

Una vez más sobre los “vínculos” entre Carl Schmitt y Günther Jakobs

Luciana Muñoz*; Gerardo Tripolone**

Recibido: 4 de enero de 2017 / Aceptado: 11 de diciembre de 2017

Resumen. La teoría del derecho penal del enemigo de Günther Jakobs ha sido criticada desde diversos puntos de vista. Gran parte de la academia jurídica la ha rechazado y ha tendido a ver en ella una postura peligrosa, no obstante reconocérsele buena fe a las intenciones de su autor. Dentro de las críticas se afirma que su posición es heredera del pensamiento de Carl Schmitt y, sobre todo, de su distinción propiamente política entre amigos y enemigos. Aunque Jakobs ha rechazado esta relación, autores como Guillermo Portilla Contreras, Eugenio Zaffaroni, Francisco Muñoz Conde, Kai Ambos, Eduardo Demetrio Crespo o Bernd Müssig vinculan el enemigo de Jakobs con la categoría schmittiana de *El concepto de lo político*. En esta contribución mostraremos que la equiparación es errada, aunque no sólo por las razones que da Jakobs. Independientemente de la valoración que uno pueda tener de la teoría del derecho penal del enemigo, una lectura atenta de ambos pensadores alemanes revela que no hay coincidencia entre Schmitt y Jakobs, ni éste sigue o se aprovecha de aquél.

Palabras claves: Enemigo; Derecho penal; Schmitt; Jakobs.

[en] Once Again on the “Links” between Carl Schmitt and Günther Jakobs

Abstract. The Günther Jakobs’s theory of criminal law of the enemy has been criticized from different points of views. Many scholars have rejected it and have seen a dangerous position. However they recognize his good intentions. Some critics say that his position is influenced by Carl Schmitt’s thought, above all, the political distinction between friends and enemies. Although Jakobs denies this relation, scholars like Guillermo Portilla Contreras, Eugenio Zaffaroni, Francisco Muñoz Conde, Kai Ambos, Eduardo Demetrio Crespo or Bernd Müssig point out the link between the enemy of Jakobs and the concept of Carl Schmitt. In this paper we prove that this relations is wrong, but not only for the reasons that Jakobs gives. Beyond the value of the theory of criminal law of the enemy, a reconsideration of both German authors shows that neither exist a coincidence between Schmitt and Jakobs, nor Jakobs follows or use Schmittian theory.

Keywords: Enemy; Criminal Law; Schmitt; Jakobs.

Sumario: 1. Introducción. 2. Los “vínculos” entre Carl Schmitt y Günther Jakobs. 3. Primera aproximación y dudas conceptuales. 4. Schmitt y el enemigo espacialmente diferenciado. 5. Schmitt y el enemigo en un espacio común. 6. Jakobs y el enemigo delincuente. 7. Jakobs, la guerra y el derecho. 8. Conceptos y términos. 9. Conclusiones.

Cómo citar: Muñoz, L.; Tripolone, G. (2018). Una vez más sobre los “vínculos” entre Carl Schmitt y Günther Jakobs, en *Res publica* 21.1, 47-62.

* Universidad Nacional de San Juan (Argentina)
ablucianamunoz@gmail.com

** Universidad Nacional de San Juan (Argentina)
gerardo.tripolone@gmail.com

1. Introducción

Uno de los debates centrales del derecho penal actual gira en torno a la lucha contra la criminalidad organizada y, específicamente, contra el terrorismo. Los autores se preguntan cuál es el papel que debería desempeñar el derecho penal con respecto a este tipo de criminalidad globalizada y extremista. Uno de los juristas que más resonancia ha tenido en el debate ha sido Günther Jakobs, penalista de la Universidad de Bonn que ha elaborado la conocida teoría del “derecho penal del enemigo”.

Como se sabe, la propuesta de Jakobs es construir un derecho penal bifurcado entre el derecho penal del “ciudadano” y el derecho penal del “enemigo”. Mientras el primero conservaría las características del derecho penal liberal clásico, el segundo se constituiría con garantías constitucionales disminuidas y con una finalidad securitaria.

Diversos son los problemas de esta teoría y muchas las críticas que ha recibido Jakobs en la academia. Desde el plano de la teoría política, se dice que Carl Schmitt habría dado sustento filosófico político a su propuesta jurídico-penal. Esto no sería nada positivo para Jakobs. En base a la impugnación que pesa sobre Schmitt y su pensamiento, se atribuye el adjetivo peyorativo de “schmittiana” a la propuesta de Jakobs.

Numerosos pensadores han sostenido la existencia de vínculos entre ambos juristas. Estas conexiones pueden ser de tres clases: (i) de *seguimiento*, es decir, una doctrina o teoría sigue a otra o fue generada por ella; (ii) de *coincidencia*, esto es, una doctrina o teoría coincide con, pero no sigue a, esa otra doctrina o teoría; o bien (iii) de *aprovechamiento*, en este caso, una doctrina o teoría se beneficia de otra para lograr mayor solidez en sus posicionamientos¹.

Como se verá, ninguno de estos vínculos da muestra cabal de la relación que existe entre ambos autores. En verdad, no hay coincidencia sino oposición: la propuesta de Jakobs es un ejemplo paradigmático de todo lo que Schmitt buscó evitar con su concepto de enemigo. El concepto espacializado de enemistad de Schmitt evita caer en la confusión entre el enemigo y criminal, que es precisamente lo que ocurre en Jakobs.

Este estudio se justifica por dos razones. En primer lugar, para aclarar un problema interpretativo sobre los usos de Carl Schmitt en la teoría penal actual. En segundo lugar, porque permite tratar una cuestión fundamental del orden político mundial y del derecho internacional: la pérdida de la enemistad limitada y el surgimiento, cada vez más evidente, de una enemistad globalizada que no reconoce fronteras ni distinga combatientes de no combatientes.

La obra de Schmitt y la de Jakobs son objeto constante de estudio. La proliferación de trabajos sobre sus producciones es aún más marcada en las temáticas planteadas en este artículo. Por ello, vamos a evitar ciertos tópicos comunes en nuestro desarrollo para no incurrir en repeticiones innecesarias. No haremos referencia a las discusiones específicas de la obra de ambos juristas, sino sólo en caso en que los tópicos sean los que vincula el pensamiento de Schmitt con el de Jakobs.

¹ Para estas distinciones entre las conexiones de teoría política y doctrina jurídica nos guiamos por las que Hernán Bouvier realiza entre moral y derecho en *Particularismo y derecho. Un abordaje pospositivista en el ámbito práctico*, Madrid, Marcial Pons, 2012, p. 24.

2. Los “vínculos” entre Carl Schmitt y Günther Jakobs

Como dijimos en la introducción, la literatura crítica aborda los “vínculos” entre ambos juristas alemanes desde distintos puntos de vista. Guillermo Portilla Contreras, profesor de la Universidad de Jaén, ha defendido la existencia de un vínculo de seguimiento entre Schmitt y Jakobs. Según este autor, la falta de citas y referencias a las obras de Schmitt por parte de Jakobs sólo pueden entenderse como un olvido de este último puesto que “las ideas de Jakobs sobre el derecho penal y procesal del enemigo están estrechamente ligadas al concepto de lo político de C. Schmitt”². Para Portilla Contreras “es evidente que la separación amigo/enemigo de Schmitt [...] es la base de la dicotomía entre el derecho del ciudadano y el derecho del enemigo de Jakobs”³. Jakobs asumiría el planteamiento schmittiano que atribuye al Estado el *ius belli*, lo que posibilita determinar quién es el enemigo y cómo combatirlo. Jakobs seguiría, según Portilla Contreras, la distinción schmittiana entre “el extranjero como enemigo colectivo legítimo (*hostis*) y el enemigo interior ilegítimo –el bandido, rebelde o pirata–, promotor de la subversión, que es objeto de persecución penal y a quien es necesario eliminar para preservar el orden del Estado”⁴.

Eugenio Zaffaroni señala vínculos de coincidencia. El penalista argentino ha insistido numerosas veces en que las ideas de Jakobs no se nutren de las de Schmitt, pero “insensiblemente caen en su lógica”⁵. Zaffaroni impugna aquellas posturas que sostienen que la diferencia entre el enemigo de Schmitt y el de Jakobs se encuentra fundada en que el último sería un enemigo limitado. Según Zaffaroni es el propio Jakobs el que admite que todo límite puede llegar a perderse al afirmar que “si el enemigo incrementa su peligrosidad [...] también aumentará su despersonalización”, siendo un ejemplo paradigmático de esta pérdida de límites el caso de los prisioneros de Guantánamo⁶. Según Zaffaroni, el enemigo de Schmitt requiere de un Estado absoluto, entendiendo por tal un Estado en el que el poder del soberano para señalar a su enemigo no tiene límites, ya que ese poder de señalización hace a la esencia misma de la política⁷. Al contrario, el enemigo de Jakobs se presenta en el marco de un Estado de derecho. Sin embargo, la lucha contra este último puede, en caso extremo, llegar a ser ilimitada y, por tanto, utilizar medios propios de un Estado absoluto, desapareciendo las diferencias entre los conceptos de ambos autores.

Kai Ambos también considera que Jakobs coincide, aunque sin citarlo, con el discurso del enemigo sostenido por Schmitt. Este discurso posibilitaría dirigir la represión estatal hacia “la exclusión de grupos enteros de la población”, siendo Schmitt “el «precursor» o el «abuelo espiritual» del Derecho penal del enemigo y, por tanto,

² G. Portilla Contreras, “Bases teóricas del «nuevo» derecho penal schmittiano: el derecho penal y procesal penal del «enemigo»”, en *IUS Revista del Instituto de Ciencias Jurídicas de Puebla* 19, 2007, pp. 23-45, aquí p. 34. Disponible en: <http://www.redalyc.org/articulo.oa?id=293222926002>.

³ *Ibidem*, p. 36, destacado nuestro.

⁴ *Ibidem*, p. 34. Portilla Contreras remite a la versión española de *El nomos de la tierra en el Derecho de Gentes del Jus publicum Europaeum*, trad. Dora Schilling Thon, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1979, p. 176, sin aclarar que, en ese punto, Schmitt está comentando el pensamiento de Baltasar Ayala. Aunque el jurista alemán posee coincidencias y reivindica en parte a Ayala, el punto importante es que Schmitt realiza una distinción muy clara entre quién es enemigo y quién criminal: los piratas, bandidos y rebeldes no son enemigos para Schmitt, aunque sí podrían serlo para Jakobs. Más adelante profundizaremos este punto.

⁵ E. R. Zaffaroni, *El enemigo en el derecho penal*, Buenos Aires, Ediar, 2012, p. 159.

⁶ *Ibidem*.

⁷ *Ibidem*, p. 147.

precursor del discurso jakobsiano”⁸. Algo similar piensa el jurista alemán Günter Frankenberg, quien argumenta que “la falta de mención de Schmitt por parte de Jakobs” no tiene sentido, ya que “Schmitt piensa lo mismo que Jakobs en cuanto al concepto de enemigo semánticamente”⁹.

El jurista español Francisco Muñoz Conde, también sostiene la existencia de vínculos de coincidencia entre la teoría schmittiana y las propuestas de Jakobs, específicamente en el plano ideológico. Considera que fue Carl Schmitt “quien con su famosa distinción entre «Freund und Feind», «amigo y enemigo», creó las bases para el desarrollo de una construcción jurídica que permitiría distinguir el Derecho para el normal ciudadano de un Derecho mucho más duro y excluyente que había que aplicar a los enemigos”¹⁰. Además, Muñoz Conde niega expresamente que el enemigo de Schmitt sea sólo un enemigo externo, como muchos otros comentaristas han querido entender¹¹.

Eduardo Demetrio Crespo afirma que no existe novedad en los conceptos ni en las propuestas de Jakobs. En realidad este último se limitaría a darle una nueva denominación a un fenómeno que “recuerda a la dicotomía utilizada por Carl Schmitt para describir el modo de reacción del Estado frente a los crímenes políticos graves”¹². El vínculo no parece pasar de la mera coincidencia.

En un punto intermedio entre la coincidencia y el seguimiento se encuentra Bernd Müssing, quien sostiene que es “evidente” la conexión entre el concepto de derecho penal del enemigo de Jakobs y la potestad de declaración estatal del enemigo introducida por Schmitt como criterio de distinción de lo político. Si bien admite que el concepto de enemigo planteado por Schmitt pertenece a otro contexto, a partir de las teorizaciones de Jakobs, las lecciones de Schmitt demuestran tener “efectos de largo alcance”¹³. Schmitt es, de algún modo, responsable por lo que sostiene actualmente Jakobs, habiendo sido decisiva la teorización schmittiana sobre el enemigo interno¹⁴.

No se encuentran en la literatura secundaria la idea de vínculos de aprovechamiento entre Jakobs y Schmitt. Es el mismo Jakobs quien ha sostenido que los orígenes de su “derecho penal del enemigo” pueden encontrarse en Hobbes o Kant¹⁵. Por el contrario, ha negado expresamente cualquier posibilidad de relacionar su pensamiento con el de Schmitt. Afirma que mientras su enemigo es un delincuente, el ene-

⁸ K. Ambos, “Derecho penal del enemigo”, en M. Cancio Meliá y C. Gómez-Jara Díez (coords.), *Derecho penal del enemigo: el discurso penal de la exclusión*, Montevideo-Buenos Aires, B de F Ltda, Vol. 1, 2006, pp. 119-162, aquí p. 146.

⁹ G. Frankenberg. *Técnica estatal. Perspectivas del Estado de Derecho y el estado de excepción*, traducción Pablo Guillermo Lucero, Rubinzal-Culzoni, Santa Fe (Argentina), 2014, p.167.

¹⁰ F. Muñoz Conde, “¿Es el Derecho penal internacional un «Derecho penal del enemigo»?”, en *Revista Penal* 21, 2008, pp. 93-102, aquí p. 95. Disponible en: <http://www.uhu.es/revistapenal/index.php/penal/article/view/342/333>.

¹¹ *Ibidem*, p. 97, n. 11.

¹² E. D. Crespo, “El Derecho penal del enemigo, darf nicht sein! Sobre la ilegitimidad del llamado «Derecho penal del enemigo» y la idea de seguridad”, en M. Cancio Meliá y C. Gómez-Jara Díez (coords.), *Derecho penal del enemigo: el discurso penal de la exclusión*, Montevideo-Buenos Aires, B de F Ltda, Vol. 1, 2006, pp. 473-509, aquí p. 486. Disponible en: <https://revistas-colaboracion.juridicas.unam.mx/index.php/quid-iuris/article/view/17362/15571>.

¹³ B. Müssig, “Derecho penal del enemigo: concepto y fatídico presagio. Algunas tesis”, en M. Cancio Meliá y C. Gómez-Jara Díez (coords.), *Derecho penal del enemigo: el discurso penal de la exclusión*, Montevideo-Buenos Aires, B de F Ltda, Vol. 2, 2006, pp. 371-390, aquí p. 383.

¹⁴ *Ibidem*, p. 382.

¹⁵ G. Jakobs, “Derecho penal del ciudadano y Derecho penal del enemigo”, en G. Jakobs, M. Cancio Meliá, *Derecho penal del enemigo*, Madrid, Civitas, 2003, pp.19-56, aquí p. 29.

migo de Carl Schmitt no lo es¹⁶. Y si bien la terminología puede resultar parecida las diferencias se imponen si se tienen en cuenta los marcos históricos de los planteos¹⁷.

En este breve panorama puede advertirse una marcada tendencia a vincular el pensamiento de Carl Schmitt con el de Günther Jakobs. En los apartados siguientes veremos que esta posición es rebatible.

3. Primera aproximación y dudas conceptuales

Los problemas interpretativos sobre la obra de Schmitt y de Jakobs se generan en imprecisiones conceptuales de ambos autores. No es clara la utilización del concepto de enemigo en sus obras. En Schmitt pueden hallarse una pluralidad de nociones de enemigo y de enemistad. En Jakobs una confusión entre discurso descriptivo y prescriptivo sobre el enemigo.

En la obra de Schmitt existen, al menos, dos conceptos de enemigo. Uno que podríamos llamar “principal”, al que nombraremos E1, y otro “secundario”, en adelante E2. El E1 se separa de la conceptualización de Jakobs en varias cuestiones fundamentales. La idea secundaria, el E2, podría encontrarse más cerca del concepto del penalista de Bonn, aunque, como veremos, tampoco es equiparable.

Al E1 le llamamos principal porque es el que Schmitt más desarrolló en *El concepto de lo político* y el que sostuvo durante toda su producción intelectual. E1 es un enemigo internacional y espacialmente diferenciado. Este enemigo sostiene un modo de vida distinto y separado de la propia comunidad y, por supuesto, del amigo. No comparte el espacio político, es público y, por tanto, identificable.

El E2 es secundario en Schmitt. En primer lugar, porque constituye un concepto menos desarrollado en *El concepto de lo político* aunque ciertamente presente en su pensamiento. Heinrich Meier, como veremos más adelante, hizo notar las sutiles modificaciones en la versión de 1932 de esta obra que permiten incluir a un enemigo distinto al que pensaba Schmitt anteriormente. A diferencia del primer concepto, el E2 es un enemigo interno. Como se verá, sólo en este sentido podría encontrarse alguna equivalencia (que veremos tampoco procede) con el enemigo en Jakobs.

En cuanto a este último autor, resulta difícil determinar con precisión quién es el enemigo. En primer lugar, porque en las obras dedicadas a la materia se encuentran entremezclados enunciados descriptivos con afirmaciones prescriptivas sobre el mismo fenómeno¹⁸. Mientras que en algunos textos afirma que el derecho penal

¹⁶ Cf. G. Jakobs, “¿Derecho penal del enemigo? Un estudio acerca de los presupuestos de la juridicidad”, en M. Cancio Meliá y C. Gómez-Jara Díez (coords.), *Derecho penal del enemigo: el discurso penal de la exclusión*, Montevideo-Buenos Aires, B de F Ltda, Vol. 2, 2006, pp. 93-116, aquí p. 109; G. Jakobs, “Sobre la teoría del derecho penal del enemigo”, en G. Jakobs y M. Polaino Orts, *Persona y enemigo. Teoría y práctica del derecho penal del enemigo*, Lima, ARA Editores, pp. 31-55, aquí p. 44-45, n. 40; G. Jakobs en E. Mizrahi, *Los presupuestos filosóficos del derecho penal contemporáneo. Conversaciones con Günther Jakobs*, Buenos Aires, Universidad Nacional de La Matanza, 2012, p. 74.

¹⁷ E. D. Crespo, *op. cit.*, p. 94, n. 38.

¹⁸ Cf. A. Aponte, “Derecho penal del enemigo vs. Derecho penal del ciudadano. Günther Jakobs y los avatares de un Derecho penal de la enemistad”, en M. Cancio Meliá y C. Gómez-Jara Díez (coords.), *Derecho penal del enemigo: el discurso penal de la exclusión*, Montevideo-Buenos Aires, B de F Ltda, Vol. 1, 2006, pp. 163-204.

del enemigo es una realidad presente en el Código Penal alemán¹⁹, en otros casos postula la necesidad de una regulación especial para los enemigos inexistente hasta el momento²⁰.

En segundo lugar, porque habría una pluralidad de criterios para la determinación del enemigo. Según Jakobs, el enemigo es aquel que se ha apartado de manera presumiblemente duradera del derecho y, por lo tanto, ya no ofrece seguridad cognitiva sobre su comportamiento personal²¹. El problema es que no es claro cómo se determina ese apartamiento del derecho. Pueden encontrarse por lo menos tres criterios:

- (i) El de la persistencia en la comisión de delitos, cualquiera sea el delito que se cometa.
- (ii) El de la comisión de un delito que ponga en peligro la existencia del Estado. El ejemplo más claro es el terrorismo.
- (iii) Una determinada actitud frente al derecho que se manifiesta en una conducta planeada –no actuada– y que es anterior a la comisión de un delito. En este caso, la punibilidad se adelanta a los actos preparatorios y no es necesario que el individuo haya cometido delitos con anterioridad.

No obstante estas imprecisiones, hay un dato que se mantiene inalterable: el enemigo es quien transgrede la norma penal (i y ii) o se encamina a hacerlo (iii).

En definitiva, tanto en Schmitt como en Jakobs encontramos problemas interpretativos surgidos de ambivalencias conceptuales. En Schmitt, porque existe más de un concepto de enemigo. En Jakobs, porque no es claro si el derecho penal del enemigo es una propuesta que debe realizarse o si es algo que efectivamente sucede. Tampoco está claro qué delincuentes serán considerados enemigos. Estas dificultades deben tenerse en cuenta a la hora de analizar los conceptos de enemigo de ambos autores, tarea que emprenderemos en el acápite siguiente.

4. Schmitt y el enemigo espacialmente diferenciado

Comencemos con E1, es decir, el concepto de enemigo principal de Schmitt. A diferencia de Jakobs, el E1 schmittiano está espacialmente diferenciado, es decir, se encuentra ubicado en límites espaciales distintos. Está más allá de las murallas (en sentido figurado) que limitan la comunidad política propia. Por eso es que existe una primacía de la política internacional en la obra de Schmitt. El eje en el que gira su concepto es la enemistad internacional entre espacialidades políticas diferenciadas.

Teniendo en cuenta que Schmitt había anunciado el fin de la estatalidad, es evidente que tenía conciencia de que el enemigo podía no ser un Estado. Sin embargo,

¹⁹ G. Jakobs, “¿Derecho penal del enemigo? Un estudio acerca de los presupuestos de la juridicidad”, *op. cit.*, p. 95: “No es mi propósito convertir a alguien artificialmente en enemigo, sino el de describir a quién el sistema jurídico trata como enemigo, y pronosticar a quién atribuirá en el futuro ese papel”.

²⁰ G. Jakobs, “Derecho penal del ciudadano y Derecho penal del enemigo”, *op. cit.*, p. 42: “debería llamar de otro modo aquello que *hay que* hacer contra los terroristas si no se quiere sucumbir, es decir, lo debería llamar Derecho penal del enemigo, guerra refrenada” (destacado original).

²¹ *Ibidem*, p. 40.

estatal o no, es un enemigo que está fuera del propio espacio político. Es un otro que se diferencia porque se organiza de forma distinta, se encuentra en un espacio diferente y posee otra forma de relacionarse con ese espacio.

Tanto la organización política como la relación con el espacio se fundan, en última instancia, en la teología. “Los pueblos católicos –afirma Schmitt– parecen amar de otra forma el suelo, la tierra maternal; todos tienen su *terrisme*”²². Al contrario, “la fe en la predestinación” propia del calvinismo “es tan sólo la culminación del convencimiento de pertenecer a un mundo distinto del corrompido y condenado a perecer”²³. La enemistad entre católicos y protestantes tiene, en Schmitt, fundamentos espaciales. Si el catolicismo se arraiga a su tierra, el espacio del protestantismo es otro y no está en el mundo, sino en el Paraíso²⁴.

Sin embargo, aunque Schmitt cree que la enemistad es insuperable, piensa que las hostilidades pueden limitarse. El E1 no es un criminal al que hay que aniquilar, sino un enemigo legítimo al que se le debe respeto. Este tipo de enemistad es la propia del *Ius Publicum Europaeum*, es decir, el derecho internacional que comienza en el siglo XVII y finaliza en 1914: un enemigo público, espacialmente diferenciado y al que se debe respeto. En definitiva, un enemigo legítimo.

Al E1 no se lo puede aniquilar porque moldea la propia existencia:

El enemigo es nuestra propia pregunta como persona. [...] Enemigo no es algo que tiene que ser eliminado por cualquier razón y aniquilado por su desvalor. El enemigo está a mi propio nivel. Por esta razón, tengo que luchar con él, para encontrar la propia medida, los propios límites y la propia personalidad²⁵.

Se necesita al enemigo como forma de conocimiento de sí mismo. Si lucho con él es para saber mis capacidades y limitaciones. Al final “siempre se vive bajo la mirada del hermano más radical, el que lo obliga a uno a llegar hasta las últimas consecuencias prácticas”²⁶.

Jakobs impugnaría estas ideas. El enemigo no es un igual y no merece el respeto que Schmitt le tenía. Para Schmitt, la destrucción del enemigo es imposible, porque el otro es necesario. La destrucción del otro es autodestrucción²⁷. Por eso no puede pensarse al E1 como un criminal y Schmitt hizo un esfuerzo por evitar la pérdida de distinción entre ambas figuras. Al contrario, Jakobs piensa que sobre el enemigo puede ejercerse una peculiar forma de coacción que implica un grado

²² C. Schmitt, *Catolicismo y Forma política*, traducción, estudio preliminar y notas Carlos Ruiz Miguel, Buenos Aires, Areté, 2009, p. 57.

²³ C. Schmitt, *Tierra y mar: Consideraciones sobre la historia universal*, trad. Rafael Fernández-Quintanilla, en H. O. Aguilar (prólogo y selección de textos), *Carl Schmitt, teólogo de la política*, México, Fondo de Cultura Económica, 2004, pp. 345-389, aquí p. 378.

²⁴ Köster cita a Breuer quien afirma que Schmitt poseía un “temor específicamente católico a la técnica moderna y al desarraigo propio de la *ratio* protestante” (W. Köster, *Die Rede über den “Raum”. Zur semantischen Karriere eines deutschen Konzepts*, Heidelberg, Synchron, 2002, p. 215, traducción propia).

²⁵ C. Schmitt, *Theorie des Partisanen. Zwischenbemerkung zum Begriff des Politischen*, Berlin, Duncker & Humblot, 2006, pp. 87. En otros términos afirma algo similar en C. Schmitt, *Ex Captivitate Salus*, en C. Schmitt, *Ex Captivitate Salus –“La Unidad del Mundo”– Catolicismo y Forma política*, trad. Anima Schmitt, Buenos Aires, Struhart & Cía., 2012, pp. 9-70, aquí p. 64: “Uno se clasifica por sus enemigos. Te pones en cierta categoría por lo que reconoces como enemistad”.

²⁶ C. Schmitt, “Das Zeitalter der Neutralisierungen und Entpolitisierungen”, en C. Schmitt, *Der Begriff des Politischen*, Berlin, Duncker & Humblot, 2015, pp. 71-87, aquí p. 74, traducción propia.

²⁷ C. Schmitt, *Ex captivitate salus*, op. cit., p. 67.

de “heteroadministración” que conlleva la “despersonalización” del sujeto²⁸. En Jakobs, el enemigo es un criminal excluido del derecho²⁹ que debe ser inocuizado o neutralizado³⁰.

Para Schmitt, la confusión entre enemigo y criminal fue producto del universalismo anglosajón. El término “criminal” surgió en el derecho internacional con posterioridad a la Primera Guerra Mundial para intentar juzgar al káiser Guillermo II. El intento tuvo éxito con los jerarcas Nazis tras la Segunda Guerra Mundial. Es un concepto propio del derecho penal y que, hasta ese momento, se consideraba ajeno al derecho de gentes. Así fue, según Schmitt, desde el siglo XVII hasta el XX y fue el Tribunal Militar de Núremberg el que instauró, mediante su estatuto, el crimen de “guerra de agresión” como un crimen internacional³¹.

Esto es central para la tesis de este artículo. El hecho de que Jakobs hable de “enemigo” para designar a quien en verdad es un criminal prueba lo que afirmaba Schmitt: la confusión entre enemigo y criminal que se da a partir del siglo XX. Si Schmitt veía que las potencias anglosajonas criminalizaban al enemigo, Jakobs por momentos parece hacer un movimiento que tiene la misma dirección pero en sentido inverso: hace del criminal un enemigo.

Para sostener la idea de enemigo distinta a la de criminal, Schmitt aceptaba el derecho a iniciar una guerra por parte de los Estados de forma ilimitada. El *Ius Publicum Europaeum*, modelo de derecho internacional para Schmitt, poseía un *ius ad bello* ilimitado, aun cuando se reconociera el *ius in bello* que impedía las guerras totales y de aniquilación. La posibilidad de esta limitación se daba únicamente por el reconocimiento mutuo de igualdad entre las potencias europeas³². La legitimación del enemigo presupone que no se considere como “inmoral” o “criminal” a quien inicia una guerra, lo cual cambió con la Primera Guerra Mundial. Con el fin de la Gran Guerra, los conceptos del derecho de gentes se

constituyen desde una óptica visiblemente criminalista y penalista. En el derecho de gentes el agresor viene a ser lo que en el actual derecho penal es el delincuente³³.

Es exactamente esto lo que afirma Jakobs al sostener la existencia del enemigo en la sociedad. El enemigo es un criminal que provoca un “entorno no deseable” y puede presentarse de forma “visible o con piel de cordero” deambulando entre los ciudadanos³⁴. Su presencia en la comunidad política es evidentemente inquietante³⁵.

²⁸ G. Jakobs, “Sobre la teoría del derecho penal del enemigo”, *op. cit.*, p. 35.

²⁹ G. Jakobs, “Derecho penal del ciudadano y Derecho penal del enemigo”, *op. cit.*, p. 45.

³⁰ G. Jakobs, “Sobre la teoría del derecho penal del enemigo”, *op. cit.*, p. 54.

³¹ Cf. C. Schmitt, *El crimen de la guerra de agresión en el Derecho Internacional y el principio “nullum crimen, nulla poena sine lege”*, trad. Max Maureira Pachecho y Klaus Wrehde, Buenos Aires, Hammurabi, 2006, *passim*.

³² C. Schmitt, *Der Nomos der Erde im Völkerrecht des Jus Publicum Europaeum*, Berlin, Duncker & Humblot, 2011, p. 114.

³³ C. Schmitt, “Über das Verhältnis der Begriffe Krieg und Feind”, en C. Schmitt, *Der Begriff des Politischen*, Berlin, Duncker & Humblot, 2015, pp. 94-102, aquí p. 95, traducción propia.

³⁴ G. Jakobs, “La ciencia del derecho penal ante las exigencias del presente”, en *Dogmática de derecho penal y la configuración normativa de la sociedad*, recopilación de Jacobo López Barja de Quiroga, Madrid, Civitas, pp. 27-50, aquí, p. 45.

³⁵ G. Jakobs, “La ciencia del derecho penal ante las exigencias del presente”, *op. cit.*, p. 45, destacado original.

Para que no se considere al enemigo como criminal, es necesario asumir que el oponente en combate no está cometiendo un delito por practicar la guerra. Tampoco deben juzgarse los motivos para el inicio de la contienda por razones morales. Schmitt asume el escepticismo axiológico como postura que impediría las guerras de aniquilación.

Sólo la “calidad institucional y estructural de las formaciones políticas” definía la justicia de la guerra³⁶. Como pensaba Baltasar Ayala, el *iustum bellum* es la guerra entre *iustus hostis*³⁷. La guerra no era ni una cruzada ni una penalidad producto de una falta anterior. Esto que Schmitt dice luego de la Segunda Guerra Mundial en *El nomos de la tierra*, ya lo había afirmado en 1938. En este último texto argumenta que la “justicia”, el “honor” y la “dignidad” de la guerra, en el antiguo derecho de gentes, radicaba en que el enemigo no es un “pirata” ni un “gánster”, sino un “Estado” y un “sujeto del derecho internacional”³⁸.

En definitiva, el E1 schmittiano, es decir, su concepto principal de enemigo, está espacialmente diferenciado, algo que también lo distingue del enemigo de Jakobs³⁹. Incluso el partisano está espacialmente delimitado –de ahí su carácter telúrico– y, por tanto, su irregularidad en la lucha no produce una igualación al corsario o al pirata, es decir, al criminal⁴⁰. No obstante, existe un segundo concepto de enemigo en Schmitt. Aunque mucho menos desarrollado, el jurista alemán habló del enemigo en el interior del Estado, lo que llamamos E2. ¿Es el E2 equivalente al enemigo de Jakobs?

5. Schmitt y el enemigo en un espacio común

Como afirma Gabriella Slomp, para Schmitt, en un “mundo ideal” “los grupos de amigos y enemigos solo existirían en un plano internacional y toda política sería política internacional”⁴¹. Sin embargo y aunque Schmitt no lo haya querido así, veía que las enemistades estaban mutando e introduciéndose en la esfera interna de la comunidad política⁴². Este enemigo interno, el E2, está poco desarrollado por el autor. No obstante, debemos abordarlo porque es importante para que se entienda nuestra propuesta.

Cuando la división entre amigos y enemigos se da en el interior del Estado, la unidad política se fractura y se produce la guerra civil. La confrontación se absolutiza porque sólo una postura puede permanecer. El resultado de la guerra civil es la aniquilación de una de las dos facciones o bien la secesión de una porción del territorio. Por eso el E2 es distinto del E1. Mientras que el E2 genera una guerra total (porque es civil), el E1 causa una guerra limitada, porque es guerra entre espacios políticos distintos.

³⁶ C. Schmitt, *Der Nomos der Erde*, op. cit., pp. 114-115.

³⁷ *Ibidem*, p. 124.

³⁸ C. Schmitt, “Die Wendung zum diskriminierenden Kriegsbegriff”, en C. Schmitt, *Frieden oder Pazifismus? Arbeiten zum Völkerrecht und zur internationalen Politik 1924-1978*, edición, prólogo y notas de Günter Maschke, Berlin, Duncker & Humblot, 2005, pp. 518-566, aquí p. 561, traducción propia.

³⁹ G. Jakobs en E. Mizrahi, *Los presupuestos filosóficos del derecho penal contemporáneo. Conversaciones con Günther Jakobs*, op. cit., pp. 74-75.

⁴⁰ C. Schmitt, *Theorie des Partisanen*, op. cit., p. 73.

⁴¹ G. Slomp, *Carl Schmitt and the politics of hostility, violence and terror*, New York, Palgrave Macmillan, 2009, p. 6.

⁴² Por eso es que Slomp afirma que Schmitt ya sabía que su definición de lo político no se correspondía con la sociedad en que vivía (*Ibidem*).

No estamos hablando de una puja entre partidos políticos dentro de un sistema democrático. Estamos hablando de dos maneras existenciales de organización fundamental de un pueblo. El ejemplo paradigmático es la oposición entre comunistas y burgueses en la teoría de la lucha de clases marxista⁴³. Una confrontación de este tipo es la única que será propiamente política en el interior del Estado. Pero sólo es política en la medida en que el Estado se ha disuelto o puede disolverse.

Ha sido Heinrich Meier quien ha puesto de resalto el cambio en la concepción de Schmitt sobre el problema de la guerra civil y la guerra en general. En la edición de 1927 de *El concepto de lo político*, Schmitt reduce lo político a la política exterior y coloca a los pueblos como verdaderos sujetos de la política⁴⁴. Sin embargo, en la edición de 1932 esto cambia y aborda la cuestión de la guerra civil⁴⁵:

Cuando dentro de un Estado las diferencias entre partidos políticos se convierten en “las” diferencias “políticas a secas”, es que se ha alcanzado el grado extremo de la escala de la “política interior”, esto es, que lo que decide en materia de confrontación armada ya no son las agrupaciones de amigos y enemigos propias de la política exterior sino las internas del Estado. Esa posibilidad efectiva de lucha que tiene que estar siempre dada para que quepa hablar de política, cuando se da un “primado de la política interior” como el descrito, ya no se refiere con plena consecuencia a la guerra entre dos unidades populares organizadas (Estados o Imperios) sino a la *guerra civil*⁴⁶.

En sí misma, las pujas entre partidos políticos no son propiamente políticas. Tampoco generan distinciones políticas las persecuciones criminales, lo cual es importante para la comparación con Jakobs. Schmitt no menciona ni relaciona su teoría con el derecho penal. Se limita a afirmar que la declaración por el Estado del enemigo interno, según como se comporte él, será la “señal de guerra civil”⁴⁷.

Como está en juego la Constitución en sentido schmittiano, es decir, como organización y modo de vida de un pueblo, la guerra civil es de negación del otro. Sólo una de las dos posiciones en pugna podrá triunfar. La diferencia es una cuestión de espacialidad política. Si el enemigo está en el interior del mismo espacio que conforma la unidad política “pacificada, territorialmente cerrada sobre sí e impenetrable para extranjeros”⁴⁸, la guerra civil sólo puede terminar con la aniquilación del enemigo. Si, al contrario, el enemigo se encuentra en una espacialidad política diversa, la confrontación con él es limitada, se respeta su característica de enemigo legítimo, con otra forma de vida y de organización. Se transforma en un extraño, pero que no se busca aniquilar, como vimos anteriormente.

La pregunta que se mantiene es si el E2 es en algún sentido equivalente al enemigo de Jakobs. Debe responderse negativamente. En primer lugar, como vimos,

⁴³ Cf. C. Schmitt, *Der Begriff des Politischen*, Berlin, Duncker & Humblot, 2015, p. 35 y 102 y C. Schmitt, *Los fundamentos histórico-espirituales del parlamentarismo en su situación actual*, trad. Pedro Madrigal, Madrid, Tecnos, 2008 pp. 120-121 y p. 129.

⁴⁴ H. Meier, *Carl Schmitt, Leo Strauss y El concepto de lo político. Sobre un diálogo entre ausentes*, trad. Alejandra Obermeier, Buenos Aires, Katz, 2008, pp. 36-37.

⁴⁵ *Ibidem*, pp. 40-43.

⁴⁶ C. Schmitt, *Der Begriff des Politischen*, pp. 30-31. Para este párrafo citamos la versión en español de Rafael Agapito en C. Schmitt, *El concepto de lo político*, Madrid, Alianza Editorial, 2009, p. 62.

⁴⁷ C. Schmitt, *Der Begriff des Politischen*, op. cit., p. 44: “das Zeichen des Bürgerkrieges”.

⁴⁸ *Ibidem*, p. 44, traducción propia.

cuando Jakobs utiliza el concepto de enemigo descriptivamente sus ejemplos son criminales que no necesariamente buscan constituir un orden político distinto⁴⁹. Mientras que en Schmitt el E2 es siempre un grupo de personas cuyo criterio de distinción con el amigo es político, en Jakobs el enemigo es un individuo que se distingue del ciudadano por su relación con la ley penal. Aunque el enemigo sea interno, Schmitt no involucra en su criterio el código penal. Lo importante para él es que la separación sea lo suficientemente intensa como para ser política. Al contrario, Jakobs, aunque con ambivalencias, intenta permanecer siempre en la órbita de la ley penal y del Estado de derecho, afirmando, por ejemplo, que “un Derecho penal del enemigo claramente delimitado es menos peligroso, desde la perspectiva del Estado de Derecho, que entremezclar *todo* el Derecho penal con fragmentos de regulaciones propias del Derecho penal del enemigo”⁵⁰.

6. Jakobs y el enemigo delincuente

Vimos los problemas del análisis de la obra de Jakobs. No es claro si el derecho penal del enemigo es (i) algo existente en el derecho positivo o (ii) una propuesta que debería realizarse. Sin embargo, una cuestión es clara: el enemigo de Jakobs es siempre un delincuente. Ahora bien, no todo delincuente es un enemigo, ni cualquier delito convierte al ciudadano en tal. Jakobs sostiene que desde la perspectiva del Estado de derecho, constituye un mal perseguir ciertos delitos de gravedad relativamente menor con las normas destinadas al enemigo⁵¹. En efecto, el profesor de Bonn critica muchas de las normas alemanas vigentes señaladas por él como derecho penal del enemigo, justamente, por permitir su aplicación a cualquier tipo de delito.

Jakobs incluye dentro de esta crítica a la tentativa de participación, que castiga con las penas de la tentativa del delito grave, a quien realice actos preparatorios, cualquiera sea el delito de que se trate. Esto, que “en el caso de los terroristas – adversarios por principio– puede ser adecuado” resulta superfluo en el caso de un simple robo⁵². Ni siquiera un homicida debería ser considerado enemigo, puesto que “ningún Estado sucumbe por un caso de estas características”⁵³. Tampoco acuerda con la Ley para la Lucha contra los Delitos Sexuales y otras Conductas Penales Peligrosas por constituir una “pérdida de contornos” en la lucha contra el enemigo al integrar dentro de esta categoría al delincuente sexual. Aún más criticable es, según Jakobs, la Ley para la Lucha contra la Delincuencia, la cual está “abovedando todo”

⁴⁹ Por ejemplo, la criminalidad económica organizada y de gran escala (G. Jakobs, “Derecho penal del ciudadano y Derecho penal del enemigo”, *op. cit.*, p. 42). Tampoco cuando utiliza un discurso prescriptivo en referencia al delito de terrorismo: “desde nuestro punto de vista son *inimici*. Puede ser [...] que los islamistas se consideren a sí mismos enemigos en el sentido de Carl Schmitt. Pero nosotros no los vemos como enemigos en ese sentido, sino que les decimos: «ustedes amenazan nuestro territorio, y lo hacen sin razón, y nosotros les damos a ustedes la libertad de vivir aquí si lo desean, por eso, ustedes si nos atacan son *inimici*». No admitimos la definición de los atacantes. Si no, cualquier terrorista podría decir eso. Nosotros en un tiempo tuvimos al grupo terrorista Baader-Meinhof, ellos también querían ser *hostes*. ¡Pero de ningún modo! ¡Eran *inimici*, y de los peores!” (G. Jakobs en E. Mizrahi, *Los presupuestos filosóficos del derecho penal contemporáneo. Conversaciones con Günther Jakobs*, *op. cit.*, p. 74-75, destacado original).

⁵⁰ G. Jakobs, “Derecho penal del ciudadano y Derecho penal del enemigo”, *op. cit.*, p. 56, destacado original.

⁵¹ G. Jakobs, “Criminalización en el estado previo a la lesión de un bien jurídico”, en *Estudios de Derecho Penal*, Madrid, Civitas Ediciones, pp. 293-324.

⁵² G. Jakobs, “Derecho penal del ciudadano y Derecho penal del enemigo”, *op. cit.*, p. 50.

⁵³ *Ibidem*, p. 35.

el sistema en general⁵⁴. Para el autor, el derecho penal del enemigo debería quedar reservado a la persecución de delitos graves, es decir, a los que ponen en peligro la existencia del Estado, sea que estos hayan sido efectivamente cometidos o hayan sido simplemente planeados.

Más allá de este criterio, lo esencial en la determinación del enemigo, para Jakobs, es que el individuo no ofrezca garantía cognitiva suficiente de que se comportará como una persona fiel al derecho⁵⁵. La consecuencia principal de constituirse en enemigo, es la pérdida de personalidad para el derecho⁵⁶. Ahora bien, la personalidad no se pierde “por un hecho o por una serie de hechos”⁵⁷. El delincuente puede seguir siendo considerado persona si ofrece garantía suficiente de que se comportará en adelante, y en general se ha comportado en el pasado, como un ciudadano que acepta y se adapta a los deberes que le impone el ordenamiento jurídico⁵⁸. Según el propio Jakobs, pese al delito cometido, los delincuentes pueden seguir siendo personas si logran “comportarse de tal manera que –pese a todas las «abolladuras» causadas en su personalidad de tanto en tanto– muestren en conjunto una línea de vida que permita concluir que serán fieles al Derecho”⁵⁹. Sólo cuando el deber de mostrarse obediente en relación al ordenamiento jurídico es defraudado con demasiada intensidad, el Estado, según Jakobs, debería cambiar su forma de ejercer el poder punitivo frente a quien se convierte en un enemigo.

El tratamiento del delincuente como persona resulta “difícil” y se constituye en una “atadura” para el Estado cuando este tiene que ejercer el poder punitivo frente a un autor “por tendencia o que está implicado en una organización [terrorista o criminal en general]”⁶⁰. El Estado puede seguir tratando como persona al delincuente cuando su delito se considere como “un defecto personal transitorio”. Pero ese tratamiento ya no resulta posible ni deseable “cuando el defecto personal ocasional se convierte en duradero o cuando diferentes defectos se suceden en una cadena casi sin fin o, en todo caso, incalculablemente larga”⁶¹. Desde esta perspectiva el derecho penal del enemigo debería concentrarse en aquellos delincuentes que delinquen de forma reiterada, “por tendencia”, cualquiera sea el delito que cometan.

Sin embargo, Jakobs no aclara (o no puede aclarar) cuándo el individuo ya no se comporta como ciudadano fiel al derecho. ¿Cuántos hechos y de qué tipo deben

⁵⁴ G. Jakobs, “La ciencia del derecho penal ante las exigencias del presente”, en *Dogmática de derecho penal y la configuración normativa de la sociedad*, recopilación de Jacobo López Barja de Quiroga, Madrid, Civitas, pp. 27-50, aquí, p. 44.

⁵⁵ Esta característica del discurso jakobsiano ya la había advertido García Amado (J.A. García Amado, “El obediente, el enemigo, el Derecho penal y Jakobs” en M. Cancio Meliá y C. Gómez-Jara Díez (coords.), *Derecho penal del enemigo: el discurso penal de la exclusión*, Montevideo-Buenos Aires, B de F Ltda, Vol. 1, 2006, pp. 887-924).

⁵⁶ Jakobs utiliza el concepto de persona partiendo de su origen etimológico, es decir, máscara, que conlleva la representación de un rol en la sociedad (G. Jakobs, *Sociedad, norma y persona en una teoría de un Derecho penal funcional*, Madrid, Civitas Ediciones, 1996, p. 50).

⁵⁷ G. Jakobs, “¿Derecho penal del enemigo? Un estudio acerca de los presupuestos de la juridicidad”, *op. cit.*, p. 103.

⁵⁸ G. Jakobs, “Coacción y personalidad. Reflexiones sobre una teoría de las medidas de seguridad complementarias a la pena”, en *InDret, Revista para el análisis del derecho* 1, 2009, pp. 1-16, aquí p. 13. Disponible en: <http://www.indret.com/pdf/601.pdf>.

⁵⁹ *Ibidem*.

⁶⁰ G. Jakobs, “Derecho penal del ciudadano y Derecho penal del enemigo”, *op. cit.*, p. 41-42.

⁶¹ G. Jakobs, “Coacción y personalidad. Reflexiones sobre una teoría de las medidas de seguridad complementarias a la pena”, *op. cit.*, p. 10. Véase también G. Jakobs, “¿Derecho penal del enemigo? Un estudio acerca de los presupuestos de la juridicidad”, *op. cit.*, p. 104.

cometerse para que el defecto personal no sea considerado transitorio sino duradero? Tres homicidios dolosos, ¿implicarían un apartamiento permanente del derecho? Un sujeto que ha cometido cinco robos menores, ¿es un autor por tendencia? En el caso del terrorismo, ¿puede manifestar un apartamiento presumiblemente duradero del derecho la realización de un solo acto preparatorio?

Jakobs reconoce expresamente estas zonas grises de su teoría, puesto que se trata de algo que todavía está en ciernes y que la ciencia del derecho penal debe refinar⁶². Sin embargo, y pese a las ambigüedades, lo importante es que Jakobs piensa al enemigo como un transgresor de la ley penal, de forma actual o futura, y aquí reside una de las diferencias fundamentales con Schmitt que vimos anteriormente. Jakobs es, ante todo, un penalista y piensa en término de dogmática penal. Al contrario, en *El concepto de lo político* Schmitt realiza un abordaje filosófico político. Su interés es la determinación propiamente política y no la lucha contra la criminalidad organizada en el marco del Estado de derecho. Schmitt piensa, al menos en el E1, en la guerra internacional. Jakobs, ¿piensa en la guerra?

7. Jakobs, la guerra y el derecho

Jakobs admite que todavía no se ha resuelto si el derecho penal del enemigo es verdadero derecho⁶³. Desde una perspectiva amplia, el profesor de Bonn afirma que el derecho penal del enemigo podría ser considerado derecho en cuanto, una vez regulado, implicaría el ejercicio del poder punitivo a través de comportamientos desarrollados en base a reglas, en lugar de estar librados de toda normatividad⁶⁴. Sin embargo, desde la mirada del autor, estando el enemigo fuera del ordenamiento jurídico, las normas a él dirigidas no podrían considerarse derecho en sentido estricto. Jakobs afirma que “la relación con un enemigo no se determina por el Derecho, sino por la coacción”⁶⁵. Esa coacción debe regularse a través de normas e instituciones, aunque se trata de la regulación de una exclusión. Las medidas que se adoptan contra el enemigo “no tienen lugar fuera del Derecho”, pero “los imputados, en la medida en que se interviene en su ámbito, son excluidos de su derecho: el Estado abole derechos de modo jurídicamente ordenado”⁶⁶. Este derecho para luchar contra el enemigo se convierte en “coacción física, hasta *llegar a la guerra*”⁶⁷.

Nuevamente se parecían las ambigüedades en Jakobs. Estas refieren no solo a la juridicidad del derecho penal del enemigo, sino a la posibilidad de llegar a la guerra. El derecho penal del enemigo, bien podría denominarse, según el autor, “guerra refrenada”⁶⁸. No obstante, también podría perder esa moderación, puesto que se trata de una guerra cuyo carácter “limitado o total” depende, entre otras cosas, de “cuánto se *le tema* al enemigo”⁶⁹. Jakobs, quien pretende estructurar su teoría en moldes ra-

⁶² G. Jakobs, “¿Derecho penal del enemigo? Un estudio acerca de los presupuestos de la juridicidad”, *op. cit.*, p. 105.

⁶³ G. Jakobs, “La ciencia del derecho penal ante las exigencias del presente”, *op. cit.*, p. 43.

⁶⁴ G. Jakobs, “Derecho penal del ciudadano y Derecho penal del enemigo”, *op. cit.*, p. 22.

⁶⁵ *Ibidem*, pp. 25-26.

⁶⁶ *Ibidem*, p. 45.

⁶⁷ *Ibidem*, p. 33, destacado nuestro.

⁶⁸ G. Jakobs, “La ciencia del derecho penal ante las exigencias del presente”, *op. cit.*, p. 46.

⁶⁹ *Ibidem*, destacado nuestro.

cionales y científicos, deja librado al temor el carácter total o no de la guerra. Al momento de proponer una solución al conflicto también aparece la terminología propia de la guerra. Jakobs sostiene que, en la lucha contra el enemigo, debe contenerse con miras a “no cerrar la puerta a un posterior *acuerdo de paz*”⁷⁰.

Llama la atención las ambigüedades en las que incurre el autor. Jakobs reconoce que parte de los problemas jurídicos de la lucha contra el terrorismo se debe a la falta de diferenciación entre guerra y ejercicio del poder punitivo. El caso paradigmático lo constituye la guerra contra el terrorismo a partir de los atentados del 11 de septiembre de 2001, la que en parte es acción policial y punitiva y en parte una guerra internacional. Además, Jakobs menciona críticamente la ambigua situación jurídica en que se encuentran los presos de Guantánamo⁷¹. Sin embargo, coloca a dicha prisión como ejemplo “prototípico” del comportamiento estatal en el marco del derecho penal del enemigo, “en tanto que después de un delito de extraordinaria gravedad se pretende, entre otras cosas, el aseguramiento ante hechos ulteriores”⁷².

Para sumar mayor complejidad, Jakobs señala que paralelamente a la militarización del derecho penal, se produce una administrativización, consistente en la asunción de funciones propiamente policiales. El derecho penal se hace cargo de la defensa frente a riesgos futuros. Según el jurista alemán, sólo el derecho penal puede evitar escaladas de violencia terrorista mediante la amenaza de pena y la neutralización de los autores mediante penas privativas de la libertad⁷³. Para lograr estos objetivos necesariamente el derecho penal debe olvidar los principios clásicos que lo definían y permitían diferenciarlo de la actividad administrativo-policial. El derecho penal cambia la perspectiva de su actuación: ya no se dirige a castigar hechos pasados, sino a prevenir hechos futuros. Para Jakobs, esta contaminación del derecho penal no es deseable pero resulta necesaria, viene casi exigida, para lograr una lucha eficaz contra el enemigo en general, y específicamente, contra el terrorista⁷⁴.

8. Conceptos y términos

Hemos visto los problemas interpretativos sobre el concepto de enemigo en Schmitt y Jakobs y los vínculos que se han señalado entre ambos autores. Gran parte de este debate se zanjaría si se tuviesen en cuenta algunas cuestiones centrales sobre la interpretación de las ideas. Aunque pueda resultar un tanto obvio, el problema de los comentaristas que señalan una influencia de Schmitt en Jakobs, es que se basan solamente en la utilización del mismo término, sin pensar detenidamente si el significado del (o de los) concepto(s) que manejaba Schmitt y que maneja Jakobs son los mismos. Como afirma Quentin Skinner, no debe tomarse la palabra por la cosa⁷⁵. Aunque ambos hablen de *Feind*, Jakobs se está refiriendo, principalmente, a un criminal que amenaza al Estado desde adentro del orden. Al contrario, Schmitt se

⁷⁰ G. Jakobs, “Derecho penal del ciudadano y Derecho penal del enemigo”, *op. cit.*, p. 33, destacado nuestro.

⁷¹ *Ibidem*, p. 46.

⁷² G. Jakobs, “Sobre la teoría del derecho penal del enemigo”, *op. cit.*, p. 47.

⁷³ *Ibidem*, p. 79.

⁷⁴ G. Jakobs, “¿Terroristas como personas en Derecho?”, *op. cit.*, p. 80.

⁷⁵ Q. Skinner, “Significado y comprensión en la historia de las ideas”, en *Prismas. Revista de historia intelectual* 4, 2000, pp. 149-191, aquí p. 176.

refiere principalmente a un enemigo espacialmente diferenciado que se respeta, se legitima y no se aniquila.

Schmitt tiene en mente rescatar el concepto de enemigo del *Ius Publicum Europaeum*. Jakobs se encuentra en un paradigma global, donde el enemigo ya no está espacialmente diferenciado, sino que está incluido en la esfera interna. El terrorista es un enemigo que se hace interno⁷⁶, algo que para Galli es definitorio de la era global⁷⁷. La lucha contra él, como afirma Grégoire Chamayou, confunde rasgos de guerra y acción policial⁷⁸, algo presente en Jakobs y combatido por Schmitt.

Por otra parte, como afirma Skinner, hay que ser cuidadosos con las asignaciones de responsabilidad en la historia de las ideas⁷⁹. No porque un autor haya escrito antes de otro (en este caso, Schmitt antes de Jakobs) debe entenderse que existe una influencia y, menos aún, que el primero es *responsable* por lo que dijo el segundo. Este tipo de análisis es una de las “mitologías” de la historia de las ideas de las que habla Skinner.

Para que pueda probarse que existe realmente una influencia, según Skinner, deben constatarse tres puntos, que en nuestro caso no se satisfacen⁸⁰:

- (i) Que haya una genuina similitud entre ambas teorías.
- (ii) Que el “influenciado” no haya podido encontrar la doctrina en otro lugar.
- (iii) Que la probabilidad de que la similitud se deba al azar sea muy baja.

En cuanto a (i), no existe una genuina similitud: los conceptos, como vimos, son diferentes en ambos autores, incluso en el caso del E2 schmittiano. Sobre (ii), Jakobs sí pudo encontrar las bases de su teoría en otros autores. Explícitamente funda el derecho penal del enemigo en Hobbes o Kant, por lo que no se cumple tampoco este requisito. Por último, en cuanto a (iii), la probabilidad del azar no debe ser evaluada, ya que no existen similitudes.

9. Conclusiones

El objetivo de este trabajo fue discutir la tesis según la cual existen vínculos (de seguimiento, coincidencia o aprovechamiento) entre la idea de enemigo de Jakobs con la de Schmitt. Como hemos visto, aunque el término utilizado sea el mismo, el concepto de enemigo de ambos juristas es distinto, incluso opuesto. Esto se debe a varias razones que pasaremos en limpio a continuación.

1) Intenciones diferentes.

- a. Schmitt busca sostener una idea de enemistad que en su momento ya estaba perdiendo fuerza: la del *Ius Publicum Europaeum*. Lo hace para evitar la criminalización del enemigo que deriva en su aniquilación y la guerra total.

⁷⁶ D. Szvalb, “El impacto del terrorismo en el debate sobre la relación seguridad-democracia”, en E. Llenderozas (coord.), *Relaciones internacionales: teorías y debates*, Buenos Aires, Eudeba, 2013, pp. 278-302, aquí p. 294.

⁷⁷ C. Galli, *El malestar de la democracia*, trad. María Julia Ruschi, Buenos Aires, Fondo de Cultura Económica, 2013, p. 59.

⁷⁸ G. Chamayou, *Teoría del Dron*, trad. Leonardo Eiff, Buenos Aires, Futuro Anterior, p. 37.

⁷⁹ Q. Skinner, *op. cit.*, p. 166.

⁸⁰ *Ibidem*, pp. 168-169.

- b. Jakobs aspira a construir una noción de enemigo en base a un criminal que debe ser excluido del ordenamiento jurídico. Su motivación es la lucha contra la criminalidad organizada, principalmente el terrorismo y la salvaguarda del Estado de derecho.
- 2) Determinación del enemigo.
 - a. Para Schmitt, la determinación del enemigo se basa en criterios exclusivamente políticos, dejando de lado criterios morales o jurídicos.
 - b. El enemigo en Jakobs se determina por sus violaciones a la ley penal. El criterio de distinción entre enemigo y ciudadano es jurídico.
- 3) Lugar del enemigo en el espacio político.
 - a. El concepto principal de enemigo en Schmitt (lo que llamamos E1) considera al enemigo como un otro espacialmente diferenciado. El E1 no comparte el mismo espacio político.
 - b. El problema del enemigo en Jakobs es que *comparte* el espacio político y por eso es necesario combatirlo mediante normas propias del ordenamiento jurídico interno del Estado
- 4) Carácter global del enemigo.
 - a. Para Schmitt, el enemigo es concreto y determinable espacialmente, como lo era en la guerra inter-estatal. La enemistad en la que piensa Schmitt es siempre (tanto en E1 como en E2) reconocible públicamente.
 - b. Jakobs piensa en un contexto político totalmente diferente. La enemistad de Jakobs es la enemistad de la edad global, donde el enemigo no está determinado espacialmente. Por ello su cercanía y de ahí su peligrasidad.
- 5) Valoración moral del enemigo.
 - a. Para Schmitt, “el enemigo está a mi propio nivel”. No hay una codena moral del enemigo. Al contrario, hay una legitimación de él porque constituye la contrafigura de mi propia personalidad.
 - b. Jakobs piensa que el enemigo es un criminal que, al haberse apartado del derecho, debe ser excluido de él. Su persona no está legitimada.
- 6) Formas de combatir al enemigo.
 - a. En Schmitt, al enemigo (al menos el E1) se lo respeta y, por tanto, el combate con él es mediante una guerra en forma, limitada y que finaliza con un tratado de paz, jamás con la aniquilación.
 - b. Aunque aquí Jakobs es más ambivalente que en otros lugares, el enemigo no es jurídicamente una persona. Aunque no llame a aniquilarlo, sí considera que deben implementarse medidas de inoquización o neutralización para que no altere la vida en la comunidad.

Todo lo anterior muestra que si Schmitt buscó quedarse en un mundo de distinciones claras, Jakobs es el ejemplo de la imposibilidad de claridad. La obra de Jakobs se convierte en un paradigma de lo que Schmitt buscó, sin éxito, evitar.