

¿Filosofía hegeliana en el Derecho Penal  
del Enemigo? Distancias entre Günther Jakobs  
y la filosofía del derecho de Hegel

*Is there Hegelian Philosophy in the Criminal Law  
of the Enemy? Distances between Günther Jakobs  
and Hegel's law philosophy*

Por ANTONELLA COMBA

CONICET (Consejo Nacional de Investigaciones Científicas y Técnicas)  
Instituto de Investigaciones Gino Germani (Fac. de Ciencias Sociales-UBA)

**RESUMEN**

*En el presente artículo buscamos revisar algunos conceptos centrales de la teoría del Derecho Penal del Enemigo elaborada por Günther Jakobs en contrapunto con ciertos conceptos capitales de la filosofía del derecho de Hegel para reflexionar y cuestionar las supuestas raíces hegelianas que tendría el constructo teórico del jurista alemán. Realizamos dicho recorrido a partir de una revisión pormenorizada de la Filosofía del Derecho (1821) de Hegel, teniendo como guía de lectura e interpretación de esa obra otras secciones de la filosofía hegeliana, esto es, la que se encuentra en La Fenomenología del Espíritu (1807). Para realizar dicha empresa nos centraremos en los conceptos de persona, enemigo, sociedad, derecho y Estado encontrados en la teoría de Jakobs. Y, en un movimiento especular comparamos dichos conceptos con las categorías hegelianas de sujeto, derecho formal abstracto, Estado ético y racionalidad.*

*Palabras clave: Derecho penal del enemigo-dialéctica-sujeto-persona-estado.*

## ABSTRACT

*In this article we seek to review some key concepts of the Enemy Criminal Law theory developed by Günther Jakobs using some key concepts found in Hegel's Philosophy of Law. By doing so, we wish to analyze the supposed Hegelian roots of the theoretical construct built by the German jurist. We exercise this analysis taking in account a detailed review of Hegel's Philosophy of Law (1821), but with some interpretational guidelines found in The Phenomenology of Spirit (1807). We will focus on the concepts of person, enemy, society, law and state found in the theory of Jakobs. And like a mirrored game, we make a comparative and analytical analysis of these concepts using the Hegelian categories of subject, abstract formal law, ethical state and rationality.*

*Key words: Criminal law of the enemy-dialectics-subject-person-state.*

**SUMARIO.** 1. INTRODUCCIÓN.-2. EL SUJETO, LA PIEDRA ANGULAR DE LA FILOSOFÍA HEGELIANA. LA PERSONA EN EL DERECHO PENAL DEL ENEMIGO.-3. PENA Y DELITO. SEGURIDAD Y LIBERTAD.-4. LA REALITÄT Y LA WIRKLICHKEIT. ALGUNAS PALABRAS FINALES EN TORNO A LO ¿REAL Y RACIONAL?

**SUMMARY.** 1. INTRODUCTION.-2. THE INDIVIDUAL, THE CORNERSTONE OF HEGELIAN PHILOSOPHY.-THE CATEGORY OF PERSON IN THE CRIMINAL LAW OF THE ENEMY.-3. PENALTY AND CRIME. SECURITY AND FREEDOM.-4. REALITÄT AND WIRKLICHKEIT. SOME FINAL WORDS ABOUT WHAT'S ¿REAL AND RATIONAL?

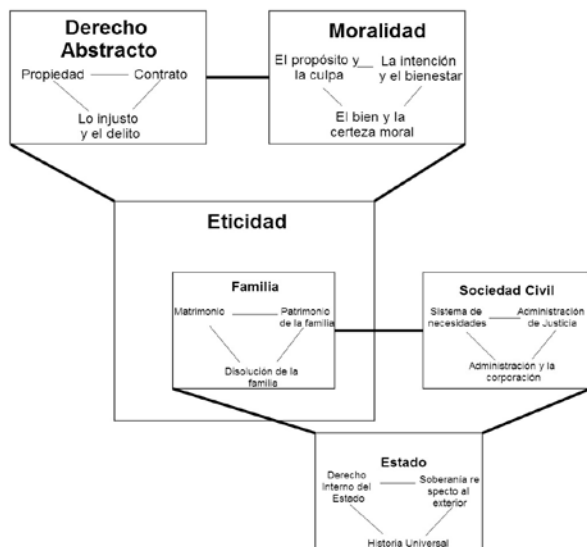
## 1. INTRODUCCIÓN

Los principios del Derecho Penal del Enemigo postulados por Günther Jakobs allá por 1985 son hasta el día de hoy un tema de discusión en el ámbito de la dogmática penal, la filosofía del derecho como la política criminal de distintos países de occidente. En esas discusiones, varios académicos afirman que las categorías conceptuales del Derecho Penal del Enemigo tienen una marcada herencia hegeliana (Cancio Melá, 2003; Parma, 2012; Mizrahi, 2012). Esa herencia se encontraría presente en la definición de norma y delito, como también en la categoría de lo real que es relacionada de manera directa con la famosa frase de Hegel que une dialécticamente lo real con lo racional. Aún el mismo Jakobs lo afirma cuando señala como en su teoría hay mucho más de Hegel

que de otros filósofos capitales para el derecho como lo es por ejemplo Kant (Mizrahi, 2012:42). Por lo tanto, en el presente artículo buscamos revisar estas afirmaciones a partir del análisis de ciertos conceptos centrales de la teoría elaborada por el jurista alemán desde algunas categorías teóricas presentes en la filosofía del derecho de Hegel. Realizamos dicho recorrido a partir de una revisión pormenorizada de la Filosofía del Derecho de Hegel, teniendo como guía de lectura e interpretación otra parte de la filosofía hegeliana, esto es, la que se encuentra en la gran obra hegeliana, *La Fenomenología del Espíritu*. Retomaremos continuamente aquella obra ya que, si bien en la misma Hegel «no se orienta directamente a la formación del Estado sino a la del sujeto como tal...no se desentiende del Estado, todo lo contrario, pero lo primero que Hegel tiene en cuenta es la formación del sujeto» Dri (2009:73). Por lo tanto, hasta llegar a las reflexiones sobre el derecho, el delito, la pena y el Estado, consideramos necesario recuperar los análisis filosóficos de Hegel en torno a un momento más inicial y fundamental, esto es, la configuración del sujeto. De este modo, hay que evitar pensar que habría algo así como un Hegel filósofo y otro jurista, ya que esta disyunción haría que «la filosofía» y «el derecho» hegeliano se comprendan por separado. Justamente, es esa separación la que, desde nuestra perspectiva, pierde de vista la riqueza de la dialéctica en las reflexiones en torno al derecho y al Estado presentes en la filosofía política hegeliana. Para realizar dicha empresa, seleccionamos ciertos puntos clave de análisis encontrados en la teoría de Jakobs: persona, enemigo, sociedad, derecho y Estado. Y, como un juego especular, realizaremos un análisis comparativo y analítico de los mismos a partir de las categorías hegelianas de sujeto, derecho formal abstracto, Estado ético y racionalidad.

## 2. EL SUJETO, LA PIEDRA ANGULAR DE LA FILOSOFÍA HEGELIANA. LA PERSONA EN EL DERECHO PENAL DEL ENEMIGO

Para iniciar nuestro análisis presentamos ante todo el esquema que organiza la obra de la Filosofía del Derecho de Hegel a partir de sus macro y micro dialécticas. Para realizar dicha sistematización recuperamos la propuesta de Rubén Dri presente en su obra *La Fenomenología del espíritu de Hegel. Perspectiva latinoamericana. Intersubjetividad y Reino de la Verdad* (2006: 12). Allí el autor advierte como el movimiento y forma de organización de la dialéctica hegeliana opera a partir del siguiente movimiento: desde lo exterior y más abstracto hacia lo interior y concreto.



En este movimiento de la filosofía hegeliana, la categoría de sujeto como la formación de éste es presentada como fenomenología es decir, como la «ciencia de la experiencia de la conciencia» (Hegel, 1807:38). Esta experiencia es el camino que recorre la conciencia atravesando una multiplicidad de configuraciones<sup>1</sup>. Desde su momento más inmediato que Hegel denomina como universal abstracto, a través de diferentes mediaciones logra particularizarse en un particular, hasta devenir a un nuevo momento como universal-concreto<sup>2</sup>. Atravesadas estas diferentes configuraciones se vuelve a comenzar, y se arriba así a un nuevo momento dialéctico. Allí donde parecía terminar y detenerse la dialéctica no hace más que comenzar nuevamente.

El primer momento de esta experiencia ocurre allí en el momento más inmediato del sujeto donde existe como *certeza sensible*. Aquí, en el primer momento del sujeto «La fuerza de su verdad reside ahora, en el yo, en la inmediatez de mi vista, de mi oído, etc.» (Hegel, 1807:66). Superando este momento es que se arribará al momento de la percepción, donde «sigue presente aquí lo sensible mismo, pero no como debe-

<sup>1</sup> Este es el comienzo de un largo camino ya que «*el saber en su comienzo, o el espíritu inmediato, es lo carente de espíritu, la conciencia sensible. Para convertirse en auténtico saber o engendrar el elemento de la ciencia, que es su mismo concepto puro, tiene que seguir un largo y trabajoso camino*» (HEGEL, 1807:21)

<sup>2</sup> En este punto seguimos la propuesta teórica de DRI en su obra *La rosa en la cruz. La filosofía política hegeliana* (2009) cuando discute la interpretación de Fichte de la dialéctica hegeliana. Al plantear el movimiento dialéctico como Tesis, Antítesis y Síntesis, no hace más que truncar el movimiento espiralado dialéctico, en la medida que no postula a la Síntesis como un nuevo momento para que continúe la dialéctica, sino que la misma es presentada como el final del camino dialéctico.

ría serlo en la certeza inmediata, como lo singular supuesto, sino como universal o como lo que se determinará como propiedad» (Hegel, 1807:72). Es decir, aquí se observan múltiples cualidades sobre la cosa percibida pero todavía no se las pueden captar en tanto concepto. En el tercer momento, esto es del entendimiento, el sujeto logra ver la infinitud captando el desdoblamiento de las cosas, pero pierde su riqueza al poner estas partes y cualidades como cuestiones separadas. Es decir, no logra captar la totalidad. No obstante hay que recordar que en este primer momento de la macro dialéctica<sup>3</sup>, donde el sujeto se encuentra en su momento en tanto conciencia, la conciencia no es capaz de captar el movimiento dialéctico de la realidad, porque todavía se encuentra en el mundo suprasensible, aquí no puede captar la idea solo la representación.

Cuando arribamos al momento de la autoconciencia es cuando arribamos, tal como afirma Hegel (1807:219), al reino de la verdad, a un mundo mucho más complejo porque ahora aparece el otro como otra autoconciencia. Arribar a este momento no significa que el camino recorrido hasta ahora se desecha sino que persiste, pero de otro modo. La forma que guía el movimiento de la dialéctica es la formación circular. «Esta concepción implica que siempre el todo es inmanente a las partes y que, en consecuencia, en cada etapa de su desarrollo vuelve a aparecer el todo, si bien en un nivel superior.» (Dri, 2009:19). Es decir, en ésta experiencia espiralada del sujeto, cada momento es recuperado en el siguiente<sup>4</sup>. Ahora el mundo está dentro de la autoconciencia, no por fuera de ella como una realidad objetiva que está allá afuera (como así lo creía la conciencia en un primer momento) con el cual la conciencia se relaciona. Esta suposición es superada y así la conciencia «deviene en igualdad consigo misma» (Hegel, 1807:108). Por medio de esta experiencia la conciencia se auto-conoce y así se auto-realiza. Es por eso que Hegel define al sujeto como «el devenir de sí mismo, el círculo<sup>5</sup> que presupone y tiene por comienzo su término como su fin y que solo es real por medio de su desarrollo y de su fin» (Hegel, 2009:16). El sujeto es la pura negatividad, el movimiento constante donde todo el tiempo es otro que el mismo (Hegel, 1807:89).

Como vemos, el sujeto es el momento y la configuración fundamental de este movimiento dialéctico hegeliano. En contraposición, encontramos que la categoría elemental en el Derecho Penal del Enemigo no es la de sujeto sino la de persona.

En el pensamiento de Günther Jakobs la persona es definida a partir de la norma y del cumplimiento exitoso de las expectativas que el resto

---

<sup>3</sup> Recordemos que la forma macro dialéctica que atraviesa la Fenomenología del Espíritu es aquella de la Conciencia que se organiza del siguiente modo: Conciencia-Autoconciencia-Razón.

<sup>4</sup> Seguimos en este punto a DRI (1996, 2009) cuando nos señala que conciencia, autoconciencia, razón no son facultades que tiene un sujeto, es decir, que un sujeto *tiene* conciencia o *tiene* autoconciencia. Sino que son momentos, donde la conciencia está siendo estas distintas configuraciones.

<sup>5</sup> La cursiva es nuestra.

de la sociedad tenga sobre la norma<sup>6</sup>. Siguiendo la lectura que realiza Alcócer Povis (2009:6), persona es la máscara; es el papel que se representa y juega en la medida que se es competente socialmente. Se es persona cuando la misma se posiciona en el mundo de acuerdo a un modelo de orientación normativo que es compartido por el resto de las personas que conviven en esa sociedad. Afirmamos que estamos frente a una persona cuando hay una garantía cognitiva de que esa persona se guiará por normas compartidas por todos y que cumplirá sus obligaciones como ciudadano. Formalmente la persona es definida de acuerdo a los derechos y las obligaciones que la misma tiene. De acuerdo a Mizrahi (2012: 43-44), Jakobs postula que la persona puede ser definida en términos formales o materiales. Por lo tanto, si esa persona no cumple con sus deberes, se puede decir que se es persona en sentido formal pero no material. Sólo cumpliendo todas estas exigencias normativas es que la persona puede gozar del derecho de ser ciudadano y en esta situación es que, siguiendo a Mizrahi (2012), persona será sinónimo de ciudadano. Así «una sociedad puede considerar ciudadano solo a aquel que justifica una expectativa de comportamiento conforme al derecho, es decir, a quien orienta su conducta general por las normas establecidas y en esa medida es parte de la sociedad misma» (Mizrahi, 2012:32). Entonces la cadena de equivalencias sería la siguiente: persona=cidudano. Es decir, solo se es ciudadano si primero se es considerado persona.

Ahora bien, el sujeto en tanto persona existe como momento en la filosofía del derecho hegeliana, específicamente en el momento del Derecho Abstracto donde Hegel afirma que «La voluntad llega a ser así voluntad singular: es la persona» (Hegel, 2000:118). Sin embargo, éste es el primer momento, el momento más pobre, el que corresponde al universal abstracto, universal que contiene dentro de sí todas las potencialidades pero que es muy pobre porque todavía no es nada. Esta primera configuración, como todo primer momento dialéctico que corresponde con el universal abstracto, es el más general, ilimitado e indeterminado. Hegel en ese momento entiende a la persona en tanto: «es lo alto y lo completamente bajo, yace en ella esta unidad de lo infinito y de lo escuetamente finito, la del límite de lo determinado y de lo enteramente ilimitado». (Hegel, 1821:1996). Hablar de persona en términos hegelianos es hablar de lo más abstracto, porque nos encontramos en este primer momento de la micro dialéctica del Derecho Formal<sup>7</sup>, que a la vez es el primer momento de la macro dialéctica que comprende la obra de la Filosofía del Derecho. Persona es el momento más singular ya que no podemos hablar de un sujeto en término pleno en la medida que esta configuración no se encuentra el elemento fundamental para Hegel que es la intersubjetividad. En tanto persona, el sujeto tiene una existencia natural ya que no está

---

<sup>6</sup> De acuerdo a MIZRAHI (2012: 43-44), Jakobs postula que la persona puede ser definida en términos formales o materiales.

<sup>7</sup> Ver cuadro en la página 216.

determinada porque no se encuentra mediada, se encuentra en un estado de inmediatez. Para darse una existencia recurre a las cosas. De ahí que el primer momento dentro de la micro dialéctica del derecho abstracto es la propiedad. Este es «el primer modo de libertad» que experimenta el sujeto en tanto persona en el marco del derecho abstracto y formal. Pero esta libertad que adquiere la persona es una libertad para sí. Sólo con el desarrollo continuo del movimiento dialéctico el sujeto deviene y arriba a la esfera de la moralidad. Donde «ya no soy meramente libre en esta cosa inmediata, sino que lo soy también en la inmediatez superada, es decir, lo soy en mí mismo, en lo subjetivo» (Hegel, 1821:115). Este pulso dialéctico continúa negando los diferentes momentos y eso es lo que permite arribar al tercer momento que corresponde a la eticidad.

Vemos así como en este primer contrapunto en torno a las categorías de sujeto y persona, existe una gran distancia entre los dos autores. En el Derecho Penal del Enemigo la categoría fundamental es la de persona, mientras que en Hegel lo central es el sujeto. Para Hegel la persona es una configuración de la conciencia pero en un estadio muy incipiente dentro de la dialéctica de la conciencia. En el marco de la filosofía del derecho hegeliana, recién en el ámbito de la moralidad es que nos encontraremos a la determinación de la persona en tanto sujeto. En la Fenomenología del Espíritu se puede ver con más claridad este camino que debe recorrer el sujeto, desde su momento más inmediato como conciencia en la certeza sensible hasta alcanzar lo más absoluto y elevado, que es el espíritu. Sólo ahí es lo real y por lo tanto, lo más verdadero. En consecuencia, de acuerdo a la filosofía política hegeliana lo más verdadero nunca podría ser la persona, sino que siempre es el sujeto lo verdadero.

Para Hegel la configuración del sujeto en tanto persona no podría ser de ningún modo el sustento del Estado ético, que es considerado lo más elevado. Es en el momento ético en donde se encuentra la unión entre lo individual y lo universal. En la sustancia ética, la autoconciencia es para sí y allí es donde se encuentra el espíritu real de una familia y su pueblo. El sujeto solo «En la vida de un pueblo es donde, de hecho, encuentra su realidad consumada el concepto de la realización de la razón consciente de sí», esa realización ocurre en el hábito ético (Hegel, 1807: 209), es decir, donde ya se encuentra el Estado. «El derecho del Estado es más alto que cualquier otro grado: es la libertad en su figura más concreta, la cual solo cae todavía bajo la verdad suprema y absoluta del Espíritu del mundo» (Hegel, 1821: 115). Para Hegel<sup>8</sup>: «El Estado es espíritu real y orgánico de un pueblo<sup>9</sup> y llega a

---

<sup>8</sup> Tomamos en este punto una de las tantas definiciones de Estado que se encuentran en la obra de Hegel, específicamente la que se encuentra en su *Filosofía del Derecho* (1821).

<sup>9</sup> Nótese como el autor habla de pueblo y no de sociedad, término que si aparece con frecuencia en Jakbos.

ser real y se revela mediante la relación de los espíritus nacionales particulares entre sí en la historia universal como espíritu del mundo universal y cuyo derecho es el derecho supremo» (Hegel, 1821:114).

Por lo tanto, cabe revisar en este punto la aseveración del basamento del constructo teórico de Jakobs en la filosofía hegeliana, en la medida que no tiene en cuenta una de las categorías centrales de la filosofía jurídica de Hegel cual es, el sujeto. Una lectura demasiado concentrada en la obra de la Filosofía del Derecho de Hegel que olvide los postulados de La Fenomenología del Espíritu, puede llevar a una interpretación demasiado conservadora de la filosofía jurídica de Hegel olvidando categorías fundamentales de la filosofía hegeliana como lo es el sujeto, pueblo, libertad e intersubjetividad.

### *Sujetos versus enemigos*

Del anterior contrapunto, se desprende una diferencia ulterior. A partir de la categoría de persona en el pensamiento del jurista alemán se desprende una división fundamental que se constituye como el fundamento legítimo del Derecho Penal del Enemigo, esto es la separación entre personas e individuos. Y cuando hablamos de individuo es donde aparece el enemigo.

La condición de individuo responde a la de un ser extra social (Alcócer Povis, 2009:7), a una entidad biológica (Mizrahi, 2012:44), donde sus acciones comunicativas son irrelevantes ya que no se corresponden ni con la norma ni con el significado compartido por los miembros ciudadanos de esa sociedad; como vimos, todas estas son acciones fundamentales para constituirse en ciudadano. El autor califica como individuos (es decir, los potenciales enemigos) a aquellos que no pueden ofrecer una garantía cognitiva de comportarse de acuerdo al ordenamiento jurídico. En palabras del autor enemigo es quien «no presta una seguridad cognitiva suficiente de un comportamiento personal, no solo no puede esperar ser tratado aún como persona, sino que el Estado no debe tratarlo ya como persona, ya que de lo contrario vulneraría el derecho a la seguridad de las demás personas» (Jakobs, 2003: 47). Serán enemigos aquellos sobre los cuales no exista una seguridad cognitiva sobre su comportamiento personal de acuerdo a las normas y reglas de su rol en sociedad. Razón por la cual Jakobs afirma que las expectativas normativas y cognitivas están dirigidas a las personas, no a los individuos. Así, éste individuo peligroso se convierte en un enemigo que deberá ser separado del ordenamiento jurídico. Por lo tanto, Jakobs propone que aquel individuo que no respete ese ordenamiento normativo no puede gozar de los beneficios de ser persona. Porque el enemigo rechaza por principio al ordenamiento jurídico en su totalidad. Y, a la vez que lo rechaza, persigue su destrucción, razón por la cual debe ser excluido. Dentro de esta lógica aparece como consecuente que el enemigo no pueda pedir que se respeten sus derechos o que



quiera él mismo tenga derechos en la medida que estaría rechazando el mismo ordenamiento legal que los otorga.

Como consecuencia, el objetivo del derecho penal del enemigo es el de actuar sobre el individuo peligroso, su habitualidad, reincidencia, modo y capacidad de organización ya que los individuos no solo no forman parte del ordenamiento normativo sino que además atentan contra el mismo. El derecho penal del enemigo puede conceptualizarse como una tendencia del ordenamiento jurídico caracterizado por «tener a la *peligrosidad*<sup>10</sup> como su principal presupuesto, por su excepcionalidad en cuanto a los sujetos a los que se orienta (peligrosos) y por pretender garantizar la seguridad cognitiva como condición de la vigencia de las normas» (Coello, 2006:35).

Curiosamente en un pasaje de Hegel, aparece una distinción dentro del pueblo entre aquellos que son falsos hermanos y aquellos que son amigos: «Por eso, la ley, como se observa repetidamente en el curso de este manual, es la contraseña por el cual se separan los falsos hermanos y amigos del así llamado *pueblo*<sup>11</sup>» (Hegel, 1821:71). Párrafo que sacado de contexto nos puede llevar a pensar que dentro del pensamiento filosófico de Hegel habría una relación con el pensamiento de Jakobs en tanto existiría un espacio para la separación entre enemigos y ciudadanos. Sin embargo, una lectura acabada del prefacio de la Filosofía del Derecho (que es donde se encuentra dicha afirmación), nos lleva a encontrarnos que en realidad dicha aseveración se corresponde con reflexiones en torno a la ley, no al derecho. En Hegel el derecho en tanto ley es abrigada por el derecho como «letra muerta y fría» (Hegel, 1821:71) porque la ley es la razón de la cosa, distinta a la aprehensión de la cosa por medio del pensamiento, tal como ocurre en el derecho. Esa distinción entre amigos y falsos hermanos ocurriría en un momento más bajo y pobre que el derecho y el Estado. La eticidad, el mundo de lo real y del derecho, se encuentran en otro registro de aquel en que se encuentra la ley, que existe en el momento más abstracto. En este punto, podríamos hasta afirmar que la visión de Jakobs sobre las normas y el derecho termina siendo más abstracta e idealista que la de Hegel. Si bien el idealismo que atraviesa la filosofía legal hegeliana es indiscutible, podemos poner un signo de pregunta al evocar una famosa afirmación de Hegel, «aquí está la rosa, *aquí*<sup>12</sup> hay que saltar» (Hegel 1821:76). Aquí, el autor busca afirmar su lejanía respecto de la perspectiva que reconstruye filosóficamente al derecho a partir de principios estrictamente morales, donde existe una visión del Estado pero desde un deber ser. Hegel afirma que hay que concebir lo que es, no lo que debería ser, ya que eso es encontrarse en el plano de la razón.

---

<sup>10</sup> La cursiva es nuestra.

<sup>11</sup> Llámese la atención como esta separación Hegel la señala en el pueblo, no en relación al Estado.

<sup>12</sup> La cursiva es nuestra.

Jakobs en el año 1999 reelabora las afirmaciones respecto al derecho penal del enemigo formuladas primordialmente en 1985. En ese momento ulterior, el autor reintroduce el concepto de enemigo en el derecho proponiéndolo ya no como excepcional, sino como indispensable. Después del atentado del 11 de septiembre, la condición de enemigo mutó en el pensamiento de Jakobs o, al menos eso ocurrió en las diversas lecturas que se hicieron de él con posterioridad a este suceso<sup>13</sup>. Si bien hay muchas reflexiones sobre quién es o quiénes son los enemigos (tanto para el derecho tradicional como para el derecho penal del enemigo), de acuerdo a Crespo (2006:92) en el marco de la teoría de Jakobs la categoría de enemigo refiere a la criminalidad organizada, la delincuencia económica, la delincuencia sexual y el terrorismo. Parece ser que la figura del enemigo en el momento embrionario de la teoría de Jakobs se acercaba más a una figura individual. Pero luego, hay una transformación del individuo peligroso en términos de organización delictiva a la criminalidad económica organizada, redes de prostitución, narcotráfico, pedofilia, etc. A partir de estos acontecimientos, los enemigos ahora son aquellos combatidos principalmente en la «guerra contra el terror» que libraban los diferentes estados contra organizaciones terroristas. Por lo tanto, más que dirigirse hacia la criminalidad común, el Derecho Penal del Enemigo busca dirigirse a otro tipo de delitos, específicamente en emprender una guerra contra el terrorismo y el narcotráfico<sup>14</sup>.

Consideramos que en este segundo punto, también existe una gran distancia entre el pensamiento de ambos autores en la medida que la categoría de enemigo es en sí misma anti dialéctica. Hegel discutiría con esta concepción de enemigo en la medida que la afirmación y la particularización de una persona en tanto enemigo, no hace más que detener el movimiento dialéctico. En palabras de Hegel, el sujeto es «la *sustancia viva*<sup>15</sup>, es además, el ser que es en verdad sujeto o, lo que en tanto vale, que es en verdad real, pero solo en cuanto es el movimiento del *ponerse a sí misma* o la mediación de su devenir otro consigo misma» (Hegel, 1807:15). Por lo tanto hay que recordar: «pero el hombre más deforme, el delincuente, un enfermo y manco, sigue siendo un hombre vivo: lo afirmativo, la vida subsiste no obstante la carencia: de esto afirmativo es de lo que se trata aquí» (Hegel, 1821:86). La particularización estática de una persona en enemigo se

<sup>13</sup> De acuerdo a COELLO (2006:2), Jakobs acuñó el término Derecho Penal del Enemigo en una ponencia presentada en una jornada de penalistas alemanes en 1985. Luego de los hechos ocurridos el 11 de septiembre con el atentado a las torres gemelas, es que estas teorizaciones adquirieron una tremenda importancia para el derecho penal contemporáneo.

<sup>14</sup> De acuerdo a MIZRAHI (2012:20) la teoría de Jakobs se vio sujeta a múltiples modificaciones debido a las grandes y veloces transformaciones penales contemporáneas donde emergieron a la par, nuevas formas de criminalidad como nuevas posibilidades tecnológicas.

<sup>15</sup> La cursiva es nuestra.

encuentra en diametral oposición con el movimiento dialéctico de la realidad y del sujeto hegeliano. Pero para Jakobs la persona es el parte aguas entre los ciudadanos y los enemigos, división sobre la que se erige el actuar de este Derecho Penal del Enemigo. En cambio para Hegel, «la mera abstracción persona es ya en la expresión algo despreciable. La persona es esencialmente distinta al sujeto» (Hegel, 1821:118) ya que la persona es puro ser-par-sí, mientras que el sujeto es siempre siendo con otros. En palabras del autor «llámese pensar abstractamente a no ver en el asesino nada más que lo abstracto de tratarse de un asesino, de forma que, debido a esta cualidad simple, se extirpa en él toda lo que resta de la naturaleza» (Hegel, 1980:33). Es decir, ver en el sujeto solo la cualidad de asesino subsumiendo el todo del sujeto y todas las potencialidades del mismo a esa sola característica, a esa sola dimensión, es refrenar su devenir. El pensamiento abstracto no hace más que detener, suspender el movimiento dialéctico en la medida que se detiene en un momento de las múltiples configuraciones que puede adoptar el sujeto. Hegel profundiza esto y expone como esos dos modos de concebir y reconocer a los sujetos se pueden analizar en el siguiente ejemplo: «El hombre vulgar piensa de nuevo abstractamente y se da importancia frente al criado relacionándose con éste *solo como un sirviente*<sup>16</sup>. El hombre distinguido sabe que el criado no es solo un criado sino que está también enterado de las novedades de la ciudad, conoce las muchachas, tiene buenas ideas en la cabeza» (Hegel, 1980: 36). Es decir, ese sujeto es sirviente pero además, es un hombre de la ciudad, una persona con intereses, etc. Esas características pueden ser percibidas en la medida que hay un reconocimiento de un sujeto a otro en tanto sujeto, es decir, producto de un reconocimiento intersubjetivo. Detener la dialéctica en el momento del enemigo, es obturar la posibilidad de que devengan más mediaciones, negaciones, configuraciones del sujeto. Es eliminar la posibilidad de la experiencia que atraviesa la conciencia en sus múltiples configuraciones para poder llegar así a lo más elevado.

En el caso del pensamiento de Jakobs, tal como lo señala Parma (2012), la persona alcanza su identidad a partir de la norma, no del reconocimiento y la intersubjetividad como si lo es en el caso del sujeto hegeliano. Ejemplo claro de este último proceso es el reconocido y citado pasaje de la lucha entre las autoconciencias dentro de la dialéctica del amo y del esclavo en la Fenomenología del Espíritu donde, por medio del trabajo formativo y del reconocimiento, allí donde había una conciencia que reconocía y otra reconocida hay ahora dos conciencias que se reconocen<sup>17</sup>. Tal como lo afirma Hegel gracias a la lucha por el reconocimiento que ocurre en el marco de la harta citada dialéctica del amo y el esclavo, es que la persona no se queda

<sup>16</sup> La cursiva es nuestra.

<sup>17</sup> En este punto seguimos a Dri cuando señala que (2009) el reconocimiento es parte del proceso constitutivo tanto del sujeto como del Estado.

en un Dasein, es decir, en un ser natural, en la autoconciencia en tanto existencia inmediata. Una vez que deviene como autoconciencia, existe como ser espiritual. Es después del camino, del proceso de independencia de la sujeción al señor que la autoconciencia adquiere libertad y reconocimiento. Aquí «como razón segura ya de sí misma, se pone en paz con el mundo y con su propia realidad y puede soportarlos, pues ahora tiene la certeza se sí misma como de la realidad o la certeza de que toda realidad no es otra cosa que ella misma» (Hegel, 1807:71). Superado el momento de la autoconciencia es que ésta deviene razón. Y allí es donde aparece el reino de la ética, el momento del Estado, momento que no podría haber estado con anterioridad, cuando había una relación más inmediata y relacionada a la coseidad. Distinto ocurre dentro del pensamiento de Jakobs, donde el pasaje del individuo a la persona ocurre gracias a un proceso de socialización dentro de un sistema social y producto de un repetido reconocimiento y reproducción del sistema normativo compartido por todos. Tal como lo afirma Caro John citado por Alcócer Povich «nadie es persona en sí misma, sino se es persona porque el sistema social así lo atribuye». (Alcócer Povich, 2009: 7). Aún más, Caro John afirma que la persona en Jakobs es definida a partir del idealismo de Hegel presente en la filosofía del derecho, donde ahí se la concibe como un concepto eminentemente normativo. Si bien es correcto que la configuración del sujeto en tanto persona en la filosofía hegeliana responde al momento más abstracto y normativo de la filosofía del derecho (ya que se encuentra en el primer momento de la macro dialéctica que corresponde al derecho formal abstracto), no es que la categoría sea definida a partir de un idealismo. Si lo interpretamos de ese modo «despegamos» al sujeto en tanto persona de su movimiento dialéctico real. Por esa razón, debemos recordar que la categoría de persona responde a este momento abstracto del derecho formal pero en tanto sujeto, le queda mucho camino por recorrer.

Se podría pensar que hay una cercanía entre el pensamiento del jurista alemán y Hegel en un plano idealista pero en términos normativos, específicamente en la condición de reciprocidad entre los derechos y las obligaciones. Por un lado, Hegel en la filosofía del derecho, hablando específicamente en el momento del Estado, señala como el sujeto tiene derechos en la medida que debe cumplir con ciertos deberes. Es decir, tiene deberes en tanto y cuanto tiene derechos. Distinto ocurre en el escenario del derecho abstracto donde como persona, tengo el derecho, y en esa circunstancia, otro tiene el deber frente a él. Y, en el momento de la moralidad ambos momentos deben estar unidos para devenir en una relación dialéctica entre derechos y obligaciones, como ocurre en el momento de la eticidad. Esta relación de reciprocidad entre deberes y derechos también la encontramos en Jakobs. Sin embargo la misma está anclado en un paradigma teórico distinto, relacionado con el estructural funcionalismo. Si bien ambos autores hablan de derechos y deberes, lo hacen desde marcos teóricos distin-

tos. De acuerdo a esta visión funcionalista que tiene el autor sobre la persona y el derecho, comportarse de manera efectiva implicaría respetar el rol que se tiene dentro del ordenamiento jurídico, cumpliendo con las obligaciones que se tiene en tanto ciudadano, y es así que se puede gozar de los derechos otorgados por el derecho, que es respetado y cumplido de manera continua. En cambio, en la medida en que no se cumplen con las obligaciones que se tiene como rol-ciudadano, en un mismo movimiento se cancelan los derechos de los que se goza (Mizrahi, 2012:28).

### 3. PENA Y DELITO. SEGURIDAD Y LIBERTAD

Ya señalamos como varios autores hacen alusión a la perspectiva funcionalista de la obra de Jakobs<sup>18</sup> en relación a los conceptos de delito, pena y derecho. Si nos encuadramos en ese marco teórico, hablaremos de conceptos tales como rol, expectativas de ese rol, identidad normativa y de un aceitado funcionamiento de la sociedad en tanto ocurre un cumplimiento adecuado por parte de las personas de roles y expectativas. Desde una perspectiva normativista y funcionalista Jakobs explica que la sociedad es comunicación y su constitución ocurre a través de normas (Calise, 2011:5). Baratta (1985:2) señala que es este mismo funcionalismo jurídico de Jakobs el que explica la función que tiene el derecho penal en el marco de la sociedad cual es perpetuar la vigencia de una identidad jurídica. Si afirmamos que la sociedad se constituye a través de las normas y que los individuos constituyen su identidad a través de las mismas, el derecho penal estaría orientado a garantizar y velar por la subsistencia de esas normas que estructuran tanto a la sociedad como al individuo.

De este modo la pena de acuerdo a Jakobs tiene la función de reafirmar el sentido de una norma que el delito vine a contradecir<sup>19</sup>. Así, realizando una interpretación de la teoría de Jakobs desde una perspectiva eminentemente Luhmaniana, el derecho penal actuaría dentro del sistema social protegiendo procesos de comunicación jurídicamente institucionalizados. De manera resumida, podemos sistematizar las características de la pena en Jakobs del siguiente modo: está sujeta a la suspensión o relajación de las garantías individuales; incre-

---

<sup>18</sup> Aunque cabe destacar que es el mismo Jakobs quien reniega de una asociación directa con la teoría de Luhmann. El mismo autor en una entrevista señala su lejanía con Luhmann y reafirma su cercanía a Hegel y su visión tripartita del derecho (Mizrahi, 2012:40). Si bien son aceptadas las bases funcionalistas en el pensamiento del autor, hay algunos que discuten su cercanía al pensamiento de NIKLAS LUHMANN (Calise, 2011:8).

<sup>19</sup> ALCÓCER POVIS (2009:8) señala que la pena tendría una función manifiesta como latente. La manifiesta es la ya mencionada, mientras que sus funciones latentes no son demasiado importantes ya que refieren a un ámbito psicológico individual.

mento de las penas; adelantamiento de la punibilidad; orientada a una cruzada en contra del terror; tiene una perspectiva prospectiva. En consecuencia, sería epistemológicamente incorrecto, en el marco de un derecho penal simbólico y de una nueva teoría de la pena, declarar que el fin del derecho penal es proteger bienes jurídicos<sup>20</sup>. Lo que busca el derecho penal es actuar al nivel del sistema social, específicamente sobre aquello que lo medula, cual es la norma. Alessandro Baratta remarca esta idea al señalar justamente como violar una norma es grave no porque se lesionen intereses o bienes jurídicos, sino porque desafía a la norma como orientadora de la acción en el marco de un sistema social. La pena se entiende desde la prevención positiva porque, antes que disuadir o retribuir, busca reafirmar un significado normativo, consolidando la confianza en el ordenamiento jurídico<sup>21</sup> (Baratta, 1985:3).

Para Jakobs (2003:31), hablar en términos de delincuente es enmarcarse dentro de un Derecho Penal del Ciudadano, donde tanto el delito como la pena tienen un significado y el derecho tiene una función comunicativa. Ahora bien, no todos los delincuentes son enemigos, no por cometer un delito una persona se convierte automáticamente en individuo y por lo tanto en enemigo. En la medida que se es persona, es que uno es reconocido por el ordenamiento jurídico normativo de una sociedad determinada y puede ser imputado. El delito ocurrirá cuando se esté frente a un modelo de orientación normativo alternativo que la pena se encargará de desautorizar. Por lo tanto, pueden existir personas que hayan actuado erróneamente que no sean consideradas enemigos. En ese caso, esa persona no será apartada del ordenamiento jurídico, sino que será juzgada dentro del mismo. Así, se entiende que el delito sea un desliz normal reparable. Sólo se lo considera de esta manera cuando hay un accionar desviado persistente y duradero en relación a las normas del ordenamiento jurídico.

En concordancia con esa función de la pena se entiende que el delito, más que dañar un bien jurídico es una acción significativa que quiebra una norma y que, en un mismo movimiento, envía un mensaje<sup>22</sup>. De este modo, el delito es una acción significativa que se dirige en contra del orden social y normativo, por eso se lo define como una

---

<sup>20</sup> Siguiendo a BARBA ÁLVAREZ (2010:6) el Derecho Penal del Enemigo se fusiona tanto con la tendencia de la expansión del derecho penal junto al derecho penal simbólico donde éste se encuentra protegiendo otro tipo de bienes en base a los intereses legítimos de cada orden social, a la vez que protege a ese orden de las agresiones de los enemigos.

<sup>21</sup> Lo que, de acuerdo a BARATTA (1985:4), deriva en una normativización de los criterios personales de imputación

<sup>22</sup> Es interesante rescatar en este punto la definición que realiza Hegel sobre el delito: «El hecho del delito no es algo primero, positivo, para el cual vendría el castigo como negación, sino que es un negativo, de manera que el castigo es solamente negación de la negación» (HEGEL, 1821:168). Negación de la negación que llevaría al restablecimiento del derecho

afirmación que contradice una norma. Y la pena, si bien tiene una instancia y un fin de coacción, es también un significado que busca contradecir un significado que podríamos calificar como negativo (es decir, que se dirige en contra del ordenamiento jurídico). La pena vendría a ser un contra-mensaje significativo que busca restablecer ese orden normativo/significativo. Por lo tanto, el delito y la pena, habrá una interacción simbólica<sup>23</sup>. Por estas razones es que se lo enmarca a Jakobs dentro del Derecho Penal Simbólico<sup>24</sup> (Anitua, 2010:315) ya que el castigo aparece como un mensaje, como un signo. De acuerdo a Cancio Melá (2003) debemos ubicar la propuesta de un Derecho Penal del Enemigo dentro de una nueva teoría de la pena, específicamente dentro de la teoría de la prevención general positiva. Siguiendo a Baratta (1985:4) en esta «teoría de la prevención-integración» o «prevención positiva», la pena adquiere una doble función: una latente, donde busca consolidar la identidad normativa y como consecuencia la sociedad; y por el otro, una manifiesta, cual es marginalizar el hecho delictivo como a su autor. En un mismo movimiento se busca marginalizar un significado para que como efecto directo, se mantenga o reafirme la vigencia de la norma. Frente a los enemigos la norma no busca comunicar sino amenazar. El Derecho Penal del Enemigo busca actuar sobre el potencial peligroso del individuo antes que sobre actos (Jakobs, 2003:92) y lo hace de manera coactiva, pero esta es una coacción sin significado que reduce a ese enemigo a una animalidad, siquiera reconociéndolo como persona. La función de esa pura coacción es eliminar peligros futuros. Hablando de este tipo de derecho, el Estado frente a los enemigos busca combatirlos, amenazarlos y exterminarlos. La pena, antes que ser un significado que contradice otro significado, tal como ocurre en el marco del derecho penal del ciudadano, en el Derecho Penal del Enemigo buscar excluir al individuo-enemigo de la sociedad o sistema social de ciudadanos.

Crespo (2006:3) señala como el Derecho Penal del Enemigo es un modelo que establece una relación particular entre seguridad y libertad, relación que se enmarca dentro de una perspectiva criminológica y estatal más liberal y cercana a los postulados de la derecha criminológica. Aquí existiría una relación inversamente proporcional entre ambos términos, donde la seguridad de los ciudadanos justificaría el recrudecimiento de las penas. Y, en consecuencia la relajación de las garantías sobre los individuos-enemigos. La pena aplicada a los ene-

---

<sup>23</sup> De acuerdo a HEIKO LESCH (2009:4) (citado en Povis, quién es discípulo de Jakobs) en relación a la prevención general positiva, la pena adquiere una cariz dialéctico hegeliano en la medida que el fundamento y el fin de la pena se unifican en tanto es absoluta como relativa. Creemos que esta propuesta no es coherente con la dialéctica de HEGEL dado que el movimiento dialéctico es más que una relación recíproca entre dos momentos o conceptos.

<sup>24</sup> Cabe destacar que algunos autores señalan (CRESPO, 2006:18) la emergencia y consolidación de este tipo de Derecho en el contexto de crisis del Estado Social como en la ola expansiva y simbólica del Derecho Penal.

migos busca solo ser efectiva antes que simbólica, en la medida que busca producir un efecto físico. Por eso el autor afirma que ésta es principalmente una medida de seguridad frente a hechos delictivos futuros para proteger a los ciudadanos del Estado.

En cambio, retomando todo lo expuesto, para Hegel la relación entre seguridad, los postulados del derecho y la libertad, es distinta de aquella reciprocidad que se establece en el Derecho Penal del Enemigo. Para Hegel «el derecho y la juricidad tienen que tener su sede en la libertad y la voluntad y no en la no-libertad a la que recurre la amenaza» (Hegel, 1821:155). De modo contrario, se estaría fundamentando al derecho sobre aquello mismo que se quiere combatir: «ocurre con la fundamentación de la pena de este modo como cuando uno levanta el garrote frente a un perro, y el hombre ya no es tratado según su honor y libertad sino como un perro» (Hegel, 1821:170). La amenaza no puede ser parte del derecho ni puede servir como legitimación del mismo y de su accionar. Desde el pensamiento hegeliano dentro del Estado, ámbito donde se experimenta la verdadera libertad, la amenaza no puede ser su principal protocolo de acción, porque eso sería justificar la pena sobre bases muy pobres. En el momento del Estado ético, el derecho y la pena deben fundarse en la libertad y la voluntad, momento real del sujeto y existencia empírica de la voluntad donde es en sí y para sí; «el estado en sí y para sí es el todo ético, la realización de la libertad y es finalidad absoluta de la razón el que la libertad sea real» (Hegel, 1921:307). Y es en este momento que el sujeto arriba el Estado donde su supremo deber es ser miembro del Estado, porque allí es donde podrá experimentar su plena realización y libertad. Podría argumentarse en contra de esto que el componente de amenaza y no-libertad se encuentra solo en el Derecho Penal del Enemigo y no en el ordenamiento jurídico del cual gozan los ciudadanos. Sin embargo, el mismo Jakobs no separa ya más estos dos como tipos de derecho dado que los considera como dos tendencias dentro del ordenamiento jurídico que tiene base en un Estado. Por lo tanto ese componente de amenaza, aunque orientado a los enemigos, se puede encontrar en dicho Estado.

### *Excursus. Algunas reflexiones en torno al Estado*

Como vemos, la pregunta sobre el Derecho Penal del Enemigo es una pregunta directa sobre el Estado. Esto ha llevado a la reflexión sobre el lugar y relación que tienen el Derecho Penal del Enemigo y el derecho penal del ciudadano dentro del Estado, y sobre cómo éste administra ambas tendencias penales. Así, algunos ven al Derecho Penal del Enemigo como un instrumento del Estado en contra de sus enemigos (Cancio Meliá, 2003:86), otros como un momento o parte dentro del derecho penal constitucional, así como otros lo definen como un dispositivo de defensa frente a posibles agresiones futuras



(Mizrahi, 2012)<sup>25</sup>. También, es definido como un dispositivo que tiene un lenguaje específico ya que se dirige a enemigos, no a ciudadanos. Finalmente Jakobs (2003:21) considera a estos como dos tipos ideales, como dos tendencias dentro del actual contexto jurídico-penal. Donde por un lado el derecho penal del ciudadano deberá garantizar la vigencia del ordenamiento jurídico; y el Derecho Penal del Enemigo deberá asegurar medidas de seguridad en contra de los individuos peligrosos, de los enemigos a favor de la mayor seguridad de los ciudadanos<sup>26</sup>. Ahora, en este nuevo contexto jurídico-penal todos somos sospechosos a menos que demostremos lo contrario (Mizrahi, 2012:34).

Aunque hasta este momento del recorrido hemos señalado varias diferencias entre el pensamiento de Hegel y Günther Jakobs, es interesante encontrar en estos dos autores un punto de encuentro respecto al Estado, esto es en la crítica que ambos realizan a la explicación contractualista del Estado.

Algunos autores reconocen como un antecedente del pensamiento del jurista alemán a las construcciones contractualistas de Hobbes y Rousseau. Sin embargo, el mismo Jakobs se encarga de alejarse de esa relación a partir de su crítica a esta corriente de pensamiento. Aunque en autores como en Rousseau Jakobs encuentra un fundamento para la división entre ciudadanos y enemigos, de ningún modo los utiliza para justificar jurídica y filosóficamente al derecho y al Estado. Mizrahi señala como Jakobs crítica al individualismo metodológico de los contractualistas ya que de acuerdo a ellos, el Estado surgiría de una motivación individual o de un consenso entre voluntades individuales. Y allí es donde se encuentra la crítica de Jakobs, ya que dan por sentado un vínculo normativo entre ellos cuando en realidad este es un resultado antes que un presupuesto. Por lo tanto, ni la sociedad ni el Estado pueden partir del individuo ni de un consenso entre ellos ya que sería presuponer una relación normativa allí donde no existe.

Hegel también se encuentra en conflicto con la construcción mítica contractualista y la crítica tanto en la Fenomenología del Espíritu como en la Filosofía del Derecho. En discusión directa con Rousseau en la Filosofía del Derecho el autor afirma que «al concebir la volun-

---

<sup>25</sup> Frente a estas distintas definiciones la pregunta que hoy en día se le realiza a esta doctrina o tendencia es sobre su legitimidad dentro del Estado de Derecho (FERRAJOLI, 2007:6) en la medida que ataca las garantías procesales y derechos fundamentales de la dignidad humana. De acuerdo a JAKOBS podríamos decir que el derecho penal del enemigo encuentra su fundamento de legitimidad dentro del ordenamiento jurídico ya que los ciudadanos tienen derecho a la seguridad. Aunque habría varios autores, que lo calificarían como inconstitucional ya que carecería de legitimidad.

<sup>26</sup> Cabe destacar que aunque se realice esta distinción no se considera que los enemigos tengan alguna patología anormal. Digamos, desde una perspectiva positivista, sino que el accionar de tanto el ciudadano como del individuo es considerado de acuerdo con los postulados de la teoría de la elección racional. Los enemigos son los que «eligen» participar en organizaciones terroristas y en organizaciones de criminalidad transnacional, así como los ciudadanos «eligen» comportarse de acuerdo a la norma.

tad individual... y a la voluntad universal, no como lo racional de la voluntad en sí y para sí, sino solo como lo colectivo que surge de esta voluntad individual como consciente, la unión de los individuos en el Estado viene a ser un contrato, el cual de ese modo tiene como base su arbitrio, su opinión y su consentimiento discrecional y expreso» (Hegel, 1821:304). En este punto seguimos a Dri (2009:54) cuando interpreta a Hegel en tanto para este la salida del estado de naturaleza no puede darse por medio de un contrato social, sino que debe ser por medio de la lucha por el reconocimiento entre los sujetos. El Estado no puede partir de la voluntad individual en la medida que «El Estado es la realidad de la idea ética» (Hegel, 1821:304), un universal, que no puede ser un resultado producto del entendimiento entre particulares. Asimismo, debemos recordar que el contrato aparece como un momento de la micro dialéctica del Derecho formal y abstracto. Por lo tanto, el contrato nunca puede ser el fundamento de un momento tan elevado y posterior, como lo es el Estado Ético. El Estado nunca puede surgir del arbitrio de los hombres luego de contratar entre sí, sino que es antes una necesidad. «Es falso, cuando se dice, que estaría en el arbitrio de todos fundar un Estado; antes bien, *es absolutamente necesario*<sup>27</sup> para cada uno que esté en el Estado. El gran progreso del Estado en los tiempo modernos consiste en que su finalidad permanece en sí y para sí, y no en relación a cada uno en el Estado...» (Hegel, 1821:152). ¿Porque es una necesidad? Porque «el sujeto solo es plenamente sujeto, hombre cuando participa en el Estado como ciudadano. La sociedad civil es el momento particular del universal que es el Estado. El sujeto no puede ser pensado fuera de su participación como ciudadano. Por ello el deber supremo del sujeto es ser miembro del Estado» (Dri, 2009:164).

#### 4. LA REALITÄT Y LA WIRKLICHKEIT. ALGUNAS PALABRAS FINALES EN TORNO A LO ¿REAL Y RACIONAL?

El mundo de acuerdo a Günther Jakobs es un mundo que está ordenado de manera normativa, sobre la base de competencias de rol donde el significado de cada comportamiento está condicionado por el contexto en el que se encuentra. En esta sección final de nuestro análisis realizamos un último contrapunto a partir de aquella afirmación que vincula lo normativo y racional, en el caso de Jakobs, con real y racional en el caso hegeliano<sup>28</sup> que se expresa en la máxima

<sup>27</sup> La cursiva es nuestra.

<sup>28</sup> Esta relación entre norma y racionalidad es discutida desde un amplio sector de la sociología del castigo que cuestiona críticamente la unión entre racionalidad-norma-normalidad.

hegeliana «lo que es racional es real y lo que es real es racional» (Hegel, 1821:74).

Jakobs señala que «El derecho es tan objetivo como la cultura en la que se desarrolla» y por el otro menciona que «la cultura presupone siempre relación entre personas, es decir, una objetividad, una relación interpersonal» (Jakobs, 2006:1). Deteniéndonos en esta última frase creemos que Jakobs califica como objetiva a las relaciones interpersonales en tanto las identifica con lo real, con lo allí existente. Por ejemplo, cuando menciona que hay que observar cómo funciona esa norma en «la realidad», creemos que se refiere a lo que ocurre allí fuera, a lo supuestamente objetivo. En otras conferencias pronunciadas por Jakobs encontramos el uso del concepto de lo real, por ejemplo cuando el autor propone trabajar con el sistema penal real, o cuando afirma que «cuando un esquema normativo, por muy justificado que esté, no dirige la conducta de las personas, carece de realidad social (Jakobs, 2003: 13). También, cuando se pronuncia sobre la existencia de una personalidad real (Jakobs, 2003:14), o en el caso de la norma cuando afirma que solo es real cuando existe una corroboración cognitiva. En consecuencia, se sigue que un mundo normativo es un mundo racional y que, por lo tanto, es real. Rastreando el pensamiento del jurista alemán encontramos que la idea de racionalidad es utilizada en contrapunto a la idea de irracionalidad y azar; es decir a todas estas cuestiones que parecen no tener relación con el derecho «racional y objetivo».

Sin embargo, esta es una cadena de pensamiento que no sigue la filosofía política hegeliana. En Hegel la unión entre lo racional y lo real es una relación dialéctica que comprende aspectos más amplios que el mundo normativo, la realidad objetiva, lo allí existente. Hegel afirma que «Lo racional, que es sinónimo con la idea *al entrar en su realidad y a la vez en su existencia extensa*<sup>29</sup>, surge en un *infinito reino de formas, fenómenos y configuraciones* y envuelve su núcleo con la cortea polícroma, en la que la conciencia se aloja primeramente<sup>30</sup>, a la que el concepto penetra primero para encontrar el pulso interno y sentirlo palpar aún en las configuraciones externas» (Hegel, 1821:75). «Sólo lo infinito, la idea, es lo real» (Hegel, 1821:221) ya que allí se contienen todas las posibilidades de ser.

El «real» del que habla el jurista sería la realidad más pobre para Hegel, ya que estaría relacionado con lo allí visible, digamos con la *Realität*. La realidad que le importa a Hegel es la *Wirklichkeit*, la verdadera realidad, la de los sujetos, que es siempre dialéctica de los sujetos, no de los objetos. Aún aquella que parecería ser la más «sólida» o «material objetiva» como puede ser por ejemplo el Estado, es siempre intersubjetiva. «Lo verdadero es el todo. Pero el todo es sola-

<sup>29</sup> La cursiva es nuestra.

<sup>30</sup> Es decir en el primer momento de la dialéctica, el que corresponde al universal abstracto.

mente la esencia que se completa mediante su desarrollo. De lo absoluto hay que decir que es esencialmente resultado, que solo al final es lo que es en verdad, y en ello precisamente estriba su naturaleza, que es la del ser real, sujeto o devenir de sí mismo». (Hegel, 1807:16).

Al llegar al final de este recorrido teórico, esperamos que la exposición y contraposición analítica entre los diferentes núcleos teóricos aquí discutidos permita revisar algunas afirmaciones realizadas en torno al pensamiento de ambos autores. Entender, que la relación o falta de ella puede reconsiderarse al calor de nuevas interpretaciones de las elaboraciones teóricas de sus respectivas obras. Y, al mismo tiempo, que esto puede generar nuevas preguntas que echen luz sobre otras distancias o cercanías entre el derecho penal propuesto por Günther Jakobs y la filosofía política del filósofo alemán.

## REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- ALCÓCER POVIS, E., «Sociedad, Norma y Persona. Comentarios preliminares a la obra del profesor Günther Jakobs», Estudio Ore Guardia, Año 2009, pp. 11.
- ÁLVAREZ BARBA, R.; «Esbozo Criminológico sobre el Derecho Penal del Enemigo», *Criminología y Sociedad*, Número 1, Enero 2010, pp. 14.
- ANITUA, G. I., *Historia de los pensamientos criminológicos*. Buenos Aires, Editores Del Puerto, 2005, pp. 608.
- BARATTA, A., «Integración-Prevención: Una «Nueva» Fundamentación de la Pena dentro de la Teoría Sistémica», *Revista Doctrina Penal*, año VIII, n.º 29, 1985, Buenos Aires, Argentina, pp. 9-26.
- CALISE, S. G., «Sociedad, Norma y Persona: Observaciones sobre la teoría de Günter Jakobs desde la teoría de Niklas Luhmann», *Revista Electrónica del Instituto de Investigaciones Ambrosio L. Gioja* Año V, Número Especial, 2011, pp. 12.
- COELO, J., «Derecho Penal del Enemigo», trabajo de investigación publicado por la Universidad de San Martín de Porres, Facultad de Derecho y Ciencia Política, Escuela de Postgrado. Doctorado en Ciencias Penales, 2006, pp. 158.
- CRESPO, E. D., «El derecho penal del enemigo. Sobre la ilegitimidad del llamado «derecho penal del enemigo» y la idea de seguridad». *Zeitschrift für Internationale Strafrechtsdogmatik*, año IX, 2006, pp. 428-442.
- DRI, R. 2006, *La Fenomenología del espíritu de Hegel. Perspectiva latinoamericana. Intersubjetividad y Reino de la Verdad*. Argentina, Editorial Biblos, pp. 237.
- 2009, *La rosa en la cruz*. La filosofía política hegeliana. Buenos Aires: Editorial Biblos, pp. 205.
- FERRAJOLI, L., «El derecho penal del enemigo y la disolución del derecho penal» IUS, Instituto de Ciencias Jurídicas de Puebla, N.º XIX, 2007, pp. 5-25.
- HEGEL G. W. F., 1807, *Fenomenología del Espíritu*. Buenos Aires: Fondo de Cultura Económica, pp. 485.
- 1821, *Rasgos Fundamentales de la Filosofía del Derecho o compendio de derecho natural y ciencia del Estado*. Madrid, Biblioteca Nueva, pp. 400.

- 1980c, *Esencia de la Filosofía y otros escritos*. Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, pp. 58-61.
- JAKOBS, G; CANCIO MELIÁ, M., 2003, *Derecho Penal del Enemigo*. Madrid: Thomas Civitas, 102 pp.
- MIZRAHI, E., Los presupuestos filosóficos del derecho penal contemporáneo. Conversaciones con Günther Jakobs. Buenos Aires, Universidad Nacional de la Matanza, 2012, 80 pp.
- PARMA, C., «Jakobs hacia un derecho penal distinto». *Projusticia*. Centro de estudios para el desarrollo de la justicia, agosto de 2012, pp. 15.
- Entrevista a GÜNTHER JAKOBS, «El enemigo tiene menos derechos». Publicada en *Diario La Nación*, Argentina, Julio, 2006, pp. 1.

Fecha de recepción: 31/03/2015. Fecha de aceptación: 31/10/2015.

