

EL PSEUDOCONCEPTO DE NO-PERSONA: DE LA NEGACIÓN DEL FUNDAMENTO DE LOS DERECHOS HUMANOS A LA JUSTIFICACIÓN DE LA NEGACIÓN DE LAS GARANTÍAS

Jesús Lima Torrado¹

TORRADO, J. L. El pseudoconcepto de no-persona: de la negación del fundamento de los derechos humanos a la justificación de la negación de las garantías. *Rev. Ciênc. Juríd. Soc. UNIPAR*. Umuarama. v. 12, n. 2, p. 377-396, jul./dez. 2009.

RESUMEN: La dignidad humana, en cuanto a fundamento de los derechos humanos está esencialmente unida a la garantía de los mismos. La actual tendencia a la negación de ese fundamento a través de la teoría del derecho penal del enemigo y del concepto de no-persona implica abrir la puerta a la negación de las garantías de los derechos, a la razón de Estado, a la quiebra del Estado de Derecho y al terrorismo de Estado

PALABRAS CLAVE: Dignidad humana. Derechos humanos. Derecho penal del enemigo. Concepto de no-persona. Estado de derecho.

SUMARIO: 1. Introducción. 2. El pseudoconcepto de no-persona. Análisis lingüístico. 3. La no-persona jurídica. 4. Crítica del concepto jurídico de no-persona: la no-persona como negación del fundamento de los derechos humanos. 5. Conclusiones. 6. Bibliografía. 7. Notas.

El Estado de las naciones industrializadas con certeza está más cerca de la sala de máquinas de Hobbes que de la catedral de Hegel, y el Derecho, por consiguiente es más bien una útil obra de ingeniería que una coral que genere sentimientos de comunidad.

G. Jakobs

1. INTRODUCCIÓN

En la afirmación de Bobbio, de que en la actualidad, el problema de fondo relativo a los derechos humanos no es tanto el de su justificación, como el de protegerlos (1), hay una parte de verdad y una parte de error. La parte de verdad está en la necesidad actual de alcanzar instrumentos adecuados que

¹Profesor Titular de Filosofía del Derecho y Filosofía Política de la Universidad Complutense de Madrid

permitan la eficacia social efectiva de los derechos humanos. La parte de error radica en separar el plano de la fundamentación y de su reconocimiento formal del plano de las efectivas garantías. La realidad es que fundamentación y garantía son dos conceptos esencialmente unidos. Puede decirse que no existe una verdadera protección de aquellos si previamente no se afirma la exigencia de asignar al hombre, al ser humano, aquellas garantías que por su naturaleza le corresponden. Una de las características básicas de las declaraciones constitucionales e internacionales de derechos humanos de los últimos sesenta años es la tendencia a subrayar la trascendencia de las garantías de los derechos y a establecer medios para conseguirla. Pues bien, junto a ese dato y en estrecha unión con él se encuentra la constante afirmación – en esos textos – de la dignidad de la persona como fundamento de los derechos. (2) Lo que tiene su reflejo y correspondencia con el elevado número de autores – en el ámbito de la ciencia jurídica y de la Filosofía del Derecho – que defienden una posición personalista; esto es, que ponen como eje central de sus planteamientos la dignidad humana en cuanto que fundamento de los derechos humanos(3).

Y la situación contraria – es decir – la negación del fundamento de los derechos – también demuestra – aunque de forma negativa – esa esencial unión existente entre fundamento y garantías. Si se niega el fundamento de un derecho se abre la puerta a violación del mismo. Incluso, cuando en la práctica se produce una violación de derechos se está negando, al mismo tiempo, y precisamente como consecuencia de esa violación, la dignidad personal de su sujeto titular.

Pues bien, en esta investigación se buscará mostrar, la existencia de esa unidad esencial de los dos elementos citados, dentro de una metodología propia de una Teoría Crítica del Derecho, mediante el desarrollo de una lógica dialéctica, aplicada a un estudio intrasistemático, dentro del estricto ámbito del pensamiento iusfilosófico.

Entiendo que un estudio de esta naturaleza está perfectamente legitimado porque no tiene sólo una relevancia doctrinal. Muy por el contrario, afecta a situaciones prácticas, reales, desencadenadas o propiciadas por los procesos de globalización (4) En los últimos años se constata el progresivo deterioro de las garantías de los derechos humanos que va en paralelo al también progresivo desarrollo de planteamientos doctrinales, de carácter nihilista y antihumanista. Parece indudable que en la doctrina actual se va abriendo paso, de forma constante, un peligroso proceso de involución en la teoría de las garantías de los derechos fundamentales, que está directamente vinculada y pseudolegitimada en virtud de la negación del fundamento de los derechos. Por eso nos vamos a centrar en una de sus manifestaciones más destacadas, más representativas. Se trata de una doctrina que está alcanzando un enorme impacto doctrinal y que como dice Kai: “Ambos están levantando olas muy altas” (5). Me estoy refiriendo a la teoría del

Derecho Penal del enemigo(6). El enorme interés y alarma que ha desencadenado esta doctrina se debe, en gran medida, aunque no exclusivamente, al contexto histórico en que se produce su aparición (7) Pero se debe también a los aspectos autocráticos y neototalitarios que plantean, de forma más o menos ambigua, las tesis de G. Jakobs. (8)

El estudio de esta teoría, por sus características, rebasa el estricto marco de la Dogmática Jurídica penal y de la Política Criminal. Entra en cuestiones sustantivas de diversas disciplinas jurídicas, pese a que Jakobs ha afirmado en alguna ocasión, que su teoría pretende ser sólo una construcción dogmático jurídica, lo cierto es que sus presupuestos iusfilosóficos y su misma formulación rebasan los planteamientos del campo de la ciencia del Derecho penal. Hay que tener en cuenta que no sólo ha sido catedrático de la mencionada disciplina jurídica, sino también de Filosofía del Derecho en la *Rheinische Friedrich-Wilhelms-Universität* de Bonn. Es más, su teoría afecta a cuestiones nucleares de diversas disciplinas jurídicas, tales como la Teoría del Derecho, la Epistemología Jurídica, la Axiología Jurídica, la Historia de la Filosofía del Derecho y del Estado, la Teoría de los Derechos Humanos, el Derecho Procesal, el Derecho Constitucional, el Derecho Penitenciario, la Historia del Derecho, la Psicología Jurídica, el Derecho Internacional y la Filosofía Política. Esto porque la totalidad de su obra constituye un enorme esfuerzo por construir un sistema cerrado y coherente, con su propia base dogmática y iusfilosófica, que el propio autor ha denominado “funcionalista”(9). La cuestión está en indagar si los diversos elementos doctrinales tienen entre sí la suficiente coherencia como para poder hablar de la existencia de un verdadero sistema de pensamiento o si, por el contrario, el pensamiento de Jakobs, contiene elementos ideológicos que, en la misma proporción, vengán a invalidarlo

Hay dos aspectos centrales, entre otros, de la teoría mencionada que están directamente relacionados y en torno a los cuales giran los demás: el primero es el consistente en distinguir entre un “Derecho penal de ciudadanos” y un “Derecho penal de enemigos” (10). El segundo, de contenido iusfilosófico y, después científico penal y filosófico político, es el que distingue entre “personas” y “no-personas”. En este último es en el que centraremos nuestro estudio. A los restantes aspectos centrales de su pensamiento nos referiremos en una serie de trabajos que están actualmente en fase de desarrollo.

Vamos, en consecuencia, a examinar aunque no pueda ser de forma exhaustiva, por las características del trabajo que ahora presentamos, cual la naturaleza del concepto de no – persona y cómo actúa, en cuanto que negador del fundamento de los derechos humanos, y correlativamente, como factor legitimador de la negación de las garantías de los derechos fundamentales.

2. EL CONCEPTO DE NO-PERSONA. ANÁLISIS LINGÜÍSTICO.

Para la determinación lingüística del término no-persona me parece interesante seguir el excelente estudio de Alessandro Dal Lago (11).

Frente a la fuerte carga histórica y semántica del concepto persona, en sus diversas manifestaciones (antropológica, teológica, sociológica, ética, jurídica), pretende alzarse, cada vez con mayor fuerza, el pseudoconcepto de no-persona. Hablo de pseudoconcepto porque no estamos ante un concepto, propiamente dicho, que ontológicamente designe un ser específico dentro de la realidad social, sino un término que tiene una fuerte connotación ambigua e imprecisa que hace referencia a ámbitos de exclusión, de un no-ser.

En inglés el término *nonperson*, tiene un significado específico que no tiene equivalencia en otras lenguas europeas, como el francés, el alemán, el italiano o el español: “persona que, generalmente, por razones políticas o ideológicas, es excluida de todo reconocimiento o consideración “ (12). Ese mismo significado es el que inspira, en última instancia, aunque aplicado al ámbito de la ciencia jurídica y de la Filosofía del Derecho, los diversos significados que Jakobs da al término: la connotación de exclusión.

Dal Lago define a las no-personas como aquellos seres humanos (seres humanos vivos dotados de una persona social y cultural) “a los que les son revocadas – de hecho o de derecho, implícita o explícitamente, en las transacciones ordinarias o en el público – la calificación de personas y sus atribuciones relativas (13).

Dal Lago afirma que los extranjeros jurídica y socialmente ilegítimos (emigrantes regulares, irregulares o clandestinos, nómadas, prófugos) son las categorías más susceptibles de ser tratadas no – personas” (14). En realidad, cabe preguntarse, a partir del concepto de no persona que utiliza G Jakobs en su teoría del derecho penal del enemigo, que no cita Dal Lago, si el concepto de no – persona no es un concepto mas amplio y ambiguo, podríamos decir un concepto-comodín, que puede ser esgrimido cuando se trata de justificar no sólo la exclusión “del otro”, del extranjero, sino también de otras personas, de otros seres humanos, a los que Jakobs, incluye en el mismo status: no-personas. Ese es el punto que examinaremos a continuación.

3. LA NO-PERSONA JURÍDICA

Para determinar el concepto de persona parte de la definición del Derecho Común Prusiano de 1794, (§1, Tít.1, Parte II): “Al ser humano se le denomina persona, en tanto que disfruta de ciertos derechos en la sociedad civil”. “Es persona, afirma Jakobs, quien es capaz jurídicamente.” (15). No es sujeto de

derecho todo ser humano. Esto es así, porque siguiendo los planteamientos de Kelsen y de Luhmann, separa radicalmente los conceptos de individuo y persona (16).

Como sucede con el resto de su pensamiento, la distinción jakobsiana entre persona y no-persona adolece del grave defecto de la ambigüedad (17). No hay un concepto inequívoco, claro y preciso de qué entiende por no-persona. La cuestión es muy grave por tres razones.

En primer lugar porque, como ya se ha indicado, estamos ante uno de los conceptos fundamentales de su sistema de pensamiento (18).

En segundo lugar, porque ese concepto le permite dar nombre y, lo que es peor, justificar diversas formas de discriminación, sin fundamentación racional alguna. Es el propio Jakobs quien parece poner en duda la falta de equivalencia entre racionalidad y personalidad en su propia teoría, cuando afirma que “Indagando en su verdadero concepto, el Derecho penal de enemigos es, por tanto, una guerra cuyo carácter limitado o total depende (también) de cuánto se tema al enemigo. Todo esto suena chocante y, ciertamente, lo es, pues se trata de la imposibilidad de una juridicidad completa, es decir, que contradice la equivalencia entre racionalidad y personalidad. Pero solamente con la última ratio de Kant, según la cual cualquiera puede ser obligado a tomar parte de una relación jurídica con garantías, es decir, del estado, no se esquivo el problema de cómo proceder frente a aquellos que ni se dejan coaccionar ni se mantienen apartados y que, por lo tanto, persisten como entorno perturbador, como enemigos.” (19).

En tercer lugar, porque la utilización de ese pseudoconcepto le sitúa entre aquellos autores que defienden una concepción autocrática del Derecho, negadora del sistema de Derechos Humanos y del Estado Social y Democrático de Derecho.

Por un lado, en él se considera no-persona a aquel sujeto individual que no defrauda expectativas normativas. En este grupo están comprendidos, según Jakobs, como no-personas:

a) El feto. Frente a la tesis de Eser, que reconoce personalidad jurídica al concebido no nacido, afirma de forma explícita “En la medida en la que está permitido abortar y siempre que la interrupción del embarazo se considere permitida tras la consulta y el consejo institucional, el feto no puede ser considerado como una persona” (20);

b) El menor de edad, que, como tal, no puede contraer obligaciones jurídicas (21).

En segundo lugar, considera también como no-persona a aquel sujeto

que ciertamente defrauda expectativas normativas, pero que, además, no ofrece garantía cognitiva alguna de no volver a hacerlo en el futuro: por ejemplo, el imputable peligroso. Es el grupo integrado por determinados delincuentes considerados, con no menos ambigüedad, como “no normales”, a los que califica como enemigos, y a los que su actitud presuntamente delictiva les permite autoconvertirse en no-personas, en virtud de su autoexclusión de la comunidad (22).

Por otra parte, incluye en el concepto de no-persona a quien no tiene asignados deberes jurídicos. Cita, en este sentido, a los desempleados que, según Jakobs, no son personas. “Aquel al que no se necesita se le excluye de la obra común, y cuando ha entendido esto sólo le queda la retirada hacia la mera individualidad. En tal situación, puede que el individuo aún perciba que el ordenamiento jurídico es una organización que aún para el mismo es a grandes rasgos útil, pero permanecerá la reserva secreta de que habrá que quebrantarlo siempre que tal comportamiento promueva mayores beneficios. Por lo tanto, cuando quien es superfluo en la economía común se conduce como si viviera en otro mundo, ello sólo es consecuente: es que no vive en el mundo de las personas” (23).

Además – y esto hace a su pensamiento aún más confuso y ambiguo – al identificar el status de ciudadanía con el concepto de persona, incluye en el concepto de no-persona a todos los seres humanos que no son nacionales de un determinado Estado. Con razón Ferrajoli señala el error de Marshall al identificar los términos “ciudadanía y persona” (24). Las consecuencias de ese error tienen su máxima expresión en el pensamiento de Jakobs. Entre ellos, cabe citar como especialmente relevante, el problema de la otredad, del modelo que debe ser defendido en la relación con el “otro”. Si seguimos los argumentos del profesor de Bonn, no podemos sacar otra conclusión que considerar que el modelo seguido por este autor no puede ser otro que el de la exclusión del inmigrante, que es el modelo radicalmente opuesto al máximo modelo de integración: el modelo denominado intercultural o pluricultural. Ha señalado, acertadamente, el profesor De Lucas que el inmigrante – en esta concepción doctrinal- es un *infrasugeto* y que, en consecuencia, como *infraciudadano*, tiene un status jurídico, que se basa en la negación de los principios jurídicos más elementales del Estado de Derecho (25).

Esta concepción excluyente del concepto de ciudadanía se explica, al menos en parte, aunque no legitiman los argumentos defendidos por Jakobs, por dos razones que son complementarias: por la concepción del modelo del que se parte y por la concepción que tiene acerca de la obediencia al Derecho.

En el primer condicionante, si seguimos a Capella podríamos hablar de dos modelos: *comunitarista* y *democrático*.

El modelo de pertenencia de Jakobs es de tipo “comunitarista”, no “democrático”. Capella define el primer tipo como aquel que afirma que “sólo pertenecen a nuestro grupo los que son como nosotros”, de modo que, en este caso, la entidad definidora del “nosotros” excluye del grupo a los demás” En el modelo democrático, por el contrario, “todos tienen los mismos derechos a poner en cuestión las condiciones históricas dadas para formar parte de un grupo...” Las voces discrepantes son “voces-de-fuera-del-grupo” (26).

El segundo condicionante – el concepto que se tenga del principio de obediencia al Derecho – es, en este caso, decisivo. Por eso se ha podido decir, con razón, que lo que se persigue, en última instancia con la doctrina del derecho penal del enemigo es la existencia de súbditos sumisos, absoluta e incondicionalmente, obedientes. De aquí deriva que se pueda concluir, a tenor de las propias tesis de Jakobs que para éste autor el concepto de persona tiene un significado aún más restringido. No pueden ser considerados personas todos los súbditos, sino sólo aquellos que mantienen una actitud sumisa (27). De donde resulta que los no sumisos, los disidentes, por ejemplo, son no-personas.

La consecuencia de ser considerado no-persona no es sólo la exclusión y la justificación de la misma, sino también la posibilidad de ser tratado fuera de las normas jurídicas porque, según Jakobs, queda excluido del mundo del Derecho.

En definitiva, para Jakobs, el no-persona puede ser tratado con total arbitrariedad, con posible, probable, exposición a todo tipo de abusos que, también parece que quedan justificados, genéricamente, en el pensamiento de Jakobs. “Quien no es persona – dice el profesor de Bonn – puede ser dirigido por amenazas y reclamos, pero no puede ser obligado por una norma (28)

4. CRÍTICA DEL CONCEPTO JURÍDICO DE NO-PERSONA: LA NO-PERSONA COMO NEGACIÓN DEL FUNDAMENTO DE LOS DERECHOS HUMANOS.

Algunos de los comentaristas de Jakobs parecen relativizar la gravedad social y política de su concepto de no- persona. “Es verdad –nos dice Silva – que en algunas ocasiones *Jakobs* se ha referido al “enemigo” como “no-persona”. Pero, más allá de las palabras, ni su concepción ni ninguna otra concepción teórica contemporánea de algo así como un Derecho penal de los enemigos trata al delincuente, sea de la clase que sea, como una absoluta no-persona. En el trato con él no se prescinde, ni mucho menos, de todas las garantías del Estado de Derecho. No se le trata como a un animal peligroso. Y ello tampoco sucede en ninguna regulación legal que supuestamente responda a tal modelo. Más allá del nominalismo, en estos casos se produce *sólo* – según se indica repetidamente por

el propio *Jakobs* – un adelantamiento de la intervención, la no reducción de pena en términos correspondientes y la limitación de garantías procesales. Es decir, se trata de una cierta reducción – mayor o menor – del *status civitatis*, pero no de una exclusión del *status personae*.” (29).

Otro autor, como Schünemann, que el concepto de no-persona, formula por *Jakobs*, “en ningún caso contiene una cruda deshumanización como en los sistemas opresores racistas o religiosos, en los cuales quienes sean de otra raza o de otra creencia, no tienen derecho a la vida. Sin embargo, con independencia del desafortunado riesgo de malentendidos, en el sistema jurídico-filosófico de *Jakobs*, el reconocimiento como persona sólo protege frente al hecho de ser tratado como “una pieza de ganado” y “dejar de tener derechos” – en el sentido ficticio –, lo cual se encuentra vinculado con la pérdida de personalidad y sólo deja de producirse cuando el delincuente sigue siendo persona.” (30).

No puedo estar de acuerdo con esta posición doctrinal. Hay varias razones que permiten impugnar lo defendido en las citas precedentes.

En primer lugar, los mismos textos de *Jakobs* son suficientemente explícitos como para poder impugnar esas afirmaciones. La negación del concepto de persona no implica sólo la negación del concepto de persona en sentido jurídico, en sentido normativo, al que antes se ha hecho referencia. También implica la negación del concepto de persona en sentido antropológico. Así sucede cuando llega a negar la condición humana al presunto delincuente “enemigo” (31). Es decir, la negación de la condición de juridicidad permite pseudojustificar, sin explicación racional alguna, por qué la negación de una condición de ciudadanía a los excluidos, permite negar al sujeto social, como subsistema psicofísico, la condición de humanidad, de dignidad. Y esa misma posición irracionalista y totalitaria, es la defendida por sus discípulos.

Sin ninguna exageración en su juicio crítico, Piña Rochefort ha podido decir que “el Derecho Penal del enemigo es al enemigo lo que la jaula al tigre de Bengala, o el pararrayos a la tormenta: pura neutralización” (32).

Como he señalado en otro trabajo, en el conjunto de la obra de *Jakobs*, sus tesis constituyen un ataque constante y radical al sistema de los derechos humanos. Puede afirmarse, sin lugar a dudas, que impugna la validez normativa y jurídico – política de todos los elementos estructurales de los derechos humanos a partir de una metodología reduccionista, de corte normativista y funcionalista y de la sustentación de un pesimismo antropológico, que tiene clara influencia de Hobbes. No es sólo que *Jakobs* propugne la flexibilización del sistema de garantías procesales lo que constituye un peligro para el ejercicio de los derechos fundamentales, tal y como se ha señalado por múltiples autores. El peligro reside también en el hecho de que en su doctrina el concepto de no-persona actúa como elemento justificante de la suspensión – o lo que es peor – negación de las ga-

rantías. Al negar el concepto de persona se niega el fundamento de los derechos y al negar el fundamento se niegan los derechos, y al negar los derechos, lógicamente, se niegan las garantías: no hay nada que garantizar si no hay sujeto de derechos ni, por tanto los mismos derechos. Esa negación se proyecta, por tanto, en diversas líneas de ataque:

a) la negación del sujeto. Un primer nivel de negación del sujeto de los derechos humanos viene constituido por aquellos autores que reducen la condición de sujeto a un “sujeto abstracto”. Esa concepción, que Piovani llama *totalismo*, implica, como indica Barcellona, la alienación de los individuos desde su propia existencia empírica a la subjetividad jurídica abstracta (33). Es lo que el mismo autor ha denominado certeramente “el vaciamiento del sujeto” (34).

A mi juicio, en los planteamientos del profesor de Bonn se da un paso más, de mayor radicalidad, consistente en la pura negación del sujeto mediante el recurso ideológico del concepto de no-persona. No es que el sujeto pase a ser una pura representación abstracta. Es que, simplemente, se suprime el sujeto.

La negación del sujeto viene determinada por la distinción entre individuo y persona, incluso en relación a todo su sistema de pensamiento, se puede decir que el error fundamental de Jakobs consiste en separar tajantemente entre el ser humano – la persona en sentido antropológico –, como pura subsistema psicofísico y sin significación jurídica alguna, de la “persona”, como estricto constructo normativo y, en consecuencia, como eje de la imputación jurídico-penal (35).

b) la negación del objeto. La negación de los bienes de la personalidad, en cuanto que objeto de los derechos humanos, tiene lugar en la dogmática penal sustentada por Jakobs cuando afirma que la función y finalidad de lo que denomina “Derecho penal de los ciudadanos” está en la mera validez contrafáctica de la norma abstracta, más allá de la defensa de los bienes jurídicos fundamentales. “La pena, dice Jakobs, no repara bienes, sino confirma la identidad normativa de la sociedad” (36).

c) el fundamento de los derechos es radicalmente suprimido porque no se sustentan los valores que sirven de fundamento al Estado social y Democrático de Derecho, como son la libertad, la justicia, la tolerancia y, especialmente, al valor dignidad. En este sentido se ha señalado que la teoría de Jakobs, “difícilmente se puede mover hoy en el terreno de nuestra orden constitucional, centrada en la dignidad humana”(37). El error central en el pensamiento de Jakobs, en este aspecto, consiste en dos aspectos fundamentales: no establecer el debido rango axiológico, en el que la seguridad debe ir subordinada – en cualquier caso – al

valor dignidad, y no establecer y desarrollar en sus tesis, la debida relación sistemática, entre el subsistema de derecho penal y el subsistema constitucional, que en cualquier caso – en la estructura de un Estado de Derecho –, le sirve de presupuesto necesario. En efecto, como señala acertadamente Häberle, que defiende una posición, en este punto, radicalmente antitética de la defendida por Jakobs, la dignidad no es sólo un espacio interior del hombre, “sino también su apertura a lo social, al momento de responsabilidad respecto al prójimo y la comunidad a la que pertenece, así como el momento de responsabilidad personal, es decir, de autodeterminación. La referencia interpersonal de los derechos fundamentales individuales también son parte de la dignidad del hombre” (38). Otro eminente constitucionalista alemán, Christian Starck, ha subrayado la esencial unión existente a la dignidad humana, en cuanto que fundamento de los derechos humanos, y las garantías de los mismos. “La dignidad no puede significar no sólo la autodeterminación del hombre, sino la autodeterminación como fundamento del valor propio de todo hombre y, asimismo, también de los demás hombres. Esa imagen del hombre supone comprender la dignidad individual del hombre y la necesidad de asegurarla jurídicamente, es decir, de atenderla y protegerla por parte del estado” (39).

La tolerancia – otro valor esencial que fundamenta los derechos humanos – tampoco tiene cabida en el pensamiento de Jakobs y mucho menos el nuevo concepto de tolerancia que he denominado *tolerancia comunicativa*, que está recogida de forma muy nítida, en la *Declaración de Principios sobre la Tolerancia*, de la UNESCO, del año 1995 (40); tolerancia que sirve de enlace entre la proclamación formal del fundamento de los derechos y su garantía efectiva. Esto es así porque estamos ante una teoría autocrática en la que no se admite el más mínimo disenso ni el más mínimo nivel de pluralismo político y donde el inmigrante, como se ha visto, está excluido. Se da, por sentado, de forma implícita por parte de Jakobs, que existe una única forma de concepción política y que esa es la que debe ser obedecida de forma incondicional, en la medida en que el atacar la legitimidad del poder constituido equivale, como en algunos pasajes de Kant, en *Teoría y Práctica*, a la negación del contrato social. Este es uno de los errores fundamentales en que incurre. Por muy homogéneas que puedan ser las sociedades en ninguna se puede encontrar esa unanimidad en la interpretación de los valores, ni en los principios sociales fundamentales. Ni siquiera unanimidad en la concepción de los valores mismos. Si nunca ha existido una sociedad plenamente homogénea mucho menos, en las últimas décadas, en las que el fenómeno de los procesos de globalización están determinando la existencia de sociedades esencialmente plurales, con todo un complejo conjunto de problemas que podemos englobar en el fenómeno complejo que se ha denominado multiculturalismo

(41). En este aspecto, la crítica que se puede dirigir a Jakobs es que sencillamente construye una teoría que está fuera de la realidad, que no responde a las exigencias y retos de las sociedades multiculturales. Más bien, parece representar la añoranza de una sociedad homogénea que, en realidad, tampoco existió nunca de una forma pura.

Por otra parte el significado de seguridad jurídica es subvertido para ser sustituido por otro que, en el fondo implica la negación radical de la misma. La seguridad jurídica implica necesariamente el reconocimiento y garantía de los derechos fundamentales. En el pensamiento de Jakobs la seguridad es una mera excusa para pseudolegitimar la negación de los derechos y la supresión de las garantías. Con razón afirma el Profesor Javier de Lucas que “es una mera manifestación de un propósito muy antiguo, el discurso reaccionario que toma la seguridad como pretexto (el orden, o mejor, la supervivencia de la comunidad, de su estilo de vida) para justificar la suspensión de los principios y las reglas garantistas válidas para los ciudadanos” (42). Coincide esta concepción con la denominada *doctrina de la seguridad nacional* que sirvió para pseudolegitimar las dictaduras militares de Latinoamérica durante los años setenta del siglo XX. Ahora vuelve a resurgir ese concepto, pero sus consecuencias – siendo de una enorme entidad las que se produjeron en aquel momento – son ahora mucho más graves, porque no está circunscrita a determinados países, sino que, por el contrario, tienen un alcance global.

No obstante, el valor que acaba claramente suprimido y transgredido en los planteamientos de Jakobs es, sin duda, el valor igualdad. El concepto de no-persona es, ante todo, un instrumento ideológico de discriminación, de segregación, de exclusión. Al carecer de la fundamentación esencial de este valor se derivan consecuencias de gran gravedad: se abre la posibilidad de violaciones de los derechos de los inmigrantes (43), de las minorías culturales y religiosas, de los derechos de género, de los derechos del detenido (44)... En realidad, de todos los derechos. Por otra parte, permite impugnar de forma radical y directa una de las características fundamentales de los derechos: la universalidad, o como mejor dice el profesor De Lucas, la *universabilidad* de los derechos (45).

En definitiva, el mayor problema de las tesis de Jakobs no radica tanto en la defensa de la adopción de medidas que quiebran el derecho penal liberal, el Derecho penal garantista, el Derecho penal a secas, o de medidas que quiebran el Estado de Derecho y sus garantías, cuanto, sobre todo, en la negación del fundamento de los derechos a través de la “ratio” que unifica, de forma explícita e implícita, las argumentaciones del profesor de Bonn: la exclusión de aquel a quien el poder declara no persona.

La negación de las garantías, incluido, por tanto, el derecho de resistencia, viene determinado, de un lado, por la defensa, como ya se ha indicado, de la

obediencia incondicional y absoluta a las normas jurídicas dentro de una concepción autoritaria y antidemocrática del Estado. Con razón se ha dicho que lo que se esconde detrás de la doctrina del *Derecho penal del enemigo* es una estrategia de represión de un Estado autoritario (46). En el mismo sentido se expresan otros comentaristas de Jakobs, como, por ejemplo, Eugenio R. Zaffaroni (47). o De Lucas, cuando afirma que esta teoría implica “la subordinación de los derechos individuales a exigencias de la irracionalidad funcional del Estado (48).

Pero es que, además, la supresión de ciertas garantías procesales de los derechos fundamentales viene defendida, de forma explícita, por parte de Jakobs (49) con la pseudojustificación del viejo pretexto defendido por Machivelo en “El Príncipe”, de la *necesidad*. Se llega incluso a afirmar, como ya había ocurrido en la forma primigenia del totalitarismo, la *insuficiencia del Estado de Derecho* (50).

Todo lo cual supone retrotraer a épocas históricas muy remotas, la problemática de las garantías de los derechos, echando por tierra siglos de lucha. Por eso se ha podido afirmar que el pensamiento de Jakobs supone la vuelta a instituciones ya desaparecidas y que pertenecen a la Historia del Derecho, como el ostracismo, la *hostis iudicatio* (51) y la figura medieval del derecho germánico de la *Friedlosigkeit*, la pérdida de la paz (52).

En definitiva, como crítica global a su teoría, se puede afirmar que Jakobs utiliza conceptos como no-persona y enemigo, que son ficticios, vacuos, carentes de significado científico, aunque no ideológico, que implican la negación del sistema de derechos humanos, la negación misma del Derecho (como señala en su crítica Cancio Meliá), que permiten conceder legitimación teórica a regímenes injustos (53), que puede servir – como está de hecho sirviendo – de base teórica o fundamentación de un Derecho penal de corte autoritario (54), que constituye una forma ideológica del nuevo Estado totalitario, aunque con apariencia formal, externa, de Estado de Derecho. El denominado “Derecho penal del enemigo”, entendido como construcción doctrinal, no es cosa distinta a una estrategia de poder, encaminada a imponer una ideología, utilizando el derecho penal como instrumento de configuración social, es decir, haciendo del derecho penal, justamente lo que no debería ser” (55). Es también una doctrina que contiene un fuerte contenido legitimador – afirmativo de ese conjunto de normas jurídico penales que, gracias al profesor Jakobs, reciben también el nombre de “Derecho penal del enemigo” (56). Por último, en cuanto que *ideología sistemática* forma parte del *pensamiento único*, como dimensión ideológica de la globalización. No hay que olvidar que, como defiende Ferrajoli “*L’alternativa del diritto e della ragione è essenziale per salvaguardare non solo i principi di garanzia del corretto processo ma anche il futuro della democrazia*” (57).

5. CONCLUSIONES

1. El concepto de no-persona es:

- a) una abstracción extraordinariamente pobre;
- b) un pseudoconcepto jurídico vacuo
- c) un pseudoconcepto que carece de toda conexión sistemática con los valores, principios y normas propios de un Estado de Derecho;
- d) una nueva expresión del irracionalismo actual que pretende hacerse paso, y desgraciadamente lo está consiguiendo, en los sistemas jurídicos y en el de la ciencia jurídica, especialmente, en la dogmática jurídica penal;
- e) una concreción del pensamiento único, en cuanto que dimensión ideológica de la globalización;
- f) una importante manifestación de lo que he denominado una ideología jurídica “sistemática” en cuanto que dimensión ideológica del pensamiento único;
- g) en cuanto tal, sirve para enmascarar, justificar y coadyuvar a reproducir las formas normativas de irracionalidad jurídica y por tanto, negadoras del sistema de Derechos Humanos;
- h) una manifestación e instrumento ideológico-jurídico-político de un nuevo totalitarismo que pretende erosionar – y en parte lo está consiguiendo – el sistema de Derechos Humanos;

2. Las tesis de Jakobs niegan radicalmente todos y cada uno de los elementos componentes estructurales del sistema de Derechos Humanos.

3. El pensamiento de Jakobs, aunque aparentemente tiene una motivación aseguradora de los derechos, entra en franca colisión con un sistema garantista de los derechos fundamentales.

4. Las tesis de Jakobs suponen una pseudolegitimación de una “Derecho penal del enemigo” y de unas estructuras jurídico-políticas que suponen la existencia de graves violaciones de Derechos Humanos, la negación de las garantías institucionales internas e internacionales de los mismos y la afirmación de un Estado autocrático y arbitrario.

5. Dos manifestaciones actuales relevantes del nuevo asalto a la razón-utilizando la terminología de Lukács –, que derivan y responden a las características y efectos de la globalización y que deben ser combatidos son, entre otros, la doctrina del Derecho penal del enemigo y el concepto de no-persona.

6. La posibilidad de supresión de las garantías procesales, defendida por Jakobs tienen su razón no sólo en la pretendida insuficiencia del Estado de Derecho para combatir la delincuencia, como indica este autor, sino también en la negación radical del Estado de Derecho, mediante la negación de los valores sustentadores y legitimadores de los derechos fundamentales; especialmente del valor de la

dignidad de la persona.

7. Esa nueva manifestación de una concepción totalitaria del Derecho y del Estado demuestra, de forma negativa, la esencial unidad existente entre el fundamento y las garantías de los derechos humanos.

8. En las tesis de Jakobs queda palmariamente demostrada, de forma negativa, la esencial unidad existente entre los elementos estructurales de los derechos humanos, especialmente entre el fundamento y las garantías.

9. Una Teoría Crítica de los derechos humanos debe, entre otras tareas, analizar, desenmascarar y denunciar las formas de irracionalidad jurídica existentes en los diversos sistemas jurídicos y en las formulaciones doctrinales referentes a los mismos, ya sea Filosofía Jurídica, las Ciencias Jurídicas o las Ciencias sobre el Derecho.

10. Mediante esa labor crítica la Teoría de los Derechos Humanos puede consolidarse como una garantía de los derechos, en cuanto que instrumento dialéctico de educación en derechos humanos.

6. BIBLIOGRAFÍA

AMBOS, K. Derecho penal del enemigo. In: CANCIO MELIÁ, G.-J. D. (Coord.). **Derecho penal del enemigo**: el discurso penal de la exclusión. Buenos Aires: Edisofer, B de F, 2006. p. 119. Disponível em: <<http://lehrstuhl.jura.uni-goettingen.de/kambos/Person/doc/enemigo.pdf>>. Acesso em: 15 maio 2009.

AMBOS, K. Derecho penal del enemigo. Universidad Externado de Colombia Centro de Investigación Filosofía y Derecho. **Cuadernos de Conferencias y Artículos**, Bogotá, n. 41, 2007.

AMBOS, K. **El derecho penal frente a amenazas extremas**. Dykinson, Madrid, 2007.

BARCELONA, P. La teoría de los sistemas y el paradigma de la sociedad moderna. In: PORTILLA CONTRERAS, G. **Mutaciones de Leviatán**: legitimación de los nuevos modelos penales. Universidad Internacional de Andalucía, Akal, 2005. p. 21.

CALLALLI PIMENTEL, A. **Análisis del actual recrudescimiento y metástasis mundial de la política criminal atávica e inocuidadora**. Disponível em: <[http://www.alfonsozambrano.com/memorias/estudiantes/comision5/comision5\(3\).doc](http://www.alfonsozambrano.com/memorias/estudiantes/comision5/comision5(3).doc)>. Acesso em: 22 jan. 2009.

CALLEGARI, L.; ARRUDA DUTRA, F. Derecho penal del enemigo y derechos fundamentales. In: CANCIO MELIÁ, GOMEZ-JARA DÍEZ (Coord.). **Derecho penal del enemigo: el discurso penal de la exclusión**. Buenos Aires: Edisofer, B de F. 2006. v.1.

CANCIO MELIÁ, M.; MARAVER GÓMEZ, M. El derecho penal español ante la inmigración: un estudio político-criminal. **Revista Cenipec**, 1 de enero de 2006. Disponible em: <http://www.accessmylibrary.com/coms2/summary_0286-32166151_ITM>. Acceso em: 15 fev. 2009.

CANCIO MELIÁ, GOMEZ-JARA DÍEZ (Coord.). **Derecho penal del enemigo: el discurso penal de la exclusión**. Buenos Aires: Edisofer B de F. 2006.

CANCIO MELIÁ, M. De nuevo ¿:”Derecho penal” del enemigo? In: CANCIO MELIÁ, GOMEZ-JARA DÍEZ (Coord.). **Derecho penal del enemigo. El discurso penal de la exclusión**. Buenos Aires: Edisofer, B de F. 2006. v. 1.

CAPELLA, J. R. Las raíces culturales comunitarias. In: SILVEIRA GORSKI, H. C. **Identidades comunitarias y democracia**. Madrid: Trotta, 2000. p. 63.

DAL LAGO, A. Personas y no personas. In: SILVEIRA GORSKI, H. C. **Identidades comunitarias y democracia**. Madrid: Trotta, 2000. p. 127.

DOZO MORENO, S. **Entrevista a Günther Jakobs, especialista en teoría del derecho**: el “El enemigo tiene menos derechos” en La Nación. Disponible em: <Internet: <http://www.gacemail.com.ar/Detalle.asp?NotaID=5334>>. Acceso em: 21 jan. 2009.

FERNANDEZ SEGADO, F. (Coord.). **Dignidad de la persona, derechos fundamentales, justicia constitucional y otros estudios de derecho público**. Madrid: Dykinson, 2008.

FERRAJOLI, L. II “**Diritto penale del nemico**” e la dissoluzione del **Diritto penale. Criminal law for the enema and the dissolution of the criminal law**. Disponible em: <http://www.panoptica.org/novfev08v2/A2_V0_N11_A5.pdf>. Acceso em: 18 fev. 2009.

_____. **Garantismo**: una discusión sobre derecho y democracia. Madrid:

Trotta, 2006.

_____. **Derecho y razón: teoría del garantismo penal.** Madrid: Trotta, 2005.

_____. De los derechos de los ciudadanos a los derechos de la persona. In: SILVEIRA GORSKI, H. C. **Identidades comunitarias y democracia.** Madrid: Trotta, 2000. p. 235.

GARCÍA AMADO, J. A. El obediente, el enemigo, el derecho penal y Jakobs. In: CANCIO MELIÁ, GOMEZ-JARA DÍEZ (Coord.). **Derecho penal del enemigo: el discurso penal de la exclusión.** Buenos Aires: Edisofer, B de F. 2006. v. 1. p. 887.

GRACIA MARTIN, L. Consideraciones críticas sobre el actualmente denominado “Derecho penal del enemigo”. **Revista electrónica de ciencia penal y criminología**, n.7, 2005. Disponible em: <<http://criminet.ugr.es/recpc/07/recpc07-02.pdf>>. Acceso em: 15 fev. 2007.

GRACIA MARTÍN, L. **Sobre la negación de la condición de persona como paradigma del derecho penal del enemigo.** In: CANCIO MELIÁ, GOMEZ-JARA DÍEZ (Coord.). **Derecho penal del enemigo: el discurso penal de la exclusión.** Buenos Aires: Edisofer, B de F. 2006. v. 1.

GROSSO GARCÍA, M. S. ¿Qué es y qué puede ser el “Derecho penal del enemigo”? una aproximación crítica al concepto. In: CANCIO MELIÁ, GÓMEZ-JARA DÍAZ (Coord.). **Derecho penal del enemigo: el discurso penal de la exclusión.** Buenos Aires: Edisofer, B de F. 2006. v.1.

HÄBERLE, P. La dignidad del hombre como fundamento de la comunidad estatal. In: FERNANDEZ SEGADO, F. (Coord.). **Dignidad de la persona, derechos fundamentales, justicia constitucional y otros estudios de derecho público.** Madrid: Dykinson, 2008. p. 176.

JAKOBS, G. **Sociedad, norma y persona en una teoría de un derecho penal funcional.** Madrid: Civitas, 1996.

_____. **Ciencia del derecho ¿técnica o humanística?** Universidad Externado de Colombia: Centro de Investigaciones de Derecho penal y Filosofía del

Derecho, 1996.

_____. **Personalität und exklusion im Strafrecht.** En: **Die Strafrechtswissenschaften im 21. Jahrhundert.** Festschrift für D. Spinellis: Athen 2001. p. 447.

_____. **Dogmática del derecho penal y la configuración normativa de la sociedad,** Thomson. Madrid: Civitas, 2004. p. 40.

_____. **¿Derecho penal del enemigo? un estudio acerca de los presupuestos de la juridicidad.** In: CANCIO MELIÁ, GOMEZ-JARA DÍEZ (Coord.). **Derecho penal del enemigo. El discurso penal de la exclusión.** Buenos Aires: Edisofer, B de F. 2006, v.2, p. 93.

_____. Sobre la génesis de la obligación jurídica. **Doxa**, Alicante, n. 23, p.323, 2000. Disponible em: <http://www.cervantesvirtual.com/servlet/SirveObras/12383873132368273109213/Doxa23_13.pdf>. Acceso em: 11 fev. 2009.

JAKOBS, G.; CANCIO MELIÁ, M. **Derecho penal del enemigo.** Madrid: Civitas, 2003.

LIMA TORRADO, J. Globalización y derechos humanos en anuario de filosofía del derecho. **Nueva época**, Madrid, 2000, t. 17. p. 43.

_____. La globalización como determinante de la crisis actual de las garantías de los derechos humanos. **A distancia**, Madrid, Universidad Nacional de Educación a Distancia, v. 19, n 2, p. 22, Invierno 2001/2002.

_____. Problemas concernientes a la ambigüedad conceptual y terminológica de la globalización y su incidencia sobre el sistema de derechos humanos. In: ZAPATERO, V. (Ed.). **Horizontes de la filosofía del derecho.** Homenaje a Luis García San Miguel, Universidad de Alcalá, Alcalá de Henares, 2002. v. 1. p. 573.

_____. **El pensamiento único y su incidencia ideológica sobre el sistema de derechos humanos** en AA.VV.: **Actas del III Congreso Católicos y Vida Pública. Retos de la Nueva Sociedad de la Información**, Fundación Universitaria San Pablo CEU, Fundación Santa María, Madrid, 2002, v. 1, p. 277.

_____. *Globalización e integración del “otro” en las sociedades complejas: multiculturalismo y pluriculturalismo en AAVV: La globalización y la crisis de los derechos*, Madrid, Universidad Nacional de Educación a Distancia, Madrid, 2005, p. 137.

_____. El fundamento de los derechos humanos. *Revista de Ciencias Sociales*, Valparaíso, n. 24, Primer Semestre de 1984, p. 35.

LOPEZ MORENO, A. La dignidad y la libertad de la persona. In: PUY MUÑOZ, F. LOPEZ MORENO, A. (Coord.). **Manual de teoría del derecho**. Madrid: Colex, 1999, p. 51.

LUCAS, J. de. Nuevas estrategias de estigmatización . El derecho frente a los inmigrantes. PORTILLA CONTRERAS, G. (Coord.). **Mutaciones de Levia-tán: Legitimación de los nuevos modelos penales**. Madrid: Universidad Inter-nacional de Andalucía, 2005.

LUKÁCS, G. **El asalto a la razón: La trayectoria del irracionalismo desde Schelling hasta Hitler** . 2. ed. Barcelona-México: Grijalbo, 1968.

MANNA, A. **Erosión de las garantías individuales en nombre de la eficacia de la acción de lucha contra el terrorismo: la privacy**. In: CANCIO MELIÁ, GOMEZ-JARA DÍEZ (Coord.). **Derecho penal del enemigo: el discurso penal de la exclusión**, Buenos Aires: Edisofer, B de F. 2006. v. 2. p. 259.

MUÑOZ CONDE, F. **Edmund Mezger y el derecho penal de su tiempo**. València, Tirant Lo Blanch, 2000.

MUÑOZ CONDE, F. **De nuevo sobre el “Derecho penal del enemigo”**. In: CANCIO MELIÁ, GOMEZ-JARA DÍEZ (Coord.). **Derecho penal del enemi-go. El discurso penal de la exclusión**. Buenos Aires: Edisofer, B de F. 2006. v. 2. p. 339.

OLIVAS, E. **Sobre algunas consecuencias jurídico-políticas de la globaliza-ción**. Madrid: Reus, 2004.

PIÑA ROCHEFORT, J. I. **La construcción del “enemigo” y la reconfiguraci-ón de la “persona”**: Aspectos del proceso de formación de la estructura social.

In: CANCIO MELIA, GÓMEZ-JARA (Coord.). **Derecho penal del enemigo: el discurso penal de la exclusión**. Montevideo: Edisofer, Editorial B. de F. 2006. v. 2. p. 571.

PORTILLA CONTRERAS, G. **La legitimación doctrinal de la dicotomía schmittiana en el Derecho Penal y Procesal Penal del "enemigo"**. In: CANCIO MELIÁ, GOMEZ-JARA DÍEZ (Coord.). **Derecho penal del enemigo: el discurso penal de la exclusión**. Montevideo: Edisofer, B de F. 2006. v. 2. 2, p. 657.

PORTILLA CONTRERAS, G. (Coord.). **Mutaciones de Leviatán: legitimación de los nuevos modelos penales**. Madrid: Universidad Internacional de Andalucía, Akal, 2005.

SANCHEZ GARCÍA DE PAZ, I. Alternativas al derecho penal del enemigo desde el derecho penal del ciudadano. In: CANCIO MELIÁ, GOMEZ-JARA DÍEZ (Coord.). **Derecho penal del enemigo: el discurso penal de la exclusión**. Buenos Aires: Edisofer, B de F. 2006. v. 2. p. 851.

SÁNCHEZ-VERA, Y.; GÓMEZ TRELLES, J. **Semblanza del Profesor Günther Jakobs**. In: JAKOBS, G. **Dogmática de derecho penal y la configuración normativa de la sociedad**. Madrid: Thomson-Civitas, 2004. p. 15.

SILVA SÁNCHEZ, J. M. Los indeseados como enemigos. La exclusión de seres humanos del status personae. **Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología RECPC**, 09 enero, 2007. Disponible em: <<http://criminnet.ugr.es/recpc/09/recpc09-01.pdf>>. Acceso em: 15 jan. 2009.

STARCK, C. **La dignidad del hombre como garantía constitucional, en especial, en el derecho alemán**. In: FERNANDEZ SEGADO, F. (Coord.). **Dignidad de la persona, derechos fundamentales, justicia constitucional y otros estudios de derecho público**. Madrid: Dykinson, 2008. p. 240.

VÍQUEZ, K. Derecho penal del enemigo ¿Una quimera dogmática o un modelo orientado al futuro? **Política Criminal**, n. 3, 2007, p. 1-18. Disponible em: <http://www.politicacriminal.cl/n_03/a_2_3.pdf>. Acceso em: 18 jan. 2009.

WEEZEL, A. V. Persona como sujeto de imputación y dignidad humana. In: CANCIO MELIÁ, GOMEZ-JARA DÍEZ (Coord.). **Derecho penal del enemi-**

go: el discurso penal de la exclusión. Buenos Aires, Edisofer, B de F. 2006. v. 2. p. 1057.

PSEUDO-CONCEITO DE NÃO-PESSOA: DA NEGAÇÃO DO FUNDAMENTO DOS DIREITOS HUMANOS À JUSTIFICATIVA DA NEGAÇÃO DAS GARANTIAS

RESUMO: A dignidade humana, quanto ao fundamento dos direitos humanos, está essencialmente unida à garantia dos mesmos. A atual tendência à negação desse fundamento, através da teoria do direito penal do inimigo e do conceito de não-pessoa, implica abrir a porta à negação das garantias dos direitos, à razão de Estado, à falência do Estado de Direito e ao terrorismo de Estado.

PALAVRAS-CHAVE: Dignidade Humana, Direitos Humanos, Direito Penal do Inimigo, Conceito de não-pessoa, Estado de Direito.