

# I. Introducción o prolegómenos indispensables

## 1. Hipótesis general o básica

La hipótesis que tratamos de demostrar en estas páginas se sintetiza de la siguiente forma:

(a) El poder punitivo siempre discriminó a seres humanos y les deparó un trato punitivo que no correspondía a la condición de *personas*, dado que sólo los consideraba como *entes peligrosos* o *dañinos*. Se trata de seres humanos a los que se señala como *enemigos* de la sociedad y, por ende, se les niega el derecho a que sus infracciones sean sancionadas dentro de los límites del derecho penal liberal, esto es, de las garantías que hoy establece –universal y regionalmente– el derecho internacional de los derechos humanos<sup>5</sup>.

(b) Lo anterior no es únicamente una verificación de *datos de hecho* revelados por la historia y la sociología, sino también de *datos de derecho*, puesto que tanto las leyes como la doctrina jurídica legitiman este tratamiento diferenciado. También los saberes pretendidamente empíricos sobre la conducta humana (convergentes en la criminología tradicional o etiológica) pretendieron darle justificación científica<sup>6</sup>.

(c) En la teoría política el tratamiento diferenciado de seres humanos privados del carácter de personas (*enemigos* de la sociedad) es propio del estado absoluto, que por su esencia no admite grados, y, por ende, resulta incompatible con la teoría

<sup>5</sup> Véase *infra*, I.

<sup>6</sup> Véase *infra*, II y III.

política del estado de derecho. Con esto se introduce una contradicción permanente entre la doctrina jurídico-penal que admite y legitima el concepto de *enemigo* y los principios constitucionales e internacionales del estado de derecho, o sea, con la teoría política de este último<sup>7</sup>.

(d) Dado que en la realidad el poder punitivo opera tratando a algunos seres humanos como si no fuesen personas y que la legislación lo autoriza a ello, la doctrina consecuente con el principio del estado de derecho debe tratar de limitar y reducir, o, al menos, acotar, el fenómeno para que no desaparezca el estado de derecho.

Conforme a esta estrategia se ofrecen dos tácticas de acotamiento: ( $\alpha$ ) una estática<sup>8</sup>, que propone aceptar lo consumado y legitimarlo sólo para ciertos hechos y que a nuestro juicio carece de capacidad para obtener el objetivo estratégico propuesto; y ( $\beta$ ) una dinámica<sup>9</sup>, que es la que consideramos adecuada para alcanzar ese objetivo.

La hipótesis de base que tratamos de probar parte de la *naturaleza política* de la cuestión planteada y aspira a verificar que en el plano de la teoría política resulta intolerable la categoría jurídica de *enemigo* o *extraño* en el derecho ordinario (penal o de cualquier otra rama) de un estado constitucional de derecho, que sólo puede admitirlo en las previsiones de su derecho de guerra y con las limitaciones que a éste le impone el derecho internacional de los derechos humanos en su rama de derecho humanitario (legislación de Ginebra<sup>10</sup>), habida cuenta de que ni siquiera éste priva al *enemigo bélico* de la condición de persona.

Nuestra tesis es que el *enemigo de la sociedad* o *extraño*, es decir, el ser humano considerado como *ente peligroso* o *dañino*

<sup>7</sup> Véase *infra*, IV.

<sup>8</sup> Véase *infra*, V.

<sup>9</sup> Véase *infra*, VI.

<sup>10</sup> Véase Comité Internacional de la Cruz Roja, *Los Convenios de Ginebra del 12 de agosto de 1949*, Madrid, 1970; CICR, *Seminario Internacional (La Habana). Derecho internacional humanitario*, Guatemala, 1998; Camargo, Pedro Pablo, *Derecho internacional humanitario*, Bogotá, 1995; y CICR, *Normas fundamentales de los Convenios de Ginebra y sus protocolos adicionales*, Ginebra, 1983.

y no como *persona con autonomía ética*, sólo es compatible desde la teoría política, con un modelo de estado absoluto total y que, por ende, las concesiones del penalismo han sido, en definitiva, rémoras absolutistas que la doctrina penal ha puesto como piedras en el sendero de la realización de los estados constitucionales de derecho.

Las racionalizaciones de la doctrina penal para ocultar la admisión de la categoría de *enemigo* en el derecho penal, leídas desde la teoría política, son concesiones del estado liberal al estado absoluto que debilitan el *modelo orientador del estado de derecho*, que es la *brújula indispensable para marcar la dirección del esfuerzo del poder jurídico en su tarea de permanente superación de los defectos de los estados de derecho reales o históricos*. Si entregamos los instrumentos de navegación del poder jurídico de contención de las pulsiones autoritarias –normales en todo estado de derecho real–, el poder jurídico queda privado de cualquier posibilidad de eficacia no sólo táctica sino incluso estratégica.

Justo es señalar que han contribuido a mantener estas rémoras algunos teóricos de la política, de primerísima línea por cierto –nada menos que Hobbes y Kant–, que se han esforzado por compatibilizarlas con limitaciones liberales, con lo que, en buena medida, también contribuyeron a desorientar al penalismo, de modo que el error no es sólo de éste, aunque haya sido en su campo donde ha provocado las peores consecuencias prácticas.

## **2. Las últimas tendencias mundiales del poder punitivo que son insoslayables para la doctrina**

En las últimas décadas se ha producido una transformación regresiva bastante notoria en el campo de la llamada *política criminal* o, más precisamente, *política penal*, pues del debate entre políticas abolicionistas y reduccionistas se pasó, casi sin solución de continuidad, a debatir la expansión del poder punitivo<sup>11</sup>,

<sup>11</sup> Véase Crespo, Eduardo Demetrio, "Del derecho penal liberal al derecho penal del enemigo", *RDCP*, n° 14, 2004, p. 87 y ss. Prueba de ello es la propuesta

con lo cual el tema del *enemigo de la sociedad* pasó a primer plano de discusión.

Quizá hasta cierto punto los teóricos cayeron en la negación del fenómeno de represivización de las legislaciones penales sancionadas con motivo o pretexto de emergencias, hasta que la realidad legislativa alcanzó un punto que impedía todo mecanismo de huida, pero lo cierto es que la invocación de *emergencias* justificantes de *estados de excepción* no son para nada recientes, pues si nos limitamos a la etapa posterior a la Segunda Guerra Mundial, hace más de tres décadas que se vienen sancionando en Europa estas leyes, que se *ordinarizan*—convirtiéndose en la *excepción perpetua*— y que fueron superadas largamente por la legislación de *seguridad* latinoamericana<sup>12</sup>.

Se ha señalado que las características de este avance contra el tradicional derecho penal liberal o de garantías consistirían en la anticipación de las barreras de punición (alcanzando a los actos preparatorios), la desproporción en las consecuencias jurídicas (penas como medidas de contención sin proporción con la lesión realmente inferida), el marcado debilitamiento de las garantías procesales y la identificación de los destinatarios mediante un fuerte giro al derecho penal *de autor*<sup>13</sup>.

En la doctrina jurídico-penal puede señalarse el debilitamiento del derecho penal de garantías a través de la imputa-

---

de Jesús María Silva Sánchez (*La expansión del derecho penal*, Madrid, 2001) acerca del llamado "derecho penal a dos velocidades" y toda la teorización del llamado "derecho penal simbólico" (ver al respecto los trabajos publicados en *Pena y Estado*, n° 1, Barcelona, 1991).

<sup>12</sup> No es propósito de este trabajo agotar esa información, pero la alarma puede verse en varios escritos de Luigi Ferrajoli. En castellano, basta citar la magnífica tesis de José Ramón Serrano Piedecabras, *Emergencia y crisis del estado social. Análisis de la excepcionalidad penal y motivos de su perpetuación*, Barcelona, 1988, y la presentación a dicha obra de Roberto Bergalli, "Emergencia: una cultura específica". También puede verse Moccia, Sergio, *La perenne emergenza*, Napoli, 2000; Pérez Toro, William Fredy; Vanegas Yepes, Alba Lucía; y Álvarez Martínez, Carlos Mario, *Estado de derecho y sistema penal. La emergencia permanente de la reacción punitiva en Colombia*, Medellín, 1997.

<sup>13</sup> Véase Cancio Meliá, Manuel, "La expulsión de ciudadanos extranjeros sin residencia legal (art. 89 CP)", en *Homenaje al Prof. Dr. Gonzalo Rodríguez Mourullo*, Madrid, 2005, p. 183 y ss. y p. 211.

ción jurídica, conforme a criterios que se independizan de la causalidad; de la minimización de la acción en beneficio de la omisión, sin que interese lo que realmente el agente haga sino el deber que haya violado; de la construcción del dolo sobre la base de simple conocimiento (*teoría del conocimiento*), que le permite abarcar campos antes considerados propios de la negligencia; de la pérdida de contenido material del bien jurídico, con los consiguientes procesos de *clonación* que permiten una nebulosa multiplicación de ellos; de la cancelación de la exigencia de lesividad conforme a la multiplicación de tipos de *peligro sin peligro* (*peligro abstracto o presunto*); de la lesión a la legalidad mediante tipos farragosos y vagos y la delegación de función legislativa-penal con el pretexto de las llamadas *leyes penales en blanco*; etcétera<sup>14</sup>.

### **3. El contexto mundial actual hace ineludible la reacción política**

No es posible desconocer que la actual situación del mundo constituye un factor determinante del escándalo que parece alcanzar la discusión en el campo penal y político-criminal. En efecto, hasta ahora –y puede afirmarse que durante el último siglo y medio– *se ha minimizado con poco esfuerzo la desconexión de la doctrina penal con la teoría política*. Pero esta situación cambió, no sólo porque se expresa en palabras tan claras que hacen inevitable el contraste entre ambos ámbitos del conocimiento, sino también –y sobre todo– porque las circunstancias del mundo han variado de modo notorio, en razón de una pluralidad de signos alarmantes: el poder se planetarizó y amenaza con una dictadura global; el potencial tecnológico de control informático puede acabar con toda intimidad; el uso de ese potencial controlador no está limitado ni existe forma de limitarlo a investigar sólo hechos determinados; las condiciones del pla-

<sup>14</sup> Sobre estas y otras notas, véase Muñoz Conde, Francisco, *De nuevo sobre el "derecho penal del enemigo"*, Buenos Aires, 2005; y Rodríguez de Assis Machado, Marta, *Sociedade de risco e direito penal*, São Paulo, 2005.

netamente se deterioran rápidamente y la vida misma se halla amenazada. Se opera un enorme proceso de concentración de capital que procura una mayor renta sin detenerse ante ningún obstáculo no ya ético, sino incluso físico; los estados nacionales son débiles e incapaces de proveer reformas estructurales; los organismos internacionales se raquitan y desacreditan; la comunicación masiva, de formidable poder técnico, está lanzada a una propaganda *völkisch*<sup>15</sup> y vindicativa sin precedentes; la capacidad técnica de destrucción puede arrasarse la vida; se desatan guerras unilateralmente con fines claramente económicos; y, para colmo, el poder planetario fabrica enemigos y emergencias —con los consiguientes *estados de excepción*— en serie y a alta velocidad.

Este contexto no puede menos que influir sobre cualquier teórico del derecho, y, por mucho que se oculte bajo los más relucientes atavíos jurídicos, la reacción que suscita la presencia descarnada del *enemigo de la sociedad* en el derecho penal es de carácter político, porque *la cuestión que plantea es —y siempre fue— de esa naturaleza*.

Prueba de ello es que cada vez que se discute si se puede tratar a algunos seres humanos por su *peligro* o *dañosidad* y se busca una racionalización más elaborada<sup>16</sup>, no puede obviarse la invocación a Hobbes y, por ende, a la cuestión de la *soberanía*, materia que de modo incuestionable pertenece a la *teoría política* (precisamente, el nuevo panorama globalizador se caracteriza por un profundo cambio político).

<sup>15</sup> La palabra *völkisch* suele traducirse como *populista*, especialmente en Europa y en Estados Unidos. Su traducción más correcta sería *populachero*, y remitiría en este caso a un discurso que subestima al pueblo y trata de obtener su simpatía de modo no ya demagógico sino brutalmente grosero, mediante la reafirmación, profundización y estímulo primitivo de sus peores prejuicios. Esta precisión es importante en América Latina, pues la traducción corriente en otros continentes se confunde con el *populismo* latinoamericano, en el que se suele enrolar una serie de lideratos políticos que, con todos sus defectos y contradicciones, promovieron de modo incuestionable notables avances en las sociedades de la región y que no siempre ni mucho menos usaron la técnica *völkisch* (véase *infra*, II, 4 y 5), la que, por otra parte, es muy usada por sistemas que nada tienen que ver con el *populismo* político.

<sup>16</sup> En ocasiones ésta no se busca, como por ejemplo en las groserías de Rafael Garofalo (*infra*, cap. III).

Los *crímenes de destrucción masiva e indiscriminada* del 11-S y del 11-M<sup>17</sup> son expresiones de brutal violencia que en opinión de los internacionalistas configuran *crímenes de lesa humanidad*<sup>18</sup>, pero que, a su vez, son respuestas a otra violencia. Si siguiéramos esta lógica, sin embargo, podríamos seguir regresando hasta Adán y Eva o hasta el primer golpe que un homínido haya propinado a otro, y no llegaríamos a ninguna solución con vistas a una convivencia racional en el futuro.

No es necesario adoptar ninguna posición radical o de pacifismo dogmático ni sostener *a priori* que a toda violencia debe responderse con la no violencia<sup>19</sup> para verificar que *nunca un conflicto fue solucionado definitivamente por la violencia*, salvo que se confunda la solución *definitiva* con la *final* (genocidio).

La historia enseña que los conflictos que no terminaron en genocidio se solucionaron por la *negociación*, que pertenece al campo de la *política*. Pero la globalización, al debilitar el poder de decisión de los estados nacionales, empobreció la política hasta reducirla a su mínima expresión. Las decisiones estructurales actuales asumen en la práctica la forma premoderna definida por Carl Schmitt, o sea, se limitan al mero ejercicio del poder de señalar al enemigo para destruirlo o reducirlo a la impotencia total<sup>20</sup>. Cualquier persona que lea un periódico mientras desayuna –si no se limita a las noticias deportivas– se entera de los pasos que sigue el poder mundial hacia los genocidios, o sea, hacia el aniquilamiento total de quienes considera como sus enemigos.

Como resultado de esta sensación de minimización de la política y de la negociación, se van delineando dos frentes en el

<sup>17</sup> Nos referimos a *crímenes de destrucción masiva e indiscriminada* y no a *terrorismo*, que es una expresión jurídicamente nebulosa. En adelante usaremos *terrorismo* en el sentido vulgar de la comunicación masiva, que es también el usado en la propaganda *völkisch* y reservaremos la empleada en este párrafo para la connotación técnica.

<sup>18</sup> Véase Werle, Gerhard, *Tratado de derecho penal internacional*, Valencia, 2005, p. 78.

<sup>19</sup> Véase Nagler, Michael N., *Per un futuro non violento*, Milano, 2005.

<sup>20</sup> Véase Schmitt, Carl, *El concepto de lo político*, México, Ediciones Folios, 1985; también en versión de Rafael Agapito, Madrid, 2005.

mundo del pensamiento que, naturalmente, impactan en lo político: por un lado, el *de los derechos humanos y la negociación* y, por otro, el de la *solución violenta que arrasa con los derechos humanos y, más tarde o más temprano, acaba en el genocidio*. La conciencia de esta disyuntiva es mayor donde las experiencias de terrorismo de estado permanecen en la memoria colectiva, como en Europa y en América Latina, pero no así en los Estados Unidos, donde existieron otros abusos represivos pero su población no padeció en su territorio la guerra ni el terrorismo de estado.

#### 4. El enemigo no merece el trato de persona

La esencia del trato diferencial que se depara al *enemigo* consiste en que el derecho *le niega su condición de persona* y sólo lo considera bajo el aspecto de *ente peligroso o dañino*. Por mucho que se matice la idea, cuando se propone distinguir entre *ciudadanos* (personas) y *enemigos* (no personas), se hace referencia a humanos que son privados de ciertos derechos individuales en razón de que se dejó de considerarlos personas, y ésta es la primera incompatibilidad que presenta la aceptación del *hostis* en el derecho con el principio del estado de derecho.

En la medida en que se trate a un ser humano como algo meramente peligroso y, por tanto, necesitado de pura contención, se le quita o niega su carácter de persona, aunque se le reconozcan ciertos derechos (por ejemplo, testar, contraer matrimonio, reconocer hijos, etc.). No es la cantidad de derechos de los que se priva a alguien lo que cancela su condición de persona, sino la razón misma en que se basa esa privación de derechos, es decir, cuando se priva a alguien de algún derecho sólo porque se lo considera puramente como *ente peligroso*.

En rigor, casi todo el derecho penal del siglo xx, en la medida en que teorizó admitiendo que algunos seres humanos son *peligrosos* y sólo por eso deben ser segregados o eliminados, los *cosificó* sin decirlo y con ello los dejó de considerar *personas* a partir de racionalizaciones, cuando lo cierto es que desde 1948 ese derecho penal que admite las llamadas *medidas de seguri-*

~~cond.~~ o sea, las penas o algunas penas como mera contención de un ente peligroso, es violatorio del art. 1º de la Declaración Universal de Derechos Humanos.

La privación de libertad –o la deportación– de una persona en razón de un cuarto o quinto delito de gravedad leve o media contra la propiedad, cuando ha sido condenada y ha cumplido pena por los anteriores, es una reacción totalmente desproporcionada a la entidad de su injusto y de su culpabilidad y, por lo tanto, el sufrimiento que se le impone es una pena entendida como mera contención, un encerramiento que crea un puro impedimento físico: se trata de una suerte de *enjaulamiento* de un ente peligroso. Es claro que ese no es ni puede ser el tratamiento que se depara a alguien a quien se le reconoce su autonomía moral en razón de que al hacer uso de ésta cometió una infracción que lesionó derechos ajenos, sino el que se destina a un animal o a una cosa peligrosa.

Es inevitable que, en cuanto el estado procede de esa manera, porque detrás de la *máscara*<sup>21</sup> cree encontrar a su *enemigo*, le arrebatara la *máscara* y con ello, automáticamente, lo elimina de su teatro (o de su carnaval, según los casos). Por supuesto que lo puede privar de su ciudadanía, pero ello no implica que esté autorizado a privarlo de la condición de persona, o sea, de su calidad de portador de todos los derechos que asisten a un ser humano por el mero hecho de serlo<sup>22</sup>. El trato como cosa peligrosa, por mucho que se lo encubra, incurre en esa privación.

No es posible pretender que este trato diferencial puede ser aplicado a un ser humano sin lesionar su carácter de *persona*, cuando esa condición es absolutamente incompatible con las puras contenciones que sólo son admisibles cuando son pasajeras y frente a conductas lesivas en curso o inminentes que

<sup>21</sup> En latín, *persona* era la máscara del actor (véase Corominas, J., *Diccionario crítico etimológico*, Madrid, 1976, t. III, p. 754).

<sup>22</sup> Véase Martín, Luis Gracia, "Sobre la negación de la condición de persona como paradigma del 'derecho penal del enemigo'", en <http://criminet.ugr.es/redpc>, 2005.

sea necesario detener, esto es, en el momento de la agresión o inmediatamente antes, a título de coerción directa<sup>23</sup>.

Aclarado que el trato de pura contención o impedimento físico no es el que se depara a alguien en quien se reconoce la condición de persona, intuitivamente –por ahora– pareciera que *en el estado constitucional de derecho no es posible admitir que un ser humano sea tratado como no persona fuera de las hipótesis de inevitable y muy transitoria coerción directa administrativa*.

Sin perjuicio de volver al tema para demostrar que esa incompatibilidad no es sólo intuitiva, tampoco puede pasarse por alto que el trato a un ser humano como cosa peligrosa que amenaza la *seguridad o certeza acerca del futuro* no sólo se limita a despersonalizar al así tratado, sino que, reparando más detenidamente en esta cuestión<sup>24</sup>, es conveniente advertir que la priorización del valor seguridad como certeza acerca de la conducta futura de alguien, y más aun su absolutización, lleva a la *despersonalización de toda la sociedad*.

En efecto, no era lo mismo caminar por un bosque hace doscientos años, donde la *seguridad* de los otros se conformaba con saber que no mataríamos ni asaltaríamos a quien se cruzase en nuestro camino, que andar hoy por el mundo, donde se exige precisión de movimiento de gato doméstico en medio de cristales para proporcionar seguridad a los demás y, sobre todo, al propio estado. Debemos poner el máximo de atención para no olvidarnos de consignar algún ingreso, para no lesionar al fisco ni comprar un cheque en dólares sin declararlo para no favorecer el tráfico de cocaína, menos aún para no tener plan-

<sup>23</sup> Del reconocimiento del carácter de persona del ser humano depende directamente la fuerza normativa de una constitución democrática: "Para reivindicar, rescatar y dar peso de convicción a la tesis de que toda la constitución inviste fuerza normativa directa, hay que incluir en su contenido a la parte que resuelve el status situacional de la persona, ese que en un estado democrático reconoce la dignidad humana, la libertad y los derechos, prestándoles tutela y asegurando promoción. El contenido principista de derechos y libertades es el que en el estado democrático ostenta centralidad y mayor valor" (Bidart Campos, Germán J., *El derecho de la Constitución y su fuerza normativa*, Buenos Aires, Ediar, 1995, pp. 75-76).

<sup>24</sup> Han reparado en ella Muñoz Conde, F., *De nuevo...*, op. cit., p. 72; y Gracia Martín, en *criminet.ugr.es/redpc*.

tas eventualmente alucinógenas en el jardín o comprar libros por la calle que pueden vender terroristas.

Necesitamos movernos con mayor cuidado y precisión, porque el estado nos hace cada día más *garantes de lo que nunca nos imaginamos ni se nos ocurriría garantizar*. Pero al igual que en intervenciones quirúrgicas complejas o en el armado de ingenios industriales, la mayor precisión la alcanzan los *robots*, dado que no se distraen ni se olvidan<sup>25</sup>. Una sociedad que aspire a la seguridad respecto de la conducta posterior de cada uno de nosotros como valor prioritario, proyectada al futuro y hasta sus últimas consecuencias, aspiraría a convertirse en una sociedad *robotizada* y, por ende, *despersonalizada*. Por supuesto, esta pesadilla por fortuna es y será falsa, porque la seguridad respecto de nuestra conducta futura –como se sabe– no es otra cosa que un pretexto más para legitimar el control social punitivo.

## 5. ¿Cuál es la esencia del enemigo?

La negación jurídica de la condición de persona al *enemigo* es una característica del trato penal diferenciado de éste, pero no es su esencia, o sea, que es una consecuencia de la individualización de un ser humano como *enemigo*, pero nada nos dice acerca de la individualización misma.

Cuando se indaga acerca de esta esencia, conforme a la doctrina que más ha profundizado en el tema y que, por otra parte, lo ha tratado más descarnadamente –o sea, sin disimular la cuestión ni eludir el problema–, advertimos que el concepto tiene origen en el derecho romano y el autor que con mayor coherencia trabajó el tema en la teoría política fue Carl Schmitt quien, por otra parte, no hizo más que rescatar y precisar el tradicional concepto proveniente del derecho romano.

<sup>25</sup> El término *robot*, introducido por el escritor Karel Copek y empleado desde 1935, proviene del checo y significa *yugo*. Esos ingenios no requieren los rasgos antropomórficos de la ciencia-ficción (véase Richard, Pierre-Jean, *Los robots*. Buenos Aires, 1985).

Para este teórico del estado absoluto, el enemigo no es cualquier sujeto infractor, sino "el otro, el extranjero"<sup>26</sup> y basta a su esencia que sea existencialmente, en un sentido particularmente intensivo, algo otro o extranjero, de modo que, en el caso extremo sean posibles con él conflictos que no puedan ser decididos ni a través de un sistema de normas preestablecidas ni mediante la intervención de un tercero descomprometido y por eso imparcial"<sup>27</sup>.

Este concepto bien preciso de enemigo se remonta a la distinción romana entre el *inimicus* y el *hostis*<sup>28</sup>. El *inimicus* era el enemigo personal, en tanto que el verdadero enemigo político era el *hostis*, respecto del cual se planteaba siempre la posibilidad de la guerra y era visto como negación absoluta del otro ser o realización extrema de la hostilidad<sup>29</sup>. El *extranjero*, el *extraño*, el *enemigo*, el *hostis*, era el que carecía de derechos en absoluto, el que estaba *fuera de la comunidad*.

La palabra *hostis* proviene de la raíz sánscrita *ghas-*, que alude a *comer*, lo que explica su origen común con *hostería*. *Hostire* también significa matar y *hostia* tiene el sentido de *víctima*<sup>30</sup>. La pena máxima en muchas sociedades era la expulsión de la comunidad, el *exilio*, la pérdida de la paz (*die Friedlosigkeit*), justamente porque dejaba al sujeto en la situación de *extranjero*, *extraño*, *enemigo*, privado de todo derecho<sup>31</sup>.

Del propio derecho romano surgieron los ejes troncales que habrían de servir de posteriores soportes a todas las subclasificaciones del *hostis* tomadas en cuenta para el ejercicio diferencial del poder punitivo y racionalizadas por la doctrina penal. Estas categorías se remontan a las dos originarias del

<sup>26</sup> Respetamos la traducción que citamos, pero obsérvese que la palabra que emplea Schmitt es *Fremde* ("extraño"), o sea, la misma que luego usaría Mezger (véase *infra*, cap. III, 4).

<sup>27</sup> Schmitt, Carl, *El concepto de lo político*, op. cit., p. 23.

<sup>28</sup> *Ib.*, p. 25.

<sup>29</sup> *Ib.*, p. 30.

<sup>30</sup> Véase von Ihering, R., *L'esprit du Droit Romain dans les diverses phases de son développement*, Paris, 1877, t. I, p. 228.

<sup>31</sup> Véase Du Boys, Albert, *Histoire du Droit Criminel des Peuples Anciens*, Paris, 1845, p. 245.

derecho romano: (a) la del *hostis alienigena* –al que en escasa pero alguna medida protegía el *jus gentium*– y (b) la del *hostis judicatus*, o sea, el declarado *hostis* en función de la *auctoritas* del senado, que era un poder excepcional: “en situaciones excepcionales, en las cuales un ciudadano romano amenazaba la seguridad de la República por medio de conspiraciones o traición, el senado podía declararlo *hostis*, enemigo público”<sup>32</sup>.

El extranjero (*hostis alienigena*) es el núcleo troncal que abarcará a todos los *molestos al poder*, por insubordinados, indisciplinados o simples extranjeros. Así, como *extraños*, resultan desconocidos, y, se sabe, lo desconocido inspira desconfianza y por consiguiente resulta sospechoso por potencialmente peligroso. Al extranjero no se lo comprende porque no es posible comunicarse con él, dado que habla una lengua ininteligible: no hay comunicación posible con el *hostis*. Para los romanos todos los extranjeros eran *barbari*, palabra tomada del griego βαρβαρος, que indica al no griego de lengua incomprensible y proviene de la raíz sánscrita *baba-*, cercana a *balbuceo*, *parloteo*<sup>33</sup>.

En las ulteriores subclasificaciones de esta categoría general se incluye al *hostis* extranjero que es explotado, desde el prisionero esclavizado de la Antigüedad hasta el inmigrante actual. Si bien las condiciones jurídicas han variado sustancialmente, siempre se trata de un extranjero *vencido* al que trae la necesidad (sea bélica o económica) y que, por tanto, debe ser vigilado<sup>34</sup>, porque como todo prisionero, tratará, en cuanto pueda y a como diese lugar, de sustraerse a su condición subordinada.

El enemigo declarado (*hostis judicatus*) configura el núcleo del tronco de los *disidentes* o enemigos abiertos del poder de turno, del que participarán los enemigos políticos puros de todos los tiempos. Se trata de *enemigos declarados*, no porque

<sup>32</sup> Agamben, Giorgio, *Estado de excepción*. Buenos Aires. 2004, p. 146.

<sup>33</sup> Véase Roberts, Edward A. y Pastor, Bárbara, *Diccionario etimológico indoeuropeo de la lengua española*, Madrid, 1996, p. 17.

<sup>34</sup> Véase Melchionda, U., “Differenziazione progresiva dei conflitti etnici tra lavoratori immigrati e società di accoglienza: verso un modello integrato”: Melotti, U., “Immigrazione e politiche sociali: sfide e confronti in Europa”: Nocifora, E.. “Il mercato del lavoro degli extra-comunitari nell’Italia degli anni novanta”, todos en *Dei delitti e delle pene*, 1/93.

declaren o manifiesten su enemistad sino porque el poder los declara como tales: no se declaran a sí mismos sino que son declarados por el poder. La institución del *hostis judicatus* romano cumplía la función de dejar al ciudadano en condición semejante a la del esclavo para hacerle aplicables las penas que estaban vedadas para los ciudadanos<sup>35</sup>. La sustracción a la condena judicial mediante la expatriación, también hacía cesar automáticamente la condición de ciudadano<sup>36</sup>.

El *hostis, enemigo* o *extraño* no ha desaparecido nunca de la realidad operativa del poder punitivo ni de la teoría jurídico-penal (que pocas veces lo reconoció abiertamente y las más lo cubrió con muy diversos nombres). Se trata de un concepto que en versión original o matizada, a cara descubierta o con mil máscaras, a partir de Roma, atravesó toda la historia del derecho occidental y penetró en la modernidad, no sólo en el pensamiento de juristas sino también en el de algunos de sus más destacados filósofos y teóricos políticos, recibiendo especial y hasta regocijada bienvenida en el derecho penal.

Es un elemento conceptual contradictorio dentro del estado de derecho porque arrastra la semilla de su destrucción, aunque su incoherencia apenas se haya puesto de manifiesto en los años treinta del siglo pasado por obra de la pluma de Schmitt, el más destacado teórico político del nazismo. Su lamentable filiación política hizo que su observación no mereciera suficiente atención en las décadas posteriores, y menos aún por parte de los penalistas.

La tarea que debemos afrontar no es la simple postulación de su rechazo en el derecho penal, que no es tarea sencilla en sí misma dado que se trata de una presencia visible o invisible pero constante. Para eliminar esa presencia es menester encarar otra empresa, mucho más amplia, pues nunca eliminaremos o reduciremos la presencia del *hostis* en el derecho penal si antes no verificamos que se trata de una cuña de extraña madera

<sup>35</sup> Véase Girardin, Émile de, *Du droit de punir*, Paris, 1871.

<sup>36</sup> Véase Mommsen, Theodor, *Compendio de derecho público romano*, trad. de Pedro Dorado, Madrid, s/d, p. 50.

*metida en el mismo pensamiento moderno y que lo carcome y demuele desde su interior.* El pensamiento moderno nos ofrece los elementos para proceder a esa verificación, pero cometeríamos un grave error si, dejándolos de lado, nos apoyásemos sólo en su componente contradictorio para presentarlo como *pos-moderno* o superador de la modernidad, cuando en realidad no se trata más que de *una rémora del pensamiento premoderno arrastrada contradictoriamente por la modernidad.*

Contra lo anterior se argumentará que al *hostis* de nuestros días se lo somete a contención como individuo peligroso *sólo en la estricta medida de la necesidad*, o sea, que sólo se priva al enemigo de lo *estrictamente necesario* para neutralizar su *peligro* pero se deja abierta la puerta para su retorno o incorporación manteniendo todos sus otros derechos, o sea, que esto no sería más que una simple limitación al principio del estado de derecho impuesta por la necesidad y en su estricta medida.

Lo que esta respuesta *desconoce* es que para los teóricos –y sobre todo para los prácticos– de la excepción, ésta siempre invoca *una necesidad que no conoce ley ni límites.* *La estricta medida de la necesidad es la estricta medida de algo que no tiene límites*, porque los establece el mismo que ejerce el poder. Como nadie puede prever exactamente lo que hará ninguno de nosotros en el futuro –ni siquiera nosotros mismos–, la incerteza del futuro mantiene abierto el juicio de peligrosidad hasta que quien decide quién es el enemigo deja de considerarlo como tal, con lo cual el *grado de peligrosidad del enemigo* –y, por ende, de la necesidad de contención– dependerá siempre del juicio subjetivo del individualizador, que no es otro que quien ejerce el poder.

El concepto mismo de *enemigo* introduce de contrabando la dinámica de la guerra en el estado de derecho como una excepción a su regla o principio, sabiendo o no sabiendo (la intención pertenece al campo ético) que esto lleva necesariamente al estado absoluto, porque el único criterio objetivo para medir la *peligrosidad y dañosidad* del infractor no es otro que la *peligrosidad y dañosidad* (real y concreta) de sus propios actos, es decir, de sus delitos, por los que debe ser juzgado y en su caso

condenado conforme a derecho. En la medida en que se abandone ese criterio objetivo se entra en el campo de la subjetividad arbitraria del *individualizador del enemigo*, que siempre invoca una necesidad que nunca tiene límites, una *Not* que no conoce *Gebot*.

De todas formas, lo que se discute en doctrina penal es la admisibilidad del concepto de *enemigo* en el derecho penal (o en el derecho en general) del estado de derecho, y se considera como tal al que es penado sólo en razón de su condición de ente peligroso o dañino para la sociedad, sin que sea relevante si la privación de los derechos más elementales a que se lo somete (sobre todo, a su libertad) se practique con cualquier otro nombre diferente del de *pena* y sin perjuicio, tampoco, de que se le reconozca un remanente de derechos más o menos amplio.

## 6. Dos palabras sobre el "derecho penal"

Si en realidad el derecho penal siempre ha aceptado el concepto de *enemigo* y éste resulta incompatible con el estado de derecho, lo que en verdad correspondería es *una renovación de la doctrina penal correctora de los componentes autoritarios que la acompañaron a lo largo de casi todo su recorrido; en otras palabras, un ajuste del derecho penal que lo compatibilice con la teoría política que corresponde al estado constitucional de derecho y lo depure de los componentes propios del estado de policía incompatibles con sus principios*.

No obstante, para expulsar o por lo menos contener el perverso efecto del concepto de *enemigo* en el derecho penal, no basta con precisar el concepto de *enemigo*, sino que también es menester precisar previamente lo que se entiende por *derecho penal*.

Aunque en la doctrina en general no suele repararse en esta necesidad, es ineludible proceder a esa precisión, porque las palabras abusadas se vuelven equívocas y en el lenguaje jurídico el desgaste tiene consecuencias más graves que en otros ámbitos, justamente por la demanda de precisión semántica

que impone la naturaleza de la función que debe cumplir. Por ello, no parece conveniente —y tal vez ni siquiera tolerable— avanzar sin reparar en el deterioro semántico de la propia expresión *derecho penal*.

En cualquier discurso, incluso técnico, pueden encontrarse frases como estas: (a) *El derecho penal no puede combatir la pobreza*. (b) *El derecho penal no pena esa conducta*. (c) *El derecho penal no analizó ese tema*.

Se trata de un mismo sujeto gramatical, pero con tres sentidos semánticos diferentes: la frase (a) denota el poder punitivo del estado como hecho, como dato real, sociológico, histórico o actual; la frase (b) se refiere claramente a la legislación penal; y la frase (c) indica una omisión de la teoría o doctrina<sup>37</sup>.

Para afilar un poco el instrumento de la palabra, en lo sucesivo llamaremos al sujeto de la frase (a) *poder punitivo*, al de la frase (b) *legislación penal* y reservaremos la denominación *derecho penal* para la doctrina jurídico-penal (saber o ciencia del derecho penal) que refiere la frase (c).

En tanto que (a) el *ejercicio real del poder punitivo* es obra de las agencias ejecutivas del estado encargadas de la coerción y su estudio es materia de disciplinas de preferencia descriptivas, en especial de la *criminología* o de la *sociología*, (b) la *legislación penal* es producida por los órganos políticos competentes (legisladores) y (c) su estudio y teorización (legitimante o deslegitimante) destinado a la práctica y a la docencia, es lo que corresponde al *derecho penal* como ciencia, doctrina o saber jurídico (obra de los juristas).

Es muy angustiante el resultado de la confusión semántica entre estos tres sentidos de la voz *derecho penal*, pues impide el diálogo, dado que con demasiada frecuencia se argumenta en el plano del sentido de una de las frases mencionadas y se

<sup>37</sup> En esto no se agotan los equívocos, pues podríamos incluso agregar algún otro uso del mismo sujeto gramatical para designar, por ejemplo, la jurisprudencia de los tribunales penales o constitucionales y hasta pensar en otro que con la misma expresión miente el reflejo del poder punitivo en el imaginario público.

responde en el de cualquiera de las dos restantes, o sea que observaciones de la realidad se responden con conceptos jurídicos o con datos legales y viceversa, en cualquiera de sus ocho posibles combinaciones. Esto configura un verdadero caos semántico que en ocasiones se vuelve desesperante, pues pareciera que el lenguaje hubiese perdido gran parte de su función comunicativa.

Para verificar la invariable presencia del *enemigo*, trataremos conjuntamente el ejercicio real del poder punitivo y de la legislación penal en el siguiente capítulo y la doctrina jurídico-penal en el capítulo III.

Básicamente, nos interesa distinguir entre (a) el trato deparado al *enemigo o extraño* desde la *historia y la realidad del poder punitivo tal como se lo ha habilitado legislativamente y como ha operado y opera en la sociedad* y (b) los discursos de los doctrinarios o juristas y de los criminólogos que en ocasiones le proporcionaron elementos que facilitaron la racionalización de la categoría de los *enemigos o extraños* en forma más o menos abierta y con consecuencias que algunas veces fueron relativamente prudentes, pero que en otras llegaron hasta sus últimas e inevitables consecuencias, legitimando o postulando directamente el genocidio.