

La despersonalización en el derecho penal

José Oswaldo Cruz Domínguez*

Resumen:

El opúsculo explica las consecuencias conceptuales de la despersonalización del sujeto que desarrolla la concepción del derecho penal del enemigo, tomando en cuenta para ello fundamentos teóricos y filosóficos del ámbito jurídico. En ese sentido se expresa en él la condición de persona y su importancia para la protección de los derechos y la coherencia del discurso penal.

Abstract:

The booklet explains the conceptual consequences of the depersonalization of the subject that develops the conception of the enemy's criminal law, taking into account theoretical and philosophical foundations of the legal field. In this sense, it expresses the status of a person and its importance for the protection of rights and the coherence of criminal discourse.

Sumario: Introducción / I. Las dimensiones moral y jurídica de la persona / II. La despersonalización / III. De la justicia del enemigo a la ley del más fuerte / IV. De la oposición a la negación del derecho / V. Castigo, razón y naturaleza / VI. La despersonalización del enemigo / VII. Conclusiones / Fuentes de consulta

* Profesor-Investigador del Departamento de Derecho de la UAM-A.

Introducción

El presente trabajo se ocupa del problema de la despersonalización en el ámbito de la delincuencia de gran escala, el cual convierte al delito en una forma de vida que ha sido considerada, desde la base argumentativa de Günter Jakobs, como una oposición al derecho que convierte al sujeto en un enemigo, y, que, por lo tanto, hay que combatirlo desde ahí, con base en un régimen excepcional de sujetos no ciudadanos, con la consecuencia obvia de pérdida de derechos.

Una de las categorías centrales del análisis del derecho es, sin duda, el de persona, el término es polisémico y en la teoría jurídica se ha pensado a la persona como un portador de derechos y obligaciones, por ello, la teoría tradicional considera al sujeto de derecho como persona, desde ese punto de vista se propone su identidad con la del humano.

Resulta impensable lo jurídico sin la atribución de derechos y obligaciones, por ello se ha dado esta identificación entre la persona física y la persona humana, cuestión con la que polemiza Hans Kelsen,¹ en ese sentido, considera a la persona como “una construcción artificial de la ciencia del derecho; (porque) la persona física sólo es una persona jurídica”,² se le da el término de persona jurídica a las personas colectivas y se les considera como personas artificiales, sin embargo, lo mismo acontece con las personas físicas, son solo personas jurídicas, es el derecho el que las hace personas.

Desde este punto de vista, si el derecho puede hacer personas a los sujetos, entonces, el derecho, puede negarles la condición de personas. Pero el derecho se relaciona con lo que no es persona y le da la condición de objeto, por lo que, no queda fuera del derecho, pero sí de su protección como persona. En ese sentido, la protección de los bienes es una protección indirecta de la persona.

La pérdida de la calidad de persona implicaría la reducción del sujeto a un mero objeto o medio sobre el que recaen las conductas de las personas, la despersonalización supone la eliminación de los derechos. El punto de vista kelseniano es solo una cuestión de fundamentación jurídica y el juicio moral se desplazaría a un análisis ético de la cuestión. Sin embargo, la discusión sobre la excepcionalidad del derecho penal del enemigo se da en torno a un

¹ Hans Kelsen, *Teoría pura del derecho*, p. 182.

² *Loc. cit.*

contenido normativo, el cual, se expresa en un ejercicio del derecho que tiene consecuencias ético-fácticas en su aplicación.

La persona también tiene una dimensión moral y es necesario abordar su carácter ético en la acción del Estado y revisar si la despersonalización jurídica nos lleva a la despersonalización moral y, por ende, el derecho se vuelve inmoral al establecer un régimen de excepción que niega la calidad de persona a sujetos que sufren las consecuencias del actuar del Estado y, por lo tanto, se niega a sí mismo por negar la condición de persona a quien tendría que regular como persona.

Nos podemos cuestionar si es la aplicación de la filosofía del derecho de Hegel la que posibilita una argumentación en el establecimiento de un régimen de excepción despersonalizante. En ese sentido tendremos que cuestionar que, si la negación del derecho por la comisión del delito exige su afirmación por medio de la sanción, entonces, la negación del derecho como totalidad por la conversión de la forma de vida en una empresa delictiva exige la negación de la calidad de persona y la conversión en enemigo al que lo emprenda.

Es el derecho penal del enemigo una forma de reflexión sobre el derecho que requiere una complicada justificación. Su fundamento es la despersonalización que el sujeto hace de sí mismo en la negación del derecho como totalidad jurídica, negación que deriva de su actuar sistemático contra el derecho. El problema es si al mantener la despersonalización no se ha negado a sí mismo por la negación de la dignidad humana que conlleva el concepto de derecho.

Es en este sentido que la obra de Hegel cobra relevancia como fundamento del derecho penal del enemigo, dado que las consecuencias que se atribuyen a la negación del derecho la hacen permanecer en esta y por ese camino podrían llevarlo a la negación del Estado y con él al derecho.

1. Las dimensiones moral y jurídica de la persona

La persona tiene su origen en la proyección que los actores tienen de su voz, en el teatro, por medio de la máscara personare. En la analogía la persona es la voz y el rostro que se presenta frente a los otros en el ámbito público. A decir de Günter Jakobs:

Una persona es también una institución normativa y no un mero “ser humano”. El concepto de persona es por tanto ¡una conquista de la cultura! Por mor de esta normatividad una persona no puede ser definida sociológicamente (esto es: en tanto orientadora del sentido social) de manera puramente contrafáctica. Como puede reconocerse, el hecho de no reconocer la estructura normativa de la Sociedad no puede tratarse jurídicamente como el hecho de una persona cualquiera.³

Jakobs se refiere al sujeto que niega el orden jurídico como estructura normativa, en ese caso plantea la problemática de su consideración como cualquier persona, quiere expresar con ello “cualquier sujeto”, en el entendido que dicho sujeto debe ser tratado de manera especial.

Ahora bien, aunque los seres humanos somos una unidad, nuestra conducta y nuestras acciones tienen un ámbito de análisis diferenciado en la responsabilidad frente a los otros.

La responsabilidad deriva de un orden objetivo, es decir, un orden reconocido por la comunidad, uno que no depende de la voluntad individual. Tal orden somete a sus integrantes a sus reglas de tal manera que podemos dar cuenta de una comunidad no solo por sus prácticas culturales, sino por sus obligaciones, sus permisiones y sus prohibiciones. Dicha organización en la modernidad es reconocida como Estado, sus características y condiciones representan la forma de ser de la colectividad.

El que exige una conducta se dirige al exigido a través del fundamento de un orden jurídico objetivo, en el que, la persona exigente se presenta como una persona titular de derecho y el exigido como la persona obligada. En ese sentido el Estado es una persona a la que se le exige por medio de sus funcionarios la protección de los derechos.

El Estado puede ser visto como una organización jurídica, en cuyo caso, la regulación sistemática de la conducta en los cuerpos jurídicos le dan su existencia y sentido. Sin embargo, hay otros ámbitos de organización que describen a la sociedad como una totalidad en la unidad del Estado, de tal manera que la moralidad puede ser tratada como un ámbito que encuentre su sentido

³ Jakobs Günter, *El lado comunicativo y el lado silencioso del derecho penal*, p. 11.

en la unidad del Estado, sobre todo si el análisis del Estado excede la pura forma de la normativa jurídica.⁴

Lo moral y lo jurídico son dos ámbitos de responsabilidad de las personas, en ellas se representan dos mascarar para una sola obra, mientras la la. se dirige a una desvaloración de la conducta por medio de una presión vaga sobre los sujetos, la otra es identificable en los enunciados puestos por su la legislación, por medio de sujetos determinados y reconocibles. Lo que diferencia ambos extremos, según Kant es el móvil de la acción más que la reacción social, de ahí que Kant afirme:

La legislación que hace de una acción un deber y de ese deber, a la vez un móvil, es *ética*. Pero la que no incluye al último en la ley y, por tanto, admite también otro móvil distinto de la idea misma del deber, es jurídica. En lo que respecta a esta última, vemos fácilmente que estos móviles, distintos de la idea del deber, tienen que extraerse de los fundamentos *patológicos* de la determinación del arbitrio, de las inclinaciones y aversiones y, entre estas, de las últimas, porque tiene que ser una legislación que coaccione, no un reclamo que atraiga.⁵

Sin embargo, para ambos la persona es lo central, es la máscara moral la que se presenta ante la exigencia social de una conducta apegada a lo que es considerado como bueno dentro del grupo.

En el sentido moral identifica a la persona con el ser humano, a él se le atribuye el actuar correcto y el incorrecto. La desvaloración social le viene de la presión social, pero, tiene su fundamento en el fuero interno. Para Kant el mundo moral deriva de la capacidad de autonomía del sujeto por la decisión racional y por tanto por el ejercicio *a priori* de la voluntad en el sujeto sobre sus inclinaciones *a posteriori*.⁶

La persona moral en ese sentido es la persona que decide las reglas de su actuar, y su moralidad depende de su capacidad de darse a sí misma las leyes

⁴ Es el caso de Hegel que considera al Estado como un ámbito mucho más amplio que la estructura jurídica, en él se fundamentan todos los ámbitos de la vida y la cultura, ello incluye a la economía, ética y la política. Otro de los autores que consideran de esta manera al Estado es Hermann Heller quien lo define como el centro de todos los ámbitos de la sociedad dividida en clases sociales.

⁵ Immanuel Kant, *Metafísica de las costumbres*, pp. 23-24.

⁶ Immanuel Kant, *Fundamentación de la metafísica de las costumbres*, pp. 91-97.

universales y necesarias de su actuar, su actuar moral no se inclina por sus pasiones, decide por las leyes universales y necesarias de la razón.⁷

Por otra parte, la persona, según Kelsen, es una creación del orden jurídico, todo derecho y toda obligación jurídica recae en la persona. De tal manera que al hablar de derecho ha de considerarse la imputación a la persona, de tal manera que las responsabilidades del Estado no escapan al principio de imputación y los actos de los funcionarios públicos han de ser atribuidos al Estado.

Der tal manera que la persona en el ámbito moral pertenece a la legislación moral que según Kant es obra de la voluntad racional, mientras que, la persona en la legislación jurídica —según Kelsen— es obra de la norma.

La noción de persona en Hegel va más allá, dado que la persona entra en el ámbito de un análisis de carácter político, dado que reconoce como una cima del pensamiento la libertad de la voluntad, esta no puede considerarse como un elemento natural, pues está ligada al orden de la cultura en la que el ser humano es reconocido a través de la decisión que puede tomar en manifestación de su autonomía, pero solo es auténtica libertad en tanto logra la eficacia de su realización concreta. Sergio Pérez Cortés afirma en ese sentido:

Para Hegel la libertad no se agota con el acto formal de adoptar una ley moral o jurídica por respeto al deber. Para él, una libertad que no se presenta en la realidad efectiva permanece inactual. Esto no significa rechazar la dimensión jurídica e institucional que la dignidad exige, pero Hegel estima que si solo se expresa de esa manera abstracta, queda intacto el problema de su realización en la vida efectiva, donde se juega su verdadero significado.⁸

De esta manera la dignidad, la persona y la libertad se encuentran ligadas, no solo en una dimensión de la formalidad institucional sino en su concreción para la vida del Estado.

II. La despersonalización

La condición de persona representa las obligaciones y responsabilidades, pero también la protección del sujeto humano, la provisión de la calidad de perso-

⁷ *Id.*

⁸ Carmen Trueba Atienza y Sergio Pérez Cortés, *Dignidad en la filosofía del derecho de Hegel*, p. 204.

na que da el derecho dentro del orden jurídico es la protección que las reglas del sistema le dan a los bienes, de tal manera que ser persona es la garantía y certeza primaria de la existencia frente al resto de los sujetos.

El derecho se presenta como un orden coactivo de la conducta, por ende, como un límite hacia los que se encuentran bajo su ámbito de aplicación. Para mantener dicho orden el derecho establece obligaciones. El derecho es así tanto el límite como la posibilidad de la libertad. Los bienes y libertades, en ese sentido, se encuentran protegidos por el orden jurídico del Estado.

Pero el Estado, que actúa por medio de sus funcionarios, también puede causar la afectación de bienes a través del ejercicio de sus facultades, actos justificados en la necesidad de la protección de los bienes y las libertades. Los medios de los que el Estado se vale para lograr sus fines están ligados a su capacidad para ejercer la fuerza y sancionar a quien no cumple con sus reglas.

De tal manera que, perder la protección nos dejaría en un estado de indefensión, a eso se refiere Giorgio Agamben cuando explica al *Homo Sacer*, el hombre sagrado es el hombre desnudo, desprovisto de la protección del derecho.⁹ A alguien así cualquiera puede hacerle lo que desee sin consecuencias, pues no habría ni prohibición ni obligación respecto de dicho sujeto.

Lo jurídico es lo personal, tanto en la conducta de los individuos como en la del Estado la acción jurídicamente relevante es la de la persona, de tal manera que perder la condición de persona es perder la del derecho. Sin derecho no hay atribuciones jurídicas, en consecuencia, no se puede ser titular de derechos y obligaciones, sin la condición de persona lo único que hay es fuerza y resistencia.

La despersonalización es la pérdida de cualidad de persona, esta solo puede darse porque los funcionarios del Estado han decidido suprimir para un sujeto o un grupo determinado la calidad de persona. Esta pérdida de la condición de persona puede ser total o parcial, ya que a un sujeto puede considerársele como persona para unos actos y como cosa en determinados casos en

⁹ Giorgio Agamben, "*Homo Sacer*, cuya función esencial en la política moderna hemos pretendido reivindicar. Una oscura figura del derecho romano arcaico, en que la vida humana se incluye en el orden jurídico únicamente bajo la forma de su exclusión (es decir de la posibilidad de absoluta de que cualquiera le mate), nos ha ofrecido la clave gracias a la cual no sólo los textos sagrados de la soberanía, sino, más en general, los propios códigos de poder político pueden revelar sus arcanos. Pero, a la vez, esta acepción, que es quizás la más antigua del término *sacer*, nos ofrece el enigma de una figura de lo sagrado que está más acá y más allá de lo religioso y que constituye el primer paradigma del espacio político de occidente", *Homo Sacer: el poder soberano y la nuda vida*, pp. 18-20.

los que los derechos humanos que protegen a las personas han dejado de lado su condición para algunos sujetos.

Al respecto Günter Jakobs considera que toda coacción es una despersonalización por la heteroadministración, la cual según Jakobs “despersonaliza, y lo hace incluso cuando su necesidad es provocada responsablemente por la persona obligada”.¹⁰ La base de esta afirmación está en la consideración de la autonomía del sujeto kantiano, cuyo fundamento de su moralidad está en la autolegislación de los principios que cada uno puede otorgarse objetivamente con base en la razón. La consecuencia sería de un orden que impone externamente la sanción despersonaliza al sujeto por la imposición de una voluntad heterónoma.

Sin embargo, en este punto, Jakobs, omite algo importante, la visión de Kant es limitada frente a la de Hegel, en cuyo caso, la libertad se expresa más allá de la particularidad del individuo, la referencia al mundo objetivo es más que la unión de las subjetividades, se presenta como una universalidad de la cultura y en ese sentido hablamos de la expresión de un *nosotros*, de tal manera que, no es la voluntad particular sino las condiciones objetivas de la voluntad libre la que permite en la acción sobre el sujeto el tratamiento de persona.

En ese sentido Hegel expresa sobre la ley: “Así como en la sociedad civil el derecho en sí deviene ley, así también la existencia *inmediata* y *abstracta* de mi derecho individual toma el significado de ser reconocido como una *existencia* en el saber y en la voluntad universales existentes”.¹¹ La libertad es la forma en que voluntad se realiza en todos los ámbitos de la vida, no se trata de una mera subjetividad particular y tampoco se trata de la naturaleza individual en la que lo espiritual y lo natural se encuentran separados.

En consecuencia, el delito no es la habitualidad de un incesante actuar subjetivo, no es la suma de los delitos lo que hace lo universal, puesto que “el delito no es ya la lesión de un *infinito subjetivo*, sino de la cosa *universal*, que tiene en sí misma una existencia firme y sólida”.¹²

En tal caso la despersonalización no es por la imposición que se impone sobre la voluntad particular, sino por la excepción que violenta la universalidad del derecho, de tal manera que:

¹⁰ Jakobs, *op. cit.*, p. 127.

¹¹ Georg F. W. Hegel, *Principios de la Filosofía del Derecho*, p. 338.

¹² *Ibid.*, p. 339.

El hecho de que en *un* miembro de la sociedad son lesionados todos, altera la naturaleza del delito, no según su concepto, sino según su existencia exterior. La lesión afecta ahora a la representación y la conciencia de la sociedad civil, y no sólo la existencia del individuo inmediatamente lesionado.¹³

El problema que se plantea aquí es la imposibilidad de considerar al sujeto físico y a la persona como unidad frente a la universalidad, de ahí que una despersonalización lleve al sujeto como forma y contenido a la tragedia del extravío de lo universal.

III. De la justicia del enemigo a la ley del más fuerte

En *La República* de Platón, Polemarco considera que la justicia planteada por Simónides como “darle a cada quien lo que se le debe”¹⁴ tiene que ser precisada, Céfaló, padre de Polemarco, ha concluido que la justicia es lo que dice Simónides, pero Sócrates demuestra que no es suficiente con dicha consideración, puesto que si alguien le da a aguardar un cuchillo a un amigo y luego este enloquece no debe regresárselo porque es injusto, le haría daño a un amigo. Lo que se le debe al amigo enloquecido es el cuchillo que le haría daño y en ese caso “darle lo que se le debe” resulta injusto.

Polemarco concluye que a los amigos no se les debe hacer daño, por lo tanto, lo justo para él es hacerle bien a los amigos y daño a los enemigos. Cada arte implica un tipo de bien, de ahí que Polemarco considere que el arte de la justicia es un bien para la guerra, pero el arte de la justicia es el de la estrategia y en la paz la justicia debe tener alguna utilidad. Por ello, concluye que el arte de la justicia es útil para el resguardo del dinero, pero el que puede guardar el dinero también puede hurtarlo, el justo quiere lo justo y por ello no debe hacer el mal ni a amigos ni a enemigos.

La condición de enemigo no precisa el tipo de mal como en el caso del tipo de bien cuando nos referimos al amigo, de hecho, en la guerra al enemigo se le destruye, puesto que se le quiere vencer y para ello es menester disminuirlo en la medida de lo posible. El camino del enemigo es o la destrucción o

¹³ *Ibid.*, p. 340.

¹⁴ Platón, *La República*, pp. 11-23.

la neutralización del otro, la guerra aparece cuando la política ha perdido su capacidad de negociación.

En la guerra se forman los bandos, cada uno se acomoda a una idea que es contrapuesta al enemigo, el enemigo es el malo, el equivocado, no se le da voz, sin embargo. desde el punto de vista del derecho el límite se encuentra en el derecho internacional, en la consideración de los ciudadanos de los países en conflicto como personas con derechos humanos y en la consideración de los combatientes cuando no se encuentran en contienda y en el trato digno que se les debe dar cuando son capturados. Sin embargo, desde el punto de vista de Michael Foucault el derecho es la forma ritualizada de hacer la guerra, porque el derecho:

No opone la guerra a la justicia, no identifica justicia de paz, sino, por el contrario, supone que el derecho es una forma singular y reglamentada de conducir la guerra entre los individuos y de encadenar los actos de venganza. El derecho es, pues una manera reglamentada de hacer la guerra (...) ritualizan (en estos) el gesto de la venganza y lo caracterizan como venganza judicial. El derecho es en consecuencia la forma ritual de la guerra.¹⁵

Desde este punto de vista Günter Jakobs podría oponer el derecho penal del ciudadano al del enemigo puesto que podría pensarse que los sujetos despersonalizados pueden ser sometidos a un derecho sin la calidad de personas, aunque el derecho solo pueda darse entre personas. Según Jakobs: “No se trata de la reorganización de una relación jurídica, sino en una —por lo general, parcial— exclusión del sujeto peligroso y en ese sentido en relación con el sujeto excluido no se trata de derecho, sino de guerra”.¹⁶

Podemos considerar la forma latente del derecho que expresa Foucault, sin embargo, desde el punto de vista del discurso expreso el derecho es un orden que tiende a la paz, tratar el objeto de su regulación como un campo entre enemigos desnaturaliza el sentido de lo jurídico, como un orden que potencia la libertad por medio de la limitación de la conducta.

Desde otro punto de vista, si llegara a considerarse un enemigo interno en el cual el sujeto perdiera el carácter de ciudadano, de nacional o de suje-

¹⁵ Michael Foucault, *La verdad y las formas jurídicas*, pp. 98-99.

¹⁶ Jakobs, *op. cit.*, p. 27.

to de derecho, la consecuencia sería la desnudez jurídica, la persona caería en el ámbito de la despersonalización, no sería más persona. En ese caso el derecho perdería su universalidad porque se habría negado a sí mismo su razón de ser universal.

El Estado se erige como una persona titular de las facultades y obligaciones frente a los ciudadanos, al convertir al sujeto en enemigo desprovisto de la condición de persona, tampoco puede presentarse como persona, puesto que el derecho es una relación entre personas.

El derecho en ese sentido, solo es una máscara sin fundamento, es una fuerza de hecho que utiliza el poder de la comunidad para enfrentar al otro que debía castigar para afirmar al derecho. El derecho al que alude no es más que una ilusión escondida bajo su fuerza, a esa capacidad de oponerse al otro como derecho es lo que llama derecho, derecho del más fuerte.

Lo más grave que podía suceder es la despersonalización del Estado por la oposición del Derecho que le da sentido, por la negación de sí mismo. La persona aparece en este sentido como la dignidad del derecho que es la del ser humano encarnado en su responsabilidad, pero ya ni el Estado ni el enemigo pueden ser responsables porque han dejado de ser personas.

IV. De la oposición a la negación del derecho

Las relaciones entre las personas se dan entre humanos, pues son estos los que pueden realizar las conductas, sin embargo, el ser humano también establece relaciones en torno a los objetos, estas son relaciones indirectas con otros seres humanos, ellas se manifiestan como límites o como derechos y obligaciones frente a otros respecto de los objetos.

Dentro del análisis de la filosofía y la teoría jurídica puede considerarse al incumplimiento de los imperativos normativos como oposiciones al derecho. Los términos pueden ser ambiguos, el no realizar el contenido de una norma no es necesariamente una oposición al derecho, en todo caso, se trataría de una oposición a una norma.

Oponerse al derecho no es lo mismo que oponerse a una norma, aunque si la oposición es al orden jurídico en su totalidad, la cuestión puede llevarnos a considerar dos posibilidades. Primero, la oposición es a un orden jurídico en

particular, segundo, la oposición es a todo tipo de orden jurídico. En el segundo caso podríamos hablar de una oposición al derecho.

Lo mismo puede tratarse al abordar el problema de la oposición a la regla. Los sujetos que se oponen a las reglas, por medio de conductas contrarias al deber jurídico, no niegan, por ello, la validez del derecho y su necesidad de cumplimiento.

Las conductas pueden ser contrarias al derecho debido al desconocimientos de las normas que rigen el acto, pero también, pueden oponerse debido a que el sujeto se decide a tomar el riesgo del castigo al incumplir la norma, incluso podrían realizar la conducta admitiendo las consecuencias jurídicas.

La conducta implica la voluntad de quien la realiza, con nuestras acciones expresamos mensajes, demostramos nuestra cultura, pero no toda expresión corporal está destinada a comunicar algo, aunque a veces lo que hacemos tenga un significado para las otras personas.

El delito intencional expresa una forma de relacionarse con el mundo y con la sociedad, en ese sentido Günter Jakobs considera que la acción delictiva comunica una propuesta de mundo, es decir, con nuestras acciones expresamos el mundo que aceptamos como asumible. Jakobs lo ejemplifica en el apuñalamiento.

La puñalada por parte de una persona culpable representa una toma de posición en el mundo, o formulado de manera menos grandiosa: una “propuesta de mundo”, y —con ello— una acción comunicativa, o más exactamente: *también* una acción comunicativa, porque el autor, con su conducta violenta, realiza al mismo tiempo un acto real, que —por su parte— es mudo o silencioso.¹⁷

Günter Jakobs siguiendo a Hegel considera que la “propuesta de mundo” del autor de un delito contradice a la norma (jurídica) y la condena al delincuente, de tal manera que:

De este modo, se puede conformar la siguiente consecuencia: la norma prohíbe tales “propuestas de mundo”, el autor del delito contradice la norma, el veredicto de culpabilidad por parte del tribunal contradice al delincuente. Pero la cosa no se queda en el veredicto de

¹⁷ *Ibid.*, p. 9.

culpabilidad porque este conduce a la pena, que —en tanto acto de poder— también es, de nuevo como un acto real.¹⁸

Para Jakobs la vigencia de la norma está en su eficacia, es decir, es eficaz en tanto se cumple con lo que esta prescribe, de tal manera que cuando los ciudadanos desobedecen la norma esta pierde eficacia, en consecuencia, la norma pierde vigencia y la sanción se la devuelve en tanto es una consecuencia de la propia norma.

El problema de la propuesta de Jakobs es que al considerar en la acción de la propuesta de mundo que realiza el delincuente extremo, se plantea un derecho para conductas futuras, pero el derecho ya tiene una respuesta en las conductas presentes y deriva de la consideración del establecimiento de medios para la realización de una actividad delictiva como conductas presentes y demostrables dentro de un procedimiento ordinario en el que el sujeto es tratado como persona, por lo que, se puede realizar con respeto a los derechos humanos y el cumplimiento del esclarecimiento de los hechos cometidos antes del juzgamiento como un fin del proceso.

V. Castigo, razón y naturaleza

En términos Kantianos lo racional es *a priori*, lo cual, quiere decir que no depende de la experiencia, por ello, los principios de la moral no son derivados de la experiencia sino de la pura razón, no son las inclinaciones las que le dan sentido.

El derecho —según Kant— como una cuestión positiva es una cuestión empírica, depende de lo que se haya legislado, sin embargo, su fundamento está en un juicio de otro nivel, ello lo hace depender del juicio racional. El derecho en ese sentido se distingue de la moral por el móvil de la acción, mientras el juicio jurídico se da por cualquier móvil, el de la moral tiene exclusivamente como fin el deber.¹⁹

El castigo al infringir un dolor se da como un suceso natural, de la misma manera que cualquier suceso que produzca placer o desagrado. En ese sentido toda acción humana es un suceso natural, pero su carácter racional no

¹⁸ *Ibid.*, p. 10.

¹⁹ Enrique Serrano Gómez, “Derecho y Razón Práctica”, pp. 11-15.

deriva de su carácter empírico sino de su fundamento *a priori*, es un ejercicio reflexivo desde la pura racionalidad. En ese sentido el castigo no es más que una determinación y su fundamento deriva en la afirmación del derecho en la persona jurídica, aunque su ejecución, al igual que cualquier acto humano, es un suceso natural. Sin embargo, Jakobs plantea al castigo como un suceso natural dejando de lado su determinación jurídica.

En la coacción jurídica el derecho permite u obliga a maltratar al sujeto a quien se obliga como parte de la naturaleza, esto es: en ese sentido no se le trata como persona, aunque sea su propia personalidad la que haya debido primeramente desencadenar ese permiso o ese mandato.²⁰

El trato de persona en el castigo no está en el resultado como un suceso natural, sino en el procedimiento mediante el cual el sujeto es juzgado y se le escucha en juicio, manteniendo las garantías de sus derechos y en la determinación jurídica que preserva su dignidad humana al no infligirle un castigo de antemano, y en permitir que tenga la oportunidad que cualquier otra persona pueda tener de defenderse ante un juez.

De otra manera sería imposible hablar de la condición de persona, puesto que aun el proceso de acuerdo y ejecución de un contrato son sucesos jurídicos que pueden resultar contra la voluntad al momento de la ejecución.

Un pensamiento de esa naturaleza ha vuelto abstracto el análisis al sacar del proceso, en el que tiene sentido, una determinación que solo se considera por ser un resultado.

VI. La despersonalización del enemigo

El derecho penal del enemigo que desarrolla Jakobs parte de la consideración de que todo castigo a final de cuentas es una despersonalización deriva de la aplicación de la fuerza, como un suceso natural, aún contra la voluntad del sujeto.

La diferencia con cualquier otro delito como una oposición a la normativa jurídica es que el que ha hecho del delito su forma de vida ha negado al de-

²⁰ *Ibid.*, p. 13.

recho como totalidad del orden jurídico y no como una normativa específica, en ese sentido al negar el derecho ha negado su propia condición de persona.

En ese sentido, no sería el derecho el que lo ha despersonalizado, sino sus propias acciones que se presentan como una comunicación silenciosa de una propuesta de mundo que se opone al derecho. Oposición que tiene como consecuencia la de oposición a la condición de persona.

Es así porque el derecho representa las expectativas sociales, los sujetos esperan vivir en paz y conservar sus bienes y sus derechos bajo las reglas del orden jurídico. Esa expectativa social, según Jakobs, consagrada en el derecho es puesta en pausa en torno a su vigencia por la comisión del delito que solo se supera con el restablecimiento de la vigencia de la norma por la imposición del castigo.²¹

Pero tratándose de los sujetos que han hecho de su forma de vida una oposición sistemática al derecho, en consideración del autor alemán, no solo han negado una normatividad, han negado al derecho mismo y por lo tanto han perdido la calidad de personas. Lo cual lleva a la necesidad de establecer un régimen de excepción, uno especial en donde los derechos humanos de protección de las personas se ven disminuidos.²²

Se trata de un régimen especial en el que los derechos disminuidos son los que permiten la protección del derecho de ser juzgados por un sistema equilibrado desde la misma conducción de los sujetos al proceso. Este régimen especial evita que se cumpla con el esclarecimiento de los hechos, como uno de los fines supremos del procedimiento, máxime si este implica una menor exigencia probatoria de culpabilidad.

VII. Conclusiones

El derecho penal del enemigo fundamenta un régimen especial para la comisión sistemática de delitos por un grupo de sujetos a los que se han de considerar como enemigos, ya que, su actuar tiende a negar el derecho que recoge las expectativas sociales, logrando con ello la pérdida de la vigencia de la ley. Pero en el caso extremo este grupo, con su forma de vida, no solo amenaza con destruir la norma, sino que niega el sistema jurídico completo.

²¹ *Ibid.*, pp. 16-17.

²² *Ibid.*, pp. 117-122.

La persona en sus dimensiones jurídica y moral representan dos ámbitos de responsabilidad derivados de la persona, a la que se le atribuyen dichos ámbitos. El Estado mismo actúa como persona jurídica y establece relaciones con otras personas, ya que el derecho es un ámbito de relaciones interpersonales.

El Estado que establece relaciones a través de la condición de persona, al despersonalizar a los sujetos se niega a sí mismo su condición de sujeto y se presenta como una fuerza a la que llama derecho pero que ha perdido su carácter.

En ese sentido, el régimen de excepción que pueda surgir de la consideración especial de los sujetos sometidos ha querido salvar al derecho y lo ha convertido en el derecho del más fuerte. Pues al hacer incidir su excepcionalidad en los derechos que derivan de la condición de persona han convertido al procedimiento en una consecuencia de la pura fuerza. El derecho de excepción se ha convertido en el instrumento del Estado que puede usar contra la moral y el derecho para señalar a cualquier ciudadano, negando con ello la calidad de persona de manera contingente y por lo tanto destruyendo el derecho cuya vigencia no puede ser restablecida sino aplicando el derecho de las personas y no el de los enemigos.

Jakobs pretende de esa manera justificar un derecho de los sin derecho por determinación preprocesal, por medio de la separación entre sujeto físico y persona, arribando con ello a un régimen de derecho aplicable entre no personas-enemigos, con la disminución de los derechos que dan sentido al proceso y por ello, como una imposibilidad de la justicia, y por lo mismo, como un uso del poder del más fuerte, en negación del orden jurídico.

Fuentes de consulta

Bibliográficas

Agamben, Giorgio. *Homo Sacer: el poder soberano y la nuda vida*. Trad. Antonio Gimeno Cuspinera, España, Pre-textos, 2013.

Foucault, Michael. *La verdad y las formas jurídicas*. Barcelona, Gedisa, 2013.

Günter, Jakobs. *El lado comunicativo y el lado silencioso del derecho penal*. México, Editorial Flores, 2015.

- Hegel Georg Wilhelm, Friedrich. *Enciclopedia de las ciencias filosóficas*. Trad. Ramón Valls Plana, Madrid, Alianza, 2010.
- _____. *Principios de la filosofía del derecho*. Trad. Juan Luis Vermal, Barcelona, Edhasa, 2005.
- Kant, Immanuel. *Fundamentación de la metafísica de las costumbres*. Trad. José Mardomingo, Barcelona, Ariel, 1999.
- _____. *Metafísica de las costumbres*. Trad. Adela Cortina y Jesús Conill Madrid, Tecnos, 2016.
- Kelsen, Hans. *Teoría pura del derecho*. Trad. Roberto Vernengo, México, Porrúa, 2019.
- Trueba Atienza, Carmen y Sergio Pérez Cortés. *Dignidad: perspectivas y aportaciones de la filosofía moral y política*. México, Anthropos, UAM-I., Trueba Atienza, 2018.
- Roxin, Claus, Jakobs Günter, Friedrich-Christian Schroeder, Miguel Polaino Navarrete, Miguel Polaino-Orts. *Teoría del delito: Cuestiones fundamentales de dogmática penal*. México, Editorial Flores, 2019.
- Serrano, Gómez Enrique. “Derecho y Razón Práctica”. *Signos filosóficos*, Vol. VI, Núm. 11, enero-junio, México, UAM-I., pp. 9-45.

