marquard:

Esta filosofía niega el mundo actual histórica-filosóficamente al creer saber de manera definitiva cual es la finalidad final, el buen final de la historia y el camino hacia ella, y por eso se cree justificada para negar todos los obstáculos en ese camino hacia la salvación y todos los obstáculos a su aceleración revolucionaria. Por eso también niega el presente, el mundo burgués, porque no es ese futuro, sino una alineación radical, una cosificación radical, o como dijo Adorno, la trama total de la ceguera. La finalidad de la historia (Adorno no lo formula así) redime los medios que conducen a ella y los sacrificios que exige: al futuro le deben ser entregado el presente y el pasado; a la unidad de la humanidad, la diversidad de tradiciones e individualidades (como la familia, particularidades regionales, nacionales y tradicionales, religiones); a la historia, las historias; a la “gran negación”, la tolerancia; a la revolución, el derecho; a la confianza en la victoria, el pensamiento; a la esperanza, la experiencia; a la emancipación, la economía; dicho brevemente, a la libertad, las libertades, se necesita el *sacrificium liberalitatis*. (Marquard, 2001, p. 99)

De esta manera, Marquard describe cómo el mundo es puesto en crisis a pesar de que no exista un motivo real para ello, cómo el malestar surge del estado de bienestar, cómo se considera, de la noche a la mañana, que hay “un exceso de expectativas” que deben ser ordenadas y cómo hay que buscar “chivos expiatorios” para renegar del presente y apostarle “al futuro”. En este sentido, continua:

Hoy este mecanismo negador actúa entre nosotros. Porque la realidad presente debería ser el cielo en la tierra y no lo es, es reducida a infierno en la tierra, como si no existiese un estadio intermedio y no valiera la pena defender su existencia: la tierra en la tierra. Nosotros, miembros mimados de una cultura tardía no querríamos ser mimados por un mundo perfectamente logrado, producimos nuestra hostilidad la modernidad, la tendencia a la negación y el rechazo del mundo civil burgués, mediante pretensiones de pretensión carentes de sentido. (Marquard, 2001, p. 105)

¿No es el diagnóstico de Marquard evidente en la discusión actual sobre el derecho penal de enemigo? ¿No es una negación a la civilidad burguesa y, por lo tanto, a los derechos humanos como derroteros de la civilización humana lo que hace Jakobs cuando postula dos tipos de derecho para negar el carácter de humanidad a los seres humanos detrás de una anticuada definición de persona?

Es evidente que la propuesta de Jakobs, y sus promotores, es un buen ejemplo de negación de la civilidad moderna, la cual toma forma en la existencia absoluta de las garantías judiciales, en el respeto absoluto por los valores liberales y la forma republicana de las instituciones. Cuando Jakobs, en una entrevista realizada en mayo de 2010, justifica las acciones de incomunicación y los tratos inhumanos contra las personas privadas de la libertad en Guantánamo y se muestra favorable a las prácticas de tortura con ocasión de los casos Daschner y Wolffsohn, claramente se tiene la activación de este mecanismo negador, que denuncia Marquard, como antimodernista y anticivilizado⁴.

De esta manera, debe recordarse que el proyecto de un derecho de excepción denominado “derecho penal de enemigo” se hace plausible para esta forma de ver el mundo cuando el llamado “terrorismo internacional” amenaza aparentemente a Europa y a sus valores. Estos últimos, sin embargo, no han terminado siendo suprimidos por las explosiones o por los aviones dirigidos como misiles contra las ciudades occidentales sino, paradójicamente, por la iniciativa de los juristas y los políticos de este mismo hemisferio. Marquard continúa con su reflexión, ubicando de manera concreta lo que ocurre en su país, Alemania, con respecto a este mecanismo de negación sistemática de la civilidad:

La desobediencia retrospectiva que refuerza esta tendencia al No al mundo civil burgués [se encuentra] especialmente en Alemania. Esta tiene que ver con nuestro pasado más oscuro: nos aterroriza decir Sí, porque el segundo cuarto de siglo, en nuestro país, se dijo demasiado Sí durante doce años. Por eso queremos recuperar el No, que entonces no dijimos, diciendo No ahora. Queremos ofrecer, a cambio del levantamiento nunca realizado contra la dictadura, una rebeldía crónica contra la No dictadura del mundo liberal civil burgués. (Marquard, 2001, p. 106)

La mejor muestra de lo afirmado por Marquard, en el ámbito jurídico, es el negacionismo de Jakobs al derecho penal a través de su derecho penal de enemigo. Este es un No contra las garantías, la democracia y los valores liberales de la Ilustración; es un No al derecho penal, el cual no entiende Jakobs como un sistema de garantías para defender al ser humano de los sistemas de persecución penal, sino como “un mecanismo de estabilización de expectativas” (Jakobs, 1996, p. 19; Aponte, 2005, pp. 30-31).

⁴ Ver la reveladora entrevista concedida por Gunther Jakobs al diario *La Nación* de Argentina, el día 15 de mayo de 2010. Ver en <http://andrespazceron.blogspot.com/2010/05/entrevista-Gunther-jakobs.html>. Para documentarse en los casos Daschner y Wolffsohn, ver Góngora Mera, M. *Ein Bisschen folter: Alemania debate sobre la tortura*. en <http://www.menschenrechte.org/lang/de/lateinamerika/ein-bisschen-folter>

En este sentido, nos recuerda el autor en otro hermoso trabajo que titula *Civilidad denegada. Filosofía en la república de Weimar*, cómo la historia reciente de occidente experimentó una euforia intelectual alrededor de las diversas filosofías negacionistas de la civilidad burguesa, las cuales dieron como fruto la destrucción de la República de Weimar y, con ella, de los valores liberales. Con esta, recuerda Marquard, se inauguró la más absoluta forma de negación de la civilidad: el fascismo (Marquard, 2006, p. 139).

De esta forma, concluye el autor, “racional es quien evita el estado de excepción” (Marquard, 2001, p. 107). Racional, es por lo tanto, desconocer la legitimidad infundada del derecho penal de enemigo como derecho. En consecuencia, queda demostrado cómo los postulados del profesor Jakobs, en esta materia, están atrapados por esta extraña enfermedad que se caracteriza por el negacionismo del presente jurídico y que se manifiesta como un antimodernismo futurista que horroriza a quienes comprendemos bien el momento en el que nos encontramos.

La influencia de la antropología filosófica en el Derecho Penal Alemán y su relación con el derecho penal de enemigo

En la primera mitad del siglo xx, los estudios sobre etología y antropología filosófica tuvieron un gran impacto en la producción filosófica, sociología y jurídica alemana. La razón de ello fue la presencia de estudios muy destacados que, a través de una interpretación de la sociedad y la política, dieron origen a importantes conclusiones. La inquietud por el Hombre, que había sido destacada por Kant como la última de las cuatro grandes preguntas de su sistema filosófico, y que no había sido esquivada a casi todos los filósofos modernos, no lo fue tampoco para los filósofos y antropólogos alemanes de la primera mitad del siglo pasado. Pero, al contrario de muchos, la respuesta de estos estuvo marcada por una experiencia interdisciplinaria que rápidamente permitió un lenguaje fluido entre la filosofía, la biología, la etología y el derecho (Gehlen, 1980, p. 13). Esta pregunta por la naturaleza del ser humano, tuvo como consecuencia el que rápidamente se reformulara la misma para darle un sentido, si bien similar, distinto desde otro orden. La pregunta por el hombre fue respondida por sociologías y filosofías tan dispares como las de Max Scheler, Konrad Lorenz y Arnold Gehlen a través de otra pregunta, esta vez mucho más concreta: ¿de qué manera se puede controlar al ser humano?

Una interrogante de estas características tuvo como origen una respuesta coincidente frente al primer interrogante formulado: el ser humano es un ser precario, abierto al mundo, un aborto crónico, un ser de instintos indescifrables, no anticipables; un ser capaz de destruir mañana lo construido hoy (Gehlen, 1986, 1993; Habermas, 2003).

A través de los estudios de etología comparada, la antropología filosófica de mediados de siglo concluyó que la mejor manera de comprender al ser humano era a través de un cambio de metodología que permitiera establecer, de manera correcta, una ubicación

especial de este ser entre los demás. Las conclusiones, aunque coincidentes, tuvieron respuestas distintas pero una, en especial, fue de preponderante influencia en el ámbito de esta discusión: la de Arnold Gehlen.

A partir de sus estudios sobre Portmann, Bolk, Uexkull y Lorenz, Gehlen obtuvo una descripción de ser humano bastante negativa: el Hombre es un aborto crónico, un ser desprovisto de mecanismos de regulación intraespecífica que le impiden ordenarse a sí mismo de manera permanente, es un animal de pulsión y de cualidades infinitas, de plasticidad en sus instintos y, por ello, supremamente peligroso⁵.

De esta manera, el ser humano es una amenaza para todos y para sí mismo dado que está incapacitado para detener su curiosidad y para conservar lo que construye hoy en el mañana. Es esta la razón por la cual, para Gehlen, resulta muy importante la construcción de mecanismos externos que permitan la descarga del superávit pulsional de este ser y, de esta forma, estabilizar sus instintos para regularle y detenerle en su permanente creatividad del mundo. Este mecanismo se denomina *instituciones* y el derecho es una de ellas.

En consecuencia, para Gehlen, las instituciones deben ser fuertes, capaces de doblegar el instinto humano, su plasticidad y deben actuar como un mecanismo externo que, en últimas, a través de la ritualización y de la represión, permitan domesticar al hombre hasta convertirlo en “una institución al singular” (Habermas, 2003, p. 84).

El derecho, entonces, y de manera específica el derecho penal, es la institución llamada a cumplir tal tarea y esto fue lo que hizo tan atractiva la filosofía y la antropología filosófica de Gehlen para los juristas alemanes de aquellos tiempos y aún de hoy. Los autores más significativos de las últimas décadas, disímiles en sus posturas pero igualmente influidos por su obra, tales como Niklas Luhmann, Max Scheler, Carl Schmitt, Habermas, entre otros, no han escapado a su presencia. La reflexión sobre la sociedad pasa necesariamente por las instituciones y, de manera más concreta, sobre el derecho como un aparente mecanismo de estabilización de las mismas. La propuesta de Luhmann, tan citada por Jakobs, es ante todo fruto de esta forma de comprender al ser humano y a la sociedad.

Dicha influencia, sin embargo, como se ha indicado, no solo atrajo a filósofos y a sociólogos. Penalistas tan destacados como Hans Welzel y toda la generación de la preguerra y la posguerra también fueron influidos por Gehlen. Basta con revisar *El nuevo sistema del Derecho Penal. Una introducción a la doctrina de la acción finalista y Derecho Penal* de Welzel para ver las referencias relativas a Gehlen y a Lorenz en la búsqueda de una definición de la naturaleza humana y de la noción de culpabilidad. En estos, *El*

⁵ Prologo de Antonio Aguilera a Gehlen (1993: p. 14)

Hombre de Gehlen y los textos de Lorenz están siempre presentes⁶. Es en la obra de Gehlen donde Welzel descubre el sustento antropobiológico de la acción humana y la justificación de la autonomía como el resultado de la inhibición y la descompensación humana, lo cual hace al individuo sujeto responsable de sus actos. Para Gehlen, el libre albedrío es una condición inherente al ser humano que lo condena a ser libre y, por ello, ha de ser siempre responsable. De esta manera, la libertad deja de ser un concepto especulativo y encuentra una explicación antropobiológica. Welzel, sin embargo, no proyecta sus estudios más allá.

Esta misma afinidad se encuentra en Carl Schmitt, quien era íntimo amigo de Gehlen y quien asistía como invitado especial al seminario que este programaba anualmente en su casa⁷.

Lo anterior conduce a preguntarse ¿qué es lo que tiene la antropología de Gehlen que gusta tanto a los juristas alemanes? Para ello, debemos destacar que Jakobs no ha escapado al encanto y que, al igual que sus predecesores, encuentra en esta propuesta antropológica la noción de Hombre que él necesita para justificar la discriminación del concepto de persona y la construcción del derecho sobre la base de la exclusión y el domesticamiento humano⁸. Jakobs considera, al igual que Gehlen, que el ser humano es peligroso

⁶ Ver Welzel (1964, pp.15. nota 39, pp. 86, 96 y 97; 1956, pp. 35, 153 y 154). Javier Llobet Rodríguez, en su trabajo, "*Justicia penal*" en *el Estado arbitrario. La reforma procesal durante el nacionalsocialismo* reseña el entusiasmo con que Welzel veía los progresos de la biología y la antropología de la época y, de igual manera, da cuenta del "disgusto" de Jakobs por la publicación de Ingo Muller, *Los juristas temibles*, en el cual revela las simpatías y la militancia académica de Welzel y Mezger en el Nazismo. Ver Llobet (2004, pp. 9-10, nota. 2) Para ver versión en español del trabajo de Muller, *Los juristas del horror* (2006).

⁷ Al seminario asistían Arnold Gehlen, Werner Conze, Franz Wieacker, Joaquim Ritter, Carl Schmitt, Ernest Forsthoff, Ernest Junger, entre otros. Ver Esteve. (1996, p. 305).

⁸ Es muy curiosa, sin embargo, la forma en que Jakobs estima el aporte de Gehlen. Primero, cita al autor como una especie de "pupilo" de Welzel, al decir que "[E]ste programa de Gehlen [...] fue redactado poco después de que Welzel esbozase su teoría final de la acción". La afirmación de Jakobs solo permite ver lo desinformado que se encuentra el autor con respecto al pensador y el autismo disciplinar en el que reflexiona. Arnold Gehlen fundó la etología moderna al lado de K. Lorenz, de H. Plessner, M. Scheler, J. Buytendijk, entre otros, y acompañó los estudios de Bolk sobre neotenia que datan desde 1926, tiempo en el cual la doctrina finalista aún estaba en formación los cuales permitieron a Gehlen el forjar una teoría de las instituciones. En segundo lugar, Jakobs lo sitúa como "el equivalente antropológico del finalismo", lo cual es muy paradójico, dado que es el concepto ser humano de Gehlen el que mejor le sirve el funcionalismo a través de una filosofía de las instituciones que Jakobs desconoce o no tiene en cuenta. En lugar de Gehlen, por quien está afectado Jakobs sin saberlo, dada la tradición en la que se encuentra atrapado, el destacado penalista prefiere la especulación filosófica desde Hobbes y Rousseau. Ver la cita de Jakobs a Gehlen en *El concepto jurídico penal de acción* (1996, p. 24); Para comprender la importancia de Gehlen en la construcción de un paradigma transdisciplinario de investigación y el valor de sus trabajos en la epistemología y la filosofía contemporánea, ver González (2007).

cuando no está institucionalizado y, de manera más específica, cuando este no ofrece “certeza cognitiva sobre su proceder” (Aponte, 2005, p. 46). La definición de derecho de Jakobs, de carácter luhmaniano, encuentra respuesta en el miedo a la libertad que han experimentado muchos autores alemanes. La misión de la estabilización de expectativas no es gratuita. Gehlen pensaba ya en los años cincuenta, que esta es la principal misión de las instituciones y, por ende, cuando el hombre no se encuentra institucionalizado, requiere de la presencia de instituciones fuertes para poder conservar la sociedad. Es esta la misma idea de Jakobs en relación con la necesidad de institucionalizar a aquel que se ha negado a aceptar el *statu quo*, a aquel que se ha salido de las instituciones y que ya no ofrece seguridad para los demás. De esta manera, el derecho puede ser dividido en dos: para aquellos que están instituidos y para aquellos que no lo están. Para los primeros, deberá ofrecerse un derecho penal de ciudadanos y, para los segundos, un derecho penal de enemigos (Aponte, 2005, p. 31).

En consecuencia, lo que se tiene es una concepción del derecho temerosa de la libertad pero, al mismo tiempo, errada en sus postulados esenciales. La institución, debe objetarse a Gehlen, no surge como un mecanismo externo al ser humano, tal como Hegel y él lo creyeron, sino, todo lo contrario, como una forma de juicio en común que valida e invalida constantemente la existencia o no de la institución, lo cual permite afirmar, en un sentido completamente distinto pero coincidente con Gehlen, que el “ser humano es una institución al singular”. Tanto Luhmann como todos sus seguidores fueron refutados por Habermas, quien dejó en claro que la única forma de poder instituir a la institución social era a través de la comunicación, bien a través de los consensos comunicativos o del acuerdo como la única posibilidad de hacer, del juicio individual, un juicio que se reconozca en común (Habermas, 2003, p. 87).

Es, entonces, la posibilidad del intercambio comunicativo y del ejercicio de la facultad de juzgar donde la institución aparece y donde ella es aceptada para la conservación de los acuerdos necesarios que hacen posible la vida en común. El mejor ejemplo es la institución del matrimonio, la cual es juzgada a cada vez que el esposo o la esposa despiertan en la mañana y ven a su cónyuge al lado, instante en el cual juzgan si esa institución debe o no continuar⁹. Es el juicio individual y compartido a través de la comunicación quien conserva o no la institución y no el acta de matrimonio o el registro del mismo en una notaría. Entender la institución como un simple mecanismo externo de estabilización de expectativas es la mejor forma de transformar la institución en un camino

⁹ El ejemplo es un recurso didáctico que escucho, en ocasiones, por parte de mi director de trabajo de grado, el profesor William González, líder del grupo de investigación en etología y filosofía, reconocido por Colciencias. Para comprender bien el papel de la facultad de juicio en la formación de las instituciones, aun en contra de lo postulado por Habermas, ver González (2003a y 2003b).

de dominación altamente desinstitucionalizado y, por ende, peligroso y destructivo de las relaciones humanas.

Es esta la razón por la cual el derecho de enemigo y los mecanismos de excepción son mecanismos desinstitucionalizados y desinstitucionalizantes y, por lo tanto, ajenos al juicio en común de los societarios que, cuando activan su facultad de juzgar, los encuentran ajenos, anticipados, extraños, injustos y, por ende, no posibles. Esta es la mejor manera de desinstitucionalizar al derecho penal y convertirlo en enemigo del derecho mismo de la sociedad.

Así, queda claro que el punto de partida de Jakobs está totalmente revaluado y que la razón por la cual su derecho penal de enemigo es una amenaza para el derecho penal y la sociedad es porque es un mecanismo desinstitucionalizador y, por lo tanto, ajeno al ser humano, quien debe ser sujeto de derecho siempre, y no *excepcionalmente*, como lo señala Jakobs.

El miedo como fuente de validez jurídica

El miedo es un mecanismo que permite la gobernabilidad de los seres humanos. Tanto Hobbes como Spinoza y Fromm hicieron importantes reflexiones al respecto. Pero sin duda, una de las más ejemplarizantes la encontramos, no propiamente en la filosofía o en el derecho sino en la literatura. George Orwell compartió la desilusión de muchos por el mundo de la primera postguerra, especialmente por los fenómenos del estalinismo y el fascismo. Desde una concepción democrática del socialismo decidió manifestar sus decepciones y lo hizo a través de una bella novela que tituló *Rebelión en la granja*. En esta historia, los animales de una granja deciden un buen día rebelarse contra el granjero, pero de manera general, contra los seres humanos que les maltratan y disponen de sus vidas. Una vez que lo han hecho, por el transcurso de los sucesos, los cerdos asumen la dirección de la granja y pasan a tener el control de las decisiones. Uno de ellos, de nombre Napoleón, asume el liderazgo y la dirección de todo, y con la ayuda de los perros, pronto no solo se hace el único dueño de todas las situaciones sino que expulsa de la granja a Snowball, otro cerdo a quien todos querían mucho por su carisma, su inteligencia y su disposición democrática. A partir de este momento, ante el fracaso de todas las autoritarias y torpes iniciativas de Napoleón, la figura de Snowball es utilizada como “chivo expiatorio” de todos los males de la granja y de esa manera se genera sobre su figura una sensación de temor, de inseguridad que solo Napoleón, quien mágicamente “anticipa” todas las formas en que Snowball quiere atentar contra la granja y contra la tranquilidad de la misma, puede conjurar. De esta manera, todos los animales empiezan a temer a Snowball y a confiar en Napoleón quien le ofrece toda la seguridad que necesitan.

De esta forma, Snowball es responsabilizado por la lluvia, por la sequía, por la escasez, por la caída del molino construido, y por último, por el infortunio de todas las “geniales” iniciativas de Napoleón.

Al terminar la obra, los animales descubren una fiesta en la cual los cerdos y los enemigos, es decir, los humanos, departen alrededor de comida y licor, en una lujosa casa. Sin embargo, algo les ocurre: ya no saben ni pueden distinguir, por entre la ventana, cuál de ellos es cerdo y cuál es hombre (Orwell, 2002), pues han alcanzado, unos y otros, una forma tal de similitud que no es fácil saber en que se distinguen los unos de los otros.

La bella novela de Orwell permite ver, en representación, lo poderoso que resulta el gobernar a través del miedo, y de esta manera, otorgar a los dirigentes carta abierta para promover medidas, aun en contra de las conquistas obtenidas en muchos siglos de lucha. El miedo no lo representa para el mundo actual Snowball, pero sí los “terroristas”, aquellos que no le brindan al *estatu quo* “certeza cognitiva sobre su proceder”, aquellos que no se parecen a quienes deben parecerse, aquellos que no piensan como se debe pensar. En consecuencia, el derecho penal de enemigo es un *derecho penal del miedo* a través del cual se busca validar cualquier medida o instrumento que conjure la situación de temor que los ciudadanos sufren como resultado de un discurso ideológico. A través de la inoculación de miedo a la sociedad, haciendo uso de los medios de comunicación, el uso normal de las garantías y de los derechos en el teatro judicial y social se muestra como “impunidad” y lo que era normal se empieza a mostrar como un “privilegio” que solo a través de un derecho excepcional y de una autoridad mesiánica, puede conservarse. Es esta la forma como el derecho penal contemporáneo actúa como un derecho penal del miedo. Y esta la forma en que Jakobs entiende y justifica la presencia del primero de estos. Para el notable penalista, el derecho penal debe eliminar toda posibilidad de diversidad puesto que esta produce incertidumbre, y el derecho y la sociedad no pueden darse la licencia de admitir la diferencia no prevista, no previsible o no controlable. De este orden es la postura de Jakobs frente al multiculturalismo, en la cual la derecha racista europea ha encontrado una justificación más para sus acciones. Según el penalista, el multiculturalismo no permite la construcción y la conservación de una única cultura y ello resulta peligroso para el derecho. Su tratamiento despectivo hacia el multiculturalismo puede rastrearse en las siguientes líneas:

A esto se le agrega la fuerza explosiva del así llamado multiculturalismo un simple absurdo (sic): o las diferentes culturas son simples añadiduras de una simple igualdad jurídica de base; entonces se trata de multfolklorismo de una cultura. O – y esta es la variante peligrosa– las diferencias marcan a las identidades de los pertenecientes; pero entonces la base jurídica común tan solo se degrada hacia un simple instrumento del vivir *junto* a otros y, como cualquier instrumento, abandonado cuando ya no se necesita. Así que la

sociedad va a continuar teniendo enemigos que se mueven entre ella abiertamente o con piel de oveja. (Citado por Aponte, 2005, p. 40)¹⁰

Queda, de esta manera, probada la presencia de tres tesis en el autor: i) La necesidad de que el derecho penal deba permanecer activo en la sociedad y la necesidad de que este no vaya a caer en desuso, lo cual permite entrever que para el autor el derecho penal es un instrumento no de *última ratio* sino de *prima ratio* social; ii) el miedo hacia los extranjeros, los cuales son para Jakobs “lobos vestidos de oveja”. Esto permite explicar como el derecho penal de enemigo está construido sobre el miedo personal a la diferencia; y iii) las aporías de la postura de Jakobs con respecto a temas como la globalización, la sociedad de sistemas y el concepto de ciudadanía. Este último concepto cumple un papel fundamental en el programa de Jakobs, por lo cual merece un tratamiento aparte en este análisis.

El concepto de persona y la dignidad humana

El largo camino iniciado por el profesor Jakobs que va desde su conferencia de 1985 hasta su intervención en el 2004 en Bogotá, y un trabajo posterior de 2005, ha permitido a los críticos distinguir tres pilares de su postura: i) El derecho penal como un reafirmador de las expectativas sociales; ii) el derecho penal como un instrumento de cohesión social y de domesticamiento del ser humano; y iii) la noción de persona como un status de privilegio social (Aponte, 2005, pp. 7 y 36; Ambos, 2007, pp. 25 y 32).

Los dos primeros aspectos han tenido ya un intento de explicación y de respuesta en esta disertación. Jakobs pertenece a una tradición futurista antimodernista denunciada por Marquard y detenta una concepción antropológica negativa del ser humano que lo lleva, una vez más, a la tradición alemana que ve en “el espíritu objetivo absoluto” la única salida para la domesticación humana. Pero el asunto sobre el estatus de persona y su equivocada concepción sobre el mismo es algo que merece un análisis aparte.

El profesor Jakobs actúa, en su programa de investigación, como un antiguo pretor romano¹¹. En Roma, la noción de persona se derivaba de la acepción *personae* y significaba que los seres humanos debían seguir un libreto para participar de la vida pública y privada de la ciudad. Esto, a su vez, significaba que algunos podían “actuar” y otros no y las autoridades romanas eran quienes así lo determinaban sobre la base de algunos criterios que la ley romana consagraba¹².

¹⁰ Jakobs en su conferencia sobre los fines de la pena, en Bogotá (2004).

¹¹ Las citas al *Ius Civile* en Jakobs son frecuentes (Jakobs, 1999: notas 2 y 43)

¹² Así, por ejemplo, el *Ius civile* y el *Ius gentium*, un derecho para ciudadanos, un derecho para extranjeros, y “seres humanos sin derechos” (Iglesias, 2002, pp. 65, 77, 85 y 86).

Pero la modernidad no es la Roma antigua. A través de un proceso histórico y epistémico complejo los seres humanos condensaron valores fundamentales de respeto a la integridad de la humanidad, colectiva o individualmente considerada, y con ello el Derecho, y de manera más específica el derecho penal, se hizo extensivo a todos los seres humanos no como un privilegio sino como una condición inherente al ser humano y un instrumento de su protección y su defensa contra el Estado y la sociedad. Para el derecho penal moderno, persona, ser humano e individuo son una sola entidad y no existe la posibilidad de escindirle porque el acto mismo de hacerlo es una forma de destruir el imaginario moderno y de desorientar a nuestra civilización.

Es una concepción opuesta a esta forma de comprender el derecho y la noción de persona la que acompaña a Jakobs en su reflexión. Para el autor, la noción de persona es un privilegio y depende de la confianza que puedan inspirar las personas al sistema penal. Para probar ello, Jakobs asume la perspectiva de una sociología de sistemas, o luhmaniana, en la cual la construcción de lo humano es un sistema más del conjunto social. Como complemento para su reflexión, se recuerdan de su parte algunos postulados de sociologías diversas a la citada, pero lo hace de manera parca y les atribuye conclusiones no previstas por los autores. Es el caso de George H. Mead, quien es usado por el autor para refrendar el carácter social del individuo y la construcción de la noción de persona a través de la intersubjetividad. Mead sin embargo, es puesto por el destacado penalista al servicio de una macrosociología –como la de Niklas Luhmann–, cuando sus fundamentos y sus conclusiones son divergentes (Jakobs, 1996, p. 21). La sociología de interacción simbólica de Mead no permite concluir que la condición de persona sea un privilegio, todo lo contrario, es a través de este mismo autor como puede consolidarse, de manera categórica, que la persona solamente puede configurarse a través de la interacción con el otro y que la noción misma antecede al derecho. No es el derecho y, menos el derecho penal, el campo de saber que define a la persona, sino un sistema de interacción social y de compleja representación lo que constituye la noción de la cual Jakobs quiere extraer conclusiones macabras. De esta manera, el insigne penalista toma recursos diversos, y a veces no debidamente elaborados, para justificar su particular concepción. Es oportuno recordar que para Jakobs solamente es persona, y por lo tanto, sujeto de derecho, quien ha acogido el sistema jurídico y lo ha aceptado. La noción misma viene sujeta a la posibilidad de la confianza como una forma de establecer quien detenta la calidad y quien no. De esta manera advierte:

La situación cambia, desde luego, cuando se conoce cual es el sistema de normas que el otro considera vinculante. Quien sabe que otro es cristiano estricto o siempre un hedonista coherente, puede prever bastantes comportamientos de esa persona. (Jakobs, 1996, p. 36)

Lo que sigue alertando a Jakobs, sin embargo, es la posibilidad de no poder anticipar lo que los otros piensan. Y es en este punto donde la noción romana de persona se vuelve útil al autor, dado que es una definición privilegiada que se puede quitar o conceder al antojo. Para ello, Jakobs toma precauciones contra las posibles acusaciones que lo puedan rotular como fascista. Por eso, cita a Kant como principio de su reflexión: “persona es aquel sujeto cuyas acciones son susceptibles de imputación” (Jakobs, 1996, p. 36, nota 44). Sin embargo, Jakobs omite el aparte restante de la cita:

La personalidad moral, por tanto, no es sino libertad de un ser racional sometido a leyes morales (sin embargo, la sicología es únicamente la facultad de hacerse consciente de la identidad de sí mismo en los distintos estados de la propia existencia) de donde se desprende que una persona no está sometida a otras leyes más que las que se da a sí misma (bien sola, o al menos, junto con otras). (Kant, 1797, 1999, p. 30)

De esta forma, es Kant quien recuerda que somos *siempre* personas morales y, por ello, el imperativo categórico, dispositivo esencial de la razón práctica, puede funcionar como un principio de comportamiento individual y colectivo: “iobra según una máxima que pueda valer a la vez como ley universal” (Kant, 1999, p. 32)¹³.

Es este aparte el que desarma la pretensión de Jakobs de una constitución jurídica de la persona que, a pesar de Kant necesariamente debe volver a Kant para no permitir la instrumentalización de otros seres humanos y, por lo tanto, *la despersonalización como deshumanización* a través de una visión particular de la imputación.

En este punto, las críticas contra Jakobs han sido vehementes, pues queda claro que la categoría de dignidad humana importa poco al autor como principio de orientación de la actuación penal. Al dividir a los seres humanos en personas y no-personas Jakobs olvida que la persona es siempre *sujeto moral* y que, por lo tanto, toda actuación del Estado o la sociedad que le comprometan deberán ante todo contar con su autonomía y con su integridad, es decir con sus derechos, para ser legítima. En este sentido, Kai Ambos hace una importante reflexión:

Ya estas premisas separan a un derecho penal de enemigo de un derecho penal orientado hacia el ser humano y fundamentado en la dignidad humana-que es por el que aquí se aboga. [L]a distinción entre hombres “buenos” y “malos”, ciudadanos y enemigos, constituye una simplificación, cuyas consecuencias no son compatibles con la dignidad humana. (Ambos, 2007, p. 49)

¹³ Sobre este punto, insiste Jakobs con creciente preocupación por su propio enfoque (Jakobs, 1999).

La división de seres humanos en personas y no personas también incluye para Jakobs una comunicación distinta para unas y otras. El importante penalista distingue entre comunicación instrumental y comunicación personal. La primera, es un tipo de comunicación que debe usarse con aquellos que no detentan la calidad de persona. Es la misma comunicación, dirá Jakobs, que tenía el amo con el esclavo, es la misma comunicación del hombre con la máquina (Jakobs, 1996, p. 50). La segunda en cambio, tiene un propósito distinto:

En la comunicación personal, por el contrario, el otro es algo más que el objeto de un cálculo estratégico, es un igual, una persona en Derecho (porque se le quiere, porque en la comunicación jurídica se le considera una esencia racional, o incorporado al contrato social o por otra razón –siempre tiene que existir algún tipo de razón–). (Jakobs, 1996, p. 50)

Esta perspectiva de la comunicación, de la cual Jakobs no ofrece ninguna referencia seria, tiene una relación similar a la división entre razón instrumental y razón no instrumental que en Horkheimer y Adorno, tienen un especial acento crítico. Es a través de la estrategia de una bifurcación de la razón, como los campos de concentración y el holocausto pasaron casi inadvertidos, pues aquellos que fueron víctimas eran “otros” no iguales y no había desde este punto de vista nada de irracional –y por lo tanto inmoral– en su exterminio. No deja, igualmente, de causar extrañeza cómo el distinguido profesor Jakobs hace caso omiso a los autores más importantes que le son contemporáneos y que han formulando sobresalientes teorías del lenguaje y de la comunicación. En ellos y, de manera específica en uno de estos, la razón instrumental está en el extremo opuesto de una experiencia distinta cual es la razón comunicativa. Pero extrañamente el autor (Jurgen Habermas, por supuesto) no es citado ni referenciado por Jakobs en sus importantes trabajos sobre el tema, y sí traídos por el destacado penalista, autores que en nada han contribuido a la discusión contemporánea sobre teorías del lenguaje y de la comunicación: Hobbes y Rousseau, por ejemplo (Jakobs, 1996, pp. 49 y ss).

De haber tenido en cuenta las discusiones contemporáneas sobre la comunicación, el profesor Jakobs hubiera tenido que contar con el hecho de que todo proceso comunicativo es un proceso de reconocimiento recíproco, no solo de *entendimiento*, en donde la única posibilidad que tiene la comunicación para conservarse y existir es la de comprender a esta siempre como un proceso intersubjetivo, con respeto hacia el otro como interlocutor válido y que la sociedad es un “otro” generalizado y no un conjunto de sistemas. Es Habermas quien define de manera correcta lo que significa comunicarse. A partir de G. H. Mead, a quien Jakobs comenta en dos líneas de uno de sus relevantes

trabajos, Habermas explica lo que significa comunicarse¹⁴. Para que esto ocurra, dice el citado, es necesario:

- i) Que cada enunciador comprenda eso que el auditor le dice (simetría en la comprensión)
- ii) Que locutor y auditor estén de acuerdo sobre el contenido que se problematiza (reconocimiento en la problematización)
- iii) Que los participantes se comprometan en una vía procedimental de tal manera que los argumentos validados tomen fuerza social, siendo la validez eso que todos pueden reconocer como universal¹⁵.

De esta manera, contrario a lo que piensa Jakobs, cuando el otro es violentado, sometido, exterminado, incomunicado, desaparecido, interrogado sin respeto, privado de la libertad de manera arbitraria o anulado, no hay comunicación. Por ello, la división sobre la comunicación como instrumental y personal, no tiene ningún respaldo teórico.

Los olvidos y las omisiones del profesor Jakobs, se deben sin duda, a su concepción sobre la definición del derecho penal. Para el citado el “Derecho penal está orientado a garantizar la identidad normativa, a garantizar la constitución de la sociedad” (Ambos, 2007, p. 9). El Derecho penal, sin embargo, es algo distinto: es un sistema de garantías frente a la arbitrariedad estatal y social. Y es en este punto, donde la pregunta por la naturaleza del derecho penal de enemigo surge como un aspecto de vital importancia ¿Es derecho eso que se denomina derecho penal de enemigo? El mismo Jakobs tiene duda a la hora de denominarle derecho (Ambos, 2007, nota 205). Y sus dudas son plausibles, dado que la palabra derecho tiene, en el ámbito jurídico, una acepción distinta a aquella que a veces en la filosofía política pudiera tener, por ejemplo, en Hobbes. El derecho es un sistema de garantías y ello impide que el derecho penal de enemigo sea derecho, sobre todo si se asume que éste surge de una situación excepcional, y por lo tanto, no consultiva de valores universales y no como consecuencia de la deliberación social que permite que una norma jurídica se diferencie de una que no lo es¹⁶. Como bien afirma Ambos, en otras palabras, “el derecho penal de enemigo, no salva al derecho penal del ciudadano sino que es enemigo del mismo” (Ambos, 2007, p. 50).

En conclusión, la definición de un derecho penal de enemigo fundado en una noción restringida de la acepción persona, resulta opuesta a una forma moderna de ver el derecho penal. De igual manera, la pretensión del insigne penalista de fundar una

¹⁴ Ver la parca referencia a G. H. Mead en Jakobs (1996: p. 21)

¹⁵ Ver Habermas (1981) en González y Betancourt (2005, p. 239).

¹⁶ En este punto, es importante recordar el trabajo de Radbruch sobre arbitrariedad legal y derecho supralegal, según el cual no todo lo legal es necesariamente jurídico. Radbruch (1946, 2009).

noción de persona que permita justificar, desde la sociología, la exclusión y la persecución de determinados grupos humanos, se hace cada vez menos plausible y justificable para las comunidades jurídicas. Las reflexiones que se han expuesto en esta disertación permiten, no solo concluir lo afirmado, sino ver al derecho penal de enemigo como una forma ideológica que, a través de una terminología mítica, oculta una forma más de expresión del racismo, la exclusión y el prejuicio.

Referencias bibliográficas

- Aponte, A. (2005). *¿Derecho penal de enemigo o derecho penal del ciudadano?* Bogotá: Temis.
- Ambos, K. (2007). *Derecho penal de enemigo*. Bogotá: Universidad externado.
- Durán, J. A. (2007). Breves consideraciones en torno a la noción de enemigo en el mundo de lo jurídico. *Revista Criterio Libre Jurídico*, 4(2).
- Esteve. (1996,). *Las dos vidas de Carl Schmitt*. *Revista española de Derecho Constitucional*, 16, 46.
- Gehlen, A. (1980). *El Hombre: su naturaleza y su lugar en el mundo*. Salamanca: Ed. Sígueme.
- Gehlen, A. (1993). *Antropología filosófica, Del encuentro y descubrimiento del hombre por sí mismo*, Prólogo de Antonio Aguilera. Paidós.
- González, W. (2007). *Louis Bolk: de la neotenia a la filosofía*. En Bolk, L. *El hombre problema: retardación y neotenia*. Santiago de Cali: Univalle.
- González, W. (2003a). *Exorcismos filosóficos: el Hombre, la facultad de juzgar y la ley de verdad*, una Introducción a Poulain, Jacques *La apuesta por la verdad. Crítica de la razón pragmática*. Santiago de Cali: Extremo Occidente.
- González, W. (2003b). *Généalogie et pragmatique. El hombre al epreuve de lui-meme*. París: Ed. L Harmattan.
- González W. y Betancourt, J. C. (2005). *Manual de filosofía contemporánea. Genealogía, Antropología y Pragmática*. Santiago de Cali: Univalle.
- Habermas, J. (2003). *Tiempo de transiciones*. Madrid: Trotta.
- Habermas, J. (1987). *Teoría de la acción comunicativa*. Madrid: Taurus.
- Iglesias, J. (2002). *Derecho romano* (ed. 14). Barcelona: Ariel.
- Jakobs, G. (1996). *Sociedad, norma persona en una teoría de un derecho penal funcional*. Bogotá: Universidad externado de Colombia.

- Jakobs, G. (1999). *Sobre la génesis de la obligación jurídica*. Bogotá: Universidad Externado de Colombia.
- Jakobs, G. (1996). *El concepto jurídico penal de acción*. Bogotá: Universidad Externado de Colombia.
- Kant, E. (1999). *La metafísica de las costumbres*. Editorial Altaya.
- Lukács, G. (1959). *El asalto a la razón. La trayectoria de irracionalismo desde Schelling hasta Hitler*. Fondo de Cultura Económica.
- Llobet Rodríguez, J. (2004). *"Justicia penal" en el Estado arbitrario. La reforma procesal durante el nacionalsocialismo*. San José: Editorial Jurídica Continental.
- Marquard, O. (2006). *Felicidad en la infelicidad, Reflexiones filosóficas*. Buenos Aires: Katz.
- Marquard, O. (2001). *Filosofía de la compensación. Escritos sobre antropología filosófica*. Paidós.
- Muller, I. (2006). *Los juristas del horror*. Caracas: Editorial ACTUM.
- Orwell, G. (2002). *Rebelión en la granja*. Edit. Destino.
- Radbruch, G. (2009). *Relativismo y derecho*. Bogotá: Temis.
- Schmitt, C. (1985). *La dictadura*. Madrid: Alianza.
- Schmitt, C. (1990). *La situación histórico-espiritual del parlamentarismo*. Madrid: Tecnos.
- Welzel, H. (1964). *El nuevo sistema del Derecho Penal. Una introducción a la doctrina de la acción finalista*. Barcelona: Ariel.
- Welzel, H. (1956). *Derecho penal. Parte general*. Buenos Aires: Editorial Roque de Palma.
- Zarka, Y. C. (2007). *Un detalle nazi en el pensamiento de Carl Schmitt*. Barcelona: Antropos.

