

EN TERRENO DE DIONISIO: ALGUNOS APUNTES SOBRE EL CONCEPTO *PERSONA* EN EL DERECHO PENAL

José Antonio Ramos Vázquez

Profesor contratado doctor de Derecho penal
Universidade da Coruña

Sumario: 1. Γοργώ. 2. (...) *persona iuris* [criminalis?] (...) 3. (...) *individua substantia*. 4. *Naturae rationalis* (...) 5. *Figuren*. 6. *Alles, was tief ist, liebt die Maske*.

1. ΓΟΡΓΩ

“...ἐν δὲ τε Γοργεῖη κεφαλῇ δεινοῖο πελώρου
δεινὴ τε σμερδνὴ τε, Διὸς τέρας αἰγιόχοιο...”

Todo lo concerniente a *Gorgó* está rodeado de incertezas. Este “genio dador de la muerte”, este rostro que roba el aliento vital a quien lo mira, está inmerso en un mito ancestral que lo inunda de paradojas: el mito de la efigie que no puede ser vista.

Tan terrorífica condición de dicha cara la hacía óptima para aparecer en la égida, junto con otros portentos sobrenaturales (como la Discordia y la Persecución), como nos ilustra el poeta en el fragmento propuesto. Pero, si bien esto podría tener sentido en un elemento divino como la égida, más paradójico resulta encontrarnos a *Gorgó* en multitud de representaciones escultóricas y cerámicas, esto es, en objetos mundanos.

En efecto, ¿cómo es posible que la efigie imposible de mirar fuese representada tal cantidad de ocasiones? ¿Cómo conjugaban aquellos que nos precedieron en el tiempo la idea de un espantoso rostro aniquilador con el hecho de que fuese perfectamente visible en su faceta cotidiana? La paradoja aumenta si tenemos en cuenta que, rompiendo con el canon habitual en la iconografía ática —que establecía ofrecer el perfil de los sujetos representados en ella—, *Gorgó* es representado siempre de frente. Aún más, carece de perfil, se representa siempre como un disco plano, privado de la tercera dimensión: es decir, no como un rostro real, sino como “una imagen absoluta, como algo que sólo puede ser visto y representado” (AGAMBEN, 2000:54-55).

Esta dificultad se esclarece si prestamos atención al contexto más habitual en el que se representa a *Gorgó*: en el fondo de las copas utilizadas en los *συμπόσιον*, en los banquetes

donde existía un enorme componente ceremonial vinculado a Dioniso, el dios que, de algún modo, se mueve en los confines, en las zonas de penumbra de la existencia humana. En este sentido, “en tanto que señor de una posesión imparables, Dioniso parece deambular fuera de lo habitual, en esos márgenes que marcan lo salvaje, lo aparentemente ajeno (aunque luego resulte que su alteridad no tenga más exótica ubicación que el ignoto interior del hombre). Señor de una naturaleza desbordada, que puebla la iconografía de vides imparables, de ménades generosas y sátiros irrefrenables, de largos cortejos llenos de vida en los que lo humano se animaliza o lo animal se hermana con lo que parecía civilizado, Dioniso parece rozar también el gran límite, que es el de la muerte” (DÍEZ DE VELASCO: 1998:41). *Gorgó* comparte con Dioniso, por consiguiente, un terreno liminar entre lo humano y lo animal, lo vivo y lo muerto, la civilización y el paroxismo. Y también lo comparte con *persona*. Es esta idea la que me ha llevado a convocar la memoria ancestral de *Gorgó* en este trabajo.

En efecto, como veremos más adelante, *persona* es también un concepto liminar y paradójico, un mecanismo de inclusión y de exclusión. Además, aunque la etimología de *persona* es oscura (y en algún momento jugaré con ella para hilvanar estas reflexiones sobre su influencia en mi disciplina), si aceptamos como una de sus fuentes el término *πρόσωπον*, nos encontramos con la sutil burla de *Gorgó*: éste no tiene rostro en el sentido estricto del término y, por tanto, los griegos nunca predicaban de tan terrible ente la palabra *πρόσωπον*. Y, bien a pesar de ello, esa terrible anticara sólo se representaba de cara (FRONTISI-DUCROUX, 1993:78).

En esta línea, es mi intención con las siguientes páginas sugerir al lector que, aplicando la propiedad conmutativa que nos plantea el mito de *Gorgó* y su función en las vidas de nuestros ancestros culturales, arroje una sombra de sospecha sobre *persona*, sobre una *πρόσωπον* que puede ser, a la postre, poco más que una anticara y, por tanto, un término que, si

bien se encuentra en nuestra vida cotidiana sin causarnos el más mínimo trastorno, difícilmente puede ser mirado de frente sin caer víctimas del poder destructivo que atesora.

2. (...) PERSONA IURIS [CRIMINALIS?] (...)

“*Homo naturae*
(...)
vocabulum est”.

Vamos, pues, a intentar mirar a *Gorgó* desde la perspectiva penal. Tomando como premisa que uno de los campos semánticos más importantes en los que habita *persona* es el del Derecho y suponiendo que “Derecho penal” designe, ante todo, la Ley penal [algo que no siempre parecen tener claro los que cultivan la llamada *Dogmática jurídico-penal*] podemos decir que, cuantitativamente, la premisa se verifica por completo: existen cerca de 300 referencias a “persona” en el vigente Código penal.

Ahora bien, si horadamos la superficie de la cifra para averiguar si, en efecto, dicho término es propiamente un *vocabulum iuris criminalis*, descubrimos que, en realidad, la sinonimia cualitativa entre “persona”, “sujeto” (palabra que también aparece con profusión a lo largo del texto punitivo) y, en definitiva, “ser humano”, es prácticamente absoluta. Quizá, por precisar un poco, podría decirse que “humano” aparece en nuestro Código penal fundamentalmente vinculado a factores biológicos (órganos humanos —art. 156bis—, genes humanos —art. 159—, especie humana —art. 160—, óvulos humanos —art. 160—), esto es, a nuestras características como especie, mientras que *persona* incidiría más en el sentido de “sujeto de Derecho”, pero no da la impresión de que haya sido algo buscado de propósito por el legislador (a lo sumo, podría resultar significativo que el sintagma “ser humano” sólo haya sido introducido como expresión típica en la última de las reformas que

ha sufrido el Código penal —2010—, en materia de *trata de seres humanos* —art. 177 bis). Parecería, por tanto, que la normativa penal no entra en ningún tipo de valoración sobre el concepto *persona* y deja librada la discusión sobre éste a otros ámbitos filosófico-jurídicos.

Lo mismo sucede con la Dogmática jurídico-penal (construcción teórica que, en ocasiones, —sin duda, más de las aconsejables— deviene *otro* Derecho penal), en la que, usualmente, se alude al principio de que sólo pueden ser delito conductas llevadas a cabo por personas y que afecten a intereses personales (sean éstos individuales o colectivos). Tal principio parece incontrovertido en el tema de los sujetos activos de las especies delictivas y, ciertamente con menos carácter apodíctico, en la discusión sobre los bienes jurídico-penales a proteger. Laten aquí con más fuerza los problemas de *persona* como individuo y *persona* como miembro de una comunidad, del *yo* y del *nosotros* (y de cómo se construye la diferencia), pero, aún así, apenas se entra en la polémica sobre qué sea *persona* y qué papel desempeñe en nuestra disciplina, salvo en tres grandes debates: el de las personas jurídicas, el del aborto y el del llamado Derecho penal del enemigo.

Mi idea rectora en las siguientes páginas, no obstante, no es sólo centrarme en esos tres grandes ejes de la discusión, sino añadir algún otro que me permita plantear al lector un recorrido por los confines que genera el término *persona* en este ámbito, esto es, por lo que podíamos llamar los terrenos de Dioniso. Así, trataré, con la brevedad que requiere el planteamiento de un debate *gorgónico* en el que seguramente nada reste incuestionado, de un lado, el tema de la responsabilidad penal de las personas jurídicas (y en qué medida hace quebrar la idea de que sólo una *persona* puede delinquir) y el de la protección penal de los animales (y la correspondiente puesta en tela de juicio del dogma de la exclusiva protección de bienes jurídicos reconducibles a la persona) y, de otro lado, trataré incidentalmente las cuestiones de la protección penal del feto y del cadáver humano [soy consciente de que utili-

zar en este ámbito la expresión “cadáver humano” y no “persona fallecida” ya implica de suyo una decisión sobre el fondo del asunto] y —por último— la noción de *no-persona* en el Derecho penal del enemigo jakobsiano. A través de esos núcleos de discusión intentaré mostrar las dinámicas de creación de fronteras que *persona* conlleva y qué rostro nos muestra dicho concepto en el pensamiento penal.

3. (...) INDIVIDUA SUBSTANTIA

“Sive singularis sit persona quae metum intulit, vel populus vel curia vel collegium vel corpus”.

Como es bien sabido, la persona jurídica ha sido siempre uno de los grandes caballos de batalla del Derecho penal, desde el *societas delinquere non potest* hasta la consagración de su responsabilidad penal en la mencionada reforma de 2010 del Código penal. Como es bien sabido también, la primera gran definición de *persona* fue aportada por Boecio en su *De persona et duabus naturis* bajo la celeberrima fórmula “*Persona est naturae rationalis individua substantia*”.

Por supuesto, no puedo pretender examinar aquí una *vexata quaestio* tan compleja como la de la atribución de responsabilidad penal a entes como las personas jurídicas, cuestión que supone precisamente una ruptura con la idea de *individua substantia*, sino sólo realizar algunos apuntes sobre la regulación en nuestro Código y el mar de fondo que podemos escuchar si nos acercamos a ella.

Quisiera empezar con una larga cita que, de algún modo, resume, con un saludable toque humorístico, el debate iusfilosófico sobre las personas jurídicas. Se trata de la fábula ideada por SCHWARZ hace más de un siglo y que nos narra ZATTI del siguiente modo:

“La fábula nos habla de algunos antiguos filósofos que, despertados de la muerte, van observando el nuevo mundo. La aparición de un tranvía los desconcierta no poco y comien-

zan a debatir cuál será su explicación. Uno reflexiona: “no existe un carro que se mueva y no sea tirado por un caballo. El extraño vehículo, sin embargo, avanza y no se ve ninguna bestia de tiro. Bien: quien no quiera renunciar a tener razón, tendrá que imaginarse el caballo. Es el animal ficticio —concluye— quien mueve el tranvía.

La objeción no tarda: una ficción no mueve nada. Ciertamente es que un caballo es necesario, pero hay que buscarlo en el mundo real. *Hic et nunc* no hay caballo alguno: se puede suponer en cambio que haya habido en el pasado o que vaya a haber en el futuro un caballo al varal. Todo es resuelto sin ficciones: son los caballos pasados, o eventualmente los futuros, los que tiran del tranvía.

Mas surge un tercero que no está dispuesto a prescindir de un animal verdadero y vivo; o, por mejor decirlo, de un ser viviente, cualquiera que éste sea. Y fácilmente ilustra algo que los demás filósofos pasaban por alto: el organismo que tira del vehículo es la sociedad tranviaria. Ésta es un individuo: tiene cabeza, tronco, manos y pies —la dirección, los accionistas, los empleados y obreros. Y tiene una voluntad, mediante la que tira del vehículo.

Un cuarto filósofo está todavía insatisfecho: es bien posible parangonar la sociedad tranviaria a un organismo, pero con manos y pies metafóricos no se empuja ni una carretilla. Aquí, en verdad, ningún individuo real mueve el vehículo: más sabio es percatarse del hecho de que ahora hay carros sin caballos. Es decir, carros semovientes.

Bien hecho, opina el quinto: pero ¿cómo explicar el movimiento, sin hacer referencia a la —tan familiar— fuerza? Es necesario pensar en un tipo de vehículo diferente de los antiguos, que emplea una fuerza distinta, y no confundir ambas especies.

SCHWARZ se identificaba como un escolar llegado para informar a los filósofos: ustedes, señores, no deben preocuparse del caballo —decía— todos los vehículos son movidos por alguna fuerza, sea la bestia de tiro, el vapor o la

electricidad. Ustedes, señores, deberán buscar el tipo de fuerza aplicada y no empeñarse en indagar sobre el animal” (ZATTI: 1975:3-4).

Podemos reconocer fácilmente las posturas sobre las personas jurídicas caricaturizadas en la fábula. Podemos, también, reconocer la enorme fuerza aplicada para mover el vehículo y la velocidad que éste ha alcanzado en nuestra época. Y, si *persona* es la máscara de algo o alguien [o la máscara que convierte *algo* en *alguien*], creo que podemos afimar sin temor a exagerar, que las personas jurídicas son, en el mundo del Derecho, nuestra *prósopon* favorita.

Esto sentado, la discusión sobre la responsabilidad penal de las personas jurídicas nos dice mucho sobre qué entiende el Derecho penal por *persona*, en la medida en que la controversia sobre la posibilidad de imponer sanciones a aquéllas es puramente penal. En efecto, mientras se acepta sin mayores problemas la posibilidad de que las personas jurídicas estén sujetas a responsabilidad civil o administrativa, la discusión sobre su aptitud para recibir sanción penal parecía no tener fin. Parecía, en suma, que lo que el Derecho penal entiende como *persona* en absoluto podía ser predicado de las sociedades.

Sea como fuere, lo cierto es que el actual artículo 31bis (dentro, por cierto, del Título II del Libro I del Código penal, cuyo epígrafe es, justamente, “de las *personas* criminalmente responsables de los delitos y faltas”) establece lo siguiente en sus dos primeros apartados:

“1. En los supuestos previstos en este Código, las personas jurídicas serán penalmente responsables de los delitos cometidos en nombre o por cuenta de las mismas, y en su provecho, por sus representantes legales y administradores de hecho o de derecho.

En los mismos supuestos, las personas jurídicas serán también penalmente responsables de los delitos cometidos, en el ejercicio de actividades sociales y por cuenta y en provecho de las mismas, por quienes, estando sometidos a la autoridad de las personas físicas mencionadas en el párrafo anterior, han podido realizar los hechos por no

haberse ejercido sobre ellos el debido control atendidas las concretas circunstancias del caso.

2. *La responsabilidad penal de las personas jurídicas será exigible siempre que se constate la comisión de un delito que haya tenido que cometerse por quien ostente los cargos o funciones aludidas en el apartado anterior, aun cuando la concreta persona física responsable no haya sido individualizada o no haya sido posible dirigir el procedimiento contra ella*".

Como vemos, se instaura por primera vez en nuestra legislación penal una responsabilidad directa de las personas jurídicas, independiente de la establecida para las personas físicas, si bien vinculada a ésta a través de una doble vía de conexión. En efecto, el presupuesto para que pueda imputarse responsabilidad penal a la persona jurídica tiene dos alternativas: la previa realización de un hecho delictivo cometido "en nombre o por cuenta y provecho" de la persona jurídica por parte de alguna de las personas físicas que ostenten el poder de representación o de administración de aquélla, o la comisión de un hecho delictivo perpetrado por personas físicas sometidas a la autoridad de quienes ostenten "poder de dirección" dentro de la sociedad, cuando la comisión de este delito tenga origen en no haberse ejercido un debido control sobre dichas personas.

Dicho lo anterior, me interesa realizar a los efectos de este trabajo dos apuntes:

En primer lugar, las críticas a la potencial (y ahora actual) implantación de una responsabilidad penal de las personas jurídicas han argumentado por el flanco de la supuesta incapacidad de acción de aquéllas. Esta crítica ha sido —creo— solventada con solvencia por la doctrina que hace suya la llamada "concepción significativa de la acción", pues si las acciones son, a fin de cuentas, interpretaciones, parece claro que las personas jurídicas pueden realizar acciones en nuestras sociedades (y aún en las anteriores a ésta, recuérdese que en Derecho romano no había problema en considerar a entes colectivos como capaces de contar con voluntad propia y de actuar a través de sus

representantes —en ocasiones, precisamente, utilizando *persona* como anclaje: así podía decir CICERÓN: "*magistratus gerit personam civitatis*").

En todo caso, lo que me interesa destacar es cómo, desde el Derecho penal, se vincula *persona* y acción (valga decir: *persona* y significado). Del mismo modo que se establece, en segundo lugar, una fuerte vinculación entre *persona* y culpabilidad, al afirmarse que, ausente ésta de las personas jurídicas, no cabe responsabilidad penal alguna.

El concepto *culpabilidad* me resulta problemático en su configuración pero, aún así, creo que se ha razonado convincentemente su eventual aplicación también a personas jurídicas. En particular, CARBONELL MATEU, poniendo el dedo en la llaga de la "concepción ventrílocua" de la culpabilidad que maneja parte de la doctrina, propone reconcebir la pretensión de reproche en que se puede resumir el concepto culpabilidad desde su perspectiva (perspectiva que comparto en gran medida) como una "pretensión de obligatoriedad personal" (CARBONELL MATEU: 2009:324), pretensión que parece poder tener como destinatarias las personas jurídicas, sin necesidad de realizar ninguna operación de traslación de responsabilidad de la persona física a la jurídica, en la medida en que "el reproche se basa en una atribución de hecho propio, porque como hecho propio lo reconocen todas las ramas del Ordenamiento jurídico" (MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ: 2011:533).

Quisiera detenerme aquí, porque es el punto que me interesa destacar: la doctrina ha sido capaz de argumentar sobre la capacidad de las personas jurídicas para ser responsables penalmente desnudando el paradigma de *persona* que se suele utilizar para concebir el sujeto de Derecho penal. Así, por ejemplo, los mencionados autores concretan esa capacidad en las de acción y culpabilidad (entendida ésta como hecho propio e infracción —también propia— del deber personalmente exigible); y con eso sería suficiente.

Por supuesto, los críticos con esta postura lo que hacen es añadir a estas características otras distintas (o reforzando las ya mencionadas), para enfatizar cuán alejada está la persona jurídica del ideal de *persona* posible autora de un delito. De esta suerte, por ejemplo RODRÍGUEZ MOURULLO mantiene que a la persona jurídica le falta capacidad para comprender el significado de sus actos y para autodeterminarse conforme a este sentido. También le faltaría capacidad para “percibir la función motivadora y preventiva de la conminación penal” y “conocer el sentido de la pena en su aplicación” (RODRÍGUEZ MOURULLO: 2012:200). Y, por si fuesen pocas estas deficiencias cognitivas y conductuales, a la persona jurídica le faltaría *dignidad*, (a decir verdad, aquí el mencionado autor recoge la propia apreciación crítica de CARBONELL MATEU, desconozco si haciendo suya la premisa de que la dignidad está entre los atributos de *persona*), pues predicar de ella que es *digna* es remitirse “al mundo de las metáforas”.

Me parece muy interesante esta crítica, porque bascula entre un intento de destruir metáforas con realidad (en la línea de un IHERING cuando alertaba sobre la invasión de la *semipoesía* [*halbe Poesie*] en la literatura jurídica) y la construcción de una imagen imposible de *natural* de *persona*. Esta confrontación de ideas y la alusión a las metáforas es, creo, el núcleo del debate. Una y otra vez nos encontramos con posiciones parecidas: realidad contra metáfora, libertad y autoconciencia contra ficción, etc. Incluso en la jurisprudencia del Tribunal Supremo de los Estados Unidos nos encontramos con un voto particular a una sentencia de 1986 indicando que “adscribir a semejantes entidades artificiales una “inteligencia” o “mente” es confundir metáfora con realidad” a pesar de que otra sentencia muchas décadas anterior (1910) señalaba que el hecho de que las corporaciones sean personas “no está ya sujeto a discusión alguna”. Se ve que la resistencia a las “metáforas” es enorme, tanto en la doctrina como en la jurisprudencia, cuando de *persona* se trata.

En efecto, volviendo a la realidad penal española, la discusión, como vemos, sigue, y en los mismos términos: así, RODRÍGUEZ MOURULLO señala que el problema de la introducción de la responsabilidad penal de las personas jurídicas es que provoca una desvinculación entre las decisiones del Derecho positivo y las “razones ontológicas o de la naturaleza de las cosas”, una de las cuales es que el “ser humano” y la “persona jurídica” son “sujetos distintos, con una estructura lógico-objetiva también diversa” (RODRÍGUEZ MOURULLO: 2012:208).

Pero, desde mi perspectiva, no existe algo así como una “estructura lógico-objetiva” ni una “naturaleza de las cosas”. *A maiore ad minus*, considero que nada hay de natural en el concepto *persona* y podría incluso entrar a discutir la cualidad “natural” u “objetiva” del propio concepto *ser humano* (que es el que el citado autor utiliza). Esto es lo que intentaré argumentar a lo largo de las próximas páginas, abandonando esta primera toma de contacto con la problemática de *persona* en Derecho penal y adentrándome en otras zonas donde —creo— también palidece ese *mythos* del carácter ontológico de *persona* (otras zonas de Dioniso). Baste resaltar que ese mito original, que se perpetúa bajo distintas coordenadas culturales, y que “reduce las alternativas a la solución del problema de una definición siempre inmadura de *persona*” (ZATTI: 1975:56) es tan ficticio como el de la persona jurídica.

Esto es, en conclusión: decía ARISTÓTELES que todas las metáforas son indicio de un enigma y, en este sentido, *persona* no es una metáfora de menor calado que la de una sociedad mercantil cometiendo un delito. De hecho, como nos hizo ver SCHLOSSMANN hace más de un siglo, la propia idea de *persona* es estructuralmente antinómica, debido a su origen romano hibridado de un modo [*non* o demasiado, según se mire] santo con el pensamiento cristiano neoplatónico. La antinomia es, ciertamente, entre máscara y rostro, imagen y sustancia, ficción y realidad. No querría caer de nuevo en el reproche de IHERING, pero

retomo la metáfora de *Gorgó* para señalar que no es exactamente que la representación de ese rostro (la persona jurídica) no sea fiel al rostro mismo (la *persona*), sino que éste no existe o no puede ser mirado desde nuestra perspectiva sin ser puesto en tela de juicio. Por ello, las personas jurídicas, haciendo un ejercicio más de *prosopopeia*, pueden jactarse, como el poeta, de que las *personas* no tienen más sustancia de la que tienen ellas.

4. NATURAE RATIONALIS (...)

“Δικάζει δ’ ὁ βασιλεὺς καὶ οἱ φιλοβασιλεῖς, καὶ τὰς τῶν ἀνύχων καὶ τῶν ἄλλων ζῴων”.

Decía SCHELER que la idea de *homo sapiens* era “una invención de los griegos” (precisando a continuación: “de la burguesía política griega”) y constituía “uno de los descubrimientos más grandes y fecundos en la historia del juicio que el hombre forma de sí mismo”, por ser la que “abre una separación entre el hombre y la animalidad” (SCHELER: 1974:23).

Esta cesura entre *humano* y *animal* es uno de los elementos más indisolublemente unidos a la cultura occidental y su importancia en ésta es difícilmente exagerable. De hecho, con AGAMBEN, podemos llamar *máquina antropológica* al motor del devenir histórico del ser humano y *antropogénesis* a lo que resulta de la cesura y articulación de la diferencia entre ser humano y animal (AGAMBEN: 2004). Esa diferencia es imprescindible a los efectos de una *apotheosis* del concepto “humanidad”, concepto que FULLER define con gran plasticidad como “un trastorno bipolar” entre ser poco menos que dioses y poco más que animales.

Pero si el hiato entre nosotros y los animales se ha venido articulando sobre la *racionalidad* del ser humano, sobre el icono del *animal racional*, podemos convenir, *pace* HEIDEGGER, que la añadidura de la racionalidad a la animalidad no sólo no clarifica qué es ser

humano, sino que acaba por colocar la racionalidad dentro de la común animalidad, por configurar, en suma, la razón humana como una suerte de *longa manus* de la bestia en nosotros. “*Homo sapiens*, pues, no es ni una especie claramente definida ni una sustancia; es, más bien, una máquina o dispositivo para producir un reconocimiento de lo humano” (AGAMBEN: 2004:26). De hecho, el padre de la Taxonomía, LINNEO, bien pudo afirmar que no había ninguna diferencia entre los primates y el hombre, salvo el habla y la habilidad de reconocerse a sí mismo o, lo que es lo mismo, la capacidad de diferenciarse de otros seres.

Sobre lenguaje y autoreconocimiento hablaré más adelante. Por de pronto hemos de tener claro que siempre ha existido un tremendo aparataje teórico destinado a argumentar tal “abismo ontológico” entre *nosotros* y *ellos*, muchas veces, precisamente, utilizando ese instrumento de exaltación diferenciadora que es el vocablo *persona*.

En efecto, desde el cartesiano “es la naturaleza la que en ellos [los animales] obra, por la disposición de sus órganos, como vemos que un reloj, compuesto sólo de ruedas y resortes, puede contar las horas y medir el tiempo”, muchos pensadores se han esforzado en hablar de los animales como si de máquinas o autómatas se tratase y el mito del animal perfectamente determinado —como si fuese una *cosa* cualquiera— sustituyó al *topos* imperante hasta entonces del animal libérrimo, digno de envidia por no estar sujeto al destino. No sólo las críticas de autores como HUME —quien llegó a afirmar que ninguna verdad le parecía más evidente que la de que los animales pensaban y razonaban como los humanos— sino, sobre todo, el advenimiento del darwinismo sirvieron para quebrar esta visión de las cosas, pero la pulsión diferenciadora respecto de los animales sigue teniendo un oscuro poder sobre nuestras vidas y sirve de trasfondo a la posición que los animales ocupan en nuestra ley penal.

A los animales se les niega en cuanto tales (es decir, en tanto en cuanto sean algo más que

un instrumento de la comisión delictiva) toda capacidad para cometer delitos, al contrario de lo que sucedía en otras épocas históricas, como bien nos ilustra ARISTÓTELES en el fragmento propuesto como encabezamiento de este apartado. Esto parece pacífico y sin visos de ir a cambiar, dadas nuestras coordenadas culturales. Pero, además, aterrizando ya en el Derecho positivo, existe una fuerte controversia sobre su capacidad para ser protegidos penalmente también en cuanto tales, esto es, sin vincular dicha protección a intereses estrictamente humanos.

Me refiero, fundamentalmente, al artículo 337 del Código penal, que —tras la mencionada reforma de 2010— establece lo siguiente:

“El que por cualquier medio o procedimiento maltrate injustificadamente a un animal doméstico o amansado, causándole la muerte o lesiones que menoscaben gravemente su salud, será castigado con la pena de tres meses a un año de prisión e inhabilitación especial de uno a tres años para el ejercicio de profesión, oficio o comercio que tenga relación con los animales”.

Si el dogma por excelencia del Derecho penal es el bien jurídico, hay que decir que la Dogmática jurídico-penal se ha visto en un severo aprieto para encontrar un bien jurídico al antedicho delito (o, más bien, para encontrarle un bien jurídico acorde con la lógica interna del sistema, incluyendo su dogma de proteger sólo bienes jurídicos reconducibles a la idea de persona).

Así, desde la introducción del mencionado precepto en 2003 (aun con una redacción más *tibia* en su protección del animal que la actual) la doctrina española ha propuesto como bien jurídico protegido en este delito el medioambiente, los intereses generales, los sentimientos humanos ante el sufrimiento de un animal, la moral/buenas costumbres y, en definitiva, el bienestar animal. Otros autores optan directamente por señalar que un precepto semejante carece de bien jurídico.

Lo mismo sucedió en Alemania (donde ya se había penalizado esta conducta con anterior-

idad): mientras algunos autores propusieron vincular este delito a la protección de la vida / integridad no del animal, sino del ser humano (siguiendo —imagino— la máxima tomista *“hoc fit vel ad removendum hominis animum a crudelitate in homines exercenda, ne aliquis, exercendo crudelia circa bruta, ex hoc procedat ad homines”*), otros lo consideraron un delito sin bien jurídico e, incluso, una “excepción absoluta” al sistema penal como ligado a la protección de bienes jurídicos (HEFENDEHL: 2002:53).

Sólo quien no esté acostumbrado al pensamiento jurídico-penal puede sorprenderse de esta variedad de opiniones al respecto: ¿cómo es posible argumentar que un precepto que castiga maltratar injustificadamente o causar la muerte o lesiones que menoscaben gravemente la salud de un animal no ha sido introducido en interés de dicho animal? Es posible, por supuesto, porque se parte de la premisa irrefragable de que el Derecho penal *no puede* proteger semejante bien jurídico. El pensamiento dogmático nos lleva, en consecuencia, o a razonar centripetamente hacia las *personas* o a afirmar categóricamente la inexistencia de un bien jurídico protegido en el mencionado delito. Ambas salidas tienen algo de paradójico: la premisa “no hay delito sin bien jurídico” nos lleva a una búsqueda a la que la segunda premisa “no se pueden proteger bienes jurídicos no vinculables —siquiera sea mediatamente— al ser humano” establece unos confines de una gran estrechez. Con esos mimbres contruimos, a la postre, una solución, podría decirse, *contra legem*.

No entraré, por razones de espacio, en las razones argüidas por unos y otros para sostener sus respectivas posturas sobre el bien jurídico protegido en el artículo 337. Sí me interesa destacar, no obstante, dos ideas fundamentales.

La primera es que un autor ha podido afirmar que lo que hay detrás de dicho precepto es la “relación especial que se produce entre el humano y el animal” (RUIZ RODRÍGUEZ,

2008:187), lo que explicaría por qué la protección se ofrece sólo a determinados tipos de animales (domésticos y amansados): los más cercanos a nosotros, aquéllos en los que más impronta de nuestras vidas podemos observar. Nos estaríamos dirigiendo, así pues, a una —más o menos pálida— imagen de nosotros mismos. Y en la situación en la que —quizá— mejor nos podemos reconocer: la del sufrimiento. En esta línea, algún autor ha podido proponer como bien jurídico del precepto en cuestión “la exclusión del dolor de toda criatura sensible a aquél”.

Señalaba BENTHAM que no debíamos preguntarnos si los animales podían razonar, sino si podían sufrir. Decía, a su vez, WITTGENSTEIN: “¡Mira una piedra e imagínate que tiene sensaciones! —Uno se dice: ¿cómo se puede llegar siquiera a la idea de adscribirle una *sensación* a una *cosa*? ¡Igualmente se la podría adscribir a un número! —Y ahora mira una mosca retorciéndose y al momento esa dificultad ha desaparecido y el dolor parece poder *agarrar* aquí, donde antes todo era, por así decirlo, *liso* para él”. A donde quiero llegar es a que *persona*, en la misma medida en que separa, establece también puentes de unión. Y como tal concepto *adscriptivo*, no busca establecer esencias comunes, sino, como apunta RORTY, establecer una *fellowship*. Y esta *fellowship* es tanto más fuerte cuanto más reconocemos en algunos seres pautas de conducta que entendemos como nuestras. Así, señala dicho autor:

“A los bebés y a las más atractivas especies de animales se les atribuye “tener sentimientos”, en vez de (como a las células fotoeléctricas y a los animales hacia los que nadie guarda ningún sentimiento —p. ej., lenguados o arañas) “responder meramente a estímulos”. Esto se explica sobre la base de esa especie de sentimiento comunitario que nos une con todo lo humanoide. Ser un humanoide es tener un rostro humano” (RORTY: 1980:189) [de nuevo, la máscara].

En absoluto quiero que el lector entienda que propongo considerar personas a los animales, pues la pura esencia de *persona* —como argumenté al principio de este apartado— es la de trazar fronteras (en este caso, entre *humano* y *animal*). Sólo intento comprender el artículo 337 y su discutido bien jurídico desde la frontera móvil y porosa del término *persona*. Y los muros parecen más abatibles cuando observamos al animal que convive con nosotros como un ser que tiene las mismas reacciones que nosotros ante determinados hechos, es decir, cuando lo concebimos (lo *vemos*) como ser sufriente. Es difícil, ciertamente, sustraerse a ver cómo nuestra máscara también encaja en la faz del animal. Como lo es —y se trata del segundo aspecto que me interesa destacar— concebir al ser humano como una suerte de alma que casualmente habita como intrusa en un cuerpo y, por ende, en el mundo físico, en la *naturaleza*.

La relación entre *persona* y *naturaleza* es extremadamente compleja y difícil de aprehender (de nuevo, otro terreno dionisiaco: la desbordante naturaleza *versus* la civilización). Por ello, me resulta particularmente sugerente la propuesta de ALONSO ÁLAMO en el sentido de poner la incriminación del maltrato de animales en el contexto de lo que dicha autora, tomando una formulación de CAPRA, denomina la “trama de la vida”. Así, el interés protegido sería el de no mediatizar injustificadamente “la interacción en que consiste la vida”. Y, en esta perspectiva, esto significa que no es preciso ni reclamar derechos subjetivos para los animales (en la medida en que no sea un oxímoron esa idea), ni establecer vinculación alguna del bien jurídico a los seres humanos individuales, dado que “los intereses individuales o de la persona se hallan grabados en su esencia [la de la trama de la vida] y forman parte interna del concepto”.

A decir verdad, el concepto “vida” es casi tan indefinible como el de *persona*, pero la propuesta de atender a la “trama de la vida” tiene el poder evocador de un retorno a pensar el mundo (*nuestro* mundo, incluyendo en

el posesivo —por qué no— al resto de seres animados) como un complejo *background* que aniquila los compartimentos estancos que *persona* establece. Y, de este modo, sin duda, se evita caer en la consideración del animal como “aquello que separa de manera violenta al hombre de sí mismo” (ESPOSITO: 2011:15).

En suma, la decisión legislativa de castigar el maltrato de animales sirve como piedra de toque de la teoría del bien jurídico y, por ende, del —por así decirlo— personalismo en el Derecho penal. No propondre aquí ni una revisión del dogma “no hay [puede haber] delito sin bien jurídico”, ni mucho menos —como señalé antes— una “ampliación del contrato social del círculo de personas vivientes a otras criaturas” (ROXIN, 2006:31), pues mi pretensión con todo lo anterior era sólo hacer notar cómo lo que de apolíneo hay en la teoría jurídica del delito parece menos sólido en estos terrenos dionisiacos.

5. FIGUREN

“Estar en las afueras también es estar dentro”

Aunque he elegido los casos de la responsabilidad penal de las personas jurídicas y del delito de maltrato de animales para poner de relieve cómo existen fallas en la idea del Derecho penal como construcción impensable sin remitirnos al imperio de *persona*, lo cierto es que existen muchas otras escarpas en ese terreno aparentemente llano.

Puedo, *vgr.*, mencionar también el caso del delito de profanación de cadáveres (art. 526 del Código penal): ¿qué se protege ahí? ¿un sentimiento religioso y/o el debido respeto a los difuntos (título de la sección en que se encuadra dicho precepto)? ¿la dignidad humana, que no cesa con la vida —como proponen algunos autores, en la estela de una María ZAMBRANO cuando definía *persona* como “el núcleo viviente capaz de atravesar la muerte biológica”? ¿el sentimiento trascendente que,

en nuestra cultura, despiertan los difuntos, ese culto a los muertos, ya ínsito en la *pietas* romana? A mi juicio, el mencionado delito plantea no pocos interrogantes si se observa desde una perspectiva anclada en el imperio de *persona* como elemento —supuestamente— ontológico, pero no si atendemos al *sentido* en que, a fin de cuentas, se constituye la comunidad humana. En ese complejo entramado, en esa red simbólica compuesta de hilos de lenguaje, mito, arte y religión —como dice CASSIRER—, la protección penal de los cadáveres humanos y de los lugares en que éstos se encuentran adquiere una carta de naturaleza que *persona* parece negarles. Se trata, nuevamente, de uno de los ámbitos de Dioniso, donde se entrecruzan multitud de implicaciones que no pueden ser despachadas sin más con un “no existe bien jurídico a proteger” o un simple “se protege un sentimiento”, pues existe en todo ello algo más: nada menos —en mi opinión— que una imagen de cómo nos concebimos a nosotros mismos. La consideración del cadáver humano como algo que es, y simultáneamente no es, una *cosa*, requiere, por tanto, aludir a un *background* de aspectos sociológicos, antropológicos y culturales a los que nunca ha sido ajeno el Derecho penal y que, desde la perspectiva que querría transmitir en este trabajo, sobrepasan con mucho la noción de *persona*.

Sea como fuere, espero haber hecho llegar al lector el carácter esencialmente delimitador del concepto *persona* y cómo ese poder diferenciador entre ser un dios y ser un animal, entre ser un cuerpo y ser una ficción, afecta a mi disciplina de múltiples maneras, aún cuando los dos grandes polos de dicha noción en Derecho penal no hayan sido hasta ahora tratados aquí.

En efecto, si parece claro que las décadas posteriores a la Segunda Guerra Mundial supusieron un plenilunio del término *persona* en el pensamiento jurídico-político occidental, como respuesta a la visión totalitaria de los seres humanos como meras *Figuren* (por utilizar el léxico nacionalsocialista), percibo —no sé si correctamente— una suerte de inflacionismo de dicha noción en mi disciplina. Me refiero,

en concreto, a la progresiva importancia alcanzada (quizás más en el espacio público que en la doctrina) por la discusión sobre el aborto y (desde luego, más en la doctrina que en la opinión pública) por el debate sobre el llamado Derecho penal del enemigo.

No ocultaré que toda reflexión sobre *persona* en mi disciplina tiene necesariamente que tratar ambos temas, pues suponen, de algún modo, el cénit y el nadir de la *extensio* del concepto. No ocultaré, tampoco, las razones que me han llevado a no centrar prioritariamente mi estudio en esos dos grandes tópicos de la problemática.

La primera de esas razones es que considero que en el Derecho penal hay que mirar a *persona* como a Gorgó, no de frente, a riesgo de perecer en un debate frecuentemente inane, sino a través de su reflejo, porque la sombra que proyecta es más alargada de lo que usualmente se tiende a pensar. Es cierto que los *topoi* antes mencionados son la mera esencia de la polémica sobre *persona* en mi disciplina, pero también lo es que existen sutilezas a reflexionar más allá de la perspectiva *macro*, toda vez que hablamos de un concepto que contiene —a mi juicio— un exceso de significado, una infrecuente riqueza semántica (debida, claro está, a su triple matriz teológica, jurídica y filosófica) que lo hace discurrir tanto por las grandes arterias del Derecho penal como, de un modo u otro, por sus capilares más sutiles. En este sentido, me parecía útil examinar aspectos del Derecho penal en los que la presencia de *persona* es tan poderosa como poco visible.

En segundo lugar, en lo que respecta al llamado *Derecho penal del enemigo*, he de decir que mi impresión personal es que se ha escrito en demasía sobre esa cuestión (no me atrevería a calificarla como teoría), incluyéndome entre los que entramos de lleno en un debate que ya está agotado y que, probablemente, sólo haya sido la *prósopon* académica de la involución que han sufrido los ordenamientos penales europeos en los últimos lustros. En este sentido, no pretendo añadir nada sobre las insuficien-

cias teóricas del pensamiento de JAKOBS a lo ya expuesto por JIMÉNEZ REDONDO en el número 4 de esta misma revista. Ahora bien, si ciertamente comparto la idea de este último autor de que la idea del enemigo como *no-persona* es un sinsentido, me gustaría hacer notar de nuevo el increíble poder retórico de *persona*, pues fue, precisamente, esa mención de JAKOBS la que hizo del Derecho penal del enemigo el tema estrella durante años en el debate doctrinal. Dada la peculiar concepción que de *persona* maneja el penalista alemán, no es de extrañar que centralizase en ella el núcleo de su propuesta/diagnosis (nunca quedó claro —por escrito: en sus intervenciones públicas la cuestión parecía más clara— si JAKOBS pretendía hacer descripción o prescripción). Pero la práctica unanimidad crítica que sufrió estuvo, a su vez, centralizada en el tótem de la *no-persona*. Es decir, la incisividad que alcanzó la crítica al Derecho penal del enemigo fue superior al tratar ese tótem y motivó como paradójico resultado una exacerbación personalista que a mi juicio resulta, a su vez, harto discutible. Me refiero, por ejemplo, aunque no sea el único caso, al trabajo de SILVA SÁNCHEZ en el que argumenta —de un lado— que “la discusión jurídico-penal sobre los enemigos y sobre las no-personas se ha centrado, pues, en realidad, en casos de reducción del *status civitatis* de ciertos seres humanos, a los que, sin embargo, desde luego no se les niega el *status personae* en términos absolutos” (SILVA SÁNCHEZ: 2006:988) para, acto seguido, afirmar que el verdadero Derecho penal del enemigo es el que se refiere al ser humano concebido y no nacido, sujeto que constituiría la verdadera *no-persona* del Derecho penal.

Aquí enlazo, en tercer lugar, con el tema del aborto.

Son tres las razones que me han llevado a no detenerme aquí en dicha cuestión. La primera es que comparto en gran medida la argumentación ofrecida por CUERDA ARNAU y VIVES ANTÓN en el libro conjunto que publicaron el año pasado y no quisiera reiterar, desde una óptica muy próxima, algunas de sus

aportaciones. La segunda razón es que, en el momento de redactar estas páginas, la vigente regulación está *sub iudice* en el Tribunal Constitucional y parece prudente esperar a la resolución de los recursos de inconstitucionalidad pendientes para poder hacer una valoración de hasta qué punto esa inflación de *persona* en mi disciplina alcanzará a la doctrina de dicho tribunal (y, por ende, al Derecho positivo, en caso de que la sentencia sea de inconstitucionalidad). En tercer y último lugar, aunque no deje de estar conectado con lo anterior, porque, aun cuando la reforma de la actual regulación del aborto es una aspiración que permanentemente enarbola el partido político actualmente en el gobierno (por no utilizar el eufemismo “el legislador”), lo cierto es que en estos momentos se trata de un mero desiderátum y no existe ni siquiera un anteproyecto de reforma (cuando ya ha habido hasta 3 anteproyectos de reforma del Código penal en su conjunto). De nuevo, resulta difícil esclarecer cuál habrá de ser el sentido de la reforma y no conviene apresurarse a ofrecer argumentos para el vacío. No obstante, todo apunta a que la idea de *persona*, en el sentido más amplio atribuible (argumentadamente o no) a este término enseñoreará la nueva normativa. De hecho, basta atender a las declaraciones realizadas por los representantes del gobierno alegando como motivo para una posible prohibición de la indicación eugenésica las obligaciones contraídas por nuestro Estado con la firma de la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad de la ONU de 2006 [destaco: *personas* con discapacidad] para percatarnos de hasta qué punto, a pesar de las insuficiencias y contradicciones a las que aluden CUERDA ARNAU y VIVES ANTÓN, *persona* sigue siendo la veta argumental de la postura antiabortista.

Hay mucho, sin duda, por discutir en todos estos temas, pero es necesario que concluya este trabajo; y lo haré exponiendo algunas líneas básicas de por dónde considero que se debe encauzar una batalla por/frente/sobre *persona* en Derecho penal.

6. ALLES, WAS TIEF IST, LIEBT DIE MASKE

“(…) πάλιν δ’ ἐχώρουν ὄθεν ἐκίνησαν πόδα, κρήνας ἐπ’ αὐτὰς ἄς ἀνήκ’ αὐταῖς θεός. νίψαντο δ’ αἶμα, σταγόνα δ’ ἐκ παρηίδων γλώσση δράκοντες ἐξεφαίδρυνον χροός. τὸν δαίμον’ οὖν τόνδ’ ὅστις ἔστ’, ὃ δέσποτα δέχου πόλει τῆδ’: ὡς τά τ’ ἄλλ’ ἐστὶν μέγας (...)”

“*A ese dios, pues, quienquiera que sea, ¡oh, soberano!, acéptalo en esta ciudad, que en lo demás es ya grande*”. Así intima el mensajero al monarca, tras narrarle las muchas maravillas realizadas por aquéllos que siguen el culto a Dioniso. Y es, ciertamente, grande el dios que nos conduce, como señalaba al comienzo de este estudio, por los terrenos en los que podemos mirar a Gorgó de frente, esto es, allá donde el concepto *persona* quiebra.

Visto desde esta perspectiva, en efecto, podemos plantearnos por qué existe tanta discusión sobre la metáfora de la *persona* jurídica y su presunta incapacidad para delinquir, cómo es que hemos llegado a excluir a los animales y a los fallecidos del ámbito de sujetos de Derecho penal o cómo el mero hecho de la concepción viene a atribuirle al resultado de tal evento físico una supuesta intangibilidad, sacralidad y dignidad intrínsecas. En este sentido, me parece que el término *persona* es confuso y sólo funciona en casos en los que no hay nada que discutir, mientras que oscurece no pocas cuestiones de interés para mi disciplina, al ser utilizado como consigna en supuestos liminares, por su indudable capacidad retórica como delimitador de ámbitos. La utilización de *persona* otorga *status* a una posición teórica y consigue un notable efecto performativo, aun cuando diste mucho de resultar pacífico qué sea, a fin de cuentas, una *persona*.

Desde el “*persona est naturae rationalis individua substantia*” hasta el personalismo del siglo XX (y más allá), desde el turbio nacimiento del concepto en el pensamiento jurídico, filosófico y teológico hasta sus exaltaciones contemporáneas, nos encontramos con una palabra que ha seguido una evolución llena de

contrastes y paradojas: “de una simple mascarada a la máscara, de un rol a una persona, a un nombre, a un individuo; de esto último a poseer un valor metafísico y moral; de la conciencia moral a un ser sagrado; de esto último a una forma fundamental de pensamiento y acción —el recorrido ha finalizado. ¿Quién sabe qué avance habrá de hacer todavía el Conocimiento en este ámbito?” (MAUSS: 1991:22).

Desconozco, faltaría más, qué haya de suceder con el concepto de *persona*, pero gran parte de las confusiones a las que nos conduce se derivan de su indefinibilidad (a la que aluden incluso algunos autores entusiastas del concepto). Decía SUN BIN en *El arte de la guerra* que todo lo que podía ser definido podía ser vencido, y tengo la impresión de que algo de precaución ante la derrota hay en la indefinición a la que abocan propuestas como las de entender *persona* como una forma de conexión con el resto del mundo más profunda que la que tienen otras cosas entre sí (SPAEMANN: 2006:4) o, sencillamente, la huida al refugio metafísico de una frase como la de PALAZZANI, cuando nos señala que “la riqueza inagotable y el misterio insondable de la verdad de la persona sobrepasan la propia posibilidad de comprensión del hombre” (PALAZZANI: 1996:223).

Desde luego, existe toda una *ideología de la persona* y una potente carga emotivo-religiosa anexa a ella, que, creo, cristaliza en la idea de la intrínseca *dignidad* de la persona. De hecho, la última autora mencionada señala, justo después del fragmento antecitado, que la tarea de la filosofía es averiguar cuál sea el fundamento ontológico del concepto *persona* y, por consiguiente, la “fundación” de la dignidad humana. La apelación a la dignidad me parece que está en sintonía con muchas de las propuestas personalistas surgidas del magma cultural post-segunda guerra mundial, pero no deja de ser un callejón sin salida, porque dista mucho de resultar obvio en qué haya de consistir esa dignidad, de quién haya de predicarse y cómo es posible argumentarla (ni mucho menos *ontológicamente*). Decía muy perspicazmente

Simone WEIL que los antiguos pensaban con demasiada claridad como para adoptar una noción tan confusa como la de “debido respeto a la persona”. Y, sin embargo, *dignidad* no sólo está en el núcleo de muchas concepciones de *persona* sino también detrás de algunas regulaciones penales en las que se niega la capacidad de autodeterminación de los sujetos, esto es, detrás del —llamémosle así— *paternalismo penal*, que no es sino trasunto de una serie de políticas de control de ideología más que discutible.

La cuestión conflictiva aquí es, a mi juicio, que el carácter de concepto *in progress* y paradójico de *persona* se exagera cuando lo mezclamos con *digno* o *sagrado*, pues la reivindicación de la sacralidad de la persona termina, como bien apunta REGINA, por reducir al ser humano (y, sobre todo, su cuerpo) a algo de lo que apropiarse o de lo que desembarazarse. Así, ya señalaba ARENDT poco después de la pesadilla nacionalsocialista que “la concepción de los derechos humanos basada en la supuesta existencia de un ser humano como tal, se quebró en el momento en que quienes afirmaban creer en ella se enfrentaron por vez primera con personas que habían perdido todas las demás cualidades y relaciones específicas —excepto las que seguían siendo humanas. El mundo no halló nada sagrado en la abstracta desnudez del ser humano. Y a la vista de las condiciones políticas objetivas es difícil señalar cómo podrían haber contribuido a hallar una solución al problema los conceptos del hombre en que se habían basado los derechos humanos —que está creado a la imagen de Dios (en la fórmula americana), o que es el representante de la Humanidad, o que alberga dentro de sí mismo las sagradas exigencias de la ley natural (en la fórmula francesa) () Si un ser humano pierde su *status* político, según las implicaciones de los derechos innatos e inalienables del hombre, llegaría exactamente a la situación para la que están concebidas las declaraciones de semejantes derechos generales. En la realidad, el caso es necesariamente opuesto. Parece como si un hombre que no es nada más que un hombre

hubiera perdido las verdaderas cualidades que hacen posible a otras personas tratarle como a un semejante” (ARENDDT: 1998:249-250).

No es mi cometido ni entrar en la cuestión de la dignidad (que, de por sí, basta para otro estudio *mitológico*) ni hacer un repaso al infinito debate iusfilosófico sobre *persona* y su carácter de piedra basilar de los derechos humanos. Baste lo apuntado para expresar mi contrariedad hacia el uso de un concepto que bascula entre la vacuidad y el exceso semántico. Se preguntará el lector si tengo al respecto alguna propuesta alternativa y lo cierto es que me resulta difícil articularla. Por una parte, resultaría pretencioso proponer la eliminación de un vocablo que, guste o no, es parte de una visión del mundo que está inscrita en el ADN de nuestra cultura jurídica. Por otra, ¿cómo sería posible llenar este viejo odre con un vino nuevo sin que éste se eche a perder?

Me parece que si *persona* ha de significar necesariamente algo, debemos alejarnos de toda ontología y concebir este concepto como *relacional*. Es decir: retomando la idea de RORTY, si *persona* supone, ante todo, el establecimiento de una *fellowship*, considero que ésta no tiene por qué tener un referente *esencial*. En este sentido, *persona* se ha desarrollado como idea sobre la base del hiato entre ser humano y animal, entre “nosotros” y “ellos”, entre lo divino y lo humano (no olvidemos Nicea y la ὑπόστασις —ni obviamos que en la actualidad se discute la conveniencia de eliminar *persona* incluso del vocabulario de la teología trinitaria, como documenta amplísimamente URIBARRI BILBAO). Ese camino transitado hasta ahora puede ser también uno de retorno, concibiendo el término como expresivo no de diferencia, sino de reconocimiento (recordemos

a LINNEO: el ser humano es la especie que se reconoce a sí misma y que es capaz de hablar). Desde este punto de vista, edificando a partir de las ruinas de *persona* y su maleabilidad un concepto no excluyente, sino incluyente, que tenga en cuenta que todas las divisiones que ha realizado hasta ahora bien pueden ser tachadas de contingentes, quizás pueda dejar de ser un *nomen dignitatis* de discutibles efectos o una aproximación a un ideal de no se sabe muy bien qué para derivar en un término que designe la máscara que el yo elige para “el juego bajo los hombres y con los hombres” (ARENDDT: 2006:8). Y dicha máscara será tanto más transparente cuanto más seamos conscientes de que, a fin de cuentas, no somos sino lo que intersubjetivamente determinamos dentro de una comunidad lingüística y social hartado más compleja de lo que la sombra de *persona* nos permite ver. Y recorriendo los contornos de esta comunidad, bien podemos afirmar —por hacer un símil teológico que, creo, casa bien con el tema que estamos discutiendo: *Deus personam hominis non accipit*, como indicó nada menos que PABLO DE TARSO. Hecho esto, gran parte de los problemas derivados del concepto habrán desaparecido de nuestra vida como animales hermenéuticos.

El sagaz lector podrá sin duda reprocharme que caigo con mi propuesta en los mismos defectos que achaco a los conceptos usuales de *persona*, vaciando de contenido en gran medida este término, pero parte del sentido de mi argumentación es que *persona* o no significa nada o plantea límites de los que no es tan difícil que nos liberemos. De hecho, como hemos visto, Dioniso fácilmente puede cruzarlos, por algo uno de sus muchos epítetos es *Ελευθέριος*: el liberador.

NOTA BIBLIOGRÁFICA

Al apartado 1

La cita es de *Iliada*, canto E, versos 741 y 742: “allí en fin la cabeza de Gorgona, el espantoso monstruo, horroroso, terrífico, del gran Zeus el portaégida prodigio”, según traducción rítmica de Daniel RUIZ BUENO (Librería y Casa

Editorial Hernando, Madrid, 1956, volumen 1, pág. 310). El poeta escondido tras el nombre de HOMERO está describiendo la égida (en este momento de la acción, portada por Atenea, no por su augusto padre).

Las obras citadas en texto son:

AGAMBEN, G., *Lo que queda de Auschwitz: el archivo y el testigo: Homo sacer III*, Pre-Textos, Valencia, 2000.

DÍEZ DE VELASCO, F., “Dioniso y la muerte: Gorgo en contextos dionisiacos en la cerámica ática”, en SÁNCHEZ FERNÁNDEZ, C. / CABRERA BONET, P. (eds.), *En los límites de Dioniso*, Caja de Ahorros de Murcia, Murcia, 1998, págs. 41 y ss.

FRONTISI-DUCROUX, F., “La Gorgone, paradigme de création d’images”, *Les cahiers du collège iconique*, I, 1993, págs. 71 y ss. De esta autora, recomendaría, además, su fabuloso *Du Masque au visage. Aspects de l’identité en Grèce ancienne*, Flammarion, París, 1995.

Al apartado 2

La frase truncada que intitula el apartado es una deformación del viejo adagio sobre la esclavitud, cuya paternidad suele ser atribuida a Hugues DONEAU (sive DONELLUS): “*Servus homo est, non persona. Homo naturae, persona iuris civilis vocabulum*”.

Al apartado 3

La cita preliminar es de ULPIANO, *Digesto*, 4.2.9.1.

Las obras citadas en el texto son las siguientes:

ZATTI, P., *Persona giuridica e soggettività: per una definizione del concetto di persona nel rapporto con la titolarità delle situazioni soggettive*, CEDAM, Padova, 1975 (la fábula la toma prestada este autor de SCHWARZ, G., “Rechtssubjekt und Rechtszweck”, *Archiv für bürgerliches Recht*, 32, 1908, págs. 12 y ss.).

CARBONELL MATEU, J. C., “Aproximación a la dogmática de la responsabilidad penal de las personas jurídicas”, en CARBONELL MATEU, J. C. / GONZÁLEZ CUSSAC, J. L. / ORTS BERENGUER, E. (dirs.) / CUERDA ARNAU, M. L. (coord.), *Constitución, derechos fundamentales y sistema penal: semblanzas y estudios con motivo del setenta aniversario del profesor Tomás Salvador Vives Antón*, Tomo I, Tirant lo Blanch, Valencia, 2009, págs. 307 y ss.

RODRÍGUEZ MOURULLO, G., “El fundamento de la responsabilidad penal de las personas jurídicas según la Circular 1/2011 de la Fiscalía General del Estado”, en ÁLVAREZ GARCÍA, F. J. / COBOS GÓMEZ DE LINARES, M. A. / GÓMEZ PAVÓN, P. / MANJÓN-CABEZA OLMEDA, A. / MARTÍNEZ GUERRA, A., *Libro Homenaje al profesor Luis Rodríguez Ramos*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2013, págs. 168 y ss.

MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, C., *Derecho penal económico y de la empresa. Parte general*, 3ª edición, Tirant lo Blanch, Valencia, 2011.

La frase de CICERÓN proviene de *De officiis*, 1, 34, 124.

IHERING y su estupor ante la semipoética jurisprudencial lo encontramos en *Scherz und Ernst in der Jurisprudenz: eine Meinhachtsgabe für das juristische Publikum*, 3ª edición, Druk und Verlag von Breitkopf und Härtel, Leipzig, 1885 (la primera edición es del año anterior).

Las sentencias del Tribunal Supremo estadounidense que menciono son, por orden cronológico, la *Southern Railway Co. v. Greene*, 216 U. S. 400 (1910) y la *Pacific Gas & Electric Co. v. Public Utilities Commission of California*, 475 U. S. 1 (1986). En esta última, el magistrado disidente era W. REHNQUIST.

La vinculación aristotélica mito-enigma-metáfora la encontramos en su *Poética* (Gredos, Madrid, 1974). La frase en concreto que menciono aparece en el Libro III, 1405b.

La impecable inmersión de SCHLOSSMANN en el surgimiento del término *persona* es su obra *Persona und prósopon im Recht und im christlichen Dogma*, Lipsius & Tischer, Kiel, 1906.

Al final del apartado aludo al comienzo del magistral poema en prosa *Espacio*, de JUAN RAMÓN JIMÉNEZ: “Los dioses no tuvieron más sustancia que la que tengo yo”. El poema continúa así: “Yo tengo, como ellos, la sustancia de todo lo vivido y de todo lo porvenir. No soy presente sólo, sino fuga raudal de cabo a fin”.

Al apartado 4

La cita inicial es (o la hacen ser, pues existe alguna controversia al respecto) de ARISTÓTELES (*Constitución de Atenas*, 57. 4). La edición bilingüe que manejo (Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 2000) traduce el fragmento así: “Juzga el rey, con los reyes de tribu, también las causas contra cosas inanimadas y contra animales” (pág. 195).

Obras citadas:

SCHELER, M., *La idea del hombre y la historia*, La pléyade, Buenos Aires, 1974.

AGAMBEN, G., *The open: man and animal*, Stanford University Press, Stanford, 2004.

FULLER, S., *Humanity 2.0: what it means to be human, past, present and future*, Palgrave, Basingstoke, 2011. Excelente argumentada —y muy sugerente— la comparación entre la moderna reflexión sobre qué significa “humano” y la lucha entre la escolástica parisina y la oxoniense sobre el mismo tema (págs. 79 y ss.).

RUIZ RODRÍGUEZ, L. R., “Posición y tratamiento de los animales en el sistema penal”, en PÉREZ MONGUIÓ, J. M. / RUIZ RODRÍGUEZ, L. R. / SÁNCHEZ GONZÁLEZ, M. P., *Los animales como agentes y víctimas de daños*, Bosch, Barcelona, 2008, págs. 135 y ss.

Un “abismo ontológico” veía JULIÁN MARÍAS entre los animales y los seres humanos (MARÍAS, J., *Antropología metafísica*, Alianza, Madrid, 1983, pág. 55).

La frase de DESCARTES está tomada de *Discurso del método*, Alianza, Madrid, 1979, pág. 114. Con sorna habría de reponer VOLTAIRE que la naturaleza, entonces, había optado por darle todo tipo de órganos y conductas de sentimientos a los autómatas/animales para que, curiosamente, no sintiesen nada. La frase de HUME, por su parte, la he tomado de *Tratado de la naturaleza humana*, Editora nacional, Madrid, 1977, pág. 305.

La frase de BENTHAM aparece en *The principles of morals and legislation* (Harfner Press, New York, 1948). La de WITTGENSTEIN constituye el parágrafo 284 de las *Investigaciones Filosóficas* (utilizo la edición del Instituto de Investigaciones Filosóficas de la Universidad Autónoma Nacional de México, editorial Crítica, Barcelona, 1988).

Las citas de RORTY provienen de *Philosophy and the mirror of Nature*, Princeton University Press, Princeton, 1980.

La exposición de la propuesta de ALONSO ÁLAMO de concretar los bienes jurídicos de los delitos relacionados con la naturaleza a través del concepto “trama de la vida” la encontramos en su trabajo “Trama de la vida y protección penal del ambiente” (SERRANO PIEDECASAS, J. M. / DEMETRIO CRESPO, E. (eds.), *El Derecho penal económico y empresarial ante los desafíos de la sociedad mundial del riesgo*, Colex, Madrid, 2010, págs. 160 y ss.).

La cita de TOMÁS DE AQUINO pertenece a la *Summa contra gentiles*, Libro III, 112. La edición bilingüe que manejo (Editorial católica, Madrid, 1967) traduce así: “ello obedece a apartar el ánimo del hombre de practicar la crueldad con sus semejantes, no sucediera que alguien, siendo cruel con los animales, lo fuera también con los hombres”.

ESPOSITO, R., *El dispositivo de la persona*, Amorrortu, Buenos Aires, 2011.

Las citas de doctrina alemana son las siguientes:

ROXIN, C., *Strafrecht: allgemeiner Teil*, T. I, Verlag C. H. Beck, München, 2006, pág. 31.

HEFENDEHL, R., *Kollektive Rechtsgüter im Strafrecht*, Carl Heymanns Verlag, Köln, 2002.

Al apartado 5

“Estar en las afueras también es estar dentro” es el único verso de un (micro)poema de Pablo GARCÍA CASADO (*Fuera de campo. Poesía reunida*, Visor, Madrid, 2013, pág. 23).

La definición de *persona* que nos sugiere María ZAMBRANO, aparece en *Persona y democracia: la historia sacrificial*, Siruela, Madrid, 1996, pág. 159.

La cita de CASSIRER pertenece a *Antropología filosófica*, Fondo de Cultura Económica, México D. F., 1945, pág. 47.

El magistral artículo de JIMÉNEZ REDONDO sobre el Derecho penal del enemigo jakobsiano tiene la siguiente referencia: “Sobre la distinción de Günther Jakobs entre “derecho penal del ciudadano” y “derecho penal del enemigo””, *Teoría y Derecho*, 4, 2008, págs. 190 y ss.

El trabajo de SILVA SÁNCHEZ sobre aborto y Derecho penal del enemigo es “Los indeseados como enemigos: la exclusión de seres humanos del *status personae*”, en CANCIO MELIÁ, M. / GÓMEZ — JARA DÍEZ, C. (coords.), *Derecho penal del enemigo. El discurso penal de la exclusión*, vol. 2, EDISOFER, Madrid, 2006, págs. 985 y ss.

El libro de CUERDA ARNAU y VIVES ANTÓN es *El debate acerca de la legalización del aborto*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2012.

Al apartado 6

“Todo lo que es profundo ama la máscara”, indicaba NIETZSCHE en *Más allá del bien y del mal*, 40.

Los soberbios versos que encabezan el apartado son los 765 a 770 de *Las bacantes* de Eurípides. Cito por la edición de la editorial Gredos, Madrid, 1998.

MAUSS, M., “A category of the human mind: the notion of person; the notion of self”, en CARRITHERS, M. / COLLINS, S. / LUKES, S., *The category of the person: anthropology, philosophy, history*, 4ª reimpresión, Cambridge University Press, Cambridge, 1991, págs. 1 y ss. La mayúscula en “Conocimiento” es del propio MAUSS.

SPAEMANN, R., *Persons: the difference between “someone” and “something”*, Oxford University Press, Oxford, 2006.

PALAZZANI, L., *Il concetto di persona tra bioetica e Diritto*, Giappichelli, Torino, 1996.

WEIL, S., “La persona y lo sagrado”, en *Escritos de Londres y últimas cartas*, Trotta, Madrid, 2000, págs. 17 y ss.

REGINA, U., “La persona, il corpo, il prossimo”, en NATOLI, S. et. al., *Bioetica e persona*, Mattioli, Parma, 2009, págs. 41 y ss.

ARENDRT, H., *Los orígenes del totalitarismo*, 2ª edición, Taurus, Madrid, 1998.

Visto que el concepto *persona* tiene un altísimo componente teológico, utilizo como artificio expresivo los odres a los que alude el Evangelio (Mateo capítulo 9, versículo 17) y, con posterioridad, la Epístola a los Gálatas (capítulo 2, versículo 6) de PABLO DE TARSO.

URIBARRI BILBAO, G., *Monarquía y trinidad*, Universidad Pontificia de Comillas, Madrid, 1996.

ARENDT, H., *Diario filosófico 1950-1973*, Herdes, Barcelona, 2006.

Fecha recepción: 09/07/2013

Fecha aceptación: 21/10/2013