

PERSONA COMO SUJETO DE IMPUTACIÓN Y DIGNIDAD HUMANA

DR. ALEX VAN WEEZEL

Profesor de Derecho Penal
Universidad de Chile

RESUMEN: La problemática del concepto de persona, como sujeto de imputación, constituye un elemento primordial a la hora de referirnos al derecho penal del enemigo. Y es que, para el autor, es posible vislumbrar dos conceptos diversos de persona, lo cual permite acercarnos a la figura de la despersonalización. Al entenderla como tal, entramos en el ámbito de discusión de la existencia de un concepto funcional de persona. Dicho concepto se define según el sistema de relación de una determinada teoría de la imputación. En ese sentido, si la realidad del derecho constituye una orientación válida en la actuación social, la renuncia a dicha realidad, provoca una aporía que se vuelve insalvable para el sistema de derecho penal del enemigo, propuesto por Jakobs.

Palabras clave: *Persona, identidad de la conciencia, libertad, homo noumenon y homo phaenomenon - determinación causal, derecho penal del enemigo, despersonalización.*

ABSTRACT: The problem of the concept of person, as a subject of imputation, constitutes an essential element when it comes to talk about the Enemy Criminal Law. For the author it's possible to envisage two different concepts of person, which approaches us to the figure of the depersonalization. By understanding it as such, we are entering the area of discussion of the existence of a functional concept of person. Such concept is defined according to the system of relation of a particular theory of the imputation. In that sense, if the reality of law constitutes a valid guidance in the social acting, resigning such reality leads to a contradiction that becomes insurmountable for the system of the Enemy Criminal Law proposed by Jakobs.

Key words: *Person, identity of the conscience, liberty, homo noumenon and homo phaenomenon, causal determination, Enemy Criminal Law, depersonalization.*

Mi tesis es que a la (apasionada¹) discusión en torno al denominado “derecho penal del enemigo” subyacen comprensiones diversas del término “persona”. Tales concepciones juegan un rol importante no solo en la problemática que aquí interesa, sino también y sobre todo en las discusiones en relación con el aborto, la experimentación con embriones, la eutanasia, etc. Se trata en realidad solo de dimensiones diversas de un único problema: supuesto que solo las personas son sujetos de derechos, se pregunta si todos los hombres y mujeres (i) sin más presupuestos que su pertenencia a la especie humana (utilizo de propósito esta expresión de connotación biológica) y/o (ii) con independencia de toda atribución o solo reconocimiento desde una instancia exterior son personas o no lo son. Para quienes responden en forma afirmativa esta pregunta, el discurso sobre una eventual “despersonalización” parece carecer de sentido. Si se responde negativamente, sin embargo, la idea de un derecho penal del enemigo resulta no solo susceptible de discusión, sino peligrosamente coherente, pues fundamentar una diferencia cualitativa entre la despersonalización de un enfermo terminal y la de un enemigo no es –suponiendo que fuera posible– tarea fácil.

¹ Véase p. ej. últimamente *Sauer*, NJW 2005, 1703ss.

1. PERSONA COMO SUJETO DE IMPUTACIÓN

Un concepto “restrictivo” de persona es característico de la operacionalización (o funcionalización) de la personalidad con miras a la imputación. Si se define a la persona como sujeto de imputación, resulta necesario concentrar la atención en aquellos aspectos que desde la perspectiva del sistema de relación escogido resultan relevantes para la atribución de un hecho en tal sistema. Kant lo expresa de la siguiente manera: persona es el sujeto “cuyas acciones son susceptibles de *una* imputación”, que puede considerarse como “autor” (en sentido amplio) de una determinada acción y su efecto².

Aunque no se trata de categorías excluyentes, parece posible agrupar los enfoques funcionalizantes de la personalidad en dos orientaciones fundamentales. La primera de ellas define la personalidad atendiendo a ciertas características del sujeto de imputación; la segunda atiende primordialmente al significado intersubjetivo de tales características.

A) CONCIENCIA DE LA IDENTIDAD O IDENTIDAD DE LA CONCIENCIA

Una de las afirmaciones más consolidadas en la dogmática jurídico-penal es la de que la imputación consiste al menos en atribuir un hecho a una persona como su obra. Hay, sin embargo, una condición que en los sistemas basados en el principio de culpabilidad se da por supuesta. Ya que el hecho que se trata de imputar jurídicamente ocurrió en el pasado, es necesario poder afirmar que existe una identidad entre el sujeto de imputación actual y quien en el pasado cometió el hecho. Esta constatación, que parece remitir a una verdad evidente, se había vuelto problemática desde la crítica nominalista al concepto de persona imperante en el medioevo, que identificaba a la persona no divina con el individuo de la especie humana. La búsqueda de los criterios para construir una identidad no-ontológica es la pregunta que el concepto moderno y jurídico-penal de persona procura responder.

Probablemente el primero que en este contexto habla de “persona” como concepto jurídico, es decir, orientado a las necesidades de la imputación, es J. Locke³. A la crítica del concepto metafísico de persona se suman en su discurso las dudas provenientes de diversas teorías de la reencarnación y sobre todo el hecho científicamente demostrado –una revolución en su época– de que las células que componen el cuerpo humano se renuevan (casi) completamente transcurrido un cierto lapso. Locke llega a la conclusión de que el principio de identidad ha de ser de naturaleza inmaterial, y que por tanto el concepto de hombre, indisolublemente unido a la materialidad, no sirve como punto de anclaje de la identidad. Cuando por ejemplo la ley no castiga al demente por los hechos del cuerdo, ni viceversa, hace de hecho “a partir de un hombre dos personas” (n. 20). Pero dado que una substancia inmaterial es una contradicción *in adjecto* (si no puede ser percibi-

² MdS AA VI, 223 (cursiva añadida; las obras de *Kant* se citan según la Akademie-Ausgabe, utilizando las abreviaturas habituales). Sobre el contenido de la personalidad en *Kant* véase más adelante en el texto.

³ Essay, Bk. II, Ch. 27, n. 26: “Person... is a forensic term appropriating actions and their merit; and so belongs only to intelligent agents capable of a law, and happiness and misery”. Véase también n. 18. Las demás referencias en el texto están tomadas de esta obra.

da por los sentidos, no puede ser conocida), concluye que el principio de identidad no puede ser otro que la conciencia misma, que es capaz de reunir en una misma persona acciones y existencias temporalmente muy distantes entre sí: “de este modo todo aquello que posee la conciencia de acciones pasadas y presentes es una y la misma persona, a la que pertenecen ambos grupos de acciones” (n. 16).

La conciencia designa aquí el recuerdo de lo pasado (n. 24). El alma o espíritu como principio inmaterial pensante puede en concreto disociarse de la conciencia y volver a adquirirla, como se ve con frecuencia cuando los hombres olvidan hechos pasados o vuelven a recordar cosas que desde hace años estaban olvidadas. Si hacemos alternarse estos periodos de recuerdo y olvido como el día y la noche, argumenta Locke, tenemos a dos personas con el mismo espíritu inmaterial (n. 23), pero independientes entre sí como Sócrates y Platón. Según Locke, la personalidad se extiende hacia el pasado solo en virtud de la conciencia, a través de la cual la persona se apropia y atribuye las acciones pasadas del mismo modo que las presentes. El fundamento de ello es el principio empirista-utilitarista: acciones que la conciencia no puede actualmente asociar a placer o dolor son para ella tan carentes de interés como acciones que nunca han tenido lugar. “Premiar o castigar a un *hombre* [sic] a causa de algo de lo que carece de conciencia actual, sería premiarlo o castigarlo sin mérito ni demérito”, como si en lugar de que tal hombre *llegue a ser feliz* o infeliz, se le hubiese *hecho* feliz o infeliz ya desde el comienzo de su existencia. La concepción de Locke conduce, como es evidente, a una teoría de la imputación según la cual solo son imputables en el presente las acciones pretéritas de las cuales el sujeto de la imputación actualmente se acuerda. Identidad de la conciencia pasa a ser, de este modo, conciencia de la identidad⁴.

La posición de Locke constituye ciertamente un paso importante en la reconstrucción de la identidad necesaria para la imputación, pues da cabida al problema de la identidad (n. 25: existe un “sí mismo” que además tiene una cierta duración) y deja atrás el naturalismo materialista. De este modo es en principio posible la imputación de acciones que la persona no ha ejecutado de propia mano, pero que su conciencia puede apropiarse o atribuirse. El problema es que la imputación jurídica no es primordialmente una autoimputación, sino un rendimiento social, pues consiste en un juicio externo sobre la base de parámetros intersubjetivos. Por ello es que respecto de los que delinquen en estado de ebriedad Locke se ve obligado a recurrir a un principio social de identidad personal. Al que delinquiró estando ebrio se le castiga no en razón de su conciencia actual, sino en virtud de un parámetro que se corresponde con “nuestro” modo de conocer: ya que según Locke no es posible distinguir los casos en que la alegación de inconciencia está justificada de aquellos en los que no lo está, no vale el desconocimiento como excusa⁵. Resulta entonces palmario que si una “posible” falta de conciencia no obsta a la identidad necesaria para la imputación jurídica, entonces el fundamento de tal identidad no puede buscarse en la probada plenitud de aquella.

⁴ Cfr. *Spaemann, Grenzen* (2001), p. 420.

⁵ “Pues pese a que la pena depende de la personalidad y esta a su vez de la conciencia, y el ebrio por su parte quizá no llegue nunca a ser consciente de su hecho, se le castiga con justicia en razón de que el hecho que se le carga se encuentra probado, mientras que la falta de conciencia que le descargaría no puede acreditarse” (*Essay*, Bk. II, Ch. 27, n. 22).

Kant logra, a mi juicio, sortear los inconvenientes de una teoría de la imputación basada en los estados de conciencia, aunque a primera vista⁶ sin abandonar el modelo de una personalidad funcional a la imputación en clave subjetiva. El precio que debe pagar por ello es la distinción conceptual entre *homo noumenon* y *homo phaenomenon*, según la cual el hombre es –al menos en este sentido– ciudadano de dos mundos, el sensible y el inteligible. La personalidad moral pertenece según Kant exclusivamente al mundo inteligible y es atribuida conceptualmente a un ser que es libre para querer y actuar o, dicho con palabras del propio Kant, a un ser racional dotado de voluntad, que no puede sino actuar bajo la idea de libertad⁷. Una consecuencia de la mencionada distinción es que la personalidad moral es originaria, en el sentido de que no depende de la sensibilidad. El alcance preciso de estos conceptos, concretamente en cuanto al tratamiento personal de seres pertenecientes a la especie humana que carecen de autoconciencia y voluntad en el sentido kantiano, es discutido y discutible. En todo caso, es claro que Kant no está pensando en hacer depender la atribución de personalidad del ejercicio actual de determinados actos de conciencia. Con independencia de la discusión en torno a los derechos de la criatura que está por nacer, por lo menos el niño recién nacido goza según Kant de personalidad y tiene el derecho de ser atendido por sus progenitores⁸.

En lo que respecta a la relación entre el hombre sensible y el inteligible, pienso que precisamente la discusión en torno al estatuto del *nasciturus* ha puesto de relieve que de momento no es posible precisar con certeza el camino escogido por Kant⁹. Más allá de la afirmación de que la personalidad no es reductible a aspectos biológicos, es poco claro en qué queda la originariedad del concepto de persona cuando al mismo tiempo es preciso reconocer que la ausencia empírica de un organismo humano vivo excluye de plano toda posibilidad de actuación libre. Dicho de otro modo: es dudoso que cuando Kant se refiere a la “humanidad” de un sujeto esté pensando solo en el mundo inteligible. Sin pretensión de exhaustividad presento a continuación algunos argumentos en este sentido:

(a) En el ámbito jurídico constituye el ser-hombre en sentido natural la base del sistema y de todo derecho. Derecho innato –y el único derecho innato es la libertad– es según Kant aquel que cada uno posee “por naturaleza”, con independencia de todo acto jurídico. Se trata de un derecho originario, si bien “interno”, que corresponde a todo hombre en “virtud de su humanidad”¹⁰. Por cierto que es posible leer las expresiones “humanidad” y “por naturaleza” de modo que arrojen un sentido del “ser-hombre” restringido al mundo inteligible. Pero los ejemplos que el mismo Kant da a continuación en el texto citado (entre otros, la acción de comunicar pensamientos falsos o verdaderos) así como otros textos relacionados¹¹ no parecen apoyar tal interpretación.

(b) La distinción kantiana entre *homo noumenon* y *homo phaenomenon* es de carácter analítico y parece tener como referencia al hombre “tal como es por naturaleza” (y por tanto

⁶ Véase, sin embargo, a continuación en el texto y más abajo n. 2.

⁷ GMS AA IV, 448.

⁸ MdS AA VI, 280s. (el recién nacido es “persona”, “ser dotado de libertad”, “ciudadano del mundo”).

⁹ En contra de lo que sostiene *Geismann*, Kant-Studien 95 (2004), p. 443ss.

¹⁰ MdS AA VI, 237.

¹¹ Véanse p. ej.: MdS AA VI, 434 (“el hombre considerado como persona”); Religions schrift AA VI, 26 (sobre las tres “disposiciones” del *hombre*, entre las cuales se cuenta la referida a su personalidad).

depender intrínsecamente del ser-hombre). Así, por ejemplo, cuando Kant en el § 46 de la *Metafísica de las Costumbres* sostiene que solo en un régimen republicano puede darse el caso de que el Poder Legislativo no haga injuria a nadie (pues *volenti non fit iniuria*), esta afirmación solo tiene sentido si el sujeto de referencia –el colegislador y el destinatario de la norma– es uno solo. Como se sabe, fue precisamente a través de la distinción entre *homo noumenon* y *homo phaenomenon* que Kant hizo teóricamente posible la representación democrática, perfeccionando de esta forma el modelo de Rousseau. Sin embargo, cuando se trata de fundamentar la necesidad conceptual del modelo republicano se pierde la distinción. O mejor dicho: quizá queda claro que ella no puede ser entendida sin referencia a un sujeto único, que no es “a la vez” ciudadano de dos mundos, sino, o bien de uno solo, sensible e inteligible, o bien del uno precisamente por pertenecer al otro.

(c) Otro tanto ocurre en la fundamentación de la pena de muerte. En su acertada respuesta a Beccaria, Kant apela conocidamente a la distinción en comentario. El argumento se puede resumir de la siguiente manera: no es cierto que el condenado a muerte disponga sobre su propia vida al someterse al contrato social, porque el sujeto colegislador (*homo noumenon*) y el sujeto que delinque (*homo phaenomenon*) son diversos. No es el delincuente quien se condena, sino el juez –la justicia pública– quien lo hace¹². El significado del pasaje para la cuestión que aquí interesa me parece evidente: el “hombre” que delinque es analíticamente al mismo tiempo “otra persona” que el hombre en cuanto colegislador, pero la discusión en torno a la pena de muerte solo tiene sentido en cuanto se hace referencia ontológica y fenomenológicamente a un solo sujeto. Si se deja de lado el carácter analítico de la distinción y se prescinde del sujeto que da continuidad a los dos momentos (colegislación y acción delictiva) decae no solo el argumento sino la misma controversia.

(d) Tal conclusión se ve confirmada en el pasaje en el que Kant se refiere a la medida y proporcionalidad de las penas: “el mal que haces a un inocente en el pueblo te lo haces a ti mismo”¹³. El discurso de Kant parece moverse en el plano fenoménico y apunta al restablecimiento de una igualdad entre el delincuente y la víctima a nivel empírico. Pero Kant precisa que si bien el delincuente puede perder su personalidad civil, nunca puede perder su “personalidad innata”, que le protege de ser mezclado entre las cosas, es decir, de ser tratado solo como un medio y no como un fin en sí mismo¹⁴. La conclusión es idéntica a la expuesta más arriba: al menos en lo que se refiere al delito y la pena, la distinción entre *homo noumenon* y *homo phaenomenon* tiene que ser relativizada –en este caso para preservar la igualdad–, pues el que delinque (*homo phaenomenon*) y aquel cuya personalidad innata debe ser respetada (*homo noumenon*) son en realidad un solo “hombre”.

De lo expuesto hasta ahora es posible extraer una conclusión provisoria: un concepto funcional de persona basado en estados de conciencia es concebible, pero presenta vacíos; un concepto basado en la autonomía es igualmente concebible y no presenta lagunas evidentes, pero parece no resistir una funcionalización radical. A continuación quisiera aludir brevemente a dos concepciones que en cierta medida surgen como reacción

¹² MdS AA VI, 335.

¹³ MdS AA VI, 332.

¹⁴ MdS AA VI, 331.

a los planteamientos anteriores y que me parecen decisivas para explicar el estado actual del debate: los conceptos de personalidad e imputación de Hume y de Kelsen.

B) PERSONALIDAD CONVENCIONAL

En su investigación acerca de la naturaleza humana se ocupa Hume del problema de la identidad personal¹⁵. Como él mismo señala, no se trata de una toma de posición definitiva, sino de una primera aproximación¹⁶, en la que sin embargo es posible encontrar una consideración de gran interés. Después de aplicar su método de análisis al problema que nos ocupa, Hume concluye que algo así como una identidad personal no puede existir: toda idea se deriva de impresiones precedentes, pero no tenemos ninguna impresión del yo como algo simple e individual; luego, no podemos tener una idea del yo¹⁷. Lo que llamamos identidad sería entonces una “ficción”, el resultado de una convención. Hume compara a la persona (literalmente: al alma), y esta es la consideración a la que me refería antes, con una república en la que los miembros se encuentran unidos por vínculos de autoridad y subordinación¹⁸. La república se modifica continuamente: cambian sus miembros, sus leyes y constituciones (como una persona puede variar su carácter y sus ideas) y, sin embargo, no cambia su identidad, ya que *todos* están sujetos precisamente a *las mismas* leyes. Esta relación estable entre los miembros, que Hume denomina “causalidad”, tiene un carácter convencional; dicho modernamente: normativo. Por ello es que la memoria no causa la identidad, sino que la descubre, al mostrarnos la relación (para Hume: causal) que existe entre nuestras percepciones.

El giro realizado por Hume es de gran trascendencia. La personalidad pasa a ser una ficción y, en cuanto tal, dependiente de una convención. Esto implica a su vez que su contenido se define según el sentido de la ficción, es decir, según un determinado sistema de relación. Desde esta concepción a la idea de que la imputación no ha de orientarse según una personalidad preexistente o bien predefinida, sino que es la personalidad la que debe definirse en función de la imputación, no hay más que un paso. Esta comprensión retrospectivista de la imputación, que tiene una larga tradición¹⁹, ha sido sostenida en tiempos modernos por Kelsen.

Kelsen se ve enfrentado a un problema que ya para Kant estaba en el centro de las relaciones entre personalidad e imputación: cómo es posible conjugar, por un lado, la subordinación del hombre a la causalidad en cuanto a su naturaleza corpórea y, por otro, la posibilidad de una imputación que presupone libertad. Dicho con palabras del propio Kelsen: “Si la afirmación de que el hombre en cuanto persona moral o jurídica es libre ha de tener algún sentido posible, entonces tienen que ser compatibles esa (...) libertad con la

¹⁵ Treatise (ed. Selby-Bigge), p. 251 ss.

¹⁶ Treatise (ed. Selby-Bigge), p. 633-36: “I find myself involv'd in such a labyrinth, that, I must confess, I neither know how to correct my former opinions, nor how to render them consistent”.

¹⁷ O el argumento paralelo: todas nuestras impresiones son diferentes, y cada impresión diferente es una existencia diferente.

¹⁸ Treatise (ed. Selby-Bigge), p. 261 s.

¹⁹ Especialmente en cuanto a sus consecuencias para el concepto de acción. Así por ejemplo *Ch. Wolff*, *Philosophia Practica Universalis I* (1738), § 598: “Ex applicatione legis ad factum intelligitur, actionem esse talem, quae imputari possit”.

determinación causal” del comportamiento humano²⁰. Pero mientras Kant recurre a la ya mencionada distinción entre *homo noumenon* y *homo phaenomenon*, Kelsen opta por vaciar de contenido el concepto de libertad: el hombre es libre, según Kelsen, *porque* se le imputa algo, *porque* su conducta es punto de término de una imputación²¹. Kelsen, quien suscribe un determinismo metafísico, considera expresamente a la libertad como ficción y rechaza la posibilidad de fundamentar la imputación en la capacidad de la razón para llegar a ser práctica por sí misma. Las razones por las que Kelsen procede de esta manera pueden quedar fuera de nuestro análisis. Lo interesante es que su posición representa un ejemplo paradigmático de las teorías que cierran el ciclo de la funcionalización del concepto de persona: la persona no es más que el punto de término de una imputación, es decir, la personalidad se define según el sistema de relación de una determinada teoría de la imputación.

2. EL CAMINO INVERSO: PERSONALIDAD COMO PRESUPUESTO DE LA IMPUTACIÓN

La otra posición es, al menos aparentemente, conocida: el ser personal consiste en la vida de seres humanos concretos²², es decir, lo que existe son personas. Con ello se dice entre otras cosas que la personalidad en abstracto no es algo que se atribuya o distribuya, no es un predicado que aluda a determinados estados de conciencia o a ciertas capacidades, sino que designa un “modo de ser” –precisamente, el ser personal– y por lo mismo al portador de capacidades o estados de conciencia. Formulado en clave aristotélica, persona es una substancia individual de naturaleza racional, según la conocida definición de Boetius.

En el marco conceptual de la filosofía trascendental, se puede expresar de la siguiente manera: todo hombre posee disposiciones naturales (o predisposiciones innatas²³) que *obligan* a considerarlo desde la perspectiva noumenal, y por lo tanto como un ser racional bajo leyes morales²⁴. Tales disposiciones son naturales en el hombre, pero no pertenecen al “sistema de la naturaleza” ni tienen carácter empírico, así como por ejemplo la capacidad de pensar lógicamente en forma correcta no se puede verificar empíricamente y sin embargo es una capacidad natural del hombre²⁵. “Personalidad” alude entonces al ser-hombre considerado desde la perspectiva moral, es decir, bajo el aspecto de la libertad. En este sentido, la humanidad (entendida como “humanitas”, no como “género humano”) en sí misma constituye una dignidad, que debe ser prácticamente reconocida y respetada en cada individuo de la especie²⁶. Dicho de otro modo: cuando se sostiene que el hombre

²⁰ Reine Rechtslehre (2ª ed., 1960), p. 102. Sobre ello véase Hruschka, en S. Paulson y M. Stolleis (ed.), Hans Kelsen. Staatsrechtslehrer und Rechtstheoretiker des 20. Jahrhunderts (2005), p. 7ss.

²¹ Kelsen, Reine Rechtslehre (2ª ed., 1960), p. 102.

²² Cfr. Spaemann, Personen (1998), p. 255.

²³ Cfr. Kant, Religionsschrift AA VI, 28 y nota; *él mismo*, MdS AA VI, 212 y 399: se trata, junto a la razón práctica, de la conciencia y el sentimiento –entendido como capacidad– moral, que son “constitutivos” de la libertad.

²⁴ Kant, MdS AA VI, 223.

²⁵ Sobre ello y lo que sigue véanse Henrich, en G. Prauss (ed.), Kant: Zur Deutung seiner Theorie von Erkennen und Handeln (1973), p. 223ss. y Hruschka, ARSP 88 (2002), p. 475.

²⁶ Kant, MdS AA VI, 462; cfr. también *ibid.* pp. 449 y 459.

es persona porque sus acciones son objeto de una forma de imputación, se está diciendo que es persona el ser racional dotado de voluntad [véase más arriba 1, a)]. Voluntad no es en este contexto simple arbitrariedad ni capacidad de elegir entre actuar a favor o en contra de la ley, sino sujeción a las leyes de la libertad que proceden de la razón²⁷. Y ya que la imputación de lo pasado presupone la imputabilidad prospectiva, que se define por la sujeción al mandato de la razón bajo el principio de que el deber presupone el poder²⁸, no es posible pensar un ser moral sin las disposiciones naturales que permiten a la razón llegar a ser práctica y mover al sujeto a la acción: la toma de conciencia del imperativo moral (*factum* de la razón práctica²⁹), la conciencia como “tribunal interior”³⁰ y el sentimiento moral en cuanto receptividad para el imperativo moral, es decir, como disposición natural gracias a la cual el imperativo puede influir en la conducta del sujeto³¹. Como estas disposiciones naturales no son de carácter empírico ni pertenecen al sistema de la naturaleza, sino que son inherentes a la posibilidad de pensar al hombre como sujeto moral, no puede negarse su reconocimiento a ningún individuo de la especie humana³².

Las consecuencias de esta visión para el problema que aquí interesa son las siguientes: existe una “personalidad basal” que es refractaria a toda funcionalización y que se expresa como dignidad de la “humanitas” que subsiste en cada hombre. A ella se accede, entre otras vías, a través de la consideración de la imputación en forma prospectiva. La adopción de este punto de vista es, por otra parte, necesaria, pues todo sistema de imputación retrospectivo en el que rige el principio de culpabilidad se basa en la identidad del sujeto de imputación. Cualquiera que sea el sistema de relación que da origen a “una” determinada imputación retrospectiva en el sentido de *applicatio legis ad factum* ha de partir de la base de que la *lex* como medida del hecho solo es pensable si la misma *lex* puede ser aprehendida como regla de comportamiento. En este sentido, la personalidad es presupuesto y no consecuencia de la imputación.

3. ¿FUNCIONALISMO GARANTISTA?

Con ello se vuelve al problema planteado al comienzo de estas reflexiones: a la discusión en torno al así llamado derecho penal del enemigo subyacen dos conceptos diversos de persona que no terminan de hacerse compatibles. Por un lado se reclama la posibilidad de definir social o jurídicamente la personalidad cuando se alude al tratamiento del embrión, del enfermo terminal, etc.; por otro, se apela a la indivisibilidad de la dignidad humana cuando se trata de la suspensión de garantías penales o procesales respecto de personas adultas (y sanas) que se han puesto en conflicto grave y permanente con el orden social. Mi impresión es que esta polaridad no da cuenta de la complejidad del problema.

²⁷ *Kant*, MdS AA VI, 226, 392, 420.

²⁸ *Kant*, KrV AA III, 524 (=A 807/B 835).

²⁹ *Kant*, KprV AA V, 31, 47.

³⁰ *Kant*, MdS AA VI, 399ss.

³¹ *Kant*, MdS AA VI, 399ss. y Religiosschrift AA VI, 27.

³² Tampoco al embrión: cfr. *Kant*, MdS AA VI, 280s.

Pues no se puede olvidar que la funcionalización del concepto de persona no solo ha constituido la base ideológica de buena parte de los totalitarismos, sino que a la vez, y si se quiere paradójicamente, constituye un instrumento garantista de primer orden. Precisamente cuando el derecho penal no tiene la pretensión de dirigirse al hombre en su totalidad³³, sino que por el contrario se refiere solo a determinados aspectos del ser personal, es posible hablar de un derecho penal no-totalitario, ni a nivel de la imputación de conductas (no todo es asunto de todos) ni a nivel de la sanción (la pena es siempre privación parcial del derechos)³⁴. El derecho conecta, con otras palabras, solo en forma mediata con la realidad ontológica de la persona, y desde luego no compete al ordenamiento jurídico positivo atribuir o desconocer *esta* personalidad: el hombre como un todo, la persona en sentido antropológico-metafísico, no es el destinatario de la norma jurídica. Las consecuencias dogmáticas de esta comprensión son ampliamente conocidas y se pueden resumir en los institutos de la imputación objetiva, especialmente en aquellos que apuntan a la delimitación de ámbitos de competencia entre sujetos responsables que actúan desde un punto de vista meramente fáctico en forma mancomunada: prohibición de regreso, principio de confianza.

Si se consideran las cosas desde esta perspectiva, es decir, si con el término “persona” se alude a un segmento del hombre, entonces el término “despersonalización (parcial)” pierde una buena parte de su carácter escandaloso: se trata de una modificación del segmento del hombre que interesa al ordenamiento jurídico. La funcionalización del concepto de persona puede resultar, por ello, a) equívoca en lo que respecta al uso del idioma, b) inaprovechable desde la perspectiva del concepto de persona como límite garantista en el sentido de “derechos humanos”, c) inductiva a una renuncia a la consideración del hombre “en su totalidad” (perspectiva de la moral). Pero dicha funcionalización cumple un rol garantista en el sentido mencionado: la perspectiva moral como perspectiva de totalidad no calza con el concepto de derecho que se realiza en una sociedad libre y democrática. Un concepto funcional de persona es, por ello, un concepto modesto, pero que al mismo tiempo señala al derecho penal límites que resultan operativos ya en el plano de la imputación y no como correctivos a posteriori. Se trata aquí ciertamente de límites socialmente establecidos, es decir, variables también en perjuicio del hombre. Pero no es de suyo evidente que el concepto metafísico deba aplicarse desde el primer momento como límite absoluto: adelantar esta función ya al plano de la teoría de la imputación es, por el contrario, inadecuado, cuando ello implica dejar de lado la dimensión social constitutiva de la realidad jurídica.

De este modo he anticipado en parte los términos de mi propuesta. Una funcionalización del concepto de persona solo puede aspirar a ser garantista cuando se reconoce al mismo tiempo que su resultado es un concepto secundario de persona, subordinado al sistema de relación que otorga sentido a “una” imputación determinada³⁵. Tal concepto

³³ Sobre ello cfr. ya *Tomás de Aquino*, S. Th. I-II, q. 100, a. 9, ad 1 y II-II, q. 77, a. 1; In Eth. 5, 1, n. 886; más tarde *Kant*, MdS AA VI, 232.

³⁴ Esto se refiere al aspecto personal de la imputación objetiva; el aspecto personal de la imputación subjetiva, en cambio, siempre carga sobre el autor: la disposición suficiente de cumplir la norma se encuentra estandarizada; de allí que sea necesaria una individualización en forma de evitabilidad.

³⁵ Cfr. *Kant*, MdS AA VI, 223.

secundario designa un segmento de la personalidad que más arriba he denominado “basal”. Esto no significa que la personalidad basal ponga límites a la funcionalización –la funcionalización no conoce más límites que los que le impone el sistema de relación correspondiente–, sino algo que considero más importante: un concepto funcional que pretenda confundirse con el concepto basal es tan totalitario como un concepto basal que pretenda excluir en el plano jurídico toda funcionalización.

Pienso que el principal aporte de la discusión en torno al así llamado derecho penal del enemigo consiste en que ha contribuido a poner en evidencia un pensamiento que viene desarrollándose desde hace tiempo, la idea de que no todos los hombres son personas o, más en concreto, de que el ordenamiento jurídico no reconocería una dignidad humana, sino solo una dignidad personal en el sentido del concepto secundario de persona mencionado más arriba. Los peligros que entraña una tal “dignidad personal” han sido puestos suficientemente de relieve por los críticos del derecho penal del enemigo.

4. LA VERDADERA PROBLEMÁTICA DEL ASÍ LLAMADO “DERECHO PENAL DEL ENEMIGO” EN JAKOBS

La argumentación de Jakobs es la siguiente: La realidad del derecho consiste en que este ofrezca tanto a potenciales víctimas como a potenciales delincuentes una orientación válida en su actuación social³⁶. Tal realidad es por lo general un rendimiento de los ciudadanos que se orientan según el derecho, y no algo impuesto desde arriba. Pero el derecho no puede renunciar a ser real por el hecho de que determinados miembros de la sociedad no ofrezcan, en forma puntual o estable, una garantía cognitiva de su vigencia que permita al ciudadano orientarse *realmente* (quiere decir: cognitivamente) según el derecho. El aseguramiento cognitivo de la vigencia de la norma es por ello el fin de la pena estatal. En el caso de los enemigos –que son únicamente quienes realizan un determinado tipo penal (p. ej., el del § 30 II StGB) en el sentido tradicional de un derecho penal de actos–, y a diferencia de lo que ocurre con los ciudadanos, este fin no está subordinado a la reparación. El enemigo ha malogrado la posibilidad de ser tratado como persona en este sentido, ya que el ordenamiento jurídico le considera incapaz de ofrecer una garantía creíble. Respecto de él la pena pierde su “significado” y se limita al cumplimiento de una tarea, a la obtención de un fin. Es por ello que la “pena de aseguramiento” nunca puede comprenderse como una prestación que el enemigo podría eventualmente rendir en forma voluntaria como reparación, sino que el aseguramiento aparece siempre como prestación externa, como coacción.

Con ello surge, sin embargo, la pregunta acerca de si en este marco todavía es posible hablar de una pena (así sea solo “de aseguramiento”) y, consiguientemente, de si se trata de posibilitar la realidad del derecho. Porque ni la realización del derecho ni su realidad son categorías que puedan llenarse con cualquier contenido (por ejemplo, con el contenido que quiera darle la mayoría), sino que en ellas adquiere forma, existe realmente y se

³⁶ Aquí y en lo que sigue cfr. *Jakobs*, *Staatliche Strafe: Bedeutung und Zweck* (2004), en especial p. 28ss.

manifiesta el concepto del derecho. El concepto y su realización constituyen la idea del derecho³⁷. El concepto del derecho pertenece, sin embargo, al ámbito del espíritu, y su punto de partida es la voluntad libre. El sistema jurídico es por ello, expresado con Hegel, el “reino de la libertad realizada, el mundo del espíritu extraído de sí mismo”³⁸. Desde esta perspectiva, toda despersonalización aparece más como una derrota que como un paso hacia la realización del reino de la libertad realizada. El “derecho de la despersonalización” es ciertamente real en el sentido de que ofrece orientación. Si además ha de considerarse como etapa en la realización del concepto del derecho (o por el contrario más bien como apariencia) es, sin embargo, dudoso: la pena de aseguramiento no honra al enemigo como libre, sino que le excluye como constelación peligrosa. La pregunta es, con otras palabras, si en la expresión “ofrecer orientación” se halla suficientemente reflejado el sentido de la realidad del derecho.

Pienso que la respuesta a esta pregunta no debe buscarse al interior del sistema de Jakobs. Se trata de un aspecto que lo trasciende y del cual, pese a las apariencias, depende solo en forma externa. Pues la pregunta acerca de si un sistema de imputación construido sobre el fin de otorgar una orientación confiable al ciudadano en la vida social es el único, el mejor, el más preciso o, desde otro punto de vista, si tal sistema es legítimo, no es una pregunta que Jakobs pretenda responder. Con otras palabras: su posición solo puede ser rebatida con el argumento de que la sociedad no concibe el derecho en términos de institucionalización de expectativas con el consiguiente efecto de orientación en la vida social, o bien, de que en la realización de este fin la sociedad se sirve de una teoría de la imputación y del castigo que no distingue entre quienes pueden ofrecer una garantía cognitiva de respeto al ordenamiento jurídico y quienes no están en condiciones de hacerlo. La posición de Jakobs solo acepta como contraargumento la demostración de que lo descrito como derecho penal del enemigo no es una configuración real del concepto de derecho *en el proceso* de realización gradual de la idea del derecho.

A mi juicio, la crítica de esta posición solo puede obtenerse a partir de una noción de “derecho correcto”, es decir –si se me permite utilizar una expresión de Hegel en sentido no-hegeliano–, desde una anticipación de la idea del derecho, que permite distinguir entre ser y apariencia respecto de las diversas configuraciones que se da el concepto de derecho en el proceso de realización de la Idea. Cómo aparece este derecho correcto, cuáles son sus propiedades y, sobre todo, en qué medida se plasman en él los elementos naturales, sociales y transcendentales, es una pregunta todavía parcialmente abierta.

³⁷ Hegel, *Grundlinien der Philosophie des Rechts*, § 1 (cit. según la *Theorie-Ausgabe*).

³⁸ Hegel, *Grundlinien der Philosophie des Rechts*, § 4.

