

EL LEVIATHAN Y EL DERECHO PENAL *

E. Raúl Zaffaroni **

1. *La reciente invocación de Hobbes*. En los últimos años se insiste en indicar a Hobbes como garante de dispares tendencias, especialmente del positivismo jurídico o legal (por oposición a la tradición del llamado *jusnaturalismo liberal*) y, más precisamente, para fundar el hoy llamado *derecho penal del enemigo*¹.

En principio, es verdad que Hobbes fue históricamente el contradictor de Locke y que sus tesis son en buena medida – especialmente en lo que hace al derecho de resistencia a la opresión y a lo que ahora llamamos *desobediencia civil*²- retomadas por Kant³ y respondidas por Feuerbach⁴.

En tal sentido, resulta claro que la línea tradicionalmente liberal del pensamiento penal es refractaria a la garantía filosófico/política de Hobbes y, por ende, a la tradición legislativa penal argentina, derivada directamente de Feuerbach a través de la obra de Carlos Tejedor, basada en el Código de Baviera de 1813. Hasta el presente, queda el rastro legislativo más genérico en el Código Penal argentino vigente, en el encabezamiento de su parte especial con los delitos contra la vida, lo que era una curiosidad en la legislación comparada en tiempos de Tejedor, como resultado de la generalización de la sistemática del código bonapartista, que fijaba en primer lugar los delitos contra el estado.

No obstante, Hobbes ha sido objeto de diferentes lecturas y utilizado en heterogéneos contextos, no siempre unívocamente. Si bien es uno de los fundadores del moderno concepto de soberanía⁵,

¹* Artículo originalmente publicado bajo el mismo título en Gonzalo Javier Molina (coord.), *Derecho Penal y Estado de Derecho*, Libro homenaje al prof. Ramón C. Leguizamón, UNNE, Corrientes, 2005

**

Günther Jakobs en Jakobs/Cancio Meliá, *Derecho penal del enemigo*, Madrid, 2003.

² Véase María José Falcón y Tella, *La desobediencia civil*, Madrid, 2000, pp. 379 y 417.

³ Kant, *Zum Ewigen Frieden*, en *Werkausgabe, Herausgegeben von W. Weisshedel*, Frankfurt, 1977, T. XI, p. 203.

⁴ *Anti-hobbes oder über die Grenzen der Höchsten Gewalt und das Zwangsrecht der Bürger gegen den Oberherrn*, Erfurt, 1798. es incuestionable la referencia a Kant en el capítulo 1. También la nota en cita expresamente a Kant criticando su posición respecto del cambio de constitución (cap. 3). Trata respetuosamente de separar a Kant de Hobbes en cuanto a la inviolabilidad del soberano en el cap. 6. Es claro que Feuerbach tenía veintitrés años cuando escribió el *Anti-hobbes* y no podía enfrentar abiertamente el prestigio del viejo y consagrado Kant. Sobre la negación de la resistencia en Kant, muy claro: Norberto Bobbio, *Diritto e Statu nel pensiero di Emanuelle Kant*, Torino, 1969, pp. 248 y ss.

⁵ Cfr. Luigi Ferrajoli, *La sovranità nel mondo moderno*, Roma, 1997, pp. 22 y 23.

no resulta del todo claro hasta dónde su negación del derecho de resistencia es absoluta o si, por el contrario, presenta fisuras que invalidan la coherencia de su construcción del absolutismo. Si esto fuese cierto, es decir, si su pretensión de individualizar *enemigos* no fuese tan amplia como a veces se pretende, cabe preguntarse si Hobbes podría ser citado como garante de un *derecho penal del enemigo* o si, por el contrario, éste debe buscar un garante más coherente, es decir, más absolutista que Hobbes.

2. *La versión tradicional de Hobbes.* Usualmente se dice que si bien no puede considerarse a Hobbes como un positivista, no es menos cierto que fue un precedente importante de esta corriente. Toda su construcción está basada en la causalidad y en cierto mecanicismo. Su concepción antropológica es muy particular: el ser humano desarrolla sus facultades por su deseo de poder⁶, es el *lobo del hombre (homo hominis lupus)*.

Consideraba Hobbes que la competición, la desconfianza y el deseo de guerra son las causas de las disputas, que en estado de naturaleza determinan un estado de guerra permanente⁷. En este estado no hay derechos, pues cada uno tiene lo que puede obtener y conservar; tampoco hay juicios morales. Se trata de un estado brutal, que no siempre existió históricamente, pero del que afirmaba que había ejemplos en América⁸. Para poner fin a este estado, los humanos celebraron el contrato social, por el cual entregaron todo el poder al soberano, que no es parte del contrato, pues éste fue celebrado entre los súbditos⁹. De allí que –para Hobbes– el soberano no pueda violar el contrato, que se establece en razón del miedo (a los demás o al soberano mismo).

Como esta soberanía es lo único que puede contener la guerra, no puede ser parcial: la soberanía debe ser total. Mal puede retener un derecho el súbdito, porque previamente a la soberanía no hay derechos, sino que cada uno hace lo que su poder le permite, que es precisamente el poder que el súbdito entrega en el contrato y no es concebible que reclame luego.

Para Hobbes no es admisible la resistencia al poder del soberano, pues ello importa reintroducir el *bellum omnium contra*

⁶ *Leviathan*, 1,8,10.

⁷ *Idem*, 1, 13.

⁸ *Idem*, 13. Considerando que la mera presencia del salvaje, extraño o enemigo, importa una amenaza para el civilizado integrante del contrato, queda abierta la vía legitimante del colonialismo y del genocidio consiguiente.

⁹ *Idem*, 1, 18.

omnes, la *guerra de todos contra todos*, y precisamente por eso, quien resiste el poder del soberano no puede ser penado, sino sometido a la fuerza de contención, porque no es un delincuente sino un enemigo: “No pueden ser consideradas penas los daños inflingidos a quien es un enemigo declarado, puesto que ese enemigo nunca estuvo sujeto a la ley, no puede transgredirla. O bien estuvo sujeto a ella y declara no estarlo más, negando en consecuencia la posibilidad de transgredirla. Por tanto, todos los daños que puedan serle causados deben entenderse como actos de hostilidad. En una situación de hostilidad declarada, es legítimo infligir cualquier clase de daños. Cabe concluir, pues, que si por actos o palabras, a sabiendas y deliberadamente, un súbdito negase la autoridad del representante del estado, sea cual fuere la penalidad prevista para la traición, el representante puede legítimamente hacerle sufrir lo que considere correcto. A negar la sujeción, negó las penas previstas por la ley., Debe en consecuencia sufrir como enemigo del estado, o sea, conforme a la voluntad del representante. Las penas estás establecidas en la ley para los súbditos, no para los enemigos, como es el caso de quienes habiéndose tornado súbditos por sus propios actos, se rebelen y nieguen el poder del soberano por propia voluntad”¹⁰.

Queda claro, pues, que *enemigo* es para Hobbes quien resiste el poder del estado, pues con ello reintroduce la guerra. Por grave que sea un delito, su autor no es un enemigo, pero *quien resiste al soberano es un enemigo*, porque es *extraño* o *extranjero* o bien se vuelve tal al salir del contrato con su propio acto de resistencia.

De este modo, resulta que el estado absoluto no admite ninguna fisura y nadie que se le resista puede dejar de ser considerado *enemigo*. Por consiguiente, el estado absoluto *elige a sus enemigos*, y no sólo puede construir un derecho penal de enemigos, sino que, llevando al extremo este planteamiento, legítimamente podría derivarse de él que esta elección de enemigos es de la esencia de su poder y, por ende, en ella radica la esencia de la política misma, siempre desde la perspectiva del estado absoluto.

3. *El desarrollo de Carl Schmitt*. Esta deducción no pertenece a Hobbes, sino que fue asumida por Schmitt en el siglo pasado y desarrollada por éste con considerable inteligencia, construyendo el concepto de lo político apoyado en la polaridad *amigo/enemigo*¹¹.

¹⁰ Idem, 2, 28.

¹¹ Carl Schmitt, *El concepto de lo político*, Ediciones Folios, México, 1985.

Schmitt señalaba que la esencia del poder político consistía en la potestad de identificación y exclusión del enemigo, del extraño, del *hostis*.

Partiendo –con Hobbes- de que el estado es el único que puede garantizar la paz, deduce que para ello necesita identificar al enemigo y excluirlo, sin que pueda admitirse ningún tercero capaz de decidir el conflicto¹². De este modo, la deducción más importante de la principal tesis hobbesiana se llevó al extremo, en el siglo pasado, con particular sagacidad, alcanzando su máximo nivel en el pensamiento de Schmitt¹³, cuyo más específico escrito al respecto de expone en un trabajo anterior a su abierta filiación al nazismo¹⁴, publicado en 1927 y varias veces reeditado, incluso después de la guerra: *Der Begriff des Politischen*¹⁵.

Allí Schmitt se pregunta por la distinción de fondo que hace a la esencia de lo político, o sea, la que equivalga a *bueno y malo* en la moral, a *bello y feo* en estética, a *rentable y no rentable* en economía, pues de no hallarse esta esencia lo político carecería de autonomía. Su respuesta es que “la específica distinción política a la cual es posible referir las acciones y los motivos políticos es la distinción de amigo y enemigo”¹⁶.

Afirma que esta distinción indica *el extremo grado de intensidad de una unión o de una separación, de una asociación o de una disociación*, que no tiene por qué apelar a las otras distinciones ni basarse en ellas. Así, sin importar que sea bueno o malo, bello o feo, “el enemigo es simplemente el otro, el extranjero¹⁷, y basta a su esencia que sea existencialmente, en un sentido particularmente intensivo, algo otro o extranjero, de modo que, en el caso extremo, sean posibles con él conflictos que no puedan ser decididos ni a través

¹² Sobre ello, Julio Pinto, *Carl Schmitt y la reivindicación de la política*, La Plata, 2000, pp. 99 y ss.

¹³ Sobre el hobbesianismo de Schmitt, Matthias Kaufmann, *¿Derecho sin reglas?*, Barcelona, 1989, p. 126.

¹⁴ Si bien Schmitt fue el *Kronjurist* del *Britte Reich* (cfr. Joseph W. Bendersky, *Carl Schmitt teórico del Reich*, Bologna, 1989), su referencia en cuanto incumbe a la cuestión del enemigo es obligada sin que ello importe ninguna intencionalidad peyorativa, puesto que las tesis de Schmitt fueron retomadas por muchos críticos del estado liberal burgues de signo político diferente e incluso abiertamente opuestos. En este sentido puede verse la presentación de José Arico a El concepto de lo político que citamos; también Luciano Albanese, Schmitt, Editori Laterza, 1996, p. 7; Julio Pinto, *Carl Schmitt y la reivindicación de la política*, La Plata, 2000, p. 179.

¹⁵ Carl Schmitt, *El concepto de lo político*, cit.

¹⁶ Schmitt, p.23.

¹⁷ Respetamos la traducción que citamos, pero obsérvese que la palabra que Schmitt usa es *Fremde*, extraño, o sea, la misma que usaría luego Mezger cfr. Francisco Muñoz Conde, *Edmund Mezger y el Derecho Penal de su tiempo. Estudios sobre el Derecho Penal en el Nacionalsocialismo*, Valencia, 2003.

de un sistema de normas preestablecidas ni mediante la intervención de un tercero descomprometido y por eso imparcial¹⁸.

En el caso del conflicto extremo, es el político quien “decide si la alteridad del extraño en el conflicto concretamente existente significa la negación del modo propio de existencia y si por ello es necesario defenderse y combatir, para preservar el propio peculiar modo de vida”¹⁹.

Schmitt no pretende que sea deseable o indeseable que los humanos se agrupen en amigos y enemigos, sino que lo acepta como dato de la realidad, casi descriptivo. Al igual que Hobbes, tampoco pretende que cualquier agresor sea un enemigo. Para ello distingue entre el *inimicus* y el *hostis*²⁰; el verdadero enemigo sería el *hostis*, respecto del cual se plantea siempre la posibilidad de la guerra, como negación absoluta del otro ser o realización extrema de la hostilidad²¹.

Si el mundo tuviese un único gobierno y se hubiesen cancelado las posibilidades de guerras, para Schmitt habría cesado la política, sería un mundo sin política. Si en este mundo los pacifistas tuviesen fuerza para enfrentar a las guerras, es decir, hiciesen una guerra a la guerra, estarían confirmando la esencia de lo político. En cuanto a la humanidad, sostiene que, como tal, “no puede realizar ninguna guerra, puesto que no tiene enemigos, al menos sobre este planeta. El concepto de humanidad excluye el de enemigo, puesto que también el enemigo no deja de ser humano y en esto no presenta ninguna diferencia específica”²². Así, afirma, citando a Proudhon, que *quien dice humanidad quiere engañar*. En consecuencia sostiene que una guerra en nombre de la humanidad llevaría a la extrema inhumanidad, con lo que claramente perseguía el objetivo político de deslegitimar la *Liga de las Naciones* y el discurso wilsoniano.

Schmitt relaciona su concepto de lo político como poder de definición del *hostis* con el plano teológico y el pensamiento político que se resiste a calificar de *pesimista*. Así como todos los teólogos afirman que por causa del pecado original el ser humano no es bueno²³, también sostiene que este hecho debe ser reconocido por el pensamiento político, cuya expresión más clara encuentra en Hobbes,

¹⁸ Schmitt, p. 23.

¹⁹ Ibidem

²⁰ Idem, p. 25.

²¹ Idem, p. 30.

²² Idem, p. 51

²³ A la ilusión de bondad humana atribuye la caída del antiguo régimen, incapaz de percatarse de la amenaza de su odiada Revolución Francesa.

sosteniendo enfáticamente que su *bellum omnium contra omnes* no es “ninguna fantasía medrosa y trastornada, sino el presupuesto elemental de un sistema de pensamiento específicamente político”²⁴.

A partir de semejante perspectiva antropológica no sólo denuncia al liberalismo como la negación de la política, sino que directamente niega la existencia histórica y la posibilidad misma de una política liberal, reduciéndola a una mera *crítica liberal de la política*. Con indignación señala que lo que *el liberalismo salva del estado y de la política se reduce a la garantía de las condiciones de libertad y a la eliminación de las perturbaciones de la libertad*.

El razonamiento de Schmitt es harto lineal y, por cierto, parece coronar el pensamiento de Hobbes: si el estado –la política- elige a los enemigos, si la esencia de su poder radica en determinar quién es el *hostis*, o sea, el que queda fuera del contrato, *este estado no puede admitir en ningún caso que el enemigo le oponga resistencia, pues importaría la negación de su propio poder*.

Dentro de la lógica de este sistema, el único que puede establecer límites a la identificación de enemigos (a la asignación del *status* de *hostis*) sería el propio estado: así, si bien hoy los estados no pueden elegir libremente a sus enemigos, porque tienen constituciones y leyes que se lo impiden, eso sería engañoso, pues se *trataría de autolimitaciones que por contrario imperio pueden eliminar*.

En esto Schmitt es coherente: el estado no puede limitar su poder para defenderse, pues sería suicida; por ende, cuando identifica a un enemigo, si le resulta necesario para su defensa o para su subsistencia, debe eliminar todas sus autolimitaciones. En este sentido, toda fragmentación de la soberanía sería artificial y, en el fondo, aparente, o sea que el estado de derecho funcionaría en la medida en que no le resulte necesario al propio estado que deje de funcionar como tal, lo que usualmente se produciría en la guerra (emergencia) y respecto de los enemigos, decisión que, por extraordinaria, no incumbe a los mecanismos usuales en situaciones ordinarias, sino a los políticos.

En consonancia con esto, Schmitt apelaba a la experiencia histórica, afirmando que incluso el estado burgués y constitucional, pese a todas las limitaciones que le impone la Constitución, no puede menos que reconocer que cuando debe defender a la Constitución misma, la lucha se realiza fuera de ella y del derecho, por la pura

²⁴ Schmitt, *El concepto de lo político*, cit., p. 161

fuerza de las armas²⁵. Por ello, para Schmitt, en las emergencias – situaciones en las que es necesario neutralizar al enemigo ya individualizado- la Constitución no puede ser defendida por las burocracias (los jueces), sino por los políticos, que son los que naturalmente deben decidir en ellas²⁶.

4. *La crítica absolutista a Hobbes*. Desde la perspectiva del desarrollo coherente de la premisa del estado absoluto, Schmitt parte de Hobbes para enmendarle la plana al propio Hobbes, imputándole incoherencia en su planteamiento. Y lo cierto es que, dejando de lado –con el consiguiente esfuerzo- el repugnante antisemitismo delirante del jurista nazi, debe reconocerse que le asiste razón. Con bastante certeza Schmitt demuestra que Hobbes no era suficientemente absolutista y el absolutismo es o no es, o sea, que no admite grados: el estado absoluto es tal o no lo es.

Esta es la crítica que le formula Schmitt a Hobbes, pese a considerarlo como base de sus especulaciones, cuando le dedica un estudio particularizado²⁷. Afirma Schmitt que cuando Hobbes trata de la fe y los milagros²⁸, *pone una irreductible reserva individualista*, introduciendo “la distinción entre fe interior y profesión exterior y por fuerza de la general libertad de pensamiento deja intocada al individuo la libertad interior de creer o no creer, usando su razón privada”²⁹. *Con esto* –agrega Schmitt- “las distinciones entre privado y público, entre fe y profesión de fe, *fides* y *confessio*, *faith* y *confession*, son introducidas de tal manera que todo desarrollo interior se produjo consecuentemente de ellas a lo largo de los siglos sucesivos, hasta el estado de derecho liberal y constitucional”³⁰.

Afirma Schmitt que este es el origen del estado moderno neutral y el comienzo jurídico –no teológico- de la libertad de pensamiento. Estima que la admisión de un fuero interno no controlable por el estado es una concesión al agnosticismo y que “éste resultó ser el germen mortal que destruyó desde adentro al poderoso Leviatán y que

²⁵ Cita a este respecto a Lorenz von Stein, p. 44.

²⁶ Cfr. Schmitt, *Il custode della Costituzione*, Giuffrè, Milano, 1988.

²⁷ Schmitt, *El Leviatán en la doctrina del Estado de Thomas Hobbes. Sentido y fracaso de un símbolo político*, trad. De Antonella Attili, México 1997. este texto se publica en tiempo en que la identificación del autor con el nazismo era completa: la primera edición de *Der Leviatán in der Staatslehre des Thomas Hobbes. Sinn und Felschlag eines politischen Symbols* es de 1938.

²⁸ *Leviathan*, 37.

²⁹ Schmitt, *El Leviatán...*, p. 110

³⁰ *Ibidem*.

mató al dios mortal”³¹. En resumen: Schmitt le critica a Hobbes que no haya cancelado la misma libertad de pensamiento, que no haya permitido que su Leviathan, penetrase hasta el fondo de las conciencias de los súbditos, incluso en los rincones más privados e íntimos.

A partir de esta afirmación comienza el delirio antisemita de Schmitt: “Ya pocos años después de la publicación del Leviatán cayó la mirada del primer judío liberal sobre la fisura apenas visible, agrega, refiriéndose a Spinoza y su *libertas philosophandi*”. Destaca la radicalización de la separación de interno y externo, moral y derecho, en Thomasius³², señalando que desde este autor “en adelante, también la separación entre derecho y eticidad se hizo teoría habitual de los juristas y políticos”³³.

Agrega que Kant se limitó a resumir estos conceptos corrientes en el siglo XVIII y que, pese a rechazarse el derecho de resistencia, esto no resultaba decisivo para el desarrollo global del derecho constitucional. Aunque reconoce que el propio Goethe sostuvo la relegación del estado al fuero externo, la emprende contra autores que considera judíos encargados de minar y socavar la potencia del estado para paralizar a los pueblos extraños y emancipar al propio pueblo judío y que, por ende, aprovechan la fisura de Hobbes: “Sólo es esencial que aquel germen puesto por Hobbes en su reserva privada sobre cuestiones de fe y en la distinción entre creencia interior y profesión exterior, brota irremediamente y se vuelve una convicción dominante y hegemónica”³⁴.

De este modo se debilita para Schmitt el estado absoluto, por obra de una insólita mezcla de fuerzas oscuras unidas por alambicados intereses conspirativos: “si bien tan distintos, tan diversamente estructuradas la una de las otras, logias masónicas, conventos, sinagogas y círculos literarios, coinciden todos, ya en el siglo XVIII, en la enemistad contra el Leviatán elevado a símbolo del Estado”³⁵. Schmitt la emprende contra Friedrich Julius Sahl y su definición de estado de derecho, descalificándolo como *filósofo judío* y, pese a que este jurista era un luterano comprometido, lo considera un falso converso y el representante más audaz del frente intelectual

³¹ Idem, p. 111.

³² Esto que Schmitt lamenta es verdad, pero por lo común suele señalarse como un merito de Christian Thomasius (cfr. Hans Welzel, *Introducción a la filosofía del derecho*, Madrid, 1971, p. 171).

³³ Schmitt, *El Leviatán...*, p. 114

³⁴ Idem, p. 115.

³⁵ Idem, p. 119.

judío, criticando amargamente la profundización de la senda trazada por Thomasius³⁶. Como no puede considerar a Ansel von Feuerbach judío, se limita a sostener que era un autor superficial y un joven buscador de fama y, en definitiva, apoyándose en la teoría feuerbachiana de la pena como *psychologische Zwang*, pretende hacerle un tributario del propio Hobbes³⁷.

5. *Las contradicciones del derecho penal del enemigo en Hobbes*. El pensamiento que se opone a esta idea de estado absoluto de Hobbes es el de Locke para quien en el estado de naturaleza existe una ley natural y, por lo tanto, existen derechos anteriores al contrato³⁸. En este sentido, la metáfora contractualista de Locke es mucho más realista que la de Hobbes, pues para el primero está implícito que la sociedad civil es anterior al estado, de lo que algunos deducen que presupone dos contratos. Lo cierto es que una vez constituida la sociedad civil, la mayoría decide el contrato estatal y, por ende, no puede ceder en éste todos los derechos, sino sólo lo necesario para la conservación de esos derechos.

La resistencia legítima que derroca al soberano, para Locke no disuelve la sociedad civil, en tanto que ése es el efecto que Hobbes le atribuye. *Para Locke, como crítico de la monarquía absoluta, quien realiza un acto de resistencia legítimo reclamando el respeto de derechos anteriores al contrato estatal es un ciudadano que ejerce su derecho; para Hobbes, como defensor del estado absoluto, es un enemigo al que es menester reprimir y contener con fuerza ilimitada, sin respetar siquiera los márgenes de la pena, porque ha dejado de ser un súbdito. Quien para Locke ejerce el derecho de resistencia a la opresión es para Hobbes un enemigo peor que un criminal. Para Locke el soberano que abusa del poder pierde su condición de tal y pasa a ser una persona más, para Hobbes es el súbdito que resiste el abuso de poder del soberano quien pierde su condición y pasa a ser un enemigo.*

En la medida en que el estado absoluto admite que existe un fuero que no puede controlar (el interno), surge un derecho de resistencia cuando el estado pretende controlarlo y, por ende, debe admitir que un resistente no sea enemigo, con lo cual deja de ser absoluto. La crítica de Schmitt en este sentido es inobjetable.

³⁶ Idem, pp. 131-133.

³⁷ Idem, pp. 137-139.

³⁸ John Locke, *Ensayo sobre el gobierno civil*, 2,6.

El derecho penal del enemigo, en un estado así limitado, no puede controlar el fuero interno y, por ende, las meras manifestaciones externas que permitan inferir la enemistad pero que no se traduzcan en lesiones concretas no pueden ser penadas, con lo cual una amplia categoría de enemigos queda impune.

Si bien en la actualidad nadie propone alcanzar el fuero íntimo de las personas para calificarlas como enemigos, esto no debe considerarse absoluto, dada la dinámica de la guerra (si hay enemigo es porque hay guerra). La necesidad de defensa lleva en algún momento a exigir la individualización de los enemigos más allá de cualquier limitación.

No hay guerra en que el *extraño* no termine siendo considerado enemigo, porque en definitiva, en esa emergencia, *quien no es amigo es enemigo*, bastando con no presentar la calidad de amigo.

La lógica de Schmitt no es gratuita: no habla de amigos, enemigos e indiferentes o neutrales, sino que impone una opción entre las dos primeras categorías. Quien no saluda a las autoridades, a los símbolos, no participa de los festejos, no embandera la casa, no corea las canciones bélicas, evidentemente es un enemigo y debe ser neutralizado antes de que cometa un acto de enemistad lesiva. Quien no denuncia, incluso a sus parientes, es un enemigo, o sea, quien omite el servicio aun contra su propia familia no es amigo, y, por ende, es enemigo. Esta lógica es inevitable; ignorarla importa la negación de la historia. En un territorio ocupado, todos los que no son colaboracionistas activos son enemigos potenciales o reales. Hobbes incurre en contradicción; la observación de Schmitt es certera y, por ende, incurren en la misma contradicción quienes parten de sus premisas para legitimar una duplicación del derecho penal y separar al delincuente común del enemigo. *Enemigo*, en este contexto, es todo el que resiste al estado en nombre de cualquier derecho previo o independiente y, por ende, reintroduce el *bellum*, la guerra del todos contra todos, vuelve al estado de naturaleza, aunque lo haga para defender el fuero interno frente a la pretensión de control estatal. Sólo puede salvarse la contradicción sosteniendo que el soberano que quiere controlar el fuero interno pierde su condición de tal, pero en tal caso pasamos de Hobbes a Locke y, por ende, la construcción fracasa y el estado absoluto desaparece.

Si transferimos esto al derecho penal, resulta que el *derecho penal del enemigo* se corresponde con el estado absoluto o bien no es *derecho penal del enemigo*. Si el poder político no es libre de señalar a

los enemigos y declararles la guerra, si reconoce limitaciones infranqueables en esa tarea –no meras autolimitaciones derogables– abre el camino de la resistencia, que es el de dejar impunes a enemigos (el que resiste es el *extraño* o *enemigo*) y, por ende, permite operar contra su poder de selección. Un estado que permita la resistencia está permitiendo actuar a enemigos y, por ende, desde su perspectiva absoluta de la política, renuncia a defenderse, lo que en este contexto aparece como un suicidio político. En la medida en que se pretenda que el estado puede elegir a unos como enemigos y nunca a otros, se está renunciando a su concepción absoluta y se marcha en el sentido de Locke y de Feuerbach.

Pero tampoco es ello viable en un estado limitado en su búsqueda de enemigos, porque la dinámica propia de la enemistad acaba invariablemente en la polarización schmittiana. Desde que se habla de enemigos se habla de guerra y ésta tiende, por su propia dinámica, a desconocer toda ley.

En resumen:

- (a) Es coherente elegir enemigos y privarlos de la calidad de ciudadanos dentro de una concepción absoluta del estado.
- (b) En la medida en que el estado deja de ser absoluto porque reconoce alguna limitación infranqueable (y no una mera autolimitación para circunstancias de paz) debe admitir que hay enemigos a los que no puede contener, lo que es una contradicción dentro de su lógica (su suicidio político) o bien un desplazamiento hacia la tesis contraria que admite derechos anteriores al contrato.
- (c) Pero en el marco de un estado que reconoce derechos anteriores al contrato, tampoco puede admitirse que haya un enemigo, porque eso introduce la lógica de la guerra, que lleva a la polarización schmittiana y acaba desconociendo toda ley.
- (d) Por ende, sólo puede concebirse un derecho penal del enemigo en el marco de un concepto absoluto de estado sin fisuras (al estilo schmittiano), pues en cualquier otro esquema que, aunque sea mínimamente, reconozca un ámbito no controlable por el estado, se abre el camino a la resistencia legítima y el modelo se contradice consigo mismo.
- (e) Fuera de este modelo absoluto, sin fisuras, puede haber crímenes más o menos graves, infracciones más o menos

punibles, pero nunca enemigos privados de la condición de ciudadanos.

6. *El derecho penal del enemigo en el derecho positivo.* El rechazo del derecho penal del enemigo no es ninguna cuestión de derecho natural en nuestros días, sino que en el derecho positivo vigente no es admisible un derecho penal del enemigo. La Declaración Universal de Derechos Humanos no admite que a nadie se trate como *no persona*. Las emergencias están previstas en el propio derecho constitucional (concretamente en el art. 23 de la Constitución Nacional). La guerra no puede seguir libremente su dinámica y desconocer toda ley, por imposición del derecho internacional humanitario (convenios de Ginebra). En los estados de emergencia tampoco se limitan todos los derechos, no sólo por aplicación del derecho interno de los estados, sino por expresa previsión del derecho internacional de los Derechos Humanos regional americano (Convención Americana de Derechos Humanos o Pacto de San José de Costa Rica). La distinción entre moral y derecho no sólo es una conquista de la civilización a la que se llegó después de muchas muertes, sino que está consagrada por el derecho internacional y muy enfáticamente por nuestra Constitución (art. 19).

Por ende, para rechazar el derecho penal del enemigo basta con acudir al derecho positivo y con ello se impone la inconstitucionalidad de muchas de las leyes que pretenden sancionar un derecho penal *de lucha o de guerra*. Es justamente la tesis contraria la que debe invocar un derecho natural suprapositivo, como lo hace Schmitt en la emergencia, afirmando que el propio estado de derecho debe acudir a la fuerza para defender la Constitución y que, para ello, la decisión política no puede estar limitada por el control judicial (burocrático), debiendo jerarquizarse las normas constitucionales y ceder las que establecen limitaciones en beneficio de las que consagran el sistema. Ésta es la vía por la que se destruye al estado de derecho (así se implosionó la Constitución de Weimar) invocando una esencia supralegal de la política (su pretendida *natural* polarización amigo/enemigo). Esta concepción jusnaturalista del estado absoluto, que parte del peligro del *bellum* y de la absoluta prohibición de resistencia, pasa a considerar todas las limitaciones del derecho positivo como autolimitaciones y, por ende, pretende legitimar su desconocimiento o puesta entre paréntesis en función de sus argumentos supralecales.

El siglo pasado nos deja una enseñanza paradójica y cruel acerca de los riesgos de la invocación del derecho natural de corte idealista: su largo uso de la versión Locke/Feuerbach para consagrar el derecho penal liberal –o sea como instrumento ideológico de lucha por las garantías o límites al poder del Leviathan- acaba con la positivización jurídica de las garantías en los ordenamientos internos e internacionales. Ahora se lo esgrime en la versión Hobbes/Kant para desconocer esas garantías respecto de ciertas personas. El inconveniente es que la crítica del más agudo defensor del estado absoluto en el siglo XX demuestra que esa versión es contradictoria y, por ende, no es idónea para protagonizar ese desconocimiento. Quien quiera invocar el derecho natural o supralegal idealista para legitimar la guerra contra delitos, sea interna o internacional, deberá apelar a un marco absolutista más coherente, sin ninguna fisura que admita resistencia al poder del Leviathan. Le será necesario, si pretende completa coherencia, tomar en cuenta la advertencia de Schmitt y retroceder siglos, acabando la distinción entre moral y derecho, pecado y delito: “El Leviatán como magnus homo, en tanto persona estatal soberana en forma divina, fue destruido desde el interior en el siglo XVIII. La distinción entre interno y externo fue para el dios mortal la enfermedad que lo condujo a la muerte”³⁹.

³⁹ Schmitt, *El Leviatán ...*, p. 125.