

LAS CATILINARIAS DE CICERÓN

Y EL DERECHO PENAL DEL ENEMIGO

THE CATILINARIAS OF CICERO AND THE CRIMINAL LAW OF THE ENEMY

Miguel Polaino-Orts

Profesor Titular de Derecho penal en la Universidad de Sevilla, Coordinador del Máster de Derecho Penal y Vicedecano de la Facultad de Derecho. Académico correspondiente de la Academia Nicaragüense de Ciencias Jurídicas y Políticas (ANCJP).

Contacto: mpolaino@us.es



0000-0002-7634-813X

Recibido: 15.05.2020/Aceptado: 23.06.2020

RESUMEN

En el presente ensayo se estudian los antecedentes del concepto de Derecho penal del enemigo en los cuatro discursos de las Catilinarias de Cicerón.

PALABRAS CLAVE

Derecho penal del enemigo, organización delictiva, alejamiento, pena de muerte.

ABSTRACT

In this essay, the background to the concept of enemy criminal law is studied in the four speeches of the Cicero Catilinarias.

KEYWORDS

Enemy criminal right, criminal organization, estrangement, death penalty.

Sumario

- Cuatro cuestiones suscitadas en las Catilinarias ciceronianas
- | La noción de enemigo en perspectiva histórica
 - | El elemento asociativo: la rebelión grupal
 - | El aseguramiento espacial del sujeto desconfiable y peligroso
 - | La aniquilación del enemigo: la pena de muerte | Conclusiones
 - | Referencias bibliográficas

Cuatro cuestiones suscitadas en las Catilinarias ciceronianas

En los discursos contra Catilina, conocidos con el nombre de Catilinarias, se contienen los vibrantes y brillantes alegatos pronunciados entre el 8 de noviembre y el 5 de diciembre del año 63 por el célebre orador y político Marco Túlio Cicerón quien, en su calidad de cónsul, desenmascaró y abortó la realización de un golpe de Estado encabezado por el rebelde Lucio Sergio Catilina que tenía como finalidad la subversión del orden estatal, la destrucción de Roma y la eliminación de algunos de los más representativos prohombres del Estado. Muchas son las aristas de esos textos apasionantes que ahora, al cabo de tantos siglos transcurridos, siguen conservando frescura y actualidad. En el presente ensayo se aportará un poco de luz sobre una de esas diversas perspectivas que nos ofrece el texto ciceroniano: los aportes precursores y paradigmáticos que los alegatos del cónsul Cicerón representan al contenido de lo que modernamente ha llamado Jakobs, desde 1985, derecho penal del enemigo, por oposición al derecho penal del ciudadano.

La terminología mencionada (enemigo versus ciudadano) no es desconocida en las Catilinarias. Más de una treintena de ocasiones registro en ellas el empleo del concepto enemigo, muchas veces contraponiéndolo a su concepto antítetico, el de ciudadano (y ello sin contar los términos afines, que también menudean en el discurso). No se analizarán ni se mencionarán aquí todas esas ocasiones, pero sí se espigará, de todas ellas, algunos pasajes para luego analizarlos desde la óptica del concepto de derecho penal enemigo. Se transcribirá, en primer lugar, algunas de esas citas, para luego analizar su significado y su capacidad de rendimiento en la conformación primigenia del contenido del concepto. Vamos a ello:

«Hubo, sí, hubo en otros tiempos en esta república la norma de que los varones esforzados impusieran mayor castigo a los ciudadanos perniciosos que a los más acerbos enemigos» (Cicerón, s.f., p. 7).

«Hay acampado en Italia, en los desfiladeros de Etruria, un ejército dispuesto contra la república crece día por día el número de los enemigos: el general de ese ejército, el jefe de esos enemigos está dentro de la ciudad y hasta lo vemos dentro del Senado maquinando sin cesar algún daño interno a la república» (Cicerón, s.f., p. 18).

«El cónsul ordena al enemigo salir de la ciudad. Pregúntasme: ¿Para ir al destierro? No lo mando. pero si me consultas, te lo aconsejo» (Cicerón, s.f., p. 21).

«Por lo cual, como repetidamente te he dicho, vete, y si, cual dices, soy tu enemigo, excita contra mí el odio yendo derecho al destierro» (Cicerón, s.f., p. 26).

«Si mi patria, que me es mucho más cara que la vida; si toda Italia, si toda la república dijera: «Marco Túlio, ¿qué haces? ¿Permitirás salir de la ciudad al que has demostrado que es enemigo, al que ves que va a ser general de los sublevados, al que sabes aguardan éstos en su campamento para que los acaudille, al autor de las maldades y cabeza de la conjuración, al que ha puesto en armas a los esclavos y a los ciudadanos perdidos, de manera que parezca, no que le has echado de Roma, sino que le has traído a ella? ¿Por qué no mandas prenderle, por qué no ordenas matarle? ¿Por qué no dispones que se le aplique el mayor suplicio? ¿Quién te lo impide? ¿Las costumbres de nuestros mayores? Pues muchas veces en esta república los particulares dieron muerte a los ciudadanos perniciosos» (Cicerón, s.f., p. 27).

«Márchate, pues, Catilina, para bien de la república, para desdicha y perdición tuya y de cuantos son tus cómplices en toda clase de maldades y en el parricidio; (...) librarás de sus atentados la vida y los bienes de todos los ciudadanos y a los perseguidores de los hombres honrados, enemigos de la patria, ladrones de Italia, en criminal asociación unidos para realizar maldades, los condenarás en vida y muerte a eternos suplicios» (Cicerón, s.f., p. 30).

«Expulsado de Roma, Catilina abandonó su posición y ya no es sino un enemigo declarado, al cual, sin que nadie lo impida, faremos justísima guerra» (Cicerón, s.f., p. 31).

«Mas si alguno de vosotros, por ser tan celoso patriota como todos debieran serlo, me censura con vehemencia a causa de lo que yo considero un triunfo de mi discurso, acusándome de haber dejado escapar tan temible enemigo a quien debí prender, contestaré que no es mía la culpa, ciudadanos romanos, sino de las circunstancias» (Cicerón, s.f., p. 32).

«He puesto las cosas en términos de que, al verle enemigo declarado, le hagáis públicamente la guerra. Juzgad, ciudadanos, cuánto temeré a este enemigo fuera de la ciudad, al deciros que mi único pesar es que haya salido de ella tan poco acompañado» (*Idem*).

«Cuando llegó Catilina, ¿qué senador le dirigió la palabra? ¿Quién le saludó? ¿Quién, finalmente, dejó de mirarle, no como mal ciudadano, sino como mortal enemigo? Los principales senadores abandonaron y dejaron vacíos los asientos del lado al que él se acercó» (Cicerón, s.f., p. 36).

«Mas por qué hablamos tanto de un solo enemigo, de un enemigo que ya se ha declarado por tal y a quien no temo desde que, como deseé siempre, hay un muro entre él y nosotros, y nada decimos de los que disimulan y permanecen en Roma y viven a nuestro lado» (Cicerón, s.f., p. 38).

«En cuanto a los que permanecen en la ciudad y dejó en ella Catilina para la ruina de Roma y de todos vosotros que habitáis en ella, aunque son enemigos, como nacieron conciudadanos nuestros, quiero hacerles y repetirles una advertencia» (Cicerón, s.f., p. 43).

«Y la clemencia del Senado es tan grande, ciudadanos, que a pesar de la importancia de la conjuración, de la fuerza y multitud de los enemigos interiores, considera salvada la república castigando a nueve de los más criminales y dejando a los demás que se arrepientan de su extravío» (Cicerón, s.f., p. 52).

«Verdad es que mientras Catilina estuvo en Roma, previne y reprimí constantemente sus intentos; pero si hubiera estado hasta hoy, lo menos que puedo decir es que habríamos necesitado luchar contra él, y jamás, teniendo tal enemigo dentro de Roma, pudiera yo librar a la república de tan grandes peligros, con tanta paz, tanto sosiego y tan calladamente» (Cicerón, s.f., p. 54).

«Al enemigo de la república no se le debe considerar como ciudadano» (Cicerón, s.f., p. 67).

«Ahora, para destruirla hasta en sus fundamentos, excita su nieto a los galos, subleva a los esclavos, llama a Catilina, encarga a Cetego matar a todos nosotros, a Gabinio quitar la vida a los demás ciudadanos, a Casio incendiar la ciudad, a Catilina, en fin, la devastación y ruina de toda Italia. Paréceme que no temeréis se estime severo el castigo que impongáis a tan atroz y bárbaro delito; mucho más es de temer, al ser benignos en la pena, resultar crueles contra la patria, que rigurosos, por la severidad del castigo, con tan implacables enemigos» (Cicerón, s.f., p. 69).

«Exceptúo a esos hombres, y de buen grado los aparto por no creer que se les debe contar entre los malos ciudadanos, sino en el número de los más perversos enemigos» (Cicerón, s.f., p. 70).

«Bien veo que me he granjeado tantos enemigos cuantos son los conjurados, y ya sabéis cuán crecido es su número; pero a todos los tengo por abyectos, viles y despreciables» (Cicerón, s.f., p. 72).

La lectura de los pasajes seleccionados suscita varias cuestiones desde la óptica del derecho penal del enemigo. En concreto, en las páginas que siguen referiremos brevemente a cuatro de esas cuestiones: la propia calificación de Catilina y sus correligionarios, o en general: la definición del concepto de enemigo analizado desde una perspectiva histórica; en segundo término, el elemento asociativo o grupal como elemento de elevación exponencial del potencial lesivo y desestabilizador; en tercer término, el aseguramiento espacial del enemigo mediante la medida de alejamiento; y finalmente el de la aniquilación del enemigo mediante la muerte violencia del mismo.

La noción de enemigo en perspectiva histórica

La primera cuestión se refiere a una cuestión conceptual básica, la determinación de la noción de enemigo, que sirve de base al derecho penal del enemigo. Se trata, a no dudarlo, de una terminología gráfica, no exenta de cierta capacidad provocativa. De hecho, el fenómeno del derecho penal del enemigo ha sido objeto de no pocas descalificaciones basadas, primordialmente, en prejuicios morales o políticos (pero no científicos), relativos al término «enemigo». Ello ha llevado a un rechazo automático y ciego de las reflexiones de Jakobs, acuñador del concepto, sin ni siquiera atender en no pocos casos al contenido del concepto.

Por ello, un crítico (científico) del derecho penal del enemigo, Gracia Martín, ha llegado a decir que «la mayor parte —si no la totalidad— de las objeciones que se formulan contra él (scil. derecho penal del enemigo) no logran traspasar el umbral de lo emocional y de lo retórico» (Gracia, 2005, p. 187), y ello debido a que

Se parte de la premisa, de carácter emocional, de que el Derecho penal del enemigo es algo que simplemente no debe ser en absoluto, y ya todo lo que a partir de ahí se dice en contra se queda en la pura descalificación de aquél, meramente retórica, como algo totalitario y contrario al Estado de derecho, y poco más (Gracia, 2005, p. 187).¹

A propósito de los fragmentos de las Catilinarias haremos un recorrido por la evolución del concepto en clave histórica.

El enemigo en la antigüedad remota

El descriptivismo valorativo del término «enemigo» se llenó en la antigüedad remota de un contenido de signo negativo. Así, en algunos ordenamientos jurídicos de la antigüedad, la enemistad era un estado que surgía por un agravio privado como era el haber cometido un delito grave contra la familia de otra persona: el enemigo era aquel sujeto que había dado muerte a alguno de los progenitores, o de los parientes de esa otra persona hasta el cuarto grado, o había cometido algún delito contra bienes jurídicos de ese clan. Se trataba, pues, de un concepto puramente privado de enemigo, en el que quizá pueda hallarse el origen del término «enemigos internos». Pero pronto se amplió el significado del término, abarcando también la enemistad surgida por agravios públicos, en los asuntos de la cosa pública. De ahí se deriva la noción bética de enemigo, que alude comúnmente al adversario, o —más específicamente— al ejército contrario en la guerra.

¹ Luis Gracia Martín resalta que el discurso en Jakobs no sólo destaca por su «cuidada y meticulosa coherencia, sino también (por) una gran potencia teórica y política» (Gracia, 2005, p. 190), de modo que considera que «es preciso superar tales actitudes (scil. emocionales) mediante una aproximación analítica y filosófica, aunque sólo sea porque éste, precisamente, es el modo, riguroso e impecable científicamente, en que procede Jakobs» (Ibid.). Incluye en lo que denuncia Gracia, por ejemplo: (Zaffaroni, 2006, pág. 12).

El enemigo en el derecho romano

En la época romana antigua, se hablaba preferentemente de *hospes* (literalmente: huésped, esto es: persona extraña a Roma acogida al *hospitium*², lo cual suponía entrar en relaciones con ciudadanos de cualquier ciudad extranjera que no estuviese en guerra con la propia) (Arangio, 1994, p. 174), término que posteriormente fue desecharido en favor de otras nominaciones o categorías: *perduellis*, *hostis*, *peregrinus*, *barbarus*, *inimicus*. El término «enemigo» se introduce a partir del siglo III a. C. Desde ese momento menudea el empleo de dicho término en los textos positivos de la época.³

De raíz latina (*in-amicus*), en sus orígenes tenía un significado considerablemente neutral, pues se refería a todo aquel con quien no se había contraído deuda ni obligación alguna, siendo meramente un no-amigo desligado por completo del dicente, esto es, no ligado con él por atadura alguna (*ob-ligatus*). Enemigo no era, por ello, necesariamente, el oponente o contradictor de mala fe, situaciones que se reservaban, al menos en una época avanzada, para otras nociones como *hostis* y *rivalis*, de donde proceden conceptos actuales como hostil, hostilidad, rival y rivalidad⁴, que —en fin— informaban por lo común los enfrentamientos bélicos. Así, en las doce tablas se consagraba el principio *adversus hostis aeterna auctoritas* esto, informador de todas las guerras y conflictos bélicos de la antigüedad.

En el concepto de *hostis* no puede hallarse tampoco una evolución unívoca ni lineal. Varios son los significados que se atribuyen, a lo largo de su evolución histórico-jurídica, a ese mismo significante. Al principio el término *hostis*, al igual que la noción de *inimicus*, no se rellenaba necesariamente de un contenido peyorativo. Antes bien, designaba en un inicio al extranjero de un pueblo amigo (en el sentido de huésped que es visto por Roma con buenos ojos, esto es, con la mirada puesta en posibles relaciones comerciales) o, al menos, de un pueblo con el cual Roma no se encontraba en guerra.

Etimológicamente, *hostis* significaba, pues, extraño, siendo en la época antigua equivalente a *hospes* (Gutiérrez, 1948, p.248). Por el contrario, se reservaba el término *perduellis* a los originarios de un pueblo enfrentado a Roma mediante un conflicto bélico más o menos permanente. Posteriormente los contornos de ambos términos (*hostis* y *perduellis*) se fueron difuminando, perdiendo sentido la nítida delimitación semántica anterior: así, el término de *perduellis* pasó a identificar al enemigo interior, y más concretamente al sujeto especialmente peligroso que dentro del Estado cometía un delito de lesa majestad.

Por su parte, a partir del siglo III a.C., el vocablo *hostis* se identificó correlativamente con el extranjero enemigo (en el sentido en que lo emplean las leyes de las doce tablas), esto es, pasando a designar a aquellos individuos pertenecientes a un pueblo con el cual ha entrado Roma en guerra.⁵ Al *hostis* enemigo, llamado más propiamente *inimicus*, se le excluía

² Así se expresa en el Digesto justiniano: D. 9, 3, 1, 9. Asimismo, Faustino Gutiérrez Alviz (1948, p. 248), Sub *voce* “*hospes*”.

³ Así también, v. gr., en el digesto y en otros textos: D. 50, 16, 118; D. 49, 15, 24; C. 4, 23, 1.

⁴ Empero, el reciente intento de Zaffaroni (2005), de demostrar si el concepto romano de *hostis* que él identifica con la «situación de extranjero, extraño, enemigo, privado de todo derecho» (p. 638) pervive en la actualidad. Al respecto, de manera exhaustiva: (Cornacchia, 2006, p. 416; Agamben, 2004, p. 146).

⁵ Así, los ya citados fragmentos D. 50, 16, 118; D. 49, 15, 24; C. 4, 23, 1. También, Faustino Gutiérrez Alviz (p.248), Sub *voce* “*hostis*”.

plenamente de derechos civiles, aplicándosele la muerte o reduciéndolo a un estado de esclavitud, esto es, obligándole a prestar servicios corporales de utilidad para el Imperio.

Junto a la categoría de enemigo, se situaba la condición de peregrinidad (*peregrinus*), que a veces llegó a identificarse, esto es, a confundirse con aquél. En época remota, el término *peregrinus* se empleó en el originario sentido de *hostis*, esto es, para designar de manera neutral al extranjero nativo de una nación amiga de Roma que viene al Imperio (bien para visitar a amigos, bien para entablar relaciones de negocios, etc.), de manera que se relaciona con ciudadanos romanos. El peregrino, en los contactos y disputas con los ciudadanos romanos, se rige por el *ius gentium*, no pudiendo acogerse al *ius civile romanorum*, que es el derecho propio y exclusivo de los habitantes de la *civitas*, y que queda, por tanto, reservado a los ciudadanos romanos.

En resumen, en sus inicios, el peregrino no goza del *status civitatis* romano, esto es, no es ciudadano romano sino ciudadano de otro Estado con quien Roma no mantenía hostilidad: precisamente por tener otro *status civitatis* no puede gozar ni beneficiarse del *ius civile* (aplicable a los habitantes de la *civitas*), salvo cuando Roma se lo reconoce expresa y excepcionalmente.

Posteriormente, el vocablo *peregrinus* mutó su contenido semántico coloreándose de un sentido negativo, esto es, perdiendo su original neutralidad. De esta manera, llegó el vocablo a ser entendido como sinónimo de enemigo. La razón de ser de esta equiparación estribaba, sin duda, en la interpretación extensiva que se hizo del *estatus* jurídico del *peregrinus*. Es cierto que, literalmente, el peregrino designaba al extranjero o foráneo, por oposición al ciudadano romano: *civis*.

En tanto ciudadano extranjero, no gozaba en Roma de derecho político alguno (ni del derecho electoral —*ius suffragii*— ni del derecho a aspirar a magistraturas romanas —*ius honorum*—) y, en lo que hace a los derechos privados, no podía invocar más que el *ius gentium* quedando al margen del *ius civile romanorum* (Serafini, 1927, p.166). En este sentido, y sobre la base de que la personalidad jurídica, tanto en lo público como en lo privado, se consideraba un privilegio del ciudadano (Iglesias, 1994, p.129), la posición jurídica del extranjero (*peregrinus*) fue quedando rezagada frente a la del ciudadano, agrandándose aparentemente las diferencias entre el ciudadano romano y el peregrino: mientras el primero lo era o lo podía ser todo, el segundo principió por no poder ser casi nada. De este modo, con cierta ligereza, se llegó a contraponer la figura del peregrino a la del ciudadano (*civis*) (Iglesias, 1994, p.130), y llevando la contraposición al extremo se llegó a estimar que todo aquel que no participaba del *status civitatis* era automáticamente hostil a Roma, enemigo del Imperio.

Sin embargo, de la ausencia de reconocimiento de derechos civiles del peregrino (Arias, 1960, p.74) no puede extraerse sin más una equiparación entre el foráneo o extranjero (*peregrinus*) y el enemigo (*inimicus*). El concepto de peregrino es mucho más diferenciado, de manera que conviene hilar fino para establecer sus diversos significados.

En términos generales, se llama peregrinos a todos aquellos habitantes pertenecientes a comunidades o Estados foráneos, a quienes Roma combatió o destruyó, o bien se relacionó con ellas firmando pactos. En este sentido, se distinguen dos clases de peregrinidad: a) *alicuius civitatis* y b) *ullius civitatis*. Los peregrinos *alicuius civitatis* —que tenían una categoría superior

aunque sin llegar a ser ciudadanos romanos— vivían o podían vivir dentro del mundo romano, por oposición a los *hostes* o *barbari*, con los cuales Roma no tenía relaciones normales (Arias, 1960, p. 74), ni se les permitía vivir en el Imperio: *el barbarus u hostis* era todo aquel que, por vivir fuera de las fronteras de Roma, era considerado enemigo, activo o en potencia, del Imperio Romano, y por ello quedaba excluido de la ley del imperio.⁶

A los *peregrini alicuius civitatis* se les permitía vivir en la *civitas*, aunque, al no ser ciudadano romano, carecían de personalidad jurídica plena, y —en el fondo— pesaba sobre ellos la fama de haber sido contendientes de Roma, actuales o potenciales, al pertenecer a un Estado foráneo. Aunque Roma les permitía vivir en la *civitas*, habían de satisfacer *stipendia* (impuestos) y *portuaria* (derechos arancelarios de entrada en la frontera). Por regla general, Roma les respetaba su condición peculiar y *sui generis*, creándose incluso, en el año 242 a.C., junto al *praetor urbanus*, la figura del *praetor peregrinus*, magistrado de la jurisdicción civil que conocía de los litigios entre extranjeros o entre ciudadanos romanos y súbditos foráneos (peregrinos), que resolvía con ayuda del *ius gentium* aplicable a tales casos (*praetor qui inter cives et peregrinos ius dicit*) (Gutiérrez, 1948, p.490).

Más drástico era el trato que se concedía a los llamados *peregrini ullius civitatis*, también conocidos como *peregrini dediticii*, aquellos foráneos originarios de pueblos con quienes Roma había entrado en armas y que se rindieron posteriormente sin condiciones. El *peregrinus dediticius* —el rendido sin más— era visto con gran recelo, y el contacto con ellos no era grato: propiamente eran súbditos del Imperio. Por ello, no se le reconocían derecho alguno, ni pertenecían a la *civitas*, ni podían —por tanto— vivir en Roma ni alrededor de ésta en un radio de cien millas ni tenían, en el orden privado, otra actividad jurídica que la protegida por el *ius Gentium* (Arias, 1960, p. 75).

En el *estatus de peregrini dediticii* podían caer aquellos ciudadanos o esclavos manumitidos que hubieran sido condenados penalmente. Además, los peregrinos *dediticios* estaban sometidos al *tributum capitii*. La Constitución de Caracalla (del año 212), si no suprimió en absoluto la existencia de *peregrini* dentro del Imperio, sí los redujo al mínimo (Arias, 1960, p. 75), al reconocer la ciudadanía romana a todos los habitantes del Imperio.

El concepto de enemigo en el derecho histórico español

Las partidas alfonsinas, cuerpo normativo en siete libros redactados en Castilla a mediados del siglo XIII durante el reinado de Alfonso X «el Sabio», definen la enemistad como «malquerencia con mala voluntad que ha *ome* contra sus enemigos por razón de deshonra, o de tuerto que fizieron, a él o a los suyos»⁷ y acogen igualmente la distinción dicotómica entre enemigos interiores o «de la tierra» y exteriores o «de fuera». Los enemigos de fuera o exteriores «son aquellos que han guerra con el rey paladinamente» (Martínez, 1885,

⁶ Como enseñan las Catilinarias de Cicerón, que excluye la aplicación de la ley del Imperio a los enemigos «porque estos, como enemigos del Estado, no eran ya ciudadanos romanos y habían perdido la posibilidad de un procedimiento jurídico regular» (IV, 10). Al respecto Daniel R. Pastor (2006), quien considera que en la célebre acusación contra los conjurados de Catilina «quedaron plasmados los fundamentos jurídicos del derecho penal del enemigo» (p. 174).

⁷ Vid. la Ley 1^a «Que cosa es enemistad e quantas maneras son de enemigos», tít. XIX «*Qual dene* ser el pueblo, en guardar al rey de sus enemigos», Part. 2^a, en (Martínez, 1885, p. 326).

p, 327). Por su parte, los enemigos de la tierra se definen como aquellos «que moran o bien cotidianamente en ella», reputándose estos más peligrosos porque

Son más dañosos que los de fuera, porque son como los de casa: e non se puede ome bien guardar dellos porque han semejança de bien, e fazen a las vegadas muy grandes males e grandes daños a los que mal quieren. E por ende dixo el sabio que ninguna pestilencia non es mas fuerte para empecer al ome, que el enemigo de casa, porque sabe todo su fecho e puedesele estoruar mas de ligero (Martínez, 1885, p, 327).

La polisemia actual de la noción de enemigo

La evolución histórica posterior del término «enemigo» revela la desnaturalización que ha experimentado dicha noción. Es, quizá, uno de los conceptos más usados a lo largo de la historia, por regímenes políticos, agrupaciones sociales, particulares, económicas, religiosas o pseudorreligiosas, de todo signo, siempre para señalar, con dedo acusador, a quien no comparte los mismos postulados que el dicente. Así, por ejemplo, existen o han existido a lo largo de la historia «enemigos políticos», burgueses y contrarrevolucionarios como «enemigos de las clases obreras» (Luisi, sf., p. 237), «enemigos del Islam», «enemigo interno (o —como lo llama Nihils Christie— apropiado o cómodo)» (Faraldo, Brandariz y Puente, 2004, p. 44), y se han distinguido varias parejas de categorías conceptuales, como el binomio «enemigo interno/enemigo externo»⁸, «enemigo relativo/enemigo absoluto» (Aponte, 2005, p. 35) o el ya mencionado «enemigo público/enemigo privado», desarrollado por el politólogo Schmitt en el derecho público, etc.

Pero no se ha quedado ahí la ampliación de la semántica del término. La enemistad se identifica, también, con aspectos claramente subjetivos, como es la malevolencia de la gente (enemigo es, en ese sentido, quien tiene mala voluntad, o le desea el mal a alguien). El campo de significado del término «enemigo», finalmente, se ha extendido desmesuradamente, de manera que hoy en día se emplea el término «enemigo» para señalar a todo lo que es contrario a una cosa⁹: «enemigo» de la moda, de la velocidad, del tabaco, de la fiesta nacional, etc., de manera que el concepto «enemigo» vendría a equivaler a todo aquel que ejerciera un simple «derecho a la disidencia», sin necesidad de que dicho desacuerdo de voluntades fuera malévolos, injusto o malintencionado.

Los vaivenes del término «enemigo» a lo largo de los siglos (de su «neutralidad» primigenia a su sentido plurisignificativo o polisémico del presente) hacen de él, en la actualidad, un

⁸ Vid. esta distinción en Kai Ambos, «Feindstrafrecht», ZStrR, tomo 124, 2006, págs. 10 y sigs., quien considera que la distinción entre ellos radica, esencialmente, en el mantenimiento de algunos derechos o en la pérdida de todos: «El enemigo exterior puede tener también (algún) derecho; en todo caso, dispone de ciertos derechos asegurados por el Derecho internacional humanitario: derechos mínimos a un trato humano; no pierde estos derechos, no se quedará sin derechos» (p. 10). «Algo completamente distinto sucede con el enemigo interior. Es un «disidente» en su propia sociedad. Enemigo interno es quien no vincula su propia existencia como individuo a una comunidad y no quiere integrarse en ella, quien no puede o no quiere atenerse a los valores fundamentales socialmente dominantes (...). El rechazo del otro, que amenaza la propia existencia e identidad es un concepto constitutivo para el enemigo (...). El enemigo así determinado no puede nunca tener derechos» (p. 10). También, en castellano, Id., «Derecho penal del enemigo», traducción de Carlos Gómez-Jara Díez, actualizada por Carlos Lamadrid, en Id., El Derecho Penal frente a amenazas extremas, Cuadernos Luis Jiménez de Asúa núm. 34, Dykinson, Madrid, 2007, pp. 93-95. Que la distinción no es aplicable al concepto que Jakobs maneja de enemigo lo prueba la absoluta exclusión de juridicidad que Ambos predica del enemigo interno.

⁹ No en vano ese es la primera acepción de dicho concepto en el DRAE.

concepto ciertamente poco asible, al menos desde un plano general y desde una perspectiva *a priori*, o —en los casos más extremos— un concepto que tiene mala prensa por connotaciones usualmente sentimentales, políticas o religiosas.¹⁰ Por ello, se hace preciso, a efectos de evitar que sea objeto de una unilateral interpretación *in malam partem* en el ámbito penal, un análisis más preciso del mismo: en primer lugar, contextualizando el concepto en la discusión actual y, en segundo término, analizando el vocablo en la dogmática funcionalista en que es acuñado por Jakobs.

El elemento asociativo: la rebelión grupal

Una segunda cuestión suscita las *Catilinarias* a propósito del derecho penal del enemigo: el elemento asociativo u organizativo de la rebelión contra el Estado. En toda la alocución de Cicerón queda patente la idea de que Catilina no actúa sólo, sino en el contexto de una actuación coordinada y organizada. Históricamente la dogmática penal ha evidenciado la supremacía del paradigma del autor individual en la configuración del injusto.

Desde hace un tiempo, se ha venido potenciando la relevancia del «injusto sistémico», que responde a un paradigma no de autor único, sino de autor estructural o colectivo, esto es: al paradigma de injusto de organización¹¹, centrándose primariamente en las estructuras del injusto del individuo y no del sistema (Lampe, 1994, p.97), pues aun cuando la doctrina penalista ha reconocido desde antiguo:

El hecho de que un autor puede agruparse con otros formando un sistema organizado de manera más o menos estricta, de ahí no ha extraído la consecuencia de que el autor pierda parte de su responsabilidad en detrimento del sistema social, ni que le corresponda un incremento en su cuota de responsabilidad debido al sistema (Lampe, 1994, p. 97).

Si se observa con detenimiento la estructura del delito de organización se apreciará que se compone de dos elementos: de un lado, el elemento asociativo (el concierto de varias personas al tiempo: «asociarse con otros») y, de otro, el elemento subjetivo («con fines delictivos»). Ni uno ni otro agotan ni explican cabalmente el contenido de injusto de los delitos de organización. Es más, ambos elementos son per se neutrales, esto es: en sí carecen de un sentido delictivo. El asociarse con otros es, por lo general, ejercicio de un derecho fundamental (el de asociación) reconocido por la Constitución.

Si se pregunta por qué razón asociarse con otros para ser miembro de un partido político, de un club de fútbol o de un centro cultural es ejercicio legítimo del derecho fundamental de asociación y, sin embargo, asociarse con otros para conformar una organización delictiva no sólo no es ejercicio de un derecho fundamental sino que además constituye un delito, la

¹⁰ «El Derecho penal del enemigo, independientemente de los deméritos que pueda implicar, es frecuentemente maltratado por una simple y frívola cuestión de terminología» y añade, cargado de razón: «(h)ay mucha gente partidaria del Derecho penal del enemigo, pero se aleja de él sólo por la terminología» (Cancio y Gómez-Jara, s.f., p. 278).

¹¹ Al respecto, puede verse el fundamental estudio de Ernst-Joachim Lampe, “*Systemunrecht und Unrechtsysteme*”, ZStW 106 (1994), p. 683 y sigs. («Injusto del sistema y sistemas de injusto», traducción española de Carlos Gómez-Jara Díez, en Ernst-Joachim Lampe, *La Dogmática jurídico-penal entre la ontología social y el funcionalismo*, Edición y traducción española a cargo de Carlos Gómez-Jara Díez, Guillermo Orce, Miguel Polaino-Orts, Editora Jurídica Grijley, Lima, 2003, p. 97).

respuesta intuitiva sería: «claro, porque en los primeros casos apoyar a un partido político, alentar a un club de fútbol o fomentar la lectura son buenos fines, pero pretender cometer delitos son fines rechazables en la sociedad». Sin embargo, esta explicación es incorrecta. Porque ese segundo elemento —la finalidad— es un pensamiento y los pensamientos no delinquen (*cogitationis poenam nemo patitur*).

Entonces, si el delito de organización consiste en la suma de dos elementos neutrales (la organización, que es un derecho fundamental, y una finalidad, que es un pensamiento) ¿cómo explicar que constituya un delito? Pues muy sencillo: porque ese acto deviene delictivo no tanto por el propósito delictivo con que se reúnen los sujetos, cuanto por la conformación de una empresa criminal, esto es, de un grupo socialmente desestabilizador que ya genera, de facto, una commoción de las bases del Estado. Ahí, en la lesión actual de la seguridad cognitiva-normativa, esto es, en el peligro ya concretado en lesión que *bic et nunc* la organización representa, es donde se halla el contenido de injusto del delito de organización.

Pues bien, en la actuación coordinada y conjunta de Catilina con sus secuaces se pone de manifiesto que «el elemento organizativo resulta esencial para comprender el fenómeno terrorista» (Lamarca, 1985, p.93), hasta el punto de que se relega a un segundo plano el móvil subjetivo de cada sujeto «precisamente porque esa finalidad se objetiviza a través del programa de la asociación» (Lamarca, 1985, p.94), esto es «la finalidad terrorista es ante todo y en primer lugar la finalidad de la organización y no la de cada uno de sus miembros» (*Ibid.*). En definitiva, la actuación de los rebeldes responde a la conceptualización del terrorismo como «violencia organizada con finalidad política» (Lamarca, 1985, p.95) «violencia política institucionalizada» (Lamarca, 1985, p.88), que tenían como finalidad la destrucción de Roma y la desmantelación de la estructura del Estado.

El aseguramiento espacial del sujeto desconfiable y peligroso

Una tercera cuestión se plantea en los discursos ciceronianos: el alejamiento o expulsión del cabecilla y demás rebeldes de los confines de Roma. El alejamiento del peligro ha sido, desde antiguo, una constante histórica en la historia de la humanidad. El ser humano ha pretendido siempre, bien como intuición bien como fruto de una decisión razonada, mantenerse alejado del peligro (animales salvajes, fuego, otros congéneres, etc.). Tanto es así que prontamente obtuvo conciencia el hombre de las virtudes de ese alejamiento.

De esa manera, se comenzó a alejar el peligro como castigo represivo, pero especialmente como medida de protección y de prevención: el alejamiento del peligro se consideraba, especialmente, un modo de proteger a quienes se sufren las consecuencias inmediatas de ese peligro, así como un mecanismo de prevención de —más que probables: posibles— nuevos delitos. Por ello, no es de extrañar que ya en el derecho romano existieran varias sanciones penales en las que se controlaba o se restringía espacialmente la libertad de movimientos del sujeto sospechoso, de modo que se mantenía controlado ese peligro a una prudente distancia.

El somero estudio de estas figuras, en las que ahora repararemos brevemente, pone de manifiesto que, en aquellas calendas, la ciudadanía se relacionaba íntimamente con la noción de domicilio y que la limitación del espacio se producía en sujetos a los que, por no ser

ciudadanos del Imperio, se veía con desconfianza. El ciudadano romano tenía reconocido automáticamente el permiso de residencia en Roma; en cambio, para el ciudadano no romano la posibilidad de residencia dependía de la condición del sujeto, y —en última instancia— del grado de confiabilidad (seguridad) que tal sujeto pudiera brindar: si el sujeto era peligroso y, por tanto, la gente no confiaba en su seguridad, pocas posibilidades tenía de seguir viviendo en la *civitas*.

La vinculación entre ciudadanía, seguridad versus peligro y residencia sigue desempeñando un papel importante en el mundo actual. Se trata, podríamos decir, de una idea antiquísima pero de rabiosa modernidad, en tanto que aún hoy informa la política criminal moderna en materia, por ejemplo, de extranjería, aunque no sólo de extranjería: hoy como en Roma —y salvando las naturales distancias (pues la legislación actual resigna un fenómeno con autonomía propia y con principios inspiradores en gran parte radicalmente diversos a los del derecho penal del enemigo)— el ciudadano nacional tiene reconocida automáticamente la residencia; puede perderla si denota especial peligro en su conducta; el foráneo tiene restringida la residencia; puede obtenerla, siempre que garantice seguridad.

Sea como fuere el derecho romano conocía varias figuras que, de acuerdo con su naturaleza afflictiva, limitaban progresivamente el derecho de residencia, o más extensamente la capacidad de deambular libremente por el territorio del imperio. Entre ellas se encuentran las instituciones del *exilium*, la *deportatio* y la *relegatio*. Veamos brevemente su contenido y su carácter y alcance en tanto sanción penal:

El *exilium* (destierro) significaba originariamente la pérdida de la ciudadanía romana por traslado del domicilio a ciudad extranjera. Posteriormente pasó a considerarse una pena mínima, que obligaba al castigado a salir de los límites del Imperio.¹²

La *deportatio* (deportación) comenzó a imponerse como pena desde la época del Emperador Tiberio en que reemplazó a la medida administrativa (no punitiva) conocida como interdicción del agua y del fuego (*interdictio tecto aqua igni*), que constituía, en los tiempos anteriores a Sila, el mecanismo jurídico de que se valían los magistrados o los comicios «para liberar de una vez para siempre a la comunidad romana de un individuo no ciudadano, prohibiéndole entrar en el territorio de Roma bajo pena de muerte» (Mommsen, 1905, p.406); la deportación como sanción penal traía aparejada la pérdida de los derechos de ciudadanía y formaba parte de los llamados suplicios o penas intermedias (*supplicia mediocrum*).

La modalidad más frecuente era, como ha invocado la doctrina penalista¹³, la *deportatio in insulam* o *deportatio ad insulam* (Gutiérrez, 1948, p.165), que suponía la traslación forzosa del penado a una isla lejana pero perteneciente a Roma, sin fácil acceso y sin comunicación con otras colonias, donde se cumplía la condena, que a menudo se convertía en una sanción de duración perpetua, además de un castigo de imprevisibles consecuencias, a menudo fatales para el penado, por mor de las penurias que habían de pasar en la larga travesía camino de la

¹² Como documentan el digesto justinianeo y otros textos de la época: D. 48, 22, 5; D. 47, 10, 45; C. 15, 61; Paul 5, 17, 3. Al respecto: (Gutiérrez, 1948, p.213).

¹³ Ver: (Dorado, 1915, p. 96)

colonia, durante la cual fallecían (por hundimientos, catástrofes, ataques, epidemias) no pocos de los viajeros.

Por su parte, la *relegatio* era una pena de destierro más liviana que la *deportatio* y el *exilium*, tanto por el trato dado al condenado como por la duración, así como por la repercusión jurídica que tiene para el mismo. La *relegatio* constituía una de las penas o suplicios mínimos (*supplicia minima*).¹⁴

En todo caso, quien infringía la pena de destierro o de deportación incurría es proscripción. Al proscrito, esto es, «al expulsado de esta manera que quebrantase la prohibición de regresar al territorio de Roma o de Italia se le consideraba enteramente como a un enemigo, y, por la tanto, se le colocaba fuera de toda comisión jurídica» (Mommsen, 1905, p.377). Desde sus orígenes en el derecho romano (Torres, 1994, p.701), la figura del destierro o la deportación se mantuvieron —si bien en ocasiones con perfiles normativos algo diferentes— durante largos años en las legislaciones penales de muchos países, entre ellas en el derecho penal español, en las recopilaciones legislativas del antiguo régimen, así como desde el primer código penal de 1822.¹⁵

En el siglo XIX se discutía en España ampliar el ámbito de aplicación de dichas medidas mediante la creación en las Islas del Golfo de Guinea o en las Islas Marianas unas colonias penitenciarias donde habrían de cumplirse estas penas de deportación, a imagen y semejanza del uso que se le había concedido en otros países de nuestro entorno, singularmente en Gran Bretaña, que ideó (1786-87) y mantuvo largo tiempo el cumplimiento de la condena en la colonia australiana de Botany-Bay. A este respecto, la Real Academia de Legislación y Jurisprudencia convocó en 1875 un concurso ordinario de memorias de investigación sobre ese tema, resultando premiada, según el fallo del jurado dado a conocer en 1877, al término del plazo fijado, un sugerente original de la penitenciarista Concepción Arenal que constituye un bellísimo alegato y una apasionante narración crítica de la deportación y de la creación de colonias penales en dominios lejanos sobre la base de la experiencia australiana en la materia (Arenal, 1985).

Documenta Arenal (1985, p. 43) la idea del cumplimiento de la pena en la colonia australiana se debió a motivos de comodidad y seguridad, así como a los elevados costes de la construcción de presidios en Gran Bretaña. Pero pronto se puso de manifiesto que emprender el viaje a tan lejana colonia y construir allí mismo las más rudimentarias construcciones entrañaba asimismo un coste considerable, tanto material como humano. Ello unido a las frecuentes fugas en las colonias o durante el viaje (Arenal, 1985, p.71) fue lo que originó la necesidad de arbitrar una «doble deportación» (Arenal, 1985, p.90) (una «deportación de la deportación», podríamos llamarla) para asegurar y aislar más efectivamente a aquellos delincuentes más indisciplinados y peligrosos. No puede obviarse que la mitad de los deportados lo era por delitos políticos (Arenal, 1985, p. 66).

¹⁴ Paul. 5, 17, 2; D 48, 19, 4; D 48, 22, 7 (Gutiérrez, 1948, p.521).

¹⁵ Vid. una precisa relación de precedentes históricos de estas medidas (deportación, confinamiento, destierro, extrañamiento, prohibición de residencia, etc.) desde el primer Código Penal español (Faraldo, 2008, pp. 30-42).

En estas circunstancias, la pena de deportación se convirtió de facto en una sanción perpetua, porque el Estado no se hacía cargo del viaje de vuelta de los deportados (Arenal, 1985, p.108). Las mismas dificultades de puesta en práctica del sistema penitenciario reveló prontamente las insuficiencias de la pena de deportación, que se mostró como una pena excesivamente dura y cruel (Arenal, 1985, p.116), desproporcionada y desigual (Arenal, 1985, p.117), además de incapaz de corregir, al margen de que instrumentalizaba a los penados tratándolos como mero ejemplo para los demás, «en aras del bien común» (Arenal, 1985, p.118).

A la vista de esta errática puesta en escena, Concepción Arenal dirige contundentes críticas no tanto o no sólo a la pena en sí cuanto al «sistema» de la pena de deportación (Arenal, 1985, p.126) —Arenal (1985, p. 129) hablaba de los males esenciales e inevitables de la teoría de la pena de deportación—, que se prestaba a los más crueles abusos (Arenal, 1985, p.130); aun así, tampoco la pena se libraba de las críticas de la ilustre penitenciariasta, que la consideraba un «atentado contra el derecho» (Arenal, 1985, p.121) y equiparable en su残酷 a la pena capital (Arenal, 1985, p.123), además de costosa (Arenal, 1985, p.134).

Por lo demás, Concepción Arenal critica también el eufemismo oficial de llamar a la deportación con la denominación de transportación «se ha creído hacerla menos odiosa variándole algunas letras; inútil e hipócrita puerilidad» (Arenal, 1985, p.254) decía en su bello castellano, y señala las funciones que una tal pena podría cumplir: tranquilizar el miedo, reducir la reincidencia, alejar a los enemigos peligrosos, inocuarlos («los mata sin matarlos») funciones, en fin, que hacen de la pena algo con pasión, pero sin derecho: «el criminal se deporta, el crimen queda» (Arenal, 1985, p.157).

Incluso desde perspectivas críticas se llega incluso a poner de manifiesto un aspecto que no se le escapa a la sagaz estudiosa Concepción Arenal en sus atinadas críticas (más fundadas en la lamentable experiencia práctica del país vecino que en las propias deficiencias de la pena de deportación en abstracto), a saber: que existe una relación de dependencia entre la intensidad, duración y alcance del alejamiento y el peligro manifestado por el propio sujeto. En efecto, al hablar de la mencionada «doble deportación», menciona Arenal (1985) que a ella se sometían «los deportados más dísculos y peligrosos lo cual suponía para ellos un castigo más duro y para el resto una garantía de seguridad» (p.90).

Esto es: a mayor peligro, más lejos y por más tiempo se le alejaba. Porque, con independencia de que se cometieran abusos en la ejecución de la medida dando lugar a crueles y rechazables resultados, lo cierto es que el apartamiento del sujeto peligroso dependía de alguna manera de la entidad del peligro manifestado, lo cual suponía no sólo un castigo más duro y proporcional frente al sujeto peligroso sino, principalmente, un modo igualmente proporcional de proteger a todos los ciudadanos y a toda la sociedad frente al peligro ajeno.

Pues bien, la medida de alejamiento ya sea como deportación ya como en forma de cualquier otro aseguramiento espacial, se ha mantenido en la legislación de todos los países a lo largo de los años hasta nuestros días.

En los Estados democráticos modernos la medida o pena de alejamiento del delincuente peligroso constituye un muy usual mecanismo de aseguramiento que se impone, ya sea como pena principal, ya como pena accesoria, como medida de seguridad penal, como regla o

condición potestativa de conducta para decretar la suspensión de la ejecución de la pena privativa de libertad (ex art. 83.1 CP), en la substitución de la pena de prisión (ex art. 88.1, en relación con el 83.1 CP) o en la libertad condicional (ex art. 90.2, en relación con el 83.1 y con el 96.3 CP) o —incluso— como medida cautelar antes de la conclusión del proceso o, como medida de seguridad, con posterioridad a él, a determinados sujetos («enemigos») que se caracterizan por su persistente falta de fidelidad a la norma poniendo en grave peligro a los demás ciudadanos y, con ello, la estabilidad de la vida comunitaria.

La aniquilación del enemigo: la pena de muerte

Finalmente, mencionaré muy brevemente otra ulterior cuestión apuntada en el texto de los discursos ciceronianos: la de si, frente a otras medidas menos drásticas (como la expulsión o el alejamiento), debe aplicarse la pena capital al rebelde. Se trata de una cuestión de mayor alcance cuyo estudio excede los límites del presente ensayo. Únicamente haré el planteamiento de la cuestión. Si incluso un abolicionista oficial como Beccaria llega a aceptar la licitud de la pena de muerte en dos supuestos cabe plantearse si no será esa pena capital un instrumento irrenunciable o inevitable al servicio o propio del derecho penal en el combate del elemento rebelde o peligroso y, en segunda instancia, si es justo y legítimo ejecutar al delincuente peligroso que genera una inestabilidad tal que impide la normal vigencia de la norma jurídica.

En la cultura jurídica europea imperó durante largo tiempo la justificación de la pena capital expuesta por el filósofo y teólogo italiano Santo Tomás de Aquino (n. 1225-m. 1274) en su conocida obra *Suma Teológica*:

Vemos que si fuera necesario a la salud de todo el cuerpo humano la amputación de algún miembro, por ejemplo, si está podrido y puede inficionar a los demás, tal amputación sería laudable y saludable. Pues bien, cada persona singular se compara a toda la comunidad como la parte al todo, y por lo tanto, si un hombre es peligroso a la Sociedad y la corrompe por algún pecado, laudable y saludablemente se le quita la vida para la conservación para el bien común.

En su «Suma contra gentiles» reitera Santo Tomás (1941) su lógica:

El bien común es mejor que el bien particular de uno. En consecuencia, el bien particular de uno sólo ha de sacrificarse para conservar el bien común. Pero la vida de algunos hombres perniciosos impide el bien común. Así como el médico intenta con su actuación procurar la salud, que consiste en la concordia ordenada de los humores, así el jefe de la ciudad intenta con su actuación la paz, que consiste en la concordia ordenada de los ciudadanos. Pero el médico corta justa y últimamente el miembro pútrido si éste amenaza corromper el cuerpo. Según esto, justamente y sin pecado mata el jefe de la ciudad a los hombres perniciosos para que la paz de la misma no se altere (p.47).

También el jurista y teólogo cristiano Francisco de Vitoria (n. 1486-m. 1546), considerado el padre del derecho internacional, considera justificable de manera excepcional la pena capital contra los enemigos, con el fin de conseguir paz y seguridad. En ese sentido formula y prueba su proposición de la siguiente manera:

Proposición cuarta: alguna vez es conveniente dar muerte a los culpables. Se prueba; porque la guerra misma se hace para obtener la paz y la seguridad, y algunas veces no puede conseguirse la seguridad sino deshaciéndose de todos los enemigos, y esto se ve sobre todo con los infieles, de quienes nunca se puede esperar una paz justa en esas condiciones. Y, por consiguiente, el único remedio es deshacernos de todos los que puedan empuñar las armas, con tal que ya sean culpables. Y así debe entenderse aquel precepto del Deuteronomio, 20 (De Vitoria, 1946, p.242).

Además, el Padre Vitoria (1946) considera que, en casos de excepcional peligrosidad, la pena de muerte viene avalada por el principio de proporcionalidad (p.242). Al igual que los filósofos cristianos y de los Padres de la Iglesia¹⁶, la práctica unanimidad de pensadores europeos de la Edad Moderna y de los albores de la Edad Contemporánea (desde Rousseau a Kant, pasando por Fichte, Hobbes o Locke) muestra una postura favorable a la pena de muerte contra sujetos de excepcional peligrosidad.

Ya hemos visto páginas atrás la justificación de Rousseau. A su juicio, todo ciudadano al subscribir el contrato social entrega sin reservas la totalidad de sus bienes y derechos, también el derecho a la vida: «El que quiera conservar su vida a expensas de los demás —dice Rousseau— debe también exponerla por ellos cuando sea necesario» (1998, p. 50). ¿Y cuándo es ello necesario? «Cuando el soberano le dice: «Es conveniente para el Estado que tú mueras», debe morir, puesto que bajo esa condición ha vivido en seguridad hasta entonces, y su vida no es ya solamente un beneficio de la naturaleza, sino un don condicional del Estado» (Rousseau, 1998, p.50).

La cesión del derecho a la propia vida se encamina a garantizar la vida del resto de ciudadanos: «para no ser víctima de un asesino es por lo que se consiente en morir si se degenera en tal. En el contrato social, lejos de pensarse en disponer de su propia vida, sólo se piensa en garantizarla» (Rousseau, 1998, p.51). La pena de muerte prevista para el asesino se concibe, pues, en la obra rousseauiana, como la única garantía para preservar el orden social y la vida de los ciudadanos.

Por su parte, Locke fundamenta la licitud de la pena de muerte en el «el derecho de autoconservación y en el «derecho de conservar a toda la humanidad» (p.16). La particularidad de la concepción de este autor es que incluso faculta a cada ciudadano a tomarse privadamente la justicia por su mano, ejecutando en nombre de la Justicia natural a un sujeto peligroso (paradigmáticamente el homicida y el asesino), para evitar con ello que otro vuelva a cometer semejante delito: «cada hombre tiene el poder de castigar el crimen a fin de prevenir que vuelva a ser cometido» (Locke, s.f., p.16), esto es, «cada hombre, en el

¹⁶ Al respecto el sugerente ensayo de Lorenzo Polaino Ortega (1954) “*La licitud de la pena de muerte en la doctrina de la Iglesia Católica*”, en Revista de la Escuela de Estudios Penitenciarios, X (106).

estado de naturaleza, tiene el poder de matar a un asesino, para disuadir a otro de cometer la misma injuria» (*Idem*). En esos supuestos (y aun en otros de menor entidad), el ciudadano privado, para restablecer el buen nombre de la justicia, puede hacer la guerra y destruir a todo delincuente peligroso «como si fuera un león, un tigre o una de esas bestias salvajes entre las cuales los hombres no pueden vivir ni encontrar seguridad» (*Idem*).

Pero quizá la fundamentación más conocida de entre los pensadores modernos y de los inicios de la edad contemporánea sea la de Immanuel Kant. En su magna obra *Metafísica de las costumbres* expone la más elaborada doctrina del retribucionismo ético basado en la ley del talión. Para el filósofo alemán, a la comisión de un delito ha de seguir necesariamente la pena, de manera que —decía Kant¹⁷— la ley penal constituye un «imperativo categórico».

En la obra citada, expone el autor «su fulgurante y conocida parábola sobre la pena capital, en uno de los textos —para decirlo con palabras de Ángel Torío— más esplendorosos del pensamiento penal de todas las épocas» (Kant, 1797). Así, afirma Kant en su conocido ejemplo de la isla que incluso:

Si la sociedad civil llegase a disolverse por el consentimiento de todos sus miembros, como si, por ejemplo, el pueblo que habitase una isla decidiese abandonarla y dispersarse, el último asesino en prisión debería ser muerto antes de esta disolución, a fin de que cada uno sufriese la pena de su crimen, y que el homicidio no recayese sobre el pueblo que descuidase imponer ese castigo, porque entonces podría ser considerado como cómplice de esta violación pura de la justicia.

Por ello, para Kant la función de la pena judicial (*poena forensis*), que se distingue de la pena natural (*poena naturalis*), se agota en sí misma y:

No puede nunca servir simplemente como medio para fomentar otro bien, sea para el delincuente mismo sea para la sociedad civil, sino que ha de imponérsele sólo porque ha delinquido; porque el hombre nunca puede ser manejado como medio para los propósitos de otro ni confundido entre los objetos del derecho real (Kant, 1797, p. 166).

Por tanto, aunque se tuviera la certeza absoluta de que el delincuente condenado a muerte no volvería a delinquir (con lo que decaería toda necesidad de pena, si ésta se fundara en la prevención), la pena habría de imponerse antes de la destrucción social: si no, no se alcanzaría la justicia, y —como afirma Kant— «si perece la Justicia, carece de valor que los hombres vivan sobre la faz de la tierra» (*fiat iustitia pereat mundus*) (Kant, 1989, p.166).

En este caldo de cultivo (en el que no sólo los delitos de lesa majestad sino también algunos delitos comunes como el asesinato o el homicidio son conminados con pena capital) no es de extrañar que incluso un abolicionista como Beccaria se dejara seducir por el poder

¹⁷ Immanuel Kant, *Die Metaphysik der Sitten in zwei Teilen*, Königsberg bey Friedrich Nicolovius, 1797, “Der Rechtslehre. Zweiter Theil: Das öffentliche Recht”, Erster Abschnitt “Das Staatsrecht”, § E, “Vom Straf- und Begründungsrecht” (La Metafísica de las Costumbres, Estudio preliminar de Adela Cortina Orts, traducción y notas de Adela Cortina Orts y Jesús Conill Sancho, Editorial Tecnos S.A., Madrid, 1989).

persuasivo de la pena de muerte y defendiera su aplicación en algunos supuestos, no sólo — como vimos anteriormente — referidos a la seguridad del Estado en época de anarquía sino incluso a algo tan usual como la disuasión de cometer delitos (prevención general negativa).

Sea como fuere, siempre se ha reservado la pena de muerte para aquellos delitos más graves, atentatorios contra los más fundamentales bienes jurídicos del individuo o del Estado. Por ello, existe una tendencia más o menos generalizada que vincula pena de muerte con derecho penal del enemigo, como si esa pena máxima fuese un instrumento propio y al del servicio de esta forma de reacción punitiva. En ese sentido, en un sugerente trabajo, ha sostenido Cancio Meliá que la pena de muerte supone un paroxismo del derecho penal del enemigo (Hurtado, 2007, p. 67), mientras que otros autores consideran que la instauración de la pena de muerte (como se propuso en el Perú recientemente) supondría institucionalizar el derecho penal del enemigo.¹⁸

Sin embargo, en los Estados actuales la pena de muerte no puede entenderse como sinónimo de derecho penal del enemigo y ni siquiera como un instrumento propio ni exclusivo del derecho penal del enemigo, sino que únicamente cabe ser explicada en su existencia (¡que no justificada!) desde el prisma de una expectativa social concreta, que le da en ese momento histórico cobertura social y vida jurídica.

Conclusiones

En el rápido recorrido de estas páginas hemos querido resaltar que las Catilinarias nos ofrecen un sugerente antecedente histórico en relación con cuatro cuestiones fundamentales que, posteriormente, a lo largo del devenir dogmático, han sido constantes muy recurrentes hasta la actualidad en la presente materia.

Referencias bibliográficas

- Agamben, G. (2004). *Estado de excepción. Homo sacer, II, I* (Costa, F., y Costa, I. trad.). Buenos Aires: Adriana Hidalgo Editora.
- Aponte, A. (2005). *¿Derecho penal de enemigo o Derecho penal del ciudadano? Günther Jakobs y las tensiones de un Derecho penal de la enemistad*. Bogota: Temis S.A.
- Arangio, V. (1994). *Historia del Derecho romano*. (De Pelsmaeker, F., e Iváñez, trad.). Madrid: Reus S.A.
- Arenal, C. (1895). *Obras completas, tomo décimo, Las colonias penales de la Australia y la pena de deportación*, Madrid: Librería de Victoriano Suárez.
- Arias J. (1960). *Derecho romano, I: Parte general 8^a. edic.* Madrid: Editorial Revista de Derecho Romano.

¹⁸ (Montes, 2008, p.3) quien nominalmente nos menciona a Jakobs y a mí, dando la impresión, consciente o inconscientemente, de que nosotros somos partidarios de la pena de muerte únicamente por haber descrito la categoría dogmática de derecho penal del enemigo (!). Yo, que me tengo por abolicionista y así me he manifestado expresamente en otros lugares, no puedo por menos rechazar de plano que la descripción de ciertas normas de derecho penal del enemigo suponga aceptar la pena de muerte. Por su parte, Jakobs(2000) expresa sus argumentos abolicionistas en su artículo “Ein Galgen ist der Schönheit eines Landes nicht angemessen: die klassische rechtsphilosophische Diskussion über eine Strafe, die abschreckend wirken und dabei ein Leben kosten soll”, en Frankfurter Allgemeine Zeitung, (52).

- Cicerón, M. (s.f.) Catilinarias. Recuperado de <http://bibliotecadigital.tamaulipas.gob.mx/archivos/descargas/31000000278.PDF>.
- Cornacchia, L (2006). *La moderna hostis iudicatio entre norma y Estado de excepción*, (Romero, B. trad.). En Cancio, M y Gómez, C. *Derecho penal del enemigo. El discurso penal de la exclusión*. Buenos Aires: Edisofer.
- De Aquino, S. (1941). *Suma contra los gentiles*. Madrid: Porrua.
- Dorado, P. (1915). *El Derecho protector de los criminales, tomo II*. Madrid: Victoriano Suárez.
- Faraldo, P., Brandaniz, J. y Puente, L. (2004). *Nuevos retos del Derecho penal en la era de la globalización*. Valencia: Tirant lo Blanch.
- Freixedo, X. (s.f.). *Los bárbaros en el umbral. Fundamentos filosóficos del Derecho penal del enemigo*. En Cancio, M., Gómez, C. (s.f.). *Derecho penal del enemigo*.
- Gracia, L. (2005). *El horizonte del finalismo y el Derecho penal del enemigo*. Valencia: Tirant lo Blanch.
- Gutiérrez, F (1948). *Diccionario de Derecho Romano*. Madrid: Instituto Editorial Reus.
- Hurtado, J. (2007). *Derecho penal y pena de muerte. Anuario de Derecho Penal 2007*. Lima: PUCP Fondo Editorial. Recuperado de http://www.unifr.ch/ddp1/derechopenal/anuario/an_2007_09.pdf.
- Iglesias, J. (1994). *Derecho romano. Historia e Instituciones, 11ª. edic.* Barcelona: Editorial Ariel S.A.
- Kant, I. (1989). *Die Metaphysik der Sitten in zwei Teilen, Königsberg bey Friedrich Nicolovius* (Cortina, A., y Conill, J. trad.). Madrid: Editorial Tecnos S.A.
- Lamarca, C. (1985). *Tratamiento jurídico del terrorismo*. Madrid: Centro de Publicaciones del Ministerio de Justicia.
- Lampe, E. (1994). *Systemunrecht und Unrechtssysteme* (Gómez-Jara, C. trad.). En Lampe, E. (2003). *La Dogmática jurídico-penal entre la ontología social y el funcionalismo* (Gómez-Jara, C., Orce, G., y Polaino-Orts, M. trad.). Lima: Editora Jurídica Grijley.
- Luisi, L. (s.f.). *Un Derecho penal del enemigo: el Derecho penal soviético* (Núñez, M. trad.). En Gómez, C. *Derecho penal del enemigo*.
- Martínez, M. (1885). *Códigos antiguos de España*. Madrid: Marcelo Martínez Alcubilla
- Mommsen, t. (1905) *El Derecho penal romano*. (Dorado, P. trad.). Madrid: La España Moderna.
- Montes, E. (2008). Algunas reflexiones sobre la pena de muerte, *unifr.ch*. Recuperado de: http://www.unifr.ch/ddp1/derechopenal/tribuna/tr_20080616_43.pdf.
- Pastor, D. (2006). *El poder penal internacional. Una aproximación jurídica crítica a los fundamentos del Estatuto de Roma*. Barcelona: Atelier.
- Rousseau, J. (1998). *Du contrat social ou principes du Droit politique*, Rey, Amsterdam (Carrier, J. Trad.). Barcelona: Colección Fontana, Edicomunicación S.A.

- Serafini, F. (1927). *Instituciones de Derecho romano, tomo I*: (Trías, J. trad.). Madrid: Espasa Calpe S. A.
- Torres, M. (1994). La pena del exilio: sus orígenes en el Derecho romano, *Anuario de Historia del Derecho español*. Ministerio de Justicia, (63-64), 701-785.
- Vitoria, F. (1946). *Derecho natural y de gentes*. Buenos Aires: Emecé editores S.A.
- Zaffaroni, E. (2006). *El enemigo en el Derecho penal*. Madrid: Dykinson.