



**VNiVERSiDAD
D SALAMANCA**

FACULTAD DE DERECHO

DEPARTAMENTO DE DERECHO PÚBLICO
GENERAL - ÁREA DE DERECHO PENAL

DOCTORADO EN DERECHO PENAL

TESIS DOCTORAL EN
COTUTELA/CODIRECCIÓN

**DERECHO PENAL DEL ENEMIGO:
ANÁLISIS DE UN MODELO POLÍTICO-
CRIMINAL**

DEL RECHAZO AL DERECHO PENAL DE LA
EXCLUSIÓN A LA LEGITIMACIÓN DE UN DERECHO
PENAL DE LUCHA BASADO EN VALORES
CONSTITUCIONALES.

DOCTORANDO:
ANDRÉ PEDROLLI SERRETTI

COTUTORA/CODIRECTORA:
PROFA. LAURA ZÚÑIGA RODRÍGUEZ
UNIVERSIDAD DE SALAMANCA (ESPAÑA)

COTUTOR/CODIRECTOR:
PROF. FRANCESCO SCHIAFFO
UNIVERSITÀ DE SALERNO (ITALIA)

SALAMANCA/SALERNO, 2017



UNIVERSITÀ DEGLI STUDI
DI SALERNO

DIPARTIMENTO DI SCIENZE GIURIDICHE
(SCUOLA DI GIURISPRUDENZA)

SCUOLA DOTTORALE STUDI GIURIDICI
"GIAMBATTISTA VICO"

DOTTORATO DI RICERCA IN
SCIENZE GIURIDICHE

TESI DI DOTTORATO IN
COTUTELA/CODIREZIONE

**DIRITTO PENALE DEL NEMICO:
ANALISI DI UN MODELLO DI POLITICA
CRIMINALE**

DAL RIFIUTO DEL DIRITTO PENALE DELLA
ESCLUSIONE ALLA LEGITIMAZIONE DI UN
DIRITTO PENALE DI LOTTA SOTENUTO DA
VALORI COSTITUZIONALI

DOTTORANDO:
ANDRÉ PEDROLLI SERRETTI

COTUTOR/CODIRETTRICE:
PROF.SSA. LAURA ZÚÑIGA RODRÍGUEZ
UNIVERSITÀ DI SALAMANCA (SPAGNA)

COTUTOR/CODIRETTORE:
PROF. FRANCESCO SCHIAFFO
UNIVERSITÀ DEGLI STUDI DI SALERNO
(ITALIA)

SALAMANCA/SALERNO, 2017

ÍNDICE

Resumen	8
Riassunto	9
Abstract	10
Resumo	11
Dedicatoria	13
INTRODUCCIÓN	15
Introducción y presentación de algunos retos de la política criminal y del Derecho penal actuales.....	16
CAPÍTULO 1 – La filosofía política y el sentido del contrato social	25
1.1 Consideraciones previas desde la filosofía política.....	28
1.2 La comprensión del Estado moderno y del contrato social.....	29
1.3 Thomas Hobbes y el nacimiento de la doctrina del Derecho penal del enemigo en la política.	32
1.3.1 Indagaciones acerca de la real posibilidad de fundamentar políticamente el Derecho penal del enemigo en los postulados de Thomas Hobbes.....	42
CAPÍTULO 2 – Los orígenes filosóficos del Derecho penal del enemigo.....	54
2.1 El Derecho y la pena en la filosofía moral de Immanuel Kant.	54
2.1.1 La humanidad como capacidad de obligarse moralmente: <i>homo phaenomenon</i> y <i>homo noumenon</i>.	54
2.1.2 La libertad como fundamento del Derecho.	58
2.1.3 La idea de un Derecho penal del enemigo en las consideraciones de Kant	62
2.2 Las consecuencias del delito y las funciones de la pena en Fichte.	66
2.3 La filosofía penal de Hegel y su influencia en la concepción contemporánea del funcionalismo penal.....	78
2.4 Conclusiones de la parte político-filosófica	87
CAPÍTULO 3 – Las nuevas características de la sociedad actual y sus desafíos	94
3.1 Una paradoja de la sociedad actual: de la renuncia al instinto, a la vuelta a la centralidad del instinto.	103
3.2. El Riesgo en la contemporaneidad.....	106
3.2.1 El concepto de riesgo.	109
3.2.2 El riesgo y la sociología clásica.	112
3.2.3 Las nuevas clases de riesgos y su percepción.	114
3.2.4 La aceptabilidad social de los riesgos en la actualidad.....	118
3.2.5 El principio de precaución como producto de la socialización avanzada: la certeza de la incertidumbre.	119
3.2.6 Relaciones entre riesgo y Derecho: la nueva cara del Derecho penal actual... 	124
3.3 La formas de criminalidad contemporánea y su relación con el Derecho penal clásico – por un nuevo Derecho penal.	127
3.3.1 El sentido del terrorismo	131
3.3.2 La macrocriminalidad globalizada.	144
3.4 La nueva cara del Derecho penal.....	160
3.4.1 Tentativa de control de los riesgos en nuevos ámbitos.....	163

3.4.2 Reducción de los ámbitos de libertad y aumentos de mecanismos de control de acciones inofensivas a través del Derecho penal.....	165
3.4.3 Cambio de paradigma teleológico del Derecho penal.....	169
3.4.4 La administrativización del Derecho penal.....	171
3.4.5 La administrativización del Derecho Procesal Penal.....	173
3.4.6 Creación de nuevos ámbitos de responsabilización personal: la responsabilidad penal de personas jurídicas.....	174
3.4.7 Otros rasgos del Derecho penal actual.....	178
3.5 Conclusiones del capítulo.....	185
CAPÍTULO 4 – El funcionalismo sociológico.....	188
4.1 Aclaraciones metodológicas previas sobre el funcionalismo.....	188
4.1.1 La razón de la elección del método de esta parte de la investigación.....	193
4.1.2 Delimitación objeto de la parte estructural-funcionalista.....	196
4.2 Comprendiendo los presupuestos de la teoría de sistemas estructuralista funcional de Niklas Luhmann.....	197
4.2.1 Los orígenes de la teoría estructural funcionalista de Niklas Luhmann.....	203
4.2.1.1 Durkheim: las formas de organización y la idea de función.....	204
4.2.1.2 Parsons y el funcionalismo estructural: acción y sistema social.....	206
4.2.2 Los puntos de partida de Luhmann.....	208
4.2.3 La idea de sistema y su aplicabilidad en la sociología.....	219
4.2.3.1 Orígenes de los modelos sistemáticos de observación de la realidad.....	220
4.2.3.2 La sociedad como sistema social – la teoría de sistemas como esquema de observación de la realidad.....	221
4.2.4 Algunas características de la teoría de sistemas estructuralista funcional.....	225
4.2.4.1 Diferencia entre sistema y entorno.....	229
4.2.4.2 Apertura cognitiva y clausura operativa: un sentido para la <i>autopoiesis</i>	232
4.2.4.3 La comunicación en el sistema.....	237
4.2.4.4 Acoplamiento estructural.....	239
4.3 Un ejemplo de subsistema social y su funcionamiento: el sistema del Derecho.....	242
4.3.1 La sociedad posmoderna desde la óptica sistémica-funcional: complejidad, contingencia y el papel del sistema del Derecho.....	244
4.3.2 La confianza como mecanismo de estabilización de expectativas y reducción de complejidad.....	250
4.3.2.1 La confianza en el ámbito de los sistemas psíquicos.....	250
4.3.2.2 La confianza en el acoplamiento estructural de los sistemas psíquicos y sociales.....	259
CAPÍTULO 5 - El funcionalismo jurídico-penal sistémico.....	270
5.1 Creación y vigencia de la norma penal – de la institucionalización a la vigencia y sus consecuencias.....	276
5.2 Socialidad <i>versus</i> Subjetividad.....	287
5.3 El riesgo en la sociedad compleja como elemento central del análisis funcionalista penal.....	292
5.4. El Derecho penal del enemigo en el contexto del funcionalismo sistémico: el control de riesgos.....	295
5.5 Análisis algunas consideraciones críticas acerca del funcionalismo sistémico y de la viabilidad epistemológica del modelo de funcionalismo penal.....	308
5.5.1 Algunas consideraciones críticas acerca del modelo de observación de Niklas Luhmann y sus repercusiones en el Derecho penal.....	308

5.5.2 Análisis de la viabilidad epistemológica del modelo de funcionalismo penal, en relación con el funcionalismo sistémico.	346
5.6 - Toma de postura sobre el modelo analizado.	353
5.7 Conclusiones del capítulo.....	359
CAPÍTULO 6 – La búsqueda de un sentido para el Derecho penal del enemigo desde el pensamiento jurídico no funcionalista.	364
6.1 Observaciones sobre el Derecho penal del enemigo por parte de los académicos e investigadores.	364
6.1.1 Manuel Cancio Meliá y Francisco Muñoz Conde.....	365
6.1.2 Eugenio Raúl Zaffaroni.....	374
6.1.3 Consideraciones de otros investigadores del Derecho penal y su visión del concepto de Derecho penal de enemigo.....	397
6.2 Algunas consideraciones críticas sobre el Derecho penal del enemigo.	436
6.3 Algunas observaciones acerca de las críticas realizadas.....	440
CAPÍTULO 7 – La comprensión de una concepción contemporánea de Derecho penal del enemigo desde el pensamiento funcionalista penal sistémico.	450
7.1 El origen: La fundación del concepto de Derecho penal de enemigo en la obra de Günther Jakobs.	450
7.2 Lo que es Derecho penal del enemigo para Günther Jakobs – el nacimiento y la evolución de una tesis.....	456
7.2.1 <i>Kriminalisierung im Vorfeld einer Rechtsgutsverletzung (1985)</i>	458
7.2.1.1 Conclusiones.....	490
7.2.2 <i>Das Selbstverständnis der Strafrechtswissenschaft vor den Herausforderungen der Gegenwart (1999)</i>	493
7.2.2.1 La ciencia del Derecho penal.	493
7.2.2.2 La función de la pena.	498
7.2.2.3 El Derecho penal del enemigo.	501
7.2.2.4 Conclusiones.....	516
7.2.3 <i>Bürgerstrafrecht und Feindstrafrecht (2003)</i>	518
7.2.3.1 Conclusiones.....	540
7.2.4 <i>Feindstrafrecht? - Eine Untersuchung zu den Bedingungen von Rechtlichkeit (2006)</i>	542
7.2.4.1 Las condiciones reales de existencia de la personalidad.	542
7.2.4.2 El Derecho penal del enemigo como Derecho de aseguramiento.	552
7.2.4.3 Conclusiones.....	558
7.2.5 Otros textos producidos por Jakobs.....	561
7.3 Conclusión sobre lo que es un Derecho penal del enemigo en la visión de Günther Jakobs.....	563
7.3.1 Es un fenómeno típico en el occidente.....	567
7.3.2 Consiste en sancionar la conducta de un sujeto peligroso en una etapa muy anterior a un acto delictivo.	568
7.3.3 Se sancionan la conducta y la peligrosidad del sujeto.	572
7.3.4 La sanción no se limita a los actos del sujeto.....	574
7.3.5 Restricción de algunos ámbitos privados en el ámbito procesal.	575
7.3.6 Su concepto enmarca una noción descriptiva.	575
7.3.7 Su concepto define algo existente en los ordenamientos democráticos actuales.....	581

7.3.8 Su concepto designa los supuestos de especial peligrosidad, con la finalidad de distinguirlos de los supuestos en que se produce una relación jurídica entre los ciudadanos.....	585
7.4 Conclusiones – la soteriología de un modelo	587

CAPÍTULO 8 – Posibles consecuencias de la creación de un Derecho penal del enemigo.
..... 592

8.1 La personalidad y su exclusión en el Derecho.....	592
8.1.1 Normas infraconstitucionales de los ordenamientos jurídicos.....	593
8.1.2 La personalidad en las Constituciones.	600
8.1.3 Tratados, Cartas, Convenciones y Declaraciones internacionales.	614
8.1.4 Consideraciones sobre las normas estudiadas.....	638
8.1.5 Un concepto funcional de persona y el carácter no absoluto de la personalidad en Jakobs.....	645
8.1.5.1 Críticas a la idea funcional de personalidad de Jakobs.....	674
8.1.5.2 Conclusiones sobre la personalidad y su potencial de sentido para un sistema funcional de observación de la realidad de las normas.....	687
8.2 ¿Sería el Derecho penal del enemigo un especie de <i>no-Derecho</i> ? – Injusto (<i>Unrecht</i>) y la conocida <i>Fórmula de Radbruch</i>	689
8.2.1 Los Detalles de la <i>Radbruch'sche Formel</i>	699
8.2.2 La idea de <i>Unrecht</i> en un sistema funcionalista del Derecho y de la sociedad.....	705
8.2.3 A modo de conclusión: ¿Derecho penal del enemigo como <i>Unrecht</i> ?.....	711
8.3 Los criminales incorregibles o imputables comprobadamente peligrosos y su relación con el denominado Derecho penal del enemigo.....	714
8.3.1 Los delincuentes incorregibles en la obra de Franz von Liszt.	715
8.3.2 La peligrosidad personal en el Derecho penal.....	719
8.3.3 El delincuente imputable peligroso.....	722
8.3.4 Respuesta penal al peligroso imputable y Derecho penal del enemigo.	736

CAPÍTULO 9 - Toma de postura y presentación de un concepto original de Derecho penal del enemigo...... 742

9.1 Lo que es Derecho penal.....	742
9.2 Lo que es enemigo.....	746
9.2.1 El concepto de enemigo desde Jakobs.	746
9.2.2 El concepto de enemigo desde Carl Schmitt.	749
9.2.2.1 La posibilidad de utilización de la concepción de enemigo desde Schmitt en la comprensión de las proposiciones de Jakobs.....	758
9.2.2.2 Conclusiones sobre el potencial de rendimiento del concepto de enemigo de Schmitt a la comprensión del concepto de Derecho penal del enemigo de Jakobs.	774
9.3 Lo que es un Derecho penal del enemigo: toma de postura y presentación de un concepto original.....	778

CAPÍTULO 10 – La construcción de un modelo de Derecho penal de lucha legítimo y conforme a la Constitución...... 786

10.1 ¿Ponderación o negación? - la esencia de un Derecho penal de enemigo ilegítimo y su comparación con un Derecho penal de lucha basado en valores constitucionales.	786
10.2 Algunos ejemplos de lo que sería un ilegítimo Derecho penal del enemigo y su diferencia de lo que sería un legítimo Derecho penal de lucha.....	794
10.2.1 <i>Guantanamo Bay detention camp and its extrajudicial prisoners</i>	794

10.2.2 Leyes de seguridad nacional.	808
10.2.3 El régimen disciplinario diferenciado en la ejecución de la condena.....	810
10.2.4 Ley de Seguridad Aérea y la posibilidad de derribarse aviones civiles.	813
10.2.5 Reiteración criminal como causa de aumento de pena.	817
10.2.6 La doctrina Parot.....	819
10.2.7 - La prisión permanente revisable y <i>l'ergastolo</i>	825
10.3 Explicación de un modelo de Derecho penal de lucha basado en valores constitucionales.....	833
10.3.1 ¿La política criminal actual autoriza un Derecho penal de lucha?.....	833
10.3.2 ¿Un Derecho penal de lucha es realmente diferente de un Derecho penal del enemigo?	835
10.3.3 ¿Es realmente necesaria la existencia de un Derecho penal de lucha?	841
10.4 Principios que legitiman un Derecho penal de lucha ponderado y basado en la Constitución.	845
10.4.1 Principio de necesidad de la respuesta penal.	846
10.4.2 Principio de prevención criminal.	849
10.4.3 Principio de garantía de la seguridad ciudadana o seguridad pública.....	850
10.4.4 Principio de prohibición de la protección deficiente (<i>Untermassverbot</i>).....	856
10.4.5 Principio de proporcionalidad.....	861
10.5 Los deberes fundamentales de lucha a través del Derecho penal contra ciertos fenómenos criminales, presentes en las Constituciones de Italia, Brasil y España.	868
10.6 Conclusiones sobre un Derecho penal de lucha.....	875
CONCLUSIONES	877
BIBLIOGRAFÍA	905
CONTRAPORTADA	947

Resumen

Como producto de los nuevos retos de la política criminal contemporánea de matiz funcionalista, nace teóricamente, la Teoría del Derecho Penal del enemigo, de los estudios de Günther Jakobs, que busca dar respuesta normativa a estos nuevos retos de forma eficiente, con el fin de minimizar a las amenazas al funcionamiento del Sistema Social, lo que tiene importancia para el Derecho Penal, de acuerdo con dicho autor. Esta teoría establece que un ser humano que no presenta garantía cognitiva alguna para la sociedad, que no ofrece la menor condición de atender a las mínimas expectativas normativas necesarias y esenciales para la vida en sociedad, debe ser tratado por el sistema social de forma diferente de la forma utilizada para el ciudadano regular, aquel que se presenta hábil para cumplir con sus deberes de diligencia y respeto a los derechos ajenos, consubstanciados en las expectativas normativas institucionalizadas por el sistema social. Modelos de política criminal típicos de la teoría del Derecho Penal del Enemigo, en los últimos años, vienen siendo adoptados por las legislaciones occidentales, siendo respaldados por la jurisprudencia de sus propios países incluso por parte de los más altos tribunales, y justificados por la doctrina en diversos sitios del mundo. Dicha teoría establece que debe haber dos Derechos Penales, para diferentes clases de personas en la sociedad, de acuerdo con lo que se explicará. En la doctrina todavía no son – y creo que nunca lo serán – dominantes las ideas justificadoras del Derecho Penal del enemigo. La persona que por primera vez identificó institutos típicos del Derecho Penal del enemigo fue Günther Jakobs, que lo hizo en el marco de su teoría funcional del Derecho Penal. Jakobs sostiene que fundamenta su forma sociológica de observar el derecho penal en la Teoría funcional de Sistemas Sociales de Niklas Luhmann. Siempre es necesario investigar los fundamentos filosóficos y sociológicos de los institutos y teorías del Derecho Penal, para que se pueda entender sus orígenes y funciones, lo que permite una mejor comprensión acerca del tema. Innumerables juristas pertenecientes a la tradición romano-germánica atacan la teoría del Derecho Penal de Enemigo de muchas formas, con base en algunas teorías de origen epistemológico distinto, especialmente las teorías del Garantismo Penal y del Neoconstitucionalismo, la primera de matiz iusnaturalista y la segunda de carácter iuspositivista, sosteniendo la inconstitucionalidad total de entrada de la teoría del Derecho Penal del Enemigo. Lo que se propone en este trabajo es, desde un análisis de los ordenamientos jurídicos de España, Italia y Brasil, ir más allá de llevar a cabo una revisión bibliográfica de las críticas que se hace al Derecho Penal del enemigo, que parten, en general, desde un punto de vista externo, investigarlo y criticarlo de una forma interna, analizando sus presupuestos y la realidad que propone implementar y, al final, encontrar una respuesta a los fenómenos de macrocriminalidad conforme a la Constitución.

Palabras-clave: Derecho penal del enemigo, Funcionalismo sistémico, Macrocriminalidad, Derecho penal actual. Derecho penal de lucha.

Riassunto

Il recente dibattito sulla Teoria del Diritto Penale del Nemico rappresenta il necessario bilanciamento tra la lotta al fenomeno criminale di massa e l'effettiva difesa dei diritti umani fondamentali. In questo "lavoro" si rappresenta una teoria di politica criminale chiamata Diritto Penale del Nemico ed il cammino che ha reso possibile la legittimazione formale e materiale delle leggi basate su questi valori. Per rendere ciò attuabile sono state ricercate le fonti sociologiche e filosofiche che sostengono tale teoria e le caratteristiche proprie di alcuni tipi di criminalità contemporanea, che rappresentano altresì le ragioni fondanti di questi nuovi sistemi criminali presenti in vari paesi, ma specificatamente Spagna, Italia e Brasile. Tale Teoria è la sommatoria delle idee e delle linee-guida che rappresentano il cuore di tutte le leggi finalizzate alla lotta al crimine organizzato ed al terrorismo. Infatti, la Diritto Penale del Nemico è stata oggetto di studio e consecutivo dibattito negli ultimi diciotto anni, nella storia del Diritto Penale dell'Europa Continentale ma tutt'oggi non si è riusciti a trovare una soluzione comune che accordi il pensiero dei vari ricercatori sulle leggi emanate e sulla teoria sopraccitata. Nonostante il successo conseguito all'approvazione delle leggi che reprimono il fenomeno mafioso internazionale, come la possibilità della effettiva della polizia procedere all'arresto degli affiliati e della confisca dei beni ottenuti illegalmente, frutto di attività illegale, questo tipo di legislazione risulta essere vista come una sorta di violazione dei diritti fondamentali costituzionalmente garantiti, perché prevede un tipo di repressione eccessivamente dura nei confronti degli appartenenti alle organizzazioni di stampo mafioso rispetto che agli altri tipi di criminalità. Nella prima parte della ricerca si cerca di comprendere le origini filosofiche e sociologiche della per riuscire a fornire la panoramica "retro-esistente" alle leggi ispirate dalla Teoria del Diritto Penale del Nemico. Nella seconda parte si analizzano sistematicamente le leggi per verificare se effettivamente sussistano violazioni dei diritti umani o qualche tipo di trattamento inumano, per poterlo eventualmente identificarlo e trovare alternative che siano altrettanto incisive per combattere questo genere di criminalità e che non figurano essere in contrasto dei diritti umani. È necessario puntualizzare questo, perché l'incremento delle recenti azioni terroristiche e criminali gravi risultano essere attualmente al centro del dibattito del diritto penale del nostro tempo all'interno della nostra società. L'inesistente accordo tra gli studiosi del Diritto Penale sulla mancanza o esistenza reale della necessità sociale di contrasto al fenomeno criminale di massa risulta essere il fulcro del problema della politica criminale del nostro tempo e sarà oggetto di questa analisi.

Parole-chiave: Diritto penale del nemico, Funzionalismo sistemico, macrocriminalità, Diritto penale attuale, Diritto penale di lotta.

Abstract

The *criminal law for the enemy* theory - A contemporary debate on the balance between the necessary fight against mass criminal phenomena and the protection of human rights. In this thesis we present a criminal policy's theory called *criminal law for the enemy* and the paths that make could possible the formal and material justification of the statutes based on it's values. To do so, we research the philosophical and sociological sources of this theory, and the specifics of some kinds of contemporary criminality that can be pointed as the reason of creating this new kind of criminal system's responses as well, from various countries, but especially from Spain, Italy and Brazil. This theory summarizes the ideas and the guidelines that lay behind all kinds of statutes made in order to fight organized crime and terrorism. As a matter of fact, the *criminal law for the enemy* theory has being studied and criticized for the last eighteen years in Europe continental criminal law, but until now there isn't a clear compatibility between the major part of the researchers' thought about it and the statutes made on its logic. For instance, even if a successful statute created in order to attack some kind of international mob criminal activity, provides the possibility to the police of arresting its soldiers and bosses, and confiscating it's illegal properties (as the Italian 90's anti-mafia statutes), this kind of regulation is very often classified as a sort of violation of fundamental rights just because it's establishes a harder regulation on the mob than to the rest of the other criminals, non associated with this kind of activity. In the first part of this research we try to understand the philosophic origins and the sociologic content of the *criminal law for the enemy* theory in order to provide a valid theoretical background to the statutes based on it. In the second part, we analyze systematically those statutes seeking for real violations of human rights or any kind of inhuman response to organized crime and terrorism, in order to identify it and propose alternative regulations, able to fight effectively against crime, but not violating that sort of rights. Must be pointed that, because of the recent growth of terrorist and organized transnational crime activities, this topic is right now in the core of the criminal law's and criminal policy's discussions around the western world, and due to the lack of a consensus between the major part the lawyers and the social need to control mass criminal activities, it will be the capital problem of the contemporary criminal policy for a while.

Keywords: Criminal Law for the enemy, Terrorism and organized crime, Criminal policy, New tendencies on criminalization.

Resumo

O tema do presente trabalho é o movimento de política criminal contemporânea denominado de Direito Penal do inimigo, analisado sob um enfoque crítico. O estudo se concentrará em identificar suas características, seu real significado sociológico, examinar a coerência interna de seus postulados, observar a efetividade das medidas que propõe, compreender as consequências dogmáticas e político criminais da adoção de seus institutos e examinar a viabilidade de seu modelo de resposta penal em relação à Constituição, ao modelo de Estado Democrático de Direito, e aos valores que integram a sistemática do ordenamento jurídico penal infraconstitucional. Para compreender o referido modelo político-criminal devemos tecer breves considerações acerca da contemporaneidade. Nas sociedades ocidentais atuais, marcadas por altos índices de complexidade em suas relações, há a constante possibilidade de se gerar danos sociais de graves proporções a partir de condutas individuais. As condições sociais atuais geram uma superprodução de riscos a toda a coletividade, o que faz com que sociólogos como Ulrich Beck nomearem nossa sociedade como *sociedade de risco*. Na contemporaneidade, os riscos não são só dados periféricos a qualquer análise social, mas se converteram no centro das atenções, justamente porque representam uma das principais forças de mobilização política. Assim, nasce a necessidade de criação de mecanismos de controle de riscos mais eficientes e complexos, adequados às características atuais das sociedades de nossos tempos. Sociólogos informam que “a partir de um ponto de vista secular, o cálculo dos riscos representa o ponto central de um programa de minimização do arrependimento” vinculado à falta de precaução na gestão e previsão de danos sociais. Uma das consequências das referidas características sociais atuais, manifestada no âmbito da política criminal, é a adoção de medidas de recrudescimento do tratamento penal em determinados casos, o que fez com que Günther Jakobs nomeasse o referido movimento legislativo de Direito Penal do inimigo, em um primeiro momento, e posteriormente o identificasse como uma resposta normativa eficiente aos novos desafios da política criminal contemporânea, que objetiva a redução de riscos. De acordo com Jakobs, o Poder Legislativo deve dividir o tratamento penal em dois tipos: um, mais leve, destinado aos cidadãos que praticam delitos ocasionalmente, e outro, mais rigoroso, destinado a quem chama de inimigos, pessoas que segundo ele se distanciaram do Direito, destinado à neutralização dos riscos que elas representam à sociedade. O referido tipo de resposta penal examinado aqui faz referência a fenômenos criminais como o crime organizado, ação de grupos armados e organizações terroristas, e não a fenômenos criminais corriqueiros e de pouca lesividade social. Jakobs é cuidadoso ao delimitar o âmbito de suas considerações nesse sentido. Jakobs indica algumas das características do modelo que observa/propõe, em contraposição ao Direito Penal tradicional: ampla progressão dos limites de punibilidade, abandono do enfoque do fato realizado, para levar-se em consideração a periculosidade do seu autor e os atos criminais que pode praticar (em semelhança aos tipos penais de formação de quadrilha e associação para o tráfico de drogas). O autor indica também que devem ser criados tipos penais de crimes de perigo abstrato e a eles serem cominadas penas em patamares parecidos aos crimes de lesão, além de legislação especialmente orientada ao combate ao crime organizado e à reincidência, paralela à legislação penal regular. Deve-se observar que Jakobs não propõe a eliminação de quem identifica como inimigo, e sim a neutralização de sua conduta através da flexibilização de garantias fundamentais, razão principal pela qual se deve estudar a viabilidade Constitucional desse modelo, suas características internas, e se suas proposições são de fato efetivas. Tal necessidade pode ser observada quando se estuda os movimentos de política criminal legislativa contemporânea. Os ordenamentos jurídicos dos países ocidentais tem apresentado nos últimos quarenta anos crescente expansão dos âmbitos de tutela penal, seja criando novos

tipos penais (especialmente de crimes de perigo abstrato) ou aumentando as penas dos tipos penais já existentes. Uma das formas que toma esse movimento expansionista é a posituação de institutos de uma política criminal de neutralização de inimigos, tanto no Direito Penal, Processual Penal, e Penitenciário, o que faz necessária a pesquisa dos fundamentos das teorias que buscam sua justificação, sua efetividade, sua compatibilidade com a Constituição e demais consequências jurídicas e sociais. Günther Jakobs, sustenta que a possibilidade de justificação de tal política criminal se inscreve no marco de sua teoria funcional do Direito Penal, embasada na Teoria Funcional de Sistemas Sociais de Niklas Luhmann. Os pesquisadores que criticam o discurso em questão, o fazem a partir de teorias de natureza epistemológica distinta, tais como o Garantismo Penal e o Neoconstitucionalismo, e sustentam sua inconstitucionalidade. O que se propõe no presente trabalho é mais além de fazer uma revisão bibliográfica das críticas já feitas sobre o discurso pesquisado, que partem, em geral, desde um ponto de vista externo, e sim, pesquisá-lo e criticá-lo também a partir de uma perspectiva interna, analisando seus pressupostos e a realidade que propõe implementar. Assim, em virtude de esta pesquisa adotar um ponto de vista crítico, seu objeto será analisado a partir de três pontos de vista, com o fim de refutar ou não sua pertinência, cada um de natureza, teleológica, axiológica ou ontológica, respectivamente. Será analisada a viabilidade interna dos argumentos que sustentam o discurso justificador da política criminal estudada, desde sua origem sociológica. Assim, será investigada a compatibilidade dos postulados da teoria luhmanniana com as proposições de Jakobs sobre o funcionalismo e o Direito Penal do inimigo, além da consistência lógica destas. Está será a análise ontológica, na qual se buscará identificar se existe ou não coerência interna nos pressupostos do objeto de estudo, desde um ponto de vista formal. Em seguida será pesquisado se, a partir de um ponto de vista prático, a referida política criminal efetivamente consegue reduzir os riscos aos quais se propõe. Por fim, na terceira fase serão identificados quais são os valores relacionados aos postulados da política criminal estudada e serão investigadas suas relações com os valores adotados pelos ordenamentos jurídicos ocidentais (especial referência aos casos Brasileiro e Espanhol), materializados em suas Constituições, no modelo de Estado Democrático de Direito por eles adotado, e nos valores expressados no ordenamento jurídico penal infraconstitucional, tais como os fins da pena e os fins do Direito Penal (que podem também ter sua origem na Constituição), o que se constitui na análise axiológica do objeto da pesquisa. Nesta fase também se pesquisará quais são as consequências práticas da adoção dos institutos estudados para a dogmática penal (teoria do crime), que foi elaborada sob os ideais do iluminismo e o fim de proteger o cidadão dos arbítrios do Estado, valores completamente diversos da política criminal pesquisada, o que subverte a referida lógica (que sai do enfoque de proteção do indivíduo e vai ao enfoque de defesa social). Assim, se identificará as consequências da adoção de políticas criminais de Direito Penal do inimigo para os institutos clássicos do Direito Penal, como a flexibilização de princípios penais (tais como os de proporcionalidade e lesividade), e os impactos nos extratos da teoria do delito, tais como o esvaziamento da tipicidade material, a mudança do fundamento da culpabilidade (que se deslocaria da reprovação do agente à prevenção de futuras condutas), e as funções da pena, que não mais estariam orientadas à ressocialização, se limitando à eliminação de um perigo potencial ou real.

Palavras-chave: Contrato Social – Funcionalismo Penal – Teoria dos Sistemas Sociais – Direito Penal do Inimigo.

En honor al jurista que ha demostrado que, al menos en relación con Brasil, Radbruch se ha equivocado: en realidad, no necesitamos de *algo mejor que el Derecho penal*, pero de un *Derecho penal más efectivo y mejor aplicado a todos los colectivos de la sociedad*.

En honor al Juez Federal y Catedrático de Universidad
Prof. Dr. Sérgio Fernando Moro

INTRODUCCIÓN

“There were greetings, there were drinks to be served and almost another half hour went by before Don Corleone took his seat at the polished walnut table. Unobtrusively, Hagen sat in the chair slightly to the Don’s left and behind him. This was the signal for the other Dons to make their way to the table. Their aides sat behind them, the Consiglieri up close so that they could offer any advice when needed.

Don Corleone was the first to speak and he spoke as if nothing had happened. As if he had not been grievously wounded and his eldest son slain, his empire in a shambles, his personal family scattered, Freddie in the West and under the protection of the Molinari Family and Michael secreted in the wastelands of Sicily. He spoke’ naturally, in Sicilian dialect.

“I want to thank you all for coming,” he said. “I consider it a service done to me personally and I am in the debt of each and every one of you. And so I will say at the beginning that I am here not to quarrel or convince, but only to reason and as a reasonable man do everything possible for us all to part friends here too. I give my word on that, and some of you who know me well know I do not give my Word lightly. Ah, well, let’s get down to business. We are all honorable men here, we don’t have to give each other assurances as if we were lawyers.”

He paused. None of the others spoke. Some were smoking cigars, others sipping their drinks. All of these men were good listeners, patient men. They had one other thing in common. They were those rarities, men who had refused to accept the rule of organized society, men who refused the dominion of other men. There was no force, no mortal man who could bend them to their will unless they wished it. They were men who guarded their free will with wiles and murder. Their wills could be subverted only by death. Or the utmost reasonableness.”¹

¹ PUZO, Mario. *The Godfather*. Signet, New York, 1978, pp. 360-361.

INTRODUCCIÓN

Introducción y presentación de algunos retos de la política criminal y del Derecho penal actuales.

Modelos de política criminal típicos de la teoría del Derecho penal del Enemigo, en los últimos años, están siendo adoptados por las legislaciones occidentales, siendo respaldados por la jurisprudencia de sus propios países, incluso por parte de los más altos tribunales, y justificados por la doctrina en muchos lugares del mundo. Dicha teoría establece que debe haber dos derechos penales, para diferentes clases de personas en la sociedad, de acuerdo con lo que se explicará.

De entrada, se debe aclarar que la observación más acertada y menos subjetiva del fenómeno político-criminal de tendencia de adopción de medidas político-criminales típicas de un Derecho penal del enemigo debe hacerse sobre más de un ordenamiento jurídico. La inspiración para realizar un trabajo de análisis de múltiples ordenamientos jurídicos, y observar una tendencia político-criminal transnacional y globalizada en más de un continente, viene de la lectura de la obra del maestro Gimbernat Ordeig, quien sostiene que: “El uso de la ciencia extranjera no es sólo signo de una evidente apertura de mentalidad. Es signo, también, de ciencia que aún no ha alcanzado el pleno grado de desarrollo, signo de que para ver y solucionar los problemas no basta con lo de casa, porque en casa no se ha producido lo suficiente.”²

En este sentido, en la legislación española se puede subrayar las penas manifiestamente altas, las que desde hace tiempo pueden aplicarse en caso de tráfico de drogas y terrorismo, como establecen los artículos 368, 369 y 370, en relación con el tráfico de drogas, y los artículos 571 y siguientes del Código Penal Español³. Otro ejemplo es el régimen de prolongación de la pena de prisión hasta cuarenta años, sin la posibilidad de reducción o libertad condicional, de

² GIMBERNAT ORDEIG, Enrique. *Concepto y método de la ciencia del Derecho penal*, Editorial Tecnos, Madrid, 1999, p. 44.

³ ESPAÑA. Ley orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código penal. Boletín Oficial del Estado, 24 de noviembre de 1995, núm. 281, p. 33987.

acuerdo con los artículos 78 y 90 del Código Penal⁴. Sobre las normas jurídicas de este tipo, Donini informa que:

“Un sector donde es más marcada la función del Derecho penal en vista de la lucha contra un «enemigo» es seguramente el de la *criminalidad organizada, profesional, o bien de tipo mafioso y terrorista*. A nivel internacional, y no sólo nacional, éste es un campo que ve la convergencia del esfuerzo de los Estados y organizaciones políticas en una verdadera y propia «lucha» *contra* este tipo de fenómenos. Las formas más reconocidas y puras de Derecho penal de la emergencia, en Italia, desde los años setenta a hoy, se colocan exactamente en esta área de intervención. Se trata, para ser precisos, de un tipo de desviación y de peligrosidad social, donde a la capacidad criminal de los particulares (sujetas o no también a posibles medidas administrativas de prevención y a medidas de seguridad en sentido estricto) se une el espesor criminal de las organizaciones que integran. El aspecto macrojurídico, por lo tanto, prevalece sobre el individual.”⁵

En la jurisprudencia, la marca más fuerte de un supuesto Derecho penal del enemigo se encuentra en la llamada doctrina Parot, que obliga a descontar los beneficios penitenciarios del total de las penas, y no del máximo de cumplimiento efectivo. Véase:

“Se conoce como doctrina Parot a la doctrina jurisprudencial del Tribunal Supremo que endurece el cumplimiento de penas de militantes de ETA condenados a más de 30 años por delitos cometidos antes de 1995. Antes de la doctrina, esos presos, de acuerdo con el Código de 1973 por el que fueron juzgados, redimían penas que se restaban del máximo total de cumplimiento, 30 años, aunque hubieran sido condenados a cientos de años. Con ella, el tiempo redimido se resta en la práctica de la condena total. Con la fórmula antigua, salían en libertad a los 20 años. Con la doctrina Parot, los que tengan condenas más altas deben estar 30 años.”⁶

Lo que el Tribunal Europeo de Derecho Humanos dictó sobre esta doctrina será tratado oportunamente en este trabajo. Sin embargo, una interesante observación acerca de dicha doctrina, en la jurisprudencia brasileña, es que sus postulados – la necesidad de calcular los beneficios de la ejecución penal sobre la penal total del condenado – es aplicable a todos los

⁴ MUÑOZ CONDE, Francisco. *De nuevo sobre el "Derecho penal del enemigo"*. Buenos Aires: Hammurabi, 2005, p. 40.

⁵ DONINI, Massimo. *El Derecho penal frente a los desafíos de la modernidad*. Estudios de Derecho penal, Lima, Ara Editores, 2010, p. 147.

⁶ Equipo de Redacción. *El Tribunal Europeo de DDHH dictamina la ilegalidad de la Doctrina Parot*. 10 de julio de 2012. Disponible en : <http://www.insurgente.org/index.php/template/tribunales/item/910-el-tribunal-europeo-de-ddhh-dictamina-la-ilegalidad-de-la-doctrina-parot>. Aceso en 19 de Julio de 2012.

ciudadanos de forma indistinta, en virtud del acuerdo n. 715 del Supremo Tribunal Federal, la más alta corte en el país, que funciona como un Tribunal Constitucional. Véase:

“STF – Acuerdo n° 715 – Pena Unificada – Límite de treinta años de Cumplimiento – Consideración para la concesión de otros beneficios: La pena unificada para atender al límite de treinta años de cumplimiento, determinada por el art. 75 del Código Penal, no es considerada para la concesión de otros beneficios, como la libertad condicional o progresión de régimen de cumplimiento de pena.”⁷

Además, en España, tras la aprobación de la Ley Orgánica 1/2015, de 30 de marzo⁸, por la que se modifica la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre⁹, el Código Penal, se creó la pena de prisión permanente revisable, lo que representa un endurecimiento de la forma por la cual la Administración de la Justicia penal se comunica con la sociedad y tal vez, con los enemigos de esta, lo que ha puesto en evidencia aún más la necesidad de discusión de lo que es un Derecho penal del enemigo, sus límites, su funcionalidad y su legitimidad.

En virtud de la creación de un complejo sistema de imposición de periodos mínimos de cumplimiento (o tarifas) y otros presupuestos-obstáculo para acceder al tercer grado y a la suspensión de la ejecución de la pena (libertad condicional), por parte de la Ley Orgánica 1/2015, de 30 de marzo, algunos investigadores del Derecho penal han incluso llamado la prisión permanente revisable de cadena perpetua, aún que exista la posibilidad real de su revisión y de la puesta del condenado en libertad¹⁰, lo que, por lo menos, acerca dicha novedad legislativa a una política criminal de Derecho penal del enemigo.

⁷BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Súmula n° 715. In: *Diário da Justiça de 9/10/2003*, Brasília, 2003, p. 6. Texto Original: “STF Súmula n° 715 - Pena Unificada - Limite de Trinta anos de Cumprimento - Consideração para a Concessão de Outros Benefícios: A pena unificada para atender ao limite de trinta anos de cumprimento, determinado pelo art. 75 do Código Penal, não é considerada para a concessão de outros benefícios, como o livramento condicional ou regime mais favorável de execução.”

⁸ Ley Orgánica 1/2015, de 30 de marzo, por la que se modifica la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal. *Boletín Oficial del Estado* núm. 77, de 31 de marzo de 2015.

⁹ ESPAÑA. Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código penal. *Boletín Oficial del Estado*, 24 de noviembre de 1995, núm. 281.

¹⁰ “La regulación incorporada al Código Penal por LO 1/2015 traslada el espíritu y la articulación del cumplimiento de las penas largas de prisión vigentes hasta entonces a la nueva pena de prisión permanente revisable. De forma gráfica, la regulación específica de la nueva pena perpetua se inserta esencialmente en los artículos 36, 78bis y 92 CP en paralelo a los artículos que acogieron en su momento las modificaciones clave de aquella reforma por LO 7/2003. Y es que la revisabilidad de la prisión permanente, ahora como modalidad de suspensión, se apoya precisamente en dos claves esenciales ya indicadas respecto de la situación previa: una, la imposición de periodos mínimos de cumplimiento o tarifas y otros presupuestos-obstáculo (responsabilidad civil, abandono, colaboración...) para acceder a regímenes de semilibertad; y, dos, la diferenciación de sub-regímenes en atención al tipo y gravedad de delitos.” LANDA GOROSTIZA, Jon-Mirena. “Prisión perpétua y de muy larga

También en Italia no faltan ejemplos de penas severas, como la pena de prisión permanente revisable, que tiene en este país su homólogo llamado *Ergastolo*, que en realidad funciona como una pena de prisión perpetua con la posibilidad de revisión desde el cumplimiento de veintiséis años de prisión efectiva.

El *Codice Penale Italiano* establece *l'Esgastolo* en su artículo 17, coma 2¹¹, como un tipo de pena, y en su artículo 22, informa que dicha pena es perpetua y debe ser ejecutada en prisión, con la obligación de trabajo (incluso el trabajo *outdoor*) durante el día y aislamiento por la noche¹², con la posibilidad de *liberazione condizionale* después de cumplidos veintiséis años de prisión efectiva, conforme el artículo 176 de dicho *Codice*¹³.

Se puede afirmar, sin duda, que la posibilidad real, en Italia, de la existencia de una pena de privación de libertad perpetua, cuya legitimidad ya fue analizada y refrendada por el Tribunal Constitucional de aquel país¹⁴, representa un acercamiento a una política criminal de reacción contra el enemigo, o a un mecanismo político-criminal típico de un Derecho penal del enemigo, tema de este trabajo, que será analizado oportunamente.

En la doctrina todavía no son – y creo que nunca lo serán – dominantes las ideas justificadoras del Derecho penal del enemigo. Los trabajos que critican, rechazan y exorcizan la teoría del Derecho penal del enemigo son abundantes, tales como los trabajos de Zaffaroni¹⁵, Muñoz Conde¹⁶ y Gracia Martín¹⁷. Una pequeña, pero relevante, parte de los argumentos de estos autores será explicada a lo largo de esta investigación.

duración tras la LO 1/2015: ¿Derecho p esperanza? Con especial consideración del terrorismo y del TEDH”, *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*. 2015, núm. 17-20, pp. 1-42 – ISSN 1695-0194. p. 19.

¹¹ “Art. 17. *Pene principali: specie. Le pene principali stabilite per i delitti sono: (...) 2) l'ergastolo;*” ITALIA. Regio Decreto 19 ottobre 1930, n. 1398, *Codice Penale*, Gazzetta Ufficiale del 26 ottobre 1930, n. 251.

¹² “Art. 22. - *Ergastolo. La pena dell'ergastolo è perpetua, ed è scontata in uno degli stabilimenti a ciò destinati, con l'obbligo del lavoro e con l'isolamento notturno. Il condannato all'ergastolo può essere ammesso al lavoro all'aperto.*” ITALIA. Regio Decreto 19 ottobre 1930, n. 1398, *Codice Penale*, Gazzetta Ufficiale del 26 ottobre 1930, n. 251.

¹³ “Art. 176. *Liberazione condizionale. (...) Il condannato all'ergastolo può essere ammesso alla liberazione condizionale quando abbia scontato almeno ventisei anni di pena.*” ITALIA. Regio Decreto 19 ottobre 1930, n. 1398, *Codice Penale*, Gazzetta Ufficiale del 26 ottobre 1930, n. 251.

¹⁴ ITALIA. Corte costituzionale. *Sentenza 22 novembre 1974, n. 264*, in: Gazzetta Ufficiale del 27 novembre 1974, n. 309, Roma, 1974.

¹⁵ ZAFFARONI, Eugenio Raúl. *O inimigo no Direito Penal*. Trad. S. Lamarão. 2. ed. Rio de Janeiro: Revan, 2007, *passim*.

¹⁶ MUÑOZ CONDE, Francisco. *De nuevo sobre el "Derecho penal del enemigo"*. Buenos Aires: Hammurabi, 2005.

Sin embargo, se puede indicar que investigadores como Miguel Polaino-Orts¹⁸ y Carlos Pérez del Valle¹⁹ adoptan abiertamente la doctrina del Derecho penal del enemigo como forma lícita, legítima, eficaz y teóricamente bien basada del Estado, para reaccionar a lo que se puede llamar criminalidad de núcleo duro, es decir, en contra los individuos calificados como enemigos.

La persona que por primera vez identificó institutos típicos del Derecho penal del enemigo en los tiempos actuales fue Günther Jakobs²⁰, que lo hizo en el marco de su teoría funcional del Derecho penal. Jakobs sostiene que fundamenta su forma sociológica de observar el Derecho penal en la Teoría funcional de Sistemas Sociales de Niklas Luhmann, lo que puede ser observado en el siguiente trecho inicial de uno de sus libros:

“Desde la perspectiva de la que aquí se parte, el funcionalismo jurídico-penal se concibe como aquella teoría según la cual el Derecho penal está orientado a garantizar la identidad normativa, la constitución y la sociedad. Partiendo de esta concepción, no se concibe la sociedad, a diferencia de lo que creyó la filosofía — entroncada con DESCARTES— desde HOBBS a KANT, adoptando el punto de vista de la conciencia individual, como un sistema que puede componerse de sujetos que concluyen contratos, producen imperativos categóricos o se expanden de modo similar. (Sobre esto, LUHMANN, *Gesellschaftsstruktur und Semantik*, tomo 2, 1993 (primera edición, 1981), pp. 195 y ss., 235 y ss.; respecto de la intersubjetividad, cfr. *idem.*, *Soziologische Aufklärung* tomo 6, 1995, pp. 169 y ss., 174 y s., 181 y s.)”²¹

Siempre es necesario investigar los fundamentos filosóficos y sociológicos de los institutos y teorías del Derecho penal, para que se pueda entender sus orígenes y funciones, lo que permite una mejor comprensión acerca del tema.

¹⁷ GRACIA MARTÍN, Luis. *O horizonte do Finalismo e o Direito Penal do Inimigo*. Trad. L. R. Prado e É. M. de Carvalho. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007, *passim*.

¹⁸ POLAINO-ORTS, Miguel. *Derecho penal del enemigo*. Barcelona, Bosch, 2009, *passim*.

¹⁹ PÉREZ DEL VALLE, Carlos. “La fundamentación iusfilosófica del Derecho penal de enemigo. Precisiones sobre la interpretación de Kant”. *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología* (en línea). 2008, núm. 10-03, p. 03:1-03:14. Disponible en Internet: <http://criminet.ugr.es/recpc/09/recpc10-03.pdf>, ISSN 1695-0194 [RECPC 10-03 (2008), 28 ene]

²⁰ JAKOBS, Günther; CANCIO MELIÁ, Manuel. *Derecho penal del enemigo*. Madrid, Civitas Ediciones, 2003, *passim*.

²¹ JAKOBS, Günther. *Sociedad, norma y persona en una teoría de un Derecho penal funcional*. Traducción de Manuel Cancio Meliá y Bernardo Feijóo Sánchez, Madrid, Civitas Ediciones, 1996, p. 15.

Por eso, es importante investigar si realmente la teoría funcional propuesta por Jakobs – y especialmente su producto más radical, el Derecho penal del Enemigo – se encuentra debidamente basada en los rasgos de la Teoría funcional de Sistemas Sociales de Niklas Luhmann, teoría sociológica muy trabajada por su creador, que posee innumerables adeptos por todo el mundo, además de concepciones muy peculiares que serán debidamente estudiadas en este trabajo.

La primera finalidad de este estudio es identificar el significado sociológico de la teoría del Derecho penal del enemigo. Para ello, serán investigadas las construcciones teóricas que más se puede acercar de la teoría estudiada. Si el Derecho penal del enemigo puede ser considerado como un producto del funcionalismo penal – lo que no pretendemos responder – la teoría a ser utilizada para su explicación tiene que tener el mismo matiz epistemológico.

Así pues, el marco teórico elegido fue la teoría funcionalista de los sistemas sociales de Niklas Luhmann, lo que demanda una explicación profundizada de sus fundamentos, para que tengan sentido las explicaciones que la utilizan como premisa teórica. Al que parece, Jakobs también eligió esta teoría para describir su concepción de Derecho penal, razón por la cual ella debe ser investigada y comprendida.

Se debe aclarar que el punto de vista inicial de la presente investigación es estrictamente descriptivo en relación con una teoría del Derecho penal del enemigo, es decir, no se adoptará un punto de vista propositivo de dicha teoría. Lo mismo se puede decir en relación con la teoría de los sistemas sociales, que en nuestro punto de vista, como en el punto de vista de muchos investigadores de sociología en todo el mundo, representa un referencial teórico válido para descripción de la realidad.

El objetivo principal de este trabajo, como debe ser de cualquier investigación de carácter científico, es describir una realidad, es describir, desde la teoría sociológica adoptada como referencial teórico, lo que se constituye en el objeto de la investigación, la teoría del Derecho penal del Enemigo, luego, comprender sus consecuencias e investigar su legitimidad.

Así pues, el carácter de este trabajo, en un primer momento, es eminentemente filosófico y sociológico. Sin embargo, en virtud de describir una realidad del sistema penal, y en virtud de

la interdisciplinaridad en la época actual ser calificada como un valor central y esencial a la calidad de una investigación en ciencias humanas, está clara la utilidad de varios ámbitos del conocimiento humano para la comprensión de la realidad de las ciencias penales, como la filosofía.

Se empieza con una breve introducción al tema. En segundo lugar, será hecha una aclaración acerca del método de investigación, lo que es necesario, en virtud del referencial teórico elegido ser eminentemente sociológico e innovador. Después se investigará los fundamentos políticos remotos del objeto de la investigación. Luego, se pasa a comprender su dimensión jurídica y, al final, su legitimidad. Después las reflexiones iniciales, serán expuestas algunas características de la sociedad actual, que en general, sirven de justificación para la implementación de medidas típicas de Derecho penal del enemigo.

En la siguiente etapa del trabajo se investigará a fondo la teoría funcional de sistemas sociales, para identificar cuáles son las razones en virtud de las cuales fue creada la teoría elegida como marco teórico, con el objetivo subsecuente de comprender la función del sistema del Derecho y sus características en el marco de dicha teoría y de la sociedad actual.

El próximo paso será la comprensión de lo que es realmente la teoría del Derecho penal del enemigo y lo que ella representa para el sistema social, es decir, cuáles son sus características y funciones en el marco de la teoría elegida, y cuales puede ser sus posibles vías justificadoras.

El penúltimo paso será caracterizado por un giro epistemológico. En esta etapa serán brevemente estudiadas algunas críticas al Derecho penal del enemigo desde el punto de vista del propio Derecho penal y del Derecho constitucional. Sin embargo, en este momento no será traicionada la neutralidad descriptiva que se tendrá en el resto del trabajo. Serán solamente descritas algunas críticas a medidas típicas del Derecho penal del enemigo.

El giro epistemológico será identificado en el hecho de que no será utilizada ninguna teoría sociológica para describir esta breve crítica al objeto de la investigación, como se ha hecho en todo el trabajo, sino se mirará dicho objeto a través del prisma del propio Derecho. No sería recomendable que ni siquiera se expusiese, aunque brevemente, algunas críticas a dicha

teoría, especialmente porque el tema se constituye en ámbito extremadamente polémico en el Derecho actual (aunque su rechazo sea una parte casi unánime de sus análisis ya realizados por los investigadores del Derecho penal actual).

Al final será hecha una breve conclusión, con el fin de exponer algunos puntos que se han demostrado relevantes a lo largo de la investigación, no con el fin de agotar el asunto, sino de proponer nuevas reflexiones a partir de los puntos investigados.

CAPÍTULO 1

La filosofía política y el sentido del contrato social

“A primeira requisição para a vida civilizada é que o homem esteja disposto a reprimir seus instintos e apetites mais ferozes. O fracasso no estabelecimento desse primeiro requisito tornará o homem, devido à faculdade da razão, um ser muito pior que as feras da natureza.”²²

Theodore Dalrymple

²² DALRYMPLE, Theodore. *Nossa Cultura ou o que restou dela*. E Realizações. São Paulo. 2015, p. 196.

CAPÍTULO 1 – La filosofía política y el sentido del contrato social

En las sociedades actuales, marcadas por índices muy elevados de complejidad y contingencia²³, pequeñas acciones pueden generar daños sociales de grandes proporciones. La hipercomplejidad²⁴ genera la superproducción de riesgos, que son muchas veces socialmente dañosos, lo que hace sociólogos como Ulrich Beck cualificaren la sociedad de los tiempos actuales como “sociedad del riesgo”²⁵.

En la contemporaneidad, los riesgos no son sólo datos periféricos en cualquier análisis socialmente relevante, pasaron a ser el centro de las atenciones²⁶, pues se convirtieron en una de las principales fuerzas de movilización política²⁷. “Cuanto mayor el nivel de complejidad en la sociedad, mayor la posibilidad de defraudación de expectativas normativas institucionalizadas, y más difícil es la respuesta eficiente del sistema social a tales frustraciones.”²⁸.

Así pues, nace la necesidad de creación, por parte el sistema social, de mecanismos de control de los riesgos y mejoría del funcionamiento del sistema social más eficientes, adecuados a la sociedad de nuestro tiempo, pues: “desde un punto de vista secular, el cálculo del riesgo trata de un programa de minimización del arrepentimiento”²⁹, arrepentimiento relacionado a la falta de precaución en el procedimiento de gestión de riesgos y daños futuros.

En ese contexto, el estudio del desarrollo de la aplicación de la Teoría de los Sistemas Sociales al Derecho penal (Funcionalismo Penal Sistémico), no se aleja de estos problemas sociales, por el contrario, se implica en la solución socialmente adecuada a estos nuevos delineamientos de la sociedad, teniendo en cuenta la necesidad de protección del funcionamiento del Sistema Social de la forma más efectiva posible, con el objetivo de

²³ LUHMANN, Niklas. *Sociologia do Direito I*, Rio de Janeiro, Tempo Brasileiro, 1983, p. 45.

²⁴ CORSI, Giancarlo; ESPOSITO, Elena; BARALDI, Claudio. *Glosario sobre la teoría social de Niklas Luhmann*, Mexico D.F., Anthropos, Universidad Iberoamericana, ITESO, 1996, p. 44.

²⁵ BECK, Ulrich. *La sociedad del riesgo global*, Madrid, Siglo Veintiuno, 2002, *passim*.

²⁶ BOTTINI, Pierpaolo Cruz. *Crimes de perigo abstrato e princípio da precaução na sociedade de risco*, São Paulo, RT, 2007, p. 35.

²⁷ BECK, Ulrich, *La sociedad del riesgo global*, Madrid, Siglo Veintiuno, 2002, p. 7.

²⁸ SERRETTI, André Pedrolli. “La sociología del Derecho penal del enemigo”, en *Revista General de Derecho penal*, Iustel, n.º. 14, Madrid, 2010, p. 22.

²⁹ GIDDENS, Anthony.; BAUMAN, Zygmunt.; LUHMANN, Niklas.; BECK, Ulrich. *Las Consecuencias Perversas de la Modernidad: modernidad, contingencia y riesgo*, Barcelona, Anthropos, 1996, p. 133.

garantizar las mínimas tasas de violación de expectativas normativas positivadas, lo que beneficia a todos.

Así pues, como producto de los nuevos retos de la política criminal contemporánea de matiz funcionalista, nace, por lo menos teóricamente, la Teoría del Derecho penal del Enemigo, de los estudios de Günther Jakobs³⁰, que busca dar respuesta normativa a estos nuevos retos de forma proporcional y eficiente a las amenazas al funcionamiento del Sistema Social. Esta teoría establece que el ser humano que:

“no presenta garantía cognitiva alguna para la sociedad, que no ofrece la menor condición de atender a las mínimas expectativas normativas necesarias y esenciales para la vida en sociedad, debe ser tratado por el sistema social de forma diferente de la forma utilizada para el ciudadano regular, aquel que se presenta hábil para cumplir con sus deberes de diligencia y respeto a los derechos ajenos, consustanciados en las expectativas normativas institucionalizadas por el sistema social.”³¹

De acuerdo con tal teoría, el subsistema del Derecho debe matizar su tratamiento penal a dos nortes: uno primero, más leve, destinado a los ciudadanos, y el segundo, más riguroso, destinado a los enemigos, como forma de reducir los riesgos y la complejidad, y así, garantizar el funcionamiento del Sistema Social.

El objeto de la normativización del Derecho penal del enemigo no dice respecto a cualquier fenómeno criminal de reducida importancia y magnitud sociales, como, por ejemplo, las conductas de delincuentes ocasionales que practican pequeños delitos patrimoniales. Se hace referencia a la delincuencia organizada³², bandas armadas y organizaciones terroristas³³, entre

³⁰ JAKOBS, Günther. *Moderna Dogmática Penal, Estudios Compilados*, México D. F., Porrúa, 2002, p.732, y más precisamente: JAKOBS, Günther. “Bürgerstrafrecht und Feindstrafrecht”, en: *Bürgerstrafrecht und Feindstrafrecht*, publicado originariamente en: Hsu; Yu-Hsiu (eds), *Foundations and Limits of Criminal Law and Criminal Procedure*, Taipei, 2003, pp. 41 y ss.

³¹ SERRETTI, André Pedrolli. “La sociología del Derecho penal del enemigo”, en *Revista General de Derecho penal*, Iustel, n.º. 14, Madrid, 2010, p. 25.

³² GOMES, Rodrigo Carneiro. *O crime organizado na visão da Convenção de Palermo*, 2ª ed., Belo Horizonte, Del Rey, 2009, p. 1.

³³ “Madrid ha sufrido hoy uno de los atentados terroristas más sangriento en la historia de Europa. Cuatro explosiones en otros tantos trenes de cercanías causaron más de 170 muertos y más de 500 heridos, según la información facilitada a las 12.30 de hoy por la Comunidad de Madrid, cuyos servicios de emergencia sanitaria coordinaban todos los trabajos de atención a los heridos. (...) Los terroristas sembraron las bombas, ocultas en bolsas de plástico y mochilas, activadas con temporizadores, cuatro trenes de cercanías que ocupaban el corredor ferroviario que une Atocha (en el centro de la capital) con Guadalajara. Esa línea es utilizada a diario por

otros fenómenos criminales, que ocurren en la sociedad y ponen en peligro su funcionamiento.

En el contexto de esta teoría, el enemigo es calificado como la clara materialización de uno de los muchos riesgos socialmente dañosos y no permitidos. Lo que Jakobs³⁴ no propone es la eliminación por completo del enemigo, no propone que sea el enemigo muerto o exiliado, aunque tenga un constante comportamiento antisocial.

Para Jakobs, lo que se busca es lo contrario, la utilización de un Derecho penal diferenciado, proporcional, en el cual algunas de sus garantías son flexibilizadas para que se neutralice mejor su conducta destructiva de la confianza, y se reestructure lo más rápido posible la confianza en la configuración normativa de la sociedad³⁵.

La necesidad de investigar los fundamentos sociológicos de esta teoría, bien como su funcionalidad, puede ser percibida cuando se estudia los movimientos de política criminal legislativa contemporánea.

Los ordenamientos jurídicos de los países occidentales de cultura judeo-cristiana han presentado, en los últimos treinta años un creciente expansión en relación con al ámbito de protección de bienes jurídicos por parte del penal³⁶, sea creando tipos penales o aumentando sus penas, que dicen respecto a necesidades sociales.

decenas de miles de trabajadores. En cada convoy pueden viajar hasta 700 personas (200 más de su capacidad máxima teórica). En cada vagón se hacinan a esas horas hasta 100 personas. Los trenes pasan por cada estación de la línea Madrid-Guadalajara con una frecuencia inferior a los tres minutos en hora punta. La acción se sucedió entre las 7.35 y 7.40, cuando la ocupación de los trenes de cercanías por parte de trabajadores, muchos de ellos inmigrantes, supera en muchos casos el 100%. Las primeras investigaciones policiales apuntan que dos terroristas actuaron desde la estación de Alcalá de Henares." En: ROMERO, José Manuel. "Cuatro atentados simultáneos causan una matanza en trenes de Madrid", en: *El País*, Madrid, n.º 9.779, 11 de marzo de 2004, p. 14.

³⁴ "El que pretende ser tratado como persona debe dar a cambio una cierta garantía cognitiva de que se va a comportar como persona. Si no existe esa garantía o incluso es negada expresamente, el Derecho penal pasa de ser una reacción de la sociedad ante el hecho de uno de sus miembros a ser una reacción contra un enemigo. Esto no ha de implicar que todo esté permitido, incluyendo una acción desmedida; antes bien, es posible que al enemigo se le reconozca una personalidad potencial, de tal modo que en la lucha contra él no se puede sobrepasar la medida de lo necesario." JAKOBS, Günther. *Dogmática de Derecho penal y la Configuración Normativa de la Sociedad*, Madrid, Editorial Civitas, 2004, p. 43.

³⁵ JAKOBS, Günther. *Dogmática de Derecho penal y la Configuración Normativa de la Sociedad*, Madrid, Editorial Civitas, 2004, *passim*.

³⁶ SILVA SÁNCHEZ, Jesús-María. *La expansión del Derecho penal: aspectos de la política criminal en las sociedades postindustriales*, 2ª ed., Madrid, Civitas Ediciones, 2001, *passim*.

La sociedad y el Derecho cambian, y por supuesto, el Derecho penal, cambia con ellos, con el fin de que no se quede anticuado, ineficaz o ilegítimo. Las exigencias sociales han cambiado de forma profunda el Derecho penal clásico. Se dice que tenemos que vivir el Derecho de nuestro tiempo, siempre respetando las exigencias sociales reales de nuestras comunidades.

Una de las formas de manifestación de tal movimiento expansionista es justamente la positivación, por parte del legislador de aquellos países, de institutos típicos del Derecho penal del Enemigo, sea en el Derecho penal, Derecho Procesal Penal o Derecho Penitenciario, lo que hace necesario el estudio y la investigación de su significado sociológico.

Así pues, se cree que la investigación de las bases sociológicas y filosóficas de la Teoría del Derecho penal del Enemigo contribuye en el desarrollo de las ciencias criminales contemporáneas y para el desenvolvimiento de las actividades estatales de promoción de la paz social.

1.1 Consideraciones previas desde la filosofía política.

La teoría del Estado contemporánea debe ser revisada, especialmente los fundamentos teóricos del Estado y los principios que conducen sus actividades, como será demostrado.

En la sociedad actual, en la que los valores colectivos son muy diferentes de los que existían hace un siglo³⁷, la noción de pacto social, origen de la sociedad organizada, del Estado, y del mundo civilizado, necesita una relectura. Se debe salir del enfoque de la formalidad de las obligaciones de los contratantes de tal pacto, para el enfoque de la necesidad de efectividad de ambas prestaciones.

No es suficiente que el Estado exista, que tenga diversas funciones relacionadas a la manutención de la vida en sociedad y las intente cumplir, pero debe conseguir efectivamente que se cumplan dichas funciones. Cuando la actividad estatal no es eficiente, los miembros de la sociedad tienden a repensar si les ha merecido la pena ceder parte de sus derechos para la formación de una entidad superior (Estado), y así se inclinan al estado de naturaleza,

³⁷ LIPOVETSKY, Gilles. *A era do Vazio: ensaios sobre o individualismo contemporâneo*. Barueri: Manole, 2005.

inherente al caos preexistente a la sociedad.

Por otro lado, la existencia del individuo no es bastante en sí misma. No se concibe una vida en sociedad sin la abstención de algunas conductas socialmente dañosas. Es justamente cuando ambas prestaciones referentes al pacto social – del Estado y del individuo – se realizan, que se observa su funcionamiento equilibrado.

Sin embargo, si mecanismos específicos institucionales no son eficaces en la lucha contra la violación a las legítimas expectativas existentes en el sistema social, dichos mecanismos deben ser sustituidos. Algunas conductas crean situaciones de graves daños sociales, que claman por respuestas aptas a neutralizar tales efectos, como más adelante se demuestra. El papel del Estado es implementar tales respuestas para la protección de la estabilidad de las relaciones sociales, y así proteger su elemento humano.

1.2 La comprensión del Estado moderno y del contrato social.

Seguidamente se analizarán los pensamientos de autores contratualistas, que representan las ideas que orientaron la formación de los Estados modernos³⁸. El pensamiento político de aquella época, marcado por la Ilustración, fue el origen más remoto del actual Estado Democrático de Derecho, modelo de legitimación en el que se encuentran casi todos los Estados de cultura occidental.

El contrato social representa el gran relato de la legitimación de los Estados contemporáneos, la ideología de supremacía de la civilidad, del fundamento de la vida en sociedad y de la continuidad de la existencia de las instituciones democráticas, a través la búsqueda de cuatro bienes básicos, a saber: legitimidad del gobierno, el bienestar económico y social, seguridad e identidad cultural nacional. Acerca del contenido de tal paradigma, observa Boaventura de Sousa Santos que:

“La idea de contrato social y sus principios reguladores es el fundamento ideológico y político de la contratualidad real que organiza la sociabilidad y la política en las sociedades modernas. (...)”

³⁸ SOARES, Mário Lúcio Quintão. *Teoria do Estado*. O substrato clássico e os novos paradigmas. Belo Horizonte: Del Rey, 2001.

El contrato social objetiva crear un paradigma sociopolítico que produce de manera normal, constante y consciente cuatro bienes públicos: la legitimidad del gobierno, el bienestar económico y social, seguridad e identidad cultural nacional. Estos bienes públicos sólo son realizables en conjunto: ellos son, en el fondo, formas diferentes, pero convergentes, de realizar el bien común y la voluntad general.”³⁹

Jean Bodin, con la máxima *majestas est summa in cives ac subditos legibusque soluta potesta*⁴⁰, informó que el Estado Nacional debería tener el *Summa Potestas* (poder supremo) sobre los ciudadanos, que podría ser visto como un poder perpetuo, inalienable e imprescriptible, limitado solamente por el Derecho natural. Solamente así se podría impedir una posible barbarie oriunda de las guerras civiles. Bodin llega a tal conclusión después de analizar las condiciones sociales de la Francia de su tiempo, destrozada por sucesivas guerras civiles.

Así pues, Bodin identifica la soberanía real como algo necesariamente ilimitado en poder, en responsabilidad y en el tiempo. Así pues, por ejemplo, no se identificaría la posición de soberanía por parte del grupo formado por la elección periódica de una asamblea de ciudadanos para gobernar la sociedad, aunque no se haya creado también un poder superior a este, en razón de sus límites temporales, lo que presupone una especie de responsabilidad por el uso del poder, trasladada a la necesidad de reelección periódica de los cargos en dicha asamblea⁴¹.

³⁹ SANTOS, Boaventura de Sousa. *Gramática do Tempo: para uma nova cultura política*. São Paulo, Cortez, 2006, p. 321. Texto original: “A idéia do contrato social e os seus princípios reguladores são o fundamento ideológico e político da contratualidade real que organiza a sociabilidade e a política nas sociedades modernas. (...) O contrato social visa criar um paradigma sócio-político que produz de maneira normal, constante e consistente quatro bens públicos: legitimidade da governação, bem-estar econômico e social, segurança e identidade cultural nacional. Estes bens públicos só são realizáveis em conjunto: são, no fundo, modos diferentes as convergentes de realizar o bem comum e a vontade geral.”

⁴⁰ En español: “Soberanía es el poder supremo, jurídicamente ilimitado, sobre los ciudadanos y los súbditos.” (traducción del autor)

⁴¹ “La soberanía no es limitada, ni en poder, ni en responsabilidad, ni en tiempo. Del mismo modo, los diez comisarios establecidos para reformar las costumbres y ordenanzas, pese a que tenían poder absoluto e inapelable y todos los magistrados quedaban suspendidos durante su comisión, no por ello detentaban la soberanía, ya que, cumplida la comisión, su poder expiraba, como ocurría con el del dictador. Supongamos que, cada año, se elige a uno o varios de los ciudadanos y se les da poder absoluto para manejar el estado y gobernarlo por entero sin ninguna clase de oposición, ni apelación. ¿No podremos decir, en tal caso, que aquéllos tienen la soberanía, puesto que es absolutamente soberano quien, salvo a Dios, no reconoce a otro por superior? Respondo, sin embargo, que no la tienen, ya que sólo son simples depositarios del poder, que se les ha dado por tiempo limitado. Tampoco el pueblo se despoja de la soberanía cuando instituye uno o varios lugartenientes con poder absoluto por tiempo limitado, y mucho menos si el poder es revocable al arbitrio del pueblo, sin plazo redeterminado. En ambos casos, ni uno ni otro tienen nada en propio y deben dar cuenta de sus cargos a aquel del que recibieron el poder de mando.” BODIN, Jean. *Los seis libros de la República*. 1576. Selección, traducción y estudio preliminar de Pedro Bravo Gala, 3 edición, Editorial Tecnos, Madrid, 1997, p. 49

Jean-Jacques Rousseau ve el Estado como el fruto de un pacto social, una forma de superar los obstáculos de la vida en sociedad creados por la esencia humana, cuando se encuentra en estado de naturaleza. Así, los hombres pactaron común y libremente, cediendo parte de sus derechos a la creación de una entidad que, por ser superior, resolvería sus problemas. En esta situación, la voluntad general es consecuentemente la voluntad del Estado, lo que así lo legitima. Para Rousseau, el orden social es un derecho de todos, que se origina de las convenciones entre los hombres y el Estado⁴². En este contexto, hay que informar que el propio Rousseau tiene una idea muy clara de lo que se debe hacer con los criminales de que trata el Derecho penal el enemigo de hoy, *verbis*:

Por otra parte, todo malhechor, atacando el derecho social, se convierte por sus delitos en rebelde y traidor a la patria; cesa de ser miembro de ella al violar sus leyes y le hace la guerra. La conservación del Estado es entonces incompatible con la suya; es preciso que uno de los dos perezca, y al aplicarle la pena de muerte al criminal, es más como a enemigo que como a ciudadano. El proceso, el juicio constituyen las pruebas y la declaración de que ha violado el contrato social, y por consiguiente, que ha dejado de ser miembro del Estado. Ahora, bien; reconocido como tal, debe ser suprimido por medio del destierro como infractor del pacto, o con la muerte como enemigo público, porque tal enemigo no es una persona moral, sino un hombre, y en ese caso el derecho de la guerra establece matar al vencido.⁴³

Para Rousseau, cualquier delincuente infringe todo el contrato social y no debe más, desde el momento del delito, participar en dicho contrato, a partir de este momento ya no tiene más ninguna relación jurídica con los demás, la sociedad y el Estado. Por eso el autor dice que todo malhechor que ataque el derecho social deja de ser miembro del Estado, porque dicho ataque representa una declaración de guerra al Estado y a la sociedad organizada, y la pena que se le impone representa la rotura de dicha relación jurídica, y por eso, concluye Rousseau que el culpable se le hace morir más como un enemigo que como un ciudadano⁴⁴.

⁴² SOARES, Mário Lúcio Quintão. *Teoria do Estado*. O substrato clássico e os novos paradigmas. Belo Horizonte: Del Rey, 2001.

⁴³ ROSSEAU, Jean-Jacques. *El Contrato social: ó sea principios del derecho político / por J.J. Rousseau*; traducido del francés, Barcelona, en la Imprenta de los Herederos de Roca, 1836, pp. 44 y ss.

⁴⁴ “Son especialmente aquellos autores que fundamentan el Estado de modo estricto mediante un contrato los que representan el delito en el sentido de que el delincuente infringe el contrato, de manera que ya no participa de los beneficios de éste: a partir de ese momento, ya no vive con los demás dentro de una relación jurídica. En correspondencia con ello, afirma Rousseau que cualquier «malhechor» que ataque el «derecho social» deja de

Se puede comprender el contrato social como la materialización de una constante ecualización entre la limitación de la libertad individual y las mayores posibilidades de desarrollo del hombre en sociedad, en contraposición al estado de naturaleza, anterior y caótico. Boaventura de Sousa Santos define ese pacto:

“El contrato social es así la expresión dialéctica entre regulación y emancipación social que se reproduce por la polarización constante entre voluntad individual y voluntad general, colectiva, entre el interés particular y el bien común. (...) Cuanto más violento y anárquico es el estado de naturaleza, más grandes son los poderes transferidos al Estado, a través del contrato social.”⁴⁵

1.3 Thomas Hobbes y el nacimiento de la doctrina del Derecho penal del enemigo en la política.

Con Hobbes nació la primera idea de Derecho penal del enemigo en la política, y por eso, es importante que se estudie en qué condiciones dicha teoría fue elaborada de forma un poco más desarrollada por primera vez en la cultura Occidental.

Thomas Hobbes defendía la idea de unidad del poder contra la anarquía, a través del temible *Leviathan*⁴⁶, monstruo de origen bíblico y nombre por él dado al Estado, este, impropio y horrendo, pero necesario. Así, cada súbdito (ciudadano) renunciaría a una parcela de su voluntad para la formación de este monstruo abyecto, pero indispensable.

No es prudente renunciar a nuestra voluntad en provecho de alguien, dice Hobbes, pero no hay otra elección: o renunciamos, o la vida en sociedad se torna imposible, a consecuencia de

ser «miembro» del Estado, puesto que se halla en guerra con éste, como demuestra la pena pronunciada en contra del malhechor. La consecuencia reza así: «al culpable se le hace morir más como enemigo que como ciudadano.» JAKOBS, Günther; CANCIO MELIÁ, Manuel. Derecho penal del enemigo. Madrid, Civitas Ediciones, 2003, p. 25.

⁴⁵ SANTOS, Boaventura de Sousa. *Gramática do Tempo: para uma nova cultura política*. São Paulo, Cortez, 2006, p. 317. Texto original: “O contrato social é assim a expressão dialéctica entre regulação social e emancipação social que se reproduz pela polarização constante entre vontade individual e vontade geral, colectiva, entre o interesse particular e o bem comum. (...) Quanto mais violento e anárquico é o estado de natureza, maiores são os poderes investidos no Estado saído do contrato social.”

⁴⁶ MALMESBURY, Thomas Hobbes of. *Leviathan or the Matter, Forme, & Power of a Common-wealth Ecclesiasticall and Civill*. London, printed for Andrew Crooke, at the Green Dragon in St. Pauls Church-yard, 1651, passim.

la competición, naturalmente violenta, entre los hombres, con el objetivo de convertirse en señores de las cosas de otros y hasta incluso de sus semejantes.

Dicha situación, llamada por él de estado de naturaleza, generaría una completa desconfianza en la sociedad, e incentivaría las personas a luchar por su propia protección, en algo similar a un estado de guerra de todos en contra todos, lo que está naturalmente contra el espíritu social que el ser humano posee, lo que Hobbes señala, de la siguiente forma:

“La causa final, meta o designio de los hombres (que aman naturalmente la libertad y el dominio sobre otros) al introducir entre ellos esa restricción de la vida en repúblicas es cuidar de su propia preservación y conseguir una vida más dichosa; esto es, arrancarse de esa miserable situación de guerra que se vincula necesariamente (como se ha mostrado) a las pasiones naturales de los hombres cuando no hay poder visible que los mantenga en el temor, o por miedo al castigo atarlos a la realización de sus pactos y a la observancia de aquellas leyes de la naturaleza expuestas en los capítulos XIV y XV”.⁴⁷

Así pues, la transferencia del poder a un ente soberano es algo malo, sin embargo, es un mal mucho menor que la no existencia del Estado, y la vuelta al estado de naturaleza:

“Considérese que la condición del hombre nunca puede verse libre de una u otra incomodidad, y que lo más grande que en cualquiera forma de gobierno puede suceder, posiblemente, al pueblo en general, apenas es sensible si se compara con las miserias y horribles calamidades que acompañan a una guerra civil, o a esa disoluta condición de los hombres desenfrenados, sin sujeción a leyes y a un poder coercitivo que trabe sus manos, apartándoles de la rapiña y de la venganza.”⁴⁸

La fórmula del poder común, entre los hombres, se expresa de la siguiente forma: “Autorizo y cedo mi derecho de gobernarme a mí mismo a este hombre (*Leviathan*), con la condición: que

⁴⁷ HOBBS, Tomas, *Leviatán*, traducción de Antonio Escotado, Editora Nacional, Madrid, 1979, p. 263.

⁴⁸ Texto original: “Not considering that the estate of man can never be without some incommodity or other; and that the greatest that in any form of government can possibly happen to the people in general is scarce sensible, in respect of the miseries and horrible calamities that accompany a civil war, or that dissolute condition of masterless men without subjection to laws and a coercive power to tie their hands from rapine and revenge” MALMESBURY, Thomas Hobbes of. *Leviathan or the Matter, Forme, & Power of a Common-wealth Ecclesiasticall and Civill*. London, printed for Andrew Crooke, at the Green Dragon in St. Pauls Church-yard, p. 113.

él ceda también su derecho y sus acciones del mismo modo”⁴⁹. Así, vemos que la noción de pacto social presupone la concesión del poder de autogobierno por todos los ciudadanos al Estado, para la manutención de la paz y defensa de todos. Zippelius comenta que para Hobbes:

“Es necesario un poder general que sea superior a los individuos para prestar protección a estos en contra los enemigos internos y externos, y para permitirles el goce de los resultados de su trabajo y los frutos de la tierra. Pero la única forma de establecer un poder general como este es la transferencia de toda fuerza y poder de cada individuo, a uno o muchos individuos. Por esta forma se llega a la fusión de voluntades de todos en una sólo voluntad. Semejante multitud unificada en una sólo persona colectiva se llama Estado.”⁵⁰

Para Hobbes, la acción humana debe orientarse por la ley natural y la ley civil. La primera fue establecida por Dios, la segunda, por los que detienen legítimamente el poder de legislar, de la siguiente forma:

“La división de las leyes se hace primero, en razón de su autor, en ley divina y ley humana.⁵¹ (...) Toda Ley humana es una ley civil. En efecto, la condición de los hombres fuera de los Estados es el estado de guerra, en el que, puesto que nadie está sometido a otro, no hay otras leyes que los dictámenes de la razón natural, que constituyen la ley divina.”⁵²

La infracción de una ley civil da lugar a una punición, por la propia ley civil. Sin embargo, la negación de la ley civil, o la infracción de su fundamento, que es lo mismo, debe ser punida a través de la ley natural como traición, porque remite al estado de naturaleza previo al pacto social y al establecimiento del Estado, cuando era lícito matar y robar. Hobbes informa que:

⁴⁹ SOARES, Mário Lúcio Quintão, *Teoria do Estado*. O substrato clássico e os novos paradigmas. Belo Horizonte: Del Rey, p. 84.

⁵⁰ ZIPPELIUS, Reinhold. *Teoria Geral do Estado*. Tradução de António Cabral de Moncada, Lisboa, Fundação Calouste Gulbenkian, 1974, p. 269.

⁵¹ HOBBS, Thomas. *Del ciudadano*. Traducción de André Catrysse. Caracas, Instituto de Estudios Políticos, 1966, p. 220.

⁵² HOBBS, Thomas. *Del ciudadano*, Traducción de André Catrysse. Caracas, Instituto de Estudios Políticos, 1966, p. 221. Texto original: “All Law may be divided, first according to the diversity of its Authors into Divine and humane. (...) All humane law is civill. For the state of men considered out of civill society, is hostile, in which, because one is not subject to another, there are no other Lawes, beside the dictates of naturall reason, which is the divine Law.” HOBBS, Thomas. *De Cive*. Philosophicall Rudiments Concerning Government and Society. Or, A Dissertation Concerning Man in his severall habitudes and respects, as the Member of a Society, first Secular, and than Sacred. London, Printed by J.C. for R. Royston, at the Angel in Ivie-Lane. 1651. p. 70.

“Estos actos o palabras y otros semejantes son crímenes de lesa majestad (traición) no en virtud de la ley civil, sino de la ley natural. Por otro lado, puede ser que un acto que no era crimen de lesa majestad (traición) antes de estar establecida la ley civil lo sea después de establecida. Ejemplo: si una ley declara que considera como signo de negativa de obediencia civil, es decir, como crimen de lesa majestad (traición) el que alguien acuñe moneda o adultere a los sellos de Estado, quien lo haga después de esa declaración no es menos culpable de lesa majestad (traición) que otro. Pero su pecado es menor, porque no viola a todas las leyes a la vez, sino a una sola. La ley, al llamar crimen de lesa majestad (traición) a lo que por naturaleza no lo es, ha dado legítimamente el nombre más odioso y quizás un castigo más severo al culpable, pero no ha hecho más grave el pecado mismo.”⁵³

Hobbes observa que una cosa es transgredir un precepto de una ley civil por debilidad de la voluntad, la otra es violar una o muchas leyes intencionalmente, lo que debe ser reprochado. Sin embargo, la traición no es ninguna de dichas situaciones, pero es la violación de toda ley civil manifestada en la negación del pacto social. Él define como traición dicha conducta de negar el ordenamiento jurídico, a través de actos o palabras:

“Puesto que, en virtud del pacto mediante el cual cada ciudadano se obliga con cada uno de los demás a prestar al Estado, es decir, al soberano, sea un hombre o una asamblea, una obediencia absoluta y universal (como la definimos en el art. 13, cap. 6), existe la obligación de observar cada una de las leyes civiles que este pacto comprende en conjunto; es evidente que el ciudadano que renuncie al pacto general de obediencia, renuncia al mismo tiempo a todas las leyes. Este delito es tanto más grave que cualquier otro aislado, cuanto es más grave pecar continuamente que una sola vez. Y este pecado se llama crimen de lesa majestad (traición). Lo comete el ciudadano o súbdito que declara por su actitud o sus palabras que ya no tiene voluntad de obedecer al individuo o asamblea a quien se ha confiado el poder soberano.”⁵⁴

⁵³ HOBBS, Thomas. *Del ciudadano, op. cit.*, p. 230. Texto original: “And these and the like words and deeds are Treason by the naturall, not the civill Law. But it may so happen, that some action which before the civill Law was made, was not Treason, yet will become such, if it be done afterwards. As if it be declared by the Law, that it shall be accounted for a sign of renouncing publique obedience (that is to say for Treason) if any man shall coyn monies, or forge the Privie Seale, he that after that Declaration shall doe this, will be no lesse guilty of Treason than the other. Yet he sinnes lesse, because he breakes not all the Laws at once, but one Law only; for the Law by calling that Treason which by nature is not so, doth indeed by Right set a more odious name, and perhaps a more grievous punishment on the guilty persons, but it makes not the sinne it selfe more grievous.” HOBBS, Thomas. *De Cive, Philosophicall Rudiments Concerning Government and Society. Or, A Dissertation Concerning Man in his severall habitudes and respects, as the Member of a Society, first Secular, and than Sacred.* London, Printed by J.C. for R. Royston, at the Angel in Ivie-Lane, p. 74.

⁵⁴ HOBBS, Thomas. *Del ciudadano, op. cit.*, p. 230. “Seeing that from the vertue of the Covenant whereby each Subject is tyed to the other to perform absolute and universall obedience (such as is defined above Chap. 6. art. 13.) to the City, that is to say, to the Sovereign power, whether that be one man or Council, there is an

Así pues, la traición, o la rebeldía contra el fundamento de las leyes civiles, o la negación del ordenamiento jurídico, representan una violación de la ley natural, no de la ley civil, porque la necesidad de obedecer al pacto social es una obligación anterior a él, y por eso de índole natural. Véase lo que ha escrito sobre el propio Hobbes, de la siguiente manera:

“Pero el pecado que es crimen de lesa majestad (traición) en virtud de la ley natural es una violación de la ley natural, pero no de la ley civil. Puesto que la obligación de la obediencia civil, en virtud de la cual las leyes civiles son válidas, es anterior a toda ley civil, y puesto que el crimen de lesa majestad (traición) no puede ser sino la violación de esta obligación, resulta que tal crimen viola la ley que precede la ley civil, es decir, la ley natural, que nos prohíbe quebrantar los pactos y las promesas. Y si algún soberano concibiera una ley civil en la forma de “no te rebelarás” haría algo inútil, porque si los ciudadanos no se han obligado primero a obedecer, es decir, a no rebelarse, toda ley es inválida. Por otro lado, la obligación que los obliga a lo que ya se había obligado antes, es superflua.”⁵⁵

Por fin, concluye Hobbes que quienes se rebelan contra el ordenamiento jurídico o contra su fundamento – el pacto social (lo que se constituye en traición) – violan el derecho natural, lo que es demostrable a través de su conducta de negación del orden constituido, y por eso deben ser punidos de acuerdo con la ley natural, razón por la cual deben ser tratados como enemigos del Estado, castigados de acuerdo con el derecho de guerra:

“De ahí resulta que los rebeldes, los traidores, y los otros convictos de lesa majestad (traición) no reciben castigo en virtud del Derecho civil, sino del derecho natural, es decir, no como ciudadanos malos, sino

obligation derived to observe each one of the civill Lawes, so that Covenant contains in it self all the Laws at once; it is manifest that the subject who shall renounce the generall oventant of obedience, doth at once renounce all the Lawes. Which trespass is so much worse than any other one sinne, by how much to sinne alwayes, is worse than to sinne once. And this is that sin which is called TREASON; and it is a word or deed whereby the Citizen, or Subject, declares that he will no longer obey that man or Court to whom the supreme power of the City is entrusted.” HOBBS, Thomas. *De Cive*, Philosophicall Rudiments Concerning Government and Society. Or, A Dissertation Concerning Man in his severall habitudes and respects, as the Member of a Society, first Secular, and than Sacred. London, Printed by J.C. for R. Royston, at the Angel in Ivie-Lane, p. 74.

⁵⁵ HOBBS, Thomas. *Del ciudadano*, *op. cit.*, p. 231. Texto original: “*But that sinne which by the Law of nature is Treason, is a Transgression of the naturall, not the civill Law. For since our obligation to civill obedience, by vertue whereof the civill Lawes are valid, is before all civill Law, and the sin of Treason is naturally nothing else but the breach of that obligation; it follows that by the sin of Treason, that Law is broken which preceded the civill Law, to wit, the naturall, which forbids us to violate Covenants, and betrothed faith. But if some Sovereign Prince should set forth a Law on this manner, Thou shalt not rebell, he would effect just nothing: For except Subjects were before obliged to obedience, that is to say, not to rebell, all Law is of no force; now the obligation which obligeth to what we were before obliged to, is superfluous.*” HOBBS, Thomas. *De Cive*. *op. cit.*, p. 75.

como enemigos del Estado; no en virtud del derecho de gobierno o soberanía, sino en virtud del derecho de guerra.”⁵⁶

Hobbes equipara el violador del pacto social a la persona que en la guerra traiciona su Estado y se incorpora el ejército enemigo. Eso pasa porque él identifica que la más grave violación que alguien puede realizar es la violación del pacto social, lo que es la renuncia a todas las leyes en razón la rotura de su fundamento, lo que Hobbes expresa de un modo extremadamente parecido con la formulación contemporánea del fundamento de un Derecho penal del enemigo, de la siguiente manera:

“Y este pecado se llama crimen de lesa majestad. Lo comete el ciudadano o súbdito que declara por su actitud o sus palabras que ya no tiene la voluntad de obedecer al individuo o asamblea a quien se ha confiado el poder soberano. Un ciudadano manifiesta tal voluntad por su actitud cuando se opone o trata de oponerse por la violencia a las personas que detentan el poder soberano o ejecutan las órdenes de los que lo tienen. Tal es el caso de los traidores, los regicidas, los que alzan las armas contra el Estado o los tráfugas”⁵⁷

En este contexto nace la figura del enemigo: quien viola el pacto social se pone en estado de naturaleza por renunciar a dicho pacto, a través de la violación de una obligación de derecho natural referente a su cumplimiento y, por eso, dicha persona no debe ser punida a través del derecho del Estado (civil), pero a través de las reglas típicas de la ausencia del Estado, referentes al estado de naturaleza previo a él, inherentes a la guerra:

“En último lugar, el daño infligido a quien se considera enemigo no queda comprendido bajo la denominación de pena, ya que si se tiene en cuenta que no está ni sujeto a la ley, y, por consiguiente, no pudo violarla, o que habiendo estado sujeto a ella y declarando que ya no

⁵⁶ HOBBS, Thomas. *Del ciudadano*, op. cit., p. 231. Texto original: “Hence it followes, that Rebels, Traytors, and all others convicted of Treason, are punisht not by civill, but naturall Right; that is to say, not as civill Subjects, but as Enemies to the Government, not by the Right of Sovereignty, and Dominion, but by the Right of Warre.” HOBBS, Thomas. *De Cive*. Philosophicall Rudiments Concerning Government and Society. Or, A Dissertation Concerning Man in his severall habitudes and respects, as the Member of a Society, first Secular, and than Sacred. London, Printed by J.C. for R. Royston, at the Angel in Ivie-Lane, p. 75.

⁵⁷ HOBBS, Thomas. *Del ciudadano*. Traducción de André Catrysse. Caracas, Instituto de Estudios Políticos, 1966, p. 230. En original: “And this is that sin which is called TREASON; and it is a word or deed whereby the Citizen, or Subject, declares that he will no longer obey that man or Court to whom the supreme power of the City is entrusted. And the Subject declares this same will of his by deed, when he either doth, or endeavours to do violence to the Sovereigns Person, or to them who execute his commands; of which sort are Traytors, Regicides, and such as take up armes against the ity, or during a warre, flye to the enemies side.” MALMESBURY, Thomas Hobbes of. *Leviathan or the Matter, Forme, & Power of a Common-wealth Ecclesiasticall and Civill*, op. cit., p. 74.

quiere estarlo, niega, como consecuencia, que pueda transgredirla, todos los daños que pueda causar deben ser considerados como actos de hostilidad. Ahora bien, en casos de hostilidad declarada toda realización de un mal es legítima. De lo cual se sigue que si un súbdito, de hecho o de palabra, con conocimiento y deliberadamente, niega la autoridad del representante del Estado (cualquiera que sea la penalidad que antes ha sido establecida para la traición), puede legalmente hacérsele sufrir cualquier daño que el representante quiera, ya que al rechazar la condición de súbdito, rechaza la pena que ha sido establecida por la ley, y, por consiguiente, padece ese daño como enemigo del Estado, es decir, según sea la voluntad del representante. En cuanto a los castigos establecidos en la ley, son para los súbditos, no para los enemigos, y han de considerarse como tales quienes, habiendo sido súbditos por sus propios actos, al rebelarse deliberadamente niegan el poder soberano.”⁵⁸

Hobbes distingue de modo claro entre malos ciudadanos y quienes ciudadanos siquiera lo son⁵⁹. En estos términos, es legítimo establecer una guerra en contra alguna persona que no esté sometida al pacto social o a ninguno otro pacto, si dicha guerra trae beneficios al Estado y a la sociedad. Es esto lo que Hobbs sostiene:

“Al infligirse un daño cualquiera a un inocente que no sea súbdito, si se hace para el beneficio del Estado y sin violación de ningún pacto anterior, ello no constituye un quebrantamiento de la ley de naturaleza. En efecto, todos los hombres que no son súbditos, o bien son enemigos, o bien han dejado de serlo por algún pacto precedente. Ahora bien, contra los enemigos a quienes el Estado juzga capaces de dañar, es legítimo hacer guerra según el derecho original de naturaleza; en esa situación, la espada no discrimina, ni el vencedor distingue entre el elemento perjudicial y el inocente, como ocurría en los tiempos pasados, ni tiene otra consideración de gracia sino la que conduce al bien del propio pueblo. Por esta razón, y respecto de los súbditos que deliberadamente niegan la autoridad del Estado establecido, se extiende también legítimamente la venganza no sólo a

⁵⁸ Texto original: “*Lastly, harm inflicted upon one that is a declared enemy falls not under the name of punishment: because seeing they were either never subject to the law, and therefore cannot transgress it; or having been subject to it, and professing to be no longer so, by consequence deny they can transgress it, all the harms that can be done them must be taken as acts of hostility. But in declared hostility all infliction of evil is lawful. From whence it followeth that if a subject shall by fact or word wittingly and deliberately deny the authority of the representative of the Commonwealth (whatsoever penalty hath been formerly ordained for treason), he may lawfully be made to suffer whatsoever the representative will: for in denying subjection, he denies such punishment as by the law hath been ordained, and therefore suffers as an enemy of the Commonwealth; that is, according to the will of the representative. For the punishments set down in the law are to subjects, not to enemies; such as are they that, having been by their own act subjects, deliberately revolting, deny the sovereign power.*” MALMESBURY, Thomas Hobbes of. *Leviathan or the Matter, Forme, & Power of a Common-wealth Ecclesiasticall and Civill*, op. cit., p. 192.

⁵⁹ PÉREZ DEL VALLE, Carlos. *Estudios de Filosofía Política y del Derecho penal*, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2004, p. 62.

los padres, sino también a la tercera y aun la cuarta generación que todavía no existen, y que, por consiguiente, son inocentes del hecho en virtud del cual recae sobre ellos un daño. La naturaleza de esta ofensa consiste en la renuncia a la subordinación, lo cual constituye una recaída en la condición de guerra, comúnmente llamada rebelión; y quienes así ofenden no sufren como súbditos, sino como enemigos, ya que la rebelión no es sino guerra renovada.”⁶⁰

En este punto, Jakobs hace algunas observaciones interesantes sobre las cuales se debe dedicar alguna atención. Él informa que, en primer lugar, hay que reconocerse que Hobbes fue más que un filósofo del contrato social, pero también un teórico de las instituciones. La sumisión de los ciudadanos en su relación con el Estado debe ser interpretada también como una metáfora según la cual los procesos de auto-organización del ciudadano no deben perturbar al Estado.

Por todo eso Hobbes – al contrario de lo que hace Rousseau – en un primer momento, deja el delincuente autor de un delito común en su rol de ciudadano, que no se le quita por dicha razón. Sin embargo la situación es diferente si se trata de un delito que perturba de forma vehemente el Estado, el funcionamiento de la sociedad como un todo o las bases del contrato social, como un delito de rebelión o alta traición, porque la naturaleza de dichos crímenes es la rescisión de la sumisión, lo que significa una vuelta al estado de naturaleza, y por eso los que realizan dichos delitos no son castigados como ciudadanos, sino como enemigos.⁶¹

⁶⁰ Texto original: “*But the infliction of what evil soever on an innocent man that is not a subject, if it be for the benefit of the Commonwealth, and without violation of any former covenant, is no breach of the law of nature. For all men that are not subjects are either enemies, or else they have ceased from being so by some precedent covenants. But against enemies, whom the Commonwealth judgeth capable to do them hurt, it is lawful by the original right of nature to make war; wherein the sword judgeth not, nor doth the victor make distinction of nocent and innocent as to the time past, nor has other respect of mercy than as it conduceth to the good of his own people. And upon this ground it is that also in subjects who deliberately deny the authority of the Commonwealth established, the vengeance is lawfully extended, not only to the fathers, but also to the third and fourth generation not yet in being, and consequently innocent of the fact for which they are afflicted: because the nature of this offence consisteth in the renouncing of subjection, which is a relapse into the condition of war commonly called rebellion; and they that so offend, suffer not as subjects, but as enemies. For rebellion is but war renewed.*” MALMESBURY, Thomas Hobbes of. *Leviathan or the Matter, Forme, & Power of a Commonwealth Ecclesiasticall and Civill, op. cit.*, p. 195.

⁶¹ HOBBS era consciente de esta situación. Nominalmente, es (también) un teórico del contrato social, pero materialmente es más bien un filósofo de las instituciones. Su contrato de sumisión -junto al cual aparece, en igualdad de derecho (!) la sumisión por medio de la violencia- debe entenderse tanto como un contrato como una metáfora de que los (futuros) ciudadanos no perturben al Estado en su proceso de autoorganización. De manera plenamente coherente con ello, HOBBS en principio deja al delincuente en su rol de ciudadano: el ciudadano no puede eliminar por sí mismo su status. Sin embargo, la situación es distinta cuando se trata de una rebelión, es decir, de alta traición: «Pues la naturaleza de este crimen está en la rescisión de la sumisión, lo que significa una recaída en el estado de naturaleza ... Y aquellos que incurren en tal delito no son castigados en cuanto súbditos, sino como enemigos». JAKOBS, Günther; CANCIO MELIÁ, Manuel. *Derecho penal del enemigo*. Madrid, Civitas Ediciones, 2003, pp.28-29

Jakobs sostiene que la razón de esta diferencia entre delincuentes – ciudadanos y enemigos – es evidente porque la búsqueda de una ventaja particular – lo que quiere un delincuente que mantiene su estatus de ciudadanía – aún que sea intolerable, no cuestiona el todo, mientras que el traidor combate el principio de civilización y organización social está representado por el contrato social en la teoría de Hobbes, que queda corporizado en el dominio concreto⁶². Jakobs informa que:

De manera similar, HOBBS despersionaliza al reo de alta traición; pues también éste niega por principio la constitución existente. Por consiguiente, HOBBS y KANT conocen un Derecho penal del ciudadano –contra personas que no delinquen de modo persistente, por principio– y un Derecho penal del enemigo contra quien se desvía por principio; éste excluye, aquél deja incólume el *status* de persona. El Derecho penal del ciudadano es Derecho también en lo que se refiere al criminal; éste sigue siendo persona. Pero el Derecho penal del enemigo es Derecho en otro sentido. Ciertamente, el Estado tiene derecho a procurarse seguridad frente a individuos que reinciden persistentemente en la comisión de delitos; a fin de cuentas, la custodia de seguridad es una institución jurídica. Más aún: los ciudadanos tienen derecho a exigir del Estado que tome las medidas adecuadas, es decir, tienen un derecho a la seguridad, con base en el cual HOBBS fundamenta y limita al Estado: *finis oboedientiae est protectio*. Pero en este derecho no se halla contenido en HOBBS el reo de alta traición, en KANT quien permanentemente amenaza; se trata del derecho de los demás.⁶³

En resumen, la fundamentación de la posibilidad de que el Estado y la sociedad reaccionen con mucho más rigor (a través del derecho de guerra, no del Derecho civil) contra las

⁶² Ahora bien, cerca de ciento cincuenta años antes hubo un ilustrador que ya presentó una concepción más diferenciada, y no es extraño que fuera menos un teórico del contrato que un teórico de las instituciones: el contrato en Hobbes, al que aquí me refiero, es más bien una metáfora de que los futuros ciudadanos no perturbarán la autoorganización del poder central: contrato o sumisión u otra cosa, lo principal es que se genere un poder central. Hobbes distingue entre el delincuente ciudadano y el autor de alta traición; aquél es condenado conforme a las leyes promulgadas, éste, en cambio, es combatido en cuanto enemigo, y la razón de esa diferencia es palmaria, puesto que aquél busca una ventaja particular, lo que desde luego no debe tolerarse, pero no cuestiona el todo, mientras que éste, el traidor, combate el principio, y el principio en Hobbes queda corporizado en el dominio concreto. JAKOBS, Günther. *Feindstrafrecht? - Eine Untersuchung zu den Bedingungen von Rechlichkeit*. En castellano: JAKOBS, Günther. “¿Derecho penal del enemigo? Un estudio acerca de los presupuestos de la juridicidad”, en: AA. VV.: *Derecho penal del enemigo. El discurso penal exclusión*, 2 vols., Montevideo/Buenos Aires, Editorial B de F Edisofer, 2006, compilado por Manuel Cancio Meliá y Carlos Gómez-Jara Díez, Vol. 2, pp. 93-116, p. 104.

⁶³ JAKOBS, Günther; CANCIO MELIÁ, Manuel. *Derecho penal del enemigo*. Madrid, Civitas Ediciones, 2003, pp. 32-33.

personas que se han puesto en estado de naturaleza está justamente en el hecho de que se han puesto en el estado de naturaleza, a través de la negación del pacto social.

En este contexto el enemigo se desvincula políticamente del Estado y del Derecho civil, y por eso, la reacción del Estado, con el fin de proteger sus ciudadanos, sin los límites aplicables a la reacción en contra un ciudadano es perfectamente legítima, porque dicha reacción es inherente al estado de naturaleza, donde no hay derechos civiles. Carlos Pérez informa que:

“La visión de Hobbes respecto del contrato social es sustancialmente individualista, y es precisamente esta concepción la que permite pensar que cabe tratar como enemigo a quien, por su rechazo al contrato social, se manifiesta como tal. La vulneración de los presupuestos de derecho natural del contrato social implica que el individuo realiza un comportamiento propio del estado natural; por eso, los individuos que se encuentran en el estado civil pueden tratar como enemigo a quien no asume ese nuevo estado. En otras palabras: el “Derecho penal de enemigo” de Hobbes no implica, en principio, una reacción de un poder estatal frente a los discrepantes – frente a los enemigos del poder estatal totalitario – sino tan sólo quienes no asumen el estado civil han de ser tratados con las reglas del estado de naturaleza, en la que la enemistad de uno contra otro es consustancial. Precisamente este estado de naturaleza se caracteriza por el miedo de los individuos a otros individuos que se encuentran en estado natural; por eso, también los individuos en estado civil tienen miedo de quienes permanecen en estado de naturaleza.”⁶⁴

Las críticas al modelo de explicación de la realidad basadas en el contrato social, en el cual se encuentra la teoría de Hobbes, serán brevemente realizadas cuando estudiaremos los puntos de partida de la teoría de sistemas sociales, especialmente en relación con la tautología de sus presupuestos.

Lo que aporta Hobbes tiene más un interés histórico que sociológico para este trabajo, porque se constituye en el primer estudio sociopolítico que describe algo muy parecido con la idea contemporánea del Derecho penal del enemigo, y propone dicha idea como modelo de reacción del Estado y de la sociedad contra determinados tipos de delitos.

⁶⁴ PÉREZ DEL VALLE, Carlos. *Estudios de Filosofía Política y del Derecho penal*, op. cit., p. 64.

Es realmente muy interesante ver que muchas cosas sólo se repiten en la historia, con nuevas forma de manifestación y nuevos fundamentos, pero que siguen teniendo las mismas características esenciales, como el caso del objeto de esta investigación.

1.3.1 Indagaciones acerca de la real posibilidad de fundamentar políticamente el Derecho penal del enemigo en los postulados de Thomas Hobbes.

Lo que se quiere con la transcripción de las ideas de Thomas Hobbes no es proponer ni justificar el Derecho penal del enemigo desde un punto de vista político, ni de cualquier otro. Lo que se pretende es simplemente informar el nacimiento de la fundamentación política de la posibilidad de división entre ciudadanos y enemigos de la sociedad, basada en la propia conducta de las personas, lo que es la idea central del Derecho penal del enemigo en su concepción contemporánea, de acuerdo con lo que se estudiará.

Aunque las construcciones teóricas de Hobbes hayan sido elaboradas en condiciones sociales diferentes de las condiciones en las cuales fue elaborada concepción actual de Derecho penal del enemigo y de Estado, lo importante es identificar el nacimiento de dichas ideas y su fundamentación política, que puede ser trasladada a los días de hoy, si las condiciones políticas y sociales – porque estas son las condicionantes directas del Derecho – así lo permitieren.

Así pues, no se trata aquí de hacer una importación de las ideas de Hobbes, pero de identificar el nacimiento, en el seno de la política, de la justificación de una idea que sigue en los ordenamientos jurídicos actuales, con nuevas características y discursos justificadores.

En este punto de la investigación no se puede decir que Hobbes no sostiene que se debe tratar con un nivel de rigor más alto a las personas que se excluyeron del estado de ciudadanía y del contrato social. No se puede decir que Hobbes no sostiene que la reacción del Estado y de la sociedad debe ser de entidad mayor y orientada a la garantía de la seguridad ciudadana, contra personas físicas que se excluyen del contrato social, conforme subraya Gabriel Ignacio Anitua:

“La diferencia con el estado de naturaleza puro es que, en el caso de cese del Estado de derecho, la hostilidad la practica el Estado. Éste es el enemigo, no el individuo. Dicha hostilidad puede ser, y de hecho es, practicada por el Estado por fuera de lo jurídico, y sin posibilidades de ser justificada desde lo jurídico.”⁶⁵

Queda claro, con la lectura de los estudios de Hobbes, que se pone en lugar del enemigo la persona física que vuelve al estado de naturaleza en virtud de negar el fundamento del contrato social, lo que es diferente de otro Estado enemigo, por ejemplo, en una guerra.

Otra interpretación de la obra de Thomas Hobbes que debe rechazarse es la propuesta por Ferrajoli, en virtud de su manifiesta incompatibilidad con lo expresamente escrito por dicho filósofo inglés. Ferrajoli sostiene que: “Hay un solo caso, afirma Hobbes, en el cual el estado de necesidad – o, si se quiere, la razón de estado dictada por la emergencia – legitima políticamente la ruptura de las reglas del juego, y es el estado de guerra, poco importa que sea externo o interno.”⁶⁶

De acuerdo con las obras de Hobbes estudiadas, cuyas partes principales fueron transcritas en este trabajo, dicho autor no hace referencia a la necesidad de declaración de guerra o reconocimiento de su estado para justificar la reacción contra el enemigo. Hobbes informa que el enemigo debe ser tratado no por el Derecho civil (derecho de los ciudadanos), sino que, por el derecho de guerra, sin la necesidad de reconocimiento del estado de guerra.

Las reglas del juego a que hace referencia Ferrajoli son el Derecho civil de los ciudadanos, lo que incluye el Derecho penal. El Estado, cuando reacciona en contra el enemigo interno, no rompe con ellas, sino que aplica el derecho natural, que es paralelo a ellas, lo que es diferente de su negación. Ferrajoli analiza la situación atribuyendo el carácter de normalidad a lo que llama de “reglas del juego” (Derecho civil), y “carácter de excepcionalidad” a lo que llama de guerra, lo que lo hace distorsionar el sentido del origen de la diferencia entre Derecho civil y derecho natural.

⁶⁵ ANITUA, Gabriel Ignacio. “Thomas Hobbes: ¿Amigo o Enemigo?”, in BUSATO, Paulo César *et alii*. *Thomas Hobbes Penalista*, Rio de Janeiro, Lumen Juris, 2010, p. 60.

⁶⁶ FERRAJOLI, Luigi. *Derecho y razón*. Teoría del garantismo penal, Madrid, Editorial Trotta, 1995, p. 829.

Así pues, no es lo propuesto por Ferrajoli la verdadera línea de desarrollo de los postulados de Hobbes, que reconoce la normalidad del Derecho civil – que es aplicable a los ciudadanos – y también la normalidad del derecho natural – aplicable a los enemigos que violaron los fundamentos de derecho natural que sostienen el pacto social – que tienen orígenes diferentes, conforme lo expuesto, y coexisten armónicamente, no se constituyendo uno la excepción del otro.

Pocos estudios fueron realizados sobre la influencia directa del pensamiento de Hobbes en la teoría del Derecho penal del enemigo contemporánea. Sin embargo, hay algunos que informan que la teoría de Thomas Hobbes no sirve de origen ni fundamentación política de la teoría del Derecho penal del enemigo, sosteniendo – muy extrañamente – que Hobbes reconoce derechos fundamentales al hombre, que postula que el Estado no puede atacar sus enemigos plasmados en personas, y que no es posible que el estado aplique el derecho fuera del ámbito del pacto social.

Uno de estos pocos fue realizado por un discípulo brasileño de Muñoz Conde, Paulo César Busato, donde él afirma que la teoría de Hobbes no puede servir de fundamentación política al Derecho penal del enemigo, algo incompatible con los puntos de vista del propio Hobbes transcritos en este trabajo, conforme se demostrará. Busato sostiene que:

“Lo que quiere Jakobs es llevar los límites de lo que es normatizado para fuera del ambiente en el cual se produce la normatización.”⁶⁷ (...) “Para Hobbes, quien está fuera del pacto no puede ser abarcado por las leyes, porque está en estado de naturaleza, donde no existen las nociones de justo e injusto o de ley.”⁶⁸ (...) “Hobbes no sostenía la posibilidad de aplicación del sistema jurídico más allá del Estado. Identificaba el sujeto que voluntariamente se pusiera fuera del pacto representado por el Estado, como alguien que se exponía a los riesgos del estado de naturaleza, sujeto a la intervención de los otros. Sin embargo, dicha intervención de otros, en estado de guerra, no es una guerra conducida por el Estado sino una guerra de todos en contra de

⁶⁷BUSATO, Paulo César. “O inimigo em Hobbes: Crítica à Justificação Filosófica de Jakobs ao Direito Penal do Inimigo”, in BUSATO, Paulo César *et alii*. *Thomas Hobbes Penalista*, Rio de Janeiro, Lumen Juris, 2010, p. 115. Texto original: “*O que pretende Jakobs é transcender os limites daquilo que é normativizado para fora do ambiente em que se produz a normatização.*”

⁶⁸ BUSATO, Paulo César. “O inimigo em Hobbes: Crítica à Justificação Filosófica de Jakobs ao Direito Penal do Inimigo”, *op. cit.*, p. 116. Texto original: “*Para Hobbes, quem está fora do pacto não pode ser alcançado pelas leis, pois está em estado de natureza, onde deixam de ter lugar noções de justo e injusto ou de lei.*”

todos, propia del estado de naturaleza.”⁶⁹ (...) “Como se puede percibir, Hobbes no sostiene a aplicación de ningún tipo de derecho al enemigo, porque él está fuera del alcance del Derecho y del Estado.”⁷⁰

Busato cuestiona la posibilidad de reconocimiento del enemigo cen personas físicas, sosteniendo que Hobbes sólo prevé dicha posibilidad (reconocimiento del estatus de enemigo) en relación con Estado extranjeros, en el contexto de una guerra, lo que no tiene sentido si se estudia los escritos de Hobbes. Busato cuestiona también la posibilidad de aplicación de alguna ley en situaciones ajenas al Derecho civil del Estado. Sin embargo, eso no tiene sentido ni para Hobbes, ni para la forma contemporánea de concebir el Derecho penal del enemigo.

Conforme ya informado, y conforme lo que será explicado en este trabajo oportunamente, Jakobs, siguiendo a Luhmann *a priori*, concibe el Derecho como un sistema cognitivamente abierto, que capta las informaciones el ambiente/entorno en el cual está ubicado, pero operativamente cerrado, es decir, que mantiene los procesos de producción de sentido de dichas informaciones bajo sus propias reglas, y aunque reaccione frente a las informaciones recibidas del ambiente, las transforma en su código binario lícito/ilícito, para que puedan tener sentido en el ámbito de dicho sistema.

En este contexto, Jakobs sostiene que debe haber la atribución de ilicitud de la información contenida en la conducta peligrosa del enemigo, y la consecuente reacción del sistema con el fin de neutralizarla. Así pues, aunque el enemigo esté fuera del pacto social, el sistema social de la sociedad puede defenderse de ataques externos, lo que es perfectamente compatible con los planteamientos de Hobbes, debidamente explicados, a saber:

“Al infligirse un daño cualquiera a un inocente que no sea súbdito, si se hace para el beneficio del Estado y sin violación de ningún pacto anterior, ello no constituye un quebrantamiento de la ley de

⁶⁹ BUSATO, Paulo César. “O inimigo em Hobbes: Crítica à Justificação Filosófica de Jakobs ao Direito Penal do Inimigo”, *op. cit.*, p. 118. Texto original: “*Hobbes não sustentava a possibilidade de aplicação do sistema jurídico para além do Estado. Identificava o sujeito que deliberadamente se colocasse fora do pacto representado pelo Estado, como alguém que se entregava aos riscos do estado de natureza, podendo sofrer livremente a intervenção alheia. Porém esta intervenção alheia, este estado de guerra, não é uma guerra conduzida pelo Estado, mas sim uma guerra de todos contra todos, própria do estado de natureza.*”

⁷⁰ BUSATO, Paulo César. “O inimigo em Hobbes: Crítica à Justificação Filosófica de Jakobs ao Direito Penal do Inimigo”, *op. cit.*, p. 119. Texto original: “*Como se nota, Hobbes não prega a aplicação de nenhuma classe de direito ao inimigo, porque ele está fora do alcance do Direito e do Estado.*”

naturaleza. En efecto, todos los hombres que no son súbditos, o bien son enemigos, o bien han dejado de serlo por algún pacto precedente. Ahora bien, contra los enemigos a quienes el Estado juzga capaces de dañar, es legítimo hacer guerra según el derecho original de naturaleza; en esa situación, la espada no discrimina, ni el vencedor distingue entre el elemento perjudicial y el inocente, como ocurría en los tiempos pasados, ni tiene otra consideración de gracia sino la que conduce al bien del propio pueblo.”⁷¹

Así pues, es perfectamente posible la reacción por parte del Estado a los peligros que le amenazan, identificados en sus enemigos que pueden ser incluso personas físicas, cuando, según Hobbes, se aplicará la ley de guerra referente al derecho natural y, por eso, se puede concluir que en el estado de naturaleza hay alguna noción de derecho, única aplicable por el Estado a sus enemigos, a saber:

“De ahí resulta que los rebeldes, los traidores, y los otros convictos de lesa majestad (traición) no reciben castigo en virtud del Derecho civil, sino del derecho natural, es decir, no como ciudadanos malos, sino como enemigos del Estado; no en virtud del derecho de gobierno o soberanía, sino en virtud del derecho de guerra.”⁷²

Busato también sostiene que el reconocimiento de un enemigo fuera del sistema subvierte la lógica del sistema propuesto por Jakobs, haciendo referencia al concepto de papel social, algo ajeno a la construcción contemporánea del Derecho penal del enemigo, de la siguiente forma:

“Así pues, una persona es un actor, es alguien que ocupa un papel en escena y que, no siempre, representa sí mismo, sino una cara. (...) Así pues, el pacto entre personas no es más que una ficción, que no puede obligar a los hombres, a la autoría de determinadas conductas. En este contexto, cuando Jakobs niega la condición de persona a alguien, niega la condición de representación de un papel, que en su idea de sistema es lo que generaría la titularidad de los derechos contenidos en las normas jurídicas compuestas para coordinar el sistema”⁷³

⁷¹ MALMESBURY, Thomas Hobbes of. *Leviathan or the Matter, Forme, & Power of a Common-wealth Ecclesiasticall and Civill*, op. cit., p. 192.

⁷² HOBBS, Thomas. *Del ciudadano*, op. cit., p. 231. Texto original: “Hence it followes, that Rebels, Traytors, and all others convicted of Treason, are punisht not by civill, but naturall Right; that is to say, not as civill Subjects, but as Enemies to the Government, not by the Right of Sovereignty, and Dominion, but by the Right of Warre.” HOBBS, Thomas. *De Cive*. op. cit., p. 75.

⁷³ BUSATO, Paulo César. “O inimigo em Hobbes: Crítica à Justificação Filosófica de Jakobs ao Direito Penal do Inimigo”, op. cit., p. 116. Texto original: “Portanto uma pessoa é um ator, é alguém que ocupa um papel em cena e que, nem sempre, representa si mesmo, senão uma face. (...) Assim, o pacto entre pessoas não passa de uma ficção, que não pode obrigar os homens, enquanto atores de determinadas condutas. Portanto, quando Jakobs nega a condição de pessoa para alguém, nega a condição de representação de um papel, que em sua

En esta parte Busato hace una mezcla indebida de conceptos. Conforme ya dicho, la concepción de sistema social del Jakobs, siguiendo a Luhmann, tiene como punto de partida metodológico el concepto de comunicación, la única operación capaz de basar lo social de manera autónoma⁷⁴, en contraposición al concepto de acción social, de la teoría de la acción social, de origen webberiana, que identifica en las acciones de los individuos una carga psicológica, ligada a una concepción tradicional de sujeto, con sus componentes de intencionalidad, axiología, finalidad, *et caetera*⁷⁵.

El rol social se refiere al conjunto de normas, comportamientos y derechos definidos social y culturalmente que se esperan que una persona (actor social) cumpla o ejerza de acuerdo con su estatus social adquirido o atribuido, lo que no tiene nada que ver con los presupuestos epistemológicos del sistema social concebido por Luhmann y adoptados por Jakobs.

Así pues, el papel que ejerce alguien no es lo que le confiere derechos, sino el conjunto de expectativas existentes en el sistema social, razón por la cual el planteamiento Busato carece de coherencia y pertinencia de forma manifiesta, en el ámbito de la teoría estudiada.

Sin embargo, el razonamiento más incoherente de Busato, acerca de la teoría de Hobbes, es o que él sostiene sobre derechos fundamentales. Él afirma de forma positiva que Hobbes reconoce derechos fundamentales del hombre en estado de naturaleza, terminología que ni siquiera existía en la época en que Hobbes vivió. Véase:

“Para Hobbes, el contrato es una mutua concesión de derechos. (...) De esta forma, el hombre que viola el contrato social pierde la posibilidad de invocarlo a su favor, es decir, de postular los beneficios de las leyes, lo que no quiere decir que igualmente perca sus derechos inherentes a la condición de hombre, ya que estos no son originados del pacto, sino de su condición humana. Así pues, aunque lejos del pacto, el hombre preserva sus derechos fundamentales, razón por la cual no se le puede violar las garantías fundamentales transcendentales

idéia de sistema é o que geraria a titularidade de direitos contidos nas normas jurídicas compostas para reger o sistema.”

⁷⁴ LUHMANN, Niklas. *Introducción a la teoría de sistemas*, México D. F., Anthropos, 1996, p. 17.

⁷⁵ IZUZQUIZA, Ignacio. *La sociedad sin hombres*, Niklas Luhmann o la teoría como escándalo, *op. cit.*, p. 146.

al propio Estado, ni mismo por este, o en razón de una violación fundamental a este.”⁷⁶

De entrada, el concepto de derecho fundamental ni siquiera había sido elaborado en la época de Thomas Hobbes⁷⁷, y por eso, no se puede hablar que él identificaba su existencia en una u otra situación. Confundir el concepto de derecho fundamental con derecho natural refleja una completa falta conocimiento del tema en cuestión.

Hobbes reconoce como única fuente del derecho del Estado las leyes civiles⁷⁸. Él no concibe el derecho natural como derecho humano ni derecho fundamental, sino como una razón determinada a la consecución de la creación y la fundamentación del Estado, es decir, la ley natural es la razón que fundamenta el Estado y las leyes civiles, y no un cuerpo de derechos garantizados a los hombres en razón de su esencia humana. Véase lo que viene a decir acerca de eso Norberto Bobbio:

“La definición que da Hobbes de la ley natural no difiere formalmente de las definiciones tradicionales. Para Hobbes, la ley natural es un dictamen de la recta razón. Como tal, la ley natural se diferencia de la ley positiva, que viene planteada por la voluntad. (...) De este significado diferente de la razón deriva una diferencia fundamental entre la concepción hobbesiana de la ley natural y las concepciones tradicionales. Para estas últimas, la *naturalis ratio* o *recta ratio*

⁷⁶ BUSATO, Paulo César. “O inimigo em Hobbes: Crítica à Justificação Filosófica de Jakobs ao Direito Penal do Inimigo”, *op. cit.*, p. 117. Texto Original: “Para Hobbes, o contrato é uma mútua concessão de direitos. Deste modo, o homem que burla o contrato social perde a possibilidade de invocá-lo a seu favor, ou seja, de pleitear a benesse das leis, o que não quer dizer que igualmente perca seu direito enquanto homem, já que estes não derivam do pacto, mas de sua condição humana. Portanto, mesmo fora do pacto, o homem preserva seus direitos fundamentais, razão pela qual não se lhe pode vilipendiar as garantias fundamentais transcendentais ao próprio Estado, nem mesmo por este, ou motivado por uma violação fundamental a este.”

⁷⁷ “Los derechos fundamentales de primera generación han surgido en los ordenamientos jurídicos del Occidente como fruto de la ascensión de la burguesía en Francia y en el mundo del siglo XVIII, que conllevó a la revolución francesa y la revolución de los EE. UU. Tales Derechos buscan valorizar el hombre individualmente y su libertad en la vida civil y política del Estado.” PAULO, Vicente; ALEXANDRINO, Marcelo. *Direitos fundamentais*. Rio de Janeiro: Impetus, 2003, p. 11.

⁷⁸“Al final de esta persecución, llevada con habilidad, rigor y pasión racional, Hobbes consigue presentarnos el concepto de un estado en el que se lleva hasta sus últimas consecuencias el fenómeno del monopolio estatal del derecho a través de la cuidadosa eliminación de todas las fuentes jurídicas que no sean las leyes, o la voluntad del soberano (e, in primis, del derecho consuetudinario), y de todos los ordenamientos jurídicos que no sean el del estado (en particular, el ordenamiento de la iglesia, el de la comunidad internacional, el de las entidades asociativas menores). Ahora bien, el monopolio jurídico del estado no podrá considerarse completo si junto al derecho positivo, junto a las distintas formas en que puede establecerse una normatividad positiva, se deja sobrevivir la ley natural; o, en otras palabras, un poder estatal no podrá considerarse absoluto, es decir, sin vínculos, si se reconoce la existencia y la legitimidad de un conjunto de leyes, como son precisamente las leyes naturales, superiores por su constitución íntima a las leyes positivas y al cual las leyes positivas han de adaptarse.” BOBBIO, Norberto. *Thomas Hobbes*. Traducción de Manuel Escrivá de Romani, Barcelona, Plaza & Janes Editores, 1991, p. 164.

prescribe lo que es bueno o malo en sí; para Hobbes indica lo que es bueno o malo para un determinado fin: «Las que llamamos leyes de la naturaleza no son más que una especie de conclusión extraída por la razón sobre lo que se debe hacer o evitar.» Y, dicho con más claridad: «...no son más que conclusiones, o teoremas, relativos a lo que conduce a la conservación y a la defensa de uno mismo». Por otra parte, no puede haber principios verdaderos en sí mismos en una filosofía nominalista como la de Hobbes, según la cual «verdadero y falso son atributos del discurso, no de las cosas, y en la que, donde no hay discurso, no hay verdad ni falsedad». Ya que la ley natural indica, según Hobbes, lo que es bueno o malo con respecto a un fin determinado, el problema fundamental para la comprensión de la ley natural queda remitido al planteamiento y a la comprensión del problema de la finalidad. Aquí se hace más profunda la diferencia entre la concepción hobbesiana y la tradicional. El fin supremo del hombre es, desde el punto de vista utilitarista que se plantea Hobbes, la paz. Para los demás iusnaturalistas el fin supremo es el bien (moral). Por eso, mientras para los iusnaturalistas tradicionales la ley natural prescribe lo que es bueno y prohíbe lo que es malo (con independencia de la utilidad o del daño que puedan derivarse de ello), y por esta razón pueden hablar de algo que es bueno o malo en sí, para Hobbes la ley natural indica lo que es conveniente o no conveniente para el logro del fin de la paz, y esto a su vez representa la suprema utilidad. Por eso la ley natural fundamental prescribe buscar la paz. De esta ley fundamental, considerada como el primer principio de la razón práctica, derivan todas las demás leyes naturales, a las que Hobbes llama precisamente «derivadas» (...).⁷⁹

El derecho natural, en este contexto, no tiene contenido ni fuerza para obligar a nadie, y por eso, no tiene nada que ver con la concepción contemporánea de derecho fundamental o humano. El derecho natural por excelencia es la razón de búsqueda de la paz, a través de la renuncia de parte de la totalidad de posibilidades de la acción humana en nombre de la convivencia social⁸⁰, que sólo puede existir si hay un ente superior a todos, capaz de limitar la conducta de cada uno de acuerdo con las leyes civiles. En Hobbes, la ley natural sirve como el fundamento de la ley civil, y sólo para eso:

⁷⁹ BOBBIO, Norberto. *Thomas Hobbes, op. cit.*, p.166 ss.

⁸⁰ “En segundo término, los derechos civiles pueden ahora reposar sobre la protección del Estado. Su consistencia precisa, que es determinada por la Ley (consistencia que ha llegado a ser cierta y que los jueces no podrán ya poner más en duda en nombre de la “justicia”), está, de aquí en adelante, garantizada por la fuerza pública. Helo aquí en lo sucesivo sancionado (lo cual habrá de ser el criterio de lo jurídico en el sistema del pensamiento moderno). En lugar de ese derecho inútil que era el *jus in omnia* [derecho a todo] del estado de naturaleza, ahora he aquí para el propietario un valor seguro y consistente; en lugar de ser una idea ilusoria, se ha transformado en realidad. Para continuar expresándonos en el lenguaje de Hegel, la ventaja del Derecho civil está en que él es un derecho natural llegado a ser *wirklich*, efectivo, aunque sea al precio de algunos sacrificios.” VILLEY, Michel. *Estudios en torno a la noción de derecho subjetivo*. Valparaíso, Ediciones Universitarias de Valparaíso, 1976, p. 202.

“Estas dos afirmaciones nos sirven para comprender cómo a partir de una premisa iusnaturalista —a través de una modificación del concepto tradicional de ley natural— Hobbes pueda llegar a una conclusión positivista. Planteada la paz como fin (lo que Hobbes considera como la prescripción fundamental de la ley natural), la primera ley natural derivada es aquella según la cual “no se debe de conservar el derecho a todo, sino que hay ciertos derechos que se han de transferir o abandonar.” Pero a través de la renuncia al derecho sobre todo y de la transferencia de este derecho a otros, el hombre sale del estado de naturaleza y constituye el estado civil. Así, pues, la primera ley de la naturaleza es la que prescribe la constitución del Estado. (...) En otros términos: la ley natural afirma que para alcanzar el fin prescrito por la misma ley natural, el hombre debe dejarse gobernar por leyes positivas. Eso es una declaración de impotencia por parte de las leyes naturales: de hecho, las leyes naturales no obligan si no es en conciencia, es decir que no obligan en absoluto, según la concepción utilitarista de Hobbes; y es también, a la vez, una abdicación ante la fuerza de las leyes positivas. Dicho de forma más radical: la ley natural es aquel dictamen de nuestra razón que sugiere al hombre, si quiere conseguir la paz, que obedezca en todo y por todo sólo a las leyes positivas.”⁸¹

Para Hobbes, la ley natural fundamental es un mandato de cumplimiento de las leyes civiles, y por eso, no se constituye por los derechos inherentes a alguna persona o alguna cosa, o los conceptos de bien o malo, lo que puede ser coherente con los planteamientos de otros teóricos del iusnaturalismo, pero no con los planteamientos hobbesianos.

Los razonamientos expuestos fundamentan el derecho natural que permite la intervención del Estado para la búsqueda de la paz, a través de la neutralización del peligro que a esta paz representa el enemigo. En este caso, el Estado no está obligado a respetar los derechos civiles de los ciudadanos, que se constituyen en límites a su actuación, porque puede valerse del derecho natural de guerra en su reacción dirigida a un no ciudadano, para la mantención de la paz de la sociedad a la cual tiene el encargo de proteger.

Así pues, la ley natural por excelencia, que prescribe la creación del Estado, informa que no se debe de conservar el derecho a todo, sino que hay ciertos derechos que se han de transferir o abandonar en favor de este ente superior, lo que justifica la búsqueda de la mantención de la paz en la sociedad contra las amenazas externas, que pueden constituirse en la actuación de

⁸¹ BOBBIO, Norberto. *Thomas Hobbes, op. cit.*, p. 169 ss.

un Estado extranjero o de una persona, ambos calificados como enemigos por el Estado y la sociedad que contra ellos reaccionan.

Una cosa es criticar un las bases teóricas de un determinado instituto establecido, lo que deber ser hecho, o criticar sus funciones y consecuencias, lo que es productivo y válido para el desarrollo de un determinado ámbito del saber humano. Sin embargo, otra cosa diferente es intentar distorsionar las palabras o el sentido de una teoría de un autor con el fin de sacar su teoría del ámbito de una crítica profundizada y bien estructurada, lo que puede ser hecho en relación con el pensamiento de Hobbes, de acuerdo con el desarrollo de la teoría de los derechos fundamentales y de las teorías que basan el Estado Democrático del Derecho.

CAPÍTULO 2

Los orígenes filosóficos del Derecho penal del enemigo

“El compromiso teórico de la paz de excluir una guerra desde el principio y solo perseguir soluciones puramente políticas ciertamente no se sostiene cuando una amenaza real exige la legítima defensa.”

Odo Marquard.⁸²

⁸² “Die friedentheoretische Festlegung, einen Krieg von Anfang an auszuschließen und immer wieder rein politische Lösungen anzustreben, ist ja nicht durchzuhalten, sobald eine reale Bedrohung eine Notwehr erfordert.” - Odo Marquard. In: VON SCHMITTER, Elke; SCHREIBER, Mathias. “Wir brauchen viele Götter”, in: *Der Spiegel*, 09/2003, Hamburg, Seiten 152-154, S. 154.

CAPÍTULO 2 – Los orígenes filosóficos del Derecho penal del enemigo

En primer lugar, hay que subrayar que aunque los fundamentos de la teoría del Derecho penal del enemigo, en Jakobs, estén mucho más vinculados y fundamentados de forma directa en construcciones teóricas de origen política (contratualista) y sociológica (funcional), en las obras Kant, Fichte y Hegel es posible identificar señales de que un Derecho penal del enemigo conforme el modelo representado por Jakobs puede, de hecho, encontrar sus bases teóricas en dichos filósofos.

De hecho, el estudio de parte de lo que dichos investigadores han producido en relación con la teoría del derecho y de la política – y sus repercusiones en el pensamiento de Jakobs – deben ser analizados para que se pueda comprender también este matiz de los fundamentos teóricos que el movimiento de política criminal estudiado puede poseer.

Así pues, en primer lugar, es importante comprender el papel que la moral y los deberes cívicos tienen en la teoría de Kant para concebir la noción contemporánea que se tiene de Derecho penal del enemigo y su real significado en la teoría propuesta por Jakobs, de claro matiz hegeliano.

2.1 El Derecho y la pena en la filosofía moral de Immanuel Kant.

Immanuel Kant vivió, enseñó y murió en *Königsberg in Preußen*, que fue la capital de Prusia Oriental desde la Baja Edad Media hasta el año 1945, cuando fue invadida por los rusos, en el final de la Segunda Guerra Mundial, quienes tras la toma de la región siguen ejerciendo su poder sobre ella hasta los días actuales. Él vivió bajo influencias contradictorias, como el protestantismo luterano pesimista y el racionalismo que heredó de sus maestros de la universidad, además de los filósofos Hume y Rousseau, por ejemplo.

2.1.1 La humanidad como capacidad de obligarse moralmente: *homo phaenomenon* y *homo noumenon*.

Kant sostiene que el hombre tiene dos características esenciales, a saber: la sensibilidad (los sentidos), lo que le pone como parte de una especie de animal y luego, la razón, una calidad

de dimensión teórica a la cual no se puede acceder a través de los sentidos, y que sólo se puede alcanzar a través de su reconocimiento en las relaciones practico-morales, en las cuales la libertad se manifiesta por medio de la influencia de la razón sobre la voluntad.⁸³

Así pues, el hombre considerado como ser natural que tiene razón (*homo phaenomenon*), puede determinarse por la razón como causa para realizar acciones en el mundo sensorial. Porque la libertad interna es el medio por el cual el hombre establece los sucesos racionales en su mente, él puede sujetarse a obligaciones en relación a sí mismo, lo que es su dimensión moral. De esta manera, un el hombre en su dimensión racional es naturalmente un ser capaz de obligarse (*homo noumenon*)⁸⁴. “El homo noumenon es concebido como un ser que tiene la libertad interior, lo que corresponde exactamente a la determinación del ser que tiene razón”⁸⁵. Hay que subrayar que dicha diferencia entre *homo phaenomenon* y *homo noumenon* es, incluso, citada por Jakobs en relación con el Derecho penal del enemigo, que de acuerdo con él, está orientado al hombre en cuanto *homo phaenomenon*⁸⁶.

Kant considera el hombre como un ser sensible que posee razón, y por eso, por poseer razón y libertad interna, Kant lo considera como *homo noumenon*, es decir, un ser capaz de obligarse

⁸³ “[§ 3] Solução desta antinomia aparente [§ 3.1] Na consciência de um dever para consigo mesmo, o homem considera-se, enquanto sujeito desse dever, numa dupla qualidade: em primeiro lugar, como ser sensível, quer dizer, como homem (como pertencente a uma das espécies animais); mas, logo em seguida, também como ser racional (não simplesmente como ser dotado de razão, pois que a razão na sua dimensão teórica poderia ser também a qualidade de um ser corpóreo vivo), que não é acessível pelos sentidos e que só se pode reconhecer nas relações práctico-morais, nas quais a incompreensível propriedade da liberdade se manifesta por intermédio da influência da razão sobre a vontade interiormente legisladora.” SCHÖNECKER, Dieter. “Kant, sobre a possibilidade de deveres para consigo mesmo (Tugendlehre §§ 1 – 3)”, en: *Studia Kantiana*, n. 10, año 2010, ISSN 1518-403X , pp. 27-50, p. 41.

⁸⁴ “[§ 3.2] Ora, o homem, como ser natural dotado de razão (*homo phaenomenon*), pode ser determinado pela sua razão, como causa, a realizar ações no mundo sensível, sendo que aqui não se toma ainda em conta o conceito de uma obrigação. [§ 3.3a] Mas, pensado na perspectiva da sua personalidade, quer dizer, como um ser dotado de liberdade interna (*homo noumenon*), é considerado como um ser capaz de obrigação, e, em particular, de obrigação para consigo mesmo (a humanidade na sua pessoa): [§ 3.3b] de modo que o homem (considerado no duplo sentido) pode reconhecer um dever para consigo mesmo, sem com isso cair em contradição consigo mesmo (dado que o conceito de homem não é pensado em um só e no mesmo sentido).” SCHÖNECKER, Dieter. “Kant, sobre a possibilidade de deveres para consigo mesmo (Tugendlehre §§ 1 – 3)”, en: *Studia Kantiana*, n. 10, año 2010, ISSN 1518-403X , pp. 27-50, p. 41.

⁸⁵ “O homo noumenon é concebido como um, ser dotado de liberdade interior, o que corresponde exatamente à determinação do ser dotado de razão citado em [§ 3.1]. Ali também o “ser dotado de razão” é definido através da “liberdade” (418,12); estes seres livres têm “personalidade”. A liberdade não é concebida aqui como ‘possibilidade teórica’ (418,9) – Kant faz clara menção disto em [§3.1] –, senão como possibilidade prática; um ser dotado de razão como ser livre só demonstra esta sua liberdade em “termos práctico-morais”. Nada disto é novo.” SCHÖNECKER, Dieter. “Kant, sobre a possibilidade de deveres para consigo mesmo (Tugendlehre §§ 1 – 3)”, en: *Studia Kantiana*, n. 10, año 2010, ISSN 1518-403X , pp. 27-50, p. 43.

⁸⁶ POLAINO-ORTS. Miguel. *Derecho penal del enemigo*. Fundamentos, potencial de sentido y límites de vigencia. Barcelona Bosch, 2009, pp. 159-160.

y, en especial, de obligarse en relación con él mismo (lo que es la señal característica de la humanidad) en el sentido de activo y pasivo de la palabra (crear la obligación y dejarse conducir por dicha creación) lo que representa la experiencia del ser con la moral.⁸⁷ Así pues, un “ser capaz de obligación” es un ser que posee la capacidad de razonamiento y de crear y obedecer obligaciones, especialmente en su ámbito interno.⁸⁸

Crear la obligación y obligarse puede parecer una contradicción⁸⁹ que Kant, sin embargo, resuelve a través de una diferenciación funcional, al concebir el concepto de hombre con un doble matiz, conforme ya explicado, a saber: como *homo phaenomenon*, que es quien está obligado y *homo noumenon*, que representa quien obliga, quien crea la obligación⁹⁰. Eso no

⁸⁷ “O ‘mesmo’ do início de [§ 3.3a] refere-se claramente ao “homem” do início de [§ 3.2]; já na primeira frase [§ 3.1] se diz que o “homem” se considera como ser sensível e ser dotado de razão etc. A tese de Kant em [§ 3.3a] é, portanto, a de que o ser humano como *homo noumenon* “é considerado como um ser capaz de obrigação, e, em particular, de obrigação para consigo mesmo (a humanidade na sua pessoa)”. A expressão “obrigação” é, contudo, ambígua: uma obrigação pode ser algo que devo fazer (neste caso, um dever, ou como diz Kant no § 1: “coerção passiva” através da qual “sou obrigado/comprometido”); com “obrigação” pode-se querer dizer, porém, o ato através do qual alguém é obrigado, então (novamente § 1) “coerção ativa” através da qual “eu obrigo/comprometo”. Exatamente neste sentido Kant diferencia no parágrafo 16 da Tugendlehre entre a “[obrigação] ativa ou passiva” (442, 18).” SCHÖNECKER, Dieter. “Kant, sobre a possibilidade de deveres para consigo mesmo (Tugendlehre §§ 1 – 3)”, en: *Studia Kantiana*, n. 10, año 2010, ISSN 1518-403X, pp. 27-50, p. 44.

⁸⁸ “Um “ser capaz de obrigação” seria portanto um ser capaz de obrigação “ativa” e “passiva”; um “ser capaz de obrigação” seria portanto um sujeito livre e dotado de razão que pode obrigar e pode ser obrigado. De fato, em [§ 3.3a] não se diz simplesmente que o ser humano é “um ser capaz de obrigação”, senão que ele é “um ser capaz de obrigação, e, em particular, de obrigação para consigo mesmo”. Mas isto também pode ter duas leituras: o ser humano seria, segundo esta afirmação, um ser que pode ser obrigado “para consigo mesmo” (coerção passiva); ele seria, ainda segundo a afirmação, um ser que pode “obrigar a si mesmo” (coerção ativa).” SCHÖNECKER, Dieter. “Kant, sobre a possibilidade de deveres para consigo mesmo (Tugendlehre §§ 1 – 3)”, en: *Studia Kantiana*, n. 10, año 2010, ISSN 1518-403X, pp. 27-50, p. 44.

⁸⁹ “No entanto, resulta desta significação ambígua de “obrigação para consigo mesmo” um grande problema. Pois se Kant concebe o homem como um *homo noumenon*, de maneira que este e somente este é um ser capaz de obrigação ativa e passiva, então o pressuposto geral citado acima (de que o eu que obriga e o eu que é obrigado são tomados “no mesmo e único sentido”) ainda não estaria superado. Pois então o eu que obriga e o eu que é obrigado seriam tomados “no mesmo e único sentido”, a saber no sentido do ‘*homo noumenon*’; e não se deve pensar “o conceito de homem no mesmo e único sentido”. Ou, dito de outra forma: se a contradição do § 1 um emerge do fato de se tomar o eu que obriga e o eu que é obrigado “no mesmo e único sentido”, então esta contradição não pode ser superada ao se fazer do *homo noumenon* aquele ser que é o eu que obriga e o eu que é obrigado.” SCHÖNECKER, Dieter. “Kant, sobre a possibilidade de deveres para consigo mesmo (Tugendlehre §§ 1 – 3)”, en: *Studia Kantiana*, n. 10, año 2010, ISSN 1518-403X, pp. 27-50, p. 44.

⁹⁰ “A solução para este problema está à mão; no entanto, ela parece gerar, à primeira vista, um problema de não menores proporções. A solução consiste em que Kant, bem no sentido do seu objetivo de evitar aquela pressuposição geral, pensa o “conceito do homem” “não no mesmo e único sentido”, contanto que o concebe (o próprio homem) por um lado “como” (418, 14) *homo phaenomenon*, e, por outro, “como” (418, 18) *homo noumenon*, entendendo, neste caso, o *homo noumenon* como aquele ser que obriga, e o *homo phaenomenon* como o ser que é obrigado. Evidentemente isto não quer significar uma duplicação ôntica (numérica).” SCHÖNECKER, Dieter. “Kant, sobre a possibilidade de deveres para consigo mesmo (Tugendlehre §§ 1 – 3)”, en: *Studia Kantiana*, n. 10, año 2010, ISSN 1518-403X, pp. 27-50, pp. 44-45.

representa una multiplicación del hombre, al revés, representa identificar en un mismo ser dos características diferentes⁹¹. Kant parece subrayar dicha diferencia⁹² de la siguiente forma:

“De eso se puede concluir que la constatación de Kant, sobre el concepto de obligación (*Verbindlichkeit*) “aún no es tomado en consideración” en relación con el *homo phaenomenon*, manifiesta sólo que el momento de la coerción activa (yo obligo, yo prometo) aquí “no es tomado en consideración”, porque él “es” tomado en consideración primero como el *homo noumenon*; de eso se puede también suponer (no concluir) que lo que “se toma en consideración” en relación con el *homo phaenomenon* es el momento de la obligación pasiva (activa), (estoy obligado, estoy comprometido). Porque el presupuesto general falso del § 1 es tomar el “yo que obliga como el yo obligado en un mismo sentido”, y específicamente esta suposición debe ser falseada, debe – de acuerdo con esta lectura – ser el objetivo de Kant comprender el yo que obliga en un sentido y el yo que está obligado en otro sentido. E eso sólo puede significar que el yo que obliga es considerado el hombre como *homo noumenon* y el yo que es obligado como *homo phaenomenon*.”⁹³

Así pues, Kant sostiene que el ser humano, en la cualidad de un ser natural que posee razón, (*homo phaenomenon*), puede ser determinado por su razón a realizar acciones en el mundo

⁹¹ “Trata-se do mesmo e único ser humano, que porém, em uma perspectiva, é “considerado” (418, 15) como *homo phaenomenon* e, em outra perspectiva, como *homo noumenon*: “tanto o sujeito que obriga como o que é obrigado é sempre e somente o homem” (419, 1), como Kant escreve no § 4. Ali também Kant enfatiza isto expressamente, tematizando novamente o “ser duplo” e com vistas à consciência: é “o mesmo homem (numero idem)” (439, 27).” SCHÖNECKER, Dieter. “Kant, sobre a possibilidade de deveres para consigo mesmo (Tugendlehre §§ 1 – 3)”, en: *Studia Kantiana*, n. 10, año 2010, ISSN 1518-403X, pp. 27-50, p. 45.

⁹² “Ora, Kant escreve, porém, se lermos com mais atenção, que o conceito da obrigação (*Verbindlichkeit*) “ainda não é tomado em consideração” em relação ao *homo phaenomenon*. Se ele “ainda não é tomado em consideração” nesta frase que se refere ao *homo phaenomenon*, então deve obviamente “ser tomado em consideração” no caso do *homo noumenon*, e de fato a próxima frase o demonstra: “o mesmo (homem) pensado, porém, como *homo noumenon*, é um ser capaz de obrigação”. Isto corresponderia porém a dizer que neste contexto, “obrigação (*Verpflichtung*)” e “obrigação (*Verbindlichkeit*)” são conceitos intercambiáveis. Além disso, partindo-se do princípio de que com o termo “obrigação” nesta passagem ([§ 3.3a], 418, 19) somente se quer dizer o momento ativo, então o conceito de “obrigação (*Verbindlichkeit*)” citado na frase anterior ([§ 3.2] (418, 16), uma vez que serve como conceito sinônimo de “obrigação (*Verpflichtung*)”, significaria apenas este momento ativo.” SCHÖNECKER, Dieter. “Kant, sobre a possibilidade de deveres para consigo mesmo (Tugendlehre §§ 1 – 3)”, en: *Studia Kantiana*, n. 10, año 2010, ISSN 1518-403X, pp. 27-50, pp. 45-46.

⁹³ “Disso resultaria, por sua vez, que a constatação de Kant de que o conceito da obrigação (*Verbindlichkeit*) “ainda não é tomado em consideração” em relação ao *homo phaenomenon*, nos diz somente que o momento da coerción activa (eu obligo, eu comprometo) aqui “ainda não é tomado em consideração”, porque ele “é” tomado em consideração primeiro com o *homo noumenon*; e daí se poderia também supor (se bem que não deprender) que o que “se toma em consideração” em relação ao *homo phaenomenon* é o momento da obrigação passiva (ativa), (sou obrigado, sou comprometido). Uma vez que o pressuposto geral falso do § 1 consiste em tomar o “eu que obriga com o eu que é obrigado no mesmo sentido”, e exatamente esta suposición deve ser falsificada, deve – de acordo com esta leitura – ser o objetivo de Kant entender o eu que obriga em um sentido e o eu que é obrigado em um outro sentido. E isto só pode significar ainda que o eu que obriga é considerado o homem como *homo noumenon* e o eu que é obrigado justamente este homem como *homo phaenomenon*.” SCHÖNECKER, Dieter. “Kant, sobre a possibilidade de deveres para consigo mesmo (Tugendlehre §§ 1 – 3)”, en: *Studia Kantiana*, n. 10, año 2010, ISSN 1518-403X, pp. 27-50, p. 46.

sensible (la razón como la causa de la acción). De igual manera, quien está obligado puede ser obligado y quien puede ser obligado también puede ser determinado a algo, como ser determinado por ciertos comportamientos que se manifiestan en el mundo sensible⁹⁴.

La idea central de Kant es que el hombre es un ser que determina a sí mismo y a sus acciones en el mundo sensible, es el ser que está obligado en virtud de la capacidad de razonar que tiene, es decir, el hombre es un ser que no sólo produce razonamientos sino que manifiesta dichos razonamientos y las obligaciones internas que provienen de la relación de dichos razonamientos con su libertad (moral) en el mundo sensible.⁹⁵ Kant sostiene que el sujeto de la legislación moral proviene del concepto de libertad, a través del cual el sujeto está sometido a una ley y está obligado por ella. El sujeto que impone esta obligación sí mismo es identificado como *homo noumenon*, que es quien obliga, se compromete, y el *homo noumenon es quien está obligado*, quien manifiesta sus acciones que tienen lugar en el mundo sensible-fenomenológico.⁹⁶

2.1.2 La libertad como fundamento del Derecho.

En este apartado se analizará el fundamento moral del Derecho y parte de su deontología, en los trabajos de Immanuel Kant, con especial atención a las nociones de lo justo y lo jurídico.

⁹⁴ “Esclareçamos este segundo ponto ainda melhor, dando a ele ainda outra virada. “O ser humano”, assim escreve Kant em [§ 3.2], “como ser natural dotado de razão (*homo phaenomenon*), pode ser determinado pela sua razão, como causa, a realizar ações no mundo sensível”. O termo decisivo é “pode ser determinado”. Quem está obrigado pode ser obrigado e quem pode ser obrigado pode ser determinado a algo, a saber a ações (ou omissão), das quais é válido, segundo Kant, que elas se manifestam ou podem se manifestar no “mundo sensível” (esta é uma das teses básicas da chamada solução da terceira antinomia na *Crítica da Razão Pura*).” SCHÖNECKER, Dieter. “Kant, sobre a possibilidade de deveres para consigo mesmo (Tugendlehre §§ 1 – 3)”, en: *Studia Kantiana*, n. 10, año 2010, ISSN 1518-403X , pp. 27-50, pp. 46-47.

⁹⁵ “A tese de Kant é, portanto: o homem como um ser que se mostra e mostra as suas ações no mundo sensível (mundo das manifestações), é, neste sentido, o eu que é obrigado, quando essas ações, às quais o eu que é obrigado é obrigado “pela sua razão”, não somente são ou se tornam inteligíveis, senão que também se manifestam no mundo sensível. Quando Kant escreve “aqui o conceito do comprometimento ainda não é tomado em consideração”, refere-se este “aqui” (418, 16) à capacidade do eu que é obrigado de ser determinado a ações “no mundo sensível”. (...) Creio também que isto é totalmente correto; naquela segunda e já citada passagem sobre o “duplo ser” (Tugendlehre, n. 439) diz-se correspondentemente que “como sujeito da legislação moral que procede do conceito da liberdade, na qual o ser humano está sujeito a uma lei [ou seja, é obrigado] que ele impõe a si mesmo [o eu que obriga]” (439, 28, grifo meu), o homem é *homo noumenon* (ou seja, em ambos).” SCHÖNECKER, Dieter. “Kant, sobre a possibilidade de deveres para consigo mesmo (Tugendlehre §§ 1 – 3)”, en: *Studia Kantiana*, n. 10, año 2010, ISSN 1518-403X , pp. 27-50, p. 47.

⁹⁶ “Donde se depreende que não é de forma alguma a tese de Kant ser o homem, na medida em que se manifesta (ou seja, como ser sensível), o eu que é obrigado. Muito mais quer dizer a sua tese que o eu noumenal que é obrigado (que também é o eu que obriga), é considerado tanto como eu que é obrigado quanto como ser sensível, quando as ações deste eu que é obrigado se manifestam no mundo sensível.” SCHÖNECKER, Dieter. “Kant, sobre a possibilidade de deveres para consigo mesmo (Tugendlehre §§ 1 – 3)”, en: *Studia Kantiana*, n. 10, año 2010, ISSN 1518-403X , pp. 27-50, p. 47.

Kant tiene muy clara la diferencia entre moral y Derecho, desde un punto de vista esencialmente formal, diferencia que permite observar las razones que llevaron al cumplimiento de las normas de naturaleza jurídica o moral. Así pues, la norma jurídica es un ente externo, que debe orientar la conducta humana y ser cumplida simplemente en razón de su obligatoriedad, sin tener en cuenta lo que se puede o pensar sobre ella, es decir, independiente de posibles juicios de valor sobre su conveniencia, oportunidad y justicia. La norma moral, a su vez, es un ente interno al sujeto y por eso, sólo existe moral si quien obedece a una norma de este tipo lo hace por convicción, en razón de la creencia de que lo que hace está bien. El cumplimiento de una norma moral no se realiza con la intención de obtención de una ventaja o por miedo de un castigo⁹⁷.

Para Kant, un Derecho legítimo debe basarse en las normas morales de una sociedad y, en especial, en la libertad, porque sólo se puede tener libertad si existe un conjunto de normas morales a las cuales se elige obedecer o no obedecer, es decir, el compromiso con la libertad individual en un marco inicialmente moral es una de las cosas que legitima un ordenamiento jurídico.

Kant, al revés de lo que intentaban los iusnaturalistas, explicaba el Derecho natural no como un precepto indiscutible de la naturaleza, que existía de forma subyacente en la cabeza de todos los ciudadanos y los jueces, sino a través de la razón, como fundamento de la existencia de la libertad⁹⁸. La libertad es el derecho natural básico, y todos los otros, como la igualdad y la propiedad, tienen su origen en la libertad, y por eso, sólo el respeto a la libertad puede legitimar la actividad del legislador.

Así pues, para Kant, lo jurídico y lo justo son conceptos diferentes, y comprender su diferencia tiene importancia en la hora de analizar si un Derecho penal del enemigo es *unrecht*

⁹⁷ SERRETTI, André Pedrolli. "O fundamento moral da Teoria do Direito em Kant". In: *Âmbito Jurídico*, Rio Grande, XIII, n. 74, mar 2010. Disponible en: <http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=7434>. Acceso en febrero de 2017.

⁹⁸ "O homo noumenon é concebido como um, ser dotado de liberdade interior, o que corresponde exatamente à determinação do ser dotado de razão citado em [§ 3.1]. Ali também o "ser dotado de razão" é definido através da "liberdade" (418,12); estes seres livres têm "personalidade". A liberdade não é concebida aqui como 'possibilidade teórica' (418,9) – Kant faz clara menção disto em [§3.1] –, senão como possibilidade prática; um ser dotado de razão como ser livre só demonstra esta sua liberdade em "termos prático-morais". Nada disto é novo." SCHÖNECKER, Dieter. "Kant, sobre a possibilidade de deveres para consigo mesmo (Tugendlehre §§ 1 – 3)", en: *Studia Kantiana*, n. 10, año 2010, ISSN 1518-403X, pp. 27-50, p. 43.

(injustos), es decir, si él puede mantenerse legítimo después de analizado bajo los presupuestos de la fórmula del neokantiano Radbruch, lo que se analizará en un apartado propio. Para Kant, lo jurídico está en conformidad con el Derecho positivo, pero lo justo está en conformidad con una idea de Derecho basado en la libertad, y por eso, un análisis empírico de lo que está en conformidad con el Derecho positivo no puede definir lo que es justo, lo que sólo se puede hacer a través de una ponderación con el principio de libertad, orientada a la maximización de ámbitos de libertades.

Kant identifica el Derecho como una relación de arbitrios (deseo y capacidad de acción) que gestiona sólo formal o externamente la conducta y, por eso, no tiene acción sobre el pensamiento, razón por la cual las relaciones sociales son orientadas por el Derecho, mientras que los procesos internos de introspección son regulados por la moral, o *“el derecho es el conjunto de condiciones por las cuales el arbitrio de uno puede estar de acuerdo con el arbitrio del otro, según una ley universal de la libertad.”*⁹⁹

Para Kant, el Derecho es la forma de coexistencia simultánea de los arbitrios individuales, es el límite de la libertad de cada uno, de manera que todas las libertades puedan coexistir de forma harmónica y bajo una ley universal. El Derecho es lo que permite dicha coexistencia porque sólo donde hay límites a la libertad dicha libertad no se transforma en una no-libertad para los demás (o en abuso de la libertad de modo a reducir los ámbitos de libertad de los otros) y cada uno puede disfrutar del contenido que el Derecho a la libertad les garantiza a todos, en condiciones de igualdad,. Así pues, para Kant: *“El Derecho busca realizar la libertad en su plenitud, en la medida en la cual hace posible su ejercicio externo, limitando el arbitrio de los individuos de forma igual, en el sentido de hacer posible el ejercicio pleno, en sociedad, de más grande de todos los bienes del hombre: la libertad.”*¹⁰⁰

En Kant se puede encontrar la idea de que la coacción realiza el Derecho a la libertad, en la medida en la cual el Derecho ejerce la función de limitar los abusos de la libertad, limitar la propia libertad para que el ejercicio ilegítimo de dicho derecho no dañe a la libertad de los demás. Así pues, eso es lo que permite el pleno disfrute de la libertad por todos, en la medida

⁹⁹KANT, Immanuel. *A Metafísica dos Costumes*. Trad. Edson Bini. São Paulo: Edipro, 2003, p. 407.

¹⁰⁰SERRETTI, André Pedrolli. “O fundamento moral da Teoria do Direito em Kant”. In: *Âmbito Jurídico*, Rio Grande, XIII, n. 74, mar 2010. Disponible en: <http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=7434>. Acceso en febrero de 2017.

de lo que es posible en una sociedad. Kant observa que “*estrictamente, el Derecho tiene como fundamento, sin ninguna duda, en la consciencia de la obligación de cada uno adecuarse a la ley, (...) dicho Derecho se basa solamente en el principio de la posibilidad de coacción externa que pueda coexistir con la libertad de cada uno, según las leyes generales.*”¹⁰¹ El profesor italiano Norberto Bobbio explica eso de forma muy directa, de la siguiente manera:

“Es verdad que el Derecho es libertad; pero la libertad limitada por la presencia de la libertad de los otros. Porque la libertad es limitada e yo soy un ser libre, puede que pasar que alguien se pase de los límites que me han puesto. Pero, después de me pasar de dichos límites, invadiendo con mi libertad los ámbitos de libertad de los demás, paso a ser una forma de no libertad para el otro. Sólo porque el otro es libre en la misma medida en la cual yo soy libre, hay el derecho de rechazar mi acto de no-libertad. Porque la coacción es la única forma de rechazar dicho acto, la coacción es un acto de no-libertad realizado para rechazar otro acto de no libertad del otro y, por eso – las negaciones se afirman – la coacción es un acto restaurador de la libertad.”¹⁰²

La coacción, en las ideas de Kant, funciona como un remedio contra la no-libertad, para garantizar la libertad, y aunque parezca un acto de no-libertad, si realizado sólo en los supuestos de abuso de la libertad, ella tiene el poder de garantizar el derecho a la libertad, y por eso, Kant ha dicho que “*Derecho y la posibilidad de obligar significan, por eso, una sólo cosa.*”¹⁰³

Kant sostiene que la idea de justicia está estrechamente vinculada al comportamiento que permite la convivencia con la libertad de los otros, es decir, comportarse conforme la necesidad de respeto a la libertad de los demás es comportarse de forma justa e injusto es todo lo que impide uno de disfrutar de su libertad. Eso permite llegar a la conclusión de que todo lo que impide la libertad es injusto y todo lo que aleja las barreras al disfrute de la libertad es justo. Por eso, la coacción que alguien ejerce contra una acción justa es una barrera a la libertad en la misma medida en la cual la coacción a una acción injusta es el restablecimiento de la libertad. La barrera a la barrera a la libertad es el restablecimiento de la libertad, y por eso, la coacción realizada con este fin es justa.

¹⁰¹ KANT, Immanuel. *A Metafísica dos Costumes*. Trad. Edson Bini. São Paulo: Edipro, 2003, p. 407.

¹⁰² BOBBIO, Norberto. *Direito e Estado no Pensamento de Emanuel Kant*. Trad. Alfredo Fait. 4ª ed. Brasília: UNB, 1997, p. 125.

¹⁰³ KANT, Immanuel. *A Metafísica dos Costumes*. Trad. Edson Bini. São Paulo: Edipro, 2003, p. 409.

En razón de todo lo expuesto hasta el momento, se puede afirmar de forma segura que la coacción realizada en la forma de lo explicado en este apartado es algo ético. De la misma forma que el contrato social legitima la coacción, la libertad (como derecho humano fundamental) legitima el contrato social. En razón de la coacción ser justa porque sirve como instrumento de garantía de la libertad, ella informa que el principio de libertad es el fundamento de validez del Derecho.

Así pues, para Kant, la posibilidad de que el Derecho realice la coacción no es una mera posibilidad, es también su finalidad primordial y, por eso, es su propia esencia, y la justicia se presenta como la distribución de los límites de coacción de forma igual, lo que asegura que todos tengan el derecho a la libertad en igual medida, desde un punto de vista formal. La forma de garantizar la justicia es la coacción en justa e igual medida a todos (en la medida de la gravedad de sus actos) y, por eso, la justicia es la igualdad de la aplicación de la coacción en la razón del comportamiento individual que abusa de la libertad.

De esta manera, queda claro que la idea de justicia, basada en la libertad, no es dejar que la acción de una persona pueda invadir de forma no justificada los ámbitos de libertad de los demás, es decir *“una acción es justa cuando, a través de ella e de acuerdo con lo que representa, la libertad del arbitrio de uno puede continuar a existir con la libertad de cualquier otro según una ley universal”*¹⁰⁴. De esta forma, el Derecho cumple su misión ética, así identificada: *“preservado el ámbito de libertad del otro, se cumple lo ético del Derecho, aunque no se pueda cumplir lo moral (obligar uno a hacerse el correcto en el interior del individuo). Lo ético del Derecho está justamente en eso: preservar los ámbitos de libertad del otro, realizando todo lo ético en este ámbito”*¹⁰⁵.

2.1.3 La idea de un Derecho penal del enemigo en las consideraciones de Kant

La capacidad de crearse una obligación moral se atribuye al ser humano como *homo noumenon* (que posee razón y puede generar obligaciones desde la interacción de la razón con su libertad de acción), lo que tiene repercusiones en el ámbito de acción sensorial, motivo por

¹⁰⁴KANT, Immanuel. *A Metafísica dos Costumes*. Trad. Edson Bini. São Paulo: Edipro, 2003, p. 407.

¹⁰⁵ SALGADO, Joaquim Carlos. *A idéia de justiça em Kant: seu fundamento na liberdade e na igualdade*. 2ed. Belo Horizonte: UFMG, 1995, p. 280.

el cual la obligación está orientada a la determinación de la acción del hombre en cuanto ser que existe en el mundo de los sentidos, es decir, *homo phaenomenon*.

Así pues, porque el principio de libertad interna es inherente al hombre, la moral proviene de la modulación de la acción humana a través de la razón, proceso este que es lo que crea de la capacidad de uno obligarse a sí mismo. Desde un punto de vista social, la maximización de los ámbitos de libertad representa la propia maximización de la humanidad, lo que está estrechamente vinculado a la idea de obligación de respeto a los ámbitos de libertad de los demás.

En este sentido, la coacción, funciona como un remedio contra actos de no-libertad (o abuso de la propia libertad que molesta de forma indebida a los demás), para garantizar la propia libertad. Aunque la coerción, *prima facie*, parezca un acto de no-libertad, si es realizada sólo para contener los supuestos de abuso de la libertad, ella en realidad promueve el derecho a la libertad, lo que ha llevado Kant a sostener que “*Derecho y la posibilidad de obligar significan, por eso, una sólo cosa.*”¹⁰⁶

Jakobs considera los pensamientos de Kant y Hobbes como concepciones cercanas a su opinión. En relación con Kant, fundamentalmente debemos observar lo que él ha escrito en su obra llamada «La Paz perpetua», lo que representa una concepción muy cercana de lo que hoy se suele llamar de Derecho penal del enemigo, a saber:

“Se acepta comúnmente que uno puede hostilizar a otro sólo si éste me ha lesionado ya de hecho y se considera asimismo correcto cuando ambos viven en estado civil-legal. Pues por el hecho de haber ingresado en este estado uno le proporciona al otro la seguridad necesaria (a través de la autoridad que posee poder sobre ambos). — Pero un hombre (o un pueblo) en estado de naturaleza me priva de esta seguridad y me está lesionando ya, al estar junto a mí en ese estado, no de hecho (*facto*) ciertamente, pero sí por la carencia de leyes de su estado (*statu iniusto*), que es una constante amenaza para mí. Yo puedo obligarle a entrar en un estado social-legal o a apartarse de mi lado. —Por consiguiente, el postulado que subyace a los artículos siguientes es: todos los hombres que ejercen entre sí influencias recíprocas deben pertenecer a una constitución civil. Este individuo que se encuentra en estado de naturaleza es el enemigo: Si un vecino no da seguridad a otro (lo que sólo puede suceder en un

¹⁰⁶ KANT, Immanuel. *A Metafísica dos Costumes*. Trad. Edson Bini. São Paulo: Edipro, 2003, p. 409.

estado legal), cada uno puede considerar como enemigo a quien le haya exigido esa seguridad.”¹⁰⁷

Así pues, parece que Kant empieza su razonamiento sobre el tema con una referencia a una forma rudimental del principio de lesividad, cuando deja claro que sólo se puede hostilizar (*hostis* la palabra latina para un tipo de enemigo, así identificado por razones de Derecho público, conforme se explicará en el apartado propio) al otro que le ha ya lesionado a un interés legítimo, en un marco de legalidad que parece ser del mismo tipo que el contrato social, es decir, fuera del estado de naturaleza.

Para Kant, la entrada en el marco del contrato social, con la aceptación de sus términos (los presupuestos más básicos de civilidad) representa una garantía *a priori* a los demás miembros de la sociedad. Al revés, para el autor, una persona o un pueblo en estado de naturaleza priva a los demás de esta seguridad necesaria a un mínimo estándar de calidad para una vida en sociedad digna y libre. Así pues, el hecho de que la persona en estado de naturaleza esté junto de quien está ingresado en el estado de civilidad que representa una lesión actual a dicha seguridad.

Eso pasa porque la carencia de leyes a las cuales uno debe someterse o la rehúsa vehemente en someterse a las leyes creadas representa una amenaza constante y real a todos que están a su alrededor. Por eso, los seres humanos que ejercen sobre el otro alguna influencia deben estar bajo a este marco contractual de legalidad, deben pertenecer realmente a una constitución civil.

Sin embargo, si un individuo permanece en estado de naturaleza, este individuo es necesariamente un enemigo de los demás, y por eso, si él no da seguridad a los otros – sus vecinos en la sociedad –, lo que sólo puede pasar en un estado de legalidad (es decir, bajo el contrato social, fuera del estado de naturaleza), todos pueden considerar como enemigo a este que se ha alejado de la seguridad necesaria a la mínima dignidad y libertad en la vida en sociedad.

Lo central de las observaciones de Kant está aquí: si alguien amenaza a mí por su estado de carencia de leyes, si alguien, por eso, es una constante amenaza para mí, yo puedo (tengo el

¹⁰⁷ KANT, Immanuel. *La paz perpetua*, Trad: ABELLÁN, Joaquín, Madrid: Tecnos, 1985, p.14.

derecho de) obligarle a entrar en un estado de legalidad – a aceptar las condiciones de la – o a apartarse de mi lado.

Así pues, para Kant, la posibilidad o el derecho de defenderse de la ausencia de seguridad mínima que uno debe ofrecer a los demás miembros de la sociedad me permite, además de identificarle como el enemigo, una de las dos cosas, a saber: obligarle a entrar en el estado de civilidad-legalidad o rechazarle como una fuente externa de peligro. Jakobs observa que

En la construcción de KANT, toda persona se encuentra autorizada para obligar a cualquier otra persona a entrar en una constitución ciudadana Inmediatamente se plantea la siguiente cuestión: ¿qué dice KANT a aquellos que no se dejan obligar? En su escrito «Sobre la paz eterna» dedica una larga nota a pie de página al problema de cuándo se puede legítimamente proceder de modo hostil contra un ser humano, exponiendo lo siguiente: *«Sin embargo, aquel ser humano o pueblo que se halla en un mero estado de naturaleza me priva ... [de la] seguridad [necesaria], y me lesiona ya por ese estado en el que está a mi lado, si bien no de manera activa (facto), sí por la ausencia de legalidad de su estado (statu iniusto), que me amenaza constantemente, y le puedo obligar a que o entre conmigo en un estado comunitario-legal o abandone mi vecindad»* En consecuencia, quien no participa en la vida en un «estado comunitario-legal» debe irse, lo que significa que es expelido (o impelido a la custodia de seguridad); en todo caso, no hay que tratarlo como persona, sino que se le puede «tratar», como anota expresamente KANT, «como un enemigo». Como acaba de citarse, en la posición de KANT no se trata como persona a quien «me amenaza constantemente», quien no se deja obligar a entrar en un estado ciudadano.¹⁰⁸

Aquí se identifica claramente el carácter kantiano de las consideraciones de Jakobs. Jakobs – de la misma forma y basado en Kant – reconoce el derecho, en primer lugar natural, de rechazar una amenaza a los presupuestos básicos de una vida mínimamente ordenada por la seguridad (es decir, en último análisis, el derecho a la propia conservación de la vida en un ambiente no favorable), y el derecho que proviene del contrato social, de protección al estado de civilidad que dicho contrato (y la sociedad civil organizada) pretenden concretar, de protección de los presupuestos básicos de una vida mínimamente libre y digna.

¹⁰⁸ JAKOBS, Günther; CANCIO MELIÁ, Manuel. *Derecho penal del enemigo*. Madrid, Civitas Ediciones, 2003, pp. 30-32.

La idea de obligar a alguien a entrar en el estado de civilidad, aunque orientada en primer lugar al *homo phaenomenon* (quien debe ser sujetado para no destrozarse los límites de la civilidad con la barbaridad, en un contexto de orden social y respeto a los derechos de los demás) presupone, al mismo tiempo, la existencia de un *homo noumenon*, un ser que posee razón y puede obligarse moralmente a mantener el respeto básico a los demás miembros de la sociedad.

De otro lado, el reconocimiento de la necesidad de rechazarse alguien a quien no se puede obligar a entrar en un estado de civilidad-legalidad, el enemigo *hard core*, que rehúsa de forma vehemente la sumisión a la necesidad de respeto a los derechos fundamentales de los otros, más básicos y centrales a una posibilidad de vida mínimamente libre y digna de los demás miembros de la sociedad, va dirigida solamente al *homo phaenomenon*, a quien no tiene la capacidad de comprender obligarse por cualquier tipo de valores de respeto mutuo, quien ha perdido el mínimo de razón necesaria para comprender y limitar su libertad de acción, quien elige no reconocer un mínimo de obligación moral de reconocimiento de la dignidad y libertad del semejante.

Está claro que para un filósofo, como Kant, que reconoce el papel central de la libertad en la génesis de la razón y de la propia humanidad, que pone la necesidad de maximización de los ámbitos de libertad como fines primeros del Derecho y misión de la sociedad civil organizada, es necesario protegerse la sociedad contra sus enemigos, quienes rehúsan sus valores más básicos, lo que es una realidad a la cual no se puede dar la espalda, sin querer sufrir las consecuencias insostenibles de destrucción de los valores más dignos a la cultura occidental, como la libertad y el respeto a los derechos fundamentales de los demás. Permitir o tolerar la acción destructiva de un enemigo como en este caso es abrir la puerta para la destrucción completa del sistema de valores que nuestra sociedad ha tardado milenios para construir, valores estos que las generaciones futuras tienen el derecho natural de heredar.

2.2 Las consecuencias del delito y las funciones de la pena en Fichte.

Johann Gottlieb Fichte fue un filósofo alemán, seguidor de la doctrina de Kant, que en principio, luego llegó a separarse radicalmente del kantismo para construir un sistema idealista original, llamado de idealismo subjetivo, que tiene como punto de partida toda

realidad el Yo Absoluto, del que se deriva todo lo demás, es decir, un sistema que utiliza el método de la introspección, por excelencia.

En primer lugar, hay que aclarar que Fichte, de la misma forma como lo hace Rousseau, identifica que todo delincuente es, en realidad, un infractor del contrato social y, por eso, dicho contrato debe ser anulado y de esta anulación nace la posibilidad de castigarle. El autor reconoce también el derecho del delincuente volver al estado de ciudadanía luego después de la ejecución de la pena, lo que coincide con la idea de Jakobs, de dejar la puerta abierta al enemigo que desee volver a dicho estado, pero en Fichte dicha puerta es necesaria a todos los delincuentes, no sólo los enemigos, conforme se aclara en este apartado.

Fichte así escribió sobre el tema: “*Aquél que viola en una parte el contrato social, sea voluntariamente o por negligencia, cuando en el contrato se contaba con su prudencia, pierde así con todo rigor todos sus derechos como ciudadano y como hombre, y es completamente privado de derechos.*”¹⁰⁹ De esta manera, el Estado, quien está obligado a proteger los ciudadanos, sólo lo hace después de cumplidas las obligaciones por parte de estos que provienen del contrato social¹¹⁰.

La condición para la posesión de derechos por uno es que él tome parte en una comunidad de seres racionales que los reconozca y que sea capaz de ser determinado por el ejercicio racional de la libertad que posee en la condición de ciudadano, idea muy cercana a lo que Kant sostiene, en relación con el tema, conforme explicado en el apartado precedente¹¹¹. Así pues, quien viola la ley voluntariamente hace desaparecer la condición de la capacidad jurídica, que representa la integración en la sociedad de seres racionales. A través de la violación a la ley el

¹⁰⁹ FICHTE. Johann Gottlieb. *Fundamento del derecho natural según los principios de la doctrina de la ciencia*, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1994, pp. 315-316.

¹¹⁰ “Reside en el contrato social en parte un contrato de los particulares con todos los particulares sobre la propiedad, que el Estado como tal (como particulares reunidos en un todo organizado) no suscribe, sino que sólo garantiza. Por otra parte, reside en él un contrato de los particulares con el Estado mismo en la significación indicada: el contrato en el que el Estado promete al ciudadano, después del cumplimiento de sus deberes cívicos, proteger su propiedad absoluta, su cuerpo y su vida, y esto en general y en todos los casos.” FICHTE. Johann Gottlieb. *Fundamento del derecho natural según los principios de la doctrina de la ciencia*, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1994, pp. 323-324.

¹¹¹ “Como consecuencia del concepto de derecho en general, cualquiera tiene derechos exclusivamente bajo la condición de que se integre en una comunidad de seres racionales, es decir, a condición de que haya hecho de la regla del derecho la ley inviolable de todas sus acciones y que sea capaz de ser también efectivamente determinado por la representación de esta ley en todas las manifestaciones de la libertad que están bajo la misma.” FICHTE. Johann Gottlieb. *Fundamento del derecho natural según los principios de la doctrina de la ciencia*, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1994, p. 316.

delincuente presenta un comportamiento que no está de acuerdo con el propio ejercicio racional de la libertad en comunidad, lo que, según Fichte, le quita la capacidad jurídica¹¹² (o la propia ciudadanía e virtud de la anulación del contrato social). Fichte presenta una razón muy interesante para ver la violación a la norma como una causa de anulación del contrato social, a saber:

“Esta relación no es transformada por el contrato de ciudadanía como tal. Todos los derechos positivos que posee el ciudadano sólo los posee a condición de que los derechos de todos los otros ciudadanos estén seguros ante él. Si no es el caso, ya sea a causa de su voluntad resueltamente contraria al derecho o por irreflexión, el contrato es anulado. Entre él y los demás ciudadanos no existe ya la relación jurídica instaurada por el contrato social y, como fuera de este contrato no hay relación jurídica ni fundamento posible para ella, ya no existe en general absolutamente ninguna relación jurídica entre las dos partes.”¹¹³

Así pues, conforme se puede observar, la razón de dicha exclusión del estatus de ciudadano pasa por razones de seguridad, pero no de seguridad personal, sino de seguridad jurídica. Es decir, Fichte observa que el mismo fundamento de los derechos del delincuente – el contrato social – es el fundamento de la seguridad de los derechos de los demás ciudadanos, y por eso, la fuente de seguridad de los derechos de los otros ciudadanos es también la fuente de la garantía de los derechos del delincuente que.

De esta forma, si el delincuente viola la garantía de la seguridad de los derechos de los demás, él también viola – y, por eso, anula – también la garantía de sus propios derechos, lo que le echa en el estado previo al estado de civilidad: el estado de naturaleza. Así pues, es condición para la existencia válida de los derechos de uno que él no sea una fuente de peligro a los derechos de los demás, y si él se convierte a una fuente de dicho peligro, él no puede disfrutar de los derechos que el mismo no ha reconocido en su acción. Fichte compara la necesidad de

¹¹² “Quien voluntariamente transgrede la ley no está en el primer caso; el que la transgrede por negligencia no está en el segundo. En ambos desaparece la condición de la capacidad jurídica, la integración en una sociedad de seres racionales; por tanto, con esta condición se suprime al mismo tiempo lo condicionado: la capacidad jurídica. Dejan de tener derechos.” FICHTE. Johann Gottlieb. *Fundamento del derecho natural según los principios de la doctrina de la ciencia*, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1994, p. 316.

¹¹³ FICHTE. Johann Gottlieb. *Fundamento del derecho natural según los principios de la doctrina de la ciencia*, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1994, p. 316.

garantía, por parte del Estado, de la seguridad de este ser humano que se pone en estado de naturaleza a la necesidad de garantía de la seguridad de un pájaro¹¹⁴.

Lo que impulsa el hombre hacia el Estado es justamente la garantía de seguridad que el Estado representa, lo que exige, necesariamente, que cada uno haga su parte en relación con la seguridad colectiva, dando al Estado y la sociedad la garantía que va a comportarse con respeto hacia los demás miembros de la sociedad¹¹⁵.

Sin embargo, luego después, Fichte propone una forma de redención del criminal. El autor propone que la sociedad, a través de las leyes establecidas que vinculan la actividad del Estado, ofrezca una especie de contrato a ser firmado con el delincuente, lo que llama de contrato de expiación, a través del cual el criminal podrá pagar su deuda con la sociedad, manteniéndose su condición de ciudadano¹¹⁶.

En relación con las funciones del Derecho penal – tema que, aunque todavía actual, parece haber siempre estado en la inquietud de los que se han preocupado en pensar el Derecho penal–, Fichte es claro en reconocer que las funciones últimas de la pena son garantizar la seguridad pública, lo que hoy se suele llamar de protección de los bienes jurídicos de la sociedad y luego, el filósofo también reconoce que eso se persigue a través de la amenaza de un castigo para que el delito no sea realizado. Así pues, paradójicamente, el fin de la ley penal

¹¹⁴ “Todo delito excluye del Estado (el criminal se convierte en proscrito, es decir que su seguridad está tan poco garantizada como la de un pájaro, *ex lex, hors de loi*). Esta exclusión tendría que ser ejecutada por el poder del Estado.” FICHTE. Johann Gottlieb. *Fundamento del derecho natural según los principios de la doctrina de la ciencia*, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1994, p. 316.

¹¹⁵ “Este cuidado por su propia seguridad impulsaba al hombre hacia el Estado y el que renuncia a este cuidado no tiene ninguna razón para permanecer en él. Solamente este cuidado hace que cada uno dé al Estado la garantía exigida y sobre la base de la cual solamente el Estado se conserva. Para el que no lo tiene, la ley pierde toda eficacia. Se libra del mismo de dos maneras: o bien se eleva sobre él por pura moralidad y se olvida de su yo empírico en el fin último de la razón como totalidad y la ley penal no tiene entonces nada que determinar en la medida en que la justicia política como deber se sigue por sí misma; o bien porque se retrocede en relación con él y no se presta ninguna atención a su propio bien, por barbarie y retorno al estado salvaje. Entonces la ley penal no tiene poder determinante y un tal hombre es absolutamente incapaz de vivir entre otros hombres. La mejora política es volver a la preocupación por su propia seguridad.” FICHTE. Johann Gottlieb. *Fundamento del derecho natural según los principios de la doctrina de la ciencia*, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1994, p. 327.

¹¹⁶ “Esto sólo podría suceder gracias a un contrato de todos con todos, que ulteriormente se convertiría en una norma para el poder ejecutivo. El contenido de ese contrato sería el siguiente: todos prometen a todos, en la medida en que es compatible con la seguridad pública, no excluirles del Estado por sus delitos, sino permitirle expiar esta pena de otra manera. Llamaremos a este contrato contrato de expiación.” FICHTE. Johann Gottlieb. *Fundamento del derecho natural según los principios de la doctrina de la ciencia*, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1994, p. 317.

es la no aplicación de la ley penal¹¹⁷, y su aplicabilidad real e infalible es la principal condición de éxito de la misión del Derecho penal¹¹⁸, porque sin la real y actual amenaza de una pena que seguramente se concretará, no es posible alcanzar la efectividad esta rama del Derecho¹¹⁹.

La cuestión de hasta qué punto se puede llegar en el tema de las exigencias que se puede imponer al delincuente en este contrato de expiación (noción rudimental de proporcionalidad) debe ser proporcional a hasta donde se puede llegar con un comportamiento violador de la ley penal, es decir, que las exigencias de dicho contrato encuentran límites reales sólo en el mal que ha representado la conducta del delincuente. Eso representa un forma de reconocerse la racionalidad de la pena en la necesidad de respuesta a la infracción penal en un mismo grado, lo que se ubica hoy en el ámbito de la prevención general negativa¹²⁰, y que Fichte llama de principio de contrapeso.

En este punto, Fichte hace una observación muy interesante en relación con lo que hoy se puede identificar en las relaciones los fines de la pena y el terrorismo yihadista, por ejemplo. El filósofo informa que dicho principio de contrapeso no se aplica si el delito se realiza no por una voluntad de tener una ventaja real, pero por el mero deseo de realizar un mal. Fichte ha identificado que si el delincuente sabe de la posibilidad – aunque en un alto grado – que se le imponga una pena, y a pesar de eso, decide realizar su conducta violadora de la norma penal, deseando soportar dicho castigo porque quiere efectivamente causar un mal a su enemigo, falla la función motivadora de la pena, y por eso, el Estado tiene el deber de buscar nuevas

¹¹⁷ “La pena es un medio para alcanzar el fin último del Estado, la seguridad pública, y la única intención que con ella se persigue es que, mediante su amenaza, el delito sea evitado. El fin perseguido por la ley penal es que el caso de su aplicación no suceda nunca.” FICHTE. Johann Gottlieb. *Fundamento del derecho natural según los principios de la doctrina de la ciencia*, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1994, p. 317.

¹¹⁸ “Pero para que este fin pueda ser alcanzado, es preciso que cada ciudadano sepa de manera perfectamente cierta que, si comete un delito, la amenaza de la ley se cumplirá infaliblemente sobre él. Por tanto, la pena existe también en función del ejemplo, con el fin de que todos sean mantenidos en la firme convicción de que la aplicación de la ley penal es infalible.” FICHTE. Johann Gottlieb. *Fundamento del derecho natural según los principios de la doctrina de la ciencia*, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1994, pp. 317-318.

¹¹⁹ “El espíritu de este principio, como igualmente hemos visto, es éste: es preciso que sea dado un contrapeso suficiente a la voluntad injusta o a la irreflexión.” FICHTE. Johann Gottlieb. *Fundamento del derecho natural según los principios de la doctrina de la ciencia*, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1994, p.318.

¹²⁰ “Allí donde este principio es aplicable, el contrato de expiación puede tener un valor-, entonces, como hemos visto, con su aplicación efectiva se puede contar ciertamente con la seguridad pública. La cuestión de hasta dónde se extiende legítimamente el contrato de expiación está pues resuelta en verdad sólo en parte (el porqué lo veremos después), cuando se responda a lo siguiente: ¿hasta dónde es posible poner un contrapeso a la voluntad mala o a la irreflexión?” FICHTE. Johann Gottlieb. *Fundamento del derecho natural según los principios de la doctrina de la ciencia*, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1994, p. 318.

formas de proteger la sociedad, a través de la exclusión de dicho delincuente. Fichte lo sostiene de la siguiente forma:

“El principio del contrapeso es, según la naturaleza de la cosa, inaplicable si la voluntad es formalmente mala, es decir, si el daño está provocado no por la ganancia que se conseguiría con ello, sino únicamente por dañar. A una tal voluntad no le retiene la pena de la igual pérdida: el hombre malo, que se regocija con el mal que provoca, acepta muy gustosamente sufrir una pérdida, ya que su enemigo va a sufrir también un daño. Si no se halla otro medio para proteger a los conciudadanos contra una tal voluntad formalmente mala, se debería imponer la exclusión del Estado para todo delito que proceda de esta voluntad.¹²¹

Esta es la génesis real de un Derecho penal del enemigo, en la forma por la cual lo concibe Jakobs: la necesidad de protección de la sociedad de aquellos que no se dejan motivarse por el Derecho penal tradicional. Se puede apostar que esta cita está tan actual que si su contenido fuese transcrito por Jakobs o cualquier otro investigador o jurista que acepta un Derecho penal del enemigo, seguramente nadie se daría cuenta de que, en realidad, fue escrita por Fichte.

De hecho, en relación con, por ejemplo, un terrorista yihadista suicida que está en plan de realizar un homicidio en masa en una capital europea (lo que se puede sostener que es una hipótesis clásica de enemigo de la sociedad occidental) que no tiene miedo ni de la propia muerte, el Derecho penal clásico y su amenaza de pena no tienen ninguna motivabilidad, ninguna eficacia en determinar su conducta como ser racional que participa libremente en la comunicación en sociedad, y sólo es posible desear contener su acción o reducir los daños de la conducta que pretende realizar, a través, incluso, del Derecho penal o de la policía (lo que ha justificado la creación de los delitos de asociación terrorista y la incriminación de actos preparatorios de este matiz)

A continuación, Fichte sostiene que “*contra la voluntad de rebelarse inmediatamente contra la ley y la fuerza de la misma no hay contrapeso posible*”¹²² y sigue informando lo que

¹²¹ FICHTE. Johann Gottlieb. *Fundamento del derecho natural según los principios de la doctrina de la ciencia*, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1994, p. 319.

¹²² FICHTE. Johann Gottlieb. *Fundamento del derecho natural según los principios de la doctrina de la ciencia*, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1994, p. 323.

impresionantemente Jakobs sostiene incluso hoy¹²³ que lo máximo que se puede hacer, en supuestos como estos, es buscar afirmar la autoridad de la ley, sin que eso represente un doble rigor contra todos los demás delincuentes que no se han rebelado contra la ley. Eso es también un postulado contemporáneo del Derecho penal del enemigo, a saber: que se busque separar las normas de un Derecho penal del enemigo del Derecho penal de los ciudadanos para que no se les imponga a estos últimos una regulación demasiado rigurosa¹²⁴.

En este punto Fichte introduce una matización que tiene sus repercusiones en una teoría de los fines de la pena consciente de sus límites y funcionalidades deseadas. Él sostiene que un delincuente siempre comete el delito contra el Estado, sea de forma mediata, a través de la identificación de su víctima en los ciudadanos (y, de forma refleja, turba la tarea del Estado en garantizar la seguridad de todos), o de forma inmediata, a través de la rebelión o alta traición, delitos que tienen su víctima identificada en el propio Estado¹²⁵, lo que pasa cuando se ataca o se opone al Estado a través de la fuerza¹²⁶.

En realidad, Fichte sostiene que alguien que realiza un crimen contra el Estado hace algo intolerable y, por eso, está absolutamente impedido de seguir su vida en sociedad, en razón de la aplicación de la ley y en virtud de la propia necesidad de búsqueda de la finalidad por la cual el Estado ha sido creado, es decir, para la garantía de la seguridad¹²⁷.

¹²³ “Es tarea apenas iniciada de la ciencia la de identificar las reglas del Derecho penal de enemigos y separarlas de las del Derecho penal de ciudadanos para, dentro de éste último, poder persistir tanto más en el tratamiento del delincuente como persona jurídica.” JAKOBS, Günther. *Moderna Dogmática Penal, Estudios Compilados*, México D. F., Porrúa, 2002, p.734.

¹²⁴ “Contra la voluntad de rebelarse inmediatamente contra la ley y la fuerza de la misma no hay contrapeso posible. Lo máximo que puede y debe ocurrir es que la ley afirme solamente su autoridad tal y como ella ha sido establecida; pero ella no puede admitir, como opuesto a lo que el criminal se proponía, un doble rigor contra todos, una doble fuerza con la contribución de todos. Todos serían entonces castigados por el crimen de uno solo. Aquí no interviene pues la pena de la igual pérdida, en virtud de la naturaleza de la cosa, y no hay que expiar la pena de privación de los derechos.” FICHTE. Johann Gottlieb. *Fundamento del derecho natural según los principios de la doctrina de la ciencia*, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1994, pp. 323.

¹²⁵ “Este crimen contra el Estado es cometido de una doble manera: o bien es cometido mediatamente contra el Estado en la persona de sus ciudadanos, en la medida en que en ellos se ataque el contrato, en el cual el Estado mismo como tal es parte; o bien es cometido inmediatamente contra el Estado mismo por rebelión y alta traición.” FICHTE. Johann Gottlieb. *Fundamento del derecho natural según los principios de la doctrina de la ciencia*, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1994, p. 323.

¹²⁶ “Se ataca al Estado inmediatamente mediante rebelión y alta traición. Hay rebelión cuando se busca procurarse una fuerza contra el poder del Estado o cuando se la procura efectivamente y con la misma se opone a él.” FICHTE. Johann Gottlieb. *Fundamento del derecho natural según los principios de la doctrina de la ciencia*, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1994, p. 324.

¹²⁷ “La voluntad formalmente mala o un crimen inmediato contra el Estado hacen absolutamente imposible que el criminal, con sus actuales disposiciones de ánimo, sea tolerado por más tiempo en la sociedad. Contra él la pena de exclusión es absolutamente necesaria, y ella ya está pronunciada por la ley jurídica de la misma manera

Sin embargo, Fichte cree que si un delincuente realmente se arrepiente de sus hechos y realiza la ejecución de su pena, se le debe permitir su vuelta al estado de ciudadanía que tenía antes. Es decir, si el delincuente vuelve de nuevo a ser capaz de vivir en sociedad sin la violación de los derechos de los demás, se le debe reconocer de nuevo el estatus de ciudadano¹²⁸. Fichte hace una matización, en este punto, a saber: el autor de un homicidio doloso y premeditado no debe tener el derecho a someterse a al proceso de reeducación y, por eso, debe ser eliminado desde luego¹²⁹.

El problema central identificado por la teoría penológica de Fichte está en la posibilidad del delincuente elegir libremente no ejercer este derecho a la autocorrección y no volver al estado de civilidad, lo que le convierte en un enemigo. Conforme sostiene Fichte, él se convierte en un malvado incorregible que necesita ser expulsado de la sociedad lo más rápido posible¹³⁰. Fichte sostiene que: “Los enmendados se reintegran a la sociedad y son plenamente restablecidos en su situación anterior. (...) Los que no son enmendados cuando el término perentorio se ha alcanzado son excluidos de la sociedad como incorregibles.”¹³¹

Fichte reconoce que el problema central de la penología de su época – y quizás, incluso hasta la actualidad – es lo qué hacer con quien ha decidido que no va más tomar parte en la

que por el fin del Estado.” FICHTE. Johann Gottlieb. *Fundamento del derecho natural según los principios de la doctrina de la ciencia*, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1994, p. 325.

¹²⁸ “Pero no es absolutamente necesario que el criminal persista en sus disposiciones de ánimo. Por tanto, es muy posible que sea estipulado un segundo contrato sobre la expiación de la exclusión, que por ahora debe sin duda reconocerse como legal, con el siguiente contenido: todos prometen a todos darse la ocasión de volverse de nuevo capaces de vivir en sociedad, si en el presente se encuentra que son incapaces de ello, y, lo que se contiene también en el contrato, de aceptarse de nuevo entre ellos una vez que se hayan corregido. Un tal contrato es arbitrario y es una señal de bondad, pero tiene lugar para todos y el criminal recibe así, gracias a este contrato, un derecho a intentar su corrección.” FICHTE. Johann Gottlieb. *Fundamento del derecho natural según los principios de la doctrina de la ciencia*, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1994, pp. 325-326.

¹²⁹ “El único crimen contra el que el esfuerzo por mejorar al criminal no ha lugar ya, contra el que por tanto se debe proceder sin mayor dilación a la exclusión absoluta, es el asesinato intencional y premeditado (distinto del que resultaría casualmente de otra violencia). El fundamento de ello es el siguiente: hay que cuidarse del que ha cometido un homicidio porque bien puede matar de nuevo.” FICHTE. Johann Gottlieb. *Fundamento del derecho natural según los principios de la doctrina de la ciencia*, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1994, p. 330.

¹³⁰ “En primer lugar, la pena impuesta como consecuencia de este contrato es una expiación de la exclusión total, por tanto un beneficio legal para el criminal. Pero se puede renunciar a su derecho; y depende de cada uno lo que quiere obtener como beneficio y lo que no quiere obtener: rechazando este beneficio, se revela como un malvado incorregible que rechaza toda disciplina, y es preciso expulsarlo sin mayor demora.” FICHTE. Johann Gottlieb. *Fundamento del derecho natural según los principios de la doctrina de la ciencia*, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1994, p. 326.

¹³¹ FICHTE. Johann Gottlieb. *Fundamento del derecho natural según los principios de la doctrina de la ciencia*, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1994, p. 329.

sociedad, quien se pondrá en un estado completo, absoluto y perpetuo de exclusión, sea porque ha rehusado resocializarse o ha fracasado en su proceso de resocialización¹³², sea porque es un asesino doloso premeditado¹³³. Es decir, la pregunta es esta: ¿qué hacer con el ser humano que, bajo criterios sociales validos (como el criterio jurídico, v. g.), no va nunca más a tener el estatus de persona?

En primer lugar, es necesario aclararse lo que significa este estado de privación total de derechos. La declaración, por parte del Estado, de que alguien está privado de sus derechos es la declaración más grave que el Estado, en la relación que proviene del contrato social, puede realizar, lo que representa la supresión misma de dicho contrato, y prmueve, desde entonces, la no existencia de ninguna relación jurídica que entre Estado y este ser humano, y por eso ambos no tendrán más ningún derecho determinado o determinable mutuamente¹³⁴. Ahora la pregunta citada en el párrafo precedente puede ser debidamente contestada, incluso con las propias palabras de Fichte, en una cita muy conocida, de la siguiente forma:

¿Pero qué se sigue de la declaración de privación de derechos? El tratamiento totalmente arbitrario de condenado: no que se tenga un derecho a esto, sino que tampoco hay derecho a lo contrario, por tanto, el condenado es declarado ser una cosa, una cabeza de ganado. No se puede decir: en relación con el animal yo tengo un derecho, el de matar este animal (pero sí en relación con los otros ciudadanos del

¹³² Incluso, en relación con los asesinos, Fichte hace una interesante observación. Él sostiene que un asesino condenado a muerte no podría jamás quejarse de la excesiva desproporcionalidad o injusticia de la condenación. Véase: “El único aspecto destacado de este sistema, por el cual se puede comprender al mismo, me parece éste: - No se ha oído jamás, se dice, que un condenado a muerte por asesinato se haya quejado de que su condena fuera excesiva o injusta; cualquiera le reiría en su cara si se manifestara de esta manera-. Si se deja de lado simplemente el hecho de reir en la cara, es de tal manera verdadero que si un individuo acusado de un crimen de sangre fuera él mismo asesinado por un poder enteramente injusto y completamente ignorante de su culpabilidad, el culpable mismo, si recordara su crimen, y todo hombre que tuviera conocimiento de él tendría que juzgar que con ello no le sucedía absolutamente nada injusto.” FICHTE. Johann Gottlieb. *Fundamento del derecho natural según los principios de la doctrina de la ciencia*, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1994, pp.334-335.

¹³³ “Ahora bien, ¿qué hay que hacer con los que son excluidos absolutamente del Estado, sea sin la prueba provisional de la corrección, porque son asesinos, o porque no han querido someterse a esta prueba, o sea después de haber fracasado en esta prueba? Ésta es con mucho la investigación más importante en la teoría de las penas.” FICHTE. Johann Gottlieb. *Fundamento del derecho natural según los principios de la doctrina de la ciencia*, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1994, p. 330.

¹³⁴ “La declaración de la privación de derechos es la más grave que el Estado como tal puede pronunciar contra cualquier ser racional. Puesto que el Estado es Estado para cada individuo mediante el contrato, no puede hacer nada más que declarar suprimido el contrato. Las dos partes, el Estado y el individuo, ya no son desde entonces nada uno para el otro, puesto que sin este contrato no existe para ellos ninguna relación jurídica; ellos están sin ninguna relación, están anulados el uno para el otro. A lo que el Estado hace de más, no tiene derecho por contrato y puesto que fuera del contrato no hay ningún derecho positivo determinado y determinable, no tiene en general ningún derecho.” FICHTE. Johann Gottlieb. *Fundamento del derecho natural según los principios de la doctrina de la ciencia*, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1994, p. 331.

Estado); pero tampoco se puede decir: yo no tengo el derecho. En general no es cuestión aquí en absoluto de derecho, sino de capacidad física. La proposición meramente negativa: -no hay ningún fundamento en contra-, está aún muy lejos de la proposición positiva: -hay un fundamento para ello-. Así sucede con el que está excluido absolutamente del Estado. Ningún fundamento extraído del derecho (extremo) se puede alegar por el cual el primero al que se le pasara por el cabeza no debería apoderarse de él, torturarlo arbitrariamente y matarlo; pero tampoco se puede alegar un fundamento para obrar así.¹³⁵

Así pues, de forma muy clara Fichte sostiene que el condenado que rehúsa entrar en el proceso de resocialización, que rehúsa a volver a un estado de ciudadanía, que rehúsa a respetar los mínimos estándares de civilidad, debe ser eliminado de forma absoluta de la relación contractual con el Estado y, por eso, no podrá exigir la protección del Estado frente a amenazas o agresiones a derechos suyos, lo que le pone en la misma condición jurídica de una cosa, de una cabeza de ganado. Gracia Martín identifica lo mismo en la obra de Fichte.¹³⁶

Sin embargo, eso tampoco permite que se le pueda hacer todo, porque por ejemplo, no hay un derecho a quitarle la vida o a torturarlo, aunque dichas acciones sólo se castigarían a través del Estado, acciones estas (tortura o muerte) Fichte afirma no tener ningún fundamento. A continuación, el propio filósofo admite que maltratar, torturar o matar a este individuo sería inmoral y no deseable¹³⁷, tampoco agravar a una posible pena de muerte con tortura lo sería, además de bárbaro.

¹³⁵ FICHTE. Johann Gottlieb. *Fundamento del derecho natural según los principios de la doctrina de la ciencia*, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1994, p. 331.

¹³⁶ “En sus Fundamentos de Derecho Natural, Fichte formula la siguiente tesis: “quien lesiona el contrato ciudadano en un punto donde en el contrato se contaba con su prudencia, sea voluntariamente o por imprevisión, pierde estrictamente de ese modo todos sus derechos como ciudadano y como ser humano, y queda completamente privado de derechos”. No obstante, Fichte quiere atemperar este rigor, y propone un contrato de expiación entre todos que se convertiría en una norma para el poder ejecutivo, y en virtud del cual todos se prometen no excluir al delincuente del Estado, sino permitirle expiar esta pena de otra manera. Este contrato de expiación, sin embargo, no rige en ningún caso para el reo de asesinato intencional y premeditado, con el cual debe procederse sin dilaciones a su exclusión absoluta. De aquí, entonces, resulta “el tratamiento completamente arbitrario del condenado; [porque] al condenado se le declara ser una cosa, una cabeza de ganado”. Véase Fichte, *Grundlage des Naturrechts nach Prinzipien der Wissenschaftslehre*, edición de Felix Meiner Verlag, Hamburg, 1960, § 20 [p. 253].” GRACIA MARTÍN, Luis. Consideraciones críticas sobre el actualmente denominado “Derecho penal del enemigo”. *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología* (en línea). 2005, núm. 07-02, p. 02:1-02:43. Disponible en internet: <http://criminnet.ugr.es/recpc/07/recpc07-02.pdf> [RECPC 07-02 (2005), pp. 13-14.

¹³⁷ “Quien Untura a un animal por placer, o mata sin buscar un provecho, es despreciado y es rehuido y considerado como un bárbaro inhumano, y con razón. ¡Cuánto más no lo será todavía quien cometiera esto sobre un ser que sin embargo sigue llevando un rostro humano!” FICHTE. Johann Gottlieb. *Fundamento del derecho natural según los principios de la doctrina de la ciencia*, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1994, p. 331.

Dicha exclusión no se basa en la existencia de algún tipo de contrato entre las partes, el individuo y el Estado, sino en la nulidad de dicho contrato, lo que hace que dichas partes no sean nada una para la otra, y si el Estado mata a este criminal, dicha violencia sería mero ejercicio de fuerza física en el estado de naturaleza, al igual que la muerte de un ser humano por el ataque de un animal salvaje, por ejemplo.

Si el Estado, para Fichte, elige matar a este ser, por razones de seguridad, por ejemplo, esto no tiene un sentido jurídico más allá que la acción de una política de seguridad, mas allá que el ejercicio de la fuerza física para garantizar la continuación de la vida en sociedad. Sin embargo, no por cuestiones de naturaleza jurídica, sino por respeto a sí mismo y a los demás ciudadanos, el Estado puede elegir no matar a este individuo privado absolutamente de derechos, si el no representa ninguna amenaza a la sociedad civil organizada¹³⁸.

Conforme mencionado, Fichte reconoce una posible razón para matar a este individuo privado de derechos, a saber: que sólo se pueda protegerse contra él de esta forma. Si nada impide su muerte desde un punto de vista jurídico, la necesidad de garantizarse la seguridad puede, al revés, exigir su muerte. En esta situación, el criminal es como un animal salvaje amenazador que se abate, o una medida de seguridad contra una fuerza natural, como una tempestad, por ejemplo¹³⁹. Fichte sostiene eso de una forma muy fuerte, a saber:

“Su muerte no es de ninguna manera un castigo, sino solamente una medida de seguridad. Esto nos ofrece toda la teoría de la pena de muerte. El Estado como tal, como juez, no mata; él solamente rescinde el contrato y ésta es su acción pública. Si a continuación mala, esto no

¹³⁸ “En primer lugar, el Estado en relación con el condenado no es ya en absoluto el Estado, ya no es nada para él. Pues todas las expiaciones se fundan sobre un contrato recíproco. El Estado, por su parte, tiene el derecho de imponer esta expiación; el que ha transgredido la ley tiene, por la suya, el derecho de solicitar que no se le castigue más severamente. Pero la exclusión no se funda sobre el contrato social, sino al contrario, sobre la nulidad del mismo. Más allá de esta exclusión las dos partes no son ya nada la una para la otra, y si el Estado mata al criminal, no lo hace en tanto que Estado, sino en tanto que fuerza física más potente, en tanto que mera violencia natural. El Estado tiene las mismas razones que la persona privada de guardarse de dar la muerte; no por respeto al derecho del que es privado de derecho y no tiene ninguno, sino por respeto a sí mismo, a sus ciudadanos y a los otros Estados.” FICHTE. Johann Gottlieb. *Fundamento del derecho natural según los principios de la doctrina de la ciencia*, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1994, pp. 331-332.

¹³⁹ “Sin embargo, hay una posible razón que puede mover al Estado a matar al criminal: que sólo pueda protegerse contra él de esta manera. Puesto que no hay absolutamente ninguna razón contra ello, ella decide a favor. El criminal es entonces un animal dañino que se abate, un torrente devastador que se frena, en suma, en una fuerza natural que es segada por el Estado mediante una fuerza natural.” FICHTE. Johann Gottlieb. *Fundamento del derecho natural según los principios de la doctrina de la ciencia*, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1994, p. 332.

sucede por el poder judicial, sino por la policía. El que es condenado es eliminado para la legislación y pertenece a la policía. Esto no sucede como consecuencia de un derecho positivo, sino por necesidad. (...) Lo que se hace al hombre físico nada importa al ciudadano. Que nadie pueda ser muerto antes de la anulación del contrato social es por lo demás una evidencia.”¹⁴⁰

En resumen, la penología de Fichte prevé dos especies de penas diferentes: la que se basa en un contrato (contrato de expiación) y la que se funda en la absoluta nulidad del contrato social. Un ciudadano está obligado a someterse a la pena y a cumplir sus obligaciones en el contrato de expiación sin resistir, y el culpable que no puede presentar ninguna garantía de que desea cumplir dicho contrato y volver al estado de ciudadanía, se le excluye de la sociedad. El ciudadano que ha anulado el contrato social pierde categóricamente todos sus derechos, y el culpable que rehúsa volver a un estado de civilidad pierde problemáticamente todos sus derechos¹⁴¹.

La progresión de la sanción empieza en quitarle al culpable parte de su patrimonio, después, la totalidad de sus relaciones jurídicas y, luego, en la pérdida irrecuperable de su propia personalidad, conforme sostiene Fichte, de la siguiente manera: “*El derecho de coacción del Estado comienza con la propiedad relativa; continúa, si ésta no es suficiente para darle satisfacción, hasta la propiedad absoluta y penetra hasta en la casa si el culpable no paga de buen grado lo que debe, y finalmente, si ésta también está perdida, se dirige a la persona.*”¹⁴²

Merece atención el hecho de que Fichte es reconocido como el pionero en asociar la idea de pertenencia a la sociedad con la idea de finalidad de la pena, lo que le hace al menos muy

¹⁴⁰ FICHTE. Johann Gottlieb. *Fundamento del derecho natural según los principios de la doctrina de la ciencia*, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1994, p. 332.

¹⁴¹ “Como hemos visto, hay en general dos especies diferentes de penas: la que se funda sobre un contrato y la que se funda sobre la absoluta nulidad del contrato. Es suficientemente claro que el ciudadano está obligado a someterse a la primera sin resistencia, dado que desde otro punto de vista son también sus derechos; es claro también que él podría, de manera perfectamente conveniente, ser forzado a esta sumisión voluntaria, puesto que son posibles penas más duras aún, y él siempre pone además en juego, en prenda de su sumisión, toda su propiedad aún no perdida. (...) Por el contrario, el culpable no puede suministrar ninguna prueba si su acción se califica como de exclusión absoluta fuera de la sociedad, o como de exclusión momentánea en un correccional; pues, en el primer caso, ha perdido categóricamente todos sus derechos; en el segundo, los ha perdido problemáticamente (en el caso de que no se enmiende). Por tanto, aquí es preciso que el Estado se apodere de la persona del culpable.” FICHTE. Johann Gottlieb. *Fundamento del derecho natural según los principios de la doctrina de la ciencia*, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1994, pp. 336-337.

¹⁴² FICHTE. Johann Gottlieb. *Fundamento del derecho natural según los principios de la doctrina de la ciencia*, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1994, p. 337.

interesante para la debida comprensión de una teoría de la pena contemporánea que pretende revisar los fundamentos del contrato social clásico, como la teoría de Jakobs¹⁴³.

De hecho, la idea central de la penología de Fichte, y tiene importancia para esta investigación, es la clara posibilidad pérdida de la personalidad, por parte del condenado, y la necesidad de su exclusión, en virtud de la rehusa en someterse al proceso de vuelta al estado de civilidad y ciudadanía, a través de su resocialización y del cumplimiento de la condena. Es precisamente esto que Jakobs observa en la obra del filósofo alemán, de la siguiente forma:

“De modo similar argumenta FICHTE: «quien abandona el contrato ciudadano en un punto en el que en el contrato se contaba con su prudencia, sea de modo voluntario o por imprevisión, en sentido estricto pierde todos sus derechos como ciudadano y como ser humano, y pasa a un estado de ausencia completa de derechos». FICHTE atenúa tal muerte civil por regla general mediante la construcción de un contrato de penitencia, pero no en el caso del «asesinato intencionado y premeditado»: en este ambiro, se mantiene la privación de derechos: «...al condenado se le declara una cosa, una pieza de ganado». Con férrea coherencia FICHTE prosigue afirmando que a falta de personalidad, la ejecución del criminal «no [es una] pena, sino sólo instrumento de seguridad». No procede entrar en detalles; pues ya con este breve esbozo cabe pensar que se ha mostrado que el status de ciudadano no necesariamente es algo que no se puede perder.»¹⁴⁴

2.3 La filosofía penal de Hegel y su influencia en la concepción contemporánea del funcionalismo penal.

Georg Wilhelm Friedrich Hegel es el gran filósofo alemán del siglo XIX, además de ser el máximo pensador de la revolución burguesa y del idealismo alemán, que a partir de la

¹⁴³ “Jakobs’ theses are based on Fichte. This is exceptional and may be related to the fact that Fichte is the only follower of German Idealism who, in the former model treaty dialect, thought about belonging to civil society or not and connected those thoughts to the purpose of penalty. Penalty (as a reaction to heavy norm violation) is one way of exclusion from civil society, according to Fichte.” FROMMEL, Monika. “Rebels, Bandits And Intriguers – Why Germans Are Having A Debate On “Enemy Criminal Law” In The 21st Century: And Thus Are Falling Behind The Dramaturgy Of Nlightened Theatre Of The Late 18th Century – To Think Schiller’s Bandits.” *Revista panóptica*, Vitória, V. 2, N. 7 (2007), p. 77.

¹⁴⁴ JAKOBS, Günther; CANCIO MELIÁ, Manuel. *Derecho penal del enemigo*. Madrid, Civitas Ediciones, 2003, p. 27-28.

revolución francesa, se difunde por toda Europa, llevada por parte del ejército de Napoleón Bonaparte¹⁴⁵.

Hegel empieza sus consideraciones acerca del delito escribiendo sobre la fuerza y la violencia, antes que considera injustos desde un punto de vista abstracto¹⁴⁶, sin embargo, de acuerdo con el pensamiento del autor, concretamente, si la violencia se realiza para contrarrestar una primera violencia injusta, su existencia se vuelve justa¹⁴⁷. En sus palabras, Hegel reconoce que esta segunda violencia toma lugar para garantizar la libertad, de la siguiente forma: “*El Derecho abstracto es derecho de violencia, porque lo injusto contra aquél, es una violencia contra la existencia de mi libertad, en una cosa externa; la conservación de esa existencia frente a la violencia es, por eso mismo, como una acción externa y como una violencia que anula la primera.*”¹⁴⁸

Así pues, la primera violencia se realiza como poder ejercitado por un ser libre que viola la libertad en concreto¹⁴⁹, lo que representa el delito, y una violencia impuesta a su autor representa un hecho conforme el Derecho¹⁵⁰. Hegel parece sostener la necesidad de observación del principio de proporcionalidad, al concluir que la diferencia entre el hurto y el robo es cualitativa (y no cuantitativa) porque el grado de vulneración de la personalidad en

¹⁴⁵ AA. VV. “La filosofía política moderna”. En: DRI, Rubén. *La filosofía del Estado ético*. La concepción hegeliana del Estado, Buenos Aires, 2000, p. 213.

¹⁴⁶ “Puesto que la voluntad sólo en cuanto tiene existencia es idea, o sea, es realmente libre, y la existencia en que se ha puesto es el existir de la libertad, la fuerza o la violencia se destruyen de inmediato a sí mismas en su concepto, como manifestación de una voluntad. La fuerza o violencia, por lo tanto, tomadas abstractamente, son injustas.” HEGEL, Guillermo Federico. *Filosofía del Derecho*, Editorial Claridad, Buenos Aires, 1968 p. 104

¹⁴⁷ “En el hecho de que la violencia se destruye en su concepto, reside la verdadera explicación del por qué la violencia es anulada con la violencia; por consiguiente, ella no sólo es condicionalmente jurídica, sino necesaria, es decir, como segunda violencia, que es una anulación de una primera violencia.” HEGEL, Guillermo Federico. *Filosofía del Derecho*, Editorial Claridad, Buenos Aires, 1968, p. 104.

¹⁴⁸ HEGEL, Guillermo Federico. *Filosofía del Derecho*, Editorial Claridad, Buenos Aires, 1968. p. 105.

¹⁴⁹ “Como voluntad existente, es como únicamente puede ser vulnerada; pero si su existencia se expresa en la esfera de una extensión cuantitativa, así como de determinaciones cualitativas, de la cual se distingue, entonces se establece justamente una diferencia para el aspecto objetivo del delito, si tal existencia y su determinación en general son violadas en toda su extensión (y por lo tanto en la infinitud igual a su concepto) o solamente en una parte, como por alguna determinación cualitativa.” HEGEL, Guillermo Federico. *Filosofía del Derecho*, Editorial Claridad, Buenos Aires, 1968, pp. 105-106.

¹⁵⁰ “La primera violencia como poder ejercitado por el ser libre y que viola la existencia de la libertad en su significado concreto, el Derecho en cuanto Derecho, constituye el Delito; el juicio negativamente infinito en su pleno significado (...), por el cual se niega no sólo lo particular, la asunción de una cosa bajo mi voluntad (§ 85), sino, a la vez, lo universal, lo infinito en el predicado de mí, la capacidad jurídica, es decir, sin la intervención de mi opinión (como en el fraude § 88) y justamente contra ella; todo esto constituye la esfera del Derecho penal.” HEGEL, Guillermo Federico. *Filosofía del Derecho*, Editorial Claridad, Buenos Aires, 1968, p. 105.

estos do delitos es muy diferente¹⁵¹, dato que debe ser llevado en cuenta en el momento de establecerse las penas de cada uno de ellos, además de considerar el peligro que una acción puede representar a la seguridad colectiva, aunque *a priori* no dañe a ningún bien concretamente¹⁵².

Ahora bien, llega el momento de aclarar el real significado de una pena para Hegel, lo que después será importante para comprender porque se puede afirmar que el funcionalismo de Jakobs y la teoría de los sistemas sociales de Luhmann contienen un sentido hegeliano de la sanción penal. Así pues, Hegel informa que: “*La vulneración del Derecho como tal es, ciertamente, una existencia positiva, exterior, que es en sí nula. La manifestación de su nulidad es la anulación de la existencia de aquella vulneración; es la realidad del Derecho como su necesidad que se concilia consigo misma mediante la negación de su vulneración.*”¹⁵³

Así pues, un hecho que vulnera el Derecho tiene una existencia en el mundo de los hechos (es decir, fuera del ámbito interior del individuo), tiene una existencia real, aún que no represente alguna violación a algo que sea posible identificar como lo que hoy se suele llamar de bien jurídico, o de una lesión a un bien de la vida visible a los ojos, es decir, la existencia real una vulneración del derecho no depende de nada más allá del comportamiento que no observa la norma y de la vigencia del derecho.

La manifestación de un hecho contrario al derecho representa un hecho nulo en su esencia, un hecho manifiestamente inválido, porque el Derecho contiene las reglas que la razón, ejercida por la libertad del individuo, debe seguir. Sin embargo, es necesaria la manifestación de dicha

¹⁵¹ “La opinión estoica para la cual sólo hay una virtud y un vicio, la legislación draconiana que castiga cada delito con la muerte, así como la ignorancia del honor formal, que pone la personalidad infinita en cada violación, tiene de común que: permanecen firmes en el concepto abstracto de la voluntad libre y de la personalidad y no la toman en su concreta y determinada existencia, que aquella debe tener como Idea. La diferencia entre rapiña y hurto se refiere al elemento cualitativo, por el cual, en aquél el Yo es vulnerado como conciencia.” HEGEL, Guillermo Federico. *Filosofía del Derecho*, Editorial Claridad, Buenos Aires, 1968, p. 106.

¹⁵² “Actual, en consecuencia, como subjetiva infinitud y contra mí se ejerce una fuerza personal. Algunas determinaciones cualitativas, como el peligro para la seguridad pública, tienen su razón en las relaciones determinadas posteriormente, pero son muy a menudo entendidas sólo por el giro de las consecuencias, en vez del concepto de la cosa; como, precisamente, el delito más peligroso por sí en su naturaleza inmediata, es una más grave violación según la extensión o la cualidad. La cualidad moral subjetiva se refiere a una más elevada distinción: de qué manera un evento y un hecho en general es una acción y considera la misma naturaleza subjetiva de ella.” HEGEL, Guillermo Federico. *Filosofía del Derecho*, Editorial Claridad, Buenos Aires, 1968, p. 106

¹⁵³ HEGEL, Guillermo Federico. *Filosofía del Derecho*, Editorial Claridad, Buenos Aires, 1968, p. 106

nulidad del comportamiento que vulnera la norma. La anulación de un hecho vulnerador del derecho, que tiene existencia en primer lugar en un plan puramente normativo, debe existir también en el mismo plan.

En el mismo sentido, la forma por la cual el Derecho tiene de reconciliarse consigo mismo es manifestar la anulación normativa de un hecho normativo y así restablecer la vigencia conturbada de la norma, entendida como entidad real, que necesita de dicha anulación para tener una existencia también real. La negación de la vulneración del Derecho, a través de una pena, por ejemplo, es lo que permite la propia existencia del Derecho en cuanto tal (*id est*, como Derecho real, no meramente postulado) y la forma por la cual se busca su real existencia.

Hegel parece estar de acuerdo también que existe necesidad de observarse el principio *cogitationis poenam nemo patitur*, al reconocer que sólo la voluntad externada del delincuente es capaz de realizar una vulneración al Derecho¹⁵⁴, algo que no tiene nada de nuevo, incluso para él, porque tiene sus orígenes en el Derecho romano, en el Digesto, del imperador Justiniano I¹⁵⁵.

Luego, Hegel reconoce que la pena no había sido estudiada debidamente en su tiempo, que la teoría de la pena fue una de las materias que menos se ha estudiado y que para comprenderla bien es necesario más que grandes capacidades cognitivas en buen estadio de funcionamiento¹⁵⁶. En relación con la teoría de la pena, Hegel, con su eximia capacidad de análisis, hace una crítica a la teoría de la prevención que pone en evidencia una falla que incluso hasta hoy sirve de base (o, en realidad, hincapié) de las ideas abolicionistas o minimalistas extremas del Derecho penal, a saber:

¹⁵⁴ “Empero, la vulneración con la cual es afectada la voluntad que es en sí (es decir, respecto a la voluntad de aquel que viola, así como a la del vulnerado y de los demás), no tiene existencia positiva en esa voluntad, que como tal es en sí, como tampoco en el simple producto. Por sí, esta) voluntad que es en si (Derecho, Ley en sí), es, más bien, lo exteriormente no existente y, a este respecto, inviolable. La vulneración, para la voluntad particular del ofendido y de los demás, es sólo algo negativo. La existencia positiva de la vulneración es sólo en cuanto voluntad individual del delincuente. La vulneración de esta voluntad en cuanto existente es la anulación del delito, que de otro modo sería válido; es el restablecimiento del Derecho.” HEGEL, Guillermo Federico. *Filosofía del Derecho*, Editorial Claridad, Buenos Aires, 1968, p. 107.

¹⁵⁵ EBERT, Udo. *Derecho Penal - Parte General*. Traducción de Said Escudero Irra. Universidad Autónoma del Estado de Hidalgo, Pachuca de Soto, 2001, p. 27.

¹⁵⁶ “En la ciencia jurídica positiva de los tiempos modernos, la teoría de la pena es una de las materias que peor se ha ahondado, puesto que en ella no es suficiente el intelecto, ya que se trata esencialmente del concepto.” HEGEL, Guillermo Federico. *Filosofía del Derecho*, Editorial Claridad, Buenos Aires, 1968, p. 107.

Si el delito y su superación, como lo que ulteriormente se determina como pena, se considera en general sólo como mal, se puede, ciertamente, juzgar como irracional querer un mal meramente porque ya existe otro mal. En las distintas teorías sobre la pena, ese carácter superficial de mal se presupone como el principal elemento: teoría de la prevención, de la intimidación, del escarmiento, de la corrección, etcétera, y lo que, por el contrario, debe resultar como bien, se determina justamente de un modo superficial. Pero no se trata meramente ni de mal, ni de éste o aquel bien, sino claramente de lo Injusto y de la Justicia.¹⁵⁷

Esta cita es magistral y, por sí sola, es capaz de demostrar la genialidad de Hegel y, si llevada en consideración de la con el debido detenimiento y reflexión, debería reordenar y reformular toda la teoría de la pena en los países de cultura occidental.

En primer lugar, si se tiene la pena sólo como una mal que sigue otro mal, el delito, que es exactamente lo que hace la teoría de la prevención general negativa, ella no tiene sentido y debe ser abolida para siempre de nuestras sociedades, porque cuanto más mal se hace al individuo, peor la vida de la sociedad considerada como la unión de todos estos individuos (concepción de sociedad que no se ha adoptado en este trabajo, conforme se explicará en el momento oportuno, pero que permite comprender la citada consecuencia de la teoría de la prevención general negativa).

En el mismo sentido, alguien que ve la pena simplemente como un mal que se le impone al delincuente no puede llegar a otra solución de la cuestión que no sea la completa abolición de la pena en nuestras sociedades, que es casi lo mismo que los abolicionistas predicán. La teoría de la prevención general negativa conlleva necesariamente a una idea de irracionalidad de la pena. Si no se reconoce una función real e inherente de la pena, más allá del mal que se aflige al delincuente, es realmente mejor que ella sea abandonada.

Hegel informa que, aunque exista la consecuencia preventivo-negativa de la pena, dicha consecuencia debe ser secundaria, porque la pena tiene, conforme él mismo lo ha aclarado, de forma inherente, natural y originaria, la función de restablecer el Derecho en el plan de la vigencia real de las normas, es decir, la pena es un instituto jurídico ontológicamente neutro

¹⁵⁷ HEGEL, Guillermo Federico. *Filosofía del Derecho*, Editorial Claridad, Buenos Aires, 1968, p. 107

(aunque axiológicamente se le pueda dar una connotación negativa, lo que tampoco es central para Hegel) y lo que importa nos es si ella representa un bien o un mal, sino si ella representa un ente justo o injusto, si su existencia y utilización representan algo conforme la justicia o algo reprochable delante del sentido más común de lo que sería intolerable, en un marco de regulación jurídica de la sociedad.

Jakobs resuelve dicho problema con su teoría funcional de la pena y de la culpabilidad¹⁵⁸, lo que será algunas veces más objeto de consideración en el momento de analizarse la idea de sanción en el esquema de observación de la realidad propuesto por Niklas Luhmann, llamado de funcionalismo sistémico, y su consecuencia en la teoría de Jakobs sobre la pena.

Así pues, conforme lo explicado en los párrafos precedentes, si se deja de considerar la centralidad del carácter injusto del delito, inevitablemente se pasa a considerar lo secundario de este fenómeno como lo principal, lo que representa una perversión del sentido de propio Derecho. Hegel sostiene que son secundarias, el menos desde un punto de vista jurídico o social, consideraciones acerca de la moral y la subjetividad del delito, de la psicología del delincuente y su motivación – algo que se sabe que se ha degenerado, es decir, que el delincuente ha dejado la racionalidad en el uso de su libertad en el ámbito interno antes de la realización del delito¹⁵⁹.

En conclusión, a pesar de Hegel reconocer la importancia de las consideraciones acerca de las consecuencias psicológicas de la pena, como la intimidación y la posibilidad de resocialización, él observa que dichas consideraciones sólo tienen lugar porque el carácter justo de la pena es una de sus premisas, lo que pone en evidencia dicho carácter¹⁶⁰.

¹⁵⁸ Véase, por ejemplo, un trabajo que explica de forma muy excelente el tema aquí tratado, en relación con lo que Jakobs propone: CANCIO MELIÁ, Manuel y FEIJOO, Bernardo (Eds.), *Teoría funcional de la pena y de la culpabilidad*, Madrid: Civitas, 2008.

¹⁵⁹ “Pero desde aquel superficial punto de vista, la consideración objetiva de la justicia, que es el punto primero y sustancial en el delito, es dejada de lado y, como consecuencia de ello, se hace lo esencial de la consideración moral y el aspecto subjetivo del delito, mezclado con triviales representaciones psicológicas sobre los estímulos y la intensidad de los resortes sensibles contra la razón, sobre la compulsión psicológica y la influencia sobre la representación (como si ese lado subjetivo no hubiese sido degradado de la libertad, a un algo solamente accidental).” HEGEL, Guillermo Federico. *Filosofía del Derecho*, Editorial Claridad, Buenos Aires, 1968, pp. 107-108.

¹⁶⁰ “Las diversas consideraciones que corresponden a la pena como apariencia y a su relación con la conciencia particular y que tienen en cuenta las consecuencias sobre la representación (intimidar, mejorar, etcétera), a su vez de modo particular, sólo respecto a la modalidad de la pena, son ciertamente de esencial consideración; pero presuponen la fundamentación de que el imponerla es justo en sí y por sí.” HEGEL, Guillermo Federico. *Filosofía del Derecho*, Editorial Claridad, Buenos Aires, 1968, p. 108.

En resumen, Hegel reconoce que lo importante es negarse el delito no como un mal, sino como la vulneración del Derecho como Derecho, no de bienes u otras cosas que el Derecho puede de forma inmediata proteger. De otra manera, se debe buscar identificar la vulneración del Derecho como el verdadero mal que se debe anular, y el punto esencial de esta discusión es buscar donde dicha vulneración realmente puede ser encontrada¹⁶¹.

En este punto, Hegel hace una consideración que, muchos años después, Jakobs la pone en relieve en sus trabajos¹⁶². Hegel considera la cuestión del valor simbólico del delito como algo muy importante y por eso, analiza su propia teoría del significado de la pena en relación con este valor. El filósofo considera que el delito no es sólo un hecho, sino la manifestación de una universalidad mucho más significativa que el hecho que le da soporte, la manifestación de su derecho personal, del ejercicio racional de su libertad, pero de una racionalidad limitada a lo singular, que no tiene vigencia en el mundo exterior. En este contexto, la sanción tiene por función y fundamento rechazar este Derecho impuesto por el delincuente y reafirmar el Derecho real y universal como válido. Hegel ve la cuestión de la siguiente manera:

La vulneración que afecta al delincuente no es sólo justa en sí —como justa es, a la vez, su voluntad, que es en sí y la existencia de su libertad, el Derecho—, sino que también es un Derecho impuesto en el delincuente mismo, esto es, en su voluntad existente, en su acción. Porque en su acción, como acción de un ente racional, está implícito un universal: el que por medio de ella esté instituida una ley, a la que el delincuente ha reconocido por sí, y bajo la cual puede ser asumido, como bajo su Derecho.¹⁶³

Así pues, la pena viene impuesta al delincuente como la señal de que su universalidad manifestada por medio de su acción, su proyecto de normatividad, su Derecho singular, no

¹⁶¹ “En esta discusión lo que interesa únicamente es que el delito debe negarse no como la producción de un mal, sino como la vulneración del Derecho como Derecho, y luego, cuál es la existencia que tiene el delito, y qué se debe anular; aquélla es el verdadero mal que debe arrancarse y el punto esencial es dónde dicha existencia esté. En tanto que los conceptos sobre este punto no sean terminantemente reconocidos, debe dominar el desorden en la consideración de la pena.” HEGEL, Guillermo Federico. *Filosofía del Derecho*, Editorial Claridad, Buenos Aires, 1968, p. 108.

¹⁶² “Desde el fin del derecho natural, la pena ya no se impone a sujetos irracionales, sino a sujetos refractarios. La sanción contradice el proyecto de mundo del infractor: este afirma la no vigencia de la norma para el caso en cuestión, pero la sanción confirma que esa afirmación es irrelevante.” JAKOBS, Günther. *Sociedade, Norma e Pessoa: teoria de um Direito Penal funcional op. cit.*, p. 13.

¹⁶³ HEGEL, Guillermo Federico. *Filosofía del Derecho*, Editorial Claridad, Buenos Aires, 1968, p. 108.

tiene lugar en el mundo exterior a él y, por eso, debe ser anulada por esta pena estatal, la fuente verdadera de racionalidad en el contexto social y ético en el cual el delincuente vive.

Hegel sigue con la idea de que el contrato social no es sólo un medio de garantía incondicional de la vida y propiedad de las personas, por medio del Estado, sino un ente mucho más elevado que, muchas veces, exige el sacrificio de la vida y de la propiedad, como en el caso de una guerra, por ejemplo, ocasión en la cual se exige de sus ciudadanos la defensa de la sociedad con el propio patrimonio y, incluso, con la propia vida, conforme suele pasar en la mayoría de los casos¹⁶⁴.

La voluntad se manifiesta – aunque de forma implícita - en la acción del individuo, y por eso, la represión del delito tiene la función de reconocer la validez de la racionalidad formal que representa la vigencia real del Derecho, y por eso, su función principal no puede ser la intimidación o corrección – consecuencias estas que en muchas veces no se realizan, hay que reconocerse¹⁶⁵. Así, la pena representa una vulneración de la vulneración, la superación del delito que tiene existencia propia y que nace de la existencia de otro ente, el sujeto¹⁶⁶.

En este momento, Hegel hace una referencia al método de investigación utilizado por muchos filósofos, como Hume por ejemplo, llamado de introspección, donde el investigador busca

¹⁶⁴ “Beccaria ha negado públicamente al Estado el derecho a aplicar la pena de muerte, en razón de que no puede suponerse que en el Contrato Social esté contenido el consenso de los individuos para dejarse matar; antes bien, debe presumirse lo contrario. Sólo que el Estado no es un contrato (v. § 75), ni su esencia sustancial en la defensa y garantía de la vida y de la propiedad de los individuos como personas, en forma incondicional; más bien, es lo más elevado que, también, pretende esa vida y esa propiedad y exige el sacrificio de las mismas.” HEGEL, Guillermo Federico. *Filosofía del Derecho*, Editorial Claridad, Buenos Aires, 1968, pp. 108-109.

¹⁶⁵ “Por otra parte, no es únicamente el concepto del delito, su racionalidad en sí y por sí, con o sin el consenso de los individuos, lo que el Estado debe hacer válido, sino la racionalidad formal, el querer del individuo, que está implícito en la acción del delincuente. Como ser racional, el delincuente es honrado con la pena, que es mantenida como continente de su derecho particular. Este honor no llega a él si el concepto y la norma de su pena no se toman de su mismo acto y si es considerado el delincuente como un animal dañino al que habría que hacer inofensivo, o a los fines de la intimidación y de la corrección. Por otra parte, respecto al modo de existencia de la justicia y la forma que como pena tiene en el Estado, no es la forma única y el Estado no es el presupuesto que condiciona la justicia en sí.” HEGEL, Guillermo Federico. *Filosofía del Derecho*, Editorial Claridad, Buenos Aires, 1968, p. 109.

¹⁶⁶ “La superación del delito es el castigo, pues según el concepto es la vulneración de la vulneración y según la existencia, el delito tiene una extensión determinada cualitativa y cuantitativa; por lo tanto, su negación, como existencia, tiene otra existencia. Empero, esa identidad que se funda sobre el concepto no es la igualdad en la naturaleza específica, externa, de la vulneración, sino en la que es en sí de acuerdo al valor de la misma.” HEGEL, Guillermo Federico. *Filosofía del Derecho*, Editorial Claridad, Buenos Aires, 1968, p. 109.

comprender la experiencia investigada mirando a su propio interior, es decir, a los procesos mentales comprometidos en el camino por el cual pasa una proposición o experiencia¹⁶⁷.

Así pues, Hegel pregunta cuál sería el producto de la experiencia introspectiva del individuo en relación con una pena criminal, proceso que dejaría claro que el hombre tiene dentro de sí una necesidad de percibir la experiencia del delito y de la pena en una relación de necesidad (al delito, sigue la pena) y proporcionalidad (la pena debe representar el mismo grado de mal que representa el delito)¹⁶⁸, conforme él mismo lo escribe, da saber: “*ciertamente, que el sentimiento universal de los pueblos y de los individuos sobre el delito es y ha sido que: debe ser penado y que al delincuente le deje acaecer lo mismo que él ha efectuado*”¹⁶⁹, aunque dicha proporcionalidad sea una premisa de difícil concreción, conforme el mismo filósofo¹⁷⁰.

De esta forma, en la búsqueda del significado universal de la pena, se busca también su significado particular, es decir, de la misma manera por la cual el delito como voluntad nula contiene, introspectivamente, en sí mismo su propia superación, el sentido de la pena investigado por este método no está limitado al sujeto que lo ha experimentado¹⁷¹, aunque,

¹⁶⁷La introspección, que viene del latín *introspicere*, que significa mirar hacia el interior, o inspección interna designa la idea de mirar al interior del individuo. El método introspectivo puede ser definido como el hecho del sujeto pedir que el sujeto observe a sí mismo delante de una situación experimental. El sujeto describe la experiencia que él está viviendo o que ha vivido, desde sus propias observaciones. Se supone que él puede tomar posesión de estos estados de conciencia y describirlos al investigador. Se tendría un acceso directo a los procesos mentales superiores implicados en la evaluación, el juzgamiento y la resolución del problema. Véase: GOSLING, Patrick *et alli*. *Psychologie sociale: Approches du sujet social et des relations interpersonnelles*, tomo 2, editorial Bréal, Paris, 1996, pág. 20.

¹⁶⁸ “Puesto que en la ciencia usual la definición de una determinación, aquí de la pena, debe ser tomada de la concepción general de la experiencia psicológica de la conciencia, ésta demostraría, ciertamente, que el sentimiento universal de los pueblos y de los individuos sobre el delito es y ha sido que: debe ser penado y que al delincuente le deje acaecer lo mismo que él ha efectuado. No se alcanza a comprender cómo nunca estas ciencias, que tienen la fuente de sus determinaciones en la concepción general, admitan de ella, una vez más, principios contradictorios al hecho general de la conciencia.” HEGEL, Guillermo Federico. *Filosofía del Derecho*, Editorial Claridad, Buenos Aires, 1968, p. 109.

¹⁶⁹ HEGEL, Guillermo Federico. *Filosofía del Derecho*, Editorial Claridad, Buenos Aires, 1968, p. 109.

¹⁷⁰ “Si no se descuida, solamente, esta naturaleza de la finitud, sino que se detiene además en la abstracta igualdad específica, nace no sólo una dificultad insuperable para determinar la pena (especialmente si la Psicología alega la grandeza de los impulsos sensitivos y de la fuerza ligada a ellos, o de cualquier otra manera; o bien, aquella tanto más fuerte, de la mala voluntad, o la tanto más tenue fuerza y libertad de la voluntad en general), sino que es fácil demostrar el trueque de la pena como un absurdo (hurto por hurto, rapiña por rapiña, ojo por ojo, diente por diente, y en el cual se puede representar al que obra como tuerto o desdentado), cosa que no importa al concepto, pero de la cual viene a ser deudor dicha igualdad específica citada.” HEGEL, Guillermo Federico. *Filosofía del Derecho*, Editorial Claridad, Buenos Aires, 1968, p. 110.

¹⁷¹ “Empero, una dificultad capital ha sido introducida por la determinación de la igualdad en la concepción del Castigo; pero la justicia de las determinaciones de la pena, según su naturaleza cualitativa y cuantitativa es, en cuanto sustancia de la cosa misma, algo posterior. Cuando se debieran procurar, también para esta determinación ulterior, principios diversos que para lo universal de la pena, no se ha establecido nada distinto. Pero el concepto mismo debe, en general, contener también el principio fundamental para lo particular. Empero, esta

conforme lo reconoce el propio Hegel, dicha experiencia no esté sujeta a una determinación absoluta y sólo permita una aproximación a su esencia¹⁷².

Al final, Hegel llama la atención para la necesidad de comprenderse la verdadera naturaleza de la pena como, en esencia, la superación de un mal, y no comprenderla como un mal arbitrario y sin sentido o, aún más equivocado, ponerle en el mismo estatus axiológico que el propio delito¹⁷³. La pena es la superación del mal que representa el delito y, por eso, no puede ser jamás equiparado a él.

Para Hegel, el contenido de la pena es una venganza justa a través de un castigo o una coacción, que promueve la superación del hecho ilícito, sin embargo, la forma de dicha superación es una voluntad subjetiva que pone en cada vulneración de voluntad distorsionada la idea de que dicha voluntad representa una universalidad que no tiene validez universal¹⁷⁴.

2.4 Conclusiones de la parte político-filosófica

La primera conclusión que se observa es que, de hecho, parece no haber duda que los filósofos de la ilustración y de la concepción contemporánea de Estado de Derecho y de contrato social reconocen la necesidad de un Derecho penal (aunque, de acuerdo con ellos,

determinación del concepto es, precisamente, aquella conexión de la necesidad, por la cual el delito como voluntad nula en sí contiene en sí mismo su superación, que aparece como pena. Es la identidad interior que se refleja para el intelecto, como igualdad en la existencia exterior.” HEGEL, Guillermo Federico. *Filosofía del Derecho*, Editorial Claridad, Buenos Aires, 1968, pp. 109-110.

¹⁷² “La naturaleza cualitativa y cuantitativa del delito y la de la superación del mismo están comprendidas ahora en la esfera de la exterioridad en la que, por otra parte, no es posible ninguna determinación absoluta (§ 19). En el ámbito de la finitud, esa determinación de igualdad permanece sólo como una exigencia que el intelecto debe siempre limitar más, lo cual es de la mayor importancia, pero que, sin embargo, avanza hacia el infinito y sólo permite una perenne aproximación.” HEGEL, Guillermo Federico. *Filosofía del Derecho*, Editorial Claridad, Buenos Aires, 1968, p. 110.

¹⁷³ “Según ese aspecto externo, el hurto, la rapiña, la multa y la pena de cárcel, etcétera, son meramente cosas heterogéneas; pero según su valor, su carácter general de ser vulneraciones, son cosas comparables. Conciérne al intelecto, como se ha notado, el buscar la aproximación a la igualdad de estos respectivos valores. Si no se comprende la conexión existente en sí, entre el delito y su superación, y el concepto del valor y de la posibilidad de comparar a entrambos según el valor, puede acontecer que (Klein: Grunds, des peinl. Rechts., § 9) en una pena apropiada se vea solamente un vínculo arbitrario de un mal con un acto ilícito.” HEGEL, Guillermo Federico. *Filosofía del Derecho*, Editorial Claridad, Buenos Aires, 1968, pp. 110-111.

¹⁷⁴ “La superación del delito en la esfera del Derecho Abstracto es principalmente venganza, justa, según el contenido en cuanto es castigo o coacción. Pero según la forma es la acción de una voluntad subjetiva que puede poner en cada vulneración acaecida su infinitud y cuya justicia es, en general, accidental; como, asimismo, para los demás ella es sólo en cuanto particular. La venganza, por el hecho de que es una acción positiva de una voluntad particular, viene a ser una nueva vulneración, incorporándose como tal contradicción en el progreso al infinito y pasa en herencia, de generación en generación, ilimitadamente.” HEGEL, Guillermo Federico. *Filosofía del Derecho*, Editorial Claridad, Buenos Aires, 1968, p. 111.

basado en un Derecho Natural) y además, admiten la posibilidad – e incluso, la necesidad – de una forma diferente de reacción frente a los riesgos que algunos individuos representan para la sociedad y el estado, en virtud de su rehusa en entrar en un estado de ciudadanía o civilidad, *id est*, de realmente aceptaren los términos del contrato social.

Así pues, parece que dichos pensadores admiten la necesidad de rotura del contrato social en relación con algunos individuos – que serían o no previamente ciudadanos – para reconocerles el estatus de enemigos y permitir que el Estado promueva medidas de seguridad del orden y de la vigencia de los derechos de sus ciudadanos. Jakobs fue quien ha identificado dicha conclusión que aquí se ha podido confirmar, conforme se puede observar a continuación:

En la filosofía del Derecho penal de la época de la Ilustración predominaba un punto de vista distinto; se argumentaba que el delincuente se desvincula a través de su hecho del contrato social, produciéndose una regresión al estado de naturaleza. Citaré a modo de ejemplo tan sólo a Leibniz: "*Qui sciens nocet sine necessitate in eum est jus belli*" (Busche [ed.], G. W. Leibniz. *Frühe Schriften zum Naturrecht*, 2003, p. 102), y este *jus belli*, si bien conoce un límite, sólo después de la victoria: "*Pugna suum finem cum jacet hostis habet*" (op. cit., p. 124). Así o de modo similar aparece la reflexión en numerosos autores, siendo recuperada incluso por Fichte, y también para Kant el delincuente pierde su status de ciudadano, es decir, la personalidad jurídica (aunque Kant considera que la personalidad innata, de la que aquí no se habla, no puede perderse). Esta solución, muy dura, probablemente esté relacionada con la praxis en materia de penas en los siglos XVII y XVIII, igualmente muy dura; sólo recordaré que aún Kant prevé para los ladrones la reducción a la esclavitud, la pena de arriero; que la Ordenanza Territorial General (*Allgemeines Landrecht*) prusiana de 1794 aún conoce la pena de muerte por la rueda y que Fichte declara al asesino ganado, que, consecuentemente -ya que es ganado- no puede ser penado, sino frente al cual hay que asegurarse.¹⁷⁵

La posibilidad de exclusión el estatus de ciudadano – en el contexto del contrato social – equivale a la exclusión del propio estatus de persona del individuo tratado como enemigo. Mientras que, para Rousseau todo delincuente sea un enemigo, para Fichte, todo delincuente que rehusa a recuperarse lo sea, para Kant lo sea quien no quiere salir del estado de

¹⁷⁵ JAKOBS, Günther. "¿Derecho penal del enemigo? Un estudio acerca de los presupuestos de la juridicidad", en: AA. VV.: *Derecho penal del enemigo. El discurso penal exclusión*, 2 vols., Montevideo/Buenos Aires, Editorial B de F Edisofer, 2006, compilado por Manuel Cancio Meliá y Carlos Gómez-Jara Díez, Vol. 2, pp. 93-116, p. 103.

naturaleza, lo que representa un peligro y Hobbes considere un enemigo a los que violen los fundamentos de Derecho natural del contrato social, no hay duda de que la reacción frente a este enemigo sea una necesidad real en los trabajos de dichos filósofos y que eso presupone la reducción total de estatus de civilidad de dichos enemigos (lo que representa también la reducción de la vigencia de su personalidad)¹⁷⁶.

De entrada, hay que reconocerse que desde una perspectiva histórica la señal característica de la enemistad – o de un Derecho que trata de medidas que deben ser tomadas en contra la enemistad – se sometió a las regulaciones de Derecho administrativo y Derecho internacional sobre la guerra. Así pues, la idea de lucha en contra un enemigo siempre estuvo cercana de la idea de una guerra contra amenazas externas.

Eso ha pasado especialmente porque, conforme se ha demostrado en este apartado y lo que se va continuar a hacer en este trabajo, las sociedades nunca tuvieron grandes problemas en reconocer algunos de sus miembros como enemigos y quitarles el estatus de ciudadano, para imponer a ellos las medidas de seguridad que se creía necesarias.

La idea de enemistad *intra muros* siempre fue tratada naturalmente por el Derecho interno y, en especial, a través de medidas de seguridad, y por eso, el problema de una posible deficiencia en la respuesta de garantía de seguridad de la sociedad, por parte del Estado, sólo empezó cuando se pasaron dos hechos, uno de naturaleza teoría y otro de naturaleza real.

El problema de naturaleza teórica que acometió las medidas de seguridad y protección de la sociedad, por parte del Estado, en relación con los criminales internos o ciudadanos que persisten en realizar delitos graves puede ser identificado en el hecho de que, después de la Segunda Guerra Mundial, el producto teórico del holocausto y de las demás barbaridades de la guerra generó una avalancha de construcciones teóricas y acuerdos internacionales que han intentado reprimir el Derecho del Estado de punir y perseguir sus criminales.

¹⁷⁶ “Para ROUSSEAU y FICHTE todo delincuente es de por sí un enemigo, para HOBBS al menos el reo de alta traición. KANT, quien hace uso del modelo contractual como idea regulativa en la fundamentación y en la limitación del poder del Estado, ubica el problema en el tránsito entre el estado de naturaleza (ficticio) y el estado estatal.” JAKOBS, Günther; CANCIO MELIÁ, Manuel. *Derecho penal del enemigo*. Madrid, Civitas Ediciones, 2003, p. 29.

En primer lugar, de hecho, hay que reconocerse que la reflexión y la crítica a todas las instituciones – y por supuesto, también al poder punitivo estatal – son muy bien venidas y son necesarias a la evolución de las instituciones sociales. Sin embargo, el movimiento citado, que busca la marginalización del poder de punir del Estado, que tiene como mejores representantes el minimalismo radical y el abolicionismo, acaban por generar una política criminal no ponderada y desproporcionada, que no promueve la protección eficiente de los bienes jurídicos de los individuos ni tampoco materializa el derecho a la seguridad que todos los ciudadanos buscan con el contrato social.

En lugares donde no hay un Derecho penal que funciona bien no hay la paz y el orden necesarios para el debido desarrollo de la personalidad y de la vida de los ciudadanos. Véase, por ejemplo, como la sociedad funciona en los lugares en los cuales impera la anomía, como en los países africanos que no poseen un Estado mínimamente fuerte para garantía de los bienes jurídicos¹⁷⁷ o en los momentos en los cuales policía decide no trabajar, en los Estados un poco más organizados¹⁷⁸.

La segunda cuestión, esta de naturaleza real, que ha generado el problema de la deficiencia de la garantía de los bienes jurídicos de las personas que viven en sociedad, por parte del Estado, puede ser identificado en los cambios sociales que se pasaron en los últimos setenta años en la

¹⁷⁷ Un ejemplo de eso es el grado de dominio que el grupo terrorista islámico de Nigeria, Boko Haram, tiene sobre grande parte del territorio de aquel país, véase: “Kano, Nigeria.- El misterio se terminó, pero la angustia continúa. El líder del grupo islamista nigeriano Boko Haram, Abubakar Shekau, reivindicó a través de un video de 57 minutos el secuestro de las más de 200 chicas que fueron raptadas en su escuela al norte de Nigeria hace tres semanas. "Yo he secuestrado a sus chicas. Por Alá que las venderé en el mercado", dijo el líder del grupo en el video, y advirtió que serán tratadas como "esclavas" y sometidas a matrimonios "por la fuerza". (...) Una adolescente que logró escapar de un secuestro anterior contó al diario The Trent que ella había sido regalada a uno de los líderes terroristas para que sea su esposa dado que era virgen. En un relato anónimo y escalofriante, la joven dijo que las chicas raptadas eran violadas hasta 15 veces por día, forzadas a convertirse al Islam y que les cortaban la garganta si no lo hacían.”Agencias AFP y EFE. La nación. “Nigeria: Boko Haram reivindica el secuestro de 200 chicas y promete venderlas "Yo he secuestrado a sus chicas; por Alá que las venderé en el mercado", dijo el líder del grupo terrorista en un video difundido hoy” <<http://www.lanacion.com.ar/1687762-nigeria-boko-haram-reivindica-el-secuestro-de-200-chicas-y-promete-que-las-vendera>> Buenos aires, 05/05/2014, acceso en 18 mayo 2017.

¹⁷⁸ “Una semana de huelga de la Policía de Espírito Santo ha provocado un repunte de la violencia en este estado del sureste de Brasil, con al menos 127 muertos, además de saqueos y un clima de inseguridad que ha dejado desiertas casi todas las vías de la capital, Vitoria, y el comercio desabastecido. Los huelguistas rechazaron este sábado el acuerdo firmado el viernes por la noche y se negaron a acudir al trabajo, lo que aumentó la tensión entre la población y la preocupación en el Gobierno, que no halla una salida. Los agentes alegan que no han tenido un aumento de sueldo desde hace cuatro años y que su salario base de 2.900 reales mensuales (unos 875 euros) es uno de los más bajos del país.” GOYZUETA, Verónica. “La huelga de policías deja ya 127 muertos en el estado brasileño de Espírito Santo Los agentes se niegan a volver al trabajo y a aceptar el pacto que les ofrece el Gobierno.”, disponible en: <http://www.abc.es/internacional/abci-huelga-policias-deja-127-muertos-estado-brasileno-espirito-santo-201702111928_noticia.html>, ABC internacional, São Paulo, 11/02/2017.

sociedad occidental, añadido de la crisis de legitimidad del poder punitivo estatal, ya mencionada.

Así pues, en la medida en la cual se criticaba de forma muy dura el poder punitivo del Estado, surgieron nuevas formas de organización social que se aprovechaban del alto grado de organización y anonimización de algunas sociedades o de la ausencia del Estado en otras, para operar grandes sistemas de violaciones de bienes jurídicos, como por ejemplo, el nacimiento de nuevas formas de gestión del delito, por parte de las mafias y de las redes internacionales de criminalidad organizada en algunos lugares de Europa, y del crecimiento y la toma del poder de hecho, por parte de las organizaciones criminales – especialmente narcotraficantes – en algunas regiones de los países latinoamericanos.

Además, se puede identificar que los riesgos que provienen de las nuevas tecnologías creadas en dicho período – como el control de la energía nuclear, por ejemplo – al medio ambiente y a la vida en sociedad, y más contemporáneamente, la proporción magistral del problema en el cual el terrorismo yihadista se ha vuelto en los últimos años, han demandado un nuevo Derecho penal, más eficaz, con características opuestas a lo que los movimientos de política criminal minimalistas han postulado.

Así pues, en los lugares citados, la búsqueda de un Derecho penal mínimo añadida a la maximización de daños a bienes jurídicos y la sofisticación del crimen organizado ha generado un alejamiento de los legisladores y del ejercicio del poder de punir del Estado de la academia y la producción intelectual sobre el tema, lo que ha vaciado los discursos justificadores de las medidas de una citada política criminal de lucha y que, en consecuencia crea una crisis de legitimidad de dichas medidas político-criminales.

Al final, para comprender como es posible reformular el discurso justificador del Derecho penal que tiene una orientación de minimización del *ius puniendi* (y, incluso, de negación de la posibilidad de imposición de medidas de garantía de los bienes jurídicos en el plan de gestión de riesgos) en el preciso momento en que los riesgos y las amenazas a las formas de organización social que poseemos en el occidente crecen de forma exponencial, se analizará un nuevo discurso justificador del Derecho penal, lo largo de este trabajo.

CAPÍTULO 3

Las nuevas características de la sociedad actual y sus desafíos

“¡Qué ridiculez la del hombre! Pretender (cuando nuestra fortuna sufre y mengua por nuestra imprudencia, por el desarreglo de nuestra conducta), acusar de nuestros males al sol, a la luna y a las estrellas, como si fuésemos viciosos y malvados por una impulsión celeste: bribones, traidores y pícaros, por la acción invencible de las esferas: borrachos, embusteros y adúlteros por una obediencia forzosa a las influencias planetarias, y todo el mal que cometemos no sucediese sino porque a él nos impele a pesar nuestro, el cielo cómplice. Admirable excusa del disoluto sobornador de mujeres, el imputar sus lascivos instintos al cambio de una estrella.”¹⁷⁹

Edmund

¹⁷⁹ “This is the excellent foppery of the world, that when we are sick in fortune (often the surfeits of our own behavior) we make guilty of our disasters the sun, the moon, and stars, as if we were villains on necessity; fools by heavenly compulsion; knaves, thieves, and traitors by spherical predominance; drunkards, liars, and adulterers by an enforced obedience of planetary influence; and all that we are evil in, by a divine thrusting on. An admirable evasion of whoremaster man, to lay his goatish disposition on the charge of a star!” – Edmund. SHAKESPEARE, William. *The tragedy of King Lear*. MOWAT, Barbara A.; WERSTINE, Paul (Ediores) Folger Shakespeare Library, Washington DC, 2004, p. 37

CAPÍTULO 3 – Las nuevas características de la sociedad actual y sus desafíos

Antes de estudiar en qué consiste la sociedad actual, tenemos que revisar, aunque brevemente, el origen de los valores modernos. La cultura occidental fue formulada por las ideas de la Ilustración, a través de los trabajos de los filósofos que rehusaban la influencia de la religión y del dogma, con el fin de sustituirlos por formas más racionales de ver la vida y el mundo¹⁸⁰.

El rol más importante de la civilización es posibilitar el desarrollo de las potencialidades humanas. Ella no es el fin, pero el medio de alcanzar el propio futuro de la humanidad. Si el presente es una constante lucha por la civilización, el futuro es la civilización, o lo debería ser. “La civilización comprende la suma de todas estas actividades, que permiten al hombre trascender la mera existencia biológica con el fin de alcanzar una vida mental, estética, material y espiritual más exuberante.”¹⁸¹

La idea poderosa cartesiana de control racional humano de los procesos sociales de experimentación fue central en este proceso. Así pues, los filósofos de la Ilustración pensaban que, cuanto mayor el grado de comprensión, a través de la razón, del mundo, de la sociedad y del individuo, más capaz sería la humanidad de comprenderse a sí misma y de moldear la propia historia a su medida, de acuerdo con sus valores y deseos. En este contexto, el control del futuro dependía de la desvinculación con los hábitos y prejuicios del pasado¹⁸².

El control de los procesos sociales de producción y experimentación, a través de la razón, posibilita la estabilidad de las relaciones sociales y el control de la naturaleza. Con estos valores, es casi natural que pensemos que la sociedad occidental tendería a la estabilización de sus procesos de producción y de la vida en comunidad.

Sin embargo, no es exactamente esto lo que experimentamos hoy, y por eso, hay que investigar qué pasó con la aplicación de los valores de la racionalidad en nuestra sociedad. Giddens informa que:

¹⁸⁰ GIDDENS, Anthony. *O mundo na era da globalização*. Tradução de Saul Barata, Lisboa, Editorial Presença, 1999, p. 15.

¹⁸¹ DALRYMPLE, Theodore. *Nossa Cultura ou o que restou dela*. E Realizações. São Paulo. 2015, p. 195.

¹⁸² GIDDENS, Anthony. *O mundo na era da globalização. op. cit.*, p. 15.

“El mundo en el que nos encontramos hoy, sin embargo, no se parece mucho al que pronosticaron. Tampoco lo sentimos de la misma manera. En lugar de estar cada vez más bajo control, parece fuera de él – un mundo desbocado –. Es más, algunas de las tendencias que se suponía harían la vida más segura y predecible para nosotros, incluido el progreso de la ciencia y de la tecnología, tiene a menudo el efecto contrario. Por ejemplo, el cambio climático global y sus riesgos inherentes resultan probablemente de nuestra intervención sobre el medio ambiente. No son fenómenos naturales. Ciencia y tecnología están inevitablemente implicadas en nuestros intentos por contrarrestar tales riesgos, pero han contribuido también, y en primer lugar, a crearlos.”¹⁸³

Sin empezar la discusión terminológica acerca del título de los tiempos actuales, que pueden ser llamados de postmodernidad (Zygmunt Bauman), capitalismo tardío (Frederic Jameson), Hipermmodernidad (Gilles Lipovetisky), sociedad-red (Castells) o simplemente continuar con la nomenclatura modernidad (Luhmann/Habermas), un hecho es que la sociedad ha cambiado mucho desde finales de la Segunda Guerra Mundial (1945), especialmente en dos ámbitos: el axiológico (valorativo) y el tecnológico (científico), hacia una completa globalización.

Mientras que en el ámbito tecnológico se puede decir que hubo avances considerables, en relación con el ámbito axiológico los teóricos no están tan seguros. De entrada, hay que comprender en qué consiste el modelo teórico de la modernidad, para que se pueda comprender por qué su desarrollo desde el punto de vista axiológico tuvo grandes cambios. Boaventura Santos, filósofo portugués, describe la modernidad del siglo pasado como un proyecto inacabado, que tiene como pilares los valores de la regulación y la emancipación.

Cada uno de estos pilares está basado en tres principios. El pilar de la regulación es constituido por el principio del Estado, derivado de la teoría de Hobbes, por el principio del mercado, basado especialmente en la obra de Locke, y el principio político de la comunidad, articulado desde la filosofía política de Rousseau.¹⁸⁴ El pilar de la emancipación se basa en

¹⁸³ GIDDENS, Anthony. *Un mundo desbocado*. Los efectos de la globalización en nuestras vidas. Traducción de Pedro Cifuentes, Madrid, 2000, p. 14.

¹⁸⁴ “*O projecto sócio-cultural da modernidade é um projecto muito rico, capaz de infinitas possibilidades e, como tal, muito complexo e sujeito a desenvolvimentos contraditórios. Assenta em dois pilares fundamentais, o pilar da regulação e o pilar da emancipação. São pilares, eles próprios, complexos, cada um constituído por três princípios. O pilar da regulação é constituído pelo princípio do Estado, cuja articulação se deve principalmente a Hobbes; pelo princípio do mercado, dominante sobretudo na obra de Locke; e pelo princípio da comunidade, cuja formulação domina toda a filosofia política de Rousseau. Por sua vez, o pilar da emancipação é constituído por três lógicas de racionalidade: a racionalidade estético-expressiva da arte e da literatura; a racionalidade moral-prática da ética e do direito; e a racionalidade cognitivo-instrumental da*

tres lógicas de racionalidad: la racionalidad estético-expresiva del arte, la racionalidad moral-práctica de la ética y del Derecho, y la racionalidad cognitivo instrumental de la ciencia y de la técnica.

Luhmann identifica en la relación entre estos dos pilares una paradoja. Estas dos exigencias de la sociedad actual (la paradoja: realización-regulación) son contrapuestas, paralelas, y sólo se realizan efectivamente en el futuro, solución típicamente moderna y que no tiene más lugar en la sociedad actual. En las palabras de Luhmann:

“En un examen detenido el proyecto “sociedad moderna” muestra una doble cara: libertad e igualdad, autorrealización y autorregulación. Pero la paradoja es llamada “razón”, y el proyecto está, usando un término típico del siglo XVIII, embarazado con futuro. El futuro, sin embargo, continúa futuro y nunca se transforma en presente. Él contiene la proyección de la oscilación entre los dos lados de la paradoja. Sin embargo, teniendo en vista muchos de los problemas urgentes que confronta a nosotros el día de hoy, ¿existe alguna garantía que esa paradoja de la modernidad que se autocontiene seguirá siendo nuestra paradoja y el futuro seguirá siendo el horizonte sin límites que resuelve la paradoja? (...) El siglo XX no ha aportado ni alegría ni solidaridad.”¹⁸⁵

Lo que pasa es que, con todas las posibilidades de realización del proyecto de la modernidad, a través de su emancipación política y del control de la naturaleza en un grado nunca antes

*ciência e da técnica. Como em qualquer outra construção, estes dois pilares e seus respectivos princípios ou lógicas estão ligados por cálculos de correspondência. Assim, embora as lógicas de emancipação racional visem, no seu conjunto, orientar a vida prática dos cidadãos, cada uma delas tem um modo de inserção privilegiado no pilar da regulação. A racionalidade estético-expresiva articula-se privilegia-damente com o princípio da comunidade, porque é nela que se condensam as idéias de identidade e de comunhão sem as quais não é possível a contemplação estética. A racionalidade moral-prática liga-se preferencialmente ao princípio do Estado na medida em que a este compete definir e fazer cumprir um mínimo ético para o que é dotado do monopólio da produção e da distribuição do direito. Finalmente, a racionalidade cognitivo-instrumental tem uma correspondência específica com o princípio do mercado, não só porque nele se condensam as idéias da individualidade e da concorrência, centrais ao desenvolvimento da ciência e da técnica, como também porque já no século XVIII são visíveis os sinais da conversão da ciência numa força produtiva.” SANTOS, Boaventura de Sousa. *Pela mão de Alice. O Social e o político na pós-modernidade*. 7ª edição, Edições Afrontamento, 1994, p. 77.*

¹⁸⁵ LUHMANN, Niklas. “Globalization or Worrlid Society: How to Concieve of Modern Society?” In: *Inernational Review of Socielogy - Revue Internationale de Sociologie*, Vol. 7, n. 1, 1997, p. 69. Texto original: “Upon close inspection the project “modern society” shows a paradoxical face: freedom and equality, self-realization and solidarity. But the paradox is called “reason”, and the project is, to use an 18th-century slogan, pregnant with future. The future, however, remains future and can never become present. It contains the prospect of oscillation between the two sides of the paradox. But in view of many urgent problems confronting us today, is there any guarantee that this self-contained paradox of modernity will remain our paradox and the future will remain the unlimited horizon of resolving this paradox? (...) The 20th century has brought about neither happiness nor solidarity.”

imaginado, lo efectivamente realizado fue poco, consideradas las posibilidades humanas, conforme se observa a continuación:

“El paradigma cultural de la modernidad se constituyó antes del modo de producción capitalista se haber vuelto dominante y se acabará antes de esta forma de producción dejar de ser dominante. Su extinción es compleja porque es, de una parte, un proceso de superación, y de otra, un proceso que le transforma en algo obsoleto. Es superación en la medida en que la modernidad ha cumplido algunas de sus promesas, y otras, ha cumplido demasadamente. Es algo obsoleto en la medida en que la modernidad está irreversiblemente incapacitada de cumplir la gran parte de sus promesas. Tanto el exceso como el incumplimiento de algunas promesas, como el déficit en el cumplimiento de otras son responsables por la presente situación, que se muestra superficialmente como de vacío o de crisis, pero que es, en un nivel más profundizado, una situación de transición. Como todas las transiciones son simultáneamente casi ciegas y casi invisibles, no es posible nombrar adecuadamente la situación presente. Por esta razón, se la ha atribuido el nombre inadecuado de posmodernidad. Sin embargo, en la falta de un nombre mejor, este es auténtico en su inadecuación.”¹⁸⁶

La revolución tecnológica llegó hasta límites inimaginables, pero el desarrollo de los valores sociales humanos, la centralidad del humanismo desde un punto de vista social, retrocedió frente al individualismo. Así pues, la realización de ser humano desde un punto de vista tecnológico fue excesiva, y desde un punto de vista valorativo fue deficitaria.

Desde el punto de vista tecnológico, algo parecido pasó en siglos XV y XVI con el invento de la imprenta y del motor a vapor. La revolución de los medios de comunicación a través de la primera posibilitó la revolución en otros ámbitos de la acción humana, tales como la reforma

¹⁸⁶ SANTOS, Boaventura de Sousa. *Pela mão de Alice. O Social e o político na pós-modernidade*, op. cit., p. 76. Texto original: “O paradigma cultural da modernidade constituiu-se antes de o modo de produção capitalista se ter tornado dominante e extinguir-se-á antes de este último deixar de ser dominante. A sua extinção é complexa porque é em parte um processo de superação e em parte um processo de obsolescência. É superação na medida em que a modernidade cumpriu algumas das suas promessas e, de resto, cumpriu-as em excesso. É obsolescência na medida em que a modernidade está irremediavelmente incapacitada de cumprir outras das suas promessas. Tanto o excesso no cumprimento de algumas das promessas como o défice no cumprimento de outras são responsáveis pela situação presente, que se apresenta superficialmente como de vazío ou de crise, mas que é, a nível mais profundo, uma situação de transição. Como todas as transições são simultaneamente semicegas e semi-invisíveis, não é possível nomear adequadamente a presente situação. Por esta razão lhe tem sido dado o nome inadecuado de pós-modernidade. Mas, à falta de melhor, é um nome autêntico na sua inadequação.”

protestante y la realización del principio calvinista llamado de *sola scriptura*¹⁸⁷. La invención del motor a vapor posibilitó la reducción drástica del tiempo de traslado entre ciudades, lo que a su vez permitió un intercambio cultural en un grado nunca antes visto. Anthony Giddens nos pone un ejemplo aún más expresivo que estos dos:

“A meados del siglo XIX un retratista de Massachusetts, Samuel Morse, transmitió el primer mensaje – “¿qué ha fraguado Dios?” – por telégrafo eléctrico. Al hacerlo inició una nueva fase en la historia del mundo. Nunca antes se había enviado un mensaje sin que alguien fuera a algún sitio llevarlo. Y, con todo, la llegada de las comunicaciones por satélite marca una ruptura igual de dramática con el pasado. Hasta 1969 no se lanzó el primer satélite comercial. Hoy hay más de doscientos satélites parecidos sobrevolando la Tierra y cada uno porta una inmensa cantidad de información. Por primera vez en la historia es posible la comunicación instantánea de una esquina del mundo a otra. Otros tipos de comunicación eléctrica, cada vez más incorporados a la transmisión por satélite, también se han acelerado en los últimos años. Hasta finales de los años cincuenta, no existían cables específicamente transatlánticos o transpacíficos. Los primeros contenían menos de cien canales de voz. Los actuales recogen más de un millón.¹⁸⁸

En nuestros tiempos, mientras las últimas décadas nos tengan hecho testigos de un desarrollo muy rápido de las técnicas de comunicación, producción y control de la naturaleza, se ha observado, en la misma velocidad, la pérdida de los grandes relatos y un cambio muy profundo en los valores buscados por la sociedad. Pueden ser resumidas a tres grandes rasgos las características de la sociedad actual, de acuerdo con José Henrique Rodríguez¹⁸⁹:

- 1) Tendencia hacia la mundialización de la economía y consiguiente crisis del Estado-nación, en un marco de integración transnacional del que la Unión Europea constituye un auténtico buque-insignia.

¹⁸⁷ “Mi intento, pues, en este libro ha sido de tal manera preparar i instruir los que querrán aplicar al estudio de la Teología que fázilmente puedan leer la Sagrada Escritura i aprovecharse de su lezion entendiendola bien, i ir por el camino derecho sin apartarse dél. Porque pienso que de tal manera he comprendido la suma de la relijión con todas sus partes, i que la he puesto i dijido en tal orden, que cualquiera que la entendiere bien, podrá fázilmente juzgar i resolverse de lo que deba buscar en la Escritura, i á que fin deba aplicar todo cuanto en ella se contiene.” CALVINO, Juan. Institución de la Religión Cristiana. 3 edición. Volumen I y II. Rijswijk: Felire, 1968, p. XXIV. (ortografía original).

¹⁸⁸ GIDDENS, Anthony. *Un mundo desbocado*. Los efectos de la globalización en nuestras vidas, *op. cit.*, p. 23.

¹⁸⁹ RODRÍGUEZ IBÁÑEZ, José Henrique. ¿Nuevos tiempos modernos? Intento de delimitación sociológica de la polémica Modernidad-posmodernidad. In RAMOS TORRE, Ramón; GARCÍA SELGAS, Fernando; (org.). *Globalización, riesgo, modernidad*. Tres temas de la teoría social contemporánea Madrid, Centro de Investigaciones Sociológicas, Madrid: Centro de Investigaciones Sociológicas, 1999, p. 138.

- 2) Transformación radical en los esquemas y contextos de la producción y del consumo, de la mano de la revolución de las nuevas tecnologías que algunos han denominado “tercera revolución industrial”.
- 3) Fin de las ideologías de salvación – muy fundamentalmente, el comunismo – y subsiguiente crisis generalizada de los valores a la que tratan de dar solución espuria en ciertos ámbitos de los nacionalismos y/o fundamentalismos.

La creencia en la verdad y en el progreso, los hijos de la razón, se detuvo frente a valores menos complejos, más flexibles y de más rápida adquisición. En la época en que vivimos reina el desencanto. Los valores de desarrollo social son sustituidos por la búsqueda del desarrollo individual y del hedonismo¹⁹⁰. El progreso social pasa a ser una utopía descalificada de un mundo que no existe más. Desaparecen los idealismos y la única revolución a la que las personas se proponen a realizar es la revolución de sus posesiones materiales individuales.

En la modernidad, la verdad sale del dominio de la religión y pasa a ser monopolio de las ciencias. En los tiempos actuales, la producción del conocimiento científico es cuestionada y la idea de progreso en el seno de las ciencias recibe duras críticas por parte de los epistemólogos¹⁹¹, lo que genera una situación de ausencia de referencias válidas en la sociedad, y la consecuente búsqueda desesperada por verdades individuales fundamentales.

Se puede observar, incluso en la academia, una cierta simpatía por la negación de la civilización, y el consecuente culto a la barbaridad, en nombre del entretenimiento y del hedonismo. Se identifica el culto a la satisfacción inmediata del instinto de placer – sea o no realizada especialmente a través de la destrucción de las estructuras de la sociedad como la conocemos – y el rechazo a las restricciones a la libertad que la vida civilizada representa. Eso, por supuesto, lleva a la conclusión de que, si queremos continuar a vivir en una sociedad organizada, debemos tener en cuenta que contrarrestar dicha barbaridad es una misión de la sociedad organizada, aún que dicha finalidad no sea muy bien recibida por los medios de

¹⁹⁰ LIPOVETSKY, Gilles. *O Crepúsculo do Dever*. A ética indolor dos novos tempos democráticos. 4ª Edição. Tradução de Fátima Gaspar e Carlos Gaspar. Alfragide. Publicações Dom Quixote, 2010, p. 58.

¹⁹¹ KUHN, Thomas Samuel. *The Structure of Scientific Revolutions*, Chicago, The University of Chicago Press, 1996.

comunicación. El crítico de la modernidad inglés, Anthony Daniels, bajo el pseudónimo Theodore Dalrymple, nos pone este exacto problema, de la siguiente forma:

Parafraseando Burke, cuando dijo que, para que el barbarismo tenga éxito, es suficiente esperar que la humanidad civilizada no haga nada, yo diría más: de hecho, en las últimas décadas, la humanidad civilizada no se ha quedado inmóvil, al revés, ella se adhirió activamente a los barbaros, negando la diferencia entre superior e inferior, lo que favorece, inevitablemente, lo inferior. Los hombres y mujeres civilizados están negando la superioridad de las grandes realizaciones culturales, en nombre de las formas más efímeras y vulgares de entretenimiento; niegan los esfuerzos científicos de personas brillantes que redundaran en una comprensión objetiva de la naturaleza y, como hizo Pilatos, tratan la cuestión de la verdad con escarnio; sobre todo, niegan la importancia de como las personas se comportan en sus vidas personales, si ellas consienten con su propia depravación. El objetivo final del furor deconstructivista, que tomó la academia como una epidemia, es la propia civilización, mientras los narcisistas desde dentro de la academia intentan encontrar justificativas teóricas para su propia revuelta contra las restricciones que provienen de la civilización. Así pues, llegamos a la verdad evidente, de que es necesario contener, sea a través de la ley o a través de las costumbres, la posibilidad permanente de brutalidad o de barbaridad de la naturaleza humana. Pero esta verdad nunca encuentra espacio en los periódicos o en los medios de comunicación en masa.¹⁹²

En su turno, la economía de producción capitalista da lugar a una economía de consumo masivo, lo que fue posibilitado a su vez por el desarrollo de las técnicas de producción, y fue implementado por las técnicas de publicidad masiva de promoción del individualismo y del hedonismo. Con eso, la industria del consumo masivo y la industria de la publicidad se convirtieron en el centro del poder superando, incluso, el poder de hecho que algunos Estados detienen.

¹⁹²: “Parafraseando Burke cuando disse que, para ter êxito, basta ao barbarismo esperar que a humanidade civilizada não faça nada, eu diria mais: de fato, nas últimas décadas, não foi o caso de a humanidade civilizada ficar imobilizada, mas de ela se alinhar ativamente aos bárbaros, negando a distinção entre superior e inferior, o que favorece, invariavelmente, o último. Os homens e mulheres civilizados têm negado a superioridade das grandes realizações culturais, em nome das formas mais efêmeras e vulgares de entretenimento; negam os esforços científicos de pessoas brilhantes que resultaram numa compreensão objetiva da natureza e, como fez Pilatos, tratam a questão da verdade com zombaria; acima de tudo, negam a importância de como as pessoas se comportam em suas vidas pessoais, desde que deem consentimento a sua própria depravação. O objetivo final do furor deconstructivista, que varreu a academia como uma epidemia, é a própria civilização, enquanto os narcísicos dentro da academia tentam encontrar justificativas teóricas para sua própria revolta contra as restrições civilizacionais. Assim sendo, chegamos à verdade óbvia, de que é necessário conter, seja pela lei ou pelos costumes, a possibilidade permanente de brutalidade ou de barbarismo na natureza humana. Mas essa verdade nunca encontra espaço na imprensa ou na mídia da comunicação de massa.” DALRYMPLE, Theodore. *Nossa Cultura ou o que restou dela*. E Realizações. São Paulo. 2015, p. 202.

En el campo de los valores, el referencial de la moralidad de la religión es sustituida por porciones de comportamiento ético que puede variar de acuerdo con la voluntad de cada uno. Se cambia el verbo principal del comportamiento humano “tu debes” por “tu puedes”, donde la reactivación del deber provoca reprobación, indignación colectiva, y se convierte en el sinónimo social de terrorismo e inhumanidad cuando¹⁹³, la realidad indica el revés: la radicalización de la tolerancia a proyectos personales socialmente nocivos (v. g., terrorismo yihadista suicida) es lo que nos viene presentando algunos espectáculos de terrorismo, barbarie e inhumanidad en el seno de nuestras civilizaciones. Lipovetsky lo describe de la siguiente forma:

“Desde hará pronto medio siglo, las sociedades democráticas han precipitado lo que se puede llamar, utilizando la expresión de Jean Baubérot desviada de su propia problematización y periodización, el «segundo umbral» de la secularización ética, a saber la época del pos-deber. En esto reside la excepcional novedad de nuestra cultura ética: por primera vez, ésta es una sociedad que, lejos de exaltar los órdenes superiores, los reduce y los desacredita, una sociedad que desvaloriza el ideal de abnegación estimulando sistemáticamente los deseos inmediatos, la pasión del ego, la felicidad intimista y materialista. Nuestras sociedades han liquidado todos los valores sacrificiales, sean éstos ordenados por la otra vida o por finalidades profanas, la cultura cotidiana ya no está irrigada por los imperativos hiperbólicos del deber sino por el bienestar y la dinámica de los derechos subjetivos; hemos dejado de reconocer la obligación de unirnos a algo que no seamos nosotros mismos.”¹⁹⁴

En virtud de la alta velocidad de los medios de comunicación, del volumen de información que se recibe cada segundo y del alcance que dichos medios poseen, se pasó a valorizar más la imagen que el contenido, a atribuir el carácter de verdad a las informaciones. *Prima facie*, indiferencia y frivolidad pasaron a ser las características principales de los receptores. En pocas palabras, Lipovestisky cualifica dicha situación, de la siguiente manera

“La cultura moralista predicaba la entrega personal y el deber no retribuido. ¿Qué queda de él en la hora de las normas consumistas, recreativas y sensacionalistas? Himno a las vacaciones, *entertainment*

¹⁹³ LIPOVETSKY, Gilles. *O Crepúsculo do Dever*. A ética indolor dos novos tempos democráticos, *op. cit.*, p. 58.

¹⁹⁴ LIPOVETSKY, Gilles. *El Crepúsculo del Deber*. La ética indolora en los nuevos tiempos democráticos. 3ª Edición. Barcelona, Editorial Anagrama, 1994, p. 12.

televisivo, «tele-masacre», política espectáculo y espectáculo publicitario: allí donde se sacralizaba la abnegación, tenemos ahora la evasión y la violencia en zoom; donde se santificaba la pureza de intenciones, tenemos los escalofríos de la violencia mediática y la frivolidad de las cosas; allí donde se beatificaba la grandeza de superarse, tenemos el erotismo en autoservicio, las comodidades del *comfort*, el poder disuasivo de la publicidad. En nuestras sociedades, los objetos y marcas se exhiben más que las exhortaciones morales, los requerimientos materiales predominan sobre la obligación humanitaria, las necesidades sobre la virtud, el bienestar sobre el Bien. La era moralista tenía como ambición la disciplina del deseo, nosotros lo exacerbamos; exhortaba a los deberes hacia uno mismo y hacia los demás, nosotros invitamos a la comodidad. La obligación ha sido reemplazada por la seducción, el bienestar se ha convertido en Dios y la publicidad en su profeta. El reino del consumo y de la publicidad señalan el sentido pleno de la cultura pos moralista: en adelante las relaciones entre los hombres están menos sistemáticamente representadas y valoradas que las relaciones de los hombres con las cosas. La primacía de la relación hombre/cosa sobre la relación hombre/hombre característica de la ideología económica moderna se ha adueñado de los signos de la vida cotidiana. De este modo se va más allá del deber exhibiendo en tecnicolor el derecho individualista a la indiferencia hacia los demás: «Da vergüenza ser feliz a la vista de ciertas miserias», escribía La Bruyere; la publicidad proclama: «Olvidaos de todo.»¹⁹⁵

Sin embargo, se puede destacar una característica positiva, del punto de vista sociológico, de la modernidad actual. Nunca antes en la historia se ha visto una capacidad tan grande de autodescripción de la sociedad. La sociedad no pudo antes describirse tan bien, ni con tanta profundidad, lo que puede ser llamado de reflexividad, y que tiene importancia central en la capacidad que la sociedad debe tener de resolver sus propios problemas. Giddens informa que:

“La reflexión de la vida social moderna consiste en el hecho de que las prácticas sociales son examinadas constantemente y reformadas a la luz de nueva información sobre esas mismas prácticas, que de esa manera alteran su carácter constituyente. Deberíamos clarificar la naturaleza de este fenómeno. Todas las formas de vida social están en parte constituidas por el conocimiento que los actores poseen sobre las mismas. (...) En todas las culturas, las prácticas sociales son rutinariamente alteradas a la luz de los progresivos descubrimientos de que se nutren. Pero sólo en la era de la modernidad se radicaliza la revisión de la convención para (en principio) aplicarla a todos los

¹⁹⁵ LIPOVETSKY, Gilles. *El Crepúsculo del Deber*. La ética indolora en los nuevos tiempos democráticos. 3ª Edición. Barcelona, Editorial Anagrama, 1994, p. 53.

aspectos de la vida humana, incluyendo la intervención tecnológica en el mundo material. Se dice frecuentemente que la modernidad está marcada por el apetito por lo nuevo, pero esto quizás no es del todo correcto; lo que es característico de la modernidad, no es abrazar lo nuevo por sí mismo, sino la pre succión de reflexión general en la que naturalmente, se incluye la reflexión sobre la naturaleza de la misma reflexión.”¹⁹⁶

Eso es posible en virtud de la caída de los grandes relatos y del abandono del desplazamiento de la realización de las expectativas al futuro, del abandono de estas dos características principales de la sociedad moderna, de acuerdo con su concepción original. En virtud de no haber más la necesidad de adherirse a las características y expectativas de un gran relato para descripción de la sociedad, y también en razón de haber muerto la fe en la realización de las promesas de la Ilustración y del positivismo científico cartesiano, es posible observar como la sociedad efectivamente se encuentra en la situación actual. Este fenómeno es observado por Luhmann, de la siguiente forma:

“Con la misma ligereza se cambia la descripción de moderno a posmoderno. Con ello se modifica la imagen del futuro. Mientras que la, digamos, modernidad clásica desplaza al futuro el cumplimiento de sus expectativas y con ello se quitaba todos los problemas de auto-observación y autodescripción de la sociedad por medio del <<aún no>> (*noch nicht*) del futuro, un discurso de la posmodernidad es un discurso sin futuro. Y en consecuencia, aquí hay que resolver de otra manera el mismo problema de lo paradójico de la descripción del sistema en el sistema, y eso ocurre, como vemos, en la forma del pluralismo, si no del *anything goes*.”¹⁹⁷

3.1 Una paradoja de la sociedad actual: de la renuncia al instinto, a la vuelta a la centralidad del instinto.

Zygmunt Bauman¹⁹⁸, citando Sigmund Freud, observa que el orden es como una compulsión a la repetición, que establece como y donde cada cosa debe ser hecha, para que no existan dudas ni incertidumbres en las acciones humanas. En la siguiente cita de Freud, encontramos:

¹⁹⁶ GIDDENS, Anthony. *Las consecuencias de la modernidad*. Traducción de Ana Lizón Ramón, Madrid, Alianza Editorial, 1993, p. 46.

¹⁹⁷ LUHMANN, Niklas. *Observaciones de la modernidad*. Racionalidad y contingencia en la sociedad moderna. Traducción de Carlos Fortea Gil, Barcelona, Ediciones Paidós Ibérica, 1997, p. 15.

¹⁹⁸ BAUMAN, Zygmunt. *O mal estar da pós-modernidade*. Rio de Janeiro, Zahar, 2000.

“El orden es una suerte de compulsión de repetición que, una vez instituida, decide cuándo, dónde y cómo algo debe ser hecho, ahorrando así vacilación y dudas en todos los casos idénticos. Es imposible desconocer los beneficios del orden; posibilita al ser humano el mejor aprovechamiento del espacio y el tiempo, al par que preserva sus fuerzas psíquicas.”¹⁹⁹

Bauman sigue observando que la libertad de acción del hombre, sobre sus propios impulsos, debe ser frenada, y dicha coerción presupone un dolor: "la defensa contra el sufrimiento genera sus propios sufrimientos. La civilización se construye sobre una renuncia al instinto"²⁰⁰. En ese contexto, el sociólogo estadounidense Joel Charon señala que:

“Orden significa que las acciones entre individuos son previsibles, ordenadas, estandarizadas, basadas en reglas. Cada actor es, en cierta medida, gobernado por la sociedad. Cuando existe el orden, los actores no actúan de la forma como desean. La acción es gobernada por expectativas mutuas e un contrato gobierna la relación.”²⁰¹

Hoy, vemos que este orden, que era el orgullo de la modernidad, no es el objetivo del hombre postmoderno. Porque el Estado, que servía a la manutención del orden y del bienestar social, no está cumpliendo su papel satisfactoriamente, hoy él es confrontado por la repercusión social de este hecho, identificada en la creciente tendencia de buscar la devolución de la parcela de libertad concedida al Estado, para su formación. Así, se identifica en la sociedad contemporánea una tendencia al individualismo, que puede identificarse con la tendencia al consumismo, que se caracteriza de la siguiente forma:

“Hasta aquí podemos decir que hubo una supervaloración de las transcendencias individuales caracterizadas por una cultura masiva vinculada al consumo, desencadenando relaciones imaginarias y socialmente concretas sin la mediación de lo político y lo colectivo. Ese proceso hace aparecer nuevas modalidades de violencia están desde el consumo, el exceso, el espectacular, el efímero, el banal, el vacío, hasta manifestaciones políticas, económicas, sociales, nacionales y transnacionales que ponen en cuestión el proceso civilizatorio y el orden social vigente.”²⁰²

¹⁹⁹ FREUD, Sigmund. (1930). *El malestar en la cultura*. Obras completas. Amorrortu Editores, XXI. Buenos Aires, 1976, p. 25.

²⁰⁰ BAUMAN, Zygmunt, *O mal estar da pós-modernidade*, op. cit., p. 7.

²⁰¹ CHARON, Joel. *Sociologia*. Tradução de Laura Teixeira Motta. São Paulo, Saraiva, 1999, p. 148.

²⁰² COSTA, Marcia Regina da; PIMENTA, Carlos Alberto Máximo. *A Violência: natural ou sociocultural?*. São Paulo, Paulus, 2006, p. 9. Texto original: “Até aqui podemos dizer que houve uma supervalorização das transcendências individuais caracterizadas por uma cultura massiva ligada ao consumo, desencadeando

El filósofo brasileño Sérgio Rouanet califica la situación “como la civilización que teníamos perdió su vigencia y como ningún otro proyecto de civilización apunta en el horizonte, estamos viviendo, literalmente, en un *vacuo civilizatorio*. Hay un nombre para eso: barbarie”²⁰³. La consecuencia de dicho vacuo en nuestras sociedades es el crepúsculo y la desvalorización del sentimiento de deber, lo que es descrito por Lipovetsky de la siguiente forma:

“Durante más de dos siglos, las sociedades democráticas han hecho resplandecer la palabra imperiosa del «tú debes», han celebrado solemnemente. El obstáculo moral y la áspera exigencia de superarse, han sacralizado las virtudes privadas y públicas, han exaltado los valores de abnegación y de interés puro. Esa etapa heroica, austera, perentoria de las sociedades modernas ya ha acabado. Después del tiempo de la glorificación enfática de la obligación moral rigorista, he aquí el de su minimización y su desacreditación. Desde mediados de nuestro siglo, ha aparecido una nueva regulación social de los valores morales que ya no se apoya en lo que constituía el resorte mayor del ciclo anterior: el culto del deber.”²⁰⁴

Se identifica cada vez más, a consecuencia de los cambios sociales de los últimos años, una insatisfacción en relación con la actuación Estatal, y la consecuente tendencia hacia un paradigma social en el cual se tenga más libertad y menos seguridad proporcionada por el Estado. Para Bauman, “dentro de la estructura de una civilización concentrada en la seguridad, más libertad significa menos malestar.”²⁰⁵. Émile Durkheim percibía tal malestar y su dificultad de regulación:

“El problema central de las sociedades modernas, como de todas las sociedades, es la relación entre los individuos y el grupo. Esta relación es transformada por el hecho de que el hombre se ha vuelto demasiado consciente de sí mismo para aceptar ciegamente cualquier imperativo social. Sin embargo, de otro lado, dicho individualismo, en sí mismo deseable, implica peligros, porque el individuo puede exigir de la

relações imaginárias e socialmente concretas sem mediações do político e do coletivo. Esse processo faz surgir novas modalidades de violência que vão desde o consumo, o excesso, o espetacular, o efêmero, o banal, o vazio, até manifestações políticas, econômicas, sociais, nacionais e transnacionais que colocam em xeque o processo civilizatório e a ordem social vigente.”

²⁰³ ROUANET, Sérgio Paulo. *Mal-estar na modernidade*. São Paulo: Cia. das Letras, 1993, p. 11.

²⁰⁴ GILLES, Lipovetsky. *O Crepúsculo do Dever*, op. cit., p. 46.

²⁰⁵ BAUMAN, Zygmunt. *O mal estar da pós-modernidade*, op. cit., p. 9.

colectividad más que ella puede ofrecer. Es necesario, por eso, una regulación que sólo la sociedad puede imponer.”²⁰⁶

Aunque exista el citado malestar, generado por la convivencia en sociedad, esta convivencia es indispensable para el libre desarrollo de las acciones humanas, conforme será explicitado, motivo por el cual se debe reconocer los beneficios de la existencia de un orden social.

La relación entre la satisfacción de los deseos individuales y lo que está permitido en el ámbito de la acción humana es un tema que merece ser estudiado con detenimiento. Sin embargo, en este trabajo, la perspectiva adoptada permite la observación del problema a través de un tipo de problematización complejo, que no tiene nada que ver con la acción y la realización humanas como valores, razón por la cual este problema de la modernidad será estudiado más como un problema de contingencia y confianza que como un problema de felicidad personal.

3.2. El Riesgo en la contemporaneidad.

Las consecuencias más importantes de la modernización radicalizada y de los cambios sociales de las últimas décadas para este trabajo están identificadas en las nuevas formas por las cuales la sociedad actual produce, identifica y controla los riesgos a los cuales su funcionamiento está expuesto.

Dichas formas de producción, identificación y control de los riesgos tienen todas las características de la sociedad actual estudiadas en los apartados precedentes, tales como la no vigencia de grandes relatos – como la ciencia y la religión – como legítimas fuentes de interpretación de la realidad y una pobre proyección de la acción humana para el futuro, con pocas promesas de mejora y control de las situaciones no deseables. Beck observa que:

“En las sociedades de riesgos las consecuencias de los éxitos de la modernización se han convertido, a causa de su velocidad y radicalidad, en tema. El riesgo adquiere un nuevo carácter porque parte de las condiciones de su cálculo y procesamiento institucional fallaron. En tales circunstancias, se desarrolla un nuevo clima moral de la política en el que las valoraciones de las diferentes culturas y países desempeñan un papel central y los pros y contras de las

²⁰⁶ ARON, Raymond. *As etapas do pensamento sociológico*. São Paulo, Martins Fontes, 2008, p. 475.

consecuencias posibles o reales de decisiones técnicas y económicas se debaten en público.”²⁰⁷

Aunque el vocablo riesgo sea una palabra eminentemente moderna²⁰⁸, antes del desarrollo tecnológico y político de las sociedades contemporáneas, él se originaba principalmente de la falta de control de las intemperies de la naturaleza, cuando eran transportadas para el ámbito de la acción humana²⁰⁹.

En la contemporaneidad, pequeñas acciones pueden generar daños sociales de grandes proporciones, como podría pasar, por ejemplo, caso el fabricante de un remedio esencial para la salud se equivocase en la dosis de la fórmula de dicha medicina, en algunos lotes, lo que podría causar la muerte de centenas de personas. Un simple error en una línea de producción, algunos miligramos a menos de un elemento, podría ser letal para un enorme número de personas.

Hace cien años, si un farmacéutico – o boticario – se equivocase de esta forma, causaría un daño mucho más pequeño. Hoy hay mayor riesgo de lesión a intereses socialmente relevantes y jurídicamente protegidos en casi todos los ámbitos de las actividades humanas, industriales o no, con la inminente posibilidad de producir reacciones en cadena provocadas por la facilidad de lesionarse intereses sociales relevantes²¹⁰. Las observaciones de Boaventura de Sousa Santos explicitan la cuestión:

“Tengo puesto el ejemplo de la violencia urbana como paradigmático de la turbulencia en escalas. Una pelea relativamente limitada puede desencadenar una ola de violencia que lesiona a toda una ciudad o todo un país: una explosión imprevisible de la escala del conflicto. Así pues, un fenómeno aparentemente trivial y sin consecuencias se puede proyectar en otro, dramático y con consecuencias fatales a la sociedad. Este cambio fuerte e imprevisible de escala de fenómenos ocurre hoy en los más diferentes dominios de la práctica social. De la misma forma que Prigogine (1979, 1980, 1997), pienso que nuestras sociedades están en un período de bifurcación, es decir, una situación de inestabilidad sistémica en la cual un cambio mínimo puede producir, de forma imprevisible y caótica, transformaciones

²⁰⁷ BECK, Ulrich. *La sociedad del riesgo mundial: en busca de la seguridad perdida*. Barcelona, Paidós, 2008, p. 23.

²⁰⁸ GIDDENS, Anthony. *As conseqüências da modernidade*. São Paulo, Ed. Unesp, 1991, p. 32.

²⁰⁹ BOTTINI, Pierpaolo Cruz. *Crimes de perigo abstrato e princípio da precaução na sociedade de risco*, op. cit.

²¹⁰ BECK, Ulrich. *La sociedad del riesgo global*. Madrid: Siglo Veintiuno, 2002, *passim*.

cualitativas. La turbulencia en escalas destruye secuencias y términos de comparación sociales, y por eso, reduce alternativas de acción y crea impotencia o fomenta pasividad.”²¹¹

En la contemporaneidad, los riesgos no son sólo datos secundarios en cualquier análisis socialmente relevante, ellos pasaron a estar en el centro de las atenciones²¹², pues se convierten en una de las principales fuerzas de movilización política substituyendo, muchas veces, por ejemplo, las referencias a las tensiones oriundas de las desigualdades de clases, raza, género, etc.²¹³.

En la obra de Ulrich Beck, se puede señalar las características principales de los riesgos en la actualidad, de forma general. De la misma forma por la cual la sociedad actual cambió sus valores, sus formas de producir, explicados en parte, las características de los riesgos en la contemporaneidad son diferentes de los tiempos precedentes.

La sociedad actual no sólo cambió sus valores tradicionales, pero además está descontenta con las consecuencias de la modernización: inseguridad de las biografías y peligros no sólo imaginables que nos afectan a todos y contra los cuales nadie puede asegurarse²¹⁴. Beck señala las principales características de los riesgos actuales²¹⁵:

- 1) El riesgo tiene la fuerza destructiva de la guerra. Todos los sectores de la sociedad están expuestos a él. El nuevo riesgo es democrático, afecta también a los ricos y poderosos, y sus efectos se perciben en todos los ámbitos. Los mercados se hundien, los sistemas jurídicos no responden al estado de las cosas, los gobiernos son demandados y a la vez disponen de nuevas oportunidades de acción.

²¹¹ SANTOS, Boaventura de Sousa. *Gramática do Tempo: para uma nova cultura política*. São Paulo, Cortez, 2006, p. 325. Texto original: “Tenho dado o exemplo da violência urbana como paradigmático da turbulência em escalas. Uma disputa relativamente circunscrita pode desencadear uma onda de violência que atinge toda a cidade ou todo o país: uma explosão imprevisível da escala do conflito. Assim, um fenômeno aparentemente trivial e sem conseqüências é posto em equação com outro, dramático e com conseqüências fatais para a sociedade. Esta mudança abrupta e imprevisível de escala de fenômenos ocorre hoje nos mais diversos domínios da prática social. Na esteira de Prigogine (1979, 1980, 1997), penso que as nossas sociedades atravessam um período de bifurcação, ou seja, uma situação de instabilidade sistêmica em que a mudança mínima pode produzir, de modo imprevisível e caótico, transformações qualitativas. A turbulência das escalas destrói seqüências e termos de comparação e, ao fazê-lo, reduz alternativas, e cria impotência ou promove passividade.”

²¹² BOTTINI, Pierpaolo Cruz, *Crimes de perigo abstrato e princípio da precaução na sociedade de risco*, op. cit., p. 35.

²¹³ BECK, Ulrich, *La sociedad del riesgo global*, op. cit., p. 7.

²¹⁴ BECK, Ulrich. *La sociedad del riesgo mundial: en busca de la seguridad perdida*, op. cit., p. 25.

²¹⁵ BECK, Ulrich. *La sociedad del riesgo mundial: en busca de la seguridad perdida*, op. cit., p. 26.

- 2) Se puede identificar una comunidad de peligro mundial. Los peligros ya no son sólo cuestiones internas a los Estados, estos pueden combatirlos individualmente. Aparecen nuevas formas de tratar los conflictos sociales.
- 3) El progreso de las ciencias consiste en cuestionar la premisa básica bajo la cual trabajan los expertos: “como no veo ningún riesgo, no existe ningún riesgo”. Que haya más ciencia no reduce necesariamente los riesgos, pero si se amplía la conciencia de ellos, les hace visibles a la colectividad.
- 4) “El miedo condiciona la vida. La seguridad desplaza la libertad y la igualdad del lugar preeminente que ocupaban en las escala de valores.”²¹⁶
- 5) La “economía del miedo” se enriquece con el estado crisis de nervios general de inseguridad. El ciudadano, en general, agradece que lo escanee, registre e interroque en nombre de su seguridad. La seguridad pasa a ser un bien de consumo.

Dichas características describen una nueva relación de la sociedad con el riesgo al cual ella está expuesta: la centralidad de los datos acerca de los riesgos. Reconocer los riesgos, en qué consisten, su magnitud, su rol en la sociedad y en la sociología contemporáneas permite describir, en parte, el funcionamiento de la sociedad actual y comprender sus reflejos en la producción legislativa de los últimos años..

3.2.1 El concepto de riesgo.

El concepto *riesgo* es eminentemente moderno. No existía en Europa en la Edad Media, ni en la mayoría de las culturas tradicionales. Un posible origen se encuentra en la península ibérica, en la época de las grandes navegaciones españolas y portuguesas. El término fue acuñado para describir la navegación en mares todavía no conocidos, todavía no descritos en las cartas de navegación. Giddens informa que:

²¹⁶ BECK, Ulrich. *La sociedad del riesgo mundial: en busca de la seguridad perdida*, op. cit., p. 26.

“Pero aquí nos encontramos con algo realmente interesante. Salvo en algunos contextos marginales, el concepto de riesgos no existía en la Edad Media. Tampoco, al menos que yo sepa, existía en las demás culturas tradicionales. La idea de riesgo parece haber tomado cuerpo en los siglos XVI y XVII, y fue acuñada por primera vez por exploradores occidentales cuando realizaban sus viajes por el mundo. La palabra *riesgo* parece haber llegado al inglés a través del español o del portugués, donde se usaba para referirse a navegar en aguas desconocidas. En otras palabras, originariamente estaba orientada al espacio. Más tarde se trasladó al tiempo, utilizado como en la banca y la inversión, para indicar el cálculo de las consecuencias probables de las decisiones inversoras para prestamistas y prestatarios. Llegó posteriormente a referirse a una amplia gama de diferentes situaciones de incertidumbre.”²¹⁷

A ese respecto Luhmann, así como Giddens, reconoce un posible origen del término en España, e indica los contextos en los cuales la palabra fue utilizada de forma generalizada por primera vez:

Los orígenes de la palabra son desconocidos. Hay quien habla de su posible procedencia árabe. En Europa el término ya se encuentra en documentos medievales, sin embargo se extiende en primer lugar con la llegada de la imprenta, especialmente en Italia y España." De cualquier modo, se echan de menos investigaciones históricas respecto al concepto de riesgo. La razón es que el citado término aparece con poca frecuencia y muy disperso en diferentes ámbitos de la realidad social. El viaje por mar y el comercio son casos en los que el empleo de la palabra es frecuente.²¹⁸

Las civilizaciones antiguas no necesitaban del concepto de riesgo porque intentaban garantizar el suceso de sus empresas no a través del conocimiento científico, pero a través de un conocimiento mitológico o religioso. Las ideas de suerte o azar estaban estrechamente vinculadas a la voluntad de los dioses, no a la posibilidad de control de las variables a través del cálculo y de la acción humana, lo que fue percibido por Luhmann de la siguiente forma:

“Las antiguas civilizaciones desarrollaron para problemas análogos unas técnicas muy dispares. Naturalmente no *necesitaron* de la palabra riesgo, tal y como nosotros la entendemos. Por supuesto que elaboraron determinados mecanismos culturales que dotaban de certidumbre a la existencia futura. En este sentido, se confió

²¹⁷ GIDDENS, Anthony. *Un mundo desbocado*. Los efectos de la globalización en nuestras vidas, *op. cit.*, p. 34.

²¹⁸ LUHMANN, Niklas. *Sociología del Riesgo*. 3ª Edición. Traducción Silvia Pappe, Brunhilde Erker y Luis Felipe Segura. México D. F., Universidad Iberoamericana, 2006, p. 53.

mayormente en la práctica de la adivinación, si bien ésta no garantizaba una seguridad plena respecto a los acontecimientos venideros. Por lo demás permitía que la propia decisión no desatara la ira de los dioses o de otras fuerzas luminosas y garantizaba el contacto con los misteriosos designios del destino. En muchos aspectos el complejo semántico del pecado (conducta que viola los ordenamientos religiosos) ofrece un equivalente funcional, ya que puede servir para explicar el surgimiento de la desgracia.”²¹⁹

Riesgo y peligro tienen significados diferentes y funciones diferentes en nuestra sociedad. En la medida en que el concepto de peligro tiene sentido en un contexto de imposibilidad de control de las variables que representan posibilidad de daño a los bienes, el concepto de riesgo tiene que ver con el control de dichas variables, y hasta cierto punto, su percepción, su evaluación y la posibilidad de elegir a ellas o no. Riesgo tiene que ver con la posibilidad del hombre de planificar su acción en el espacio y en el tiempo, con el objetivo de llegar al fin deseado, y la conciencia de cuáles son las amenazas previstas en el camino. Así informa Giddens:

“Las culturas tradicionales no tenían un concepto del riesgo porque no lo necesitaban. Riesgo no es igual a amenaza o peligro. El riesgo se refiere a peligros que se analizan activamente en relación a posibilidades futuras. Sólo alcanza un uso extendido en una sociedad orientada hacia el futuro – que ve el futuro precisamente como un territorio a conquistar o colonizar. La idea de riesgo supone una sociedad que trata activamente de romper con su pasado – la característica fundamental, en efecto, de la civilización industrial moderna.”²²⁰

El análisis del riesgo es una forma de intentar colonizar el futuro. Es establecer un plan de acción coordinada para intentar reducir al máximo los posibles daños por el camino y tener conciencia de las probabilidades existentes de conseguir o no el fin deseado. En este mismo sentido fueron realizadas las investigaciones del sociólogo alemán Ulrich Beck, que define riesgo de la siguiente forma:

“Riesgo es el enfoque moderno de previsión y control de las consecuencias futuras de la acción humana, las diversas consecuencias no deseadas de la modernización radicalizada. Es un intento (institucionalizado) de colonizar el futuro, un mapa cognitivo. Toda

²¹⁹ LUHMANN, Niklas. *Sociología del Riesgo*, op. cit., p. 52.

²²⁰ GIDDENS, Anthony. *Un mundo desbocado*. Los efectos de la globalización en nuestras vidas, op. cit., p. 35.

sociedad, por supuesto, ha experimentado peligros. Pero el régimen de riesgo es una función de un orden nuevo: no es nacional, sino global.”²²¹

3.2.2 El riesgo y la sociología clásica.

Los fundadores de la sociología – Durkheim, Weber y Marx – no han podido conocer muchas características de las sociedades actuales, y por eso, no han podido teorizar sobre ellas. Aunque todos ellos hayan comprendido muy bien el desarrollo de la industria y de la técnica de su tiempo, ellos no han podido prever una serie de elementos centrales que nuestra sociedad posee, tales como el desarrollo de la industria militar, la destrucción del medio ambiente y los otros riesgos a los cuales las sociedades están expuestas. Giddens subraya eso de la siguiente forma:

“El desarrollo del poder militar como fenómeno general, añade una nueva cuestión. Weber y Durkheim vivieron lo suficiente como para atestiguar los horribles acontecimientos de la primera Guerra Mundial, si bien Durkheim murió antes de concluir la contienda. El conflicto hizo añicos la esperanza que había mantenido con anterioridad al mismo, de que el industrialismo promovería de manera natural, un orden industrial, integrado y pacífico al tiempo que hizo imposible encajar dicha esperanza en el marco intelectual que había desarrollado como base de su sociología. (...) Los pensadores sociales que escribieron a finales del siglo diecinueve o comienzos del veinte, no pudieron prever el invento del armamento nuclear. Sin embargo, la conexión entre la innovación y organización industrial con el poder militar, es un proceso que se remonta a los mismos orígenes de la industrialización moderna. (...) No sólo la amenaza de una confrontación nuclear, sino el conflicto militar real, configura una parte básica de «el lado oscuro» de la modernidad en este siglo.”²²²

Durkheim y Marx manifestaron cierto optimismo en relación al desarrollo de la sociedad, cada uno, en su manera. El primero, con la evolución del individualismo y de la solidaridad orgánica, las sociedades serían capaces de evolucionar sin pérdida de su identidad. Para el segundo, la revolución debería hacer que el conflicto de clases desapareciera, y con él, las características perniciosas de la sociedad industrial capitalista, tales como la alienación y el plusvalor dejarían de existir.

²²¹ BECK, Ulrich, *La sociedad del riesgo global*, op. cit., p. 5.

²²² GIDDENS, Anthony. *Las consecuencias de la modernidad*, op. cit., p. 21.

Estos planteamientos sirvieron de fundamento para el desarrollo de muchas teorías sociológicas subsecuentes. Sin embargo, con la caída de la muralla de Berlín, simbolizando el equívoco de hecho de la posibilidad de eliminación del conflicto de clases, y las nuevas características sociales tan centrales (como los riesgos inherentes al desarrollo de la industria bélica y los riesgos al medio ambiente, que ponen en riesgo de destrucción total la sociedad mundial entera) se realizó la caída de algunos de estos paradigmas, como la idea de progreso continuo y de seguridad. Eso observa Giddens:

“El mundo en que vivimos es espantoso y peligroso. Esto nos ha obligado a algo más que suavizar o matizar la suposición de que el surgimiento de la modernidad nos conduciría a la formación de un mundo más feliz y más seguro. La pérdida de fe en el «progreso» es, desde luego, uno de los factores que subraya la disolución de la gran narrativa de la historia, pero en ello hay mucho más en juego que la simple conclusión de que «la historia no conduce a ninguna parte». Tenemos que desarrollar un análisis institucional del carácter bifronte de la modernidad y, al hacerlo, debemos rectificar alguna de las limitaciones de las perspectivas teóricas de la sociología clásica, limitaciones que continúan afectando al pensamiento sociológico hasta hoy.”²²³

Esta es la razón por la cual el riesgo es un elemento central de la sociología contemporánea: no fue previsto por sus fundadores, como elemento de central importancia para explicación de la sociedad, y por eso tiene un difícil encaje en las teorías clásicas de la sociología.

Los grandes relatos de la sociología no fueron capaces de prever cosas tan importantes como la posibilidad de hecho de destrucción de la sociedad mundial por completo, en pocos minutos, a través de la utilización de armas nucleares, o a lo largo del tiempo, a través de la destrucción del medio ambiente. Véase, a continuación.

“La sociología es una disciplina muy amplia y diversa, y cualquier simple generalización sobre la misma como un todo es cuestionable. Pero podemos apuntar tres ideas ampliamente sostenidas, en parte derivadas del persistente impacto de la teoría social clásica en la sociología y que impiden el análisis satisfactorio de las instituciones modernas. La primera de ellas concierne al diagnóstico institucional de la modernidad. La segunda tiene que ver con el objeto primordial del propio análisis sociológico, «la sociedad»; la tercera se relaciona con las conexiones que existen entre el conocimiento sociológico y las

²²³ GIDDENS, Anthony. *Las consecuencias de la modernidad*, op. cit., p. 22.

características de la modernidad a las que dicho conocimiento se refiere.”²²⁴

Así pues, el análisis de los riesgos es un reto contemporáneo de la sociología, y conocer sus características es esencial para que se pueda comprender de forma más completa las sociedades actuales.

3.2.3 Las nuevas clases de riesgos y su percepción.

Giddens identifica el perfil de los riesgos en la sociedad contemporánea, de acuerdo con el siguiente listado. Las cuatro primeras características dicen respecto a la distribución de los riesgos, y las otras tres dicen respecto a la percepción de dichos riesgos, a continuación:

- “1. *La globalización del riesgo en el sentido de intensidad*: por ejemplo, la guerra nuclear puede amenazar la supervivencia de la humanidad.
2. *La globalización del riesgo en el sentido del creciente número de sucesos contingentes* que afectan a todos, o al menos, a gran número de personas en el planeta: por ejemplo, los cambios en la división mundial del trabajo.
3. *El riesgo que origina el entorno creado, o la naturaleza socializada*: la incorporación de conocimiento humano al entorno material.
4. El desarrollo de medios *de riesgo institucionalizado* que afecta a las oportunidades de vida de millones de seres humanos: por ejemplo, los mercados de inversión.
5. *La conciencia del riesgo como riesgo*: las «lagunas de conocimiento» del riesgo ya no pueden ser transformados en «certidumbres» por el conocimiento religioso o mágico.
6. *La conciencia de riesgo ampliamente distribuida*: muchos de los peligros a los cuales nos enfrentamos colectivamente, son conocidos por amplios sectores del público en general.
7. *La conciencia de las limitaciones de la experiencia*: ningún sistema experto puede serlo totalmente respecto a las consecuencias de la adopción de principios expertos.”²²⁵

La primera categoría de riesgos indicada por Giddens hace referencia a la intensidad de los riesgos a los cuales la sociedad está expuesta. Se identifica como ejemplo de esta característica de los riesgos actuales, potenciales catástrofes globales, que representan un

²²⁴ GIDDENS, Anthony. *Las consecuencias de la modernidad*, op. cit., p. 23.

²²⁵ GIDDENS, Anthony. *Las consecuencias de la modernidad*, op. cit., 120.

peligro para todos los habitantes del planeta, como la posibilidad de guerra nuclear, desastre ecológico, explosión demográfica incontrolada y colapso del intercambio económico mundial, que están compartidos por todas clases sociales.

Ellos son diferentes de los riesgos, por ejemplo, inherentes a los bajos niveles de nutrición o del alto riesgo de contracción de enfermedades, porque estos están relacionados a la falta de recursos. La intensidad de ciertas clases de riesgos trasciende todos los diferenciales económicos y sociales²²⁶.

La segunda característica de los riesgos dice respecto más a su extensión que a su intensidad, y está vinculada a los mecanismos de desanclaje del sistema social. Giddens define desanclaje como: “Por desanclaje entiendo el «despegar» las relaciones sociales de sus contextos locales de interacción y reestructurarlas en indefinidos intervalos espacio-temporales.”²²⁷ En virtud de no ser funcionalista, Giddens utiliza el término desanclaje, que significa lo mismo, en términos funcionalistas, que reducción de complejidad, conforme se explicará.

Mecanismos de desanclaje sustituyen las relaciones sociales más personales y complejas que les dieron origen y las transforman en relaciones menos complejas y más impersonales, y así, menos condicionadas a factores de espacio y tiempo. Giddens identifica el dinero como un mecanismo de desanclaje. Luhmann lo identifica como mecanismo de reducción de complejidad. Estos mecanismos se apoyan en las bases de la confianza, es decir, en términos de Giddens, sobre las bases de la fiabilidad.

La explicación es simple: en lugar de, cada vez que uno quiere cambiar los bienes que tiene, intercambiarlos directamente por otros bienes, lo que presupone un inmensa complejidad en relación con los posibles precios de bienes usados, condicionados a factores de tiempo, lugar y conservación de dichos bienes, se les puede cambiar por dinero, lo que reduce la complejidad de las relaciones sociales comprometidas al mismo tiempo en que las vuelve más impersonales también.

²²⁶ BECK, Ulrich. *Risikogesellschaft*. Auf dem Weg in eine andere Moderne. Frankfurt, Suhrkamp, 1986, p. 7.

²²⁷ GIDDENS, Anthony. *Las consecuencias de la modernidad*, op. cit., p. 32.

La confianza (Luhmann) o fiabilidad (Giddens) se manifiesta en el hecho de que para las subsecuentes relaciones sociales se podrá usar el dinero conseguido para la adquisición de las cosas que se desea. Es la confianza en la aceptabilidad del dinero como mecanismo reductor de la complejidad lo que permite su utilización, y aparte de eso, permitió el desarrollo de los sistemas económicos de las sociedades modernas a niveles tan abstractos, como los sistemas que existen hoy.

No es por casualidad que Giddens elige el ejemplo del dinero como mecanismo de desanclaje en nuestra sociedad, este es el mecanismo de reducción de complejidad por excelencia. Así pues, con la especificación funcional (división de funciones) en nuestra sociedad, las personas tienen cada vez menos vínculos con las fuentes de producción de los bienes que consumen, lo que genera una variedad de riesgos inimaginable.

En este contexto, por ejemplo, las personas que tienen calefacción a gasóleo en sus viviendas, como es muy común en los EE. UU., y no poseen ninguna chimenea o estufa de leñas, están muy susceptibles a los cambios del precio del petróleo. Lo mismo se puede decir del tráfico rodado, mecanismo principal de traslado de personas del cual todo el mundo está dependiente, que es completamente dependiente de las variaciones del precio del petróleo en los países que no poseen otros medios de propulsión de automóviles, como el gas natural y el alcohol.

El riesgo que origina el entorno creado, o la naturaleza socializada, se refiere a la relación entre los seres humanos y el medio ambiente. Los peligros ecológicos de esta categoría derivan de las alteraciones de la naturaleza por los sistemas de conocimiento humano, y son ejemplificados por Giddens de la siguiente manera:

“El número total de los graves riesgos que nos amenazan con respecto a la naturaleza socializada *es* desalentador: la radiación debida a accidentes importantes en las centrales nucleares o por los residuos nucleares; la contaminación química de los mares, que es suficiente para destruir el fitoplancton que renueva gran parte del oxígeno de la atmósfera; el *efecto invernadero* que deriva de los contaminantes atmosféricos que atacan la capa de ozono derritiendo parte de las capas de hielo e inundando enormes regiones; la destrucción de grandes áreas del bosque húmedo, fuente fundamental para la renovación del oxígeno; y la devastación de millones de hectáreas de

la capa superficial del suelo que resulta del uso generalizado de fertilizantes artificiales.”²²⁸

La cuarta característica de los riesgos está relacionada con los riesgos proporcionados por el funcionamiento de determinadas instituciones modernas, que pueden hacer con que funcionen mal determinados mecanismos de *desanclaje*. Los mercados de inversiones son un ejemplo de estos riesgos. Su funcionamiento presupone el adelantamiento de unos en relación con los otros inversionistas, el lucro de unos, y el consecuente perjuicio de otros. La economía presenta instituciones en las cuales ya no se puede fiar en virtud de los riesgos que presentan. El daño a determinados sectores de los mercados de capitales pone en riesgos economías enteras, lo que es un riesgo eminentemente contemporáneo. Un buen ejemplo es lo que está sucediendo ahora en España, que no posee mecanismos propios y autónomos de política cambial, y por eso, su economía entera está sujeta a los riesgos asumidos por la política monetaria de la Unión Europea.

Acerca de la percepción del riesgo se puede señalar las tres últimas características informadas por Giddens. Las lagunas del conocimiento del riesgo ya no pueden ser rellenas por el conocimiento mágico o religioso. El conocimiento religioso ya sirvió para dotar de certidumbre a grandes empresas arriesgadas, como los descubrimientos del siglo XV, transformando esta forma de experiencia de riesgo en sentimientos de relativa seguridad. Sin embargo, desde la caída de la religión como gran relato, ya no se puede más acudir a ella como fuente de certidumbre para la conducta humana arriesgada.

Una gran parte de los riesgos es conocida por la población en general. Los medios de comunicación han tenido en los últimos años el papel central en la difusión de informaciones acerca de los riesgos compartidos por las sociedades. El conocimiento de los entornos de riesgos conduce a la necesidad de acudir a los conocimientos de los de expertos. La fe que sostiene la fiabilidad en los sistemas expertos incluye el bloqueo de la ignorancia de las personas cuando se enfrentan a las afirmaciones de los expertos²²⁹. Pero esta fe puede minarse con el reconocimiento de las zonas de ignorancia a que se enfrenan los expertos mismos, que muchas veces son objeto de ocultación o falseamiento de la verdad.

²²⁸ GIDDENS, Anthony. *Las consecuencias de la modernidad*, op. cit., p. 132.

²²⁹ GIDDENS, Anthony. *Las consecuencias de la modernidad*, op. cit., p. 125.

Así pues, la percepción contemporánea de los riesgos está vinculada a su difusión por los medios de comunicación, bien como a su extensión y gravedad, a la imposibilidad de acudir a pensamientos supersticiosos, como se pudo hacer en otras épocas de la historia, a conocimientos de la fe para crear zonas de certidumbre, y con la débil fiabilidad que en general se tiene en relación a los informes de los expertos en los ámbitos comprometidos en los análisis de los riesgos.

3.2.4 La aceptabilidad social de los riesgos en la actualidad.

El próximo paso para analizar la relación entre los riesgos y nuestras sociedades en la contemporaneidad, después de observado cómo dichos riesgos pueden ser percibidos, es analizar su aceptabilidad. Se deben buscar criterios sociales válidos para determinar las condiciones en las cuales pueden y deben ser aceptados determinados riesgos para el funcionamiento de la sociedad. Nos pone un ejemplo la socióloga inglesa Mary Douglas:

“La aceptación pública de cualquier política sobre riesgo dependerá de ideas públicas estandarizadas acerca de la justicia. Se ha sostenido con frecuencia que la percepción del riesgo está determinada por cuestiones de equidad. Cuanto más dependan las instituciones del compromiso personal y no de la coacción, tanto mayor su sensibilidad explícita para la equidad. El umbral de aceptabilidad en el puesto de trabajo es más bajo cuando los trabajadores se consideran explotados.”²³⁰

Así pues, la aceptación de riesgos está relacionada a la elección racional. Alrededor de cada elección de conducta que se puede hacer, hay un campo de incertidumbre. Aunque se elija los medios de acuerdo con los fines que se desea realizar, el camino que se hace hacia dichos fines está lleno de elementos incontrolables por la voluntad humana.

En el capítulo siguiente se explicará la relación entre complejidad y contingencia de la conducta humana, sin embargo, es necesario desde ya señalar que la elección de una determinada conducta implica riesgos que no son totalmente previsibles y controlables a través de la razón y de la formulación hipotética acerca de los posibles desdoblamientos causales. Es lo que Douglas nos quiere decir:

²³⁰ DOUGLAS, Mary. *La aceptabilidad del riesgo según las ciencias sociales*. Traducción de Víctor Abelardo Martínez, Barcelona, Ediciones Paidós Ibérica, 1996, p. 25.

“Cada elección que realizamos está plagada de incertidumbre. Ésa es la condición básica del conocimiento humano. Una gran parte del análisis del riesgo está relacionada con el intento de convertir las incertidumbres en probabilidades. Lo que parece ser en cada caso un ejercicio puramente técnico se convierte en seguida en otro que descansa sobre los fundamentos filosóficos de la inferencia.”²³¹

Así pues, los fundamentos de la elección racional en una sociedad compleja y contingente como la nuestra, bien como las condiciones de inferencia de la conducta humana serán descritas y analizadas en el capítulo siguiente, de acuerdo con las teorías funcionalistas.

3.2.5 El principio de precaución como producto de la socialización avanzada: la certeza de la incertidumbre.

La acción humana orientase a través del conocimiento que el hombre tiene de los ámbitos de la naturaleza en los cuales quiere intervenir. Así pues, es precisamente la conjunción conocimiento aportado por la ciencia y la acción lo que permite el hombre desarrollar la técnica de control de la naturaleza. Concretamente, con la caída de la ciencia como uno de los grandes relatos, lo que posibilitó un aumento del grado de auto reflexividad en la sociedad, se hicieron visibles muchos de los huecos de conocimiento en el ámbito de la acción humana que se supusieron conocidos y controlables en el pasado por la actividad científica. La idea de que la ciencia no es capaz de contener los riesgos actuales – incluso los que ella misma ha creado – exige del Estado una postura orientada al control de dichos riesgos no a través de medidas propias de la ciencia – que son inviables para estos casos – sino a través de una actuación positiva, orientada a la minimización de las situaciones que representan riesgos a los sectores de la sociedad. En este contexto, el principio de precaución funciona como el elemento de conexión entre el conocimiento incierto y acción arriesgada.

En la antigüedad la prudencia²³² (*phrónesis*, en el alfabeto griego: *φρόνησις*) guiaba la acción humana. La prudencia como guía de la acción demanda fiabilidad en las conclusiones basadas

²³¹ DOUGLAS, Mary. *La aceptabilidad del riesgo según las ciencias sociales*, op. cit., p. 74.

²³² “Aristóteles caracteriza la prudencia (*phrónesis*) como “una disposición racional verdadera y práctica respecto de lo que es bueno y malo para el hombre”. Dado que es una disposición o actitud (*héxis*), se distinguirá de la ciencia (*epistéme*). En segundo lugar, al ser práctica (*praktiké*), su resultado será una acción, no un objeto; esto la distingue del arte o de la técnica (*tékhne*). La exigencia de racionalidad y verdad (“...*metà lógoy alethé*”) distingue la prudencia de las virtudes morales y la sitúa entre las intelectuales. Por último, el que sea acerca del

en ella y en responsabilidad personal por dichas conclusiones. Sin embargo, la promesa moderna fue la sustitución de la prudencia por la ciencia, con la delegación de la responsabilidad por las conclusiones al método adoptado. La ciencia como guía de la acción humana reclama certeza de sus informaciones, y por eso, la infalibilidad de las decisiones en ella basadas indica que la responsabilidad se desplaza de la persona que tomó la decisión, al método científico adoptado. Eso conlleva a la evitación de miedos pre modernos, como el miedo del desconocido, porque informa la inexistencia de espacios incontrolables o no conocibles en el ámbito de la acción humana.

Sin embargo, el grado de auto reflexividad de nuestra sociedad nos ha demostrado claramente que la ciencia es falible, y que comporta en algunos casos, riesgos intolerables desde un punto de vista ecológico o sociológico-democrático. Está claro también que la responsabilidad por las decisiones es indelegable, en la medida que las informaciones aportadas por la ciencia no son conclusivas ni absolutas, dejando el espacio de acción y de decisiones humanas abierto al arbitrio y a otros elementos que puedan ejercer alguna influencia sobre él. Tales elementos pueden ser, por ejemplo, la prudencia, o los miedos pos modernos – soslayados por la ciencia – que se parecen mucho con los miedos pre modernos, referentes a los ámbitos incontrolables de acción humana (ahora sumados a los miedos de los daños que la propia actividad puede conllevar).

La adopción del principio de precaución – como alternativa de orientación de la acción humana a la falibilidad del conocimiento científico – representa la justificación de las decisiones políticas no a través del conocimiento científico, sino a través de la prudencia. Es este el ámbito de estudio de la recién creada categoría epistemológica llamada de ciencia post normal²³³, que pretende caracterizar una metodología científica adaptada a las condiciones

bien y el mal para el hombre, y no en abstracto, deslinda la prudencia de la sabiduría (*sophía*).” MARCOS, Alfredo. “Principio de precaución y cambio climático”, en MENNA, S. (ed.), *Estudios contemporáneos sobre ética*, Universitas, Córdoba (Argentina), 2008, p. 14.

²³³ “*Post-Normal Science (PNS) as a theory links epistemology and governance. It not only focuses on problem situations where facts are uncertain, values in dispute, stakes high and decisions urgent, but also tries to develop epistemic approaches that allow for sound scientific answers. (...) When Funtowicz and Ravetz coined the term Post-Normal Science in the late 1980s, the scene had already been set for a new approach to address emerging “wicked problems” (Rittel and Webber 1973) in the light of a sustainable development paradigm. The emergence and stabilization of new transdisciplinary fields such as human ecology, ecological economics, and technology assessment during the 1970s and 1980s mirrored the perceived need for new epistemic approaches that could tackle detrimental situations characterized by uncertain facts, disputed values, high stakes, and urgent political decisions. Funtowicz and Ravetz (1992, 253) labeled them as post-normal problems asking for a post-normal science (as opposed to the normal problems faced by normal science). These include addressing climate*

sociales contemporáneas. Ella objetiva anclar situaciones donde los factores son inciertos, los riesgos son altos, las decisiones son urgentes y hay valores en disputa. En este contexto social, hay una inversión de la típica distinción entre hechos científicos (objetivos/duros) y valores sociales (subjetivos/blandos), donde las aportaciones de la ciencia se vuelven blandas y los valores comprometidos en las decisiones políticas son duros (irrenunciables o imponderables).

En síntesis, se puede identificar el principio de precaución como una estrategia política prudencial – no científica – de control de los riesgos, oriunda de la emergente necesidad de contención de un hecho potencialmente o sospechosamente peligroso, aunque no se sepa con certidumbre científica en qué clase de daño su no contención pueda conllevar. Es decir, el principio de precaución es una estrategia política prudencial aplicable cuando no se identifica a través del conocimiento científico, con seguridad, la relación causa-efecto entre la acción potencialmente peligrosa y el posible daño²³⁴. Es realizar la locución popular inglesa: *better be safe than sorry*.

Los ámbitos de actuación humana en los cuales es más fácil identificar la necesidad de aplicación del principio de precaución son la seguridad alimentaria, la salud y el medio ambiente, donde la historia contemporánea ha registrado innumerables hechos de consecuencias masivas y desastrosas²³⁵ que podrían haber sido evitados a través de la

change and the depletion of the ozone layer as well as governing the risks of atomic power and agri-biotechnology. The post-normal science approach by Funtowicz and Ravetz also specifies the methodological means by which such new types of issues should be addressed. In so doing, post-normal science, as a theory, links epistemology and governance (Funtowicz and Ravetz 2008). It comprises not only a focus on “wicked problems” but also tries to develop epistemic approaches that allow for sound scientific answers. As core components of a post-normal science capable of answering to the new challenges, the authors call for an extended peer community, a new, quality-oriented reference system, and the consideration of extended facts.” KASTENHOFER, K. “Risk Assessment of Emerging Technologies and Post-Normal Science”, en: *Science, Technology & Human Values*, Mayo de 2011, n 36, pp. 307-333, p. 307.

²³⁴ “No hay que olvidar que las condiciones que exige la ciencia para considerar demostrada una relación de causalidad son sumamente exigentes. Pero el principio de precaución viene a decir que cuando el riesgo para la población o el medio ambiente se presenta como verosímil, sería irresponsable no hacer nada con la excusa de que todavía no se tiene una prueba concluyente de tal riesgo.” ADORNO, Roberto. “principio de precaución”, en: TEALDI, J. C., (dir.), *Diccionario latinoamericano de bioética*, Unesco-Universidad Nacional de Colombia, Bogotá, 2008, p. 346.

²³⁵ Se pueden citar, como ejemplos, siguientes casos: El accidente nuclear sucedido en la central nuclear de Chernóbil (Ucrania) el sábado 26 de abril de 1986. Considerado, como el más grave en la Escala Internacional de Accidentes Nucleares (accidente mayor, nivel 7); El desastre del Prestige, que se produjo cuando un buque petrolero monocasco resultó accidentado el 13 de noviembre de 2002, mientras transitaba cargado con 77.000 toneladas de petróleo, frente a la costa de la Muerte, en el noroeste de España; y el envenenamiento masivo causado por el Aceite de colza (usado sobre todo en el norte de Europa como condimento y para el alumbrado)

aplicación del principio de precaución, como es el caso del deterioro de los bosques alemanes, que dio origen a la primera aplicación del principio en cuestión²³⁶. La mayor parte de los países de cultura occidental presentan serias preocupaciones con el control de los riesgos al medio ambiente, a la salud y a la incolumidad física, lo que puede ser observado en los diversos tratados y convenciones internacionales firmados con el fin de protección de dichos intereses sociales²³⁷.

Frente a la necesidad de control de los riesgos, aún sin tener una noción segura de la magnitud de los daños que ellos representan, los Estados empezaron a crear una legislación orientada a su control. En el derecho de la Unión Europea, encontramos la principal referencia al principio en cuestión²³⁸ en el Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea, artículo 191,

en España, en virtud de un manejo irresponsable y criminal de este tipo de aceite, que produjo en la primavera de 1981 la muerte de 1.100 personas y el envenenamiento de otras 60.000.

²³⁶ “El principio de precaución entra en escena en Alemania, durante los años 70 del siglo pasado, a raíz de la alarma ambiental producida por el deterioro de los bosques europeos. Algunos científicos alemanes propusieron la teoría de que dicho deterioro estaba siendo causado por la lluvia ácida, que a su vez se debía a las emisiones industriales de ácidos de nitrógeno y de azufre. La alarma hasta finales de los 80 fue extrema, lo que llevó a poner en marcha costosos programas de investigación de los que resultaron datos en general desfavorables para la teoría en cuestión. La destrucción catastrófica de los bosques europeos no se produjo, tan sólo un 0,5% de la superficie forestal europea resultó afectada, y la relación entre este deterioro y la lluvia ácida no encontró apoyo empírico. Más bien parece que dicho deterioro se debió al efecto directo de la contaminación local, que en gran medida ha sido controlada. Obviamente, a finales de los 70 y durante los 80 carecíamos de esta perspectiva, y la situación se vivía en Alemania como un auténtico desastre nacional y como una amenaza inminente. Así pues, el gobierno alemán creyó que debía tomar medidas aunque la relación causa-efecto entre la lluvia ácida y la mortandad de árboles no estuviera perfectamente establecida por la ciencia. De hecho, se trataba sólo de una teoría que ni siquiera concitaba consenso entre los científicos. La legitimidad de las actuaciones no podía fundamentarse, pues, sobre ninguna certeza científica, sólo la divulgación descuidada en ciertos medios de comunicación podía pretenderlo. Pero sí podía apoyarse en el principio de precaución (*Vorsorgeprinzip*) que autoriza a actuar precisamente en condiciones de incertidumbre.” MARCOS, Alfredo. “La filosofía política de la ciencia y el principio de precaución”, en: VELASCO, A. (ed.): *Filosofía Política de la Ciencia y la tecnología*, UNAM, México (en prensa).

²³⁷ Como ejemplo, tenemos parte el citado tratado de funcionamiento de la UE, AEW, Acuerdo ASCOBANS, Comisión de Helsinki (HELCOM), Comisión Internacional para la Conservación del Atún Atlántico, Convención de Basilea, Convención de Estocolmo, Convención de Londres sobre la Descarga de Desechos de 1972, Convención para la Protección del Medio Ambiente Marino del Atlántico del Nordeste, Convenio de Aarhus, Convenio de Barcelona para la protección del Mar Mediterráneo, Convenio de Bonn, Convenio de Róterdam, Convenio Internacional para prevenir la contaminación por los Buques, Convenio relativo a la Conservación de la Vida Silvestre y del Medio Natural de Europa, Convenio sobre la contaminación atmosférica transfronteriza a gran distancia, Convenio sobre la Diversidad Biológica, Convenio de Ramsar, Convención Marco de las Naciones Unidas sobre el Cambio Climático, Convención de las Naciones Unidas de Lucha contra la Desertificación, Convenio de Viena para la Protección de la Capa de Ozono, Convenio de Basilea sobre el control de los movimientos transfronterizos de los desechos peligrosos y su eliminación, Comisión Económica de las Naciones Unidas para Europa, Convenio sobre la contaminación atmosférica transfronteriza a larga distancia, Convenio para la Protección del Medio Marino y de la Región Costera del Mediterráneo (Convenio de Barcelona), Convención sobre la Pronta Notificación de Accidentes Nucleares, Convención sobre Asistencia en Caso de Accidente Nuclear o Emergencia Radiológica, Lista Ramsar de humedales de importancia internacional, Protocolo de Montreal, Protocolo de Kyoto.

²³⁸ Aunque no sea la primera ni la única referencia. Véase: “El primer antecedente del principio de precaución (*Vorsorgeprinzip*) remonta al programa gubernamental alemán de protección del medio ambiente de 1971. A

n. 2, en relación con el medio ambiente²³⁹. Dicha norma informa que la política de la Unión Europea en el ámbito del medio ambiente tendrá por objetivo alcanzar un nivel de protección elevado, a través incluso del principio de cautela (o precaución).

Las Constituciones de muchos países, como por ejemplo, Brasil e España también prevén la necesidad de protección del medio ambiente, de la vida y de la salud, aunque no hayan previsto explícitamente el principio de precaución²⁴⁰. Las legislaciones de dichos países también han desarrollado tipos penales de delitos con el fin ampliar la protección de la vida,

partir del derecho alemán, se extendió a la legislación de diversos países europeos no solo en materia de medio ambiente, sino también de seguridad alimentaria y salud pública, habiendo sido incorporado a los Tratados de Maastricht (1992) y Amsterdam (1997) de la Unión Europea. Simultáneamente, también fue recogido por diversos tratados regionales o internacionales sobre protección del medio ambiente, como la Declaración de Bergen sobre Desarrollo Sostenible (1990), la Declaración de Río sobre Medio Ambiente y Desarrollo (1992), la Convención sobre la Diversidad Biológica (1992), la Convención sobre el Cambio Climático (1992) y el Protocolo de Cartagena de Bioseguridad” ADORNO, Roberto. “principio de precaución”, en: TEALDI, J. C., (dir.), *Diccionario latinoamericano de bioética*, Unesco-Universidad Nacional de Colombia, Bogotá, 2008, p. 346.

²³⁹ Artículo 191.1. La política de la Unión en el ámbito del medio ambiente contribuirá a alcanzar los siguientes objetivos: - la conservación, la protección y la mejora de la calidad del medio ambiente, - la protección de la salud de las personas, - la utilización prudente y racional de los recursos naturales, - el fomento de medidas a escala internacional destinadas a hacer frente a los problemas regionales o mundiales del medio ambiente. y en particular a luchar contra el cambio climático. 2. La política de la Unión en el ámbito del medio ambiente tendrá como objetivo alcanzar un nivel de protección elevado, teniendo presente la diversidad de situaciones existentes en las distintas regiones de la Unión. Se basará en los principios de cautela y de acción preventiva, en el principio de corrección de los atentados al medio ambiente, preferentemente en la fuente misma, y en el principio de quien contamina paga. En este contexto, las medidas de armonización necesarias para responder a exigencias de la protección del medio ambiente incluirán, en los casos apropiados, una cláusula de salvaguardia que autorice a los Estados miembros a adoptar, por motivos medioambientales no económicos, medidas provisionales sometidas a un procedimiento de control de la Unión. 3. En la elaboración de su política en el área del medio ambiente, la Unión tendrá en cuenta: - los datos científicos y técnicos disponibles, - las condiciones del medio ambiente en las diversas regiones de la Unión, - las ventajas y las cargas que puedan resultar de la acción o de la falta de acción, - el desarrollo económico y social de la Unión en su conjunto y el desarrollo equilibrado de sus regiones. 4. En el marco de sus respectivas competencias, la Unión y los Estados miembros cooperarán con los terceros países y las organizaciones internacionales competentes. Las modalidades de la cooperación de la Unión podrán ser objeto de acuerdos entre ésta y las terceras partes interesadas. El párrafo precedente se entenderá sin perjuicio de la competencia de los Estados miembros para negociar en las instituciones internacionales y para concluir acuerdos internacionales.” UNIÓN EUROPEA. Tratado de la Unión Europea y del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea, Roma, 1957, Diario Oficial n° C 326 de 26/10/2012 p. 0001 - 0390

²⁴⁰ “Art. 225. Todos tienen derecho a un medio ambiente ecológicamente equilibrado, bien de uso común del pueblo y esencial para una sana calidad de vida, imponiéndose al Poder Público y a la colectividad el deber de defenderlo y preservarlo para las generaciones presentes y futuras. §1º. Para asegurarla efectividad de este derecho, incumbe al poder público: (...) V - controlar la producción, la comercialización y el empleo de técnicas, métodos y sustancias que supongan riesgos para la vida, para la calidad de vida y para el medio ambiente;” BRASIL. *Constituição da República Federativa do Brasil*, Brasília, Senado, 1988. “Artículo 45. 1. Todos tienen el derecho a disfrutar de un medio ambiente adecuado para el desarrollo de la persona, así como el deber de conservarlo. 2. Los poderes públicos velarán por la utilización racional de todos los recursos naturales, con el fin de proteger y mejorar la calidad de la vida y defender y restaurar el medio ambiente, apoyándose en la indispensable solidaridad colectiva.” ESPAÑA. Constitución Española, de 27 de diciembre de 1978. *Boletín Oficial del Estado*, 29 de diciembre de 1978, núm. 311, p. 29313-29424.

incomunicad física y el medio ambiente en sus códigos penales, en obediencia al principio de precaución, o principio de la prudencia.

3.2.6 Relaciones entre riesgo y Derecho: la nueva cara del Derecho penal actual.

Las legislaciones de Brasil y España han adoptado en los últimos cuarenta años diversos mecanismos de contención de riesgos en la sociedad. En los últimos años, dichos mecanismos llegaron al Derecho penal a través de la aplicación del principio de precaución por el legislador, con la creación de tipos penales de peligro abstracto, es decir, de tipos penales que prevén delitos que representan peligros potenciales a la vida, incolumidad física o medio ambiente, aunque dichos riesgos no se concreten en peligros reales. Los ejemplos más claros de aplicación del principio de precaución en las legislaciones penales se encuentran en el ámbito de la legislación que regula el medio ambiente.

En España, es delito castigado con pena de hasta dos años de prisión el hecho de emplear veneno en la caza o pesca sin autorización legal, aunque no surta efectivamente ningún daño al medio ambiente.²⁴¹ En Brasil, es delito castigado con hasta seis meses de cárcel el mero hecho de construir establecimiento que pueda causar contaminación al medio ambiente, sin autorización de la autoridad competente, aunque la utilización de dicha construcción no cause ningún daño o contaminación al medio ambiente²⁴². Estos ejemplos demuestran de forma clara la aplicación del principio de precaución. Aunque no se conozca totalmente las consecuencias del empleo de un veneno en la caza, o la construcción de una fábrica en el margen de un río, no es prudente tolerar los riesgos al medio ambiente que dichas conductas pueden implicar.

²⁴¹ Código Penal español. “Artículo 336. El que, sin estar legalmente autorizado, emplee para la caza o pesca veneno, medios explosivos u otros instrumentos o artes de similar eficacia destructiva o no selectiva para la fauna, será castigado con la pena de prisión de cuatro meses a dos años o multa de ocho a veinticuatro meses y, en cualquier caso, la de inhabilitación especial para profesión u oficio e inhabilitación especial para el ejercicio del derecho a cazar o pescar por tiempo de uno a tres años. Si el daño causado fuera de notoria importancia, se impondrá la pena de prisión antes mencionada en su mitad superior.” ESPAÑA. “Ley orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, Código penal.” *Boletín Oficial del Estado*, Madrid, 24 de noviembre de 1995, núm. 281, p. 33987.

²⁴² *Lei n. 9.605, de 12 de fevereiro de 1998. “Art. 60. Construir, reformar, ampliar, instalar ou fazer funcionar, em qualquer parte do território nacional, estabelecimentos, obras ou serviços potencialmente poluidores, sem licença ou autorização dos órgãos ambientais competentes, ou contrariando as normas legais e regulamentares pertinentes: Pena - detenção, de um a seis meses, ou multa, ou ambas as penas cumulativamente.”* BRASIL. Lei 9.605 de 12 de fevereiro de 1998. Dispõe sobre as sanções penais e administrativas derivadas de condutas e atividades lesivas ao meio ambiente, e dá outras providências. *Diário Oficial da República Federativa do Brasil*, Brasília, DF, 13 de fevereiro. 1998.

Otros dos ejemplos de dichos tipos de delitos, ahora relacionados con la protección de la incolumidad física y de la vida, son los delitos de conducción sin carnet, en España, y el delito de disparo de arma de fuego en lugar habitado, en Brasil. La legislación española establece que quien condujere sin carnet de conducir está sujeto a una pena de prisión de hasta seis meses.²⁴³ La legislación brasileña establece que quien disparare con un arma de fuego en local habitado, en sus cercanías, en vía pública, o en dirección a ella está sujeto a una pena de prisión de hasta cuatro años²⁴⁴. Dicha forma de crear tipos penales obedece a la teleología de la precaución, que informa que es prudente que no se espere que grandes lesiones a intereses sociales sucedan para que se busque minimizar las consecuencias dañosas de una conducta potencialmente peligrosa. Es una cuestión de prudencia, necesaria en virtud de las nuevas características de la sociedad actual, que se concreta a través de muchos tipos penales que vienen cada vez más siendo creados en las legislaciones de los países occidentales de cultura jurídica continental.²⁴⁵

Cada vez más, se utiliza de la técnica de producción de tipos de delitos de peligro abstracto como forma de contención de riesgos que no se conoce en su totalidad, en el contexto de la acción humana. Es decir, aunque no se conozca en totalidad los riesgos que importan la tolerancia de la conducción sin carnet o el disparo de arma de fuego en lugar habitado, es prudente que dichas conductas no se realicen, con el fin de realizarse la precaución de cualquier resultado dañoso.

²⁴³ Código Penal español. “Artículo 384. El que condujere un vehículo de motor o ciclomotor en los casos de pérdida de vigencia del permiso o licencia por pérdida total de los puntos asignados legalmente, será castigado con la pena de prisión de tres a seis meses o con la de multa de doce a veinticuatro meses o con la de trabajos en beneficio de la comunidad de treinta y uno a noventa días. La misma pena se impondrá al que realizare la conducción tras haber sido privado cautelar o definitivamente del permiso o licencia por decisión judicial y al que condujere un vehículo de motor o ciclomotor sin haber obtenido nunca permiso o licencia de conducción.” ESPAÑA. “Ley orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, Código penal.” *Boletín Oficial del Estado*, Madrid, 24 de noviembre de 1995, núm. 281, p. 33987.

²⁴⁴ *Lei n. 10.826, de 22 de dezembro de 2003. “Art. 15. Disparar arma de fogo ou acionar munição em lugar habitado ou em suas adjacências, em via pública ou em direção a ela, desde que essa conduta não tenha como finalidade a prática de outro crime: Pena – reclusão, de 2 (dois) a 4 (quatro) anos, e multa.”* BRASIL. Lei n. 10.826, de 22 de dezembro de 2003. Dispõe sobre o registro, posse e comercialização de armas de fogo e munição, sobre o Sistema Nacional de Armas – SINARM, define crimes e dá outras providências. Diário Oficial da República Federativa do Brasil, Brasília, 23 dez. 2003.

²⁴⁵ Debe ser informado también que la propia estructura de los delitos imprudentes, presentes en las legislaciones penales en cuestión, presupone la violación del principio de precaución, esencia de la prudencia, cuando establece que la tipicidad (y por eso, la ocurrencia del delito) en estos casos está sujeta a la constatación de la violación de un deber objetivo de cuidado y a la identificación de la previsibilidad objetiva del resultado dañoso al agente.

El gran problema que estos planteamientos presentan a la noción clásica de Derecho penal es una incompatibilidad con el principio de lesividad. En los delitos como el homicidio y el robo, por ejemplo, la lesión a los bienes jurídicos vida y patrimonio, respectivamente, es clara. Sin embargo, los tipos penales de delitos aquí transcritos, presentes en las legislaciones de los países de cultura jurídica romano-germánica como España y Brasil, describen conductas que no conllevan a una lesión o al riesgo efectivo de lesión a un bien jurídico específico, y por eso, si se aplica el principio de lesividad, no dichos tipos podrían aplicarse. Sin embargo, los legisladores de estos países, observando las necesidades de control de los riesgos en el ámbito de la sociedad, sigue cada vez más creando tipos penales que prevén delitos de peligro abstracto, con el fin de buscar evitar al máximo posible daños a intereses sociales legítimos, a través de la precaución. Estas consideraciones conllevan a cuestionar lo siguiente:

¿Si el paradigma clásico del Derecho penal informa que sus fines son la protección de bienes jurídicos, sin embargo, las condiciones sociales contemporáneas nos indican la prudente necesidad de que el Estado utilice todos los medios posibles de control de los riesgos de las actividades que ni mismo la ciencia puede prever la totalidad de sus posibles daños, todavía se debe buscar aplicar a todo coste los valores inherentes a un Derecho penal del pasado, o se debe aceptar el cambio realizado por las características actuales de la sociedad en la legislación como un cambio de paradigma?

¿Es realmente prudente, delante todas las características de la sociedad actual, no cambiar la forma de concebir los fines del Derecho penal y no permitir su aplicación orientada al control de los riesgos en el ámbito abstracto?

En resumen, se puede llegar a una conclusión, a saber: si el orden social debe continuar a existir, se debe buscar medios más eficaces de manutención de la cohesión de los valores sociales, basados en un pensamiento racional y científico, porque con la evolución de la sociedad la vigencia de dichos valores está perdiendo su eficacia, porque faltan cada vez más medios para realizar su consolidación. La evolución social presupone un cambio constante de valores, por supuesto, pero tan importante como este cambio es la protección y garantía de los

valores que no se quiere cambiar en el momento, lo que depende de medios cada vez más eficaces de contención de las conductas que generan daños reales a la sociedad²⁴⁶.

3.3 La formas de criminalidad contemporánea y su relación con el Derecho penal clásico – por un nuevo Derecho penal.

Hay delitos que son verdaderos crímenes contra toda la sociedad y los presupuestos más básicos de la vida civilizada. Como ejemplos de esta categoría de delitos se puede poner algunas formas de criminalidad actual, realizadas con las características típicas de una sociedad técnicamente avanzada, como el alto cargo corrupto y cleptócrata de una democracia débil, el violador habitual de niños, el terrorista yihadista suicida infiltrado en Europa, *il capo dei capi* de una organización mafiosa transnacional o el organizador de una red internacional de trata de personas para la esclavitud sexual y extracción de órganos de niños.

El Derecho penal actual no resuelve bien muchos fenómenos como estos de la criminalidad actual, en primero lugar, porque falta la vigencia de la mínima noción de proporcionalidad entre la necesidad de respuesta a dichos delitos y a los delitos típicos de un Derecho penal clásico, y porque, por muchas veces, falta la función efectiva de motivabilidad de la pena, que no sirve para prevenir dichos delitos de forma efectiva, conforme se pasa a explicar.

En relación con el terrorismo yihadista suicida, la incapacidad total de motivar una conducta conforme el Derecho por parte de nuestros Derechos penales es tan evidente cuanto asustadora, en casos en los cuales los sujetos no son inimputables, porque comprenden bien la antijuridicidad y pueden motivarse, pero eligen de forma vehemente no lo hacer. ¿Cómo impedir, bajo la amenaza de una pena de privación de la libertad por un tempo determinado, que un terrorista yihadista islámico que quiere suicidarse para matar a miles de europeos no realice su plan? Es más que evidente que no sólo funciones preventivas de un sistema penal de policía tiene la posibilidad de impedir (no quitar la motivación, que quede claro eso) que un atentado como este se realice.

²⁴⁶ “*Se a ordem social deve continuar a existir, deve ela procurar meios mais eficazes para manter a coesão dos valores da sociedade, apoiados em um pensamento racional-científico, pois com a evolução da sociedade, não tem mais eficácia a imposição de valores e normas de conduta desprovidas de razão, e sem mecanismos fortes de coerção de condutas desviantes. Para se manter coesa, a sociedade deve atualizar seus valores, garantir a segurança de seus objetivos e criar mecanismos de retenção de condutas desviantes, cada vez mais eficazes.*” SERRETTI, André Pedrolli. “A religião e a ordem social – breves considerações”. En: *Revista Espaço Acadêmico*, n. 111, 2010, pp. 26–35, p. 35.

El terrorismo yihadista juega con un punto ciego de nuestro sistema de valores, creando una paradoja, que lo pervierte en favor del criminal. A consecuencia del grado de desarrollo civilizatorio al cual la sociedad europea ha llegado (véase, por ejemplo, los índices de desarrollo humanos de los países europeos en comparación con los demás), tenemos el valor de que no se desea la muerte en ninguna situación y bajo ninguna justificativa. Es decir, aunque alguien sea muerto por una acción en legítima defensa, por ejemplo, dicha muerte es necesaria o justificada, pero no deseable.

Así pues, nuestro sistema axiológico (plasmado en los ordenamientos jurídicos, por supuesto) tiene como valor la manutención de la vida a través del reproche de casi la totalidad de las situaciones que generan la muerte de seres humanos. Sin embargo, al revés, eso no pasa con un terrorista yihadista islámico, quien quiere su propia muerte, quien a través de la búsqueda de la aniquilación de la propia vida cree que realiza el propósito más grande y transcendental de la propia vida.

De esta forma, dicho delincuente usa una debilidad de nuestro sistema, que presupone la vigencia del valor “vida para todos” y el miedo presumible de la privación de la libertad, para estallar el propio sistema. Lo hace porque, si la reacción del sistema es proporcionada al hecho homicida, es decir, si el sistema decide por quitarle la vida al delincuente (fuera de los supuestos de preservación de la vida, como el estado de necesidad y la legítima defensa) con, v. g., la pena de muerte, el propio sistema pierde en vigencia de sus valores, pues que tiene el fin buscar la preservación de la vida.

Dicha paradoja hace el sistema hundirse, porque no se puede aplicar una pena mínimamente proporcionada – en un sentido Hegeliano, conforme explicado en los apartados precedentes – al hecho realizado por el delincuente, ni tampoco contrarrestar su conducta a través del Derecho penal. La prueba de que eso pasa es que la pena de muerte fue proscrita de nuestros ordenamientos jurídicos y la muerte causada por un acto de legítima defensa, aunque justificada, genera a la víctima el deber de quedarse sometida a una investigación criminal y muchas veces a un proceso penal. Este tipo de problema demanda un razonamiento político-criminal y penológico completamente nuevo, al cual nuestro sistema penal clásico no estaba acostumbrado a dedicarse.

En su turno, el alto cargo que practica corrupción de forma reiterada, en un país que no tiene instituciones muy fuertes y bien basadas, como un Poder Judicial y una fiscalía independientes, una democracia mínimamente real y leyes que son aplicadas de hecho, tampoco puede motivarse por un Derecho penal clásico, con la amenaza de una pena que él sabe que no se le impondrá. Eso puede cambiar si las instituciones se fortalecen a un punto de representar una amenaza real de pena proporcionada a los daños sociales que dicho delincuente puede haber realizado efectivamente.

Algo parecido se puede decir sobre *il capo dei capi* de una organización mafiosa transnacional. El grado de organización y estratificación de una organización criminal del tipo mafioso produce ámbitos o *safe zones* casi libres de la responsabilidad penal. Piénsese, por ejemplo, que en supuestos como estos, las órdenes de ejecución de empresarios o políticos provienen de personas inaccesibles o desconocidas de aquellos que van a asesinar dichas víctimas, lo que impide el reconocimiento de la real origen del ímpetu de delinquir. Eso permite no sólo el alejamiento del cabecilla, de la ejecución de delitos, como la creación de una casta de hombres muy poderosos e intocables por parte de la justicia criminal, que tiene la hoja de vida completamente limpia y mucho dinero, lo que a su turno proporciona la posibilidad de acercamiento con la cúspide de los órganos de poder, formada por políticos y jueces²⁴⁷.

En todo el mundo, la grande innovación de los últimos treinta años que permitió la destrucción efectiva de organizaciones criminales como estas fue el *plea bargain*, típico del sistema anglosajón, pero las teorías justificadoras del Derecho penal y de la pena no cambiaron nada en virtud de fenómenos como estos, aunque que todos sepan que dichos criminales, sin embargo tengan perfecta imputabilidad, no se dejan motivarse por la amenaza de castigo por parte del Derecho penal, lo que pone en evidencia una incompatibilidad entre el modelo aplicado y la realidad.

²⁴⁷ Lo que se quiere decir es que el grado de organización y estratificación de una organización criminal del tipo mafioso produce ámbitos o *safe zones* casi libres de la responsabilidad penal. La prueba más grande de eso fue lo que se ha logrado realizar con la operación manos limpias y la descubierta del grado de infiltración de las redes famosas en todos los órganos de poder.

Lo mismo se puede decir de los grandes narcotraficantes de Latinoamérica y Rusia, por ejemplo, que además de, en general, no tener la necesidad de luchar contra un sistema de justicia criminal fuerte, independiente y no corrompido, disponen de un grado de poder político y de hecho en los territorios donde el Estado ha dejado de ejercer sus funciones, y por eso, construyen verdaderos Estados anómalos donde ejercen su poder de forma ilimitada²⁴⁸. El Derecho penal clásico tiene como premisa la vigencia real del Estado y del contrato social, algo que no existe en supuestos como estos.

Se ha encontrado hoy pruebas incontestables de la existencia de redes internacionales de trata de personas para la esclavitud sexual y de niños para la extracción y tráfico de sus órganos²⁴⁹, cuyos cabecillas, en general, forman parte de órganos de poder de los países involucrados en estos sistemas, o gozan de facilidades de autoridades corruptas, lo que testifica la total incapacidad del Derecho penal clásico – orientado a los sujetos individualmente y a una aplicación local – en gestionar fenómenos criminales de grandes proporciones como este.

Algo también se debe decir sobre los violadores habituales de niños. En general, conforme se ha demostrado a través de algunos estudios científicos²⁵⁰, “Una de las conductas más típicas de los abusadores es la de no responsabilizarse del hecho que cometieron”²⁵¹, lo que, añadido al hecho de que “En general, [los abusadores sexuales de niños] presentan distorsiones

²⁴⁸ Um exemplo de eso son las Cortes de Justicia de excepción formadas por los narcotraficantes en los territorios que dominan, a través de las cuales procesan y juzgan quien les de ganas. Véase: “*Memória: como funcionam os tribunais do tráfico nas favelas do Rio. RIO - O repórter Mauro Ventura mostrou, em reportagem publicada no jornal "O GLOBO", no fim de março deste ano, o funcionamento de um tribunal do tráfico, em uma favela do Rio de Janeiro. (...) Algemado e com os pés amarrados, B., acusado de roubar dentro da comunidade, foi torturado por quase 24 horas. 'Não entendo como agüenta tanta paulada. Meu irmão, nós batemos muito nele', contaria depois um traficante. (...) Cenas como a do tribunal do tráfico reveladas pelo GLOBO chocam, mas não surpreenderam pesquisadores, advogados e pessoas que estudam a violência no Rio. A maioria deles afirmou que elas são fruto da ausência do poder público nas comunidades, que acabaram dominadas pelo narcotráfico.*” O Globo. “*Memória: como funcionam os tribunais do tráfico nas favelas do Rio*”, disponible en: < <https://extra.globo.com/noticias/rio/memoria-como-funcionam-os-tribunais-do-trafico-nas-favelas-do-rio-531257.html>>, publicado em 23/06/08, acceso en: 19 abril 2017.

²⁴⁹ CASILLAS, Rodolfo. “La mundialización del delito. Redes de tráfico y trata de personas en México”, en: Nueva sociedad, ISSN 0251-3552, N° 241, 2012, págs. 122-132.

²⁵⁰ GONZÁLEZ, Electra; MARTÍNEZ, Vania; LEYTON, Carolina; BARDI Alberto. “Características de los abusadores sexuales.” En: Revista sogia, año 2004, n. 11(1), pp. 6-14.

²⁵¹ “Una de las conductas más típicas de los abusadores es la de no responsabilizarse del hecho que cometieron. Algunos depositan la culpa en la víctima, aduciendo que fue ésta quien lo sedujo, asignándole un poder casi “demoníaco” que lo provoca y “enloquece”. Otros abusadores culpan a sus parejas, ya que al negarse a tener relaciones sexuales o no prestarles atención o cariño, los “empujarían” a cometer el abuso. Hay abusadores que dicen que no puede culpárseles porque fue “una vez” y no saben lo que les ocurrió. Otros alegan que era su forma de demostrar amor y cercanía a niñas o niños carentes de afecto.” GONZÁLEZ, Electra; MARTÍNEZ, Vania; LEYTON, Carolina; BARDI Alberto. “Características de los abusadores sexuales.” En: Revista sogia, año 2004, n. 11(1), pp. 6-14, p. 12.

cognitivas, dificultades en el desarrollo de empatía y en la habilidad de entender y atribuir estados mentales a otros”²⁵² redonda, en general, en una ineffectividad de probarse científicamente la posibilidad de su tratamiento²⁵³.

Si se tiene atención al hecho de que, en general, no se puede identificar desde un punto de vista científico la posibilidad de reeducación de dichos abusadores y que ellos, también en general, “*Tienen especial habilidad para identificar niños vulnerables*”²⁵⁴, hay que pensarse en nuevas formas de intervención por parte del Estado, a través del Derecho penal.

Así pues, si dichos abusadores, aún que comprendan el carácter antijurídico de su hecho y puedan determinarse de acuerdo con dicha comprensión, es decir, aunque puedan motivarse por la norma, eligen no determinar su conducta conforme el derecho, de forma reiterada y previsible, ¿cuál sería la efectividad de una pena en un modelo de Derecho penal mínimo, que no representaría una violación del principio de la prohibición de la protección deficiente de bienes jurídicos (*Untermassverbot*)²⁵⁵?

3.3.1 El sentido del terrorismo

De entrada, hay que informar que la naturaleza jurídica y algunas particularidades normativas de los delitos de terrorismo en España, Italia y Brasil, van a ser estudiadas a lo largo de este trabajo, y que, por eso, en este momento, es necesario solamente identificar algunas características sociológicas de dicho fenómeno.

²⁵² GONZÁLEZ, Electra; MARTÍNEZ, Vania; LEYTON, Carolina; BARDI Alberto. “Características de los abusadores sexuales.” En: Revista sogia, año 2004, n. 11(1), pp. 6-14, p. 11.

²⁵³ “La efectividad de programas de rehabilitación tanto en instituciones correccionales como a nivel de la comunidad ha sido cuestionada por la inconsistencia en las medidas de evaluación de estos programas (19, 20, 21, 22, 23, 24).” GONZÁLEZ, Electra; MARTÍNEZ, Vania; LEYTON, Carolina; BARDI Alberto. “Características de los abusadores sexuales.” En: Revista sogia, año 2004, n. 11(1), pp. 6-14., p. 12.

²⁵⁴ En general, presentan distorsiones cognitivas, dificultades en el desarrollo de empatía y en la habilidad de entender y atribuir estados mentales a otros, lo que en la literatura se ha denominado la teoría de la mente. Tienen especial habilidad para identificar niños vulnerables. Electra González, Vania Martínez, Carolina Leyton, Alberto Bardi. Características de los abusadores sexuales. REV SOGIA 2004; 11(1): 6-14, p. 11.

²⁵⁵ Conforme se explica en un apartado propio, la existencia de los mandatos constitucionales de criminalización, o la existencia expresa del derecho/deber de garantía de la seguridad pública, representan que una protección eficiente de la sociedad, contra fenómenos de macrocriminalidad o contra quien quiere, de forma seria y contundente, dañar derechos y garantías fundamentales de los demás, tiene origen en la Constitución. Así pues, queda evidente que una respuesta proporcional a estos delitos macrocriminales debe obedecer a la necesidad de efectiva protección, o bien, al principio de prohibición de la protección insuficiente (*Untermassverbot*).

El reconocimiento de la necesidad de medidas más rigurosas contra determinados fenómenos criminales ha estado expresado incluso por investigadores de países con sistemas jurídicos de otras orígenes, quienes también han identificado la necesidad de existencia de un Derecho penal de lucha, diferente del Derecho penal ordinario. En este sentido, véase a continuación, sobre el terrorismo:

En este sentido, el terrorista es fundamentalmente diferente del delincuente comúnmente encontrado en nuestro sistema de justicia penal. Al atacar el fundamento del orden social, el terrorista intenta destruir la estructura de la libertad que gobierna nuestras vidas. Al fomentar el terror de masas, el terrorista busca incapacitar a los ciudadanos de ejercer la libertad de perseguir nuestros fines individuales y colectivos. Esto no es mera criminalidad. Es un acto de guerra contra nuestra *pólis*. Al emprender esa guerra, el terrorista emplea medios que difieren fundamentalmente de los utilizados por los enemigos tradicionales encontrados en los campos de batalla gobernados por las reglas de guerra establecidas entre las naciones. Esas reglas distinguen claramente a los combatientes uniformados en el campo de batalla de civiles inocentes que no pueden ser víctimas²⁵⁶.

Jean Baudrillard fue un filósofo y sociólogo francés, crítico de la cultura actual francesa, quien se dedicó al análisis de la posmodernidad y la filosofía del post-estructuralismo. El autor ha escrito un texto muy interesante sobre el significado del terrorismo, luego después del atentado de las torres gemelas en Nueva York, en 11 de septiembre de 2001. Él empieza con una consideración muy interesante, y muy parecida con lo que se ha expuesto sobre el papel que el riesgo tiene en la sociología actual.

Baudrillard ha identificado que, de la misma forma que los padres de la sociología clásica no han podido prever la centralidad del papel que se le reconoce al riesgo en los análisis sociológicos y económicos en la actualidad, y por eso, no le han dado la importancia debida, ellos tampoco han podido proyectar el significado que las acciones terroristas tienen para

²⁵⁶ “*In this sense, the terrorist is fundamentally different from the criminal offender normally encountered by our criminal justice system. By attacking the foundation of societal order, the terrorist seeks to demolish the structure of liberty that governs our lives. By fomenting mass terror, the terrorist seeks to incapacitate the citizenry from exercising the liberty to pursue our individual and collective ends. This is not mere criminality. It is an act of war against our polity. In waging that war, the terrorist employs means that fundamentally differ from those used by traditional enemies encountered on battlefields governed by the established rules of war among nations. Those rules clearly distinguish uniformed combatants on the battlefield from innocent civilians who are off-target.*” ASHCROFT, John D.; VIET D. Dinh. zorr. "Liberty, Security, and the USA Patriot Ad." En: *Confronting Terror: 9/11 and the Future of American National Security*, Dean Reuter and John Yoo editores, New York/London, Encounter Books, 2001, pp. 187-200, p. 192.

nuestras sociedades²⁵⁷ y, por eso, se puede concluir que seguramente su método carece de idoneidad para comprender de la forma debida el fenómeno en cuestión que, en realidad, demanda aún más detenimiento, profundidad e innovación en su estudio. En este trabajo se estudiará, con especial atención, el terrorismo yihadista islámico, que es el fenómeno que más ha matado en los últimos años, principalmente después de la cesación de las actividades armadas de *Euskadi Ta Askatasuna* (ETA)²⁵⁸ e *Irish Republican Army* (IRA)²⁵⁹.

Una primera información importante acerca de este fenómeno es que los terroristas yihadistas islámicos no se suicidan en vano, es decir, sin adentrar a fondo la doctrina islámica, se sabe que ellos tienen la creencia de que el suicidio en la Yihad (Guerra Santa), *i. e.*, en los atentados de que se tiene noticia, es la realización de su personalidad, la propia búsqueda de la felicidad (aunque *post mortem*), representa la realización del propósito más grande y de la finalidad para la cual fueron puestos en el planeta tierra²⁶⁰.

Además, ellos tienen una noción estratégica muy buena, porque juegan con una debilidad de adversario. Es decir, “*los terroristas lograron hacer de su propia muerte un arma contundente en contra de un sistema que vive de excluir la muerte, y cuyo ideal es: cero muertos.*”²⁶¹, en un sistema en el cual la muerte no puede representar una racionalidad ellos

²⁵⁷ “Todo el juego de la historia y del poder ha sido afectado, así como los supuestos de su análisis. Pero hay que darse tiempo. Durante la parálisis de acontecimientos era necesario anticipárseles, ser más rápidos que ellos. En el momento en que se aceleran a esta escala, es necesario ir más lento, sin dejarse sepultar bajo el farrago de los discursos y el humo de la guerra; y, sobre todo, preservar intacto el fulgor inolvidable de las imágenes.” BAUDRILLARD, Jean. *Lo spirito del terrorismo*, traducción Alessandro Serra, Milan: Raffaello Cortina, 2002. Traducción al castellano de María Virginia Jaua-Alemán, p. 8.

²⁵⁸ “ETA ha anunciado, a través de la web del diario Gara, el “cese definitivo de su actividad armada”. En el comunicado, ETA expresa su “compromiso claro, firme y definitivo” de “superar la confrontación armada” y emplaza a los gobiernos español y francés a abrir un “diálogo directo” para solucionar “las consecuencias del conflicto.” ESCRIVÁ, Ángeles. “ETA anuncia el cese definitivo de su actividad armada”. *El Mundo*, Madrid, 20 de octubre de 2011, disponible en: < <http://www.elmundo.es/elmundo/2011/10/19/espana/1319034890.html>>, acceso en 2 de mayo de 2017.

²⁵⁹ “El Consejo Armado del Ejército Republicano Irlandés (IRA), órgano de decisión de la banda responsable de dirigir su campaña armada en el pasado, “ ya no está operativo”, según un informe de la Comisión Independiente de Control (IMC) publicado este miércoles. Si no existe ejército alguno, ¿cuál es el problema aquí? El documento, de doce páginas, indica que el IRA ha desmantelado todas sus “estructuras terroristas” y carece de una cúpula de líderes capaz de organizar una ofensiva armada contra las fuerzas de seguridad. La Comisión reconoce que hay sectores que quieren ver “la disolución pública de las estructuras de liderazgo del IRA”, pero precisa que la organización paramilitar ha seguido sus “propios métodos” para acabar con “su llamada lucha armada.” AGENCIAS 20 Minutos. “Un informe asegura que el IRA ha desmantelado su estructura militar.” 3 de septiembre de 2008. Disponible en: < <http://www.20minutos.es/noticia/409079/0/ira/desmantelado/militar/>>, acceso en 19 abril 2017.

²⁶⁰ BAUDRILLARD, Jean. *Lo spirito del terrorismo*, traducción Alessandro Serra, Milan: Raffaello Cortina, 2002. Traducción al castellano de María Virginia Jaua-Alemán, p. 22.

²⁶¹ BAUDRILLARD, Jean. *Lo spirito del terrorismo*, traducción Alessandro Serra, Milan: Raffaello Cortina, 2002. Traducción al castellano de María Virginia Jaua-Alemán, p. 22.

introducen el dato “muerte”, o “propia muerte” como su propia racionalidad y eso hace estallar todo el sistema, porque carece de medios de reconocer dicha racionalidad como legítimo impulsor de la acción.²⁶²

Ellos identifican la debilidad del sistema occidental no sólo desde un punto de vista axiológico, como con el juego con el código muerte/no muerte, sino también desde un punto de vista real, como el hecho de que Francia es un país que tiene su población civil completamente desarmada, y por eso, fue posible realizar un ataque en el cual sólo seis terroristas armados con unos fusiles AK-47 y un par de bombas rústicas (chalecos con peróxido de acetona) han podido matar a 132 personas y herir a otras 351 en una sólo ocasión, sin encontrar ninguna resistencia real por parte de las víctimas²⁶³. En resumen, Baudrillard aclara el significado del terrorismo de la siguiente forma:

Todo sistema de cero muertos es un sistema de suma cero. Y cualquier medio de disuasión y destrucción resulta impotente contra un enemigo que ya ha hecho de la muerte un arma contraofensiva. “¡Qué importan los bombardeos norteamericanos! ¡Nuestros hombres tienen tantas ganas de morir como los americanos de vivir!” De ahí la desigualdad de las cuatro mil muertes infligidas de un solo golpe a un sistema de cero muertos. Es así que se juega todo por la muerte. No sólo por la irrupción violenta, en directo, en tiempo real de la muerte, sino por la irrupción de una muerte más que real: simbólica, la muerte por sacrificio – es decir, el acontecimiento absoluto y definitivo–. Tal es el espíritu del terrorismo.²⁶⁴

Eso obliga el sistema a cambiar su orientación axiológica en relación con la muerte y a responder a dicha provocación – en una tentativa de sobrevivir – también con muerte (del terrorista), en un mismo grado o superior, lo que representa el ápice, el apogeo de toda acción terrorista yihadista islámica, que sucede exactamente de acuerdo con los planes y deseos de

²⁶² “El acontecimiento fundamental es que los terroristas dejaron de suicidarse en vano al poner en juego, de manera ofensiva y eficaz, su propia muerte. Los guía una intuición estratégica simple: la inmensa fragilidad del adversario, la de un sistema que ha llegado casi a su perfección y que, de pronto, se vuelve vulnerable al más mínimo destello. Los terroristas lograron hacer de su propia muerte un arma contundente en contra de un sistema que vive de excluir la muerte, y cuyo ideal es: cero muertos.” BAUDRILLARD, Jean. *Lo spirito del terrorismo*, traducción Alessandro Serra, Milan: Raffaello Cortina, 2002. Traducción al castellano de María Virginia Jaua-Alemán, p. 22.

²⁶³ BBC Mundo. "Francia: lo que se sabe de los ataques reivindicados por Estado Islámico que dejaron al menos 132 muertos en París". 16 noviembre 2015. Disponible en: <http://www.bbc.com/mundo/noticias/2015/11/151113_paris_ataque_ep>, acceso en 10 abril 2017.

²⁶⁴ BAUDRILLARD, Jean. *Lo spirito del terrorismo*, traducción Alessandro Serra, Milan: Raffaello Cortina, 2002. Traducción al castellano de María Virginia Jaua-Alemán, p. 23.

dichos terroristas, sin embargo sea la única opción razonable de comportamiento delante de un terrorista que rehúsa de forma vehemente, por otras formas, a dejar de asesinar las personas que ve por su camino, durante un atentado (en un supuesto de legítima defensa). Es precisamente eso lo que sostiene Baudrillard, con las siguientes palabras: “*Desafiar el sistema con un don al que no puede responder sino a través de su propia muerte y su propio desmoronamiento. La hipótesis terrorista es que el sistema mismo se suicida como respuesta a los diversos desafíos de la muerte y del suicidio*”²⁶⁵

Con eso, los terroristas crean una especie de exceso de realidad, donde todo el sistema se hunde, y se convence a los individuos que presencian o son informados de sus hechos que la sensación de seguridad que sentían es una mera expectativa que puede ser destrozada en cualquier lugar y a cualquier momento.²⁶⁶

La violencia cruda vivenciada en lo real, *la carnage* que pone en evidencia que la sensación de seguridad es una mera quimera, tiene el poder de transformar en simbólico un impacto real, y así, abarrotar el imaginario con lo peor que se puede esperar del ser humano que, como dicho, tiene fuertes raíces en la propia realidad.

El ejercicio real de un acto suicida tiene el poder simbólico de poner en cuestión todo el conjunto de valores de nuestras sociedades, además de difundir el miedo a una especie de vuelta al estado de naturaleza, donde el Estado no puede proteger sus ciudadanos.²⁶⁷ El terrorismo yihadista islámico es un juego desigual, donde el terrorista tiene armas mucho más fuertes, de las cuales se puede subrayar la completa incapacidad de motivabilidad por la amenaza de sanción penal – incluso de una posible condena de muerte – en un sujeto perfectamente imputable. Es una perversión de nuestro sistema de valores, conforme observa

²⁶⁵ “De tal manera que a la muerte no pueda responderse sino con una muerte igual o superior. Desafiar el sistema con un don al que no puede responder sino a través de su propia muerte y su propio desmoronamiento. La hipótesis terrorista es que el sistema mismo se suicida como respuesta a los diversos desafíos de la muerte y del suicidio, puesto que ni el sistema ni el poder escapan a su condición simbólica –y sobre esa trampa descansa la posibilidad de su destrucción–.” BAUDRILLARD, Jean. *Lo spirito del terrorismo*, traducción Alessandro Serra, Milan: Raffaello Cortina, 2002. Traducción al castellano de María Virginia Jaua-Alemán, p. 24.

²⁶⁶ “La táctica del modelo terrorista consiste en provocar un exceso de realidad, y hacer que el sistema se desmorone bajo ese exceso. La ridiculez de la situación, así como la violencia que el poder moviliza, se tornan en su contra.” BAUDRILLARD, Jean. *Lo spirito del terrorismo*, traducción Alessandro Serra, Milan: Raffaello Cortina, 2002. Traducción al castellano de María Virginia Jaua-Alemán, p. 24.

²⁶⁷ “Los actos terroristas son una lente de aumento de su propia violencia y, a la vez, un modelo de violencia simbólica que le está vedada, la única que no puede ejercer: la de su propia muerte.” BAUDRILLARD, Jean. *Lo spirito del terrorismo*, traducción Alessandro Serra, Milan: Raffaello Cortina, 2002. Traducción al castellano de María Virginia Jaua-Alemán, p. 25.

Baudrillard: “Según nuestro sistema de valores, ellos hacen trampa: poner en juego la propia muerte no es correcto.”²⁶⁸

Este tipo de terrorismo representa un embate entre civilización y barbarie, entre ilusión de paz y choque de realidad, donde el terrorista tiene el pleno control de las fuerzas en juego y sabe muy bien como manipularlas a su favor, especialmente porque no tiene miedo ni siquiera de morir. Baudrillard informa que:

Por esto todo el poder visible es impotente frente a la muerte ínfima, pero simbólica, de unos cuantos individuos. Hay que admitir la evidencia de que ha nacido un nuevo terrorismo, una nueva forma de actuar que juega el juego y se apropia de las reglas para manipularlas. Esta gente no sólo lucha con armas desiguales, puesto que ponen en juego su propia muerte, la cual carece de respuestas (“son ruines”), sino que han hecho suyas las armas de la gran potencia.²⁶⁹

El terrorismo, en virtud de jugar con las reglas del sistema – incluso del sistema de prevención penal – y de luchar con armas muy superiores que las armas de las cuales dispone la sociedad que objetiva dañar, reclama un nuevo Derecho penal, nuevas reglas jurídico-penales que promuevan su contención y sean efectivas en contrarrestar los actos que le dan vida. Especialmente, la intimidación de los terroristas es algo inalcanzable para el Derecho penal clásico²⁷⁰.

Hay que haber un Derecho penal diferente, proporcionado, para estos nuevos fenómenos criminales que también son diferentes. Eso se puede concluir de la observación de los hechos que han tomado lugar en nuestras sociedades en los últimos años, y en las propias consideraciones de la filosofía y de la sociología, como lo que sostiene Baudrillard, de la siguiente forma: “La gran diferencia es que los terroristas, al disponer de las armas del

²⁶⁸ BAUDRILLARD, Jean. *Lo spirito del terrorismo*, traducción Alessandro Serra, Milan: Raffaello Cortina, 2002. Traducción al castellano de María Virginia Jaua-Alemán, p. 31.

²⁶⁹ “El dinero y la especulación en la Bolsa, las tecnologías informáticas y aeronáuticas, la dimensión espectacular y las redes mediáticas: han asimilado la modernidad y la globalización sin cambiar su rumbo, lo que implica destruirlas.” BAUDRILLARD, Jean. *Lo spirito del terrorismo*, traducción Alessandro Serra, Milan: Raffaello Cortina, 2002. Traducción al castellano de María Virginia Jaua-Alemán, p. 26.

²⁷⁰ “Disminución de la producción, del consumo, de la especulación, del crecimiento (¡pero ciertamente no de la corrupción!): todo sucede como si en el sistema mundial se operara un repliegue estratégico, una revisión desgarradora de sus valores –da la impresión de una reacción defensiva ante el impacto del terrorismo, pero en el fondo se trata de una respuesta a su disposiciones secretas–, regulación forzada como salida al desorden absoluto que, de alguna manera, se impone sobre sí mismo interiorizando su fracaso.” BAUDRILLARD, Jean. *Lo spirito del terrorismo*, traducción Alessandro Serra, Milan: Raffaello Cortina, 2002. Traducción al castellano de María Virginia Jaua-Alemán, pp. 42-43.

*sistema, disponen de otra arma letal: su propia muerte. Si se conformaran con combatir el sistema mediante sus propias armas serían eliminados de inmediato.*²⁷¹

Además, el sentido de la utilización de la propia muerte para promover un hecho real y simbólico de grandes proporciones en el seno de sociedades que tienen como un valor casi absoluto la preservación de la vida, es algo más que heroico y de un auto de fe, representa el motivo egoístico de entrada en el paraíso, con todos los beneficios que alguien que realiza eso puede disfrutar, en el caso del terrorista yihadista islámico²⁷², conforme a su creencia. Además, los actos terroristas de este matiz tienen un sentido de defraudar a la vigencia de los valores de la propia sociedad que se ataca, como una forma de humillación de la sociedad a la cual se desea la destrucción²⁷³.

En este punto, Baudrillard hace una observación igual a algunas consideraciones de Jakobs. El autor francés informa que la malicia del terrorista le permite utilizar, incluso, la banalidad de la vida cotidiana urbana de las grandes ciudades de los países occidentales. Ellos duermen trabajan y estudian con como miembros normales de una sociedad multicultural – lo que no está mal, por supuesto – pero súbitamente despiertan como bombas reloj de efecto retardado²⁷⁴. Jakobs, de la misma manera, observa que “*la sociedad seguirá teniendo enemigos —visibles o con piel de cordero— deambulando por ella*”.²⁷⁵

²⁷¹ BAUDRILLARD, Jean. *Lo spirito del terrorismo*, traducción Alessandro Serra, Milan: Raffaello Cortina, 2002. Traducción al castellano de María Virginia Jaua-Alemán, p. 28.

²⁷² “Otro argumento de mala fe: los terroristas cambian su muerte por un lugar en el paraíso; su acto no es gratuito, por lo tanto no es auténtico. Sería gratuito sólo si ellos no creyeran en Dios, si la muerte no entrañara, como lo hace para nosotros, una esperanza (los mártires cristianos no esperaban otra cosa que esa sublime equivalencia). No pelean con las mismas armas. Mientras que ellos tienen derecho a la salvación, nosotros ni siquiera podemos albergar esa esperanza. Mientras que sólo nos queda el duelo de nuestra muerte, ellos pueden hacer con ella una apuesta ambiciosa.” BAUDRILLARD, Jean. *Lo spirito del terrorismo*, traducción Alessandro Serra, Milan: Raffaello Cortina, 2002. Traducción al castellano de María Virginia Jaua-Alemán, pp. 32-33.

²⁷³ “Resulta un contrasentido ver en el acto terrorista una lógica puramente destructiva. Me parece que sus actos, en los que la muerte va implícita (lo que precisamente la hace un acto simbólico), no buscan la eliminación impersonal del otro. Todo permanece en el terreno del desafío y el duelo, es decir, una relación dual, casi personal, con la potencia adversa. Es ella quien los ha humillado, y ella debe ser humillada y no simplemente exterminada. Es necesario degradarla. Esto jamás se logra con la fuerza bruta o la eliminación del otro.” BAUDRILLARD, Jean. *Lo spirito del terrorismo*, traducción Alessandro Serra, Milan: Raffaello Cortina, 2002. Traducción al castellano de María Virginia Jaua-Alemán, p. 34.

²⁷⁴ “Para colmo de la malicia, utilizan incluso la banalidad de la vida cotidiana norteamericana como máscara y como doble juego: duermen en sus suburbios, leen y estudian en familia antes de despertar de un día para otro como bombas de efecto retardado. El conocimiento preciso, sin error, de esa clandestinidad tiene un efecto casi tan terrorista como el espectacular evento del 11 de septiembre. Arroja la sombra de la sospecha sobre cualquier individuo: ¿o no acaso cualquier ser inofensivo puede ser un terrorista en potencia? Si ellos lograron pasar desapercibidos, cualquiera de nosotros representa un criminal desapercibido (cada avión se convierte en sospechoso), y en el fondo es verdad. Quizá corresponde a una forma inconsciente de criminalidad potencial, disfrazada, y cuidadosamente reprimida, pero siempre susceptible, si no de resurgir al menos de vibrar

Eso tiene el efecto secundario de atraer para todos – y en especial, para los grupos étnicos cuyos miembros más están involucrados en atentados terroristas – la permanente sospecha de que son terroristas en potencial, lo que, en su turno, genera aún más terror de una forma difundida y no necesariamente vinculada a un hecho terrorista real que uno puede realizar. Sin embargo, de hecho, la forma de organización de nuestras sociedades urbanas en el occidente permite a uno que viva por mucho tiempo comprometido con la tarea de preparación de actos terroristas sin que nadie se dé cuenta de lo que hacen sus vecinos o sus familiares²⁷⁶.

Eso representa uno de los efectos simbólicos del terrorismo contemporáneo, y es lo que promueve, de hecho, la sensación de terror incluso en las personas que no fueron víctimas directas de los hechos terroristas reales²⁷⁷, porque representa la posibilidad actual de alguien interrumpir la paz de su vida con una bomba que puede explotar en cualquier lugar y en un momento que se desconoce²⁷⁸. En las palabras del autor, eso pasa de la siguiente forma:

Otro aspecto de la victoria de los terroristas es que las demás formas de violencia y desestabilización juegan a favor suyo: terrorismo informático, biológico, el ántrax y el rumor. Todos le han sido imputados a Bin Laden, quien podría incluso reivindicar a su favor las

secretamente frente al espectáculo del Mal.” BAUDRILLARD, Jean. *Lo spirito del terrorismo*, traducción Alessandro Serra, Milan: Raffaello Cortina, 2002. Traducción al castellando de María Virginia Jaua-Alemán, p. 27.

²⁷⁵ “Así pues, la sociedad seguirá teniendo enemigos —visibles o con piel de cordero— deambulando por ella. A falta de seguridad cognitiva, una sociedad consciente de los riesgos no puede dejar de lado esta problemática; pero tampoco puede solucionarla sólo a base de medidas policiales. Por ello, no existe ninguna alternativa al Derecho penal de enemigos que sea actualmente perceptible.” JAKOBS, Günther. *Moderna Dogmática Penal, Estudios Compilados*, México D. F., Porrúa, 2002, p.734.

²⁷⁶ “El éxito está en otra parte. La diferencia es que, en el caso del terrorismo, no se trata de un contrato laboral, sino de un pacto y de la obligación impuesta por el sacrificio. Una obligación como ésta se halla protegida frente a toda deserción o corrupción. El milagro reside en su capacidad para adaptarse a la red mundial, al protocolo técnico, sin renunciar a la complicidad con la vida y la muerte.” BAUDRILLARD, Jean. *Lo spirito del terrorismo*, traducción Alessandro Serra, Milan: Raffaello Cortina, 2002. Traducción al castellando de María Virginia Jaua-Alemán, pp. 29-30.

²⁷⁷ “Esa violencia terrorista no representa un *retour de flamme* de la realidad, no más que el de la historia. Esa violencia terrorista no es “real”. En cierto sentido es peor: es simbólica. La violencia en sí puede ser perfectamente banal e inofensiva. Sólo la violencia simbólica genera una singularidad. En ese acontecimiento, en la catastrófica película de Manhattan se conjugan, en su mayor expresión, los dos elementos que fascinan a las masas del siglo xx: la magia blanca del cine y la magia negra del terrorismo. La luz blanca de la imagen y la luz negra del terrorismo.” BAUDRILLARD, Jean. *Lo spirito del terrorismo*, traducción Alessandro Serra, Milan: Raffaello Cortina, 2002. Traducción al castellando de María Virginia Jaua-Alemán, p. 39.

²⁷⁸ “¿Qué queda del acontecimiento real si la imagen, la ficción, lo virtual se filtran por doquier en la realidad? En este caso, creímos ver (quizá con cierto alivio) un resurgimiento de lo real y de la violencia de lo real en un universo supuestamente virtual. “¡Se acabaron sus historias virtuales, esto es la realidad!” BAUDRILLARD, Jean. *Lo spirito del terrorismo*, traducción Alessandro Serra, Milan: Raffaello Cortina, 2002. Traducción al castellando de María Virginia Jaua-Alemán, p. 37.

catástrofes naturales. Todas las formas de desorganización y de circulación perversa le son útiles: hasta la estructura misma del intercambio mundial generalizado a favor de un intercambio imposible. Se trata de una suerte de escritura automática del terrorismo, (re)alimentada por el terrorismo involuntario de la información, con todas las consecuencias de pánico que resultan de ella.²⁷⁹

Así pues, lo real se vuelve simbólico y, por eso, puede perjudicar efectivamente la calidad de vida de mucho más personas que las personas que fueron efectivamente dañadas por los actos terroristas²⁸⁰, como una forma de “*un sacrificio colectivo sellado por una exigencia ideal –la conjugación de dos dispositivos: una estructura operativa y un pacto simbólico, lo que hace posible un acto de tal desmesura*”²⁸¹, lo que tiene consecuencias incalculables en ambos planes simbólico y real²⁸².

Además, los sistemas actuales de difusión de imágenes y sonido en tiempo real y los medios de comunicación social instantáneos tienen el poder de potenciar de forma nunca antes imaginada el efecto simbólico de terror y el efecto real de miedo como consecuencias de actos de esta naturaleza²⁸³. Así pues, a continuación, se transcribe lo que el Juez Joaquín Ebile Nsefum ha escrito sobre las características principales del delito de terrorismo, a saber:

- a) Un acto inicialmente criminal
- b) El empleo de la violencia, de medios capaces de crear un peligro común
- c) Un móvil consistente en la creación de un estado de alarma
- d) Un fin último, que aunque no se señale expresamente por ninguna de estas definiciones, se supone ha de ser político²⁸⁴

²⁷⁹ BAUDRILLARD, Jean. *Lo spirito del terrorismo*, traducción Alessandro Serra, Milan: Raffaello Cortina, 2002. Traducción al castellano de María Virginia Jaua-Alemán, p. 43.

²⁸⁰ Todo cambió a partir de esa unión entre los medios modernos disponibles y el arma más simbólica; ésta multiplica infinitamente su potencial destructivo. Esa multiplicación de los factores (que nos parecen irreconciliables) es lo que les da semejante superioridad. Por el contrario, la estrategia de cero muertos, la guerra “limpia”, tecnológica, pasa precisamente del lado frente a esa transfiguración del poder “real” a través del poder simbólico. 28-29

²⁸¹ BAUDRILLARD, Jean. *Lo spirito del terrorismo*, traducción Alessandro Serra, Milan: Raffaello Cortina, 2002. Traducción al castellano de María Virginia Jaua-Alemán, p. 30.

²⁸² “Es exactamente lo que lograron los terroristas con el atentado en Manhattan, e ilustra bastante bien la teoría del caos: un golpe inicial provoca consecuencias incalculables.” BAUDRILLARD, Jean. *Lo spirito del terrorismo*, traducción Alessandro Serra, Milan: Raffaello Cortina, 2002. Traducción al castellano de María Virginia Jaua-Alemán, p. 31.

²⁸³ “Entre las armas que los terroristas lograron volver en contra del propio sistema, una de las que capitalizaron con mayor provecho fue el tiempo real de las imágenes, su difusión instantánea a nivel mundial.” BAUDRILLARD, Jean. *Lo spirito del terrorismo*, traducción Alessandro Serra, Milan: Raffaello Cortina, 2002. Traducción al castellano de María Virginia Jaua-Alemán, p. 36

²⁸⁴ NSEFUM, Joaquín Ebile, *El delito de terrorismo su concepto*, Montecorvo, Madrid, 1985, p. 46.

De esta forma, el terrorismo presupone una acción violenta, a priori criminal, que puede crear peligro común, que tiene por finalidad la creación de un estado de alarma orientada a repercusiones políticas – aquí se puede añadir que dichos actos también pueden tener por finalidad repercusiones sociales y religiosas –, realizada o no por organizaciones que lo practican de forma sistemática, lo que es muy diferente de los actos de criminalidad violenta no motivados por razones como de estos matices²⁸⁵. El profesor de la Universidad Rey Juan Carlos, Fernando Reinares, explica lo que se quiere decir aquí, de la siguiente forma:

“Hablar de terrorismo es hablar de violencia. Ante todo, podemos considerar terrorista un acto de violencia cuando el impacto psíquico que provoca en una determinada sociedad o en algún sector de la misma sobrepasa con creces sus consecuencias puramente materiales. Es decir, cuando las reacciones emocionales de ansiedad o miedo que el acto violento suscita en el seno de una población dada resultan desproporcionadas respecto al daño físico ocasionado de manera intencionada a personas o a cosas.”²⁸⁶

La idea de impacto psíquico es lo central en un acto terrorista y, desde dicha consecuencia, derivan las otras, de a características sociológicas o políticas y, por eso, un estudio que busque comprender con más grande profundidad el sentido de un acto terrorista es necesariamente un estudio que propone la comprensión de su naturaleza interdisciplinaria. Sin embargo, la idea de comunicación orientada al sistema psíquico es lo central de un acto terrorista, que sirve de origen de las demás reacciones deseadas por el delincuente.

Después de reconocer el sentido inicial de un hecho terrorista, hay que conocerse su sentido terminal. La finalidad última de terrorismo la aclara el profesor de la Universidad Autónoma de Madrid, Manuel Cancio Meliá, de esta manera: “[...] se trata de una estrategia de comunicación: se pretende atacar (más exactamente: provocar, desafiar) al poder del Estado. Por lo tanto, la específica peligrosidad de las organizaciones terroristas está,

²⁸⁵ “Por su parte, el término ‘terrorismo’ tiende a designar un tipo particular de actividad violenta; aunque, por extensión, se usa frecuentemente para hacer referencia a aquellos individuos, grupos y organizaciones que lo practican de forma sistemática. Ante todo, lo que distingue a los actos de terrorismo de otros tipos de acción violenta es su capacidad para provocar un intenso impacto psicológico y social (ansiedad o temor) desproporcionado con respecto a los daños físicos ocasionados a las personas u objetos elegidos como blanco de la agresión.” DE LA CORTE IBÁÑEZ, Luis. ¿Hasta qué punto convergen el terrorismo global y la criminalidad organizada?: parámetros generales y escenarios críticos. Revista del Instituto Español de Estudios Estratégicos, n. 1, p. 153, 2013. Disponible en: <revista.ieee.es/index.php/ieee/article/view/41>. Acceso en: 12 nov. 2016.

²⁸⁶ REINARES, Fernando. *Terrorismo global*. Madrid: Taurus, 2003. p. 16.

entonces, más allá de las concretas lesiones de bienes jurídicos individuales, en un ataque (ideal) al Estado”²⁸⁷.

El profesor Cancio, con razón, explicita que la finalidad última del terrorismo es atacar el poder del Estado. El objetivo final del terrorismo es poner en cuestión la propia existencia y efectividad del contrato social, a través de la promoción de un sentimiento – basado en hechos terroristas reales – de insuficiencia o no vigencia del contrato social, que proviene de la percepción de la incapacidad del Estado de promover efectivamente el orden y garantizar de forma real la seguridad de sus ciudadanos. Es una declaración simbólica de guerra informal a los fundamentos del Estado moderno, con efectos reales y devastadores que van más allá de lo imaginado por los fundadores de dicho modelo de organización social, en razón del avance actual de los medios de comunicación en masa. El profesor Fernando Reinares describe, de forma directa, dichos efectos reales, de la siguiente manera:

“Un acto de violencia es terrorista si el impacto psíquico que provoca en una sociedad o algún segmento de la misma, en términos de ansiedad y miedo, excede con creces sus consecuencias materiales, esto es, los daños físicos ocasionados intencionadamente a personas o cosas. Quienes instigan o ejecutan el terrorismo pretenden así condicionar las actitudes y los comportamientos de gobernantes o gobernados. Suele perpetrarse de manera sistemática e impredecible, por lo común dirigido contra blancos dotados de alguna relevancia simbólica en sus correspondientes entornos culturales o marcos institucionales de referencia. Blancos a menudo de oportunidad, cuyo menoscabo o destrucción son utilizados para transmitir mensajes y dotar de credibilidad a eventuales amenazas proferidas, lo cual convierte al terrorismo en un método extremista tanto de propaganda como de control social”²⁸⁸.

Tiene razón el profesor Reinares cuando observa que el terrorismo tiene la función de propaganda y de control social. La función de propagar el miedo y el sentimiento de no vigencia del contrato social, que promueve un cambio de los propios valores de la cultura (que tiene como fundamento el grand relato contratualista), proporciona cambios reales de

²⁸⁷ CANCIO MELIÁ, Manuel. *Los delitos de terrorismo: estructura típica e injusto*. Madrid: Reus, 2010. p. 130-131.

²⁸⁸ REINARES, Fernando. *Conceptualizando el terrorismo internacional*. Real Instituto Elcano de Estudios Internacionales y Estratégicos. Madrid, 1 jul. 2005. Disponible en: <http://www.realinstitutoelcano.org/wps/portal/rielcano/Imprimir?WCM_GLOBAL_CONTEXT=/elcano/Elcano_es/Zonas_es/ARI%2082-2005>. Acceso en: 04 de jul. 2016.

comportamiento, en diferentes niveles, en la vida de los ciudadanos, con consecuencia reales en la paz social y los estándares de desarrollo de la personalidad de una comunidad.

Véase, por ejemplo, cómo es mucho más difícil y toma mucho más tiempo hoy entrar en un avión o pasar por la aduana de un país que en los años noventa del siglo pasado, o como es mucho más peligroso participar en celebraciones públicas en ciudades europeas el día de hoy que en aquella época.

La puesta en cuestión de la capacidad del Estado en promover niveles mínimos de seguridad, realizada por un hecho terrorista, ataca el bien jurídico identificado en la necesidad de garantía de la paz social. Dicha paz social puede ser definida como la existencia real de las condiciones básicas de una vida en convivencia social mínimamente tranquila, donde uno pueda ejercer de forma regular sus actividades lícitas y así desarrollar su personalidad en el tiempo.

El Profesor de la Universidad de Alicante, Isidoro Blanco Cordero, propone la misma concepción sobre la cuestión, cuando identifica precisamente lo que un atentado terrorista ataca, de la siguiente forma: “*la paz pública alude a la tranquilidad y sosiego en las relaciones de unos con otros, esto es, a las condiciones básicas para la convivencia ciudadana, a la seguridad en el ejercicio de derechos y libertades sin temor a ataques contra las personas*”²⁸⁹. Sin embargo, este tema será mejor desarrollado en el momento de discutirse la existencia de un derecho fundamental a la seguridad.

Jakobs sostiene que una sociedad como la sociedad europea actual, donde los grandes relatos han perdido su vigencia, que no tiene más el respaldo de la religión y de la familia, donde la nacionalidad no representa un vínculo fuerte del individuo con el Estado, habrá un grande número de posibilidades de uno construir su identidad al margen del derecho²⁹⁰.

²⁸⁹ BLANCO CORDERO, Isidoro. “Terrorismo internacional: la amenaza global”. En: DIEGO DÍAZ-SANTOS, María Rosario; FABIÁN CAPARRÓS, Eduardo A. (Coords.). *El sistema penal frente a los retos de la nueva sociedad*. Madrid: Colex, 2003. p. 224

²⁹⁰ “Si todo no induce a error, el número de enemigos no va a descender tan pronto, sino que más bien todavía va a aumentar. Una sociedad que ha perdido el respaldo tanto de una religión conforme al Estado como de la familia, y en la cual la nacionalidad es entendida como una característica incidental, le concede al individuo un gran número de posibilidades de construir su identidad al margen del derecho o, al menos más de las que podría ofrecer una sociedad de vínculos más fuertes.” JAKOBS, Günther. “La autocomprensión de la ciencia del Derecho penal ante los desafíos del presente”. En: VV.AA. *La ciencia del Derecho penal ante el nuevo milenio*. Valencia, Tirant lo Blanc, 2004, p. 60.

Además, la multiculturalidad jurídica – como la existencia de ordenamientos jurídicos reales en comunidades formadas por valores extranjeros, que violan principios, normas y valores del ordenamiento jurídico del Estado, lo que es vigente e imperativo – en general, vinculadas a culturas religiosas tradicionales en teocracias de países de otros continentes – forjan la identidad de algunos sujetos, lo que promueve la degradación del ordenamiento jurídico real a “*mero instrumento para poder vivir los unos junto a los otros y, como cualquier instrumento, se abandona cuando ya no se necesita más*”²⁹¹, lo que, de esta manera, tiene el poder de basar un discurso de licitud circunstancial de acciones terroristas²⁹².

En este punto, antes de avanzar en el análisis de las formas contemporáneas de la criminalidad, es necesario recordar la advertencia de John Locke, en su *Carta de la tolerancia*²⁹³, donde dicho filósofo informa la imposibilidad de justificarse la lesión antijurídica a bienes o intereses ajenos, reconocidos por el ordenamiento jurídico, con fundamento en un precepto de matiz religioso. Véase:

No hay, por lo tanto, ni individuos ni iglesias ni Estados que tengan justificación para invadir los derechos civiles y los bienes terrenales de cada cual bajo pretexto de religión. Quienes no concuerdan con esto, harían bien en meditar sobre los perniciosos gérmenes de discordia y de guerra, en cuán poderosa provocación para interminables odios, rapiñas y asesinatos proporcionan a la humanidad. No habrá paz ni seguridad ni amistad entre los hombres mientras prevalezca la opinión en orden a que el señorío está basado en la gracia y que la religión debe ser propagada por la fuerza de las armas.²⁹⁴

²⁹¹ JAKOBS, Günther. “La autocomprensión de la ciencia del Derecho penal ante los desafíos del presente”. En: VV.AA. *La ciencia del Derecho penal ante el nuevo milenio*. Valencia, Tirant lo Blanc, 2004, p. 60.

²⁹² “A esto se añade el poder detonante de la llamada pluralidad cultural. Un completo absurdo: o bien las diferentes culturas son simples adiciones a una comunidad jurídica base, y entonces se trata de multifolclore de una cultura, o bien —y esa es la variante peligrosa— las diferencias forjan la identidad de sus miembros, pero entonces la base jurídica común queda degradada a mero instrumento para poder vivir los unos junto a los otros y, como cualquier instrumento, se abandona cuando ya no se necesita más. JAKOBS, Günther. “La autocomprensión de la ciencia del Derecho penal ante los desafíos del presente”. En: VVAA. *La ciencia del Derecho penal ante el nuevo milenio*. Valencia, Tirant lo Blanc, 2004, p. 60.

²⁹³ LOCKE, John. “Carta de la tolerancia.” En: Revista Estudios Públicos, N° 28, Santiago de Chile, 1987,

²⁹⁴ LOCKE, John. “Carta de la tolerancia.” en Revista Estudios Públicos, N° 28, Santiago de Chile, 1987, p. 14. Original en inglés: “*In short: no individual or church or commonwealth has a right to attack the civil rights and worldly goods of anyone on pretence of religion. If you disagree, think about what a pernicious a seed of discord and war, what a powerful provocation to endless hatreds, rapines, and slaughters you—or anyway your opinion—is offering to mankind. No peace and security among mankind—let alone common friendship—can ever exist as long as people think that governments get their authority from God and that religion is to be propagated by force of arms.*”

3.3.2 La macrocriminalidad globalizada.

De la misma forma como se ha expuesto los diversos cambios radicales en los ámbitos de la tecnología y de la axiología que se realizaron en nuestra sociedad, cabe señalar ahora algunos de los cambios que la modernidad avanzada ha producido en el ámbito de la criminalidad. La obra de Laura Zúñiga Rodríguez nos permite identificar cuáles son las características de dichas formas de criminalidad en la contemporaneidad, de la siguiente forma:

“1. La criminalidad moderna se presenta interrelacionada con las características de las sociedades modernas. Partiendo de las sociedades post-industrializadas en que vivimos, se puede decir que participa de sus caracteres de complejidad, comunicativa, de riesgo, globalizada, en continua transformación.

2. Es comunicativa, porque el fenómeno criminal se presenta como un proceso de intercomunicación entre individuo y Sociedad, en el cual la información, las imágenes y los símbolos juegan un papel fundamental en el proceso de configuración de lo que es el delito, las funciones de la pena, el autor, la víctima y los demás elementos de la conflictividad social que subyace. El delito y la pena se construyen así socialmente, culturalmente de acuerdo a determinados valores sociales potenciados por los medios de comunicación.

3. Es compleja, porque el fenómeno criminal se inserta en sociedades organizadas, institucionalizadas, donde las relaciones sociales se producen en organizaciones, colectividades. La criminalidad moderna se inserta en los diferentes subsistemas sociales y en organizaciones como la empresa, los sindicatos, los partidos políticos, etc., produciéndose serios problemas para individualizar responsabilidades. La lesión de bienes jurídicos suele ser el producto de una serie de conductas (dolosas y culposas, activas y omisivas) que se interrelacionan creando riesgos para bienes jurídicos, los cuales unidos a una serie de factores desencadenan el daño social.

4. La criminalidad moderna es una criminalidad del riesgo. Vivimos en una sociedad que asume para su bienestar una serie de riesgos para bienes jurídicos provenientes del desarrollo tecnológico. Muchos de estos riesgos sociales son los que producen finalmente daños a bienes jurídicos. La posibilidad de contenerlos con una serie de normas de control social es un deber político y ético, pero dicha contención se presenta difícil de delinear sin caer en posturas normativas totalizadoras. En esta tarea, las propuestas penales deben ser el último

recurso, por lo que hay que delinear políticas criminales integrales según el tipo de riesgo.

5. La criminalidad moderna es una criminalidad globalizada. Es decir, los fenómenos de organización, comunicación y transnacionalización de las relaciones económicas y sociales, están conllevando que muchos comportamientos delictivos se realicen aprovechando las redes internacionales del comercio y de la información. La criminalidad organizada y empresarial, principalmente aprovecha los mecanismos del libre comercio para buscar las ventajas comparativas que le otorgan las diversas legislaciones penales en materia de impunidad, lagunas penales y demás facilidades para delinquir. La caída de fronteras entre los países de bloques económicos es aprovechada por esta criminalidad para transportar mercancías y ganancias ilícitas. Por el contrario, los bloques de países suelen carecer de homogeneidad en las legislaciones penales, por lo que se dificulta la persecución penal. La cooperación internacional en materia penal es una necesidad de la Política Criminal moderna.

6. La criminalidad moderna es buena muestra de los conflictos sociales que se muestran en las sociedades post-industrializadas, caracterizadas por una crisis del modelo económico del Estado del Bienestar. El desempleo, los recortes en gastos sociales, las políticas neoliberales que aumentan las desigualdades sociales, los cambios culturales que propician comportamientos insolidarios, las grandes urbes en las que conviven distintas culturas, son todos caldos de cultivo de una conflictividad social en cuyo vértice puede observarse la delincuencia.²⁹⁵

La gran cuestión es la falta de proporcionalidad entre las respuestas del Derecho penal clásico a estos nuevos fenómenos criminales. El Derecho penal clásico fue pensado como respuesta a eventos criminales ocasionales, realizados por ciudadanos que de forma sólo transitoria realizan una determinada conducta delictiva, cuya culpabilidad se fundamenta en la capacidad de motivabilidad por la norma y en la posibilidad de poder actuar de otro modo.

En este contexto, el fin del Derecho penal es limitar el poder punitivo estatal, lo que se puede percibir en la forma a través de la cual él fue concebido como realidad normativa, es decir, lo que poder ser observado en la forma por la cual los principios constitucionales influenciaron y basaron las categorías dogmáticas, con el fin de limitar el poder punitivo del Estado.

²⁹⁵ ZÚÑIGA RODRÍGUEZ, Laura. *Política Criminal*. Madrid, Colex, 2001, p. 270.

Sin embargo, las nuevas formas de criminalidad informan que la postura del Estado y de la sociedad debe ser otra. Un Derecho penal orientado sólo a proteger garantías no es compatible con fenómenos de macrocriminalidad – como la criminalidad organizada y la transnacional – que representan fenómenos mucho más lesivos a intereses socialmente relevantes que los fenómenos delictivos para los cuales fue pensado el Derecho penal clásico. Laura Zúñiga Rodríguez informa que:

“La criminalidad organizada ha sido tratada político-criminalmente con mayor severidad que la criminalidad común, esto es, con regulaciones de emergencia o Derecho penal del enemigo, porque se considera que ostenta mayor peligrosidad para la sociedad, en definitiva, mayor capacidad para lesionar bienes jurídicos. Valoración que se hace en referencia a la criminalidad cometida por un individuo o un grupo de individuos. Y, es que lo primero que debe quedar claro es que la mayor peligrosidad de la criminalidad organizada está en referencia a los delitos cometidos por personas individuales, porque las categorías penales tienen como base de valoración la persona individual.”²⁹⁶

Muchas veces, el propio funcionamiento de dichas nuevas formas de criminalidad presupone la ineffectividad de la respuesta estatal o una postura garantista en relación con el Derecho penal, como por ejemplo, la corrupción masiva, que en muchos países posee penas privativas de libertad muy cortas o sólo la pena de multa, establecidas bajo bandera del principio de intervención mínima²⁹⁷.

Sin embargo, si la función de la Política Criminal es la prevención de la delincuencia, dicha prevención debe materializarse en un Derecho penal orientado a la realidad social en la cual se inscribe. “Al ser la prevención de la delincuencia el objetivo fundamental del sistema penal y del control social en general, viene a constituir el eje de la Política Criminal moderna.”²⁹⁸

²⁹⁶ ZÚÑIGA RODRÍGUEZ, Laura. *Criminalidad organizada y sistema de Derecho penal*. Contribución a la determinación del injusto penal de organización criminal, *op. cit.*, p. 161.

²⁹⁷ La pena de para delitos de corrupción en Brasil, por ejemplo, puede ser de sólo dos año de prisión, con la posibilidad de sustitución de las penas de este delto que lleguen hasta los cuatro años de prisión, por penas alternativas, como el arresto de fin de semana y la multa. Véase: “Art. 44. *As penas restritivas de direitos são autônomas e substituem as privativas de liberdade, quando: I – aplicada pena privativa de liberdade não superior a quatro anos e o crime não for cometido com violência ou grave ameaça à pessoa ou, qualquer que seja a pena aplicada, se o crime for culposos; (...) Corrupção passiva. Art. 317 - Solicitar ou receber, para si ou para outrem, direta ou indiretamente, ainda que fora da função ou antes de assumi-la, mas em razão dela, vantagem indevida, ou aceitar promessa de tal vantagem: Pena – reclusão, de 2 (dois) a 12 (doze) anos, e multa.*” BRASIL. Decreto-lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940. Código Penal. *Diário Oficial da União*, Rio de Janeiro, 31 dez. 1940.

²⁹⁸ ZÚÑIGA RODRÍGUEZ, Laura. *Política Criminal*, *op. cit.*, p. 39.

Si la función central de la Política Criminal es la prevención del delito, lo que coincide con la función del Derecho penal y de la pena en el momento de su aplicación, la sociedad debe diseñar un Derecho penal eficiente y hábil a realizar dicho fin, teniendo en cuenta que las características de muchos fenómenos criminales han cambiado desde la creación del Derecho penal clásico, lo que exige un cambio en la forma por la cual el Derecho penal debe reaccionar, si todavía se busca su efectividad.

Es necesario, de acuerdo con la teoría del Derecho penal del enemigo, que el sistema del Derecho y los otros sistemas sociales estén atentos a dichas nuevas forma de delincuencia, y cambien su forma de reaccionar frente a la criminalidad, orientándose a la efectividad de sus medidas, en el sentido de contención del fenómeno criminal. Zúñiga Rodríguez informa que:

“Nos enfrentamos a una nueva criminalidad propia de una sociedad en continua transformación. Las herramientas diseñadas como la teoría del delito, cuyas bases hunden sus raíces en concepciones causal-naturalistas del delito, se muestran incapaces para hacer frente a esta nueva criminalidad cuyas características se alejan totalmente de esos paradigmas. La macrocriminalidad está obteniendo respuestas del Estado cifradas en el expansionismo de la intervención penal, siempre a remolque de la realidad. Los principios de subsidiariedad e intervención mínima sólo tienen vigencia para los denominados «delitos clásicos» y aún en éstos con una cierta relativización.”²⁹⁹

En razón la situación expuesta, se puede señalar una de las características de la sociedad contemporánea occidental: ella está marcada por el riesgo de la constante posibilidad de defraudación de la confianza, el bien central de la vida en sociedad. Los modelos clásicos de legitimación del Estado no son aptos a su legitimación si él no realiza eficientemente su tarea de protección de la confianza y de la minimización de los riesgos que la amenazan.

La idea de un Estado, creado inicialmente como un ser superior a los hombres, orientado a proteger a los individuos, hoy no se efectiva de la forma como debería. Para Jakobs, no hay suficiente confianza en la vigencia de las expectativas normativas seleccionadas por el

²⁹⁹ ZÚÑIGA RODRÍGUEZ, Laura. *Política Criminal*, op. cit., 271.

sistema social, como puede ser observado, por ejemplo, en el caso del Brasil, en el alto índice de sentimiento de inseguridad presentado por el pueblo brasileño³⁰⁰.

Conforme las observaciones de Luhmann³⁰¹, el sistema social, a través del subsistema del Derecho, es el responsable por el proceso de selección e institucionalización de expectativas normativas en la sociedad. Sin embargo, sólo la selección e institucionalización no son suficientes para que el sistema social funcione bien.

Según Jakobs, es necesario que el sistema además de seleccionar, también cree mecanismos más eficaces de garantizar el respeto a tales expectativas, porque esta es también su función³⁰². En ese contexto, para que la sociedad tenga suficiente confianza, por ejemplo, no basta que esté prohibido el homicidio, debe ser altamente probable que las personas no sean asesinadas. En este contexto, Jakobs plantea una emergente necesidad de creación de un Derecho penal diferenciado, orientado al enemigo, bajo la premisa de que existen dos tipos de individuos en la sociedad.

El primer tipo hace referencia a las personas los que se adaptaron al modelo normativo y, por eso, viven regularmente y cumplen sus deberes de no defraudación constante de expectativas normativas institucionalizadas por el sistema social, que cumplen su papel de ciudadanos, y que sólo ocasionalmente violan a expectativas normativas seleccionadas por el subsistema del Derecho,

El segundo tipo de personas está representado por el enemigo, individuo que no se adaptó al modelo de convivencia social, que orienta su conducta constantemente a la satisfacción de los propios intereses de forma ilícita, para quien la defraudación de las expectativas normativas con respecto a los demás individuos es habitual o una actividad una constante.

³⁰⁰ KAHN, Túlio; BESEN, Jacques; CUSTÓDIO, Rosier Batista. *Relatório da Pesquisa de Vitimização 2002 e Avaliação do Plano de Prevenção da Violência Urbana – PIAPS*. Instituto Latino-Americano das Nações Unidas para Prevenção do Delito e Tratamiento do Delinqüente. São Paulo, 2002.

³⁰¹ LUHMANN, Niklas. *Sociologia do Direito I. op. cit., passim*.

³⁰² Acerca del funcionamiento de la confianza en los sistemas psíquicos y sociales, véase el capítulo que trata de este tema y: LUHMANN, Niklas. *Confianza*. Barcelona: Anthropos, 2005.

Lo que Jakobs³⁰³ propone, no es la eliminación por completo del enemigo, no propone que sea el enemigo muerto o exiliado, aunque presente un constante comportamiento antisocial. Lo que se busca es lo contrario, la utilización de un Derecho penal diferenciado, más fuerte, en el cual algunas de sus garantías son flexibilizadas para que neutralice mejor su conducta destructiva de la confianza, y reestructure lo más rápido posible la confianza en la configuración normativa de la sociedad.

Un Derecho penal más riguroso, con leyes más duras y el adelantamiento de la intervención penal, es una alternativa del sistema penal para responder a fenómenos criminales de gran expresión, como la criminalidad organizada. La dogmática penal debe orientarse de acuerdo con la finalidad de la política criminal, lo que posibilita la creación de políticas criminales orientadas a la lucha contra dichos fenómenos criminales. Laura Zúñiga Rodríguez señala que:

“La cuestión es pues que las respuestas del sistema penal frente a la demanda social de intervención en el ámbito de la criminalidad organizada tendrán que entrar de lleno en la rediscusión de los principios clásicos, toda vez que la criminalización de las conductas más relevantes necesariamente discurren en el ámbito de la lesión previa al bien jurídico (actor preparatorios, tentativa, participación en conductas previas a la lesión de bienes jurídicos). En suma, la legitimación sobre el adelantamiento de la intervención penal, del qué y cómo, es el sino de la criminalización de las conductas perpetradas por la criminalidad organizada. Como bien refiere DONINI, la vieja dogmática deductiva constituida sobre las reglas, principios, sobre categorías sistemáticas y sobre esquemas conceptuales de nivel trascendente (acción, hecho, antijuridicidad, culpabilidad, punibilidad), no parece más que un esquema descriptivo que sirve para encajar un caso después que se ha resuelto, es decir, prácticamente cuando ya se sabe la solución; pero no sirve para resolver los casos difíciles, los *hard cases*. Pues efectivamente, con la criminalización de conductas propias de la criminalidad organizada nos encontramos en un *hard case*, donde las reglas fundamentales de imputación penal no son válidas para dar respuestas satisfactorias a las

³⁰³ “El que pretende ser tratado como persona debe dar a cambio una cierta garantía cognitiva de que se va a comportar como persona. Si no existe esa garantía o incluso es negada expresamente, el Derecho penal pasa de ser una reacción de la sociedad ante el hecho de uno de sus miembros a ser una reacción contra un enemigo. Esto no ha de implicar que todo esté permitido, incluyendo una acción desmedida; antes bien, es posible que al enemigo se le reconozca una personalidad potencial, de tal modo que en la lucha contra él no se puede sobrepasar la medida de lo necesario.” JAKOBS, Günther. *Dogmática de Derecho penal y la Configuración Normativa de la Sociedad*, Madrid, Editorial Civitas, 2004, p. 43.

conductas de ámbito criminal que desarrollan las organizaciones criminales complejas”³⁰⁴

Nuestra historia reciente demuestra ejemplos de normativización de un Derecho penal más fuerte. En la década de noventa del siglo pasado, Italia pasaba por una situación de crisis de seguridad. Una buena parte de la economía del país y de los órganos del poder – Legislativo, Ejecutivo y Judicial – estaba corrompida por organizaciones criminosas, por la mafia³⁰⁵.

Eso ha pasado hasta que un grupo de jueces liderados por el juez Giovanni Falcone intentó acabar con la corrupción del sistema estatal, a través de la operación llamada de "Operación Manos Limpias". Consiguieron alterar la legislación del país – el autor del proyecto fue ejecutado – para una legislación de emergencia, que preveía, por ejemplo, prisión preventiva de hasta diez años.

Conforme En el año 1994, dos años después de del comienzo de la operación, 2.993 órdenes de prisión fueron expedidas, 6.059 personas estuvieron bajo investigación, incluyendo 872 empresarios, 1.978 administradores locales y 438 parlamentarios, de los cuales cuatro habían sido primeros-ministros³⁰⁶. El poder de la mafia italiana, que tenía vigencia real y actual, es decir, no fue un producto de la mente de los magistrado italianos³⁰⁷, fue combatido y reducido. El juez Falcone fue muerto en el año 1992, entre otros jueces, también muertos en el mismo año.

“Después de los asesinatos de 1992, los italianos percibieron que la criminalidad organizada al modelo mafioso, como indicado por los expertos Fabio Anibaldi y Francesco Silvestri, no era un hecho distante, imaginario, o alguna invención de alguna película americana. Dicha criminalidad se constituía en un mal concreto, que destruía las bases de la vida civilizada.”³⁰⁸

³⁰⁴ ZÚÑIGA RODRÍGUEZ, Laura. *Criminalidad organizada y sistema de Derecho penal*. Contribución a la determinación del injusto penal de organización criminal, *op. cit.*, p. 212.

³⁰⁵ MAIEROVITCH, Walter Fanganiello. *Livro: História da Máfia - Das Origens aos Nossos Dias*. Disponible en <http://ibgf.org.br/index.php?data%5Bid_secao%5D=13&data%5Bid_materia%5D=145>.

³⁰⁶ MORO, Sergio Fernando. “Considerações sobre a Operação *Mani Pulite*”, *Revista CEJ* (Brasília), n. 26, jul./set. 2004, pp. 56-62, p. 57.

³⁰⁷ “Dois anos após, 2.993 mandados de prisão haviam sido expedidos; 6.059 pessoas estavam sob investigação, incluindo 872 empresários, 1.978 administradores locais e 438 parlamentares, dos quais quatro haviam sido primeiros-ministros.” MORO, Sergio Fernando. “Considerações sobre a Operação *Mani Pulite*”, *Revista CEJ* (Brasília), n. 26, jul./set. 2004, pp. 56-62, p. 57.

³⁰⁸ Texto original: “Depois das matanças de 1992, os italianos perceberam que a criminalidade organizada ao modelo mafioso, como lembrado pelos especialistas Fabio Anibaldi e Francesco Silvestri, não era um fato distante, folclorístico, ou uma invenção de algum filme americano. Constituía-se num mal concreto, que destruía

Además, la operación manos limpias fue responsable por excluir del escenario político italiano los partidos políticos más poderosos que estaban involucrados en actividades criminales³⁰⁹, lo que promovió una especie de deslegitimación de la política. El inicio de las prisiones de los políticos que detenían los altos cargos promovió un movimiento especial en los medios de comunicación y en la sociedad. En seguida, este movimiento especial, que quería la prisión de estos políticos involucrados en supuestos de corrupción, en su turno, ha fomentado más investigaciones, procesos y prisiones de estos políticos, lo que generó aún más deslegitimación de la *vieja política*, en un círculo virtuoso, lo que generó, incluso, la posibilidad de descubrimiento y punición de los políticos involucrados con el crimen organizado³¹⁰.

Aquí es necesario analizar algunas consideraciones que el brillante Juez Federal y Profesor de la *Universidade Federal do Paraná*, Sérgio Fernando Moro – el responsable por la operación homóloga en Brasil, llamada *Lava-Jato* (autolavado, en español), hizo, hace algunos años, sobre la operación manos limpias. El autor informa que no se puede pensar que los procesos criminales eficaces contra poderosos, como políticos y empresarios, fueron conducidos tranquilamente, lo que sería imposible sin un Poder Judicial (y una fiscalía) independiente y el

os alicerces das regras da convivência civilizada.” MORO, Sergio Fernando. “Considerações sobre a Operação Mani Pulite”, *Revista CEJ* (Brasília), n. 26, jul./set. 2004, pp. 56-62, p. 57..

³⁰⁹ “La operación mani pulite (manos limpias) ha rediseñado cuadro político en Italia. Los partidos que dominaban la vida política italiana en la segunda mitad del siglo pasado, como el Socialista (PSI) y el Democracia Cristiana (DC) han sido llevados a la ruina, obteniendo, en las elecciones de 1994, solamente 2,2% e 11,1% de los votos, respectivamente. Texto original: “A operação mani pulite ainda redesenhou o quadro político na Itália. Partidos que haviam dominado a vida política italiana no pós-guerra, como o Socialista (PSI) e o da Democracia Cristã (DC), foram levados ao colapso, obtendo, na eleição de 1994, somente 2,2% e 11,1% dos votos, respectivamente.” MORO, Sergio Fernando. “Considerações sobre a Operação Mani Pulite”, *Revista CEJ* (Brasília), n. 26, jul./set. 2004, pp. 56-62, p. 57.

³¹⁰ “La deslegitimación del sistema fue aún más agravada con el inicio de las prisiones y la difusión de los casos de corrupción. La deslegitimación, al mismo tiempo en que tornaba posible la acción judicial, fue por dicha acción fomentada. La deslegitimación de la clase política proporcionó un ímpetu a las investigaciones de corrupción y los resultados de dichas investigaciones han fortalecido el proceso de deslegitimación. En consecuencia, las investigaciones judiciales de los delitos contra la administración pública difundieron como un fuego salvaje, desnudando incluso la compra y venta de votos y las relaciones orgánicas entre algunos políticos y el crimen organizado. Texto original: A deslegitimação do sistema foi ainda agravada com o início das prisões e a divulgação de casos de corrupção. A deslegitimação, ao mesmo tempo em que tornava possível a ação judicial, era por ela alimentada: A deslegitimação da classe política propiciou um ímpeto às investigações de corrupção e os resultados desta fortaleceram o processo de deslegitimação. Conseqüentemente, as investigações judiciais dos crimes contra a Administração Pública espalharam-se como fogo selvagem, desnudando inclusive a compra e venda de votos e as relações orgánicas entre certos políticos e o crime organizado.” MORO, Sergio Fernando. “Considerações sobre a Operação Mani Pulite”, *Revista CEJ* (Brasília), n. 26, jul./set. 2004, pp. 56-62, p. 57.

soporte de la opinión pública³¹¹. Moro informa que: “*Es innegable, sin embargo, que [la operación manos limpias] es una de las más exitosas cruzadas judiciales contra la corrupción política y administrativa. La corrupción había transformado Italia en, utilizando una expresión de Antonio di Pietro, una democrazia venduta (democracia vendida)*”³¹², lo que queda innegable si se fija en las consecuencias de la corrupción en Italia, lo que Moro sostiene, de la siguiente forma:

La operación manos limpias todavía sirvió para interrumpir el aumento asustador de la corrupción y de sus costes. Giuseppe Turani, periodista financiero italiano, estimó que, en la década de los años 1908-1990, la corrupción ha costado a Italia un millón de millones de dólares americanos. Superestimado o no, este número, de acuerdo con los registros que se tiene, los costes de obras en Italia sería más altos que en otros países. En relación con los contratos públicos en Milán, que fueron objeto de investigaciones judiciales y se comprobó han estado involucrados en casos de corrupción, se ha notado que la línea de metropolitano milanesa habría costado mil millones de millones de liras por kilómetro, y tardaría 12 años, mientras que el metro de Zúrich costaría cincuenta millones de millones y estará listo en siete años. El teatro Piccolo ha costado 75 mil millones y su construcción debe llevar nueve años; en Gran Bretaña, el nuevo teatro Leeds ha costado 28 mil millones y fue construido en dos años y tres meses. La reestructuración del estadio San Siro costó 140 millones, el estadio de Barcelona, 45 mil millones. La línea número tres del metro de Milán costó 129 mil millones por cada kilómetro, mientras que la línea subterránea de Hamburgo costó 45 mil millones por kilómetro.³¹³

³¹¹ “En realidad, es ingenuidad pensar que los procesos criminales eficaces contra personas poderosas, como los autos cargos del gobierno o empresarios, han podido ser conducidos normalmente, sin reacciones. Un Poder Judicial independiente de presiones internas y externas, es condición necesaria para aguantar acciones judiciales de este matiz. Sin embargo, la opinión pública, conforme demuestra el ejemplo italiano, es también esencial para el éxito de la acción judicial.” MORO, Sergio Fernando. “Considerações sobre a Operação Mani Pulite”, *Revista CEJ* (Brasília), n. 26, jul./set. 2004, pp. 56-62, p. 57. Texto Original: “*Na verdade, é ingenuidade pensar que processos criminais eficazes contra figuras poderosas, como autoridades governamentais ou empresários, possam ser conduzidos normalmente, sem reações. Um Judiciário independente, tanto de pressões externas como internas, é condição necessária para suportar ações judiciais da espécie. Entretanto, a opinião pública, como ilustra o exemplo italiano, é também essencial para o êxito da ação judicial.*” MORO, Sergio Fernando. “Considerações sobre a Operação Mani Pulite”, *Revista CEJ* (Brasília), n. 26, jul./set. 2004, pp. 56-62, p. 57.

³¹² “É inegável, porém, que constituiu uma das mais exitosas cruzadas judiciais contra a corrupção política e administrativa. Esta havia transformado a Itália em, para servirmo-nos de expressão utilizada por Antonio Di Pietro, uma democrazia venduta (“democracia vendida”)” MORO, Sergio Fernando. “Considerações sobre a Operação Mani Pulite”, *Revista CEJ* (Brasília), n. 26, jul./set. 2004, pp. 56-62, p. 60.

³¹³ “A operação mani pulite ainda serviu para interromper a curva ascendente da corrupção e de seus custos. Giuseppe Turani, jornalista financeiro italiano, estimou que, na década de 1980-1990, a corrupção teria custado à Itália um trilhão de dólares. Superestimados ou não esses números, há registro de que os custos de obras na Itália seriam mais elevados em comparação com os de outros países. No que se refere a contratos públicos em Milão, em relação aos quais as investigações judiciais teriam determinado a quantia paga em propina, foi notado que a linha de metrô milanesa custaria 1000 bilhões (de liras) por quilômetro e levaria 12 anos para estar completa; em Zurique, 50 bilhões e sete anos. O Teatro Piccolo já custou 75 bilhões e deve

Se puede preguntar si los procesos criminales contras las autoridades, los empresarios y los delincuentes habituales involucrados con el crimen organizado, realizados por la operación manos limpias, realmente promovió una mejoría en la calidad de vida del pueblo italiano, lo que se debe contestar de forma afirmativa, en virtud de los millones de dólares que probablemente se ahorró con la quiebra de un esquema de corrupción de proporciones monumentales y absurdas. Con respecto a eso, se transcriben las observaciones del Juez Sérgio Moro, a continuación:

Hay, incluso, registro de que, después de la operación manos limpias, muchos contratos públicos han sido firmados con precios 50% más pequeños que en los años precedentes. Una acción judicial aislada tiene sólo el efecto de aumentar los riesgos de la corrupción, poniendo en evidencia sus consecuencias en el caso de su descubierta. Una acción judicial eficaz, como en este caso, puede, a lo mejor, interrumpir el ciclo de crecimiento de la corrupción.³¹⁴

En relación estricta con el tema que aquí se trata, es decir, la necesidad de un nuevo Derecho penal, con mecanismos reales de contención de fenómenos de lo que se puede llamar de macrocriminalidad o criminalidad difundida, como la corrupción generalizada en Italia de los años ochenta, el Profesor Moro también sostiene la necesidad de creación de medios más eficaces de combatir, a través del debido proceso legal, este fenómeno criminal que lesiona a los bienes jurídicos de la sociedad de forma muchos intensa y difundida que los delitos de la llamada delincuencia callejera. Hay que subrayar que fueron estos fenómenos más ligeros que han orientado los pensadores de la dogmática criminal clásica en el momento de la elaboración de los institutos del Derecho penal como lo conocíamos hace cuarenta años. Así pues, dicho autor sostiene que:

estar pronto em nove anos; na Grã-Bretanha, o novo teatro de Leeds custou 28 bilhões e foi construído em dois anos e três meses. A reestruturação do estádio de San Siro custou 140 bilhões, o estádio olímpico de Barcelona, 45 bilhões. A linha número três da ferrovia metropolitana de Milão custou 129 bilhões por quilômetro; a linha subterrânea de Hamburgo custou 45 bilhões.” MORO, Sergio Fernando. “Considerações sobre a Operação Mani Pulite”, *Revista CEJ* (Brasília), n. 26, jul./set. 2004, pp. 56-62, p. 60.

³¹⁴ “*Há ainda registro de que, após a operação mani pulite, vários contratos públicos teriam sido concedidos com preços 50% menores do que nos anos anteriores. A ação judicial isolada tem como efeito apenas incrementar os riscos da corrupção, evidenciando as consequências caso ela seja descoberta. Uma ação judicial bastante eficaz, como foi o caso, pode no máximo interromper o ciclo ascendente da corrupção.*” MORO, Sergio Fernando. “Considerações sobre a Operação Mani Pulite”, *Revista CEJ* (Brasília), n. 26, jul./set. 2004, pp. 56-62, p. 60.

Sin embargo, no se cree que es posible eliminarla [la corrupción], especialmente si no se ataca sus causas estructurales. En el caso italiano, la influencia del crimen organizado, o el clientelismo, la lentitud exagerada, los retrasos injustificados, la complejidad normativa y un proceso pantanoso – en otras palabras, los componentes de la ineficiencia estructural de la actividad pública, siguen existentes. Reformas más profundas son necesarias para prevenir, después pasadas las tormentas, que el mercado de la corrupción se expanda de nuevo.³¹⁵

Se sabe que leyes más duras fueron exitosas y necesarias para el combate de la Mafia siciliana, y ayudaron a dar un golpe mortal al poder de dicha organización criminal³¹⁶. Se podría plantear que experiencias como esta muestran que un Derecho penal de emergencia contribuye para la protección de derechos e intereses sociales, en situaciones que demandan su utilización, como es el de la situación actual del Brasil, con altos niveles de criminalidad organizada y general sentimiento de inseguridad del pueblo³¹⁷, como observa Rodrigo Carneiro Gomes:

“La primera imagen que vemos cuando se oye la palabra organización criminal - el objeto de este trabajo - no es una película de la mafia como se describe en "Hollywood", sino más bien el comercio de drogas y armas en las favelas y los barrios marginales, las bandas en las cárceles, con su propio estatuto, compartimentación y jerarquía, como el Primer Comando de la Capital (PCC), el Comando Rojo (CV), Amigos de los Amigos (ADA), Tercer Comando (TC) y el Tercer Comando Puro (TCP). Las organizaciones criminales, desde las cárceles, continúan practicando sus conductas delictivas a través de clonación de teléfonos celulares y de centrales clandestinas de teléfono, “palomas mensajeras” [personas intermediarias entre los reclusos y el resto del mundo], los disturbios y rebeliones organizados de ámbito regional y nacional, robos de bancos y cargas, el asesinato de rivales y funcionarios públicos (la policía y guardias de la prisión, en su mayoría), el tráfico de drogas y de armas, la financiación de la guerra entre bandas narcotraficantes rivales y las milicias y el crimen organizado. Estos grupos criminales tienen fácil acceso a granadas,

³¹⁵ “*Não obstante, não é crível que, por si só, possa eliminá-la, especialmente se não forem atacadas as suas causas estruturais. No caso italiano: A influência do crime organizado, o clientelismo, a lentidão exasperada, atrasos injustificados, a complexidade normativa e o processo pantanoso – em outras palavras, os componentes da ineficiência estrutural da atividade pública, continuam a estar presentes. Reformas mais profundas são necessárias para prevenir, assim que a tempestade passar, que o mercado da corrupção se expanda novamente.*” MORO, Sergio Fernando. “Considerações sobre a Operação Mani Pulite”, *Revista CEJ* (Brasília), n. 26, jul./set. 2004, pp. 56-62, p. 60.

³¹⁶ ZUÑIGA RODRÍGUEZ, Laura. *Criminalidad organizada y sistema de Derecho penal*. Contribución a la determinación del injusto penal de organización criminal, *op. cit.*

³¹⁷ KAHN, Túlio; BESEN, Jacques; CUSTÓDIO, Rosier Batista. *Relatório da Pesquisa de Vitimização 2002 e Avaliação do Plano de Prevenção da Violência Urbana – PIAPS*, *op. cit.*

fusiles, y ametralladoras antiaéreos, punto 30 y punto 50 (capaces de derribar helicópteros y blindajes) de uso exclusivo militar nacional o extranjero (procedente de la zona de frontera seca, especialmente de Paraguay y Argentina, con destino a Río de Janeiro) o de cohetes y fusiles de fabricación casera, y son responsables por el escape de la prisión de jefes de bandas criminales, a través de la corrupción, el uso de la tecnología, y de fraudes judiciales.”³¹⁸

Algo debe escribirse sobre las formas contemporáneas de esclavitud, uno de los delitos más viles y torpes que se tiene noticia hoy en nuestras sociedades. En Europa existen redes transnacionales de captación y puesta en situación de esclavitud sexual de mujeres de muchos países, incluso de los países latinoamericanos. Las mujeres víctimas de la trata de personas – un delito muy sofisticado que depende de una red bien organizada y con un grado avanzado de división de tareas y control físico de seres humanos – además de estar sometidas a la reducción de su libertad de locomoción, son expuestas a muchas violaciones diarias y a agresiones físicas y psicológicas por largos períodos de tiempo en su vida, además de expuestas a enfermedades de variados matices.

El grado de vigilancia y control del cuerpo de las personas sometidas a este tipo de delito es extremado, muchas veces, realizado a través de vigilancia real por un miembro de la organización criminal las veinticuatro horas del día³¹⁹. Los niveles de violencia física y tortura al cual estas víctimas están sometidas a diario, para que sigan obedeciendo a los criminales, pasan de la barbaridad de las películas medievales³²⁰. El grado y la frecuencia de violación de la dignidad sexual y de la indemnidad física de estas personas – especialmente mujeres y

³¹⁸ GOMES, Rodrigo Carneiro. *O crime organizado na visão da Convenção de Palermo*. 2a ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2009, p. 1.

³¹⁹ “La mujer dijo que fue llevada a varias casas pero que no sabía dónde estaban porque nunca la dejaban salir. Siempre la trasladaban en automóvil. “Recordaba que en la última casa en la que la tuvieron, escuchaba gritos de mujeres en las otras habitaciones. No las conocía porque no las dejaban comunicarse entre sí. Cuando querían ir al baño, un miembro (de la red) las acompañaba porque no dejaban que hablaran entre sí”, señala Aude.” En: BBC MUNDO. ““La violaban mientras paría”, la tortura de las esclavas sexuales latinoamericanas en Europa - Muchas llegan engañadas y viven situaciones traumáticas que marcan trágicamente las vidas de mujeres que nunca quisieron convertirse en esclavas sexuales en Europa”, 09 Marzo 2017. Disponible en: <<http://laopinion.com/2017/03/09/violaban-mientras-estaba-pariendo-tortura-esclavas-sexuales-latinoamericanas-europa/>>, acceso en 12 mar 2017.

³²⁰ “En esa casa, explicó la mujer, sus captores empezaron a sacar a las otras jóvenes, hasta que ella se quedó sola. Le siguieron metiendo hombres para abusar de ella, incluso mientras estaba embarazada. (...) La joven contó que cuando no hacía lo que sus captores querían, le sacaban un diente o le arrancaban cabello. “Por eso es que también tenía baches en su cuero cabelludo“. Tanto LAWLA como las autoridades británicas le dieron la ayuda necesaria para su recuperación.” En: BBC MUNDO. ““La violaban mientras paría”, la tortura de las esclavas sexuales latinoamericanas en Europa - Muchas llegan engañadas y viven situaciones traumáticas que marcan trágicamente las vidas de mujeres que nunca quisieron convertirse en esclavas sexuales en Europa”, 09 Marzo 2017. Disponible en: <<http://laopinion.com/2017/03/09/violaban-mientras-estaba-pariendo-tortura-esclavas-sexuales-latinoamericanas-europa/>>, acceso en 12 mar 2017.

chicas, pero chicos y hombres también – a lo largo de los años, es brutalmente más grave de lo que se puede imaginar³²¹. En resumen, les quitan la dignidad de forma casi completa a las víctimas de estos tipos de delitos³²².

Las redes de trata de personas o de explotación sexual forzada en situaciones de esclavitud contemporánea cuentan, seguramente, con algunas características de la sociedad actual para tener éxito. El alto grado de impersonalidad que las metrópolis europeas de la actualidad garantizan a los residentes en estas ciudades, añadida de la facilidad de locomoción internacional sin control, del grande flujo migratorio internacional y de la velocidad de los negocios de alquiler de inmuebles – todas estas características contemporáneas de dichas ciudades son elementos sociales clave que permiten la existencia de este tipo de red organizada de criminalidad³²³.

Una vez más, el Derecho penal y el Derecho procesal penal clásicos parecen no haber sido pensados para dar una respuesta razonable y proporcional a violaciones de derechos fundamentales planificadas y realizadas de forma tan intensa, grave, sistemática, multilocal y organizada de esta forma, al punto de dificultar mucho la identificación de su existencia y de

³²¹ “Me acuerdo que había una fila de hombres afuera del cuarto. Era una fila enorme, me acuerdo que cuando abrían la puerta del cuarto, yo veía a varios”, me dice con un tono de rabia contenida. “Algunos hombres no usaban protección y si reclamaba me golpeaban. Tenía que aceptar que lo hicieran por donde ellos quisieran”. En: BBC MUNDO. ““La violaban mientras paría”, la tortura de las esclavas sexuales latinoamericanas en Europa - Muchas llegan engañadas y viven situaciones traumáticas que marcan trágicamente las vidas de mujeres que nunca quisieron convertirse en esclavas sexuales en Europa”, 09 Marzo 2017. Disponible en: <<http://laopinion.com/2017/03/09/violaban-mientras-estaba-pariendo-tortura-esclavas-sexuales-latinoamericanas-europa/>>, acceso en 12 mar 2017.

³²² “Las fotos que vi de cómo la hallaron eran absolutamente perturbadoras”, me cuenta. “Cuando llegó la policía, la encontraron colgada: así era como la violaban y así fue como abortó. Estaba siendo violada mientras estaba pariendo. Estaba desangrada. (...) Una cosa es forzarte a hacer trabajo sexual y otra cosa es la tortura. Ella había sido torturada”, me dice Aude.” En: BBC MUNDO. ““La violaban mientras paría”, la tortura de las esclavas sexuales latinoamericanas en Europa - Muchas llegan engañadas y viven situaciones traumáticas que marcan trágicamente las vidas de mujeres que nunca quisieron convertirse en esclavas sexuales en Europa”, 09 Marzo 2017. Disponible en: <<http://laopinion.com/2017/03/09/violaban-mientras-estaba-pariendo-tortura-esclavas-sexuales-latinoamericanas-europa/>>, acceso en 12 mar 2017.

³²³ “Ana recuerda que fue llevada a otras casas, siempre custodiada y en automóviles. Y siempre terminaba igual: encerrada. Y es que de acuerdo con los expertos, esa es una de las estrategias de las redes de explotación sexual: rentar casas por periodos cortos de tiempo para evitar que la policía les haga seguimiento. Ana vivió así “un año y unos meses” y cuando intentó escapar, la golpearon. Recuerda que su prima le decía: “Si sales nadie te va a entender, nadie te va a creer”. “No hablaba inglés, no sabía ni qué día era, estaba totalmente perdida”, me cuenta.” En: BBC MUNDO. ““La violaban mientras paría”, la tortura de las esclavas sexuales latinoamericanas en Europa - Muchas llegan engañadas y viven situaciones traumáticas que marcan trágicamente las vidas de mujeres que nunca quisieron convertirse en esclavas sexuales en Europa”, 09 Marzo 2017. Disponible en: <<http://laopinion.com/2017/03/09/violaban-mientras-estaba-pariendo-tortura-esclavas-sexuales-latinoamericanas-europa/>>, acceso en 12 mar 2017.

la punición de sus agentes, especialmente en razón del aislamiento cultural y del prisión real de sus víctimas, así reducidas a una situación de vulnerabilidad casi total.

En atención a problemas como estos, lo que Jakobs plantea es que no basta que sean creadas normas para la protección de los individuos y de la sociedad, es necesario que ellas sean efectivas. Para el citado autor, el enemigo es un individuo que se rehúsa a ingresar en el estado de ciudadanía, y por eso no puede gozar de todos los beneficios inherentes a la cualificación de ciudadano. Para Jakobs dicha forma de expresión del sistema social es capaz de colaborar con el aumento de la confianza y así, mejorar la actividad estatal, en la protección de derechos.

Jakobs también propone ver el problema desde un punto de vista contratualista. Para él, la crisis del pacto social proviene de aquellos que se rehúsan a darle cumplimiento. Quien no cumple el contrato social de forma sistemática, a través de una vida dedicada al delito, no puede beneficiarse plenamente de dicho contrato.

No faltan construcciones teóricas que dan soporte a la teoría del Derecho penal del enemigo y su relación con el contrato social. En este contexto, Boaventura Santos observa que es inherente al contrato social la creación de sus criterios de inclusión y exclusión en relación con los actores sociales:

“El contrato social es la metáfora que basa la racionalidad y la política de la modernidad occidental. Los criterios de inclusión/exclusión que él establece serán el fundamento de la legitimidad de la contratualización de las interacciones económicas, políticas, sociales y culturales. Él ámbito de posibilidades de contratualización tiene como contrapartida la separación radical entre incluidos y excluidos. Por eso, excluidos son declarados vivos en muerte de régimen civil.”³²⁴

Jakobs propone que, en virtud de que existen en la sociedad individuos resistentes al cumplimiento de sus deberes relativos al contrato social y que por eso, se excluyeron de su

³²⁴ SANTOS, Boaventura de Sousa. *Gramática do Tempo: para uma nova cultura política*. op. cit., p. 318. Texto original: “O contrato social é a metáfora fundamentadora da racionalidade social e política da modernidade ocidental. Os critérios de inclusão/exclusão que ele estabelece vão ser o fundamento da legitimidade da contratualização das interações econômicas, políticas, sociais e culturais. A abrangência das possibilidades de contratualização tem como contrapartida a separação radical entre incluídos e excluídos. (...). Por isso, os excluídos são declarados vivos em regime de morte civil.”

ámbito, hay una necesidad de dispensarles un tratamiento penal y procesal penal diferenciado.

En ese contexto, Rodrigo Gomes identifica que:

“Entre los diversos y múltiples conceptos jurídicos, económicos y políticos, hay un consenso. La existencia del crimen organizado es una demostración de un poder paralelo no legitimado por el pueblo, que ocupa las lagunas dejadas por las deficiencias del Estado Democrático de Derecho y demuestra también la falencia del modelo estatal de represión a la macrocriminalidad. La importancia de represión de la macrocriminalidad organizada viene de la real amenaza que ella representa al Estado Democrático de Derecho. Ella usurpa sus funciones y se aprovecha de situaciones de caos urbano y político para el establecimiento de su poder paralelo. Dicho poder está amparado por un sorprendente poder económico, en la deterioración del Estado de Derecho (nace y alimentase de lagunas legales), y corrompe, intimida, viola leyes y derecho personales, no tiene frenos, y materializa su imperios a través de actos como el constreñimiento y la intimidación, hasta actos de extrema violencia asesinatos y torturas.”³²⁵

Boaventura de Sousa Santos llega a equiparar tal modelo de organización criminal, que destruye la esencia del pacto social, a una nueva forma de “fascismo social paraestatal”, resaltando su destructividad para la vida en sociedad, de la siguiente forma:

“El Estado pierde centralidad y el derecho oficial desorganizase pasando a coexistir con un derecho no oficial de muchos legisladores de hecho, los cuales, a través del poder económico que comandan, transformaron lo que es factico en norma, disputando con el Estado el monopolio de la violencia y del derecho. La proliferación caótica de sus poderes hace difícil la identificación de las víctimas. (...) La segunda forma de fascismo social es el fascismo paraestatal. Se trata de usurpación de prerrogativas paraestatales (de la coerción a la regulación social) por parte de actores sociales muy poderosos,

³²⁵ GOMES, Rodrigo Carneiro. *O crime organizado na visão da Convenção de Palermo*, op. cit., p. 3. Texto original: *Entre diversos e múltiplos conceitos jurídicos, econômicos e político-sociais, há um consenso. “A existência do crime organizado é uma demonstração de um poder paralelo não legitimado pelo povo, que ocupa lacunas deixadas pelas deficiências do Estado Democrático de Direito e demonstra a falência do modelo estatal de repressão à macro-criminalidade. A importância de repressão à macro-criminalidade organizada decorre da real ameaça que representa ao Estado Democrático de Direito. Usurpa suas funções e se aproveita das situações de caos urbano e político para a instalação de seu poder paralelo. Um poder paralelo amparado em surpreendente poder econômico, na deterioração do Estado de Direito (nasce e se alimenta dele e das brechas e proteções legais), que dissemina a corrupção, intimida, viola leis e pessoas, sem freios, concretizando seu império por atos que variam do constrangimento e a intimidação até atos de extremada violência com assassinatos e tortura.”*

muchas veces con el asentimiento del propio Estado, que a veces los neutralizan, y a veces no realizan su propio control social.”³²⁶

En el ámbito de los temas organización criminal y terrorismo es mucho más fácil encontrar adeptos del Derecho penal del enemigo y teorías que le dan soporte. Así pues, la necesidad emergente de contención de la actuación de las organizaciones criminosas, y de la conducta constantemente defraudadora de la confianza en las expectativas sociales de respeto a los individuos, también es observada por Beck³²⁷. El autor indica que es necesario que el Estado tenga una postura diferenciada en dicho combate, especialmente en relación con los terroristas, de la siguiente forma:

“Ahora bien, los atentados terroristas tampoco son sólo un “crimen”, un caso para la “justicia nacional”, como tampoco el concepto y la institución “policía” son apropiados para hechos cuyos efectos devastadores son equiparables a ataques militares. La policía no está en condiciones de eliminar a una pandilla de criminales a los que evidentemente nada atemoriza.³²⁸ (...) Pues la otra cara de admitir la presencia de peligros es reconocer el fracaso de las instituciones, cuya legitimidad se deriva de su afirmación de dominar el peligro.³²⁹ (...) Si hasta ahora la mirada militar se dirigía a sus iguales, esto es, a organizaciones militares de otros Estados nacionales y a su defensa, ahora son las amenazas transnacionales de criminales y redes subestatales las que desafían a los Estados del mundo entero, de modo que hoy experimentamos en el ámbito militar lo ya ocurrido en el cultural, es decir, la muerte de las distancias, o sea el fin del monopolio estatal de la violencia en una civilización en la que al final todo puede convertirse en un cohete en manos de fanáticos resueltos. Los símbolos de paz de la sociedad civil pueden transformarse en instrumentos de infierno, cosa que, en principio, no es nueva, pero si omnipresente ahora como experiencia clave.”³³⁰

³²⁶ SANTOS, Boaventura de Sousa. . *Gramática do Tempo: para uma nova cultura política. op. cit.*, p. 324. Texto original: “O Estado perde centralidade e o direito oficial desorganiza-se passando a coexistir com o direito não oficial de múltiplos legisladores fácticos, os quais, pelo poder econômico que comandam, transformam a facticidade em norma, disputando ao Estado o monopólio da violência e do Direito. A proliferação caótica dos poderes torna difícil a identificação dos inimigos, e por vezes, apropria identificação das vítimas. (...) A segunda forma do fascismo social é o fascismo paraestatal. Trata-se da usurpação de prerrogativas estatais (de coerção e de regulação social) por parte de actores sociais muito poderosos, muitas vezes com convívio do próprio Estado, que ora neutralizam, ora suplementam o controle social produzido pelo Estado.”

³²⁷ BECK, Ulrich. *Sobre el terrorismo y la guerra*. Trad. R. S. Carbó. Barcelona: Paidós, 2002, *passim*.

³²⁸ BECK, Ulrich. *Sobre el terrorismo y la guerra, op. cit.*, p. 10.

³²⁹ BECK, Ulrich. *Sobre el terrorismo y la guerra, op. cit.*, p. 18.

³³⁰ BECK, Ulrich. *Sobre el terrorismo y la guerra, op. cit.*, p. 28.

3.4 La nueva cara del Derecho penal.

En realidad, el Derecho penal de los últimos cuarenta años ya ha cambiado mucho, en virtud de los cambios de las formas de fundación, organización, producción y reproducción de nuestras sociedades que ha pasado en dicho período de tiempo, conforme explicitado en este apartado. Tenemos hoy un Derecho penal más contemporáneo con, por ejemplo, tipos de delitos de peligro abstracto y delitos de organización³³¹, que representan un desafío a la forma clásica de concebir, clasificar, fundamentar y aplicar el Derecho penal, y, por eso, demanda una forma nueva de pensar esta rama del Derecho. El gran maestro Ignacio Berdugo Gómez de la Torre, desde la Universidad de Salamanca, lista las características de lo que llama de “moderno” Derecho penal, de la siguiente forma:

- “1.- Por la protección de bienes jurídicos de carácter colectivo, cuyo contenido a veces consiste en realidad en funciones desarrolladas por la Administración.
- 2.- Por una anticipación generalizada de la intervención del Derecho penal, consecuencia de un agotamiento de exigencias preventivas, lo que lleva al empleo de la técnica de los delitos de peligro abstracto o de los delitos de acumulación.
- 3.- Por la difuminación de las relaciones del Derecho penal con el Derecho administrativo sancionador, se habla con acierto de una «administrativización» del Derecho penal.
- 4.- Por producir efectos sobre las garantías procesales, con una rechazable tendencia hacia la privatización.
- 5.- Por recurrir a leyes sectoriales muy técnicas o a normas penales en blanco.”³³²

El profesor Berdugo informa que dicha utilización del Derecho penal para la regulación de nuevos ámbitos de la acción humana ha empezado en los años sesenta del siglo pasado,

³³¹ “Los delitos relacionados con las asociaciones ilícitas -y, dentro de éstas, de modo específico las infracciones de pertenencia a una organización terrorista- están hoy en un momento de franca expansión (al menos) en toda Europa. Esta evolución tiene lugar en un marco general en el que una legislación puramente simbólica e impulsos punitivistas de diversa proveniencia se potencian mutuamente cada vez con mayor intensidad, desembocando en una expansión cuantitativa y cualitativa del Derecho penal. En el plano del Derecho penal material, la consideración de estas organizaciones delictivas tiene lugar en dos formas principales: por un lado, mediante la utilización de causas de agravación de la pena previstas para la comisión de diversas infracciones en un grupo organizado; por otro, mediante las infracciones de mera pertenencia a una asociación ilícita a la que aquí se hace referencia” CANCIO MELIÁ, Manuel. “El injusto de los delitos de organización: peligro y significado.”, en: *Revista de las Facultades de Derecho y Ciencias Económicas y Empresariales*, ISSN 1889-7045, ISSN-e 2341-0841, Nº 74, 2008 (Ejemplar dedicado a: Nuevas fronteras del Derecho Penal), págs. 245-287, p. 256.

³³² BERDUGO GÓMEZ DE LA TORRE, Ignacio. *Viejo y nuevo Derecho penal. Principios y desafíos del Derecho penal de hoy*. Iustel, Madrid, 2012, pp. 194-195.

especialmente en relación con la protección de los bienes jurídicos colectivos, con una realización progresiva de una política criminal orientada a la prevención³³³.

Esta situación representa una realidad tan fuerte y novedosa que ha llevado a la brillante profesora Laura Zúñiga Rodríguez, también de la Universidad de Salamanca, a hacer una afirmación que, de alguna manera ha enmarcado el final de una era y un profundo cambio de mentalidad en el ámbito de la política criminal contemporánea, rama del conocimiento humano que domina con maestría, que se transcribe a continuación: “*Al ser la prevención de la delincuencia el objetivo fundamental del sistema penal y del control social en general, viene a constituir el eje de la Política Criminal moderna.*”³³⁴ A eso, se puede añadir que no sólo la prevención del delito es el objetivo fundamental del sistema penal, pero también la necesidad de ofrecimiento de una respuesta socialmente proporcional al hecho delictivo realizado.

De esta manera, la respuesta a los problemas de la sociedad de riesgo parece ser la creación de un Derecho penal que busca el aumento de los niveles de seguridad en nuestra sociedad, por lo menos es eso que parece ser el norte del Derecho penal de este siglo, hasta el momento³³⁵. Esta nueva teleología del Derecho penal demanda una revisión urgente del sentido y de las funciones de todas las categorías dogmáticas que pueden estar comprometidas con la visión antigua del Derecho penal que no tiene más vigencia social, conforme observa el Profesor Berdugo, de esta manera:

Esta nueva realidad plantea al Derecho penal, como en seguida se analizará, una serie de interrogantes político-criminales, que vienen acompañadas de nuevas cuestiones dogmáticas. No se debe olvidar que la Dogmática está construida hasta ahora sobre el contenido de los Códigos del siglo XIX y muy en concreto sobre los problemas que

³³³ “En especial a partir de los años sesenta del pasado siglo y en el marco de los procesos de reforma de las legislaciones penales se inició, como ya vimos, una progresiva utilización del Derecho penal en nuevos ámbitos, que en especial puede vincularse a la protección de los denominados bienes jurídicos colectivos, dentro de una progresiva incorporación de una política criminal orientada hacia la prevención.” BERDUGO GÓMEZ DE LA TORRE, Ignacio. *Viejo y nuevo Derecho penal. Principios y desafíos del Derecho penal de hoy*. Iustel, Madrid, 2012, pp. 198-199

³³⁴ ZÚÑIGA RODRÍGUEZ, Laura. *Política Criminal*. Madrid, Colex, 2001, p. 39.

³³⁵ “Dentro de estas funciones la mencionada búsqueda de la seguridad va a jugar un papel muy importante, la respuesta a los problemas de la «sociedad del riesgo» irrumpen en el Derecho penal, como consecuencia también de algunos eventos históricos particularmente significativos.” BERDUGO GÓMEZ DE LA TORRE, Ignacio. *Viejo y nuevo Derecho penal. Principios y desafíos del Derecho penal de hoy*. Iustel, Madrid, 2012, p. 199.

plantean los delitos que se refieren a bienes jurídicos individuales y en gran medida en torno a los delitos contra la vida.³³⁶

Así pues, la consciencia que nuestras sociedades tienen de las nuevas tecnologías y los riesgos transfronterizos que a veces representan a los bienes jurídicos protegidos actualmente por el Derecho penal exige, además de la revisión de las categorías dogmáticas, la reformas de viejos tipos penales y la creación de muchas otras figuras delictivas, con especial atención a la aplicación de la ley penal en el espacio y la definición del lugar de realización del delito, por ejemplo³³⁷. Eso, en su turno, conlleva necesariamente a la discusión de la función y de la sobrevida de un concepto de bien jurídico como se le solía concebir en los años noventa del siglo pasado³³⁸. El profesor Silva Sánchez propone un análisis de dicha situación desde el concepto de velocidad, trasladado al Derecho penal, de la siguiente forma:

En lo anterior han quedado caracterizadas las que, a mi juicio, serían las «dos velocidades» del Derecho penal. Una primera velocidad, representada por el Derecho penal «de la cárcel», en el que habrían de mantenerse rígidamente los principios político-criminales clásicos, las regla de imputación y los principios procesales; y una segunda velocidad, para los casos en que, por no tratarse ya de la cárcel, sino de penas de privación de derechos o pecuniarias, aquellos principios y reglas podrían experimentar una flexibilización proporcionada a la menor intensidad de la sanción. La pregunta que hay que plantear, en fin, es la de si puede admitirse una «tercera velocidad» del Derecho penal, en la que el Derecho penal de la cárcel concorra con una amplia relativización de garantías político-criminales, reglas de imputación y criterios procesales.³³⁹

Aunque sea muy interesante dicha forma de ver la expansión del Derecho penal, este proceso es mucho más complejo y dinámico, y parece no cuadrar bien en la concepción de sólo tres

³³⁶ BERDUGO GÓMEZ DE LA TORRE, Ignacio. *Viejo y nuevo Derecho penal. Principios y desafíos del Derecho penal de hoy*. Iustel, Madrid, 2012, p. 201.

³³⁷ “Pero, con carácter general, las nuevas tecnologías, que saltan las fronteras de los Estados, abren una amplia serie de cuestiones a todas las ramas del ordenamiento jurídico, también al Derecho penal. En primer término, hay que abordar la respuesta legislativa a la potencial mayor lesividad que estas nuevas tecnologías confieren a las acciones encaminadas a la lesión de los bienes jurídicos protegidos, lo que conducirá, por exigencias del principio de legalidad, a la reforma de los viejos tipos y a la posible creación de nuevas figuras delictivas. Junto a este primer grupo de consecuencias, reaparece la necesidad de revisar los criterios de la determinación del lugar de realización del delito y de la tradicional cuestión de la aplicación de la ley penal en el espacio.” BERDUGO GÓMEZ DE LA TORRE, Ignacio. *Viejo y nuevo Derecho penal. Principios y desafíos del Derecho penal de hoy*. Iustel, Madrid, 2012, p. 202.

³³⁸ La incorporación a los Códigos penales de la protección de estos nuevos intereses, hace surgir nuevos interrogantes tanto político-criminales como dogmáticos, que vuelven a abrir el debate, nunca definitivamente cerrado, sobre el bien jurídico. BERDUGO GÓMEZ DE LA TORRE, Ignacio. *Viejo y nuevo Derecho penal. Principios y desafíos del Derecho penal de hoy*. Iustel, Madrid, 2012, p. 205.

³³⁹ Silva Sanchez, expansion, 2ed, p. 163

velocidades, porque presenta características mucho más profundas y diferentes, que no se adecuan bien a sólo tres categorías de desarrollo, conforme se va a explicar, en este apartado, a través del análisis de algunas observaciones más sobre las nuevas características del Derecho penal actual, lo que se pasa a describir, a continuación.

3.4.1 Tentativa de control de los riesgos en nuevos ámbitos.

Se puede notar, en el Derecho penal actual de los países de cultura jurídica romano-germánica continental, una tentativa de controlar los riesgos a los cuales la sociedad está expuesta, en ámbitos de acción humana que antes no estaban sujetos a la gestión del riesgo a través de la creación de tipos de delitos que realmente no existían antes, y que sólo ahora existen en razón del desarrollo tecnológico.

Como ejemplos de supuestos como estos se puede poner los tipos penales previstos en el artículo 341, del Código Penal Español³⁴⁰ y en el artículo 433-bis, del *Codice Penale Italiano*³⁴¹, que gestionan los riesgos que el manejo de materiales que emiten radiaciones iónicas nucleares con una pena de hasta veinte años de prisión, y su homólogo en Brasil, previsto en el artículo 20, de la Ley n. 6.453, del año 1977³⁴², que castiga con una pena de hasta diez años de prisión el manejo de estos materiales sin autorización del Estado, independiente de creación real de riesgos a la incolumidad pública.

Hay que subrayar que sólo en la segunda mitad del siglo pasado la tecnología se desarrolló al punto de permitir al ser humano manejar energía y materiales nucleares y radioactivos, que representan riesgos a la existencia de la humanidad en el mundo hasta entonces no

³⁴⁰ “Artículo 341. El que libere energía nuclear o elementos radiactivos que pongan en peligro la vida o la salud de las personas o sus bienes, aunque no se produzca explosión, será sancionado con la pena de prisión de quince a veinte años, e inhabilitación especial para empleo o cargo público, profesión u oficio por tiempo de diez a veinte años.” ESPAÑA. Ley orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código penal. Boletín Oficial del Estado, 24 de noviembre de 1995, núm. 281.

³⁴¹ “Art. 433-bis. *Attentato alla sicurezza delle installazioni nucleari. Chiunque attenta alla sicurezza delle installazioni nucleari ovvero degli impianti, dei luoghi o dei mezzi adibiti alla produzione, alla conservazione o al trasporto di materie nucleari è punito, qualora dal fatto derivi pericolo per la pubblica incolumità, con la reclusione da quattro a otto anni. Se dal fatto deriva un disastro, la pena è della reclusione da cinque a venti anni*” ITALIA. Regio Decreto 19 ottobre 1930, n. 1398, *Codice Penale*, in: Gazzetta Ufficiale del 26 ottobre 1930, n. 251, Roma, 1930

³⁴² “Art. 20 - *Produzir, processar, fornecer ou usar material nuclear sem a necessária autorização ou para fim diverso do permitido em lei. Pena: reclusão, de quatro a dez anos.*” BRASIL. Lei nº 6.453, de 17 de Outubro de 1977. Dispõe sobre a responsabilidade civil por danos nucleares e a responsabilidade criminal por atos relacionados com atividades nucleares e dá outras providências. *Diário Oficial da República Federativa do Brasil*, Brasília, DF, 18 out. 1977.

imaginados por los científicos, hecho no previsto, por ejemplo, por los padres de la teoría del delito en la dogmática alemana.

Otro ámbito nuevo de gestión de riesgos por parte del Derecho penal es el mercado financiero y de capitales. El grado de importancia de estos mercados para la economía de los países en la contemporaneidad, el poder que algunas grandes sociedades de manejar estos mercados de acuerdo con sus intereses, y el poder de destrucción que la gestión inadecuada de activos tiene en dichos mercados para toda la economía de un país o de una región – datos relativamente nuevos para la dogmática penal – han generado la necesidad de creación de un nuevo ámbito de gestión de los riesgos a través del Derecho penal.

Como ejemplos de tipos de delitos que protegen el equilibrio de los mercados financieros de países y regiones, se puede señalar el tipo penal previsto en el artículo 282 *bis*, del Código Penal Español³⁴³, el tipo establecido por el artículo 501-bis, del Código Penal Italiano³⁴⁴, y el tipo penal que fue creado por la Ley n. 7.492, del año 1986³⁴⁵, en su artículo 4º, que castiga

³⁴³ “Artículo 282 bis. Los que, como administradores de hecho o de derecho de una sociedad emisora de valores negociados en los mercados de valores, falsearan la información económico-financiera contenida en los folletos de emisión de cualesquiera instrumentos financieros o las informaciones que la sociedad debe publicar y difundir conforme a la legislación del mercado de valores sobre sus recursos, actividades y negocios presentes y futuros, con el propósito de captar inversores o depositantes, colocar cualquier tipo de activo financiero, u obtener financiación por cualquier medio, serán castigados con la pena de prisión de uno a cuatro años, sin perjuicio de lo dispuesto en el artículo 308 de este Código. En el supuesto de que se llegue a obtener la inversión, el depósito, la colocación del activo o la financiación, con perjuicio para el inversor, depositante, adquirente de los activos financieros o acreedor, se impondrá la pena en la mitad superior. Si el perjuicio causado fuera de notoria gravedad, la pena a imponer será de uno a seis años de prisión y multa de seis a doce meses.” ESPAÑA. Ley orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código penal. Boletín Oficial del Estado, 24 de noviembre de 1995, núm. 281.

³⁴⁴ “Art. 501-bis. *Manovre speculative su merci. Fuori dei casi previsti dall'articolo precedente, chiunque, nell'esercizio di qualsiasi attività produttiva o commerciale, compie manovre speculative ovvero occulta, accaparra od incetta materie prime, generi alimentari di largo consumo o prodotti di prima necessità, in modo atto a determinarne la rarefazione o il rincaro sul mercato interno, è punito con la reclusione da sei mesi a tre anni e con la multa da euro 516 a euro 25.822. Alla stessa pena soggiace chiunque, in presenza di fenomeni di rarefazione o rincaro sul mercato interno delle merci indicate nella prima parte del presente articolo e nell'esercizio delle medesime attività, ne sottrae all'utilizzazione o al consumo rilevanti quantità. L'autorità giudiziaria competente e, in caso di flagranza, anche gli ufficiali e agenti di polizia giudiziaria procedono al sequestro delle merci, osservando le norme sull'istruzione formale. L'autorità giudiziaria competente dispone la vendita coattiva immediata delle merci stesse nelle forme di cui all'articolo 625 del codice di procedura penale. La condanna importa l'interdizione dall'esercizio di attività commerciali o industriali per le quali sia richiesto uno speciale permesso o una speciale abilitazione, autorizzazione o licenza da parte dell'autorità e la pubblicazione della sentenza.*” ITALIA. Regio Decreto 19 ottobre 1930, n. 1398, *Codice Penale*, in: *Gazzetta Ufficiale* del 26 ottobre 1930, n. 251, Roma, 1930

³⁴⁵ “Art. 4º Gerir fraudulentamente instituição financeira: Pena - Reclusão, de 3 (três) a 12 (doze) anos, e multa.” BRASIL. *Lei n. 7.492, de 16 de junho de 1986*. Define os crimes contra o sistema financeiro nacional, e dá outras providências. *Diário Oficial da República Federativa do Brasil*, Brasília, DF, 18 jun. 1986.

con una pena de hasta doce años la mera gestión engañosa de institución del sistema financiero nacional.

3.4.2 Reducción de los ámbitos de libertad y aumentos de mecanismos de control de acciones inofensivas a través del Derecho penal.

Otra característica del Derecho penal actual, que es de hecho objeto de preocupación real, es la tendencia actual de reducción de los ámbitos de libertad y creación de mecanismos jurídicos de control agresivo de la libertad y del ejercicio lícito y no dañoso de este derecho. Eso es, en realidad, lo que ha originado la discusión contemporánea sobre el Derecho penal del enemigo, que Jakobs llama de criminalización en estadios previos a la lesión de un bien jurídico³⁴⁶, estudio que será analizado de forma muy detenida en el momento oportuno, en este trabajo. Sin embargo, hay que señalar la importancia de llamar la atención para esta característica del Derecho penal actual.

La señal más característica de dicho tipo de manifestación del Derecho penal actual es el afán legislativo actual, en los países de cultura occidental, de criminalización del acceso al armamento pasivo, lo que tiene es una consecuencia del reconocimiento tácito de una sospecha contra todos los ciudadanos y tiene el efecto real de impedir la posibilidad de realización de la legítima defensa efectiva y, por eso, de preservación de la vida de las víctimas de delitos realizados con violencia.

Aunque dicho afán de desarmar los ciudadanos que no representan riesgos reales a la seguridad pública o a la incolumidad de los bienes jurídicos ajenos no sea un hecho nuevo – véase que, incluso Beccaria³⁴⁷ ha puesto en evidencia la completa irracionalidad de leyes que desarman los ciudadanos, en virtud de ser algo que “*sacrifica mil ventajas reales por un*

³⁴⁶ Véase: “Criminalización en el estado previo a la lesión de un bien jurídico”, en: JAKOBS, Günther, *Estudios de Derecho penal*, UAM Ediciones, Edit, Civitas, Madrid, 1997, pp. 293-324.

³⁴⁷ Un manantial de errores y de injusticias son las falsas ideas de utilidad que se forman los legisladores. Falsa idea de utilidad es aquella que antepone los inconvenientes particulares al inconveniente general; aquella que manda a los dictámenes en vez de excitarlos; que hace servir los sofismas de la lógica en lugar de la razón. Falsa idea de utilidad es aquella que sacrifica mil ventajas reales por un inconveniente imaginario o de poca consecuencia que quitaría a los hombres el fuego porque quema, y el agua porque anega, que solo destruyendo repara los males. De esta naturaleza son las leyes que prohíben llevar armas. BECCARIA, Cesare Bonesana, Marqués de. *De los delitos y de las penas*. Ed. Heliasta S.R.L., Buenos Aires, 1993, p. 157.

*inconveniente imaginario o de poca consecuencia*³⁴⁸ – lo que realmente preocupa es que, en la época de Cesare Bonesana, el deseo de realizar el desarmamiento de los ciudadanos venía de monarquías absolutas. Sin embargo, hoy día, dicho afán se observa en países que poseen regímenes democráticos maduros, lo que pone en cuestión la fe en dicha forma de organización política. Con respecto a eso, el propio Jakobs – quien tiene un pensamiento convergente con el pensamiento de Beccaria, en este caso, ha escrito que:

“La prohibición del llamado armamento pasivo sólo tiene sentido, por el contrario, si se da por supuesto en el pasivamente armado un dolo de cometer infracciones. Pero quien castiga por hechos futuros no tiene ya ningún motivo para dejar impunes los pensamientos. Si se irrumpe en la organización interna que el autor todavía domina, es inconsecuente detenerse ante la más importante fuente de todos los peligros que proceden de seres humanos. O lo uno o lo otro; sólo una teoría insustancial concilia ambas posibilidades.”³⁴⁹

Así pues, hay una tendencia contemporánea y neodemocrática de tentar llevar los controles de la circulación de armas hasta niveles extremos, con la utilización del Derecho penal, conforme se explica a continuación.

La ideología de desarmamiento ha generado una hoplofobia³⁵⁰ radical y generalizada no basada que en conclusiones de estudios estadísticos. Ejemplos de esta hoplofobia legislativa radical pueden identificarse en recientes leyes aprobadas Alemania y España. En España se castiga con una pena de prisión de hasta tres años³⁵¹ la mera tenencia de un cuchillo puntiagudo de menos de once centímetros, que el Real Decreto 137/1993³⁵² clasifica como

³⁴⁸ BECCARIA, Cesare Bonesana, Marqués de. *De los delitos y de las penas*. Ed. Heliasta S.R.L., Buenos Aires, 1993, p. 157.

³⁴⁹ Günther. *Estudios de Derecho penal*, UAM Ediciones, Edit, Civitas, Madrid, 1997, p. 311.

³⁵⁰ “La hoplofobia es un persistente, anormal e injustificado miedo a las armas de fuego. El nombre de esta fobia específica deriva del griego hoplon (arma) y phobos (miedo), puede referirse a un miedo a las armas en general, o más específicamente a las armas de fuego.” <https://en.wikipedia.org/wiki/Hoplophobia>, acceso en 27/12/2015. “La hoplofobia es el miedo a las armas y las personas con armas. Esta fobia lleva a una persona a tener miedos irracionales y obsesivos respecto a las armas y los peligros que pueden plantear. Se considera una reacción típica, no una fobia, para que una persona se asuste si él o ella está en una tienda y un ladrón entra con un arma. Una persona que sufre de hoplofobia, por otro lado, tiene miedo de las armas todo el tiempo, incluso cuando él o ella está en peligro inmediato. Los síntomas de la fobia de armas severas pueden controlar las acciones diarias de una persona, pensamientos y decisiones.” En: Guía de la Psicología. “*Hoplofobia: miedo a las armas*”. Disponible en: <<http://guiapsicologia.com/fobias/hoplofobia/>>. Acceso en 27/12/2015.

³⁵¹ “Artículo 563. La tenencia de armas prohibidas y la de aquellas que sean resultado de la modificación sustancial de las características de fabricación de armas reglamentadas, será castigada con la pena de prisión de uno a tres años.” ESPAÑA. Ley orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código penal. Boletín Oficial del Estado, 24 de noviembre de 1995, núm. 281.

³⁵² “Armas prohibidas Artículo 4. 1. Se prohíbe la fabricación, importación, circulación, publicidad, compraventa, tenencia y uso de las siguientes armas o de sus imitaciones: (...) f) Los bastones-estoque, los

arma prohibida. En Alemania, la Ley de Armas³⁵³, la *Waffengesetz*³⁵⁴, de 2002, castiga con una pena de prisión de hasta tres años la tenencia dolosa de una estrella ninja, y a una pena de prisión de hasta un año para la tenencia negligente de una estrella ninja.

Abundan ejemplos de disposiciones legales como estas en los países en los cuales sus pueblos no disponen de una constitución que garantice el derecho fundamental a tener y portar armas, como lo hizo la segunda enmienda a la Constitución de los Estados Unidos de América de 1791³⁵⁵, que establece que “no se violará el derecho del pueblo a tener y portar armas”³⁵⁶ y, por eso, puede llevar a la muerte injusta de muchas personas. Véase, por ejemplo, los problemas de las gun free zones (zonas libres de armas) en los Estados Unidos, donde se han realizado la casi totalidad de los asesinatos masivos de inocentes en aquél país en los últimos

puñales de cualquier clase y las navajas llamadas automáticas. Se considerarán puñales a estos efectos las armas blancas de hoja menor de 11 centímetros, de dos filos y puntiaguda.” ESPAÑA. Real Decreto n. 137/1993, de 29 de enero, por el que se aprueba el Reglamento de Armas (BOE núm. 55, de 5 de marzo), modificado por el Real Decreto 540/1994, de 25 de marzo (BOE núm. 73, de 26 de marzo) y por el Real Decreto 316/2000, de 3 de marzo (BOE núm. 55, de 4 de marzo).

³⁵³ “Ley de Armas (2002) (...) Sección 2 Manejo de armas o municiones; lista de armas (...) (3) El manejo de armas o municiones que figuran en el anexo 2, Parte 1 de esta Ley está prohibida. (...) Sección 52 Delitos (...) (3) Una pena de prisión de hasta tres años o con multa se impondrá a quien - 1. en violación de la Sección 2 (1) o (3), en cada caso en relación con el anexo 2, Parte 1, núms. 1.2.2 a través de 1.2.5, 1.3.1 a través de 1.3.3, 1.3.5, 1.3.7, 1.3.8, 1.4.1, primera frase, nos. 1.4.2 a través de 1.4.4 o 1.5.3 a través de 1.5.7 adquiere, posee, las manos encima, lleva, transfiere, fabrica, modifica, repara o hace negocios con armas u objetos a que se refiere allí, (...) (4) Si en los casos previstos en el inciso 1 nn. 1 y 2 b, c, d o o no. 3 o inciso 3, la persona ha actuado con negligencia, el castigo por los delitos mencionados en el apartado 1 será de hasta dos años de prisión o una multa, y por los delitos mencionados en el inciso 3 hasta un año de prisión o una multa. (...) Anexo 2 - Parte 1: Armas Prohibidas - Queda prohibido manejar las siguientes armas: (...) 1.3.3 discos en forma de estrella diseñados para tirar a un blanco y que puedan causar lesiones a la salud (estrellas ninja).” ALEMANIA. “Waffengesetz vom 11. Oktober 2002 (BGBl. I S. 3970, 4592; 2003 I S. 1957), das zuletzt durch Artikel 6 Absatz 34 des Gesetzes vom 13. April 2017 (BGBl. I S. 872) geändert worden ist”.

³⁵⁴ Original en alemán: “Waffengesetz (WaffG) (2002) (...) §2 Grundsätze des Umgangs mit Waffen oder Munition, Waffenliste (...) (3) Der Umgang mit Waffen oder Munition, die in der Anlage 2 Abschnitt 1 zu diesem Gesetz genannt sind, ist verboten. (...) §52 Strafvorschriften (...) (3) Mit Freiheitsstrafe bis zu drei Jahren oder mit Geldstrafe wird bestraft, wer - 1. entgegen § 2 Abs. 1 oder 3, jeweils in Verbindung mit Anlage 2 Abschnitt 1 Nr. 1.2.2 bis 1.2.5, 1.3.1 bis 1.3.3, 1.3.5, 1.3.7, 1.3.8, 1.4.1 Satz 1, Nr. 1.4.2 bis 1.4.4 oder 1.5.3 bis 1.5.7, einen dort genannten Gegenstand erwirbt, besitzt, überlässt, führt, verbringt, mitnimmt, herstellt, bearbeitet, instand setzt oder damit Handel treibt, (...) (4) Handelt der Täter in den Fällen des Absatzes 1 Nr. 1, 2 Buchstabe b, c oder d oder Nr. 3 oder des Absatzes 3 fahrlässig, so ist die Strafe bei den bezeichneten Taten nach Absatz 1 Freiheitsstrafe bis zu zwei Jahren oder Geldstrafe, bei Taten nach Absatz 3 Freiheitsstrafe bis zu einem Jahr oder Geldstrafe. (...) Anlage 2 - Verbotene Waffen - Der Umgang mit folgenden Waffen und Munition ist verboten: (...) 1.3.3 sternförmige Scheiben, die nach ihrer Beschaffenheit und Handhabung zum Wurf auf ein Ziel bestimmt und geeignet sind, die Gesundheit zu beschädigen (Wurfsterne).” ALEMANIA. “Waffengesetz vom 11. Oktober 2002 (BGBl. I S. 3970, 4592; 2003 I S. 1957), das zuletzt durch Artikel 6 Absatz 34 des Gesetzes vom 13. April 2017 (BGBl. I S. 872) geändert worden ist”.

³⁵⁵ ESTADOS UNIDOS DE AMÉRICA. Nosotros, el Pueblo de los Estados Unidos. *La Constitución de los Estados Unidos y sus enmiendas 1787-1992*. Madrid. Universidad Carlos III, 2010.

³⁵⁶ Segunda enmienda. “Puesto que una milicia bien organizada es necesaria para la protección de un estado libre, no se violará el derecho del pueblo a tener y portar armas.”, en original: “A well regulated militia being necessary to the security of a free state, the right of the people to keep and bear arms shall not be infringed.” ESTADOS UNIDOS DE AMÉRICA. Nosotros, el Pueblo de los Estados Unidos. *La Constitución de los Estados Unidos y sus enmiendas 1787-1992*. Madrid. Universidad Carlos III, 2010, p. 312 y 313.

sesenta año (sólo dos de estos ataques se ha realizado en lugares que no son zonas libres de armas en el período citado)³⁵⁷.

Aunque la materia, por cuestiones de política de seguridad, deba tener un control fuerte por parte del Estado – lo que no se niega ni incluso en los Estados Unidos de América – la prohibición completa y total de la tenencia y porte de armas para quienes estén habilitados desde el punto de vista psicológico y técnico es una forma de impedir el ejercicio efectivo del derecho a la legítima defensa.

Así pues, en España, el 563 y el art. 564 del Código Penal castigan la tenencia de armas cortas y largas, prohibidas y permitidas, careciendo de licencias o permisos necesarios con una pena de prisión de hasta tres años³⁵⁸.

En Brasil, con la aprobación de la Ley n. 10.826, del año 2003³⁵⁹, se castiga con una pena de hasta seis años de prisión la tenencia y el porte de armas de fuego, conforme sus artículos 12³⁶⁰ y 14³⁶¹, además de castigarse con una pena de hasta cuatro años de prisión el disparo

³⁵⁷ “By 66 percent to 32 percent, economists and criminologists answer that gun-free zones are “more likely to attract criminals than they are to deter them.” A 60 percent to 40 percent margin thinks that guns in the home do not increase suicides. And a 62 percent to 35 percent spread says that guns are used in self-defense to stop crime more often than in the commission of crime.” LOTT, John. “Gun-free zones easy targets for would-be killers. Would you post a sign in front of your home announcing that you live in a gun-free zone? Would this make you feel safer?”. En: *Knoxville News Sentinel*, 9 febrero 2017. Disponible en: <knoxnews.com: http://knoxne.ws/2kRbJn0>, acceso en 14 febrero 2017.

³⁵⁸ “Artículo 563. La tenencia de armas prohibidas y la de aquellas que sean resultado de la modificación sustancial de las características de fabricación de armas reglamentadas, será castigada con la pena de prisión de uno a tres años. Artículo 564. 1. La tenencia de armas de fuego reglamentadas, careciendo de las licencias o permisos necesarios, será castigada: 1.º Con la pena de prisión de uno a dos años, si se trata de armas cortas. 2.º Con la pena de prisión de seis meses a un año, si se trata de armas largas. 2. Los delitos previstos en el número anterior se castigarán, respectivamente, con las penas de prisión de dos a tres años y de uno a dos años, cuando concurra alguna de las circunstancias siguientes: 1.ª Que las armas carezcan de marcas de fábrica o de número, o los tengan alterados o borrados. 2.ª Que hayan sido introducidas ilegalmente en territorio español. 3.ª Que hayan sido transformadas, modificando sus características originales” ESPAÑA. Ley orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código penal. *Boletín Oficial del Estado*, 24 de noviembre de 1995, núm. 281.

³⁵⁹ BRASIL. *Lei n. 10.826, de 22 de dezembro de 2003*. Dispõe sobre o registro, posse e comercialização de armas de fogo e munição, sobre o Sistema Nacional de Armas – SINARM, define crimes e dá outras providências. *Diário Oficial da República Federativa do Brasil*, Brasília, 23 dez. 2003.

³⁶⁰ “*Posse irregular de arma de fogo de uso permitido. Art. 12. Possuir ou manter sob sua guarda arma de fogo, acessório ou munição, de uso permitido, em desacordo com determinação legal ou regulamentar, no interior de sua residência ou dependência desta, ou, ainda no seu local de trabalho, desde que seja o titular ou o responsável legal do estabelecimento ou empresa: Pena – detenção, de 1 (um) a 3 (três) anos, e multa.*” BRASIL. *Lei n. 10.826, de 22 de dezembro de 2003*. Dispõe sobre o registro, posse e comercialização de armas de fogo e munição, sobre o Sistema Nacional de Armas – SINARM, define crimes e dá outras providências. *Diário Oficial da República Federativa do Brasil*, Brasília, 23 dez. 2003.

³⁶¹ “*Porte ilegal de arma de fogo de uso permitido. Art. 14. Portar, deter, adquirir, fornecer, receber, ter em depósito, transportar, ceder, ainda que gratuitamente, emprestar, remeter, empregar, manter sob guarda ou*

inofensivo de armas de fuego en zonas habitadas, en su artículo 15³⁶², y con hasta dos años de prisión, en el artículo 13³⁶³, la omisión de medidas de precaución para impedir que personas menores de dieciocho años tengan acceso a un arma, aunque ningún menor haya tenido efectivamente acceso a ella.

En esta materia, el *Codice Penale Italiano*, inspirado en aires mucho más liberales y democráticos, en su libro que dispone sobre meras contravenciones (o faltas, como se les suele llamar hoy día en España) en su artículo 697³⁶⁴, castiga con una pena de hasta un año de prisión o multa la omisión de comunicación a la autoridad de la tenencia de armas, y en el artículo 699³⁶⁵, se castiga el porte de armas permitidas con una pena de hasta dieciocho meses, y hasta tres años, para armas no permitidas.

3.4.3 Cambio de paradigma teleológico del Derecho penal.

ocultar arma de fogo, acessório ou munição, de uso permitido, sem autorização e em desacordo com determinação legal ou regulamentar: Pena – reclusão, de 2 (dois) a 4 (quatro) anos, e multa. Parágrafo único. O crime previsto neste artigo é inafiançável, salvo quando a arma de fogo estiver registrada em nome do agente.” BRASIL. Lei n. 10.826, de 22 de dezembro de 2003. Dispõe sobre o registro, posse e comercialização de armas de fogo e munição, sobre o Sistema Nacional de Armas – SINARM, define crimes e dá outras providências. Diário Oficial da República Federativa do Brasil, Brasília, 23 dez. 2003.

³⁶² “Disparo de arma de fogo. Art. 15. Disparar arma de fogo ou acionar munição em lugar habitado ou em suas adjacências, em via pública ou em direção a ela, desde que essa conduta não tenha como finalidade a prática de outro crime: Pena – reclusão, de 2 (dois) a 4 (quatro) anos, e multa. Parágrafo único. O crime previsto neste artigo é inafiançável.” BRASIL. Lei n. 10.826, de 22 de dezembro de 2003. Dispõe sobre o registro, posse e comercialização de armas de fogo e munição, sobre o Sistema Nacional de Armas – SINARM, define crimes e dá outras providências. Diário Oficial da República Federativa do Brasil, Brasília, 23 dez. 2003.

³⁶³ “Omissão de cautela. Art. 13. Deixar de observar as cautelas necessárias para impedir que menor de 18 (dezoito) anos ou pessoa portadora de deficiência mental se apodere de arma de fogo que esteja sob sua posse ou que seja de sua propriedade: Pena – detenção, de 1 (um) a 2 (dois) anos, e multa.” BRASIL. Lei n. 10.826, de 22 de dezembro de 2003. Dispõe sobre o registro, posse e comercialização de armas de fogo e munição, sobre o Sistema Nacional de Armas – SINARM, define crimes e dá outras providências. Diário Oficial da República Federativa do Brasil, Brasília, 23 dez. 2003.

³⁶⁴ “Art. 697. Detenzione abusiva di armi. Chiunque detiene armi o caricatori soggetti a denuncia ai sensi dell'articolo 38 del testo unico di cui al regio decreto 18 giugno 1931, n. 773, e successive modificazioni, o munizioni senza averne fatto denuncia all'Autorità, quando la denuncia è richiesta, è punito con l'arresto da tre a dodici mesi o con l'ammenda fino a euro 371. Chiunque, avendo notizia che in un luogo da lui abitato si trovano armi o munizioni, omette di farne denuncia all'autorità, è punito con l'arresto fino a due mesi o con l'ammenda fino a euro 258.” ITALIA. Regio Decreto 19 ottobre 1930, n. 1398, *Codice Penale*, in: *Gazzetta Ufficiale* del 26 ottobre 1930, n. 251, Roma, 1930.

³⁶⁵ “Art. 699. Porto abusivo di armi. Chiunque, senza la licenza dell'Autorità, quando la licenza è richiesta porta un'arma fuori della propria abitazione o delle appartenenze di essa, è punito con l'arresto fino a diciotto mesi. Soggiace all'arresto da diciotto mesi a tre anni chi, fuori della propria abitazione o delle appartenenze di essa, porta un'arma per cui non è ammessa licenza. Se alcuno dei fatti preveduti dalle disposizioni precedenti è commesso in un luogo ove sia concorso o adunanza di persone, o di notte in un luogo abitato, le pene sono aumentate.” ITALIA. Regio Decreto 19 ottobre 1930, n. 1398, *Codice Penale*, in: *Gazzetta Ufficiale* del 26 ottobre 1930, n. 251, Roma, 1930.

Una característica del Derecho penal actual es el inicio de la rotura con el paradigma de protección de bienes jurídicos como gran relato del Derecho penal. El concepto de bien jurídico, como lo conocemos hoy, fue creado por Johann Michael Franz Birnbaum, en el año 1834³⁶⁶, y a lo largo de los años – y especialmente en el siglo XX – dicho concepto fue desarrollado y adoptado como el gran relato sobre la teleología Derecho penal.

Sin embargo, en la actualidad, nuevas construcciones teóricas de importantes investigadores del Derecho penal están poniendo en cuestión el potencial de rendimiento de la teoría del bien jurídico, como una forma de acercamiento de la noción de antijuridicidad de su concepción formal, es decir, de reconocimiento de la preponderancia de la noción de antijuridicidad formal sobre la material.

En el ámbito de las innovaciones legislativas, el abuso de figuras típicas de peligro abstracto – como los tipos a los cuales se hizo referencia en este apartado – informa el alejamiento de los legisladores de los países democráticos estudiados en este trabajo de la noción de lesividad, ofensividad o antijuridicidad material, que informa la necesidad de que exista una lesión o peligro de lesión reales a un bien jurídico que tenga existencia real, que se pueda identificar e individualizar (aún que sea colectivo).

Desarrollos teóricos posteriores, como las ideas según las cuales el Derecho penal actúa sólo después de las lesiones a bienes jurídicos, y la noción de que hay muchas lesiones a bienes jurídicos muy importantes para el Derecho, que no son protegidos efectivamente por el Derecho penal, por ejemplo, han puesto en cuestión el potencial de rendimiento de dicha teoría para explicar, incluso de forma crítica, la forma por la cual el Derecho penal funciona e interacciona con la sociedad. Véase, por ejemplo, lo que sostiene Günther Jakobs sobre esta cuestión, a continuación:

Si se incluyen todos los bienes que deben ser protegidos de modo incondicionado entre los bienes jurídicos, pronto se constata que en la gran mayoría de las ocasiones perecen de un modo que no le interesa al derecho, especialmente al Derecho penal, en lo más mínimo. (...) Los seres humanos mueren por las afectaciones que sus órganos presentan

³⁶⁶ BIRNBAUM, Johann Michael Franz. Über das Erforderniß einer Rechtsverletzung zum Begriffe des Verbrechens, mit besonderer Rücksicht auf den Begriff der Ehrenkränkung, in: *Archiv des Criminalrechts*, hrsg. von Abegg, Birnbaum, Heffter, Mittermaier, Jahrgang, 1834, pp. 149-194, passim.

inevitablemente al alcanzar una edad avanzada. Se dice, entonces, que la relevancia jurídica de los bienes es relativa, referida sólo a una determinada puesta en peligro. (...) El Derecho penal ya no garantiza la existencia de los bienes jurídicos en sí, sino sólo que las personas no ataquen esos bienes, y, de manera correspondiente, únicamente en esta medida se tratará de bienes jurídicos, por lo demás, de meros bienes que pueden perecer. (...) La muerte por senectud es la pérdida de un bien, pero la puñalada del asesino es una lesión de un bien jurídico. Por lo tanto, el Derecho penal no sirve para la protección genérica de bienes que han sido proclamados como bienes jurídicos, sino para la protección de bienes contra ciertos ataques, y sólo en lo que se refiere a esta protección los bienes aparecerán en la lente del derecho, y serán bienes jurídicos. (...) Por lo tanto, el Derecho penal como protección de bienes jurídicos significa (¡en todo caso!) que una persona, encarnada en sus bienes, es protegida frente a los ataques de otra persona.³⁶⁷

Lo que queda claro, después de analizar las observaciones de Jakobs, es que parece que el Derecho penal tiene mucho más la preocupación de modular y controlar conductas humanas que necesariamente proteger bienes jurídicos, por las razones expuestas y hoy, aún más, en virtud la existencia de muchas figuras típicas de peligro abstracto, lo que informa una rotura real en la forma tradicional por la cual se solía concebir la teleología del Derecho penal hasta ahora.

3.4.4 La administrativización del Derecho penal.

Otra característica del Derecho penal actual es la progresiva tipificación de la no observación de prácticas administrativas previas a la realización de actividades sujetas al control por parte del Estado y al cometimiento de infracciones a normas típicas del Derecho administrativo. El maestro Ignacio Berdugo introduce el tema, de la siguiente forma:

La vieja cuestión de las relaciones entre el Derecho penal y el Derecho administrativo sancionador presenta hoy nuevos perfiles al tener que situar su análisis en el marco de la actuación exigible a la Administración en una sociedad donde existen nuevas fuentes de peligro y reales o aparentes bienes jurídicos de naturaleza colectiva y donde, como consecuencia del carácter social del modelo de Estado,

³⁶⁷ JAKOBS, Günther, “¿Qué protege el Derecho penal: bienes jurídicos o la vigencia de la norma?”, en Libro homenaje al profesor Günther Jakobs. *El funcionalismo en el Derecho penal*, Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 2003, pp. 41-42.

se requiere de la Administración la ordenación de diversos sectores de la vida social, que van desde el tráfico rodado a la economía.³⁶⁸

La expansión de los ámbitos y el aumento de la complejidad de la acción humana, es decir, el desarrollo de la técnica de control de los fenómenos naturales y su utilización en la realización de los deseos humanos, demanda necesariamente la expansión del Derecho administrativo, y de forma similar, del Derecho penal, en los supuestos donde los riesgos a los cuales se puede exponer la sociedad lo justifiquen. Como ejemplo de supuestos que demandan efectiva utilización del Derecho penal se puede poner el control del manejo de material que emita radiaciones nucleares ionizantes, conforme el Capítulo I, del Título XVII, del Código Penal Español³⁶⁹, que dispone sobre los delitos de riesgo catastrófico, y en Brasil, la Ley n. 6.453, del año 1977, que dispone sobre la responsabilidad criminal por actos relacionados con actividades nucleares³⁷⁰.

En el ámbito del Derecho penal ambiental se identifica muchos supuestos de administrativización del Derecho penal, con la creación de tipos penales que castigan el ejercicio de la caza, pesca o actividad marisquera sin el debido título administrativo habilitante, conforme el artículo 335, del Código Penal Español³⁷¹, o que castiguen con penas de prisión de hasta un año la venta de motosierra sin permiso previa o la realización de investigación de la calidad del suelo sin autorización específica, conforme los artículos 51³⁷² y 55³⁷³, de la Ley n. 9.605, del año 1998, en Brasil.

³⁶⁸ BERDUGO GÓMEZ DE LA TORRE, Ignacio. *Viejo y nuevo Derecho penal. Principios y desafíos del Derecho penal de hoy*. Iustel, Madrid, 2012, p. 219.

³⁶⁹ ESPAÑA. Ley orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código penal. *Boletín Oficial del Estado*, 24 de noviembre de 1995, núm. 281.

³⁷⁰ BRASIL. *Lei nº 6.453, de 17 de Outubro de 1977*. Dispõe sobre a responsabilidade civil por danos nucleares e a responsabilidade criminal por atos relacionados com atividades nucleares e dá outras providências. *Diário Oficial da República Federativa do Brasil*, Brasília, DF, 18 out. 1977.

³⁷¹ “Artículo 335. 1. El que cace o pesque especies distintas de las indicadas en el artículo anterior, cuando esté expresamente prohibido por las normas específicas sobre su caza o pesca, será castigado con la pena de multa de ocho a doce meses e inhabilitación especial para el ejercicio del derecho de cazar o pescar por tiempo de dos a cinco años. 2. El que cace o pesque o realice actividades de marisqueo relevantes sobre especies distintas de las indicadas en el artículo anterior en terrenos públicos o privados ajenos, sometidos a régimen cinegético especial, sin el debido permiso de su titular o sometidos a concesión o autorización marisquera o acuícola sin el debido título administrativo habilitante, será castigado con la pena de multa de cuatro a ocho meses e inhabilitación especial para el ejercicio del derecho de cazar, pescar o realizar actividades de marisqueo por tiempo de uno a tres años, además de las penas que pudieran corresponderle, en su caso, por la comisión del delito previsto en el apartado 1 de este artículo.” ESPAÑA. Ley orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código penal. *Boletín Oficial del Estado*, 24 de noviembre de 1995, núm. 281.

³⁷² “Art. 51. Comercializar motosserra ou utilizá-la em florestas e nas demais formas de vegetação, sem licença ou registro da autoridade competente: Pena - detenção, de três meses a um ano, e multa.” BRASIL. *Lei 9.605 de 12 de fevereiro de 1998*. Dispõe sobre as sanções penais e administrativas derivadas de condutas e atividades

3.4.5 La administrativización del Derecho Procesal Penal.

Bajo las mismas premisas mencionadas en los párrafos precedentes, referentes a la necesidad de crear regulaciones jurídicas para tratar relaciones jurídicas con características nuevas, añadidas de la necesidad de buscar medios de tramitar con más rapidez y menos costes los procesos penales, también se puede identificar una cierta administrativización del Derecho procesal Penal.

En Brasil, por ejemplo, con la edición de la Ley n. 9.099, del año 1995, se ha cambiado el procedimiento judicial de los delitos con penas de prisión hasta dos años o de multa. El artículo 76 de dicha Ley establece que, en relación con dichos tipos de delitos y todas las faltas, la fiscalía podrá proponer la aplicación inmediata de una pena de restricción de algún derecho que no sea la pena de prisión, antes del inicio del proceso, lo que podrá pasar si el agente no haya sido condenado anteriormente y cada cinco años, para nuevas infracciones. Si el autor del hecho – que ni siquiera sería ya un reo en un proceso – acepta la propuesta, no habrá proceso³⁷⁴.

lesivas ao meio ambiente, e dá outras providências. *Diário Oficial da República Federativa do Brasil*, Brasília, DF, 13 de fevereiro. 1998.

³⁷³ “Art. 55. Executar pesquisa, lavra ou extração de recursos minerais sem a competente autorização, permissão, concessão ou licença, ou em desacordo com a obtida: Pena - detenção, de seis meses a um ano, e multa.” BRASIL. *Lei 9.605 de 12 de fevereiro de 1998*. Dispõe sobre as sanções penais e administrativas derivadas de condutas e atividades lesivas ao meio ambiente, e dá outras providências. *Diário Oficial da República Federativa do Brasil*, Brasília, DF, 13 de fevereiro. 1998.

³⁷⁴ “Transação penal. Art. 76. Havendo representação ou tratando-se de crime de ação penal pública incondicionada, não sendo caso de arquivamento, o Ministério Público poderá propor a aplicação imediata de pena restritiva de direitos ou multas, a ser especificada na proposta. § 1º Nas hipóteses de ser a pena de multa a única aplicável, o Juiz poderá reduzi-la até a metade. § 2º Não se admitirá a proposta se ficar comprovado: I - ter sido o autor da infração condenado, pela prática de crime, à pena privativa de liberdade, por sentença definitiva; II - ter sido o agente beneficiado anteriormente, no prazo de cinco anos, pela aplicação de pena restritiva ou multa, nos termos deste artigo; III - não indicarem os antecedentes, a conduta social e a personalidade do agente, bem como os motivos e as circunstâncias, ser necessária e suficiente a adoção da medida. § 3º Aceita a proposta pelo autor da infração e seu defensor, será submetida à apreciação do Juiz. § 4º Acolhendo a proposta do Ministério Público aceita pelo autor da infração, o Juiz aplicará a pena restritiva de direitos ou multa, que não importará em reincidência, sendo registrada apenas para impedir novamente o mesmo benefício no prazo de cinco anos. § 5º Da sentença prevista no parágrafo anterior caberá a apelação referida no art. 82 desta Lei. § 6º A imposição da sanção de que trata o § 4º deste artigo não constará de certidão de antecedentes criminais, salvo para os fins previstos no mesmo dispositivo, e não terá efeitos civis, cabendo aos interessados propor ação cabível no juízo cível.” BRASIL. *Lei n. 9.099, de 26 de Setembro de 1995*. Lei dos Juizados Especiais Cíveis e Criminais; Lei dos Juizados Especiais. *Diário Oficial da República Federativa do Brasil*, Brasília, DF, 27 de setembro de 1995.

En Italia, se puede señalar un ejemplo de administrativización del Derecho procesal penal en lo que se llama *giudizio abbreviato*, o juicio abreviado, previsto en los artículos 438 y siguientes del Código Procesal Penal italiano³⁷⁵. Dicho procedimiento es activado bajo la solicitud del imputado o su aceptación, proporciona un procedimiento muy reducido en relación con la posibilidad de producción de las pruebas (en general, no va más que la audiencia preliminar), y al final, como beneficio, el imputado tiene reducida su condena en una tercia parte, conforme establece el artículo, 442, 2, del mismo *Codice*³⁷⁶.

3.4.6 Creación de nuevos ámbitos de responsabilización personal: la responsabilidad penal de personas jurídicas.

Se llegó a la conclusión de que la actividad de las personas jurídicas representa un riesgo socialmente relevante, que demanda regulación. Se hizo la búsqueda de un grado de control más grande de las actividades de las personas jurídicas, a través del sistema penal, lo que puede ser democráticamente legítimo y constitucionalmente válido.

La opción político-criminal de la Constitución de la República Federativa del Brasil de 1988, por ejemplo, fue establecer responsabilidad penal de las personas jurídicas de forma subsidiaria, independiente o cumulativa, a la responsabilidad penal de las personas físicas que

³⁷⁵ “Art. 438. *Presupposti del giudizio abbreviato*. 1. *L'imputato può chiedere che il processo sia definito all'udienza preliminare allo stato degli atti, salve le disposizioni di cui al comma 5 del presente articolo e all'articolo 441, comma 5*. 2. *La richiesta può essere proposta, oralmente o per iscritto, fino a che non siano formulate le conclusioni a norma degli articoli 421 e 422*. 3. *La volontà dell'imputato è espressa personalmente o per mezzo di procuratore speciale e la sottoscrizione è autenticata nelle forme previste dall'articolo 583, comma 3*. 4. *Sulla richiesta il giudice provvede con ordinanza con la quale dispone il giudizio abbreviato*. 5. *L'imputato, ferma restando la utilizzabilità ai fini della prova degli atti indicati nell'articolo 442, comma 1-bis, può subordinare la richiesta ad una integrazione probatoria necessaria ai fini della decisione. Il giudice dispone il giudizio abbreviato se l'integrazione probatoria richiesta risulta necessaria ai fini della decisione e compatibile con le finalità di economia processuale proprie del procedimento, tenuto conto degli atti già acquisiti ed utilizzabili. In tal caso il pubblico ministero può chiedere l'ammissione di prova contraria. Resta salva l'applicabilità dell'articolo 423*. 6. *In caso di rigetto ai sensi del comma 5, la richiesta può essere riproposta fino al termine previsto dal comma 2.*” ITALIA. Decreto del presidente della Repubblica 22 settembre 1988, n. 447, in materia di “*Approvazione del codice di procedura penale.*” in: Gazzetta Ufficiale del 22 settembre 1988, Roma, 1988.

³⁷⁶ “Art. 442. *Decisione*. 1. *Terminata la discussione, il giudice provvede a norma degli articoli 529 e seguenti. 1-bis. Ai fini della deliberazione il giudice utilizza gli atti contenuti nel fascicolo di cui all'articolo 416, comma 2, la documentazione di cui all'articolo 419, comma 3, e le prove assunte nell'udienza*. 2. *In caso di condanna, la pena che il giudice determina tenendo conto di tutte le circostanze è diminuita di un terzo. Alla pena dell'ergastolo è sostituita quella della reclusione di anni trenta. Alla pena dell'ergastolo con isolamento diurno, nei casi di concorso di reati e di reato continuato, è sostituita quella dell'ergastolo*. 3. *La sentenza è notificata all'imputato che non sia comparso*. 4. *Si applica la disposizione dell'articolo 426 comma 2.*” ITALIA. Decreto del presidente della Repubblica 22 settembre 1988, n. 447, in materia di “*Approvazione del codice di procedura penale.*” in: Gazzetta Ufficiale del 22 settembre 1988, Roma, 1988.

administran las sociedades, que participaran en la conducta delictiva. Esto ocurrió de la siguiente forma:

Art. 173. Exceptuados los casos previstos en esta Constitución, la explotación directa de actividades económicas por el Estado sólo será permitida cuando sea necesaria por imperativos de seguridad nacional o de interés colectivo relevante, conforme a la definición de la ley.

(...)

§5º. La ley, sin perjuicio de la responsabilidad individual de los directivos de la persona jurídica, establecerá la responsabilidad de ésta, sujetándola a las sanciones compatibles con su naturaleza, en los actos practicados contra el orden económico y financiero y contra la economía popular.³⁷⁷

(...)

Art. 225. Todos tienen derecho a un medio ambiente ecológicamente equilibrado, bien de uso común del pueblo y esencial para una sana calidad de vida, imponiéndose al Poder Público y a la colectividad el deber de defenderlo y preservarlo para las generaciones presentes y futuras.

(...)

§3º. Las conductas y actividades consideradas lesivas al medio ambiente sujetan a los infractores, personas físicas o jurídicas, a sanciones penales y administrativas, independientemente de la obligación de reparar el daño causado.³⁷⁸

El poder constituyente originario eligió permitir que la ley establezca sanciones a las personas jurídicas, compatibles con su naturaleza, y definió que las sanciones penales son efectivamente compatibles con este tipo de persona al establecer que la ley castigará penalmente las personas jurídicas, en delitos ambientales. La Constitución también establece que la responsabilidad penal individual de los administradores de la persona jurídica seguirá existiendo (es decir, no queda absorbida por la responsabilidad del ente), de forma paralela a la responsabilidad de la persona jurídica.

³⁷⁷ Texto original: “Art. 173. Ressalvados os casos previstos nesta Constituição, a exploração direta de atividade econômica pelo Estado só será permitida quando necessária aos imperativos da segurança nacional ou a relevante interesse coletivo, conforme definidos em lei. (...) § 5º - A lei, sem prejuízo da responsabilidade individual dos dirigentes da pessoa jurídica, estabelecerá a responsabilidade desta, sujeitando-a às punições compatíveis com sua natureza, nos atos praticados contra a ordem econômica e financeira e contra a economia popular.” BRASIL. *Constituição da República Federativa do Brasil*, Brasília, Senado, 1988.

³⁷⁸ Texto original: “Art. 225. Todos têm direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, bem de uso comum do povo e essencial à sadia qualidade de vida, impondo-se ao Poder Público e à coletividade o dever de defendê-lo e preservá-lo para as presentes e futuras gerações. (...) §3º - As condutas e atividades consideradas lesivas ao meio ambiente sujeitarão os infratores, pessoas físicas ou jurídicas, a sanções penais e administrativas, independentemente da obrigação de reparar os danos causados.” BRASIL. *Constituição da República Federativa do Brasil*, Brasília, Senado, 1988.

Existen en Brasil dos leyes que prevén responsabilidad penal de las personas jurídicas. La primera es la Ley n. 8.213, de 24 de julio de 1991, sobre la Seguridad Social. En su artículo 19, párrafo 2º, tal ley establece que “*Es una falta, punible con una multa, dejar la compañía de para cumplir con las normas de seguridad e higiene de los trabajadores.*”³⁷⁹

Aún que se pueda hacer referencia a una posible violación del principio de taxatividad (o legalidad estricta), porque el dispositivo legal no define los límites de la sanción que puede ser impuesta, como ocurre con muchos otros delitos que establecen penas de multa, lo que no se discute es que la ley estableció directamente sanción penal a las personas jurídicas, una vez que sólo existen en el Derecho brasileño faltas de naturaleza penal, lo que la Constitución permite.

El otro ejemplo de responsabilidad penal de la persona jurídica, está en la Ley n. 9.605, de 12 de febrero de 1998, que establece las sanciones penales y administrativas a las lesiones al medio ambiente. Esta ley es diferente la otra ley citada. Ella establece de forma más detallada las características de la responsabilidad penal de las personas jurídicas, especialmente, en relación con las penas que se les pueden aplicar.

Las sanciones penales establecidas son, en resumen, la restricción de derechos que visan a la reducción de lucros y a la creación de perjuicios al patrimonio de la persona jurídica. También no se observa una mezcla de responsabilidad civil y penal (art. 23, II)³⁸⁰, cuando se establece

³⁷⁹ “Artículo 19. Accidente de trabajo es lo que ocurre en el ejercicio de trabajo a servicio una empresa o por la realización de trabajos por parte de los asegurados a los cuales se refiere el ítem VII del art. 11 de esta Ley, que resulte en trastorno funcional o lesión corporal que causa la muerte o la pérdida o reducción, permanente o temporal, de capacidad para el trabajo. §1º. La empresa es responsable de la adopción y el uso de medidas colectivas e individuales seguridad y protección de la salud de los trabajadores. §2º. Es una falta, punible con una multa, dejar la compañía para cumplir con las normas de seguridad e higiene de los trabajadores.” BRASIL. *Lei n. 8.213, de 24 de julho de 1991*. Dispõe sobre os Planos de Benefícios da Previdência Social e dá outras providências. *Diário Oficial da República Federativa do Brasil*, Brasília, DF, 14 de outubro de 1998. Texto original: “Art. 19. Acidente do trabalho é o que ocorre pelo exercício do trabalho a serviço da empresa ou pelo exercício do trabalho dos segurados referidos no inciso VII do art. 11 desta Lei, provocando lesão corporal ou perturbação funcional que cause a morte ou a perda ou redução, permanente ou temporária, da capacidade para o trabalho. § 1º A empresa é responsável pela adoção e uso das medidas coletivas e individuais de proteção e segurança da saúde do trabalhador. § 2º Constitui contravenção penal, punível com multa, deixar a empresa de cumprir as normas de segurança e higiene do trabalho.” BRASIL. *Lei n. 8.213, de 24 de julho de 1991*. Dispõe sobre os Planos de Benefícios da Previdência Social e dá outras providências. *Diário Oficial da República Federativa do Brasil*, Brasília, DF, 14 de outubro de 1998.

³⁸⁰ “Art. 23. A prestação de serviços à comunidade pela pessoa jurídica consistirá em: I - custeio de programas e de projetos ambientais; II - execução de obras de recuperação de áreas degradadas;” BRASIL. *Lei 9.605 de 12 de fevereiro de 1998*. Dispõe sobre as sanções penais e administrativas derivadas de condutas e atividades

la posibilidad de que la persona jurídica pueda ser sancionada penalmente con la reparación del daño causado, una vez que reparación del daño es típica del Derecho civil, pero que, en este caso, tiene naturaleza penal³⁸¹.

La ley establece responsabilidad penal de las personas jurídicas, paralela a la responsabilidad penal de sus directores, administradores y ejecutores de los hechos, y diseña un conjunto de

lesivas ao meio ambiente, e dá outras providências. *Diário Oficial da República Federativa do Brasil*, Brasília, DF, 13 de fevereiro. 1998.

³⁸¹ “Artículo 3. Las personas jurídicas tienen responsabilidad administrativa, civil y penal de acuerdo con lo que esta Ley dispone, en los casos en que la infracción sea practicada por decisión de su representante legal o contractual, o de su órgano colegiado, en el interés o beneficio de la persona jurídica. Párrafo único. La responsabilidad de las personas jurídicas no excluye la responsabilidad de las personas físicas, autoras, coautores o participantes en el mismo hecho. (...) Artículo 21. Las sanciones aplicables, solamente, acumulativamente o alternativamente a las personas jurídicas, de acuerdo con lo dispuesto en el art. 3, son los siguientes: I - multa; II - la restricción de derechos; III – prestación de servicios a la comunidad. Artículo 22. Las penas restrictivas de los derechos de la persona jurídica son: I - suspensión parcial o total de las actividades; II - interdicción temporal de obra o actividad de una determinada oficina; III – prohibición de contratar con el Gobierno, bien como de obtener subsidios, subvenciones o donaciones. §1º La suspensión de las actividades se aplicará cuando no estén obedeciendo a las leyes o reglamentos relativos a la protección del medio ambiente. §2º La interdicción se aplicará cuando la oficina, obra o actividad estuviera trabajando sin la debida autorización, o en desacuerdo con la autorización concedida, o violando disposición legal o reglamentar. §3º La prohibición de contratar con el Gobierno, y de él obtener y para los subsidios, subvenciones o donaciones no pueden exceder el período de diez años. Artículo 23. La prestación de servicios comunitarios por la persona jurídica consistirá en: I - financiación de proyectos y de programas de protección del medio ambiente; II - ejecución de las obras de recuperación de áreas dañadas; III - mantenimiento de espacios públicos; IV – contribución con entidades protectoras del medio ambiente o culturales de carácter público. Artículo 24. La persona jurídica constituida o usada principalmente para el fin de permitir, facilitar o encubrir la práctica de delito tipificado en esta ley tendrá decretada su liquidación forzosa, sus patrimonio será considerado instrumento de delito y como tal, será confiscado en favor del Fondo Penitenciario Nacional.” BRASIL. *Lei 9.605 de 12 de fevereiro de 1998*. Dispõe sobre as sanções penais e administrativas derivadas de condutas e atividades lesivas ao meio ambiente, e dá outras providências. *Diário Oficial da República Federativa do Brasil*, Brasília, DF, 13 de fevereiro. 1998. Texto original: “Art. 3º As pessoas jurídicas serão responsabilizadas administrativa, civil e penalmente conforme o disposto nesta Lei, nos casos em que a infração seja cometida por decisão de seu representante legal ou contratual, ou de seu órgão colegiado, no interesse ou benefício da sua entidade. Parágrafo único. A responsabilidade das pessoas jurídicas não exclui a das pessoas físicas, autoras, co-autoras ou partícipes do mesmo fato. (...) Art. 21. As penas aplicáveis isolada, cumulativa ou alternativamente às pessoas jurídicas, de acordo com o disposto no art. 3º, são: I - multa; II - restritivas de direitos; III - prestação de serviços à comunidade. Art. 22. As penas restritivas de direitos da pessoa jurídica são: I - suspensão parcial ou total de atividades; II - interdição temporária de estabelecimento, obra ou atividade; III - proibição de contratar com o Poder Público, bem como dele obter subsídios, subvenções ou doações. § 1º A suspensão de atividades será aplicada quando estas não estiverem obedecendo às disposições legais ou regulamentares, relativas à proteção do meio ambiente. § 2º A interdição será aplicada quando o estabelecimento, obra ou atividade estiver funcionando sem a devida autorização, ou em desacordo com a concedida, ou com violação de disposição legal ou regulamentar. § 3º A proibição de contratar com o Poder Público e dele obter subsídios, subvenções ou doações não poderá exceder o prazo de dez anos. Art. 23. A prestação de serviços à comunidade pela pessoa jurídica consistirá em: I - custeio de programas e de projetos ambientais; II - execução de obras de recuperação de áreas degradadas; III - manutenção de espaços públicos; IV - contribuições a entidades ambientais ou culturais públicas. Art. 24. A pessoa jurídica constituída ou utilizada, preponderantemente, com o fim de permitir, facilitar ou ocultar a prática de crime definido nesta Lei terá decretada sua liquidação forçada, seu patrimônio será considerado instrumento do crime e como tal perdido em favor do Fundo Penitenciário Nacional.” BRASIL. *Lei 9.605 de 12 de fevereiro de 1998*. Dispõe sobre as sanções penais e administrativas derivadas de condutas e atividades lesivas ao meio ambiente, e dá outras providências. *Diário Oficial da República Federativa do Brasil*, Brasília, DF, 13 de fevereiro. 1998.

sanciones a ella aplicables, de acuerdo con su naturaleza y fines. Esto lo hace basándose en la Constitución.

Hay, lo que se puede definir, como hace Klaus Tiedemann, el modelo de “*Verdadera responsabilidad criminal (re)introducida en Europa por varios Estados, y también conocida en Australia, en América del Norte y Japón, con la necesidad evidente de no desatender en derecho las diferencias de hecho que existen entre autor físico y persona jurídica.*”³⁸² En España, de la misma forma, la responsabilidad penal de las personas jurídicas viene establecida a partir del artículo 31 bis y siguientes del Código Penal³⁸³, y en Italia, en los artículos 5, 9 y 24, del Decreto Legislativo n. 231, de 8 de junio de 2001³⁸⁴.

3.4.7 Otros rasgos del Derecho penal actual

³⁸² TIEDEMANN, Klaus, “Responsabilidad Penal de Personas Jurídicas y Empresas en el Derecho Comparado”, in: *Coleção Temas Atuais de Direito Criminal*, v. 2, São Paulo : Revistas dos Tribunais, 1999, p. 28.

³⁸³ “Artículo 31 bis 1. En los supuestos previstos en este Código, las personas jurídicas serán penalmente responsables: a) De los delitos cometidos en nombre o por cuenta de las mismas, y en su beneficio directo o indirecto, por sus representantes legales o por aquellos que actuando individualmente o como integrantes de un órgano de la persona jurídica, están autorizados para tomar decisiones en nombre de la persona jurídica u ostentan facultades de organización y control dentro de la misma. b) De los delitos cometidos, en el ejercicio de actividades sociales y por cuenta y en beneficio directo o indirecto 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 haberse incumplido gravemente por aquéllos los deberes de supervisión, vigilancia y control de su actividad atendidas las concretas circunstancias del caso.” ESPAÑA. Ley orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código penal. *Boletín Oficial del Estado*, 24 de noviembre de 1995, núm. 281.

³⁸⁴ “Art. 5. *Responsabilita' dell'ente*. 1. *L'ente e' responsabile per i reati commessi nel suo interesse o a suo vantaggio: a) da persone che rivestono funzioni di rappresentanza, di amministrazione o di direzione dell'ente o di una sua unita' organizzativa dotata di autonomia finanziaria e funzionale nonche' da persone che esercitano, anche di fatto, la gestione e il controllo dello stesso; b) da persone sottoposte alla direzione o alla vigilanza di uno dei soggetti di cui alla lettera a).* 2. *L'ente non risponde se le persone indicate nel comma 1 hanno agito nell'interesse esclusivo proprio o di terzi.* (...) Art. 9. *Sanzioni amministrative*. 1. *Le sanzioni per gli illeciti amministrativi dipendenti da reato sono: a) la sanzione pecuniaria; b) le sanzioni interdittive; c) la confisca; d) la pubblicazione della sentenza.* 2. *Le sanzioni interdittive sono: a) l'interdizione dall'esercizio dell'attività; b) la sospensione o la revoca delle autorizzazioni, licenze o concessioni funzionali alla commissione dell'illecito; c) il divieto di contrattare con la pubblica amministrazione, salvo che per ottenere le prestazioni di un pubblico servizio; d) l'esclusione da agevolazioni, finanziamenti, contributi o sussidi e l'eventuale revoca di quelli già concessi; e) il divieto di pubblicizzare beni o servizi.* (...) SEZIONE III - *Responsabilita' amministrativa per reati previsti dal codice penale* Art. 24. *Indebita percezione di erogazioni, truffa in danno dello Stato o di un ente pubblico o per il conseguimento di erogazioni pubbliche e frode informatica in danno dello Stato o di un ente pubblico*. 1. *In relazione alla commissione dei delitti di cui agli articoli 316-bis, 316-ter, 640, comma 2, n. 1, 640-bis e 640-ter se commesso in danno dello Stato o di altro ente pubblico, del codice penale, si applica all'ente la sanzione pecuniaria fino a cinquecento quote.* 2. *Se, in seguito alla commissione dei delitti di cui al comma 1, l'ente ha conseguito un profitto di rilevante entità' o e' derivato un danno di particolare gravità; si applica la sanzione pecuniaria da duecento a seicento quote.* 3. *Nei casi previsti dai commi precedenti, si applicano le sanzioni interdittive previste dall'articolo 9, comma 2, lettere c), d) ed e).*” ITALIA. Decreto Legislativo 8 giugno 2001, n. 231. “Disciplina della responsabilita' amministrativa delle persone giuridiche, delle società e delle associazioni anche prive di personalità giuridica, a norma dell'articolo 11 della legge 29 settembre 2000, n. 300”, in: *Gazzetta Ufficiale* n. 140 del 19 giugno 2001, Roma, 2001.

Hay muchas otras características del Derecho penal actual que merecen ser mencionada en este momento. Así pues, se puede señalar, como un ejemplo del uso del Derecho penal para gestionar la inseguridad ciudadana, la posibilidad de respuesta más fuerte a delitos que generan conmoción social, como la aprobación, en Brasil, de la Ley n. 8.072, del año 1990³⁸⁵. Dicha Ley, en general, dificulta la progresión de grado de los condenados a algunos tipos de crímenes graves, como el homicidio y la violación, y fue estructuralmente modificada tras el homicidio de una actriz famosa en el país, por su novio, quien ha usado una tijera en delito, después de una fuerte campaña publicitaria para el aumento de la dureza de las penas para delitos graves en el país, que fue organizada por la madre de la víctima.

El endurecimiento de la respuesta penal también viene como una característica del Derecho penal actual, que no más está orientado a la contención del derecho de punir del Estado, pero también a la realización de una política criminal prevención de la criminalidad y de la realización de una respuesta socialmente proporcional al hecho delictivo. Eso viene claro en algunas normas y decisiones de nuestros sistemas, conforme explicado en la primera parte de este trabajo.

³⁸⁵ “Art. 1o São considerados hediondos os seguintes crimes, todos tipificados no Decreto-Lei no 2.848, de 7 de dezembro de 1940 - Código Penal, consumados ou tentados I – homicídio (art. 121), quando praticado em atividade típica de grupo de extermínio, ainda que cometido por um só agente, e homicídio qualificado (art. 121, § 2o, incisos I, II, III, IV, V, VI e VII); I-A – lesão corporal dolosa de natureza gravíssima (art. 129, § 2o) e lesão corporal seguida de morte (art. 129, § 3o), quando praticadas contra autoridade ou agente descrito nos arts. 142 e 144 da Constituição Federal, integrantes do sistema prisional e da Força Nacional de Segurança Pública, no exercício da função ou em decorrência dela, ou contra seu cônjuge, companheiro ou parente consanguíneo até terceiro grau, em razão dessa condição; II - latrocínio (art. 157, § 3o, in fine); III - extorsão qualificada pela morte (art. 158, § 2o); IV - extorsão mediante seqüestro e na forma qualificada (art. 159, caput, e §§ 1o, 2o e 3o); V - estupro (art. 213 e sua combinação com o art. 223, caput e parágrafo único); V - estupro (art. 213, caput e §§ 1o e 2o); VI - atentado violento ao pudor (art. 214 e sua combinação com o art. 223, caput e parágrafo único); VI - estupro de vulnerável (art. 217-A, caput e §§ 1o, 2o, 3o e 4o); VII - epidemia com resultado morte (art. 267, § 1o). VII-A – (VETADO) VII-B - falsificação, corrupção, adulteração ou alteração de produto destinado a fins terapêuticos ou medicinais (art. 273, caput e § 1o, § 1o-A e § 1o-B, com a redação dada pela Lei no 9.677, de 2 de julho de 1998). VIII - favorecimento da prostituição ou de outra forma de exploração sexual de criança ou adolescente ou de vulnerável (art. 218-B, caput, e §§ 1º e 2º). Parágrafo único. Considera-se também hediondo o crime de genocídio previsto nos arts. 1o, 2o e 3o da Lei no 2.889, de 1o de outubro de 1956, tentado ou consumado. Art. 2º Os crimes hediondos, a prática da tortura, o tráfico ilícito de entorpecentes e drogas afins e o terrorismo são insuscetíveis de: I - anistia, graça e indulto; II – fiança. § 1o A pena por crime previsto neste artigo será cumprida inicialmente em regime fechado. § 2o A progressão de regime, no caso dos condenados aos crimes previstos neste artigo, dar-se-á após o cumprimento de 2/5 (dois quintos) da pena, se o apenado for primário, e de 3/5 (três quintos), se reincidente.” BRASIL. Lei nº 8.072, de 25 de julho de 1990. Dispõe sobre os crimes hediondos, nos termos do art. 5º, inciso XLIII, da Constituição Federal, e determina outras providências. *Diário Oficial da União*, Brasília, 26 jul. 1990.

Así pues, en la llamada doctrina Parot, que obliga a descontar los beneficios penitenciarios del total de las penas, y no del máximo de cumplimiento efectivo³⁸⁶, su homólogo brasileño, el acuerdo n. 715 del Supremo Tribunal Federal, la más alta corte en el país, con jurisdicción incluso constitucional, que establece la necesidad de calcular los beneficios de la ejecución penal sobre la penal total del condenado – este aplicable a todos los ciudadanos de forma idéntica³⁸⁷.

También representa un ejemplo de esta característica la creación de la pena de prisión permanente revisable, creada en España, tras la aprobación de la Ley Orgánica 1/2015, de 30 de marzo, por la que se modifica la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal, que establece la posibilidad de exigirse el cumplimiento efectivo de veinte años de prisión del condenado para que se le pueda poner en el tercer grado (semilibertad), conforme el artículo 36, 1, a), del Código Penal³⁸⁸, o hasta de veintidós años de prisión (artículo 78bis, 1, c), del Código Penal³⁸⁹), además de imponer el mínimo de cumplimiento de hasta treinta y

³⁸⁶“Se conoce como doctrina Parot a la doctrina jurisprudencial del Tribunal Supremo que endurece el cumplimiento de penas de militantes de ETA condenados a más de 30 años por delitos cometidos antes de 1995. Antes de la doctrina, esos presos, de acuerdo con el Código de 1973 por el que fueron juzgados, redimían penas que se restaban del máximo total de cumplimiento, 30 años, aunque hubieran sido condenados a cientos de años. Con ella, el tiempo redimido se resta en la práctica de la condena total. Con la fórmula antigua, salían en libertad a los 20 años. Con la doctrina Parot, los que tengan condenas más altas deben estar 30 años.”Equipo de Redacción. *El Tribunal Europeo de DDHH dictamina la ilegalidad de la Doctrina Parot*. 10 de julio de 2012. Disponible en : <http://www.insurgente.org/index.php/template/tribunales/item/910-el-tribunal-europeo-de-ddhh-dictamina-la-ilegalidad-de-la-doctrina-parot>. Acceso en 19 de Julio de 2012.

³⁸⁷ “STF – Acuerdo nº 715 – Pena Unificada – Límite de treinta años de Cumplimiento – Consideración para la concesión de otros beneficios: La pena unificada para atender al límite de treinta años de cumplimiento, determinada por el art. 75 del Código Penal, no es considerada para la concesión de otros beneficios, como la libertad condicional o progresión de régimen de cumplimiento de pena.” STF Súmula nº 715 - 24/09/2003 - *DJ de 9/10/2003*, p. 6; *DJ de 10/10/2003*, p. 6; *DJ de 13/10/2003*, p. 6. Texto Original: “*STF Súmula nº 715 - Pena Unificada - Limite de Trinta anos de Cumprimento - Consideração para a Concessão de Outros Benefícios: A pena unificada para atender ao limite de trinta anos de cumprimento, determinado pelo art. 75 do Código Penal, não é considerada para a concessão de outros benefícios, como o livramento condicional ou regime mais favorável de execução.*”

³⁸⁸ “Artículo 36 - 1. La pena de prisión permanente será revisada de conformidad con lo dispuesto en el artículo 92. La clasificación del condenado en el tercer grado deberá ser autorizada por el tribunal previo pronóstico individualizado y favorable de reinserción social, oídos el Ministerio Fiscal e Instituciones Penitenciarias, y no podrá efectuarse: a) Hasta el cumplimiento de veinte años de prisión efectiva, en el caso de que el penado lo hubiera sido por un delito del Capítulo VII del Título XXII del Libro II de este Código. b) Hasta el cumplimiento de quince años de prisión efectiva, en el resto de los casos. En estos supuestos, el penado no podrá disfrutar de permisos de salida hasta que haya cumplido un mínimo de doce años de prisión, en el caso previsto en la letra a), y ocho años de prisión, en el previsto en la letra b). 2. La pena de prisión tendrá una duración mínima de tres meses y máxima de veinte años, salvo lo que excepcionalmente dispongan otros preceptos del presente Código.

³⁸⁹ Artículo 78 bis - 1. Cuando el sujeto haya sido condenado por dos o más delitos y, al menos, uno de ellos esté castigado por la ley con pena de prisión permanente revisable, la progresión a tercer grado requerirá del cumplimiento: a) de un mínimo de dieciocho años de prisión, cuando el penado lo haya sido por varios delitos, uno de ellos esté castigado con pena de prisión permanente revisable y el resto de las penas impuestas sumen un total que exceda de cinco años. b) de un mínimo de veinte años de prisión, cuando el penado lo haya sido por varios delitos, uno de ellos esté castigado con una pena de prisión permanente revisable y el resto de las penas

cinco años de prisión para suspensión de la ejecución de la pena, para algunos supuestos, conforme el artículo 78bis, 3, del Código Penal³⁹⁰.

Se identifica también que, en la nueva cara el Derecho penal de la actualidad, hay una tendencia de aumentar el número de tipos penales que en los cuales es más importante el desvalor de la acción que el desvalor del resultado, es decir, hoy día hay una tendencia en castigar más la conducta que no respeta a la norma de una forma independiente de la lesión o puesta en peligro de lesión a bienes jurídicos protegidos por el Derecho penal. Eso promueve una proliferación de delitos de peligro presunto, abuso de la figura del garante y multiplicación de supuestos de hecho omisivos y culposos.

Un ejemplo claro de supuestos como estos está en el artículo 228, de la Ley n. 8.069, del año 1990³⁹¹ (Ley de protección al niño y al joven), que castiga con una pena de hasta dos años de prisión el hecho, realizable por el jefe de sesión de un hospital, de omitirse en cumplir los plazos de actualización de los libros de registro de partos o en facilitar un informe de nacimiento a la parturienta, lo que es punible incluso en su modalidad negligente, conforme el párrafo único de dicho artículo.

impuestas sumen un total que exceda de quince años. c) de un mínimo de veintidós años de prisión, cuando el penado lo haya sido por varios delitos y dos o más de ellos estén castigados con una pena de prisión permanente revisable, o bien uno de ellos esté castigado con una pena de prisión permanente revisable y el resto de penas impuestas sumen un total de veinticinco años o más.” ESPAÑA. Ley orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código penal. *Boletín Oficial del Estado*, 24 de noviembre de 1995, núm. 281.

³⁹⁰ “Artículo 78 bis (...) 3. Si se tratase de delitos referentes a organizaciones y grupos terroristas y delitos de terrorismo del Capítulo VII del Título XXII del Libro II de este Código, o cometidos en el seno de organizaciones criminales, los límites mínimos de cumplimiento para el acceso al tercer grado de clasificación serán de veinticuatro años de prisión, en los supuestos a que se refieren las letras a) y b) del apartado primero, y de treinta y dos años de prisión en el de la letra c) del apartado primero. En estos casos, la suspensión de la ejecución del resto de la pena requerirá que el penado haya extinguido un mínimo de veintiocho años de prisión, en los supuestos a que se refieren las letras a) y b) del apartado primero, y de treinta y cinco años de prisión en el de la letra b) del apartado primero.” ESPAÑA. Ley orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código penal. *Boletín Oficial del Estado*, 24 de noviembre de 1995, núm. 281.

³⁹¹ “Art. 228. Deixar o encarregado de serviço ou o dirigente de estabelecimento de atenção à saúde de gestante de manter registro das atividades desenvolvidas, na forma e prazo referidos no art. 10 desta Lei, bem como de fornecer à parturiente ou a seu responsável, por ocasião da alta médica, declaração de nascimento, onde constem as intercorrências do parto e do desenvolvimento do neonato: Pena - detenção de seis meses a dois anos. Parágrafo único. Se o crime é culposo: Pena - detenção de dois a seis meses, ou multa.” BRASIL. Lei n. 8.069, de 13 de julho de 1990. Dispõe sobre o Estatuto da Criança e do Adolescente e dá outras providências. *Diário Oficial da República Federativa do Brasil*, Brasília, DF, 16 de julho de 1990.

Se puede poner, también, el ejemplo del delito de omisión de cumplimiento de obligación civil de interés ambiental, previsto en el art. 68, de la Ley n. 9605, del año de 1998³⁹², en Brasil y la puesta en peligro de la calidad del aire creada por la omisión de un deber de vigilancia, prevista en el art. 328, 3º, del Código Penal Español³⁹³, además del delito de dejar de facilitar al cliente la factura de servicios esenciales, previsto en el art. 2º, ítem IV, de la Ley n. 1521, del año 1951³⁹⁴, todavía vigente en Brasil, y del delito de facilitación de listado incompleto de bienes, previsto en el artículo 258 del Código citado³⁹⁵.

De nuevo, hay que mencionar el caso de Alemania, donde se castiga con una pena de prisión de hasta un año mera la tenencia negligente de una estrella ninja, por la Ley de Armas alemana³⁹⁶, la *Waffengesetz*³⁹⁷, de 2002, o el caso de Brasil, donde se con una pena de hasta

³⁹² “Art. 68. Deixar, aquele que tiver o dever legal ou contratual de fazê-lo, de cumprir obrigação de relevante interesse ambiental: Pena - detenção, de um a três anos, e multa.” BRASIL. Lei 9.605 de 12 de fevereiro de 1998. Dispõe sobre as sanções penais e administrativas derivadas de condutas e atividades lesivas ao meio ambiente, e dá outras providências. *Diário Oficial da República Federativa do Brasil*, Brasília, DF, 13 de fevereiro. 1998.

³⁹³ “Artículo 328 (...) 3. Serán castigados con la pena de prisión de uno a dos años los que en la recogida, el transporte, la valorización, la eliminación o el aprovechamiento de residuos, incluida la omisión de los deberes de vigilancia sobre tales procedimientos, pongan en grave peligro la vida, integridad o la salud de las personas, o la calidad del aire, del suelo o de las aguas, o a animales o plantas.” ESPAÑA. Ley orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código penal. *Boletín Oficial del Estado*, 24 de noviembre de 1995, núm. 281.

³⁹⁴ “Art. 2º. São crimes desta natureza: (...) IV - negar ou deixar o fornecedor de serviços essenciais de entregar ao freguês a nota relativa à prestação de serviço, desde que a importância exceda de quinze cruzeiros, e com a indicação do preço, do nome e endereço do estabelecimento, do nome da firma ou responsável, da data e local da transação e do nome e residência do freguês; (...) Pena - detenção, de 6 (seis) meses a 2 (dois) anos, e multa, de dois mil a cinqüenta mil cruzeiros.” BRASIL. Lei n. 1.521, de 26 de dezembro de 1951. Altera dispositivos da legislação vigente sobre crimes contra a economia popular. *Diário Oficial da União*, Rio de Janeiro, 27 dez. 1941.

³⁹⁵ “Artículo 258. 1. Será castigado con una pena de prisión de tres meses a un año o multa de seis a dieciocho meses quien, en un procedimiento de ejecución judicial o administrativo, presente a la autoridad o funcionario encargados de la ejecución una relación de bienes o patrimonio incompleta o mendaz, y con ello dilate, dificulte o impida la satisfacción del acreedor. La relación de bienes o patrimonio se considerará incompleta cuando el deudor ejecutado utilice o disfrute de bienes de titularidad de terceros y no aporte justificación suficiente del derecho que ampara dicho disfrute y de las condiciones a que está sujeto. 2. La misma pena se impondrá cuando el deudor, requerido para ello, deje de facilitar la relación de bienes o patrimonio a que se refiere el apartado anterior.” ESPAÑA. Ley orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código penal. *Boletín Oficial del Estado*, 24 de noviembre de 1995, núm. 281.

³⁹⁶ “Ley de Armas (2002) (...) Sección 2 Manejo de armas o municiones; lista de armas (...) (3) El manejo de armas o municiones que figuran en el anexo 2, Parte 1 de esta Ley está prohibida. (...) Sección 52 Delitos (...) (3) Una pena de prisión de hasta tres años o con multa se impondrá a quien - 1. en violación de la Sección 2 (1) o (3), en cada caso en relación con el anexo 2, Parte 1, núms. 1.2.2 a través de 1.2.5, 1.3.1 a través de 1.3.3, 1.3.5, 1.3.7, 1.3.8, 1.4.1, primera frase, nos. 1.4.2 a través de 1.4.4 o 1.5.3 a través de 1.5.7 adquiere, posee, las manos encima, lleva, transfiere, fabrica, modifica, repara o hace negocios con armas u objetos a que se refiere allí, (...) (4) Si en los casos previstos en el inciso 1 nn. 1 y 2 b, c, d o o no. 3 o inciso 3, la persona ha actuado con negligencia, el castigo por los delitos mencionados en el apartado 1 será de hasta dos años de prisión o una multa, y por los delitos mencionados en el inciso 3 hasta un año de prisión o una multa. (...) Anexo 2 - Parte 1: Armas Prohibidas - Queda prohibido manejar las siguientes armas: (...) 1.3.3 discos en forma de estrella diseñados para tirar a un blanco y que puedan causar lesiones a la salud (estrellas ninja).” ALEMANIA.

cuatro años de prisión el disparo inofensivo de armas de fuego en zonas habitadas (art. 15, Ley n. 10.826, de 2003³⁹⁸), y con hasta dos años de prisión, la omisión de medidas de precaución para impedir que personas menores de dieciocho años tengan acceso a un arma, aunque ningún menor haya tenido efectivamente acceso a ella (art. 13, de la misma Ley³⁹⁹).

En todos estos tipos penales no es posible siquiera identificar el vínculo que puede tener un peligro hipotético con la realidad, es decir, no se identifica la ligación efectiva que la conducta – incluso la mera conducta negligente – de los supuestos agentes que puede haber generado supuestos de hecho de peligro reales, lo que sin duda alguna puede representar un Derecho penal del enemigo, conforme se explicará a lo largo de este trabajo.

Una característica más del Derecho penal actual es la creación de complejos legislativos o instrumentos avanzado de política criminal, con normas de naturaleza penal, procesal y administrativa, para el combate a fenómenos criminales complejos y de grave entidad, como por ejemplo, en España, la Ley Orgánica 12/1995, de 12 de diciembre, de Represión del

"Waffengesetz vom 11. Oktober 2002 (BGBl. I S. 3970, 4592; 2003 I S. 1957), das zuletzt durch Artikel 6 Absatz 34 des Gesetzes vom 13. April 2017 (BGBl. I S. 872) geändert worden ist"

³⁹⁷ Original en alemán: "*Waffengesetz (WaffG) (2002) (...) §2 Grundsätze des Umgangs mit Waffen oder Munition, Waffenliste (...) (3) Der Umgang mit Waffen oder Munition, die in der Anlage 2 Abschnitt 1 zu diesem Gesetz genannt sind, ist verboten. (...) §52 Strafvorschriften (...) (3) Mit Freiheitsstrafe bis zu drei Jahren oder mit Geldstrafe wird bestraft, wer - 1. entgegen § 2 Abs. 1 oder 3, jeweils in Verbindung mit Anlage 2 Abschnitt 1 Nr. 1.2.2 bis 1.2.5, 1.3.1 bis 1.3.3, 1.3.5, 1.3.7, 1.3.8, 1.4.1 Satz 1, Nr. 1.4.2 bis 1.4.4 oder 1.5.3 bis 1.5.7, einen dort genannten Gegenstand erwirbt, besitzt, überlässt, führt, verbringt, mitnimmt, herstellt, bearbeitet, instand setzt oder damit Handel treibt, (...) (4) Handelt der Täter in den Fällen des Absatzes 1 Nr. 1, 2 Buchstabe b, c oder d oder Nr. 3 oder des Absatzes 3 fahrlässig, so ist die Strafe bei den bezeichneten Taten nach Absatz 1 Freiheitsstrafe bis zu zwei Jahren oder Geldstrafe, bei Taten nach Absatz 3 Freiheitsstrafe bis zu einem Jahr oder Geldstrafe. (...) Anlage 2 - Verbotene Waffen - Der Umgang mit folgenden Waffen und Munition ist verboten: (...) 1.3.3 sternförmige Scheiben, die nach ihrer Beschaffenheit und Handhabung zum Wurf auf ein Ziel bestimmt und geeignet sind, die Gesundheit zu beschädigen (Wurfsterne).*" ALEMANIA. "Waffengesetz vom 11. Oktober 2002 (BGBl. I S. 3970, 4592; 2003 I S. 1957), das zuletzt durch Artikel 6 Absatz 34 des Gesetzes vom 13. April 2017 (BGBl. I S. 872) geändert worden ist"

³⁹⁸ "*Disparo de arma de fogo. Art. 15. Disparar arma de fogo ou acionar munição em lugar habitado ou em suas adjacências, em via pública ou em direção a ela, desde que essa conduta não tenha como finalidade a prática de outro crime: Pena – reclusão, de 2 (dois) a 4 (quatro) anos, e multa. Parágrafo único. O crime previsto neste artigo é inafiançável.*" BRASIL. Lei n. 10.826, de 22 de dezembro de 2003. Dispõe sobre o registro, posse e comercialização de armas de fogo e munição, sobre o Sistema Nacional de Armas – SINARM, define crimes e dá outras providências. Diário Oficial da República Federativa do Brasil, Brasília, 23 dez. 2003.

³⁹⁹ "*Omissão de cautela. Art. 13. Deixar de observar as cautelas necessárias para impedir que menor de 18 (dezoito) anos ou pessoa portadora de deficiência mental se apodere de arma de fogo que esteja sob sua posse ou que seja de sua propriedade: Pena – detenção, de 1 (um) a 2 (dois) anos, e multa.*" BRASIL. Lei n. 10.826, de 22 de dezembro de 2003. Dispõe sobre o registro, posse e comercialização de armas de fogo e munição, sobre o Sistema Nacional de Armas – SINARM, define crimes e dá outras providências. Diário Oficial da República Federativa do Brasil, Brasília, 23 dez. 2003.

Contrabando⁴⁰⁰, en Italia, el Decreto Legislativo n. 159, de 6 de septiembre de 2011, que crea el Código de leyes antimafia y de las medidas de prevención⁴⁰¹, y en Brasil, de la Ley n. 11.343, de 23 de agosto de 2006, que establece normas para la represión al tráfico ilícito de drogas⁴⁰².

Hay que mencionar, aunque no sea especialmente una tendencia muy novedosa en la política criminal global, como parte de la cara actual del Derecho penal, que luego después de la Segunda Guerra Mundial⁴⁰³, tras lo que pasó en los juicios en *Nürnberg*, en los años 1945 y 1946⁴⁰⁴, nació un movimiento para crearse un sistema de responsabilización de violaciones injustificadas, masivas y desproporcionadas a los Derechos Humanos, para de los Estados que pierden en los conflictos armados y/o no ocupan un papel de centralidad en la política económica mundial, lo que motivó la creación del Tribunal Penal Internacional, a través del Estatuto de Roma, por ejemplo⁴⁰⁵.

Por fin, también puede ser identificada como una tendencia actual del Derecho penal y de la política criminal la creación de leyes basadas en lo que se puede llamar de Derecho penal del enemigo y el nacimiento de discursos justificadores de dichas medidas, lo que es

⁴⁰⁰ ESPAÑA. Ley Orgánica 12/1995, de 12 de diciembre, de Represión del Contrabando. *Boletín Oficial del Estado*, de 13 de diciembre de 1995, núm. 297, páginas 35701 a 35705.

⁴⁰¹ ITALIA. Decreto Legislativo 6 settembre 2011, n. 159. *Codice delle leggi antimafia e delle misure di prevenzione, nonché nuove disposizioni in materia di documentazione antimafia, a norma degli articoli 1 e 2 della legge 13 agosto 2010, n. 136*. Gazzetta Ufficiale Serie Generale n.226 del 28 settembre 2011 - Suppl. Ordinario n. 214.

⁴⁰² BRASIL. *Lei nº 11.343, de 23 de agosto de 2006*. Institui o Sistema Nacional de Políticas Públicas sobre Drogas, etc. *Diário Oficial da União*, Brasília, 24 out. 2006.

⁴⁰³ HENKIN, Louis et al. *International law: cases and materials*. 3. ed. Minnesota: West Publishing, 1993. p. 375

⁴⁰⁴ Hay que subrayar que, sólo porque han sido creados, en realidad, para dar una protección parcial (contra los perdedores) de los derechos humanos (el más grande ejemplo de eso es el hecho de que nunca hubo una condena en contra EE.UU. por la práctica de crímenes de guerra, sin embargo muchos hechos hayan sido muy bien reportados, como podría considerarse Guantánamo, por ejemplo), no significa que desde el momento en que se tiene consciencia de dicha limitación, no se les pueda dar efectividad multifrontal, a eso se antevé un obstáculo que parece intraspionable: la inexistencia y imposibilidad de hechos, en la actualidad, de establecerse un poder central mundial que pueda imponer su voluntad a los estados soberanos, lo que, si realizado, sería el más grande ejemplo de imperialismo y tiranía de la historia de la humanidad.

⁴⁰⁵ “Artículo 1. La Corte. Se instituye por el presente una Corte Penal Internacional («La Corte»). La Corte será una institución permanente, estará facultada para ejercer su jurisdicción sobre personas respecto de los crímenes más graves de trascendencia internacional de conformidad con el presente Estatuto y tendrá carácter complementario de las jurisdiccionales penales nacionales. La competencia y el funcionamiento de la Corte se regirán por las disposiciones del presente Estatuto.” Naciones Unidas. *Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional*. Conferencia Diplomática de Plenipotenciarios de las Naciones Unidas sobre el establecimiento de una Corte Penal Internacional, 15 de junio -17 de julio de 1998 (Conferencia de Roma). A/Conf. 183/9, 17 de julio de 1998.

estrictamente el objeto de este trabajo cuyo análisis detenido se pasa a realizar en los apartados siguientes

3.5 Conclusiones del capítulo.

Así, identificamos que existen construcciones teóricas y una realidad normativa novedosa orientadas a identificar una necesidad social contemporánea de la comprensión, análisis y gestión de la naturaleza de los riesgos socialmente inaceptables que existen hoy, que ponen en peligro las expectativas más básicas de la vida en sociedad y del funcionamiento del sistema social, finalidad para la cual no sirve el Derecho penal clásico, por su origen y sus características intrínsecas. Sin embargo, dicho contexto social no autoriza, por sí sólo, la adopción de medidas típicas del Derecho penal del enemigo, de acuerdo con lo que también se explicará a lo largo de este trabajo.

En una toma de postura, se afirma una vez más que las características de nuestras sociedades occidentales, que se orientan hacia un cambio en la forma de crear, funcionar y fundamentar el Derecho penal (como por ejemplo, la expansión de los ámbitos de la actividad humana y de los riesgos por dicha expansión generados) autorizan efectivamente tres consecuencias, a saber:

(1) una nueva teleología del Derecho penal, que pasa de un Derecho penal orientado a la limitación del *ius puniendi* del Estado, para un Derecho penal ponderado con esta finalidad, pero también orientado a la realización de una política criminal, que como hemos visto, está relacionada a la prevención del delito y a una respuesta socialmente proporcional a este fenómeno;

(2) en consecuencia, la creación de nuevos ámbitos de protección a través del Derecho penal, cómo el Derecho penal del medio ambiente y el Derecho penal relacionado con las actividades con material radioactivo nuclear, por ejemplo;

(3) y, por fin, la creación de una legislación orientada a la lucha contra determinados fenómenos criminales complejos y de grave entidad, como la trata internacional de personas para fines de esclavitud sexual, el crimen organizado transnacional, la corrupción endémica de los cargos de alto rango, el tráfico transnacional de armas de destrucción masiva, armas de guerra y sustancias ilícitas y el terrorismo de grave entidad.

Sin embargo, dichas transformaciones no permiten que se justifique de ningún modo medidas político-criminales típicas de un Derecho penal del enemigo, en la forma como dicho concepto va ser diseñado en este trabajo. Es decir, una vez más, *ribattendo* lo que se ha expuesto, el nuevo diseño de nuestras sociedades, lo que permite repensar las funciones, los fines y los fundamentos del Derecho penal de hoy, no permiten, justifican o siquiera estimulan de forma seria que algún Estado, organismo o aparato de poder planifique, cree o ejecute medidas político-criminales consideradas en este trabajo como supuestos de hecho del concepto sostenido de Derecho penal del enemigo. Sin embargo, como explicado en este apartado, dichas nuevas características sociales permiten y demandan nuevas forma de pensar, fundamentar, crear y ejecutar el Derecho penal.

CAPÍTULO 4

El funcionalismo sociológico

“La ortodoxia equivale a no pensar, a no tener la necesidad de pensar. La ortodoxia es la inconsciencia.”

George Orwell, 1984.

CAPÍTULO 4 – El funcionalismo sociológico

4.1 Aclaraciones metodológicas previas sobre el funcionalismo.

Si se sostiene que el Derecho penal es una ciencia, es necesario identificar su método, de acuerdo con lo que es definido como su objeto. Si tomamos por objeto del Derecho penal las leyes penales, el método elegido es el positivista⁴⁰⁶ aunque se sostenga que él debe obedecer la Constitución. Si se considera que el Derecho penal tiene como objeto la protección de cosas exteriores a la ley, como derechos naturales trascendentales, inherentes al hombre, no hay ningún método científico a elegir, porque no se trata de verlo como ciencia, sino como una filosofía⁴⁰⁷.

En efecto, al proponerse que el Derecho penal tiene por fin la protección de bienes ajenos a él, como la garantía de derechos fundamentales o la limitación del poder de punir del Estado, por ejemplo, se toma un deber ético como el imperativo categórico del Derecho penal⁴⁰⁸, algo ajeno a su propio sistema, claramente iusnaturalista⁴⁰⁹, por reconocer que algunos valores son inherentes al hombre y deben ser buscados, y no que dichos valores son socialmente contruidos. Sin embargo, a la ciencia no le cabe decir lo que debe o no debe ser hecho, pero sólo pretende describir una realidad empírica a través de un método.

Una teoría del Derecho penal que intente ser científica no puede tener como objeto la salvaguarda de garantía ninguna o la limitación del poder estatal⁴¹⁰, pero debe realizar un análisis, a través de un método científico de carácter sociológico – porque el Derecho es una ciencia social – de su objeto, el fenómeno social llamado delito, y a través de sus reglas propias, establecer las condiciones para identificar dichos fenómenos. En este sentido:

“Con las teorías científicas sólo se busca explicar, y no es su propósito salvar nada. Por esto, y en función de su manera de constitución, las teorías científicas son intrínsecamente liberadoras, y la ciencia como metodología reflexiva es un dominio en el que se aprende el desapego

⁴⁰⁶ Ejemplo de autor que adopta en método positivista: BINDING, Karl, *Die Normen und ihre Übertretung*, 4ª ed., Leipzig, Felix Meiner, 1922. Véase también: IHERING, Rudolf von. *La dogmática jurídica*, Buenos Aires, Editorial Losada, 1946.

⁴⁰⁷ MATURANA, Humberto, en: EISLER, Riane. *El cáliz y la espada*, Santiago, Cuatro Vientos, 1991, p. xiv.

⁴⁰⁸ KANT, Immanuel. *Fundamentación de la metafísica de las costumbres*, Madrid, Espasa Calpe, 1983.

⁴⁰⁹ ORDOÑEZ NORIEGA, Francisco. *La fundamentación del derecho natural*, Bogotá, Kelly Editorial, 1967.

⁴¹⁰ MATURANA, Humberto, en: EISLER, Riane. *El cáliz y la espada*, op. cit., p. xiv.

en el respeto al otro aunque no siempre lo vivamos así. Las teorías filosóficas, en cambio, se proponen o surgen desde la intención de conservar algún principio, de salvar algún valor, de proteger alguna creencia o de justificar alguna acción. Por eso, las teorías filosóficas no son liberadoras, sino que por contrario, constituyen dominios de acciones imperativas que exigen al otro y eventualmente justifican su negación condena cuando esas exigencias no se cumplen.”⁴¹¹

En esta parte del trabajo no se tendrá en cuenta que al grupo de las ciencias valorativas (del espíritu o del deber-ser, *Geisteswissenschaften*, en alemán) pertenece el Derecho penal. La razón es clara. Bajo la premisa de que a partir de las observaciones de la realidad, a través de conocimientos de la sociología, se buscará identificar la función del Derecho penal, no se le puede atribuir, *a priori*, la misión de salvaguardar valores ni la protección de derechos fundamentales o bienes jurídicos ajenos al propio Derecho penal.

Sin embargo, la política criminal, que no es el objeto directo de esta investigación, puede de hecho proponer cambios en la legislación penal, a partir de observaciones de la realidad, para que el Derecho penal consiga perseguir mejor a los fines de dicha política, justamente por ser una política (y no, una ciencia) o ciencia del deber-ser. La delimitación de estos dos ámbitos debe estar muy clara para que puedan realizarse los estudios de esta parte del trabajo con un mínimo de rigor metodológico.

Si definimos el Derecho penal como ciencia, se debe admitir que es una ciencia humana, creada para observar la conducta humana en sociedad. Por eso se tiene que ver el Derecho penal como una ciencia social, razón por la cual las investigaciones hechas en su ámbito – para que sean metodológicamente válidas – deben utilizar un método típico de las ciencias sociales. Donini observa que:

“El anclaje de la ciencia en los "principios" (y no sólo en las categorías sistemáticas o en las normas ordinarias), exalta su vocación crítica, y no meramente «sistematizadora», amplía el horizonte de su objeto a la política criminal e, incluso, a la realidad que la política pretende gobernar. Ya no basta la autoridad del consenso de estudiosos o jueces que sean "expertos en normas" o "expertos en valores": su experiencia deberá medirse con conocimientos que puedan verificarse y ser controlados por laicos, ya que el Derecho penal - sin renunciar a los valores - es un instrumento político, no de

⁴¹¹ MATURANA, Humberto, en: EISLER, Riane. *El cáliz y la espada*, op. cit., p. xiv.

pura reafirmación de los propios valores, sino de un programa que mira a la propia realidad social y humana que se regula, al *output* extrasistémico de su intervención. El Derecho penal tiene ciertamente una función simbólica (de reafirmación de valores en la conciencia colectiva).”⁴¹²

El método es una forma por la cual uno observa la realidad, a través de un procedimiento para tratar un conjunto de problemas⁴¹³. El método sociológico adoptado para la observación de la realidad social en esta parte del trabajo es el método sistémico-funcional.

Los orígenes de este método están en la obra de Émile Durkheim, padre del funcionalismo, de acuerdo con él: “*un hecho social queda explicado cuando se comprende la función que cumple de cara a la cohesión del grupo*”⁴¹⁴. En su libro *Las reglas del método sociológico*, establece que los hechos sociales deben ser científicamente considerados como cosas⁴¹⁵, que sus causas deben ser buscadas en los hechos sociales precedentes⁴¹⁶, y que su función debe ser buscada siempre en la relación que mantiene con algún fin social⁴¹⁷, como una forma de racionalidad y teleología sociales. Gómez informa que:

“En cualquier caso, para Durkheim, la explicación de los hechos sociológicos debía formularse con términos causales de antecedentes sociológicos. Pero no toda explicación se reduce a esta fórmula. Ya que no basta comprobar causalmente el origen del hecho. Es necesario para su total explicación dar cuenta de la razón por la cual los hechos permanecen. Tal razón debe buscarse en la función social que desempeñan en relación con algún fin social. Admitió, pues, la existencia de una teleología social desde la cual se hacen inteligibles y explicables funcionalmente los hechos sociales.”⁴¹⁸

La evolución de esta forma de ver la sociedad – hacia las formas estructurales complejas – puede ser observada en el resultado de las críticas hechas a ella. Identificamos que la razón

⁴¹² DONINI, Massimo. *El Derecho penal frente a los desafíos de la modernidad*. Estudios de Derecho penal, *op. cit.*, p. 296.

⁴¹³ BUNGE, Mario. *La investigación científica*. Su estrategia y su filosofía, Barcelona, Ariel, 1986, p. 24.

⁴¹⁴ CASTRO NOGUEIRA, Luis; CASTRO NOGUEIRA, Miguel Ángel; MORALES NAVARRO, Julian. *Metodología de las Ciencias Sociales*. Una introducción crítica, Madrid, Tecnos, 2ª ed., 2008, p.79.

⁴¹⁵ DURKHEIM, Émile. *Las reglas del método sociológico y otros escritos sobre filosofía de las ciencias sociales* Madrid, Alianza, 2000, p.69

⁴¹⁶ DURKHEIM, Émile. *Las reglas del método sociológico y otros escritos sobre filosofía de las ciencias sociales*, *op. cit.*, p. 170.

⁴¹⁷ DURKHEIM, Émile. *Las reglas del método sociológico y otros escritos sobre filosofía de las ciencias sociales*, *op. cit.*, *ibidem*.

⁴¹⁸ GÓMEZ RODRÍGUEZ, Amparo. *Filosofía y Metodología de las Ciencias Sociales*, Madrid: Alianza, 2003, p. 43.

analítica durkheimiana (basada en datos estadísticos) se equivoca por tratar de construir lo complejo desde elementos simples. El empirismo durkheimiano – como base del conocimiento científico – se decanta a favor de la abstracción y la formalización de las relaciones internas a las estructuras⁴¹⁹.

La razón estructural, en cambio, está bien al centrarse en los modelos y las estructuras, porque no pasa del simple a lo complejo ni de este al lo simple, pero establece modelos teóricos más coherentes en el ámbito puramente complejo de la superestructura, sustituyendo una complejidad menos inteligible (con respecto al intercambio de informaciones directamente entre personas) por una complejidad más inteligible⁴²⁰ (es decir, de intercambio de informaciones desde la forma establecida por la estructura, entre sus componentes).

Bajo tales presupuestos nace el estructural funcionalismo, modelo teórico que da origen al método elegido en esta parte de la investigación, y tiene como postulados generales las ideas de que todo significado depende de las relaciones estructurales internas a los sistemas y las condiciones formales que las determinan. Estas estructuras tienen autonomía semántica y para ellas el sujeto se pone en lugar anónimo (secundariamente remitido) en el juego de significados objetivos de la semiótica social. Su inteligibilidad es identificada en la aprehensión de la estructura como unidad compleja⁴²¹. Sobre dicho modelo de observación de la realidad se debe tener en cuenta que:

“Al centrarse sobre los caracteres positivos de la idea de estructura, se encuentran al menos dos aspectos comunes a todos los estructuralismos. De una parte, un ideal o esperanza de inteligibilidad intrínseca, fundada sobre el postulado de que una estructura se basta a sí misma y no requiere, para ser captada, el recurso a elementos extraños a su naturaleza; de otra parte, realizaciones en la medida en que se han llegado a alcanzar efectivamente ciertos caracteres generales y aparentemente necesarios que ellas presentan pese a su variedad.”⁴²²

A partir de estos presupuestos epistemológicos de las ciencias sociales, fue elaborada la teoría de los sistemas sociales, de origen claramente estructural-funcionalista. El punto de partida

⁴¹⁹ GÓMEZ RODRÍGUEZ, Amparo. *Filosofía y Metodología de las Ciencias Sociales*, op. cit., p. 43.

⁴²⁰ GÓMEZ RODRÍGUEZ, Amparo. *Filosofía y Metodología de las Ciencias Sociales*, op. cit., p. 73.

⁴²¹ GÓMEZ RODRÍGUEZ, Amparo. *Filosofía y Metodología de las Ciencias Sociales*, op. cit., p. 73.

⁴²² PIAGET, Jean. *El Estructuralismo*, Buenos Aires, Proteo, 1968, p. 6.

metodológico de esta teoría es el concepto de comunicación, la única operación capaz de basar lo social de manera autónoma⁴²³, en contraposición al concepto de acción social de Webber⁴²⁴, seguido por Habermas⁴²⁵.

La comunicación se produce en el ámbito del sistema social, de acuerdo con un código binario específico e identificable en cada tipo de subsistema social. Tales sistemas son cognitivamente abiertos, porque están sometidos a cambios originados por informaciones exteriores a él, pero operativamente cerrados, porque establecen su propia forma de funcionar y captar las informaciones del ambiente/entorno, reglando los mecanismos de *input* (entrada) y *output* (salida) de informaciones.

La forma sistémica de observación de la realidad implica observar las informaciones del mundo como comunicaciones insertadas en un sistema o fuera de él. Las informaciones insertadas se encuentran identificadas con el código binario correspondiente, y determinan la forma de funcionar del respectivo sistema. Sin embargo, las informaciones no insertadas en él, aunque no determinantes de su funcionalidad, pueden influenciar su funcionamiento desde que se ponga en marcha el procedimiento propio de apertura cognitiva.

En este procedimiento, el sistema se abre, recibe una determinada información no identificada con su código binario y la transforma en algo inteligible para él, de acuerdo con sus propios mecanismos de atribución de sentido.

Observar la realidad social como un ente complejo, sometido a incontables variables y susceptible a innumerables variaciones, ubicando los datos en un sistema o en su torno, sistema este que posee sus propios mecanismos de producción y reproducción de conceptos y sentidos es, en resumen, el método funcional-sistémico, elegido en esta parte de la investigación. Acerca del tema, informa Luhmann:

⁴²³ LUHMANN, Niklas. *Introducción a la teoría de sistemas*, México D. F., Anthropos, 1996, p.17.

⁴²⁴ Weber define a la acción social como cualquier tipo de proceder humano que significativamente “se orienta por las acciones de otros, las cuáles pueden ser presentes o esperadas como futuras.” WEBER, Max. *Economía y Sociedad*, México D. F., Fondo de Cultura Económica, 1944, p. 16.

⁴²⁵ “Al actuar comunicativamente los sujetos se entienden siempre en el horizonte de un mundo de la vida. Su mundo de la vida está formado de convicciones de fondo, más o menos difusas, pero siempre aproblemáticas. El mundo de la vida, en tanto que trasfondo, es la fuente de donde se obtienen las definiciones de la situación que los implicados presuponen como aproblemáticas.” HABERMAS, Jürgen. *Teoría de la acción comunicativa*. Vol.1: Racionalidad de la acción y racionalización social. Madrid, Taurus, 1987, p. 84.

“Como en toda elección de método, en toda epistemología, existen claras afinidades con determinadas disposiciones conceptuales de la teoría. El análisis funcional utiliza relaciones con la finalidad de abarcar lo existente como contingente y lo diverso como comparable. (...) La fecundidad del método funcional y el valor explicativo de sus resultados dependen de cómo pueda especificarse la relación entre problema y posible solución del problema. La específica prestación teórica, que prepara la utilización del análisis funcional, consiste en la construcción del problema.”⁴²⁶

4.1.1 La razón de la elección del método de esta parte de la investigación.

Aquí es necesario aclarar las razones por las cuales se eligió dicha metodología. Centraremos el análisis en dos metodologías adaptables al objeto en cuestión. La posible primera elección epistemológica es la metodología funcionalista elegida, y la segunda es la teoría de la acción social, formulada por Max Webber⁴²⁷, que tiene como herederos intelectuales conocidos pesadores de la sociedad y del Derecho, tales como Jüger Habermas⁴²⁸.

La teoría de la acción social, de origen webberiana, identifica en las acciones de los individuos una carga psicológica, ligada a una concepción tradicional de sujeto, con sus componentes de intencionalidad, axiología, finalidad, *et caetera*, que impiden o dificultan, en general, observar los hechos sociales como tales, razón por la cual no fue elegida como premisa, ni su método de observación de la realidad será adoptado.⁴²⁹

Otro inconveniente de dicha teoría es la utilización de una dicotomía ya superada en las epistemologías contemporáneas, que se basa en la distinción cartesiana entre sujeto y objeto. El sujeto también es objeto de análisis, desde diversos puntos de vista, y sus características también influyen la forma por la cual él observa el objeto, y por eso, la investigación nunca puede alcanzar la neutralidad pretendida a través de dicha dicotomía. Es lo que informa Boaventura de Sousa Santos:

⁴²⁶ LUHMANN, Niklas. *Soziale Systeme*. Grundriß einer allgemeinen Theorie, Frankfurt, Suhrkamp, 1984, pp. 82 y ss.

⁴²⁷ WEBER, Max. *Economía y Sociedad*, México D. F., Fondo de Cultura Económica, 1944, p. 16.

⁴²⁸ HABERMAS, Jürgen. *Teoría de la acción comunicativa*. Vol.1: Racionalidad de la acción y racionalización social. Madrid, Taurus, 1987, p. 84.

⁴²⁹ Véase: IZUZQUIZA, Ignacio. *La sociedad sin hombres*, Niklas Luhmann o la teoría como escándalo, Barcelona, Anthropos, 1990, p. 146.

“La lógica binaria inherente al modo científico de reflexionar presenta una construcción de mundo que estructura profundamente las representaciones del conocimiento en los contextos donde se lo producen. Esta forma de concebir el saber es producto del modelo Cartesiano que divide el mundo entre sujeto que sabe y el objeto que va ser estudiado. En este contexto, todos los conocimientos son socialmente contruidos – es decir, ellos son el resultado de prácticas socialmente organizadas que implica la utilización de recursos materiales e intelectuales de diferentes tipos, vinculados a contextos e situaciones específicos. Como consecuencia, el enfoque del análisis debe estar centrado en los procesos que legitiman la jerarquización del conocimiento y del poder entre el conocimiento local-tradicional y el conocimiento mundial-científico.”⁴³⁰

Sin embargo, la propuesta epistemológica de Luhmann es otra. Se busca tener en cuenta el todo, la red compleja de relaciones entre los elementos analizados desde un punto de vista dinámico, no estático. Moeller informa que:

“Al revés de lo que hace Descartes, Luhmann considera la mente y el cuerpo no cómo sustancias, sino como sistemas. El uso del término “sistema” informa un cambio de una perspectiva ontológica para una perspectiva funcional. Sistemas son procesos, no cosas estáticas. La tríade sistémica de Luhmann se preocupa con operaciones, no con lo que es la esencia de las cosas. Un sistema es una entidad funcional que es operacionalmente diferente de, y diferenciable de, otros sistemas. Es decir, eso es una secuencia de eventos que conectan uno a otro, que se acompañan diaconalmente, sincrónicamente, o de las dos formas.”⁴³¹

⁴³⁰ SANTOS, Boaventura de Sousa; MENESES, Maria Paula G.; NUNES, João Arriscado. Introdução: para ampliar o cânone da ciência: diversidade epistemológica do mundo. In: SANTOS, Boaventura de Sousa (org.). *Semear outras soluções: os caminhos da biodiversidade e dos conhecimentos rivais*. Rio de Janeiro, Civilização Brasileira, 2005. (Reinventar a emancipação social para novos manifestos; vol. 4). p. 21-121, p. 35. Texto original: “A lógica binária subjacente ao modo científico de reflectir apresenta uma construção do mundo que estrutura profundamente as representações do conhecimento nos contextos onde este é produzido. Esta forma de conceber o saber é fruto do modelo Cartesiano que divide o mundo entre o sujeito que sabe e o objecto que vai ser estudado. Nesta perspectiva, todos os conhecimentos são socialmente contruidos – isto é, eles são o resultado de práticas socialmente organizadas envolvendo a mobilização de recursos materiais e intelectuais de diferentes tipos, vinculadas a contextos e situações específicos. Como consequência, o enfoque da análise deve estar centrado nos processos que legitiman a hierarquização do saber e do poder entre o conhecimento local-tradicional e o conhecimento global-científico.”

⁴³¹ MOELLER, Hans Georg. *The Radical Luhmann*, New York, Columbia University Press, 2012, p. 56. Texto original: “Unlike Descartes, Luhmann considers the mind and body not substances but systems. The use of the term “system” already denotes a shift from an ontological to a functional perspective. Systems are processes, not static things. Luhmann’s systemic triadism is concerned with operations, and not with the what essentiality is. A system is a functional entity that is operationally distinct from and so distinguishable from other systems. It is, so to speak, a sequence of events that connect with one another, that is, that go along with one another diachronically, synchronically, or both.”

Las nuevas epistemologías de carácter complejo, como la cibernética y la teoría de los sistemas comprenden la realidad de otra forma, como relación compleja (con varios elementos y relaciones de varias características), y no como relación simple entre sujeto y objeto, lo que permite una mejor comprensión de la realidad, sin implicar en desconsideración de importantes elementos de las epistemologías clásicas, y no se creen imparciales o detentoras de un saber total no interdisciplinario.

La neutralidad de las ciencias – su antiguo instrumento de validación más precioso, justamente por supuestamente garantizar neutralidad de las observaciones – que ya no más se sostiene desde el final del siglo pasado, se fundaba básicamente en la posibilidad de asilamiento del objeto, en relación con el sujeto. La siguiente cita informa lo mismo:

“El mundo científico nada tiene de ideal, no es una tierra de inocencia, libre de todo conflicto e sometida sólo a la ley de la verdad universal, es decir, de una verdad experimentable y verificable en toda parte, a través del respeto a los procedimientos de rigor y a los protocolos de la experimentación. Como si fuera posible que el científico pudiera detener una verdad que, una vez coherente con el método, estaría exenta de discusión, y como si fuera posible que dicha verdad pudiera guardar para siempre el imagen de un individuo siempre íntegro y riguroso, jamás sujeto a las incoherencias de las pasiones.”⁴³²

Así pues, se ha elegido la teoría de los sistemas sociales para explicación de la realidad, objeto de la investigación porque se cree que ella permite observar de forma más completa y detallada dicha realidad en la cual se encuentra el objeto y las relaciones que él mantiene con su entorno.

Dicho método permite tener una comprensión mejor del objeto desde varias perspectivas, como las propuestas por Luhmann, de investigación desde la posición de observador de primera orden (observar el objeto directamente), y desde la posición de observador de segunda orden (observador que observa la observación del objeto), y en algunos casos, de observador de tercera orden.

⁴³² JAPIASSU, Hilton. *O mito da neutralidade científica*. Rio de Janeiro, Imago Editora, 1975, p. 116. Texto original: “*O mundo científico nada tem de ideal, não é uma terra de inocência, livre de todo conflito e submetida apenas à lei da verdade universal, isto é, de uma verdade testável e verificável em toda parte, através do respeito aos procedimentos de rigor e aos protocolos da experimentação. Como se o cientista pudesse ser o detentor de uma verdade que, uma vez formulada em sua coerência, estaria isenta da discussão; e como se ela pudesse guardar para sempre a imagem de um indivíduo sempre íntegro e rigoroso, jamais sujeito à incoerência das paixões.*”

4.1.2 Delimitación objeto de la parte estructural-funcionalista.

En esta parte de la investigación se va a abordar los fundamentos sociológicos del Derecho penal del Enemigo y su significado para la Teoría de los Sistemas Sociales. No se estudiarán los trabajos que realizan críticas al Derecho penal del Enemigo, basadas en otras teorías, científicas o no, populares en el ámbito del Derecho penal⁴³³. Esto se analiza en un momento oportuno en este trabajo, cuando algunas de estas críticas serán estudiadas y explicadas.

Así pues, en el momento oportuno, conforme se ha informado, se hará una breve exposición de algunos de los principales puntos de conflicto de la teoría objeto de investigación desde el punto de vista del Derecho y algunos de sus investigadores.

Eso refleja un compromiso metodológico y epistemológico serio, que debe ser respetado. Sin embargo, las críticas al paradigma funcionalista sociológico, a la teoría de sistemas sociales, y a las teorías del consenso social serán investigadas⁴³⁴, en la medida en que se estudiará los temas a ellas relativos, aunque no sean el objeto principal de esta parte de la investigación.

En esta parte tampoco se investigará sistemáticamente las normas nacionales o internacionales desde un punto de vista hermenéutico, con el objetivo de identificar si se basan o no en valores típicos del Derecho penal del Enemigo, porque el método utilizado en este momento no es el método dogmático⁴³⁵. Dichas normas sólo serán utilizadas puntualmente, con el fin de ejemplificar alguna característica específica del objeto de la investigación, hasta el momento de una real inmersión a un sentido jurídico del tema, lo que será realizado en las últimas partes de este trabajo.

⁴³³ Por ejemplo, véase: FERRAJOLI, Luigi. "Il "diritto penale del nemico" e la dissoluzione del diritto penale." *Panóptica*, Vitória, año 2, n. 10, nov. 2007 – fev. 2008.

⁴³⁴ Como en los siguientes trabajos científicos: GIDDENS, Anthony. "Funcionalismo, après la lutte." En: GIDDENS, Anthony, *En defensa de la sociología*, Madrid, Alianza, 2000, y REX, John. *Problemas fundamentales de la teoría sociológica*, Buenos Aires, Amorrortu, 1985.

⁴³⁵ Como ocurrió en estas investigaciones: BINDING, Karl, *Die Normen und ihre Übertretung*, 4ª ed., Leipzig, Felix Meiner, 1922, y IHERING, Rudolf von. *La dogmática jurídica*, Buenos Aires, Editorial Losada, 1946. "Cuando se critica el derecho vigente, o cuando se habla de criminología se dice que ésta (y las ciencias sociales) son necesarias, pero no se hace lo mismo cuando se entra *in medias res* en el Derecho penal para comentarlo o sistematizarlo." En: DONINI, Massimo. *El Derecho penal frente a los desafíos de la modernidad*. Estudios de Derecho penal, *op. cit.*, 2010, p. 263.

Tampoco se investigará, con profundidad, la jurisprudencia de los tribunales, porque ésta no tiene carácter científico, siendo cierto que se constituye sólo en un resultado de la técnica del Derecho, de la opinión de los jueces, que no pueden ser tratadas con el rigor que el método científico elegido requiere.

Además, se advierte que toda la fundamentación de origen sociológica, política o criminológica, de un posible Derecho penal del enemigo, tiene aplicación directa e inmediata a un Derecho penal de lucha – categorías cuya diferenciación se hará a lo largo de este trabajo – porque ambos son fenómenos típicos de la sociedad actual y tienen por finalidad la reducción o la gerencia de riesgos, comprendidos estos como fenómenos sociales que tienen importancia central para comprender el momento actual de nuestras sociedades⁴³⁶.

4.2 Comprendiendo los presupuestos de la teoría de sistemas estructuralista funcional de Niklas Luhmann.

La primera cuestión que hay que hacer en esta parte del trabajo es derribar prejuicios, abundantes en relación con la teoría de los sistemas sociales de Luhmann. La primera cuestión que en general se escucha acerca de teorías como la citada – estructuralistas y posestructuralistas – es que, en virtud de tener como presupuesto que la sociedad no se constituye de hombres, ellas conducen a la propia destrucción de ser humano, como en la siguiente cita:

“Si meditamos, por un momento, sobre todo lo anterior, –un mundo de significantes estructurado formalmente; un mundo flotante que compone una estructura ensimismada, más allá de las realidades objetivas y subjetivas y que parece poder presidir la historia–, no es difícil aventurar que, más pronto que tarde, el nuevo paradigma de la lingüística estructural terminaría por destronar definitivamente el sujeto de la modernidad ilustrada en todas sus variantes. Se denomina, precisamente, estructuralismo a ese extraordinario movimiento cuya vocación última no es otra (en palabras del gran antropólogo Lévi-Strauss) que *disolver al hombre*.”⁴³⁷ “El pensamiento sistémico de Luhmann no es más que otra larvada metafísica del espíritu objetivo

⁴³⁶ “Entende Jakobs que o ponto de partida da teoria funcional não toma nenhum conteúdo de antemão como sendo basilar, razão pela qual seria um ponto de partida neutro.” CHAMON, Lúcio. *Do Giro Finalista ao Funcionalismo Penal*. Porto Alegre: Safe, 2004. p. 76.

⁴³⁷ CASTRO NOGUEIRA, Luis; CASTRO NOGUEIRA, Miguel Ángel; MORALES NAVARRO, Julian. *Metodología de las Ciencias Sociales, op. cit.*, p. 621.

en la que el sujeto se disuelve en para de las redes *autopoiéticas* de comunicación que lubrican, modulan y ontologizan el funcionamiento de la sociedad.”⁴³⁸

Pero eso no es verdad. La propuesta del estructuralismo y del funcionalismo no es la disolución del hombre, sino explicar mejor su condición en la sociedad posmoderna. Se reconoce que, a través de las teorías clásicas de explicación de la sociedad, que ven la sociedad como un conjunto de personas que practica acciones sociales, no es posible comprender toda la complejidad de los fenómenos sociales ni todos sus importantes detalles, esenciales para la real comprensión de la sociedad y su funcionamiento. En las palabras de uno de los estudiosos actuales que mejor comprenden la teoría de Luhmann, Hans-Georg Moeller:

“La teoría de los sistemas sociales de Niklas Luhmann es perturbadora para muchos, e irritante para algunos. En una sociedad en la cual se pone mucha énfasis en lo individual y que define a sí misma como “civil”, la indicación básica de Luhmann de que, de hecho, la sociedad no se constituye de seres humanos puede ser vista como chocante, contraria al sentido común, o como absurda. (...) Sí, la teoría de los sistemas sociales niega al ser humano un papel central en la sociedad, pero no por una falta de respeto a los seres humanos y sus cuerpos, sus sentimientos, sus derechos, y sus valores. Eso ocurre más en virtud de la idea de que el ser humano es, en realidad, un conjunto tan complejo que no puede ser adecuadamente comprendido en los términos de un simple concepto. La realidad humana es tan compleja que no puede ser subsumida bajo el simple concepto de “ser humano”. La teoría de Luhmann debería ser interpretada, yo creo, no como una negación de la experiencia humana, sino como un intento de resolver y hacer justicia a la extrema multiplicidad, o puesto de forma más dramática, resolver ya hacer justicia a las divisiones existenciales de estas experiencias.”⁴³⁹

⁴³⁸ CASTRO NOGUEIRA, Luis; CASTRO NOGUEIRA, Miguel Ángel; MORALES NAVARRO, Julian. *Metodología de las Ciencias Sociales*, op. cit., p. 654.

⁴³⁹ MOELLER, Hans-Georg. *Luhmann Explained*. From Souls to Systems. Peru, Open Court Publishing Company, 2006, p. ix. Texto original: “*Niklas Luhmann’s theory of social systems is discomfoting to many and irritating to some. In a society that puts so much emphasis on the individual and defines itself as “civil”, Luhmann’s basic claim that, in fact, society does not consists of human beings can be seeing as shocking, as going against common sense, or as absurd. (...) Yes, social systems denies the human being a central role in society, but this is not because of a lack of respect for humans their bodies, their feelings, their rights, and their values. It is rather because of the insight that the human being is, in reality, such a complex assemblage that it cannot be adequately understood in terms of a single concept. Human reality is too complex to be subsumed under the single heading of “human being”. Luhmann’s theory should be read, I believe, not as a denial of human experience, but as an attempt to sort out and do justice to the extreme multiplicity, or, to put it more dramatically, the existential divisions of such experiences.*”

Así pues, está puesta la premisa fundamental de la teoría de los sistemas sociales: a través de las teorías humanistas precedentes, que tienen por base el ser humano o un grupo de seres humanos, no se puede más analizar exitosamente la sociedad actual⁴⁴⁰.

La tradición filosófica europea siempre definió la sociedad como un conjunto de individuos. Sin embargo, se puede ver la sociedad actual de otro modo. Los actos de comprar alguna cosa por internet, invertir en el mercado de capitales o actuar en una novela de televisión se constituyen mucho menos en formas de tomar parte en la vida en sociedad que en formas de realizar eventos funcionales en el sistema de la economía (los dos primeros) o en el sistema de los medios de comunicación masiva (el tercero).

Cuando se compra algo o cuando se vota en elecciones, lo esencial de estas acciones no es el votante o el comprador, sino el dinero, para el sistema económico, y el voto para el sistema político. En este contexto, para dichos sistemas lo que tiene sentido no es la persona, sino la comunicación que expresa el voto o el dinero. Moeller informa que:

“En oposición el intento de la vieja tradición europea de describir la sociedad basándose en sus miembros (es decir, un grupo de personas o una comunidad), la teoría de sistemas intenta describir la sociedad basándose en sus eventos: se mira a lo que realmente ocurre. Cuando alguien compra un chocolate o estoque, eso es comprendido como una comunicación en el sistema económico; cuando alguien asiste televisión, eso es comprendido como una comunicación en el sistema de los medios de comunicación masiva, cuando alguien vota y el voto es llevado en cuenta, eso es comprendido como comunicación en el sistema de la política. Esos ejemplos demuestran que las comunicaciones no están restringidas al lenguaje verbal, a menudo se puede comunicarse igualmente bien, a través de dinero o cédulas de votación.”⁴⁴¹

⁴⁴⁰ MOELLER, Hans-Georg. *Luhmann Explained*. From Souls to Systems, *op. cit.*, p. 5.

⁴⁴¹ MOELLER, Hans-Georg. *Luhmann Explained*. From Souls to Systems, *op. cit.*, p. 6. Texto original: “As opposed to the traditional Old European attempt to describe the society on the basis of its members (that is: a group of people or a community), systems theory tries to describe society on the basis of its events: it looks at what actually happens. When someone buys a chocolate bar or stock, this is understood as economic communication; when someone watches TV, this is understood as mass media communication; when a vote is cast and counted, this is understood as political communication. These examples already shows that communications are not restricted to language, often one can communicate equally well, for instance, with money or ballots.”

Lo que Moeller quiere decir es que no es más posible concebir fenómenos complejos como la comunicación masiva y el sistema económico a través de teorías que explican la sociedad como suma de los sujetos o como la interacción entre ellos.

Ahora probablemente se podría preguntar: ¿Cómo se concibe el sujeto en este tipo de teoría? La persona no es concebida más como la dualidad cartesiana entre mente y cuerpo. La observación de la realidad humana condujo a la conclusión de que hay, por lo menos, tres tipos de sistemas que interesan a la sociología: los sistemas psíquicos, los sistemas biológicos y los sistemas sociales. Hay otros sistemas que no son de interés de la sociología, como los sistemas cibernéticos y las máquinas.

Sobre la relación entre los tres tipos de sistema antes mencionada, se puede decir que la individualidad es identificada en cada uno de estos tres tipos de sistemas individuales, como una trinidad. La persona nace con un cuerpo individual, y por eso, es identificada como un sistema biológico. La persona tiene psique, es decir, tiene una mente individual, y por eso, es identificada también como un sistema psíquico. Por fin, la persona realiza eventos comunicativos en varios sistemas sociales, y por eso, su condición es identificada también como presente en los sistemas sociales.

Lo esencial para esta teoría es lo siguiente: el ser humano sólo existe para el sistema social como emisor de una comunicación. Es decir, los sistemas sociales no captan la existencia del ser humano como entidad física. El sistema de la economía no reconoce el ser humano, sino eventos de lucro o perjuicio. El sistema de la ciencia no reconoce el ser humano, sino las comunicaciones que contienen la información de falso o verdadero. El sistema de la política no reconoce el ser humano, sino trabaja bajo decisiones que reconocen mayoría o minoría. El sistema de la religión no reconoce el ser humano, sino comunicaciones calificadas como trascendentes o inmanentes. El sistema de la salud tampoco reconoce el ser humano, sino reconoce ciertas comunicaciones como saludables o no saludables (manutención/destrucción de la vida).

El sistema del derecho no reconoce el ser humano, de hecho. Aunque una Constitución diga que el ser humano y su dignidad son los valores supremos y absolutos de la sociedad, el derecho no percibe el ser humano como ser ontológico. El único tipo de comunicación que el

Derecho puede identificar son las comunicaciones que él califica como lícitas o ilícitas. Es decir, en relación con dicha disposición constitucional, bajo sus propias reglas como sistema social, el derecho identifica como ilícita ciertas vulneraciones del valor dignidad humana para el sistema del derecho, como por ejemplo, el homicidio, sin embargo considera como lícitas otras vulneraciones, como la muerte realizada en legítima defensa, o la eutanasia, en algunos países.

En este contexto, el valor constitucional dignidad sirve de baremo para identificar, bajo las reglas propias del sistema del Derecho, algunas comunicaciones como lícitas o ilícitas, pero dicho valor no sirve de fuente para poner en el sistema del derecho el ser humano ontológicamente considerado, porque dicho ser no existe en el plan del lenguaje comunicativo del sistema. El ser humano simplemente existe, no es lícito ni ilícito, y por eso, no encaja en el lenguaje en cuestión.

El ser humano como entidad existente dotada de un cuerpo en el tiempo, *da-sein* de Heidegger⁴⁴², no tiene sentido para los sistemas sociales porque su mera existencia no se encaja en la forma de comunicar de los sistemas sociales. Su existencia como ente orgánico tiene sentido como sistema biológico, su existencia como una personalidad tiene sentido como un sistema psíquico, pero dicha existencia no tienen sentido en los sistemas sociales. Sobre esta cuestión, el profesor García Amado observa que:

“Lo anterior no significa que la sociedad pudiera existir si no existieran individuos, en su doble dimensión, biológica y psicológica. Éstos son un presupuesto necesario. Lo único que ocurre es que no forman parte, como tales, de la autorreferencialidad del sistema. Los individuos no forman parte de los sistemas sociales, sino de su medio, de su *Umwelt*. Ningún individuo pertenece por completo, como identidad total, a un sistema. Cada sistema funcional abarca bajo su perspectiva a todos los individuos, pero no en su integridad, sino sólo en la dimensión de su existencia que importa para cada sistema. Puntualiza Luhmann que esto no significa restarle importancia a los hombres para la sociedad. Para que puedan existir la sociedad y sus subsistemas la existencia del medio respectivo es tan importante como

⁴⁴²“La realidad primaria, donde el ser se capta con su sentido original, es lo que Heidegger llama el «Dasein». «Dasein» es una palabra alemana que, por difícilmente traducible, se suele transcribir en todos los idiomas. Significa «ser-ahí», y, en definitiva, se refiere al hombre como «arrojado a la existencia», ser que existe en el mundo y actúa sobre las cosas, que tienen, ante todo, el sentido de instrumentos del Dasein. La filosofía, según Heidegger, no puede ser más que una analítica e interpretación del Dasein.” GAMBRA, Refael. *Historia sencilla de la Filosofía*, 21ª edición, Rialp, Madrid, 1996, p. 227.

la de los propios elementos del sistema. Los sistemas no existen en el vacío.”⁴⁴³

En los sistemas sociales sólo existen comunicaciones, no seres humanos. Así pues, podría preguntarse: ¿un ser humano en estado de coma profundo, que no es capaz de emitir ninguna comunicación, todavía existe en el sistema social? La respuesta es obviamente sí, como cualquier otro ser humano. Él continúa existiendo como comunicación. Para el sistema del derecho, ciertas violaciones a su dignidad continúan siendo ilícitas, por ejemplo. Si él paga de forma fraccionada la hipoteca de su vivienda, con domiciliación bancaria, el cobro o no de las prestaciones son comunicaciones en el sistema de la economía. La emisión de comunicaciones no depende del estado de conciencia del individuo. Moeller indica que:

“Las nociones humanistas tradicionales son muy simples para explicar la complejidad de la realidad – eso es la razón por la cual debe haber una nueva teoría. De acuerdo con lo explicado en el primer capítulo de este libro, Luhmann reemplaza la noción de un ser humano singular e integrado por la asunción de por lo menos tres reinos autopoieticos: el cuerpo, la mente, y la comunicación. “Nosotros” somos un conjunto complejo de funciones corporales, operaciones psíquicas, y eventos sociales.”⁴⁴⁴

La concepción de ser humano no puede ser reducida, como establece la tradición filosófica europea, a la conjunción de mente y cuerpo, porque las relaciones sociales a las cuales el ser humano está expuesto en nuestra sociedad son muy complejas y necesitan ser observadas de la forma más amplia posible si se las desea investigar con mayor profundidad. Así pues, a continuación se explicará como la concepción clásica de ser humano puede dificultar el entendimiento más profundizado de su condición, a través del estudio parte de las teorías sociológicas clásicas, pero desde ahora se puede puntualizar una de las ventajas de observar la realidad a través de una visión sistémica funcional, conforme lo hizo el profesor García Amado, de la siguiente forma:

⁴⁴³ GARCÍA AMADO, Juan Antonio. “¿Dogmática penal sistémica? Sobre la influencia de Luhmann en la teoría penal”, en: *Doxa – Cuadernos de filosofía del Derecho*, Alicante, 2000, n.º 23, pp. 233-264, p. 250.

⁴⁴⁴ MOELLER, Hans-Georg. *Luhmann Explained*. From Souls to Systems, *op. cit.*, p. 80. Texto original: “Traditional humanist notions are too simple to explain the complexity of the reality – this is why there needs to be a new theory. As discussed in the first chapter of this book, Luhmann replaces the notion of a singular and integrated human being with the assumption of at least three autopoietic systemic realms: body, consciousness and communication. “We” are a complex assembly of body functions, psychic operations, and social performances.”

“La noción de sujeto individual que subyace a las anteriores apreciaciones es la del sujeto como conciencia individual pensante, que arranca de Descartes y se erige en distintivo de la edad moderna. Es de este sujeto del que niega Luhmann su pertenencia a los sistemas sociales. Es más, semejante concepción moderna del sujeto tendría su razón de ser en el proceso de decantación de los (sub)sistemas sociales como sistemas funcionales, sería uno de sus presupuestos. Antes, cada sujeto formaba parte de un sistema social único, segmentado primero, estratificado después, del que recibía su identidad como consecuencia de su posición en él. La identidad individual de la persona coincidía con su identidad social. Esto desaparece con los modernos sistemas funcionales. En una sociedad que se estructura sobre la base de las relaciones entre sistemas, y no de las relaciones entre individuos, cada persona ha de poseer acceso a todos los sistemas sociales y no a uno solo de ellos, «ya no puede seguir siendo radicada permanentemente en un subsistema de la sociedad y sólo en uno». La misma persona, cada persona, funcionará como sujeto de derechos, consumidor, participe en política, fiel de una religión, etc.”⁴⁴⁵

4.2.1 Los orígenes de la teoría estructural funcionalista de Niklas Luhmann.

De los clásicos fundadores de la sociología después de Comte, Durkheim, Marx, Webber, Simmel y Durkheim es el autor que ha firmado las bases de los desarrollos teóricos llamados de estructural funcionalismo, como se puede identificar, por ejemplo, en los trabajos de Merton⁴⁴⁶, Parsons⁴⁴⁷ y Radcliffe-Brown⁴⁴⁸. De estos, se sabe que lo que más influyó en la obra de Luhmann fue Talcott Parsons, aunque su teoría sistémica no sea estrictamente estructural funcionalista⁴⁴⁹. En este contexto, es necesario comprender algunos postulados de Durkheim y Parsons, para comprender correctamente los orígenes de la teoría luhmanniana y sus influencias en ella. Acerca de los orígenes de las teorías que influenciaron su trabajo, Luhmann informa que:

El punto de partida del funcionalismo estructural arranca de los estímulos de estudios etnológicos y social antropológicos que se llevaron a cabo con tribus o clanes que habían quedado aislados del desarrollo universal. Estas disciplinas lo que pretendían era

⁴⁴⁵ GARCÍA AMADO, Juan Antonio. “¿Dogmática penal sistémica? Sobre la influencia de Luhmann en la teoría penal”, en: *Doxa – Cuadernos de filosofía del Derecho*, Alicante, 2000, n.º 23, pp. 233-264, p. 250-251.

⁴⁴⁶ MERTON KING, Robert. *Social Theory and Social Structure*. New York: The Free Press, 1949.

⁴⁴⁷ PARSONS, Talcott. *The Social System*. Glencoe, IL: Free Press. 1951.

⁴⁴⁸ RADCLIFFE-BROWN, Alfred Reginald. “Functionalism: A Protest”, *American Anthropologist*, n. 51(2), 1949, pp. 320-321, y RADCLIFFE-BROWN, Alfred Reginald. “On Social Structure”. *Journal of the Royal Anthropological Institute of Great Britain and Ireland*, n. 70(1), 1940. p. 3.

⁴⁴⁹ LUHMANN, Niklas. *Introducción a la teoría de sistemas*, México D. F., Anthropos, 1996, p. 28

aprehender, mediante observación metodizada, las estructuras originales de la sociedad.⁴⁵⁰

4.2.1.1 Durkheim: las formas de organización y la idea de función.

Émile Durkheim fue un sociólogo y filósofo francés, quien estableció formalmente la sociología como disciplina académica y le reconoció su primera metodología. Durkheim empieza a analizar la cuestión del delito hace referencia al hecho de que la división de las funciones en la sociedad es lo que con posible la propia vida en sociedad⁴⁵¹, y el Derecho refleja dicha relación⁴⁵² además de poner en evidencia todas las costumbres esenciales de la sociedad⁴⁵³.

La idea central de los trabajos de Durkheim, que fundó el funcionalismo, acerca de la forma de funcionamiento de la sociedad, basada en la observación de sociedades primitivas y su comparación con sociedades avanzadas, informa que existen dos formas por las cuales una sociedad puede organizarse.

En la primera, llamada de solidaridad orgánica, la sociedad es vista como un grupo de personas que dirigen casi uniformemente su conducta a los mismos fines, regladas por leyes que obligan a sus miembros a pensar y trabajar de una misma forma, lo que es típico en sociedades primitivas.

En la segunda forma de organización social, llamada de solidaridad mecánica, las funciones sociales son divididas en grupos cuyos miembros realizan funciones específicas que contribuyen con el funcionamiento de la sociedad. Ambos tipos de organización social son

⁴⁵⁰ LUHMANN, Niklas. *Introducción a la teoría de sistemas*, México D. F., Anthropos, 1996, p. 28.

⁴⁵¹ “En todos esos ejemplos, el efecto más notable de la división del trabajo no es que aumente el rendimiento de las funciones divididas, sino que las hace más solidarias. Su papel, en todos esos casos, no es simplemente embellecer o mejorar las sociedades existentes, sino hacer posibles sociedades que sin ella no existirían.” DURKHEIM, Émile. *Da divisão do trabalho social*. 2ª ed. São Paulo: Martins Fontes, 2004, p. 27.

⁴⁵² “La vida general de la sociedad no puede extenderse sobre un punto determinado sin que la vida jurídica se extienda al mismo tiempo y en la misma relación. Podemos, pues, estar seguros de encontrar reflejadas en el derecho todas las variedades esenciales de la solidaridad social.” DURKHEIM, Émile. *Da divisão do trabalho social*. 2ª ed. São Paulo: Martins Fontes, 2004, p. 32

⁴⁵³ “Si, pues, es posible que existan tipos de solidaridad social que sólo puedan manifestar las costum-bres, ciertamente, son muy secundarios; por el contrario, el derecho reproduce todos los que son esenciales, y son éstos los únicos que tenemos necesidad de conocer.” DURKHEIM, Émile. *Da divisão do trabalho social*. 2ª ed. São Paulo: Martins Fontes, 2004, p. 33

reglados por leyes coercitivas, que sirvieron de origen al Derecho, y al mismo tiempo realizan dicho Derecho. Merton describe bien este pensamiento de Durkheim, de la siguiente forma:

Los periplos de las ideas expresadas en *La división* han llegado a este país, pero un breve sumario es, sin embargo, conveniente para establecer las bases de la discusión. Sostiene Durkheim que la fuente de la vida social es doble: la similitud de las consciencias y la división del trabajo. En un tipo de sociedad que él llama «primitiva», la solidaridad es ocasionada por una comunidad de representaciones que dan lugar a leyes que imponen a los individuos creencias y prácticas uniformes bajo la amenaza de medidas represivas. Estas leyes represivas son índices externos —esto es, observables en un sentido positivista— de la «solidaridad mecánica». Por otro lado, la división del trabajo social, que si bien intensifica no impone la individualización, también ocasiona una «solidaridad orgánica», basada en la interdependencia de los individuos y los grupos que actúan cooperativamente. Este tipo de solidaridad es indiciada por reglas jurídicas que definen la naturaleza y las relaciones de las funciones. Estas reglas podrían ser adecuadamente denominadas como leyes restitutivas, dado que su violación no implica consecuencias expiatorias, sino sólo reparadoras. Históricamente, el movimiento ha sido desde la solidaridad mecánica a la orgánica, aunque la primera nunca desaparece completamente. La causa determinante de esta tendencia se encuentra en el incremento del tamaño y densidad de las poblaciones con el habitual —si no invariable— y concomitante incremento de la interacción social. De este modo se intensifica la lucha por la existencia, puesto que sólo por medio de la diferenciación progresiva de funciones es posible la supervivencia para muchos que, de otra manera, estarían condenados a la extinción. Esta continua tendencia acontece mecánicamente a través de unas series de equilibrios dinámicos sociales que se interrumpen y se restablecen.⁴⁵⁴

Así pues, en las sociedades desarrolladas, prevalece la forma de división del trabajo llamada solidaridad mecánica, porque esta presupone una especialización funcional de sectores de la sociedad. La idea de especialización funcional, concepto tratado incluso por el propio Luhmann, es el centro desde el cual todas las teorías funcionales se han desarrollado, una vez que ella es lo que permite la propia existencia en sociedad. Véase lo que el propio Durkheim ha escrito sobre dicha idea:

En todos esos ejemplos, el efecto más notable de la división del trabajo no es que aumente el rendimiento de las funciones divididas,

⁴⁵⁴ MERTON KING, Robert. “La división del Trabajo social de Durkheim”, in: *Reis*, No. 99 (Jul. - Sep., 2002), traducción de and Cristóbal Torres Albero, pp. 201-209, p. 202 y ss.

sino que las hace más solidarias. Su papel, en todos esos casos, no es simplemente embellecer o mejorar las sociedades existentes, sino hacer posibles sociedades que sin ella no existirían.⁴⁵⁵

En este contexto, la forma de organización social está determinada por el Derecho, consuetudinario o legislado y, por eso, es coercitiva. Dicha forma define como deben actuar todos los grupos sociales y establece las reglas obligatorias de constitución y funciones, por eso, se les puede reconocer como hechos sociales. Durkheim informa que:

Hay aquí, pues, un orden de hechos que presentan características muy especiales: consisten en modos de actuar, de pensar y de sentir, exteriores al individuo, y están dotados de un poder de coacción en virtud del cual se imponen sobre él. Además, no pueden confundirse con los fenómenos orgánicos, puesto que consisten en representaciones y en actos; ni con los fenómenos psíquicos, los cuales sólo existen dentro de la conciencia individual y por ella. Constituyen, pues, una nueva especie y a ellos debe darse y reservarse el calificativo de sociales.⁴⁵⁶

A modo de conclusión, se puede informar que la idea de especificación funcional de un grupo, rama o estructura social, como hecho uniforme y que posee un poder de coacción (hecho social) es el punto central de la teoría durkheimiana que ha influenciado los desarrollos teóricos que dieron origen a las aportaciones contemporáneas de las tradiciones sociológicas funcionalistas, estructurales y sistémicas.

4.2.1.2 Parsons y el funcionalismo estructural: acción y sistema social.

El propio Luhmann informa que sus consideraciones fueron inspiradas en los lineamientos generales de la obra de su maestro americano, Talcott Parsons, importantes para la comprensión de la teoría de los sistemas sociales. El rasgo principal de la obra de Parsons es el acercamiento de la teoría de la acción con la teoría de los sistemas sociales.

Toda la obra de Parsons puede ser catalogada como variaciones sin fin a la fórmula compacta: *action is system*⁴⁵⁷. No es necesario llegar a

⁴⁵⁵ DURKHEIM, Émile. *La división del trabajo social*. Madrid, Ediciones Akal, 2001, p. 71

⁴⁵⁶ DURKHEIM, Émile. *Las reglas del método sociológico*. Mexico D. F., Fondo de Cultura Económica, 1992, pp. 40 y ss.

⁴⁵⁷ De hecho, Talcott Parsons ha afirmado, textualmente: “*But acts do not occur singly and discretely, they are organized in systems.*”, es decir: “Pero los actos no se realizan individual y separadamente; los actos están

determinar si tal formulación aparece escrita en su obra. En todo caso fue una expresión que Parsons empleó, alguna vez, en la comunicación oral. Esta fórmula sintética podría ser tomada como la quintaesencia de su mensaje. Y si se le hubiera preguntado, como con frecuencia se intenta con los teoristas especulativos, que externara la forma más depurada de su teoría, sin duda habría contestado: *action is system*.⁴⁵⁸

No es por casualidad que los trabajos más conocidos y más importantes de Parsons son *The Structure of Social Action* (1937)⁴⁵⁹ y *The Social System* (1951)⁴⁶⁰, y han influenciado los sociólogos alemanes de la segunda mitad de siglo pasado, que han producido las aportaciones más marcantes en la teoría del Derecho, a saber: Jürgen Habermas y Niklas Luhmann, respectivamente, en relación con las obras citadas. Sobre concepto de sistema social de Parsons, que es mucho diferente de la idea de sistema social luhmanniano (lo que será explicado oportunamente), el autor lo deduce de la siguiente forma:

El punto de Partida fundamental es el concepto de sistemas sociales de acción. En este sentido, la interacción de los actores individuales tiene lugar en condiciones tales que es posible considerar ese proceso de interacción como un sistema (en el sentido científico) y someterlo al mismo orden de análisis teórico que ha sido aplicado con éxito a otros tipos de sistemas en otras ciencias.⁴⁶¹ (...) Un sistema social – reducido a los términos más simples – consiste, pues, en una pluralidad de actores individuales que interactúan entre sí en una situación que tiene, al menos, un aspecto físico o de medio ambiente, actores motivados por una tendencia a “obtener un óptimo de gratificación” y cuyas relaciones con sus situaciones – incluyendo a los demás actores – están medidas y definidas por un sistema de símbolos culturalmente estructurados y compartidos.⁴⁶²

organizados en sistemas.” Lo que es casi exactamente lo que Luhmann escribió acerca de su teoría. La afirmación está presente en: PARSONS, Talcott. *The Social System*. Glencoe, IL: Free Press. 1951., p. 7.

⁴⁵⁸ LUHMANN, Niklas. *Introducción a la teoría de sistemas*, México D. F., Anthropos, 1996, p. 30.

⁴⁵⁹ PARSONS, Talcott. *The Structure of Social Action: A Study in Social Theory with Special Reference to a Group of Recent European Writers*. 2nd ed. Glencoe, IL: Free Press, 1937.

⁴⁶⁰ PARSONS, Talcott. *The Social System*. Glencoe, IL: Free Press. 1951.

⁴⁶¹ Texto original: “*The fundamental starting point is the concept of social systems of action. The interaction of individual actors, that is, takes place under such conditions that it is possible to treat such a process of interaction as a system in the scientific sense and subject it to the same order of theoretical analysis which has been successfully applied to other types of systems in other sciences.*” PARSONS, Talcott. *The Social System*. Glencoe, IL: Free Press. 1951, p. 3.

⁴⁶² Texto original: “*Reduced to the simplest possible terms, then, a social system consists in a plurality of individual actors interacting with each other in a situation which has at least a physical or environmental aspect, actors who are motivated in terms of a tendency to the "optimization of gratification" and whose relation to their situations, including each other, is defined and mediated in terms of a system of culturally structured and shared symbols.*” PARSONS, Talcott. *The Social System*. Glencoe, IL: Free Press. 1951, p. 5.

Así pues, el sistema social de la forma concebida por Parsons, está compuesto de una pluralidad de actores y sus interacciones, en un medio ambiente, orientados a una finalidad, enmarcado en un lenguaje culturalmente compartido y comprendido. Hay que subrayar que dicho concepto – aparte de las ideas de actor y finalidad, lo que es propio de una teoría de la acción social – es el germen de las ideas luhmannianas de sistema social, como las ideas de la diferencia entre sistema y entorno, comunicación y código binario, lo que será explicado en la parte del trabajo donde se estudiará la teoría de Luhmann.

Para Parsons, la acción es sistema (es decir, sólo tiene sentido si observada como sistema), y por eso, para él, las teorías sociológicas de la acción y de sistemas no son sólo conciliables, sino forman parte de un solo cuerpo teórico necesario a la observación de la sociedad. En Parsons se puede identificar un esfuerzo de conciliación de dos aportes hasta entonces completamente opuestos de algunos fundadores de la sociología, especialmente Durkheim y Weber.

La parte central de su aportación es la idea de que la construcción de estructuras sociales se realiza bajo la forma de sistema, y que la operación básica sobre la que se construye dicho sistema es la acción. Eso llevó Luhmann a escribir que *“En una observación tosca, Parsons extrae de Weber el componente de la acción y de Durkheim, el sistémico. En esto se percibe, además, con evidencia que Parsons fuerza a Weber a admitir componentes sistémicos, y a Durkheim, los correspondientes a la acción.”*

Sin embargo, se puede enmarcar el esquema teórico de Parsons en la continuación de la tradición sociológica de Durkheim, porque dicho autor siempre ha concebido la sociedad moderna como un proceso de diferenciación⁴⁶³, lo que se constituye en el rasgo principal de esta tradición.

4.2.2 Los puntos de partida de Luhmann.

Luhmann empieza la propuesta de ver la sociedad como un sistema social a partir de la crítica que hace a las limitaciones de los planteamientos sociológicos precedentes a él. Luhmann

⁴⁶³ LUHMANN, Niklas. *Introducción a la teoría de sistemas*, México D. F., Anthropos, 1996, p. 43.

observa algunos límites de dichas teorías, existentes en sus puntos de partida epistemológicos, a saber:

“(1) Que la sociedad está constituida por hombres concretos y por relaciones entre seres humanos.

(2) Que, por consiguiente, la sociedad se establece —o por lo menos se integra— a través del consenso de los seres humanos, de la concordancia de sus opiniones y de la complementariedad de sus objetivos.

(3) Que las sociedades son unidades regionales, territorialmente delimitadas, por lo cual Brasil es una sociedad distinta de Tailandia; los Estados Unidos son una sociedad distinta de lo que hasta hace poco se llamó Unión Soviética, y también Uruguay es una sociedad distinta de Paraguay.

(4) Y que, por tanto, las sociedades pueden observarse desde el exterior como grupos de seres humanos o como territorios.”⁴⁶⁴

“(1) Que la sociedad está constituida por hombres concretos y por relaciones entre seres humanos.”⁴⁶⁵

La primera premisa se apoya en el hecho de que el hombre es un individuo, es una unidad de la sociedad. Pero eso no es una premisa verdadera. Los ámbitos de la sociedad no son ampliados por la reproducción humana, ni por la producción celular humana, sino que a través de la especificación funcional de sectores de la propia sociedad.

Dichos procesos de especificación funcional son los procesos a través de los cuales la sociedad amplía sus ámbitos de comunicación con, por ejemplo, la creación de subsistemas sociales y el aumento de la complejidad de ellos (como el aumento de las posibilidades de actuación de estos sistemas y de comunicación inter e intrasistémica).

Lo que hace realmente que los sistemas sociales se expandan es la especificación funcional, conforme dicho, a través del aumento de complejidad en el sistema o de la creación de nuevos subsistemas en el sistema social. Así pues, como ejemplo de creación de nuevos sistemas se pone la creación antigua del sistema del derecho o de la economía, o la creación de sistemas

⁴⁶⁴ LUHMANN, Niklas. *Sociedad de la sociedad*. Traducción de Javier Torres Nafarrate. S. de R. L. de C. V., Editorial Herder, 2007, p. 12.

⁴⁶⁵ LUHMANN, Niklas. *Sociedad de la sociedad*, *op. cit.*, p. 12.

más nuevos, como el sistema de los medios de comunicación masiva el sistema de gestión de los riesgos. Como ejemplo de aumento de complejidad en el sistema se pone el desarrollo de las posibilidades de comunicación de estos sistemas, a través, por ejemplo, de la creación de nuevas ramas del ordenamiento jurídico (como el Derecho ambiental) y nuevas formas de manifestación el flujo cambial de inversiones, o el efecto burbuja, en el sistema de la economía.

Es de esta forma que la sociedad realmente se desarrolla, a través de la especificación funcional. Si el ser humano fuera realmente la unidad celular de la sociedad, ella se ampliaría con la reproducción de seres humanos, como un organismo que crece con la reproducción celular, e incluso crecería con la reproducción celular humana. Es inconcebible pensar que los ámbitos de comunicación de nuestras sociedades se ampliarían con la reproducción humana justamente porque dichos ámbitos claramente no están vinculados a la reproducción de esta especie. Luhmann informa que:

“La sociedad no pesa lo mismo que el total de los hombres, y no cambia su peso por cada uno que nazca o por cada uno que muera. No se reproduce por el hecho de que en las células del hombre se transformen las macromoléculas, o por el hecho de que haya cambios de células en los organismos de los seres humanos individuales. La sociedad no vive.”⁴⁶⁶

Así pues, si fuese posible separar en el mundo varias sociedades, sería mucho más amplio el sistema social que tuviese más diferenciación funcional que el sistema social en el cual se practicasen eventos comunicativos con un número de personas más amplio. Se pondrá un ejemplo.

En una comparación muy rudimentaria, se puede decir que, a pesar del país Botsuana ser más poblado que el país Luxemburgo, si fuera posible separar dichas sociedades, Luxemburgo tendría un sistema social más complejo y más amplio, por presentar más ámbitos de especificación funcional que Botsuana, como por ejemplo, un sistema económico más complejo, un número mayor de profesiones, mayores ámbitos de acoplamiento estructural entre los sistemas político y jurídico, etc. No es una cuestión de riqueza, sino de especificación funcional.

⁴⁶⁶ LUHMANN, Niklas. *Sociedad de la sociedad*, op. cit., p. 13.

La última información en relación con este punto, que se debe señalar en este apartado es que, el concepto de acción social, en este contexto, presente en la tradición sociológica, no es suficientemente complejo para reducir la complejidad (*i.e.* comprender de una mejor forma) de lo que se pretende enfrentar, y por eso no podrá nunca ser un instrumento de análisis viable⁴⁶⁷.

Las teorías de la acción tienen un punto de vista tan elemental que sólo pueden describir la acción humana desde el punto de vista de la ética, centrada en el análisis de los intereses, fines, e intenciones de los autores de la acción. Ellas ignoran el carácter complejo de los eventos comunicativos que dicen mucho más que el análisis de la acción desde un punto de vista de la ética, y es justamente lo que ignoran lo que permite comprender mejor el propio funcionamiento de la sociedad considerada como un ente diferente del individuo y de sus acciones⁴⁶⁸.

En este punto, Luhmann ha resuelto el problema identificado en su época, en relación con la inconveniencia de la utilización de la teoría de la acción social para comprender los procesos funcionales⁴⁶⁹, error al cual ha incurrido su maestro Talcott Parsons. Luhmann lo hace al concebir la comunicación como la unidad básica del sistema de sentido en lugar de la acción social, conforme se explica en los apartados siguientes.

⁴⁶⁷ IZUZQUIZA, Ignacio. *La sociedad sin hombres*, Niklas Luhmann o la teoría como escándalo, *op. cit.*, p. 241.

⁴⁶⁸ A esta concepción se acerca seguramente la visión funcionalista penal Günther Jakobs, aunque no de la misma forma, como se explica oportunamente. Véase: “Para el Derecho penal un concepto de sujeto con tales consecuencias, esto es, un concepto naturalista de sujeto, resulta inservible por una sencilla razón: tal concepto atiende para la delimitación de lo interno y de lo externo a circunstancias sensibles de la naturaleza, mientras que lo que importa son referencias normativas.” JAKOBS, Günther. *Estudios de Derecho penal*, UAM Ediciones, Edit, Civitas, Madrid, 1997, p. 296.

⁴⁶⁹ “Otro problema interesante es el de saber si en un sistema complejo de interacción los propósitos hacia los que están dirigidas todas las actividades son o no los de seres humanos concretos. Evidentemente, puede ocurrir que la masa de los individuos se convierta en instrumentos para el logro de los propósitos de los poderosos, pero también se da el caso de que estos mismos no tengan más opción que la de perseguir ciertos propósitos. Así, por ejemplo, cuando decimos que una sociedad está dominada por la “motivación del beneficio”, no nos referimos simplemente a la deliberada búsqueda de beneficios por un pequeño número de individuos, sino, más bien, al hecho de que la pauta cultural exige a los poderosos que busquen el beneficio monetario. En este caso, podemos incluso hablar del propósito de un sistema. Sin embargo, el modelo teórico aún se concibe en términos del ‘marco de referencia de la acción, y el elemento de acción intencional justifica el uso de un lenguaje teleológico.” REX, John. *Problemas fundamentales de la teoría sociológica*, Buenos Aires, Amorrortu, 1985, p. 91.

“(2) Que, por consiguiente, la sociedad se establece —o por lo menos se integra— a través del consenso de los seres humanos, de la concordancia de sus opiniones y de la complementariedad de sus objetivos.”⁴⁷⁰

El segundo punto hace referencia a que la sociedad se establece a través del consenso. Las teorías que se basan en estos presupuestos tienen su origen en los pensadores del contrato social. Sin embargo, el modelo de explicación de la realidad social basado en el contrato social ha perdido vigencia en virtud de que se basan en un argumento circular o tautológico.

De acuerdo con dicho modelo, el sujeto tiene que cumplir el contrato social porque su aceptación obliga a sí mismo y al Estado, momento en que este y el Derecho que produce son creados. La pregunta es la siguiente: ¿cuál derecho vigente en la época de la aceptación sería capaz de obligar el individuo a cumplir el contrato? Si un acto crea el Derecho no es posible identificar vigencia de dicho Derecho anterior al acto que lo creó, y por eso, no se puede explicar el origen de la sociedad a través de la metáfora del contrato social.

Como se ha informado, Hobbes intenta reconocer un derecho previo al derecho positivado, el derecho natural, que sigue teniendo vigencia incluso después del inicio de dicho contrato. Sin embargo, dichas construcciones teóricas, referentes al derecho natural, no pueden tener crédito en las ciencias jurídicas de la contemporaneidad, que por lo menos intentan tener el estatus de ciencia, y trabajar con objetos debidamente observables como la ley y las costumbres, productos de la sociedad, lo que permite rechazar por completo la posibilidad de creerse en un derecho natural vigente.

A pesar de haber perdido vigencia el modelo de contrato social en el siglo XIX como modelo de explicación de la realidad, por las razones expuestas, su herencia puede ser identificada en las teorías sociológicas del consenso. Así empieza la sociología de Émile Durkheim e Max Webber, que llevadas al extremo conllevan al problema de la necesidad de mantenerse el orden aunque no haya situaciones de consenso. “La integración basada en el consenso es el principio por el cual la sociedad se identifica como unidad —como ‘individuo’, podría decirse.”⁴⁷¹

⁴⁷⁰ LUHMANN, Niklas. *Sociedad de la sociedad*, op. cit., p. 12.

⁴⁷¹ LUHMANN, Niklas. *Sociedad de la sociedad*, op. cit., p. 14.

Pero pensar la sociedad desde las teorías del consenso, como lo hace Talcott Parsons, plantea algunos problemas básicos. El primer problema viene con la imposibilidad de mantenerse el consenso en un sentido psíquico actualizable, es decir, un consenso efectivo humano que perdure en el tiempo.

Parsons intenta contestar a esta cuestión, del mismo modo como lo intentó Durkheim, quien ve que la sociedad puede responder a una creciente diferenciación (creciente posibilidad de falta de consenso) con una creciente generalización de valores, lo que sólo es posible en sectores de la sociedad que presentan sistemas sociales en un grado de diferenciación funcional muy controlable⁴⁷², como por ejemplo, en el ámbito de las asociaciones profesionales, que son sistemas sencillos, a los que se puede responder a una creciente falta de consenso, con la promoción y generalización de valores del sistema, lo que quita la importancia del disenso en dicho sistema.

Otra crítica a las teorías del consenso se identifica en que, de acuerdo con ellas, debería negarse que los conflictos sociales, como si no existieran el disentimiento y la conducta anómala en sociedad, lo que carece de sentido en la sociedad actual, porque sí hay conflictos sociales que pertenecen a la sociedad. La segunda opción sería considerar que dichos conflictos presupongan algún tipo de consenso, lo que no es coherente con sus presupuestos y no se sostiene, porque hay conflictos en la sociedad que no presuponen ningún tipo de consenso. Acerca de lo que se ha puesto, Luhmann informa que: “Para la sociología todo esto debería ser razón suficiente como para poner en duda si debe adjudicarse a la integración consensual un significado *constitutivo* de la sociedad.”⁴⁷³

La otra vertiente de las teorías del consenso, como la de George Herbert Mead, suponen “que la comunicación, en el curso de su propia secuencia, produce las identidades, las referencias, los valores propios, los objetos, independientemente de lo que experimenten los seres humanos particulares al confrontarse con ellos.”⁴⁷⁴

Eso sí tiene que ver con la teoría de los sistemas sociales, sin embargo, conlleva al siguiente problema. La concepción de Mead considera el hombre como parte intrínseca de la sociedad,

⁴⁷² LUHMANN, Niklas. *Sociedad de la sociedad, op. cit.*, p. 14.

⁴⁷³ LUHMANN, Niklas. *Sociedad de la sociedad, op. cit.*, p. 15.

⁴⁷⁴ LUHMANN, Niklas. *Sociedad de la sociedad, op. cit.*, p. 15.

y en este contexto, sería imposible considerar el ser humano como un sistema biológico orgánico (cuerpo), un sistema psíquico (mente) y alguien que realiza un evento comunicativo en el sistema social. Eso sería imposible porque no es posible dividir el ser humano, como parte intrínseca del sistema social, en tres partes, una de cada sistema, y así, reconocerle también como un sistema psíquico y un biológico, lo que no permite una mejor forma de observar su naturaleza.

El hombre no puede ser un elemento del sistema social porque en el ámbito de dicho sistema la existencia humana no tiene sentido, sino sólo tiene sentido inteligible al sistema las comunicaciones por el realizadas por él.⁴⁷⁵

Otro problema que plantea la teoría de Mead está en el hecho de identificar el hombre como parte del sistema social, lo que hace con que la teoría de la diferenciación funcional en el sistema social tenga que tener por objeto la clasificación del hombre por extractos sociales, naciones, etnias o grupos, de forma similar como lo hace la biología, lo que no tiene sentido en un mundo cada vez más globalizado que tiene por valor la integración internacional. Luhmann añade que:

“Si se tomara al hombre como parte de la sociedad, la teoría de la diferenciación tendría que diseñarse como teoría de la clasificación de los seres humanos —ya sea por estratos sociales, por naciones, por etnias, por grupos. Pero con esto se entraría en oposición evidente con el concepto de derechos humanos, en especial con el de igualdad. Tal ‘humanismo’ fracasaría ante sus propias ideas. Así que no queda otra posibilidad que la de considerar al hombre por entero —en cuerpo y alma— como parte del entorno del sistema sociedad.”⁴⁷⁶

“(3) Que las sociedades son unidades regionales, territorialmente delimitadas, por lo cual Brasil es una sociedad distinta de Tailandia; los Estados Unidos son una sociedad distinta de lo que hasta hace poco se llamó Unión Soviética, y también Uruguay es una sociedad distinta de Paraguay.”⁴⁷⁷

⁴⁷⁵ Aquí se identifica un punto de incompatibilidad entre concepciones de Jakobs y Luhmann. Aunque Jakobs proponga un concepto no natural (y normativo) de sujeto, con sobre el cual, “o que importa son referencias normativas.” JAKOBS, Günther. *Estudios de Derecho penal*, UAM Ediciones, Edit, Civitas, Madrid, 1997, p. 296. Jakobs no llega a pesar el sujeto como sistema, especialmente en su teoría de la acción, como lo hace Luhmann, lo que será explicado debidamente en el apartado propio.

⁴⁷⁶ LUHMANN, Niklas. *Sociedad de la sociedad*, op. cit., p. 16.

⁴⁷⁷ LUHMANN, Niklas. *Sociedad de la sociedad*, op. cit., p. 12.

En relación con la tercera premisa con respecto a la regionalización de las sociedades, está claro que hoy, en virtud del grado de globalización y compartición de valores, tecnologías e informaciones en general, que no se puede más calificar la sociedad global como sociedades nacionales, o estados-nacionales. Las fronteras entre países no son datos centrales desde el punto de vista de la sociología, y sólo tienen sentido desde un punto de vista de la política, aunque se reconozca, por supuesto, particularidades regionales que cada forma de organización social posee⁴⁷⁸.

Los Estados no pueden poner límites arbitrarios al concepto de sociedad, que debe ser establecido bajo criterios científicos, no políticos. Incluso no son más suficientes los criterios lingüísticos u otros criterios culturales para limitar dicho concepto. Tener en cuenta los límites territoriales como límites de la propia sociedad tiene que ver más con la dominación o una nostalgia de la idea de cultura pura⁴⁷⁹, que con la idea de sociedad globalizada, véase:

“Conceptos de sociedad humanistas y regionalistas (nacionales), ya no son teóricamente satisfactorios; sobreviven únicamente en la forma de hablar. De esta manera la teoría sociológica actual deja una impresión ambigua, una especie de cabeza de Jano: utiliza conceptos que todavía no rompen con el nexo de la tradición pero que, al mismo tiempo, permiten hacer preguntas que podrían hacer estallar precisamente dicha referencia. Esa teoría utiliza el concepto de acción en un lugar conceptual determinante para ajustarse así a aquellas unidades últimas con carácter de acontecimiento no modificable (y para seguir recordándonos que sólo los seres humanos individuales son capaces de actuar). Diseña el concepto de *global system* para otorgar reconocimiento a las globalizaciones (y para reducir el concepto de sociedad al plano del Estado-nación).”⁴⁸⁰

La concepción de Luhmann sobre la sociedad mundial refleja una preocupación de matiz normativo, que tiene origen en la necesidad de comprender formas de organización humanas

⁴⁷⁸ “Luhmann repite que no es realista pensar, por ejemplo, que la sociedad brasileña sea diferente de la tailandesa, lo que no significa que no tome en consideración las especificidades regionales. Pero, una teoría sociológica que pretende explicar estas diferencias no debería aceptarlas como datos y variables independientes sino que debería intentar comprender por qué aparecen. En este sentido, el concepto de sociedad mundial es considerado fuera de cualquier referencia a la idea de integración o de lazo social. No presupone ninguna forma de identidad común y no es considerada como obligatoria para sus miembros. En este sentido, no existe homogeneidad alguna en los estilos y modos de vida. Son las diferencias y no las identidades las que ofrecen la posibilidad de percibir y tratar la información, y, por lo tanto, permiten la prosecución de la comunicación.” URTEAGA, Eguzki. “La teoría de sistemas de Niklas Luhmann”, *Contrastes. Revista Internacional de Filosofía*, vol. XV (2010), pp. 301-317. ISSN: 1136-4076. Málaga (España), p. 316

⁴⁷⁹ LUHMANN, Niklas. *Sociedad de la sociedad*, op. cit., p. 17.

⁴⁸⁰ LUHMANN, Niklas. *Sociedad de la sociedad*, op. cit., p. 17.

locales en comparación, pero siempre con un núcleo común de medios por los cuales se puedan identificar elementos cognoscibles y relacionados entre ambas regiones. Es una búsqueda de la unidad a través de la diferencia. Es precisamente eso lo que sostiene Eguzki Urteaga, profesor de la Universidad del País Vasco, de la siguiente forma:

“Su concepción de la sociedad mundial traduce una preocupación normativa. Ilustra el vínculo que mantiene el sociólogo alemán con la teoría, porque el hecho de hablar de la sociedad mundial le permite concebir las estructuras de los países en vía de desarrollo como una consecuencia de su racionalidad, que tiende a fortalecer las distinciones. Asimismo, concibe la sociedad mundial como una perspectiva teórica que permite pensar una condición global que enfrenta distintas identidades. Hace posible el cuestionamiento sobre la siguiente pregunta: ¿la condición general de la negligencia global no estimula la búsqueda de identidades regionales o étnicas? El argumento de la desigualdad es un argumento a favor de la sociedad mundial, ya que los diferentes niveles de desarrollo exigen una explicación. Lo que supone partir de la unidad del sistema social que produce estas diferencias. Por lo tanto, una teoría debe partir de la hipótesis de una sociedad mundial y explorar ¿cómo y por qué esta sociedad tiene cierta tendencia a mantener e incluso a aumentar las desigualdades y las diferencias regionales?”⁴⁸¹

“(4) Y que, por tanto, las sociedades pueden observarse desde el exterior como grupos de seres humanos o como territorios.”⁴⁸²

El problema del cuarto y último presupuesto, ya tratado en parte en el apartado precedente, donde se ha realizado algunas aclaraciones metodológicas, dice respecto a la posibilidad de observar la sociedad como un grupo de hombres, desde fuera. Esto dice respecto a la clásica separación Cartesiana entre sujeto y objeto, establecida con el fin de dotar las ciencias de una supuesta neutralidad, el baremo que las permitía dar credibilidad a sus conclusiones, asociado a su método.

Sin embargo, conforme se ha informado, no es posible concebir más la separación entre sujeto/objeto en la sociología (ni en la psicología) después del desarrollo de la epistemología hacia el reconocimiento de la neutralidad científica como un mero mito y la puesta del observador, el sujeto, como objeto de la investigación. Sin embargo, es imposible considerar,

⁴⁸¹ URTEAGA, Eguzki. “La teoría de sistemas de Niklas Luhmann”, *Contrastes. Revista Internacional de Filosofía*, vol. XV (2010), pp. 301-317. ISSN: 1136-4076. Málaga (España), pp. 316-317.

⁴⁸² LUHMANN, Niklas. *Sociedad de la sociedad. op. cit.*, p. 12.

en una investigación sociológica, el sujeto exclusivamente en la condición de observador. Así lo informa Luhmann:

“Aquí tenemos, también, una superación de la diferencia antigua por una teoría más compleja que permite hablar en los sistemas de introducción de autodescripciones, autoobservaciones, autosimplificaciones. Ahora se puede distinguir la diferencia mismo en relación con las sociedades. Esta disputa podría ser resuelta, también, distinguiendo las diferentes referencias al sistema. sistema/entorno desde la perspectiva de un observador (por ejemplo, la de un científico), y distinguirla también de la diferencia sistema/entorno que se realiza en el sistema mismo: el observador, a su vez, puede ser pensado como un sistema autorreferencial. Relaciones de reflexión de este tipo no sólo revolucionan la epistemología clásica de sujeto-objeto; no sólo desdogmatizan y «naturalizan» la teoría científica, sino que producen también una comprensión más compleja del objeto por medio de un diseño de teoría, a su vez, más complejo”⁴⁸³

Lo mismo puede ser dicho acerca de la delimitación hermética entre las disciplinas. En la actualidad la interdisciplinariedad es una posibilidad, y cada vez más, una exigencia, que permite ampliar los horizontes del conocimiento y de la investigación, lo que cuestiona la propia necesidad de existencia de fronteras en los ámbitos del conocimiento. De acuerdo con Luhmann, acerca de los planteamientos de la teoría de sistemas:

“Se trata de desarrollos intelectuales fascinantes y totalmente novedosos que, por primera vez, permiten escaparse de la contraposición entre ciencias de la naturaleza y ciencias del espíritu, o entre *hard sciences* y *humanities*, o también entre ámbitos objetuales dados en forma de leyes y ámbitos objetuales dados en forma de textos —hermenéutica.”⁴⁸⁴

Si se busca conocer mejor la sociedad, su forma de funcionar, y la propia condición humana, es imposible no considerar el hombre como parte del objeto de la investigación, como observador y observado, en un mismo influjo de la investigación. Aunque él no sea considerado parte del sistema social, él es un agente de eventos de comunicación en varios sistemas sociales, y por eso, estudiar dichos sistemas es estudiar el significado de su acción y el entorno en que vive, que ejerce gran influencia en sus acciones. Luhmann informa que:

⁴⁸³ LUHMANN, Niklas. *Sistemas sociales: lineamientos para una teoría general*, Barcelona, Anthropos, 1998, p. 33.

⁴⁸⁴ LUHMANN, Niklas. *Sociedad de la sociedad, op. cit.*, p. 40.

“De aquí que el problema consista más que nada en las dificultades de orden lógico y las que se manifiestan en la técnica de la teoría — dificultades que hay que enfrentar cuando se trabaja, como dice la lingüística, con conceptos ‘autológicos’ y uno se ve obligado a descubrirse a sí mismo en el propio objeto; es decir, verse obligado a descubrir a la sociología como autodescripción de la sociedad. Como ultima consecuencia, esto lleva a sostener que la realidad se reconoce por la resistencia que opone, pero también a que dicha resistencia frente a la comunicación solo puede efectuarse mediante comunicación. De admitirlo se ‘deconstruiría’ la distinción sujeto/objeto, y con ello los obstáculos dominantes que bloquean el conocimiento perderían su apoyo secreto. Tanto la tradición conceptual humanista como la regionalista se harían trizas a consecuencia de su inutilidad.”⁴⁸⁵

En resumen, la propuesta de Luhmann es librarse de los límites que las teorías esencialmente regionalistas y humanistas ponen a la expansión del conocimiento. Hoy día, en la sociedad actual, después de la caída de los grandes relatos y de la centralidad del discurso científico, es imposible decir que una epistemología está equivocada *a priori*.

Luhmann nos presenta la posibilidad de observar la sociedad desde una forma nunca vista antes. Dicha nueva metodología, en virtud de representar una nueva forma de mirar la realidad, nos permite ampliar los conocimientos sobre el objeto de investigación llamado sociedad.

No se puede decir que el supuesto antihumanismo luhmanniano es reprochable sin incurrir en el error de dejarse llevar por los prejuicios de paradigmas diferentes de observación de la realidad. Toda nueva forma de observar la realidad presupone conocimientos nuevos que deben ser considerados en la medida en que sean metodológicamente válidos y útiles para la investigación que se quiere llevar a cabo.

Así pues, si se tiene el compromiso de buscar la expansión de los conocimientos de determinadas áreas, como del Derecho visto como una ciencia social, por ejemplo, no se puede dejar llevarse por las ideas inherentes a la vieja tradición humanista y antropocéntrica europea, que no permite observar la realidad desde epistemologías que no sean su propia, considerando la sociedad un montón de seres humanos.

⁴⁸⁵ LUHMANN, Niklas. *Sociedad de la sociedad*, op. cit., p. 19.

Si queremos comprender mejor la realidad social debemos tener en cuenta la posibilidad de expandir los horizontes hacia donde el humanismo no nos permite llegar e identificar la posibilidad de observar relaciones sociales más allá de lo visible a los ojos y lo tangible a las manos del hombre.

Así como los físicos prudentes afirman que seguramente hay mucho más tipos de energía que los hasta ahora descubiertos por el hombre – téngase en vista que la radiación sólo fue recientemente descubierta – los estudiantes de cualquier ciencia social deben admitir que la complejidad de las relaciones sociales va mucho más allá de las nociones que hemos heredado y de nuestros sentidos, lo que permite reconocer que “Hay más cosas en el cielo y en la tierra de las que sueña nuestra filosofía”⁴⁸⁶. Finalmente, Luhmann, en su última obra maestra, informa que:

“Las investigaciones que este libro presenta buscan dar el paso hacia un concepto de sociedad radicalmente antihumanista, radicalmente antirregionalista y radicalmente constructivista. Naturalmente no niegan que haya seres humanos y tampoco ignoran las crasas diferencias que marcan las condiciones de vida en cada región del globo terrestre. Son investigaciones que solo renuncian a deducir de estos hechos un criterio para definir el concepto de sociedad y para determinar los límites que corresponden a tal objeto. Pero precisamente por esta renuncia se gana la posibilidad de percibir — como autoprestación de la sociedad— los estándares normativos y valorativos de las relaciones entre los individuos.

Ya Nietzsche, en *Beneficios y desventajas de la historia para la vida*, se había rebelado contra la dependencia mostrada por sus contemporáneos frente a la historia, y los había atiborrado con una conciencia irónica (si no cínica) del tipo ‘así no, pero lo contrario tampoco’. El diagnóstico tal vez sigue siendo válido, pero en lugar de ironía se percibe más bien desamparo teórico. Por eso tampoco sirve —asociándole capacidad de olvido— insistir en la vida más que en la historia. La recomendación para hoy más bien sería: aprovechar mejor los recursos teóricos disponibles —no en último término para reconstruir también nuestra relación con la historia y con su pesado legado semántico.”⁴⁸⁷

4.2.3 La idea de sistema y su aplicabilidad en la sociología.

⁴⁸⁶ SHAKESPEARE, William. *Hamlet*. México D.F., Editores Mexicanos Unidos, 2010, p. 27.

⁴⁸⁷ LUHMANN, Niklas. *Sociedad de la sociedad*, op. cit., p. 20.

En este apartado se estudiará la idea de sistema y su influencia en el pensamiento sociológico, y especialmente, sus implicaciones en la teoría de sistemas planteada por Niklas Luhmann. La finalidad es conocer el esquema de observación de la realidad propuesto por dicho sociólogo, y comprender el sentido de sus fundamentos.

4.2.3.1 Orígenes de los modelos sistemáticos de observación de la realidad.

Los primeros modelos de sistemas creados para explicar la realidad, en el ámbito de la sociología, fueron orientados por la metáfora del equilibrio.⁴⁸⁸ La idea de equilibrio entre los elementos que componen la sociedad fue lo que ha basado dichas construcciones. De alguna manera, dicha idea todavía es la idea central de todos los modelos sistémicos mantiene una organización y equilibrio de sus elementos.

Dicha idea presupone la distinción entre estabilidad y perturbación, donde se concibe la estabilidad como una forma de reacción a la perturbación, una forma de volver al *status quo ante* o crearse una nueva situación de balance⁴⁸⁹. Dicho modelo reconoce la debilidad del sistema en relación con la perturbación y ha tenido su origen en la observación de la economía.

Sin embargo, hoy se cree que las situaciones de desequilibrio llevan a la estabilidad, y que se puede llegar a la estabilidad a través de la asimilación del desequilibrio⁴⁹⁰, lo que ha potenciado las capacidades del esquema teórico del sistema, en la medida en que se puede pensar el sistema como algo expuesto de forma permanente a los cambios y, aunque expuesto a dichos cambios, él continúa en estado de estabilidad.

En este contexto, el concepto de entropía debe ser estudiado, una ley de la termodinámica aplicable al objeto de estudio. La entropía es la medida de desorden de un sistema. Una vez

⁴⁸⁸ LUHMANN, Niklas. *Introducción a la teoría de sistemas*, México D. F., Anthropos, 1996, p. 45.

⁴⁸⁹ LUHMANN, Niklas. *Introducción a la teoría de sistemas*, México D. F., Anthropos, 1996, p. 46.

⁴⁹⁰ “En la actualidad existen serias dudas acerca de si los sistemas que se describen mediante la noción de equilibrio sean reales; más bien se ha llegado a la convicción de que en el desequilibrio los sistemas adquieren su estabilidad. Algo parecido a lo que sucede en la observación de que el sistema económico sólo se puede estabilizar en la medida en que crea sobreproducción, o en la medida en que produce exceso de compradores: compradores escasos y, por tanto, sobreproducción de mercancías; o mercancías escasas y sobreproducción de compradores.” LUHMANN, Niklas. *Introducción a la teoría de sistemas*, México D. F., Anthropos, 1996, p. 47.

que el universo (sistema cerrado) tiende a equilibrar la distribución de la energía en él contenida (como por ejemplo, la distribución tendiente al equilibrio de la energía térmica entre de dos metales que son sobrepuestos), un sistema organizado tiene menos entropía que un sistema desorganizado. “Una masa de una sustancia con sus moléculas regularmente ordenadas, formando un cristal, tiene entropía mucho menor que la misma sustancia en forma de gas con sus moléculas libres y en pleno desorden.”⁴⁹¹

En relación con los sistemas semánticos, como los sistemas sociales y psíquicos, no se puede decir que exista una fuerza natural tendiente al equilibrio de las cosas que actúa de la misma forma, es decir, en dichos sistemas no se observa una tendencia al equilibrio interno porque ellos se encuentran en un mundo exterior, y por eso, la ley de entropía no determina un equilibrio de energías o informaciones interno, sino su intercambio. Dichos sistemas se diferencian del sistema físico (universo) porque presentan apertura, sea al medio en el cual se encuentran, sea a los otros sistemas. En ese contexto, nace la idea de intercambio. Intercambio de energía para los sistemas orgánicos e intercambio de informaciones para los sistemas de sentido.⁴⁹²

4.2.3.2 La sociedad como sistema social – la teoría de sistemas como esquema de observación de la realidad.

El origen de la teoría de sistemas está vinculado a diversas áreas del conocimiento humano, tales como la termodinámica, las ciencias cognitivas, la cibernética, la teoría de la información, la biología, la teoría de la evolución, y fue desarrollada especialmente a partir de la década de los cuarenta del siglo pasado⁴⁹³.

Aunque no exista propiamente una teoría general de sistemas⁴⁹⁴, la primera cuestión que se hace necesaria es identificar un concepto general de sistema. La investigación más conocida acerca de la teoría de los sistemas aplicable a todos los ámbitos de conocimiento es la de Ludwiwg von Bertalanffy, denominada de Teoría General de los Sistemas. En dicha obra, von

⁴⁹¹ Real Academia Española. *Diccionario de la lengua española* (22.a ed.). Madrid, España, 2001. Disponible en: <<http://dle.rae.es/?id=FpmDaOB>>, acceso en 20 febrero 2017.

⁴⁹² LUHMANN, Niklas. *Introducción a la teoría de sistemas*, México D. F., Anthropos, 1996, p. 47.

⁴⁹³ IZUZQUIZA, Ignacio. *La sociedad sin hombres*, Niklas Luhmann o la teoría como escándalo, *op. cit.*, p.144.

⁴⁹⁴ LUHMANN, Niklas. *Introducción a la teoría de sistemas*, México D. F., Anthropos, 1996, p. 45.

Bertalanffy define un sistema de la forma más elemental, que debe servir como punto de partida de las investigaciones sobre sistemas, de la siguiente forma:

“Un sistema puede ser definido como un complejo de elementos interactuantes. Interacción significa que elementos, p , están en relaciones, R , de suerte que el comportamiento de un elemento p en R es diferente de su comportamiento en otra relación R' . Si los comportamientos en R y R' no difieren, no hay interacción, y los elementos se comportan independientemente con respecto a las relaciones R y R' .”⁴⁹⁵

Es decir: un sistema está compuesto esencialmente por elementos que sólo producen sentido cuando están en relación con otros elementos. Se puede identificar la relación entre elementos en el hecho de que, si se cambia alguna de las condiciones de dicha relación, el resultado es diferente, aunque sean mantenidos los mismos elementos en este conjunto. Las propiedades y el comportamiento del sistema no son nunca equivalente a la suma de las propiedades y comportamientos de sus o elementos⁴⁹⁶. Así pues, si los comportamientos de los elementos no son diferentes en relaciones distintas, se identifica que no hay relaciones entre los elementos, y por eso, no se trata de un sistema.

De otra forma, si en relaciones diferentes los comportamientos de los elementos también son diferentes, hay una relación sistemática, típica de un sistema. En la palabras de Luhmann: “En general, se puede hablar de sistema cuando se tiene ante los ojos características tales que, si se suprimieran, pondrían en cuestión el carácter de objeto de dicho sistema.”⁴⁹⁷

La idea de sistema está vinculada a la idea de interrelación, de existencia de sentido en la orden de los elementos. Así pues, un conjunto no es un sistema, como el conjunto de N , de números naturales (0, 1, 2, 3, 4, 5, 6...), justamente porque sus elementos son definidos en términos absolutos, es decir, si se cambia la relación entre ellos, como por ejemplo, a través de una operación de una suma, el número uno continúa siendo uno, el numero dos continua siendo dos, *et caetera*.

⁴⁹⁵ BERTALANFFY, Ludwig von. *Perspectivas en la Teoría General de Sistemas*, Madrid, Alianza Editorial, 1979, p. 56.

⁴⁹⁶ IZUZQUIZA, Ignacio. *La sociedad sin hombres*, Niklas Luhmann o la teoría como escándalo, *op. cit.*, p. 153.

⁴⁹⁷ CORSI, Giancarlo; ESPOSITO, Elena; BARALDI, Claudio. *Glosario sobre la teoría social de Niklas Luhmann*, p. 27.

Sin embargo, una célula es un sistema porque sus elementos, su núcleo, sus mitocondrias, sus ribosomas tienen una función y están dispuestos en una relación que, si se cambia, el comportamiento de los elementos cambia. Así, por ejemplo, si se saca una mitocondria del citoplasma y si se la pone en el núcleo de la célula, ella para de funcionar de la forma cómo funcionaba en el citoplasma, en virtud de encontrar una oferta diferente de elementos químicos en su entorno, lo que la hará funcionar mal o dejar de funcionar, provocando la destrucción celular.

Otro ejemplo, más sencillo, de sistema es un reloj de cuerdas, en el cual, se le saca un engranaje, los elementos tienen un comportamiento diferente. La cuerda sigue trabajando, porque fue contraída para funcionar, pero los punteros del reloj no funcionan más. Así pues, en estos dos ejemplos, si cambiamos la relación (R) por la relación otra (R'), los elementos (p) se comportan de otra forma (p').

Sin embargo, en el conjunto de números naturales (N), si cambiamos el orden de los números para el revés (... 6, 5, 4, 3, 2, 1, 0), por ejemplo, no hay ningún cambio de comportamiento de ningún elemento, porque en dicho conjunto los elementos están solamente puestos, y no mantienen ningún tipo de relación.

Hay que diferenciarse también la composición de un sistema de su estructura. La composición de un sistema está constituida por el conjunto finito de elementos que lo componen. La estructura de un sistema es formada por el conjunto de relaciones que existe entre los elementos que componen el sistema⁴⁹⁸.

Ahora que se ha explicado el concepto de sistema, en relación con el objeto específico de esta investigación, hay que identificar el concepto de sistema social. Un sistema social es un sistema que se constituye de comunicaciones en un nivel supra individual, tiene características diferentes de su entorno, tiene capacidad de comunicarse con dicho entorno, y se autorregula. En los términos del *Glosario sobre la teoría Social de Niklas Luhmann*:

“Un sistema social es un sistema autorreferencial autopoietico que constituye como diferencia con respecto a un entorno. Es además constitutivo de sentido. Sus operaciones y últimos elementos son

⁴⁹⁸ IZUZQUIZA, Ignacio. *La sociedad sin hombres*, Niklas Luhmann o la teoría como escándalo, *op. cit.*, p. 145.

comunicaciones. No existe un sistema social único, sino diversos sistemas sociales. Los sistemas sociales surgen por autocatálisis de los problemas de doble contingencia, que permiten afrontar a través de sus operaciones (comunicaciones). (...) Un sistema social, por tanto, es un sistema distinto de un entorno y operacionalmente cerrado, es decir, capaz de producir por sí mismo los elementos propios y las estructuras propias.”⁴⁹⁹

Así, a través del esquema a seguir, elaborado por Luhmann⁵⁰⁰ se puede identificar la naturaleza de los distintos tipos de sistemas que existen en la sociedad, y ubicarlos de acuerdo con las relaciones que mantienen entre sí⁵⁰¹:



En el *nivel I* se encuentra el género sistema, en el *nivel II* están dispuestas las especies de sistemas, y en el *nivel III* se encuentran los subsistemas sociales, como es la situación del subsistema del derecho, de la economía, de la religión, *et caetera*.

Hay que aclarar que la teoría de sistemas es solamente un esquema de observación de la realidad utilizado por Luhmann, es decir, Luhmann no mantiene con la teoría de sistemas compromiso ontológico ninguno. Dicha teoría es solamente un poderoso mecanismo de observación de la realidad, con un gran dominio de observación, que nos permite captar datos que no serían observables a través de otros referenciales teóricos. Luhmann no la tiene como gran relato ni como discurso o valor supremo, su relación con ella es meramente utilitaria. Es esto que advierte Ignacio Izuzquiza:

⁴⁹⁹ CORSI, Giancarlo; ESPOSITO, Elena; BARALDI, Claudio. *Glosario sobre la teoría social de Niklas Luhmann*, op. cit., p. 152.

⁵⁰⁰ LUHMANN, Niklas. *Sistemas sociales: lineamientos para una teoría general*, op. cit., p. 27.

⁵⁰¹ Semejante esquema encuéntrase en: STAMFORD DA SILVA, Artur. *Dez lições sobre Niklas Luhmann*. Petrópolis: Vozes, 2016, p. 85

“Asimismo, conviene destacar desde el primer momento que la teoría de sistemas le sirve como esquema de observación que proporciona un conjunto de diferencias para poder llegar a observaciones acertadas. En este sentido, es preciso subrayar que la teoría de sistemas no supone compromiso ontológico alguno, del mismo modo que tampoco lo hay en la teoría de la observación; al menos en tanto se hable de la ontología heredada del «antiguo pensamiento europeo» que Luhmann rechaza. La teoría de sistemas es más un instrumento de observación, con un gran dominio de aplicación y como tal debe, pues, considerarse. Nunca será una teoría de los objetos en el sentido de la ontología clásica.”⁵⁰²

La unión entre el estructuralismo funcional que Luhmann siempre planteó en su trabajo (aunque no lo admitiera) con la teoría de sistemas clásica, dio origen la denominada *teoría de sistemas estructuralista funcional*. Esta teoría permitió a Luhmann investigar un tema central de sus construcciones teóricas: la necesidad de reducción de complejidad, que será explicada en uno de los siguientes apartados.

Así pues, hay que subrayar que la noción de sistema, desde los primeros sociólogos que han estudiado el tema a través de la teoría sistémica, proviene de la observación de los organismos biológicos y, por eso, es necesario identificar cómo se puede diferenciar un sistema biológico de un sistema social, para saber hasta qué punto la observación de la naturaleza tiene un potencial de rendimiento en las ciencias del espíritu, lo que se realiza a continuación⁵⁰³:

4.2.4 Algunas características de la teoría de sistemas estructuralista funcional.

En el contexto de esta teoría, se puede subrayar algunas de sus características, de acuerdo con el citado trabajo de Ignacio Izuzquiza⁵⁰⁴. Así pues, el diseño de la teoría de sistemas estructuralista funcional de Niklas Luhmann tiene las siguientes características:

1. Todo sistema mantiene siempre una estrecha relación con la complejidad: es mediado de complejidad, una formación destinada a reducir la complejidad. La creación de sistemas equivale a estabilizar estructuras de sentido que reducen la complejidad.

⁵⁰² IZUZQUIZA, Ignacio. *La sociedad sin hombres*, Niklas Luhmann o la teoría como escándalo, *op. cit.*, p. 141.

⁵⁰³ REX, John. *Problemas fundamentales de la teoría sociológica*, Buenos Aires, Amorrortu, 1985, p. 85.

⁵⁰⁴ IZUZQUIZA, Ignacio. *La sociedad sin hombres*, Niklas Luhmann o la teoría como escándalo, *op. cit.*, p. 153 ss.

Formar sistemas supone siempre disponer de un orden menos complejo que el que se daba antes de formar el sistema.

Esto quiere decir que un sistema está formado por la complejidad, para reducir la complejidad. El sistema tiene por función la reducción de complejidad, es decir, él tiene como función procesar las informaciones del entorno que le interesan para identificarlas en el código binario correspondiente y atribuirles un significado inteligible. Se explica la idea de código binario de la siguiente forma:

“Con código se entiende una regla de duplicación que permite relacionar toda entidad que caiga en su campo de aplicación con una entidad correspondiente. Esto es válido en primer lugar para el código del lenguaje que permite relacionar toda enunciación positiva (*Ja-Fassung*) con una enunciación negativa correspondiente (*Nein-Fassung*): el enunciado negativo hay llueve puede entenderse como la negación del enunciado negativo hoy no llueve. Con base en el lenguaje, esto es válido para los códigos de los diversos sistemas de funciones basados siempre en un esquema binario. Los esquemas binarios son tipos específicos de distinciones caracterizadas por un rígido binarismo con la exclusión de terceros valores. Tal binarismo se expresa en lógica en el principio del tercero excluido; una comunicación científica es verdadera o no verdadera, y no existen otras posibilidades; un organismo está vivo o no vivo, y no puede estar un poco vivo. Una característica de la variedad es por la tanto una drástica reducción, que restringe la gama infinita de las posibilidades a dos únicas opciones relacionadas mediante una negación. También se dice que una distinción que satisfaga esta condición es tecnicada, entendiéndose como técnica el aligeramiento de los procesos de elaboración de informaciones relacionadas con el hecho de que no se toman en consideración todas las referencias de sentido implicadas. La binariedad presenta ventajas específicas: en primer lugar facilita el paso de un valor de la distinción a un valor contrapuesto. Una vez presupuesta la exclusión de terceros valores, es suficiente una negación pasar de un lado de la distinción a su opuesto: es suficiente negar la razón para obtener el error, negar lo verdadero para obtener lo no verdadero, etcétera. La conexión con el valor contrapuesto es mucho más directa que aquella con los valores de otras distinciones: lo verdadero se relaciona más inmediatamente con lo no verdadero que con la razón, lo bello o etcétera.”⁵⁰⁵

⁵⁰⁵ CORSI, Giancarlo; ESPOSITO, Elena; BARALDI, Claudio. *Glosario sobre la teoría social de Niklas Luhmann*, Mexico D.F., Anthropos, Universidad Iberoamericana, ITESO, 1996, p. 40-41.

El procesamiento de las informaciones transforma lo indefinido en palpable, en perceptible y con sentido para el sistema y, por eso, transforma lo más complejo en menos complejo, lo que se llama reducción de complejidad.

Así pues, con el desarrollo de los sistemas, es normal la multiplicación de informaciones y comunicaciones en su ámbito. Dicha multiplicación hace aumentar la complejidad de sus procesos, porque aumenta el número de operaciones y procesos que el sistema establece como respuesta a ella.

La forma por la cual se puede reducir la complejidad, en estos casos, se realiza a través de la especificación funcional, procedimiento en el cual son creados otros subsistemas o ámbitos de respuestas especializadas en el mismo sistema, lo que es en sí mismo un procedimiento complejo, que permite una respuesta más rápida y eficiente a los futuros estímulos de determinados tipos, y por eso, opera la reducción de complejidad.

2. La capacidad de elegir y seleccionar entre alternativas, así como de establecer posibilidades de conexión, es otro de los rasgos esenciales del concepto de sistema. Cuando Luhmann habla de selección, tiene presente siempre la moderna teoría de la comunicación, que concibe la información como una selección entre varias alternativas y un procesamiento de las mismas. La formación de un sistema supone reducir la complejidad para aumentar el potencial de selectividad. Y, de hecho, los límites de un sistema son los límites del ámbito en el que él puede realizar sus elecciones y cumplir sus selecciones.

El entorno del sistema presenta una multitud de alternativas. Sin embargo el sistema es contingente, es decir, él selecciona las comunicaciones del entorno que le interesan. Cuanto más el sistema pueda comprender las informaciones del exterior, lo que supone un proceso de reducción de su complejidad previo en relación con dichas informaciones, más amplio será el ámbito del sistema y más posibilidades él tendrá de comprender su entorno y de funcionar mejor. Así el sistema amplía sus límites, con la finalidad de ampliar con ellos su funcionalidad.

3. Un sistema encuentrase ordenado al cumplimiento de una determinada función. Para comprender dicha función, debe tenerse en cuenta el dinamismo del concepto de función que Luhmann pretende transmitir con su concepto de estructuralismo funcional. Unir el sistema al concepto de función supone dinamizar la propia teoría de sistemas. Es este elemento el que permite a Luhmann destacar el esencial concepto de diferenciación funcional de un sistema, proceso ya explicado *supra*, y sus análisis de la sociedad como sistema que se diferencia en diferentes subsistemas, cada uno de los cuales cumple una determinada función específica.

En este contexto, los sistemas tienen dos tipos de funciones: las funciones que son comunes a todos los sistemas y las funciones específicas de cada sistema. Las funciones específicas de los sistemas están vinculadas a sus elementos específicos, tales como su código binario. Así pues, una función general del sistema del Derecho es, por ejemplo, la reducción de complejidad. Y una función específica de dicho sistema es la identificación de las comunicaciones que recibe en lícitas o ilícitas.

Es justamente la diferenciación funcional del sistema del Derecho lo que permite trabajar con el código binario lícito e ilícito, que le permite al sistema de la economía trabajar con su código binario respectivo, *et caetera*, y que permite a cada sistema establecer los procedimientos propios de procesamientos de las comunicaciones que le interesan.

4. La estructura de un sistema, en la teoría de sistemas clásica, era el conjunto de relaciones establecidas entre sus elementos. Luhmann mantiene este significado del concepto, pero introduce un importante matiz. La estructura es siempre una estructura dinámica, mediante la cual el sistema mantiene una apertura organizada respecto a otras posibilidades. Dicho de otro modo, la estructura es un modo de estabilización del sistema que nunca cierra el sistema a diferentes posibilidades, sino que le permite acceder a ellas, eligiendo y estableciendo conexiones de modo eficaz. Sólo mediante la formación de estructuras el sistema puede hacer eficaz su propia apertura para otras posibilidades, ser suficientemente complejo y mantener un nivel en el que sea posible la selección.

La forma por la cual un sistema reconoce la realidad de su entorno se realiza a través del procedimiento de atribución de sentido a las comunicaciones a él aportadas y su adaptación a su código binario. Luhmann establece una teoría de los sistemas en la cual los elementos del sistema no tienen sólo relación con sus propios elementos, sino que, establece la posibilidad de que estos elementos se relacionen con las comunicaciones del entorno, a través del procedimiento de atribución de sentido sistémico a dichas comunicaciones. Es eso precisamente lo que permite una apertura permanente del sistema a nuevas posibilidades, y al mismo tiempo, la mantención la unidad necesaria a su funcionamiento.

5. Un sistema no puede existir nunca sin su entorno, de modo que entre sistema y entorno se establece una relación necesaria para la definición de un conjunto de elementos como sistema. De hecho, la unidad de un sistema es la unidad de la diferencia que mantiene con su entorno.

Toda la teoría de Luhmann está establecida no a través de la necesidad clásica de crearse conceptos, pero a partir de la necesidad de establecerse diferencias. Eso es precisamente lo que confiere un carácter dinámico a su epistemología, en contraposición al carácter estático de las epistemologías clásicas que consideran la relación entre sujeto y objeto como algo no dinámico

Las posibilidades de establecerse la diferencia entre los elementos de un conjunto son infinitas, y cada vez que se empieza nuevamente un proceso de identificación de una diferencia identificada con anterioridad, se puede llegar a conclusiones nuevas, porque las características observadas pueden ser diferentes o el observador puede simplemente haber llegado a conclusiones diferentes, lo que es posible en la ciencia. El concepto de sistema se busca a través de su diferenciación en relación con su entorno, y el concepto de entorno, en su turno, se busca a través de la identificación de sus diferencias con el sistema.

4.2.4.1 Diferencia entre sistema y entorno.

Un punto de partida elemental de toda teoría de sistemas y por eso también, de la teoría de sistemas sociales – es la diferenciación de los conceptos de sistema y entorno. La primera cosa que se debe informar es que la teoría de Luhmann se preocupa más en establecer

diferenciaciones, que pueden ser restablecidas a cualquier momento, que en establecer conceptos estático, de ahí el carácter dinámico de su teoría sistemas.

Toda observación tiene por fin una diferenciación. Toda observación o esquema de observación de la realidad tiene la intención de, a través de la especificación de determinadas características, establecer una diferencia entre un o unos elementos y las cosas que no son o que no tienen las características de dicho elemento. “El análisis funcional utiliza el proceso de la relación con el fin de comprender lo existente como contingente, y lo diverso como comparable.”⁵⁰⁶ Luhmann informa que:

“Toda determinación (todo señalamiento, todo conocer, todo actuar) realiza en tanto operación el establecimiento de una forma con estas características; realiza —como en el pecado original— un corte en el mundo con el resultado de que se establece una diferencia que genera simultaneidad y necesidad de tiempo, y que vuelve inaccesible la indeterminación antes existente. (...) Cada vez que el concepto de forma señala uno de los lados de una distinción bajo el presupuesto de que hay otro lado simultáneamente definido, se da también una superforma, es decir, la forma que distingue a la forma de cualquier otra cosa.”⁵⁰⁷

A través de esta conceptualización es posible interpretar también la distinción entre sistema y entorno. El concepto de sistema ya fue explicado en el apartado precedente. El entorno del sistema es el conjunto de elementos que tienen influencia en el sistema y son influidos por él, aunque no pertenecientes al mismo sistema⁵⁰⁸. Luhmann lo aclara de la siguiente forma:

“En otras palabras: los sistemas pueden distinguirse a sí mismos de su entorno, aunque esto ocurre como operación en el mismo sistema. La forma que ellos generan ciegamente al operar de manera recursiva y con la cual se diferencian se pone nuevamente a su disposición cuando se observan a sí mismos como sistema-en-un-entorno. Y solo así —bajo estas condiciones precisas— también la teoría de sistemas se constituye en fundamento de una determinada praxis de distinguir y de señalar. La teoría de sistemas utiliza la distinción sistema/entorno como forma de sus observaciones y descripciones; pero para poder hacerlo debe saber distinguir esta distinción de otras distinciones —por ejemplo, las de la teoría de la acción.”⁵⁰⁹

⁵⁰⁶ LUHMANN, Niklas. *Sistemas sociales: lineamientos para una teoría general*, *op. cit.*, p. 51.

⁵⁰⁷ LUHMANN, Niklas. *Sociedad de la sociedad*, *op. cit.*, p. 42.

⁵⁰⁸ IZUZQUIZA, Ignacio. *La sociedad sin hombres*, Niklas Luhmann o la teoría como escándalo, *op. cit.*, p. 145.

⁵⁰⁹ LUHMANN, Niklas. *Sociedad de la sociedad*, *op. cit.*, p. 43.

Hay dos tipos de sistemas, clasificados de acuerdo con su relación con el entorno. Hay los sistemas cerrados, que son autónomos y no tienen relaciones con su entorno, y hay sistemas abiertos, que mantienen relación con su entorno.

Sin embargo, la relación que el sistema social mantiene con su entorno es una relación doble. Al mismo tiempo en que mantiene una relación de independencia en un sentido, el sistema depende de su entorno en otro sentido, lo que hace que dicha relación de dependencia e independencia no sean mutuamente excluyentes. Algunas características del entorno deben ser informadas. Una vez más, serán utilizados los estudios de Izuzquiza⁵¹⁰ para señalar dichas características, a seguir expuestas:

1. El entorno es siempre relativo al sistema. Representa el conjunto de elementos que mantienen relaciones con el sistema y que se ven afectados por el comportamiento del sistema. Mediante su entorno, un sistema puede totalizarse a sí mismo y considerarse como una unidad, porque el entorno es, en cierta forma, todo lo que no es el sistema.
2. El entorno es siempre un concepto problemático, y no exige una coordinación total con el sistema. Nunca hay una correspondencia biunívoca entre los elementos del entorno y los elementos del sistema. El entorno es siempre más complejo que el sistema, y en él hay un exceso de relaciones y de posibilidades que se enfrentan al sistema.
3. El entorno es siempre un modo de azar relativo al sistema. Es decir, el entorno es un conjunto de alternativas, de posibilidades, de probabilidades que se presentan al sistema para que éste pueda ejercitar su actividad de selección. El entorno es la porción de azar que el sistema reconoce como abierta ante sí y que es por otra parte condición de su propia existencia. No puede haber sistema sin un ámbito de posibilidades respecto a las que éste puede ejercitar su selección. Y este ámbito no es más que el entorno.

⁵¹⁰ IZUZQUIZA, Ignacio. *La sociedad sin hombres*, Niklas Luhmann o la teoría como escándalo, *op. cit.*, p. 158 ss.

4. Otro modo de considerar el entorno tiene, en su base, la complejidad. El entorno es la complejidad respecto al sistema. Este rasgo del entorno incide directamente en la propia constitución. En efecto, la presencia del entorno puede llevar a la formación de subsistemas en cada sistema, lo que permite abordar con mayor eficacia la complejidad del entorno. El entorno es, siempre, un horizonte de procesamiento de la información para el sistema.
5. El entorno del sistema no es lo mismo que los sistemas que se encuentran en el entorno. Cada uno de estos sistemas tiene su propio entorno, frente al cual debe realizar sus selecciones. Aunque hayan otros sistemas en el entorno de un sistema, su entorno nunca podrá ser considerado un sistema porque no tiene una estructura y no presenta relaciones de sus elementos propias de un sistema.

La relación de dependencia que mantiene el sistema con su entorno es llamada apertura cognitiva. La relación de independencia que el sistema mantiene con su entorno es llamada de clausura operacional. Dichas relaciones representan el estado de desarrollo final en la teoría luhmanniana. La pregunta que ahora debe hacerse es: ¿en qué consisten dichas relaciones y bajo qué condiciones se desarrollan? La respuesta a la pregunta se encuentra en el siguiente apartado.

4.2.4.2 Apertura cognitiva y clausura operativa: un sentido para la *autopoiesis*.

Al observar el comportamiento de los sistemas, se pudo concluir que algunos de ellos presentaban relaciones autorreferenciales, es decir, circulares. Ellos buscaban las bases de su funcionamiento en su propio funcionamiento. En este contexto, el papel del entorno era secundario. Él tenía informaciones que no se identificaban con el sistema, sin embargo, tenían importancia para el sistema. Así pues, el sistema buscaba identificar dichas informaciones y transformarlas en algo inteligible para él. Luhmann informa que:

“Un primer paso en este desarrollo lo constituyó la inclusión de relaciones autorreferenciales, por tanto, circulares. En un primer momento se pensó en la construcción de estructuras del sistema a través de procesos sistémicos propios y se habló, por consiguiente, de auto-organización. El entorno fue entendido como fuente de ruido no

específico (carente de sentido), del cual, sin embargo, el sistema podía extraer sentido a través del contexto de sus propias operaciones. Así se trató de explicar que el sistema —ciertamente en dependencia del entorno y en ningún caso sin entorno aunque sin estar determinado por el— puede organizarse por sí mismo y construir su propio orden: “*order from noise*”. Visto desde el sistema, el entorno actúa sobre él casualmente, aunque precisamente esta casualidad se torna imprescindible para que pueda emerger el orden; y cuanto más complejo se torne el orden más imprescindible será la intervención del azar.”⁵¹¹

En este contexto, la apertura cognitiva de los sistemas consiste en la posibilidad del sistema absorber una información del ambiente, no adaptada a su forma de funcionar, es decir, de una forma ininteligible para él, y de transformarla en una información que tiene sentido en su ámbito, expresada en forma de su código binario. El mecanismo de apertura cognitiva es realizado a través de un proceso interno y propio del sistema, en el cual él capta la información y atribuye a ella la frecuencia en la cual trabaja, es decir, su código binario.

Se puede afirmar que la apertura cognitiva es la forma por la cual el sistema percibe, ve e interpreta su entorno. Esta actividad permite mejorar el funcionamiento del sistema y comprender su entorno y, por eso, es considerada funcional si se realiza en la forma y en los límites de los mecanismos del sistema. Un sistema no puede evolucionarse ni actualizarse si no se abre a su entorno y no se comunica con él y con los otros sistemas.

La apertura cognitiva es una forma de iniciar el proceso de diferenciación funcional y, con eso, de ampliación de los ámbitos del sistema, al mismo tiempo en que aumenta la complejidad del sistema, porque aumenta el número de informaciones que posee y que puede percibir. Luhmann informa que:

“Todas las relaciones externas (entre un sistema autopoietico y el entorno) vienen dadas de manera inespecífica —lo cual no excluye en absoluto que un observador especifique lo que él mismo quiere o puede ver. Toda especificación —aun la de la relación con el entorno— presupone autonomía del sistema, y su estado histórico es condición de posibilidad de dicha autonomía. Porque la especificación es ella misma una forma, una distinción: está constituida por una elección efectuada en un ámbito de elección autoconstruido

⁵¹¹ LUHMANN, Niklas. *Sociedad de la sociedad, op. cit.*, p. 44.

(información), y una forma así sólo puede formarse en el propio sistema.”⁵¹²

La clausura operativa del sistema significa que el sistema tiene sus propios procesos de atribución de sentido a sus propios elementos y a elementos externos, que él se autorregula y se auto-organiza, tiene sus propias reglas de funcionamiento y que tiene un lenguaje propio para eso, su código binario. La clausura operativa es lo que permite al sistema auto-organizarse. Sólo a través de procesos propios del sistema se puede decir que tiene sentido la atribución de sentido a sus propios elementos y a las relaciones de dichos elementos. Luhmann informa que:

“La clausura operativa trae como consecuencia que el sistema esté determinado a la auto-organización. Sus propias estructuras pueden construirse y transformarse únicamente mediante operaciones propias. Por ejemplo, el lenguaje sólo puede modificarse con la comunicación y no de forma inmediata con el fuego, los terremotos, las radiaciones espaciales, o con las prestaciones perceptivas de una conciencia particular.”⁵¹³

Todo lo que se pueda imaginar acerca de las reglas comprometidas con el funcionamiento del corresponde solamente a él. El sistema se apoya en sí mismo, en relación con su forma de funcionar y, por eso, se dice que el sistema es autopoietico. Luhmann informa que:

“En el plano de las operaciones propias de un sistema no hay ningún contacto con el entorno, por eso tampoco sistemas situados en el entorno pueden intervenir en los procesos autopoieticos de un sistema clausurado operativamente. Esto es válido aun (y precisamente) cuando —y sobre esta idea difícil que contradice toda la tradición de la teoría del conocimiento debemos expresamente llamar la atención— estas operaciones sean observaciones o bien operaciones cuya autopoiesis exija una auto-observación.”⁵¹⁴

Partiendo de las observaciones realizadas por Maturana y Varela⁵¹⁵, con respecto al funcionamiento de los sistemas biológicos, Luhmann⁵¹⁶ identifica la sociedad como un

⁵¹² LUHMANN, Niklas. *Sociedad de la sociedad*, op. cit., p. 46.

⁵¹³ LUHMANN, Niklas. *Sociedad de la sociedad*, op. cit., p. 67.

⁵¹⁴ LUHMANN, Niklas. *Sociedad de la sociedad*, op. cit., p. 66.

⁵¹⁵ MATURANA, Humberto; VARELA, Francisco. *El árbol del conocimiento*. Santiago: OEA/Editorial Universitaria, 1984, *passim*.

⁵¹⁶ “Un sistema social es un sistema autorreferencial autopoietico, que constituye como diferencia con respecto a un entorno. Es además constitutivo de sentido [véase sentido]. Sus operaciones y últimos elementos son

sistema autopoietico formado por otros subsistemas también autopoieticos, como los sistemas de la economía, del Derecho, de la salud *et caetera*. La autopoiesis se realiza cuando el sistema produce sus propios componentes y sus procesos de producción de sentido de sus elementos, y por eso se diferencia del inseparable ambiente en el cual se ubica. En las palabras de Luhmann:

“En este nivel de discusión, Humberto Maturana con su concepto de autopoiesis introduce un elemento nuevo. Los sistemas autopoieticos son aquellos que por sí mismos producen no sólo sus estructuras, sino también los elementos de los que están constituidos —en el entramado de estos mismos elementos. Los elementos sobre los que se alzan los sistemas autopoieticos (que vistos desde la perspectiva del tiempo no son más que operaciones) no tienen existencia independiente: no es por tanto que ya estén y que simplemente se coloquen. Más bien se producen por el sistema y precisamente por el hecho de que se utilizan como distinciones —sin importar la base energética o material. Los elementos son informaciones, son diferencias que en el sistema hacen una diferencia. En ese sentido son unidades de uso para producir nuevas unidades de uso —para lo cual no existe ninguna correspondencia en el entorno.”⁵¹⁷

La autopoiesis no aísla los sistemas pero, al revés, que promueve la posibilidad de comunicación entre ellos, para el intercambio de informaciones, lo que mejora sus funciones. La comunicación influye los procesos internos propios de los sistemas, pero no los determina. De eso se deduce que los sistemas sociales son operativamente cerrados, pero cognitivamente abiertos. Así define lo Luhmann:

“La noción de autopoiesis comprende no sólo las relaciones más o menos consolidadas entre los elementos, sino también los elementos mismos, resultantes de la reproducción correlativa del sistema. Un sistema autopoietico puede representarse entonces como algo “autónomo”, sobre la base de una “organización cerrada” de reproducción auto-referencial. Clausura y auto-referencia se relacionan en un nivel formado por la síntesis de elementos, y no niegan en modo alguno la dependencia respecto al entorno a otros niveles. Queda claro, no obstante, que en el ámbito de los sistemas

comunicaciones. No existe un sistema social único, sino diversos sistemas sociales. Los sistemas sociales surgen por autocatálisis de los problemas de doble contingencia, que permiten afrontar a través de sus operaciones (comunicaciones). (...)Un sistema social, por tanto, es un sistema distinto de un entorno y operacionalmente cerrado, es decir, capaz de producir por sí mismo los elementos propios y las estructuras propias.” CORSI, Giancarlo; ESPOSITO, Elena; BARALDI, Claudio. *Glosario sobre la teoría social de Niklas Luhmann*, p. 152.

⁵¹⁷ LUHMANN, Niklas. *Sociedad de la sociedad*, op. cit., p. 45.

autopoiéticos, la clausura circular interna es condición *sine qua non* para la continuidad de la auto-reproducción del sistema y que el cese de la misma significaría la muerte.”⁵¹⁸

Los sistemas autopoiéticos son también autorreferentes porque, además estaren constituídos por su propia estructura, lo que se llama auto-organización, ellos están constituídos por su composición, lo que va más allá de la mera auto-organización. Es decir, los sistemas constituyen sus propios elementos mediante sus propios medios (autorreferencia), y no tanto desde un observador externo que señala la diferencia entre sistema y entorno. Luhmann aclara estos planteamientos:

“Un primer impulso de desarrollo lo dio el concepto de auto-organización, y fue alrededor de 1960 cuando alcanzó su punto culminante en tres grandes simposios. El concepto de auto-organización se refería «sólo» a las estructuras del sistema —hay que decirlo—, al mirar hacia atrás. Cambiar las estructuras del sistema con sus propios medios consistía, primero, en un problema conceptual especialmente difícil, y por eso particularmente atractivo para la teoría de sistemas. Sin embargo, se ha quedado lejos de alcanzar todo lo que hoy en día se entiende por autorreferencia. Entretanto, la referencia a la unidad, sea del sistema o de los elementos, ha hecho retroceder la referencia a la estructura (aunque, naturalmente, no ha quedado excluida). La teoría de sistemas autorreferenciales sostiene que la diferenciación de los sistemas sólo puede llevarse a cabo mediante autorreferencia; es decir, los sistemas sólo pueden referirse a sí mismos en la constitución de sus elementos y operaciones elementales (lo mismo en el caso de los elementos del sistema, de sus operaciones, de su unidad). Para hacer posible esto, los sistemas tienen que producir y utilizar la descripción de sí mismos; por lo menos, tienen que ser capaces de utilizar, al interior del sistema, la diferencia entre sistema y entorno como orientación y principio del procesamiento de información. La cerradura autorreferencial es sólo posible bajo condiciones ecológicas: en el marco de un entorno.”⁵¹⁹

Un sistema autorreferente se constituye de la diferencia entre sí mismo y el entorno. Él mismo construye sus elementos, la relación entre ellos y la forma por la cual el sistema funciona. Eso sólo es posible a través del proceso de diferenciación, a través del cual el sistema identifica si las informaciones que recibe provienen del entorno de sus elementos o de estos elementos. A través de la clasificación de las comunicaciones es posible identificar su origen y diseñar el

⁵¹⁸ LUHMANN, Niklas. *Organización y Decisión: Autopoiesis, acción y entendimiento comunicativo*. Barcelona: Anthropos, 1997, p. 105.

⁵¹⁹ LUHMANN, Niklas. *Sistemas sociales: lineamientos para una teoría general*, *op. cit.*, p. 33.

sistema, a través del propio sistema. Sin embargo, la autopoiesis no representa un aislamiento del sistema, como informa el profesor Urteaga, de la siguiente forma: “*El uso del concepto de autopoiesis induce además que un sistema es incapaz de alcanzar su entorno gracias a estas operaciones. Sin embargo, esta característica no conlleva un cierre absoluto ante el medioambiente, pero la regulación y la selección, por el mismo sistema, establece lo que es pertinente para él en su entorno y ante lo cual reacciona*⁵²⁰.”

4.2.4.3 La comunicación en el sistema.

Es necesario determinar cuáles son las condiciones de la autodeterminación, autorregulación y auto-organización, es decir, de la autopoiesis. La idea básica que permite esos procesos es la idea de comunicación. A través de ella, el sistema funciona y evoluciona, identifica lo que constituye su estructura y composición y establece diferenciación con el entorno. Luhmann observa que:

“El sistema sociedad no se caracteriza entonces por una determinada ‘esencia’ (*Wesen*), ni mucho menos por una determinada moral (propagación de la felicidad, solidaridad, nivelación de condiciones de vida, integración por consenso racional, etcétera), sino únicamente por la operación que produce y re-produce a la sociedad: eso es la comunicación. Luego, por comunicación se entiende (así como por operación) un acontecimiento que en todo caso sucede de manera histórico-concreta, un acontecimiento que depende por tanto de contextos —no se trata, pues, únicamente de aplicación de reglas del hablar correcto.”⁵²¹ Resulta, entonces, que la sociedad es un sistema determinado total y exclusivamente por sí mismo. Todo lo que se determina como comunicación tiene que determinarse por medio de la comunicación. Todo lo que se experimenta como realidad resulta de la resistencia que opone la comunicación a la comunicación, y no de que

⁵²⁰ “El fenómeno recuerda los trabajos del biólogo Jakob von Uexküll sobre la relación de los animales con su entorno. Según él, se limitan a lo que es pertinente para ellos. Luhmann aplica al sistema esta propiedad que consiste en percibir y utilizar en su entorno lo que es pertinente para él. No se interpreta como una pobreza sino como un control por parte del sistema de la complejidad. «Los sistemas autopoieticos son soberanos hacia la creación de identidades y de diferencias. Evidentemente, no crean por sí mismos un mundo material. Presuponen otros niveles de realidad. Pero, sean cuales sean las identidades y las diferencias que utilizan, siempre son aquellas que han trazado ellos mismos». Por lo tanto, el entorno del sistema solo encuentra su unidad a través del sistema y únicamente encuentra su opacidad por el sistema. Si el entorno reúne todo lo que el sistema puede disponer vía la reproducción autopoietica, la relación a los demás sistemas está concernida por esta imposibilidad estructurada.” Urteaga, Eguzki. “La teoría de sistemas de Niklas Luhmann”, *Contrastes. Revista Internacional de Filosofía*, vol. XV (2010), pp. 301-317. ISSN: 1136-4076. Málaga (España), p. 315

⁵²¹ LUHMANN, Niklas. *Sistemas sociales: lineamientos para una teoría general*, *op. cit.*, p. 48.

el mundo externo (ordenado y existente, de alguna manera) se imponga.”⁵²²

La comunicación es la operación a través de la cual es posible transmitir las informaciones y, por eso, no se constituye en el contenido de la propia información. Las comunicaciones son hechos ligados a un instante de tiempo, porque en cuanto surge, se desvanece⁵²³. Ella se compone de tres elementos: información/darla-a-conocer/entenderla.

En este contexto, lo que efectivamente genera la comunicación es sólo su último elemento: el entender. “La comunicación es entonces una cierta manera de observar el mundo pasando por la distinción específica de información y darla a conocer. Es una de las posibilidades de ganar universalidad mediante especificación.”⁵²⁴

Una importante función se asigna a la comunicación. En los sistemas vivientes, es decir, en los sistemas con organización autopoietica de las moléculas en el espacio, es posible identificar sus límites a través de mediciones espaciales. Sin embargo, los límites de los sistemas formados solamente a través de comunicaciones, como los sistemas sociales, no son identificables a través de límites físicos.

Estos sistemas no están de ninguna manera limitados en el espacio, pero tienen una forma de límite completamente diferente, puramente interna⁵²⁵. Los límites de dichos sistemas son establecidos a través de la comunicación y la diferenciación, es decir, a través de la comunicación ellos son capaces de identificar su estructura, a través de la diferenciación entre sistema y entorno. Luhmann informa que:

Esto es válido para la conciencia que, justo por eso, se distingue del cerebro y puede llegar a “externalizar” la auto-observación neurofisiológica del organismo. Y con más razón esto es válido para el sistema de comunicación ‘sociedad’ —como se ha hecho evidente desde la invención de la escritura o a más tardar desde la invención del teléfono. El límite de este sistema se produce y reproduce en cada una de las comunicaciones en la medida en que la comunicación se determina a sí misma como comunicación dentro del entramado de las propias operaciones del sistema y que, al hacerlo de esta manera, no

⁵²² LUHMANN, Niklas. *Sistemas sociales: lineamientos para una teoría general*, op. cit., p. 69.

⁵²³ LUHMANN, Niklas. *Sociedad de la sociedad*, op. cit., p. 49.

⁵²⁴ LUHMANN, Niklas. *Sociedad de la sociedad*, op. cit., p. 50.

⁵²⁵ LUHMANN, Niklas. *Sociedad de la sociedad*, op. cit., p. 53.

incorpora ningún componente físico, químico, neurofisiológico. Dicho de otro modo, toda operación aporta algo al proceso de diferenciación del sistema y no puede conseguir su propia unidad de otra manera. El límite del sistema no es otra cosa que la manera y la concreción de sus operaciones —que individualizan al sistema. Es la forma del sistema cuyo otro lado con eso se vuelve entorno.⁵²⁶

La comunicación entre sistema y su entorno es justamente lo que permite al sistema conocer sus límites. Sin embargo, ¿es posible, la comunicación/observación de un sistema por otro sistema? La respuesta a esta pregunta se encuentra en el siguiente apartado.

4.2.4.4 Acoplamiento estructural.

El acoplamiento estructural es la forma de comunicación entre sistemas. Con él, dos o más sistemas, que trabajan con clausura operativa y autopoiesis, cada uno con su propio código binario, trabajan de forma simultánea intercambiando informaciones. Es posible identificar también acoplamiento estructural entre sistema y entorno. En el ámbito de los sistemas biológicos, Luhmann nos pone el ejemplo de la visión y de la audición.

Vista y oído son dos subsistemas autopoietéticos orgánicos, cada uno con su forma de captar el entorno. Sin embargo, el acoplamiento estructural entre ellos permite la conjugación de reacciones simultáneas entre ellos, a través del organismo, es decir, el organismo coordina una serie de comunicaciones entre ellos para que reaccionen de forma simultánea. Eso pasa, por ejemplo, con la reacción a una explosión o el hecho de asistir a una película, lo que no quiere decir que el organismo pasará a ver con los oídos o escuchar con los ojos. Luhmann observa que:

“Si la adaptación ha de lograrse, el sistema por un lado debe clausurarse operativamente y reproducirse autopoieticamente, y —por otro— debe apoyarse en acoplamientos estructurales extremadamente reducidos en relación con el entorno. Vista y oído —con sus correspondientes operaciones de enlace con el cerebro— son los mejores ejemplos para ello.”⁵²⁷

⁵²⁶ LUHMANN, Niklas. *Sociedad de la sociedad*, op. cit., p. 53.

⁵²⁷ LUHMANN, Niklas. *Sociedad de la sociedad*, op. cit., p. 74.

El acoplamiento estructural es una forma muy potente de intercambio de informaciones, en la cual un sistema tiene un contacto muy cercano con parte de otro. Acoplamientos estructurales nunca ocurren en todo el sistema simultáneamente, sino que, sólo en algunas de sus partes, lo que permite que él continúe trabajando al mismo tiempo en el cual se acopla estructuralmente con otro sistema.

A través del encuentro de dos sistemas, ellos se observan mutuamente y realizan procesos simultáneos, cada uno con sus reglas propias, es decir, autopoieticamente. En este proceso, un sistema observa otro, recibe y emite comunicaciones simultáneamente, de forma muy eficiente, y les procesa internamente, les transforma en elemento propio, les atribuye un código binario, además de establecer las relaciones que en aquel momento mantiene con los otros elementos del sistema. Luhmann informa que:

“Con una terminología de la informática, podría también afirmarse que los acoplamientos estructurales digitalizan relaciones análogas. Dado que el entorno —y dentro de él otros sistemas— opera siempre en simultaneidad con el respectivo sistema de observación, a primera vista sólo transcurren relaciones análogas que corren paralelas. De ahí los sistemas participantes no pueden extraer informaciones porque esto presupondría digitalización. Los acoplamientos estructurales deben entonces primero transformar las relaciones análogas en digitales si es que el entorno quiere influir en el sistema a través de ellas. En la relación del sistema de comunicación con el de conciencia, esta es una función del lenguaje: transformar la simple yuxtaposición continua en sucesión discontinua.”⁵²⁸

Los eventos comunicativos que los sistemas psíquicos realizan en los sistemas sociales sólo son posibles si se realizan a través del acoplamiento estructural entre estos sistemas. En términos de la sociología clásica, los eventos comunicativos que los seres humanos realizan en los sistemas sociales sólo son posibles a través del intercambio simultáneo de comunicaciones entre ellos. El acoplamiento estructural entre sistemas psíquicos y sistemas sociales se produce a través del lenguaje, el medio que permite dichas comunicaciones. Luhmann informa que:

“Como puede reconocerse fácilmente, el acoplamiento estructural ordinario entre sistemas de conciencia y sistemas de comunicación se hace posible por el lenguaje. De esta manera, un tema también muy

⁵²⁸ LUHMANN, Niklas. *Sociedad de la sociedad*, op. cit., p. 73.

discutido en la sociología —el que se refiere a la relación entre sociedad, cultura, lenguaje y ‘mentalidades’ psíquicas—adquiere en la construcción teórica un concepto necesario y sostenible.”⁵²⁹

Para la teoría funcional de los sistemas sociales el lenguaje representa un poderoso mecanismo de reducción de complejidad. A través de él, es posible el intercambio de informaciones entre sistemas sociales, sociales y psíquicos, y entre sistemas psíquicos. Hasta los sistemas orgánicos poseen lenguaje, diferente del lenguaje que ahora se hace referencia, como por ejemplo, el lenguaje de las células, identificado en el ADN (ácido desoxirribonucleico). Luhmann informa que:

“Desde el punto de vista evolutivo, el lenguaje es un tipo de ruido extremadamente improbable el cual, precisamente por dicha improbabilidad, posee un alto valor de llamar la atención y posibilidades muy complejas de especificación. Cuando se habla, una conciencia presente puede con facilidad distinguir ese ruido de los demás y casi no puede sustraerse a la fascinación de la comunicación que fluye —independientemente de lo que piense en el inaudible sistema propio. Al mismo tiempo, las posibilidades de especificación del lenguaje permiten construir estructuras de comunicación altamente complejas: por una parte, permiten que las mismas reglas del lenguaje se complejicen y luego caigan en desuso; y, por otra, que se construyan semánticas sociales que reactiven de manera situacional importantes posibilidades de comunicación. Lo mismo vale —mutatis mutandis— para el lenguaje transferido del médium acústico al médium óptico, es decir, para la escritura. De los enormes efectos —todavía infravalorados— de esta conversión óptica del lenguaje, nos ocuparemos más de cerca en el próximo capítulo.”⁵³⁰

Este tema tiene especial importancia para comprender el mecanismo de funcionamiento de la confianza, que se expresa en el acoplamiento estructural entre sistemas sociales y psíquicos, que será explicado oportunamente. Ahora se debe subrayar solamente que la forma por la cual se pasa el intercambio de informaciones entre sistemas psíquicos y sociales se llama acoplamiento estructural, lo que permite un intercambio simultáneo de informaciones.

Este tema es importante también para comprender como Luhmann concibe el ser humano, y para identificar que su antihumanismo no tiene nada que ver con cualquier forma de desprecio a la preservación de los derechos y valores del hombre. Esta forma de ver la realidad fue

⁵²⁹ LUHMANN, Niklas. *Sociedad de la sociedad*, op. cit., p. 79.

⁵³⁰ LUHMANN, Niklas. *Sociedad de la sociedad*, op. cit., p. 80.

concebida para comprender mejor la complejidad de las relaciones en sociedad, que no se limitan ni deben limitarse a los ámbitos de percepción de la acción humana.

4.3 Un ejemplo de subsistema social y su funcionamiento: el sistema del Derecho.

El Derecho establece la forma (o el procedimiento) por la cual los conflictos sociales, que son informaciones del entorno, serán resueltos en su ámbito. Es decir, el Derecho establece las reglas procesales, como las reglas de competencia y prueba, por ejemplo. Dichos conflictos son informaciones del entorno sobre los cuales y el propio sistema elige cuales conflictos resolverá y cuáles serán sometidos a su ámbito, es decir, el sistema establece las reglas de entrada de informaciones y la forma de procesamiento de dichas informaciones.

Además, el sistema establece también una forma de identificar las informaciones en el entorno y en el sistema, lo que permite identificar, por ejemplo, una conducta (que es una información que viene del entorno) como delictiva e identificar la consecuencia sistémica para dicha conducta, que es la pena (una información que hace parte del sistema), a través de un proceso propio del sistema, el procedimiento penal.

Otros sistemas poseen otras formas de interpretación de las informaciones. Así, por ejemplo, para el sistema de la economía no importa si una determinada conducta es lícita o ilícita, en su ámbito el procesamiento de las informaciones parte de su calificación como lucrativa o no lucrativa.

Toda esta operación lo hace el sistema de Derecho a través de la identificación de las informaciones a través del código binario lícito/ilícito. En este sentido, el delito entra como una comunicación en el sistema del Derecho, que este califica como ilícito, y la respuesta del sistema es la imposición de una pena o medida de seguridad. La pena podría ser calificada como una información ilícita, si no hubiese sido impuesta a través del procedimiento establecido por el sistema, como respuesta a una conducta ilícita.

La clausura operativa – y por eso, la autopoiesis – puede ser identificada en muchas formas de comunicación en el sistema del Derecho. Ella puede ser identificada en el hecho de que el propio sistema establece la forma por la cual reacciona a estímulos del ambiente, como por

ejemplo, la forma por la cual tratará una comunicación, como la información que contiene un delito, en el ámbito del sistema, a través de un procedimiento por él establecido (proceso penal).

Se puede también identificar la autopoiesis en el hecho de que, cuando el sistema del Derecho identifica un delito, por ejemplo, el sistema no recoge una información del sistema de la economía para definir si dicha información es lícita o ilícita, él tiene sus propios mecanismos de atribución de sentido a sus elementos y a las informaciones externas.. Esos son sólo algunos de los múltiples ejemplos que se puede pensar.

La apertura cognitiva del sistema también puede ser identificada de diversas formas. Un ejemplo de apertura cognitiva es la posibilidad del sistema ser estimulado a través de la comunicación de una conducta por él identificada como ilícita. El recibe una información del ambiente que lo hace reaccionar con los mecanismos propios que posee y organiza.

Otro ejemplo de apertura cognitiva es la posibilidad de procesamiento de informaciones, a través de mecanismos propios, posibilitada por el acoplamiento estructural. Es decir, la posibilidad de, a través del procedimiento legislativo (momento de acoplamiento estructural entre sistema del Derecho y sistema de la política) ocurrir el intercambio de informaciones y su procesamiento es su forma de apertura cognitiva.

En este contexto, a través de un proceso propio del sistema del Derecho, dicho sistema recibe informaciones del sistema político, y actualiza sus informaciones como, por ejemplo, la forma por la cual él procesa determinados tipos de información, la relaciones que determinados elementos tienen en el sistema, o hasta las reglas comprometidas en la identificación de una comunicación como lícita o ilícita.

De la forma descrita, el sistema del Derecho percibe las comunicaciones existentes en el entorno, como las expectativas normativas, y las transforma en normas a través de la institucionalización, en las condiciones descritas en el capítulo siguiente. Jakobs reconoce la importancia de este proceso para el sistema del Derecho, de la siguiente forma: *“Por ejemplo, el intercambio meramente instrumental de objetos asegurado sólo cognitivamente y no acompañado de expectativas normativas es a lo sumo, a falta de una estructura normativa,*

*una estructura social previa de carácter amorfo que, al menos en el contexto jurídico, no interesa.*⁵³¹

El procedimiento descrito en el párrafo precedente se realiza a través del acoplamiento estructural entre el sistema del Derecho y el sistema de la política, porque en el procedimiento legislativo también están comprometidas comunicaciones del sistema político. Sin embargo, cada sistema reacciona de su propia forma, a través de sus propios procesos, y es por eso que el acoplamiento estructural es identificado como la transferencia de informaciones que permite dos sistemas funcionaren de forma simultánea, pero nunca con la mezcla de sus elementos.

4.3.1 La sociedad posmoderna desde la óptica sistémica-funcional: complejidad, contingencia y el papel del sistema del Derecho.

Niklas Luhmann⁵³² construye la teoría de los sistemas sociales a partir de observaciones del ambiente y de la clasificación de los sistemas existentes en: sistemas psíquicos, sistemas mecánicos, sistemas biológicos y sistemas sociales. Según Luhmann, no le está permitido al sistema social, que se constituye por las comunicaciones de los miembros de la sociedad, establecer mandamientos apoyados en verdades universales, representando reglas morales de observación obligatoria.

Con el desarrollo de las ciencias sociales, nace la necesidad de justificación racional del Derecho y de su consecuente limitación de la libertad individual. En ese contexto, Luhmann⁵³³ observa que la diferencia entre del Derecho y las reglas morales es la obligatoriedad solamente subjetiva de estas. El Derecho tradicionalmente es definido como una vivencia del deber-ser, con algunas características adicionales, algo insuficiente para justificar teóricamente la existencia de las normas jurídicas⁵³⁴.

⁵³¹ JAKOBS, Günther. *Dogmática de Derecho penal y la Configuración Normativa de la Sociedad*, Madrid, Editorial Civitas, 2004, p. 54.

⁵³² LUHMANN, Niklas. *Sociologia do Direito I*, traducción Gustavo Bayer, Rio de Janeiro, Tempo Brasileiro, 1983. (libro todavía no traducido del alemán al castellano: LUHMANN, Niklas. *Rechtssoziologie*, Reinbek, Rowohlt Verlage, 1972)

⁵³³ LUHMANN, Niklas. *Sociologia do Direito I*, op. cit, passim.

⁵³⁴ LUHMANN, Niklas. *Sociologia do Direito I*, op. cit., p. 45.

Para Luhmann, la relación del hombre con el mundo se constituye de forma sensorial, y se expresa a través de expectativas, que son estructuras permanentes previas al Derecho, y están en todos los sistemas sociales. La idea de expectativa Luhmann la ha recogido en la obra de Parsons, quien explica dicho concepto de la siguiente forma:

Los tres modos básicos de la orientación motivacional [*aspectos cognitivo, catético y evaluativo de la acción*], junto con la concepción de un sistema de objetos, categorizan los elementos de la acción en el nivel más amplio. Todos ellos se encuentran implicados en la estructura de lo que se llama “*expectativa*”. Además de los intereses catéticos, la definición cognitiva de la situación y la selección evaluativa, una expectativa tiene, como el mismo término sugiere, un aspecto temporal en la orientación hacia el desarrollo del sistema actor-situación y la memoria de las acciones pasadas. En ese sentido, la orientación hacia la situación se encuentra *estructurada* con referencia a sus pautas de desarrollo. El actor está “interesado” en ciertas posibilidades de este desarrollo. Le importa cómo este se realice; le importa que se realicen unas posibilidades en lugar de otras.⁵³⁵

Las expectativas se diferencian entre cognitivas y normativas. Las normativas son las expectativas cuya mantención es obligatoria, aunque se queden violadas. La característica principal de las expectativas cognitivas es el mayor grado de aceptabilidad de su frustración.

Se puede identificar la diferencia de estos tipos de expectativa en los siguientes ejemplos. Es una expectativa normativa la que informa que no se debe matar a alguien porque él no le cae bien. Es una expectativa cognitiva el hecho de desear que las mujeres que se apuntan para la plaza de secretaria del despacho donde el agente trabaja sean guapas. La violación de la primera es tan intolerable que se manifiesta a través de una penal impuesta como una respuesta institucional severa a su violación, por parte del Estado. La violación de la segunda es tolerable (en situaciones normalidad) y aunque el agente la siga manteniendo, nada se puede hacer para que sea respetada.

⁵³⁵ Texto original: “*The three basic modes of motivational orientation along with the conception of an object system categorize the elements of action on the broadest level. They are all three implicated in the structure of what has been called "expectation." Besides cathectic interests, cognitive definition of the situation and evaluative selection, an expectation has, as the term suggests, a time aspect in the orientation to future development of the actor-situation system and to the memory of past actions. Orientation to the situation is structured, that is, with reference" to its developmental patterns. The actor acquires an "investment" in certain possibilities of that development. It matters to him how it occurs, that some possibilities should be realized rather than others.*” PARSONS, Talcott. *The Social System*. Glencoe, IL: Free Press. 1951, p. 7.

La diferencia está en la respuesta del sistema en relación con determinada expectativa: si dicha respuesta se orienta a la manutención de la expectativa, la expectativa es normativa, si no hay una respuesta que se orienta a la manutención de la expectativa, aunque el sistema la mantenga, la expectativa es cognitiva.

El hecho de estar institucionalizada como norma no hace que una expectativa sea normativa o cognitiva. Así pues, existen: expectativas normativas positivadas (como la expectativa de que nadie nos robará), expectativas cognitivas positivadas (como la expectativa presente en el artículo 6º, de la Constitución Española de Cádiz de 1812, que previa que ser benéfico es una obligación de los españoles⁵³⁶), expectativas normativas no positivadas (como la expectativa de que siempre seamos tratados con educación y respeto) y expectativas cognitivas no positivadas (cómo la expectativa de los padres de que sus hijos tengan profesiones lucrativas).

La relación del hombre con el mundo le presenta un abanico de posibles experiencias y acciones. La complejidad en el sistema social es evidente cuando observamos que siempre habrá más posibilidades de acción que el número de acciones que se puede realizar, con consecuencias imprevisibles de los supuestos desdoblamientos causales de las elecciones. Es decir, el sistema está compuesto por muchos elementos, en una forma interconectada, cuyos vínculos crean informaciones nuevas, no previamente visibles al observador. Acerca de la complejidad se puede informar que:

“La complejidad de una unidad indica el hecho de que no todos los elementos de dicha unidad pueden estar simultáneamente en relación con ellos mismos. Así, la complejidad significa que para actualizar las relaciones entre los elementos es necesaria una selección. Como fundamento de la definición de complejidad está la distinción entre elemento y relación, que permite observar una condición de relacionabilidad selectiva, distinguiéndola de una condición de relacionabilidad completa entre los elementos.”⁵³⁷

La contingencia en este sistema se identifica con la constante posibilidad de violación de la expectativa seleccionada, es decir, la contingencia está presente porque la expectativa no

⁵³⁶ “Art. 6. El amor de la Patria es una de las principales obligaciones de todos los españoles y, asimismo, el ser justos y benéficos.” ESPAÑA. *Constitución Política de la Monarquía Española*, Cádiz, Imprenta Real, 1812, p. 4.

⁵³⁷ CORSI, Giancarlo; ESPOSITO, Elena; BARALDI, Claudio. *Glosario sobre la teoría social de Niklas Luhmann*, p. 43.

necesariamente se incumplirá, pero tampoco necesariamente se realizará. En otras palabras, la complejidad es la pluralidad de expectativas y la contingencia es la posibilidad de una expectativa quedar violada⁵³⁸.

En ese universo complejo y contingente, la estabilización de las acciones humanas se realiza a través de la creación de estructuras de asimilación de la realidad exterior, a través de la colectivización de expectativas. El ser humano, como sistema psíquico, orienta sus acciones a través del resultado que desea alcanzar. A través de la convivencia social, él tiene la oportunidad de captar expectativas de otras personas y de determinar su conducta, para la obtención de los resultados deseados, basándose en las expectativas de los otros, creando expectativas sobre expectativas, potenciando sus riesgos de frustración. La creación de expectativas sobre expectativas crea una doble contingencia.

El contacto social sólo es posible a través de la doble contingencia, sin ella, a nuestras acciones les faltarían parámetros exteriores para la satisfacción de nuestras expectativas. “Quien puede tener expectativas sobre expectativas de otros, puede tener un acceso más rico en posibilidades a su mundo circundante, y a pesar de eso, vivir más libre de frustraciones”⁵³⁹. Es justamente en el área de integración entre la satisfacción y la frustración de lo que se espera de los otros que se ubica el Derecho, el subsistema social responsable por institucionalizar expectativas normativas.

Es importante que se consiga una simplificación de esas estructuras a través de una reducción que las generalice, de forma impersonal, a través de la creación de reglas de comportamiento social. La seguridad con respecto a las expectativas sobre expectativas y, secundariamente, la seguridad sobre el comportamiento ajeno, es la base imprescindible de todas las interacciones sociales. Las reglas son síntesis de comportamientos anonimizadas, y así dotan de seguridad la selección de expectativas, y por eso “la orientación a partir de reglas dispensa la orientación a partir de expectativas.”⁵⁴⁰.

Con la regla se reducen los riesgos de errores en la selección de expectativas porque con ellas se puede definir donde estaría un posible equívoco, que la conducta equivocada es la acción

⁵³⁸ LUHMANN, Niklas. *Sociologia do Direito I, op. cit.*, p. 45.

⁵³⁹ LUHMANN, Niklas. *Sociologia do Direito I, op. cit.*, p. 48.

⁵⁴⁰ LUHMANN, Niklas. *Sociologia do Direito I, op. cit.*, p. 53.

de determinado sujeto, no la conducta que la sociedad seleccionó como correcta. “La vigencia de las normas se fundamenta en la imposibilidad factual de realizar eso [la simplificación] en todos los momentos y para todas las expectativas de todas las personas. De esa forma, la vigencia de normas reside en último análisis en la complejidad y en la contingencia del campo de la experimentación, donde las reducciones ejercen su función.”⁵⁴¹

La selectividad operada por el sistema transforma lo indefinido en palpable. En la medida que alivia al individuo en gran parte del examen propio de las alternativas de cómo debe comportarse, también restringe sus posibilidades de elección, porque el ser humano suele, aunque inconscientemente, limitarse por las elecciones realizadas por otros⁵⁴². Jakobs observa el funcionamiento de dicho proceso, en relación con el Derecho penal, de la siguiente forma:

Ahora bien, la función abierta de la pena, confirmar la identidad de la sociedad, no excluye admitir como función latente una dirección de la motivación: la marginalización del hecho y la confirmación de la configuración social que tiene lugar de manera permanente excluye las formas de comportamiento delictivo del repertorio de las que en todas partes se insinúan o quizá recomiendan. En otras palabras, en la organización normal cotidiana no se reflexiona primero acerca de la posibilidad de proceder delictivamente.⁵⁴³

Aunque, por muchas veces las estructuras (expectativas sobre expectativas) sean simplemente aceptadas sin mucha discusión, ellas no pierden su carga de selectividad, lo que se queda claro cuando son violadas, porque en estos momentos se puede ver que había otras posibilidades de acción. La sobrecarga permanente de la complejidad se transforma en el problema de la experimentación eventual de la frustración, que demanda una solución concreta.

La posibilidad de frustración es inherente a la selección de expectativas. El sistema social debe intentar equilibrar el mayor número de expectativas con la menor posibilidad de riesgo de frustraciones. “Especialmente en un mundo con creciente complejidad y contingencia, eso [selectividad con asunción de riesgo] podría conducir a un nivel insostenible de tensiones y problemas de orientación, caso el sistema social de la sociedad como un todo no presentase

⁵⁴¹ LUHMANN, Niklas. *Sociologia do Direito I*, op. cit., p. 53.

⁵⁴² LUHMANN, Niklas. *Sociologia do Direito I*, op. cit., p. 53.

⁵⁴³ JAKOBS, Günther. “La autocomprensión de la ciencia del Derecho penal ante los desafíos del presente”. En: *VVAA. La ciencia del Derecho penal ante el nuevo milenio*. Valencia, Tirant lo Blanc, 2004, p. 56.

dos posibilidades contrarias de frustraciones de expectativas.”⁵⁴⁴, posibilidades estas referentes a la diferenciación entre frustraciones de expectativas cognitivas y de expectativas normativas.

Así, si las consecuencias de las frustraciones de todas las expectativas fuesen únicamente su manutención, la vida en sociedad se tornaría imposible porque existiría un enorme número de frustraciones intolerables, que resultaría en una gran inestabilidad del sistema social, que tendría que responder de forma sobrecargada siempre.

Las normas son expectativas normativas que, a pesar de violadas, siguen siendo obligatorias para todos, en virtud de su carácter contrafáctico (que no depende de los hechos). “Las normas son expectativas de comportamiento estabilizadas en términos contrafácticos”⁵⁴⁵. La vigencia de la norma, como expectativa institucionalizada, no depende de su observación o de su frustración (contrafactividad). “El símbolo del deber-ser expresa principalmente la expectativa de esa vigencia contrafáctica, sin colocar en discusión esa propia calidad – ahí están el sentido y la función del deber-ser.”⁵⁴⁶.

El alto nivel de complejidad y contingencia se vuelve soportable debido a la reducción del número de las situaciones en que la manutención de la expectativa frustrada es necesaria, a través del establecimiento de dos posibles consecuencias de tal frustración, la asimilación o el mantenimiento de la expectativa.

La sociedad dislocará las expectativas al nivel normativo cuando sean vitales para la seguridad y para la integración social de expectativas. Sin embargo, la seguridad de la satisfacción e integración sociales no debe limitarse a la distinción entre expectativas cognitivas y normativas.

Las expectativas normativas no pueden ser indefinidamente expuestas a violaciones. La tolerancia a violaciones realizadas de forma general o estructural es limitada, y por eso, dichas expectativas deben orientarse a la posibilidad de su realización. El sistema social debe

⁵⁴⁴ LUHMANN, Niklas. *Sociologia do Direito I, op. cit.*, p. 55.

⁵⁴⁵ LUHMANN, Niklas. *Sociologia do Direito I, op. cit.*, p. 57.

⁵⁴⁶ LUHMANN, Niklas. *Sociologia do Direito I, op. cit.*, p. 57.

garantizar mecanismos de real y rápida asimilación de expectativas cognitivas inobservadas, y de demostración de la sustentación de expectativas normativas frustradas.

La estabilización de expectativas normativas institucionalizadas se realiza a través de un complejo mecanismo de estabilización de expectativas, a través de la protección de la confianza, que será explicado en el próximo apartado.

4.3.2 La confianza como mecanismo de estabilización de expectativas y reducción de complejidad.

La forma por la cual la confianza opera la reducción de complejidad en el ámbito de los sistemas tiene dos fases, a saber: la primera, en el sistema psíquico, en el cual dicho sistema cambia su forma de funcionar a través de la confianza, y la segunda, en el ámbito de los sistemas sociales, donde hay un intercambio de informaciones que fundamentan la relación de confianza entre los sistemas psíquicos y los sistemas sociales, en acoplamiento estructural. En los siguientes apartados se describirá la primera fase, enteramente psíquica, y la segunda, que mantiene un acoplamiento estructural entre sistemas psíquicos y sociales, luego después.

4.3.2.1 La confianza en el ámbito de los sistemas psíquicos.

La confianza es la relación, a través de la cual, uno cree que los otros cumplirán las expectativas que deben cumplir, inherentes a su posición en la sociedad, para que el sistema social funcione bien. Así, la confianza es la relación que permite que un sistema social tenga un alto grado de complejidad, y asimismo siga funcionando bien, en virtud del cumplimiento de las expectativas que son el objeto de sus comunicaciones. Luhmann informa que:

“La confianza, en el más amplio sentido de la fe en las expectativas de uno, es un hecho básico de la vida social. Por supuesto que en muchas situaciones, el hombre puede en ciertos aspectos decidir si otorga confianza o no. Pero una completa ausencia de confianza le impediría incluso levantarse en la mañana. Sería víctima de un sentido vago de miedo y de temores paralizantes. Incluso no sería capaz de formular una desconfianza y hacer de ello un fundamento para medidas preventivas, ya que esto presupondría confianza en otras direcciones. Cualquier cosa y todo sería posible. Tal confrontación abrupta con la

complejidad del mundo al grado máximo es más de lo que soporta el ser humano.”⁵⁴⁷

Es esta relación – la confianza – lo que permite que, en sistemas sociales complejos, exista una cantidad innumerable de expectativas normativas, porque ella sustituye la necesidad de prueba de cumplimiento de todas las expectativas en todos los momentos.

Es decir, si confiamos que alguien cumplirá una determinada expectativa que a él le compete, no necesitamos, *a priori*, buscar medios que aumenten la seguridad de dicho cumplimiento, lo que permite un grado más alto de velocidad en el desarrollo y en la adaptabilidad de los sistemas a nuevas situaciones.

Si fuese necesario, en todas las situaciones, que uno tuviera que pensar en todas las posibilidades de acción, para después elegir cual acción uno debe esperar y saber cómo debe portarse, ignorando el conocimiento del conjunto de expectativas institucionalizadas, la vida en sociedad sería imposible, porque estaría constituida de una complejidad insostenible, presente en la multitud de expectativas de acción posibles.

Lo que debe pasar es lo contrario: uno debe conocer las expectativas que debe cumplir y esperar que se cumplan las de los demás (contingencia y doble contingencia), y dicho conocimiento sólo es válido si se confía en el cumplimiento de dichas expectativas. La confianza sirve como relación que permite la doble contingencia, porque si no hay confianza, la acción humana no lleva en consideración las expectativas que espera, porque no confía que ellas serán cumplidas.

Es más, la confianza, en estos tipos de situaciones, permite la propia convivencia y la existencia del acoplamiento estructural entre sistemas psíquicos y sociales. Si uno no confía que nadie no le matará cuando salga a la calle, uno no sale a la calle, si uno no confía que recibirá su sueldo al final del mes, no trabaja todo el período. Dicha relación entre confianza y la acción para la cual la confianza es *conditio sine qua non* puede ser observada en cualquier otra situación social, lo que es diferente de la mera esperanza. Es necesario diferenciar esperanza de confianza, porque las dos representan dos formas de expectativas sobre expectativas. Luhmann observa que:

⁵⁴⁷ LUHMANN, Niklas. *Confianza*. Barcelona, Anthropos, 2005, p. 5.

“La confianza solamente está implicada cuando la expectativa confiable hace una diferencia para la decisión; de otro modo, lo que tenemos es una simple esperanza. Si una madre deja a su niño al cuidado de una niñera, un número de esperanzas se asocian con esto; que nada adverso sucederá, que la niñera será amorosa con el bebé, que no molestará su sueño con la radio, etc. Su confianza solamente se extiende a las eventualidades que, de ocurrir, harían que ella lamentara su decisión de salir de casa y dejar a su bebé al cuidado de otra persona. Por lo tanto, la confianza siempre recae en una alternativa crítica, en la que el daño resultante de la ruptura de la confianza puede ser más grande que el beneficio que se gana de la prueba de confianza asegurada. De aquí que el que confía toma conocimiento de la posibilidad de daño excesivo provocado por la selectividad de las acciones de otros y adopta una posición hacia esa posibilidad. El que tiene esperanza siempre tiene confianza a pesar de la incertidumbre. La confianza refleja la contingencia. La esperanza elimina la contingencia”⁵⁴⁸

La esperanza no es contingente porque el daño que representa el no cumplimiento de la expectativa objeto de la esperanza es muy pequeño, y aunque violada dicha expectativa, no hay arrepentimiento de haberla tenido. Aunque la acción que se espera del otro no se haya realizado, no hay muchos problemas con eso.

De otra forma, la confianza representa algo contingente porque debe ser creada cuando el agente no tiene elección, es decir, que aunque la conducta que se espera no se realice, en la situación en cuestión hay que confiar que determinadas expectativas se cumplirán. La diferencia esencial entre estos dos tipos de expectativas sobre expectativas es la contingencia, representada por el grado de peligro que el incumplimiento de la expectativa representa. Luhmann informa que:

“La confianza emerge gradualmente en las expectativas de continuidad, que se forman como principios firmes con los que podemos conducir nuestras vidas cotidianas. Pero no todas las expectativas de esta naturaleza implican en confianza; solamente aquellas que se preocupan de la conducta lo hacen, y entre las últimas solamente aquellas a la luz de las cuales uno compromete sus propias acciones, y que si no se cumplen nos harán lamentar nuestra conducta.”⁵⁴⁹

⁵⁴⁸ LUHMANN, Niklas. *Confianza, op. cit.*, p. 40.

⁵⁴⁹ LUHMANN, Niklas. *Confianza, op. cit.*, p. 41.

Con la confianza es posible el manejo de cadenas más grandes de acción o conexiones causales más extensas porque, al introducirse la confianza, ciertas posibilidades de desarrollo no deseadas pierden la centralidad en la acción humana, pueden excluirse de la consideración, y por eso, pasan a ser indiferentes a dicha consideración. “Ciertos peligros que no pueden cambiarse, pero que también no podrían interrumpir la acción, se neutralizan”⁵⁵⁰, lo que genera indiferencia en relación con dichos peligros.

Esto es lo que pasa, por ejemplo, cuando uno, en situaciones normales, planea su día. Él planea salir de casa (sin considerar que pudiera ser asesinado al salir), luego después, ir a un cajero automático para extraer dinero (sin considerar que el banco puede apropiarse de su dinero), después, ir a una cafetería (sin considerar que ladrones lo podrán atacar para robarle el dinero que acaba de extraer), y allí en la cafetería, comprar un café (sin considerar que alguien puede haber echado veneno en el café), y después, irse a su sitio de trabajo (sin considerar que alguno conductor estrellará su coche y le matará).

En este caso, el sujeto no consideró el abanico de posibles intervenciones de terceros justamente porque confía que nadie violará las expectativas que tiene de seguir viviendo y poseyendo su dinero. La confianza funciona como el mecanismo que le permite excluir de la consideración de posibles acciones dichas violaciones. Si él no confiara, probablemente ni hubiera salido de casa, pues en este contexto, su salida representaría un riesgo mucho mayor que su estancia en su casa.

Lo mismo pasa través de la generalización. La posibilidad de adelantarse y planearse de acuerdo con la confianza en el respeto a determinadas expectativas permite una independencia relativa en relación con la experiencia previa. Las decisiones basadas en la confianza generalizan experiencias, lo que permite extenderlas a casos similares y estabilizar la diferencia en las posibles variaciones de dichos casos. Luhmann informa que:

“En una forma, al ir más allá de los hechos, se alcanza una independencia relativa de la experiencia previa específica, de las bases particulares de la confianza, – algo que en la teoría del aprendizaje es llamado generalización. Las decisiones acerca de la confianza generalizan experiencias, las extienden a otros casos similares y estabilizan la indiferencia ante la variación, en la medida en que

⁵⁵⁰ LUHMANN, Niklas. *Confianza*, *op. cit.*, p. 42.

rinden satisfactoriamente la prueba. Este proceso de generalización de expectativas posee tres aspectos que son importantes y dignos de una consideración mayor: indica el desplazamiento parcial de la problemática de lo «externo» a lo «interno», un proceso de aprendizaje y una resolución simbólica de los resultados en el entorno.”⁵⁵¹

La confianza en una determinada expectativa permite su generalización y su traslado a situaciones similares, lo que realiza un proceso de internalización del posible abanico de experiencias, y este proceso es lo que genera la desconsideración de las situaciones que representan posibles violaciones de la confianza. La confianza permite la internalización de expectativas por el sistema psíquico y su aplicación a situaciones parecidas, lo que es funcional, conforme se demostrará.

Todos los procesos internos funcionan con un nivel más bajo de complejidad, porque presentan menos posibilidades y más orden, que su entorno⁵⁵². Las informaciones dentro del sistema están organizadas e identificadas, y no necesitan más del complejo proceso de atribución de sentido, proceso este que se constituye en la típica reacción del sistema a estímulos externos (irritación).

Cuando el sistema trabaja con datos que ya conoce, como por ejemplo, las situaciones experimentadas en las cuales fue mantenida una determinada expectativa, su respuesta es más rápida, eficiente, y especialmente, funcional y coherente con el sistema. Por esa razón los procesos internos son menos complejos que los externos.

Cuando el sistema tiene que trabajar con informaciones que todavía no han entrado, que todavía permanecen en su entorno, el sistema tiene que abrirse, atribuir a dicha información un sentido e interpretarla en forma de código binario, lo que demanda tiempo, esfuerzo, reestructuración y reorganización de sus informaciones.

Esa operación, a pesar de hacer crecer el sistema y mejorar su funcionamiento en largo plazo, no es funcional para el sistema cuando él necesita dar una respuesta rápida a los estímulos del ambiente, como pasa con las situaciones de convivencia humana en general. Una respuesta

⁵⁵¹ LUHMANN, Niklas. *Confianza, op. cit.*, p. 44.

⁵⁵² LUHMANN, Niklas. *Confianza, op. cit.*, p. 45.

razonable, proporcional en intensidad y rapidez sólo es posible con la rápida asimilación inherente a los procesos internos del sistema. Véase lo que se describe a continuación.

Si en todas las veces que uno va comprar un café, cuando el camarero le pregunta que café quiere, él empieza a pensar las calidades y las imperfecciones de cada tipo de café, buscando informaciones acerca de las características del origen de los cafés que están almacenados en la cafetería, de las condiciones de almacenamiento de la cafetería, de los probables gustos de todos los cafés que están en la carta, de las propiedades de cada tipo de café para la salud, en un proceso constante de apertura cognitiva del sistema psíquico a nuevas informaciones, seguramente él no conseguirá tomar el café antes de algunas horas de reflexión.

El proceso descrito en el párrafo anterior representa un proceso de apertura cognitiva del sistema psíquico en el cual nuevas informaciones, todavía ajenas al sistema, ubicadas en su entorno, adentran dicho sistema, son por él clasificadas, ordenadas y se les atribuye sentido, todo en relación con el código binario de dicho sistema que está representado por la dicotomía dolor/no dolor.

Este código binario puede ser observado en el hecho de que siempre asociamos nuestras experiencias a situaciones de dolor o de no dolor (o de placer, que puede ser identificado como la excelencia en la búsqueda de la evitación del dolor), y en este contexto, buscamos evitar el dolor, de la siguiente forma:

“Abandonemos por ello la cuestión precedente y encaremos esta otra más modesta: ¿qué fines y propósitos de vida expresan los hombres en su propia conducta; qué esperan de la vida, qué pretenden alcanzar en ella? Es difícil equivocarse la respuesta: aspiran a la felicidad, quieren llegar a ser felices, no quieren dejar de serlo. Esta aspiración tiene dos caras: un fin positivo y otro negativo; por un lado, evitar el dolor y el displacer; por el otro, experimentar intensas sensaciones placenteras. En sentido estricto, el término «felicidad» sólo se aplica al segundo fin. De acuerdo con esta dualidad del objetivo perseguido, la actividad humana se despliega en dos sentidos, según trate de alcanzar - prevaleciente o exclusivamente - uno u otro de aquellos fines.”⁵⁵³

En el ejemplo de la cafetería, todas las informaciones del café que él buscará serán identificadas en su sistema psíquico como más o menos desagradables (o más o menos

⁵⁵³ FREUD, Sigmund. (1930). *El malestar en la cultura*, op. cit., p. 41.

agradables). Después de tener dichas informaciones él estará listo para contestar la pregunta del camarero, en relación con cual tipo de café que desea que se le ponga, porque dicha respuesta estará de acuerdo con un rápido proceso interno de su sistema psíquico, en el cual él manejará sólo informaciones internalizadas acerca de las calidades del café en relación con el código binario, y así, estará seguro de cual café más probablemente le apetecerá.

Sin embargo, en lugar de pasar por todo este proceso complejo de análisis de todas las propiedades de los tipos de café, para saber cuál más le apetecerá, él puede recordar que hace algunos años ha tomado un determinado tipo de café que le ha gustado – información internalizada – y confiar que las condiciones de almacenamiento de la cafetería están de acuerdo con las normas aplicables, y que su salud será preservada – expectativa normativa institucionalizada – y con eso, contestar inmediatamente el camarero con el tipo de café que desea tomar en aquel momento.

Si el sujeto nunca ha tomado café antes, él puede preguntar al camarero cual tipo café le recomienda beber, porque le gusta al camarero o porque a las personas, en general, les suele pedir un determinado tipo, con esperanza que la elección será buena, de acuerdo con su código binario, lo que representa un proceso interno simple, pero arriesgado, porque no se tiene control de las variables, de intentar satisfacerse con el café.

Dicha situación es diferente de la situación de confianza en una expectativa normativa institucionalizada en que la colectividad confía, porque en este caso, dicha confianza está apoyada en procesos sociales validos de selección de expectativas y por eso, no tiene el mismo grado de probabilidad de daño como intentar satisfacer el propio gusto a partir de los gustos de las otras personas, en teoría.

Hay también siempre la posibilidad de realizar las investigaciones acerca de los tipos de café y su almacenamiento de en la cafetería con antelación, lo que permitiría una pronta respuesta al camarero, a través de un proceso interno al sistema, que no necesitaría de más apertura cognitiva.

Estas son las razones por las cuales los procesos internos son menos complejos y permiten que la compleja vida en sociedad sea posible en la velocidad normal del tráfico de

informaciones con la cual los sistemas sociales funcionan. El papel de la confianza es garantizar la correcta ubicación de la información en relación con el código binario por asimilación, cuando ya no se tenga experimentado personalmente todas las situaciones posibles en la interacción social, que es lo que nos suele pasar.

En este contexto, por ejemplo, si viajamos a otro país, no es necesario que veamos como todas las personas que encontraremos se saludan para que sepamos como las debemos saludar, es suficiente que veamos y comprendamos sólo el saludo de la primera persona que nos encuentra para que seamos aptos a repetir dicha forma de saludar. De forma más sencilla, y al revés: no es necesario que pongamos nuestras manos en todos los fuegos que veamos para saber que ellos nos pueden quemar, porque la experiencia produce una generalización.

La confianza opera de modo parecido, en el cual, para situaciones similares confiamos en la vigencia de una determinada expectativa socialmente compartida. Después de salir el primer día a la calle de una región que se desconoce, pero que se sabe que no está permitido, por ejemplo, el atraco a las personas, confiamos que no sufriremos un atraco al salir los próximos días.

La confianza en la vigencia de la norma opera de la misma forma. Si hubo un proceso socialmente aceptado de postivación e institucionalización de una expectativa normativa presente en el sistema social, confiamos en su cumplimiento, lo que nos permite reducir la complejidad de nuestras acciones y vivir de forma normal en nuestra sociedad. Luhmann informa que:

“En el caso de la confianza, la reducción de complejidad adopta formas especiales a causa de su naturaleza subjetiva. Tales formas pueden describirse como cambios en el nivel en que se absorbe, o se hace tolerable la incertidumbre. El sistema sustituye la certeza externa por la certeza interna, y al hacerlo eleva la tolerancia de la incertidumbre en las relaciones externas. Debido a esto el problema de cómo reducir la complejidad, relativo a su presencia en el entorno, es cambiado para ser parte de los problemas secundarios de esta certeza interna”⁵⁵⁴

⁵⁵⁴ LUHMANN, Niklas. *Confianza, op. cit.*, p. 45.

En este contexto, al sustituirse un proceso externo por uno interno, los problemas inherentes al grado de complejidad más alto de los procesos externos pasa a ser secundario. En esto consiste el mecanismo de reducción de complejidad operado por la confianza, a saber: cambiar la forma de funcionar del sistema psíquico, desde un proceso externo hacia un proceso interno. Luhmann informa que:

“La certeza interna puede resultar de dos formas diferentes, en realidad formas opuestas; y en gran medida es debido a ello que el desarrollo de la confianza puede con seguridad anticiparse considerablemente una y otra vez, a pesar de todas las diversas condiciones del sistema. Por una parte, puede basarse en el hecho de que el objeto de la confianza cumple una función indispensable para la estructura interna: el procesamiento de la experiencia. En consecuencia, un debilitamiento de la confianza produciría consecuencias de largo alcance para la confianza en sí mismo y no será juzgado como una posibilidad porque conduciría a grandes cambios en las disposiciones internas, para lo cual el sistema carece de tiempo, energía y apoyo del entorno. En una forma exactamente opuesta, la certeza de la confianza puede depender de un sistema interno mucho más diferenciado, con la consecuencia de que la falta de objeto de confianza pueda solamente infligir un daño parcial y aislado, y el objeto de la confianza puede reemplazarse por equivalentes funcionales. En ambos casos el apoyo más importante viene de las funciones que desempeña el ordenamiento del procesamiento de la información interna al sistema, más bien que directamente de las garantías que se origina en el entorno. De este modo el ordenamiento interno de la experiencia surgida del procesamiento viene a tomar el lugar de un fundamento para la *corrección* de la reducción de complejidad localizada en el mundo exterior.”⁵⁵⁵

Lo que Luhmann quiere decir es que la certeza interna al sistema depende de la confianza, lo que permite al sistema anticiparse a determinadas situaciones, a través de una generalización. En ese contexto, el objeto de la confianza cumple la función de procesamiento de la experiencia, es decir, el objeto de la confianza es justamente lo que permite la anticipación del sistema.

Así pues, el debilitamiento de la confianza no puede ser una posibilidad efectivamente considerable para el sistema porque eso presupone un cambio estructural en la propia forma

⁵⁵⁵ LUHMANN, Niklas. *Confianza*, op. cit., p. 46.

de funcionamiento del sistema, lo que demanda tiempo, energía y apoyo del entorno, como cualquier forma de reestructuración radical que se proponga a cualquier sistema.

Sin embargo, la confianza es la forma por la cual funciona el sistema y es lo que garantiza su funcionamiento, sea en virtud de las generalizaciones generadas, sea en virtud del vínculo que se mantiene con un mínimo de estabilidad deseada para el futuro. La posibilidad de contar con la confianza permite un abanico más rico en posibilidades para el sistema (diferenciación funcional).

La falta del objeto de la confianza, lo que es diferente de la falta de la propia confianza, puede ser superada a través de la búsqueda de equivalentes funcionales, más complejos, como la obtención de las informaciones presumidas en la generalización.

De cualquier forma, caso falte el objeto de la confianza, el apoyo deviene del ordenamiento de informaciones de los procesos internos del sistema, el que sigue siendo una fuente más funcional de informaciones que el entorno, y así, es posible corregir posibles faltas de funcionalidad cuando falla el mecanismo de reducción de complejidad del exterior.

4.3.2.2 La confianza en el acoplamiento estructural de los sistemas psíquicos y sociales.

Todo el intercambio de informaciones depende de forma directa o indirecta de la confianza en el respeto a las expectativas (institucionalizadas, por lo menos) y por eso, la confianza se constituye en el más poderoso mecanismo de reducción de complejidad de las sociedades modernas.

Es esencial, en una sociedad compleja y contingente, que estructuras selectivas reduzcan la complejidad y la contingencia, y justamente por eso, la frustración de expectativas institucionalizadas se torna un problema.

Este problema es la amenaza a la vigencia de la norma como reductora de complejidad de la expectativa estabilizada, que promueve la vuelta de la complejidad referente a las innumerables posibilidades de actuación y la contingencia relativa a la posibilidad de actuar de modo diferente de lo escogido, lo que genera descrédito y al historial de comprobaciones

acumuladas que originaron la norma, es decir, eso pone en cuestión su efecto generalizante. “Frustraciones llevan a lo incierto”⁵⁵⁶, y cuando ocurren, queda claro y evidente que las expectativas son meras expectativas, y que su vigencia debe ser garantizada.

La orientación por expectativas muchas veces crea la falsa sensación de seguridad, y la frustración de expectativas institucionalizadas crea la sensación de inseguridad y de ausencia de parámetros preestablecidos de conductas sociales. En un sencillo ejemplo, cuando conducimos un coche a través de un cruce de calles con el semáforo en luz verde, nosotros pasamos solamente porque creemos que los coches que estén en la otra calle del cruce pararán cuando detecten que no están autorizados a pasar. Luhmann informa que:

“Usted confía en que sus expectativas no serán frustradas: que los políticos intentarán evitar la guerra, que los coches no quebrarán o que repentinamente dejarán la calle y estrellarán con usted en su paseo de domingo por la tarde. Usted no puede vivir sin formar expectativas en relación con eventos contingentes y usted tiene que descuidar, más o menos, la posibilidad de frustración. Usted descuida de esto porque hay una posibilidad de que no ocurra, pero también porque usted no sabe lo que puede hacer. La alternativa es vivir en un estado permanente de incertidumbre y abandonar las expectativas sin tener nada que las pueda sustituir.”⁵⁵⁷

En ese contexto, el papel del subsistema jurídico es establecer la diferenciación entre expectativas que si son frustradas, no generen respuesta del sistema del Derecho (expectativas cognitivas), y expectativas que deben obligatoriamente ser observadas (expectativas normativas), y promover su institucionalización, para que sea posible el funcionamiento del sistema social.

La falta de confianza en la vigencia de determinada expectativa crea, como explicado, un sentimiento de ausencia de parámetros preestablecidos de conductas concordantes con las

⁵⁵⁶ LUHMANN, Niklas. *Sociologia do Direito I, op. cit.*, p. 63.

⁵⁵⁷ LUHMANN, Niklas. Familiarity, Confidence, Trust: Problems and Alternatives, in Gambetta, Diego (ed.) *Trust: Making and Breaking Cooperative Relations*, University of Oxford, pp. 94-107, 2000, p. 97. <http://www.sociology.ox.ac.uk/papers/luhmann94-107.pdf>. Texto original: “You are confident that your expectations will not be disappointed: that politicians will try to avoid war, that cars will not break down or suddenly leave the street and hit you in your Sunday afternoon walk. You cannot live without forming expectations with respect to contingent events and you have to neglect, more or less, the possibility of disappointment. You neglect this because it is a very rare possibility, but also because you do not know what else to do. The alternative is to live in state of permanent uncertainty and to withdraw expectations without having anything with which to replace them.”

expectativas de un específico sistema, y disminuye el abanico de posibilidades de desarrollo de la personalidad en el ámbito de tal sistema. Así se lo demuestra:

“La confianza en el sistema y la creencia en las personas próximas son diferentes actitudes en relación con las alternativas, pero ellas pueden influenciar una a las otras y, en particular, un declino en la confianza o una dificultad creciente en encontrar personas confiables y situaciones que merezcan confianza pueden desencadenar efectos de desorientación, y disminuir la gama de actividades disponibles para el sistema.”⁵⁵⁸

El sistema social debe orientar y canalizar el proceso de frustración de expectativas, no sólo imponiendo expectativas normativas, sino también estableciendo la posibilidad de que la manutención de expectativas normativas estabilizadas se anticipe a posibles frustraciones, a través de mecanismos que realicen contención de conductas que exponen a riesgo tales expectativas.

“La expectabilidad de las expectativas de los otros es, así, una sólida conquista de la convivencia humana.”⁵⁵⁹, porque permite la doble contingencia y así, crea más parámetros para la conducta humana en sociedad, algo que debe ser protegido por el sistema social.

La institucionalización de las expectativas funciona, de acuerdo con Luhmann, a través de lo que se puede llamar de ahorro de consenso. En virtud de ser fácticamente imposible someter todas las decisiones políticas, a todos los individuos en todo el tiempo, en lugar de promover el consenso las instituciones tienen que promover el agrupamiento de las personas que tienen opiniones parecidas e intentar buscar el consenso entre algunos miembros de estos grupos, en algunos sentidos y en algunos momentos, lo que es una descripción en sus términos de una democracia indirecta participativa multipartidaria.

Con el crecimiento de la sociedad, y la especificación funcional de subsistemas sociales, el número de expectativas compartidas por todos tiende a disminuir, y el número de expectativas específicas tiende a aumentar. Así, pocas expectativas genéricas tienen que ser sustituidas por

⁵⁵⁸ LUHMANN, Niklas. *Familiarity, Confidence, Trust: Problems and Alternatives*, op. cit. p. 99. Texto original: “*Confidence in the system and trust in partners are different attitudes with respect to alternatives, but they may influence each other; and in particular, a decline in confidence or an increasing difficulty in finding situations and partners which warrant trust may unleash deteriorating effects and diminish the range of activities available to the system.*”

⁵⁵⁹ LUHMANN, Niklas. *Sociologia do Direito I*, op. cit., p. 65.

muchas expectativas específicas, de manera muy rápida. Dicho desarrollo sobrecarga el mecanismo de institucionalización de dos formas, a saber: de forma general, es necesario que haya más expectativas, y de forma específica dicha diferenciación entre expectativas debe ser convincente y coherente.

El sistema de institucionalización debe estar atento a los cambios sociales en relación con los procesos de especificación funcional, y si eso no pasa el sistema del Derecho no va estar más de acuerdo con las expectativas realmente existentes en la sociedad. Luhmann observa que: “A pesar de tales condiciones, es necesario mantener e incluso ampliar la eficiencia de la institucionalización con el fin de mejorar la selectividad y la estabilización social de expectativas.”⁵⁶⁰

La institucionalización se constituye en la operación por la cual el sistema social, a través del subsistema social jurídico, define las normas y su respectiva sanción, además de crear mecanismos de protección anticipada de su vigencia en relación con frustraciones, determinando si y cuando será posible mantener la expectativa frustrada. Aunque no sea observada, la expectativa debe ser manifestada, permaneciendo, por eso, incólume.

Este proceso es una modalidad de *imputación de la discrepancia*, en la cual se puede concluir que el comportamiento violador es lo que está equivocado, y que el comportamiento representado por la expectativa seleccionada, en la cual la norma estuvo basada, es lo adecuado. “La norma permanece, y la causa de la frustración reside en el comportamiento divergente.”⁵⁶¹. El desvío, que es un hecho, solamente puede ser neutralizado si es tratado como hecho sin significado valorativo para el sistema⁵⁶², es decir, como elemento del entorno, que sólo puede tener sentido si se le somete al proceso de apertura cognitiva.

La sanción es necesaria cuando la frustración a una expectativa institucionalizada no fue debidamente justificada o cuando la conducta desviada se volvió evidentemente contra la norma⁵⁶³. Pero, más importante que la imposición de una expectativa, es la explicitación de su

⁵⁶⁰ LUHMANN, Niklas. *Sociologia do Direito I, op. cit.*, p. 87.

⁵⁶¹ LUHMANN, Niklas. *Sociologia do Direito I, op. cit.*, p. 69.

⁵⁶² LUHMANN, Niklas. *Sociologia do Direito I, op. cit.*, p. 70.

⁵⁶³ LUHMANN, Niklas. *Sociologia do Direito I, op. cit.*, p. 75.

obligatoriedad. “(...) la personalidad humana siempre depende de la estabilización normativa de sus estructuras selectivas.”⁵⁶⁴. Luhmann observa que:

“La contribución de la expectativa para el desarrollo de sistemas complejos tiene relación con su tendencia a ampliar las posibilidades de expectativas, en conjunto con su interacción contrafáctica. Dicha contribución se basa en las necesidades de la convivencia social, en su gran necesidad de expectativas normativas, que conlleva a una superproducción.”⁵⁶⁵

El subsistema jurídico tiene la función de prever y estabilizar los posibles tipos de comportamiento, a través de la institucionalización de normas de conducta que están en la sociedad, por un proceso racional y democrático, y también tiene la función de mantener su obligatoriedad, lo que es esencial para el funcionamiento del sistema social para la existencia y regulación de la vida en sociedad. A este respecto, Muñoz Conde observa:

“La existencia humana supone siempre la coexistencia o convivencia. Pero esta convivencia no es, ni mucho menos, idílica, sino conflictiva. Es el resultado de un proceso dialéctico en el que el individuo renuncia a sus impulsos egoístas a cambio de que la comunidad con los demás le posibilite un mejor desarrollo de su personalidad y los medios necesarios para su supervivencia. Para regular la convivencia entre las personas, se establecen normas vinculantes que deben ser respetadas por esas personas en tanto son miembros de la comunidad. El acatamiento de esas normas es una condición indispensable para la convivencia. Frente al principio del placer, que impulsa a la persona a satisfacer por encima de todo sus instintos, existe el principio de la realidad, representado por las normas que los demás imponen, que obliga al individuo a sacrificar o limitar esos instintos y a tener en cuenta a los demás. La regulación de la convivencia supone, por consiguiente, un proceso de comunicación o interacción entre los miembros de una comunidad, que se consume a través de una relación estructural que en la sociología moderna se denomina con el nombre de expectativa. Cualquiera puede esperar de mí que me comporte conforme a una norma y lo mismo puedo esperar yo de los demás. La convivencia se regula, por tanto, a través de un sistema de expectativas que se deriva de una norma o conjunto de normas. Pero estas expectativas corren, sin embargo, el peligro de que no se cumplan. Por las razones que sean, muchas veces se frustran,

⁵⁶⁴ LUHMANN, Niklas. *Sociologia do Direito I, op. cit.*, p. 75.

⁵⁶⁵ LUHMANN, Niklas. *Sociologia do Direito I, op. cit.*, p. 76. Texto original: “A contribuição da expectativa para o desenvolvimento de sistemas complexos está relacionada à sua tendência a dilatar as possibilidades de expectativas, juntamente com sua interação contrafática. Essa contribuição fundamenta-se nas necessidades do convívio social, em sua necessidade elevada de expectativas normativas, que leva a uma superprodução.”

surgiendo entonces el problema de cómo pueden solucionarse esas frustraciones o, en la medida en que esas frustraciones sean inevitables, de cómo pueden canalizarse, para asegurar la convivencia.”⁵⁶⁶

El sistema social debe establecer medios de contención de frustraciones de expectativas normativas, debe crear mecanismos de reducción de la falta de confianza y de control del riesgo de frustraciones, y así aumentar la confianza en las expectativas normativas.

De acuerdo con Giddens, “riesgo y confianza se entrelazan, la confianza normalmente sirviendo para reducir o minimizar los peligros a los cuales están sujetos tipos específicos de actividad”⁵⁶⁷, incluso la actividad desarrollada por el sistema social. La confianza es el fundamento de cualquier comportamiento o relación social. Sin ella, ni siquiera nos levantaríamos por la mañana⁵⁶⁸.

Los efectos de la falta de confianza son extremadamente perniciosos al desarrollo individual y de los sistemas sociales, como informa Luhmann: “*Así, la falta de confianza y la necesidad de creencia pueden formar un círculo vicioso. Un sistema –económico, jurídico o político – requiere confianza como condición de entrada. Sin confianza, no se puede fomentar actividades de apoyo en situaciones de incertidumbre o riesgo.*”⁵⁶⁹. Acerca de la importancia constitutiva de la confianza en el ámbito del sistema social, en la sociedad contemporánea, Anthony Giddens observa que:

“En condiciones de modernidad el futuro se presenta siempre abierto, no sólo en términos de las corrientes contingencias de las cosas, sino también en términos de la reflexividad del conocimiento en relación al cual las prácticas sociales están organizadas. Este carácter contrafáctico, orientado-al-futuro, de la modernidad, está estructurado principalmente por la fiabilidad conferida a los sistemas abstractos·fiabilidad, que por sí misma naturaleza, está impregnada por la credibilidad en la establecida experiencia. Es sumamente importante tener muy claro lo que esto supone.”⁵⁷⁰

⁵⁶⁶ MUÑOZ CONDE, *Introducción al Derecho penal*, 2ª ed. Buenos Aires: B de f, 2001, p. 40.

⁵⁶⁷ GIDDENS, Anthony. *Las consecuencias de la modernidad*, op. cit., p. 36.

⁵⁶⁸ LUHMANN, Niklas. *Confianza*, op. cit., p. 5.

⁵⁶⁹ LUHMANN, Niklas. Familiarity, Confidence, Trust: Problems and Alternatives, op. cit., p. 103. Texto original: “*Thus lack of confidence and the need for trust may form a vicious circle. A system – economic, legal, or political – requires trust as an input condition. Without trust it cannot stimulate supportive activities in situations of uncertainty or risk.*”

⁵⁷⁰ GIDDENS, Anthony. *Las consecuencias de la modernidad*, op. cit., p. 84.

Así, el sistema social define cuáles son los riesgos tolerados para cada tipo de acción, y establece mecanismos de reducción de tales riesgos de frustraciones, que pueden ser llamados de mecanismos reductores de complejidad, para aumentar la confianza en la vigencia y en la doble contingencia de las expectativas normativas del sistema social de las sociedades contemporáneas, que posee un alto nivel de complejidad.

En realidad, si no existe en el sistema seguridad cognitiva suficiente, la vigencia de la norma queda comprometida y su efecto de mantener la confianza en la vigencia de los valores que representa queda erosionado. Una norma demasiado violada no sirve para nada en una sociedad que está representada por un acuerdo normativo (pacto social), y por eso, depende de su vigencia para que exista y desarróllese de forma mínimamente razonable. La confianza en la vigencia de la norma, de lo que depende la posibilidad de una vida mínimamente organizada y de que depende también desarrollo de la propia personalidad en un contexto mínimamente propicio, no puede existir en un lugar donde, de forma sistemática o muy fuerte, no se observa más que la norma es el fundamento de la conducta civilizada. Es eso lo que Jakobs, siguiendo a las conclusiones de las investigaciones sociológicas de Luhmann, concluye, de la siguiente forma:

“Sin una suficiente seguridad cognitiva, la vigencia de la norma se erosiona y se convierte en una promesa vacía, vacía porque ya no ofrece una configuración social realmente susceptible de ser vivida. En el plano teórico puede rechazarse esta corroboración de lo normativo por lo fáctico aduciendo que lo que no debe ser, no debe ser aunque probablemente vaya a ser. Pero las personas no sólo quieren tener derecho, sino también salir adelante con su cuerpo, es decir, sobrevivir en cuanto individuos necesitados, y la confianza en lo que no debe ser sólo supone una orientación con la que es posible sobrevivir cuando no es contradicha con demasiada intensidad por el conocimiento de lo que será. Es precisamente por esto que KANT argumenta que cualquiera puede obligar a cualquier otro a entrar en una constitución ciudadana.”⁵⁷¹

Así pues, sólo una base cognitiva palpable es capaz garantizar la confianza en la vigencia de las normas. Es decir, sólo el contacto con la una realidad, comunicativa en el acoplamiento estructural entre sistema psíquico y social, que demuestre efectivamente el real respeto a la

⁵⁷¹ JAKOBS, Günther; CANCIO MELIÁ, Manuel. *Derecho penal del enemigo*. Madrid, Civitas Ediciones, 2003, pp. 37-38.

vigencia de la norma, es capaz de proporcionar condiciones cognitivas favorables al nacimiento y la permanencia de la confianza en la vigencia del contenido normativo del subsistema del Derecho. Jakobs expone esa idea de la siguiente forma:

“La confianza en la norma no existe, al menos por lo que respecta a la protección de bienes jurídicos importantes, sin una base cognitiva. Por ejemplo, la conciencia de tener el Derecho de nuestra parte en la medida en que lleguemos a ser víctimas de un homicidio no es un fundamento idóneo para efectuar un plan de vida, si no existe la conciencia de que ese homicidio será probablemente evitado.”⁵⁷²

De esta manera, la erosión de la confianza en la vigencia real de la norma significa pérdida en la calidad de vida de las personas que se benefician de esta vigencia, como en el ejemplo expuesto por Jakobs, de todos nosotros, que nos beneficiamos de la vigencia de la norma que prohíbe el homicidio. En un lugar donde se sabe que dicha norma no se respeta de forma sistemática o de forma muy significativa, las chances de que uno ni siquiera levante de su cama por la mañana o salga de su casa son altas.

Si uno elige soportar los riesgos de satisfacer sus necesidades en una sociedad donde la vigencia de normas como estas encuéntrase erosionada, él seguramente deseará recurrir a medidas de protección personal necesarias, como llevar armas y vestir un chaleco antibalas – deseo hoy día normal demuchos ciudadanos de países como Venezuela⁵⁷³ y Brasil⁵⁷⁴ – lo que representa una pérdida considerable en la calidad de vida y en la posibilidad de uno desarrollarse su personalidad de la forma debida. Es precisamente eso lo que Jakobs concluye, de la siguiente forma:

⁵⁷² JAKOBS, Günther. *Estudios de Derecho penal*, UAM Ediciones, Edit, Civitas, Madrid, 1997, p. 315.

⁵⁷³ “Caracas: la ciudad más peligrosa del mundo. Caracas, la capital de Venezuela, es ya la ciudad más peligrosa del mundo, superando a la hondureña San Pedro Sula. El pasado mes, al menos 535 personas han muerto de forma violenta. Son datos extraoficiales porque desde hace una década Venezuela no ofrece cifras sobre las víctimas de la delincuencia. La situación de escasez que padece el país no ha hecho más que empeorar las cosas. En la morgue de Caracas se descubren las historias personales que hay detrás de cada bala.” ABC Internacional. “Caracas: la ciudad más peligrosa del mundo.” 06/08/2016. Disponible en: <http://www.abc.es/internacional/abci-caracas-ciudad-peligrosa-mundo-5073628552001-20160806022006_video.html> Acceso en: 17 abril 2017.

⁵⁷⁴ “Segundo o Sistema de Informações sobre Mortalidade (SIM), do Ministério da Saúde, em 2014 houve 59.627 homicídios2 no Brasil – o que equivale a uma taxa de homicídios por 100 mil habitantes de 29,1. Este é o maior número de homicídios já registrado e consolida uma mudança no nível desse indicador, que se distancia do patamar de 48 mil a 50 mil homicídios, ocorridos entre 2004 e 2007, e dos 50 a 53 mil mortes, registradas entre 2008 a 2011.” CERQUEIRA, Daniel et al. Atlas da violência 2016. Brasília: Ipea e FBSP (Fórum Brasileiro de Segurança Pública), 2016. Nota técnica n. 17. Disponível em: http://www.ipea.gov.br/porta/imagens/stories/PDFs/nota_tecnica/160322_nt_17_atlas_da_violencia_2016_finalizo.pdf. Acesso em: 01 abr. 2016, . p. 5.

Una expectativa contrafáctica sólo podrá mantenerse si no amenaza seriamente la pérdida de partes significativas del bienestar: pues de lo contrario, el tratamiento del hecho injusto como injusto sólo realiza una prestación para quien tiene la expectativa si éste tiene una actitud heroica o de mártir; y son pocos los héroes y mártires. Cuanto más pese un bien, más seguro habrá de estar para que no se rompa la prestación de orientación de la norma correspondiente; esta ruptura se aprecia en la transición de la orientación desde la expectativa normativa hacia una expectativa que ya (sólo) es cognitiva: se recurre a la autoprotección, por ejemplo, no yendo ya a pasear a determinados lugares por miedo a un asalto, o encadenando triplemente la bicicleta por miedo a su sustracción.⁵⁷⁵

⁵⁷⁵ JAKOBS, Günther: “¿Terroristas como personas en Derecho?”, en: AA. VV.: *Derecho penal del enemigo. El discurso penal exclusión*, 2 vols., Montevideo/Buenos Aires, Editorial B de F Edisofer, 2006, compilado por Manuel Cancio Meliá y Carlos Gómez-Jara Díez, Vol. 2, pp. 77-92, p.80.

CAPÍTULO 5

El funcionalismo jurídico-penal sistémico

“En nuestra sociedad, quienes mejor saben lo que está ocurriendo son también quienes más lejos están de ver el mundo tal como es en realidad. En general, cuanto más saben, más se engañan; cuanto más inteligentes son, menos cuerdos están.”

George Orwell, 1984.

CAPÍTULO 5 - El funcionalismo jurídico-penal sistémico

El funcionalismo penal nace como una doctrina que considera el Derecho penal, antes de todo, una ciencia social. A través del Derecho penal se puede observar como se realiza la interacción de las normas con la sociedad, es decir, se puede observar en diversas situaciones como y cuando, por ejemplo, una norma se queda violada o respetada.

En este sentido, la teoría jurídica del delito es simplemente un baremo de medición, que sirve para identificar si una norma se quedó violada o no en determinadas situaciones. Es decir, la teoría jurídica del delito es un método de observación de la realidad, un prismático a través del cual se puede diferenciar conductas delictivas de conductas no delictivas.

A través de estos estudios, después de observarse la dinámica de funcionamiento de la sociedad, se ha llegado a una conclusión: la pena tiene una función en la sociedad, desde un punto de vista esencialmente sociológico. Dicha función es la estabilización de la propia sociedad, a través de los mecanismos sociológicos que se explicará en este capítulo. Polaino-Orts aclara el tema de la siguiente forma:

“En efecto, Jakobs acepta como punto de partida el concepto de función mayoritariamente empleado por la doctrina sociológica (gracias a las aportaciones de Radcliffe-Brown, depuradas y ampliadas por Parsons, y – posteriormente – por Luhmann), que designa con tal vocablo "las prestaciones que, desde el punto de vista de su aportación, (resultan necesarias) para el mantenimiento de un sistema social". Es decir, se trata de cualquier elemento que en sí cumple un cometido estabilizador del sistema, y por ello en ese sentido resulta funcional para el mismo, y por ello, es el punto de partida para la "valoración de la equivalencia de las diferentes soluciones de problemas".⁵⁷⁶

El Derecho penal, desde una óptica funcionalista sistémica, tiene de la función garantizar la identidad normativa de la sociedad, la constitución de la sociedad en la cual está inscrito⁵⁷⁷. La pena no es, y no puede ser, sólo el mal impuesto al individuo que incumple la norma, en una secuencia irracional de dos males (delito-pena). El contenido cognitivo de la sanción,

⁵⁷⁶ POLAINO-ORTS, Miguel; KINDHÄUSER, Urs. *Normativismo en Derecho penal*. Estudios de dogmática jurídico-penal. Yrigoyen, Contexto Libros, 2011, p. 40.

⁵⁷⁷ JAKOBS, Günther. *Dogmática de Derecho penal y la Configuración Normativa de la Sociedad*. Madrid: Editorial Civitas, 2004.

como respuesta a quien contraria la norma, es justamente la afirmación de la norma. Polaino-Orts informa que:

“En breves palabras puede resumirse la dinámica delito-pena, según la explicación funcionalista, de la siguiente manera: todo delito infringe una expectativa socialmente garantizada y consiste en el quebrantamiento de una norma jurídico-penal, esto es, en el no reconocimiento de la vigencia de una norma. Por ello, toda acción delictiva conlleva una carga de expresividad comunicativa y de simbolismo que expresa que, para el autor de tal conducta desaprobada, no rige la máxima contenida en la norma: ese autor proclama, con su acción, un mundo alternativo, contrario o diferente al esbozado en una norma jurídico-penal y, en este sentido, ese mensaje contrario a la norma supone un cuestionamiento de su vigencia por parte de tal autor, es decir, una desautorización de la vigencia de la norma. Toda vez que la Sociedad se compone de normas, ello entraña, al tiempo, un cuestionamiento de la identidad de la Sociedad, entendida como sistema global integrado de normas (expectativas normativas) comunicaciones entre personas, y a la que - como sistema parcial o subsistema pertenece el Derecho.”⁵⁷⁸

El Derecho penal tiene la función de contradecir la contradicción de las normas determinantes de la identidad de la sociedad. En las palabras de Jakobs: “El Derecho penal confirma, así, la identidad social”⁵⁷⁹. Acerca de la importancia de la manutención de dicha identidad, Giddens informa que:

“La seguridad ontológica es una forma, pero una forma muy importante, del sentimiento de seguridad en un sentido más amplio que el utilizado hasta ahora. La expresión hace referencia a la confianza que la mayoría de los seres humanos depositan en la continuidad de su auto-identidad y en la permanencia de sus entornos, sociales o materiales de acción. Un sentimiento de fiabilidad en personas y cosas, tan crucial a la noción de confianza, es fundamental al sentimiento de seguridad ontológica; por lo que ambas están fuertemente relacionadas psicológicamente.”⁵⁸⁰

Para Jakobs, en las sociedades en las que los mecanismos de legitimación del poder de legislar, en el plan del deber-ser, están basados en la racionalidad y en la democracia, sus

⁵⁷⁸ POLAINO-ORTS, Miguel; KINDHÄUSER, Urs. *Normativismo en Derecho penal*. Estudios de dogmática jurídico-penal, *op. cit.*, p. 20.

⁵⁷⁹ JAKOBS, Günther. *Sociedade, Norma e Pessoa: teoria de um Direito Penal funcional*. trad. M. A. R. Lopes. Barueri: Manole, 2003, p. 5.

⁵⁸⁰ GIDDENS, Anthony. *Las consecuencias de la modernidad*, *op. cit.*, p. 91.

normas representan una proyección, un reflejo de la sociedad, la identidad de la sociedad expresada por medio de normas jurídicas. La infracción a tales normas, no significa sólo la satisfacción de un deseo personal de agente, sino también un ataque a los valores supremos de la sociedad, presentes en las normas de conducta positivadas. “Al reafirmar la vigencia de una norma, el Derecho penal reafirma simultáneamente la identidad de la Sociedad, sistema global en el que el Derecho se integra como subsistema.”⁵⁸¹

En ese contexto, la pena no es sólo un mecanismo de manutención de la identidad de la sociedad, sino un mecanismo propio de la identidad social⁵⁸², inherente a esta. Es una respuesta del sistema del Derecho y de la sociedad, que informa que su identidad está mantenida.

La pena, como respuesta del sistema social a la violación de expectativas normativas, es responsable por atribuir el carácter de contrafacticidad a dichas expectativas. Es una comunicación a la sociedad, con el siguiente contenido: aunque algunos hechos no correspondan a su configuración normativa, esta configuración sigue teniendo vigencia. Por eso, la pena es responsable por mantener la confianza de la sociedad en la vigencia de las expectativas normativas que constituyen su identidad. Jakobs informa que:

“Una norma es eficaz si presta lo que ha de prestar: aseguramiento de las expectativas. Para ello es necesario que la norma sea reconocible *ex ante* como estable por el potencialmente afectado. La vigencia de la norma no es por tanto sólo una relación entre norma y autores potenciales, los únicos a los que normalmente se designa como destinatarios de la norma, sino también una relación entre la norma y los potencialmente afectados. La vigencia de las normas es una cuestión con múltiples facetas, en la que el aspecto relativo a los potencialmente afectados no es sólo el aspecto del autor formulado negativamente, sino que tiene un contenido positivo, concretamente el de la confianza en la norma.”⁵⁸³

Así, la sociedad sabrá que, aunque sea violada la norma, ella sigue en vigor y dicha sociedad podrá continuar a comportarse de acuerdo con la expectativa violada – en esto consiste la

⁵⁸¹ POLAINO-ORTS, Miguel; KINDHÄUSER, Urs. *Normativismo en Derecho penal*. Estudios de dogmática jurídico-penal, *op. cit.*, p. 21

⁵⁸² JAKOBS, Günther. *Sociedade, Norma e Pessoa: teoria de um Direito Penal funcional*, *op. cit.*, p. 13.

⁵⁸³ JAKOBS, Günther. *Estudios de Derecho penal*, UAM Ediciones, Edit, Civitas, Madrid, 1997, pp. 314-315.

protección de la confianza en la vigencia de las normas. La sociedad sabrá que podrá continuar orientando su conducta y sus deseos a partir de las expectativas normativas que constituyen su identidad.

De acuerdo con Jakobs, si no hubiese la pena, en la primera violación de una expectativa por parte de alguien se establecería una especie de caos regionalizado, se volvería, de cierta forma, al estado de naturaleza, como observan los autores contractualistas mencionados en este trabajo, en razón del total descrédito en el histórico de experimentación de expectativas y su selección por el sistema social. En otras palabras, el efecto generalizador de la confianza no tendría más sentido.

Así, sin la pena, en la primera violación de expectativa institucionalizada, la sociedad entraría en un proceso caótico, cada individuo perdería el vínculo de confianza que informa que la conducta de los otros será (o al menos deberá ser) orientada por las expectativas institucionalizadas, y sin la confianza como base de las comunicaciones en los sistemas sociales, ellos probablemente desaparecerían. En este contexto, crecería la tendencia individual al aislamiento y a la vigilancia máxima de los bienes que interesan a cada uno, individualmente.

Pero algo puede hacerse por parte del sistema social, a través del subsistema jurídico, conforme indica Jakobs, para que todo eso no pase, a saber: “El Derecho penal restablece, en la comunicación, la vigencia perturbada de la norma cada vez que se lleva a cabo seriamente un procedimiento como consecuencia de una infracción a la norma”⁵⁸⁴.

La preservación de la configuración normativa de la sociedad no es una consecuencia del proceso de aplicación de la pena, sino su significado⁵⁸⁵. Encontramos el fundamento, aunque rudimental, de tal función de la pena en la obra de Émile Durkheim, como observa el sociólogo francés Raymond Aron, de la siguiente forma:

“De cualquier forma, después de haber diseñado una teoría del delito, Durkheim deduce de ella sin dificultades una teoría de la pena. Él se opone, con un cierto desprecio, a las interpretaciones clásicas, de

⁵⁸⁴ JAKOBS, Günther. *Sociedade, Norma e Pessoa: teoria de um Direito Penal funcional*, *op. cit.*, p. 4.

⁵⁸⁵ JAKOBS, Günther. *Sociedade, Norma e Pessoa: teoria de um Direito Penal funcional*, *op. cit.*, p. 5.

acuerdo con las cuales los castigos tendrían por finalidad la prevención a la reincidencia. Para él, la sanción no tiene por función amenazar o disuadir, su sentido no es este. La función del castigo es satisfacer la conciencia común, dañada por el acto practicado por uno de los miembros de la colectividad.”⁵⁸⁶

Desde la óptica del funcionalismo sociológico aplicado al Derecho penal, observando la sociedad contemporánea de acuerdo con sus características como la complejidad y la organización a partir de la contingencia de expectativas normativas por el subsistema social del Derecho, se puede buscar un equivalente del concepto de conciencia común en los planteamientos epistemológicos adoptados, e identificarlo en la normas jurídicas que componen tal subsistema de Derecho, que forman la configuración normativa de la sociedad. Este es el objeto de protección inmediata del Derecho penal, y la función de la pena es su manutención⁵⁸⁷.

No es posible separar el Derecho penal de la sociedad, porque este es un recurso indispensable, utilizado por la sociedad para resolver algunos de sus problemas específicos, relacionados con la práctica de delitos⁵⁸⁸. En términos funcionalistas, el sistema jurídico, como sistema social parcial, es utilizado por la sociedad (sistema social) para rechazar el fenómeno de la defraudación de la confianza que garantiza la doble contingencia.

Así, observamos que la confianza es un mecanismo de reducción de la complejidad en la medida en que permite que cada individuo tenga cierta seguridad al seleccionar cuales son las expectativas que debe observar y captar cuales deben ser observadas por los otros individuos, lo que permite que cada uno planee cuales son las acciones que tomará en el futuro y cuáles son las reacciones que debe esperar, informaciones esenciales para la conducta en sociedad.

Algunas normas que constituyen la sociedad poseen fuerza de auto-estabilización, como pasa, por ejemplo, con ciertas expectativas, de observancia muy obvia, que se establecen sin la necesidad de que se realice cualquier sanción por parte del sistema jurídico. Su violación genera sólo pequeñas reprobaciones sociales.

⁵⁸⁶ ARON, Raymond. *As etapas do pensamento sociológico, op. cit.*, p. 467.

⁵⁸⁷ JAKOBS, Günther. *Direito Penal do Inimigo*. Traducción de Gercélia Batistas de Oliveira Mendes. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008, p. xvi.

⁵⁸⁸ JAKOBS, Günther. *Sociedade, Norma e Pessoa: teoria de um Direito Penal funcional op. cit.*, p. 5.

Se puede observar en esta categoría, por ejemplo, la expectativa existente que informa que todos deben cuidar de su higiene personal y no deben emitir sonidos sin sentido alguno. Si son violadas dichas expectativas, su reacción es la atribución de la calidad de raro o sucio a las personas que no las observaron, por parte de los otros individuos con los cuales conviven. La reacción citada es suficiente para que dichas expectativas sean respetadas casi siempre.

Otras normas, a su vez, carecen por completo de dicha fuerza de auto estabilización, como pasa, en general, con las reglas que hoy no pueden más ser vistas como previamente concebidas, derivadas de un derecho natural o divino, pero simplemente hechas por los hombres, aunque por buenas razones⁵⁸⁹.

La violación de normas de ese tipo no genera inmediatamente una sanción, como pasa con la violación de las normas que se auto estabilizan. Así se puede observar, por ejemplo, que nadie que esté en plenas condiciones mentales de sanidad conduciría por la calle un coche sin sistema de frenos, en condiciones normales. Sin embargo, seguramente, muchas personas conducirían – y conducen – sin carnet de conducir. Mientras tenemos, como consecuencia de la conducta de conducir sin frenos, la probabilidad de una pena literalmente natural, que puede llegar hasta la pérdida de la vida, la conducta de conducir sin autorización legal no tiene ninguna pena inherente.

En ese caso, es necesario, para la garantía de la vigencia de la expectativa normativa violada, cuya violación no genera la probabilidad de una sanción inherente, la utilización de una pena, orientada al agente, oriunda de una entidad externa, legitimada para su aplicación. Es eso lo que informa Freud en uno de sus estudios sociológicos:

“La ley sólo prohíbe a los seres humanos aquello que podrían llevar a cabo bajo el esforzar *{Drängen}* de sus pulsiones. No hace falta que sea prohibido y castigado por la ley lo que la naturaleza misma prohíbe y castiga. Por eso podemos suponer tranquilamente que unos delitos prohibidos por una ley son tales que muchos hombres los cometerían llevados por sus inclinaciones naturales. Si no existiera una inclinación natural de esa índole, tampoco se producirían aquellos

⁵⁸⁹ JAKOBS, Günther. *Sociedad, norma y persona en una teoría de un Derecho penal funcional*, op. cit., p. 27.

delitos; y si estos no se cometieran, ¿para qué haría falta prohibirlos?”⁵⁹⁰

En el contenido de la teoría de Jakobs se puede observar que en el funcionamiento del Derecho penal, la sanción se aplica por medio de un procedimiento formalmente establecido por el subsistema social del Derecho, y posee la función de proteger la confianza de la sociedad en las expectativas normativas institucionalizadas, necesarias al funcionamiento del sistema social.

En la obra de Jakobs se encuentra dicha función de la siguiente forma: “Desde el fin del derecho natural, la pena ya no se impone a sujetos irracionales, sino a sujetos refractarios. La sanción contradice el proyecto de mundo del infractor: este afirma la no vigencia de la norma para el caso en cuestión, pero la sanción confirma que esa afirmación es irrelevante.”⁵⁹¹

5.1 Creación y vigencia de la norma penal – de la institucionalización a la vigencia y sus consecuencias.

La institucionalización de las expectativas funciona, de acuerdo con Luhmann, a través de lo que se llama el “ahorro de consenso”. En virtud de ser fácticamente imposible someter todas las situaciones de decisiones políticas a todos los individuos todo el tiempo, en lugar de promover el consenso, las instituciones tienen que promover el agrupamiento de las personas que tienen opiniones parecidas e intentar buscar el consenso entre algunos miembros de estos grupos, en algunos sentidos y en algunos momentos, lo que es una descripción en sus términos de una democracia indirecta participativa multipartidaria.

Con el crecimiento de la sociedad, y la especificación funcional de subsistemas sociales, el número de expectativas compartidas por todos tiende a disminuir, y el número de expectativas específicas tiende a aumentar. Así, pocas expectativas genéricas tienen que ser sustituidas por muchas expectativas específicas, de manera muy rápida. Dicho desarrollo sobrecarga el mecanismo de institucionalización de dos formas, a saber: En términos generales, es necesario

⁵⁹⁰ FREUD, Sigmund. (1913 [1912-13]). “*Tótem y tabú*. Algunas concordancias en la vida anímica de los salvajes y de los neuróticos”. Obras completas Amorrortu Editores, XIII. Buenos Aires, 1976, p. 41.

⁵⁹¹ JAKOBS, Günther. *Sociedade, Norma e Pessoa: teoria de um Direito Penal funcional op. cit.*, p. 13.

que haya más expectativas, y de forma específica dicha diferenciación entre expectativas debe ser convincente y coherente.

Se puede pensar que la vigencia de una norma se realiza cuando ella existe y cuando existe y todos respetan a ella. Sin embargo, la vigencia debe ser vista en su invocación como pauta de juicio. Es decir, su vivencia se verifica no tanto cuando es obedecida por todos, pero cuando está institucionalizada por procesos socialmente válidos, y puede ser invocada como pauta de juicio, para decir que la conducta que la ha violado está equivocada y la conducta que la ha respetado está correcta. Polaino-Orts informa que:

“Vigencia de la norma como concepto central: la vigencia de la norma es concepto central en la construcción funcionalista: su cuestionamiento y su restitución constituyen el principio y el fin de la prestación del sistema penal: El Derecho penal lleva a cabo la prestación o el cometido de "contradecir la contradicción de las normas determinantes de la identidad de la Sociedad”⁵⁹²

La vigencia de la norma descansa sobre el ahorro de consenso, en la medida en que es coherente con el sistema. Aún que nadie las cumpla, las normas vigentes tienen fuerza para obligar a todos, las personas reconocen que tienen que comportarse de una forma debida. La obligatoriedad es un vínculo, una atadura, que genera una contrición cuando las normas quedan incumplidas.

El papel que tienen las normas en la acción humana es fijar expectativas de conducta y hacer pautas de juicios. La existencia o no de la norma nos permite saber lo que debemos esperar de los otros porque ellas son pautas públicamente intocables de conducta, que sólo se cambian a través de un procedimiento preestablecido. Informar que la norma es obligatoria significa decir que algunas formas de conducta no son opcionales. En otras palabras, en relación con el carácter vinculante del Derecho, es precisamente eso lo que se quiere decir:

“El Derecho, en cuanto formulación preceptiva de un ser “deber ser”, entraña la dimensión de la obligatoriedad, en virtud de la cual se exige a sus destinatarios ajustar su conducta a la prescrito por sus normas. El deber jurídico consiste pues en la exigencia que el Derecho dirige al

⁵⁹² POLAINO-ORTS, Miguel; KINDHÄUSER, Urs. *Normativismo en Derecho penal*. Estudios de dogmática jurídico-penal, *op. cit.*, p. 21.

destinatario de la norma imponiéndole la observancia de un determinado comportamiento.”⁵⁹³

Se puede intentar identificar la teoría que Jakobs propone como una vertiente de la prevención general positiva, es decir, con la función de reafirmar la vigencia de la norma para la sociedad, los valores sociales se mantienen intangibles lo máximo posible. El propio Jakobs admite la posibilidad de calificar su teoría de este modo, conforme se observa, a continuación:

"La prevención general positiva" como la de Welzel, afirmando que "la prevención general positiva -si es que quiere hacerse uso de ese término- no debe denominarse prevención *general* porque tuviera efectos en gran número de cabezas, sino porque garantiza lo genérico, mejor dicho, lo general, esto es, la configuración de la comunicación; por otro lado, no se trata de *prevención* porque se quiera alcanzar algo a través de la pena, sino porque ésta, como marginalización del significado del hecho en sí misma tiene como efecto la vigencia de la norma"⁵⁹⁴

Sin embargo, aunque la teoría de Jakobs sea calificada como una forma de prevención general positiva, en virtud de dicha teoría radicar en torno del concepto de “vigencia de la norma”, es necesario identificar cuáles son las posibles consecuencias e implicaciones de tener un concepto como este en el centro de las construcciones teóricas.

A través de método adoptado por el propio Luhmann, y seguido por Polaino-Orts⁵⁹⁵ en el importante trabajo que se utiliza como referencia, los siguientes conceptos serán identificados a través de la diferenciación. En relación con la identificación de la vigencia de la norma como elemento central, tres preguntas deben ser hechas: ¿Qué protege la norma? ¿Quién infringe la norma? ¿Cómo se infringe la norma? La respuesta a estas preguntas está en la diferenciaciones ontologismo/funcionalismo, individuo/persona, y análisis sistemático/análisis funcional.

⁵⁹³ MONTORO BALLESTEROS, Alberto, *El deber jurídico*, Cuadernos de Teoría Fundamental del Derecho, Universidad de Murcia, No 14, 1993, p. 8.

⁵⁹⁴ JAKOBS, Günther, *Sobre la teoría de la pena*. Traducción de Manuel Cancio Meliá, "Cuadernos de conferencias y artículos n° 16", Centro de Investigaciones de Derecho penal y Filosofía del Derecho, Universidad del Externado de Colombia, Bogotá, 1999, p. 33.

⁵⁹⁵ POLAINO-ORTS. Miguel; KINDHÄUSER, Urs. *Normativismo en Derecho penal*. Estudios de dogmática jurídico-penal, *op. cit.*, p. 30.

Acerca de la primera diferenciación que se hace, hay que conocer las diferencias entre una dogmática ontologista y una funcionalista. Una dogmática ontologista, en los moldes de los planteamientos de Welzel, está orientada a identificar el objeto de protección de las normas en lo que hay en el mundo, en lo que es perceptible a los ojos, y existe antes del propio Derecho. En este sentido, dicha dogmática, al observar que un delito realiza una perturbación en el ambiente, ejercida por una actividad final, que causa una lesión a una cosa que la norma quiere proteger, identifica que la función de la norma es la protección de bienes jurídicos.

Sin embargo, con el fin de observar lo que va más allá de lo que se puede percibir por los sentidos, una dogmática funcionalista está atenta a los procesos sociales latentes y que subyacen a la realización de un delito. Aunque con un delito se vea, muchas veces, la realización de un acto que lesiona efectivamente a un bien, como el delito de lesiones, lo más importante no es esta lesión, perceptible a los ojos, porque el Derecho no está formado por elementos de la naturaleza física, sino por datos de naturaleza normativa.

En este contexto, lo que importa más es percibir los procesos sociales que subyacentes a dicha lesión, es comprender lo que realmente significa la realización de un delito para la colectividad, lo que es importante, especialmente porque existen delitos que nos exigen abandonar la perspectiva subjetivista de la doctrina del bien jurídico. Ejemplos de estos tipos de delitos son lo que no lesionan ni ponen en peligro de lesión a ningún bien jurídico – lo que no les hace dejar de ser delitos por eso – como los tipos de peligro presunto que castigan el manejo no autorizado de materiales radioactivos nucleares⁵⁹⁶ y las situaciones en las cuales los bienes son efectivamente dispuestos por la víctima, como en el auxilio al suicidio, donde no hay interés de la víctima en proteger su propio bien jurídico, conducta esta que, sin embargo, sigue delictiva.

⁵⁹⁶ “Artículo 345. 1. El que se apodere de materiales nucleares o elementos radiactivos, aun sin ánimo de lucro, será sancionado con la pena de prisión de uno a cinco años. La misma pena se impondrá al que sin la debida autorización posea, trafique, facilite, trate, transforme, utilice, almacene, transporte o elimine materiales nucleares u otras sustancias radiactivas peligrosas que causen o puedan causar la muerte o lesiones graves a personas, o daños sustanciales a la calidad del aire, la calidad del suelo o la calidad de las aguas o a animales o plantas. 2. Si el hecho se ejecutara empleando fuerza en las cosas, se impondrá la pena en su mitad superior. 3. Si el hecho se cometiera con violencia o intimidación en las personas, el culpable será castigado con la pena superior en grado. 4. El que sin la debida autorización produjere tales materiales o sustancias será castigado con la pena superior en grado.” ESPAÑA. Ley orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código penal. *Boletín Oficial del Estado*, 24 de noviembre de 1995, núm. 281, y “Art. 22 - *Possuir, adquirir, transferir, transportar, guardar ou trazer consigo material nuclear, sem a necessária autorização. Pena: reclusão, de dois a seis anos.*” BRASIL. *Lei nº 6.453, de 17 de Outubro de 1977*. Dispõe sobre a responsabilidade civil por danos nucleares e a responsabilidade criminal por atos relacionados com atividades nucleares e dá outras providências. *Diário Oficial da República Federativa do Brasil*, Brasília, DF, 18 out. 1977.

Con una dogmática funcionalista se busca observar lo que realmente importa para el Derecho penal en cuanto una ciencia social: sus funciones efectivas en la sociedad, y no las funciones que desearíamos que tuviera. En este sentido, es indudable que la sanción sirva para proteger la norma penal, independientemente de existencia, puesta en peligro o lesión a cualquier bien jurídico. El papel del científico es observar y describir, no desear una realidad diferente en el ámbito de la investigación. En este sentido son las consideraciones de Polaino-Orts, a saber:

“Por ello, desde esta perspectiva, los bienes jurídicos no pueden ser considerados categorías pre-jurídicas, ontológicas ni naturalistas, sino esencialmente, desde un aspecto normativo, como categorías creadas por el Derecho, por él configuradas. Jakobs reconoce que los bienes jurídicos admiten una definición naturalista (se protege la vida, la salud o la propiedad porque son valoradas como individualmente fructíferos), pero tajantemente afirma que ello no puede ser rasgo definitorio ni distintivo de un sistema normativo, en tanto que los bienes jurídicos pueden resultar menoscabados, no solo por hechos de personas responsables en un contexto normativo-social, sino también por sucesos naturales (catástrofes, enfermedad, desgaste, etc.), o incluso por hechos en los que intervienen sujetos, pero no lo hacen como personas en Derecho penal, sino como individuos (por ejemplo, sin dolo ni imprudencia, o por inimputables).”⁵⁹⁷

En relación con la segunda diferenciación, entre individuo y persona, se puede informar que esta es la parte más delicada de la construcción funcionalista, cuando comparada con sistemas de matiz diferente. De la misma forma en que el supuesto antihumanismo luhmanniano es de cierto modo polémico, la siguiente distinción encuentra mucha resistencia en la doctrina. De entrada, se puede decir que existen dos tipos de seres humanos. Las personas, y los individuos no-personas. Las personas son los individuos considerados en su rol social, es decir, que tiene un rol y lo ejercen. Polaino-Orts realiza dicha distinción de la siguiente forma.

“Precisamente en este contexto cabe interpretar el concepto funcionalista de persona, que se contrapone al de individuo, de manera coherente con la distinción entre sistema y entorno, entre Sociedad y ambiente: la persona participa en la comunicación social, expresa sentido; el individuo, no. O en otras palabras, la persona -definida por su capacidad de seguimiento de la norma- puede infringir su rol de ciudadano fiel al Derecho, defraudar una expectativa y poner en

⁵⁹⁷ POLAINO-ORTS. Miguel; KINDHÄUSER, Urs. *Normativismo en Derecho penal*. Estudios de dogmática jurídico-penal, *op. cit.*, p. 34.

entredicho la vigencia de la norma; el individuo (menores de edad, inimputables, etc.) se mueve en un ámbito *extra-social*, siendo sus acciones comunicativamente irrelevantes, o sea, no son personas en Derecho (penal), de manera que sus acciones no son idóneas para participar en la comunicación social, ni pueden por ello atacar la vigencia de la norma.”⁵⁹⁸

Una persona, para la dogmática clásica, es quien realiza un delito, y desde el punto de vista del principio de lesividad, es quien lesiona un bien jurídico. Una vez más, en el sentido de ir más allá de lo identificable por los sentidos, y desde un punto de vista normativo, persona es el individuo capaz de comportarse de acuerdo con las normas que rigen el sistema en el cual actúa, es persona capaz el individuo de cumplir el rol que le compete. Cuando la persona se aleja de este rol, es decir, cuando la persona no cumple las expectativas normativas institucionalizadas relativas a dicho rol, ella actúa formalmente como persona, pero materialmente como individuo, porque su conducta no puede inscribirse en el sistema en el cual se encuentra, aunque, por eso, este individuo no sea obligatoriamente tratado como una no-persona (eso se aclarará oportunamente, en este trabajo). En este contexto, Polaino-Orts observa que:

“Postulados básicos en esta construcción son, resumidamente, los siguientes: la persona se define por el cumplimiento de su rol social, esto es, por la fidelidad al Derecho: en palabras de Jakobs, "persona es a quien se le adscribe el rol de un ciudadano respetuoso con el Derecho", y por ello, "es persona real aquel cuyo comportamiento resulta adecuado a la norma". Para ello, dos condiciones son precisas: "el comportamiento debe estar *regido* por las normas -ningún animal (entendido como parte del medio ambiente) puede ser una persona-, y debe resultar *adecuado* a la norma -ninguna persona asesina-". Si faltan estas condiciones, el sujeto no se comporta como *persona* (integrante del sistema social), sino como *individuo* (entorno del sistema): no respeta su rol, infringe la norma, realiza una "*comunicación defectuosa*", y actúa *formalmente como persona, pero substancialmente como individuo*, siendo su comportamiento materialmente equiparable a la naturaleza, al medio ambiente”⁵⁹⁹

La última distinción que se debe realizar, en relación con las consecuencias de identificar la protección de la vigencia de la norma como función del Derecho penal, deberá ser observado

⁵⁹⁸ POLAINO-ORTS. Miguel; KINDHÄUSER, Urs. *Normativismo en Derecho penal*. Estudios de dogmática jurídico-penal, *op. cit.*, p. 55.

⁵⁹⁹ POLAINO-ORTS. Miguel; KINDHÄUSER, Urs. *Normativismo en Derecho penal*. Estudios de dogmática jurídico-penal, *op. cit.*, p. 58.

en relación con la diferencia entre un análisis sistemático y un análisis funcional de la conducta. En este ámbito, se cambia la forma clásica de concebir la teoría jurídica del delito. El delito, en la teoría clásica, fue concebido desde un punto de vista ontológico, como acción, tipicidad, antijuridicidad, culpabilidad y punibilidad, pero ahora pasa a ser identificado como un evento comunicativo funcional calificado de ilícito por del sistema del Derecho. Véase, a continuación:

“La discusión se sitúa, en consecuencia, en un plano netamente normativo, alejado de sujeciones naturalistas. Por ello, el concepto de acción no puede explicarse desde esta perspectiva si no es como una auto-manifestación por parte del autor- de un quebrantamiento de la norma, lo cual conlleva que se considere la evitabilidad como presupuesto de la culpabilidad, y la culpabilidad como presupuesto de la acción. Por ello, el concepto de acción, para Jakobs, consiste en "hacerse culpablemente responsable por la lesión de la vigencia de la norma", y por ello la acción es un concepto funcional, construido por el Derecho, libre de connotaciones naturalistas, y perfectamente coherente con la idea del aseguramiento de la vigencia de la norma. (...) La acción en Derecho penal solo puede tener, desde el punto de vista comunicativo, un sentido en tanto unidad socialmente reconocida como tal. La aplicación de un método funcional conlleva rechazar cualquier partición ontológica, naturalista, etc. y extraer de ello consecuencias dogmáticas.”⁶⁰⁰

La acción sólo tiene sentido en cuanto ente que posee sentido comunicativo, lo que sólo es posible si existe culpabilidad. Es decir, si la acción es la violación de la norma, y la culpabilidad se fundamenta en la violación de la norma, acción y culpabilidad están directamente vinculadas. Eso quiere decir que sólo hay acción penalmente relevante si ella está orientada a la violación de la norma, el fundamento de la culpabilidad. Sólo hay acción cuando uno actúa culpablemente⁶⁰¹. La acción debe volverse a la culpabilidad, y la culpabilidad sólo existe mientras la acción existe como violación a la norma. Jakobs informa que:

⁶⁰⁰ POLAINO-ORTS, Miguel; KINDHÄUSER, Urs. *Normativismo en Derecho penal*. Estudios de dogmática jurídico-penal, *op. cit.*, p. 64.

⁶⁰¹ En otras palabras: “La teoría de Jakobs sobre al acción y la pena también conduce a entender que la acción es una acción culpable. En efecto, si la acción es un acto comunicativamente relevante, en el cual el sujeto expresa con su comportamiento que para él no rigen las expectativas generalizadas de conducta, y por ende manifiesta un esbozo del mundo en el cual desautoriza la vigencia de la norma como modelo de contacto social, es lógico entender que sólo hay acción cuando actúa culpablemente. Si la persona, por ejemplo, incurre en un error de prohibición, su actuación no expresa un acto comunicativamente relevante en el cual se desconoce la vigencia de la norma.” MONTEALEGRE LYNETT, Eduardo; PERDOMO TORRES, Jorge Fernando. *Funcionalismo y normativismo penal*. Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2006, p. 48.

“En todo caso, quien se limita a la vulneración de la norma de comportamiento se queda a medio camino. *Y ello es así porque el injusto no produce por sí mismo la pena, sino que jurídicamente es un mero concepto auxiliar. Por ello, un concepto de acción que almacene el programa completo del Derecho penal debe ser ampliado hasta la culpabilidad. Acción es convertirse a sí mismo en culpable*; formulándolo de otro modo: acción es la asunción culpable de la competencia por una lesión de la vigencia de la norma. Este concepto de acción —y sólo este— es más que un concepto auxiliar jurídico-penal, es el concepto de aquel comportamiento que hace necesaria la imposición de una pena. Los conceptos que se ubiquen por debajo de este nivel acaso abarcan situaciones provisionales. Sólo si se extiende el concepto hasta la culpabilidad, adquiere un contenido vinculante desde el punto de vista del Derecho penal.”⁶⁰²

Eso presupone cambiar la tradicional diferenciación entre elementos objetivos, plasmados en el injusto típico, y elementos personales, plasmados en la culpabilidad, lo que presupone un total cambio de paradigma para la actual teoría jurídica del delito, concebida a través de la evolución del sistema Liszt-Beling, hasta el finalismo, pasando por el neokantismo, algo que en este punto merece ser aclarado. En este contexto, sólo hay acción si dicha acción se orienta a la violación de la norma, que es lo que fundamenta la culpabilidad, es decir, sólo hay culpabilidad si hay una acción violadora de la vigencia de una norma. Acción y culpabilidad existen como un único ente. Welzel también rompió con la idea de separación entre elementos objetivos y subjetivos en el concepto dogmático de delito, cuando ubicó el dolo en la tipicidad, hay que reconocerse.

En un primer momento, influenciado por el paradigma científico del positivismo y la relación de causalidad derivada de la tercera Ley de Newton (principio de acción y reacción), se concibió la acción como un acto en un sistema causal-naturalista, en el cual la acción fue concebida como *la realización de un movimiento corporal voluntario que genera una alteración en el mundo exterior*⁶⁰³, puramente objetiva, dejando a la culpabilidad la tarea contener todos los elementos subjetivos y ninguno de carácter normativo.

⁶⁰² JAKOBS, Günther, *Estudios de Derecho penal*. traducción Enrique Peñaranda Ramos *et. al.*, Madrid, Civitas, 1997, p. 124.

⁶⁰³ “*Ação é o fato que repousa sobre a vontade humana, a mudança do mundo exterior referível à vontade do homem. Sem ato de vontade não há ação, não há injusto, não há crime: cogitationis poenam nemo patitur. Mas também não há ação, não há injusto, não há crime sem uma mudança operada no mundo exterior, sem um resultado. Destarte são dados dois elementos de que se compõe a ideia de ação e portanto a de crime: ato de vontade e resultado. A estes dois elementos deve crescer a relação necessária, para que eles formem um todo,*

Luego, después de la maduración de los ámbitos del conocimiento humano denominados fenomenología y metafísica que ha pasado después la toma de lugar por la ciencia, como metanarrativa (gran relato) de la modernidad, que dió origen hoy a la epistemología, se pasó a diferenciar las *Naturwissenschaften* (ciencias de la naturaleza) de las *Geisteswissenschaften* (ciencias del espíritu) o *Kulturwissenschaften*, grupo en el cual se pasó a ubicar el Derecho.

Eso permitió la introducción de concepciones valorativas en las categorías dogmáticas, y por eso, la introducción de parte del contenido subjetivo en el concepto de acción, que paso a ser identificado como *la realización exterior de una conducta humana voluntaria*⁶⁰⁴, en una clara distinción entre los elementos subjetivos voluntariedad (característica de la acción), ubicado en la tipicidad, y finalidad (criterio utilizado para identificar el grado de culpabilidad), ubicada en la culpabilidad. Eso permitió una mejor identificación de la voluntariedad con la acción, aunque eso no ha significado la puesta del elemento finalidad en el concepto de acción.

Luego, con el finalismo, fomentado por una visión teleológica del mundo, pero sin alejarse de las concepciones valorativas neokantianas, se trasladaron completamente los elementos subjetivos a la concepción de acción, y les pusieron en situación de preponderancia en relación con los elementos objetivos, a través de la concepción de la acción como *el ejercicio de una actividad final*⁶⁰⁵, lo que permitió el vaciamiento total de elementos subjetivos de la categoría dogmática de la culpabilidad.

El desarrollo que Jakobs propone, en dicho contexto, es comprender la acción en su significado antijurídico, desde su propia naturaleza y función comunicativa. Es decir, con otras palabras, el autor propone la realización de un paso más en la dirección fundada por el

a referência do resultado ao ato. LISZT, Franz Von. *Tratado de Direito Penal Alemão*. Tomo I. Trad: José Higinio Duarte Pereira, Campinas: Russel Editores, 2003, p. 217-218.

⁶⁰⁴ “A conduta relevante para o Direito Penal, no Neokantismo, portanto, é o “comportamento humano voluntário causador de um resultado”. LIMA, Luís Armando Pereira. Teoria do crime: elementos sobre a teoria neoclássica (neokantismo). *Revista Jus Navigandi*, ISSN 1518-4862, Teresina, ano 20, n. 4308, 18 abr. 2015. Disponível em: <<https://jus.com.br/artigos/32411>>. Acesso em: 21 maio 2017.

⁶⁰⁵ “A ação humana é, saliente-se, por sua essência finalística; propõe-se os fins, escolhem-se os meios necessários para o alcance do fim e se aplicam segundo um plano pré-estabelecido. O momento da finalidade, se se tratar de uma ação penalmente relevante: o dolo; pertence, pois, a ação e não pode ser dela legitimamente separado.” GALLO, Marcello. *La teoria dell’azione finalistica nella piú recente dottrina tedesca*. Milano, Giuffré, 1967.

neokantismo: aunque no proponga la vuelta de un concepto de acción que presuponga el conocimiento real de la antijuridicidad, a través de un dolo normativo (*dolus malus*), él propone que dicho concepto sea visto como la responsabilidad por la realización de un comportamiento violador del contenido/sentido/vigencia de la norma, y por eso, la culpabilidad (cuyo contenido es el reproche socio-normativo de la acción) es el propio sentido jurídico de la acción, razón por la cual de ella no se le puede apartar.

Eso pasa porque el Derecho penal, y la función primera de la pena (función manifiesta) se orienta la marginalización de la conducta en su sentido de negación de la vigencia de la norma⁶⁰⁶, que sólo puede ser percibido por los autores en cuanto sistemas psíquicos que tienen aptitud de participar en dicha comunicación⁶⁰⁷, por la ausencia de circunstancias que excluyen su culpabilidad⁶⁰⁸ (sea por no comprender el carácter antijurídico del hecho, por no poder motivarse eficazmente en relación con dicha comprensión, por no conocer potencialmente la ilicitud del hecho, o por la existencia de una causa que no le permitió actuar de acuerdo con la norma, como la coacción moral irresistible, la obediencia jerárquica, el miedo insuperable, el estado de necesidad sólo como exculpante *et caetera*).

Para Jakobs, una acción no culpable no es antijurídica porque quien la realizó no tiene condiciones de tomar parte en la comunicación, por la incidencia de una de las causas de exclusión de la culpabilidad (inimputabilidad, inexigibilidad de otra conducta o inexistencia

⁶⁰⁶ “Teniendo como destinatarios a personas, el daño penal que se le inflige al autor mediante la privación de medios de desarrollo (libertad, dinero) no es para producir miedo o compasión u otros estados psíquicos, sino que sólo es portador de un significado, que es que no hay que tomar el hecho como comunicación válida.” JAKOBS, Günther. “La autocomprensión de la ciencia del Derecho penal ante los desafíos del presente”. En: VVAA. *La ciencia del Derecho penal ante el nuevo milenio*. Valencia, Tirant lo Blanc, 2004, pp.53-64, p. 57.

⁶⁰⁷ “Ahora bien, la función abierta de la pena, confirmar la identidad de la sociedad, no excluye admitir como función latente una dirección de la motivación: la marginalización del hecho y la confirmación de la configuración social que tiene lugar de manera permanente excluye las formas de comportamiento delictivo del repertorio de las que en todas partes se insinúan o quizá recomiendan. En otras palabras, en la organización normal cotidiana no se reflexiona primero acerca de la posibilidad de proceder delictivamente. Esta es la llamada prevención general positiva como función latente de la pena.” JAKOBS, Günther. “La autocomprensión de la ciencia del Derecho penal ante los desafíos del presente”. En: VVAA. *La ciencia del Derecho penal ante el nuevo milenio*. Valencia, Tirant lo Blanc, 2004, pp.53-64, p. 56.

⁶⁰⁸ “El efecto confirmador se dirige a personas, es decir, a partícipes de la comunicación considerados como poseedores de disposición jurídica, es más, se dirige absolutamente a todas. (...) De manera distinta sucede cuando se trata de las funciones latentes. Acostumbrarse a ser fiel al derecho o quizá dejarse intimidar, esas no son reacciones personales; las personas no necesitan habituación o intimidación, pues, como se ha dicho anteriormente, son consideradas como partícipes de la comunicación con disposición jurídica. Solamente ha de ser dirigido mediante habituación o intimidación aquel que carece per se de disposición jurídica, de nuevo en el lenguaje kantiano, el homo phaenomenon, el individuo que se balancea entre la apetencia y la inapetencia.” JAKOBS, Günther. “La autocomprensión de la ciencia del Derecho penal ante los desafíos del presente”. En: VVAA. *La ciencia del Derecho penal ante el nuevo milenio*. Valencia, Tirant lo Blanc, 2004, pp.53-64, p. 57.

de potencial conocimiento de la antijuridicidad). Es decir, solo tiene sentido considerarse una acción como antijurídica si su significado fue antijurídico desde su nacimiento, donde se identifica la disposición (no la voluntad ni la finalidad) de violación del contenido de la norma como sentido social y normativo de la conducta.

Así pues, sólo los culpables son personas con aptitud de realización de una acción ilícita o delictiva, porque alguien no culpable no tiene condiciones de tomar parte en la comunicación sistémica del Derecho, lo que permite concluir que ellos son no-personas para los fines de imposición de una condena criminal y aplicación de una pena, lo que no significa necesariamente una desventaja para el individuo, que en concreto puede representar su una puesta en libertad mucho más temprana, conforme oportunamente se aclarará.

Eso es ver la antijuridicidad desde su propia naturaleza normativa, desde dentro, sin la necesidad de utilizarse de construcciones artificiales extrajurídicas para comprender su origen, como los conceptos de acción como alteración en el ambiente (causalismo), como comportamiento voluntario (neokantismo) o ejercicio de una actividad final (finalismo), y ver las consecuencias de dicha antijuridicidad también desde el propio Derecho, sin la necesidad de acudir a conceptos extra jurídico-penales, como la idea de lesión a bienes jurídicos o a derechos subjetivos.

Desde esta perspectiva se rechaza la separación entre injusto y culpabilidad. El delito es concebido como una unidad, lo que no es difícil de comprender. El delito presupone una acción culpable, que viola la vigencia de la norma, es decir, él presupone una acción, que materializa el precepto primario de un tipo penal, que establece una conducta que viola una norma, cuando no está amparada por una causa de justificación, es decir, sólo hay violación de la norma si la conducta realizada materializa un tipo penal de injusto.

Así pues, un delito es una acción que viola la vigencia de la norma porque en dicha acción ya están incluidos los posibles juicios de medición de existencia de acción, antijuridicidad y culpabilidad. En este contexto la punibilidad es descrita como condición del enjuiciamiento de la acción penal, instituto de naturaleza procesal, no material.

En este contexto, establecer la vigencia de la norma como el elemento central de análisis de la conducta a través del Derecho penal, presupone identificar la función del Derecho penal en la protección de la vigencia de la norma, presupone identificar como persona quien cumple su rol y sus correspondientes expectativas en el sistema social en que toma parte, y por fin, presupone identificar los elementos de la teoría del delito clásica en el concepto de acción que viola la vigencia de una norma, y tener dicho concepto como suficiente a la imposición de una pena.

5.2 Socialidad *versus* Subjetividad.

Algunos autores⁶⁰⁹ argumentan que el funcionalismo sistémico quita el individuo libre del centro de protección del sistema social. Conforme se ha analizado, utilizar las expresiones individuo y funcionalismo sistémico en la misma frase puede sonar como algo incoherente o sin sentido.

Con la protección de la expectativa de conducta se busca mantener la identidad y el funcionamiento del sistema social. El concepto biológico o ontológico de ser humano se vincula a otros tipos de planteamientos teóricos ya expuestos, como los autores que siguen la teoría de la acción social, adoptada por Max Webber⁶¹⁰ y Jürgen Habermas⁶¹¹.

Así pues, afirmar que el funcionalismo sistémico quita el individuo del centro de protección del sistema social es como decir que la física cuántica está mal porque no se preocupa con la estética musical contemporánea. No tiene referencia epistemológica una crítica de ese matiz.

Sin embargo, a través de planteamientos teóricos desde los cuales se reconoce la existencia de un ser humano como ente, no como sistema, como la teoría de la acción social, se puede decir

⁶⁰⁹ Como, por ejemplo: COSTA JUNIOR, Heitor. *Crítica à legitimidade do Direito Penal funcionalista. Discursos Sediciosos: crime, direito e sociedade*. Rio de Janeiro: Freitas Bastos e Instituto Carioca de Criminologia, n. 9, 2000, *passim*.

⁶¹⁰ Weber define a la acción social como cualquier tipo de proceder humano que significativamente “se orienta por las acciones de otros, las cuáles pueden ser presentes o esperadas como futuras.” WEBER, Max. *Economía y Sociedad*, México D. F., Fondo de Cultura Económica, 1944, p. 16.

⁶¹¹ “Al actuar comunicativamente los sujetos se entienden siempre en el horizonte de un mundo de la vida. Su mundo de la vida está formado de convicciones de fondo, más o menos difusas, pero siempre aporéticas. El mundo de la vida, en tanto que trasfondo, es la fuente de donde se obtienen las definiciones de la situación que los implicados presuponen como aporéticas.” HABERMS, Jürgen. *Teoría de la acción comunicativa*. Vol.1: Racionalidad de la acción y racionalización social. Madrid, Taurus, 1987, p. 84

que es justamente el individuo quien se quiere proteger con la preservación de la configuración normativa social, a través de la estabilización de expectativas, garantizando la posibilidad de realización de la doble contingencia por la protección de la confianza, y el desarrollo libre de su personalidad.

Sí, es posible esto. La necesidad de protección de la confianza no es inherente al funcionalismo sistémico. Autores que siguen la tradición sociológica de la teoría de la acción social, como Anthony Giddens, de acuerdo con lo informado en este trabajo, también reconocen la importancia de la protección de la confianza en las sociedades globalizadas.

En este contexto el individuo es el centro de la actividad sistémica, aunque secundariamente remitido, pues se remite primeramente a la protección de la vigencia de la norma, y secundariamente, a todos los individuos que se benefician de tal vigencia. Se puede observar un ejemplo de dicha protección en nuestra vida: nosotros todos, indistintamente, nos beneficiamos de la protección a la vigencia de la norma penal que criminaliza la conducta homicida.

Ante la crítica que indica ser el funcionalismo la negación de la libertad individual⁶¹², porque sus presupuestos de funcionamiento del sistema social son supra-individuales, y la protección del subsistema del Derecho no incide directamente sobre la libertad individual, pero sobre expectativas de conducta, responde Jakobs⁶¹³, en los siguientes términos:

“Una objeción muy común es que con lo antes dicho de funcionalismo se quita la máscara, mostrando su verdadera faz: se dice que pretende estabilizar la sociedad, sin aludir para nada al sujeto libre; se dice que pretende estabilizar normas, sin determinar si son normas que hacen posible la libertad o normas que aterrorizan. En lo que se refiere a la primera crítica, es correcta a medias: es cierto que desde la perspectiva funcional, de lo que se trata es del mantenimiento de un sistema que ha generado por diferenciación un sistema jurídico. Pero la segunda mitad de la objeción, la afirmación de que de este modo se pasa por alto al sujeto libre, no tiene nada que ver con la cuestión: éste estará presente exactamente en aquella medida en la que sea transmitido por medio de la comunicación, es decir, en la medida en que sea determinante de la autodescripción de la sociedad. Ciertamente, si el sujeto libre de hecho no aparece en la comunicación, efectivamente,

⁶¹² JAKOBS, Günther. *Sociedad, norma y persona en una teoría de un Derecho penal funcional*, op. cit., p. 29.

⁶¹³ JAKOBS, Günther. *Sociedade, Norma e Pessoa: teoria de um Direito Penal funcional*, op. cit., p. 14.

carecerá de toda importancia; pero también puede suceder que se convierta en el objeto central de la comunicación, y entonces será el elemento dominante, por encima de todo lo demás. Por lo tanto, el punto de partida funcional no desplaza nada, sino que es neutral.”⁶¹⁴

El autor citado indica que la libertad individual necesita de fundamentación, en el contexto de un sistema social, que promueva el más grande número de posibilidades de desarrollo, y no debe ser vista como un valor absoluto, de origen natural o divino a ser protegido de forma absoluta, independientemente de cualquier expectativa social, que sirve de base a los casos relacionados con limitaciones socialmente necesarias a la libertad, como, por ejemplo, en los casos de aplicación de una pena de privación de la libertad.

Acerca de dicha crítica, informa el autor que “contrariamente a eso cabe objetar a su vez que un sujeto libre casi que por gracia de la sociedad es demasiado poco, que este no debe ser fundamentado de modo derivado, pero debe constituir el principio y el objeto, vale decir, debe ser necesariamente el contenido principal de la empresa *Derecho penal*.”⁶¹⁵.

Cuando observamos la tendencia gregaria del ser humano y las formas de interacción social existentes en nuestra sociedad, concluimos que la subjetividad solamente puede desarrollarse plenamente en condiciones de socialidad, es decir, donde existen condiciones de sociabilidad mínima para el desarrollo de la personalidad. “La subjetividad se genera a través de un proceso mediado por lo social”⁶¹⁶. Así, la noción de parte se forma a partir de, y en contraposición, a la noción del todo.

Es precisamente eso lo que sostiene el Profesor Liu Nanlai, director del Centro para el Estudio de los Derechos Humanos, de la Academia China de Ciencias Sociales, de la siguiente forma: “Solo en asociación con la sociedad puede uno realizar su personalidad. En consecuencia, la implementación de los derechos humanos y libertades fundamentales de los individuos y las obligaciones y deberes soportados por los individuos hacia la comunidad y el Estado son inseparables”⁶¹⁷.

⁶¹⁴ JAKOBS, Günther. *Sociedad, norma y persona en una teoría de un Derecho penal funcional*, op. cit., p. 29.

⁶¹⁵ JAKOBS, Günther. *Sociedad, norma y persona en una teoría de un Derecho penal funcional*, op. cit., p. 30.

⁶¹⁶ JAKOBS, Günther. *Sociedade, Norma e Pessoa: teoria de um Direito Penal funcional*, op. cit., p. 15.

⁶¹⁷ NANLAI, Liu. “Developing Countries and Human Rights”. En: *Human rights: chinese and dutch perspectives*, editor Jacqueline Smith ; editors in chief Peter R. Bachr.. [et al.]. - The Hague: Martinus Nijhoff Publishers, 1996. - IX, pp. 103-117, p. 112.

En el ámbito del análisis de los sistemas psíquicos, Sigmund Freud⁶¹⁸ observó que la constitución psíquica del sujeto está formada por tres instancias diferentes, por él denominadas de *ego*, *superego* e *id*. El sistema psíquico se forma y funciona a partir de su diferenciación con el ambiente. El referido autor observó que los elementos de la constitución psíquica de un individuo (excepto el *id*, instancia preexistente) se forman a partir de la constitución psíquica de sus padres, por medio de identificaciones inconscientes con su *ego* y su *superego*⁶¹⁹. La relación entre padres e hijos es el primer vínculo social que establecemos, en los preludios de nuestra vida, que marca la forma por la cual continuaremos nos relacionando con los otros, en sociedad⁶²⁰.

Por estos motivos, Jakobs⁶²¹ concluye que no es correcto contraponer las condiciones de constitución de la subjetividad a las condiciones de constitución de la socialidad, en los términos de la relación “aquí libertad” *versus* “aquí colectivismo”. Sin una sociedad en funcionamiento faltan condiciones empíricas de formación y desarrollo de la subjetividad. Para Günther Jakobs:

“No se trata de que la sociedad, entendida como algo hecho y terminado, se anteponga al sujeto, pero también queda excluido lo contrario. Dicho de otro modo, la subjetividad no sólo es un presupuesto, sino también una consecuencia de la socialidad. Sin un mundo objetivo vinculante no hay subjetividad, y viceversa.”⁶²²

La relación de confianza que debe ser asegurada por el sistema social, en la medida que este se desarrolla, a través de la complejidad y de la contingencia, objetiva justamente ofrecer bases empíricas a eventos comunicativos en el sistema, posibilitando así, la doble contingencia y el funcionamiento del sistema, lo que permite, a su vez, el libre desarrollo de la personalidad.

⁶¹⁸ FREUD, Sigmund. (1923). O ego e o id. In: *Edição Standard Brasileira das obras psicológicas completas de Sigmund Freud*. Volume XIX. Tradução Jayme Salomão. Rio de Janeiro: Imago, 1996.

⁶¹⁹ LAPLANCHE, Jean; PONTALIS, Jean-Bertrand. *Vocabulário da psicanálise*. 4.ed. Santos: Martins Fontes, 2002, p. 499

⁶²⁰ FREUD, Sigmund, (1923). *O ego e o id*. *op. cit.*

⁶²¹ JAKOBS, Günther. *Sociedade, Norma e Pessoa: teoria de um Direito Penal funcional*, *op. cit.*, p. 18.

⁶²² JAKOBS, Günther. *Sociedade, norma y persona en una teoría de un Derecho penal funcional*, *op. cit.*, p. 34.

Conforme se ha aclarado, el funcionalismo sociológico aplicado al Derecho penal no tiene como objetivo la protección de una entidad ajena, lejana de los individuos, denominada de sociedad, a través del subsistema del Derecho, pero tiene el objetivo de observar cómo es posible garantizar la máxima posibilidad de confianza en las expectativas de conducta que dan soporte a las posibilidades humanas a través del sistema social. En ese contexto, Anthony Giddens observa que:

“Con el desarrollo de los sistemas abstractos, la fiabilidad en principios impersonales y también en algunos anónimos, resulta, impensable para la existencia social. Esta clase de fiabilidad no personalizada discrepa de la confianza básica. Poseemos una fuerte necesidad psicológica de encontrar gente de quienes fiarnos, en quienes confiar, pero carecemos de las conexiones personales organizadas institucionalmente que eran relativas a las situaciones sociales dadas en el mundo pre-moderno. Lo importante aquí no es principalmente que muchas características sociales, que previamente fueron parte de la vida diaria o de la vida mundana, hayan sido extraídas e incorporadas a los sistemas abstractos. Más bien, es que el tejido y la forma de la vida cotidiana han sido reconfigurados en conjunción con cambios sociales más amplios. Las rutinas estructuradas por los sistemas abstractos poseen un carácter vacío, no moral, y esto cobra validez en la idea de que lo impersonal inunda progresivamente lo personal. Pero no se trata simplemente de una disminución de la vida personal en favor de sistemas de organización impersonal sino de una genuina transformación de la naturaleza de lo personal. Las relaciones personales, cuyo principal objetivo es la sociabilidad, informadas por la lealtad y la autenticidad, se convierten tanto en una parte de las situaciones sociales de la modernidad como en instituciones que acompañan al distanciamiento de espacio-tiempo.”⁶²³

Una crisis de la confianza en expectativas normativas institucionalizadas es una crisis del propio sistema social, que se utiliza del subsistema del Derecho para gestionar perturbaciones en la confianza, a través de intervenciones que tienen por objetivo el restablecimiento de esta confianza, y consecuentemente, concretarse en un más alto grado un mínimo de seguridad en las relaciones sociales, para que todos puedan desarrollar libremente su personalidad y sus potencialidades.

⁶²³ GIDDENS, Anthony. *Las consecuencias de la modernidad*, op. cit., p. 116.

5.3 El riesgo en la sociedad compleja como elemento central del análisis funcionalista penal.

Para Luhmann⁶²⁴, el sistema social capta los riesgos que amenazan su funcionamiento, y trata de contenerlos a través de los mecanismos que él mismo posee. Así, uno de estos mecanismos es la imposición de una pena, por parte del subsistema del Derecho, al agente que promueva o incremente los riesgos de forma socialmente reprobable, según la configuración normativa de la sociedad. Tal procedimiento sancionatorio debe tener un grado más grande de eficacia posible, a través del establecimiento de sanciones preventivas de un modo bien perceptible.

En ese contexto, la necesidad social de control de los riesgos indica que no se debe esperar que la vigencia de la norma sea violada, y en consecuencia, la configuración normativa de la sociedad sea lesionada, para que se pueda imponer una sanción, en relación con conductas que en la mayoría de los casos son peligrosas e incoherentes con la configuración normativa de la sociedad.

Sabemos que el contacto social ipresupone la existencia de riesgos, y que sin ellos el sistema social no se desarrolla, sin embargo, en la sociedad contemporánea, marcada por la complejidad, contingencia y estos riesgos, la distancia que hay entre la conducta peligrosa y la violación a la respectiva expectativa normativa es mucho más pequeña que la distancia que había hace un siglo, lo que demanda una gestión de los riesgos de forma diferente de la que se realizaba hace algunos siglos, por parte del sistema social. Luhmann observa que:

“Adicionalmente a las discusiones cálculo, percepción, evaluación y aceptación de riesgos aparece ahora el problema de la selección de riesgos para ser o no considerados. Y nuevamente la investigación disciplinaria específica puede descubrir que no se trata aquí de una causalidad: existen determinados factores sociales que guían el proceso de selección.”⁶²⁵

Cuanto más grande el nivel de complejidad en la sociedad, más altas también son las posibilidades de violación de expectativas normativas institucionalizadas, y más difícil es una respuesta eficiente del sistema social a dichas violaciones. Un mecanismo útil de gestión de

⁶²⁴ LUHMANN, Niklas. *Risk: a sociological theory*. New Brunswick: Transaction, 2008.

⁶²⁵ LUHMANN, Niklas. *Sociología del Riesgo, op. cit.*, p. 48.

los riesgos, por parte del subsistema del Derecho, es el aumento de la severidad de las penas para la violación de las determinaciones legales que prohíben la creación de riesgos, cuanto más alto son los riesgos creados por la conducta tipificada.

La pena funciona como el segundo elemento de la ecuación que la relaciona con el nivel de riesgo realizado directamente proporcional a este, algo que, probablemente, debería contener la práctica de conductas peligrosas, y así reducir el grado de los riesgos. Luhmann observa que, “desde un punto de vista secular, el cálculo del riesgo trata de un programa de minimización del arrepentimiento”⁶²⁶, arrepentimiento relacionado a la falta de precaución que debería haber sido tomada en el procedimiento de gestión de riesgos y de daños futuros.

El tema de la selección, por parte del sistema social, de los riesgos tolerables se vuelve también central porque los riesgos son inherentes al funcionamiento del sistema social y su complejidad, y porque un alto nivel de realización de dichos riesgos, en relación con la violación de expectativas normativas institucionalizadas puede comprometer el funcionamiento del sistema social. Acerca de la cuestión, Luhmann señala que:

“La pregunta relevante a este respecto se ocupa de saber quién o qué decide si (y en qué horizontes objetivos y temporales) un riesgo en tanto tal ha de ser considerado o no. A las ya conocidas discusiones sobre el cálculo, percepción, valoración, y aceptación del riesgo, se suma ahora la problemática sobre la selección de riesgos, problemática que no trata sobre la causalidad, sino sobre la posibilidad de que los factores sociales puedan dirigir el citado proceso de selección.”⁶²⁷

En ese contexto, se observa que el sistema del Derecho capta en los procesos comunicativos de la sociedad informaciones acerca de los riesgos que esta considera tolerables o no, e institucionaliza dichas informaciones como normas. Así, se puede identificar que, para el sistema social, hay riesgos aceptables, en general relacionados al bajo potencial lesivo de las conductas que representan, o con la esencialidad de las acciones para la vida en sociedad que de ellas dependen, como los riesgos inherentes al tráfico aéreo y terrestre, o hasta incluso los riesgos de una guerra, cuando sea necesaria para la manutención de una comunidad.

⁶²⁶ GIDDENS, Anthony.; BAUMAN, Zygmunt.; LUHMANN, Niklas.; BECK, Ulrich. *Las Consecuencias Perversas de la Modernidad: modernidad, contingencia y riesgo*, Barcelona: Anthopos, 1996, p 133.

⁶²⁷ GIDDENS, Anthony.; BAUMAN, Zygmunt.; LUHMANN, Niklas.; BECK, Ulrich. *Las Consecuencias Perversas de la Modernidad: modernidad, contingencia y riesgo*, op. cit., p. 126.

Se puede identificar también que, por otro lado, hay riesgos inaceptables, que son aquellos que las conductas que representan atacan la vigencia de las más básicas expectativas normativas, como los riesgos relacionados con el manejo impudente de material radioactivo nuclear. Sobre eso, informa Luhmann:

“Esta tradición racionalista basa la comprensión del problema en que los daños se deben evitar en lo posible. Esto limita de forma considerable posibilidades de acción, por ello hay que admitir y “arriesgar” acciones, que pueden desencadenar, según el cálculo de probabilidad, daños evitables. Todavía hoy los riesgos se indagan a través de la magnitud y de las probabilidades del daño. Con otras palabras, se trata de una extensión controlada de la esfera de la acción racional.”⁶²⁸

Así, se puede definir un esquema de observación de la realidad en el cual se puede, en principio, calcular todas las decisiones a partir de la probabilidad de realización futura del daño, esquema este representado por el nivel del riesgo al funcionamiento del sistema social que una conducta presenta, que tiene el objetivo de anticiparse y contrarrestar efectivamente a posibles daños.

De acuerdo con dicho modelo, se puede también diferenciar los riesgos tolerables, soportables por determinado sistema social y coherentemente justificados, de los riesgos intolerables, que representan más costes que beneficios al funcionamiento del sistema social y a la vida en sociedad.

Se sabe que sin la exposición moderada a riesgos la sociedad no se desarrolla⁶²⁹, especialmente porque el proceso de apertura cognitiva es un proceso moderadamente arriesgado. Es decir, el proceso de expansión del sistema a nuevos ámbitos (apertura cognitiva), un movimiento natural de ampliación de su conocimiento, genera sus propios riesgos, como el que adviene del aumento de la complejidad. Pero, al revés, la creación de un riesgo socialmente reprobable es un ataque a las legítimas expectativas de los miembros de la sociedad y su configuración normativa.

⁶²⁸ GIDDENS, Anthony.; BAUMAN, Zygmunt.; LUHMANN, Niklas.; BECK, Ulrich. *Las Consecuencias Perversas de la Modernidad: modernidad, contingencia y riesgo*, op. cit., p. 135.

⁶²⁹ BECK, Ulrich, *La sociedad del riesgo global*, op. Cit, passim.

Los sistemas sociales tienen la función de diferenciar cuáles son los riesgos que están permitidos y cuáles están prohibidos, y establecer la sanción correspondiente a la creación e incremento de los prohibidos. Es precisamente eso que pasa en el momento en que el legislador describe un tipo y la duración del castigo previsto para los delitos, conforme observa Jakobs, de esta forma: *“También una sociedad consciente de los riesgos puede medir la pena según su función abierta, es decir, con vistas a la confirmación de la identidad normativa, y suponer que con el tiempo se generará un provecho suficiente en cuanto a prevención.”*⁶³⁰

5.4. El Derecho penal del enemigo en el contexto del funcionalismo sistémico: el control de riesgos

Para el funcionalismo penal sistémico, la sociedad se concibe como un sistema, un acuerdo normativo, que tiene reglas de funcionamiento propias. La sociedad se constituye de normas, y no por la suma de los individuos que toman parte en ella, y la identidad personal sólo es posible en un mundo objetivo vinculante. El triángulo sociedad – norma – persona ilustra bien la relación entre estos tres elementos:

“La sociedad es, en esencia, acuerdo normativo. No se origina por una mezcla ni por una suma de los individuos que la integran. No se perfecciona por una simple adición de los mundos individuales. Constituye, sin duda alguna, una realidad más compleja, cuya constitución tiene lugar a través de un proceso de normas. La norma se rige en un criterio básico –componente esencial, presupuesto irrenunciable- de todo mundo social y sirve de vehículo orientador de las relaciones entre ciudadanos, entre los integrantes de la estructura social. El triángulo norma – persona – Sociedad es algo más que un hallazgo feliz por parte de la dogmática funcionalista. Constituye un trípode de trascendental importancia en la explicación de la dinámica de funcionamiento de los contactos sociales. Sin él, carece de sentido una explicación del mundo social basado en instrucciones normativas y que señala a la persona –a la persona fiel al Derecho- como titular de derechos y deberes, esto es, como único interlocutor válido de la comunicación social, o lo que es lo mismo: como único receptos idóneo del mensaje normativo.”⁶³¹

⁶³⁰ JAKOBS, Günther. “La autocomprensión de la ciencia del Derecho penal ante los desafíos del presente”. En: VVAA. *La ciencia del Derecho penal ante el nuevo milenio*. Valencia, Tirant lo Blanc, 2004, p. 57.

⁶³¹ POLAINO-ORTS, Miguel. *Derecho penal del enemigo*. Fundamentos, potencial de sentido y límites de vigencia. Barcelona Bosch, 2009, p. 225.

En este contexto, la pena debe ser entendida como la marginalización de un acto en su significado lesivo a la vigencia de una norma específica y, consecuentemente, la constatación de que la estabilidad normativa de la sociedad, que los sistemas sociales pretenden mantener, permanece inalterada. “La pena misma no es sino una comunicación que resulta cualificada en atención a un servicio funcional determinado.”⁶³².

Según Günther Jakobs “La pena es la confirmación de la identidad de la sociedad.”⁶³³. El efecto confirmatorio está orientado a personas, a seres participantes de los procesos comunicativos presentes en la vida en sociedad. Jakobs observa que el daño realizado a través de la pena no objetiva causar miedo o compasión al autor de la infracción, ya que posee apenas un significado: no se debe consentir con el acto infractor⁶³⁴. De forma muy sencilla, se puede comprender la finalidad de la sanción penal de la siguiente manera:

Un estado de juridicidad es un estado de validez del derecho; esta validez puede mantenerse, ese es incluso el aspecto central, de manera contrafáctica, marginalizando el comportamiento que quebranta la norma. Pero sin algún tipo de aseguramiento cognitivo, una sociedad constituida jurídicamente no funciona, porque en ella no sólo confirman su identidad personas heroicas, sino que también individuos temerosos quieren encontrar un modo de sobrevivir.⁶³⁵

La sociedad percibe el significado de la comunicación referente a la pena, confirmando la integridad de su configuración normativa, en la medida en la cual el infractor de la norma también recibe dicha comunicación, como miembro de la sociedad, apto para reajustarse a los estándares normativos de la sociedad que le circunda. Conforme se ha informado, es un papel del sistema social buscar mecanismos de reducción de riesgos producidos a la vigencia de la norma. Jakobs observa que:

“Junto a la certeza de que a nadie le está permitido matar, debe darse también la de que muy probablemente nadie va a matar. Pero no es sólo la norma la que precisa de un aseguramiento cognitivo, sino

⁶³² NAVARRO, Evaristo Prieto; *et alii*. *Estudios de filosofía del Derecho penal*, Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2007, p. 272.

⁶³³ JAKOBS, Günther. *Ciência do Direito e Ciência do Direito Penal*. trad. M. A. R. Lopes. Barueri: Manole, 2003. p. 51.

⁶³⁴ JAKOBS, Günther, *Ciência do Direito e Ciência do Direito Penal*, *op. cit.*

⁶³⁵ JAKOBS, Günther. “La autocomprensión de la ciencia del Derecho penal ante los desafíos del presente”. En: VVAA. *La ciencia del Derecho penal ante el nuevo milenio*. Valencia, Tirant lo Blanc, 2004, p. 57-58.

también la persona. Quien quiera ser tratado como persona, debe dar también una cierta garantía cognitiva de que se va a comportar como tal. Si esta garantía no se da o incluso es denegada de forma expresa, el Derecho penal pasa de ser la reacción de la sociedad frente al hecho de uno de sus miembros a convertirse en una reacción frente a un enemigo.”⁶³⁶

De acuerdo con Jakobs, dicho individuo, el adversario, que no presenta garantía cognitiva alguna para la sociedad, que no ofrece la menor condición de atender a las mínimas expectativas normativas necesarias y esenciales para la vida en sociedad, debe ser tratado por el sistema social de forma diferente de la forma utilizada con el ciudadano ordinario, quien se presenta hábil a cumplir sus deberes de diligencia y respeto a los derechos ajenos, identificados en las expectativas normativas institucionalizadas por el sistema social.

De acuerdo con la teoría estudiada, el enemigo es quien viola constantemente las normas penales, que tiene su vida compuesta por la prácticas sistemática y continua de delitos. Sobre la caracterización social del enemigo, Durkheim observa que:

“Se podría sentir la tentación de poner entre las formas irregulares de la división del trabajo la profesión del criminal y las demás profesiones nocivas. Constituyen la negación misma de la solidaridad, y, por tanto, están formadas por otras tantas actividades especiales. Pero, hablando con exactitud, no hay aquí división del trabajo sino pura y simple diferenciación, y ambos términos piden no ser confundidos. Así, en el cáncer, los tubérculos aumentan la diversidad de los tejidos orgánicos sin que sea posible ver en ellos una nueva especialización de las funciones biológicas. En todos esos casos, no hay división de una función común sino que en el seno del organismo, ya individual, ya social, se forma otro que busca vivir a expensas del primero. No hay incluso función, pues una manera de actuar no merece ese nombre, como no concurra con otras al mantenimiento de la vida general.”⁶³⁷

En relación con el análisis de la adecuación de la conducta individual a las expectativas normativas institucionalizadas y al comportamiento reiterado del individuo a lo largo del tiempo, observa Luhmann: “Así, la conducta individual o se adecua a las expectativas

⁶³⁶ JAKOBS, Günther. “La autocomprensión de la ciencia del Derecho penal ante los desafíos del presente”. En: VVAA. *La ciencia del Derecho penal ante el nuevo milenio*. Valencia, Tirant lo Blanc, 2004, p. 58.

⁶³⁷ DURKHEIM, Émile. *Da divisão do trabalho social*. São Paulo, Martins Fontes, 1999, p. 368.

socialmente mantenidas por los grupos de referencia relevantes o bien responde a procesos de socialización específicos.”⁶³⁸.

Así, si la conducta individual no se adecua al modelo social vigente de respeto a los individuos y a las expectativas normativas institucionalizadas por el sistema social, el sistema social debe crear y poner en marcha procesos de socialización apropiados a la situación. Un ejemplo de estos procesos es la pena, en su concepción clásica.

En este contexto, para Jakobs, la sociedad identifica que son inaceptables los riesgos representados por la libertad de aquellos individuos que no presentan predisposición individual a la adecuación al modelo social actual, al respeto a las expectativas normativas institucionalizadas y a los derechos de los demás.

Sin embargo, Jakobs sostiene que la situación del enemigo no permite que todo se haga a este individuo que vive como si el ordenamiento jurídico y la configuración normativa de la sociedad no tuvieran ningún valor para conducir su comportamiento. No hay duda de que, de acuerdo con Jakobs, no se quiere hacer de todo contra el enemigo, conforme se puede comprender, a través de la lectura del texto que se transcribe a continuación:

“Esto no significa que entonces esté todo permitido, incluso una acción sin medida. Al contrario, al enemigo se le reconoce una personalidad potencial, de tal manera que en una lucha no puede superarse el límite de lo necesario. Pero eso aún permite mucho, todavía más que en la legítima defensa, en la que la defensa necesaria tiene que ser siempre reacción frente a una agresión actual, mientras que en el Derecho penal de enemigos, como se va a mostrar a continuación, también se trata de la defensa frente a agresiones futuras.”⁶³⁹

No se pueden tomar contra un enemigo acciones desmedidas, más allá de lo necesario a la garantía de la estabilidad de las estructuras sociales⁶⁴⁰. Acerca de la necesidad de tal forma diferenciada de tratamiento jurídico-penal del enemigo, por el subsistema del Derecho, Durkheim observa que:

⁶³⁸ GIDDENS, Anthony.; BAUMAN, Zygmunt.; LUHMANN, Niklas.; BECK, Ulrich. *Las Consecuencias Perversas de la Modernidad: modernidad, contingencia y riesgo*, op. cit., p 126.

⁶³⁹ JAKOBS, Günther. “La autoconcepción de la ciencia del Derecho penal ante los desafíos del presente”. En: VVAA. *La ciencia del Derecho penal ante el nuevo milenio*. Valencia, Tirant lo Blanc, 2004, p. 58.

⁶⁴⁰ JAKOBS, Günther, *Ciência do Direito e Ciência do Direito Penal*, op. cit., p. 55.

“[Sobre la proporcionalidad entre crimen y pena] En efecto, esta graduación no es necesaria si la pena no es más que un medio de defensa. Sin duda que para la sociedad habría un peligro en asimilar los atentados más graves a simples delitos; pero en que los segundos fueran asimilados a los primeros no habría, en la mayor parte de los casos, más que ventajas. Contra de un enemigo nunca son pocas las precauciones a tomar.”⁶⁴¹

Una lectura de Durkheim, de acuerdo con el Derecho penal del enemigo, permite no sólo una reacción contra una agresión actual, sino también contra agresiones futuras. En este sentido, la reacción ideal contra la conducta del enemigo, orientada a la protección de la configuración normativa de la sociedad no puede ser simplemente realizada a través de sanciones posteriores a actos lesivos, entendidas tales sanciones como la comunicación a los miembros de la sociedad que, aunque violada alguna expectativa normativa por alguien, se puede continuar pautando su conducta de acuerdo con dicha expectativa.

Si la sanción, para Durkheim⁶⁴², tiene la finalidad de promover la satisfacción de los estados fuertes de la conciencia común, herida por el acto de un miembro de la sociedad que comparte de la misma conciencia, la sanción impuesta al enemigo, individuo que se excluyó del estatus de miembro de la sociedad, no puede estar direccionada a la satisfacción de esta conciencia, porque la infracción en cuestión, es este caso, no fue realizada por un miembro de la sociedad. Acerca de la calidad de miembro de una organización social, Luhmann informa que:

“Un fenómeno muy distinto es el sistema social organizado formalmente (y es sólo en este sentido del término que debe estar refiriéndose a “organización”) que marca sus límites –y, por tanto, su modo de reproducción, por la distinción entre miembros y no miembros. Esta diferencia funciona como señal típica de identificación para la organización. Las organizaciones reconocen como suyas solamente comunicaciones entre miembros, y apenas cuando ellos se comunican como miembros. Dichas organizaciones pueden, sin embargo, hacer uso de tal diferencia por encima de todo para condicionar el comportamiento de los miembros, en oposición al de no miembros. Pueden hacer los actos de entrar y salir (emplear y dimitir), sujetos a ciertas condiciones, y como resultado describir esos procedimientos como decisiones. La decisión sobre la adhesión es también una decisión de aceptar las condiciones de adhesión, y esto

⁶⁴¹ DURKHEIM, Émile, *Da divisão do trabalho social*, op. cit., p. 60.

⁶⁴² DURKHEIM, Émile, *Da divisão do trabalho social*, op. cit., p. 60.

significa decidir aceptar las premisas para decidir, incluyendo las condiciones para la alteración legítima o re-especificación de las referidas premisas.”⁶⁴³

De otra forma, para la teoría en cuestión, la sanción impuesta al enemigo debe estar orientada preventivamente, debe ser utilizada antes incluso que él viole la doble contingencia a través de la violación de expectativas seleccionadas por el sistema social, para preservar la configuración normativa de la sociedad. Sobre eso, Luhmann observa que “por prevención se entiende aquí la preparación contra daños futuros, lo cual hace disminuir, o bien la probabilidad de su aparición, o bien su magnitud. Se puede poner en práctica el mecanismo de la prevención tanto en caso de peligro como de riesgo.”⁶⁴⁴

En la presente situación, la sanción debe ser más que un mecanismo comunicativo de imputación de la discrepancia en relación con una expectativa, pero debe ser tratada como un medio de defensa de la sociedad y de cada uno de sus miembros. Debe ser subrayado que, para Jakobs, la preservación de la configuración normativa de la sociedad es una expectativa normativa, y la correspondiente sanción impuesta al enemigo se orienta a la preservación de esta expectativa, en la medida en que se trata de neutralizar los inminentes y futuros daños relacionados con la conducta del enemigo.

La neutralización del enemigo, en el contexto de dicha teoría, se justifica porque él ha demostrado concretamente su tendencia de constante violación de las expectativas en cuestión, y la alta probabilidad de su reiteración criminal. Para Jakobs, el enemigo es quien demostró efectivamente el riesgo que voluntariamente representa a la confianza en las expectativas normativas institucionalizadas. “La noción de riesgo que es propia de la modernidad está íntimamente relacionada a la incorporación cultural de la noción de

⁶⁴³ LUHMANN, Niklas. *Risk: a sociological theory*. New Brunswick: Transaction, 2008, p. 188. Texto original: “A quite distinct phenomenon is the formally organized social system (and it is only in this sense of the term that we shall be referring to ‘organization’) that marks its boundaries – and thus its mode of reproduction – by distinguishing between members and nonmembers. This difference functions as the identification signal typical for the organization. Organizations acknowledge as their own only communications between members, and only when they communicate as members. They can, however, make use of this difference above all to condition the behavior of members as opposed to that of nonmembers. They can make joining and leaving (employment and dismissal) subject to conditions, and as a result describe these proceedings as decisions. The decision on membership in then also a decision to accept the conditions of membership; and this means deciding to accept the premises for deciding, including the conditions for the legitimate alteration or respecification of such premises.”

⁶⁴⁴ GIDDENS, Anthony.; BAUMAN, Zygmunt.; LUHMANN, Niklas.; BECK, Ulrich. *Las Consecuencias Perversas de la Modernidad: modernidad, contingencia y riesgo*, op. cit., p. 150.

probabilidad.”⁶⁴⁵. Mary Douglas⁶⁴⁶ considera que el riesgo es la manera moderna de evaluar el peligro en términos de probabilidad, en un contexto de incertidumbre. Acerca de la importancia del análisis de la probabilidad de comportamientos futuros para la sociedad contemporánea, informa Luhmann:

“En estos momentos únicamente interesa un aspecto más abstracto: ya que el futuro no se puede conocer (si no sería futuro) y ya que la sociedad actual no se puede explicar como consecuencia de su novedad estructural, tiene lugar una peculiar simbiosis de futuro y sociedad, es decir, de indeterminación determinada en la dimensión temporal y social. La consecuencia de todo esto parece conducir a una percepción del futuro sólo en el ámbito de la probabilidad, esto es, en todos sus rasgos más o menos probables o más o menos improbables.”⁶⁴⁷

Cuanto más alto es el grado de probabilidad de que alguien produzca riesgos a la confianza en las expectativas normativas institucionalizadas por el sistema social, más alta es la posibilidad de que sea clasificado como enemigo. “*La visibilidad de ciertos riesgos, daños, desvíos, vulnerabilidades tienen correspondencia en la identificación de específicas causas, enemigos y agresores.*”⁶⁴⁸. Jakobs observa que:

“La vigencia de las normas es una cuestión con múltiples facetas, en la que el aspecto relativo a los potencialmente afectados no es sólo el aspecto del autor formulado negativamente, sino que tiene un contenido positivo, concretamente el de la confianza en la norma. Si se acepta el enunciado de que la vigencia de la norma no sólo depende de la conducta de los autores potenciales, sino también de lo que esperan los afectados, resulta evidente que la vigencia de la norma puede verse dañada no sólo por quebrantamientos de la norma, entendidos en su sentido habitual, sino también por cualquier menoscabo de la confianza de los afectados, cualquiera que sea la vía por la que esto ocurra.”⁶⁴⁹

⁶⁴⁵ SPINK, Mary Jane P.; MEDRADO, Benedito; MELLO, Ricardo Pimentel. Perigo, probabilidade e oportunidade: a linguagem dos riscos na mídia. *Psicologia: Reflexão e Crítica*, Porto Alegre, v. 15, n. 1, 2002. Disponível em <http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0102-79722002000100017&lng=pt&nrm=iso>. Acesso em 13 jul. 2012.

⁶⁴⁶ DOULGAS, Mary. *Risk and blame* - essays in cultural theory. London: Routledge, 1992.

⁶⁴⁷ GIDDENS, Anthony.; BAUMAN, Zygmunt.; LUHMANN, Niklas.; BECK, Ulrich. *Las Consecuencias Perversas de la Modernidad*: modernidad, contingencia y riesgo, *op. cit.*, p. 170.

⁶⁴⁸ SANTOS, Boaventura de Sousa. *Gramática do Tempo*: para uma nova cultura política, *op. cit.*, p. 321.

⁶⁴⁹ JAKOBS, Günther. *Estudios de Derecho penal*, UAM Ediciones, Edit, Civitas, Madrid, 1997, p. 315.

Para la teoría estudiada, en el análisis de la probabilidad de nuevas violaciones de la confianza, sobre la conducta de alguien, se debe llevar en cuenta las conductas pasadas del individuo, como las que fueron objeto de condenaciones judiciales anteriores, bien como la propensión a la reincidencia manifestada en tales decisiones. El resultado de estos análisis permite o no calificar a alguien como enemigo, a través del examen de su peligrosidad, en un proceso que será estudiado en un apartado específico. Acerca de la peligrosidad, Laura Zúñiga Rodríguez informa que:

“Cabe evocar que se trata de un concepto problemático porque es un juicio de pronóstico acerca de la probabilidad o relevante posibilidad de que el sujeto va a delinquir en el futuro. Como se sabe, la dimensión conceptual del concepto de peligrosidad criminal puede variar según qué se entienda por la misma. (...) La dogmática del peligro por oposición a la dogmática del daño que se ha desarrollado con las técnicas de adelantamiento de la intervención, propias de un Derecho penal del riesgo, es otra muestra que la noción de peligrosidad es un concepto jurídico indeterminado, que debe ser concretado con requisitos y presupuestos para su hermenéutica. Cabe pues, fundamentar la llamada peligrosidad objetiva ex-ante en todo caso, para comprobar su legitimidad.”⁶⁵⁰

El control de los riesgos tiene la finalidad dar efectividad a la función de protección atribuida al Estado y mejorar el funcionamiento del sistema social. Dichos preceptos, en el contexto del Derecho penal de enemigo, significan que, por ejemplo, no se debe esperar que un terrorista detone su bomba para que le impida y se le castigue por la conducta que iba realizar.

En este contexto, Jakobs⁶⁵¹ informa cuales deben ser algunas de las particularidades típicas del Derecho penal del enemigo, en contraposición al Derecho penal dirigido a los ciudadanos, para que sea efectiva la reducción de riesgos pretendida. Una política criminal enfocada en el tratamiento ideal del enemigo debe presentar una tendencia a la amplia progresión de los límites de la punibilidad, abandonando la perspectiva básica de acto practicado, para alcanzar la criminalización de actos aún no practicados, como ya pasa en los tipos penales de formación de pandilla o bando⁶⁵² y asociación para el tráfico ilícito de drogas⁶⁵³.

⁶⁵⁰ ZÚÑIGA RODRÍGUEZ, Laura. *Criminalidad organizada y sistema de Derecho penal*. Contribución a la determinación del injusto penal de organización criminal. Granada, Comares, 2009, p. 161.

⁶⁵¹ JAKOBS, Günther. *Ciência do Direito e Ciência do Direito Penal*. op. cit., p. 57.

⁶⁵² BRASIL. Decreto-lei N° 2.848, de 7 de dezembro de 1940. Código Penal. *Diário Oficial da União*, Rio de Janeiro, 31 dez. 1940, art. 288.

La referida política criminal también debe objetivar la creación de tipos penales de delitos de peligro abstracto, con el establecimiento de penas a estos delitos en niveles parecidos con las penas de tipos de delitos de lesión. Por fin, la referida política criminal también debe establecer una legislación de combate a la criminalidad organizada o reincidente, paralelamente a la legislación penal ordinaria.

Para Jakobs, la forma como el Estado puede comunicarse, que comprende la progresión de los límites de la punibilidad, la creación de penas más altas y la reducción de algunas garantías procesales, no es la forma como debe comunicarse con sus ciudadanos, pero como debe comunicarse con los enemigos de la sociedad.

En el contexto de la teoría estudiada, el enemigo es un individuo que, no sólo de manera ocasional, pero constantemente, en su comportamiento, en su ocupación profesional o ejerciendo una función en una organización criminal, de forma presumiblemente permanente, abandonó el Estado de Derecho, se volvió contra el sistema social, sin buenas razones que van más allá del egoísmo⁶⁵⁴. Dicha calificación debe ser atribuida a quien es reincidente muchas veces, con muchas condenaciones, en procesos en los que fueron observados los principios constitucionales del debido proceso legal, de la amplia defensa y del procedimiento en contradictorio.

El enemigo, en este contexto, no fornece garantía cognitiva alguna en relación con su comportamiento personal porque decidió orientar su conducta contra el sistema social, contra la configuración normativa de la sociedad, y contra las legítimas expectativas institucionalizadas, referentes al respeto mutuo entre los miembros de la sociedad. Se dice que su abandono al Estado de Derecho está manifestado por medio de su conducta, que crea riesgos inaceptables al sistema social, según las expectativas normativas vigentes, en grados muy altos. En este tema, hay que reconocerse la genialidad y capacidad de sintetización del concepto de enemigo, desde un punto de vista funcionalista, que ha realizado Polaino-Orts, de la siguiente forma:

⁶⁵³ BRASIL. Lei Nº 11.343, de 23 de agosto de 2006. Institui o Sistema Nacional de Políticas Públicas sobre Drogas, etc. *Diário Oficial da União*, Brasília, 24 out. 2006, art. 35.

⁶⁵⁴ JAKOBS, Günther. *Sociedad, norma y persona en una teoría de un Derecho penal funcional*, op. cit., p. 65.

Enemigo es quien, incluso manteniendo intactas sus capacidades intelectual y volitiva, y disponiendo de todas las posibilidades de adecuar su comportamiento a la norma, decide *motu proprio* autoexcluirse del sistema, rechazando las normas dirigidas a personas razonables y competentes, y despersonalizándose o, por mejor decir, despersonalizándose a sí mismo mediante la manifestación exterior de una amenaza en forma de inseguridad cognitiva, que —precisamente por poner en peligro los pilares de la estructura social y el desarrollo integral del resto de ciudadanos («personas en Derecho») — ha de ser combatida por el ordenamiento jurídico de forma especialmente drástica, con una reacción asegurativa más eficaz. Esta reacción se circunscribe a garantizar y restablecer el mínimo de respeto para la convivencia social: el comportamiento como persona en Derecho, el respeto de las demás personas y —en consecuencia— la garantía de la seguridad cognitiva de los ciudadanos en la norma.⁶⁵⁵

En este contexto, se puede decir que la diferencia central entre el Derecho penal del ciudadano y el Derecho penal del enemigo, para Jakobs es su función. Todo que se ha dicho hasta ahora, en relación con la función de manutención de la vigencia de la norma del Derecho penal, sólo es aplicable a los ciudadanos. En relación con los enemigos, Jakobs propone otra función, completamente diferente: la función de eliminar peligros a la sociedad y al ordenamiento jurídico. Eso es coherente porque, si debe haber dos Derechos Penales, no les debe asignar las mismas funciones, lo que sería redundante. Así pues, Jakobs informa que:

“El Derecho penal del ciudadano es el Derecho de todos, el Derecho penal del enemigo el de aquellos que forman contra el enemigo; frente al enemigo, es sólo coacción física, basta llegar a la guerra. Esta coacción puede quedar limitada en un doble sentido. En primer lugar, el Estado no necesariamente ha de excluir al enemigo de todos los derechos. En este sentido, el sujeto sometido a custodia de seguridad queda incólume en su papel de propietario de cosas. Y, en segundo lugar, el Estado no tiene por qué hacer todo que es libre de hacer, sino que puede contenerse, en especial, para no cerrar la puerta a un posterior acuerdo de paz. Pero esto en nada cambia el hecho de que la medida ejecutada contra el enemigo no significa nada, sino sólo coacciona. El Derecho penal del ciudadano mantiene la vigencia de la norma, el Derecho penal del enemigo (en sentido amplio: incluyendo el Derecho de las medidas de seguridad) combate peligros; con toda certeza existen múltiples formas intermedias.”⁶⁵⁶

⁶⁵⁵ POLAINO-ORTS, Miguel. *Derecho penal del enemigo*. Fundamentos, potencial de sentido y límites de vigencia. Barcelona Bosch, 2009, p. 192.

⁶⁵⁶ JAKOBS, Günther; CANCIO MELIÁ, Manuel. *Derecho penal del enemigo*, op. cit., p. 33.

Jakobs no se refiere al ciudadano común, que ocasionalmente practica delitos⁶⁵⁷, porque, aunque el practique un acto delictivo, no se distancia de una posición más o menos permanente de respeto a la configuración normativa de la sociedad y, por eso, ofrece garantía cognitiva de su conducta para el sistema social. Pensando en una respuesta a las conductas delictivas realizadas por ciudadanos, fue institucionalizado el Derecho penal clásico pues la idea de prevención, de reproche por no actuar de otro modo, de motivabilidad por la norma, parte del ideal de delincuente ocasional. Jakobs explica eso con un ejemplo que demuestra muy bien lo que representa un enemigo para la sociedad, en analogía al hecho de que nadie confía la tesorería a un defraudador contumaz, de la siguiente forma:

Esto es trivial; dicho a través de un ejemplo, nadie sigue encargando el cuidado de la tesorería a un defraudador, y qué es lo que esta sencilla constatación cotidiana implica en el trato con terroristas se percibe inmediatamente cuando se identifica de modo más abstracto: el defraudador queda excluido del círculo de personas respecto de las cuales rigen expectativas reales en relación con la tesorería, es decir, expectativas que dirigen la orientación; en esta medida -aunque sólo en esta medida- se lo considera una fuente de peligro. La sabiduría popular dirá "éste no es trigo limpio", y eso significa: "se abandona la expectativa normativa para pasar a la cognitiva".⁶⁵⁸

En este contexto, la libertad del enemigo puede no representar un riesgo plenamente aceptable, coherente y esencial al funcionamiento del sistema social, lo que indica la necesidad de gestión del ámbito de disposición de parte de esta libertad, por parte del Estado. Véase, por ejemplo, que nadie va a permitir la entrada en un país de un conocido terrorista que ha ya informado que tiene planes de ejecutar un atentado en este lugar. En este supuesto, hay de hecho una limitación a la libertad de un individuo, quien no ha podido ingresar en aquel país no por algo que el efectivamente haya hecho, sino porque actualmente su presencia en el país donde quiere ingresar representa un riesgo no aceptable por parte del sistema social, conclusión esta a que se llega después de realizarse un proceso de cognición de las informaciones disponibles, bajo criterios normativos válidos. Jakobs sigue describiendo los medios por los cuales uno puede convertirse en una fuente de peligros inaceptable desde un punto de vista social, y los procesos que subyacen esta transformación, de la siguiente forma:

⁶⁵⁷ JAKOBS, Günther; CANCIO MELIÁ, Manuel. *Derecho penal del enemigo*, op. cit., p. 32.

⁶⁵⁸ JAKOBS, Günther: "¿Terroristas como personas en Derecho?", en: AA. VV.: *Derecho penal del enemigo. El discurso penal exclusión*, 2 vols., Montevideo/Buenos Aires, Editorial B de F Edisofer, 2006, compilado por Manuel Cancio Meliá y Carlos Gómez-Jara Díez, Vol. 2, pp. 77-92, p. 82;

Sin embargo, la expectativa de un comportamiento correcto no puede ser mantenida contrafácticamente de modo ilimitado; más aún: no debe ser mantenida ilimitadamente, ya que el Estado ha de procurar una vigencia real del Derecho, por lo que debe proceder contra los quebrantamientos del Derecho cuya próxima comisión ya se percibe. Una expectativa normativa dirigida hacia una determinada persona pierde su capacidad de orientación cuando carece del apoyo cognitivo prestado por parte de esa persona. En tal caso, de nuevo la expectativa normativa es sustituida por la orientación cognitiva, lo que significa que la persona -la destinataria de expectativas normativas- muta para convertirse en fuente de peligro, en un problema de seguridad que debe abordarse de modo cognitivo. Esto no significa que el deber de comportarse legalmente quede disuelto -como es evidente, un deber no decae por el hecho de que sea continuamente quebrantado-, sino que lo que sucede es que ya no se espera el cumplimiento del deber, la autoadministración ordenada de la persona, de modo que desaparece el elemento central de una personalidad que presta orientación; es decir, la presunción de la fidelidad al ordenamiento jurídico, y, con ello, la "base del negocio jurídico" de la libre autoadministración.⁶⁵⁹

La posibilidad real de la pérdida de eficacia de una expectativa normativa importante en relación con una persona, la posibilidad de que uno pueda convertirse en una fuente de peligros irrazonable, que no presenta garantía cognitiva alguna a los demás miembros de la sociedad, existe efectivamente en la actualidad, lo que conduce a la necesidad de gestión de los riesgos a los cuales se expone la sociedad.

Así pues, de esta manera, la creación de medidas de política criminal de acuerdo con un Derecho penal del enemigo es un mecanismo útil, válido y deseable en sociedades como las nuestras, que poseen un alto grado de complejidad, lo que no implica necesariamente que se proponga una justificación de la creación de medidas de este matiz, por otros motivos, aclarados en un apartado específico. En relación con la necesidad de gestión de riesgos y su grado de aceptabilidad, Giddens observa que:

“Lo que se ve como «riesgo aceptable» -la minimización del peligro- cambia en diferentes contextos, pero es normalmente crucial en la sustentación de la *fiabilidad*. (...) Podemos definir «seguridad» como una situación en la que un determinado conjunto de peligros queda contrarrestado o minimizado. La experiencia de seguridad descansa corrientemente sobre el equilibrio alcanzado entre la *fiabilidad* y un

⁶⁵⁹ JAKOBS, Günther: “¿Terroristas como personas en Derecho?”, en: AA. VV.: *Derecho penal del enemigo. El discurso penal exclusión*, 2 vols., Montevideo/Buenos Aires, Editorial B de F Edisofer, 2006, compilado por Manuel Cancio Meliá y Carlos Gómez-Jara Díez, Vol. 2, pp. 77-92, pp. 81-82.

riesgo aceptable. Tanto en su sentido objetivo como experimental (empírico), la seguridad puede remitir a enormes conjuntos o colectividades de personas -hasta e inclusive, la seguridad mundial- a individuos.”⁶⁶⁰

La necesidad de contención de los riesgos abundantes es lo que, en el contexto de esta teoría, justifica de forma material el tratamiento más severo al enemigo que al ciudadano. Conforme se ha demostrado, los valores de la sociedad actual ya son tan escasos y efímeros, que las actitudes contra ellos deben ser tratadas con más rigor en estos tiempos, de acuerdo con todo que se ha investigado hasta el momento.

De esta manera, para Jakobs, en la sociedad actual posiblemente será grande el número de personas que no se adecuarán al modelo de vida en sociedad⁶⁶¹, en los países en los cuales se encuentran, en virtud de que estos ambientes hoy, más que nunca, conceden al individuo un grande número de posibilidades de construir su identidad al margen del marco de respeto a los derechos de los demás, o al menos, más de lo que se podría esperar en épocas en las que había más vínculo real entre las personas⁶⁶². Günther Jakobs sintetiza el pensamiento acerca de la pertinencia del Derecho penal del enemigo en el contexto de la sociedad actual, de la siguiente forma:

Así pues, la sociedad seguirá teniendo enemigos —visibles o con piel de cordero— deambulando por ella. A falta de seguridad cognitiva, una sociedad consciente de los riesgos no puede dejar de lado esta problemática; pero tampoco puede solucionarla sólo a base de medidas policiales. Por ello, no existe ninguna alternativa al Derecho penal de enemigos que sea actualmente perceptible. La seguridad cognitiva, que en el Derecho penal de ciudadanos se puede regular de un modo simultáneo, se convierte en el Derecho penal de enemigos en

⁶⁶⁰ GIDDENS, Anthony. *Las consecuencias de la modernidad*, op. cit., p. 44.

⁶⁶¹ “Si todo no induce a error, el número de enemigos no va a descender tan pronto, sino que más bien todavía va a aumentar. Una sociedad que ha perdido el respaldo tanto de una religión conforme al Estado como de la familia, y en la cual la nacionalidad es entendida como una característica incidental, le concede al individuo un gran número de posibilidades de construir su identidad al margen del derecho o, al menos más de las que podría ofrecer una sociedad de vínculos más fuertes. A esto se añade el poder detonante de la llamada pluralidad cultural. Un completo absurdo: o bien las diferentes culturas son simples adiciones a una comunidad jurídica base, y entonces se trata de multifolclore de una cultura, o bien —y esa es la variante peligrosa— las diferencias forjan la identidad de sus miembros, pero entonces la base jurídica común queda degradada a mero instrumento para poder vivir los unos junto a los otros y, como cualquier instrumento, se abandona cuando ya no se necesita más. A quien esto le resulte exagerado, que se lea la Carta sobre la tolerancia de John Locke, quien, no sin fundamento, tenía fama de liberal.” JAKOBS, Günther. “La autocomprensión de la ciencia del Derecho penal ante los desafíos del presente”. En: VVAA. *La ciencia del Derecho penal ante el nuevo milenio*. Valencia, Tirant lo Blanc, 2004, p. 60.

⁶⁶² BAUMAN, Zygmunt. *Amor líquido: sobre a fragilidade dos laços humanos*. Rio de Janeiro: Zahar, 2004.

el objetivo principal. En otras palabras, ya no se trata del mantenimiento del orden de personas tras irritaciones sociales internas, sino que se trata del restablecimiento de unas condiciones del entorno aceptables por medio de la —si se me permite la expresión— neutralización de aquellos que no ofrecen la mínima garantía cognitiva necesaria para que a efectos prácticos puedan ser tratados en el momento actual como personas. Es cierto que el procedimiento para el tratamiento de individuos hostiles está regulado jurídicamente, pero se trata de la regulación jurídica de una exclusión: los individuos son actualmente no-personas. Indagando en su verdadero concepto, el Derecho penal de enemigos es, por lo tanto, una guerra cuyo carácter limitado o total depende (también) de cuánto se tema al enemigo. Todo esto resulta chocante, y ciertamente lo es, pues se trata de la imposibilidad de una juridicidad completa, es decir, contradice la equivalencia entre racionalidad y personalidad. Pero con la *ultima ratio* de Kant solamente, según la cual cualquiera puede ser obligado a tomar parte de una relación jurídica con garantías, es decir, del Estado (una «constitución ciudadana»), no se esquiva el problema de cómo proceder frente a aquellos que ni se dejan coaccionar ni se mantienen apartados y que, por lo tanto, persisten como entorno perturbador, como enemigos. Es tarea apenas iniciada de la ciencia la de identificar las reglas del Derecho penal de enemigos y separarlas de las del Derecho penal de ciudadanos para, dentro de éste último, poder persistir tanto más en el tratamiento del delincuente como persona jurídica.⁶⁶³

5.5 Análisis algunas consideraciones críticas acerca del funcionalismo sistémico y de la viabilidad epistemológica del modelo de funcionalismo penal.

Mucho se ha escrito sobre la crítica al funcionalismo sistémico de Luhmann y algo se escribió sobre la viabilidad de aplicación de este modelo epistemológico a la teoría del Derecho penal de Jakobs. Sin embargo, muchas de las críticas han tenido su análisis en el momento de explicación del sentido de las propias categorías que se hizo en esta parte del trabajo. Lo que aquí se quiere realizar es exponer algo más que pueda no haber sido respondido a lo largo de los apartados precedentes, sin la pretensión de agotar el tema que hasta hoy es objeto de consideraciones profundizadas.

5.5.1 Algunas consideraciones críticas acerca del modelo de observación de Niklas Luhmann y sus repercusiones en el Derecho penal.

⁶⁶³ JAKOBS, Günther. *Moderna Dogmática Penal, Estudios Compilados*, México D. F., Porrúa, 2002, p.734.

En este punto, es necesario olvidar un poco la teoría marxista y su concepción de realidad social, porque Luhmann pertenece a una tradición durkheimiana de producción de conocimiento sociológico, lo que implica en el hecho de que no se puede comprender sus consideraciones a través de proposiciones ideológicas de matiz comunista o socialista. Es decir, por ejemplo, si se sigue observando la sociedad a través del dualismo clasista de Marx (clase obrera versus clase de los dueños del capital) no se comprenderá nada de los que Luhmann ha escrito y de la complejidad de sus observaciones.

Este suele ser el error más común entre los opositores de esta teoría, que a sabiendas o no, acusan Luhmann de ignorar los conceptos de creados artificialmente por Marx. Para comprender Luhmann y el sistema del Derecho en un universo complejo es necesario dejar algunos viejos conceptos y prejuicios sobre la realidad social y la teoría estudiada⁶⁶⁴.

La verdad es que Luhmann identifica otros conflictos en la sociedad, no sólo el conflicto de clases, típico de una observación marxista, pero reconoce, así como Durkheim, que es el consenso, especialmente sobre valores, lo que posibilita la existencia de la sociedad.

El sociólogo y profesor africano John Rex informa que, en relación con el modelo funcionalista, que viene de la observación de la biología, no se sabe hasta qué punto las actividades sociales pueden explicarse en los términos de una relación teleológica denominada de función⁶⁶⁵. Él sostiene también que diferentes sociedades van a tener diferentes estructuras, y no se sabe bien en qué medida la acción del individuo puede contribuir para la manutención de la estructura social, a través del logro de propósitos establecidos con antelación⁶⁶⁶. Al final, Rex informa lo que considera una arbitrariedad por

⁶⁶⁴ TRINDADE, André. *Para entender Luhmann: e o direito como sistema autopoiético*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008., p. 15.

⁶⁶⁵ “Esto tiene otra consecuencia importante. En el caso, de los organismos biológicos, solo hay un tipo posible de explicación de una actividad orgánica; decimos que está explicada cuando hemos demostrado que tiene el efecto de mantener una estructura. Esto puede aplicarse también a las actividades secundarias de un sistema social, mencionadas antes, pero sería erróneo afirmar que todas las actividades deben explicarse en estos términos. Aunque las actividades primarias de los seres humanos estén socialmente orientadas, pueden no desempeñar ningún papel en el mantenimiento de la estructura social.” REX, John. *Problemas fundamentales de la teoría sociológica*, Amorrortu Editores, Buenos Aires, 2001, p. 87.

⁶⁶⁶ “En el cuarto caso, la acción de un individuo se explica en función de la necesidad de asegurar el logro de los fines de algún otro. La acción se considera dirigida hacia un propósito, en términos de un modelo que parte de los fines del otro individuo. Pero este es solo el caso más simple, ya que también es posible considerar que la acción de C facilita la acción de B, y que ésta contribuye a que A logre sus fines; así, la acción de C tiene una función en términos de los propósitos de A. De este modo, la red de cadenas entrelazadas de acción puede hacerse cada vez más compleja. A veces, cuando se llega a un grado muy alto de complejidad, se piensa que una

parte de los sociólogos funcionalistas, identificada en la suposición *ex ante* de las necesidades del sistema sin un procedimiento previo de medición de la realidad del sistema en relación con la supuesta necesidad informada, lo que hace de la siguiente forma:

El examen serio de esas cuestiones arroja dudas sobre el enfoque funcionalista. Las “necesidades del sistema” no pueden demostrarse tan claramente como supone el funcionalismo, debido a la dificultad de demostrar que una actividad es vital para la supervivencia del sistema; por ende, lo que a menudo se torna por tal demostración es la explicación de una actividad en términos de la contribución que hace al logro de ciertos fines cuya necesidad el funcionalista da por supuesta.⁶⁶⁷

Acerca de las críticas de Rex⁶⁶⁸, se puede informar, basándose en las consideraciones de Luhmann, que, en primer lugar, aunque la biología sea la fuente de inspiración del funcionalismo, lo que se observa en la biología sólo se utiliza en la sociología en la medida en que se puede identificar un potencial de rendimiento de las informaciones que se usa. Así pues, hay que reconocerse que no hay nada de malo en utilizar como fuente de inspiración un esquema creado por la naturaleza para explicar relaciones de matiz social, pero eso se realiza de forma crítica y contextualizada, como, por ejemplo, en la observación de las relaciones entre sistema y entorno.

En estas observaciones, se identifica que ciertas células se irritan con elementos que vienen de su entorno, a través del proceso de fagocitosis, y dependiendo de lo que fagocitan, cambian su forma de funcionar (como en el caso de un virus, por ejemplo). En los procesos sociales, se ve

acción particular tiene el exclusivo propósito de mantener la estructura de la sociedad. Pero también ésta puede recibir una explicación. Diferentes sociedades tienen diferentes “estructuras” porque satisfacen distintos propósitos. Así, lo que parece necesario para mantener “la estructura de la sociedad” solo lo es, en realidad, para mantener un conjunto particular de relaciones sociales, y éste, a su vez, solo es necesario suponiendo que deben lograrse ciertos propósitos.” REX, John. *Problemas fundamentales de la teoría sociológica*, Amorrortu Editores, Buenos Aires, 2001, p. 90.

⁶⁶⁷ REX, John. *Problemas fundamentales de la teoría sociológica*, Amorrortu Editores, Buenos Aires, 2001, pp. 99-100.

⁶⁶⁸ “En el mismo sentido: Las mismas consideraciones valen para la reducción del pensamiento a simple transposición en el terreno histórico-social de la lógica de los seres vivos que, como el sistema inmunitario, calcula la utilidad para la supervivencia del propio organismo de los input procedentes del ambiente exterior. En realidad, la lógica calculadora, el sistema de selección de lo que es necesario y lo que falta para la vida, no tiene nada que ver con el pensamiento y con el lenguaje que inauguran la pregunta sobre el significado de la vida misma. La lógica calculadora, como la lógica de la identidad, responde a la necesidad de la ley inmutable de la naturaleza (o del ser) y no dejan espacio alguno para la creación de los significados que a través del lenguaje y el pensamiento inauguran la especificidad del proceso humano como un proceso caracterizado por la separación insanable entre la palabra y la cosa, entre el pensamiento y el ser.” BARCELLONA, Pietro. “Teoría de sistemas y el paradigma de la sociedad moderna.” En. AA. VV. *Mutaciones de leviatán: legitimación de los nuevos modelos penales*. Madrid: Akal, 2005.

que el Derecho se irrita con la política, a través del proceso legislativo de creación de leyes, y si la información que viene de la política tiene fuerza suficiente para pasar por todas las etapas del proceso legislativo, ella cambia la forma de funcionar de propio sistema del Derecho.

No parece que comparaciones de dicho matiz tienen el poder de tumbar un teoría sólo porque no se puede establecer con profunda precisión en qué medida una célula puede compararse a un sistema social porqué, conforme mencionado, la biología es sólo una fuente de inspiración y el traslado de los conceptos de esta rama del conocimiento humano a la sociología se hace de forma crítica, en atención a su potencial real de rendimiento, *id est*, explicación de la realidad observada.

Acerca de las funciones de la acción en relación con el sistema, se puede informar que es de hecho posible identificar que una acción es funcional o no de antemano, especialmente desde un punto de vista simbólico. Conforme explicado, Durkheim consideraba como funcionales las acciones si tenían la consecuencia de aumentar el grado de cohesión de la sociedad. Conforme Luhmann, la diferenciación entre expectativa cognitiva y normativa, en primer lugar, ofrece una clara forma de explicar su relación con el sistema y la función que cada una tiene y, además, queda evidente que, por ejemplo, si observadas las sociedades que padecen de un alto grado de desorden, la violación de muchas de las normas de que trata el Derecho penal puede reducir de forma drástica los grados de sociabilidad que se podría disfrutar en una sociedad con otras características. Eso informa la efectiva posibilidad de, *ex ante*, observar un cierto grado de funcionalidad en muchos tipos de comunicaciones.

Investigadores como Pietro Barcellona, político italiano y catedrático de filosofía del Derecho, sostienen que el sistema luhmanniano no está abierto a lo nuevo, a la creación, lo que sería un fallo de esta teoría⁶⁶⁹. Sin embargo, conforme se ha demostrado, el sistema en la concepción de Luhmann está cognitivamente abierto a irritaciones del ambiente que, después

⁶⁶⁹“Las críticas a Luhmann pueden seguir las siguientes direcciones: Sobre el plano fenomenológico a) La contradicción entre la «voluntad de poder del sistema» —su virtud de permanecer— y la impotencia para gobernar los procesos reales (ingobernabilidad, imposibilidad de proyectar). b) La irreductibilidad, dentro del sistema, de la tensión entre creación (proyecto, innovación, discontinuidad) y lógica sistémica (continuidad, duración). En el sistema luhmanniano el *novum* no puede ser realmente introducido. Lo nuevo es siempre innombrable, sólo entra en el sistema mediante las formas establecidas por el sistema mismo. Para conseguir la perfecta autorreferencialidad y circularidad, el sistema debe «bloquear el tiempo histórico», debe reducir a cero la dimensión del devenir y el cambio.” BARCELLONA, Pietro. “Teoría de sistemas y el paradigma de la sociedad moderna.” En. AA. VV. *Mutaciones de leviatán: legitimación de los nuevos modelos penales*. Madrid: Akal, 2005, pp. 48-49.

de procesadas debidamente por cada subsistema, son capaces de hacer su forma de funcionar cambiar, y por eso se dice que la circularidad abarca la clausura operativa y la apertura cognitiva, proceso este que da vida a los sistemas sociales. El autor pone la cuestión de la siguiente forma⁶⁷⁰:

El *novum* es un elemento externo, que emerge fuera del mismo sistema, allí donde el dispositivo luhmanniano (el mecanismo de selección que define el ámbito de la posibilidad realizable) acaba resolviendo la «posibilidad de elección» en mera «repetición» de estrategias definidas por el sistema. Lo «posible» de Luhmann es, en realidad, lo ya sucedido, su apertura a la indeterminación óptica es una mera ilusión y ficción posibilidad sistémica no es de hecho auténtica posibilidad (ausencia de obstáculos, no imposibilidad de una cosa o de un evento), sino -como afirma Bergson- «una preexistencia en forma de ideas, es el efecto combinado de la realidad ya aparecida y de un dispositivo que la echa hacia atrás».⁶⁷¹

Eso permite al autor concluir que “el sistema construido por Luhmann es en realidad un intento subrepticio de bloquear el devenir, el tiempo histórico, y de legitimar las instituciones existentes como estructuras inmutables, como formas últimas y definitivas de la experiencia viviente.”⁶⁷², aunque sería muy ingenuo suponer que un investigador experimentado como Luhmann pudiese incurrir en un error de este tipo.

La verdad es que, conforme antes mencionado, el sistema en la forma por la cual lo concibe Luhmann está siempre abierto a posibilidades nuevas, que incluso, pueden generar cambios estructurales en el sistema y en su forma de funcionar y aprender del ambiente, lugar donde se encuentran las informaciones nuevas. La sociología de Luhmann no es mera tautología

⁶⁷⁰ “El sistema debe funcionar como una astronave, donde todo lo que ocurre es pura combinación de los elementos que están contenidos en ella, dados de una vez por todas, simultáneamente presentes. Análogamente, las instituciones, según Fadini, «se imponen como hábitos ya establecidos, aptas para asumir la pesada carga de la decisión. En esta perspectiva, los procesos de institucionalización pretenden hacer el actuar humano casi automático, durable, carente de sorpresa». Y viceversa, la innovación no es integración de los contenidos, sino producción de formas nuevas; por definición, no es deducible de las formas y las reglas dadas en el interior del sistema, sino que hace entrar en escena un agente externo, una entidad capaz de producir precisamente nuevas formas y que por eso mismo no puede ser deducida por el sistema. La innovación evoca una esfera de la decisionalidad, en el tiempo, que no es reconducible al simple juego de la autodiferenciación del sistema, a su descomponerse y recomponerse (producción de subsistemas) sobre la base de los elementos que lo constituyen.” BARCELLONA, Pietro. “Teoría de sistemas y el paradigma de la sociedad moderna.” En. AA. VV. *Mutaciones de leviatán: legitimación de los nuevos modelos penales*. Madrid: Akal, 2005, p. 49.

⁶⁷¹ BARCELLONA, Pietro. “Teoría de sistemas y el paradigma de la sociedad moderna.” En. AA. VV. *Mutaciones de leviatán: legitimación de los nuevos modelos penales*. Madrid: Akal, 2005, p. 49.

⁶⁷² BARCELLONA, Pietro. “Teoría de sistemas y el paradigma de la sociedad moderna.” En. AA. VV. *Mutaciones de leviatán: legitimación de los nuevos modelos penales*. Madrid: Akal, 2005, p. 50.

ontológica, sino una forma realmente novedosa y audaz de ver la realidad y concebir los mecanismos sociales de movimentación de informaciones.

Otra acusación que se hace contra Luhmann es que, en su teoría “El sistema asume las connotaciones de Occidente aunque se presente como tecnología neutral, capaz de ir más allá de los límites de un contenido determinado. Occidente es lo sucedido sobre lo que el sistema ha conseguido su verificación, su éxito.”⁶⁷³ Esta sería un tipo de acusación de adhesión territorial o no universalización de la teoría del sociólogo alemán, que parece indicar que su teoría no sería aplicable en países orientales, por ejemplo.

De hecho, la concepción de sociedad de Luhmann es de sociedad global, conforme lo explicado en los apartados antecedentes a en esta parte del trabajo, lo que no presupone ignorar las particularidades regionales. Luhmann describe las sociedades que poseen mecanismos de interacción social más avanzados, lo que es cierto, pero desde esta constatación llegar al punto de suponer que la teoría de Luhmann no sería aplicable a la sociedad Japonesa, por ejemplo, sin demostrar las razones por las cuales eso sería correcto, no parece coherente con una lectura detenida y atenciosa del autor alemán. La verdad es que si se utiliza la teoría de sistemas para comprender las sociedades de Japón y Corea del Sur, por ejemplo, se va a ver que dichas sociedades encajan perfectamente en los postulados de Luhmann, debido especialmente a sus altos grados de complejidad y especialización funcional.

En este punto de su trabajo, Pietro Barcellona demuestra, a través de una afirmación puramente ideológica y sin el soporte necesario en los hechos, conforme lo explicitado en este trabajo, sus raíces ideológicas que lo han hecho coger un escaño en la Cámara de Diputados italiana, por el Partido Comunista italiano, a saber: “En el plano histórico todo esto asume un significado muy preciso. La estabilización del sistema, su duración, es la estabilización de las reglas del juego, de la compatibilidad definida y calculada por el sujeto histórico que lo ha

⁶⁷³ BARCELLONA, Pietro. “Teoría de sistemas y el paradigma de la sociedad moderna.” En. AA. VV. *Mutaciones de leviatán: legitimación de los nuevos modelos penales*. Madrid: Akal, 2005, p. 51.

proyectado y producido: burguesía-capital.”⁶⁷⁴, lo que, conforme el autor, tendría la capacidad de cuestionar las posibilidades de autorreferencialidad⁶⁷⁵.

Lo expuesto en el párrafo precedente no tiene sentido en el marco teórico luhmanniano. De entrada, hay que subrayar que Luhmann ha empezado a concebir su modelo sociológico en el año 1963, en el auge del mundo bipolarizado entre comunismo y capitalismo, en un país dividido entre las tensiones de la guerra fría ideológica, donde todavía se creía en el socialismo revolucionario, en el comunismo marxista como una respuesta eficaz para corregir los problemas de las sociedades capitalistas avanzadas. En este contexto, si él no fuese capaz de describir un modelo eficiente para describir sociedades comunistas, su teoría sería inmediatamente rechazada para la comunidad académica.

De la misma forma, porque Luhmann miró también el funcionamiento de sociedades comunistas le fue posible concebir un modelo sociológico capaz de explicar las sociedades donde, en teoría (y sólo en teoría marxista), no existían ni burguesía, ni capital, en la concepción del autor Pietro Barcellona, lo que pone en evidencia que la acusación de antirrevolucionaria a la teoría de Luhmann no tiene sentido.

Además, la teoría estudiada, conforme explicado en este apartado, permite, incluso, alteraciones sistémicas radicales en la forma de funcionar de la sociedad, a través del proceso de apertura cognitiva, lo que representa que ella admite la propia revolución socialista, definida esta como forma de alteración radical en las bases de la sociedad, lo que quita todo el sentido de la afirmación del comunista italiano citado.

El autor sigue sosteniendo que la actividad de creación no es funcional, porque no son producto de un sistema categorial, y que pensar de otra forma conduciría a un determinismo social⁶⁷⁶ sistémico delirante⁶⁷⁷. Esto es verdad, hay cosas que no son creadas con una

⁶⁷⁴ BARCELLONA, Pietro. “Teoría de sistemas y el paradigma de la sociedad moderna.” En. AA. VV. *Mutaciones de leviatán: legitimación de los nuevos modelos penales*. Madrid: Akal, 2005, p. 51.

⁶⁷⁵ “Vuelve a emerger el carácter, en cierto modo, determinado del sistema de Luhmann, su relación con un sujeto social, o mejor, con un «proyecto» determinado y estrechamente conectado con el proceso de construcción del orden mundano artificial. Y, por lo demás, el principio de identidad del sistema (*Sinn*) en el que se sustentan los criterios selectivos y su coherencia no es autorreferencial, es decir, no consigue fundamentarse sobre sí misma.” BARCELLONA, Pietro. “Teoría de sistemas y el paradigma de la sociedad moderna.” En. AA. VV. *Mutaciones de leviatán: legitimación de los nuevos modelos penales*. Madrid: Akal, 2005, pp. 52-53

⁶⁷⁶ “Pero la actividad de «creación» no es funcional con nada, es una producción de forma de ser que tiene en sí misma su razón de ser: es una creación ontológica. Los objetos de nuestras representaciones no son el producto

funcionalidad, son simplemente espontáneas, aunque posean un sentido en el ambiente en el cual son creadas, lo que, sin embargo, no conduce a la conclusión de que la teoría de Luhmann sea determinista.

Véase el siguiente ejemplo sobre el contenido ético en la conducta humana. Una persona que destruye una piedra en una calle de una grande ciudad, para que las personas que por allí pasan no se cayan al tocar este objeto, produce una comunicación ética en su acción, muy diferente de la persona que destruye de la misma forma una piedra igual, en el medio de un desierto.

Ambas actividades son creativas, espontáneas, pero sólo una produce una comunicación sistémica en el ámbito de la ética. En relación con los sistemas sociales, a diferencia de lo que pasa con los sistemas psíquicos o biológicos, la acción mecánica del hecho de destruir una piedra o la voluntad de hacerlo no tienen tanta importancia, en general, como el contenido socialmente relevante de un comportamiento humano, que emite una comunicación.

Así pues, en Luhmann, no se trata de un determinismo social o de ver funcionalidad en todo, conforme induce Barcellona, sino de dar la debida interpretación de la acción de acuerdo con sus consecuencias en un sentido funcional, si este sentido funcional existe. Nadie cuestiona que en el hecho de destruir una piedra en el medio del desierto, *a priori*, no haya una funcionalidad, en la misma medida en la cual la realización de la misma acción en una calle con grande circulación de personas, con la finalidad de que nadie se dañe al tocarla, lo tiene.

del «sistema categorial» utilizado, aunque no puedan darse fuera de él. Pero también es cierto lo contrario, que ningún sistema categorial puede ser pensado como significativo si no es en relación con objetos socialmente determinados.” BARCELLONA, Pietro. “Teoría de sistemas y el paradigma de la sociedad moderna.” En. AA. VV. *Mutaciones de leviatán: legitimación de los nuevos modelos penales*. Madrid: Akal, 2005, p. 53.

⁶⁷⁷ “La operación y abstracción que preside la comparación de los objetos producidos por la actividad de los hombres en términos de valor de cambio no es una contrafigura de la realidad ni una mera construcción mental. Es una operación necesaria y coherente dentro de los significados instituidos de la organización capitalista de la sociedad. Y se convierte en una aberración y en un «delirio sistémico» cuando la abstracción del Valor es asumida como la verdadera y única fuente de la síntesis social, como forma universal a través de la cual se realiza la conexión existencial de una pluralidad de hombres. Es decir, cuando la racionalidad parcial del «intelecto abstracto» y el simbolismo del lenguaje se autonomizan de toda referencia histórico-social y ocupan el campo del imaginario social y el espacio mental en el que «aparecen» las figuras y los significados.” categorial puede ser pensado como significativo si no es en relación con objetos socialmente determinados.” BARCELLONA, Pietro. “Teoría de sistemas y el paradigma de la sociedad moderna.” En. AA. VV. *Mutaciones de leviatán: legitimación de los nuevos modelos penales*. Madrid: Akal, 2005, p. 54.

El profesor y catedrático Guillermo Portilla Contreras, desde la Universidad de Jaén, también ha aportado buenas contribuciones al debate que se realiza sobre el tema. Él empieza sus consideraciones, de la siguiente forma:

Las construcciones de Kelsen, Luhmann y Jakobs representan el mejor ejemplo de la consagración definitiva en la posmodernidad de un Derecho neutral que perpetúa las relaciones económicas bajo la apariencia de una igualdad formal que coexiste con la desigualdad de los no-poseedores; son teorías, pues, imprescindibles para la obtención del consenso que necesita el sistema económico en su desarrollo.⁶⁷⁸

El autor empieza sus consideraciones con una crítica a la cual ya se ha respondido en los párrafos precedentes. En primer lugar, suponer que la desigualdad económica (y no la pobreza extrema, subráyese) es un problema social representa una creencia típica de una ideología de un matiz epistemológico diferente, es decir, socialista o marxista, lo que, si llevado a sus últimas consecuencias, impide una comprensión real y bien basada de todo lo que no sean las relaciones entre el “malo” capital y el explotado proletariado y, por supuesto, impide la comprensión de otras teorías que no conciban la sociedad de forma no dicotómica reduccionista como esta.

Además, sostener que es la labor de una teoría sociológica la resolución de conflictos de clases – como lo supone el autor citado – es distorsionar el propio concepto de ciencia – ámbito al cual la sociología pretende pertenecer – que representa el campo del conocimiento humano que busca explicar la realidad, no cambiarla, ni tampoco cambiarla conforme lo que ha deseado Marx, Lenin y Stalin.

Por fin, ya se ha demostrado en este apartado que la teoría de Luhmann puede explicar sociedades que, de acuerdo con los socialistas y comunistas, no presentan ninguna tensión entre clases, como el modelo de sociedad “perfecto” que se establece después de una revolución socialista, lo que indica, aún más, la impropiedad del argumento puesto en consideración.

⁶⁷⁸ PORTILLA CONTRERAS, Guillermo. “Los excesos del formalismo jurídico neofuncionalista em el normativismo del derecho penal”. En. AA. VV. *Mutaciones de leviatán: legitimación de los nuevos modelos penales*. Madrid: Akal, 2005, pp. 57-58.

Avanzando en su análisis, Portilla sostiene que el funcionalismo sistémico “erige en un perfecto círculo en el que no se cuestionan las decisiones del subsistema político creador del derecho”⁶⁷⁹ y que él tiene “la finalidad última de lograr la inmovilidad, conservación y reproducción de la complejidad del propio sistema”⁶⁸⁰. En primer lugar, hay que informar que el cuestionamiento de las decisiones del subsistema de la política se hace desde el acoplamiento estructural de este subsistema con el subsistema del Derecho, llamado de Constitución. Desde la Constitución se puede – es decir, es legítimo desde un punto de vista sistémico y funcional – cuestionar las decisiones de la política que, a través del proceso de creación de leyes, un proceso de apertura cognitiva del sistema del Derecho – que crea normas jurídicas y permite la crítica a las categorías del Derecho, y por eso, la supuesta falta de crítica de las decisiones de la política no existe.

En segundo lugar, no se puede afirmar que la finalidad última del Derecho sea la inmovilidad y conservación del sistema. Aunque, de hecho, la función que le fue atribuida al Derecho penal en los procesos de especificación funcional del subsistema de Derecho en los países occidentales sea, en primer lugar, la manutención de la vigencia perturbada de una expectativa normativa institucionalizada violada, y en segundo, la protección de los riesgos los cuales el sistema social está expuesto (como, v. g., a través del Derecho penal del enemigo), hay otras ramas del ordenamiento jurídico orientadas exclusivamente a la innovación en el sistema y a la creación, como la parte del Derecho constitucional que trata del proceso de creación de leyes (proceso legislativo), todo de acuerdo con las consideraciones de la teoría de sistemas de Luhmann.

Así pues, la teoría estudiada claramente no tiene la finalidad de buscar la conservación inmutable del Derecho, conclusión a la cual sólo se puede llegar si se confunde las funciones

⁶⁷⁹ “Precisamente, basándose en un principio de prevención general positiva orientado al mantenimiento del sistema social, su pensamiento se erige en un perfecto círculo en el que no se cuestionan las decisiones del subsistema político creador del derecho: por un lado, la pena se concibe al servicio del ejercicio de la fidelidad al Derecho y, por otro, se estima que la culpabilidad es un déficit de fidelidad al ordenamiento jurídico en función de esa misma necesidad preventiva.” PORTILLA CONTRERAS, Guilherme. “Los excesos del formalismo jurídico neofuncionalista em el normativismo del derecho penal”. En. AA. VV. *Mutaciones de leviatán: legitimación de los nuevos modelos penales*. Madrid: Akal, 2005, pp. 59.

⁶⁸⁰ “Ello genera un sistema que interpreta la sociedad como una red de conexiones funcionales en la que el Derecho penal ayuda a la estabilización de expectativas mediante la técnica de la disciplina y el control de peligros, es decir, de sectores de riesgo, con la finalidad última de lograr la inmovilidad, conservación y reproducción de la complejidad del propio sistema.” PORTILLA CONTRERAS, Guilherme. “Los excesos del formalismo jurídico neofuncionalista em el normativismo del derecho penal”. En. AA. VV. *Mutaciones de leviatán: legitimación de los nuevos modelos penales*. Madrid: Akal, 2005, pp. 59.

del Derecho penal con las funciones del Derecho constitucional y de todo el Derecho, en una forma de ignorar los procesos de especificación funcional que han tomado lugar en los ordenamientos jurídicos occidentales en los últimos tres siglos.

De esta forma, sigue el autor: “Ahora bien, ese modelo penal no puede introducir en el mismo más complejidad de la que constituye su propia identidad, es decir, no puede aceptar nuevos elementos sino es sobre la base de los propios criterios organizativos”⁶⁸¹. Está equivocado pensar que el Derecho penal no está dispuesto a aceptar nuevos elementos, sin embargo, que lo hace a través de un proceso organizado, conforme lo explicado, de naturaleza formal e institucional, llamado de proceso legislativo. Tampoco se puede, por ejemplo, aceptar que el Derecho penal, cree “informalmente” nuevos tipos penales para castigar nuevas conductas, sin el debido proceso legislativo, lo que sería una corrupción de su propio sistema de clausura operativa y más, una falta de respeto a los principios legales y constitucionales que ordenan el propio sistema, como el principio de anterioridad y el principio de legalidad estricta.

Aquí se introduce el próximo tema, con las palabras de profesor Protilla, que clasifica el funcionalismo del sistema Luhmann-Jakobs de: “Una técnica penal que no permite restricción alguna del poder de actuación estatal y que, además, facilita la profundización en la conciencia social del valor moral mediante la interiorización colectiva de la fidelidad normativa al esquema de reproducción de los valores vigentes”⁶⁸². Aunque se pueda imaginar, en este sistema, que la clausura operativa del Derecho no le permita al juez reconocer las disculpas subjetivas llamadas de “razones de política criminal” por Roxin⁶⁸³, para dejar de aplicarse una pena a un criminal (porque dichas razones ya fueron consideradas en el proceso legislativo como forma de atribuir razón al sistema), el funcionalismo penal reconoce, de hecho, límites muy claros.

⁶⁸¹ PORTILLA CONTRERAS, Guilherme. “Los excesos del formalismo jurídico neofuncionalista em el normativismo del derecho penal”. En. AA. VV. *Mutaciones de leviatán: legitimación de los nuevos modelos penales*. Madrid: Akal, 2005, p. 60.

⁶⁸² PORTILLA CONTRERAS, Guilherme. “Los excesos del formalismo jurídico neofuncionalista em el normativismo del derecho penal”. En. AA. VV. *Mutaciones de leviatán: legitimación de los nuevos modelos penales*. Madrid: Akal, 2005, p. 61.

⁶⁸³ “¿De qué sirve la solución de un problema jurídico, que a pesar de su hermosa claridad y uniformidad es, desde el punto de vista político criminal, erróneo?” ROXIN, Claus. *Política criminal y sistema del Derecho penal*. Hammurabi, Buenos Aires, 2000. p. 19.

En primer lugar, dicha teoría reconoce que la función del Derecho penal es restablecer en el ámbito simbólico la confianza en la vigencia perturbada de una expectativa normativa institucionalizada violada y, por tales motivos, si falta alguna de estas características en la aplicación de una pena, dicha forma de manifestación del sistema jurídico estaría corrompida.

Véase el siguiente ejemplo. Si a un imputado se prueba en el juicio que no ha realizado el delito que se le imputa, pero el juez dice, que por su modo de vida (alguien a quien no le gusta trabajar, por ejemplo), él merece una condena, se nota que, en este caso, hubo la imposición de una sanción penal en un supuesto de hecho donde no se puede identificar la presencia de la violación de una expectativa normativa institucionalizada y, en consecuencia, no habrá la necesidad de restablecer la confianza en la vigencia de nada, y por eso, dicha pena sería incoherente con el sistema y debería ser rechazada.

Se puede pensar en muchos ejemplos de actividad crítica de la sanción penal a través de una visión funcional-sistémica del Derecho penal. Así, por ejemplo, si a través de la indemnización civil aceptada por la víctima, cuando la ley lo permite, se reconoce públicamente la vigencia de la expectativa violada, no es necesaria la imposición de una condena de prisión y, por eso, esta sería ilegítima en relación con el sistema.

El propio reconocimiento de la imposibilidad de imposición de una pena a alguien que actúa bajo la causa excluyente de antijuricidad llamada de legítima defensa demuestra dicha labor crítica, cuando se reconoce que, aunque violada una expectativa normativa institucionalizada, en el plan simbólico, la acción realizada no ha atacado la vigencia de la expectativa normativa supuestamente violada. Así pues, la acción de defensa representa sólo que el agente ha actuado para mantener la vigencia de otra expectativa normativa que tendría un rango más alto en el supuesto de hecho, donde se puede reconocer que no hubo riesgo a la vigencia de la norma en dicho ámbito simbólico.

Además, hay que subrayar que, en los sistemas jurídicos donde se reconoce la supremacía de la Constitución, hay que reconocer el respeto a las normas constitucionales como una expectativa normativa institucionalizada, orientada a todas las ramas de Derecho, lo que permite un control de constitucionalidad efectivo y crítico del Derecho penal.

Así pues, si una norma penal aprobada por el parlamento, no está de acuerdo con una norma constitucional, sea un principio o sea una regla, ella, por una necesidad sistémica de coherencia y respeto a las normas constitucionales, no será aplicada, lo que representa un acoplamiento estructural entre los ámbitos del Derecho penal y Constitucional de un mismo subsistema, lo que permite un grado de apertura cognitiva mucho más grande de uno en relación con el otro (porque ambos pertenecen al mismo sistema y poseen el mismo código binario), en el cual el Derecho penal encuentra su referencia funcional fundamental en la Constitución, en una modalidad de heteroreferencia o alopoiesis, lo que está bien y no pervierte su funcionamiento, porque los dos hacen parte del mismo subsistema.

De nuevo, si una norma penal se aprueba en violación, por ejemplo, al principio de legalidad en su faceta llamada anterioridad, determinando el castigo de personas que al tiempo de la acción realizaron conductas plenamente lícitas, no se le puede aplicar dicha norma, porque no está coherente con una expectativa de funcionamiento del propio sistema, respecto al respeto a las normas constitucionales. Portilla continúa su crítica, de la siguiente forma:

La configuración de un Derecho penal como subsistema en el que están ausentes los problemas de la justicia y la ética es la consecuencia de una sociedad que se legitima y que, en la práctica, se funda sobre principios de igualdad de los individuos (pero no elimina la desigualdad), de un nuevo orden que no necesita legitimación externa porque ha asumido los valores del capitalismo como propios, siendo ése el único criterio autónomo de funcionamiento de la sociedad compleja. En dicho contexto, puede comprenderse mejor que Jakobs identifique bien jurídico con norma, esto es, un formalismo jurídico reducido al poder del legislador en el que lo que prima es el interés del Estado en la protección de sus valores. Realmente, nos encontramos ante una nueva concepción kantiana de la ley moral: la ley no es considerada como dependiente del bien, sino que el bien pasa a depender de la ley. Esto significa, matiza Deleuze, que la ley no tiene ya su fundamento en algún principio superior del cual derivaría su autoridad, sino que se basa en sí misma y sólo es válida en virtud de su propia forma. Por tanto, no se ofrece *per se* una delimitación del concepto de bien, que se ha relativizado, siendo suficiente con la protección normativa. Es así como se solventa la cuestión normativa de la legitimidad pues basta con la represión formal del subsistema político.⁶⁸⁴

⁶⁸⁴ PORTILLA CONTRERAS, Guilherme. “Los excesos del formalismo jurídico neofuncionalista em el normativismo del derecho penal”. En. AA. VV. *Mutaciones de leviatán: legitimación de los nuevos modelos penales*. Madrid: Akal, 2005, p. 64.

En primer lugar, hay que aclararse que los problemas de justicia y ética no pueden y no deben ser resueltos por el Derecho penal, porque pertenecen a otras ramas del conocimiento humano, a saber, la filosofía del Derecho y la filosofía, respectivamente. Además, los problemas sociales que tienen relación con la ética y la justicia deben ser tratados por el legislador, quien, de acuerdo con la Constitución, tiene el poder de crear y modificar leyes, lo que representa la idea básica de separación de poderes, que se encuentra en todas las constituciones de las repúblicas occidentales desde la Revolución francesa.

De nuevo, el autor intenta identificar como uno de los problemas del funcionalismo su supuesta identificación con el sistema de producción capitalista, al decir que el sistema “ha asumido valores del capitalismo como propios”⁶⁸⁵. Sin embargo, conforme lo explicado, una teoría funcional del Derecho penal puede perfectamente ser aplicada para explicar el funcionamiento de un Derecho penal revolucionario, comunista, socialista o marxista, en el cual se podría identificar como posibles funcionalidades que serían protegidas por el Derecho penal, por ejemplo, la necesidad de protección de la vigencia de las normas que prohibiesen la propiedad privada, la libre iniciativa comercial, la existencia de clases sociales diferentes, el mérito personal por esfuerzo propio *et caetera*.

Sobre el tema del bien jurídico, hay que informar, de entrada, que sólo su análisis demandaría una tesis entera, pero lo que se puede comprender es que Portilla acusa la teoría de Jakobs de, al abandonar la teoría del bien jurídico, abandonar también su potencial crítico a la respuesta del Derecho penal. Conforme se ha demostrado en este apartado, es posible reconocerse, de hecho, la posibilidad de crítica y limitación del poder punitivo a través de la teoría de matiz funcionalista estudiada, especialmente en relación con los fines del Derecho penal y de su necesidad de adecuación constitucional⁶⁸⁶.

⁶⁸⁵ PORTILLA CONTRERAS, Guilherme. “Los excesos del formalismo jurídico neofuncionalista em el normativismo del derecho penal”. En. AA. VV. *Mutaciones de leviatán: legitimación de los nuevos modelos penales*. Madrid: Akal, 2005, p. 64.

⁶⁸⁶ El propio Luhmann admite que la supremacía de la Constitución es una expectativa normativa institucionalizada por parte del sistema del Derecho, de la siguiente forma: “La actual interpretación de la Constitución considera los derechos fundamentales, todos o parte de ellos, como derechos subjetivos que en el máximo, su creación no depende de una decisión estatal y, en la calidad de derechos preexistentes al Estado, necesitan de protección pero no de interferencia. La legislación ordinaria (que es considerada como una potencial enemiga de los derechos fundamentales) puede intervenir en este ámbito sólo en virtud de reservas expresamente formuladas [por parte de la Constitución]. Una intervención de este tipo es considerada como un tipo de violación del Derecho conforme el Derecho. Su protección contra las intervenciones legislativas (e no, por ejemplo, la programación vinculante de las decisiones de actuación) expresa la supremacía de la Constitución sobre la ley ordinaria. Por eso la actuación de los derechos fundamentales está confiada a los

Especialmente, en relación con la teoría del bien jurídico (es decir, ver el fin del Derecho penal cómo la protección de bienes jurídicos con contenidos críticos), Portilla, con razón, sostiene que dicha teoría permite ir más allá en los límites del poder punitivo, que el funcionalismo sistémico, lo que es evidente.

Acerca de este punto, estaría bien recordar, incluso, que existen teorías aún más críticas en relación con el poder punitivo estatal que las teorías basadas en un contenido crítico del bien jurídico (minimalismo penal), como, por ejemplo el abolicionismo radical de Louk Hulsman⁶⁸⁷. Un abolicionista seguramente podría acusar el minimalismo penal (que pretende reconocer como fines del Derecho penal la protección de bienes jurídicos con contenido crítico) de no poseer los medios necesarios para criticar de forma propia la actuación del sistema penal y el *ius puniendi*, porque todavía justifica el Derecho penal en muchas ocasiones.

Así pues, un abolicionista podría acusar el minimalismo penal de considerar como legítimas comunicaciones del Derecho penal que él mismo considera ilegítimas, pero es necesario preguntarse si dicha crítica realmente tiene el poder de poner en duda los fundamentos del minimalismo penal.

ciudadanos que poseen consciencia jurídica que, en el caso de su violación, acuden al juez y la explicitación fiel de su contenido es remetida al Poder Judicial” En la versión italiana: “*L’attuale interpretazione costituzionale considera i diritti fondamentali, in tutto o in parte*”, *come diritti soggettivi che in linea di massima, evitano di essere creati da una decisione statale e, in quanto diritti preesistenti allo stato, necessitano certo di tutela ma non di attuazione. La legislazione ordinaria (che è considerata come potenziale nemica dei diritti fondamentali) può intervenire in quest’ambito solo in virtù di riserve espressamente formulate. Un intervento del genere è inteso come una sorta di violazione del diritto conforme al diritto. La loro protezione nei confronti degli interventi legislativi (e non, ad esempio, la programmazione vincolante delle decisioni di attuazione) esprime il primato della costituzione sulla legge ordinaria. Pertanto l’attuazione dei diritti fondamentali è affidata ai cittadini dotati di coscienza giuridica che, all’occorrenza, ricorrono in giudizio e l’esplicitazione fedele del loro contenuto è rimessa al potere giudiziario.*” LUHMANN, Niklas. *I diritti fondamentali come istituzione*. Cura e introduzione di Gianluigi Palombella e Luigi Pannarale, Bari, Dedalo, 2002, p. 305.

⁶⁸⁷ “*Chamar um fato de 'crime' significa excluir de antemão todas estas outras linhas; significa se limitar ao estilo punitivo — e ao estilo punitivo na linha sócio estatal, ou seja, um estilo punitivo denominado pelo pensamento jurídico, exercido com uma distância enorme da realidade por uma rígida estrutura burocrática. Chamar um fato de 'crime' significa se fechar de antemão nesta opção fecunda.*” HULSMAN, Louk; DE CELIS, Jacqueline. *Penas Perdida. O Sistema Penal em Questão*, Niterói: Luam, 1993, p. 100. “*Ninguém pode dizer de antemão qual é a linha mais adequada para resolver uma situação conflituosa. Assim, a lei deveria se abster de impor uma linha de reação uniforme, como também de definir as situações a que tais ou quais linhas seriam automaticamente aplicáveis. A determinação da linha deveria estar sempre ligada ao caso concreto.*” HULSMAN, Louk; DE CELIS, Jacqueline. *Penas Perdida. O Sistema Penal em Questão*, Niterói: Luam, 1993, p. 103.

De esta manera, la acusación de Portilla, respecto al hecho del abandono de Jakobs de la teoría del bien jurídico y la consecuente pérdida de algún grado de crítica del poder de punir del Estado, no tiene sentido, porque presupone, bajo un mismo argumento, que la teoría que más le gusta al autor (minimalismo) es mejor que la teoría contra quien dirige su crítica, y al mismo tiempo, ignora que existen teorías que tratan del mismo tema, que atienden mucho mejor al argumento postulado, es decir, que tienen un grado aún más alto de crítica al sistema penal que la teoría que el autor eligió como correcta. Pensar de otra forma representa una creencia ingenua o una fé ciega.

Bajo el argumento de Portilla, (pérdida de potencial crítico por parte de la teoría de Jakobs) se legitima el abolicionismo penal y se rechaza el minimalismo penal (conclusión esta que el autor no parece querer admitir) y, por eso, dicho argumento carece de potencial de sentido válido para realizarse una crítica real al funcionalismo sistémico desde el punto de vista del minimalismo penal.

A continuación, el profesor Portilla sigue con sus críticas al funcionalismo penal sistémico, sosteniendo que la ausencia de referenciales externos como elementos justificantes de la teoría estudiada, en términos de su legitimidad, como por ejemplo una referencia a la justicia, puede llevar a considerar como funcionales medidas contrarias a la justicia⁶⁸⁸. En relación con este argumento, se puede sostener que, en primer lugar, la elección de elementos externos justificantes del Derecho penal no tiene el poder de tornar justo todo el sistema penal ni garantizar la búsqueda de la justicia.

Véase, por ejemplo, que incluso la teoría del bien jurídico puede ser usada para la realización de propósitos antidemocráticos y autoritarios – y, por eso, injustos – si, por ejemplo, se elige su contenido teniendo en cuenta intereses de un régimen dictatorial o manifiestamente abusivos. Así pues, por ejemplo, se puede poner las disposiciones de Código Penal

⁶⁸⁸ “Esta es una de las características esenciales del sistema penal de Jakobs, la ausencia de referentes externos al Derecho positivo desde los que analizar críticamente las normas. Si no existe una correlación externa del Derecho penal, no quedará lugar, consecuentemente, para discutir sobre la legitimidad del Derecho; sólo interesa su validez, es decir, la producción del Derecho conforme a criterios de funcionalidad que pueden ser contrarios a una referencia de justicia, sólo se requiere un procedimiento formal.” PORTILLA CONTRERAS, Guilherme. “Los excesos del formalismo jurídico neofuncionalista em el normativismo del derecho penal”. En. AA. VV. *Mutaciones de leviatán: legitimación de los nuevos modelos penales*. Madrid: Akal, 2005, p. 65.

cubano⁶⁸⁹ que, en su artículo 208⁶⁹⁰ castiga con una pena de prisión de hasta tres meses la pertenencia a una asociación secreta, en su artículo 216⁶⁹¹ castiga con una pena de hasta tres años de prisión la salida del territorio nacional sin autorización del gobierno y, en su artículo 304⁶⁹² castiga la práctica de incesto consensuado entre mayores de edad con una pena de hasta cinco años de prisión.

No se puede decir, *a priori*, que el interés colectivo en la publicidad de las asociaciones, integridad nacional del pueblo y la moralidad en la familia no sean bienes jurídicos que merecen protección del Derecho penal, en virtud de la carencia de referenciales universales o absolutos, lo que conduce a un vacío ontológico de la teoría del bien jurídico e informa que su adopción no es capaz, por sí sola, de mantener el respeto a las nociones más básicas de justicia y equidad.

Eso pasa, incluso, con el garantismo penal, modelo de Derecho penal en el cual tampoco se puede definir de forma apriorística el contenido de Derechos fundamentales, que puede, en la realidad, representar incluso la seguridad del Estado o el sano sentimiento del pueblo. Es lo que Alexandre Maia, profesor de la Universidad Federal de Pernambuco, se ha dado cuenta, de la siguiente forma: “Luego, cada uno de acuerdo con su voluntad, podría fijar los contenidos de los derechos fundamentales a partir de puntos de partida diferentes y, en la mayoría de las veces, opuestos, y de esta manera, todas las formas – democráticas o no – de comprender la esencia de los derechos fundamentales estarían legitimadas por la teoría de

⁶⁸⁹ CUBA. Ley No. 62 de 29 de septiembre de 1987. *Código Penal*. Gaceta Oficial. Edición Especial No. 3 de 30 de diciembre de 1987, La Habana, 1987.

⁶⁹⁰ “ARTÍCULO 208. 1. El que pertenezca como asociado o afiliado a una asociación no inscrita en el registro correspondiente, incurre en sanción de privación de libertad de uno a tres meses o multa hasta cien cuotas. 2. Los promotores o directores de una asociación no inscrita incurren en sanción de privación de libertad de tres meses a un año o multa de cien a trescientas cuotas.” CUBA. Ley No. 62 de 29 de septiembre de 1987. *Código Penal*. Gaceta Oficial. Edición Especial No. 3 de 30 de diciembre de 1987, La Habana, 1987.

⁶⁹¹ “ARTÍCULO 216. 1. El que, sin cumplir las formalidades legales, salga o realice actos tendentes a salir del territorio nacional, incurre en sanción de privación de libertad de uno a tres años o multa de trescientas a mil cuotas. 2. Si para la realización del hecho a que se refiere el apartado anterior, se emplea violencia o intimidación en las personas o fuerza en las cosas, la sanción es de privación de libertad de tres a ocho años. 3. Los delitos previstos en los apartados anteriores se sancionan con independencia de los que se cometan para su ejecución o en ocasión de ella.” CUBA. Ley No. 62 de 29 de septiembre de 1987. *Código Penal*. Gaceta Oficial. Edición Especial No. 3 de 30 de diciembre de 1987, La Habana, 1987.

⁶⁹² “ARTÍCULO 304. 1. El ascendiente que tenga relaciones sexuales con el descendiente, incurre en sanción de privación de libertad de dos a cinco años. La sanción imponible al descendiente es de seis meses a dos años de privación de libertad. 2. Los hermanos que tengan relaciones sexuales entre sí, incurren en sanción de privación de libertad de tres meses a un año cada uno. 3. Las sanciones previstas en este artículo se imponen siempre que los hechos no constituyan un delito de mayor entidad.” CUBA. Ley No. 62 de 29 de septiembre de 1987. *Código Penal*. Gaceta Oficial. Edición Especial No. 3 de 30 de diciembre de 1987, La Habana, 1987.

Ferrajoli”⁶⁹³, lo que le ha permitido concluir que “la tentativa del profesor Ferrajoli de dar un contenido al universo jurídico también está limitada por el formalismo, exactamente por el vacío que existe en lo que caracteriza efectivamente los derechos fundamentales.”⁶⁹⁴

Además, el respeto a los criterios de justicia, en un sistema funcionalista se observa en la correcta realización de los procedimientos preestablecidos de selección de expectativas normativas en la sociedad, su institucionalización y la garantía de su vigencia, lo que, si realizado en países realmente democráticos, con instituciones libres y fuertes, va seguramente reflejar en la mayoría de los casos las legítimas expectativas existentes en el sistema social, producidas en su acoplamiento estructural con los sistemas psíquicos de las personas. Por tales razones, es mejor sustituir el concepto abstracto de justicia por el concepto concreto de coherencia (con el sistema social) y reconocerse que esta forma de concebir la realidad presenta un tipo de *Legitimation durch Verfahren* de la legitimación de la producción del Derecho a través de un procedimiento previo establecido que le da soporte de legitimidad (proceso legislativo, judicial, *et caetera*). El profesor Portilla sigue con su crítica al sistema Luhmann-Jakobs, de la siguiente manera:

Uno de los inconvenientes con el que se encuentra Jakobs a la hora de blindar el subsistema penal frente al influjo externo es la imposibilidad de mantener la relación comunicativa al margen de cualquier referencia psíquica. En efecto, el Derecho no puede concebirse como un orden autorreferente, carente de dependencias externas que puedan afectarle. Consciente de esa circunstancia, el neofuncionalismo penal no aboga por la clausura autorreferencial de los sistemas a modo de aislamiento absoluto, sino, como señala García Amado, por la autorregulación por el sistema mismo de sus dependencias e independencias respecto de ese medio: es el sistema jurídico mismo el que determina qué componentes y circunstancias de un

⁶⁹³ “Logo, cada um a seu bel prazer, poderia fixar o conteúdo dos direitos fundamentais a partir de vários pontos de partida distintos, e, na maioria das vezes, opostos, muito embora todas as formas – democráticas ou não – de compreender a essência dos direitos fundamentais estariam legitimados pela teoria de Ferrajoli.” MAIA, Alexandre da. O garantismo jurídico de Luigi Ferrajoli: notas preliminares. in Teresina: *Jus Navigandi*, ano 4, n. 45, set. 2000, p. 44.

⁶⁹⁴ “A tentativa do Professor Ferrajoli de dar um conteúdo ao universo jurídico também esbarra no formalismo, exatamente pelo vazio que existe no que caracteriza efetivamente os direitos fundamentais” MAIA, Alexandre da. O garantismo jurídico de Luigi Ferrajoli: notas preliminares. in Teresina: *Jus Navigandi*, ano 4, n. 45, set. 2000, p. 44.

comportamiento individual son relevantes y cuáles indiferentes a la hora de calificar a él, por ejemplo, como delito.⁶⁹⁵

En primer lugar, hay que indicar que no es inconveniente para nada reconocerse la existencia del acoplamiento estructural entre sistema social y sistema psíquico – que es, incluso, donde se construye la persona y la personalidad – como parte de la teoría de un Derecho penal funcional. En realidad, el propio Jakobs reconoce que la función del Derecho penal es restablecer en el ámbito simbólico la confianza en la vigencia perturbada de una expectativa normativa institucionalizada violada⁶⁹⁶, lo que presupone, conforme explicitado en el apartado propio, la existencia de un efecto eminentemente simbólico y real en el ámbito del acoplamiento estructural antes mencionado, donde la confianza funciona como un mecanismo de reducción de complejidad del sistema psíquico.

En segundo lugar, de hecho, conforme sostiene el autor, el Derecho no puede concebirse como un orden autorreferente, carente de dependencias externas que puedan afectarle y eso nunca fue afirmado por Luhmann tampoco lo fue por Jakobs. Sólo la mezcla indebida de los conceptos de clausura operativa y abertura cognitiva, o la comprensión incompleta del primero, puede producir la idea de que algún autor funcionalista ha supuesto un Derecho completamente aislado de influencias exteriores. Desde las líneas más tempranas de Luhmann a los escritos más tardíos de Jakobs se identifica la apertura cognitiva del sistema del Derecho, a través del proceso de creación de leyes, lo que ejerce influencia directa en su funcionamiento. La autorreferencia se relaciona con la idea de clausura operativa, lo que presupone, en el sistema del Derecho, una apertura cognitiva.

Y, por fin, al revés de lo que supone el autor citado, el funcionalismo sistémico (no el neofuncionalismo, como él lo ha escrito) aboga, de hecho, por un sistema autorreferencial, si no fuese así el plan simbólico de la perturbación a la vigencia de la norma no podría jamás ser el objeto de restablecimiento por parte del Derecho penal, a través de una pena. Sigue Portilla a analizar el sistema teórico estudiado:

⁶⁹⁵ PORTILLA CONTRERAS, Guilherme. “Los excesos del formalismo jurídico neofuncionalista em el normativismo del derecho penal”. En. AA. VV. *Mutaciones de leviatán: legitimación de los nuevos modelos penales*. Madrid: Akal, 2005, p. 66.

⁶⁹⁶ “El Derecho penal restablece, en la comunicación, la vigencia perturbada de la norma cada vez que se lleva a cabo seriamente un procedimiento como consecuencia de una infracción a la norma” JAKOBS, Günther. *Sociedade, Norma e Pessoa: teoria de um Direito Penal funcional*, *op. cit.*, p. 4.

En suma, la teoría de Jakobs, continuadora de la tesis kelseniana de la validez y de la teoría sistémica de la autosuficiencia del ordenamiento, lleva hasta las últimas consecuencias, en el ámbito penal, lo que el individualismo liberal realiza sobre el plano filosófico, político y económico. El triunfo de esta tesis significará la supresión de lo político, la eliminación de cualquier espacio de discrepancia de valores, en definitiva, de cualquier conflicto que no se corresponda con las expectativas normalizadas y, con ello, como subraya P. Barcellona, se deprecia toda idea de transformación radical y el concepto mismo de democracia. El derecho queda reducido a una simple técnica y su legitimación limitada por la idea de la persona como construcción comunicativa, un subsistema en el que lo que interesa es el control social para la satisfacción de las necesidades individuales de crecimiento económico.⁶⁹⁷

En realidad, la teoría de sistemas, como un esquema de observación de la realidad, no tiene el poder que se le atribuye el autor estudiado. Ver la realidad a través de la óptica funcional sistémica no tiene la capacidad de suprimir lo político y, al revés, tiende a dar una importancia jamás vista a las decisiones del parlamento y a la política en general, sistema este que, de acuerdo con esta forma de visión de la realidad social, debe basar sus actividades en las expectativas que las personas tienen en la sociedad para que funcione de forma no corrompida y coherente, de acuerdo con los modelos ya existentes de participación popular.

La discrepancia, de acuerdo con el modelo de Luhmann, tiene la capacidad de incluso cambiar la forma por la cual el sistema produce información y funciona, a través de la apertura cognitiva que estos sistemas sociales poseen, característica que no es dada por la teoría de sistema, sino simplemente existe en las sociedades actuales, principalmente en las democráticas.

Hay violaciones de expectativas normativas institucionalizadas que realmente necesitan ser rechazadas a través de la pena, como la violación de la expectativa de no supresión de la vida biológica ajena sin una buena razón, de la misma forma que hay otras expectativas normativas que cambian en la sociedad, y dicho cambio se traslada al sistema de la política y, después, al sistema del Derecho, a través del proceso legislativo que puede tener como origen una

⁶⁹⁷ PORTILLA CONTRERAS, Guilherme. “Los excesos del formalismo jurídico neofuncionalista em el normativismo del derecho penal”. En. AA. VV. *Mutaciones de leviatán: legitimación de los nuevos modelos penales*. Madrid: Akal, 2005, p. 80.

violación de expectativa normativa institucionalizada, como el caso de la legalización del uso de drogas con fines recreativos, que ahora se aprueba en muchos países⁶⁹⁸.

Así pues, al revés de lo que afirma el autor, la teoría de sistemas no tiene el poder de llevar a la “supresión de lo político”⁶⁹⁹, o a la “eliminación de cualquier espacio de discrepancia de valores, en definitiva, de cualquier conflicto que no se corresponda con las expectativas normalizadas”⁷⁰⁰, conforme lo explicado en esta parte del trabajo, lo que representan acusaciones sin fundamento al sistema Luhmann-Jakobs.

De la misma forma, en esta teoría, no “se deprecia toda idea de transformación radical y el concepto mismo de democracia”⁷⁰¹ porque, al revés de lo que portilla sostiene, conforme lo explicado, incluso la transformación social más radical – la revolución - se explica a través de la teoría de sistema y, por supuesto, dicha teoría es eficaz también para explicar las sociedades revolucionarias, su política y su Derecho.

Del mismo modo, y en oposición a la idea de revolución, las sociedades democráticas también están sometidas a la posibilidad de explicación por la teoría estudiada e, incluso, es precisamente en las sociedades democráticas donde se observa el mejor funcionamiento de todas las instituciones, de acuerdo con el sistema Luhmann-Jakobs.

Así pues, también se explican sociedades no orientadas al crecimiento económico a través de la teoría de sistemas, como la sociedad comunista de la *scomparsa* Unión de las Repúblicas Socialistas Soviéticas, lo que rechaza la idea de que dicha teoría sirve a los intereses del de

⁶⁹⁸ “Tres Estados legalizan la marihuana en Estados Unidos. Los resultados de los otros asuntos que se votaron el 8 de noviembre. California, Massachusetts y Nevada han legalizado este martes el consumo recreativo de la marihuana, sumándose a otros cuatro Estados del país en los que ya era legal. Se trata de uno de los asuntos que se votaron la jornada electoral de este martes, que concluyó con la victoria presidencial del republicano Donald Trump frente a la demócrata Hillary Clinton.” ALONSO, Nicolás. “Tres Estados legalizan la marihuana en Estados Unidos. Los resultados de los otros asuntos que se votaron el 8 de noviembre”, El país, Nueva York, 10 nov. 2016. Disponible en: < http://internacional.elpais.com/internacional/2016/11/09/actualidad/1478728284_837569.html>. Acceso en: 20 abr 2017.

⁶⁹⁹ PORTILLA CONTRERAS, Guilherme. “Los excesos del formalismo jurídico neofuncionalista em el normativismo del derecho penal”. En. AA. VV. *Mutaciones de leviatán: legitimación de los nuevos modelos penales*. Madrid: Akal, 2005, p. 80.

⁷⁰⁰ PORTILLA CONTRERAS, Guilherme. “Los excesos del formalismo jurídico neofuncionalista em el normativismo del derecho penal”. En. AA. VV. *Mutaciones de leviatán: legitimación de los nuevos modelos penales*. Madrid: Akal, 2005, p. 80.

⁷⁰¹ PORTILLA CONTRERAS, Guilherme. “Los excesos del formalismo jurídico neofuncionalista em el normativismo del derecho penal”. En. AA. VV. *Mutaciones de leviatán: legitimación de los nuevos modelos penales*. Madrid: Akal, 2005, p. 80.

desarrollo del sistema económico. El Derecho, de acuerdo con Luhmann y lo que fue escrito hasta ahora en este trabajo, es mucho más que mero medio de manutención de la sociedad, al revés, es una forma por la cual si persigue la estabilidad de la vida y se garantiza los cambios de una sociedad que está viva y tiene consciencia de su funcionamiento, a través de mecanismos preestablecidos de recepción de nuevas expectativas sociales. El autor que se comenta sigue en sus consideraciones, pero lo central de sus críticas ya ha sido debidamente analizado⁷⁰².

En este punto, hay algunas críticas más que deben considerarse en relación con los presupuestos del funcionalismo sistémico y una dogmática del Derecho penal de matiz funcionalista. El profesor de la universidad de León, García Amado, sostiene que:

“El planteamiento funcionalista choca frontalmente con esos presupuestos del racionalismo individualista, y por eso no es extraño que el propio Jakobs insista en que sin la inserción en una sociedad el individuo no es nada muy distinto de un animal y no puede desplegar ninguna capacidad que lo especifique frente a los seres abruptamente naturales, al tiempo que introduce el elemento relativístico de afirmar que lo que el individuo pueda llegar a ser y desarrollar dependerá enteramente de los caracteres que adopte la respectiva sociedad. Ahí el planteamiento del racionalismo individualista aparece ya invertido, pues resulta que es la sociedad la que se erige en constitutiva de lo humano al aportar las referencias (comenzando con el lenguaje) con las que el individuo puede simultáneamente entenderse a sí mismo y entender a los demás.”⁷⁰³

En primer lugar, hay que subrayar que el funcionalismo no choca con los presupuestos del racionalismo individualista, como las ideas de justificación del Derecho en la libertad individual y su legitimación. En realidad, conforme se ha expuesto en el apartado dedicado a

⁷⁰² “Hay que reconocer finalmente la dificultad que entraña elaborar una crítica a la tesis sistémica en general y al neofuncionalismo penal en particular. La causa de tal dificultad reside en que al reproche que inicialmente puede hacerse por el abandono del ideal de justicia, del olvido de los valores éticos, de los derechos humanos, de los bienes colectivos, etc., se le refutará que son cuestiones que no se deciden en el ámbito del subsistema del Derecho penal, sino en el terreno del subsistema político. Lo mismo ocurre cuando se cuestiona el desprecio por la condición del sujeto, que, no sólo no goza de existencia autónoma, sino que responde a los mecanismos de racionalidad instaurados por el sistema. Pero es precisamente aquí donde radica el germen de la destrucción de la propia teoría sistémica. Ese discurso no puede contener la imparable marcha de otros tipos alternativos de racionalidad, basados en el sujeto como titular de todos los derechos, que se enfrentan frontalmente con las prácticas ideológicas mercantilistas. En efecto, el neofuncionalismo penal no puede evitar la incorporación de nuevos valores logrados a través de la infracción de las expectativas generalizadas.” PORTILLA CONTRERAS, Guilhermo. “Los excesos del formalismo jurídico neofuncionalista en el normativismo del derecho penal”. En: AA. VV. *Mutaciones de leviatán: legitimación de los nuevos modelos penales*. Madrid: Akal, 2005, p. 81.

⁷⁰³ GARCÍA AMADO, Juan Antonio. “¿Dogmática penal sistémica? Sobre la influencia de Luhmann en la teoría penal”, en: *Doxa – Cuadernos de filosofía del Derecho*, Alicante, 2000, n.º 23, pp. 233-264, p. 234.

estudiar los lineamientos teóricos de Kant que tienen interés para este trabajo, lo que se busca con la limitación del abuso de la libertad individual es justamente proteger de forma legítima la libertad de los individuos. Sin embargo, si se comprende bien la teoría de Luhmann, se va a ver que identificar el ser humano como sistema psíquico y biológico, y alguien que participa en la comunicación del sistema social, no presupone aniquilar la lógica individualista, sino reconocer de forma más amplia las potencialidades que el ser humano puede realizar en su abanico de acciones. Sigue el autor *xixonés*:

“Dentro de la explicación funcional del derecho, se trata de ubicar el cometido preciso del derecho penal. Para comprenderlo se ha de partir de la idea de que la sociedad se constituye precisamente a través de normas y, en consecuencia, a partir de esas normas alcanzan su identidad también los propios sujetos individuales (Jakobs 1996a, 16). Al derecho penal le correspondería la función de velar por la parte más esencial y básica de tales normas y, por tanto, solventar el problema social básico: la subsistencia de las normas que estructuran la base de lo social. Es la preservación de la sociedad el objetivo que da sentido al derecho penal, con lo que la práctica jurídico-penal es un ejercicio de autopreservación de la sociedad y, mediatamente, de preservación de la identidad individual que sólo es una identidad social, inserta en unas concretas referencias que son sociales y normativas a un tiempo. Sin tal función, el sentido de las normas penales decae, pues con el fin de la sociedad acabaría también toda posibilidad de que los individuos pudieran organizadamente defender su identidad y, más aún, desaparecería también la posibilidad de que el individuo tuviera una identidad que le permitiera percibir unos intereses que fueran algo más que puros instintos. Es la identidad de la sociedad la que permite la identidad de los sujetos singulares.”⁷⁰⁴

En realidad, no es precisamente lo que ha informado el autor lo que Jakobs, siguiendo a Luhmann, propone. De hecho, la sociedad se constituye de normas, pero estas normas no alcanzan su identidad en los sujetos individuales precisamente porque los sujetos individuales son sistemas psicológicos y biológicos, que no están constituidos de normas sociales. Es verdad que la identidad de la sociedad debe ser garantizada por el Derecho penal y que la formación de la identidad personal – en el ámbito del acoplamiento estructural entre sistemas psíquico, social y biológico – por supuesto pasa por lo social, pero eso no autoriza llegarse a la conclusión de que los propios individuos alcanzan su identidad en normas sociales.

⁷⁰⁴ GARCÍA AMADO, Juan Antonio. “¿Dogmática penal sistémica? Sobre la influencia de Luhmann en la teoría penal”, en: *Doxa – Cuadernos de filosofía del Derecho*, Alicante, 2000, n.º 23, pp. 233-264, pp. 235-236.

La preservación de la identidad individual no es, al revés de lo que acusa dicho autor, una identidad social, porque persona y sociedad son sistemas diferentes que trabajan bajo códigos binarios diferentes. Además, no es la preservación de la sociedad lo que da sentido al Derecho penal, al revés, en el sentido mismo de la sociedad funciona el Derecho penal, no para su preservación a todo coste, pero para la preservación de los presupuestos mínimos de civilidad y una vida mínimamente segura, que son elementos esenciales para que una sociedad exista y la individualidad humana pueda desarrollarse tranquilamente en sus potencialidades. Sigue el autor de Gijón:

“El derecho penal protege siempre la identidad básica de la sociedad, pero cómo se configure en concreto esa sociedad no depende del derecho penal, por lo que podríamos añadir que la lucha para cambiar esa configuración tiene que ser conscientemente una lucha en otra clave. Renunciando a describir cómo funciona un elemento de la sociedad no se transforma ese elemento, todo lo más se encubre su verdadero papel bajo un manto de piadosos deseos.”⁷⁰⁵

En primer lugar, hay que reconocerse que Luhmann y Jakobs, el revés de lo que afirma el profesor García Amado, hacen un esfuerzo considerable en identificar y diseñar cómo efectivamente se configura una sociedad desde una óptica funcional, desarrollos estos a los cuales se ha dedicado algunos capítulos en este trabajo.

Sin embargo, de hecho, el funcionalismo, aunque claramente no neutral o meramente descriptivo, proviene de observaciones de la sociedad y del funcionamiento de las comunicaciones que se identifica en el ámbito social, tarea que se realiza también en el momento de identificarse lo que es y cómo funciona el Derecho penal. Sin embargo, de acuerdo con la presente acusación del citado profesor, parece que él quiere cambiar la realidad a través del Derecho penal, como uno que quiere, por ejemplo, cambiar las leyes de la física a través del estudio de dichas leyes, y cuando se da cuenta que el funcionalismo penal no sirve para promover los cambios sociales que le apetecen, parece que no le resta otra conclusión que no sea desechar la teoría que se analiza.

Eso es un problema muy grave en los estudiosos del Derecho penal de hoy – no es una exclusividad del autor citado (véase, por ejemplo, el autor argentino que se ha declarado

⁷⁰⁵ GARCÍA AMADO, Juan Antonio. “¿Dogmática penal sistémica? Sobre la influencia de Luhmann en la teoría penal”, en: *Doxa – Cuadernos de filosofía del Derecho*, Alicante, 2000, n.º 23, pp. 233-264, pp. 236-237.

enemigo del Derecho penal del enemigo⁷⁰⁶). Sea o no lo deseado por algunos, el Derecho penal no es el mecanismo social competente para cambiar la realidad que no le gusta a alguno, por una razón muy simple: la legitimidad. Quien aplica el Derecho es un magistrado que hizo oposiciones o fue nombrado para esta tarea, no un político que fue elegido por el voto popular y ha cogido un escaño en el parlamento. Uno, el político, tiene legitimidad democrática y constitucional para hacer política y decidir, en nombre del pueblo y con el poder concedido por este, los caminos de una política criminal, no el magistrado que está sometido a la vigencia de las leyes en su actividad laboral. Querer reconocer un supuesto carácter mesiánico social al Derecho penal es, en la mejor de las situaciones, pervertir el camino democrático de la creación de una política criminal legítima. De hecho, en una democracia – y sólo en una democracia – la “lucha para cambiar esa configuración tiene que ser conscientemente una lucha en otra clave”⁷⁰⁷. El profesor en León sigue en sus consideraciones, de la siguiente forma:

“En consecuencia, la oposición que se da entre delito y pena no es la expresión de dos contrapuestos sistemas de valores materiales a propósito de un bien de cualquier tipo, y menos aún de dos formas de concebir el recto y materialmente justo comportamiento humano. Con esto tanto el ilícito como la pena se explican al margen de cualquier planteamiento moralizante y se sitúan en las antípodas del servicio necesario a cualquier ética material o a cualquier concepción antropológica. Ese es el tinte especial de todo planteamiento funcional, y más del sistémico, y ahí es donde se produce el choque con las justificaciones de que habitualmente se vale el sistema para autolegitimarse ocultando su razón de ser y de existir bajo el ropaje de la ideología.”⁷⁰⁸

Desde la lectura del texto citado, se puede percibir que el autor parece sólo reconocer una única justificación transcendental absoluta del Derecho penal, en una dicotomía casi estética-jurídica entre lo bueno y lo malo, lo bello y lo feo. Él parece quitar todo el componente social de las concepciones de recto y justicia material, como si estas no estuviesen vinculadas a las

⁷⁰⁶ Por todos que lo han hecho, este: “El Derecho penal del enemigo, por más apariencia “real” que tenga debe ser rechazado. Rompe con el principio de igualdad y de humanidad. Hay que declararse: enemigo del Derecho penal del enemigo.” PARMA, Carlos. El “enemigo” del Derecho penal del Enemigo. In: *Ámbito Jurídico*, Rio Grande, IX, n. 30, jun 2006. Disponible em: <http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=1097>. Acesso em out 2016.

⁷⁰⁷ GARCÍA AMADO, Juan Antonio. “¿Dogmática penal sistémica? Sobre la influencia de Luhmann en la teoría penal”, en: *Doxa – Cuadernos de filosofía del Derecho*, Alicante, 2000, n.º 23, pp. 233-264, pp. 236-237.

⁷⁰⁸ GARCÍA AMADO, Juan Antonio. “¿Dogmática penal sistémica? Sobre la influencia de Luhmann en la teoría penal”, en: *Doxa – Cuadernos de filosofía del Derecho*, Alicante, 2000, n.º 23, pp. 233-264, pp. 242-243.

nociones de espacio y tiempo en una determinada sociedad, lo que parece ser un error epistémico y quizás metodológico

Este supuesto choque con la legitimación del sistema no existe porque el funcionalismo está basado en la idea de observarse la sociedad desde la funcionalidad de las comunicaciones que se encuentran en ella, y en esta observación se ha demostrado ser funcional la garantía de la confianza en la doble contingencia que representa la vigencia contrafáctica de una expectativa normativa institucionalizada por el sistema social, que parece beneficiar a todos – en sociedades democráticas – en la tarea de mantener los mínimos estándares de orden y civilidad para la existencia de una vida humana mínimamente segura y para el desarrollo libre de las potencialidades humanas. Así pues, concluye el citado autor, de la siguiente forma: “El comportamiento delictivo y la pena no cuentan por lo que son en sí (producto de una psique, hechos resultantes de encadenamientos causales, expresión de sistemas de valores morales, etc.) sino por lo que representan o significan para el sistema.”⁷⁰⁹

No parece algo raro que los sistemas de sentido formados por los seres humanos – como el lenguaje, por ejemplo – atribuyan valores a las informaciones que forman sus composiciones, es decir, la actividad de categorización y especificación parece ser un producto de la inteligencia y cultura humanas por excelencia. Así pues, no parece mal que se le atribuyan significados a las informaciones “delito” y “pena” en los sistemas para los cuales ellos tienen algún sentido. Incluso los conceptos informados por dicho autor, como “psique” y “hecho causal” tienen significados para los diferentes sistemas en los cuales toman parte, y eso no representa un problema.

Así pues, no parece que reconocer una naturaleza ontológica trascendental – una vez más – un camino efectivo para criticar las teorías de matiz funcionalista simplemente porque estas han elegido premisas epistemológicas diferentes que no necesariamente cuadran en el conjunto de elecciones personales de investigadores que siguen otros matices epistemológicos. El citado autor sigue con la misma *idée fixe*, como que a insistentemente indicar que el funcionalismo luhmanniano sería ilegítimo por no apoyarse *a priori* a un determinado orden de valores⁷¹⁰, lo

⁷⁰⁹ GARCÍA AMADO, Juan Antonio. “¿Dogmática penal sistémica? Sobre la influencia de Luhmann en la teoría penal”, en: *Doxa – Cuadernos de filosofía del Derecho*, Alicante, 2000, n.º 23, pp. 233-264, p. 243.

⁷¹⁰ “Si expresamos todo lo anterior diciendo que, por tanto, el derecho penal tiene como misión el mantenimiento del orden social, se nos puede aparecer de nuevo el fantasma del conservadurismo como fácil imputación a esta

que, conforme lo aclarado, no parece ser una crítica que lleva en consideración a multiplicidad de las epistemologías que se puede adoptar en el paradigma del conocimiento humano actual.

El doctor en Derecho por la Universidad de Oviedo sigue en su crítica a la teoría estudiada, sosteniendo que serían incompatibles los conceptos de la teoría jurídica del delito con las ideas funcionalistas, de este modo:

“Expresándolo a propósito del asunto que tomaremos como ejemplo, podemos decir que desde la teoría de sistemas el sujeto individual, en tanto que sujeto de la acción social, no existe como tal ni posee atributos constantes al margen de como lo constituya, de como lo vea, el respectivo sistema (jurídico, moral, religioso, científico, económico, etc.). Pero el dogmático penal tiene que hablar de la acción libre, la imputabilidad, la culpabilidad, etc. haciendo como si no hablara de una invención del propio sistema para cumplir su cometido, sino de un dato que se muestra en su ser al propio sistema. Y veremos cómo nuestros autores oscilan entre esos dos polos sin pauta clara y creando, por tanto, confusión tanto desde el punto de vista de la teoría del sistema como del de la teoría penal. Es el resultado de ser radicales en las premisas pero no querer serlo en las consecuencias.”⁷¹¹

Aquí dicho autor hace una curiosa suposición. Él supone que las categorías dogmáticas no serían normativas, pero serían naturales. Hay que recordar que la dogmática se deduce de la ley y, por eso, la dogmática es esencialmente un ente normativo. El concepto de la culpabilidad no se le encuentra en la naturaleza, y su concepción social, puede variar de

doctrina. No vamos a repetir aquí las anteriores consideraciones sobre la diferencia entre una teoría que trata de describir cómo funcionan las cosas y una doctrina que nos dice cómo debería ser el mundo para que resultara maravilloso. Pero sí conviene puntualizar que con todo lo anterior no se pretende legitimar ningún orden jurídico-penal concreto, sino explicar cómo funciona cualquiera de ellos, especialmente en una sociedad moderna y en un mundo desmitificado, o, como diría Luhmann, en una sociedad en la que se ha producido la diferenciación de los distintos subsistemas sociales para la reducción de complejidad. Por eso hay que diferenciar entre el orden social como valor prácticamente sinónimo de la existencia de sociedad, de cualquier sociedad, y el valor de un orden social determinado desde parámetros morales, políticos, religiosos, etc. El sistema jurídico-penal, cualquier sistema jurídico-penal, sirve a lo primero, pero si nos preguntamos por las condiciones del sistema jurídico-penal legítimo, es decir, valorativamente aceptable con arreglo un sistema material de valores que consideremos preferible, entramos ya en un discurso distinto del que hasta aquí venimos reflejando. Eso es harina de otro costal. Lo que ocurre es que los autores que analizamos no siempre son suficientemente claros y contundentes al diferenciar estos extremos.” GARCÍA AMADO, Juan Antonio. “¿Dogmática penal sistémica? Sobre la influencia de Luhmann en la teoría penal”, en: *Doxa – Cuadernos de filosofía del Derecho*, Alicante, 2000, n.º 23, pp. 233-264, p. 246.

⁷¹¹ GARCÍA AMADO, Juan Antonio. “¿Dogmática penal sistémica? Sobre la influencia de Luhmann en la teoría penal”, en: *Doxa – Cuadernos de filosofía del Derecho*, Alicante, 2000, n.º 23, pp. 233-264, p. 249.

sociedad para sociedad, de ordenamiento jurídico para ordenamiento jurídico y, por eso, no se puede encontrar su origen axiológico u ontológico universal apriorísticamente.

El funcionalismo de dedica a describir una realidad normativa y la teoría del delito es una parte del subsistema (realidad normativa) del Derecho que tiene la función de, en el ámbito del Derecho penal, identificar si una información que el sistema recibe del ambiente es lícita o ilícita, y atribuirle las posibles consecuencias después de la atribución de cada uno de estos dos códigos binarios y sus posibles desarrollos subsecuentes.

De esta manera, los conceptos que son observados, como la acción humana, por ejemplo, son captadas por el sistema del Derecho como una comunicación a la cual se le atribuye el carácter de lícito o ilícito, y desde ahí, se atribuye el carácter de lícita o ilícita a una consecuente pena o a una medida de seguridad que se le impone al agente. No hay ningún tipo de incompatibilidad entre el concepto dogmático del delito y el funcionalismo sistémico porque este no niega la existencia de la acción humana, pero la interpreta y la ubica en uno o algunos de sus sistemas de sentido, para producir su debida consecuencia, si es el caso, porque hay acciones humanas que no son captadas como comunicaciones por parte del sistema social. El autor parece admitir eso de algún modo⁷¹².

En un sencillo ejemplo: si uno tira una piedra en el desierto, donde no hay nada ni nadie, hacia el suelo, dicha acción no realiza una comunicación en ningún sistema social, aunque realice comunicaciones el sistema psíquico (con la realización de una acción consciente que el sujeto quiso realizar) y en el sistema biológico (con la puesta en movimiento de celula y tejidos de los sistemas nervioso, muscular y óseo). Sin embargo, si este mismo individuo lo hace en un aparcamiento lleno de coches, para romper el vidrio de alguno, esta acción sí que realiza una comunicación en el sistema de social, incluso en el subsistema del Derecho.

Además, conforme se ha demostrado a lo largo de este trabajo, es perfectamente posible diseñarse una dogmática de matiz funcionalista sistémica. Véase, por ejemplo, *supra*, las

⁷¹² “Ahora bien, si esa forma de contacto es posible será porque concurre algún elemento de enlace entre la autorreferencialidad de semejantes sistemas. Ese elemento de mediación es el sentido. Sólo a través del sentido puede el sistema servirse de los individuos como vehículo y centro de imputación de acciones y expectativas. Y ello se logra por el cauce del lenguaje, que «traduce complejidad social en complejidad psíquica».” GARCÍA AMADO, Juan Antonio. “¿Dogmática penal sistémica? Sobre la influencia de Luhmann en la teoría penal”, en: *Doxa – Cuadernos de filosofía del Derecho*, Alicante, 2000, n.º 23, pp. 233-264, p. 251.

transformaciones que Jakobs propone en la idea de culpabilidad y su teoría de la imputación objetiva, que no fue objeto de este trabajo y demandaría por sí sola la redacción de un tratado para investigar de forma debida sus fundamentos y consecuencias⁷¹³. El citado catedrático de universidad sigue en sus consideraciones, de la manera que se sigue:

“Para Jakobs (...) el ejemplo de quien conduce sabiendo que está bebido y sin tener en cuenta las consecuencias perjudiciales que su conducta puede tener para otros, con lo que pone de manifiesto que no es la norma penal que prohíbe tal hacer lo que guía su actuar. «Esta contradicción a la norma por medio de una conducta es la infracción de la norma», dice Jakobs (Jakobs 1997a, 13). Sólo con esto comienza ya a mostrarse el dilema en que nos movemos o, cuando menos, el equívoco del lenguaje que se emplea. En efecto, desde el momento que esa contradicción a la norma en que el delito consiste no es, como ya sabemos, mera contradictoriedad entre dos cursos de acción opuestos o incompatibles, sino oposición entre dos sentidos de la conducta, entre dos pautas de actuación del sujeto (la suya personal y la que la norma expresa), nos hallamos, si seguimos al pie de la letra lo relatado por Jakobs, ante la impresión de que lo que el delito expresa es un sentido emanante de una conciencia individual y anclado en una «motivación» subjetiva, sentido que se opone al social manifestado en la norma. Mas entonces parece que estamos dando por cognoscible lo que la teoría sistémica afirma que el sistema no puede ver en su específica configuración: la conciencia del individuo.”⁷¹⁴

En primer lugar, cuando Jakobs pone que la responsabilidad se extrae de un defecto en la motivación conforme a la norma él presupone de antemano que se puede el sistema del Derecho puede conocer a la motivación interna del sistema psíquico. Jakobs no ha afirmado que “el sistema no puede ver en su específica configuración: la conciencia del individuo”⁷¹⁵, y si lo hubiese hecho, se equivocaría porque, conforme lo explicado largamente en un apartado

⁷¹³ “La discusión se sitúa, en consecuencia, en un plano netamente normativo, alejado de sujeciones naturalistas. Por ello, el concepto de acción no puede explicarse desde esta perspectiva si no es como una auto-manifestación por parte del autor- de un quebrantamiento de la norma, lo cual conlleva que se considere la inevitabilidad como presupuesto de la culpabilidad, y la culpabilidad como presupuesto de la acción. Por ello, el concepto de acción, para Jakobs, consiste en "hacerse culpablemente responsable por la lesión de la vigencia de la norma"101, y por ello la acción es un concepto funcional, construido por el Derecho, libre de connotaciones naturalistas, y perfectamente coherente con la idea del aseguramiento de la vigencia de la norma. (...) La acción en Derecho penal solo puede tener, desde el punto de vista comunicativo, un sentido en tanto unidad socialmente reconocida como tal. La aplicación de un método funcional conlleva rechazar cualquier partición ontológica, naturalista, etc. y extraer de ello consecuencias dogmáticas.”POLAINO-ORTS. Miguel; KINDHÄUSER, Urs. *Normativismo en Derecho penal*. Estudios de dogmática jurídico-penal, *op. cit.*, p. 64.

⁷¹⁴ GARCÍA AMADO, Juan Antonio. “¿Dogmática penal sistémica? Sobre la influencia de Luhmann en la teoría penal”, en: *Doxa – Cuadernos de filosofía del Derecho*, Alicante, 2000, n.º 23, pp. 233-264, pp. 252-253.

⁷¹⁵ GARCÍA AMADO, Juan Antonio. “¿Dogmática penal sistémica? Sobre la influencia de Luhmann en la teoría penal”, en: *Doxa – Cuadernos de filosofía del Derecho*, Alicante, 2000, n.º 23, pp. 233-264, pp. 252-253.

propio, es posible, de hecho, existir un acoplamiento estructural entre sistemas sociales y psíquicos y, por eso, es posible que haya un intercambio de informaciones entre ellos y el sistema del Derecho atribuya la característica de ilícito a un dato de naturaleza psicológica, como el dolo, por ejemplo.

Así pues, *ribattendo* lo informado en el párrafo precedente, el delito desde un punto de vista funcional no es la realización de un curso causal diferente del curso causal esperado (aunque la existencia de algunos tipos de delitos dependa de la existencia de sucesos físicos) y además, no hay ninguna incompatibilidad entre reconocerse la posibilidad de un acoplamiento estructural entre sistemas psíquicos y sociales, y desde ahí, reconocerse la posibilidad de un intenso intercambio de informaciones. Es precisamente en esta parte que se identifica la actividad de la confianza. Sigue el prof. García, de esta forma:

“Esa misma impresión se refuerza con muchas más afirmaciones de estos autores. Así, cuando al hablar de la culpabilidad dice Jakobs que «el autor de un hecho antijurídico tiene culpabilidad cuando dicha acción antijurídica no sólo indica una falta de motivación jurídica dominante –por eso es antijurídica–, sino cuando el autor es responsable de esa falta. Esta responsabilidad se da cuando falta la disposición a motivarse conforme a la norma correspondiente y este déficit no se puede hacer entendible sin que afecte a la confianza general en la norma. Esta responsabilidad por un déficit de motivación jurídica dominante, en un comportamiento antijurídico, es la culpabilidad» (Jakobs 1997a, 566). La pregunta aquí volvería a ser si esa responsabilidad es la contrapartida de postular y asumir una real conciencia autónoma, libre, o si, por el contrario, es el resultado de una imputación de esa libertad –y de esa su contrapartida– por el propio sistema jurídico-penal, en cuyo caso libertad y responsabilidad (y con ello la culpabilidad) serían construcciones de sistema mismo, con lo cual lo que se tiene por sujeto sería verdaderamente un puro objeto de tal sistema, una mera pieza de su mecánica funcional. Si es lo primero, se contradicen los presupuestos sistémicos de que se parte; si es lo segundo, el concepto de culpabilidad pierde su anclaje en ideas valorativas generales de la persona y de su libertad y se convierte en concepto puramente instrumental, con lo que la exigencia de culpabilidad se parece más a una instrumentalización de ciertos sujetos en aras del sistema que a una actitud de respeto a ciertos atributos propios del individuo.”⁷¹⁶

⁷¹⁶ GARCÍA AMADO, Juan Antonio. “¿Dogmática penal sistémica? Sobre la influencia de Luhmann en la teoría penal”, en: *Doxa – Cuadernos de filosofía del Derecho*, Alicante, 2000, n.º 23, pp. 233-264, p. 253.

A esta pregunta se contesta de la siguiente forma: no es lo primero, tampoco lo segundo. La pregunta está puesta en la forma de una falacia conocida como la falacia del falso dilema⁷¹⁷, en la cual se presentan dos puntos de vista como las únicas soluciones posibles al problema puesto, añadida de una otra falacia, la llamada pendiente resbaladiza⁷¹⁸, conde se saca falsamente una conclusión de una proposición, atribuyéndole dicha conclusión como necesaria. Se explica a continuación.

De entrada, hay que reconocerse que es posible la creación de un sistema de observación de la realidad donde se reconozca una real conciencia autónoma y, al mismo tiempo, un sujeto que sea una pieza de una mecánica funcional. Véase, el ejemplo más claro de eso es la teología calvinista, en la cual, aunque el sujeto tenga libertad de acción⁷¹⁹ (lo que no es lo mismo que libre albedrío) él no puede cambiar los planes de Dios, y si se mira siempre a los hechos pasados, se identifica que es perfectamente posible pensar que los sucesos donde el sujeto ha ejercido su libertad fueron meras piezas de los planes más grandes de Dios⁷²⁰. Pero este no es problema más grande de la proposición que ahora se analiza.

⁷¹⁷ “Falso Dilema. Definición: Se ofrece un número limitado de opciones (por lo general dos), cuando en realidad existen más opciones. Un falso dilema supone un uso ilegítimo del conector ‘o’.” DOWNES, Stephen. *Stephen's Downes: Fallacies*. Stephen's Guide to the Logical Fallacies. 1996. Disponible en: <<http://www.valkyriearms.com/articles/argument%20fallacies.pdf>>, Consultado en 12 mayo 2016.

⁷¹⁸ “Bola de nieve o pendiente deslizante. Definición: Para mostrar que un enunciado a es inaceptable, se ofrece una serie de enunciados cada vez más inaceptables que se suponen que se siguen de a. Un argumento de bola de nieve es un uso ilegítimo del conector “si-entonces”.” DOWNES, Stephen. *Stephen's Downes: Fallacies*. Stephen's Guide to the Logical Fallacies. 1996. Disponible en: <<http://www.valkyriearms.com/articles/argument%20fallacies.pdf>>, Consultado en 12 mayo 2016.

⁷¹⁹ “Así que debemos tener en cuenta esta distinción: que el hombre, después de su corrupción por su caída, peca voluntariamente, no forzado ni violentado; en virtud de una inclinación muy acentuada a pecar, y no por fuerza; por un movimiento de su misma concupiscencia, no porque otro le impulse a ello; y, sin embargo, que su naturaleza es tan perversa que no puede ser inducido ni encaminado más que al mal. Si esto es verdad, evidentemente está sometido a la necesidad de pecar.” CALVINO, Juan. *Institución de la Religión Cristiana*. 3 edición. Volumen I y II. Rijswijk: Felire, 1968, § 2.3.5.

⁷²⁰ “Esa obra de gracia en nosotros es irresistible, dice Calvino: “Dios mueve nuestra voluntad, no como durante mucho tiempo se ha enseñado y creído, de tal manera que después esté en nuestra mano desobedecer u oponernos a dicho impulso; sino con tal eficacia, que hay que seguirlo por necesidad. Por esta razón no se puede admitir lo que tantas veces repite san Crisóstomo: ‘Dios no atrae sino a aquellos que quieren ser atraídos’. Con lo cual quiere dar a entender que Dios extiende su mano hacia nosotros, esperando únicamente que aceptemos ser ayudados por su gracia. Concedemos, desde luego, que mientras el hombre permaneció en su perfección, su estado era tal que podía inclinarse a una u otra parte; pero después de que Adán ha demostrado con su ejemplo cuán pobre cosa es el libre albedrío, si Dios no lo quiere y lo puede todo en nosotros, ¿de qué nos servirá que nos otorgue su gracia de esa manera? Nosotros la destruiremos con nuestra ingratitud. Y el Apóstol no nos enseña que nos sea ofrecida la gracia de querer el bien, de suerte que podamos aceptarla, sino que Dios hace y forma en nosotros el querer; lo cual no significa otra cosa sino que Dios, por su Espíritu, encamina nuestro corazón, lo lleva y lo dirige, y reina en él como cosa suya.” CALVINO, Juan. *Institución de la Religión Cristiana*. 3 edición. Volumen I y II. Rijswijk: Felire, 1968, § 2.3.10.

No hay ni contradicción ni incompatibilidad en reconocerse libertad de acción en un individuo en un análisis de la realidad desde una epistemología funcional sistémica. Dicha epistemología no le quita al individuo ni su personalidad ni su libertad de acción, porque la comunicación que un individuo produce en el sistema social – a través de un acoplamiento estructural entre sistema psíquico y social, en general – es un producto de su libertad de acción o libre albedrío (si no es el caso de coacción), sólo la respuesta sistémica de dicha comunicación que es un hecho mecánico. La acción humana es contingente, pero la respuesta sistémica es inexorable.

Así pues, la existencia de un sujeto libre al cual sea imputable la culpabilidad en razón de las consecuencias de algunos tipos de uso de esta libertad es un dato coherente con una metodología funcionalista sistémica como con la dogmática penal actual de los países de cultura jurídica romano-germánica. El profesor García Amado sigue en sus consideraciones:

“Planteemos en otros términos el interrogante que nos ocupa: dado que tanto pena como delito son comunicaciones, ¿se comunica el sistema penal a través de la pena con los individuos en tanto que sujetos reales libres, autónomos y dueños de sus actos, o, por el contrario, mediante pena y delito se comunica el sistema consigo mismo, como parte de su autopoiesis, de su permanente autoconstitución, utilizando al sujeto únicamente como vehículo de una parte de esa comunicación y, por tanto, construyéndolo según convenga al sistema? Sospecho que esto último es lo más luhmanniano, pero Jakobs y los suyos no llegan tan lejos, se quedan a medio camino; pues ir tan lejos supondría el efecto disolvente para la dogmática, de afirmar que el derecho penal no toma en cuenta al ser humano de carne y hueso (y conciencia), sino que sólo postula para él lo que le interesa para seguir cumpliendo su función de mecanismo ciego que no tiene más razón de ser que la de reducir complejidad.”⁷²¹

De nuevo, se está delante de un ejemplo de falacia del falso dilema y la razón es muy clara. El autor parece identificar que sólo puede existir una posibilidad de comunicación a través de la pena, o al individuo, o al sistema social, lo que no está de acuerdo con la teoría estudiada. La pena contiene comunicaciones de diferentes matices (véase, por ejemplo, lo que se ha explicado en relación con el sentido de la pena para un ciudadano y un enemigo), pero en

⁷²¹ GARCÍA AMADO, Juan Antonio. “¿Dogmática penal sistémica? Sobre la influencia de Luhmann en la teoría penal”, en: *Doxa – Cuadernos de filosofía del Derecho*, Alicante, 2000, n.º 23, pp. 233-264, pp. 254-255.

general, la pena – y el delito también – son comunicaciones que producen sus efectos tanto en los sistemas psíquicos como en los sistemas sociales.

Véase, por ejemplo, el efecto que la pena tiene en el refuerzo de la confianza en la vigencia de una norma. El sujeto, en la metodología elegida, está formado por un sistema psíquico y biológico que, en acoplamiento estructural con el sistema social, emite comunicaciones hacia dicho sistema y recibe comunicaciones de este. Conforme se ha explicado, la realización de un delito produce una comunicación orientada al subsistema del Derecho, quien en su turno responde con la comunicación llamada de pena. Esta pena, que es una comunicación emanada del sistema social, está orientada a todos los sistemas psíquicos de los sujetos que participan en las comunicaciones del sistema social, con la función de reforzar la garantía de que ellos pueden confiar en la vigencia de las normas institucionalizadas por el sistema y, en ellos, es precebida por su código binario (dolor/ no dolor).

Así pues, con la pena, está claro que el sistema se comunica consigo mismo y sus subsistemas, que reconocen la vigencia de una norma, y con los sistemas psíquicos de los individuos que participan en las comunicaciones del sistema social (acoplamiento estructural), con el sentido de reforzar la confianza en la vigencia de la norma violada. Véase que al sujeto se le castiga por el efecto simbólico que la comunicación delictiva que ha realizado produce, lo que presupone que existan comunicaciones, de un lado, comprometidas con un sujeto libre y, de otro, con un sistema de sentido. El profesor García sigue a analizar la teoría estudiada, de la siguiente forma:

“Digo que estos autores se quedan en un terreno intermedio porque, pese a las abundantes referencias del tenor de las que acabamos de citar, muy numerosas son también las ocasiones en que parece que conceden que es el sistema mismo el que «imputa» a los sujetos las condiciones que hacen su comportamiento punible o no, con lo que no se castigaría penalmente al individuo que realmente delinque (con su imputabilidad, su culpabilidad, etc., en cuanto atributos de su específica individualidad que lo hacen por sí mismo acreedor del castigo), sino al sujeto que el sistema edifica como delincuente. Con otras palabras, al individuo no se le castigaría por ser como es, sino por ser visto como el sistema lo ve, puesto que, en buena lógica sistémica, el sistema no puede verlo como realmente es.”⁷²²

⁷²² GARCÍA AMADO, Juan Antonio. “¿Dogmática penal sistémica? Sobre la influencia de Luhmann en la teoría penal”, en: *Doxa – Cuadernos de filosofía del Derecho*, Alicante, 2000, n.º 23, pp. 233-264, p. 255

Efectivamente, al individuo no se le castigaría por ser como es, porque eso presupondría un, al menos cuestionable, Derecho penal de autor. Sin embargo, todas las características citadas por el autor son datos de naturaleza normativa, que tiene existencia en un sistema normativo de imputación, que es un sistema social (subsistema del Derecho) y, por eso, conforme se ha aclarado, no se supone la negación del sujeto o de su libertad, pero la identificación de todos estos elementos en un sistema de sentido.

Por supuesto que se castiga al sujeto que delinque, quién recibirá los efectos negativos de una pena, aunque por razones que encuentran su justificación en necesidades sociales, lo que se produce también a través de procesos sociales (o normativos) de imputación y reconocimiento de responsabilidad. Los sistemas psíquicos reciben (o deberían recibir) la comunicación de una pena con su asociación con el dolor. Parte de la personalidad está ubicada en el acoplamiento estructural entre sistema psíquico y social, en el cual se castiga el sujeto por el efecto simbólico producido por la comunicación que ha emanado en el ámbito de estos dos sistemas.

El sistema ve a la realidad en sus múltiples formas, desde puntos de vista variados, de acuerdo con todos los sistemas y subsistemas comprometidos en los análisis que se quiere realizar, lo que informa que el sistema realmente ve la realidad, aunque de su forma. Pensar lo opuesto presupondría ignorar los procesos de apertura cognitiva de los sistemas identificado en el *input* de informaciones. García Amado sigue en sus consideraciones:

“Estamos, a partir de todo esto, en terreno perfectamente abonado para desvincular el concepto de culpabilidad de la cuestión del libre albedrío. La determinación de la culpabilidad se da «con independencia de suposiciones sobre si el autor, en el momento del hecho, está dotado de libre albedrío. También un determinista puede estar de acuerdo en que para la distribución de responsabilidad no hay alternativa, si es que se quiere mantener el orden» (Jakobs 1997a 584-5). La afirmación del libre albedrío como base de la culpabilidad sólo es necesaria cuando con la culpabilidad se liga no, o no sólo, un efecto social, «sino también una desvaloración del individuo («reprochabilidad»). Pero si nos limitamos al aseguramiento del orden social, en la culpabilidad ya no se trata de si el autor tiene realmente, y no sólo desde una determinación normativa, una alternativa de comportamiento realizable individualmente, sino de si hay, para la imputación al autor, una alternativa de organización que sea preferible

en general. Si falta una alternativa de organización, se le asigna al autor una alternativa de comportamiento y se le reprocha que no la haya utilizado» (Jakobs 1997a, 585). «El ámbito en el que se puede ser culpable es, pues al mismo tiempo, un ámbito libre, de autodeterminación, pero ésta no en el sentido de libre albedrío, sino en el de falta de obstáculos jurídicamente relevantes para sus actos de organización» (Jakobs 1997a, 586). O sea, y a fin de cuentas, que somos culpables porque el sistema nos trata como culpables, y lo hace así cuando no tiene alternativa. Si, por ejemplo, a nuestro comportamiento se puede asignar el sentido de que estamos locos, en lugar del sentido de que somos voluntaria y libremente refractarios frente a la norma, en lugar de castigarnos penalmente se nos puede encerrar en un manicomio.⁷²³

De entrada hay que informarse que adoptarse las concepciones del sistema Luhmann-Jakobs para observación de la realidad no permiten la eliminación de la idea del libre albedrío, como fundamento de la culpabilidad, para nada. Conforme se ha aclarado, la culpabilidad es un concepto normativo que, en nuestros sistemas (teoría del delito), está basado en el libre albedrío (véase que, por ejemplo, no poder comportarse conforme el Derecho es una causa que la excluye). Dicho sistema, la dogmática jurídica, es esencialmente normativo y forma parte del subsistema del Derecho. En este sistema, sólo un ser humano libre puede tomar parte libremente en la comunicación y, por eso, sólo a un ser humano libre se le puede imputar un delito. No hay ninguna incompatibilidad entre un concepto normativo de culpabilidad – aunque funcionalista sistémico – y la noción de libre albedrío, pero al revés, en la configuración normativa actual, el libre albedrío es el fundamento de una culpabilidad desde una visión funcionalista.

Jakobs, en realidad, hace referencia a supuestos donde hay una respuesta penal para un autor de un hecho, aunque no tenga culpabilidad, como en el caso de la imposición de una medida de seguridad o los supuestos en los cuales la culpabilidad no es el límite de la responsabilidad penal, como en los casos de Derecho penal del enemigo, en que se considera también la peligrosidad del agente como fundamento de la imposición de una respuesta penal, pena o medida de seguridad.

En ese sentido, y desde un análisis funcional, lo que importa para la atribución de culpabilidad es si se pudo formar el acoplamiento estructural entre el sistema psíquico del agente y el

⁷²³ GARCÍA AMADO, Juan Antonio. “¿Dogmática penal sistémica? Sobre la influencia de Luhmann en la teoría penal”, en: *Doxa – Cuadernos de filosofía del Derecho*, Alicante, 2000, n.º 23, pp. 233-264, pp. 258-259.

sistema social, en el sentido del individuo comprender que lo que hace está o no de acuerdo con algún tipo penal, y la capacidad de este sistema psíquico funcionar bien (sanidad) y poder determinar la conducta exterior (en acoplamiento estructural con el sistema biológico del sujeto) de acuerdo con lo que se identificaría como una comunicación de carácter ilícito para el subsistema de Derecho, y en especial al Derecho penal, que es lo que se examina en el momento de investigarse si uno tiene imputabilidad.

De hecho, es el sistema que le atribuye a uno la culpabilidad. No se deduce de la naturaleza la noción de culpabilidad, algo que sólo surgió con la noción de delito cuando la sociedad ha empezado a organizarse⁷²⁴. Así pues, hoy en día, es el Derecho y su aplicación quienes definen quien tiene culpabilidad y quien no la tiene. En este caso, hay que matizarse que alguien que no tenga culpabilidad pero que, a pesar de eso, ha realizado un hecho ilícito, en la situación de no ser lícito imponerse una pena porque no podría actuar de otro modo (v. g., inimputabilidad), hay que someterle a un tratamiento adecuado (medida de seguridad), si él representa un riesgo inaceptable a la sociedad, hasta que este riesgo no se vaya. Lo que García Amado ha puesto en relación con este punto sucede también en otros matices epistemológicos y otras formas de ver el Derecho penal. Incluso, la culpabilidad es esencialmente normativa desde el finalismo de Welzel. Por fin, el autor sigue:

“Y, en suma, atacan continuamente el concepto psicológico de culpabilidad, argumentando que «el fallo de culpabilidad no se refiere a un individuo en su propio ser, sino a una persona social», y se explica por cuanto que «los sistemas sociales tienen determinadas condiciones de subsistencia a las que nadie se puede sustraer» (Jakobs 1997b, 388). El concepto de culpabilidad se funcionaliza y la culpabilidad no es reprochabilidad del individuo por ser como es, sino por actuar como actúa, sin motivarse positivamente en la norma. Pero volvemos a las andadas: si esa motivación subjetiva es pura atribución del sistema conforme a sus claves propias y al margen totalmente del dato psicológico real, estamos ante disquisiciones un tanto

⁷²⁴ “Quando começamos a investigar por que as regras de conduta, por mais duras, fastidiosas e desagradáveis que sejam, são obedecidas, o que faz com que a vida privada, a cooperação econômica e os eventos públicos ocorram de maneira tão uniforme: no que, em suma, consistem as forças da lei e da ordem entre os selvagens - a resposta não é fácil, e o que a antropologia tem a dizer está longe de ser satisfatório. Enquanto se podia sustentar que o "selvagem" era realmente selvagem e seguia apenas intermitente e folgadoamente a frágil lei que possuía, não havia problema. Quando a questão se tornou real, quando ficou claro que a hipertrofia de regras e não a falta de leis era característica da vida primitiva, a opinião científica mudou-se para o extremo oposto: além de passar a ser visto como cidadão obediente à lei, o selvagem tornou-se um axioma para o extremo oposto: todas as regras e grilhões tribais, segue a tendência natural de seus impulsos espontâneos e, por assim dizer, desliza ao longo da linha da menor resistência.” MALINOWSKI, Bronislaw. Crime e costume na sociedade selvagem. Brasília/São Paulo: Ed.UnB/Imprensa Oficial do Estado, 2003.

innecesarias y ante juegos de palabras, porque valdría igual decir que la reprochabilidad que la doctrina psicológica de la culpabilidad propugna es por igual un puro artificio del sistema (por la vía de la teoría con la que el mismo se autodescribe), pues sus defensores hablarían, superficialmente además y sin datos, de algo de lo que no saben, como es la psicología individual. Da igual que digamos que el delincuente es castigado porque con su acción antijurídica revela que tiene una deficiente motivación o porque no es todo lo bueno que debe o debería ser. Y si con aquella motivación aludimos a un dato que mínimamente tenga que ver con un componente real de la psicología del individuo, estamos reconociendo aquello que se venía negando, es decir, que no todo es atribución por el sistema de la cualidades subjetivas que le interesan, que hay reconocimiento de algún dato preexistente de conciencia; y entonces abrimos las vías al rival, a las teorías psicológicas de la culpabilidad. No podemos estar en la procesión sistémica y repicando con el individualismo ilustrado.⁷²⁵

Una visión funcional del concepto de culpabilidad no se identifica, de hecho, en la reprochabilidad del individuo por ser como es, pero por no haber actuado en un determinado momento conforme el Derecho cuando podía y lo debería haber hecho. La violación de la vigencia de una norma sólo tiene sentido si de la acción emana una comunicación en el sistema social de dicha violación, lo que sólo puede pasar si se ha realizado el acoplamiento estructural del sistema psíquico con el social y, por eso, un inimputable no puede realizar una acción que viola la vigencia de la norma porque no participa en la comunicación del sistema social, que sólo admite que de ella participen quienes están en condiciones de comprenderla (*id. est.*, sanidad o funcionalidad del sistema psíquico y acoplamiento estructural).

La atribución de culpabilidad no es pura atribución por parte del sistema social, pero el reconocimiento, en acoplamiento estructural con el sistema psíquico, que él está en condiciones reales de funcionalidad (o sanidad), es decir, la atribución de culpabilidad, al revés de lo que afirma el autor que se comenta, depende de la existencia real de un dato del ambiente, ubicado en un sistema psíquico, que entra en el sistema social a través de un acoplamiento estructural.

En realidad, no “da igual que digamos que el delincuente es castigado porque con su acción antijurídica revela que tiene una deficiente motivación o porque no es todo lo bueno que debe

⁷²⁵ GARCÍA AMADO, Juan Antonio. “¿Dogmática penal sistémica? Sobre la influencia de Luhmann en la teoría penal”, en: *Doxa – Cuadernos de filosofía del Derecho*, Alicante, 2000, n.º 23, pp. 233-264, pp. 260-261.

o debería ser⁷²⁶, porque en el primer caso, se castiga por una conducta que lesiona la vigencia de la norma, y en el segundo, se castiga una característica personal del individuo, lo que parece no estar de acuerdo con el sistema normativo que existe en las sociedades estudiadas, es decir, parece una forma inconstitucional de Derecho penal de autor, lo que no es el caso del funcionalismo sistémico.

Así pues, conforme lo que se ha explicado, desde un punto de vista funcional, lo que se castiga es la ausencia de fidelidad de una conducta a la norma invocada como pauta de conducta, lo que representa un ataque a su vigencia y a su efecto reductor de complejidad, conforme lo explicado en este trabajo.

Véase que la resistencia a los nuevos esquemas de observación de la realidad, que irrumpen con las concepciones habituales, que van más allá de los sentidos humanos para explicar aquello que no se siente y no se ve, no tiene nada de nuevo. Como ejemplo se puede identificar lo que el jurista e investigador del Derecho penal brasileño más proficuo de todos los tiempos, Nelson Hungria Hoffbauer, autor de la actual parte especial del Código Penal de aquel país y opositor sistemático de las ideas de Welzel, el maestro de Jakobs, ha escrito sobre el positivismo jurídico de Hans Kelsen, a saber:

Dentro de esquemas apriorísticos, de clasificaciones rígidas, de cuadros cerrados, de logomaquias difusas y confusas, de sutilizaciones cerebrales, de fragmentaciones infinitesimales, de conceptos, la ciencia del Derecho penal cada vez más alejase de la realidad humana y social para ponerse en los rincones de los ángulos del “jurismo puro”, en los áticos de lo inhumano normativismo de Kelsen, en las lucubraciones de este “narcisismo” del Derecho, y cuyos vértices ultrapasan los cumbres del Himalaya.⁷²⁷

Al fin y al cabo, no parece que las críticas analizadas hasta ahora tienen el poder de poner en cuestión, de forma seria y efectiva, la forma de observación de la realidad propuesta por Luhmann en un proceso de superación del funcionalismo clásico sin su negación, con la

⁷²⁶ GARCÍA AMADO, Juan Antonio. “¿Dogmática penal sistémica? Sobre la influencia de Luhmann en la teoría penal”, en: *Doxa – Cuadernos de filosofía del Derecho*, Alicante, 2000, n.º 23, pp. 233-264, p. 261.

⁷²⁷ “Dentro de esquemas apriorísticos, de classificações rígidas, de quadros fechados, de logomaquias difusas e confusas, de sutilizações cerebrinas, de fragmentações infinitesimais, de conceitos, a ciência do direito penal cada vez mais se afasta da realidade humana e social para encantoar-se nos ângulos do “jurismo puro”, nas águas furtadas do inhumano normativismo de Kelsen, nas lucubrações desse “narcisismo” do direito, que se convencionou chamar “positivismo jurídico”, e cujos vértices ultrapassam os topos do Himalaia.” HUNGRIA HOFFBAUER, Néilson. *Comentários ao Código Penal*, vol. 1, t. II, Forense, Rio de Janeiro, 1978, pp. 443-444.

creación de una teoría de sistemas sociales, que representa un sistema sofisticado y avanzado de observación de la realidad y que tiene un potencial de rendimiento para comprender la sociedad y su complejidad mucho más amplio que teorías que eligen como sus límites el sujeto y su acción. Tampoco parecen comprometidas negativamente las repercusiones del funcionalismo sistémico en el ámbito del Derecho penal informadas por Jakobs, quien propone una forma realmente novedosa y rica de concebir las funciones y el funcionamiento del Derecho penal en la sociedad actual.

5.5.2 Análisis de la viabilidad epistemológica del modelo de funcionalismo penal, en relación con el funcionalismo sistémico.

Avanzando en el análisis de la viabilidad del traslado del modelo de observación de la realidad de Luhmann a los trabajos de Jakobs, hay que informar que existe, incluso, quienes sostienen que las teorías de dichos pensadores no se relacionan para nada, en ningún sentido⁷²⁸. Este es el caso, por ejemplo, de Lúcio Antônio Chamon Júnior, que sostiene que el uso que Jakobs hace de las expresiones usadas por Luhmann es absolutamente impropio y sus sentidos son deturpados para que se pueda realizar una lectura remodelada de Hegel⁷²⁹. Sin embargo, después de leer con detenimiento la totalidad del trabajo citado, el libro escrito por el autor citado donde se encuentra dicha afirmación no se puede identificar las razones por las cuales él ha llegado a dicha conclusión.

⁷²⁸ “Antes de iniciarmos a exposição e análise do pensamento de Jakobs, devemos ressaltar que o autor é vulgarmente entendido como ligado à Teoria dos Sistemas de Niklas Luhmann. É bastante nítido o emprego de vários temas que, nesta Teoria, têm todo um significado específico como “operação”, “auto-referência”, “ambiente”, “sistema”, “código” que, utilizados por Jakobs, pretendem, muito antes que uma articulação do pensamento de Luhmann, uma instrumentalização não articulada, em uma perspectiva sistêmica, destes termos para a realização daquilo que chamaríamos de uma releitura de Hegel?” CHAMON JUNIOR, Lúcio Antônio. *Do giro finalista ao funcionalismo penal: embates de perspectivas dogmáticas decadentes*. Porto Alegre: 2004, p. 71

⁷²⁹ “Outro ponto que deve ser bastante refletido é acerca do rótulo “funcionalista” que é direcionado não só a Jakobs como também a seus discípulos. O funcionalismo de Jakobs, embora contemporâneo ao funcionalismo de Luhmann - falecido em 1998 - e, ainda, embora o próprio autor de Direito Penal faça referências à obra do sociólogo, não tem nada que ver com a proposta construída e trabalhada, concretamente, por Luhmann - ainda que alguns problemas comuns a ambas teorias possam ser denunciadas, porque insuficientes em uma análise reconstrutiva do Direito. Embora Jakobs utilize termos e expressões da teoria luhmanniana como forma de proceder a uma “atualização” do pensamento penal - tais como operação, código, auto-referência, ambiente, sistema - tais termos são utilizados de maneira absolutamente imprópria na medida em que seus sentidos são deturpados para que se possa manter, na verdade, uma leitura remodelada de Hegel.” CHAMON JUNIOR, Lúcio Antônio. *Do giro finalista ao funcionalismo penal: embates de perspectivas dogmáticas decadentes*. Porto Alegre: 2004, p. 82.

Hay otros que, en su turno, se han dedicado a analizar de forma más detenida la identidad de los sentidos de los conceptos utilizados por Luhmann y Jakobs, como, por ejemplo, Mariana Thorstensen Possas⁷³⁰, quien considera que Jakobs utiliza mal e infielmente los elementos de la teoría sociológica de Luhmann, lo que acaba por generar malentendidos⁷³¹. Dicha autora acusa Jakobs de no estar interesado en el problema de la genealogía de las normas⁷³², a pesar de Jakobs haber dedicado un trabajo entero al tema, llamado *Sobre la génesis de la obligación jurídica*⁷³³, donde él estudia precisamente esta cuestión.

Otro problema que Possas imputa a Jakobs sería la consideración de la estructura de expectativas en un plan puramente normativo⁷³⁴, a través de una especie de ontologización de expectativas, con la definición *a priori* de su carácter cognitivo o normativo, lo no está de

⁷³⁰ POSSAS, Mariana Thorstensen, "O problema da inovação da teoria da prevenção geral positiva: uma comparação entre Jakobs e Luhmann". En: *Revista do Instituto Brasileiro de Ciências Criminais*, n. 56, São Paulo, Revista dos Tribunais, 2005.

⁷³¹ "No entanto, é possível identificar na proposta de Jakobs algumas dissonâncias importantes quando se trata da recuperação de elementos da sociologia. Se de um lado a incursão em outro campo do conhecimento é louvável, desafiadora - até mesmo indispensável para o desenvolvimento da disciplina com vistas à construção de um pensamento complexo (Morin, 1990) - por outro, quando mal estruturada, pode gerar grandes mal-entendidos no que tange aos frutos dessa interlocução. No caso em questão, a transposição pouco fiel de alguns elementos da sociologia do direito para o campo do direito penal, pode funcionar como uma espécie de alicerce mal limitado do suposto pensamento interdisciplinar em construção e resultar em sérias deformações ao aplicá-lo." POSSAS, Mariana Thorstensen, "O problema da inovação da teoria da prevenção geral positiva: uma comparação entre Jakobs e Luhmann". En: *Revista do Instituto Brasileiro de Ciências Criminais*, n. 56, São Paulo, Revista dos Tribunais, 2005, pp. 272-273.

⁷³² "Em oposição a Luhmann, Jakobs não parece estar interessado no problema da genealogia das normas. Jakobs utiliza a distinção luhmaniana tão somente para pensar e justificar a manutenção do direito penal e, sobretudo, para justificar a diferença entre o direito penal e as outras modalidades do direito." POSSAS, Mariana Thorstensen, "O problema da inovação da teoria da prevenção geral positiva: uma comparação entre Jakobs e Luhmann". En: *Revista do Instituto Brasileiro de Ciências Criminais*, n. 56, São Paulo, Revista dos Tribunais, 2005, p. 289.

⁷³³ JAKOBS, Günther. *Sobre la génesis de la obligación jurídica*, trad. Manuel Cancio Meliá, Bogotá, Centro de Investigaciones de Derecho penal y Filosofía dei Derecho, Universidad Externado de Colombia, 1999. Véase lo que se encuentra en la publicación original: "Una ordenación del mundo con base en el deber ser, es decir, con base en normas, significa que no se espera que el mundo se desarrollará como esté condicionado en cuanto mundo empírico, sino que se desarrollará de una manera determinada por el contenido del deber, y, en caso de que ello no suceda, no se tratará de un defecto de quien tiene la expectativa, sino de un defecto de otra persona, precisamente, de la persona a la que le compete el desarrollo conforme a deber. El otro queda ahora abarcado por el concepto de persona, porque le incumbe al menos el cumplimiento de una de tales expectativas normativas. Tal interpretación del mundo tiene la ventaja evidente de descargar la expectativa del conocimiento del entramado contingente de condiciones de los factores reales de una acción, ya que en lugar de este conocimiento se coloca el conocimiento de los contornos de la persona." JAKOBS, Günther. "Sobre la génesis de la obligación jurídica". En: *Doxa: Cuadernos de filosofía del derecho*, ISSN 0214-8676, N° 23, 2000, págs. 323-350, pp. 341-342

⁷³⁴ "O grande problema aqui é que esse reencaminhamento coloca, logo de entrada, a distinção (cognitiva) de Luhmann num quadro estritamente normativo. E essa transposição não foi nem explicitada nem tematizada pelo autor, gerando dúvidas quanto à sua interpretação e legitimidade." POSSAS, Mariana Thorstensen, "O problema da inovação da teoria da prevenção geral positiva: uma comparação entre Jakobs e Luhmann". En: *Revista do Instituto Brasileiro de Ciências Criminais*, n. 56, São Paulo, Revista dos Tribunais, 2005, p. 289.

acuerdo con las ideas de Luhmann sobre el tema⁷³⁵. La autora sostiene, textualmente, que, para Jakobs: *La caracterización, pues, de las expectativas como cognitivas no se hace a partir de las reacciones a los desapontamientos, pero está previamente construida para encajarse a un modelo de atribución de responsabilidades (penales)*⁷³⁶

Sin embargo, Jakobs, en realidad, admite que existen expectativas de dos naturalezas⁷³⁷, como lo hace Luhmann, él admite el cambio de las expectativas normativas institucionalizadas por el sistema del Derecho a través de un procedimiento formal. Además, Jakobs reconoce que el carácter cognitivo o normativo de una expectativa se le atribuye a posteriori, atribución esta que puede perfectamente cambiar, como lo sostiene Luhmann, lo que se prueba por medio de la transcripción de una cita de Jakobs, a continuación:

Una expectativa contrafáctica sólo podrá mantenerse si no amenaza seriamente la pérdida de partes significativas del bienestar: pues de lo contrario, el tratamiento del hecho injusto como injusto sólo realiza una prestación para quien tiene la expectativa si éste tiene una actitud heroica o de mártir; y son pocos los héroes y mártires. Cuanto más pese un bien, más seguro habrá de estar para que no se rompa la prestación de orientación de la norma correspondiente; esta ruptura se aprecia en la transición de la orientación desde la expectativa normativa hacia una expectativa que ya (sólo) es cognitiva: se recurre a la autoprotección, por ejemplo, no yendo ya a pasear a determinados

⁷³⁵ “Ora, o que ocorre nessa exposição de Jakobs é uma “ontologização” das expectativas. Isso significa que para ele as expectativas são “por natureza” cognitivas “distinguindo-se de outro grupo em que as expectativas seriam igualmente “por natureza” normativas. Elas são, assim, definidas a priori como cognitivas ou normativas. Para Jakobs, a expectativa cognitiva está de antemão orientada “para a natureza” e a expectativa normativa “para os contatos sociais”. Se houve um erro de cálculo é porque se tratava de uma expectativa cognitiva desde sua origem. E o fato de assumir que há um erro já significa em si uma escolha - prévia - que determina a natureza da expectativa. Para Luhmann, no entanto, a decepção em relação ao comportamento não é sinal de erro, pelo contrário, é resultado de um simples acontecimento. O tipo de expectativa só se revela depois da reação, portanto a posteriori. Além disso, ele pode se modificar com o tempo: eu posso reagir a determinado fato normativamente e depois cognitivamente. Ou seja, não há nenhuma natureza prévia ou fixa em relação às expectativas. Luhmann, de fato, insiste em bem delimitar a função da diferenciação entre o normativo e o cognitivo, qual seja, simplesmente disponibilizar estratégias para lidar com os desapontamentos, depois que eles ocorrem.” POSSAS, Mariana Thorstensen, “O problema da inovação da teoria da prevenção geral positiva: uma comparação entre Jakobs e Luhmann”. En: *Revista do Instituto Brasileiro de Ciências Criminais*, n. 56, São Paulo, Revista dos Tribunais, 2005, pp. 289-290.

⁷³⁶ “A caracterização, portanto, das expectativas como cognitivas não é feita a partir da reação aos desapontamentos, mas é previamente construída para se encaixar em um modelo de atribuição de responsabilidades (penais).” POSSAS, Mariana Thorstensen, “O problema da inovação da teoria da prevenção geral positiva: uma comparação entre Jakobs e Luhmann”. En: *Revista do Instituto Brasileiro de Ciências Criminais*, n. 56, São Paulo, Revista dos Tribunais, 2005, p. 291.

⁷³⁷ “Por ejemplo, el intercambio meramente instrumental de objetos asegurado sólo cognitivamente y no acompañado de expectativas normativas es a lo sumo, a falta de una estructura normativa, una estructura social previa de carácter amorfo que, al menos en el contexto jurídico, no interesa.” JAKOBS, Günther. *Dogmática de Derecho penal y la Configuración Normativa de la Sociedad*, Madrid, Editorial Civitas, 2004, p. 54.

lugares por miedo a un asalto, o encadenando triplemente la bicicleta por miedo a su sustracción.⁷³⁸

De este aparente problema, Possas concluye que la lectura de Jakobs, supuestamente equivocada, a la teoría de Luhmann, no permite otro tipo de sanción por el incumplimiento de una expectativa que la sanción penal. Lo que la autora confunde es que Jakobs, en razón de ser un investigador del Derecho penal, trabaja mucho más con las expectativas institucionalizadas por medio de la sanción penal que las de otros tipos, pero eso no excluye la existencia de otros tipos de sanción para la manutención de expectativas normativas⁷³⁹, que no sea la pena⁷⁴⁰.

De acuerdo con Possas, cuando Jakobs confunde las ideas de pena y sanción, Jakobs crea un discurso justificador de la pena distorsionado⁷⁴¹, sin embargo, lo que Jakobs hace en realidad es promover un procedimiento de especialización funcional de la teoría y, a través de él, reconocer que la pena es una especie de sanción por parte del sistema social – lo que el propio Luhmann también lo hace – para apoyarse el discurso justificador de todo tipo de sanción penal en la propia idea luhmanniana de manutención de una expectativa normativa violada.

Mariana Possas sigue a informar que la supuesta confusión conceptual en la cual incurre Jakobs promueve dos confusiones, una teórica, que impediría un completo goce de todas los

⁷³⁸ JAKOBS, Günther: “¿Terroristas como personas en Derecho?”, en: AA. VV.: *Derecho penal del enemigo. El discurso penal exclusión*, 2 vols., Montevideo/Buenos Aires, Editorial B de F Edisofer, 2006, compilado por Manuel Cancio Meliá y Carlos Gómez-Jara Díez, Vol. 2, pp. 77-92, p. 80.

⁷³⁹ “*Em segundo lugar Jakobs faz aqui uma alusão à idéia de estabilização de expectativas normativas enquanto função do direito penal. Ocorre que, como já mencionei várias vezes, para a teoria dos sistemas, estabilizar expectativas é a função do direito no seu conjunto, e não exclusivamente do direito penal.*” POSSAS, Mariana Thorstensen, “O problema da inovação da teoria da prevenção geral positiva: uma comparação entre Jakobs e Luhmann”. En: *Revista do Instituto Brasileiro de Ciências Criminais*, n. 56, São Paulo, Revista dos Tribunais, 2005, pp. 294-295.

⁷⁴⁰ “*O grande problema em identificar a norma pela sanção é perder-se de vista que, face à decepção de uma expectativa, o mais relevante é a manutenção da própria expectativa e não a imposição de uma sanção específica. Com efeito, Luhmann deixa claro haver várias maneiras de afirmar as normas jurídicas de comportamento e, dentre essas maneiras, indica diversas modalidades de sanção. Essa ressalva parece que também não foi considerada por Jakobs.*” POSSAS, Mariana Thorstensen, “O problema da inovação da teoria da prevenção geral positiva: uma comparação entre Jakobs e Luhmann”. En: *Revista do Instituto Brasileiro de Ciências Criminais*, n. 56, São Paulo, Revista dos Tribunais, 2005, p. 293.

⁷⁴¹ “*Ainda que a intenção de Jakobs fosse fazer referência somente à idéia de vigência da norma, o fato é que o conceito restritivo de pena é elemento estranho à teoria luhmanniana. Assim, quando Jakobs confunde pena (aflictiva) e sanção, sob o pano de fundo luhmanniano, ele A não só incorpora um novo termo, mas, de fato, distorce a lógica do pensamento de Luhmann para reduzir a sociologia do direito a um discurso sobre a pena.*” POSSAS, Mariana Thorstensen, “O problema da inovação da teoria da prevenção geral positiva: uma comparação entre Jakobs e Luhmann”. En: *Revista do Instituto Brasileiro de Ciências Criminais*, n. 56, São Paulo, Revista dos Tribunais, 2005, p. 293.

beneficios de los conceptos luhmannianos, otra de naturaleza práctica, que impediría la adopción de nuevos tipos de sanciones penales⁷⁴². Sin embargo, eso no es coherente con las consideraciones propuestas por Jakobs quien, conforme efectivamente demostrado en este apartado, quien admite cambios estructurales en el Derecho a través de un procedimiento institucionalizado previsto para esta finalidad (procedimiento legislativo), que representa un acoplamiento estructural entre el sistema del Derecho y el sistema de la política, de la misma forma que lo considera Luhmann.

La autora sigue a declarar que una teoría funcional de la pena, conforme la concibe Jakobs, en razón de supuestamente distorsionar los conceptos de Luhmann, podría impedir la adopción de otros medios de sanción por parte del Derecho penal que no sean la pena de prisión, textualmente, de la siguiente forma:

“Al considerarse la pena aflictiva, cuyo modelo estándar hoy es la prisión, como sanción indispensable para garantizar la identidad de la sociedad, las otras modalidades de afirmación de las normas y castigos quedan completamente ofuscadas en su “brillo”. Eso significa que a la sociedad (y al Derecho penal) queda convivir con la pena sin cogitar su modificación, sea introduciendo nuevas sanciones, sea simplemente reduciendo el uso y la duración de las penas aflictivas (de prisión)”⁷⁴³

Pensar como lo expuesto en el párrafo anterior es confesar que no se ha comprendido bien lo que Jakobs concibe como función del Derecho penal y de la pena. Sin argumentar mucho – especialmente porqué ya se ha demostrado que es posible, de hecho, un cambio en las medidas y las calidades de las penas aplicadas por el Derecho penal – si Jakobs propone la existencia de un Derecho penal más riguroso, orientado al enemigo, él propone, al mismo

⁷⁴² “O problema fundamental dessa sobreposição de conceitos não reside simplesmente na confusão semântica, mas nas repercussões teóricas e práticas que esse fato gera. No plano puramente teórico, essa confusão reflete a não incorporação dos elementos chaves e criativos da teoria luhmaniana como base para a análise. Do ponto de vista prático, ou seja, do ponto de vista do funcionamento do sistema penal, a não distinção implica em engessamento do conceito de pena, tornando-o hermético e limitando o espaço para a visualização e aplicação de outras possibilidades de sanção.” POSSAS, Mariana Thorstensen, "O problema da inovação da teoria da prevenção geral positiva: uma comparação entre Jakobs e Luhmann". En: *Revista do Instituto Brasileiro de Ciências Criminais*, n. 56, São Paulo, Revista dos Tribunais, 2005294

⁷⁴³ “Ao considerar-se a pena aflictiva, cujo modelo padrão hoje é a prisão, como a sanção indispensável para garantir a identidade da sociedade, as outras modalidades de afirmação das normas e mesmo de sanções ficam completamente ofuscadas por seu "brilho". Ora, isso significa que resta à sociedade (e ao direito penal) conviver com a pena sem cogitar modifica-la, seja introduzindo novas sanções, seja simplesmente reduzindo o uso e a duração das penas aflictivas.” POSSAS, Mariana Thorstensen, "O problema da inovação da teoria da prevenção geral positiva: uma comparação entre Jakobs e Luhmann". En: *Revista do Instituto Brasileiro de Ciências Criminais*, n. 56, São Paulo, Revista dos Tribunais, 2005, pp. 295-296.

tiempo, cambiar la intensidad y la propia finalidad de la sanción, lo que es perfectamente posible porque él admite que el sistema del Derecho posee apertura cognitiva. Parece que la autora Mariana Possas está mucho más preocupada con el “brillo” de las medidas político-criminales que le agradan que en comprender con profundidad lo que Jakobs ha escrito. El proceso de apertura cognitiva permite perfectamente la creación de penas criminales diferentes de la pena de prisión.

La autora sigue predicando que Jakobs incurre en error al considerar que existen normas que institucionalizan expectativas cognitivas⁷⁴⁴, sin considerar que, de hecho, pueden existir expectativas de este matiz que son normas jurídicas, conforme lo expuesto en esta parte del trabajo, como la expectativa presente en el artículo 6º, de la Constitución Española de Cádiz de 1812, que previa que ser benéfico es una obligación de los españoles⁷⁴⁵.

Possas sigue criticando Jakobs a través de un análisis de su concepción de configuración normativa de la sociedad, sosteniendo que al Derecho no se le puede atribuir la tarea de medir a todo el sistema social⁷⁴⁶, porque no hay jerarquía entre los subsistemas sociales⁷⁴⁷. De hecho, la verdad es que no existe jerarquía entre dichos subsistemas, sin embargo, Luhmann observa un papel central al sistema del Derecho.

⁷⁴⁴ “De saída, já nos deparamos com um problema: apresentar como norma tanto as expectativas normativas quanto as cognitivas e em supor, particularmente no que toca às normas morais, que as normas só se mantêm com a sanção.” POSSAS, Mariana Thorstensen, “O problema da inovação da teoria da prevenção geral positiva: uma comparação entre Jakobs e Luhmann”. En: *Revista do Instituto Brasileiro de Ciências Criminais*, n. 56, São Paulo, Revista dos Tribunais, 2005, p. 297.

⁷⁴⁵ “Art. 6. El amor de la Patria es una de las principales obligaciones de todos los españoles y, asimismo, el ser justos y benéficos.” ESPAÑA. *Constitución Política de la Monarquía Española*, Cádiz, Imprenta Real, 1812, p. 4.

⁷⁴⁶ “Se para Luhmann, a seu turno, não faz sentido atribuir ao direito um papel essencial ou mais importante que aos outros subsistemas sociais, muito menos isso é possível em relação ao direito penal. Em termos de teoria dos sistemas, mesmo as comunicações emanadas pelo sistema do direito como um todo representam uma e apenas uma maneira de atribuir sentido aos eventos (informações), sem reclamar especial importância (King & Thornhill, 2003: 40). Assim, o direito não pode, ele mesmo, produzir a identidade da sociedade, e menos ainda o direito penal.” POSSAS, Mariana Thorstensen, “O problema da inovação da teoria da prevenção geral positiva: uma comparação entre Jakobs e Luhmann”. En: *Revista do Instituto Brasileiro de Ciências Criminais*, n. 56, São Paulo, Revista dos Tribunais, 2005, p. 301.

⁷⁴⁷ “Como visto no início deste artigo, a sociedade é composta por vários tipos de sistemas sociais (sistemas de interação, de organização, de função etc), sendo que cada tipo de sistema têm as suas próprias estruturas. Dessa maneira não se pode atribuir a um sistema parcial de função, como o direito, a responsabilidade ou o peso da estrutura global da sociedade. A perspectiva luhmanniana ainda acrescenta que, ao lado das estruturas dos sistemas parciais, a estrutura global da sociedade se dá pela forma de diferenciação social dominante (seja ela segmentária, estratificada ou funcional. De qualquer modo, não faz nenhum sentido dizer que as normas morais ou jurídicas formam a estrutura da sociedade. No limite, é possível afirmar que esse enunciado não revela nada de interessante ou de importante sobre o tema.” POSSAS, Mariana Thorstensen, “O problema da inovação da teoria da prevenção geral positiva: uma comparação entre Jakobs e Luhmann”. En: *Revista do Instituto Brasileiro de Ciências Criminais*, n. 56, São Paulo, Revista dos Tribunais, 2005, p. 298.

Luhmann sostiene que la propia “personalidad humana siempre depende de la estabilización normativa de sus estructuras selectivas”⁷⁴⁸, lo que, en su turno depende de “la vigencia de las normas [que] se fundamenta en la imposibilidad factual de realizar eso [la simplificación] en todos los momentos y para todas las expectativas de todas las personas.”⁷⁴⁹ Así pues, se puede sostener que, para Luhmann “las normas son expectativas de comportamiento estabilizadas en términos contrafácticos”⁷⁵⁰, donde dicha contrafactividad promueve la expectabilidad concreta de ciertas conductas, teniendo en consideración que “la expectabilidad de las expectativas de los otros es, así, una sólida conquista de la convivencia humana.”⁷⁵¹. Así pues, no se le puede quitar al sistema del Derecho, en las consideraciones teóricas de Luhmann, una cierta prevalencia sobre los demás subsistemas, lo que él no parece asumir de forma directa, pero se puede desprender de sus consideraciones que fueron estudiadas en este trabajo.

Además, Jakobs no condiciona ni mide toda la vida en sociedad a través del Derecho penal, pero sólo observa que dicha rama del Derecho, porque posee la forma más fuerte (en lo real y en lo simbólico) de sanción en nuestras sociedades, representa la configuración normativa de la sociedad actual, lo que funciona como un fotografía de los elementos actuales de la sociedad, no como una caja que le arresta y detiene.

Al final, cuando Jakobs sostiene que se puede observar que una sociedad es funcional porque resuelve sus conflictos, y sus conflictos denominados de delito los resuelve a través de la pena, en su configuración actual⁷⁵², Mariana Possas imputa Jakobs la cualidad de reaccionario y negativo⁷⁵³, sin considerar el contexto y el real significado contingencial de su observación

⁷⁴⁸ LUHMANN, Niklas. *Sociologia do Direito I*, op. cit., p. 75.

⁷⁴⁹ LUHMANN, Niklas. *Sociologia do Direito I*, op. cit., p. 53.

⁷⁵⁰ LUHMANN, Niklas. *Sociologia do Direito I*, op. cit., p. 57.

⁷⁵¹ LUHMANN, Niklas. *Sociologia do Direito I*, op. cit., p. 65.

⁷⁵² “Quien sólo sabe que una sociedad está organizada de modo funcional, no sabe nada acerca de su configuración concreta, es decir, no sabe nada sobre los contenidos de las comunicaciones susceptibles de ser incorporadas. Piénsese, como prueba de lo dicho, en la desconcertante multiplicidad temática ofrecida por la historia. Pero sabe una cosa, sabe que esa sociedad posee y usa de un instrumental para tratar los conflictos que se producen de forma cotidiana, como, por ejemplo, los delitos, de tal forma que los contrapesos desplazados vuelvan a estar en equilibrio. Desde una perspectiva funcional, sólo esa fuerza de autoconservación es la que cuenta. Sin embargo, ningún sistema puede renunciar a esa fuerza: una «crisis del *ius puniendi* público», que, por ejemplo, condujese a una amplia retirada hacia medidas jurídico-civiles, sería una crisis no sólo del *ius puniendi*, sino también de lo público.” JAKOBS, Günther. *Sociedad, norma y persona en una teoría de un Derecho penal funcional*. Traducción de Manuel Cancio Meliá y Bernardo Feijóo Sánchez, Madrid, Civitas Ediciones, 1996. pp. 36-37.

⁷⁵³ “Esta afirmação mostra como Jakobs atualiza completamente a racionalidade penal moderna. Trata-se de um argumento de resistência à evolução interna das normas de sanção em direito penal que reconduz o quadro estrito

acerca de la sociedad actual, que, conforme lo explicado, admite cambios normativos y sociales.

5.6 - Toma de postura sobre el modelo analizado.

En primer lugar, hay que reconocerse un límite a un normativismo irreal, a saber: la propia naturaleza de las cosas, que si no respetada, promueve un retorno al Derecho Natural. Véase, por ejemplo, si se quita la legítima defensa de la vida como causa de exclusión de la ilicitud o responsabilidad penal del Código Penal y quitar los principios de los cuales podría derivarse de la Constitución, eso no tendría sentido, ni tampoco alguna aplicabilidad práctica: no funcionaría, y los tribunales tendrían que reconocer un “derecho natural a la legítima defensa”, porque no es ni siquiera pensable que es una organización social garanta la posibilidad del individuo buscar mantenerse a su propia la vida frente a ataques injustos.

Lo que se puede decir sobre eso es que, desde la teoría de Luhmann, si pasa algo como lo descrito en el párrafo precedente, existe una de las dos siguientes situaciones, a saber: o en esta sociedad no existe de hecho la expectativa normativa de ejercicio legítimo de la defensa propia, lo que podría poner en duda la existencia de los propios presupuestos materiales mínimos de continuación de la existencia de esta sociedad, o bien se puede identificar que ha pasado una corrupción en el sistema de selección de expectativas a institucionalizarse, lo que también compromete el buen funcionamiento de los sistemas sociales.

La crítica al modelo propuesto por Jakobs, en el seno de esta investigación, no es guiada por teorías de otros matices epistemológicos, como la teoría de la acción social, la filosofía o el constitucionalismo. Se ha elegido analizar sus propuestas desde un punto de vista crítico interno, a través de método adoptado en esta parte de la investigación que coincide con el método adoptado por Jakobs en sus investigaciones.

A continuación se analiza algunos puntos clave de los argumentos puestos por Jakobs. Después de haber estudiado la teoría funcional de los sistemas sociales de Luhmann en este

das teorias da sanção que sustentam os meios puramente negativos.” POSSAS, Mariana Thorstensen, “O problema da inovação da teoria da prevenção geral positiva: uma comparação entre Jakobs e Luhmann”. En: *Revista do Instituto Brasileiro de Ciências Criminais*, n. 56, São Paulo, Revista dos Tribunais, 2005, p. 299.

trabajo, ya se puede tentar identificar si las conclusiones a las cuales llega Jakobs corresponden a sus puntos de partida.

Se podría pensar que si el sistema social es realmente autorreferente y autopoietico, como postula Luhmann, lo que significa que él tiene una clausura operativa, ninguna conducta delictiva, ni la conducta del peor de los enemigos que se puede imaginar sería capaz de perturbar el funcionamiento de ningún sistema, porque el ser humano y su acción no existen como elementos del sistema social. Por esta razón, la conducta humana no representaría ningún riesgo al funcionamiento de ningún sistema social, en la medida en que es la expresión de su propio funcionamiento autorreferencial. Es decir, en teoría, en virtud del sistema funcionar de forma autorreferente y autopoietica, los datos identificados en su entorno, como la conducta humana delictiva, no serían capaces de perturbar su funcionamiento. Dichos datos entrarían en el sistema como comunicaciones ilícitas, y son tratados en el sistema a través de mecanismos propios, lo que no representaría un riesgo al sistema, sino su funcionamiento normal.

Sin embargo, el equívoco de este razonamiento crítico es olvidar que la expectativa tiene origen y fin en el individuo, y la acción humana que emite comunicaciones tiene el poder de, de hecho, perturbar de forma efectiva el funcionamiento del sistema social (piénsese la conducta de un terrorista que explosiona una bomba nuclear que mata millones de personas, por ejemplo) y además, desde un punto de vista simbólico, el delito puede, de hecho, perturbar el funcionamiento del sistema social, especialmente en relación con el acoplamiento estructural de los sistemas psíquico y social, donde se identifica la necesidad de protección de la confianza. Es decir, conforme ha puesto Luhmann, sin la confianza nadie sale de la cama por la mañana⁷⁵⁴, sin ella no existe en el funcionamiento de los sistemas sociales.

Se podría pensar también que tampoco es verdad que el sistema social funciona mejor con normas típicas del Derecho penal del enemigo en el sistema penal. Así pues, cualquier delito practicado, sea por el mejor ciudadano o por el peor enemigo de la sociedad, entra en el sistema del Derecho simplemente como ilícito. Es decir, independientemente de la vida de, o del número de veces en que practica un delito, un delincuente, su conducta sería procesada simplemente como ilícita y tendría el mismo tratamiento por el sistema que cualquier otra

⁷⁵⁴ LUHMANN, Niklas. *Confianza*. Barcelona, Anthropos, 2005, p. 5.

conducta, aunque las consecuencias jurídicas sean diferentes. El sistema no funcionaría mejor porque se impondría una pena mayor o menor a cualquier persona, en virtud de las otras conductas que realice o del peligro para las otras personas que represente.

Sin embargo, el defecto de este razonamiento es no considerar las consecuencias sistémicas del plan simbólico de una conducta. Aunque en los dos casos – un delito realizado por un ciudadano o un delito realizado por un enemigo – ambos sean tratados por el sistema como comunicaciones meramente ilícitas, el grado de daño simbólico a la confianza y el tipo de respuesta del sistema del Derecho son y deben ser diferentes. No se puede equiparar, incluso en términos funcionales, la conducta de quien no cumple completamente una cláusula contractual con la conducta de quien mata el rey o el presidente, o explota una bomba en una estación de trenes. La respuesta del sistema en los dos casos y el grado de lesión a la confianza son efectivamente diferentes.

También es posible pensar que el problema de garantizarse la confianza sea una falacia, porque a través del mecanismo de funcionamiento de la confianza en el sistema psíquico no sea posible imaginar como la pena puede aumentar la confianza. Así pues, aunque se realice un delito y no se imponga una pena al delincuente, la sociedad podría saber que aquella conducta continúa a ser delictiva, y que puede confiar en la expectativa que dicha norma protege. Se podría pensar que, si fuese verdad este planteamiento, en el momento que la primera persona que practicase un homicidio consiguiese huirse del sistema penal, todas las personas de la sociedad nunca más saldrían de sus casas porque perderían su confianza. Sin embargo, sería posible concluir que, en realidad sólo una pequeña parte de la sociedad conoce la práctica de la mayoría de los delitos, lo que hace con que la confianza de la gran parte de la sociedad ni siquiera sea amenazada.

Este planteamiento, una vez más, no lleva en consideración que lo que se protege es el plan simbólico de la confianza en la vigencia de la norma, lo que queda atacado en la realización de los delitos. Aún que nadie conozca la realización del delito, desde un punto de vista simbólico, para el sistema social, se identifica una violación a la vigencia de una norma, norma esta que tiene una razón procedimental de existir. Además, de hecho, se sabe que en sociedades donde dichas violaciones son constantes, por ejemplo, en ciudades de África u Oriente Medio donde toman lugar batallas armadas todos los días, no existe un mínimo de

confianza para salirse a la calle con el mínimo de tranquilidad, lo que pone en evidencia el hecho de que es posible, a través de violaciones constantes a la confianza en la vigencia de la norma, reducirse los ámbitos de libertad de los demás individuos y reducirse los índices de desarrollo humano en los lugares donde se identifican dichas violaciones.

Además, se sabe que aunque un delito no sea conocido por el resto de la sociedad, un ataque a la vigencia de una norma no debe ser tolerado porque dicha vigencia beneficia a todos, y tolerarse eso es tolerar lo que la sociedad organizada ha decidido que no debe ser tolerado.

Otro postulado que puede parecer completamente incompatible con la teoría funcional de los sistemas sociales de Luhmann es la idea de Jakobs de *configuración normativa de la sociedad*. Si uno de los puntos de partida de la teoría de Luhmann es la negación de las fronteras como límites de los sistemas sociales, no es posible pensar que el ordenamiento jurídico de cada país constituye la configuración normativa de su sociedad, porque el concepto de sociedad va más allá de las fronteras que limitan la aplicación de dichos ordenamientos jurídicos.

Sin embargo, a través del proceso de especificación funcional, los sistemas sociales puede especificarse y especializarse en determinadas competencias, en relación con las materias de que tratan, como el Derecho y la política, o en relación con su ámbito de aplicación territorial, lo que justifica la posibilidad de existencias de configuraciones normativas de las sociedades diferentes, en cada uno de los puntos del planeta, pero con formas y funciones elementales muy parecidas.

Una cosa más que la teoría de Luhmann parece no compartir son los postulados de Jakobs es el concepto de rol social propuesto por este. En este contexto, son personas los seres humanos a quien el sistema de Derecho atribuye personalidad. Para Jakobs, el sistema del Derecho hace eso en la medida en que la persona cumple su rol social, y eso es precisamente lo que permite la calificación de alguien como enemigo o amigo.

Sin embargo, aunque Jakobs niegue el concepto natural, ontológico-sustancial de sujeto, diciendo que lo que importan son las referencias normativas más que la constitución física del

individuo⁷⁵⁵, el autor no llega a alejarse por completo de una concepción naturalista del ser humano, como lo hace Luhmann, que lo ve como el contenido de eventos comunicativo de tres niveles de sistemas (psíquico, biológico y social). Jakobs lo explica de la siguiente forma:

Se podrían aportar otros ejemplos de que en determinados ámbitos tiene pleno sentido orientarse al sujeto definido en términos naturalistas, pero ello no puede ocultar los límites que presenta la capacidad de rendimiento de este concepto de sujeto. Referida a un sistema semejante, la regla «*cogitationis poenam nemo patitur*» formula el máximo de lo interno; una contracción del dedo y la elevación de una ceja son ya externas, incluso aunque se trate de muy privadas manifestaciones vitales. Para el Derecho penal un concepto de sujeto con tales consecuencias, esto es, un concepto naturalista de sujeto, resulta inservible por una sencilla razón: tal concepto atiende para la delimitación de lo interno y de lo externo a circunstancias sensibles de la naturaleza, mientras que lo que importa son referencias normativas. De ningún modo se puede establecer de una vez para siempre como qué clase de sujeto se comporta una persona, sino que ello depende de diversas circunstancias, que en todo caso no son sólo perceptibles por los sentidos. Tampoco el concepto de sujeto está fijado de un modo ontológico-sustancial. A veces el ámbito del sujeto es aún más reducido de lo que corresponde al concepto naturalista de sujeto; y así es posible que el sujeto responda, en determinadas relaciones sociales, de simples pensamientos y, por tanto, que no pueda reclamar para sus pensamientos la cualidad de algo interno; éste puede ser el caso, por ejemplo, en estrechas relaciones íntimas o en comunidades religiosas, pero también en Estados totalitarios. A la inversa sucede en un Ordenamiento de libertades. En un Ordenamiento tal y como se encuentra establecido conforme a la Ley Fundamental, una persona es un ciudadano. es decir, un sistema que —aparte de su dotación psicofísica, que incluye hasta la piel— dispone de una esfera privada que consta, por ejemplo, de vestido, contactos sociales reservados, vivienda y propiedad (de dinero, herramientas, etc).”⁷⁵⁶

Así pues, cuando se concibe un sistema social formado de subsistemas de comunicaciones, la persona física/natural, ser ontológico, tiene un sentido secundario, y por eso puede parecer que carece de sentido decir que dicha persona tiene un rol o que tiene que cumplir determinadas expectativas para recibir una determinada calificación del sistema social, aunque dicha calificación/rol sea de naturaleza eminentemente normativa, como lo quiere

⁷⁵⁵ “Para el Derecho penal un concepto de sujeto con tales consecuencias, esto es, un concepto naturalista de sujeto, resulta inservible por una sencilla razón: tal concepto atiende para la delimitación de lo interno y de lo externo a circunstancias sensibles de la naturaleza, mientras que lo que importa son referencias normativas.” JAKOBS, Günther. *Estudios de Derecho penal*, UAM Ediciones, Civitas, Madrid, 1997, p. 296.

⁷⁵⁶ .JAKOBS, Günther. *Estudios de Derecho penal*, UAM Ediciones, Civitas, Madrid, 1997, p. 296.

Jakobs, y lo admite textualmente: “Pero no existe ningún impedimento para abandonar el concepto naturalista de sujeto y determinar el alcance del sistema normativamente”⁷⁵⁷.

De esta forma, se podría concluir que en dicho contexto, las personas no existen como tal, y por eso, no se les puede atribuir ningún rol en ningún grado, lo que solamente es posible hacer a los sistemas, que no tienen roles, sino funciones. La terminología rol social es típica teorías de la acción social, como la de Max Webber, que poseen matiz epistemológico diametralmente opuesto a los presupuestos funcionales adoptados por la teoría de sistemas sociales funcional, cuñada por Luhmann.

Sin embargo, es posible identificar roles a las personas, si se identifica lo que es persona en un sentido funcional sistémico, sin poner en riesgo las premisas epistemológicas de una investigación de naturaleza funcionalista. Así pues, la persona sería una forma de acoplamiento estructural entre sistemas psíquico y social, que tendría determinadas funciones, es decir, que emiten y perciben comunicaciones de ciertos matices. Lo que en general se define como rol social es el conjunto de comunicaciones con el cual algún acoplamiento estructural de este tipo suele interaccionar, en un sentido funcional. En esta medida, no es necesario recurrir a elementos de teorías de matices diferentes para explicar la dinámica funcional sistémica, aunque quede claro la compatibilidad de la idea de rol social con el funcionalismo, lo que sólo es posible si se observa debidamente este concepto, en la complejidad que él puede representar.

Por estas razones se puede decir que Jakobs propone un modelo funcionalista coherente con la teoría funcional de sistemas sociales de Niklas Luhmann, hasta donde se ha podido analizar dichas formas de concebir la sociedad y el Derecho, aún que eso no sea algo pacífico y compartido por todos los investigadores del tema.⁷⁵⁸

⁷⁵⁷ JAKOBS, Günther. *Estudios de Derecho penal*, UAM Ediciones, Edit, Civitas, Madrid, 1997, p. 297.

⁷⁵⁸ “La supuesta incompatibilidad entre los puntos de vista teóricos estudiados, es incluso, aludida por Alejandro Aponte, de la siguiente forma: “En una entrevista personal del autor de este escrito con Alesandro Baratta, en la sede del Instituto para Derecho y Filosofía de la universidad de Saarland en Alemania, en el verano de 1997, este se refirió a una conversación con Niklas Luhmann, en la cual el creador de la teoría de sistemas le expresó su total desconocimiento de la incorporación de su teoría al modelo funcionalista de Jakobs. De otra parte, el profesor de Derecho penal y filosofía del Derecho, de la misma universidad, Heinz Koriath, también en entrevista personal con el autor de este escrito, de manera muy crítica e irónica se refirió a la supuesta “fidelidad” de la adopción de Jakobs, de la teoría de Luhmann. De manera general, se puede afirmar que existe escepticismo en los conocedores de Niklas Luhmann, acerca no sólo de la fiabilidad, sino de los alcances y

Así pues, el teste de falseabilidad de la hipótesis de que el funcionalismo de Jakobs no condice con la teoría de sistemas de Niklas Luhmann ha resultado que la hipótesis es falsa por no sostenerse después de comparados los modelos teóricos investigados, que presentan de hecho, altos grados de compatibilidad, en muchos sentidos.

5.7 Conclusiones del capítulo.

Así, se identifica que existen construcciones teóricas orientadas a proponer la necesidad social contemporánea de creación de medidas político-criminales típicas del discurso del Derecho penal del enemigo. Dichas estructuras informan la necesidad de creación de formas de tratamiento penal diferenciado a los que deben ser calificados como enemigos porque exponen a riesgo socialmente inaceptable las expectativas más básicas de la vida en sociedad y del funcionamiento del sistema social, a través de su conducta, que no pueden ser eficientemente tratadas por el Derecho penal clásico. En este sentido, el Derecho penal del enemigo, en el contexto del funcionalismo penal sistémico, aparece como un mecanismo de control de riesgos socialmente intolerables.

Sin embargo, delante de los conceptos estudiados, parece que un Derecho penal clásico orientado a los individuos que no se adaptaron al modelo de vida en sociedad y a la necesidad del respeto a las expectativas sociales institucionalizadas más básicas de la convivencia no es la solución de los problemas sociales contemporáneos. Jakobs propone un Derecho penal del enemigo como una contribución, para que la intervención estatal en el ámbito del Derecho penal sea más proporcional y coherente con las legítimas expectativas de la sociedad, y con el funcionamiento del sistema social.

Parece que los ordenamientos jurídicos de los países occidentales cada vez más vienen positivando instrumentos normativos típicos del Derecho penal del enemigo, como el adelantamiento de la punibilidad a estados muy previos y lejanos a lesiones a bienes jurídicos, con la punición cada vez más intensa a delitos de peligro abstracto, con el aumento cada vez más grande de las penas para reiteraciones criminales, delitos de pertenencia a organización criminal y para ciertos delitos como el terrorismo.

contenidos de la interpretación que de Luhmann hace Jakobs.” APONTE C, Alejandro. *¿Derecho penal de enemigo o Derecho penal del Ciudadano?* Bogotá, Editorial Temis, 2005, p. 1.

En el marco teórico elegido, se trata de aceptar que esto simplemente existe, que es una realidad del Derecho positivo que como juristas debemos abordar científicamente. Se trata de aceptar la necesidad de comprender los mecanismos sociales envueltos en su constitución. Así pues, “El análisis funcional utiliza el proceso de la relación con el fin de comprender lo existente como contingente, y lo diverso como comparable.”⁷⁵⁹. La comprensión del fenómeno a través del funcionamiento básicamente dos sistemas sociales: el Derecho y la política, en el área de su acoplamiento estructural, representado por el proceso legislativo.

La teoría del Derecho penal del enemigo puede ser vista como una especie de diferenciación funcional del subsistema del Derecho, específicamente en contraposición al Derecho penal clásico. Dicho subsistema es estimulado con las nuevas comunicaciones, que vienen precisamente del acoplamiento estructural entre sistema del Derecho y sistema político, de la siguiente forma.

Todo empieza en el sistema político, que estimulado por informaciones en el entorno que dicen respecto a la elevación de los índices de criminalidad y a la sensación de inseguridad ciudadana (basada en hechos reales o no), pone en marcha el procedimiento de atribución de sentido a dichas informaciones.

A través de su código binario mayoría/minoría (o poder/no poder), dicho sistema atribuye sentido a las comunicaciones que recibe, es decir, cuando el sistema recibe dichas comunicaciones (*e. g.*, de inseguridad ciudadana), manifestadas en la necesidad de tomar alguna medida legislativa más rigurosa, él pone en marcha el proceso propio de atribución de sentido a dichas informaciones – el proceso legislativo – con el cual se decidirá si será o no creada una determinada norma típica de un Derecho penal más fuerte.

Si a la información se le atribuye el código mayoría, su contenido es transformado en norma. Ahí empieza la actuación del sistema de Derecho. El sistema del derecho recibe la información que contiene dicha norma, procesa su complejidad en un elemento propio a través de la reducción de complejidad, y pasa a operar con dicha norma como su propio elemento.

⁷⁵⁹ LUHMANN, Niklas. *Sistemas sociales: lineamientos para una teoría general*, *op. cit.*, p. 51.

Es muy común, como se ha informado, que sistemas jurídicos occidentales tengan normas penales más duras. Sin embargo, este es un problema de contingencia, es decir, la configuración normativa de dichos sistemas podría ser diferente, pero no es. Lo que se quiere decir con esto es que, desde un punto de vista científico, debemos observar lo existente como contingente, teniendo en cuenta que dicha realidad podría ser de otro modo, pero no lo es. La realidad es contingente porque simplemente existe, de la forma como existe, y es de esta forma que debe ser observada.

Se debe reflexionar, en realidad, sobre la razón por la cual dichas informaciones llegan al sistema político y hasta qué punto dichas informaciones representan la mayoría en dicho sistema, pues es precisamente en este momento, en virtud de la apertura cognitiva del sistema político, con la posibilidad de realización de debates democráticos sobre los temas tratados, que se puede analizar la racionalidad o no de las normas basadas en la ideología del tratamiento penal diferenciado.

Estos son los límites de la investigación y del derecho como ciencia social, realizados en esta parte de la investigación. Se ha elegido un marco teórico puramente científico, y con eso, salir del ámbito de la mera descripción, para la proposición de uno o de otro modelo, sería más que traicionar el método elegido, pero sería proponer modelos de los cuales no se tiene datos empíricos que informan su efectividad, y así, disponer de cualquier credibilidad que se proponga tener. Sin embargo, eso permite, en su turno y en posición opuesta, la realización de un análisis desde el propio Derecho, como la investigación de la legitimidad y la constitucionalidad de un Derecho penal del enemigo, lo que se realiza en los apartados siguientes,

Hay que señalar que, en un primero momento, no se tiene datos empíricos para basar la adopción de una postura garantista que efectivamente garantice derechos fundamentales, ya que verdaderas atrocidades ya fueron cometidas bajo sistemas penales dichos garantistas, y en la misma medida que no se sabe cuántos delitos y daños sociales fueron posibilitados por medidas garantistas minimalistas, que sacaron de la cárcel determinados criminales que

tendrían la voluntad manifestada de continuar a realizar delitos. Acerca de todo eso, informa Massimo Donini:

“Al mismo tiempo, el método experimental de las ciencias llamadas naturalísticas, aporta al saber penal el control empírico y la prueba de efectividad (*infra*, §§ 4.0-8.0), sin el cual el *hortus conclusus* de nuestra ciencia se parece al de una teología civil.”⁷⁶⁰ (...) “Si individualizamos «*rationes*», «*finis*», o bien, «*funciones*» de forma puramente idealista, teórico-abstracta o ideológica, se opera con valores, con fines, con el «deber ser» *pero no se verifican nunca las auténticas funciones preventivas* a la luz de investigaciones empíricas. Esta «prevención», si no está sujeta a verificación y a falseabilidad, no es más que un puro disfraz ideológico, una organización intelectual de lo que existe para que sea culturalmente aceptable.”⁷⁶¹

En este contexto epistemológico, lo único que se puede hacer es describir el Derecho penal existente y los mecanismos que subyacen los procesos internos del sistema del Derecho. A pesar de la caída de la ciencia como gran relato, todavía se cree en las posibilidades de desarrollo de la sociedad y mejoría de las condiciones de vida en el globo a través de los métodos establecidos por la ciencia.

Con eso, se no niega que investigaciones de otros matices epistemológicos – tales como investigaciones en el ámbito de la filosofía – puedan llegar a conclusiones diferentes y transponer los límites que aquí se expone, y de hecho, es exactamente eso que hacen los autores citados, tanto Jakobs, proponiendo, cuando los otros, negando la viabilidad del modelo de respuesta estatal de Derecho penal del enemigo.

⁷⁶⁰ DONINI, Massimo. *El Derecho penal frente a los desafíos de la modernidad*. Estudios de Derecho penal, *op. cit.*, p. 272.

⁷⁶¹ DONINI, Massimo. *El Derecho penal frente a los desafíos de la modernidad*. Estudios de Derecho penal, *op. cit.*, p. 285.

CAPÍTULO 6

La búsqueda de un sentido para el Derecho penal del enemigo desde el pensamiento jurídico no funcionalista.

“Os códigos penais actuais não correspondem às aspirações da consciência contemporânea. Há um manifesto desequilíbrio entre os princípios do vigente direito repressivo e os interesses da defesa da sociedade contra o crime. Sente-se a impotência actual da repressão; reconhece-se a insubsistência das crenças tradicionais, impregnadas da utopia generosa do século XVIII, sobre que repousa o direito penal clássico. (...) Como primeiro factor deste movimento de reforma apresenta-se nos a insuficiência da repressão. Não que a consciência popular censure ao direito penal vigente a renuncia aos processos abomináveis que a revolução francesa definitivamente condenou. Reconhece-se, porém, que o sistema que os códigos modernos substituíram ao antigo regimen repressivo, e que repousa essencialmente sobre as penas privativas da liberdade, não garante suficientemente a ordem e a segurança social: é um facto inegável que as penas insertas nas leis penais não são exemplares, não intimidam o criminoso e raramente o corrigem. Pelo contrário, precipitam-o, não raro, mais adiante na via do crime.”⁷⁶²

José Caeiro da Mata, em 1914.

⁷⁶² MATA, José Caeiro da. “Actuais tendências legislativas em matéria criminal”. In: Revista da Universidade de Coimbra. Volume 3 - nº 1 (1914) Imprensa da Universidade, pp. 430-446, p. 430 y ss.

CAPÍTULO 6 – La búsqueda de un sentido para el Derecho penal del enemigo desde el pensamiento jurídico no funcionalista.

El estudio acerca de cualquier tema debe obligatoriamente pasar por la búsqueda de la delimitación del objeto de la investigación, a través de definición de los conceptos que serán las premisas de la investigación. No es diferente en este trabajo, razón por la cual en este apartado se definirá lo que es Derecho penal del enemigo, a través del estudio de la producción académica sobre el tema. Se esbozará la concepción de Jakobs acerca del Derecho penal del enemigo y en seguida serán analizadas algunas concepciones de otros sobre el tema, de estudiosos del Derecho penal.

Se debe aclarar que, tradicionalmente, los investigadores del Derecho penal se ocupan mucho más de criticar de forma vehemente y casi irracional lo que consideran un Derecho penal del enemigo que de buscar establecer un concepto de esta idea o de hacer una crítica sistemática y bien basada, conforme se aclara en los apartados siguientes de este trabajo.

6.1 Observaciones sobre el Derecho penal del enemigo por parte de los académicos e investigadores.

En este apartado se analizará las conclusiones de investigaciones de algunos académicos que se han dedicado a comprender de lo que es realmente un Derecho penal del enemigo y se buscará comparar dichas conclusiones con la concepción de Jakobs sobre el tema.

Así pues, en esta parte del trabajo, se buscará separar el trigo de la cizaña⁷⁶³ en dichas observaciones (en un sentido secular para todo, y escatológico para las consideraciones de naturaleza esdrújula), con la finalidad de crear un concepto más acabado y profundo de lo que

⁷⁶³ En analogía a: “Les refirió otra parábola, diciendo: El reino de los cielos es semejante a un hombre que sembró buena semilla en su campo; pero mientras dormían los hombres, vino su enemigo y sembró cizaña entre el trigo, y se fue. Y cuando salió la hierba y dio fruto, entonces apareció también la cizaña. Vinieron entonces los siervos del padre de familia y le dijeron: Señor, ¿no sembraste buena semilla en tu campo? ¿De dónde, pues, tiene cizaña? El les dijo: Un enemigo ha hecho esto. Y los siervos le dijeron: ¿Quieres, pues, que vayamos y la arranquemos? El les dijo: No, no sea que al arrancar la cizaña, arranquéis también con ella el trigo. Dejad crecer juntamente lo uno y lo otro hasta la siega; y al tiempo de la siega yo diré a los segadores: Recoged primero la cizaña, y atadla en manojos para quemarla; pero recoged el trigo en mi granero. Parábola de la semilla de mostaza.” VV. AA. *La Santa Biblia*. [antigua versión de Casiodoro de Reina (1569), revisada por Cipriano de Valera (1602), Bibles.org.uk, London, 2005, pp. 1320-1321.

sería el tema de la investigación, antes de realizarse otras pruebas de hipótesis, como su pertinencia fáctica, viabilidad constitucional o justificación social.

Para dicha finalidad, será suficiente utilizarse el concepto provisional de Derecho penal del enemigo estudiado en los apartados antecedentes, con las debidas observaciones acerca de los límites y la pertinencia semántica y real de las observaciones que se hicieron sobre él.

Se descomponemos las características del concepto de Derecho penal del enemigo más breve ya puesto Por Jakobs⁷⁶⁴, se puede encontrar lo siguiente: (1) *Es un fenómeno típico en el occidente*, (2) *consiste en sancionar la conducta de un sujeto peligroso en una etapa muy anterior a un acto delictivo*, (3) *se sancionan la conducta y la peligrosidad del sujeto*, (4) *la sanción no se limita a los actos del sujeto*, (5) *restricción (no supresión) de algunos ámbitos privados en el ámbito procesal*, (6) *su concepto enmarca una noción descriptiva*, (7) *su concepto define algo existente en los ordenamientos democráticos actuales*, (8) *su concepto designa los supuestos de especial peligrosidad, con la finalidad de distinguirlos de los supuestos en que se produce una relación jurídica entre los ciudadanos*. A continuación se analiza algo de lo que se ha escrito sobre esta concepción.

6.1.1 Manuel Cancio Meliá y Francisco Muñoz Conde.

Mucho se ha escrito sobre el tema de la crítica al Derecho penal del enemigo. Sin embargo, es necesario identificar lo que los autores de esos trabajos suponen ser Derecho penal del enemigo, para comprender su aporte y buscar establecer el grado de pertinencia que sus observaciones y críticas mantiene con el tema original. Así pues, hay que investigar los conceptos existentes en la producción académica del Derecho penal, acerca del llamado Derecho penal del enemigo, para comprender los aportes que dicho concepto ha recibido, y

⁷⁶⁴ “Es un fenómeno que se da en todos los ordenamientos jurídicos de los países occidentales, y consiste en sancionar la conducta de un sujeto peligroso en una etapa muy anterior a un acto delictivo, sin esperar a una lesión posterior tardía. Se sancionan la conducta y la peligrosidad del sujeto, y no sus actos. El mismo fenómeno se da en el ámbito procesal, especialmente con la restricción de algunos ámbitos privados. Por ejemplo, la posibilidad de allanamiento de morada con fines investigativos, la posibilidad de registro de viviendas o la instalación de micrófonos o instrumentos para escuchas telefónicas. En esencia, el concepto de Derecho penal del enemigo es una noción descriptiva que define algo existente en los ordenamientos democráticos actuales y designa aquellos supuestos de especial peligrosidad para distinguirlos de aquellos otros supuestos en los que se produce una relación jurídica entre ciudadanos.” DOZO MORENO, Sebastián. “El enemigo tiene menos derechos”, dice Günther Jakobs. Para el alemán, especialista en teoría del derecho, no existe la igualdad ante la ley”, *La Nación*, 26 de julio de 2006, Buenos Aires, 2006, Disponible en: <<http://www.lanacion.com.ar/826258-el-enemigo-tiene-menos-derechos-dice-gunther-jakobs>>, acceso en: 12 feb. 2017.

para establecer una toma de postura acerca de dicho concepto. Manuel Cancio Meliá lo define:

“Según JAKOBS, el Derecho penal del enemigo se caracteriza por tres elementos: en primer lugar, se constata un amplio adelantamiento de la punibilidad, es decir, que en este ámbito, la perspectiva del ordenamiento jurídico-penal es prospectiva (punto de referencia: el hecho futuro), en lugar de -como es lo habitual- retrospectivo (punto de referencia: el hecho cometido). En segundo lugar, las penas previstas son desproporcionadamente altas, especialmente, la anticipación de la barrera de punición no es tenida en cuenta para reducir en correspondencia la pena amenazada. En tercer lugar, determinadas garantías procesales son relativizadas o incluso suprimidas.”⁷⁶⁵

Merece la pena observar que es probable que todos los investigadores de Derecho penal que han escrito algo sobre Derecho penal del enemigo, informen que la definición que ponen es una definición propia de Jakobs. Sin embargo, se puede ver en esta cita que el concepto en ella tratado tiene algunas ligeras diferencias del concepto establecido por Jakobs. Se puede informar que Meliá, intencionalmente o no, ha incluso en su concepto las características (1) *penas desproporcionadamente altas* y (2) *supresión de garantías procesales*. Se debe subrayar que estas dos características añadidas son parte del punto central de la crítica al Derecho penal del enemigo, aunque no aparezcan en los trabajos de Jakobs, quien informa que puede haber limitación de garantías procesales (nunca su supresión) y penas proporcionales a los peligros presentados por determinadas personas. Cancio Meliá pone los siguientes ejemplos del concepto que establece:

“En todo caso, lo que parece claro es que en el ordenamiento español, el centro de gravedad del Derecho penal del enemigo está en los delitos relacionados con las drogas, en la reacción del Derecho penal frente al fenómeno de la inmigración, en general, en el Derecho penal de la «criminalidad organizada», y, sobre todo, en el nuevo Derecho antiterrorista, primero en la redacción dada a algunos de los preceptos correspondientes en el CP de 1995, después en la reforma introducida mediante la LO 7/2000, y finalmente mediante las reformas entradas en vigor en el año 2004 en este campo.”⁷⁶⁶

⁷⁶⁵ JAKOBS, Günther; CANCIO MELIÁ, Manuel. *Derecho penal del enemigo*. Madrid, Civitas Ediciones, 2003, p. 111.

⁷⁶⁶ JAKOBS, Günther; CANCIO MELIÁ, Manuel. *Derecho penal del enemigo*. Madrid, Civitas Ediciones, 2003, p. 117 y ss.

Cancio Meliá sostiene estar clara la presencia del Derecho penal del enemigo en la regulación de los delitos relacionados a las drogas, a la inmigración, a la criminalidad organizada y al terrorismo. Sin embargo, el autor no demuestra cuáles características de las leyes que menciona son típicas de un Derecho penal del enemigo, eso lo deja a cargo de la imaginación de la persona que lee su trabajo, o bien lo hace en otro momento de su producción académica, como más adelante se explicará. A seguir se puede identificar que Muñoz Conde también pone un concepto de Derecho penal del enemigo, véase:

“GÜNTER JAKOBS denomina un "Derecho penal del enemigo". Con él, dice el citado penalista, el legislador no dialoga con sus ciudadanos, sino que amenaza a sus enemigos, conminando sus delitos con penas draconianas más allá de la idea de proporcionalidad, recortando las garantías procesales y ampliando las posibilidades de sancionar conductas muy alejadas de la lesión de un bien jurídico.⁷⁶⁷

Las características que este autor, por su cuenta, añade al concepto de Jakobs son: (1) *penas draconianas*, (2) *penas desproporcionales*, (3) *recorte (es decir, eliminación) de garantías procesales*. Se debe subrayar que este autor también crea nuevas características del concepto estudiado y las atribuye a Jakobs. El concepto de Derecho penal del enemigo de Jakobs observa que los ordenamiento jurídicos occidentales actuales establecen penas más altas a supuestos de peligro a bienes jurídicos, en niveles cercanos de supuestos de lesión, pero de eso no se puede sacar la conclusión que dichas penas son desproporcionadas o draconianas. Lo mismo se puede decir de la posibilidad, informada por Muñoz Conde, de supresión de las garantías procesales. De acuerdo con lo que informa Jakobs, Derecho penal del enemigo, para él, no describe situaciones de supresión de garantías procesales, sino que, de limitación o restricción de dichas garantías. Eso es central a la comprensión del problema, como más adelante se aclarará. Los ejemplos puestos por este autor son:

“a) Como ejemplos de penas desproporcionadas, junto a las que ya desde hace tiempo pueden aplicarse en caso de tráfico de drogas y terrorismo (cfr. Por ejemplo, respecto al tráfico de drogas, arts. 368, 369, 370; y respecto al terrorismo, art. 571 y ss.), tenemos ahora la nueva regulación de los delitos contra los derechos de los ciudadanos extranjeros, que en el art. 318 bis permite imponer penas que pueden llegar a los quince años de prisión, en caso de tráfico ilegal o inmigración clandestina, cuando el propósito fuera la explotación

⁷⁶⁷ MUÑOZ CONDE, Francisco. *De nuevo sobre el "Derecho penal del enemigo"*. Buenos Aires: Hammurabi, 2005, p. 26.

sexual de personas, se realice con ánimo de lucro, y el culpable perteneciere a una organización o asociación, incluso de carácter transitorio, que se dedicare a la realización de tales actividades;

b) Un régimen de dureza extrema, nunca habida antes, si prescindimos ahora de la pena de muerte, con la pena de prisión en España, representa el nuevo régimen de prolongación de dicha pena hasta cuarenta años, sin apenas posibilidades de reducción y concesión de la libertad condicional, tal como establecen ahora los arts. 78 y 90, tras la reforma de 30 junio 2003, que entró en vigor el mismo día de su publicación, para los delitos de terrorismo.

c) Como ejemplo de anticipación de la intervención del Derecho penal a supuestos alejados incluso de la puesta en peligro del bien jurídico, tenemos los preceptos relativos a la apología del genocidio (art. 607) y la indirecta del terrorismo, a través de su enaltecimiento o justificación (art. 578), o la penalización de la convocatoria de referendums ilegales (art. 506 bis), y de la concesión de ayudas o subvenciones a partidos políticos disueltos o suspendidos por resolución judicial (art. 576 bis)

d) Y como ejemplo de recorte de garantías procesales, (...) están las medidas excepcionales de detención gubernativa por tiempo indefinido de extranjeros sospechosos de terrorismo en Inglaterra (cfr. sin embargo, infra la decisión de la Cámara de los Lores al respecto); o la aceptación como prueba, sancionada legalmente en muchos países, de la declaración del "arrepentido", en los casos de terrorismo y criminalidad organizada (...). En España (...) existen prácticas jurisprudenciales que admiten como prueba de cargo contra un acusado la "declaración del coimputado" (cfr. STS del 29/7/98, "Marey"), o la utilización como medio de prueba de grabaciones audiovisuales obtenidas de una forma que (...) violan la intimidad porque no respetan determinados principios y garantías.⁷⁶⁸

La primera observación que se debe hacer, en relación con lo expuesto por Muñoz Conde es la siguiente: no se puede decir que es desproporcional una pena que puede llegar hasta quince años para el delito de migración clandestina, conducta que en los últimos años tiene sido realizada de forma masiva en España, especialmente en el Estrecho de Gibraltar (bien cómo en Italia, en la isla siciliana llamada Lampedusa), y que pone en riesgo la organización del poco que restó del Estado de Bienestar Social español y de la seguridad pública (v.g., casi uno

⁷⁶⁸ MUÑOZ CONDE, Francisco. *De nuevo sobre el "Derecho penal del enemigo"*. Buenos Aires: Hammurabi, 2005, p. 39

de uno cada tres (27,9%) condenados en España es extranjero⁷⁶⁹), si tenemos en cuenta, por ejemplo, que la pena del homicidio en España puede llegar hasta veinticinco años de prisión.

Se debe aclarar que cuarenta años de prisión como límite máximo de cumplimiento de pena, a supuestos de violación masiva y sistemática de bienes jurídicos, no se presenta de todo irrazonable si tenemos en cuenta que la esperanza de vida media de los españoles hoy es de 82 años⁷⁷⁰, y dicho límite es igual o más bajo que el límite de otros país del mundo, como por ejemplo los límites de cincuenta años, en Argentina⁷⁷¹, sesenta años, en México⁷⁷², prisión perpetua en Italia⁷⁷³ y Francia⁷⁷⁴, y pena de muerte en los Estados Unidos⁷⁷⁵ y China⁷⁷⁶.

⁷⁶⁹ “La mayoría de los condenados en 2010 fueron de nacionalidad española (72,1% frente al 71,7% del año anterior). Entre los extranjeros, los americanos constituyeron la mayoría (39,1% del total).” ESPAÑA. Instituto Nacional de Estadística. Nota de Prensa. Estadística de Condenados y Estadística de Menores. Resultados Provisionales. Año 2010. Madrid. 27 de septiembre de 2011, p. 3.

⁷⁷⁰ “La esperanza de vida es el indicador más ampliamente utilizado para realizar comparaciones sobre la incidencia de la mortalidad en distintas poblaciones y, en base a ello, sobre las condiciones de salud y nivel de desarrollo de una población. (...) En España entre 1994 y 2014, la esperanza de vida al nacimiento de los hombres ha pasado de 74,4 a 80,1 años y la de las mujeres de 81,6 a 85,6 años, según las Tablas de mortalidad que publica el INE. En este período se ha mantenido una diferencia apreciable en la incidencia de la mortalidad por sexos en España, si bien el ratio de masculinidad a la defunción (número de defunciones de hombres por cada 100 defunciones de mujeres residentes en España) ha descendido significativamente en este periodo.” ESPAÑA. Instituto Nacional de Estadística. Publicaciones de descarga gratuita. Mujeres y hombres en España. Salud (actualizado 2 junio 2016). 4.1 Esperanza de vida. Disponible en: <http://www.ine.es/ss/Satellite?L=es_ES&c=INESeccion_C&cid=1259926380048&p=1254735110672&pagina me=ProductosYServicios/PYSLayout>, consultado en 7 ago. 2016.

⁷⁷¹ “Artículo 55.- Cuando concurrieren varios hechos independientes reprimidos con una misma especie de pena, la pena aplicable al reo tendrá como mínimo, el mínimo mayor y como máximo, la suma aritmética de las penas máximas correspondientes a los diversos hechos. Sin embargo, esta suma no podrá exceder de (50) cincuenta años de reclusión o prisión.” ARGENTINA. *Código Penal de la Nación Argentina*, Ley n. 11.179, de 29 de octubre de 1921.

⁷⁷² “Artículo 25.- La prisión consiste en la privación de la libertad corporal. Su duración será de tres días a sesenta años, y sólo podrá imponerse una pena adicional al límite máximo cuando se cometa un nuevo delito en reclusión. Se extinguirá en las colonias penitenciarias, establecimientos o lugares que al efecto señalen las leyes o la autoridad ejecutora de las penas, ajustándose a la resolución judicial respectiva.” MÉXICO. *Código Penal Federal*. Nuevo Código Publicado en el Diario Oficial de la Federación el 14 de agosto de 1931.

⁷⁷³ “art. 22, CP Art. 22. *Ergastolo. La pena dell'ergastolo è perpetua, ed è scontata in uno degli stabilimenti a ciò destinati, con l'obbligo del lavoro e con l'isolamento notturno. Il condannato all'ergastolo può essere ammesso al lavoro all'aperto.*” ITALIA. Regio Decreto 19 ottobre 1930, n. 1398, *Codice Penale*, in: *Gazzetta Ufficiale del 26 ottobre 1930*, n. 251, Roma, 1930.

⁷⁷⁴ “art. 132-18, CP *Lorsqu'une infraction est punie de la réclusion criminelle ou de la détention criminelle à perpétuité, la juridiction peut prononcer une peine de réclusion criminelle ou de détention criminelle à temps, ou une peine d'emprisonnement qui ne peut être inférieure à deux ans. Lorsqu'une infraction est punie de la réclusion criminelle ou de la détention criminelle à temps, la juridiction peut prononcer une peine de réclusion criminelle ou de détention criminelle pour une durée inférieure à celle qui est encourue, ou une peine d'emprisonnement qui ne peut être inférieure à un an.*” FRANCIA. *Code pénal*. Loi n° 92-683 du 22 juillet 1992 portant réforme des dispositions générales du code pénal. NOR: JUSX8900136L.

⁷⁷⁵ “U.S. Code › Title 18 › Part II › Chapter 228 › § 3591 (a) *A defendant who has been found guilty of: (1) an offense described in section 794 or section 2381; or (2) any other offense for which a sentence of death is provided, if the defendant, as determined beyond a reasonable doubt at the hearing under section 3593 (A) intentionally killed the victim; (B) intentionally inflicted serious bodily injury that resulted in the death of the victim; (C) intentionally participated in an act, contemplating that the life of a person would be taken or intending that lethal force would be used in connection with a person, other than one of the participants in the*

Avanzando en el análisis de los supuestos informados por Muñoz Conde, hay que aclarar que no parece irrazonable y desmesurado la imposición de condena de uno a dos años de prisión, sustituible por penas restrictivas de derechos, cómo la pena de trabajo en beneficio de la comunidad (art. 88, del Código Penal Español), a quienes promuevan “*La difusión por cualquier medio de ideas o doctrinas que nieguen o justifiquen los delitos tipificados en el apartado anterior de este artículo (genocidio), o pretendan la rehabilitación de regímenes o instituciones que amparen prácticas generadoras de los mismos*” (art. 607.2, Código Penal) o bien, que promuevan “*El enaltecimiento o la justificación por cualquier medio de expresión pública o difusión de los delitos comprendidos en los artículos 571 a 577 (las múltiples formas de acción de organizaciones terroristas) de este Código o de quienes hayan participado en su ejecución, o la realización de actos que entrañen descrédito, menosprecio o humillación de las víctimas de los delitos terroristas o de sus familiares*” (art. 578, Código Penal).

Aunque que estas sean conductas muy anteriores a la realización de los delitos a que hacen apología, hay que tenerse en cuenta que dichos delitos son de extrema gravedad, y que en un Estado Democrático de Derecho también son bienes jurídicos el respeto a la pluralidad de valores que existen en la sociedad, bien que queda lesionado por la conducta de difusión de ideas justificadoras del genocidio, y la indemnidad psicológica y moral de las víctimas de terrorismo y sus familiares, bien protegido por el delito de extrañamiento de descrédito o humillación a las víctimas de terrorismo, o la justificación de estos actos.

Acerca de las medidas de naturaleza procesal típicas de un Derecho penal del enemigo, nos parece que Muñoz Conde ha presentado un supuesto que realmente parece típico de Derecho penal del enemigo, a saber: posibilidad de prisión provisional por tiempo indefinido a

offense, and the victim died as a direct result of the act; or (D) intentionally and specifically engaged in an act of violence, knowing that the act created a grave risk of death to a person, other than one of the participants in the offense, such that participation in the act constituted a reckless disregard for human life and the victim died as a direct result of the act, shall be sentenced to death if, after consideration of the factors set forth in section 3592 in the course of a hearing held pursuant to section 3593, it is determined that imposition of a sentence of death is justified, except that no person may be sentenced to death who was less than 18 years of age at the time of the offense.” ESTADOS UNIDOS DE AMÉRICA. *The Code of Laws of the United States of America*, Washington: Office of the Law Revision Counsel of the House of Representatives, 1926.

⁷⁷⁶ “*Article 33. The types of principal punishments are: (1) control; (2) Criminal detention; (3) fixed-term imprisonment; (4) life imprisonment; and (5) The death penalty.*” CHINA. *Criminal Law of the People's Republic of China*. Adopted by the Second Session of the Fifth National People's Congress on July 1, 1979 and amended by the Fifth Session of the Eighth National People's Congress on March 14, 1997.

extranjeros sospechosos de terrorismo, de acuerdo con el concepto de Derecho penal del enemigo adoptado en este trabajo. Es así, y solamente es así, si dicho tiempo indeterminado sea igual a la posibilidad de prisión provisional perpetua en estos supuestos, una vez que si existen mecanismo procesales que permiten postular la libertad por exceso de tiempo razonable del arresto provisional, no tendrá el carácter absoluto necesario dicha medida. Hay que investigar mejor el derecho inglés para saber los detalles de dicha medida procesal.

Una de las medidas procesales indicadas por Muñoz Conde como típicas de Derecho penal de enemigo, en España, es declaración del coimputado como prueba de cargo. Aunque todos los imputados no tengan el deber de decir la verdad, la declaración de un coimputado sólo puede hacer prueba de un cargo, en España, si resulta corroborada por otros elementos de prueba (Véase: SSTC. 153/1997⁷⁷⁷, FJ 6, 49/1998⁷⁷⁸, FJ 5 y 115/1998, FJ 5⁷⁷⁹), y por eso, no se

⁷⁷⁷ “6. El incumplimiento de los requisitos señalados, impide hablar en este caso de prueba preconstituida practicada con las garantías suficientes. A lo que hay que añadir que cuando la única prueba de cargo consiste en la declaración de un coimputado -como ocurre en este caso-, es preciso recordar la doctrina de este Tribunal, conforme a la cual el acusado, a diferencia del testigo, no sólo no tiene obligación de decir la verdad sino que puede callar total o parcialmente o incluso mentir (STC 129/1996; en sentido similar STC 197/1995), en virtud de los derechos a no declarar contra sí mismo y a no confesarse culpable, reconocidos en el art. 24.2 de la C.E., y que son garantías instrumentales del más amplio derecho a la defensa (SSTC 29/1995, 197/1995; véase además S. del T.E.D.H. de 25 de febrero de 1993, asunto Funke, A. 256-A). Es por ello por lo que la declaración inculpativa del coimputado carece de consistencia plena como prueba de cargo cuando siendo única, como aquí ocurre, no resulta mínimamente corroborada por otras pruebas en contra del recurrente, ya que ni hubo más actividad probatoria de cargo que la declaración del coimputado don Javier Cancio, ni la acusación intentó verificar ninguno de los extremos a que se hacía referencia en dicha declaración (existencia del bar en Cádiz donde se dice que recogió la mercancía, persona que le entregó el paquete, etc.)” ESPAÑA. Tribunal Constitucional. Sala Segunda. Sentencia n. 153/1997, de 29 de septiembre, BOE núm. 260, de 30 de octubre de 1997.

⁷⁷⁸ “5. El incumplimiento de los requisitos señalados, impide hablar en este caso de prueba preconstituida practicada con las garantías suficientes (SSTC 303/1993, 36/1995, 200/1996, 40/1997 y 153/1997, entre otras). A lo que hay que añadir que cuando la única prueba de cargo consiste en la declaración de un coimputado -como ocurre en este caso-, es preciso recordar la doctrina de este Tribunal, conforme a la cual el acusado, a diferencia del testigo, no sólo no tiene obligación de decir la verdad sino que pueda callar total o parcialmente o incluso mentir (STC 129/1996; en sentido similar STC 197/1995), en virtud de los derechos a no declarar contra sí mismo y a no confesarse culpable, reconocidos en el art. 24.2 C.E., y que son garantías instrumentales del más amplio derecho de la defensa (SSTC 29/1995 y 197/1995). Por ello la declaración inculpativa del coimputado carece de consistencia plena como prueba de cargo cuando siendo única, como aquí ocurre, no resulta mínimamente corroborada por otras pruebas en contra del recurrente y, además, la contradicción en la que aquél incide no fue objeto de confrontación.” ESPAÑA. Tribunal Constitucional. Sala Segunda. Sentencia n. 49/1998, de 2 de marzo, BOE núm. 77, de 31 de marzo de 1998.

⁷⁷⁹ “5. (...) Al respecto resulta crucial la jurisprudencia sentada por la STC 153/1997, recientemente reiterada por la STC 49/1998, que recoge y complementa la doctrina de este Tribunal referente a la relación de la valoración del testimonio del coimputado con el derecho a la presunción de inocencia. Sus aspectos esenciales se recogen en el siguiente fragmento: "Cuando la única prueba de cargo consiste en la declaración de un coimputado - como ocurre en este caso-, es preciso recordar la doctrina de este Tribunal, conforme a la cual el acusado, a diferencia del testigo, no sólo no tiene obligación de decir la verdad sino que puede callar total o parcialmente o incluso mentir (STC 129/1996; en sentido similar STC 197/1995), en virtud de los derechos a no declarar contra sí mismo y a no confesarse culpable, reconocidos en el art. 24.2 de la C.E., y que son garantías instrumentales del más amplio derecho a la defensa (SSTC 29/1995, 197/1995; véase además Sentencia del T.E.D.H. de 25 de febrero de 1993, asunto Funke, A. 256-A). Es por ello por lo que la declaración inculpativa del coimputado

puede decir que dicho medio de prueba es típico de un Derecho penal del enemigo, una vez que su valoración independiente de otros medios de prueba no es suficiente para basar una condena penal, de acuerdo con el Tribunal Constitucional de España⁷⁸⁰. La utilización de la declaración del coimputado en estas estrictas condiciones no parece irrazonable, porque tiene en cuenta la debilidad natural de este tipo de fuente de prueba, que proviene de la no exigencia de que los imputados digan la verdad, que se puede soslayar dicha debilidad con la exigencia de la corroboración de su contenido por otros tipos de prueba que no tengan dicha debilidad.

Aunque no sea legítimo, tampoco se puede calificar de medidas procesales típicas de un Derecho penal del enemigo la utilización de grabaciones audiovisuales que violan la intimidad, porque no respetan determinados principios y garantías, por las siguientes razones. Véase el siguiente ejemplo hipotético, que trata del Derecho constitucional a la intimidad: “una audiencia provincial confirma la condena de un hombre por la conducta de maltrato a su hermano (art. 147, Código Penal Español) que ha pasado en 23 de abril de 2014, en el patio trasero de su casa, teniendo como única prueba la grabación de los hechos realizada por un vecino.”⁷⁸¹

carece de consistencia plena como prueba de cargo cuando siendo única, como aquí ocurre, no resulta mínimamente corroborada por otras pruebas en contra del recurrente" (fundamento jurídico 6º). Así, pues, a la vista de los condicionantes que afectan al coimputado de sometimiento a un proceso penal y de ausencia de un deber de veracidad, el umbral mínimo que da paso al campo de libre valoración judicial de la prueba practicada está conformado en este tipo de supuestos por la adición a las declaraciones del coimputado de algún dato que corrobore mínimamente su contenido. Antes de ese mínimo no puede hablarse de base probatoria suficiente o de inferencia suficientemente sólida o consistente desde la perspectiva constitucional que demarca la presunción de inocencia. (...)” ESPAÑA. Tribunal Constitucional. Sala Segunda. Sentencia n. 115/1998, de 1 de junio, BOE núm. 158, de 03 de de juliol de 1998.

⁷⁸⁰ “A partir de los anteriores pronunciamientos, en la STC 153/1997 el Tribunal Constitucional se refiere no a su invalidez, sino a su insuficiencia e inconsistencia como prueba de cargo cuando es la única que pretende sustentar una declaración de condena. En tales casos, añade desde entonces la jurisprudencia constitucional, la declaración del coimputado carece de consistencia plena como prueba de cargo cuando, siendo única, no resulta mínimamente corroborada por otras pruebas, pues no es base probatoria que permita una inferencia suficientemente sólida para justificar por sí sola la condena [SSTC. 153/1997, FJ 6.; 49/1998, FJ 5. y 115/1998, FJ 51].” SÁNCHEZ YLLERA, Ignacio. “Dudas razonables la declaración de los coimputados.” En: *Revista jurídica galega*, nº. 50, 2006, pp. 13-33, p. 14.

⁷⁸¹ “Artículo 147.1. El que, por cualquier medio o procedimiento, causare a otro una lesión que menoscabe su integridad corporal o su salud física o mental, será castigado, como reo del delito de lesiones con la pena de prisión de tres meses a tres años o multa de seis a doce meses, siempre que la lesión requiera objetivamente para su sanidad, además de una primera asistencia facultativa, tratamiento médico o quirúrgico. La simple vigilancia o seguimiento facultativo del curso de la lesión no se considerará tratamiento médico. 2. El que, por cualquier medio o procedimiento, causare a otro una lesión no incluida en el apartado anterior, será castigado con la pena de multa de uno a tres meses. 3. El que golpeare o maltratare de obra a otro sin causarle lesión, será castigado con la pena de multa de uno a dos meses. 4. Los delitos previstos en los dos apartados anteriores sólo serán perseguibles mediante denuncia de la persona agraviada o de su representante legal.” ESPAÑA. Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código penal. *Boletín Oficial del Estado*, 24 de noviembre de 1995, núm. 281.

La legislación procesal aplicable es la siguiente. Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial (Vigente hasta el 22 de Julio de 2014). “*Artículo 11. 1. En todo tipo de procedimiento se respetarán las reglas de la buena fe. No surtirán efecto las pruebas obtenidas, directa o indirectamente, violentando los derechos o libertades fundamentales.*” La Ley Orgánica 1/1982, de 5 de mayo, sobre protección civil del derecho al honor, a la intimidad personal y familiar y a la propia imagen, establece en su artículo 7 que: “*tendrán la consideración de intromisiones ilegítimas en el ámbito de protección delimitado por el artículo 2 de esta ley: (...) 5. La captación, reproducción o publicación por fotografía, filme o cualquier otro procedimiento, de la imagen de una persona en lugares o momentos de su vida privada o fuera de ellos, salvo los casos previstos en el artículo 8.2.*” El artículo 8.2 de dicha Ley establece que: “*En particular, el derecho a la propia imagen no impedirá: a) Su captación, reproducción o publicación por cualquier medio, cuando se trate de personas que ejerzan un cargo público o una profesión de notoriedad o proyección pública y la imagen se capte durante un acto público o en lugares abiertos al público. b) La utilización de la caricatura de dichas personas, de acuerdo con el uso social. c) La información gráfica sobre un suceso o acaecimiento público cuando la imagen de una persona determinada aparezca como meramente accesoria.*”

Así pues, la grabación realizada por el vecino es un ejemplo de captación de la imagen del imputado en lugar de su vida privada, no se encaja en las excepciones previstas en el art. 8.2 de dicha Ley, y por eso, se constituye en una intromisión indebida violación al derecho de intimidad, de acuerdo con el art. 7 de dicha Ley, y por eso, es un ejemplo de prueba obtenida bajo la violación de un derecho fundamental que no surtirá efecto, de acuerdo con el art. 11.1 de la LOPJ⁷⁸² vigente en la época. Sin embargo, dicha audiencia provincial confirmó la condena basada únicamente en una prueba ilegal.

Preguntas: ¿Qué tiene que ver eso con Derecho penal del enemigo? ¿Se puede identificar como enemigo el imputado de lesiones a su hermano? ¿Hacerlo no representa un menoscabo del concepto de enemigo y la imprecisión completa en identificar una forma de Derecho penal del enemigo? Respuestas: Nada tiene que ver con Derecho penal del enemigo. No se puede

⁷⁸² ESPAÑA. Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial. *Boletín Oficial del Estado*, núm. 157, de 02 de julio de 1985.

calificar el imputado en este caso de enemigo. Hacerlo presupondría un completo menoscabo de la noción del enemigo y una imprecisión completa en identificar lo que es y lo que no es Derecho penal del enemigo, por carencia de la idea central de exclusión, núcleo duro del concepto de enemigo, conforme se aclara a lo largo de este trabajo.

Muñoz Conde identifica una serie de características en la legislación y en la jurisprudencia y las califica como típicas de un Derecho penal del enemigo, sin embargo, aunque algunas prácticas jurisprudenciales ponderen derechos fundamentales, y en virtud de la legislación por él informada no ser de todo desproporcionada o irrazonable, de acuerdo con lo aquí se ha planteado, no se puede decir que dichas prácticas jurisprudenciales y leyes aplican o crean institutos típicos de Derecho penal del enemigo. Así pues, se puede ver que su visión acerca del tema no es la más profundizada y cuidadosa, aunque sus observaciones sean muy valiosas al debate que ahora se plantea.

6.1.2 Eugenio Raúl Zaffaroni.

Avanzando en los análisis de los conceptos creados por la doctrina, ahora se estudiará lo que Zaffaroni ha escrito sobre el tema, véase:

“Quizá hasta cierto punto los teóricos cayeron en la negación del fenómeno de represivización de las legislaciones penales sancionadas con motivo o pretexto de emergencias, hasta que la realidad legislativa alcanzó un punto que impedía todo mecanismo de huida, pero lo cierto es que la invocación de emergencias justificantes de estados de excepción no son para nada recientes, pues si nos limitamos a la etapa posterior a la Segunda Guerra Mundial, hace más de tres décadas que se vienen sancionando en Europa estas leyes, que se ordinarizan - convirtiéndose en la excepción perpetua - y que fueron superadas largamente por la legislación de seguridad latinoamericana. Se ha señalado que las características de este avance contra el tradicional Derecho penal liberal o de garantías consistirían en la anticipación de las barreras de punición (alcanzando a los actos preparatorios), la desproporción en las consecuencias jurídicas (penas como medidas de contención sin proporción con la lesión realmente inferida), el marcado debilitamiento de las garantías procesales y la identificación de los destinatarios mediante un fuerte giro al Derecho penal de autor.”⁷⁸³

⁷⁸³ZAFFARONI, Eugenio Raúl. *El enemigo en el Derecho penal*, Ediar Sociedad Anónima, 2006, p. 14.

Las características que Zaffaroni establece como típicas del endurecimiento del Derecho penal y consecuentemente de un Derecho penal del enemigo se listan a continuación: (1) *avance contra el tradicional derecho liberal o de garantías*, (2) *anticipación de las barreras de punición, que alcanzan actos preparatorios*, (3) *desproporción en las consecuencias jurídicas en relación con la lesión realmente inferida*, (4) *fuerte debilitamiento de las garantías procesales*, y (5) *institución de un Derecho penal de autor*.

Zaffaroni considera los institutos típicos de Derecho penal del enemigo como avances contra el tradicional Derecho penal liberal o de garantías. Dichos institutos representan, por supuesto, un avance en relación con el Derecho penal tradicional, ¿pero representan también un avance contra el Derecho penal liberal? Véase un concepto de liberalismo, a continuación:

Como teoría económica, el liberalismo es partidario de la economía de mercado; como teoría política es simpatizante del Estado que gobierne lo menos posible o, como se dice hoy, del Estado mínimo (es decir, reducido al mínimo indispensable).⁷⁸⁴

Es claro que el Derecho penal es la *ultima ratio* de intervención del Estado en la sociedad, es decir, el Derecho penal interviene en los casos más extremos, donde no se puede prescindir de la intervención del Estado. Sin embargo, ni mismo el liberalismo echa de menos el Derecho penal, pero intenta reducir toda la esencia del derecho público a esta rama del derecho, véase:

A pesar de la idea recurrente en la filosofía del Derecho moderno (Hegel incluido) de que el Derecho, a diferencia de la moral, consiste en preceptos negativos, cuyo primer principio es el *neminem laedere*, todo ordenamiento jurídico, incluso el del Estado liberal ideal (que en realidad jamás existió), consiste en preceptos negativos y positivos. La idea de que la única tarea del Estado sea la de impedir que los individuos se hagan daño mutuamente, idea que será llevada a sus consecuencias extremas y rigidez por el liberalismo exacerbado de Herbert Spencer, deriva de una reducción arbitraria de todo el Derecho público a Derecho penal (de donde viene la imagen del Estado guardián nocturno o gendarme).⁷⁸⁵

⁷⁸⁴ BOBBIO, Norberto. *El futuro de la democracia*. Traducción de. trad. de José F. Fernández Santillán, 3ª ed., México D. F., Fondo de Cultura Económica, 2001, p. 89.

⁷⁸⁵ BOBBIO, Norberto. *El futuro de la democracia*. Traducción de. trad. de José F. Fernández Santillán, 3ª ed., México D. F., Fondo de Cultura Económica, 2001, pp. 87 y ss.

Así pues, cabe plantar la pregunta: ¿Que sería un Derecho penal liberal? Para contestar a esta cuestión se debe comprender lo que el liberalismo establece en relación a los poderes del Estado y las condiciones de su intervención en la sociedad y en el ámbito de las libertades individuales. Las raíces de la respuesta se encuentran en la obra de John Stuart Mill, véase:

El simple hecho de vivir en sociedad impone a cada uno una cierta línea de conducta hacia los demás. Esta conducta consiste, primero, en no perjudicar los intereses de los demás, o más bien, ciertos intereses que, sea por una disposición legal expresa, sea por un acuerdo tácito, deben ser considerados como derechos; segundo, en tomar cada uno su parte (que debe fijarse según principio equitativo) de los trabajos y los sacrificios necesarios para defender a la sociedad o a sus miembros de cualquier daño o vejación. La sociedad tiene el derecho absoluto de imponer estas obligaciones a los que querrían prescindir de ellas. Y esto no es todo lo que la sociedad puede hacer. Los actos de un individuo pueden ser perjudiciales a los demás, o no tomar en consideración suficiente su bienestar, sin llegar hasta la violación de sus derechos constituidos. El culpable puede entonces ser castigado por la opinión con toda justicia, aunque no lo sea por la ley. Desde el momento en que la conducta de una persona es perjudicial a los intereses de otra, la sociedad tiene el derecho de juzgarla, y la pregunta sobre si esta intervención favorecerá o no el bienestar general se convierte en tema de discusión. (...) Con respecto a la conducta de los hombres hacia sus semejantes, la observancia de las reglas generales es necesaria, a fin de que cada uno sepa lo que debe esperar; pero, con respecto a los intereses particulares de cada persona, la espontaneidad individual tiene derecho a ejercerse libremente.⁷⁸⁶

La doctrina política llamada liberalismo, más allá de admitir la actividad coercitiva del Estado a través del Derecho penal, postula dicha actividad, desde que sea justificada. En la cita transcrita, Mill informa la sociedad tiene el derecho absoluto de imponer las obligaciones que establece y de castigar, lo que justifica la intervención del Estado con el fin de castigar los hombres que perjudican a los demás, que no cumplen sus obligaciones, que no toman su encargo de sacrificios necesario para proteger la sociedad y que no se comportan hacia sus semejantes observando las reglas generales, para asegurar la expectativa que los otros tienen de su acción (doble contingencia, conforme explicado en apartado propio).

⁷⁸⁶ MILL, John Stuart. *Sobre la libertad* (1859), traducción por Josefa Sainz Pulido, Barcelona, Aguilar, 1985, p. 88 y ss.

Ahora se debe preguntar: ¿un Derecho penal mínimo es necesariamente un Derecho penal liberal? Se puede concluir, delante lo expuesto, que para el liberalismo (a lo mejor para el liberalismo de Mill) el Estado puede intervenir en la sociedad para garantizar el cumplimiento de las reglas generales creadas por la propia sociedad, con el fin de garantizar la mera expectativa de comportamiento que los hombres tienen entre sí, para favorecer el bienestar general.

Así pues, la idea de liberalismo, o bien de Derecho penal liberal prevé la posibilidad de castigar conductas previas a la lesión de un bien jurídico, desde que dicho castigo se base en una norma general creada por los hombres libres en sociedad. No hay que confundir los conceptos, y atribuir el carácter de liberal al Derecho penal mínimo (que sólo permite la imposición de castigos a conductas que lesiones efectivamente a un bien jurídico), y así, calificar de antiliberal la posibilidad de criminalización a un estado previo a la lesión a un bien jurídico, o a lo que se puede llamar de Derecho penal de enemigo. La acción de afirmar lo contrario, como lo hace Zaffaroni, sólo puede estar basada en un prejuicio de lo que sea liberalismo o la falsa idea que establece como iguales un Derecho penal mínimo y un Derecho penal liberal.

Otro elemento del concepto de Derecho penal del enemigo puesto por Zaffaroni es la desproporción entre las consecuencias jurídicas y la lesión de hecho realizado. Lo que se puede decir es que realmente, incluso Jakobs admite que las penas, en los casos de delitos de peligro identificados como típicos de Derecho penal del enemigo, están cercanas de estándares de algunos delitos de lesión. Sin embargo, un Derecho penal que tiene por finalidad la gestión de riesgos, como por ejemplo, la posibilidad de aplicación del principio de precaución en el ámbito del Derecho penal ambiental, y la existencia de tipos de delitos de peligro que castigan conductas sensibles en la sociedad (como los delitos de peligro que tratan de las actividades de manipulación de materiales radioactivos), no puede ser calificada como Derecho penal del enemigo, porque dicha característica nos es suficiente para enmarcar el rompimiento con el Derecho penal clásico y la centralidad de un Derecho penal radical, orientado a la neutralización de quien considera enemigo de la sociedad. Se debe aclarar que tampoco dicha característica añadida a las demás características puestas por Zaffaroni es capaz de caracterizar efectivamente un Derecho penal del enemigo, de acuerdo con lo que se ha demostrado hasta ahora, y con lo que se explicará.

Otra cuestión puesta por Zaffaroni se relaciona con la vulneración de las garantías procesales, como característica típica de un Derecho penal del enemigo. Dicho autor informa que es característico del Derecho penal del enemigo un fuerte debilitamiento de las garantías procesales. Es seguro que una fuerte vulneración de las garantías procesales representa un avance hacia lo que se puede llamar de Derecho penal del enemigo. El propio Jakobs informa que la restricción de ámbitos privados en el proceso judicial es una característica del Derecho penal del enemigo, en su concepto del tema, expuesto en el apartado precedente. Sin embargo, muchas normas procesales que hoy son calificadas como Derecho penal del enemigo, no son más que normas de un derecho procesal penal menos comprometido en asegurar las garantías del imputado, pero que no llegan al extremo de un Derecho penal del enemigo.

Es muy frecuente ver una legislación procesal penal con algunas características del proceso inquisitivo ser calificada como Derecho penal (procesal) del enemigo. Como ejemplos son la posibilidad de iniciativa probatoria del juez en el derecho brasileño⁷⁸⁷ y en el derecho español⁷⁸⁸. Se dice que si el juez puede producir prueba, se sustituye el principio *in dubio pro reo* y su consecuente absolución del imputado, por más investigación, con el fin de fundamentar una sentencia judicial condenatoria. Sin embargo, dicha posibilidad, proviene de la ponderación entre el principio de respeto al estado de inocencia y entre el principio de la efectividad del proceso, donde, por ejemplo, la actividad probatoria del juez sólo puede ser

⁷⁸⁷ “Art. 156. A prova da alegação incumbirá a quem a fizer, sendo, porém, facultado ao juiz de ofício: I - ordenar, mesmo antes de iniciada a ação penal, a produção antecipada de provas consideradas urgentes e relevantes, observando a necessidade, adequação e proporcionalidade da medida; II - determinar, no curso da instrução, ou antes de proferir sentença, a realização de diligências para dirimir dúvida sobre ponto relevante.” BRASIL. Decreto-lei nº 3.689, de 03 de outubro de 1941. Código de Processo Penal. *Diário Oficial da União*, Rio de Janeiro, 13 out. 1941.

⁷⁸⁸ “Artículo 87. 1. Los Juzgados de Instrucción conocerán, en el orden penal: a) De la instrucción de las causas por delito cuyo enjuiciamiento corresponda a las Audiencias Provinciales y a los Juzgados de lo Penal, excepto de aquellas causas que sean competencia de los Juzgados de Violencia sobre la Mujer. b) Les corresponde asimismo dictar sentencia de conformidad con la acusación en los casos establecidos por la Ley y en los procesos por aceptación de decreto. c) Del conocimiento y fallo de los juicios de faltas, salvo los que sean competencia de los Jueces de Paz, o de los Juzgados de Violencia sobre la Mujer. d) De los procedimientos de "habeas corpus". e) De los recursos que establezca la ley contra las resoluciones dictadas por los Juzgados de Paz del partido y de las cuestiones de competencia entre éstos. f) De la adopción de la orden de protección a las víctimas de violencia sobre la mujer cuando esté desarrollando funciones de guardia, siempre que no pueda ser adoptada por el Juzgado de Violencia sobre la Mujer. g) De la emisión y la ejecución de los instrumentos de reconocimiento mutuo de resoluciones penales en la Unión Europea que les atribuya la ley. h) De los procedimientos de decomiso autónomo por los delitos para cuyo conocimiento sean competentes. 2. Asimismo, los juzgados de instrucción conocerán de la autorización del internamiento de extranjeros en los centros de internamiento, así como del control de la estancia de éstos en los mismos y en las salas de inadmisión de fronteras. También conocerán de las peticiones y quejas que planteen los internos en cuanto afecten a sus derechos fundamentales.” ESPAÑA, Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial. *Boletín Oficial del Estado*, núm. 157, de 02 de julio de 1985.

ejercida si limitada a la mera aclaración de hechos no aclarados por la iniciativa probatoria de la acusación o de la defensa, que puede permitir tanto la absolución, cómo la condena, cómo pasa en Brasil, por ejemplo y, por eso, no puede ser calificada como exclusión de la garantía de presunción de inocencia, ni tampoco caracterizarse como un Derecho penal del enemigo.

Hay que aclarar que en la legislación procesal penal brasileña hay la posibilidad expresa del juez conceder *habeas corpus ex officio*⁷⁸⁹, es decir, de extinguir el proceso penal, la investigación criminal o conceder libertad al reo sin que su defensa haya pedido, lo que es una característica claramente de un procedimiento inquisitivo pero que, sin embargo, está orientada a la garantía de los derechos fundamentales del imputado, lo que aniquila definitivamente la posibilidad de asociarse reglas de un sistema inquisitivo a un Derecho penal del enemigo.

Se puede poner también el ejemplo de la utilización de grabaciones de llamadas telefónicas sin la autorización del imputado cómo fuente de prueba derivada de la autoría de delitos de secuestro. Así pues, cuando la vida de la víctima secuestrada está en riesgo (estado de necesidad), la utilización de grabación de llamada telefónica entre el delincuente y la familia de la víctima para encontrar el local donde ella se encuentra secuestrada, y la consecuente utilización de las pruebas derivadas de dicha grabación (aquí ya no hay más estado de necesidad), cómo el testimonio de los policías que rescataron dicha víctima, como prueba del delito y su autoría (excepción a la teoría de los frutos del árbol envenenado), no se puede decir que dicha utilización sea típica de un derecho procesal penal del enemigo, aunque la prueba haya sido realizada bajo la violación al derecho fundamental a la intimidad y a la privacidad del imputado. Así es porque el hecho de flexibilizar las garantías fundamentales del imputado, en este caso, no es suficiente para calificar la reacción del Estado como reacción a un enemigo, lo que debe ser típico, por razones etimológicas, al Derecho penal del enemigo.

⁷⁸⁹ “Art. 654. O habeas corpus poderá ser impetrado por qualquer pessoa, em seu favor ou de outrem, bem como pelo Ministério Público. (...) §2º Os juízes e os tribunais têm competência para expedir de ofício ordem de habeas corpus, quando no curso de processo verificarem que alguém sofre ou está na iminência de sofrer coação ilegal.” BRASIL. Decreto-lei nº 3.689, de 03 de outubro de 1941. Código de Processo Penal. *Diário Oficial da União*, Rio de Janeiro, 13 out. 1941.

Al final, Zaffaroni informa que el avance contra un Derecho penal clásico o de garantía, identificado como Derecho penal del enemigo, tiene como característica la creación de un Derecho penal de autor. Zaffaroni define Derecho penal de autor:

“Este Derecho penal imagina que el delito es síntoma de un estado del autor, siempre inferior al del resto de las personas consideradas normales. Este estado de inferioridad tiene para unos naturaleza moral y, por ende, se trata de una versión secularizada de un estado de pecado jurídico, en tanto que para otros es de naturaleza mecánica y, por lo tanto, se trata de un estado peligroso. Los primeros asumen expresa o tácitamente la función de divinidad personal y los segundos asumen la de divinidad impersonal y mecánica.”⁷⁹⁰

Para Zaffaroni, el Derecho penal de autor identifica el delito como un síntoma del autor, ser inferior a los demás, en una versión secularizada de un estado de pecado jurídico. Los conceptos más difundidos de Derecho penal de autor (como la punición más fuerte de un autor de delito que reitera la práctica delictiva) no se acercan mucho del concepto puesto por Zaffaroni, que conlleva características típicas de un *manifiesto y profano-anticristiano* vinculado al concepto de pecado, o conlleva características de un *higienismo social* típico de la criminología positivista del siglo diecinueve, vinculado a la peligrosidad criminal que proviene de las características biológicas del autor. En general, Derecho penal de autor es un derecho orientado a sancionar una persona, sea por una característica personal o por un comportamiento determinado (no delictivo), que no mira a los hechos practicados por dicha persona para realizar un proceso de imposición de sanción penal, puesto en marcha por el sistema penal.

Sin embargo, lo que existe hoy en nuestros ordenamientos jurídicos se identifica mucho más con un Derecho penal del peligro que propiamente con un Derecho penal de autor. Dicho Derecho penal está centrado en la puesta real o potencial en peligro a un bien jurídico, y no tiene nada que ver con la peligrosidad personal del autor a la sociedad, considerada partiéndose de características biológicas o del comportamiento de dicho autor. Como ejemplo, se puede identificar los tipos de delitos de peligro abstractos de sobre la posesión, sin autorización, de materiales nucleares o radioactivos, previstos en España, en el artículo 354

⁷⁹⁰ ZAFFARONI, Eugênio Raúl. ALAGIA, Alejandro. SLOKAR, Alejandro W. *Derecho Penal: Parte general*. 2ª ed., Buenos Aires, Ediar, 2002, p. 66.

del Código Penal Español⁷⁹¹ y en Brasil, en el artículo 22 de la Ley n.º 6.453, del año 1997⁷⁹². Dichos artículos prevén a aplicación de penas de prisión a personas que poseen materiales radioactivos, sin autorización del Estado, aunque dichos materiales no causen lesión, peligro de lesión, o muerte a alguien, y por eso, son tipos penales de delitos de peligro abstracto.

Así pues, no se puede decir que dichos tipos de delitos de peligro conlleven las características informadas por Zaffaroni, porque aunque que no impliquen en efectiva lesión o riesgo de lesión de alguno bien jurídico, no se puede identificar el delito como un síntoma de un autor peligroso, en estado de inferioridad moral o social, sea por su condición pecaminosa o su estado peligroso natural. Tampoco, teniendo en consideración los conceptos más difusos de Derecho penal de autor, se puede decir que el castigo, en estos casos, se orienta a reprochar una característica personal del autor o una conducta por él realizada que no sea un delito. Por dichas razones, se puede informar que Zaffaroni no crea bien un concepto de Derecho penal de autor, en virtud de asociar a dicho concepto las nociones de pecado y estado de peligrosidad personal. Así pues, se puede decir también que tanto los conceptos más difusos de Derecho penal de autor, cuanto el concepto puesto por Zaffaroni, no califican bien un Derecho penal del peligro que existe hoy en nuestras sociedades, Derecho penal este por muchas veces vinculado a la noción de Derecho penal del enemigo, en virtud de la centralidad que tiene la idea de peligrosidad, aunque potencial, al bien jurídico en su *ratio essendi*, en lugar de la idea de necesidad de reproche al autor por sus características o comportamientos personales no delictivos, típica de un Derecho penal de autor. Los ejemplos de endurecimiento del Derecho penal y su consecuente avance hacia el Derecho penal del enemigo puestos por Zaffaroni son:

⁷⁹¹ “Artículo 345. 1. El que se apodere de materiales nucleares o elementos radiactivos, aun sin ánimo de lucro, será sancionado con la pena de prisión de uno a cinco años. La misma pena se impondrá al que sin la debida autorización posea, trafique, facilite, trate, transforme, utilice, almacene, transporte o elimine materiales nucleares u otras sustancias radiactivas peligrosas que causen o puedan causar la muerte o lesiones graves a personas, o daños sustanciales a la calidad del aire, la calidad del suelo o la calidad de las aguas o a animales o plantas. 2. Si el hecho se ejecutara empleando fuerza en las cosas, se impondrá la pena en su mitad superior. 3. Si el hecho se cometiera con violencia o intimidación en las personas, el culpable será castigado con la pena superior en grado. 4. El que sin la debida autorización produjere tales materiales o sustancias será castigado con la pena superior en grado.” ESPAÑA. Ley orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código penal. *Boletín Oficial del Estado*, 24 de noviembre de 1995, núm. 281.

⁷⁹² “Art. 22 - Possuir, adquirir, transferir, transportar, guardar ou trazer consigo material nuclear, sem a necessária autorização. Pena: reclusão, de dois a seis anos.” BRASIL. Lei nº 6.453, de 17 de Outubro de 1977. Dispõe sobre a responsabilidade civil por danos nucleares e a responsabilidade criminal por atos relacionados com atividades nucleares e dá outras providências. *Diário Oficial da República Federativa do Brasil*, Brasília, DF, 18 out. 1977.

En la doctrina jurídico-penal puede señalarse el debilitamiento del Derecho penal de garantías a través de la imputación jurídica, conforme a criterios que se independizan de la causalidad; de la minimización de la acción en beneficio de la omisión, sin que interese lo que realmente el agente haga sino el deber que haya violado; de la construcción del dolo sobre la base de simple conocimiento [teoría del conocimiento], que le permite abarcar campos antes considerados propios de la negligencia; de la pérdida de contenido material del bien jurídico, con los consiguientes procesos de clonación que permiten una nebulosa multiplicación de ellos; de la cancelación de la exigencia de lesividad conforme a la multiplicación de tipos de peligro sin peligro (peligro abstracto o presunto); de la lesión a la legalidad mediante tipos farragosos y vagos y la delegación de función legislativa-penal con el pretexto de las llamadas leyes penales en blanco; etcétera.⁷⁹³

Así pues, para tener claro los casos que Zaffaroni pone como ejemplos características de un Derecho penal del enemigo, se puede hacer el siguiente listado: (1) *imputación jurídica conforme a criterios que se independizan de la causalidad*, (2) *de la minimización de la acción en beneficio de la omisión*, (3) *la construcción del dolo sobre la base de simple conocimiento*, (4) *la pérdida de contenido material del bien jurídico*, (5) *de la cancelación de la exigencia de lesividad conforme a la multiplicación de tipos de peligro*, (6) *lesión a la legalidad mediante tipos farragosos y vagos y la creación de leyes penales en blanco*.

De entrada, se puede observar que los ejemplos puestos por el autor hacen referencia a situaciones de expansión del Derecho penal, de los límites de punibilidad, lo que está relacionado con un Derecho penal del enemigo. Sin embargo, dichos ejemplos también se constituyen en puntos de donde la sociedad actual ha decidido modernizar el Derecho penal, en virtud del cambio radical por el cual han pasado algunas relaciones sociales en el último siglo, es decir, estos ejemplos son casos típicos de situaciones de expansión del Derecho penal, pero eso no implica en el hecho de que son también ejemplos de Derecho penal del enemigo. Ni toda expansión del Derecho penal en la actualidad puede ser calificada como Derecho penal del enemigo porque este posee características típicas específicas, y no puede convertirse en el *cajón de sastre* de todo lo que se crea en al sentido de expandir o modernizar el Derecho penal. Eso es lo que se aclarará a continuación.

⁷⁹³ ZAFFARONI, Eugenio Raúl. *El enemigo en el Derecho penal*, Ediar Sociedad Anónima, 2006, p. 14 y ss.

El primer ejemplo que pone Zaffaroni es el caso de la legislación que crea situaciones de imputación jurídica conforme a criterios que se independizan de la causalidad, es decir, la creación de una legislación que establece una responsabilidad por el resultado, a través de la aproximación al principio *versari in re illicita* (de acuerdo con el cual, el agente es culpable de cualquiera consecuencia ilícita de su acción, independiente del dolo o negligencia de su conducta). Un ejemplo de este tipo de responsabilidad es la teoría de la *actio libera in causa*, a través de la cual, es posible imputar a un agente un resultado ilícito realizado por él en estado de ausencia de libertad o de anormalidad motivacional (y así, sin dolo o negligencia), porque la puesta en dicho estado se produjo a través de una acción libre realizada por él, en un momento antecedente. En general, dicha teoría es aplicable a los casos de trastorno mental transitorio (art. 20, 1º, del Código Penal Español⁷⁹⁴) y el estado de intoxicación plena (art. 20, 2º, del Código Penal Español⁷⁹⁵ y art. 28, II, del Código Penal de Brasil⁷⁹⁶).

Dichas situaciones son ejemplos de excepción al principio de la culpabilidad o de excepciones de una *causalidad con culpabilidad*, pero no son situación de imputación penal de un resultado a un agente cuya conducta no ha producido el resultado. Teniendo en cuenta esa observación, la única real excepción al principio de causalidad (o a la relación de causalidad) que se puede identificar en los ordenamientos jurídicos estudiados, en general, es el caso de los delitos de omisión impropios. En estos casos, no hay causalidad propiamente dicha entre la acción y el resultado, una vez que no hay acción (aunque haya de la conducta), sino omisión. Lo que hay un deber especial de evitar el resultado (posición de garante) creado por la ley (o esta sumada a alguna situación fáctica) y una *supuesta causalidad* de la conducta del agente, creada por la aplicación de la teoría de la *conditio sine qua non*, una vez que la omisión del garante debe ser una condición *sine qua non* a la producción del resultado.

⁷⁹⁴ “Artículo 20 - Están exentos de responsabilidad criminal: 1.º El que al tiempo de cometer la infracción penal, a causa de cualquier anomalía o alteración psíquica, no pueda comprender la ilicitud del hecho o actuar conforme a esa comprensión. El trastorno mental transitorio no eximirá de pena cuando hubiese sido provocado por el sujeto con el propósito de cometer el delito o hubiera previsto o debido prever su comisión.” ESPAÑA. Ley orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código penal. *Boletín Oficial del Estado*, 24 de noviembre de 1995, núm. 281.

⁷⁹⁵ “Artículo 20 - Están exentos de responsabilidad criminal: (...) 2.º El que al tiempo de cometer la infracción penal se halle en estado de intoxicación plena por el consumo de bebidas alcohólicas, drogas tóxicas, estupefacientes, sustancias psicotrópicas u otras que produzcan efectos análogos, siempre que no haya sido buscado con el propósito de cometerla o no se hubiese previsto o debido prever su comisión, o se halle bajo la influencia de un síndrome de abstinencia, a causa de su dependencia de tales sustancias, que le impida comprender la ilicitud del hecho o actuar conforme a esa comprensión.” ESPAÑA. Ley orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código penal. *Boletín Oficial del Estado*, 24 de noviembre de 1995, núm. 281.

⁷⁹⁶ “Art. 28 - Não excluem a imputabilidade penal: I - a emoção ou a paixão; II - a embriaguez, voluntária ou culposa, pelo álcool ou substância de efeitos análogos.” BRASIL. Decreto-lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940. Código Penal. *Diário Oficial da União*, Rio de Janeiro, 31 dez. 1940.

Así pues, se entiende que cuando Zaffaroni informa ser una característica de una legislación típica del Derecho penal del enemigo la creación de ámbitos de imputación jurídica conforme a criterios que se independizan de la causalidad, él hace referencia a la multiplicación de los supuestos de hecho en la ley que prevén la posición de garante (causalidad indirecta), una vez que en estos casos no se exige que la conducta del agente realice el resultado.

Todo eso conduce a la próxima característica del Derecho penal del enemigo informada por Zaffaroni, a saber: la minimización de la acción en beneficio de la omisión. El autor informa ser una característica típica del Derecho penal del enemigo, presente en las leyes del mundo occidental, la multiplicación de los supuestos de omisión, de los tipos penales omisivos. De hecho, en la actualidad, especialmente en el ámbito del Derecho penal ambiental y del Derecho penal económico, se han creado muchos tipos penales omisivos. Como ejemplo del primero caso, se puede poner el delito de omisión de cumplimiento de obligación civil de interés ambiental (art. 68, de la Ley n. 9605, de 12 de febrero de 1998)⁷⁹⁷ y la puesta en peligro de la calidad del aire creada por la omisión de un deber de vigilancia (art. 328, 3º, del Código Penal Español⁷⁹⁸), y del segundo, el delito de dejar de facilitar al cliente la factura de servicios esenciales (art. 2º, ítem IV, de la Ley n. 1521, de 26 de diciembre de 1951⁷⁹⁹).

Otra característica del Derecho penal actual, más duro y más cercano de un Derecho penal del enemigo, para el autor estudiado, es la multiplicación de los supuestos de previsión de la figura de garante, de acuerdo con lo expuesto. Las omisiones impropias (o comisiones por omisión) se caracterizan por la producción de un resultado desvalorado a través de la no

⁷⁹⁷ “Art. 68. Deixar, aquele que tiver o dever legal ou contratual de fazê-lo, de cumprir obrigação de relevante interesse ambiental: Pena - detenção, de um a três anos, e multa.” BRASIL. Lei 9.605 de 12 de fevereiro de 1998. Dispõe sobre as sanções penais e administrativas derivadas de condutas e atividades lesivas ao meio ambiente, e dá outras providências. *Diário Oficial da República Federativa do Brasil*, Brasília, DF, 13 de fevereiro. 1998.

⁷⁹⁸ “Artículo 328 (...) 3. Serán castigados con la pena de prisión de uno a dos años los que en la recogida, el transporte, la valorización, la eliminación o el aprovechamiento de residuos, incluida la omisión de los deberes de vigilancia sobre tales procedimientos, pongan en grave peligro la vida, integridad o la salud de las personas, o la calidad del aire, del suelo o de las aguas, o a animales o plantas.” ESPAÑA. Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código penal. *Boletín Oficial del Estado*, 24 de noviembre de 1995, núm. 281.

⁷⁹⁹ “Art. 2º. São crimes desta natureza: (...) IV - negar ou deixar o fornecedor de serviços essenciais de entregar ao freguês a nota relativa à prestação de serviço, desde que a importância exceda de quinze cruzeiros, e com a indicação do preço, do nome e endereço do estabelecimento, do nome da firma ou responsável, da data e local da transação e do nome e residência do freguês; (...) Pena - detenção, de 6 (seis) meses a 2 (dois) anos, e multa, de dois mil a cinqüenta mil cruzeiros.” BRASIL. Lei n. 1.521, de 26 de dezembro de 1951. Altera dispositivos da legislação vigente sobre crimes contra a economia popular. *Diário Oficial da União*, Rio de Janeiro, 27 dez. 1941.

intervención el curso causal, en infracción de un especial deber del autor. Una vez que el origen del deber de evitar el resultado, de acuerdo con la teoría de las fuentes formales, es la ley, y esta, en Brasil⁸⁰⁰ o España⁸⁰¹, establece que obligaciones contractuales son capaces de generar dicha posición, puede ser muy difuso el origen cercano de dichos deberes.

Lo que pasa con el Derecho penal actual es una multiplicación del papel social de garante a través de actos normativos legales e infralegales, como leyes, decretos y otros, y actos normativos particulares, como el estatuto o contrato de creación de una persona jurídica, en los cuales se establece que determinadas personas tiene el deber de gestión o fiscalización de determinadas actividades (posición de garante), y así, si la no realización de dichas actividades está en el curso causal de algún determinado tipo penal, se identifica la realización de dicho tipo por omisión. Eso es muy frecuente en los ámbitos denominados de Derecho penal ambiental y Derecho penal societario.

Sin embargo no se puede considerar Derecho penal del enemigo estos tipos de situaciones. Los tipos penales comprometidos en las situaciones citadas, aunque a veces no ponderen principios penales básicos, cómo la legalidad estricta, intervención mínima y lesividad, se han creado con la finalidad (alcanzada o no) de proteger nuevos ámbito de la acción humana y nuevos valores para el hombre, cómo el derecho colectivo a un medio ambiente saludable y a un mercado equilibrado, y por eso, no representan necesariamente, como la creación de tipos de delitos omisivos, un Derecho penal del enemigo, orientado a la exclusión de una persona de los ámbitos de relación social.

Zaffaroni pone la construcción del dolo sobre la base del simple conocimiento como la tercera característica del Derecho penal actual que permite la creación de un Derecho penal del

⁸⁰⁰ “Art. 13 - O resultado, de que depende a existência do crime, somente é imputável a quem lhe deu causa. Considera-se causa a ação ou omissão sem a qual o resultado não teria ocorrido. § 1º - A superveniência de causa relativamente independente exclui a imputação quando, por si só, produziu o resultado; os fatos anteriores, entretanto, imputam-se a quem os praticou. § 2º - A omissão é penalmente relevante quando o omitente devia e podia agir para evitar o resultado. O dever de agir incumbe a quem: a) tenha por lei obrigação de cuidado, proteção ou vigilância; b) de outra forma, assumiu a responsabilidade de impedir o resultado; c) com seu comportamento anterior, criou o risco da ocorrência do resultado.” BRASIL. Decreto-lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940. Código Penal. *Diário Oficial da União*, Rio de Janeiro, 31 dez. 1940.

⁸⁰¹ “Artículo 11. Los delitos que consistan en la producción de un resultado sólo se entenderán cometidos por omisión cuando la no evitación del mismo, al infringir un especial deber jurídico del autor, equivalga, según el sentido del texto de la ley, a su causación. A tal efecto se equiparará la omisión a la acción: a) Cuando exista una específica obligación legal o contractual de actuar. b) Cuando el omitente haya creado una ocasión de riesgo para el bien jurídicamente protegido mediante una acción u omisión precedente.” ESPAÑA. Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código penal. *Boletín Oficial del Estado*, 24 de noviembre de 1995, núm. 281.

enemigo. Las teorías sobre el dolo se orientan a identificar o crear las características del concepto de dolo, concepto este que, llevado a sus límites, debe aclarar las diferencias entre dolo eventual e imprudencia consciente. En este contexto, la teoría de la voluntad usa el elemento volitivo como criterio de diferenciación entre el dolo y la imprudencia, y para ella, el dolo eventual exige: (1) la previsión o representación del resultado, (2) la aprobación interior del sujeto, que él esté de acuerdo o acepte el resultado. La teoría del consentimiento, asentimiento o aprobación, de forma diferente, usa el elemento cognitivo para enmarcar la diferencia entre dolo eventual e imprudencia consciente, a saber: (1) previsión o representación del resultado, (2) Que el sujeto asienta o consienta la realización del hecho, aprobando el resultado. Hay otras teorías, como la teoría de la indiferencia, a través de la cual el dolo eventual se identifica en el hecho del sujeto recibir con indiferencia las consecuencias de su conducta, y la imprudencia consciente se caracteriza por la esperanza en la no realización del resultado. Otras teorías creadas sobre el tema son las teorías mixtas, que mezclan la representación de la peligrosidad de la acción con un elemento volitivo concebido en términos distintos a los establecidos en las teorías de la voluntad.

Se puede afirmar con seguridad que la adopción, por un cuadro teórico del Derecho penal o por el código penal de un país, de la teoría de la representación, que identifica el dolo sobre la base de simple conocimiento, de hecho, amplía los límites de la punibilidad, porque las penas, en general, son más graves para los delitos dolosos, en respecto al principio de proporcionalidad, y porque dicha teoría crea un abanico más grande de supuestos de dolo eventual, en comparación a las otras teorías estudiadas.

Sin embargo, en este caso tampoco se puede identificar algo que tiene que ver con el Derecho penal del enemigo. La opción legislativa, basada en el trabajo de un teórico del Derecho penal serio, en el cual, se concluye por la mejor adecuación de la teoría de la representación para identificar los límites entre el dolo eventual y la imprudencia consciente, no conlleva a adoptarse un instituto normativo típico del Derecho penal del enemigo. Eso pasa porque la teoría de la representación, y todo el debate acerca de lo que es dolo y lo que es culpa consciente es una discusión dogmática de décadas, que no se orienta por los mismos valores que motivan al legislador en la hora de crear institutos típicos de Derecho penal del enemigo. En el primer caso, se tiene una discusión dogmática orientada a establecer los mejores

criterios que enmarcan cada una de las formas de manifestación de la voluntad humana, en el otro, se identifica la teleología de la exclusión en la creación de normas penales.

La próxima característica del Derecho penal contemporáneo puesta por Zaffaroni, que según su trabajo, tiene que ver con la génesis del Derecho penal del enemigo, es la pérdida del contenido material del bien jurídico. Para casi la totalidad de los investigadores conocidos del Derecho penal, la tarea teológica de dicha rama del ordenamiento jurídico es la protección de bienes jurídicos⁸⁰².

⁸⁰² “El Derecho penal desarrolla su finalidad última de mantenimiento del sistema social, como afirma Roxin, a través de la protección de «los presupuestos imprescindibles para una existencia en común que concretan una serie de condiciones valiosas, los llamados bienes jurídicos».” BERDUGO GÓMEZ DE LA TORRE, Ignacio; *et all. Curso de Derecho penal*. Parte General. Barcelona, Ediciones Experiencia, 2004, p. 7. “[...] Derecho penal, que aquí se entiende como “protección subsidiaria de bienes jurídicos”. ROXIN, Claus, *Derecho penal*, Parte General, Traducción Diego-Manuel Luzón Peña, Miguel Díaz y García Conlledo, Javier de Vicente Remesal, tomo I, Civitas, Madrid, 1997, p. 51. “La esencia de la pena se determina diciendo que es (da protección jurídica por causa de lesión a algún bien jurídico),” MERKEL, Adolf. *Derecho penal*. Traducción por Pedro Dorado Montero. Madrid, sin fecha, p. 33. “Por consiguiente, cuando se juzga la existencia de un peligro, se da un juicio cognitivo sobre la base de la experiencia general y del conocimiento objetivo de las leyes que regulan los acontecimientos con referencia a una lesión inmediata de un bien jurídico.” MEZGER, Edmund. *Derecho penal*. Libro de estudio. Parte General. Buenos Aires, Editorial Bibliografica Argentina, 1958, p. 127. “Y la pena, como legítima consecuencia propia del Derecho penal, se distingue de las otras consecuencias legítimas de lo injusto en que representa una peculiar intromisión del Estado contra el culpable en sus bienes jurídicos (Rechtsgüter)” VON LISZT, Franz. *Tratado de Derecho penal*. 18. ed. Trad. Quintiliano Saldaña. Madrid, Hijos de Reus, 1914. Vol.1, p. 1. “*E vanno dall'originaria fase in cui l'oggetto della protezione penale si identificava coi diritti individuali a quella estrema in cui la sanzione criminale viene utilizzata per accreditare e confermare valori culturali, passando per quella intermedia in cui si afferma la decisiva e duratura nozione di bene giuridico quale sintesi concettuale degli oggetti tutelati.*” PALAZZO, Francesco. *Corso di diritto penale*, Torino, Giappichelli, 2005, p. 57. “Según una concepción todavía dominante en la ciencia penal, el Derecho penal contribuye tendencialmente a asegurar las condiciones esenciales de la convivencia, predisponiendo la sanción más drástica como medio de defensa de los bienes jurídicos.” FIANDACA, Giovanni; MUSCO, Enzo. *Derecho penal*, Parte General. Tradução de Luis Fernando Niño, Bogotá, Editorial Temis, 2006, p. 30. “*Tutto ciò implica il riconoscimento del bene giuridico quale "stella polare" della nozione di reato. E dunque conferma la rilevanza costituzionale del principio che vede il reato, necessariamente, come lesione di un bene giuridico.*” CADOPPI, Alberto; VENEZIANI, Paolo. *Elementi di Diritto Penale*: Parte Generale. Padova, Cedam, 2004, p. 86. “Por objeto jurídico se entiende el bien protegido por el derecho y que, precisamente por esa razón, se denomina bien jurídico, es decir el quid que la norma, con la amenaza de la sanción, trata de proteger contra posibles agresiones.” ANTOLISEI, Francesco. *Manuale di diritto penale*: parte generale, 16.ed. Milano, Giuffrè, 2003, p. 123. “*De racional, na medida em que o conceito material de crime vem assim a resultar da função atribuída ao direito penal de proteção subsidiária (ou de ultima ratio) de bens jurídicos dotados de dignidade penal (de "bens jurídico-penais"); ou, o que é dizer o mesmo, de bens jurídicos cuja lesão se revela digna de pena.*” FIGUEIREDO DIAS, Jorge de. *Direito Penal*, Parte Geral. Tomo I, Coimbra, Coimbra Ed., 2004, p. 109. “*A doutrina brasileira tem predominado o entendimento de que a função do Direito Penal é a proteção de bens jurídicos fundamentais. (...) A proteção de bem jurídico, como fundamento de um Direito Penal liberal, oferece um critério material, extremamente importante e seguro na construção dos tipos penais.*” BITENCOURT, Cezar Roberto. *Tratado de direito penal*: parte geral. Vol. 1, 13. ed. São Paulo, Saraiva, 2008, p. 6. “Una conquista del Derecho penal liberal es el de haber determinado que sólo deben ser reprimidos penalmente los actos que ponen en peligro o lesionen bienes que sean fundamentales para la vida en común. De ahí que se considere que toda norma jurídico-penal, tiene que fundamentarse sobre un juicio de valor positivo respecto a tales bienes vitales.” HURTADO POZO, José. *Manual de Derecho penal*. Parte general. 2 ed., EDDILI, Lima, 1987, p. 10. “En este sentido, el concepto de bien jurídico nos señala ese límite: será un bien jurídico un conflicto en el que el Estado puede intervenir con el poder punitivo [...]” BINDER, Alberto. *Introducción al Derecho penal*. Buenos Aires, Ad-Hoc, 2004, p. 162.

Inicialmente, se concibió que los supuestos de aplicación del Derecho penal indicaban una lesión a un derecho subjetivo o la realización de una conducta socialmente dañosa⁸⁰³. Sin embargo, para la gran mayoría de los pensadores del Derecho penal de hoy, los fines de esta rama del ordenamiento jurídico son la protección de bienes jurídicos. El concepto de bien jurídico, como lo conocemos hoy, fue creado por el *Rechtswissenschaftler* alemán Johann Michael Franz Birnbaum, en el año 1834 en un artículo titulado: *Über das Erforderniß einer Rechtsverletzung zum Begriffe des Verbrechens*⁸⁰⁴ (sobre la necesidad de una lesión de derechos para el concepto de delito). Desde entonces, a lo largo de los años y especialmente en el siglo XX, dicho concepto fue desarrollado y ampliamente adoptado como el gran relato de los fines Derecho penal moderno y contemporáneo.

La noción de bien jurídico, en el ámbito del Derecho penal, nació como forma de simple identificación de lo que pretende proteger dicha rama del ordenamiento jurídico. En ese contexto, todo que existiera en el mundo, que se intentaba proteger a través del Derecho penal, como la vida, la incolumidad física, la seguridad colectiva, era identificado como bien jurídico-penal. Dicha noción cambió a lo largo del tiempo, y de meramente descriptiva, pasó a ser activamente propositiva, indicando que ahora no más todo lo que protege el Derecho penal es considerado como bien jurídico, sino que el Derecho penal sólo puede proteger a lo que los investigadores del Derecho penal identifican como bienes jurídicos válidos.

En dicho cambio de la función y del sentido del bien jurídico, a lo largo de la historia del pensamiento penal, se identifica el contenido material, o contenido crítico, del concepto de bien jurídico, a lo mejor es lo que se puede comprender de lo que quiere decir Zaffaroni, en referencia a un *contenido material* de bien jurídico. Sobre el contenido material de bien jurídico, se ha escrito:

⁸⁰³ “Como se vê, Birnbaum não falou diretamente em ‘bem jurídico’ (Rechtsgut), mas indiscutivelmente foi o primeiro autor a introduzir no Direito penal a idéia de ‘bem’ (um bem material) como objeto de tutela, em contraposição com a doutrina do Iluminismo, que via na danosidade social e na violação de direitos subjetivos (Rechtsverletzung) os fundamentos da punição estatal.” GOMES, Luiz Flávio. *Norma e bem jurídico no direito penal*. São Paulo, Revistas dos Tribunais, 2002, p. 75.

⁸⁰⁴ BIRNBAUM, Johann Michael Franz. *Über das Erforderniß einer Rechtsverletzung zum Begriffe des Verbrechens, mit besonderer Rücksicht auf den Begriff der Ehrenkränkung*, in: *Archiv des Criminalrechts*, hrsg. von Abegg, Birnbaum, Heffter, Mittermaier, Jahrgang, 1834, pp. 149-194.

“Con el fin de establecer un contenido racional al bien jurídico-penal, y así materializar su función crítica, debemos buscar la legitimidad de los juicios de valor que él representa, más allá de los márgenes de del ordenamiento jurídico infraconstitucional. Al buscar un significado racional al objeto de protección del Derecho penal, debemos buscar proteger la persona humana, el supuesto básico de cualquier organización social, recibida en el sistema jurídico como un valor, expreso en el principio de la dignidad humana, de origen constitucional. Así pues, se evita que el Derecho penal busque proteger valores diferentes de los objetivos buscados por el Estado Democrático de Derecho, tales como la moral, la ideología o simples deberes de la obediencia y subordinación en relación con el Estado.”⁸⁰⁵

No existen valores, principios, conceptos o institutos absolutos en el derecho, especialmente en la contemporaneidad. Así pues, hoy se puede conceptuar el bien jurídico de múltiples formas, como por ejemplo, “valor social de preservación preferible”⁸⁰⁶, “relación de disposición de un sujeto con un objeto”⁸⁰⁷, “circunstancias dadas o finalidades que son útiles para el individuo y su libre desarrollo en el marco de un sistema social global estructurado sobre la base de esa concepción de los fines o para el funcionamiento del propio sistema”⁸⁰⁸, “estados vulnerables, protegibles y valiosos”⁸⁰⁹, y por fin, una de las definiciones más usadas hoy, que informa que “el bien jurídico es una síntesis normativa determinada de una relación social concreta y dialéctica”⁸¹⁰.

Sin embargo, una vez que en la contemporaneidad hay el imperio del efímero⁸¹¹ y de la multiplicidad, característica de la cual también no está libre la teoría del Derecho penal, se debe tener en cuenta la advertencia del jurista brasileño más reconocido internacionalmente, que informa que “dadas las variedades con que se presenta, es prácticamente imposible

⁸⁰⁵ SERRETTI, André Pedrolli. “A Teoria do Garantismo Penal e a Constituição da República: Um Estudo sobre a Legitimidade da tutela Penal Estatal”, *Revista Jurídica da Presidência da República*, Brasília, Vol. 12, n. 97, Jun/Set 2010, pp. 228 a 257, p. 63.

⁸⁰⁶ PRADO, Luiz Regis. *Bem jurídico-penal e Constituição*. 3 ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2003, p. 44.

⁸⁰⁷ ZAFFARONI, Eugenio R., ALAGIA, Alejandro, SLOKAR, Alejandro, *Derecho penal. Parte general*, Ediar, Buenos Aires, 2000, p. 466

⁸⁰⁸ ROXIN, Claus, *Derecho penal. Parte general*, tomo I, trad. y notas de Diego Manuel Luzón Peña, Miguel Díaz y García Conlledo, y Javier de Vicente Ramesal, Civitas, Madrid, 1997, p. 56.

⁸⁰⁹ JÄGER, Herbert, *Rechtsgüterschutz Strafgesetzgebung und bei Sittlichkeitsdelikten: eine kriminalsoziologische Untersuchung*, Stuttgart, 1957, p. 13, *apud*: ROXIN, Claus, *Derecho penal...*, cit., p. 52

⁸¹⁰ Bustos Ramírez, Juan. *Derecho penal*, P.G. 3a edic., Ariel, Barcelona 1989, p. 55.

⁸¹¹ LIPOVETSKY, Gilles. *El imperio de lo efímero*, Barcelona, Anagrama, 1990, *passim*.

conceptuar exhaustivamente el bien jurídico”⁸¹², lo que conlleva al hecho de que “la cuestión teórica del concepto material de delito sigue sin estar clara, pues hasta ahora no se ha logrado precisar el concepto de ‘bien jurídico’ de modo que pudiera ofrecer una delimitación jurídicamente fundada y satisfactoria por su contenido”⁸¹³, luego, lo que se puede concluir es que “independientemente de las definiciones que se han dado de bien jurídico, impera la falta de certeza respecto de su contenido. Se trata de un concepto indeterminado que puede prestarse para cualquier cosa.”⁸¹⁴, lo que implica en un vacío ontológico, muy parecido con el vacío que puede representar la expresión *garantismo penal*⁸¹⁵.

Así pues, se puede afirmar que la pérdida del contenido del bien jurídico es un fenómeno que proviene de su propia evolución histórica y de las construcciones teóricas realizadas con la finalidad de definir sus características, límites y funciones, lo que es algo endógeno a dicha teoría, y que no tiene nada que ver, al menos directamente, con la idea de exclusión que basa los institutos típicos de Derecho penal del enemigo.

Por otro lado, si tenemos en cuenta que las bases del Derecho penal del enemigo se encuentran en la teoría funcional-sistémica de Günther Jakobs se puede identificar no una pérdida del contenido material de bien jurídico en el Derecho penal del enemigo, sino un completo rechazo de dicho concepto por las construcciones funcionalistas de Jakobs⁸¹⁶, porque este autor trabaja bajo la idea de vigencia de la norma, y no la idea de bien jurídico, concepto este que, de acuerdo con él, es menos adecuado a una idea científica de Derecho

⁸¹² TAVARES, Juárez E.X., *Bien jurídico y función en Derecho penal*, trad. de Mónica Cuñarro, Hammurabi, Buenos Aires, 2004, p. 15.

⁸¹³ ROXIN, Claus, *Derecho penal. Parte general*, t. I, trad. y notas de Diego Manuel Luzón Peña, Miguel Díaz y García Conlledo, y Javier de Vicente Ramesal, Civitas, Madrid, 1997, p. 54.

⁸¹⁴ FIGUEROA ORTEGA, Yván J., en RODRÍGUEZ DE BELLO, Gladys [coord.], *Ley sobre el hurto y robo de vehículos automotore comentada*, Paredes, Caracas, 2008, p. 48.

⁸¹⁵ “Logo, cada um a seu bel prazer, poderia fixar o conteúdo dos direitos fundamentais a partir de vários pontos de partida distintos, e, na maioria das vezes, opostos, muito embora todas as formas – democráticas ou não – de compreender a essência dos direitos fundamentais estariam legitimados pela teoria de Ferrajoli.” MAIA, Alexandre da. O garantismo jurídico de Luigi Ferrajoli: notas preliminares. in Teresina: Jus Navigandi, ano 4, n. 45, set. 2000, p. 44.

⁸¹⁶ “Un hecho penal se puede caracterizar —paralelamente a esto— no como lesión de bienes, sino sólo como lesión de la juridicidad. La lesión de la norma es, como muestra la punibilidad de la tentativa, el elemento decisivo del hecho penal, y no la lesión de un bien. Paralelamente, tampoco la pena puede estar referida a la seguridad de los bienes o algo similar; la seguridad de los bienes o la prevención del delito están en una relación con la pena demasiado elástica como para poder pasar por funciones de ésta. La pena se debe entender más bien como marginalización del hecho en su significado lesivo para la norma y, con ello, como constatación de que su existencia normativa no ha cambiado; la pena es la confirmación de la identidad de la sociedad, esto es, de la existencia normativa, y con la pena este —si se quiere— fin de la pena se consigue siempre.” JAKOBS, Günther. “La autocomprensión de la ciencia del Derecho penal ante los desafíos del presente”. En: *VVAA. La ciencia del Derecho penal ante el nuevo milenio*. Valencia, Tirant lo Blanc, 2004, p. 56.

penal, como ciencia social⁸¹⁷, y por eso, no encaja bien en la noción de Derecho penal como sistema social. Pero eso no induce al hecho de que el origen del Derecho penal del enemigo sean las construcciones teóricas funcionalistas, y por eso, no se puede relacionar el rechazo de dichas construcciones a la creación de institutos típicos de Derecho penal del enemigo en los códigos penales de las sociedades occidentales contemporáneas.

La próxima característica del Derecho penal actual, según Zaffaroni, dice respecto a la cancelación de la exigencia de lesividad conforme a la multiplicación de tipos de peligro. Bajo la bandera del principio de lesividad, el Derecho penal sólo podría actuar para contener un ataque directo, fuerte e inmediato a los bienes identificados como derechos fundamentales en la Constitución, que son la vida, patrimonio, funcionamiento eficiente de la administración pública, *et caetera*.

Así pues, si se busca dar cumplimiento al principio de lesividad, el Derecho penal no podría actuar con el fin de sancionar conductas que no estén vinculadas a un bien jurídico, aunque potencial y abstractamente lesivas a intereses sociales relevantes, que se vuelven cada vez más complejos y abstractos en los tiempos actuales. Por ejemplo, no se podría crear tipos penales orientados a imponer sanciones a alguien que dispara un arma de fuego en local habitado⁸¹⁸, alguien que conduce sin carnet⁸¹⁹ o al funcionario encargado de comunicar el aumento de los niveles de radiación de un determinado sitio que no lo hace⁸²⁰, si no se identifica en los tipos penales la necesidad de que las acciones que ellos prevén pongan en peligro concreto, de hecho, a alguna persona o bien protegido por el Derecho. Tampoco sería

⁸¹⁷ JAKOBS, Günther. “O que protege o Direito Penal: Os bens jurídicos ou a vigência da norma?” In: CALLEGARI, André Luís. LYNETT, Eduardo Montealegre. JAKOBS, Günther. MELIÁ, Manuel Cancio. *Direito Penal e funcionalismo*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005, p. 31

⁸¹⁸ “Art. 15. Disparar arma de fogo ou acionar munição em lugar habitado ou em suas adjacências, em via pública ou em direção a ela, desde que essa conduta não tenha como finalidade a prática de outro crime: Pena – reclusão, de 2 (dois) a 4 (quatro) anos, e multa.” BRASIL. Lei n. 10.826, de 22 de dezembro de 2003. Dispõe sobre o registro, posse e comercialização de armas de fogo e munição, sobre o Sistema Nacional de Armas – SINARM, define crimes e dá outras providências. Diário Oficial da República Federativa do Brasil, Brasília, 23 dez. 2003.

⁸¹⁹ “Artículo 384. El que condujere un vehículo de motor o ciclomotor en los casos de pérdida de vigencia del permiso o licencia por pérdida total de los puntos asignados legalmente, será castigado con la pena de prisión de tres a seis meses o con la de multa de doce a veinticuatro meses o con la de trabajos en beneficio de la comunidad de treinta y uno a noventa días. La misma pena se impondrá al que realizare la conducción tras haber sido privado cautelar o definitivamente del permiso o licencia por decisión judicial y al que condujere un vehículo de motor o ciclomotor sin haber obtenido nunca permiso o licencia de conducción.” ESPAÑA. Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código penal. *Boletín Oficial del Estado*, 24 de noviembre de 1995, núm. 281

⁸²⁰ Véase: GARGANI, Alberto. “Omesso impedimento di calamità naturali? La problematica posizione di garanzia posta a carico dei titolari di funzioni di protezione civile”. *Legislazione penale*, 2015, n. 11.

posible crear tipos penales para sancionar al funcionario que tiene el deber legal de comunicar al superior que los gastos públicos fueron realizados más allá de lo permitido por el presupuesto⁸²¹, pero no lo hace, si no se identifica en el tipo penal que describe la conducta que dicha omisión debe generar efectivos daños a las finanzas públicas.

De acuerdo con dicho principio, para que haya la posibilidad de creación de tipos penales de esa naturaleza, llamados delitos de peligro, se debe indicar el peligro concreto a ser practicado por el agente. Es decir, dicho peligro no puede ser considerado de forma abstracta en relación con el bien jurídico, pero debe ser concretado en algún peligro real, por ejemplo, a las personas que habitan en la región donde ocurrió el disparo, a las personas por las cuales pasó el conductor inhabilitado, al medio ambiente en la omisión del primer caso del funcionario, y a los servicios públicos afectados por el funcionario en el segundo.

Sin embargo, de hecho, hoy en día se puede observar que los códigos penales de los países occidentales tienen cada vez más creados tipos penales de peligro abstracto, lo que no se puede negar. En España, es delito castigado con pena de hasta dos años de prisión el hecho de emplear veneno en la caza o pesca sin autorización legal, aunque no se realice efectivamente

⁸²¹ “*Contratação de operação de crédito. Art. 359-A. Ordenar, autorizar ou realizar operação de crédito, interno ou externo, sem prévia autorização legislativa: Pena – reclusão, de 1 (um) a 2 (dois) anos. Parágrafo único. Incide na mesma pena quem ordena, autoriza ou realiza operação de crédito, interno ou externo: I – com inobservância de limite, condição ou montante estabelecido em lei ou em resolução do Senado Federal; II – quando o montante da dívida consolidada ultrapassa o limite máximo autorizado por lei. Inscrição de despesas não empenhadas em restos a pagar. Art. 359-B. Ordenar ou autorizar a inscrição em restos a pagar, de despesa que não tenha sido previamente empenhada ou que exceda limite estabelecido em lei: Pena – detenção, de 6 (seis) meses a 2 (dois) anos. Assunção de obrigação no último ano do mandato ou legislatura. Art. 359-C. Ordenar ou autorizar a assunção de obrigação, nos dois últimos quadrimestres do último ano do mandato ou legislatura, cuja despesa não possa ser paga no mesmo exercício financeiro ou, caso reste parcela a ser paga no exercício seguinte, que não tenha contrapartida suficiente de disponibilidade de caixa: Pena - reclusão, de 1 (um) a 4 (quatro) anos. Ordenação de despesa não autorizada. Art. 359-D. Ordenar despesa não autorizada por lei: Pena – reclusão, de 1 (um) a 4 (quatro) anos. Prestação de garantia graciosa. Art. 359-E. Prestar garantia em operação de crédito sem que tenha sido constituída contragarantia em valor igual ou superior ao valor da garantia prestada, na forma da lei: Pena – detenção, de 3 (três) meses a 1 (um) ano. Não cancelamento de restos a pagar. Art. 359-F. Deixar de ordenar, de autorizar ou de promover o cancelamento do montante de restos a pagar inscrito em valor superior ao permitido em lei: Pena – detenção, de 6 (seis) meses a 2 (dois) anos. Aumento de despesa total com pessoal no último ano do mandato ou legislatura. Art. 359-G. Ordenar, autorizar ou executar ato que acarrete aumento de despesa total com pessoal, nos cento e oitenta dias anteriores ao final do mandato ou da legislatura: Pena – reclusão, de 1 (um) a 4 (quatro) anos. Oferta pública ou colocação de títulos no mercado. Art. 359-H. Ordenar, autorizar ou promover a oferta pública ou a colocação no mercado financeiro de títulos da dívida pública sem que tenham sido criados por lei ou sem que estejam registrados em sistema centralizado de liquidação e de custódia: Pena – reclusão, de 1 (um) a 4 (quatro) anos.” BRASIL. Decreto-lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940. Código Penal. Diário Oficial da União, Rio de Janeiro, 31 dez. 1940.*

ningún daño al medio ambiente.⁸²² En Brasil, es delito castigado con hasta seis meses de cárcel el mero hecho de construir un establecimiento que pueda causar contaminación al medio ambiente, sin autorización de la autoridad competente, aunque la utilización de dicha construcción no cause ningún daño o contaminación al medio ambiente⁸²³, o incluso que no se use, de hecho, dicha construcción.

Otros dos ejemplos de dichos tipos de delitos, ahora relacionados con la protección de la incolumidad física y de la vida, son los delitos de conducción sin carnet, en España, y el delito de disparo de arma de fuego en lugar habitado, en Brasil. La legislación española establece que quien condujere sin carnet de conducir está sujeto a una pena de prisión de hasta seis meses.⁸²⁴ La legislación brasileña establece que quien disparare con un arma de fuego en local habitado, en sus cercanías, en vía pública, o en dirección a ella está sujeto a una pena de prisión de hasta cuatro años⁸²⁵.

En ese supuesto, de hecho, puede que haya una correlación entre tipos de delitos de peligro abstracto y Derecho penal del enemigo, aunque dicha correlación no tenga las características de causalidad. La creación de tipos penales como los tipos en cuestión representa un

⁸²² “Artículo 336. El que, sin estar legalmente autorizado, emplee para la caza o pesca veneno, medios explosivos u otros instrumentos o artes de similar eficacia destructiva o no selectiva para la fauna, será castigado con la pena de prisión de cuatro meses a dos años o multa de ocho a veinticuatro meses y, en cualquier caso, la de inhabilitación especial para profesión u oficio e inhabilitación especial para el ejercicio del derecho a cazar o pescar por tiempo de uno a tres años. Si el daño causado fuera de notoria importancia, se impondrá la pena de prisión antes mencionada en su mitad superior.” ESPAÑA. “Ley orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, Código penal.” *Boletín Oficial del Estado*, Madrid, 24 de noviembre de 1995, núm. 281, p. 33987.

⁸²³ *Lei n. 9.605, de 12 de fevereiro de 1998. “Art. 60. Construir, reformar, ampliar, instalar ou fazer funcionar, em qualquer parte do território nacional, estabelecimentos, obras ou serviços potencialmente poluidores, sem licença ou autorização dos órgãos ambientais competentes, ou contrariando as normas legais e regulamentares pertinentes: Pena - detenção, de um a seis meses, ou multa, ou ambas as penas cumulativamente.” BRASIL. Lei 9.605 de 12 de fevereiro de 1998. Dispõe sobre as sanções penais e administrativas derivadas de condutas e atividades lesivas ao meio ambiente, e dá outras providências. Diário Oficial da República Federativa do Brasil, Brasília, DF, 13 de fevereiro. 1998.*

⁸²⁴ “Artículo 384. El que condujere un vehículo de motor o ciclomotor en los casos de pérdida de vigencia del permiso o licencia por pérdida total de los puntos asignados legalmente, será castigado con la pena de prisión de tres a seis meses o con la de multa de doce a veinticuatro meses o con la de trabajos en beneficio de la comunidad de treinta y uno a noventa días. La misma pena se impondrá al que realizare la conducción tras haber sido privado cautelar o definitivamente del permiso o licencia por decisión judicial y al que condujere un vehículo de motor o ciclomotor sin haber obtenido nunca permiso o licencia de conducción.” ESPAÑA. “Ley orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, Código penal.” *Boletín Oficial del Estado*, Madrid, 24 de noviembre de 1995, núm. 281, p. 33987.

⁸²⁵ “Art. 15. Disparar arma de fogo ou acionar munição em lugar habitado ou em suas adjacências, em via pública ou em direção a ela, desde que essa conduta não tenha como finalidade a prática de outro crime: Pena – reclusão, de 2 (dois) a 4 (quatro) anos, e multa.” BRASIL. Lei n. 10.826, de 22 de dezembro de 2003. Dispõe sobre o registro, posse e comercialização de armas de fogo e munição, sobre o Sistema Nacional de Armas – SINARM, define crimes e dá outras providências. Diário Oficial da República Federativa do Brasil, Brasília, 23 dez. 2003.

adelantamiento de los límites de la punibilidad a niveles más lejanos de la lesión al bien jurídico. El Derecho penal del enemigo también está caracterizado por el adelantamiento de los límites de la punición, como por ejemplo, el delito de sabotaje en Brasil (único tipo penal en el ordenamiento jurídico brasileño cuyos actos preparatorios son punibles⁸²⁶) e incluso, se puede informar, que una de las formas de poner en práctica un Derecho penal del enemigo es la creación de delitos de peligro abstracto específicos, que estén orientados a concretar el carácter absoluto típico de la exclusión que dicha teoría conlleva. Sin embargo, hay tipos de peligro abstracto que no tienen nada que ver con las características más viscerales del Derecho penal del enemigo – como la exclusión y la negación – y por eso, no pueden ser considerados como concreciones de un Derecho penal del enemigo.

Así pues, la existencia de tipos penales que castigan las conductas de conducir sin carnet o disparar un arma de fuego en lugar habitado, aunque creen delitos de peligro abstracto, no permiten concluir que los sujetos que practican dichos delitos son considerados como enemigos por el Derecho penal, el sistema penal o el Estado, especialmente porque sus penas son muy bajas (considerándose el sistema de concreción de la pena y de concesión de beneficios penitenciario de los países estudiados), y por eso, no hay correlación necesaria entre Derecho penal del enemigo y los delitos de peligro abstracto, sin embargo, en realidad, puede ser que haya alguno delito de peligro abstracto típico de un Derecho penal del enemigo. Incluso se puede pensar (al menos en teoría) en un sistema penal que tenga institutos típicos de Derecho penal del enemigo sin que presenten siquiera uno delito de peligro abstracto, lo que demuestra, una vez más, que no existen correlación necesaria entre estos dos conceptos.

La última característica del endurecimiento del Derecho penal y su avance hacia el Derecho penal del enemigo es la lesión al principio de legalidad mediante tipos farragosos y vagos y la creación de leyes penales en blanco.

Los tipos penales a los cuales hace referencia Zaffaroni son los tipos que presentan sus contenidos de forma confusa, desordenada, demasiada abierta y vaga. Las legislaciones de los

⁸²⁶ “Art. 15 - *Praticar sabotagem contra instalações militares, meios de comunicações, meios e vias de transporte, estaleiros, portos, aeroportos, fábricas, usinas, barragem, depósitos e outras instalações congêneres. Pena: reclusão, de 3 a 10 anos. (...) § 2º - Punem-se os atos preparatórios de sabotagem com a pena deste artigo reduzida de dois terços, se o fato não constitui crime mais grave.*” BRASIL. *Lei nº 7.170, de 14 de Dezembro de 1983*. Define os crimes contra a segurança nacional, a ordem política e social, estabelece seu processo e julgamento e dá outras providências. *Diário Oficial da República Federativa do Brasil*, Brasília, DF, 15 de dezembro de 1983.

países occidentales se nos presentan muchos ejemplos de estos tipos, que permiten que sus contenidos sean rellenado de forma muy amplia y a veces incontrolable, lo que puede reducir el ámbito de efectividad del principio de legalidad. Como ejemplos de estos tipos tenemos el artículo 386 de Código Penal Español⁸²⁷, norma penal en blanco, que castiga el tráfico de drogas tóxicas, estupefacientes o sustancias psicotrópicas, pero no informa y define cuales son dichas drogas o sustancias, lo que deja bajo la responsabilidad de otros organismos gubernamentales del poder ejecutivo, que sobre eso dictan decretos y convenios⁸²⁸. Lo mismo pasa en la legislación brasileña, que en el artículo 33 de la Ley n. 11.343, del año 2006, se definen las conductas típicas del tráfico ilícito de drogas⁸²⁹. Sin embargo, los contenidos del concepto de droga ilícita son rellenados por un acto normativo dictado por el Ministerio de la Salud⁸³⁰.

También se puede identificar muchos ejemplos de tipos farragosos, vagos y confusos en dichas legislaciones. Existe en el derecho brasileño la figura del maltratador negligente de plantas de ornamentación⁸³¹, conforme el artículo 49, de la Ley n. 9.605, del año 1998⁸³². La ley penal no dice lo que es maltratar una planta, como por ejemplo, si esto es posible a través

⁸²⁷ “Artículo 368 - Los que ejecuten actos de cultivo, elaboración o tráfico, o de otro modo promuevan, favorezcan o faciliten el consumo ilegal de drogas tóxicas, estupefacientes o sustancias psicotrópicas, o las posean con aquellos fines, serán castigados con las penas de prisión de tres a seis años y multa del tanto al triplo del valor de la droga objeto del delito si se tratare de sustancias o productos que causen grave daño a la salud, y de prisión de uno a tres años y multa del tanto al duplo en los demás casos.” ESPAÑA. Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código penal. *Boletín Oficial del Estado*, 24 de noviembre de 1995, núm. 281.

⁸²⁸ Estupefacientes regulados en Convenio Único de 1961 sobre estupefacientes. (BOE núm. 96/1966, de 22 de abril de 1966) sustancias psicotrópicas: Reguladas en el Convenio Internacional sobre sustancias psicotrópicas de Viena de 1971 (BOE núm. 218/1976, de 10 de septiembre de 1976) y por el Real Decreto 2829/1977 de 6 de octubre de adaptación a la legislación española. En la Convención de las Naciones Unidas contra el tráfico ilícito de estupefacientes y sustancias psicotrópicas (BOE núm. 270/1990, de 10 de noviembre de 1990) hace una remisión a lo regulado en esos dos convenios.

⁸²⁹ “Art. 33. Importar, exportar, remeter, preparar, produzir, fabricar, adquirir, vender, expor à venda, oferecer, ter em depósito, transportar, trazer consigo, guardar, prescrever, ministrar, entregar a consumo ou fornecer drogas, ainda que gratuitamente, sem autorização ou em desacordo com determinação legal ou regulamentar: Pena - reclusão de 5 (cinco) a 15 (quinze) anos e pagamento de 500 (quinhentos) a 1.500 (mil e quinhentos) dias-multa.” BRASIL. Lei nº 11.343, de 23 de agosto de 2006. Institui o Sistema Nacional de Políticas Públicas sobre Drogas, etc. *Diário Oficial da União*, Brasília, 24 out. 2006.

⁸³⁰ BRASIL. Portaria nº 344, de 12 de maio de 1998. Agência Nacional de Vigilância Sanitária. Aprova o Regulamento Técnico sobre substâncias e medicamentos sujeitos a controle especial. *Diário Oficial da União* de 19 de maio de 1998.

⁸³¹ “Art. 49. Destruir, danificar, lesar ou maltratar, por qualquer modo ou meio, plantas de ornamentação de logradouros públicos ou em propriedade privada alheia: Pena - detenção, de três meses a um ano, ou multa, ou ambas as penas cumulativamente. Parágrafo único. No crime culposo, a pena é de um a seis meses, ou multa.” BRASIL. Lei 9.605 de 12 de fevereiro de 1998. Dispõe sobre as sanções penais e administrativas derivadas de condutas e atividades lesivas ao meio ambiente, e dá outras providências. *Diário Oficial da República Federativa do Brasil*, Brasília, DF, 13 de fevereiro. 1998.

⁸³² “BRASIL. Lei 9.605 de 12 de fevereiro de 1998. Dispõe sobre as sanções penais e administrativas derivadas de condutas e atividades lesivas ao meio ambiente, e dá outras providências. *Diário Oficial da República Federativa do Brasil*, Brasília, DF, 13 de fevereiro. 1998.

de palabras o su privación de agua o exposición al sol. Sin embargo, dicha ley establece que el que maltrata planta será castigado con una pena de hasta un año de prisión, y que si el maltrato es realizado durante la noche o en los finales de semana, la pena es aumentada de una tercia parte⁸³³.

Sin embargo, la creación de tipos de este matiz, de contenido no totalmente definido y no agotado en la ley penal, puede que sea simplemente una exigencia de la sociedad contemporánea, compleja, contingente y efímera. Véase el caso del delito de tráfico de drogas tóxicas. Si, para cada droga tóxica nueva que se descubre o inventa, haya también la necesidad de actualización de la ley penal, siempre habrá una droga nueva, con efectos muy similares a las drogas que tengan su venta castigada penalmente, que podrá ser vendida, sin la incidencia del Derecho penal y la posibilidad de responsabilizarían penal de sus narcotraficantes.

Aunque dicha forma de crear tipos penales sea una ponderación del principio de legalidad estricta, en relación con la necesidad de crearse reglas para la vida en sociedad, no se puede decir que la creación de tipos vagos o normas penales en blanco sea una expresión del Derecho penal del enemigo, porque dichas normas no son orientadas a la eliminación de ningún tipo de clase de personas, identificadas como enemigas de la sociedad o del Estado. Dichos tipos penales tienen la finalidad de mejor y más eficientemente reglamentar la vida en sociedad, y no de eliminar personas calificadas como enemigo.

Aunque tenga alguna relación la forma por la cual se hace el Derecho penal contemporáneo en los países de cultura occidental y tradición jurídica romano-germánica, y el concepto de Derecho penal del enemigo, no se puede identificar en todas las características del Derecho penal actual una forma de manifestación de la política criminal típica de Derecho penal del

⁸³³ “Art. 49. Destruir, danificar, lesar ou maltratar, por qualquer modo ou meio, plantas de ornamentação de logradouros públicos ou em propriedade privada alheia: Pena - detenção, de três meses a um ano, ou multa, ou ambas as penas cumulativamente. Parágrafo único. No crime culposo, a pena é de um a seis meses, ou multa. (...) Art. 53. Nos crimes previstos nesta Seção, a pena é aumentada de um sexto a um terço se: I - do fato resulta a diminuição de águas naturais, a erosão do solo ou a modificação do regime climático; II - o crime é cometido: a) no período de queda das sementes; b) no período de formação de vegetações; c) contra espécies raras ou ameaçadas de extinção, ainda que a ameaça ocorra somente no local da infração; d) em época de seca ou inundação; e) durante a noite, em domingo ou feriado.” BRASIL. Lei 9.605 de 12 de fevereiro de 1998. Dispõe sobre as sanções penais e administrativas derivadas de condutas e atividades lesivas ao meio ambiente, e dá outras providências. *Diário Oficial da República Federativa do Brasil*, Brasília, DF, 13 de fevereiro. 1998.

enemigo, aunque dichas características sean el producto de desarrollos axiológicos, tecnológicos y epistemológicos muy parecidos.

En resumen, por todo lo expuesto, se puede identificar que Zaffaroni hace una confusión entre las características de la modernidad, sus formas de influenciar en el Derecho penal, y la génesis de un Derecho penal del enemigo. Una vez más, aunque formas específicas de hacerse el Derecho penal en nuestras sociedades deba obedecer a valores y necesidades actuales, que por muchas veces presenten problemas de compatibilidad con los principios clásicos del Derecho penal, dichas incompatibilidades *a priori* no pueden ser vistas como formas de Derecho penal del enemigo única y simplemente porque reducen los ámbitos de eficacia de dichos principios.

El Derecho penal del enemigo conlleva una la idea de exclusión, un carácter absoluto del reproche, que va más allá de la concepción clásica de culpabilidad, y llega a los límites de la defensa del Estado y de la sociedad, lo que no puede ser identificado en los ejemplos puestos por Zaffaroni como características de la legislación contemporánea que él identifica como la génesis del Derecho penal del enemigo. Dichas características del Derecho penal contemporáneo, aunque tengan su origen en los cambios axiológicos, tecnológicos y sociales de los últimos ochenta años, y sean también la fuente de justificación de una supuesta necesidad de creación de una política criminal típica de Derecho penal del enemigo, no pueden ser vistas como el origen o el camino hacia un Derecho penal del enemigo porque este tipo de política criminal tiene carácter absoluto, y no sólo desafía los principios del Derecho penal clásico, sino que niega las propias bases del sistema que dio origen a tales principios, como será explicado en el apartado respectivo.

6.1.3 Consideraciones de otros investigadores del Derecho penal y su visión del concepto de Derecho penal de enemigo.

En este apartado se estudiará las ideas que pueden ser relacionadas a posibles orígenes del Derecho penal del enemigo en el ámbito de propio Derecho penal y la concepción contemporánea de algunos estudiosos que han escrito de forma menos detenida, pero no menos profundizada, sobre el tema.

Aunque todos los autores estudiados en este apartado realicen sus aportes desde la concepción de enemigo de Jakobs, a excepción de Franz Von Liszt, por razones obvias, siempre se puede identificar una forma singular de cada uno de ellos mirar la cuestión del contenido semántico y de la referencia de lo que consideran Derecho penal del enemigo, lo que constituye los aportes singulares de cada uno de dichos autores, y lo que se busca subrayar en esta parte del trabajo.

En primer lugar, no se puede negar que hay, al menos en un primer análisis, una cierta correlación entre las ideas de Derecho penal del enemigo y la concepción de criminal incorregible de Franz von Liszt.

“La misión de la estadística criminal ha de ser la comprobación de los delitos que suelen ser generalmente cometidos de modo habitual, y en esta coyuntura la antropología criminal puede prestar inestimables servicios. Sin embargo, ya los resultados con los que contamos en la actualidad nos permiten obtener una cierta delimitación del contorno de estos delitos. Están en primera línea los delitos contra la propiedad, y, sin duda, en segundo lugar los delitos sexuales. Es decir, aquellos delitos que son consecuencia de los más intensos y primitivos instintos del hombre. Entre ellos, pueden ser citados más concretamente: hurto, receptación, robo, extorsión, estafa, incendio, daños, agresiones sexuales violentas y agresiones sexuales a niños. En cualquier caso, no está excluida la posibilidad de que esta lista, sobre la base de un estudio más minucioso, sea complementada o rectificada.⁸³⁴

Von Liszt informa que es necesario identificar a los delincuentes habituales, que realizan delitos relacionados a los instintos más intensos y primitivos del hombre, como los delitos contra el patrimonio o la indemnidad de los valores sociales a través de la satisfacción de instintos primitivos y salvajes humanos. La finalidad de dicha identificación es clara y puede ser observada en la siguiente parte de su trabajo:

En mi opinión, la «inocuización» de los delincuentes incorregibles sería posible si el Código penal estableciese —en una fórmula análoga a la de los párrafos 244 y 245 del Código vigente— que en el caso de una tercera condena por uno de los delitos mencionados antes se impusiera la pena de reclusión por tiempo indeterminado. La pena se cumpliría en régimen de comunidad y en establecimientos especiales (presidios de carácter disciplinario o de trabajos forzados). De este modo se establecería una «esclavitud penal» con la obligación de

⁸³⁴VON LISZT, Franz. *La idea de fin en Derecho Penal* (1882). Valparaíso, Edeval, 1984, p. 87.

trabajar y muy posiblemente con la utilización de la fuerza del trabajo. Apenas podría prescindirse del castigo corporal como pena disciplinaria. La pérdida obligatoria y permanente de los derechos civiles tendría que marcar de forma nítida el carácter incondicionalmente deshonroso de la pena. El aislamiento celular (la incomunicación) se presentaría sólo como pena disciplinaria, junto con el arresto en oscuridad y el ayuno estricto.”⁸³⁵

Uno de los padres del sistema causal de la teoría del delito y de la concepción contemporánea de política criminal ha sostenido de forma clara y contundente una política criminal que hoy sería clasificada como muy rigurosa, lo que ha hecho abiertamente. Más allá del carácter deshonroso de la pena, como forma de retribución, el autor ha puesto que es una necesidad social la inocuización de determinado tipos de delincuentes, a través de trabajos forzados, institutos como *three strikes and you are out* y la pérdida permanente y obligatoria de derechos civiles.

Aunque la política criminal de la época de Von Liszt sea muy diferente de la actual, se debe notar que el autor trata de forma muy natural la necesidad de haber un sistema penal orientado específicamente a la inocuización de los que consideraba incorregibles, lo que representa un germen de la idea de Derecho penal del enemigo contemporánea. La similitud de estos planteamientos con la idea de Derecho penal del enemigo es clara, como reconocen, incluso, algunos autores contemporáneos⁸³⁶, pero eso, no se permite concluir que el incorregible sean necesariamente peligroso, conforme se explica en un apartado propio.

Contemporáneamente, en general, cuando los investigadores del Derecho penal escriben sobre Derecho penal del enemigo, lo hacen, en primer lugar, describiendo el concepto de Jakobs de Derecho penal del enemigo, desde su punto de vista, porque escribirán específicamente sobre dicho concepto. A pesar de haber alguna diferencia entre los conceptos puestos por dichos investigadores, la realidad es que ellos plantean definiciones muy parecidos, porque lo han cogido de la misma fuente.

⁸³⁵VON LISZT, Franz. *La idea de fin en Derecho Penal* (1882). Valparaíso, Edeval, 1984, p. 87.

⁸³⁶ “Pero además habría que agregar que el planteamiento de Jakobs está teñido por el positivismo naturalista del siglo XIX, que también distinguía entre los culpables y los peligrosos, y estos últimos carecían del carácter de personas. La diferencia está en que por lo menos el positivismo naturalista pretendía dar un planteamiento científico a sus postulados. En cambio, Jakobs simplemente distingue entre ciudadanos y enemigos sin dar razón alguna. Con esto entonces, la diferenciación se hará sobre la base del más absoluto autoritarismo.” RAMÍREZ, Juan J. Bustos; MALARÉE, Hernán Hormazábal. *Lecciones de Derecho Penal – Parte General*, Madrid, Editorial Trotta, 2006, p. 27

A parte de este génesis histórico de la idea de tratamiento de sujetos incorregibles, muy cercana del tema de este trabajo, se debe decir que mucho se ha escrito sobre el tema, pero poco específicamente acerca de un concepto de Derecho penal del enemigo. Las investigaciones que se realizaron en los últimos quince años sobre el tema no parten desde la necesidad de descubrir lo que es efectivamente derecho, lo que sería contemporáneamente un Derecho penal, hasta el concepto mismo de enemigo, en el contexto del Estado Democrático de Derecho.

La casi totalidad de los estudios realizados sobre el tema está limitada a repetir lo que Jakobs propone como Derecho penal del enemigo y a criticar dicho concepto desde el modelo Derecho penal que le apetece más a cada uno⁸³⁷, sin llegar a fondo o sin reconocer que existen otros modelos epistemológicos de observación del Derecho penal, como el funcionalismo, por ejemplo. Sin embargo, es necesaria, para una comprensión más profundizada del tema, conocer con más precisión lo que es efectivamente Derecho penal del enemigo y lo que no lo es.

Así pues, a continuación se va a revisar dicho concepto desde algo de lo que se ha publicado en los últimos años, a ver si es posible extraer características comunes en dichos aportes y examinar cómo dicho concepto es tratado por la comunidad científica internacional de tradición romano-germánica continental.

En primer lugar, Monika Frommel, de la escuela contemporánea de Kiel, en estudio dedicado a examinar la razón de la discusión del Derecho penal de enemigo en la Alemania del siglo veintiuno, propone:

Derecho penal del enemigo es un medio agresivo de controlar las llamadas “subcultura peligrosas”, como luchar contra el crimen organizado, especialmente terroristas. Para la mayoría, este término prejuicioso [Derecho penal del enemigo] es utilizado para criticar dichas medidas. Algunos autores consideran toda forma de control del

⁸³⁷ DONINI, Massimo. “Derecho penal de lucha. Lo que el debate sobre el Derecho Penal del enemigo no debe limitarse a exorcizar”, en CANCIO MELIÁ, Manuel. L. POZUELO PÉREZ (Coords.), *Política criminal en vanguardia. Inmigración clandestina, terrorismo, criminalidad organizada*, Thomson Civitas, Cizur Menor (Navarra), 2008, pp. 29-75.

crimen organizado parte de este palabra provocativa, y así, en mi opinión, se vuelve hipercrítica.⁸³⁸

Lo que la profesora Frommel informa es que el concepto de Derecho penal del enemigo, que representa un modo prejuiciosa de referirse a formas de manifestación del sistema penal, es utilizado de manera mucho más amplia de lo que, en teoría, podría significar. Para ella, dichas medidas agresivas van orientadas especialmente a la lucha contra el terrorismo y las organizaciones criminales, sin embargo, ella no prepone un concepto de lo que sería dicho movimiento de política criminal. De forma mucho más precisa, el profesor alemán Fritz Sack, de la Universidad de Hamburgo, informa lo que sería Derecho penal el enemigo en su opinión, de la siguiente forma:

Por un lado, menciona cuatro características estructurales de ese Derecho penal que le impiden su pertenencia al "Derecho penal del ciudadano" propio del Estado de derecho y que él cubre con la etiqueta de "Derecho penal del enemigo". Puntualmente son éstos: 1) el "marcado adelantamiento de la punibilidad", 2) "ninguna disminución de pena proporcional a dicho adelantamiento", 3) el "paso de una legislación penal a una legislación de lucha" y 4) el "desmontaje de garantías procesales". Jakobs formula resumidamente estos cuatro aspectos: "En este lenguaje - preventivamente, combatiendo mediante penas endurecidas, reduciendo garantías procesales - no habla el Derecho penal con sus ciudadanos, sino que amenaza a sus enemigos". Por otro lado, Jakobs concreta también en forma general y en forma de definiciones ejemplificativas y "entre paréntesis" al tipo de delito y de autor que son alcanzados. "El enemigo es un individuo", significa en general en Jakobs, "que en una forma no solamente temporal de su conducta, o en la forma de ganarse la vida o, principalmente, por su vinculación a una organización, permite en todo caso suponer que por tiempo prolongado se ha desviado del derecho y por lo tanto no garantiza la más mínima seguridad cognitiva en cuanto a su comportamiento personal y este déficit lo demuestra a través de su conducta". Los delitos mencionados por Jakobs abarcan por ejemplo el delito económico, el crimen

⁸³⁸ En original: "Enemy Criminal Law" is an aggressive way of controlling so called "dangerous subcultures", such as fighting organized crime, especially terrorists. By the majority, this judgmental term is used in order to express critique towards it. Some authors consider the overall control of organized crime part of these provocative terms and thus, in my opinion, become hypercritical" FROMMEL, Monika. "Rebels, Bandits And Intriguers – Why Germans Are Having A Debate On "Enemy Criminal Law" In The 21st Century: And Thus Are Falling Behind The Dramaturgy Of Nlightened Theatre Of The Late 18th Century – To Think Schiller's Bandits." *Revista panóptica*, Vitória, V. 2, N. 7 (2007), p. 75.

organizado, los delitos vinculados a estupefacientes, los delitos sexuales.⁸³⁹

De acuerdo con lo que se ha sostenido, Sack también reescribe lo que Jakobs puso acerca del Derecho penal del enemigo, y en especial, llama la atención a algunas de sus características principales, en resumen, a saber: adelantamiento de la punibilidad sin reducción proporcional de la pena, en una legislación de lucha al fenómeno criminal que reduce el ámbito de garantías procesales. El lenguaje del Derecho penal de enemigo, en este contexto, sirve a un tipo de comunicación muy específico y diferente de la comunicación típica del Derecho penal del ciudadano. No hay nada de nuevo en lo que se sabe acerca del fenómeno titulado Derecho penal del enemigo.

Bernd Schünemann, acerca del tema, también expone como Jakobs ha introducido el tema para discusión en la comunidad jurídica alemana, en un segundo momento, en el año 2000, con una forma todavía incipiente, pero ya más o menos definida del concepto de Derecho penal del enemigo y de lo serían sus características principales y sus consecuencias para las *Strafrechtswissenschaften*, de la siguiente forma:

Especialmente, JAKOBS ha podido expresarse más detalladamente y, por tanto, de un modo más diferenciado que en su comentario en el Congreso de Berlín del año 2000, donde su afirmación (es decir, aprobación) del “Derecho penal del enemigo” fue formulada sin reservas y, por tanto, fue objeto de las correspondientes críticas. Allí habló, aún sin limitaciones, de que enemigos (es decir, aquellas personas que se habrían apartado del Derecho, en todo caso presuntamente de modo permanente) serían “no personas actuales”. Como una sociedad consciente de los riesgos, no podría resolver la falta de seguridad cognitiva frente a sus enemigos sólo con medios policiales, hoy no existiría otra alternativa para un Derecho penal del enemigo que la cuestión misma sea una guerra, cuya totalidad también dependería de todo lo que es temido por el enemigo”. En el marco más amplio, da ahora una explicación más sutil de ambas categorías “Derecho penal del ciudadano” y “Derecho penal del enemigo”, como “tipos ideales, que en todo Derecho penal realmente existente sólo se dan en una combinación distinta”. De este modo, JAKOBS desvirtuó seguramente un poco la suposición varias veces expresada luego del Congreso de Berlín, también por mí mismo, de que él quiere hablar a

⁸³⁹ SACK, Fritz. “El Derecho penal del enemigo, ¿un camino hacia una política criminal diferente?”, en: VV. AA. *Cuadernos de Doctrina y Jurisprudencia Penal*. Criminología 4, Buenos Aires: Ad Hoc, 2007, pp. 128-158, p. 148.

favor de una “guerra contra el delito”, lo que no es más legítimo desde el punto de vista de un Estado de Derecho”.⁸⁴⁰

Schünemann observa que para Jakobs, los enemigos son *no personas actuales*, que de modo presumiblemente permanente se han apartado del Derecho, y que la conciencia, por parte de la sociedad, de los riesgos a los cuales está expuesta (en concreto, los riesgos que el enemigo representa), permitiría – y exigiría – que se respondiera con medidas policiales a dicha falta de seguridad cognitiva representada por el enemigo, necesariamente a través de Derecho penal, en una forma de guerra en contra él, cuyo grado de fuerza depende del nivel del miedo que se tiene del enemigo.

En realidad, aunque parcialmente correctas las observaciones del profesor alemán, se puede identificar que lo que le ha escapado observar también merece atención para la comprensión del fenómeno que Jakobs informa haber descubierto, en su modalidad contemporánea. En primer lugar, el papel pensado por Jakobs de una política criminal para el enemigo, en relación con la teoría de sistemas, parece llevar a la conclusión expuesta por Schünemann, pero en realidad, lleva a otra dirección.

Es decir, aunque Jakobs afirme de forma vehemente que el enemigo es alguien que no ofrece ninguna garantía cognitiva al sistema social, lo que parece caminar hacia la necesidad de respuesta penal como un evento propiamente comunicativo del sistema, el autor afirma también que en relación con el ciudadano, la pena tiene como función la comunicación a todo el sistema social, de la vigencia de la expectativa normativa violada, mientras que para el enemigo, la respuesta penal (porque todavía no sabemos si dicha respuesta puede ser calificada como pena) tiene por función alejar, disminuir o extinguir una fuente de riesgo al cual el sistema social está expuesto.

Desde un punto de vista de la teoría funcionalista de los sistemas sociales, dicha diferencia es abisal y se encuentra, precisamente en la distinción entre sistema y entorno, y en el código binario del sistema del Derecho. Mientras la pena, como respuesta del Derecho penal a un hecho punible practicado por un ciudadano, representa un evento comunicativo intrasistémico que tiene la carga de calificar la conducta de dicho ciudadano como ilícita, la respuesta del

⁸⁴⁰ SCHÜNEMANN, Bernd, *Cuestiones básicas del Derecho penal en los umbrales del tercer milenio*, Idemsa, Lima, Peru, 2006, pp. 186-187.

sistema a la conducta del enemigo es un evento comunicativo dirigido primariamente hacia fuera del sistema, y aunque tenga también el sentido de calificar algo como ilícito, su principal función es la destrucción de una fuente de peligro.

En relación con el hecho de considerar medidas de política criminal contra el enemigo la única forma de reaccionar contra la amenaza que representa el enemigo, observada por Schünemann en el discurso de Jakobs, se debe considerar que a pesar de Jakobs, de hecho, hacer esta afirmación, él lo hace como una conclusión lógica de los presupuestos fundamentales de su razonamiento.

Es decir, Jakobs sólo afirma ser una reacción al enemigo, por parte del Derecho penal, un camino a ser seguido obligatoriamente por las sociedades occidentales, en la medida en que este sería el camino natural y deseable a ser seguido por dichas sociedades, que conocen efectivamente los riesgos a los cuales su funcionamiento está expuesto. Así, para Jakobs, es efectivamente, de hecho, posible que dichas sociedades ignoren a los riesgos que la conducta del enemigo representa, aunque dicho comportamiento no sea deseable, racional, ni sea lo que suele pasar.

Otra interesante observación que se puede hacer sobre la percepción de Schünemann acerca de la proposición de Jakobs en el tema estudiado es la relación entre la idea de guerra y una supuesta teleología del Derecho penal. En primer lugar, el simple hecho de algún investigador importante del Derecho penal pensar en esta relación como una real posibilidad se constituye en un producto de los cambios culturales por los cuales nuestras sociedades han pasado desde la aparición de los primeros estudios sobre esta área de conocimiento.

Es un hecho conocido que, desde la publicación de la obra ampliamente aceptada como marco fundamental de los estudios del Derecho penal, *Dei delitti e delle pene*⁸⁴¹, Cesare Bonesana-Beccaria⁸⁴², *Marchese di Gualdrasco e di Villareggio*, la función del Derecho penal es limitar y racionalizar el uso del *ius puniendi* del Estado, poder este que en la época era ejercido de forma descontrolada, ilimitada e irracional, por las monarquías de Europa. En su

⁸⁴¹ BECCARIA, Cesare Bonesana, Marqués de. *De los delitos y de las penas*. Ed. Heliasta S.R.L., Buenos Aires, 1993.

⁸⁴² Han descubierto que su verdadero nombre es, de hecho: Cesare Bonesana-Beccaria, *Marchese di Gualdrasco e di Villareggio*. Véase: ZORZI, Renzo. *Cesare Beccaria. Dramma della Giustizia*, Milano, Mondadori, 1995, p. 53.

configuración contemporánea, desde de la publicación de *Über das Erfordernis einer Rechtsverletzung zum Begriffe des Verbrechens*⁸⁴³, Johann Michael Franz Birnbaum, en el año 1834, y sus desarrollo en el siglo XX, dicha teleología tomó la forma de teoría crítica de bien jurídico⁸⁴⁴.

Sin embargo, desde la publicación de Beccaria, nuestra sociedad ha experimentado profundos cambios culturales, de matiz tecnológico, científico, axiológico, *et caetera*, lo que permite afirmar que hoy se vive bajo un gran relato diferente (tema tratado en el apartado correspondiente), cambios estos que seguramente influenciaron la ideología, la técnica, y porque no, la teleología del Derecho penal. Así pues, la afirmación de un importante *Strafrechtswissenschaftler* cómo Bernd Schünemann, de que una “*guerra contra el delito*”, (...) *es más legítimable desde el punto de vista de un Estado de Derecho*”⁸⁴⁵, trae a la luz que el objetivo del Derecho penal puede haber cambiado a lo largo del tiempo. En relación con el tema de la real finalidad o función del Derecho penal, el propio Jakobs identifica la inadecuación o superación de concepto de bien jurídico⁸⁴⁶, tema que no será tratado en este trabajo.

En este contexto, hay que señalar que Schünemann admite que sería legítimable desde el punto de vista de un Estado de Derecho la guerra contra el delito, contra determinados fenómenos criminales, especialmente los más expresivos, a los cuales hizo referencia el propio Jakobs en la conferencia citada por Schünemann⁸⁴⁷. Lo este parece no admitir es que el

⁸⁴³ BIRNBAUM, Johann Michael Franz. Ueber das Erforderniß einer Rechtsverletzung zum Begriffe des Verbrechens, mit besonderer Rücksicht auf den Begriff der Ehrenkränkung, in: *Archiv des Criminalrechts*, hrsg. von Abegg, Birnbaum, Heffter, Mittermaier, Jahrgang, 1834, pp. 149-194.

⁸⁴⁴ Véase, del propio autor: SCHÜNEMANN, Bernd. *El Derecho penal es la ultima ratio para la protección de bienes jurídicos*: sobre los límites inviolables del Derecho penal en un Estado liberal del derecho. Bogotá: Universidad Externato de Colombia, 2007.

⁸⁴⁵ SCHÜNEMANN, Bernd, *Cuestiones básicas del Derecho penal en los umbrales del tercer milenio*, Idemsa, Lima, Peru, 2006, p. 187.

⁸⁴⁶ JAKOBS, Günther, “¿Qué protege el Derecho penal: bienes jurídicos o la vigencia de la norma?”, en Libro homenaje al profesor Günther Jakobs. *El funcionalismo en el Derecho penal*, Universidad Externato de Colombia, Bogotá, 2003, pp. 41 y ss.

⁸⁴⁷ “Después de todo lo dicho, debe ser rechazada una propia categoría del Derecho penal del enemigo. Esto no excluye, en general, que se pueda graduar las reacciones del Estado tam bien ya en la fase del procedimiento penal, de forma proporcionada en relación al peligro mayor temido, prácticamente según el peso de la sospecha del hecho. Por eso, la sospecha de un delito más grave justifica medidas más intensas de investigación, del mismo modo que su prueba legitima una pena más grave. Sin embargo, también con un delito grave queda siempre dotado el inculpado de derechos y recursos. jurídicospropios. Él queda como ciudadano, aun cuando recaiga sospecha en su contra de que se ha oomportado de modo enemigo. En un Estado de Derecho no puede exrstir un enemigo como no-persona.” SCHÜNEMANN, Bernd, *Cuestiones básicas del Derecho penal en los umbrales del tercer milenio*, Idemsa, Lima, Peru, 2006, p. 195.

Estado llegue al punto de elegir un individuo o una clase de individuos como enemigos y sustraerles su característica innata de personalidad⁸⁴⁸. Esa postura de Schünemann enmarca una división entre lo que sería un Derecho penal de lucha (o de guerra) legítimo, y lo que sería un Derecho penal del enemigo, caracterizado por la exclusión de la personalidad de individuos.

De hecho, en su discurso en las jornadas berlinesas organizadas por Eser, Hassemer y Burckhardt, en el año 1999 bajo el título “La autocomprensión de la ciencia del Derecho penal ante los desafíos del presente”⁸⁴⁹, Jakobs habla de una legislación de lucha o guerra contra determinados fenómenos criminales, como los delitos sexuales, la criminalidad organizada, el terrorismo, los delitos sexuales, la criminalidad económica y el tráfico de drogas, lo que se constituyen en tipos de delitos. Sin embargo, en un esquema funcionalista de observación de la realidad, aplicado al Derecho penal, donde se separa claramente la función de la pena como restablecimiento de la confianza en la vigencia de la expectativa normativa seleccionada por el subsistema del Derecho, y la función de rechazo de riesgos al funcionamiento del sistema social, queda claro que Jakobs, cuando habla de lucha contra dichos fenómenos criminales, en realidad, habla de lucha contra fuentes de riesgo o peligro al funcionamiento del sistema social, no de afirmación de la expectativa violada.⁸⁵⁰

Así pues, las palabras “guerra” o “lucha” en el contexto de la teoría citada tienen el sentido contextual de rechazo a fuentes de peligros, que pueden concretarse en determinados tipos de fenómenos criminales expresivos, personas (aunque en este caso, su personalidad esté en vías de extinción), seres humanos (individuos a los cuales no se reconoce la personalidad), Estados (personas jurídicas de derecho público), grupos terroristas, Estados en formación (todavía no reconocidos por la comunidad internacional), *et caetera*. Todas estas fuentes de peligro listadas pueden ser objeto de una declaración de guerra por parte del Estado, y por eso, pueden ser identificados como enemigos, desde una óptica funcionalista sistémica.

⁸⁴⁸ SCHÜNEMANN, Bernd, *Cuestiones básicas del Derecho penal en los umbrales del tercer milenio*, Idemsa, Lima, Peru, 2006, p. 195-196.

⁸⁴⁹ JAKOBS, Günther. “La autocomprensión de la ciencia del Derecho penal ante los desafíos del presente”. En: VV.AA. *La ciencia del Derecho penal ante el nuevo milenio*. Valencia, Tirant lo Blanc, 2004.

⁸⁵⁰ JAKOBS, Günther. *Ciência do Direito e Ciência do Direito Penal*. trad. M. A. R. Lopes. Barueri: Manole, 2003, p. 55.

Cornelius Prittwitz también ha escrito sobre el tema. La forma como el autor reconstruye el concepto de Derecho penal del enemigo, *grosso modo*, hace referencia, en especial, al adelantamiento de las barreras de la punibilidad, la creación de un Derecho penal de lucha, y la reducción de las garantías del imputado, con la finalidad de reconstrucción de un ambiente cognitivamente seguro. Véase:

a) Descripción del «Derecho penal del enemigo». Centrémonos en la propia descripción que del «Derecho penal del enemigo» realiza Jakobs. Así reconoce éste, en primer lugar, que si bien en este derecho no se permite todo, se permite bastante. Parfraseando al propio JAKOBS ¿se permiten más cosas que un Estado de defensa! Señala a continuación JAKOBS que las reglas en este derecho no serían las mismas que las establecidas en el «Derecho penal del ciudadano». Sin embargo, el propio JAKOBS no tiene la certeza de que el «Derecho penal del enemigo» pueda ser considerado «Derecho» en el sentido estricto de la palabra. Uno de estos elementos diferenciadores sería la punibilidad de los hechos cometidos mucho antes de la lesión del bien jurídico. Entre estas reglas destaca la posibilidad de castigar los hechos cometidos mucho antes de la lesión del bien jurídico o un adelantamiento de la intervención penal a actos meramente preparatorios sin la correspondiente reducción de la pena. En pocas palabras, este nuevo Derecho penal se caracterizaría por el paso de una legislación de Derecho penal («*Stratzgesetzgebung*») a una legislación de lucha contra la criminalidad (por ejemplo, económica, contra el terrorismo o la criminalidad organizada) y por un proceso en el que se reducirían las garantías del justiciable. Por su parte, el rasgo característico del proceso en este Derecho penal vendría determinado por la reducción de las garantías procesales al imputado. b) Función y misión del «Derecho penal del enemigo». JAKOBS define, de una forma palmaria, la misión que el «Derecho penal del enemigo» tiene encomendada: «la construcción de —o mejor dicho ¿reconstruir?— condiciones ambientales soportables» («*Herstellung erträglicher Umweltbedingungen*»). JAKOBS está pensando en una vida en la que exista seguridad cognitiva, seguridad esta que, a su juicio, únicamente, puede ser garantizada en un mundo en el que los conciudadanos no se aparten de forma sistemática del Derecho. En la medida en que los enemigos —por definición (j) y no porque así lo confirmen las investigaciones empíricas— se apartan constantemente del Derecho, una tal sociedad sólo puede (re-)construirse mediante la exclusión de los enemigos.⁸⁵¹⁻⁸⁵²

⁸⁵¹ PRITTWITZ, Cornelius. “Derecho penal del enemigo: ¿Análisis crítico o programa del Derecho penal?”. En: AA. VV. *La política criminal en Europa*. coord. por Mirentxu Corcoy Bidasolo, Víctor Gómez Martín Árbol académico, Santiago Mir Puig. Barcelona, Atelier, 2004, págs. 107-120. p. 115.

⁸⁵² Véase también: “El concepto de “Derecho penal del enemigo”, presentado por Günther Jakobs, ha levantado una polvareda, no solo en Alemania, sino también en otros países y ciertamente, también en Latinoamérica, donde, a mi juicio ha obtenido tanto el aplauso más grande, como las críticas más duras. ¿Qué ha de entenderse bajo el concepto de “Derecho penal del enemigo” y qué posición tomar al respecto? Este concepto caracteriza un

Ab initio, hay que señalar que Prittwitz empieza su descripción con una observación que pasa desapercibida por muchos investigadores del Derecho penal. De hecho, Jakobs afirma categóricamente que no se puede tomar todas las medidas que se pueda contra el enemigo, en su modelo de observación de la realidad⁸⁵³. Aunque pueda parecer incoherente relacionarse algo que se puede o no hacer (dato deontológico), a un esquema científico de observación de la realidad, conforme Jakobs sostiene ser la naturaleza del funcionalismo penal – un procedimiento que sólo debería observar datos del ambiente (datos de naturaleza ontológica) – no es incoherente llegar a una conclusión como esta, conforme se explica a continuación.

Cuando Jakobs informa no ser posible hacer de todo con el enemigo, en su modelo de conjunto de medidas político-criminales típicas de un Derecho penal del enemigo, lo que él dice es que si uno realiza lo que quiere con el enemigo, como, *verbi gratia*, creación de una legislación de establezca ejecución sumaria de pena de muerte, sin cualquier tipo de proceso, lo que se habrá creado es cualquier cosa, menos Derecho penal del enemigo moderado, com lo propone Jakobs. Así pues, queda claro que medidas demasiado extremas no se encajan en el modelo de Derecho penal del enemigo propuesto por Jakobs.

En este contexto, como consecuencia lógica del razonamiento expuesto en el párrafo precedente, la cuestión que se sobresale es ¿hasta qué punto se puede llegar?, o bien ¿cuáles son los límites del Derecho penal del enemigo? Las respuestas de estas preguntas dependen del concepto de Derecho penal del enemigo que se adopte. Al final de este trabajo, quedará demostrado que existen muchas concepciones acerca de lo que efectivamente sería esta forma de manifestación del sistema penal, y para crear una respuesta que la más coherente con los presupuestos adoptados en esta investigación, se demanda la construcción de un esquema

Derecho penal con el cual el Estado no confronta a sus ciudadanos, sino a sus enemigos. ¿Cómo se le puede reconocer? Primero, en sus normas. El Derecho penal del enemigo castiga sus enemigos más, más duramente y con mayor rapidez. En el ámbito del Derecho penal material la esfera de libertad de acción y (en parte) también de pensamiento de los ciudadanos es más limitada. Al mismo tiempo, una vez que un ciudadano es considerado (transformado) en enemigo carece de derechos procesales.” PRITTWITZ, Cornelius. “Derecho penal del Riesgo y Derecho penal del Enemigo.” En: *Revista Digital de la Maestría en Ciencias Penales*. Número 6. RDMCP-UCR, San José, 2015, p. 14.

⁸⁵³ “Esto no significa que entonces esté todo permitido, incluso una acción sin medida. Al contrario, al enemigo se le reconoce una personalidad potencial, de tal manera que en una lucha no puede superarse el límite de lo necesario. Pero eso aún permite mucho, todavía más que en la legítima defensa, en la que la defensa necesaria tiene que ser siempre reacción frente a una agresión actual, mientras que en el Derecho penal de enemigos, como se va a mostrar a continuación, también se trata de la defensa frente a agresiones futuras.” JAKOBS, Günther. “La autocomprensión de la ciencia del Derecho penal ante los desafíos del presente”. En: VV.AA. *La ciencia del Derecho penal ante el nuevo milenio*. Valencia, Tirant lo Blanc, 2004, p. 58.

teórico bien formulado acerca de lo que se considera efectivamente un Derecho penal del enemigo, y de un esfuerzo argumentativo razonablemente profundizado, lo que es parte de una definición bien acabada de un posible concepto críticamente formulado de este núcleo teo-axiológico político-criminal, que será objeto de desarrollo un apartado propio.

En relación con la afirmación realizada por parte del profesor Pritwittz, de que “*JAKOBS no tiene la certeza de que el «Derecho penal del enemigo» pueda ser considerado «Derecho» en el sentido estricto de la palabra*”⁸⁵⁴, hay que aclarar que eso no parece estar de acuerdo con las propias palabras de Jakobs.

En primer lugar, debe ser informado que se dedicará un apartado entero en este trabajo para analizar la idea de lo que sería un *no-Derecho* o un *Derecho injusto – Unrecht*, en alemán – y sus relaciones con la noción de Jakobs de Derecho penal del enemigo. Construir un significado más pertinente de la palabra *Unrecht*, en un contexto donde quede bien comprendida y quede bien claro su sentido para la *Rechtswissenschaft* demanda un análisis un poco más detenido.

Sin embargo, de entrada, se puede informar que Jakobs, de hecho, considera el Derecho penal del enemigo como Derecho, de la siguiente forma: “*Sin embargo, el Derecho penal del enemigo sigue siendo Derecho en la medida en que vincula a su vez a los ciudadanos, más exacta mente, al Estado, sus órganos y funcionarios en la lucha contra los enemigos.*”⁸⁵⁵.

Por eso, porque el Derecho penal del enemigo sigue un Derecho, ni todo es posible realizarse en esta lucha, lo que conduce a la conclusión, con Jakobs, de que el propio Derecho penal del enemigo tiene límites razonables, de la siguiente forma: “*Esto no significa que entonces esté todo permitido, incluso una acción sin medida. Al contrario, al enemigo se le reconoce una*

⁸⁵⁴ PRITTWITZ, Cornelius. “Derecho penal del enemigo: ¿Análisis crítico o programa del Derecho penal?”. En: AA. VV. *La política criminal en Europa*. coord. por Mirentxu Corcoy Bidasolo, Víctor Gómez Martín Árbol académico, Santiago Mir Puig. Barcelona, Atelier, 2004, págs. 107-120. p. 115.

⁸⁵⁵ Véase: “cfr. JAKOBS, en ESER et al. (ed.), *Die deutsche Strafrechtswissenschaft vor der Jahrtausendwende*. 2000, ps. 47 y ss., 53; en otra línea CANCIO MELIÁ, *ZStW* 117 (2005), ps. 267 y ss., 282 y ss. (*contradictio in adiecto*).” JAKOBS, Günther: “¿Terroristas como personas en Derecho?”, en: AA. VV.: *Derecho penal del enemigo. El discurso penal exclusión*, 2 vols., Montevideo/Buenos Aires, Editorial B de F Edisofer, 2006, compilado por Manuel Cancio Meliá y Carlos Gómez-Jara Díez, Vol. 2, pp. 77-92, p. 85.

*personalidad potencial, de tal manera que en una lucha no puede superarse el límite de lo necesario.*⁸⁵⁶.

Prittwitz también hace referencia hecho de pasarse a un Derecho penal de lucha, con la adopción de políticas criminales calificadas por Jakobs como típicas de un Derecho penal del enemigo. Como se ha explicado, aunque brevemente, cuando se ha comentado las observaciones de Schünemann sobre la concepción descubierta por Jakobs, parece que, en realidad, hay una frontera entre un Derecho penal de lucha y un Derecho penal del enemigo. Aunque un Derecho penal de lucha pueda justificarse desde el punto de vista del principio de necesidad de la protección penal y proporcionalidad (y sus repercusiones en la política criminal de rango constitucional e infraconstitucional), un Derecho penal del enemigo presupone más que la mera lucha contra un fenómeno criminal, algo cómo la exclusión de personas o grupos del estado de ciudadanía, lo que será objeto de profundización en el momento oportuno, en este trabajo, y por eso, no se les puede confundir.

El autor hace también mención a la a los criterios de reconocimiento del carácter de enemigo. De hecho, este es una de las partes más débiles, desde un punto de vista ontológico, de las construcciones teóricas de Jakobs en relación con el enemigo. Aunque existan casos en los cuales se pueden identificar enemigos en el sentido jakobsiano estricto de la palabra – como los terroristas yihadistas – has una zona gris muy larga, lo que podría llevar al abuso de esta definición. Sin embargo, Prittwitz sostiene que la identificación de alguien en concreto como enemigo depende de mera definición, no de confirmación empírica de este carácter, lo que parece no tener mucho sentido, si identificamos el Derecho como un ámbito del conocimiento humano no perteneciente a las *Naturwissenschaften*.

Aunque que al Derecho, o a la Jurisprudencia, no se pueda reconocer el carácter de ciencia natural, por razones obvias (no es un fenómeno de la naturaleza), tampoco se le puede poner en el grupo de las *Geisteswissenschaften*, en virtud del grado muy alto de inestabilidad de su

⁸⁵⁶ “Esto no significa que entonces esté todo permitido, incluso una acción sin medida. Al contrario, al enemigo se le reconoce una personalidad potencial, de tal manera que en una lucha no puede superarse el límite de lo necesario. Pero eso aún permite mucho, todavía más que en la legítima defensa, en la que la defensa necesaria tiene que ser siempre reacción frente a una agresión actual, mientras que en el Derecho penal de enemigos, como se va a mostrar a continuación, también se trata de la defensa frente a agresiones futuras.” JAKOBS, Günther. “La autocomprensión de la ciencia del Derecho penal ante los desafíos del presente”. En: VV.AA. *La ciencia del Derecho penal ante el nuevo milenio*. Valencia, Tirant lo Blanc, 2004, p. 58..

objeto⁸⁵⁷ (las leyes) y de su metodología por excelencia (la hermenéutica), el primero, sujeto al humor de las asambleas constituyentes y del Poder Legislativo, y el segundo, sumiso al decisionismo del Poder Judicial. Por eso, es incoherente demandar confirmación empírica de que alguien represente de hecho un enemigo, porque este ámbito del conocimiento humano (el Derecho) no trabaja con el método empírico, tampoco es una ciencia natural.

Otra acusación que el profesor Prittwitz hace contra un Derecho penal del enemigo informa que Jakobs propone la reconstrucción de condiciones ambientales soportables para una vida en la cual exista un mínimo de seguridad cognitiva⁸⁵⁸. En primer lugar, hay que subrayar que no se trata de crear un ambiente de seguridad cognitiva, sino de aumentar el grado de seguridad cognitiva en el ámbito del sistema, porque funcionalmente, sistema y ambiente son entidades *per se* diferentes⁸⁵⁹. Sin embargo, más que subir los niveles de seguridad cognitiva en el sistema, el Derecho penal del enemigo tiene la función la exclusión o reducción de riesgos que amenazan la sociedad.

Aunque dicho proceso de aumento de los niveles de seguridad cognitiva en el sistema sea posible, desde un punto de vista funcional, como explicado debidamente en el apartado pertinente, a través del acoplamiento estructural de los sistemas sociales y psíquicos, proceso

⁸⁵⁷ “¿Cuán es el contenido de todos aquellos comentarios, exégesis, monografías, cuestiones, meditaciones, tratados y casos jurídicos? Sólo una pequeña parte de esta literatura se ocupa del Derecho Natural: más que nueve diezavos tratan de las lagunas, ambigüedades, contradicciones, de lo falso, anticuado y arbitrario de las leyes positivas. Su objeto lo es la ignorancia, el descuido y la pasión del legislador. El genio inclusive no se niega de servir a la impremeditación y de desarrollar para justificarla, todo su ingenio y toda su erudición. Por culpa de la ley positiva los juristas se han convertido en gusanos que sólo viven de madera podrida. Abandonando la madera sana, anidan y tejen en la carcomida. La ciencia, al hacer del azar su objeto, se convierte ella misma en azar: tres palabras rectificadoras del legislador y bibliotecas enteras se convierten en papeles inútiles.” VON KIRCHMANN, Julius Hermann. *La jurisprudencia no es ciencia. El carácter a-científico de la llamada ciencia del derecho* (1847), Lima, Instituto Pacífico, 2015, p. 33.

⁸⁵⁸ “JAKOBS está pensando en una vida en la que exista seguridad cognitiva, seguridad esta que, a su juicio, únicamente, puede ser garantizada en un mundo en el que los conciudadanos no se aparten de forma sistemática del Derecho. En la medida en que los enemigos —por definición (j) y no porque así lo confirmen las investigaciones empíricas— se apartan constantemente del Derecho, una tal sociedad sólo puede (re-)construirse mediante la exclusión de los enemigos.” PRITTWITZ, Cornelius. “Derecho penal del enemigo: ¿Análisis crítico o programa del Derecho penal?”. En: AA. VV. *La política criminal en Europa*. coord. por Mirentxu Corcoy Bidasolo, Víctor Gómez Martín Árbol académico, Santiago Mir Puig. Barcelona, Atelier, 2004, págs. 107-120, p. 115.

⁸⁵⁹ Véase la diferencia entre sistemas y su entorno a continuación: “En otras palabras: los sistemas pueden distinguirse a sí mismos de su entorno, aunque esto ocurre con operación en el mismo sistema. La forma que ellos generan ciegamente al operar de manera recursiva y con la cual se diferencian se pone nuevamente a su disposición cuando se observan a sí mismos como sistema-en-un-entorno. Y solo así —bajo estas condiciones precisas— también la teoría de sistemas se constituye en fundamento de una determinada praxis de distinguir y de señalar. La teoría de sistemas utiliza la distinción sistema/entorno como forma de sus observaciones y descripciones; pero para poder hacerlo debe saber distinguir esta distinción de otras distinciones —por ejemplo, las de la teoría de la acción.” LUHMANN, Niklas. *Sociedad de la sociedad*, op. cit., p. 43.

en el cual la confianza tiene un papel central (lo que es verdadero desde el marco teórico adoptado) la cuestión del significado sociológico del Derecho penal del enemigo, desde un punto de vista político, tiene fundamentos primarios más sencillos y rudimentales.

No es necesario llegar al punto de vista del análisis funcional para identificarse la coherencia que las respuestas penales típicas de un Derecho penal del enemigo puedan tener para el sistema político. Es decir, en los países democráticos, en los cuales el poder popular se ejerce a través de la democracia representativa, que poseen un sistema electoral que realmente funcione de forma equilibrada y con mecanismos de efectivo control popular, a permitir que los representantes elegidos tengan legitimidad (formal), y que la actividad legislativa por ellos desarrollada refleje en la medida de las posibilidades los valores de sus electores (legitimidad material), – aunque ideal, dicha forma de funcionamiento del sistema político realmente está presente al algunos países del mundo⁸⁶⁰ – las respuestas a fenómenos criminales de grave entidad producidas por este sistema, aunque puedan ser identificadas como Derecho penal el enemigo, son coherentes y legítimas desde el punto de vista político.

Sólo es posible llegar a dicha conclusión si se tiene en mente sólo el sistema político, porque al analizar la constitucionalidad de dichas medidas (medida, todavía necesaria para analizarse mejor el sistema), es decir, si son coherentes desde el punto de vista jurídico que, en concreto, puede que sean legítimas constitucionalmente en unos países, y otros no. Véase, *verbi gratia*, la existencia de la pena de muerte, prohibida en algunos países europeos⁸⁶¹, permitida en Brasil sólo en los casos de guerra declarada⁸⁶², y permitida, en todos los casos, en los Estados

⁸⁶⁰ Véase, por ejemplo: KOBACH, Kris. *The Referendum: Direct Democracy In Switzerland*. Aldershot, Dartmouth Publishing Company, 1993.

⁸⁶¹ “Artigo 24.º Direito à vida. 1. A vida humana é inviolável. 2. Em caso algum haverá pena de morte.” PORTUGAL. Constituição da República Portuguesa. Lisboa. *Diário da republica de 10 de abril de 1976*, Série I, .n 86.

⁸⁶² “Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes: (...) XLVII - não haverá penas: a) de morte, salvo em caso de guerra declarada, nos termos do art. 84, XIX;” BRASIL. *Constituição da República Federativa do Brasil*, Brasília, Senado, 1988.

Unidos de América⁸⁶³, en los estados-miembros que la tengan puesto en sus códigos penales o la tengan creado por contrucción jurisprudencial (*Common Law crimes*)⁸⁶⁴.

Así pues, se sostiene que el Derecho sería una técnica de resolución de conflictos sociales, o promoción de la paz social, algo que se aleja de la teleología de las ciencias *hard core*, concretada en la búsqueda del conocimiento, para predicción y control de los fenómenos naturales y humanos. En consecuencia, exigirse la utilización de un método típico de las ciencias naturales a la definición de conceptos jurídicos, como el concepto de enemigo, es incoherente, aunque se reconozca que dicha definición deba realizarse bajo criterios socialmente legítimos, como los criterios *a priori* reconocidos que permiten identificar la legitimidad de las otras normas del ordenamiento jurídico (como el respeto a la Constitución, la existencia de un Poder Legislativo formado por representante elegidos por el pueblo, la garantía de un Poder Judicial independiente, *et caetera*).

Entre los autores españoles, mucho se ha escrito sobre el tema, con alto nivel de calidad y clareza. Destacase, en este universo, la obra del maestro Gracia Martín, quien informa que:

“En los últimos años, la doctrina del Derecho penal dirige su mirada a ciertas regulaciones del Derecho positivo que parecen diferenciarse del Derecho penal general en virtud de determinadas características peculiares, las cuales motivarían o podrían motivar su agrupamiento e individualización como un particular *corpus* punitivo que podría identificarse con la denominación “Derecho penal del enemigo”. Desde una perspectiva general, se podría decir que este Derecho penal del enemigo sería una clara manifestación de los rasgos característicos del llamado Derecho penal *moderno*, es decir, de la actual tendencia expansiva del Derecho penal que, en general, da lugar, formalmente, a

⁸⁶³ "Alguns países, como é o caso do Japão, China e Estados Unidos da América utilizam a pena de morte como punição para crimes bárbaros." OLIVEIRA, Gleick Meira; LIMA, Rebecca Rocha. Do Direito Penal brasileiro: Das penas e da pena de morte. In: Âmbito Jurídico, Rio Grande, XIV, n. 86, mar 2011. Disponível em: <http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=9101>. Acesso em maio 2017.

⁸⁶⁴ “*Common Law Crimes and Statutory Crimes. Historically, the first step in the creation of crimes was taken by the courts, which invented a few important “common law” crimes, setting forth their definitions and providing for their punishments. Later, as the legislature came to sit more regularly and more often, that body took over more and more the task of creating, defining and punishing new crimes (by statute) and to some extent changing the scope of the old judge-made crimes, until today the law of crimes is mostly statutory law. One question remains to this day: to what extent may a court now create a new crime where the legislature has not done so? Another modern problem concerns the way in which courts interpret statutes defining crimes; the answer sometimes depends upon whether the crime in question involves a statutory definition of one of the old judge-made crimes or whether it concerns a definition of a crime which the legislature first created. The classification is sometimes important in other areas of the criminal law.*” LAFAYE Wayne R., *Principles of Criminal Law*. St. Paul. 2Ed., Publisher, Thomson/West, 2003.

una ampliación de los ámbitos de intervención de aquél, y materialmente, según la opinión mayoritaria, a un desconocimiento, o por lo menos a una clara flexibilización o relajación y, con ello, a un menoscabo de los principios y de las garantías jurídico-penales liberales del Estado de Derecho.⁸⁶⁵

La identificación realizada por Gracia Martín es de muy rendimiento, en relación con el Derecho penal del enemigo ser un *corpus* punitivo. La esencia de la creación de este concepto, en 1985 por Jakobs, fue justamente la identificación de un conjunto de normas típicas de un discurso penal, o movimiento de política criminal específico, con características propias, y consecuencias también mucho peculiares. Así pues, identificar Derecho penal del enemigo como un conjunto de normas es el primer paso para comprender su esencia.

El autor sostiene que de dicho *corpus* podría ser considerado como un producto de la modernidad tardía, las transformaciones sociales del occidente en las últimas décadas, es decir, la actual tendencia expansiva del Derecho penal, con una clara flexibilización de las garantías y con un menoscabo de los principios jurídico-penales liberales. Lo que él no aclara es en qué grado de menoscabo algo puede ser considerado Derecho penal del enemigo o, al revés, una manifestación legítima de la sociedad que importa en un endurecimiento del Derecho penal. Sin embargo, el autor continúa a perfeccionar el concepto puesto:

“En realidad, este llamado Derecho penal del enemigo sería uno que se apartaría de los fines ordinarios del Derecho penal, es decir, de la reafirmación del ordenamiento jurídico o de la norma infringida conforme a la ideología de la llamada actualmente prevención general positiva, de la prevención general de intimidación y de la prevención especial rehabilitadora o de reinserción social. Se trataría más bien de una legislación de lucha o de guerra contra el enemigo cuyo único fin sería su exclusión e inoquización. El fin principal del Derecho penal del enemigo es la seguridad cognitiva. En él no se trata ya — como sucede en el Derecho penal general — de la conservación o mantenimiento del orden, sino de la producción en el entorno de condiciones soportables por medio de las cuales sean eliminados todos aquéllos que no ofrecen la garantía cognitiva mínima que es necesaria para poder ser tratados como personas.⁸⁶⁶

⁸⁶⁵ GRACIA MARTIN, Luís. "Consideraciones críticas sobre el actualmente denominado "Derecho penal del enemigo", en *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, RECPC 07-02 (2005). ISSN 1695-0194, p. 1

⁸⁶⁶ GRACIA MARTIN, Luis. "Consideraciones críticas sobre el actualmente denominado "Derecho penal del enemigo", en *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, RECPC 07-02 (2005). ISSN 1695-0194p. 8 y ss.

De hecho, aún que la cuestión central de la teoría funcionalista sistémica de la pena (si así se puede calificar la teoría de la pena de Jakobs), sea la prevención general positiva, de acuerdo con Jakobs, lo que es una consecuencia lógica de la aplicación de la estructura de expectativas luhmanniana a la observación del funcionamiento del Derecho penal, Gracia Martín hace una observación que el propio Jakobs propone, a saber: en el ámbito del Derecho penal del enemigo, no debería existir una función de afirmación de la expectativa violada, sino de eliminación de los riesgos que el propio enemigo representa, tema debidamente aclarado en apartado propio.

La inocuización, o prevención especial negativa, es el objetivo del *corpus* formado por las normas típicas de Derecho penal del enemigo. Sin embargo, es necesario mensurar en qué medida la prevención especial negativa puede presentarse como función legítima de la pena⁸⁶⁷ y de qué manera dicha función de la pena pasa al ámbito de la exclusión o de la ilegitimidad, lo que no queda claro en la obra estudiada, pero es necesario para la real comprensión del alcance y significado de concepto de Derecho penal del enemigo. En este contexto no basta poner lo siguiente:

El Derecho penal del enemigo es la regulación jurídica de la exclusión de los enemigos, la cual se justifica en tanto en cuanto éstos son actualmente no-personas, y conceptualmente hace pensar en una guerra cuyo alcance, limitado o total, depende de todo aquello que se teme de ellos. “El Derecho penal de enemigos optimiza la protección de bienes jurídicos, [mientras que] el Derecho penal de ciudadanos optimiza las esferas de libertad”. Mediante el Derecho penal del enemigo, el Estado ya no dialoga con ciudadanos para mantener la vigencia de la norma, sino que combate a sus enemigos, es decir, combate peligros, y, por ello, en él “la pena se dirige hacia el aseguramiento frente a hechos futuros, no a la sanción de hechos cometidos”⁸⁶⁸.

⁸⁶⁷ Art 59 del Código penal brasileño: “El juez, en atención a la culpabilidad, los antecedentes, el comportamiento social y la personalidad del agente, los motivos, las circunstancias y consecuencias del delito, además de la conducta de la víctima, establecerá, en conformidad con lo que sea necesario y suficiente para el reproche y la prevención del delito: I - las penas aplicables, de las establecidas por la ley; II - la cantidad de pena aplicable, dentro de los límites previstos; III - el régimen inicial de cumplimiento de la pena de privación de libertad; IV - la sustitución de la pena de privación de libertad por otro tipo de pena, si posible.” BRASIL. *Decreto-lei n° 2.848, de 7 de dezembro de 1940*. Código Penal. *Diário Oficial da União*, Rio de Janeiro, 31 dez. 1940.

⁸⁶⁸ GRACIA MARTIN, Luís. "Consideraciones críticas sobre el actualmente denominado "Derecho penal del enemigo", en *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, RECPC 07-02 (2005). ISSN 1695-0194, p. 8 y ss.

Es decir, no basta informar que el Derecho penal del enemigo es una (o bien, la) forma de regulación penal de la exclusión o que trata el individuo-enemigo como una no-persona. Lo que sería de hecho una regulación penal de la exclusión, sus características, modo de funcionar, límites conceptuales y consecuencias prácticas no son tratadas de modo a permitir una aclaración precisa de lo que sería y lo que no sería un Derecho penal del enemigo, algo muy importante si analizamos situaciones no extremas, que se podría calificar como ubicadas en una *zona gris* del concepto.

Tampoco basta decir que un enemigo es un individuo no-persona, un vez que la historia nos ha puesto innumerables situaciones en las cuales seres humanos fueron calificados como *no personas*, bajo una regulación que no tiene nada que ver con el Derecho penal, cómo, por ejemplo el caso de la esclavitud⁸⁶⁹ y del tratamiento de personas que poseen enfermedades mentales no peligrosas⁸⁷⁰ antes de la realización de un hecho antijurídico.

El maestro Silva-Sánchez también ha escrito sobre el Derecho penal el enemigo, lo que ha llamado de *tercera velocidad* del Derecho penal. En este contexto, la primera velocidad sería el Derecho penal clásico, como lo conocemos, y la segunda está representada por un Derecho penal con menos garantías, adaptado a nuevas formas de criminalidad y necesidades sociales, como la posibilidad de responsabilidad penal de las personas jurídicas⁸⁷¹ y los procedimientos

⁸⁶⁹ ⁸⁶⁹“Al final del Imperio, los romanos, marcando distancia con la teoría iusnaturalista de la esclavitud emitida por Aristóteles, consideraron que ésta no estaba basada en derecho natural, sino en derecho de gentes: “la libertad está incluida en el derecho natural y la esclavitud fue introducida por el derecho de gentes”; “la esclavitud es una institución de derecho de gentes, por la que alguien, en contra de la naturaleza, está sometido al dominio ajeno.” MUÑOZ GARCIA, Angel. “La condición del hombre en la Edad Media: ¿siervo, esclavo o qué?”. *Revista de Filosofía*, Maracaibo, v. 25, n. 57, p. 115-142, dic. 2007. Disponible en <http://www.scielo.org.ve/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0798-11712007000300005&lng=es&nrm=iso>. Acceso en 12 feb. 2016.

⁸⁷⁰ “Posteriormente, Philippe Pinel, médico de Bicêtre, iniciador del alienismo, como rama autóctona de la medicina, reflejó la necesidad de objetivar científicamente la enfermedad y la integración administrativa de la locura hasta entonces marginada. Pinel dividía la enfermedad de la locura en cinco formas: la melancolía, la manía sin delirio, la manía con delirio la demencia, y el idiotismo. El principal remedio para la locura sólo podía hallarse en un hospital bien organizado, y consistía en dominar y domar al loco. Un hospital de locos, además de estar bien situado y disponer de un recinto vasto y espacioso, debía ser construido de manera que permitiera la separación de las diversas clases de locos, evitando que éstos se relacionasen entre sí, con el fin de prevenir la recaída.” MORILLO RODRÍGUEZ, F. Javier *et al.*, “El enfermo mental: historia y cuidados desde la época medieval”, en: *Cultura de los cuidados: Revista de enfermería y humanidades*, ISSN 1138-1728, ISSN-e 1699-6003, N°. 13, 2003, págs. 29-35 p. 33

⁸⁷¹ Ejemplo: responsabilidad penal de las personas jurídicas código penal español. “Lo específico del Derecho penal vigente en nuestro ámbito cultural es, sin duda, la sanción de privación de libertad. En efecto, éste es el único tipo de sanción que no puede imponer la Administración (al menos en el sistema español). Ello, naturalmente, dejando al margen el significado simbólico-comunicativo que tiene la intervención de los tribunales penales (y que en principio se mantendría incluso aunque la consecuencia jurídica impuesta fuera una muy distinta de aquélla, como por ejemplo la reparación) Por eso, cabría que en un Derecho penal más alejado

abreviados de persecución penal con la imposición anticipada de penas no privativas de libertad⁸⁷². El autor informa que:

La cuestión anterior guarda una estrecha relación con el denominado, desde la difusión de esta terminología por JAKOBS, «Derecho penal del enemigo» (*Feindstrafrecht*), que se contrapone al de los ciudadanos (*Bürgerstrafrecht*).⁸⁷³ (...) Ahora bien, si lo característico del «enemigo» es el abandono duradero del Derecho y la ausencia de la mínima seguridad cognitiva en su conducta, entonces parecería que el modo de afrontarlo sería el recurso a medios de aseguramiento cognitivo que no tendrían la naturaleza de penas. El tránsito del «ciudadano» al «enemigo» se iría produciendo mediante la reincidencia, la habitualidad, la profesionalidad delictiva y, finalmente, la integración en organizaciones delictivas estructuradas. Y en este tránsito, más allá del significado de cada hecho delictivo concreto, se manifestaría una dimensión fáctica de peligrosidad, a la que habría que hacer frente de un modo expeditivo. El Derecho del enemigo —cabría pensar— sería, entonces, ante todo el Derecho de las medidas de seguridad aplicables a imputables peligrosos. Ello, aunque tales medidas se mostraran en ocasiones bajo la apariencia formal de penas. Expresado de otro modo, no habría un Derecho «penal», en sentido estricto, de enemigos.⁸⁷⁴

Silva-Sánchez, de hecho identifica muy bien la consecuencia central de la idea de Jakobs de enemigo, para la teoría de la pena. Para Jakobs, las reglas del subsistema social del Derecho que permiten el reconocimiento de un individuo como enemigo están ubicadas en su rama llamada Derecho penal. Así pues, la realización continua de hechos criminales, o la

del núcleo de lo criminal y en el que se impusieran penas más próximas a las sanciones administrativas (privativas de derechos, multas, sanciones que recaen sobre personas jurídicas) se flexibilizaran los criterios de imputación y las garantías políticocriminales. La característica esencial de dicho sector seguiría siendo la judicialización (y la consiguiente máxima imparcialidad), a la vez que el mantenimiento del significado «penal» de los injustos y de las sanciones, sin que éstas, con todo, tuvieran la repercusión personal de la pena de prisión.” SILVA SÁNCHEZ, Jesús-María. *La expansión del Derecho penal: aspectos de la política criminal en las sociedades postindustriales*, 2ª ed., Madrid, Civitas Ediciones, 2001. p. 159.

⁸⁷² BRASIL. *Lei n. 9.099, de 26 de Setembro de 1995*. Lei dos Juizados Especiais Cíveis e Criminais; Lei dos Juizados Especiais. *Diário Oficial da República Federativa do Brasil*, Brasília, DF, 27 de setembro de 1995.

⁸⁷³ Continúa el autor, repitiendo lo que el propio Jakobs dijo: “Si nos atenemos a la definición de este autor, el enemigo es un individuo que, mediante su comportamiento, su ocupación profesional o, principalmente, mediante su vinculación a una organización, ha abandonado el Derecho de modo supuestamente duradero y no sólo de manera incidental. En todo caso, es alguien que no garantiza la mínima seguridad cognitiva de su comportamiento personal y manifiesta este déficit a través de su conducta. Las características del Derecho penal de enemigos serían entonces, siempre según JAKOBS, la amplia anticipación de la protección penal, esto es, el cambio de perspectiva del hecho pasado a uno venidero; la ausencia de una reducción de pena correspondiente a tal anticipación; el tránsito de la legislación jurídico-penal a la legislación de lucha; y el socavamiento de garantías procesales.” SILVA SÁNCHEZ, Jesús-María. *La expansión del Derecho penal: aspectos de la política criminal en las sociedades postindustriales*. 2ª ed. Madrid: Civitas, 2001, p. 164.

⁸⁷⁴ SILVA SÁNCHEZ, Jesús-María. *La expansión del Derecho penal: aspectos de la política criminal en las sociedades postindustriales*. 2ª ed. Madrid: Civitas, 2001, p. 164.

realización de un hecho criminal de grave entidad, permitirían la identificación de un enemigo, lo que sería necesario porque dicho individuo representa un riesgo al sistema social no admisible, una fuente de peligrosidad que debe ser inocuizada. En consecuencia, la pena aplicable a dichas fuentes de peligrosidad pierde el carácter de mero reproche social por un hecho dañoso y pasa a significar un medio de contención de riesgos. Aunque la realización de un o más delitos sea su soporte fáctico, o la supuesta razón inmediata de su aplicación, todo eso le pone en un lugar más cercano del concepto de medida de seguridad que de pena propiamente considerada.

Como se ha informado, aunque las consecuencias jurídicas del llamado Derecho penal del enemigo se acerquen mucho más de la *ratio essendi* de la medida de seguridad que de la razón de ser de la pena, no se puede negar que el supuesto de hecho y el sustrato jurídico del Derecho penal del enemigo siguen siendo el Derecho penal clásico, es decir, en principio, él está reglado por la forma jurídica ordinaria de identificar una conducta como delito y de aplicarle sus respectivas consecuencias jurídicas, y que, por eso, no se puede sostener ser que Derecho penal del enemigo no sigue siendo Derecho penal efectivamente (no sólo del punto de vista formal), aunque con características algo diferentes. Además, hay que informar que la medida de seguridad también es un instituto del Derecho penal clásico, aunque sus presupuestos, condiciones, significado y consecuencias, en la concepción clásica de Derecho penal, sean diferentes de las mismas características de la pena.

El profesor Portilla Contreras también subraya las características de la ideología penal estudiada, también desde Jakobs, pero con su forma propia forma de problematizar la cuestión, de la siguiente forma:

Ahora bien, si el Derecho penal de ciudadanos se sujeta a un proceso penal garantístico, ¿en qué términos quedará concretada la notoria restricción a que se somete el contenido del Derecho penal de enemigos? En otras palabras, ¿qué significa, en puridad, un Derecho penal del enemigo? JAKOBS lo ha resumido en virtud de las siguientes directrices; de un lado, un adelantamiento de la punición equivalente al status de un hecho consumado, sin que suponga, por tanto, una reducción de la pena; de otro, la transición de un Derecho penal a una legislación de lucha que implica la reducción de las garantías procesales. Junto a ello, JAKOBS descarta otra alternativa al Derecho penal del enemigo, pues se trata de una guerra. Pues bien, con arreglo al modelo descrito, la función del Derecho penal actual

consistirá en separar el Derecho penal del enemigo del de ciudadanos, y, en esa medida, distinguir en la valoración entre las acciones de las personas y las de las no-personas (enemigos).⁸⁷⁵

Los efectos de la adopción de políticas criminales típicas de un Derecho penal del enemigo tienen importancia central en el aporte realizado por Portilla Contreras. El autor, también desde Jakobs, subraya las características principales de dicho modelo de política criminal, como la reducción de garantías, la creación de un Derecho penal de lucha, el adelantamiento de los niveles de punibilidad de forma desproporcionada, por ejemplo. En este contexto, la separación de un Derecho penal con dichas características, de otro Derecho penal de matiz más garantista, más limitado, proporcional y adecuado al reproche de los delincuentes que aún sean personas, es una necesidad, para garantizar a estos un Derecho penal verdaderamente proporcional a los hechos practicados.

Pero lo más importante que se puede observar en su aporte es el destaque de la idea que conlleva a la adopción de una legislación de lucha, con menos garantías, a saber: la normativización de una guerra. Así, aún de acuerdo con Jakobs, el autor pone que el enemigo está caracterizado como una no-persona, un ser humano sin personalidad, que no es un sujeto de derechos ni de deberes, que representa un objeto al cual se ha declarado una guerra, lo que se acerca mucho de un concepto bien elaborado de enemigo en el ámbito de la teoría del Estado en la contemporaneidad. En este punto, pues, nasce la idea de valoración de la acción (o desvaloración) de los seres humanos considerados personas y de los individuos no considerados como personas, además del significado de la respuesta social (o del Estado) en relación con cada uno de ellos.

Sin embargo, aunque, de hecho, el Derecho penal del enemigo tenga su origen en la separación de las normas de Derecho penal en dos matices (para enemigos y para ciudadanos), y que de alguna forma las normas penales orientadas a la lucha contra los enemigos representen un estado guerra, dicha guerra es muy diferente del concepto típico de guerra, respecto a la guerra entre Estados, porque se realiza bajo normas y reglas de tipos y orígenes diferentes. El propio Jakobs, quien, se puede decir, es el padre y el más grande

⁸⁷⁵ PORTILLA CONTRERAS, Guillermo. "El derecho penal y procesal del "enemigo" - las viejas y nuevas políticas de seguridad frente a los peligros internos-externos". En: AA. VV. *Dogmática y ley penal: libro homenaje a Enrique Bacigalupo*. coord. por José Miguel Zugaldía Espinar, Jacobo López Barja de Quiroga, Vol. 1, 2004, ISBN 84-9768-100-2, págs. 693-720, p. 696.

defensor de la teoría estudiada, informa no se puede hacer de todo con el enemigo, en el contexto del Derecho penal del enemigo⁸⁷⁶.

El catedrático Hormazábal Malarée, con un tono mucho más crítico y contundente, va más allá, identificando consecuencias aún más graves y duras de la adopción de una política criminal para el enemigo, como parte intrínseca de la construcción del concepto de Derecho penal del enemigo, por él calificada como una alternativa irracional, *verbis*:

Con el nombre de Derecho penal del enemigo, o mejor dicho, para el enemigo, se conoce una perversa y antidemocrática corriente doctrinal que postula que a aquellos individuos que rechazan el orden jurídico no se les pueden reconocer las mismas garantías que las leyes contemplan para las personas integradas dentro de una sociedad regida por el derecho. Estas personas, sostiene esta doctrina, deben ser tratadas como enemigos y, en consecuencia, para ellos, un terrorista por ejemplo, no regirían las normas que limitan los plazos de detención policial, ni la presunción de inocencia ni el derecho a un proceso judicial con todas las garantías, pues estas garantías solo han sido pensadas para el buen ciudadano que circunstancialmente puede haber delinquido.⁸⁷⁷

El autor, en primer lugar, califica como perverso y antidemocrático el pensamiento de Jakobs acerca del tema, lo que, en relación exclusivamente con el grado de su pertinencia en un régimen democrático, será estudiado en apartado oportuno, porque se cree que un posible estudio acerca del grado de perversidad o benignidad de dicha teoría estaría *ab initio* enmarcado en un ámbito estrictamente meta-axiológico, o quizás estético, más allá de lo jurídico, lo que no es objeto del estudio de las ciencias sociales o del Derecho, sino de la filosofía.

Ahora bien, lo que se debe subrayar es que el autor califica, también desde Jakobs, el enemigo como los individuos que rechazan el orden jurídico, es decir, que el enemigo puede ser

⁸⁷⁶ “Esto no significa que entonces esté todo permitido, incluso una acción sin medida. Al contrario, al enemigo se le reconoce una personalidad potencial, de tal manera que en una lucha no puede superarse el límite de lo necesario. Pero eso aún permite mucho, todavía más que en la legítima defensa, en la que la defensa necesaria tiene que ser siempre reacción frente a una agresión actual, mientras que en el Derecho penal de enemigos, como se va a mostrar a continuación, también se trata de la defensa frente a agresiones futuras. JAKOBS, Günther. “La autocomprensión de la ciencia del Derecho penal ante los desafíos del presente”. En: VVAA. *La ciencia del Derecho penal ante el nuevo milenio*. Valencia, Tirant lo Blanc, 2004, p. 58.

⁸⁷⁷ MALARÉE, Hernán Hormazábal. “Derecho penal para el enemigo” En: *El Telégrafo*, 31 de enero de 2013, disponible en: <<http://www.letelegrafo.com.ec/noticias/columnistas/1/derecho-penal-para-el-enemigo>> , acceso: 31 ene 2013.

identificado en un individuo (no una persona) que se opone o demuestra desprecio por el orden jurídico al cual se encuentra vinculado. La consecuencia de dicha manifestación de desprecio sería no reconocerle las garantías previstas en el orden jurídico, a diferencia de lo que pasa con las personas integradas a la sociedad a que pertenecen, nombradas por él como buenos ciudadanos que circunstancialmente pueden haber delinuido.

Aquí se identifican algunas de las características expuestas el autor acerca de esta forma de manifestación del sistema penal, a saber: la inaplicabilidad de las normas que limitan los plazos de detención policial, la no incidencia de la regla de la presunción de inocencia en el análisis probatorio del proceso penal, y la no existencia del derecho a un proceso judicial con todas las garantías normalmente existentes en un proceso constituido bajo las reglas normalmente aplicadas a los procesos penales (debido proceso legal). De hecho, todas estas características se relacionan con un concepto: la presunción de (o la más fácil prueba de) la culpabilidad.

Sin embargo, esto es muy poco. No se puede definir un concepto tan complejo como el concepto de Derecho penal del enemigo, o intentarse identificar, con profundidad, las consecuencias más importantes de su aplicación práctica, que es múltiple, a través de la reducción de sus efectos a un solo concepto o del establecimiento de su relación con un solo principio, como el principio de presunción de inocencia (o respeto al estado de inocencia del imputado). Así pues, aunque sea de alguna manera pertinente la observación realizada por el autor citado, lo que será estudiado oportunamente, no se puede limitarse a dichas características la extensión y el significado del tema.

A su vez, Ramon Campderrich, subraya la doble dimensión de la protección penal propuesta por Jakobs, una orientada por los principios del Derecho penal clásico, dirigida a los ciudadanos, y otra orientada por la idea de necesidad de la sanción, de eficacia del sistema penal, que tiene por finalidad neutralizar las fuentes de peligro identificadas en los enemigos. Véase a continuación:

El contenido nuclear de la doctrina “jakobsiana” del “Derecho penal del enemigo” es muy sencillo de describir en unas pocas palabras. La regulación de la represión penal estatal frente a determinados individuos debería presentar en nuestras sociedades, a juicio de

Jakobs, una doble dimensión: un Derecho penal ordinario, o “Derecho penal del ciudadano”, el cual se debe ajustar a los principios del estado de derecho, y una regulación “técnica” del ejercicio sistemático de la violencia estatal dirigida a la neutralización del peligro que representan para la sociedad ciertos individuos, o “Derecho penal del enemigo”, el cual se ha de regir exclusivamente por la idea de necesidad al margen de los principios del estado de derecho, es decir, por un criterio de eficacia en la adopción de medios para combatir y neutralizar fuentes de peligro.⁸⁷⁸

En primero lugar, hay que informar que el Derecho penal clásico es por excelencia una *regulación “técnica” del ejercicio sistemático de la violencia estatal*, es decir, desde el nacimiento del Derecho penal, hasta la última actualización legislativa de los ordenamientos jurídicos de matiz occidental continental, el Derecho penal ha sido y es la regulación técnica (porque el Derecho también es un conjunto de reglas y de técnicas de su aplicación) de algunas medidas (como la pena y la medida de seguridad) de ejercicio sistemático (ejercicio continuo en el tiempo) de la violencia estatal (identificada en la privación de la libertad).

El Derecho penal del enemigo, en principio, es sólo un matiz de dicha técnica (eso será discutido con profundidad oportunamente), que contiene una hipótesis peculiar de amplitud para más allá de los principios clásicos del Derecho penal. Derecho penal y Derecho penal del enemigo son técnicas de ejercicio sistemático de la violencia, aunque con reglas diferentes, y orientadas a fines también diferentes.

De hecho, en el ámbito del Derecho penal del enemigo, se identifica un cambio muy fuerte en la teoría de la pena, en comparación al Derecho penal clásico. Aquí, la pena no puede más ser vista como un mecanismo social de prevención especial positiva (resocialización), porque el enemigo no hace parte de la sociedad. Aún que Jakobs admita la posibilidad de resocialización del individuo, cuando habla de la necesidad de reconocimiento de una *personalidad potencial* al enemigo⁸⁷⁹, este reconocimiento no puede ser, por una cuestión de

⁸⁷⁸ CAMPDERRICH, Ramón. Ciudadano persona versus enemigo no persona: las ideas antigarantistas de Günther Jakobs y John Yoo. Presentació comunicació, IV Jornadas de Filosofía Política: Ciudadanía posible, ciudadanía deseable, Barcelona, ESPAÑA, 2007, Disponible en <<http://www.ub.edu/demoment/jornadasfp/PDFs/8-Jakobs&Yoo.pdf>>, acceso: 04/04/2015, p. 02.

⁸⁷⁹ “Esta coacción puede quedar limitada en un doble sentido. En primer lugar, el Estado no necesariamente ha de excluir al enemigo de todos los derechos. En este sentido, el sujeto sometido a custodia de seguridad queda incólume en su papel de propietario de cosas. Y, en segundo lugar, el Estado no tiene por qué hacer todo que es libre de hacer, sino que puede contenerse, en especial, para no cerrar la puerta a un posterior acuerdo de paz. Pero esto en nada cambia el hecho de que la medida ejecutada contra el enemigo no significa nada, sino sólo coacciona. El Derecho penal del ciudadano mantiene la vigencia de la norma, el Derecho penal del enemigo (en

coherencia interna de su razonamiento, una finalidad de la pena – lo que él mismo admite abiertamente.⁸⁸⁰

Así pues, aunque la vuelta al estado de ciudadanía, para Jakobs, sea una posibilidad siempre abierta, y por eso, la resocialización sea siempre una posibilidad, ella puede ser una consecuencia eventual del contacto del enemigo con el sistema penal, pero no la primera finalidad expresa de la sanción.

La observación más importante acerca de este aporte al tema seguramente es la concepción según la cual el Derecho penal del enemigo está regido exclusivamente por la idea de necesidad al margen de los principios del estado de derecho. Está precisamente aquí el germen de la idea central de una diferenciación efectiva entre Derecho penal de enemigo y otras formas de Derecho penal. Más allá de los fines de cada una de las formas de Derecho penal estudiadas (*clásico* o *del enemigo*), es su grado de adhesión a los principios clásicos del Derecho penal previstos en la Constitución que permitirá concluir si las medidas de política criminal estudiadas están en el grupo del Derecho penal clásico o en el grupo del Derecho penal del enemigo, lo que será explicitado en el final de esta parte del trabajo. Sigue Campderrich a describir el tema en cuestión, de la siguiente forma:

Por consiguiente, la segunda vertiente de la regulación de la represión penal estatal defendida por la doctrina del “Derecho penal del enemigo” no es, según Jakobs, una verdadera regulación jurídica, no es un sector del derecho positivo en el cual aparezcan recogidos y tengan una posición central valores axiológicos positivizados, derechos subjetivos garantizados o intereses legítimos reconocidos, sino una mera reglamentación “técnica” cuyo objetivo es combatir con eficacia y liquidar ciertos tipos de riesgos existentes en nuestras sociedades, los riesgos dimanantes de determinados.⁸⁸¹

sentido amplio: incluyendo el Derecho de las medidas de seguridad) combate peligros; con toda certeza existen múltiples formas intermedias.” JAKOBS, Günther; CANCIO MELIÁ, Manuel. *Derecho penal del enemigo*. Madrid, Civitas Ediciones, 2003, p. 33.

⁸⁸⁰ “Resumo la evolución habida, que no es precisamente nueva: el Derecho penal del enemigo, en particular el Derecho penal dirigido contra los terroristas, tiene más bien el cometido de garantizar seguridad que el de mantener la vigencia del ordenamiento jurídico, como cabe detectar con base en el fin de la pena y en los tipos correspondientes. El Derecho penal del ciudadano, garantía del ordenamiento jurídico, se transmuta en defensa frente a riesgos.” JAKOBS, Günther. “¿Derecho penal del enemigo? Un estudio acerca de los presupuestos de la juridicidad”, en: AA. VV.: *Derecho penal del enemigo. El discurso penal exclusión*, 2 vols., Montevideo/Buenos Aires, Editorial B de F Edisofer, 2006, compilado por Manuel Cancio Meliá y Carlos Gómez-Jara Díez, Vol. 2, pp. 93-116, p. 113.

⁸⁸¹ CAMPDERRICH, Ramón. Ciudadano persona versus enemigo no persona: las ideas antigarantistas de Günther Jakobs y John Yoo. Presentación comunicada, *IV Jornadas de Filosofía Política: Ciudadanía posible*,

De nuevo, en primero lugar, el Derecho es siempre una técnica de resolución de conflictos sociales, sea a través de la protección de derechos y garantías fundamentales, sea a través de la minimización de riesgos. No se le puede quitar al Derecho penal clásico el estatus de técnica, especialmente porque nació con la finalidad de limitarse el poder punitivo estatal, lo que se hace, por excelencia, a través del uso de medios en un conjunto de procesos. Lo que se cuestiona es la naturaleza de dichos medios e la finalidad de dichos procesos.

No se puede negar que la creación de medidas típicas de Derecho penal del enemigo sea la positivación de valores. Aunque en dichos valores no exista la centralidad de derechos individuales o garantías fundamentales, se puede efectivamente encontrar una axiología en las medidas de política criminal típicas de Derecho penal del enemigo. De hecho, conforme explicado en el apartado dedicado los fundamentos sociológicos del Derecho penal del enemigo, las ideas de contención de riesgos, protección de la sociedad y lucha contra las más graves formas de criminalidad son valores que encuentran apoyo en las teorías sociológicas contemporáneas y en las sociedades democráticas que las han puesto en marcha.

Aunque la axiología que dio origen el Derecho penal clásico, orientada a la limitación de poder punitivo estatal, no sea la axiología que basa las medidas típicas de un Derecho penal del enemigo, orientadas a la reducción de riesgos, no se puede negar que dichos valores existen e encuentran sus orígenes en la sociedad, sea en supuestas o reales necesidades sociales, sea como producto de un populismo penal de los medios de comunicación o sea como producto del ejercicio de la ciudadanía en los medios de realización la democracia indirecta.

Sin embargo, el autor informa con exactitud que la teleología del Derecho penal del enemigo es la disminución de determinados tipos de riesgos a los cuales nuestras sociedades están expuestas en la contemporaneidad, como estudiado en el apartado escrito acerca del sentido sociológico de la teoría en cuestión.

La profesora Sanz Mulas, desde la Universidad de Salamanca, también ha hecho importantes aportes al debate, que serán analizados con detenimiento. La autora, basándose en Jakobs, sostiene que dicha categoría considera como enemigo todo aquel que ha huido del Derecho, contra el cual la sociedad reacciona como se fuera una guerra, aunque refrenada, a diferencia de la reacción frente a un ciudadano, siendo el enemigo quien se desvía del pacto por principio, perdiendo la consideración normativa de persona, y que por ello debe ser interceptado y combatido antes por su peligrosidad con, por ejemplo, una custodia de seguridad anticipada que se denomina pena, por tratarse de individuos que hay que coaccionar para evitar que destruyan el ordenamiento jurídico⁸⁸².

En primer lugar, hay que señalar que la autora incurre en un equívoco muy común, ya en el título del trabajo, al nombrarle “*De las libertades del Marqués de Beccaria, al todo vale de Günther Jakobs*”. Como ya se ha explicitado por más de una vez, lo que Jakobs propone no puede ser considerado como un “todo vale”, como a la autora le gustaría calificar dicha teoría, especialmente porque Jakobs es muy claro al informar que:

“Esto no significa que entonces esté todo permitido, incluso una acción sin medida. Al contrario, al enemigo se le reconoce una personalidad potencial, de tal manera que en una lucha no puede superarse el límite de lo necesario. Pero eso aún permite mucho, todavía más que en la legítima defensa, en la que la defensa necesaria tiene que ser siempre reacción frente a una agresión actual, mientras que en el Derecho penal de enemigos, como se va a mostrar a

⁸⁸² “En definitiva, la noción del Derecho penal del enemigo es la categoría del Derecho que considera enemigo a todo aquel que ha huido del Derecho, y frente al que la sociedad reacciona contraponiendo un Derecho para ciudadanos y un Derecho para enemigos. Y, al respecto, JAKOBS escribe literalmente “quien incluye al enemigo en el concepto del delincuente ciudadano no debe asombrarse si se mezclan los conceptos “guerra” y “proceso penal”... quien no quiere privar al Derecho penal de sus cualidades vinculadas a la noción de Estado de derecho —control de las pasiones; reacción exclusivamente frente a hechos exteriorizados, no frente a meros actos preparatorios; respeto a la personalidad del delincuente en el proceso penal; etc.—, debería llamar de otro modo aquello que hay que hacer contra los terroristas sino se quiere sucumbir, es decir, lo debería llamar Derecho penal del enemigo, guerra refrenada”. En consecuencia, JAKOBS distingue dos regulaciones del Derecho penal, dos modos de proceder con los delincuentes: el trato con el “ciudadano”, en el que se espera a que cometa el delito para reaccionar, viéndole como persona que ha infringido el pacto, pero que no persiste en ello, manteniendo el status de persona; y el trato con el “enemigo”, que se desvía del pacto por principio, perdiendo la consideración normativa de persona, y que por ello debe ser interceptado y combatido antes por su peligrosidad, una custodia de seguridad anticipada que se denomina “pena”, por tratarse de individuos que hay que coaccionar para evitar que destruyan el ordenamiento jurídico.” SANZ MULAS, Nieves. “De las libertades del Marqués de Beccaria, al todo vale de Günther Jakobs. El fantasma del enemigo en la legislación penal española. “En: *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología* (en línea). 2012, núm. 1410, p. 10:1- 10:29. Disponible en internet: <http://criminet.ugr.es/recpc/14/recpc14-10.pdf>, ISSN 1695-0194 [RECPC 14-10 (2012), 15 oct], pp. 9 y ss.

continuación, también se trata de la defensa frente a agresiones futuras.⁸⁸³

Y antes que alguien llegue a pensar que, en el trecho del citado trabajo, Jakobs sólo intenta amenizar la realidad cruel de su teoría, es necesario informar que otro profesor alemán, que no está de acuerdo con Jakobs, Cornelius Prittwitz, reconoce expresamente que la teoría diseñada por Jakobs no permite un “todo vale” contra el enemigo, de la siguiente forma:

“a) Descripción del «Derecho penal del enemigo». Centrémonos en la propia descripción que del «Derecho penal del enemigo» realiza Jakobs. Así reconoce éste, en primer lugar, que si bien en este derecho no se permite todo, se permite bastante.”⁸⁸⁴

Esto es algo que debe ser aclarado y tendrá importancia central en la hora de definir lo que realmente sería un Derecho penal del enemigo y de diferenciarle de otras cosas, además de tumbar, en definitiva, las construcciones teóricas que se oponen al modelo propuesto por Jakobs, basándose sólo en un supuesto carácter anárquico o necesariamente absoluto de su teoría. En realidad, conforme será aclarado oportunamente, Jakobs no propone un Derecho penal del enemigo radical en absoluto, sin embargo, la adopción de medidas típicas de un Derecho penal del enemigo puede llevar a la realización de consecuencias no deseadas, conforme oportunamente se demuestra.

Se puede criticar también la visión que la citada autora tiene acerca de la cuestión a través de la observación de lo que ella informa ser el modo por el cual Jakobs propone tratar el enemigo. Ella sostiene que Jakobs propone la interceptación y combate del enemigo, antes que él pueda destrozar el ordenamiento jurídico⁸⁸⁵. Aunque, de acuerdo con Jakobs, se deba luchar contra el enemigo, la idea de combate absoluto no tiene lugar en su teoría, conforme se ha demostrado en los párrafos precedentes, aunque a eso se pueda llegar con un concepto de Derecho penal del enemigo que va más allá de lo que el propio Jakobs propone, conforme se explica en un apartado propio.

⁸⁸³ JAKOBS, Günther. “La autocomprensión de la ciencia del Derecho penal ante los desafíos del presente”. En: VVAA. *La ciencia del Derecho penal ante el nuevo milenio*. Valencia, Tirant lo Blanc, 2004, p. 58.

⁸⁸⁴ PRITTWITZ, Cornelius. “Derecho penal del enemigo: ¿Análisis crítico o programa del Derecho penal?”. En: AA. VV. *La política criminal en Europa*. coord. por Mirentxu Corcoy Bidasolo, Víctor Gómez Martín Árbol académico, Santiago Mir Puig. Barcelona, Atelier, 2004, págs. 107-120, p. 115.

⁸⁸⁵ SANZ MULAS, Nieves. “De las libertades del Marqués de Beccaria, al todo vale de Günter Jakobs. El fantasma del enemigo en la legislación penal española. “En: *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología* (en línea). 2012, núm. 1410, p. 10:1- 10:29. Disponible en internet: <http://criminet.ugr.es/recpc/14/recpc14-10.pdf>, ISSN 1695-0194 [RECPC 14-10 (2012), 15 oct], p. 10.

Además, no se reconoce la posibilidad de hecho de que el enemigo destruya el ordenamiento jurídico, idea que es una impropiedad. En la medida en que el sujeto existe en un plan ontológico, físico, el ordenamiento jurídico en cuanto ente físico no es más que un montón de papel y datos informáticos, al cual no es pensable destruir en razón de número de copias de las normas en vigor que se tiene archivadas. Los planes de existencia real y eficacia del ordenamiento jurídico son los planes deontológico y axiológico, a los cuales no es posible cambiar por la acción de una sólo persona, en una forma inmediata. Un ataque a la vigencia de una norma es, de hecho, la frustración de una expectativa, lo que no es ni puede ser la destrucción del ordenamiento jurídico, en razón de su carácter contrafáctico, conforme explicado oportunamente, en apartado propio. El riesgo que el enemigo representa al funcionamiento del sistema social, teniendo en cuenta el papel de la confianza, fue debidamente aclarado en este trabajo, y no implica en ningún tipo de destrucción del ordenamiento jurídico, lo que queda claro si se comprende la diferencia entre los registros real y simbólico⁸⁸⁶.

Ana Isabel Pérez Cepeda, brillante profesora de las universidades de La Rioja e Salamanca, también ha dejado su importante contribución sobre el tema, en una perspectiva crítica. Cuando ella describe lo que Jakobs propone acerca del Derecho penal del enemigo, lo hace con excelencia, al subrayar el papel que Jakobs señala a los deberes de individuo para ingresar en un estado de ciudadanía y tener el estatus completo de persona. Ella lo hace al observar que un terrorista puede ser considerado enemigo cuando rechaza el fundamento de legitimidad y civilidad de ordenamientos jurídico y busca destruir el orden público, lo que se constituye en una forma de negar cualquier formas de garantía cognitiva, y que es necesario separar el Derecho penal del ciudadano de este Derecho penal, para reducir el riesgo de contaminación, del cual no se puede más huir⁸⁸⁷, de acuerdo con ella.

⁸⁸⁶ Véase: LACAN, Jacques. “Le Symbolique, l’Imaginaire et le Réel (1953)” en: *Bulletin de l’Association freudienne*, nº 1, 1982, pp. 4-13.

⁸⁸⁷ “Desde esta perspectiva, Jakobs se opone a que pueda participar de los beneficios del concepto de persona el individuo que no admite su acceso a un estado de ciudadanía. Esto, según este autor, le conduce a cuestionar la reacción penal frente al terrorista que rechaza el principio de la legitimidad del ordenamiento jurídico y que persigue la destrucción del orden, pues, dado que el terrorista no ofrece una expectativa de conducta personal, la categoría de delito referida a las personas resulta inadecuada. Por esa razón cree que si no se quiere privar al Derecho penal del ciudadano de sus cualidades vinculadas a la noción de Estado de Derecho, «debería llamarse Derecho penal del enemigo a lo que haya que hacer contra los terroristas si no se quiere sucumbir» (Jakobs y Cancio 2006, 57 y ss.). Desde esta perspectiva, Jakobs se opone a que pueda participar de los beneficios del concepto de persona el individuo que no admite su acceso a un estado de ciudadanía. Esto, según este autor, le

Siguiendo en su análisis, en el momento de indicar las consecuencias de lo propuesto por el autor alemán, hay un punto de discordancia con las consideraciones de esta investigación que están, sin embargo, de acuerdo muchos otros investigadores que se han dedicado al tema. Pérez sostiene que: “*Lo cierto es que se pretende combatir a los enemigos externos con un derecho ultra militar que se manifiesta en guerras preventivas, en Guantánamo con un sistema penal sin proceso y sin derechos, en una tortura globalizada, y con la recuperación, incluso legislativa, de la autorización para matar al margen de cualquier proceso.*”⁸⁸⁸

En primer lugar, hay que informar que Jakobs deja claro que la guerra que representa el Derecho penal del enemigo es una guerra contra enemigos internos, no externos – y es precisamente este el problema central de la fundamentación de su teoría. Si el Derecho penal del enemigo un combate armado, no habría tanta resistencia por parte de los investigadores del tema en reducir el ámbito de las garantías de los imputados, especialmente porque en dichas situaciones no se discute mucho que existe otra racionalidad y otros principios.

En supuestos como estos, de guerra, la Constitución española diseña los límites de los derechos que ella misma ha creado, como lo hace en su artículo 55, apartado 1, cuando establece que en los casos de declaración del estado de excepción o de sitio se puede suspender algunos derechos que reconoce expresamente⁸⁸⁹.

En contrario, lo que Jakobs propone es un Derecho penal de guerra interna – *intra muros* – en el cual se utiliza de un instrumental de represión más fuerte que lo que se suele utilizar, en general, en estos casos, lo que expone de forma muy clara, *verbis*:

conduce a cuestionar la reacción penal frente al terrorista que rechaza el principio de la legitimidad del ordenamiento jurídico y que persigue la destrucción del orden, pues, dado que el terrorista no ofrece una expectativa de conducta personal, la categoría de delito referida a las personas resulta inadecuada. Por esa razón cree que si no se quiere privar al Derecho penal del ciudadano de sus cualidades vinculadas a la noción de Estado de Derecho, «debería llamarse Derecho penal del enemigo a lo que haya que hacer contra los terroristas si no se quiere sucumbir» JAKOBS, Günther; CANCIO MELIÁ, Manuel. *Derecho penal del enemigo*. 2 ed., Madrid, Civitas Ediciones, 2006, pp. 57 y ss.

⁸⁸⁸ PÉREZ CEPEDA, Ana Isabel, "El vigente y autoritario Derecho penal del enemigo", en: BERNUZ BENEITEZ, M^a José, SUSÍN BETRÁN, Raúl (Coords.), *Seguridad, excepción y nuevas realidades jurídicas*, Granada: Comares, 2010, p. 47.

⁸⁸⁹ “Artículo 55 - 1. Los derechos reconocidos en los artículos 17, 18, apartados 2 y 3, artículos 19, 20, apartados 1, a) y d), y 5, artículos 21, 28, apartado 2, y artículo 37, apartado 2, podrán ser suspendidos cuando se acuerde la declaración del estado de excepción o de sitio en los términos previstos en la Constitución. Se exceptúa de lo establecido anteriormente el apartado 3 del artículo 17 para el supuesto de declaración de estado de excepción.” ESPAÑA. Constitución Española, de 27 de diciembre de 1978. *Boletín Oficial del Estado*, 29 de diciembre de 1978, núm. 311.

Así pues, la sociedad seguirá teniendo enemigos —visibles o con piel de cordero— deambulando por ella. (...) Pero con la *ultima ratio* de Kant solamente, según la cual cualquiera puede ser obligado a tomar parte de una relación jurídica con garantías, es decir, del Estado (una «constitución ciudadana»), no se esquivo el problema de cómo proceder frente a aquellos que ni se dejan coaccionar ni se mantienen apartados y que, por lo tanto, persisten como entorno perturbador, como enemigos.⁸⁹⁰

Hay que tener muy claro esto porque si el enemigo fuese un enemigo externo, casi la totalidad de los problemas planteados por los investigadores, en relación con la teoría estudiada, estaría resuelta. Así pues, el Derecho penal del enemigo no es un *derecho ultra militar* ni de *guerras preventivas*, porque no tiene que ver con la defensa contra amenazas externas de un país, sino con, conforme Jakobs, lo que ya existe dentro de la sociedad, lo que se aclara cuando él informa que “*la sociedad seguirá teniendo enemigos —visibles o con piel de cordero— deambulando por ella*”⁸⁹¹.

En relación con la expresión *tortura globalizada*, hay algunas consideraciones que hacer. El diccionario de la Real Academia española define globalización de la siguiente forma: “*Extensión del ámbito propio de instituciones sociales, políticas y jurídicas a un plano internacional*”⁸⁹² o la “*Difusión mundial de modos, valores o tendencias que fomenta la uniformidad de gustos y costumbres.*”⁸⁹³, lo que va ser importante para identificar si la tortura se ha globalizado en nuestros países o no.

Así pues, aunque se sepa que existen escuelas militares que entrenan miembros de las Fuerzas Armadas de todo el mundo, como el *Instituto del Hemisferio Occidental para la Cooperación en Seguridad*⁸⁹⁴ (una organización para instrucción la militar del Ejército de los Estados Unidos) que eventualmente puede prever en sus contenidos técnicas de tortura, y la existencia del *KUBARK*, un manual de interrogatorios con el que la Agencia Central de Información de los Estados Unidos de América (CIA) enseña a torturar detenidos, no parece que la práctica

⁸⁹⁰ JAKOBS, Günther. *Moderna Dogmática Penal, Estudios Compilados*, México D. F., Porrúa, 2002, p.734.

⁸⁹¹ JAKOBS, Günther. *Moderna Dogmática Penal, Estudios Compilados*, México D. F., Porrúa, 2002, p.734.

⁸⁹² Real Academia Española. *Diccionario de la lengua española* (22.a ed.). Madrid, España, 2001.

⁸⁹³ Real Academia Española. *Diccionario de la lengua española* (22.a ed.). Madrid, España, 2001.

⁸⁹⁴ Véase: GILL, Lesley. *The School of the Americas: Military Training and Political Violence in the Americas*. Duke University Press, 2004, p. 49.

de la tortura se ha globalizado como una práctica de Derecho penal del enemigo, conforme se sostiene a continuación.

No parece que la tortura como procedimiento normal de tratamiento del criminal se ha diseminado en los países de cultura occidental, es decir, se ha globalizado, en relación con criminales internos, en viven o están en el medio de su pueblo, en un contexto de funcionamiento del sistema penal y normalidad institucional. Todo eso es diferente de los países que están en guerra, especialmente porque las citadas formas de difusión de la tortura hacen referencia expresa a su utilización en la situación de guerra formalmente declarada, y porque actualmente existe en la comunidad internacional la *Convención contra la Tortura y Otros Tratos o Penas Crueles, Inhumanos o Degradantes. Resolución 39/46, de 10 de diciembre de 1984 de la Asamblea General de la ONU*⁸⁹⁵, ratificada por casi todos los países del mundo. Así pues, la idea de globalización de la tortura tiene que ver mucho más con lo que se puede llamar de *Modern Warfare* (técnicas modernas de guerra) que propiamente con un Derecho penal del enemigo orientado a la contención de riesgos en condiciones de normalidad institucional y paz.

Ahora bien, la autora sigue a describir su idea de Derecho penal del enemigo con una alusión a la prisión estadounidense ubicada en la Bahía de Guantánamo, en el territorio de Cuba, alquilado por los EEUU, sosteniendo que es un ejemplo del modelo políticocriminal estudiado la prisión de “*Guantánamo con un sistema penal sin proceso y sin derechos.*”⁸⁹⁶. Sin embargo, lo que pasa en la prisión de Guantánamo es algo muy diferente del actual Derecho penal del enemigo, conforme el concepto de este tipo de política criminal trabajado en esta investigación.

Se puede afirmar, de entrada, que tras la aprobación de la Ley Pública n. 107-40, de 18 de septiembre de 2001 (*Public Law 107-40 - 107th Congress*), que promueve la aprobación de un proyecto de Resolución Conjunta del Senado, n. 23 (*Senate Joint Resolution 23 - 107th*

⁸⁹⁵ ONU. Convención contra la Tortura y Otros Tratos o Penas Crueles, Inhumanos o Degradantes. *Resolución 39/46*, de 10 de diciembre de 1984 de la Asamblea General de la Organización de las Naciones Unidas, Nueva York, 1984.

⁸⁹⁶ PÉREZ CEPEDA, Ana Isabel, "El vigente y autoritario Derecho penal del enemigo", en: BERNUZ BENEITEZ, M^a José, SUSÍN BETRÁN, Raúl (Coords.), *Seguridad, excepción y nuevas realidades jurídicas*, Granada: Comares, 2010, p. 47.

Congress) en los EEUU⁸⁹⁷, este país está en situación de guerra formalmente declarada (aunque de forma limitada), lo que es diferente de la idea de un Derecho penal del enemigo aplicable en el Derecho interno en tiempos de paz. Dicha matización será explicada de forma más profundizada en un apartado propio, donde se investigará con detenimiento las diferencias entre un Derecho de guerra y un Derecho penal orientado a enemigos internos, en un contexto de normalidad institucional.

Acerca de la afirmación de la autora, en el sentido de que sería un Derecho penal del enemigo la “recuperación, incluso legislativa, de la autorización para matar al margen de cualquier proceso”⁸⁹⁸ parece que la autora hace referencia a disposiciones normativas aprobadas que, como el párrafo 14 de la *Luftsicherheitsgesetz* (LuftSiG)⁸⁹⁹ alemana y el artículo 303, párrafo 2, del *Código Brasileiro de Aeronáutica*, Ley n. 7.565/86⁹⁰⁰, permiten abatirse aviones hostiles no identificados que invaden el espacio aéreo de dichos países.

⁸⁹⁷ “Public Law 107–40 - 107th Congress, Sept. 18, 2001 (S.J.Res.23 — 107th Congress - 2001-2002). Joint Resolution . (...) SECTION 1. SHORT TITLE. - This joint resolution may be cited as the “Authorization for Use of Military Force”. SEC. 2. AUTHORIZATION FOR USE OF UNITED STATES ARMED FORCES. (a) IN GENERAL.—That the President is authorized to use all necessary and appropriate force against those nations, organizations, or persons he determines planned, authorized, committed, or aided the terrorist attacks that occurred on September 11, 2001, or harbored such organizations or persons, in order to prevent any future acts of international terrorism against the United States by such nations, organizations or persons. ” UNITED STATES OF AMERICA. Public Law 107–40 - 107th Congress, Sept. 18, 2001 (S.J.Res.23 — 107th Congress - 2001-2002). Joint Resolution, Washington , DC, 2001.

⁸⁹⁸ PÉREZ CEPEDA, Ana Isabel, "El vigente y autoritario Derecho penal del enemigo", en: BERNUZ BENEITEZ, M^a José, SUSÍN BETRÁN, Raúl (Coords.), *Seguridad, excepción y nuevas realidades jurídicas*, Granada: Comares, 2010, p. 47.

⁸⁹⁹ Luftsicherheitsgesetz (LuftSiG) (...) “§ 14 Einsatzmaßnahmen, Anordnungsbefugnis. (1) Zur Verhinderung des Eintritts eines besonders schweren Unglücksfalles dürfen die Streitkräfte im Luftraum Luftfahrzeuge abdrängen, zur Landung zwingen, den Einsatz von Waffengewalt androhen oder Warnschüsse abgeben. (2) Von mehreren möglichen Maßnahmen ist diejenige auszuwählen, die den Einzelnen und die Allgemeinheit voraussichtlich am wenigsten beeinträchtigt. Die Maßnahme darf nur so lange und so weit durchgeführt werden, wie ihr Zweck es erfordert. Sie darf nicht zu einem Nachteil führen, der zu dem erstrebten Erfolg erkennbar außer Verhältnis steht. (3) Die unmittelbare Einwirkung mit Waffengewalt ist nur zulässig, wenn nach den Umständen davon auszugehen ist, dass das Luftfahrzeug gegen das Leben von Menschen eingesetzt werden soll, und sie das einzige Mittel zur Abwehr dieser gegenwärtigen Gefahr ist. (4) Die Maßnahme nach Absatz 3 kann nur der Bundesminister der Verteidigung oder im Vertretungsfall das zu seiner Vertretung berechnigte Mitglied der Bundesregierung anordnen. Im Übrigen kann der Bundesminister der Verteidigung den Inspekteur der Luftwaffe generell ermächtigen, Maßnahmen nach Absatz 1 anzuordnen.” ALEMANIA. "Luftsicherheitsgesetz vom 11. Januar 2005 (BGBl. I S. 78), das durch Artikel 1 des Gesetzes vom 23. Februar 2017 (BGBl. I S. 298) geändert worden ist"

⁹⁰⁰ Código Brasileiro de Aeronáutica. “Art. 303. A aeronave poderá ser detida por autoridades aeronáuticas, fazendárias ou da Polícia Federal, nos seguintes casos: I - se voar no espaço aéreo brasileiro com infração das convenções ou atos internacionais, ou das autorizações para tal fim; II - se, entrando no espaço aéreo brasileiro, desrespeitar a obrigatoriedade de pouso em aeroporto internacional; III - para exame dos certificados e outros documentos indispensáveis; IV - para verificação de sua carga no caso de restrição legal (artigo 21) ou de porte proibido de equipamento (parágrafo único do artigo 21); V - para averiguação de ilícito. § 1º A autoridade aeronáutica poderá empregar os meios que julgar necessários para compelir a aeronave a efetuar o pouso no aeródromo que lhe for indicado. § 2º Esgotados os meios coercitivos legalmente previstos, a aeronave será classificada como hostil, ficando sujeita à medida de destruição, nos casos dos incisos do caput

Este tema también será estudiado con más detenimiento en un apartado propio, donde se explicará las diferencias entre un Derecho penal del enemigo y un Derecho de guerra. Sin embargo, de entrada, también se puede aclarar que el hecho de existir una autorización legal para derribar aviones hostiles que invaden el espacio aéreo de un país, lo que representa una acción de ofensa a la soberanía nacional, en un acto preparatorio o una anticipación de una invasión (hecho equiparable a una acción de guerra) exige una respuesta en un grado equivalente, de naturaleza de defensa nacional, no en el contexto de un Derecho interno, sino a través de un mecanismos y tecnologías de guerra.

Hay muchas otras afirmaciones de la autora que merecen la debida reflexión y análisis, con el debido detenimiento, para identificar si realmente reflejan el modelo de Derecho penal del enemigo conforme el diseño realizado por Jakobs. Por ejemplo, ella sostiene que “*El Derecho penal del enemigo, según Jakobs, sigue otras reglas distintas a las de un Derecho penal interno*”⁹⁰¹, sin embargo, conforme se ha explicado, el Derecho penal del enemigo es una parte del Derecho interno – no del Derecho externo – lo que es, de hecho, la fuente del problema de la posibilidad de contaminación del Derecho penal del ciudadano, por medidas políticocriminales de un Derecho penal del enemigo. Esta es, incluso, la preocupación que dio origen al Derecho penal del enemigo, conforme Jakobs, de la siguiente forma: “*Con ello queda señalada la principal tarea que se le impone a la autocomprensión de la ciencia del Derecho penal: tiene que separar lo que circula bajo el nombre de Derecho penal, es decir, someter a discusión el complemento del Derecho penal a través un derecho de combate del enemigo*”⁹⁰²

Una última observación que se realiza a lo que sostiene la brillante autora hace referencia a su afirmación que se transcribe a continuación: “*Estas medidas son consecuentes con esta teoría, puesto que el proceso contra los enemigos no tiene como fin la imposición de una norma,*

deste artigo e após autorização do Presidente da República ou autoridade por ele delegada.” BRASIL. Lei n. 7.565, de 19 de dezembro de 1986. Dispõe sobre o Código Brasileiro de Aeronáutica. *Diário Oficial da República Federativa do Brasil*, Brasília, DF, 10 dez 1986.

⁹⁰¹ PÉREZ CEPEDA, Ana Isabel, "El vigente y autoritario Derecho penal del enemigo", en: BERNUZ BENEITEZ, M^a José, SUSÍN BETRÁN, Raúl (Coords.), *Seguridad, excepción y nuevas realidades jurídicas*, Granada: Comares, 2010, pp. 60-61.

⁹⁰² JAKOBS, Günther. “La autocomprensión de la ciencia del Derecho penal ante los desafíos del presente”. En: VVAA. *La ciencia del Derecho penal ante el nuevo milenio*. Valencia, Tirant lo Blanc, 2004, p. 61.

sino la vendetta»⁹⁰³. Sin embargo, de acuerdo con Jakobs, la función de un Derecho penal el enemigo no sería la pura vendetta, sino algo más útil y funcional, a saber: “*El Derecho penal del ciudadano mantiene la vigencia de la norma, el Derecho penal del enemigo (en sentido amplio: incluyendo el Derecho de las medidas de seguridad) combate peligros; con toda certeza existen múltiples formas intermedias.*”⁹⁰⁴.

En este sentido están también, hay que reconocerse, las consideraciones del brillante profesor Antonio Cavaliere, desde la *Università degli Studi di Napoli Federico II*, quien parece no reconocer una diferencia entre Guerra y Derecho penal en algunos casos, como el de *Guantanamo Bay detention camp*, por ejemplo, lo que se puede llevar a sacar conclusiones incoherentes de una mezcla indebida de conceptos, desde el punto de vista adoptado en esta investigación, porque son institutos que tienen finalidades, funcionalidades, sentidos y presupuestos diferentes. Sin embargo, el profesor Cavaliere ha identificado de forma muy inteligente lo mismo que se ha concluido en el punto central de este trabajo, es decir, que la señal característica de un Derecho Penal del enemigo es la violación de un dato de rango constitucional⁹⁰⁵.

⁹⁰³ La autora sigue describiendo lo que observa acerca del tema, a saber: “formulando delitos de sospecha y apoyándose en estructuras de peligrosidad sin necesidad de exteriorización de una conducta delictiva; en la ausencia de una reducción de pena correspondiente a tal anticipación; en que, en ocasiones, no se castigan hechos sino conductas de contenido simbólico que se describen con términos vagos y amplios; Estas medidas son consecuentes con esta teoría, puesto que el proceso contra los enemigos no tiene como fin la imposición de una norma, sino la vendetta, y en un estado de guerra no son necesarias las garantías.” PÉREZ CEPEDA, Ana Isabel, “El vigente y autoritario Derecho penal del enemigo”, en: BERNUZ BENEITEZ, M^a José, SUSÍN BETRÁN, Raúl (Coords.), *Seguridad, excepción y nuevas realidades jurídicas*, Granada: Comares, 2010, pp. 60-61.

⁹⁰⁴ “Esta coacción puede quedar limitada en un doble sentido. En primer lugar, el Estado no necesariamente ha de excluir al enemigo de todos los derechos. En este sentido, el sujeto sometido a custodia de seguridad queda incólume en su papel de propietario de cosas. Y, en segundo lugar, el Estado no tiene por qué hacer todo que es libre de hacer, sino que puede contenerse, en especial, para no cerrar la puerta a un posterior acuerdo de paz. Pero esto en nada cambia el hecho de que la medida ejecutada contra el enemigo no significa nada, sino sólo coacciona.” JAKOBS, Günther; CANCIO MELIÁ, Manuel. *Derecho penal del enemigo*. Madrid, Civitas Ediciones, 2003, p. 33

⁹⁰⁵ “*In termini di diritto penale sostanziale, le implicazioni erano, dunque, essenzialmente – tre: 1) sospensione della legalità costituzionale – in generale, e del principio penalistico di legalità in particolare – in rapporto a determinati tipi d'autore, sospetti di (o della preparazione di) atti di terrorismo: ad esempio, i ‘combattenti nemici’ reclusi a Guantanamo sono notoriamente detenuti senza neppure le garanzie assicurate ai prigionieri di guerra, a tempo indeterminato e senza processo, sulla base di lettere de cachet attualizzate; 2) finalizzazione della sanzione penale, in rapporto al tipo d'autore del terrorista, alla mera neutralizzazione della pericolosità, o prevenzione speciale negativa – compito tradizionalmente assegnato alla misura di sicurezza –, essendo Guantanamo ed altri simili Lager Fincarnazione di un'esecuzione di tipo neutralizzante; 3) sul piano della struttura dei fatti punibili, anticipazione della punibilità, anche ed in particolare nel settore degli atti preparatori e della mera associazione, in piena corrispondenza all'idea della neutralizzazione della pericolosità.*” CAVALIERE, Antonio. “Considerazioni critiche intorno al diritto penale “del nemico” e “di lotta”.” In: *Scritti in onore di Generoso Melillo*, Napoli, vol. I, Satura Editrice, 2009, pp. 169-196, p. 169.

Otro punto de discordancia con lo que este ilustre profesor italiano sostiene en relación al Derecho penal del enemigo hace referencia a una afirmación suya, que informa ser el Derecho penal del enemigo una especie de Derecho penal de la desobediencia, que protege no protege a bienes jurídicos, pero sólo la mera autoridad⁹⁰⁶. Sin embargo, pensar de esta forma es echar de menos toda la labor de justificación de un Derecho penal funcional y de la identificación de la función del Derecho penal del enemigo como mecanismos social de rechazo y control de riesgos intolerables al sistema social descrito en los capítulos antecedentes de este trabajo. En realidad, se puede, efectivamente, no estar de acuerdo con un Derecho penal del enemigo, pero no parece coherente simplemente desconsiderar la función de protección de las bases cognitivas más esenciales al convivio en sociedad – el objeto de protección efectiva de un Derecho penal del enemigo – el camino hacia una crítica coherente a esta forma de concebir el Derecho penal contemporáneo.

El profesor Gonzalo Rodrigo Paz-Mahecha, desde Colombia, también hace una observación ponderada acerca de un concepto de Derecho penal del enemigo⁹⁰⁷, sin embargo, al final, incurre en el desliz de escribir que: *“Lo que define a la persona es el obrar vinculado al deber o por una obligación —roles—, por lo que aquellos individuos que no obren de ese modo deben ser excluidos del concepto de persona y el Estado no puede ni debe tratarlos como tales.”*⁹⁰⁸

Sin embargo, Jakobs no reconoce este carácter absoluto de la exclusión de la personalidad por parte del Derecho penal del enemigo, sino precisamente, una exclusión parcial, de la siguiente

⁹⁰⁶ “Ciò che conta è la vigenza “nel complesso e in misura rilevante” del diritto, ed una o due stragi, se sanzionate, non lo rendono infinitamente controfattuale. Anche in tal senso, la teoria penale di Jakobs è una riedizione del diritto penale della disobbedienza di triste memoria: ciò che conta non è la tutela di beni, ma la riaffermazione dell'autorità.” CAVALIERE, Antonio. “Considerazioni critiche intorno al diritto penale “del nemico” e “di lotta”.” In: *Scritti in onore di Generoso Melillo*, Napoli, vol. I, Satura Editrice, 2009, pp. 169-196, p. 179.

⁹⁰⁷ “El sistema que plantea el más destacado representante del funcionalismo en la dogmática jurídico-penal, consiste en atribuir a ciertos individuos la condición de “enemigos” del sistema social, en razón a que por sus actitudes se han apartado del Derecho; por lo tanto, deben ser considerados como no personas, dando lugar a dos tipos o clases de Derecho penal: un Derecho penal ordinario o del ciudadano dirigido a las personas y un Derecho penal del enemigo oponible a los no personas, quienes no podrán invocar los derechos y garantías propias del Derecho penal ordinario o del ciudadano. Jakobs parte y esto es definitivo, de un concepto normativo de persona el cual es un producto social, mientras que el ser humano es el resultado de procesos naturales.” PAZ-MAHECHA. Gonzalo Rodrigo. “¿Derecho penal del enemigo o la solución final al problema de la delincuencia?”, en: *Papel Político*, vol. 15, núm. 1, enero-junio, pp. 309-323, Pontificia Universidad Javeriana Colombia, 2010, p. 313

⁹⁰⁸ PAZ-MAHECHA. Gonzalo Rodrigo. “¿Derecho penal del enemigo o la solución final al problema de la delincuencia?”, en: *Papel Político*, vol. 15, núm. 1, enero-junio, pp. 309-323, Pontificia Universidad Javeriana Colombia, 2010, p. 313

manera: “Como derecho original y deber original se puede contemplar la facultad abstracta de adquirir derechos y deberes concretos: es persona quien es capaz jurídicamente. Por consiguiente, está excluido del ámbito de las personas aquél que no puede «disfrutar» de ningún derecho ni soportar ningún deber; parcialmente excluido está quien no participa de determinados derechos y deberes.”⁹⁰⁹ Acerca la exclusión parcial citada, para tumbar cualquier otra duda, también la reconoce Polaino-Orts, quien deja claro que, para Jakobs: “el delincuente peligroso malogra el disfrute de su personalidad completa, aunque mantiene lógicamente su personalidad mínima.”⁹¹⁰.

El profesor Rogelio Barba Álvarez, en su turno, desde México, hace algunas observaciones pertinente acerca de lo que sería un Derecho penal del enemigo⁹¹¹, sin embargo, sostiene algo al menos cuestionable, sobre una consecuencia de dicho modelo de Derecho penal, a saber: “Estaríamos así ante un derecho de emergencia, en la que la sociedad, ante la situación excepcional de conflicto creada, renuncia a sus garantías personales contrario a los principios liberales del Estado constitucional y democrático de derecho.”⁹¹².

En relación con eso (la supuesta destrucción completa de los valores de un Estado de Derecho a través del Derecho penal del enemigo), Jakobs contesta que un Derecho penal del enemigo, al revés de renunciar a un Estado de Derecho real, garantiza su existencia, como otras medidas que reducen el ámbito de aplicación de principios y garantías fundamentales de dicho modelo de Estado, como la custodia de seguridad y la prisión provisional, de la siguiente forma:

“Que un Estado que no conoce custodia de seguridad, que pena la fundación de una asociación terrorista exclusivamente en cuanto delito

⁹⁰⁹ DOGMÁTICA DE DERECHO PENAL Y LA CONFIGURACIÓN NORMATIVA DE LA SOCIEDAD - CAPÍTULO II - PERSONALIDAD Y EXCLUSIÓN EN DERECHO PENAL, pp. 51-72.

⁹¹⁰ polaino orts p. 221

⁹¹¹ “Jakobs preocupado por los peligros de la nueva sociedad de riesgos, y partiendo de las construcciones contractualistas del Estado de Hobbes, Kant, Rosseau y Fichte propone el Derecho penal del enemigo (*Feindstrafrecht*) en oposición al de los ciudadanos (*Bürgerstrafrecht*). (...) Estaríamos así ante un derecho de emergencia, en la que la sociedad ante la situación excepcional de conflicto creada, renuncia a sus garantías personales contrario a los principios liberales del Estado constitucional y democrático de derecho. Estas características del derecho material punitivo también se trasladan al Derecho Procesal y se hacen visibles ante determinados imputados “peligrosos” mediante mecanismos de control sui generis como la prisión preventiva, la incomunicación, las intervenciones telefónicas, los agentes encubiertos, propuestas que ya se encuentran tratadas en las legislaciones especiales de ciertos países.” BARBA ÁLVAREZ, Rogelio. “Esbozo Criminológico sobre el Derecho Penal del Enemigo”, en: *Criminología y sociedad*. Monterrey, 2008. pp. 47 ss.

⁹¹² BARBA ÁLVAREZ, Rogelio. “Esbozo Criminológico sobre el Derecho Penal del Enemigo”, en: *Criminología y sociedad*. Monterrey, 2008. pp. 47 ss.

contra el orden público, al que son ajenos la incomunicación, las escuchas masivas, los agentes encubiertos y muchos otros instrumentos, se acerca más al ideal de un Estado de Derecho que uno que permite tales instituciones y medidas, ésta es una constatación que sólo puede llevarse a cabo en abstracto; en cambio, en concreto puede ser que la renuncia a estas instituciones vacíe de contenido el derecho del ciudadano a la seguridad, y este derecho a la seguridad sólo es otra denominación del derecho al estado de vigencia real del ordenamiento jurídico. (...) Es fácil llegar a un acuerdo acerca de un mundo ideal, pero con ello nada se ha ganado para la vida en el mundo real.”⁹¹³

Otra interesante contribución al debate fue publicada por parte del argentino Pedro Cerruti, para quien: “La introducción de una categoría como la de “enemigo” en el Derecho penal implica darle un estatuto jurídico a la posibilidad de tratar a un criminal, a un ciudadano que delinque, como a un enemigo. Y por esto último se entiende negarle su condición de ciudadano, de persona, y someterlo a una coacción no regulada por el derecho.”⁹¹⁴

Para el autor, la existencia de un Derecho penal del enemigo permite someter un individuo a una coacción no regulada por el derecho. Sin embargo, si consideramos el Derecho penal del enemigo como un conjunto de normas jurídicas aplicable a los supuestos enemigos, que permite la imposición de medidas muchos más restrictivas de derechos que las normas jurídicas del llamado Derecho penal clásico, resta evidente que la coacción impuesta en el ámbito del Derecho penal del enemigo está regulada por el derecho.

6.2 Algunas consideraciones críticas sobre el Derecho penal del enemigo.

Aunque haya autores que identifiquen existir la necesidad social de un tratamiento penal diferenciado informada por un Derecho penal del enemigo, la existencia de dichas necesidades es muy cuestionada por muchos, tales como Leo Saber⁹¹⁵, Mario Durán

⁹¹³ JAKOBS, Günther. “¿Derecho penal del enemigo? Un estudio acerca de los presupuestos de la juridicidad”, en: AA. VV.: *Derecho penal del enemigo. El discurso penal exclusión*, 2 vols., Montevideo/Buenos Aires, Editorial B de F Edisofer, 2006, compilado por Manuel Cancio Meliá y Carlos Gómez-Jara Díez, Vol. 2, pp. 93-116, pp. 114 y ss.

⁹¹⁴ CERRUTI, Pedro. “Derecho penal, guerra y estado de excepción: enemigos y criminales en el mundo contemporáneo”, en: *Question*, La Plata, 2009, vol. 21, pp. 1 – 10, p. 1

⁹¹⁵ ZAIBERT, Leo. “Política, ciudadanía y liberalismo: El Derecho penal sin penas.” En: CANCIO MELIÁ, Manuel; GÓMES JARA-DÍEZ. *Derecho penal del Enemigo*, Buenos Aires, Editorial B de F, 2006, vol. 2, pp. 1149-1173.

Gagliardi⁹¹⁶, Luis Flavio Gomes⁹¹⁷, y otros, a seguir, conforme a seguir se expone. Además el Derecho penal del enemigo ha recibido muchas críticas de múltiples estudiosos del Derecho penal contemporáneo, especialmente por los vinculados a un pensamiento garantista⁹¹⁸.

Tales críticas parten desde la alegación de que la utilización de mecanismos típico de Derecho penal del enemigo no es capaz de surtir efecto real ninguno, oriunda de la falta de aptitud del Derecho penal en reducir la criminalidad⁹¹⁹, hasta sus consecuencias nefastas y perjudiciales para la protección, por parte del sistema penal y por el Estado, de derechos fundamentales, su objetivo en el modelo de Estado Democrático de Derecho⁹²⁰.

Por ejemplo, Eugenio Raúl Zaffaroni, sostiene que Jakobs, con la más absoluta buena intención⁹²¹, defiende un tratamiento penal diferenciado a los enemigos, para salvaguardar la legislación penal regular contra el envenenamiento por normas típicas de tal tratamiento penal, y así, contener la amenaza a los propios fundamentos del Derecho penal, en el Estado Democrático de Derecho.

Este objetivo también es buscado por el propio Zaffaroni⁹²², pero este autor observa que la propuesta para la solución del problema del envenenamiento del ordenamiento jurídico formulada por Jakobs no puede prosperar, por ser imposible que conviva en el marco del Estado Democrático de Derecho, dos legislaciones, una que afirma tal marco y otra que lo niega.

Para el autor porteño, la creación de un tratamiento penal diferenciado, aunque por buenas razones, camina hacia la ausencia de límites al arbitrio estatal y se acerca del Estado

⁹¹⁶ DURÁN MIGLIARDI, Mario. "El Derecho penal del Enemigo. Formulación y observaciones críticas en el contexto del debate sobre la modernización y expansión del Derecho penal." En: AA. VV. *Derecho penal del enemigo*. El discurso penal exclusión, 2 vols., Montevideo/Buenos Aires, Editorial B de F Edisofer, 2006, compilado por Manuel Cancio Meliá y Carlos Gómez-Jara Díez, vol. 1, pp. 725-756.

⁹¹⁷ GOMES, Luiz. Flávio. *Mídia e Direito Penal. Em 2009, o populismo penal pode explodir*. Jus Navigandi, Teresina: ano 13, n. 2040, 31 jan. 2009.

⁹¹⁸ FERRAJOLI, Luigi. *Direito e Razão: Teoria do Garantismo Penal*. Trad. L. F. Gomes et alii. São Paulo: RT, 2002.

⁹¹⁹ HULSMAN, Louk; CELIS, Jacqueline Bernat de. *Penas Perdidas: O sistema penal em questão*. Trad. M. L. Karam, 2ª ed, Rio de Janeiro: LUAM, 1997.

⁹²⁰ FERRAJOLI, Luigi. Il "diritto penale del nemico" e la dissoluzione del diritto penale, *op. cit.*

⁹²¹ ZAFFARONI, Eugenio Raúl. *O inimigo no Direito Penal*. Trad. S. Lamarão. 2. ed. Rio de Janeiro: Revan, 2007, p. 159.

⁹²² ZAFFARONI, Eugenio Raúl. *O inimigo no Direito Penal*, *op. cit.*, p. 165.

Absoluto⁹²³, lo que niega los propios objetivos para los cuales el Derecho penal fue creado y los objetivos que legitiman la protección penal en el Estado Democrático de Derecho.

El autor llega a esta conclusión al observar que las prácticas del sistema penal siempre tienden a la negación de los derechos fundamentales⁹²⁴, motivo por el cual una mera grieta abierta al enemigo, concepto que no soporta límites, según el referido autor, ciertamente se extendería a todo el sistema penal. Sería un remedio que mata al paciente⁹²⁵. Para el autor, en otros términos:

“El estado de derecho *concreto* que invoca el profesor de Bonn, es decir, el que queda en los hechos librado al juicio acerca de la necesidad que haga el soberano y al espacio de poder real del que éste disponga, anula el estado de derecho *abstracto*, o sea, que cancela el principio mismo del estado de derecho, quedando el límite al poder en manos de un soberano contra el que no puede ofrecerse resistencia y que individualiza *enemigos* por decisión política. La prevalencia de una pretendida razón instrumental -por otra parte, con base empírica falsa- lleva a la *razón de estado* y a la consiguiente negación del estado de derecho”⁹²⁶

Paralelamente a la crítica hecha por Zaffaroni, Francisco Muñoz Conde observa que el Derecho penal del enemigo serviría para la manutención del funcionamiento del sistema social, conforme fue demostrado. Se trata de un servicio funcional bien direccionado, que se hace a costa de la reducción de derechos y garantías fundamentales de los seres humanos, algo típico de los sistemas penales en regímenes autoritarios. En ese contexto, el ser humano no tendría valor inherente y pasaría a ser instrumentalizado, como objeto de la política de funcionamiento del sistema social.

El funcionamiento del sistema social sería un valor superior a la protección de la dignidad humana, en algunos casos. Este hecho es observado por el referido autor, de la siguiente forma: “En mi opinión, la tesis de Jakobs sobre el “Derecho penal del Enemigo” es una construcción valorativamente ambigua, que lo mismo vale para un sistema democrático, que

⁹²³ ZAFFARONI, Eugenio Raúl. *O inimigo no Direito Penal*, op. cit., p. 160.

⁹²⁴ ZAFFARONI, Eugenio Raúl. *O inimigo no Direito Penal*, op. cit., p. 161.

⁹²⁵ ZAFFARONI, Eugenio Raúl. *O inimigo no Direito Penal*, op. cit., p. 167.

⁹²⁶ ZAFFARONI, Eugenio Raúl. *El enemigo en el Derecho penal*, Ediar Sociedad Anónima, 2006. p. 160.

para un totalitario. El sistema, el que sea, y su mantenimiento, a toda costa, eso es lo único que importa.”⁹²⁷.

Las críticas al Derecho penal del enemigo siguen en la obra del citado autor, en el sentido del cuestionamiento acerca de la posibilidad de delimitación del concepto de enemigo, de su utilidad práctica y del análisis de su conformidad con la Constitución⁹²⁸.

Desde el concepto de persona formulado por Jakobs, según el cual, persona es el ser humano tratado como sujeto de derechos por el ordenamiento jurídico, Gracia Martín⁹²⁹ realiza su crítica al tratamiento penal diferenciado utilizando el principio de la igualdad.

Según el referido autor español, no se puede tratar a los seres humanos de forma diferente, negando derechos a algunos, no respetando su carácter humano, en virtud de simples disposiciones normativas, porque tal carácter es lo que atribuye legitimidad al Derecho, al Estado y a la intervención penal. Para este autor: “Si el Derecho, pues, *debe* partir de la concepción del *hombre* como persona responsable, ello implica de un modo necesario que aquello que hace al hombre precisamente una persona responsable, y no algo distinto, tiene que estar ya previamente dado en la estructura *ontológica* del mismo ser humano, o si se prefiere en la naturaleza humana.”⁹³⁰ Dicha postura es iusnaturalista porque considera que existen derechos inherentes al hombre, y por eso, no se constituyen en una construcción social.

Para Gracia Martín, la estructura ontológica del ser humano, el ser existente, debe necesariamente ser respetada por el Derecho, porque se constituye el fundamento de la dignidad humana. El autor considera la dignidad humana no como un producto o resultado de ninguna construcción normativa, sino como algo de lo que es portador en sí mismo todo hombre en consecuencia del mero hecho de su existencia⁹³¹. Continúa el autor:

⁹²⁷ MUÑOZ CONDE, Francisco. *De nuevo sobre el "Derecho penal del enemigo"*, *op. cit.*, p. 70.

⁹²⁸ MUÑOZ CONDE, Francisco. *De nuevo sobre el "Derecho penal del enemigo"*, *op. cit.*, p. 69.

⁹²⁹ GRACIA MARTÍN, Luis. *O horizonte do Finalismo e o Direito Penal do Inimigo*. Trad. L. R. Prado e É. M. de Carvalho. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.

⁹³⁰ GRACIA MARTÍN, Luis. Consideraciones críticas sobre el actualmente denominado “Derecho penal del enemigo”. *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología* (en línea). 2005, núm. 07-02, p. 02:1-02:43. Disponible en internet: <http://criminet.ugr.es/recpc/07/recpc07-02.pdf> [RECPC 07-02 (2005), 11 ene], p. 39.

⁹³¹ GRACIA MARTÍN, Luis. Consideraciones críticas sobre el actualmente denominado “Derecho penal del enemigo”. *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología* (en línea), *op. cit.*, p. 39.

Dignidad humana la poseería en igual medida que cualquier otro hombre, aquél que decidiera apartarse por completo de toda comunidad de hombres para vivir completamente sólo y en un estado completamente inactivo. Así pues, teóricamente sería posible imaginar, como describe el discurso del Derecho penal del enemigo, que algún o algunos hombres renunciaran a la sociabilidad y optaran de ese modo por configurar su vida fuera y al margen de la sociedad, e incluso por oponerse frontalmente al orden de la misma. En estos casos ninguna razón puede haber para negar que una decisión semejante sea la expresión de un hombre éticamente libre, con lo cual también quienes decidieran separarse de un modo duradero de un orden social tendrían que ser reconocidos como personas responsables y ser tratados como tales, es decir, de acuerdo con su dignidad humana.⁹³²

Investigadores del Derecho penal de alto nivel, como Zaffaroni y Muñoz Conde, rechazan por completo la posibilidad de que, de forma legítima, constitucional y democrática, el Estado establezca una política criminal orientada a tratar de forma diferente al delincuente con un Derecho penal del enemigo, por violación a las propias bases del modelo de Estado Democrático de Derecho, tales como el principio de igualdad y dignidad humana.

Así, observamos que el concepto de Derecho penal del enemigo, sus funciones y sus consecuencias parecen no ser compatibles con el modelo de Estado Democrático de Derecho. Para los referidos autores, la diferenciación entre seres humanos, destinada a su instrumentalización, al funcionamiento del sistema social, no es compatible con el referido modelo de Estado, teniendo a su destrucción y a su sustitución por un Estado autoritario.

6.3 Algunas observaciones acerca de las críticas realizadas.

Ante los conceptos informados, es necesario analizarse la posibilidad de compatibilizar las normas de un Derecho penal del enemigo con los objetivos de identificada en el respeto a la dignidad del ser humano. Ferrajoli, de forma clara, informa que:

Esto quiere decir que más allá de cualquier argumento utilitario el valor de la persona humana impone una limitación fundamental a la calidad y a la cantidad de la pena. Es éste el valor sobre el que se

⁹³² GRACIA MARTÍN, Luis. Consideraciones críticas sobre el actualmente denominado “Derecho penal del enemigo”. *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología* (en línea), *op. cit.*, p. 40.

funda, irreductiblemente, el rechazo de la pena de muerte, de las penas corporales, de las penas infamantes y por otro lado de la cadena perpetua y de las penas privativas de libertad excesivamente largas. Debo añadir que este argumento tiene un carácter político, además de moral: sirve para fundar la legitimidad del Estado únicamente en las funciones de protección de la vida y los restantes derechos fundamentales; de suerte que, conforme a ello, un estado que mata, que tortura, que humilla a un ciudadano no sólo pierde cualquier legitimidad, sino que contradice su razón de ser, poniéndose al nivel de los mismos delincuentes.⁹³³

La utilización del Derecho penal del enemigo como forma oculta de eliminación de los seres humanos que no están de acuerdo con un régimen político autoritario ciertamente es ilegítima, porque desvía de los objetivos de tal forma de tratamiento (Derecho penal del enemigo) y le transforma en arma contra la propia democracia, contra el Estado de Derecho y contra la sociedad.

Sin embargo, aunque los citados juristas no estén de acuerdo, Jakobs propone que es posible compatibilizar el Derecho penal del enemigo con el marco del Estado Democrático de Derecho, siempre que el tratamiento penal diferenciado sea una expectativa normativa social, institucionalizada por un proceso racional y democrático, sea extremadamente necesaria, lo que debe ser constatado por el análisis de las formas y niveles de criminalidad existentes en determinada sociedad, y que posean límites muy rígidos y bien definidos.

En este contexto, no se trata de instrumentalizar el individuo o suprimir su carácter de persona, pero de someterlo a una respuesta proporcional a su grado de peligrosidad, como una forma de gestión del riesgo, lo que puede ser identificado como lícito, constitucional y democrático, de acuerdo con las premisas de las cuales se imparta.

Sabemos que en el marco del Estado Democrático de Derecho no existen normas, principios, valores o derechos absolutos, lo que permite la convivencia excepcional de dos formas de tratamiento penal en su ámbito, cada una, proporcionalmente adecuada a un tipo diferente de situación, a un tipo diferente de necesidad de regulación social.

⁹³³ FERRAJOLI, Luigi. *Direito e Razão: Teoria do Garantismo Penal*. Trad. L. F. Gomes et alii. São Paulo: RT, 2002, p. 318.

No parece que sea compatible con tal marco las doctrinas que se apoyan en el argumento de la existencia de derechos y principios absolutos, que no comportan flexibilización alguna, como si fuesen dogmas, en manifiesto retraso en relación con las necesidades sociales en el ambiente en el cual están inseridas. En la obra de Luis Roberto Barroso, encontramos:

“La ponderación de valores, intereses, bienes o normas consiste en una técnica de decisión jurídica que se puede utilizar en casos difíciles, que implican aplicación de principios (o excepcionalmente, de reglas) que encuentran en línea de colisión, indicando soluciones diferentes y contradictoras para la cuestión. El razonamiento ponderativo, que todavía busca baremos de objetividad, incluye la selección de normas y de hechos importantes, con la atribución de pesos a los diversos elementos en disputa, en un mecanismo de concesiones recíprocas que busca mantener, en la mayor medida posible, los valores contrapuestos.”⁹³⁴

No se puede reconocer en un Estado Democrático de Derecho la imposibilidad de ponderación entre principios, especialmente en relación con la restricción de actividades que pueden tener una lesividad social de elevada entidad. Donini informa que la postura inflexible en relación con los principios es una forma de aristocracia penal, que no permite la realización de la democracia, de la siguiente forma:

“El cuarto postulado de la aristocracia penal (letra d) merecería un amplio examen que no puedo afrontar en este momento, baste resaltar por ahora, que el vicio más destacado de la tesis según la cual sobre los principios no decide la mayoría, consiste en consentir, por el contrario, que se decida sobre ellos por sentencia. Se ha delegado completamente en el Poder Judicial la «gestión democrática» de los principios; ésta es, en el fondo, la indicación política que proviene también de las posiciones de DWORKIN y FERRAJOLI. El problema, como veremos (infra § 3.0), no es que en el diálogo entre ciencia, política, y judicatura se continúe con la misma política de vetos mutuos, sino que consiste en hacer fiable el papel de concreción de principios en vía hermenéutica que, necesariamente, hay que confiar también a la judicatura. En realidad, sobre los principios se decide continuamente por mayoría porque sólo su ‘núcleo’, a veces

⁹³⁴ BARROSO, Luís Roberto. *A Nova Interpretação Constitucional: ponderação, direitos fundamentais e relações privadas*. 2 ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2006, p. 376. Texto original: “A ponderação de valores, interesses, bens ou normas consiste em uma técnica de decisão jurídica utilizável nos casos difíceis, que envolvem a aplicação de princípios (ou, excepcionalmente, de regras) que se encontram em linha de colisão, apontando soluções diversas e contraditórias para a questão. O raciocínio ponderativo, que ainda busca parâmetros de objetividade, inclui a seleção de normas e de fatos relevantes, com a atribuição de pesos aos diversos elementos em disputa, em um mecanismo de concessões recíprocas que procura preservar, na maior intensidade possível, os valores contrapostos.”

muy genérico, es indisponible (por ejemplo: «la libertad personal es inviolable», art. 13.1, Const. italiana) y todos sabemos que un principio puede ser compatible con al menos cien códigos penales y procesales penales diversos (que constituyen distintos modos de disponer de la libertad). Si estos principios no se concretan de forma democrática y plural, inevitablemente se decidirá sobre ellos de forma autoritaria. El constitucionalismo extremo (neoiusnaturalista) es sólo una forma aún más aristocrática, y si se quiere, también más controlada racionalmente, de tomar esta decisión.”⁹³⁵

En este contexto, el principio de dignidad humana no es, y no puede ser, absoluto. Un buen ejemplo de eso es la propia pena de privación de la libertad. Privar a alguien de su libertad es una forma de menoscabar su dignidad humana – lo que puede ser identificado en la criminalización del secuestro y de las detenciones ilegales. Sin embargo, el Estado, bajo la autorización de la Constitución, sigue aplicando penas privativas de libertad – y así, menoscabando la dignidad humana de millares de personas – sin que nadie seriamente pida su abolición⁹³⁶, justamente porque este no es un principio o valor absoluto.

Y es justamente a través del menoscabo de la dignidad humana de unos, autorizada en situaciones especiales, como en la imposición de una pena de privación de la libertad, que se busca proteger la dignidad humana de otros, consecuencia de la aplicación del principio de protección de bienes jurídicos que debe llevar en cuenta el Estado, porque se cree en los fines preventivos de la pena. Es decir, a través de los fines preventivos de la pena, que presuponen una limitación de la dignidad humana del condenado, el sistema penal busca proteger bienes jurídicos, lo que indica que ni este principio es o debe ser absoluto.

Lo mismo se puede decir acerca del principio de igualdad. Igualdad no es tratar a todos de la misma forma, sino que tratar a todos los iguales igualmente, en la medida de su igualdad, y tratar a todos los desiguales desigualmente, en la medida de su desigualdad, lo que permite que el sistema penal trate con más rigurosidad quienes realizan conductas más lesivas y quienes representan mayores peligros a la sociedad, de las personas que no realizan delitos de esta naturaleza ni representan tales riesgos.

⁹³⁵ DONINI, Massimo. *El Derecho penal frente a los desafíos de la modernidad*. Estudios de Derecho penal, *op. cit.*, p. 265.

⁹³⁶ Exceto algunos, como: HULSMAN, Louk; CELIS, Jacqueline Bernat de. *Penas Perdidas: O sistema penal em questão*. Trad. M. L. Karam, 2ª ed, Rio de Janeiro: LUAM, 1997.

Interpretar de esta forma el principio de igualdad permite al Estado reaccionar de forma proporcional y eficaz contra algunas formas de criminalidad contemporáneas, sumamente más peligrosas que las clásicas, para las cuales fue pensado el Derecho penal clásico, orientado a la garantía de los ciudadanos a través de la limitación de *ius puniendi*.

En este contexto, se puede identificar el enemigo como el individuo que se alejó en un grado muy alto de los valores de la sociedad expresados en sus normas, identificación esta que no se hace sólo desde un análisis del delito practicado, sino que de la conducta delictiva precedente del individuo, de la forma de ejecución del delito, del grado de lesividad social de su conducta y de sus características que indiquen que podrá volver a practicar delitos, en un grado más alto que los demás.

En el seno de esta teoría, se puede identificar que no es enemigo alguien que realiza un homicidio impudente en toda su vida, y no presenta propensión de realización de conductas más lesivas socialmente, como la pertenencia a organizaciones criminales, por ejemplo.

Sin embargo, puede ser fácilmente identificado como enemigo por el sistema de Derecho, por ejemplo, un terrorista yihadista, arrestado antes de explosionar la bomba que llevaba, que hace un pedido formal al juzgado en que tramita su proceso, de aplicación de pena de muerte⁹³⁷ (aunque eso no sea posible), porque cree que ya ha cumplido su misión en la tierra, para que se encuentre con su Dios, y los otros beneficios que le esperan en el paraíso, bajo la amenaza que, en libertad, realizará el acto que no pudo realizar.

Parece también que, en razón de los criterios que se ha informado, un político que, de forma corrompida, causa daños sociales de gran entidad o un empresario que lesiona de forma grave, a través de un fraude, un mercado financiero de un país, están mucho más cercanos del concepto de enemigo que una persona pobre que ha realizado más de veinte pequeños hurtos en los últimos cinco años. El grado de lesividad de las conductas y los riesgos que representan los primeros son incomparables con el segundo.

⁹³⁷ “Diez presos condenados a cadena perpetua piden el restablecimiento de la pena de muerte en Francia. Diez presos condenados a la cadena perpetua en la prisión de Clairvaux (Aube), en Francia, apelaron hoy al restablecimiento de la pena de muerte, en un comunicado enviado a la agencia AFP, del que se hacen eco varios medios galos.” EUROPA PRESS. “Diez presos condenados a cadena perpetua piden el restablecimiento de la pena de muerte en Francia”, en: EUROPA PRESS, Paris, 24 Ene 2006. Disponible en: <<http://www.europapress.es/internacional/noticia-francia-diez-presos-condenados-cadena-perpetua-piden-restablecimiento-pena-muerte-francia-20060124223900.html>>, acceso en: 12 octubre 2013.

Los dos ejemplos puestos informan de forma clara que se puede identificar, de acuerdo con la teoría que estudiada, ciudadanos y enemigos en grupos diferentes, teniendo en cuenta como criterio central el grado de peligrosidad que su libertad representa para la sociedad. Será posible también identificar un grupo de casos que supuestamente se quedarán en situaciones límites, como por ejemplo, los criminales habituales que realizan reiteradamente conductas de pequeña lesividad social, cómo las personas que viven en la calle y realizan pequeños hurtos en tiendas comerciales que, de acuerdo con las el concepto de Jakobs, no pueden ser calificados como enemigos.

En el proceso de identificación de un enemigo hay que ponderarse la totalidad de los datos acerca de los hechos realizados, la conducta anterior, y el grado de peligrosidad de la libertad del individuo representa a la sociedad. De la misma forma que la doctrina penal contemporánea no encuentra problemas en ponderar principios flexibles para alejar la responsabilidad penal, ámbito que no presenta una regulación estricta acerca de las materias sobre las cuales disponen, como el principio de insignificancia, utilizado de diversas formas para reconocer la inexistencia del *ius puniendi* en muchos casos, es posible sí, de hecho, manejar criterios abiertos (clausulas generales) en el ámbito penal para identificar si un individuo debe ser identificado como enemigo o no, sin que se viole a los principios del Derecho penal, que no son absolutos, en teoría, como se ha demostrado.

El baremo más conocido en el mundo para identificar un enemigo de la sociedad es la llamada doctrina del *three strikes and you're out*, (tres fallos y estás fuera), muy popular en los países de cultura anglosajónica, que forman o han formado parte de la *Commonweath*, que califica como enemigo quienes realizan tres delitos de cualquier naturaleza, y como su consecuencia se identifica la imposición de una pena de prisión perpetua, o pena prisión por cerca de veinticinco años. Véase:

“En los Estados Unidos, las personas inicialmente sujetas a las leyes que establecen la regla de *three strikes and you're out*, *three time loser* y *three strikes for life* fueron los delincuentes habituales y criminales reincidentes en delitos graves, especialmente delitos violentos contra las personas (Skolnick 1995; Surette 1996; US Dept of Justice 1998). La regla *three strikes and you're out* establece prisión perpetua para personas condenadas por una tercera vez en un

delito grave. (...) La regla *three strikes* establece que la condenación por una tercera vez basa una punición cuya severidad es desproporcional a la entidad del delito actual, y en este contexto, la punición está orientada al pasado, no al delito actual, objeto de la condenación. La regla *three strikes* es parte de una tendencia de tener un papel directo en la determinación de la pena, por parte del legislador, a través de la selección de determinados delitos (Skolnick 1995). De las 24 jurisdicciones que establecieron la regla *three strikes* en los Estados Unidos desde el 1993 hasta 1996, excepto de uno de ellos, todos estos estados ya tenían leyes que castigaban con más severidad a criminales reincidentes (Clark et al. 1997). El impacto de las leyes que establecieron la regla *three strikes* en la mayoría Estados de EE. UU., así pues, fue mínimo; en estos Estados, dicha regulación sólo hizo que sentencias más severas fuesen una obligación, más que una posibilidad disponible al juez (Reske 1996; Gatland 1998; US Dept of Justice 1998). Como James Q. Wilson observó en 1994: ‘los jueces ya enviaban los más peligrosos delincuentes con historiales criminales más largos a la cárcel’ (citado en Skolnick 1995:11)”⁹³⁸

Así pues, no parece que los criterios herméticos, como la doctrina del *three strikes and you’re out*, sean eficientes desde un punto de vista político criminal, ni que sean hábiles para la real identificación del grado de peligrosidad de un delincuente y su calificación como enemigo. Dicha calificación sólo que debe ser hecha a través de la ponderación de los citados datos acerca del criminal, su pasado y su presente, lo que permite un conocimiento no del futuro, que es imposible, sino del grado de peligro actual que representa la libertad de la persona sometida a un proceso criminal.

Sin embargo, los argumentos expuestos en este apartado no autorizan la implementación de una política criminal de Derecho penal del enemigo, que debe estar sujeta a criterios socialmente válidos de medición de su real efectividad, y basada en razonamientos teóricos

⁹³⁸ HINDS, Lyn. Three strikes and you’re out in the west: A study of newspaper coverage of crime control in Western Australia. *Current Issues In Criminal Justice*, Vol. 17, n. 2, 2005-2006, p. 239. Texto original: “In the United States, the stated targets of three strikes and you’re out, three time loser and three strikes for life laws are habitual, repeat offenders convicted of serious, primarily violent offences (Skolnick 1995; Surette 1996; US Dept of Justice 1998). Three strikes and you’re out laws typically mandate life terms of imprisonment for offenders convicted of a third serious crime. (...) Three strike laws mandate that conviction for a third nominated offence entails a punishment, the severity of which is out of proportion to the seriousness of the actual offence; punishment targets the offender’s past history, not the current offence of conviction. Three strike laws are part of a trend of the legislature taking a direct role in determining sentences by mandating punishments for select offences (Skolnick 1995). Of the 24 US jurisdictions enacting three strike laws between 1993 and 1996, all but one already had existing statutes that imposed more severe sentences on repeat offenders (Clark et al. 1997). The impact of three strike laws in the majority of US states, therefore, has been minimal; in the majority of US states three strike laws make harsher sentencing of repeat offenders mandatory rather than discretionary (Reske 1996; Gatland 1998; US Dept of Justice 1998). As James Q Wilson observed in 1994: ‘judges already send the most serious offenders with the longest records to prison’ (quoted in Skolnick 1995:11).”

sólidos y bien estructurados, lo que no existe en el caso en cuestión, de acuerdo con lo que será explicado en los siguientes apartados.

CAPÍTULO 7

La comprensión de una concepción contemporánea de Derecho penal del enemigo desde el pensamiento funcionalista penal sistémico.

“La libertad, Sancho, es uno de los más preciosos dones que a los hombres dieron los cielos; con ella no pueden igualarse los tesoros que encierra la tierra ni el mar encubre; por la libertad así como por la honra se puede y debe aventurar la vida, y, por el contrario, el cautiverio es el mayor mal que puede venir a los hombres.”⁹³⁹

Don Quijote de La Mancha

“La libertad viene del autocontrol moral. No hay otro medio de llegarse a ella.”⁹⁴⁰

Dennis Prager

⁹³⁹ CERVANTES, Miguel de. El ingenioso hidalgo Don Quijote de La Mancha. Madrid, Francisco de Robles, 1605, segunda parte, Capítulo LVIII,

⁹⁴⁰ “Freedom comes from moral self-control. There is no other way to achieve it.” PRAGER, Dennis. *The Ten Commandments: Still the Best Moral Code*. New York, Regnery Publishing, 2015, p. 6.

CAPÍTULO 7 – La comprensión de una concepción contemporánea de Derecho penal del enemigo desde el pensamiento funcionalista penal sistémico.

7.1 El origen: La fundación del concepto de Derecho penal de enemigo en la obra de Günther Jakobs.

Así pues, como informado, el estudio se impartirá de la concepción actual de su objeto, presente en la obra de Günther Jakobs, *Rechtswissenschaftler* y *Strafrechtler* alemán reconocido, que no necesita de más presentación. La discusión ha tenido lugar por la primera vez en el año 1985 en Alemania, pero se ha vuelto efectivamente más intensa después, en el año 1999, en virtud de una toma de postura por su propio proponerte, de la siguiente forma:

En las Jornadas de Profesores de Derecho penal que tuvieron lugar en Frankfurt am Main en el año 1985, Jakobs todavía utilizaba el concepto de Derecho penal del enemigo como un topos para el análisis crítico-descriptivo del Derecho penal alemán vigente. Éste comprendía disposiciones que transformaban al autor penal en una mera "fuente de peligros", en un "enemigo del bien jurídico", privándole así de su esfera privada y de su estatus como ciudadano. Puesto que en cuanto el Estado penetra en la esfera privada, en la "esfera ciudadana interna", se "acaba la privacidad y con ella la posición del sujeto como ciudadano; sin su ámbito privado no puede existir el ciudadano". (...) Este nivel puramente analítico-descriptivo lo abandonó posteriormente Jakobs, especialmente con su discurso en las jornadas berlinesas organizadas por Eser, Hassemer y Burckhardt en el año 1999 bajo el título "La ciencia del Derecho penal ante el cambio de milenio". En ese momento, Jakobs habla de unas "leyes de lucha" con las cuales se combaten individuos: "que en su actitud (delitos sexuales), en su vida económica (criminalidad económica, relativa a las drogas y otras modalidades de criminalidad organizada) o por su imbricación en una organización criminal (terrorismo, criminalidad organizada) se han apartado, probablemente, de modo permanente, pero, en todo caso, con cierta seriedad, del Derecho, dicho de otro modo: que no prestan la garantía cognitiva mínima que es imprescindible para ser tratado como persona en Derecho". Ahí se encuentra algo más que la mera descripción de la *lex lata* de Derecho penal del enemigo; concretamente, la creación de un concepto de enemigo sobre la base de la comprensión jakobsiana de la finalidad de la pena.⁹⁴¹

⁹⁴¹ AMBOS, Kai. "Derecho Penal del enemigo", en: AA. VV. *Derecho penal del enemigo*. El discurso penal exclusión, 2 vols., Montevideo/Buenos Aires, Editorial B de F Edisofer, 2006, compilado por Manuel Cancio Meliá y Carlos Gómez-Jara Díez, vol. 1, p. 119-162, p. 132 y ss.

Jakobs, ya en el prólogo de la traducción al castellano de su obra *Bürgerstrafrecht und Feindstrafrecht*⁹⁴², presenta una idea realista del Derecho, en el sentido de que sólo pueden ser llamadas propiamente de Derecho las disposiciones normativas que tienen el poder de conducir la acción humana⁹⁴³. Así pues, uno sólo puede verse insertada en el ámbito del derecho si se presenta capaz de orientar su conducta por las normas vigentes. Jakobs así crea una distinción entre los conceptos de persona e individuo, a saber: individuo es el ser humano que existe de forma física, orgánica; persona es el individuo cuya conducta es capaz de conducirse por las normas, persona en derecho y deberes.⁹⁴⁴

En el prólogo a la traducción al portugués del mismo trabajo, Jakobs informa que el Derecho penal del enemigo está formado por reglas jurídico-penales, que así como las reglas típicas de un Derecho penal del ciudadano, sólo se las puede concebir desde una perspectiva ideal. Para él, el Derecho penal del enemigo es una violencia silenciosa, mientras que el Derecho penal del ciudadano representa una comunicación de la vigencia de la norma⁹⁴⁵. Como ejemplo, al autor pone la comparación entre una pena privativa de libertad y la prisión provisional: mientras que la prisión provisional representa una *violencia silenciosa* orientada a garantizar la seguridad (aún que al preso sean garantizados todos sus derechos, incluso el derecho a la libertad), la pena privativa de libertad representa una privación a la libertad que uno debe tolerar como una especie de *reparación al daño* (aunque la pena privativa de libertad también represente una carga de aseguramiento)⁹⁴⁶.

⁹⁴²JAKOBS, Günther. “Bürgerstrafrecht und Feindstrafrecht”, publicado en: Hsu/Yu-Hsiu [ed.], *Foundations and Limits of Criminal Law and Criminal Procedure* [Libro homenaje Hung], Taipei, 2003, pp. 41 y ss.

⁹⁴³ “Cuando un esquema normativo, por muy justificado que esté, no dirige la conducta de las personas, carece de realidad social. Dicho con un ejemplo: mucho antes de la llamada liberalización de las distintas regulaciones respecto del aborto, estas rígidas prohibiciones ya no eran verdadero Derecho (y ello con total independencia de qué se piense acerca de su posible justificación).” JAKOBS, Günther; CANCIO MELIÁ, Manuel. *Derecho penal del enemigo*. 2 ed., Madrid, Civitas Ediciones, 2006, p. 15.

⁹⁴⁴ “Idéntica a la situación respecto del Derecho en sí mismo es la de las instituciones que crea y, especialmente, de la persona: si ya no existe la expectativa seria, que tiene efectos permanentes de dirección de la conducta, de un comportamiento personal –determinado por derechos y deberes–, la persona degenera hasta convertirse en un mero postulado, y en su lugar aparece el individuo interpretado cognitivamente. Ello significa, para el caso de la conducta cognitiva, la aparición del individuo peligroso, el enemigo.” JAKOBS, Günther; CANCIO MELIÁ, Manuel. *Derecho penal del enemigo*. 2 ed., Madrid, Civitas Ediciones, 2006, p. 15.

⁹⁴⁵ JAKOBS, Günther. *Direito Penal do Inimigo*. Traducción de Gercélia Batistas de Oliveira Mendes. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008, p. xxv.

⁹⁴⁶ JAKOBS, Günther. *Direito Penal do Inimigo*. Traducción de Gercélia Batistas de Oliveira Mendes. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008, p. xxvi.

Lo que Jakobs quiere decir es que la idea de seguridad es la marca esencial de las reglas que pueden ser clasificadas como Derecho penal del enemigo (*Feindstrafrecht*), aunque dichas reglas estén vigentes en un ordenamiento jurídico que garantiza los derechos de las personas (pues que sólo tiene sentido hablar en Derecho penal del enemigo en un Estado de Derecho, porque en un régimen dictatorial, todos pueden ser enemigos, tratados al margen de lo que llamamos de derecho, como se explicará a continuación⁹⁴⁷). De otra manera, la idea central del llamado Derecho penal del ciudadano (*Bürgerstrafrecht*) es promover una comunicación cognitiva a la persona, que se realiza a través de la pena, en el sentido de mostrar a dicha persona y a la sociedad cual es el estándar de conducta elegido por la sociedad, en un determinado caso.

En en el libro citado, Jakobs vuelve a la cuestión de la efectiva influencia del ordenamiento jurídico en la conducta humana. Para él, una cosa es establecer un ordenamiento real, otra es establecer un ordenamiento realmente, lo que son dos cosas diferentes. Un ejemplo puesto por él informa que aunque sea prohibido el allanamiento de morada, nosotros cerramos la puerta de nuestras casas con llave por la noche, porque sabemos que la normatividad que prohíbe el allanamiento de morada no es suficiente para garantizar la protección de la residencia. Así pues, es necesaria la búsqueda de la seguridad cognitiva a través de otros medios, como por ejemplo, cerrar la puerta con llave⁹⁴⁸. Lo mismo sirve para los individuos: si ellos no se encargan de representar un pilar cognitivo de garantía a la sociedad, este pilar debe ser buscado de otra forma, a través de medidas que aumenten los grados de seguridad, desde un punto de vista material.

Uno que ha dejado de comportarse como a una persona no puede ser tratado como persona en una sociedad liberal, funcional, e principalmente, real, de acuerdo con Jakobs⁹⁴⁹. Pensar de otro modo sólo es posible desde una fantasía normativa de omnipotencia⁹⁵⁰, en la cual el

⁹⁴⁷ JAKOBS, Günther. *Direito Penal do Inimigo*. Traducción de Gercélia Batistas de Oliveira Mendes. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008, p. xxvii.

⁹⁴⁸ JAKOBS, Günther. *Direito Penal do Inimigo*. Traducción de Gercélia Batistas de Oliveira Mendes. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008, p. xxvi.

⁹⁴⁹ JAKOBS, Günther. *Direito Penal do Inimigo*. Traducción de Gercélia Batistas de Oliveira Mendes. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008, p. xxvii.

⁹⁵⁰ JAKOBS, Günther. *Direito Penal do Inimigo*. Traducción de Gercélia Batistas de Oliveira Mendes. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008, p. xxvii.

derecho sería la medida universal, y la realidad debería adecuarse a él, y no al revés.⁹⁵¹ Por eso, la realidad informada como Derecho penal del enemigo es simplemente una realidad contingente, y por ser contingente, obedece a una necesidad.

Dicha necesidad es una necesidad típica del Estado del Derecho, una necesidad de excepción. Sólo en este régimen de gobierno se hace necesario abrirse una excepción al modelo de Derecho penal ordinario para la búsqueda de la seguridad perdida en determinados casos específicos, porque en estados totalitarios existe un régimen permanente de inseguridad, donde se ven peligros en todas las partes, y por eso, la búsqueda por la seguridad no es una excepción, sino la regla⁹⁵². “Un Estado de Derecho hace distinción entre regla y excepción, sólo cuando está consciente de sí mismo y reflexiona sobre reglas y excepciones como reglas y excepciones, y es sólo esta reflexión que permite limitar la excepción en la medida de lo necesario.”⁹⁵³, informa Jakobs. Por esta razón, sigue el autor, ningún Estado dictatorial puede utilizar lo que él ha desarrollado como forma de justificación, tampoco ningún Estado de Derecho que se encuentre delante de situaciones reales de excepción puede fingir esta excepción no esté relacionada con él.

Antes de sintetizar una concepción de Derecho penal del enemigo, según Jakobs, algunas cosas más deben ser aclaradas. Aquí se trata de funciones manifiestas de la pena, a través del rechazo de un comportamiento violador de la norma en el Derecho penal del ciudadano, o a través de la eliminación de un peligro, en Derecho penal del enemigo, y aunque estos tipos ideales nunca puedan ser separados de forma totalmente pura, ambos pueden ser legítimos, de acuerdo con Jakobs⁹⁵⁴. Para él, un Derecho penal del enemigo delimitado de forma clara es menos peligroso que contaminar el Derecho penal regular con fragmentos de regulaciones propias de Derecho penal del enemigo, en un Estado de Derecho.⁹⁵⁵

⁹⁵¹ Aquí vemos una fuerte reminiscencia ontologicista en el pensamiento de Jakobs, a saber: el derecho debe estar adecuado a la realidad, y no al revés, debe crear la realidad. Un punto para reflexionar, especialmente aquellos que llaman su funcionalismo de *radical*.

⁹⁵² JAKOBS, Günther. *Direito Penal do Inimigo*. Traducción de Gercélia Batistas de Oliveira Mendes. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008, p. xxvii.

⁹⁵³ JAKOBS, Günther. *Direito Penal do Inimigo*. Traducción de Gercélia Batistas de Oliveira Mendes. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008, p. xxvii.

⁹⁵⁴ “En el Derecho penal del ciudadano, la función manifiesta de la pena es la contradicción, en el Derecho penal del enemigo la eliminación de un peligro. Los correspondientes tipos ideales prácticamente nunca aparecerán en una configuración pura. Ambos tipos pueden ser legítimos.” JAKOBS, Günther; CANCIO MELIÁ, Manuel. *Derecho penal del enemigo*. 2 ed., Madrid, Civitas Ediciones, 2006, p. 54.

⁹⁵⁵ “Un Derecho penal del enemigo claramente delimitado es menos peligroso, desde la perspectiva del Estado de Derecho, que entremezclar todo el Derecho penal con fragmentos de regulaciones propias del Derecho penal

Jakobs pone el ejemplo de la posibilidad de prisión provisional (antes de sentencia final) como medida de garantía de la seguridad, como una de muchas situaciones en las cuales el Derecho penal permite la disminución de la disposición a tratar el delincuente como persona, en razón de la existencia del principio de presunción de inocencia.⁹⁵⁶ Como otros ejemplos de dicha *disposición en disminuir el carácter de persona* del delincuente, él pone que los legisladores de los países de cultura occidental vienen creando en los últimos años una legislación de lucha, como por ejemplo, la creación de normas para responder a la criminalidad organizada, terrorismo, criminalidad económica, y el cambio de la forma por la cual se trataba algunas infracciones penales peligrosas (estas, en Alemania, lo que corresponde a los crímenes hediondos, en Brasil)⁹⁵⁷.

Así pues, se puede identificar también que, para Jakobs, es un ejemplo de Derecho penal del enemigo la legislación orientada a la inocuización de delincuentes de alta peligrosidad, como los miembros de organizaciones criminosas o terroristas, personas que se han alejado mucho y de forma presumiblemente duradera de los valores vigentes en la sociedad expresados en las normas penales y por eso no presentan garantía cognitiva alguna para que singan siendo tratados como personas. En estas circunstancias, la pena no sirve más para la compensación de un daño a la vigencia de la norma, sino para la eliminación de un peligro.

Una conclusión natural de estos planteamientos es el adelantamiento de la punibilidad a los actos de preparación, por ejemplo, y la orientación de la pena hacia el aseguramiento frente de hechos futuros, no a la sanción del delincuente por hechos ya cometidos⁹⁵⁸. En pocas palabras, Jakobs describe cómo funciona esta sistemática: “Brevemente: la reflexión del legislador es la siguiente: el otro «me lesiona ya por... [su] estado [en ausencia de legalidad] (*statu iniusto*), que me amenaza constantemente»”⁹⁵⁹ Así, el Derecho penal encuentra dos polos de regulación, a saber: el denominado Derecho penal del daño, para el trato con el ciudadano, y

del enemigo.” JAKOBS, Günther; CANCIO MELIÁ, Manuel. *Derecho penal del enemigo*. 2 ed., Madrid, Civitas Ediciones, 2006, p. 55.

⁹⁵⁶ JAKOBS, Günther; CANCIO MELIÁ, Manuel. *Derecho penal del enemigo*. 2 ed., Madrid, Civitas Ediciones, 2006, p. 39.

⁹⁵⁷ JAKOBS, Günther; CANCIO MELIÁ, Manuel. *Derecho penal del enemigo*. 2 ed., Madrid, Civitas Ediciones, 2006, p. 40.

⁹⁵⁸ JAKOBS, Günther; CANCIO MELIÁ, Manuel. *Derecho penal del enemigo*. 2 ed., Madrid, Civitas Ediciones, 2006, p. 40.

⁹⁵⁹ JAKOBS, Günther; CANCIO MELIÁ, Manuel. *Derecho penal del enemigo*. 2 ed., Madrid, Civitas Ediciones, 2006, p. 40.

Derecho penal del combate a la peligrosidad (o del adelantamiento de las barreras de la punibilidad), para el trato con el enemigo.

Para aclarar lo expuesto, Jakobs compara el tratamiento a que se somete el homicida en autoría individual, hecho que sólo empieza a ser punible cuando el agente se dispone inmediatamente a realizar el tipo (inicio de la ejecución), al trato dado al jefe u “hombre de tras” de una asociación terrorista, en el derecho alemán. En este caso, el terrorista tendría una pena sólo levemente más reducida que un autor de tentativa de homicidio, cuando ya fundada la asociación o cuando él ya lleva a cabo actividades dentro de ésta, aunque muchos años antes de la realización de un hecho que conlleva a un daño efectivo⁹⁶⁰. Jakobs observa, en este caso, que: “Materialmente cabe pensar que se trata de una custodia de seguridad anticipada que se denomina «pena».”⁹⁶¹

Sobre lo que sostiene acerca del Derecho penal del enemigo, Jakobs informa directamente en dicho prefacio, escrito en el año 2008, para sanar cualquier duda, que “luego, mis afirmaciones deben ser entendidas como una forma de descripción, y no como una forma de legitimación.”⁹⁶² La cuestión de ¿lo que es el Derecho penal del enemigo? ya fue puesta a Jakobs de forma directa, y respondida de la siguiente forma:

“Es un fenómeno que se da en todos los ordenamientos jurídicos de los países occidentales, y consiste en sancionar la conducta de un sujeto peligroso en una etapa muy anterior a un acto delictivo, sin esperar a una lesión posterior tardía. Se sancionan la conducta y la peligrosidad del sujeto, y no sus actos. El mismo fenómeno se da en el ámbito procesal, especialmente con la restricción de algunos ámbitos privados. Por ejemplo, la posibilidad de allanamiento de morada con fines investigativos, la posibilidad de registro de viviendas o la instalación de micrófonos o instrumentos para escuchas telefónicas. En esencia, el concepto de Derecho penal del enemigo es una noción descriptiva que define algo existente en los ordenamientos democráticos actuales y designa aquellos supuestos de especial

⁹⁶⁰ JAKOBS, Günther; CANCIO MELIÁ, Manuel. *Derecho penal del enemigo*. 2 ed., Madrid, Civitas Ediciones, 2006, p. 43.

⁹⁶¹ JAKOBS, Günther; CANCIO MELIÁ, Manuel. *Derecho penal del enemigo*. 2 ed., Madrid, Civitas Ediciones, 2006, p. 43.

⁹⁶² JAKOBS, Günther. *Direito Penal do Inimigo*. Traducción de Gercélia Batistas de Oliveira Mendes. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008, p. xxv.

peligrosidad para distinguirlos de aquellos otros supuestos en los que se produce una relación jurídica entre ciudadanos.”⁹⁶³

Se puede subrayar las características de dicho concepto, de la siguiente forma: (1) *Es un fenómeno típico en el occidente*, (2) *consiste en sancionar la conducta de un sujeto peligroso en una etapa muy anterior a un acto delictivo*, (3) *se sancionan la conducta y la peligrosidad del sujeto*, (4) *la sanción no se limita a los actos del sujeto*, (5) *restricción (no supresión) de algunos ámbitos privados en el ámbito procesal*, (6) *su concepto enmarca una noción descriptiva*, (7) *su concepto define algo existente en los ordenamientos democráticos actuales*, (8) *su concepto designa los supuestos de especial peligrosidad, con la finalidad de distinguirlos de los supuestos en que se produce una relación jurídica entre los ciudadanos*.

El concepto presentado por Jakobs es más sintético que analítico, y por eso, es necesario aclarar bien la amplitud del fenómeno estudiado, a través de ilaciones más profundizadas acerca del tema, lo que se busca hacer en los apartados siguientes. Porque dicho concepto es, por supuesto, el concepto más bien delineado del tema estudiado, será el último a ser desmembrado y analizado antes de una toma de postura en la respectiva parte de este trabajo.

7.2 Lo que es Derecho penal del enemigo para Günther Jakobs – el nacimiento y la evolución de una tesis.

Para comprender el significado y la evolución de la idea de enemigo en el Derecho penal contemporáneo es obligatoria la lectura inicial de cuatro textos de Jakobs, a saber: *Kriminalisierung im Vorfeld einer Rechtsgutsverletzung* (1985)⁹⁶⁴, *Das Selbstverständnis der Strafrechtswissenschaft vor den Herausforderungen der Gegenwart* (1999)⁹⁶⁵,

⁹⁶³ DOZO MORENO, Sebastián. ““El enemigo tiene menos derechos”, dice Günther Jakobs. Para el alemán, especialista en teoría del derecho, no existe la igualdad ante la ley”, *La Nación*, 26 de julio de 2006, Buenos Aires, 2006, Disponible en: <<http://www.lanacion.com.ar/826258-el-enemigo-tiene-menos-derechos-dice-gunther-jakobs>>, acceso en: 12 feb. 2017.

⁹⁶⁴ JAKOBS, Günther. “Kriminalisierung im Vorfeld einer Rechtsgutsverletzung”, in: *Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft*, nr. 97, Tübingen, 1985, pp. 751-785. En castellano: “Criminalización en el estado previo a la lesión de un bien jurídico”, en: JAKOBS, Günther, *Estudios de Derecho penal*, UAM Ediciones, Edit, Civitas, Madrid, 1997, pp. 293 a 324.

⁹⁶⁵ JAKOBS, Günther. “Das Selbstverständnis der Strafrechtswissenschaft vor den Herausforderungen der Gegenwart”, in: Eser/Hassemer/Burkhardt (Hrsg.), *Die deutsche Strafrechtswissenschaft vor der Jahrtausendwende: Rückbesinnung und Ausblick*, Beck, München, 2000, pp. 47 y ss. En castellano: JAKOBS, Günther. “La autocomprensión de la ciencia del Derecho penal ante los desafíos del presente”. En: VV.AA. *La ciencia del Derecho penal ante el nuevo milenio*. Valencia, Tirant lo Blanc, 2004.

Bürgerstrafrecht und Feindstrafrecht (2003)⁹⁶⁶ y *Feindstrafrecht? - Eine Untersuchung zu den Bedingungen von Rechtlichkeit* (2006)⁹⁶⁷.

En el primer trabajo, *Criminalización en el estado previo a la lesión de un bien jurídico*, Jakobs, por primera vez, utiliza la expresión enemigo, para calificar una forma de intervención del Estado en el ámbito de la privacidad del individuo. En este contexto, él sostiene que la intervención injustificada en la privacidad personal es lo mismo que tratar a alguien como enemigo, lo que el Estado no haría con uno de sus ciudadanos.

En la ponencia *La autocomprensión de la ciencia del Derecho penal ante los desafíos del presente*, Jakobs demuestra adoptar definitivamente las ideas luhmannianas sociológicas de matiz funcionalista-sistémica para explicar su concepción de sentido y fin del Derecho penal, y de la necesidad de separación de las normas típicas de un Derecho penal del enemigo en relación con el Derecho penal regular, en especial atención a las funciones abiertas (confirmación de la norma) y latentes (intimidación) de la pena, para llevar el primero a la eficiencia, y el segundo, al máximo de garantías. En este trabajo, por primera vez, Jakobs define y propone un Derecho penal del enemigo de la forma como se le conoce hoy.

En el artículo *Derecho penal del ciudadano y Derecho penal del enemigo*, Jakobs continúa a desarrollar su teoría sobre la forma por la cual sostiene que deben ser separadas las normas de Derecho penal del enemigo y Derecho penal del ciudadano, explica las funciones de cada uno de estos grupos y aclara cuáles son las ventajas de realizar dicha separación, en especial atención a una forma coherente de tratamiento por parte del Estado en situaciones que considera diferentes por principio. La necesidad de establecerse de forma clara, los fundamentos, el sentido y las funciones de un Derecho penal del enemigo son el objetivo de este estudio.

⁹⁶⁶JAKOBS, Günther. "Bürgerstrafrecht und Feindstrafrecht", en: *Bürgerstrafrecht und Feindstrafrecht*, en: Hsu; Yu-Hsiu (eds), *Foundations and Limits of Criminal Law and Criminal Procedure*, Taipei, 2003, pp. 41 y ss. En Castellano: JAKOBS, Günther; CANCIO MELIÁ, Manuel. *Derecho penal del enemigo*. 2 ed., Madrid, Civitas Ediciones, 2006.

⁹⁶⁷ JAKOBS, Günther. "Feindstrafrecht? - Eine Untersuchung zu den Bedingungen von Rechtlichkeit", in: *HöchstRichterliche Rechtsprechung im Strafrecht*, August/September 2006 (nr. 8-9/2006), pp. 289-297. En castellano: JAKOBS, Günther. "¿Derecho penal del enemigo? Un estudio acerca de los presupuestos de la juridicidad", en: AA. VV.: *Derecho penal del enemigo. El discurso penal exclusión*, 2 vols., Montevideo/Buenos Aires, Editorial B de F Edisofer, 2006, compilado por Manuel Cancio Meliá y Carlos Gómez-Jara Díez, Vol. 2, pp. 93-116.

Por fin, en el texto *¿Derecho penal del enemigo? Un estudio acerca de los presupuestos de la juridicidad*, el profesor Jakobs investiga cuáles son los presupuestos de facticidad exigibles para la realización de un Derecho penal realmente vigente y, a través del reconocimiento de matices de la personalidad en sociedad, relaciona la forma con la cual individuos y personas reaccionan en sociedad con la necesidad social real de protección de la confianza en la vigencia de expectativas normativas institucionalizadas por el sistema social, a través de la penal y la función de control de riesgos a través del Derecho penal (respectivamente, las funciones de un Derecho penal del ciudadano y un Derecho penal del enemigo). Al final, se concluye que la realidad del sistema social y de la vida en sociedad no permite una vigencia solamente postulada de las normas, y que vivir en esta quimera es más perjudicial que aceptar un Derecho penal del enemigo basado en necesidades reales de contención de riesgos.

7.2.1 *Kriminalisierung im Vorfeld einer Rechtsgutsverletzung* (1985).⁹⁶⁸

En la ponencia presentada al congreso de los penalistas alemanes de 1985, en *Frankfurt am Main*, titulada *Criminalización en el estado previo a la lesión de un bien jurídico*, Jakobs analiza y descompone las razones y la estructura dogmática de los tipos penales que criminalizan conductas que no representan una antijuridicidad material, es decir, la efectiva lesión a un bien jurídico.

Con dicha finalidad, Jakobs analiza en qué condiciones sería legítimo, en un estado de libertades, anticiparse la punibilidad, a través de la invasión de la esfera privada del individuo. El autor parte de un pensamiento liberal y crítico en relación con el ejercicio del poder de punir, a saber: si el Estado invade el ámbito de privacidad de una persona, sin buenas razones, a través del Derecho penal, eso conduce a la conclusión de que el Estado trata esta persona como enemigo, no cómo uno de sus ciudadanos.

En la parte más extensa de dicho trabajo, el profesor de Bonn explica, desde su punto de vista, lo que serían buenas razones para legitimar una intervención en la esfera privada individual, por el Derecho penal. En resumen, él sostiene que la única forma de legitimarse dichas intervenciones es limitarles a los supuestos donde alguien ha externado efectivamente una

⁹⁶⁸ JAKOBS, Günther. «Kriminalisierung im Vorfeld einer Rechtsgutsverletzung», in: ZStW 97 (1985). pp. 751-785. En castellano: “Criminalización en el estado previo a la lesión de un bien jurídico”, en: JAKOBS, Günther, *Estudios de Derecho penal*, UAM Ediciones, Edit, Civitas, Madrid, 1997, pp, 293 a 324.

conducta que interfiere en el ámbito de organización ajeno, tendiente a la lesión real de un bien jurídico.

En este contexto, Jakobs identifica en la legislación una tendencia de anticipar la punibilidad para permitir la anticipación también de la intervención penal del Estado, lo que cree que conlleva a una tendencia a la subjetivación de injusto, y esta subjetivación, a su turno, a más tendencia a la anticipación. Además, hay incluso los argumentos en favor de dicha anticipación de naturaleza preventivo-policiales, que conducen también a la tendencia de creación de tipos penales formales, de consumación anticipada.⁹⁶⁹

Así pues, criminalizar una conducta en un estado previo a una lesión a un bien jurídico representa criminalizar conductas ubicadas exclusivamente en el ámbito privado o que no representan una acción socialmente importante, lo que tiene el poder de calificar al autor de un mero peligro abstracto a un bien jurídico como una fuente actual de un peligro importante a dicho bien, y por eso, le pone al autor en la condición de enemigo del bien jurídico. Así, se puede anticipar la intervención del estado a través de la anticipación, sin límite alguno, a la lesión.⁹⁷⁰ En la primera vez que se tiene noticia de la utilización de la palabra enemigo en la obra de Jakobs, este sostiene que:

El autor no tiene ninguna esfera privada, ningún ámbito para una conducta todavía-no-socialmente-relevante, sino que es sólo fuente de peligro o, con otras palabras, enemigo del bien jurídico. (...) A la definición del autor como enemigo del bien jurídico, según la cual se podrían combatir ya los más tempranos signos de peligro, si bien esto

⁹⁶⁹ “En favor de la extendida disposición a aceptar anticipaciones de la punibilidad se pueden citar varias explicaciones plausibles. Así se puede mencionar una tendencia a la subjetivación que se nutre, por su parte, de diversas fuentes: el principio de culpabilidad, la orientación al autor, la personalización del injusto. Tampoco se puede excluir que la tendencia a la anticipación fomente de nuevo la tendencia a la subjetivación, de modo que ambas se apoyan aparentemente de un modo recíproco y circular. Hay además argumentos preventivo-policiales en favor de esas anticipaciones. Se anticipa la consumación para conceder a la policía la posibilidad de intervenir en el momento propicio para hacerlo; pues con la anticipación de la punibilidad se amplían los límites de lo permitido para la prevención en la medida de lo permitido para la represión. Probablemente no se debe al azar que algunos notorios sectores de punibilidad anticipada se identifiquen con sectores notorios de actividad policial encubierta: delitos relativos a los estupefacientes, a la seguridad del Estado o a la falsificación de moneda, entre otros.” JAKOBS, Günther. “Criminalización en el estado previo a la lesión de un bien jurídico”, en: JAKOBS, Günther. *Estudios de Derecho penal*, UAM Ediciones, Edit, Civitas, Madrid, 1997, pp, 293 a 324, p. 294.

⁹⁷⁰ “Tomar como exclusivo punto de partida el bien jurídico conduce sin duda al desbordamiento porque con ello cae por completo fuera de la perspectiva la esfera jurídica del autor. El autor viene definido tan sólo por el hecho de que puede constituir un peligro para el bien jurídico, con el añadido de que cabe anticipar, potencialmente sin límite alguno, el comienzo de tal peligro.” JAKOBS, Günther. “Criminalización en el estado previo a la lesión de un bien jurídico”, en: JAKOBS, Günther. *Estudios de Derecho penal*, UAM Ediciones, Edit, Civitas, Madrid, 1997, pp, 293 a 324, p. 295.

podría no ser oportuno en el caso concreto, se ha de contraponer aquí una definición del autor como ciudadano. El autor no sólo ha de ser considerado en cuanto potencialmente peligroso para los bienes de la víctima, sino que debe ser definido también, de antemano, por su derecho a una esfera exenta de control, y se va a mostrar que del status de ciudadano se pueden derivar límites, hasta cierto punto firmes, para las anticipaciones de la punibilidad.⁹⁷¹

Como se puede notar, Jakobs informa que es precisamente la existencia del derecho a una esfera privada exenta de control lo que define el autor como ciudadano. De hecho, esto tiene que ver con la propia teoría contractualista hobbesiana, que separa el estado de ciudadanía del estado de naturaleza, a través de la creación de ámbitos racionales de intervención del Estado, aunque en la calidad de soberano casi absoluto, hacia sus súbditos.

Cuando existe la posibilidad de intromisión del Estado en la esfera privada, sin que existan efectivamente buenas razones identificadas en comportamientos exteriores del autor, que objetivamente considerados (no del punto de vista del elemento subjetivo del autor) representen una perturbación al ámbito de organización de otras personas, este autor pasa a ser considerado mucho más como una fuente de peligros al bien jurídico, un enemigo del bien jurídico, que como un ciudadano del Estado, que debe tener sus derechos y garantías respetadas, en relación con el derecho de libertad que basa el derecho a la esfera privada.

La idea de enemigo del bien jurídico parte de la noción de peligro, que representa el autor y su conducta, y conlleva a la violación de su esfera privada, para contrarrestar dicho peligro. Se nota que la violación del derecho a la esfera privada es el primer grado de reducción del ámbito de derechos, lo que, según Jakobs, es ya suficiente para identificar alguien como enemigo del bien jurídico.

Es muy interesante esta conclusión. La verdad es que, aunque no se sepa de donde ha sacado Jakobs la idea de enemistad del bien jurídico, se le puede deducir de lo que es claro: reducción de esferas de privacidad, libertad u otros derecho y garantías fundamentales representa, de hecho, reducción de los ámbitos de ciudadanía. Al paso que la súper protección de bienes jurídicos con la creación de ámbitos de protección penal previa a la lesión crea una

⁹⁷¹ JAKOBS, Günther, *Estudios de Derecho penal*, UAM Ediciones, Edit, Civitas, Madrid, 1997, pp, 293 a 324, p. 295.

tendencia de alguna forma histérica de hostilizar la mera aproximación a la idea de una posible lesión a dichos bienes.

Véase, por ejemplo, las legislaciones de armas en muchos países de tradición jurídica continental, en las cuales las restricciones a la libertad individual, los amplios mecanismos de control de la vida privada y la hipertrofia de los ámbitos de protección penal representan muchos más reacciones históricas basadas en una hoplofobia⁹⁷² radical y generalizada que en conclusiones de estudios estadísticos, o en la real potencialidad lesiva de algunos tipos de armas u otros objetos que con ellas puedan parecer. Hay que subrayar que vivimos en tiempos donde terroristas han matado con aviones y camiones, a una solo vez, mucho más personas que con pistolas y fusiles automáticos, incluso en países que no tienen muchas medidas de control de las armas de fuego, o que pertenecen a áreas de libre circulación de personas y bienes en la cual hacen parte países que no tienen dichas medidas⁹⁷³.

Ejemplos de esta hoplofobia legislativa pueden ser identificados en los ordenamientos jurídicos de Alemania y España. En España se castiga con una pena de prisión de hasta tres años⁹⁷⁴ la mera tenencia de un cuchillo puntiagudo de menos de once centímetros, arma clasificada como prohibida por el Real Decreto 137/1993⁹⁷⁵. En Alemania, está castigada con una pena de prisión de hasta tres años la tenencia dolosa de una estrella ninja, y con una pena

⁹⁷² “La hoplofobia es un persistente, anormal e injustificado miedo a las armas de fuego. El nombre de esta fobia específica deriva del griego *hoplon* (arma) y *phobos* (miedo), puede referirse a un miedo a las armas en general, o más específicamente a las armas de fuego.” Guía de la Psicología. “*Hoplofobia: miedo a las armas*”. Disponible en: <<http://guiapsicologia.com/fobias/hoplofobia/>>. Acceso en 27/12/2015.

“La hoplofobia es el miedo a las armas y las personas con armas. Esta fobia lleva a una persona a tener miedos irracionales y obsesivos respecto a las armas y los peligros que pueden plantear. Se considera una reacción típica, no una fobia, para que una persona se asuste si él o ella está en una tienda y un ladrón entra con un arma. Una persona que sufre de hoplofobia, por otro lado, tiene miedo de las armas todo el tiempo, incluso cuando él o ella está en peligro inmediato. Los síntomas de la fobia de armas severas pueden controlar las acciones diarias de una persona, pensamientos y decisiones.” Guía de la Psicología. “*Hoplofobia: miedo a las armas*”. Disponible en: <<http://guiapsicologia.com/fobias/hoplofobia/>>. Acceso en 27/12/2015.

⁹⁷³ Se hace referencia a los atentados terroristas en las torres gemelas de Nueva York, de 11 de septiembre de 2001 y del atentado terrorista en la ciudad francesa Nice, en 4 de junio de 2016, realizados con aviones y un camión, respectivamente.

⁹⁷⁴ “Artículo 563. La tenencia de armas prohibidas y la de aquellas que sean resultado de la modificación sustancial de las características de fabricación de armas reglamentadas, será castigada con la pena de prisión de uno a tres años.” ESPAÑA. Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código penal. *Boletín Oficial del Estado*, 24 de noviembre de 1995, núm. 281.

⁹⁷⁵ “Armas prohibidas Artículo 4. 1. Se prohíbe la fabricación, importación, circulación, publicidad, compraventa, tenencia y uso de las siguientes armas o de sus imitaciones: (...) f) Los bastones-estoque, los puñales de cualquier clase y las navajas llamadas automáticas. Se considerarán puñales a estos efectos las armas blancas de hoja menor de 11 centímetros, de dos filos y puntiaguda.” ESPAÑA. Real Decreto n. 137/1993, de 29 de enero, por el que se aprueba el Reglamento de Armas. *Boletín Oficial del Estado*, núm. 55, de 5 de marzo de 1993.

de prisión de hasta un año para la tenencia negligente de una estrella ninja, por la Ley de Armas alemana⁹⁷⁶, la *Waffengesetz*⁹⁷⁷, de 2002.

Así pues, se puede afirmar, sin duda, bajo este concepto inicial de enemigo del bien jurídico de Jakobs, que los poseedores de arma (de fuego o blanca) en los países citados (incluso estrella ninja, en Alemania), sin autorización del gobierno, son enemigos de los bienes jurídicos protegidos por el Derecho Penal, en teoría, por los tipos penales citados, aunque de forma lejana, como, la vida y la indemnidad física. La criminalización de las conductas de posesión en su propia residencia de estrellas ninja o puñales son ejemplos claros de criminalización de estadios previos a la lesión a los bienes jurídicos citados, porque no se puede reconocer, en un estado de libertades (para utilizar un concepto usado por Jakobs), lesiones fantasiosas a supuestos bienes como la seguridad pública y en control de armas por parte del Estado. Es decir, tener un arma en su propia casa, no reduce de forma real, ni pone en peligro (concreto o abstracto) el ámbito de disponibilidad de la vida o la indemnidad física de alguien, para nada, y por eso, no pueden ser considerados lesiones a bienes jurídicos⁹⁷⁸.

⁹⁷⁶ “Sección 2 Manejo de armas o municiones; lista de armas (...) (3) El manejo de armas o municiones que figuran en el anexo 2, Parte 1 de esta Ley está prohibida. (...) Sección 52 Delitos (...) (3) Una pena de prisión de hasta tres años o con multa se impondrá a quien - 1. en violación de la Sección 2 (1) o (3), en cada caso en relación con el anexo 2, Parte 1, núms. 1.2.2 a través de 1.2.5, 1.3.1 a través de 1.3.3, 1.3.5, 1.3.7, 1.3.8, 1.4.1, primera frase, nos. 1.4.2 a través de 1.4.4 o 1.5.3 a través de 1.5.7 adquiere, posee, las manos encima, lleva, transfiere, fabrica, modifica, repara o hace negocios con armas u objetos a que se refiere allí, (...) (4) Si en los casos previstos en el inciso 1 nn. 1 y 2 b, c, d o no. 3 o inciso 3, la persona ha actuado con negligencia, el castigo por los delitos mencionados en el apartado 1 será de hasta dos años de prisión o una multa, y por los delitos mencionados en el inciso 3 hasta un año de prisión o una multa. (...) Anexo 2 - Parte 1: Armas Prohibidas - Queda prohibido manejar las siguientes armas: (...) 1.3.3 discos en forma de estrella diseñados para tirar a un blanco y que puedan causar lesiones a la salud (estrellas ninja).” ALEMANIA. “Waffengesetz vom 11. Oktober 2002 (BGBl. I S. 3970, 4592; 2003 I S. 1957), das zuletzt durch Artikel 6 Absatz 34 des Gesetzes vom 13. April 2017 (BGBl. I S. 872) geändert worden ist”

⁹⁷⁷ Original en alemán: “ §2 Grundsätze des Umgangs mit Waffen oder Munition, Waffenliste (...) (3) Der Umgang mit Waffen oder Munition, die in der Anlage 2 Abschnitt 1 zu diesem Gesetz genannt sind, ist verboten. (...) §52 Strafvorschriften (...) (3) Mit Freiheitsstrafe bis zu drei Jahren oder mit Geldstrafe wird bestraft, wer - 1. entgegen § 2 Abs. 1 oder 3, jeweils in Verbindung mit Anlage 2 Abschnitt 1 Nr. 1.2.2 bis 1.2.5, 1.3.1 bis 1.3.3, 1.3.5, 1.3.7, 1.3.8, 1.4.1 Satz 1, Nr. 1.4.2 bis 1.4.4 oder 1.5.3 bis 1.5.7, einen dort genannten Gegenstand erwirbt, besitzt, überlässt, führt, verbringt, mitnimmt, herstellt, bearbeitet, instand setzt oder damit Handel treibt, (...) (4) Handelt der Täter in den Fällen des Absatzes 1 Nr. 1, 2 Buchstabe b, c oder d oder Nr. 3 oder des Absatzes 3 fahrlässig, so ist die Strafe bei den bezeichneten Taten nach Absatz 1 Freiheitsstrafe bis zu zwei Jahren oder Geldstrafe, bei Taten nach Absatz 3 Freiheitsstrafe bis zu einem Jahr oder Geldstrafe. (...) Anlage 2 - Verbotene Waffen - Der Umgang mit folgenden Waffen und Munition ist verboten: (...) 1.3.3 sternförmige Scheiben, die nach ihrer Beschaffenheit und Handhabung zum Wurf auf ein Ziel bestimmt und geeignet sind, die Gesundheit zu beschädigen (Wurfsterne).” ALEMANIA. “Waffengesetz vom 11. Oktober 2002 (BGBl. I S. 3970, 4592; 2003 I S. 1957), das zuletzt durch Artikel 6 Absatz 34 des Gesetzes vom 13. April 2017 (BGBl. I S. 872) geändert worden ist”

⁹⁷⁸ En este punto el autor de este trabajo debe hacerse *mea culpa*. En dos publicaciones y una ponencia de rango nacional, realizados en el año 2010, antes del final del grado su carrera en Derecho, se ha defendido el desprecio al principio de lesividad, en favor de necesidades sociales reales de control. Sin embargo, después de reflexionar acerca de los límites de un normativismo radical y su relación con una teleología racional del Derecho penal, hoy

En este contexto, la intromisión del Estado en ámbitos privados del individuo, sin la existencia de buenas razones (*i. e.*, la existencia de una acción externa del autor que perturba la organización ajena, hacia la realización de un tipo penal), promueve la identificación de alguien como enemigo del bien jurídico y se reduce el ámbito de su propia personalidad, porque la privacidad es una de las dimensiones que tiene más importancia para la concepción contemporánea de la personalidad humana.⁹⁷⁹ En relación con la racionalización y adecuación constitucional del *jus puniendi*, dicha protección se identifica en el principio *cogitationis poenam nemo patitur*, es decir, que alguien no puede ser punido por sus pensamientos.

La personalidad humana no puede estar basada sólo en su concepción natural, ontológica y sustancial, porque dicha personalidad significa mucho más que un conjunto de células. Este significado está creado bajo referencias normativas, no perceptibles a los sentidos, y entre estas, el reconocimiento de un ámbito privado exento de la intervención injustificada y responsabilidad pública representa la posibilidad de existencia de la propia personalidad, típico de un ordenamiento de libertades⁹⁸⁰. Así pues, en un estado de libertades, un Derecho

se reconoce que una excepción de dicho principio sólo puede pasar con bajo criterios muy claros y razones obviamente excepcionales (como el manejo no autorizado de material nuclear). Es decir, la ponderación de las necesidades sociales de con el principio de lesividad, debe ser siempre evitada al máximo y obedecer el fin de protección de la norma (identificado en el grado de proximidad con la posible lesión y su entidad) y otros criterios, y por eso, se reconoce como ilegítimos los supuestos citados del tipo de peligro abstracto de disparo de arma de fuego en lugar habitado (aún sin la creación de un riesgo concreto) que antes se quería justificar la existencia. A continuación se transcribe parte de los textos citados. “*Diariamente, várias pessoas morrem vitimadas de disparos de arma de fogo, de cuja autoria se ignora, e desconhece. Somente no município do Rio de Janeiro/RJ, entre os anos de 2007 e 2009, mais de 700 pessoas foram vítimas de balas perdidas, conforme relatório das pesquisas realizadas pelo Instituto de Segurança Pública do Estado do Rio de Janeiro (2010). Devido à conformação arquitetônica de nossos centros urbanos, é praticamente impossível identificar a origem da maioria dos disparos realizados à longa distância, que ocasionam as referidas mortes, e assim ligar tal resultado lesivo à conduta que o originou, e ao seu respectivo autor. Tal problema foi resolvido por nosso legislador, ao incriminar a conduta de disparo de arma de fogo em local habitado ou em direção a este (BRASIL, 2003, Art. 15), sem a necessidade de se provar potencial ocorrência de resultado lesivo à pessoa.*” SERRETTI, André Pedrolli. “Funcionalismo Penal, Teoria de Sistemas e Direito Penal do Inimigo.” in: *Anais do XIX Congresso Nacional do Conselho Nacional de Pesquisa e Pós-Graduação em Direito*. Florianópolis/SC: Fundação Boiteux, 2010. p. 10768-10794, p. 10784. “*O problema foi resolvido por nosso legislador, ao incriminar a conduta de disparo de arma de fogo em local habitado ou em direção a este, sem necessidade de se provar potencial ocorrência de resultado lesivo, e a experiência tem demonstrado que, na imensa maioria dos casos de mortes por “balas perdidas”, sequer se sabe onde poderia estar o autor do disparo.*” SERRETTI, André Pedrolli. “Crise do Pacto Social - Contribuições do Funcionalismo Penal Sistêmico às Funções Estatais”. In: *De Jure*, Belo Horizonte, v. 15, 2010, p. 532-549, p. 543.

⁹⁷⁹ “La privacidad es el derecho de excluir razonablemente ideas, hechos y datos personales del conocimiento de las otras personas, es el derecho de impedir que otras personas investiguen o tengan conocimiento de dichas informaciones.” Véase: FERNANDES, Milton. *Proteção civil da intimidade*. São Paulo: Saraiva, 1977. p. 90.

⁹⁸⁰ “Se podrían aportar otros ejemplos de que en determinados ámbitos tiene pleno sentido orientarse al sujeto definido en términos naturalistas, pero ello no puede ocultar los límites que presenta la capacidad de rendimiento de este concepto de sujeto. Referida a un sistema semejante, la regla «*cogitationis poenam nemo patitur*»

penal de ciudadanos optimiza dicha esfera de libertad, al paso que un Derecho penal de enemigos (o enemigos del bien jurídico) optimiza la protección de bienes jurídicos, a través de la disminución del sujeto considerado como ente normativo. Así lo pone Jakobs:

Son evidentes las consecuencias que para la anticipación de la punibilidad se han de extraer del hecho de que el ámbito interno del sujeto delincuente no sólo abarque sus pensamientos, sino que comprenda su entera vida privada: así como un mero pensamiento no puede constituir ninguna perturbación de la vida en común, tampoco puede serlo cualquier conducta que se mantenga en la esfera privada, en la medida en que la esfera privada no concurra con la de otra persona y deje entonces de ser privada. Lo que, junto con sus efectos, reside todavía en la esfera en la que un ciudadano puede legítimamente oponerse a controles públicos, desde la intimidad del cuerpo hasta los contactos sociales reservados, no puede ser preparación punible, tentativa o, menos aún, consumación de un delito. (...) Ciertamente esto es útil para la protección de bienes jurídicos, pero por esta protección tiene que ceder una parte de su esfera interna. Una disminución semejante del sujeto pertenece a un Derecho penal de índole peculiar que se diferencia nítidamente del Derecho penal de ciudadanos: el Derecho penal de enemigos optimiza la protección de bienes jurídicos, el Derecho penal de ciudadanos optimiza las esferas de libertad.⁹⁸¹

La verdad es que dicha forma de proteger bienes jurídicos, a través del adelantamiento de la punición para momentos anteriores a su lesión, lo que Jakobs califica como típico de un Derecho penal de enemigos, ya existe en nuestras legislaciones hace mucho, a través de la

formula el máximo de lo interno; una contracción del dedo y la elevación de una ceja son ya externas, incluso aunque se trate de muy privadas manifestaciones vitales. Para el Derecho penal un concepto de sujeto con tales consecuencias, esto es, un concepto naturalista de sujeto, resulta inservible por una sencilla razón: tal concepto atiende para la delimitación de lo interno y de lo externo a circunstancias sensibles de la naturaleza, mientras que lo que importa son referencias normativas. De ningún modo se puede establecer de una vez para siempre como qué clase de sujeto se comporta una persona, sino que ello depende de diversas circunstancias, que en todo caso no son sólo perceptibles por los sentidos. Tampoco el concepto de sujeto está fijado de un modo ontológico-sustancial. A veces el ámbito del sujeto es aún más reducido de lo que corresponde al concepto naturalista de sujeto; y así es posible que el sujeto responda, en determinadas relaciones sociales, de simples pensamientos y, por tanto, que no pueda reclamar para sus pensamientos la cualidad de algo interno; éste puede ser el caso, por ejemplo, en estrechas relaciones íntimas o en comunidades religiosas, pero también en Estados totalitarios. A la inversa sucede en un Ordenamiento de libertades. En un Ordenamiento tal y como se encuentra establecido conforme a la Ley Fundamental, una persona es un ciudadano. es decir, un sistema que —aparte de su dotación psicofísica, que incluye hasta la piel— dispone de una esfera privada que consta, por ejemplo, de vestido, contactos sociales reservados, vivienda y propiedad (de dinero, herramientas, etc). Denomino este ámbito privado la esfera civil interna. Junto a ella hay una esfera externa, a la que no sólo pertenecen los derechos de intervención en asuntos públicos, lo que aquí resulta poco relevante, sino también —y esto es lo que importa— los contactos sociales no reservados y, además, los derechos a la utilización de bienes de uso común, a la salida y entrada en el territorio, etc.” JAKOBS, Günther, *Estudios de Derecho penal*, UAM Ediciones, Edit, Civitas, Madrid, 1997, pp, 293 a 324, pp. 296-297.

⁹⁸¹ JAKOBS, Günther, *Estudios de Derecho penal*, UAM Ediciones, Edit, Civitas, Madrid, 1997, pp, 293 a 324, pp 297-298.

criminalización de conductas preparatorias – identificación en meros actos preparatorios la propia consumación del delito, antes mismo de la efectiva lesión al bien jurídico protegido por la norma – en, por ejemplo, delitos contra la seguridad pública y los delitos de constitución de asociación criminal o terrorista⁹⁸². Lo mismo pasa con delitos en los cuales se puede identificar, en el *iter criminis*, actos anteriores a la lesión al bien jurídico, que demuestren de forma casi segura la propensión del autor en realizar la efectiva lesión a dicho bien. Esta identificación para facilita la imposición un castigo por la conducta, en relación con la cantidad y calidad de la prueba que se deba realizar en el proceso, y posibilita la intervención del estado antes mismo de la realización de la lesión, sin que se tenga que esperar por el inicio de dicha lesión.⁹⁸³

Es necesario investigar un poco la forma por la cual algunos ordenamientos jurídicos de tradición romano-germánica tratan de estos tipos penales que criminalizan conductas en estados previos a efectivas lesiones a bienes jurídicos, como delitos autónomos de consumación anticipada, para comprender efectivamente a lo que Jakobs hace referencia, y para analizar en qué grado lo que él sostiene suele pasar en nuestras sociedades.

En Alemania vigora hasta hoy el Código Penal para el Imperio Alemán (*Strafgesetzbuch für das Deutsche Reich*), de 15 de mayo de 1871, promulgado casi cuatro meses después de la unificación alemana, el 18 de enero de 1871. En dicho Código, la creación de un tipo penal específico de formación de asociación terrorista (*Bildung terroristischer Vereinigungen*) ocurrió el 18 de septiembre del año 1976, en el § 129a⁹⁸⁴, y su última modificación ocurrió el

⁹⁸² “Ya una mirada muy superficial al StGB pone de manifiesto que numerosos preceptos caen fuera del marco de lo que aquí se denomina Derecho penal de ciudadanos y pertenecen al Derecho penal de enemigos, en concreto todas las criminalizaciones de lo que materialmente son actos preparatorios, en la medida en que la conducta preparatoria se efectúe en el ámbito privado. Junto a la ya tratada tentativa de participación, pertenecen a este ámbito algunos delitos contra la seguridad del Estado, así como la constitución de asociaciones criminales o terroristas (§§ 129 y 129a StGB)”. JAKOBS, Günther, *Estudios de Derecho penal*, UAM Ediciones, Edit, Civitas, Madrid, 1997, pp, 293 a 324, p. 298.

⁹⁸³ “Las repercusiones sobre el comienzo de la tentativa son evidentes. Los delitos de falsedades documentales, con inclusión de la falsificación de moneda, en sus modalidades de fabricación y de obtención de documentos falsos son como mínimo sospechosos con arreglo a la máxima de privacidad esbozada; en el caso de la falsificación de documentos (§ 267 StGB) el descuidado trato que se da a las reglas de lo privado casa con el momento de formación del precepto: la redacción, según la cual de este delito, hasta entonces de dos actos, ya el primero, la producción del documento, basta para la consumación, procede de 1943 y aún hoy es alabado porque estaría «en mejores condiciones ... de proteger el bien jurídico», como si la protección de bienes fuese per se un argumento.” JAKOBS, Günther, *Estudios de Derecho penal*, UAM Ediciones, Edit, Civitas, Madrid, 1997, pp, 293 a 324, p. 298.

⁹⁸⁴ “§ 129a. Formación de asociaciones terroristas. (1) Quien funde una asociación cuyos objetivos o actividades estén orientados a cometer: 1. asesinato, homicidio, o genocidio (§§ 211, 212 o 220a); 2. hechos punibles contra la libertad personal en los casos del § 239a o del § 239b; o 3. hechos punibles según el § 305a o hecho punibles

28 de diciembre del año 2003. En este país, la criminalización de la constitución de asociaciones criminales (sin ánimo terrorista) está en el § 129, del Código Penal⁹⁸⁵. Estos tipos están redactados con una técnica legislativa nítidamente preocupada en no impedir el ejercicio del derecho de asociación, especialmente por prever muchas hipótesis de no incidencia del tipo penal, en respecto a formas lícitas de asociación, con un grado de descripción visiblemente alto.

En Brasil, la Ley n. 12.720, de 2012, siguiendo la tendencia internacional, ha sido redactada para matizar el delito de formación de banda o pandilla, previsto en el art. 288 del Código Penal de 1940, en otros dos (los artículos 288 y 288a), a saber: organización criminal y organización criminal armada (antes de una reciente modificación la utilización de arma por los autores del delito era mera hipótesis de agravación de la pena).⁹⁸⁶ Poco tiempo después,

que constituyen un peligro público en los casos de los §§ 306 a 306c, o 307 inciso 1 a 3, del § 308 inciso 1 a 4, del § 309 inciso 1 a 5, de los §§ 313, 314 o 315 inciso 1, 3 o 4, del § 316b inciso 1 o 3, o del § 316c inciso 1 a 3 o quien participe en tal asociación como miembro, será castigado con pena privativa de la libertad de uno hasta diez años. (2) Si el autor pertenece a los cabecillas o autores mediatos, entonces se reconocerá pena privativa de la libertad no inferior a tres años. (3) Quien apoye a una asociación de las descritas en el inciso 1, o haga propaganda a favor de ella, será castigado con pena privativa de la libertad de seis meses hasta cinco años. (4) El tribunal puede disminuir la pena según su criterio (§ 49 inciso 2) para los partícipes cuya culpa sea menor y cuya colaboración sea de importancia inferior, en los casos de los incisos 2 y 3. (5) El § 129 inciso 6 rige en lo pertinente. (6) Adicionalmente a la pena privativa de la libertad de por lo menos seis meses, el tribunal puede denegar la capacidad de ocupar cargos públicos y la capacidad de obtener derechos emanados de elecciones públicas (§ 45, inciso 2). (7) En los casos de los incisos 1 y 2 el tribunal puede ordenar sujeción a vigilancia de la autoridad (§ 68 inciso 1).” ALEMANIA. "Strafgesetzbuch in der Fassung der Bekanntmachung vom 13. November 1998 (BGBl. I S. 3322), das durch Artikel 1 des Gesetzes vom 13. April 2017 (BGBl. I S. 872) geändert worden ist", Berlín, 1871.

⁹⁸⁵ “§ 129. Formación de asociaciones criminales: (1) Quien forme una asociación criminal cuyo objeto o cuya actividad esté orientada a cometer hechos, o quien participe en una tal asociación como miembro, haga propaganda para ella o la apoye, será castigado con pena privativa de la libertad hasta cinco años o con multa. (2) El inciso 1 no se aplicará 1. cuando la asociación sea un partido político, que el Tribunal Constitucional Federal no haya declarado como inconstitucional, 2. cuando la comisión de hechos solo sea un objeto o una actividad de significado secundario o 3. en la medida en que el fin o la actividad de la asociación se consideren hechos punibles según los §§ 84 a 87. (3) La tentativa de fundar una asociación en el sentido del inciso 1, es punible. (4) Si el autor pertenece a los cabecillas o a los autores mediatos, o si se presenta algún caso especialmente grave, entonces se reconocerá pena privativa de la libertad de seis meses hasta cinco años. (5) El tribunal puede prescindir de un castigo de acuerdo con los incisos 1 y 3, en el caso de partícipes cuya culpa sea menor y su colaboración sea de importancia secundaria. (6) El tribunal puede atenuar la pena según su criterio (§ 49, inciso 2) o puede prescindir de un castigo según éstas normas cuando el autor: 1. se empeñe libre y seriamente por impedir la continuación de la asociación o la comisión de un hecho punible que corresponda a uno de sus objetivos, o; 2. libremente revele su conocimiento a una autoridad pública tan oportunamente que los hechos punibles cuya planeación él conoce, todavía pueden impedirse; si el autor alcanza su meta de impedir la continuación de la asociación o si se alcanza sin su intervención, entonces él no será castigado.” ALEMANIA. "Strafgesetzbuch in der Fassung der Bekanntmachung vom 13. November 1998 (BGBl. I S. 3322), das durch Artikel 1 des Gesetzes vom 13. April 2017 (BGBl. I S. 872) geändert worden ist", Berlín, 1871.

⁹⁸⁶ “*Constituição de milícia privada - Art. 288-A. Constituir, organizar, integrar, manter ou custear organização paramilitar, milícia particular, grupo ou esquadrão com a finalidade de praticar qualquer dos crimes previstos neste Código Pena - reclusão, de 4 (quatro) a 8 (oito) anos.*” BRASIL. Decreto-lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940. Código Penal. *Diário Oficial da União*, Rio de Janeiro, 31 dez. 1940.

también con la finalidad de mejorar la redacción de estos tipos penales, la Ley n. 12.850, de 2013, ha cambiado la redacción original del Código Penal, en relación con el delito de formación de banda, para restringir el tipo penal a las asociaciones formadas con el exclusivo fin de practicar delitos y para reducir el número mínimo de miembros, para incidencia del tipo, de cuatro para tres personas⁹⁸⁷.

Aparte de estos tipos penales, hay también la Ley n. 7.170, de 1983, que ha tipificado el delito de constitución de asociación con la finalidad de cambiar el régimen de gobierno o el modelo de Estado de Derecho, a través de violencia o grave amenaza, un delito contra el orden público y social, lo que también se puede llamar de asociación para la revolución violenta⁹⁸⁸.

Hay que informar que, sin embargo, en Brasil, hasta el año 2016 no se había tipificado el delito de terrorismo, lo que es muy raro, especialmente porque este país hace parte del conjunto de acciones de las Naciones Unidas contra el terrorismo y, en concreto, de la Convención internacional para la represión a los atentados terroristas cometidos con bombas⁹⁸⁹, de 1997, por él firmado el 12 de marzo de 1999, y ratificado el 23 de agosto de 2002, y de la Convención internacional para la represión de la financiación del terrorismo⁹⁹⁰, de 1999, por él firmado el 10 de noviembre de 2001, y ratificado el 16 de septiembre de 2005.

Finalmente, en el año 2016, por el tema de las olimpiadas que se han realizado en Brasil y tras mucha resistencia por parte de la expresidenta (quien ha sido echada fuera del poder, algunos meses después, por la práctica de crímenes fiscales⁹⁹¹), se ha aprobado la Ley n. 13.260, de 16

⁹⁸⁷ “*Associação Criminosa - Art. 288. Associarem-se 3 (três) ou mais pessoas, para o fim específico de cometer crimes: Pena - reclusão, de 1 (um) a 3 (três) anos .Parágrafo único. A pena aumenta-se até a metade se a associação é armada ou se houver a participação de criança ou adolescente.*” BRASIL. Decreto-lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940. Código Penal. *Diário Oficial da União*, Rio de Janeiro, 31 dez. 1940.

⁹⁸⁸ “*Define os crimes contra a segurança nacional, a ordem política e social, estabelece seu processo e julgamento e dá outras providências. (...) Art. 16 - Integrar ou manter associação, partido, comitê, entidade de classe ou grupamento que tenha por objetivo a mudança do regime vigente ou do Estado de Direito, por meios violentos ou com o emprego de grave ameaça. Pena: reclusão, de 1 a 5 anos.*” BRASIL. Lei nº 7.170, de 14 de Dezembro de 1983. Define os crimes contra a segurança nacional, a ordem política e social, estabelece seu processo e julgamento e dá outras providências. *Diário Oficial da República Federativa do Brasil*, Brasília, DF, 15 de dezembro de 1983.

⁹⁸⁹ ONU. *Convenio Internacional para la represión de atentados terroristas cometidos con bombas* (Convención sobre los atentados terroristas cometidos con bombas). Nueva York, 15 de diciembre de 1997.

⁹⁹⁰ ONU. *Convenio Internacional para la represión de la financiación del terrorismo* (Convención sobre la financiación del terrorismo). Nueva York, 9 de diciembre de 1999.

⁹⁹¹ “*O final do julgamento, pelo Senado Federal, do processo de impeachment da agora ex-presidente Dilma Rousseff, presidido pelo presidente do Supremo Tribunal Federal, permiti-me analisar um julgamento histórico do STF, de 1993.*” CELSO NETO, João. Impeachments de Collor e Dilma segundo o STF. *Revista Jus*

de mayo de 2016⁹⁹², que finalmente ha creado los tipos penales de terrorismo en Brasil, con un retraso de veintiocho años desde la promulgación de la Constitución de la República de 1988 que, en su artículo 5, coma XLIII, contiene norma que determina la tipificación de delitos de esta naturaleza⁹⁹³. Pocos días antes del mundial se pudo aplicar la citada ley por primera vez, a un grupo de personas que estaba planeando ejecutar atentados terroristas durante dicho evento, cuyos miembros han resultado condenados en mayo del años 2017 por algunos delitos previstos en la ley mencionada⁹⁹⁴.

En España, la reforma del Código Penal de 1995, operada por la Ley orgánica 5, de 2010, ha introducido un nuevo Capítulo VI, dentro del Título XXII, dedicado a los Delitos contra el Orden Público para regular, en los arts. 570 *bis* a 570 *quater*, las Organizaciones y Grupos Criminales⁹⁹⁵. En el capítulo siguiente de dicho *Codex*, se tipifican las conductas de

Navigandi, ISSN 1518-4862, Teresina, ano 21, n. 4873, 3 nov. 2016. Disponível em: <<https://jus.com.br/artigos/53498>>. Acesso em: 23 maio 2017.

⁹⁹² BRASIL. *Lei nº 13.260, de 16 de março de 2016*. Regulamenta o disposto no inciso XLIII do art. 5º da Constituição Federal, disciplinando o terrorismo, tratando de disposições investigatórias e processuais e reformulando o conceito de organização terrorista; etc. *Diário Oficial da República Federativa do Brasil*, Brasília, DF, 17 de março de 2016

⁹⁹³ “Art. 5, (...) XLIII - a lei considerará crimes inafiançáveis e insuscetíveis de graça ou anistia a prática da tortura, o tráfico ilícito de entorpecentes e drogas afins, o terrorismo e os definidos como crimes hediondos, por eles respondendo os mandantes, os executores e os que, podendo evitá-los, se omitirem;” BRASIL. *Constituição da República Federativa do Brasil*, Brasília, Senado, 1988.

⁹⁹⁴ EFE. “Río 2016: condenan a ocho brasileños acusados de terrorismo. La Justicia brasileña condenó a penas de hasta 15 años de cárcel a ocho personas acusadas de planear atentados contra los Juegos Olímpicos de Río de Janeiro en agosto de 2016.” En: *Made for minds*, de 05 may 2017, disponible en: <<http://p.dw.com/p/2cPNx>>, acceso en: 15.05.2017.

⁹⁹⁵ “CAPÍTULO VI - De las organizaciones y grupos criminales. Artículo 570 bis. 1. Quienes promovieren, constituyeren, organizaren, coordinaren o dirigieren una organización criminal serán castigados con la pena de prisión de cuatro a ocho años si aquélla tuviere por finalidad u objeto la comisión de delitos graves, y con la pena de prisión de tres a seis años en los demás casos; y quienes participaren activamente en la organización, formaren parte de ella o cooperaren económicamente o de cualquier otro modo con la misma serán castigados con las penas de prisión de dos a cinco años si tuviere como fin la comisión de delitos graves, y con la pena de prisión de uno a tres años en los demás casos. A los efectos de este Código se entiende por organización criminal la agrupación formada por más de dos personas con carácter estable o por tiempo indefinido, que de manera concertada y coordinada se repartan diversas tareas o funciones con el fin de cometer delitos. 2. Las penas previstas en el número anterior se impondrán en su mitad superior cuando la organización: a) esté formada por un elevado número de personas. b) disponga de armas o instrumentos peligrosos. c) disponga de medios tecnológicos avanzados de comunicación o transporte que por sus características resulten especialmente aptos para facilitar la ejecución de los delitos o la impunidad de los culpables. Si concurrieran dos o más de dichas circunstancias se impondrán las penas superiores en grado. 3. Se impondrán en su mitad superior las penas respectivamente previstas en este artículo si los delitos fueren contra la vida o la integridad de las personas, la libertad, la libertad e indemnidad sexuales o la trata de seres humanos. Artículo 570 ter. 1. Quienes constituyeren, financiaren o integraren un grupo criminal serán castigados: a) Si la finalidad del grupo es cometer delitos de los mencionados en el apartado 3 del artículo anterior, con la pena de dos a cuatro años de prisión si se trata de uno o más delitos graves y con la de uno a tres años de prisión si se trata de delitos menos graves. b) Con la pena de seis meses a dos años de prisión si la finalidad del grupo es cometer cualquier otro delito grave. c) Con la pena de tres meses a un año de prisión cuando se trate de cometer uno o varios delitos menos graves no incluidos en el apartado a) o de la perpetración reiterada de delitos leves. A los efectos de este Código se entiende por grupo criminal la unión de más de dos personas que, sin reunir alguna o algunas de las

participación en organizaciones y grupos terroristas⁹⁹⁶, y los delitos de terrorismo, que se caracterizan por la asociación para la práctica de los delitos previstos en los artículos 573 a 580 de dicho Código.

El artículo 573 del Código Penal Español lista cuales deben ser las finalidades de las organizaciones criminales para que se les reconozca el carácter de terrorista, de forma alternativa, a saber: subvertir el orden constitucional, suprimir o desestabilizar gravemente el funcionamiento de las instituciones políticas o de las estructuras económicas o sociales del Estado, obligar a los poderes públicos a realizar un acto o a abstenerse de hacerlo, alterar gravemente la paz pública, desestabilizar gravemente el funcionamiento de una organización internacional, o provocar un estado de terror en la población o en una parte de ella.⁹⁹⁷

características de la organización criminal definida en el artículo anterior, tenga por finalidad o por objeto la perpetración concertada de delitos. 2. Las penas previstas en el número anterior se impondrán en su mitad superior cuando el grupo: a) esté formado por un elevado número de personas. b) disponga de armas o instrumentos peligrosos. c) disponga de medios tecnológicos avanzados de comunicación o transporte que por sus características resulten especialmente aptos para facilitar la ejecución de los delitos o la impunidad de los culpables. Si concurrieran dos o más de dichas circunstancias se impondrán las penas superiores en grado. Artículo 570 quáter. 1. Los jueces o tribunales, en los supuestos previstos en este Capítulo y el siguiente, acordarán la disolución de la organización o grupo y, en su caso, cualquier otra de las consecuencias de los artículos 33.7 y 129 de este Código. 2. Asimismo se impondrá a los responsables de las conductas descritas en los dos artículos anteriores, además de las penas en ellos previstas, la de inhabilitación especial para todas aquellas actividades económicas o negocios jurídicos relacionados con la actividad de la organización o grupo criminal o con su actuación en el seno de los mismos, por un tiempo superior entre seis y veinte años al de la duración de la pena de privación de libertad impuesta en su caso, atendiendo proporcionalmente a la gravedad del delito, al número de los cometidos y a las circunstancias que concurran en el delincuente. En todo caso, cuando las conductas previstas en dichos artículos estuvieren comprendidas en otro precepto de este Código, será de aplicación lo dispuesto en la regla 4.^a del artículo 8. 3. Las disposiciones de este Capítulo serán aplicables a toda organización o grupo criminal que lleve a cabo cualquier acto penalmente relevante en España, aunque se hayan constituido, estén asentados o desarrollen su actividad en el extranjero. 4. Los jueces o tribunales, razonándolo en la sentencia, podrán imponer al responsable de cualquiera de los delitos previstos en este Capítulo la pena inferior en uno o dos grados, siempre que el sujeto haya abandonado de forma voluntaria sus actividades delictivas y haya colaborado activamente con las autoridades o sus agentes, bien para obtener pruebas decisivas para la identificación o captura de otros responsables o para impedir la actuación o el desarrollo de las organizaciones o grupos a que haya pertenecido, bien para evitar la perpetración de un delito que se tratara de cometer en el seno o a través de dichas organizaciones o grupos.” ESPAÑA. Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código penal. *Boletín Oficial del Estado*, 24 de noviembre de 1995, núm. 281.

⁹⁹⁶ “CAPÍTULO VII - De las organizaciones y grupos terroristas y de los delitos de terrorismo. Sección 1.^a De las organizaciones y grupos terroristas. Artículo 571. A los efectos de este Código se considerarán organizaciones o grupos terroristas aquellas agrupaciones que, reuniendo las características respectivamente establecidas en el párrafo segundo del apartado 1 del artículo 570 bis y en el párrafo segundo del apartado 1 del artículo 570 ter, tengan por finalidad o por objeto la comisión de alguno de los delitos tipificados en la sección siguiente. Artículo 572. 1. Quienes promovieran, constituyeran, organizaran o dirigieran una organización o grupo terrorista serán castigados con las penas de prisión de ocho a catorce años e inhabilitación especial para empleo o cargo público por tiempo de ocho a quince años. 2. Quienes participaran activamente en la organización o grupo, o formaran parte de ellos, serán castigados con las penas de prisión de seis a doce años e inhabilitación especial para empleo o cargo público por tiempo de seis a catorce años.” ESPAÑA. Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código penal. *Boletín Oficial del Estado*, 24 de noviembre de 1995, núm. 281.

⁹⁹⁷ “Artículo 573. 1. Se considerarán delito de terrorismo la comisión de cualquier delito grave contra la vida o la integridad física, la libertad, la integridad moral, la libertad e indemnidad sexuales, el patrimonio, los recursos

En Italia, el Código Penal del año 1930, hoy prevé dos tipos penales de organización criminal. El primer tipo, del artículo 416, llamado de asociación para delinquir, es el tipo de organización criminal común a los otros ordenamientos jurídicos, que prevé, incluso, agravación de la pena por la práctica de la conducta con armas o el uso de menores de edad⁹⁹⁸, que tuvo su última alteración en el año 2012.

En este sentido, fue creado el tipo penal del artículo 416-bis (y modificado en el año 2015), llamado de asociación criminal de tipo mafioso, como parte de una política criminal para controlar un problema social típico italiano. El tipo establece que la asociación es de tipo mafioso cuando los que en ella toman parte hacen uso de la fuerza de la intimidación del vínculo asociativo y de la condición de sumisión y de silencio que de ella proviene, para la práctica de delitos u obtención de otra ventaja ilícita.⁹⁹⁹

naturales o el medio ambiente, la salud pública, de riesgo catastrófico, incendio, contra la orona, de atentado y tenencia, tráfico y depósito de armas, municiones o explosivos, previstos en el presente Código, y el apoderamiento de aeronaves, buques u otros medios de transporte colectivo o de mercancías, cuando se llevaran a cabo con cualquiera de las siguientes finalidades: 1.^a Subvertir el orden constitucional, o suprimir o desestabilizar gravemente el funcionamiento de las instituciones políticas o de las estructuras económicas o sociales del Estado, u obligar a los poderes públicos a realizar un acto o a abstenerse de hacerlo. 2.^a Alterar gravemente la paz pública. 3.^a Desestabilizar gravemente el funcionamiento de una organización internacional. 4.^a Provocar un estado de terror en la población o en una parte de ella. 2. Se considerarán igualmente delitos de terrorismo los delitos informáticos tipificados en los artículos 197 bis y 197 ter y 264 a 264 quater cuando los hechos se cometan con alguna de las finalidades a las que se refiere el apartado anterior. 3. Asimismo, tendrán la consideración de delitos de terrorismo el resto de los delitos tipificados en este Capítulo.” ESPAÑA. Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código penal. *Boletín Oficial del Estado*, 24 de noviembre de 1995, núm. 281.

⁹⁹⁸ “Art. 416. *Associazione per delinquere*. Quando tre o più persone si associano allo scopo di commettere più delitti, coloro che promuovono o costituiscono od organizzano l’associazione sono puniti, per ciò solo, con la reclusione da tre a sette anni. Per il solo fatto di partecipare all’associazione, la pena è della reclusione da uno a cinque anni. I capi soggiacciono alla stessa pena stabilita per i promotori. Se gli associati scendono in armi le campagne o le pubbliche vie si applica la reclusione da cinque a quindici anni. La pena è aumentata se il numero degli associati è di dieci o più. Se l’associazione è diretta a commettere taluno dei delitti di cui agli articoli 600, 601 e 602, nonché all’articolo 12, comma 3 bis, del testo unico delle disposizioni concernenti la disciplina dell’immigrazione e norme sulla condizione dello straniero, di cui al decreto legislativo 25 luglio 1998, n. 286, si applica la reclusione da cinque a quindici anni nei casi previsti dal primo comma e da quattro a nove anni nei casi previsti dal secondo comma. (Comma aggiunto dalla L. 11 agosto 2003, n. 228.) Se l’associazione è diretta a commettere taluno dei delitti previsti dagli articoli 600-bis, 600-ter, 600-quater, 600-quater.1, 600-quinquies, 609-bis, quando il fatto è commesso in danno di un minore di anni diciotto, 609-quater, 609-quinquies, 609-octies, quando il fatto è commesso in danno di un minore di anni diciotto, e 609-undecies, si applica la reclusione da quattro a otto anni nei casi previsti dal primo comma e la reclusione da due a sei anni nei casi previsti dal secondo comma. (Comma aggiunto dalla L. 1 ottobre 2012, n. 172).” ITALIA. Regio Decreto 19 ottobre 1930, n. 1398, *Codice Penale*, in: *Gazzetta Ufficiale* del 26 ottobre 1930, n. 251, Roma, 1930..

⁹⁹⁹ “Art. 416-bis. *Associazione di tipo mafioso* (questa rubrica è stata così sostituita dalla L. 24 luglio 2008, n. 125.) Chiunque fa parte di un’associazione di tipo mafioso formata da tre o più persone, è punito con la reclusione da dieci a quindici anni. (Comma così modificato dalla L. 27 maggio 2015, n. 69) Coloro che promuovono, dirigono o organizzano l’associazione sono puniti, per ciò solo, con la reclusione da dodici a diciotto anni. (Comma così modificato dalla L. 27 maggio 2015, n. 69) L’associazione è di tipo mafioso quando

En relación con los delitos de sobre terrorismo, el Código Penal italiano castiga, en el artículo 280¹⁰⁰⁰, la conducta de atentar contra para la vida o la seguridad de cualquier persona, con fines de terrorismo o subversión contra el orden democrático, y en el artículo 280bis¹⁰⁰¹, las conductas de dañar bienes muebles o inmuebles de los demás, a través del uso de dispositivos letales explosivos u otros, con las mismas finalidades del artículo precedente.

coloro che ne fanno parte si avvalgano della forza di intimidazione del vincolo associativo e della condizione di assoggettamento e di omertà che ne deriva per commettere delitti, per acquisire in modo diretto o indiretto la gestione o comunque il controllo di attività economiche, di concessioni, di autorizzazioni, appalti e servizi pubblici o per realizzare profitti o vantaggi ingiusti per sé o per altri, ovvero al fine di impedire od ostacolare il libero esercizio del voto o di procurare voti a sé o ad altri in occasione di consultazioni elettorali. Se l'associazione è armata si applica la pena della reclusione da dodici a venti anni nei casi previsti dal primo comma e da quindici a ventisei anni nei casi previsti dal secondo comma. (Comma così modificato dalla L. 27 maggio 2015, n. 69) L'associazione si considera armata quando i partecipanti hanno la disponibilità, per il conseguimento della finalità dell'associazione, di armi o materie esplodenti, anche se occultate o tenute in luogo di deposito. Se le attività economiche di cui gli associati intendono assumere o mantenere il controllo sono finanziate in tutto o in parte con il prezzo, il prodotto, o il profitto di delitti, le pene stabilite nei commi precedenti sono aumentate da un terzo alla metà. Nei confronti del condannato è sempre obbligatoria la confisca delle cose che servirono o furono destinate a commettere il reato e delle cose che ne sono il prezzo, il prodotto, il profitto o che ne costituiscono l'impiego. Le disposizioni del presente articolo si applicano anche alla camorra, alla 'ndrangheta (parola inserita dalla L. 31 marzo 2010, n. 50) e alle altre associazioni, comunque localmente denominate, anche straniere (parole inserite dalla L. 24 luglio 2008, n. 125), che valendosi della forza intimidatrice del vincolo associativo perseguono scopi corrispondenti a quelli delle associazioni di tipo mafioso.” ITALIA. Regio Decreto 19 ottobre 1930, n. 1398, Codice Penale, in: Gazzetta Ufficiale del 26 ottobre 1930, n. 251, Roma, 1930.

¹⁰⁰⁰ “Art. 280. Attentato per finalità terroristiche o di eversione. Chiunque per finalità di terrorismo o di eversione dell'ordine democratico attenta alla vita od alla incolumità di una persona, è punito, nel primo caso, con la reclusione non inferiore ad anni venti e, nel secondo caso, con la reclusione non inferiore ad anni sei. Se dall'attentato alla incolumità di una persona deriva una lesione gravissima, si applica la pena della reclusione non inferiore ad anni diciotto; se ne deriva una lesione grave, si applica la pena della reclusione non inferiore ad anni dodici. Se i fatti previsti nei commi precedenti sono rivolti contro persone che esercitano funzioni giudiziarie o penitenziarie ovvero di sicurezza pubblica nell'esercizio o a causa delle loro funzioni, le pene sono aumentate di un terzo. Se dai fatti di cui ai commi precedenti deriva la morte della persona si applicano nel caso di attentato alla vita, l'ergastolo e, nel caso di attentato alla incolumità, la reclusione di anni trenta. Le circostanze attenuanti, diverse da quelle previste dagli articoli 98 e 114, concorrenti con le aggravanti di cui al secondo e al quarto comma, non possono essere ritenute equivalenti o prevalenti rispetto a queste e le diminuzioni di pena si operano sulla quantità di pena risultante dall'aumento conseguente alle predette aggravanti.” ITALIA. Regio Decreto 19 ottobre 1930, n. 1398, Codice Penale, in: Gazzetta Ufficiale del 26 ottobre 1930, n. 251, Roma, 1930.

¹⁰⁰¹ “Art. 280-bis. Atto di terrorismo con ordigni micidiali o esplosivi. Salvo che il fatto costituisca più grave reato, chiunque per finalità di terrorismo compie qualsiasi atto diretto a danneggiare cose mobili o immobili altrui, mediante l'uso di dispositivi esplosivi o comunque micidiali, è punito con la reclusione da due a cinque anni. Ai fini del presente articolo, per dispositivi esplosivi o comunque micidiali si intendono le armi e le materie ad esse assimilate indicate nell'articolo 585 e idonee a causare importanti danni materiali. Se il fatto è diretto contro la sede della Presidenza della Repubblica, delle Assemblee legislative, della Corte costituzionale, di organi del Governo o comunque di organi previsti dalla Costituzione o da leggi costituzionali, la pena è aumentata fino alla metà. Se dal fatto deriva pericolo per l'incolumità pubblica ovvero un grave danno per l'economia nazionale, si applica la reclusione da cinque a dieci anni. Le circostanze attenuanti, diverse da quelle previste dagli articoli 98 e 114, concorrenti con le aggravanti di cui al terzo e al quarto comma, non possono essere ritenute equivalenti o prevalenti rispetto a queste e le diminuzioni di pena si operano sulla quantità di pena risultante dall'aumento conseguente alle predette aggravanti.” ITALIA. Regio Decreto 19 ottobre 1930, n. 1398, Codice Penale, in: Gazzetta Ufficiale del 26 ottobre 1930, n. 251, Roma, 1930.

Otros delitos relacionados con terrorismo, del Código Penal italiano, están previstos en los artículos 420, 421, 428, 429, 430, 432, 433, 433-bis y 434, que señalan los tipos a continuación respectivamente, de: ataque en instalaciones de utilidad pública; intimidación pública; hundimiento o desastre aéreo; daños a equipo navegación en el intento de hundir o generar desastre aéreo; accidente ferroviario; ataques a la seguridad del transporte; ataques a la seguridad de las instalaciones, de electricidad y gas, o de las comunicaciones públicas; atentado contra la seguridad de instalación nuclear (tipo creado en el año 2015) y el derrumbamiento de construcciones u otros desastres dolosos.¹⁰⁰²

La tendencia a la ampliación de la protección de bienes jurídicos a estadios previos a su lesión fue observada por Jakobs en 1985 en la conferencia que aquí se analiza, pero dicha tendencia sigue muy actual. Se puede identificar dicha tendencia político-criminal en los constantes cambios de la legislación de los países citados. Todos aquellos los países han cambiado su legislación penal sobre la organizaciones criminales y terrorismo en los últimos años, y en concreto, desde el año 2003 en Alemania, hasta los tiempos actuales.

Una característica importante de esta tendencia político-criminal puede ser identificada en un cambio de la las funciones de las dimensiones subjetiva y objetiva del injusto. En el modelo clásico de Derecho penal, el grado de culpabilidad es el fundamento de la pena¹⁰⁰³, palabra aquí utilizada como sinónimo de grado de responsabilidad normativo/social por el delito. Esta dimensión claramente objetiva, externa al autor, parece convertirse, de fundamento de la medida de la pena, para una especie de presupuesto de la punición, una mera condición necesaria para que el autor sea castigado por su voluntad, aunque represente mero

¹⁰⁰² ITALIA. Regio Decreto 19 ottobre 1930, n. 1398, *Codice Penale*, in: Gazzetta Ufficiale del 26 ottobre 1930, n. 251, Roma, 1930.

¹⁰⁰³ En Alemania: “§ 46. Principios de la fijación de la pena. (1) La culpabilidad del autor constituye el fundamento para la fijación de la pena. 2 Deben considerarse las consecuencias que son de esperar de la pena para la vida futura del autor en la sociedad.” ALEMANIA. "Strafgesetzbuch in der Fassung der Bekanntmachung vom 13. November 1998 (BGBl. I S. 3322), das durch Artikel 1 des Gesetzes vom 13. April 2017 (BGBl. I S. 872) geändert worden ist", Berlín, 1871. De forma semejante, en Brasil: “Artículo 59. El juez, en atención a la culpabilidad, los antecedentes, el comportamiento social y la personalidad del agente, los motivos, las circunstancias y consecuencias del delito, además de la conducta de la víctima, establecerá, en conformidad con lo que sea necesario y suficiente para el reproche y la prevención del delito: I - las penas aplicables, de las establecidas por la ley; II - la cantidad de pena aplicable, dentro de los límites previstos; III - el régimen inicial de cumplimiento de la pena de privación de libertad; IV – la sustitución de la pena de privación de libertad por otro tipo de pena, si posible.” BRASIL. *Decreto-lei n° 2.848, de 7 de dezembro de 1940*. Código Penal. *Diário Oficial da União*, Rio de Janeiro, 31 dez. 1940.

acercamiento de la lesión a un bien jurídico, prohibido normativamente, fundado mucho más en una noción de injusto formal que de injusto material¹⁰⁰⁴.

En ese sentido, Jakobs sostiene que se puede basar la tendencia al adelantamiento de la punibilidad en la forma por la cual el *Reichsgericht* trata la tentativa. Es decir, si el Tribunal del Imperio alemán ha decidido que, seguramente, en la tentativa, la ley penal se dirige contra la voluntad delictiva, y que para su aplicación, basta que esté añadida de una mera acción externa¹⁰⁰⁵, se puede renunciar a la existencia efectiva de una perturbación social perceptible (perturbación real del ámbito de organización ajeno) adherida a un dolo y una acción externa, para imponerse castigo a su autor. De hecho, en los casos de tentativa donde no hay efectivamente una lesión, y tampoco hay una perturbación social perceptible (situación conocida en Brasil como *tentativa blanca* o *incruenta*), se puede efectivamente castigar al autor de la tentativa.

Hay sólo un detalle muy importante, al cual no parece que Jakobs le hice caso. Si se sostiene que la tentativa delictiva realmente no va más allá que una mera acción externa voluntaria, sumada al deseo interno de lesionar un bien jurídico, aunque no exista el dolo de realizar la conducta y provocar el resultado, cuando no existe una perturbación social perceptible, se puede perfectamente fundamentar también la punición en los casos de tentativa inidónea, en menoscabo al principio de lesividad.

Así pues, se plantea la siguiente pregunta: ¿se puede fundamentar la punición de la tentativa inidónea en menoscabo al principio de la lesividad, acercándose así más a la teoría de la voluntad que de la noción de hostilidad al bien jurídico? En realidad, se puede efectivamente pensar en situaciones en las cuales tratar la tentativa punible como mera voluntad añadida de

¹⁰⁰⁴ “Puesto que la culpabilidad del autor constituye el fundamento para la medición de la pena (§ 46, apartado 1.º, inciso 1.º StGB), el aspecto objetivo parece que tiene que atrofiarse; para convertirse en un presupuesto de la punición que se injerta desde fuera al Derecho penal de la culpabilidad. Desde esta perspectiva, la vertiente objetiva no es necesaria para fundamentar, sino para limitar el Derecho penal de la culpabilidad.” JAKOBS, Günther. “Criminalización en el estado previo a la lesión de un bien jurídico”, en: JAKOBS, Günther. *Estudios de Derecho penal*, UAM Ediciones, Edit, Civitas, Madrid, 1997, pp, 293 a 324, p. 300.

¹⁰⁰⁵ “O formulado de otro modo y, por cierto, en específica referencia al adelantamiento de la punibilidad: si se sigue al *Reichsgericht*, para el que «no puede admitir duda alguna» el hecho de que «en la tentativa es la voluntad delictiva el fenómeno contra el que se dirige la ley penal» (RGSt. 1, 439,441.), es consecuente conformarse para la punición por tentativa con un dolo al que se añade una «acción externa» (RGSt. 1, 439,441.), adherida a él de forma muy poco clara, y renunciar, en presencia de dolo y de una acción externa unida a él, a un *corpus delicti*, esto es, a una perturbación social perceptible.” JAKOBS, Günther. “Criminalización en el estado previo a la lesión de un bien jurídico”, en: JAKOBS, Günther. *Estudios de Derecho penal*, UAM Ediciones, Edit, Civitas, Madrid, 1997, pp, 293 a 324, p. 300.

meros actos exteriores que no producen perturbaciones sociales perceptibles, no implica en violación al citado principio.

Para contestar bien a la pregunta, hay que hacerse una matización en respecto a la forma de tratamiento de la tentativa inidónea en los ordenamientos jurídicos a los cuales se pretende analizar. En este trabajo, se usará como ejemplo los ordenamientos jurídicos actuales de Brasil y España. En continuidad a este razonamiento, se pasa a analizarse el ordenamiento jurídico de los españoles primero, para después comentar el otro ordenamiento citado.

En España, el Código Penal de 1995, suprimió la referencia que había en el Código anterior, donde se mencionaba expresamente la tentativa inidónea (también conocida como delito imposible¹⁰⁰⁶, en el art. 52, párrafo segundo, que establecía la misma pena prevista para los supuestos de tentativa inacabada, a través de la referencia explícita a los casos de imposibilidad de ejecución o de producción del delito, pero siguió a hacer referencia a la necesidad de la existencia de hechos exteriores para la existencia de la tentativa¹⁰⁰⁷. En resumen, después de un debate académico, se ha aceptado la idea de que sí se debería castigar las tentativas inidóneas, con excepción de las tentativas no peligrosas *ex ante* (como la tentativa irreal y la supersticiosa) y/o las absolutamente inidóneas¹⁰⁰⁸, en respeto al principio de lesividad.

En este sentido, se puede imaginar un listado muy extenso de ejemplos de tentativas no peligrosas *ex post*, que no han representado en ningún sentido peligro al bien jurídico, al final

¹⁰⁰⁶ Véase: RODRIGUEZ MOURULLO, Gonzalo. "Delito imposible y tentativa de delito en el Código penal español", en *Anuario de Derecho penal y Ciencias Penales*, 1971, núm. 2, pp. 369-389.

¹⁰⁰⁷ "Artículo 16. 1. Hay tentativa cuando el sujeto da principio a la ejecución del delito directamente por hechos exteriores, practicando todos o parte de los actos que objetivamente deberían producir el resultado, y sin embargo éste no se produce por causas independientes de la voluntad del autor." ESPAÑA. Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código penal. *Boletín Oficial del Estado*, 24 de noviembre de 1995, núm. 281.

¹⁰⁰⁸ Mir Puig explica con precisión lo que ha pasado: "Ello se ha interpretado por un sector de la doctrina (2) y de la jurisprudencia (3) como expresión de la voluntad de suprimir la punición de la tentativa inidónea. (...) Sin embargo, la mayoría de los autores no han entendido de este modo las indicadas modificaciones, que a su juicio no imponen la impunidad de toda tentativa inidónea, sino sólo de algunas de ellas: las no peligrosas *ex ante*, como la tentativa irreal y la supersticiosa (6), y/o, desde otra terminología, las absolutamente inidóneas (7). Y cuando Cerezo Mir afirma que en el nuevo Código la tentativa inidónea es impune, lo hace utilizando un concepto de tentativa inidónea distinto al tradicional y considerando inidóneas las tentativas no peligrosas *ex ante* para una persona media en la posición del autor, de modo que de hecho viene a coincidir con la opinión mayoritaria al considerar que sólo se excluyen estas tentativas no peligrosas *ex ante* (que generalmente se llaman irreales o supersticiosas) y no las tentativas peligrosas *ex ante* que normalmente se denominan inidóneas (8). Por último, un sector opina que el actual Código penal permite castigar incluso las tentativas no peligrosas *ex ante* (9)." En: MIR PUIG, Santiago. "Sobre la punibilidad de la tentativa inidónea en el nuevo Código penal", en: *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*. Núm. 03, artículo 06, Granada, 2001.

de la ejecución del acto. Es decir, usando las palabras de Jakobs, se identifica los supuestos de tentativa donde no se ha causado peligro de lesiones a bienes jurídicos, o que no interfieren efectivamente en el ámbito de organización de otras personas y que tampoco pueden ser percibidas por ellas, como por ejemplo, en el caso de la tentativa formada por un único disparo de arma de fuego que disponga de supresor de sonido, que no atinge la víctima, porque el proyectil pasa a pocos centímetros de distancia de su cuerpo, pero que no la podría dañar debido a la existencia de un vidrio antibalas entre ella y el autor, no percibido por este, que seguramente impediría la producción cualquier tipo de lesión a su salud.

En este caso, no habrá tentativa inidónea, porque hubo peligro de daño *ex ante* (el arma es un medio eficaz para producir el resultado deseado) pero tampoco la conducta del autor representó algún peligro real *ex post* al hecho. Es decir, aquí se identifica una situación en la cual, de acuerdo con la interpretación difundida en España del principio de lesividad, dicho principio no se quedaría violado, pero sin embargo, sería posible castigar el autor del delito tentado por la práctica de meros actos exteriores que no producen perturbaciones sociales perceptibles, que no ha representado una peligrosidad real al bien jurídico.

En el Código Penal brasileiro de 1940 (que tuvo su Parte General reformada completamente en el año 1984), la tentativa inidónea viene tratada en su artículo 17, que informa que “no se castiga la tentativa cuando, por ineficacia absoluta del medio o impropiedad absoluta del objeto, queda imposible consumarse el delito”.¹⁰⁰⁹ Allí, se investiga este instituto bajo el nombre *delito imposible*, y sus supuestos de hecho con especial consideración de: (1) la eficacia del medio elegido para la realización del delito y su carácter absoluto o relativo, y (2) la propiedad o idoneidad del objeto material del delito, en relación con la real posibilidad de lesión al bien jurídico y su carácter absoluto o relativo. Es decir, en la tentativa, se utilizan medios relativamente eficaces en objetos relativamente idóneos, aunque no haya consumación del delito, habrá tentativa idónea.

Así pues, por ejemplo, si un autor echa la mitad de la cantidad de veneno necesaria para la muerte de la víctima en su comida, porque ha calculado mal la relación entre mínimo necesario a causar la muerte y la cantidad de la sangre de la víctima estimable por su peso,

¹⁰⁰⁹ “Art. 17 - Não se pune a tentativa quando, por ineficácia absoluta do meio ou por absoluta impropriedade do objeto, é impossível consumar-se o crime.” BRASIL. Decreto-lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940. Código Penal. *Diário Oficial da União*, Rio de Janeiro, 31 dez. 1940.

aunque no haya la producción e ningún resultado, no haya daño a la vida o a la indemnidad corporal de la víctima, habrá tentativa idónea, porque la víctima fue un objeto absolutamente idóneo a la consumación del delito y el veneno fue un medio relativamente eficaz en la producción del resultado. En esta situación, estamos delante de un ejemplo de tentativa punible, que ha puesto en peligro la vida de la víctima, aunque potencial, no real, en el cual, si la víctima no se da cuenta de que ha ingerido veneno y este no produce ningún efecto real, habrá meros actos exteriores que no producen perturbaciones sociales perceptibles, que no implica en violación al principio de lesividad¹⁰¹⁰.

En realidad, se puede concluir que esta es una forma de criminalización a estadios previos a la lesión al bien, pero no del modo novedoso como lo propone Jakobs, a través de la consumación de tipos penales autónomos, aunque Jakobs también señale que la ausencia del reconocimiento de la antijuridicidad material añadida a la tipicidad parcial propia de la tentativa, genera una especie de privación de la ciudadanía del autor, del cual se sustrae una parcela de ciudadanía¹⁰¹¹.

Otra señal informada por Jakobs, de la conversión de alguien, de la categoría ciudadano, a enemigo del bien jurídico, es la imposición de la necesidad de que el autor de un acto exterior exponga sus ámbito privado para explicar su ánimo, y con eso informar que su conducta que podría estar en un plan de lesión del bien jurídico, pro que no va hacia la dicha lesión. Si el autor no expone su intimidad, el deseo que mantiene o el plan real que persigue con sus actos exteriores, dicha omisión pasa a permitir la incidencia del tipo penal.

¹⁰¹⁰ “Prescindiré de los detalles a ese respecto y me ocuparé de la cuestión de si se puede delimitar esta responsabilidad hasta el punto de que sea conciliable con el principio del hecho. La respuesta depende de cuál sea el fundamento de la responsabilidad. Si constituye el injusto únicamente la conducta en su abstracta peligrosidad, la criminalización supone desde luego para el ciudadano una gravosa reducción de su privacidad, pero no se ve afectado el principio según el cual se ha de separar un ámbito interno de otro externo; pues con esta restricción sólo se puede criminalizar razonablemente una conducta que sin consideración de los proyectos actuales del autor no pueda ser ya tolerada. (...) La conducta incriminada queda excluida como posibilidad de configuración vital privada para cualquiera, con independencia de su respectivo contexto interno y, en especial, del contexto de sus proyectos. El aspecto exterior de la conducta perturba per se, no por su contexto interno.” JAKOBS, Günther. *Estudios de Derecho penal*, UAM Ediciones, Edit, Civitas, Madrid, 1997, pp, 293 a 324, p. 311.

¹⁰¹¹ “Esta temprana despedida a la doctrina de la ausencia de tipo era en parte también la despedida a la comprensión del problema de cuándo es una acción socialmente relevante la «acción externa» en la tentativa. Era una especie de privación de la ciudadanía al autor de la tentativa, pues éste quedaba etiquetado ante todo como un sistema con una vida interior peligrosa, concretamente como un enemigo del bien jurídico.” JAKOBS, Günther. *Estudios de Derecho penal*, UAM Ediciones, Edit, Civitas, Madrid, 1997, pp, 293 a 324, p. 300.

Dicha reducción del ámbito de la privacidad, ámbito este inherente al estado de ciudadanía, queda clara cuando se analiza el tipo penal previsto en el § 316c, apartado 4.º, del *Strafgesetzbuch* alemán (StGB)¹⁰¹², que criminaliza, con una pena de prisión de hasta cinco años, la mera conducta de procurar un arma de fuego, aunque legalmente, con la finalidad de dañar la carga de un barco usado en el transporte marítimo civil. En este contexto, un imputado sobre el cual exista la mera sospecha de participación en la preparación de un atentado terrorista con arma de fuego tendrá que presentar las razones por las cuales ha procurado adquirir (aunque legalmente) su arma de fuego, y en caso de su adquisición legal, tendrá que reafirmar o profundizar sus explicaciones a la autoridad pública competente por la investigación criminal¹⁰¹³.

A ese respecto, Jakobs, con precisión, informa que “dicha consideración del aspecto interno degrada al ciudadano hasta convertirlo en un enemigo”¹⁰¹⁴. Aunque la pregunta acerca de lo

¹⁰¹² “§ 316c. Ataques al transporte aéreo y marítimo. (1) Será castigado con pena privativa de la libertad no inferior a cinco años quien 1. emplee violencia, o ataque la libertad de decisión de una persona, o practique otra conducta con el fin de obtener el dominio o para influir en la conducción, de (a) una aeronave civil que se encuentre en tráfico, es decir, en vuelo o (b) un barco usado en el transporte marítimo civil; o 2. utilice armas de fuego o intente causar una explosión o un incendio, para destruir o dañar una aeronave o un barco o cualquier carga que se encuentre a bordo. (...) (4) Quien para la preparación de del delito previsto en la subsección (1) fabrique, procure para sí o para otro, guarde o entregue a otro, armas de fuego, explosivos, u otros materiales creados para producir una explosión o un incendio, será castigado con pena privativa de la libertad de seis meses hasta cinco años.” Original en alemán: “§ 316c Angriffe auf den Luft- und Seeverkehr (1) Mit Freiheitsstrafe nicht unter fünf Jahren wird bestraft, wer 1. Gewalt anwendet oder die Entschlußfreiheit einer Person angreift oder sonstige Machenschaften vornimmt, um dadurch die Herrschaft über a) ein im zivilen Luftverkehr eingesetztes und im Flug befindliches Luftfahrzeug oder b) ein im zivilen Seeverkehr eingesetztes Schiff zu erlangen oder auf dessen Führung einzuwirken, oder 2. um ein solches Luftfahrzeug oder Schiff oder dessen an Bord befindliche Ladung zu zerstören oder zu beschädigen, Schußwaffen gebraucht oder es unternimmt, eine Explosion oder einen Brand herbeizuführen. (...) (4) Wer zur Vorbereitung einer Straftat nach Absatz 1 Schußwaffen, Sprengstoffe oder sonst zur Herbeiführung einer Explosion oder eines Brandes bestimmte Stoffe oder Vorrichtungen herstellt, sich oder einem anderen verschafft, verwahrt oder einem anderen überläßt, wird mit Freiheitsstrafe von sechs Monaten bis zu fünf Jahren bestraft.” ALEMANIA. “Strafgesetzbuch in der Fassung der Bekanntmachung vom 13. November 1998 (BGBl. I S. 3322), das durch Artikel 1 des Gesetzes vom 13. April 2017 (BGBl. I S. 872) geändert worden ist”, Berlín, 1871.

¹⁰¹³ Jakobs pone lo mismo ejemplo, a saber: “Expresado con un ejemplo: la prohibición de presentarse armado en reuniones públicas se puede fundamentar todavía (como se acaba de hacer) por el peligro general del porte de armas ante una concurrencia numerosa de personas; incluso si el sujeto armado lo hace con la mejor intención, puede ocurrir un accidente u ocasionarse un daño a alguien por la intervención delictiva de terceras personas. La pena conminada en el § 27 VersammlG, más bien leve, da a entender que no se ha de tratar de más que de este peligro abstracto. La prohibición del llamado armamento pasivo sólo tiene sentido, por el contrario, si se da por supuesto en el pasivamente armado un dolo de cometer infracciones.” JAKOBS, Günther. *Estudios de Derecho penal*, UAM Ediciones, Edit, Civitas, Madrid, 1997, pp, 293 a 324, p. 311.

¹⁰¹⁴ “Ciertamente cualquiera puede intentar interpretar por sí mismo todos los comportamientos de los demás seres humanos, aunque no podrá imponerles su interpretación como vinculante. Pero si se quiere imponer a una persona la interpretación del significado de su conducta, aquella ha de haber dado más bien una justificación para hacerlo, es decir, que esa persona tiene que haberse convertido en deudora de una explicación. Esta deuda no puede ser deducida de una conducta que el autor pueda reclamar como privada; pues, en esa medida, él mismo está exento de control. Si se quiere imponer la interpretación de la vertiente subjetiva, el autor tiene que haberse introducido en una relación cuyo control ya no puede impedir. A falta de ello, no se ha abandonado aún

interno sólo esté permitida para la interpretación de aquellos fenómenos externos que son ya, en cualquier caso, perturbadores¹⁰¹⁵. Conforme Jakobs: “Si no se respeta esta abstención del contexto interno, ello conduce a la punición de autores peligrosos, de enemigos, no de hechos peligrosos.”¹⁰¹⁶

En este contexto, Jakobs sostiene que cuando se castiga por hechos futuros se pasa de la misma línea que no permite el castigo por pensamientos y, por eso, si se invade en este grado la esfera íntima que el autor todavía domina, no es prudente que, desde ahí, se detenga ante lo que llama de “más importante fuente de todos los peligros que proceden de seres humanos”¹⁰¹⁷, es decir, la propia mente humana. Por fin, él informa que sólo una teoría superficial podría conciliar la existencia de la posibilidad de punición del autor por hechos futuros al paso que logre impedir, en la misma medida, la punición por meros pensamientos.¹⁰¹⁸

Luego, Jakobs matiza dicha situación en dos supuestos parecidos pero que todavía detienen una singularidad importante. Él sostiene que es más clara la situación de preparación de un delito con uso de explosivos nucleares, y por eso, considerar como autor de una conducta abstractamente peligrosa que quien procura material radioactivo únicamente utilizado en la fabricación de bombas está efectivamente en un plan definitivo inminente o cercano, que considerar razonable el castigo impuesto por meros pensamientos, como en el caso del ataque al tráfico aéreo (explicado *supra*), en donde la acción de procurarse un arma de fuego se toma como ocasión para hacer responsable al autor de su intención de efectuar la agresión¹⁰¹⁹.

el ámbito de lo privado y esto significa que una consideración del aspecto interno degrada al ciudadano hasta convertirlo en un enemigo.” JAKOBS, Günther. *Estudios de Derecho penal*, UAM Ediciones, Edit, Civitas, Madrid, 1997, pp, 293 a 324, pp. 301-302.

¹⁰¹⁵ JAKOBS, Günther. *Estudios de Derecho penal*, UAM Ediciones, Edit, Civitas, Madrid, 1997, pp, 293 a 324, p. 302.

¹⁰¹⁶ JAKOBS, Günther. *Estudios de Derecho penal*, UAM Ediciones, Edit, Civitas, Madrid, 1997, pp, 293 a 324, p. 311.

¹⁰¹⁷ JAKOBS, Günther. *Estudios de Derecho penal*, UAM Ediciones, Edit, Civitas, Madrid, 1997, pp, 293 a 324, p. 311.

¹⁰¹⁸ “Pero quien castiga por hechos futuros no tiene ya ningún motivo para dejar impunes los pensamientos. Si se irrumpe en la organización interna que el autor todavía domina, es inconsecuente detenerse ante la más importante fuente de todos los peligros que proceden de seres humanos. O lo uno o lo otro; sólo una teoría insustancial concilia ambas posibilidades.” JAKOBS, Günther. *Estudios de Derecho penal*, UAM Ediciones, Edit, Civitas, Madrid, 1997, pp, 293 a 324, p. 311.

¹⁰¹⁹ “Más clara es la situación en el caso de la preparación de un delito de uso de explosivos o de materiales radiactivos (§ 311 b StGB) (*). Quien se procura combustible nuclear o sustancias explosivas ejecuta una conducta abstractamente peligrosa y nada más; el hecho de que planea alguna otra cosa pertenece a su ámbito interno; la consideración del contexto de su planificación no es, por tanto, correcta. De un modo aún peor enmascara la ley una pena por meros pensamientos en el caso del ataque al tráfico aéreo (§ 316 c, apartado 2º,

En resumen, no es suficiente para que se pueda identificar la línea que divide un el tratamiento del autor como ciudadano de la forma de tratarle como enemigo del bien jurídico en el mero reconocimiento de la ilegitimidad de castigar a un individuo por sus meros pensamientos. Es necesario reconocerse que sin un comportamiento externo, que bajo un análisis puramente objetivo y exclusivamente realizado sobre dicho comportamiento, se llegue a la conclusión de que él efectivamente representa algo perturbador de la esfera de organización de otros. Eso pasa porque no se puede investigar ni el ánimo del autor, ni las otras conductas enmarcadas en su ámbito esencialmente privado, no sólo sus pensamientos. Así pues, si no se respeta dicho regla, seguramente estaremos delante de una forma por la cual, en un estado de libertades, el Derecho penal reacciona frente a enemigos del bien jurídico, no ciudadanos¹⁰²⁰.

Jakobs sigue exponiendo que considera los supuestos como los citados, en realidad, no como de preparación, pero como un injusto parcial de perturbación de la paz jurídica, explicado a continuación, porque el autor perturba sólo los presupuestos de hecho que pueden dar origen a un injusto material, lo que llama de base cognitiva de la vigencia de la norma.¹⁰²¹ Considerar el ámbito interno o privado del autor como algo sometido a la potestad del Estado, como fundamento de la punición, es lo mismo que violar el principio de responsabilidad penal por

StGB) (**), en donde la acción de procurarse un arma de fuego se toma como ocasión para hacer responsable al autor de su intención de efectuar la agresión. Para la crítica basta probablemente realizar una remisión a la polémica de Zachariä (24) sobre la compra de escalas con intención de cometer un hurto. En delitos de esta índole se abusa de la posibilidad de definir, por su peligrosidad, como conducta externa un comportamiento en sí mismo interno, pues tal comportamiento no es desprivatizado por su general peligrosidad, sino por el contexto de planificación en que se encuentra, como lo indican, no en última instancia, los marcos de pena previstos. La desprivatización se produce a fin de tener un pretexto para poder acceder a otro aspecto interno, concretamente al contexto de los planes del sujeto. Despojar de ese modo al sujeto de su esfera privada no corresponderá al Derecho penal de ciudadanos, sino al Derecho penal de enemigos.” JAKOBS, Günther. *Estudios de Derecho penal*, UAM Ediciones, Edit, Civitas, Madrid, 1997, pp, 293 a 324, pp. 312-313.

¹⁰²⁰ “La regla generalmente reconocida de que no es legítimo hacer responder a un sujeto de sus meros pensamientos es demasiado angosta para el Derecho penal de un Estado de libertades. Sin un comportamiento externo perturbador no se puede hacer responder a un sujeto de lo que le es interno, abarcando lo interno el entero ámbito privado, no sólo los pensamientos. La ley puede recortar, ciertamente, del ámbito privado lo que corresponde a un comportamiento abstractamente peligroso, pero esto tiene que suceder sin tomar en cuenta el contexto de planificación del sujeto.” JAKOBS, Günther. *Estudios de Derecho penal*, UAM Ediciones, Edit, Civitas, Madrid, 1997, pp, 293 a 324, p. 313.

¹⁰²¹ “Sin embargo no se trata en esos supuestos de un injusto de la preparación, sino únicamente del injusto parcial de una perturbación de la paz jurídica. El autor se arroga actualmente tan solo la configuración de la base cognitiva de la vigencia de la norma. En la medida en que la paz «pública» o «interior» o adjetivada de otro modo no sea un sinónimo de esta paz jurídica, sólo se puede constatar un ataque contra ella si, con lesión del principio del hecho, se desprecia el ámbito privado del autor y se lo castiga por una conducta que sólo será externa en el futuro, esto es, si se define al autor como enemigo.” JAKOBS, Günther. *Estudios de Derecho penal*, UAM Ediciones, Edit, Civitas, Madrid, 1997, pp, 293 a 324, p. 318.

el hecho y castigar por conductas futuras, que podrían no haber salido del ámbito privado del autor, lo que es lo mismo que considerar dicho autor como enemigo.

En este sentido, Jakobs introduce dos matizaciones: las nociones de norma principal y norma de flaqueo, y las nociones de injusto parcial e injusto total. En primer lugar, en estos supuestos de adelantamiento, la pena debe ser proporcionalmente adecuada a la situación de violación de una norma de flaqueo, no una norma principal¹⁰²². Es decir, no se puede castigar de la misma forma la proposición al homicidio que el homicidio consumado, propiamente considerado, y aunque las dos normas se vuelvan hacia la protección de la vida, la que castiga el primero acto es una norma de flaqueo y la que castiga el segundo, una norma principal¹⁰²³. Lo mismo se puede decir de las conductas de instigación al delito o participación intentada en organizaciones terroristas¹⁰²⁴. En esta medida, la violación de una norma de flaqueo se convierte en un presupuesto de la realización de un injusto parcial, es decir, en un presupuesto de la materialización de una parte del contenido material de injusto típico.

Jakobs concluye que, en realidad, lo que se castiga en supuestos como estos es la producción de un clima hostil al ordenamiento jurídico, y por eso, el castigo de la mera hostilización se constituye en la identificación y punición del responsable por la creación de un estado más o

¹⁰²² “En la medida en que se haya de evitar esto, la pena por la conducta inculpada tiene que ser adecuada a la circunstancia de que se trata de una pena por el quebrantamiento no de una norma principal, sino de una norma de flaqueo, del mismo modo que el marco penal de las amenazas o de la conminación de delitos (§§ 241 y 126 StGB) no alcanza la severidad del previsto para la participación intentada o para la constitución de asociaciones criminales o terroristas.” JAKOBS, Günther. *Estudios de Derecho penal*, UAM Ediciones, Edit, Civitas, Madrid, 1997, pp, 293 a 324, p. 318;

¹⁰²³ “Artículo 138. 1. El que matare a otro será castigado, como reo de homicidio, con la pena de prisión de diez a quince años. 2. Los hechos serán castigados con la pena superior en grado en los siguientes casos: a) cuando concurra en su comisión alguna de las circunstancias del apartado 1 del artículo 140, o b) cuando los hechos sean además constitutivos de un delito de atentado del artículo 550. (...) Artículo 141. La provocación, la conspiración y la proposición para cometer los delitos previstos en los tres artículos precedentes, será castigada con la pena inferior en uno o dos grados a la señalada en su caso en los artículos anteriores.” ESPAÑA. Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código penal. *Boletín Oficial del Estado*, 24 de noviembre de 1995, núm. 281.

¹⁰²⁴ “Artículo 571. A los efectos de este Código se considerarán organizaciones o grupos terroristas aquellas agrupaciones que, reuniendo las características respectivamente establecidas en el párrafo segundo del apartado 1 del artículo 570 bis y en el párrafo segundo del apartado 1 del artículo 570 ter, tengan por finalidad o por objeto la comisión de alguno de los delitos tipificados en la sección siguiente. Artículo 572. 1. Quienes promovieran, constituyeran, organizaran o dirigieran una organización o grupo terrorista serán castigados con las penas de prisión de ocho a catorce años e inhabilitación especial para empleo o cargo público por tiempo de ocho a quince años. 2. Quienes participaran activamente en la organización o grupo, o formaran parte de ellos, serán castigados con las penas de prisión de seis a doce años e inhabilitación especial para empleo o cargo público por tiempo de seis a catorce años.” ESPAÑA. Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código penal. *Boletín Oficial del Estado*, 24 de noviembre de 1995, núm. 281.

menos permanente de hostilidad¹⁰²⁵, palabra que contiene el significado de enemigo por razones de naturaleza pública, de acuerdo con lo explicado en el apartado que trata del concepto de enemigo de Carl Schmitt.

El problema central de los delitos de producción de un clima de hostilidad al ordenamiento jurídico – o meramente delitos de producción de un clima – es que ellos describen conductas materialmente lícitas, ubicadas en un ámbito claro de libertad de acción del autor. Aunque dichas conductas no tengan un carácter provechoso para la sociedad, informa Jakobs, la única forma imaginable de justificar dichos tipos de delitos es exigir que el autor, por la entidad del daño futuro al cual la conducta pueda llevar, se abstenga, como un sacrificio especial al ejercicio de un derecho vinculado a su ámbito privado, de realizar una conducta que perturba el ámbito de organización de otras personas. Sería “*un deber solidario, para la eliminación de una situación de necesidad no dominable de otro modo*”¹⁰²⁶, parecido, si no considerado el principio de lesividad, con el fundamento del delito de omisión de socorro¹⁰²⁷, porque hace referencia a una omisión exigible por razones sociales, aunque, en este caso, la legitimación de dicha exigencia sea muy cuestionable por la ausencia de un injusto material pleno¹⁰²⁸.

En este punto, Jakobs reafirma, con mucha clareza, que fundamentar de la forma citada los delitos de producción de un clima hostil al ordenamiento jurídico representa una quiebra con el régimen de libertades, porque si el Estado regula *a priori* y “*sin alternativas la valoración que los ciudadanos han de realizar de la violencia o de la comisión de delitos*”¹⁰²⁹, es decir, si

¹⁰²⁵ JAKOBS, Günther. *Estudios de Derecho penal*, UAM Ediciones, Edit, Civitas, Madrid, 1997, pp, 293 a 324, p. 321.

¹⁰²⁶ JAKOBS, Günther. *Estudios de Derecho penal*, UAM Ediciones, Edit, Civitas, Madrid, 1997, pp, 293 a 324, p. 321.

¹⁰²⁷ “Si, por consiguiente, el autor de los delitos de producción de un clima tiene en sí derecho a realizar la conducta incriminada, aunque ésta pueda tener un carácter no precisamente provechoso para la sociedad, para la legitimación de estos delitos sólo queda el camino de exigir al autor que, por la magnitud del daño que se cierne, renuncie como un sacrificio especial al ejercicio de su derecho, esto es, que realice una contribución de carácter solidario para la eliminación de una situación de necesidad no dominable de otro modo, en un sentido hasta cierto punto correspondiente a la responsabilidad por el § 323 c StGB, relativo a la omisión de socorro, a la que tendrían que asimilarse sin duda los marcos penales de los §§ 130, 131 y 140 StGB).” JAKOBS, Günther. *Estudios de Derecho penal*, UAM Ediciones, Edit, Civitas, Madrid, 1997, pp, 293 a 324, p. 321.

¹⁰²⁸ “Del paralelismo establecido con la omisión de socorro se deriva solamente la modalidad de la prestación a realizar —un sacrificio especial—, pero no la legitimación para la exigencia de tal prestación: la norma que sanciona la omisión de socorro exige una acomodación a una situación de necesidad que sólo llega a ser requerida en casos aislados; en las normas que protegen un clima se trata por el contrario de una acomodación del comportamiento que se ha de producir por principio en determinados ámbitos.” JAKOBS, Günther. *Estudios de Derecho penal*, UAM Ediciones, Edit, Civitas, Madrid, 1997, pp, 293 a 324, p. 321.

¹⁰²⁹ JAKOBS, Günther. *Estudios de Derecho penal*, UAM Ediciones, Edit, Civitas, Madrid, 1997, pp, 293 a 324, p. 321.

el Estado regula de forma absoluta la conducta del ciudadano en su ámbito privado, que no representa una perturbación del ámbito de organización de otras personas, si él renuncia al contenido material del injusto por más superficial que este puede ser identificado, como fundamento del castigo, se renuncia también a un régimen de libertades.¹⁰³⁰

Jakobs informa que el único ambiente en el cual se puede pensar la justificación de la protección penal del clima de hostilidad al ordenamiento jurídico serían los tiempos de crisis, crisis de legitimación del Estado, en los cuales se debe tolerar una suspensión temporal de la libertad con la finalidad de asegurar de forma más intensa y durable su restablecimiento, con la creación de normas con un período de vigencia extremadamente limitado. Como ejemplo, él pone la tipificación de la conducta de aprobarse los actos de violencia nacional-socialista en los primeros años después de la segunda guerra mundial.¹⁰³¹

La información que llama la atención de los investigadores del Derecho penal en esta parte del trabajo del maestro alemán es justamente la posibilidad de justificarse un Derecho penal excepcional, en concreto, porque es un principio acepto de forma casi uniforme por la comunidad de investigadores de esta rama, de tradición romano-germánica continental, que las excepciones de garantías en Derecho penal, en la medida que representan un ampliación del poder de castigar de Estado, suelen permanecer por mucho más tiempo en los ordenamientos jurídicos en que la realidad fáctica.

Si, de todos modos, es evidente la necesidad de la existencia de normas penales excepcionales y temporales, su mantenimiento más allá de su necesidad efectiva es una forma de abuso de *ius puniendi*, razón por la cual dichas medidas deben ser vistas con mucha crítica y deben, en la medida de lo posible, no restringir o restringir lo mínimo posible derechos y garantías fundamentales.

¹⁰³⁰ “Por cierto, una fundamentación semejante de los delitos productores de un clima contiene simultáneamente una declaración de quiebra del régimen de libertades; pues un Ordenamiento que regula por principio y sin alternativas la valoración que los ciudadanos han de realizar de la violencia o de la comisión de delitos no es ya un régimen de libertades.” JAKOBS, Günther. *Estudios de Derecho penal*, UAM Ediciones, Edit, Civitas, Madrid, 1997, pp, 293 a 324, p. 321.

¹⁰³¹ “La justificación de la protección del clima sólo se puede realizar en relación con tiempos de crisis o, más precisamente, en relación con tiempos de crisis de legitimación, en los que se tiene que tolerar una suspensión pasajera de la libertad a fin de asegurar de un modo tanto más intenso su restablecimiento. Pero incluso entonces se trata sólo de normas con un período de vigencia estrictamente limitado. Así se podría haber legitimado en los primeros años tras la finalización del dominio nacional-socialista una prohibición de aprobar los actos de violencia del nacional-socialismo.” JAKOBS, Günther. *Estudios de Derecho penal*, UAM Ediciones, Edit, Civitas, Madrid, 1997, pp, 293 a 324, pp. 321-322.

Es decir, aunque haya realmente la necesidad de vigencia pasajera de normas penales temporales o excepcionales, dichas normas no pueden presuponer *ipso facto* la restricción del ámbito de garantías (como la Ley n. 12.663, de 2012, que ha creado tipos penales específicos de utilización indebida de los símbolos oficiales de la FIFA durante la Copa Mundial de Fútbol de la FIFA de 2014, en Brasil¹⁰³², que tuvieron vigencia hasta el día 31 de diciembre de aquel año¹⁰³³) y si es, de hecho, necesaria la reducción de del ámbito de garantías individuales por algún tiempo, que la restricción pase de la forma menos grave al imputado, y con marcas temporales muy bien establecidas (como la posibilidad de aplicación de pena de muerte, en alternativa a la pena de reclusión, en Brasil, a los autores de algunos delitos previstos en el Código Penal Militar de naturaleza muy grave, como la práctica de genocidio en regiones ocupadas por militares¹⁰³⁴ o violaciones seguidas de muerte¹⁰³⁵, que sólo puede aplicarse en los caso de guerra declarada por el Congreso Nacional – equivalente brasileño a

¹⁰³² “Art. 30. Reproduzir, imitar, falsificar ou modificar indevidamente quaisquer Símbolos Oficiais de titularidade da FIFA: Pena - detenção, de 3 (três) meses a 1 (um) ano ou multa. Art. 31. Importar, exportar, vender, distribuir, oferecer ou expor à venda, ocultar ou manter em estoque Símbolos Oficiais ou produtos resultantes da reprodução, imitação, falsificação ou modificação não autorizadas de Símbolos Oficiais para fins comerciais ou de publicidade: Pena - detenção, de 1 (um) a 3 (três) meses ou multa. Marketing de Emboscada por Associação - Art. 32. Divulgar marcas, produtos ou serviços, com o fim de alcançar vantagem econômica ou publicitária, por meio de associação direta ou indireta com os Eventos ou Símbolos Oficiais, sem autorização da FIFA ou de pessoa por ela indicada, induzindo terceiros a acreditar que tais marcas, produtos ou serviços são aprovados, autorizados ou endossados pela FIFA: Pena - detenção, de 3 (três) meses a 1 (um) ano ou multa. Parágrafo único. Na mesma pena incorre quem, sem autorização da FIFA ou de pessoa por ela indicada, vincular o uso de Ingressos, convites ou qualquer especie de autorização de acesso aos Eventos a ações de publicidade ou atividade comerciais, com o intuito de obter vantagem econômica. Marketing de Emboscada por Intrusão - Art. 33. Expor marcas, negócios, estabelecimentos, produtos, serviços ou praticar atividade promocional, não autorizados pela FIFA ou por pessoa por ela indicada, atraindo de qualquer forma a atenção pública nos locais da ocorrência dos Eventos, com o fim de obter vantagem econômica ou publicitária: Pena - detenção, de 3 (três) meses a 1 (um) ano ou multa.” BRASIL. Lei nº 12.663, de 5 de junho de 2012. Dispõe sobre as medidas relativas à Copa das Confederações FIFA 2013, à Copa do Mundo FIFA 2014 e à Jornada Mundial da Juventude - 2013, que serão realizadas no Brasil etc. *Diário Oficial da República Federativa do Brasil*, Brasília, DF, 6 de junho de 2012.

¹⁰³³ “Art. 36. Os tipos penais previstos neste Capítulo terão vigência até o dia 31 de dezembro de 2014.” BRASIL. Lei nº 12.663, de 5 de junho de 2012. Dispõe sobre as medidas relativas à Copa das Confederações FIFA 2013, à Copa do Mundo FIFA 2014 e à Jornada Mundial da Juventude - 2013, que serão realizadas no Brasil etc. *Diário Oficial da República Federativa do Brasil*, Brasília, DF, 6 de junho de 2012.

¹⁰³⁴ “Genocídio - Art. 401. Praticar, em zona militarmente ocupada, o crime previsto no art. 208: Pena - morte, grau máximo; reclusão, de vinte anos, grau mínimo.” BRASIL. Decreto-lei nº 1.001, de 21 de outubro de 1969. Código Penal Militar. *Diário Oficial da República Federativa do Brasil*, Brasília, DF, 21 out. 1969.

¹⁰³⁵ “Violência carnal - Art. 408. Praticar qualquer dos crimes de violência carnal definidos nos arts. 232 e 233, em lugar de efetivas operações militares: Pena - reclusão, de quatro a doze anos. Resultado mais grave - Parágrafo único. Se da violência resulta: a) lesão grave: Pena - reclusão, de oito a vinte anos; b) morte: Pena - morte, grau máximo; reclusão, de quinze anos, grau mínimo.” BRASIL. Decreto-lei nº 1.001, de 21 de outubro de 1969. Código Penal Militar. *Diário Oficial da República Federativa do Brasil*, Brasília, DF, 21 out. 1969.

las Cortes Generales del Reino de España – de acuerdo con previsión constitucional expresa¹⁰³⁶).

Sin embargo, como se ha afirmado en este trabajo, la creación de tipos penales que castigan la creación de un clima de hostilidad posible al ordenamiento jurídico, en virtud de renunciar a un grado completo de antijuridicidad material y, por eso, invadir una esfera que debería ser privada al individuo, tienden a no ser coherentes con un estado de libertades.

Jakobs, luego, hace una ponderación razonable, a saber: él informa que una crítica radical, orientada a la proscripción de los delitos productores de un clima de hostilidad al ordenamiento jurídico no está adecuada a solucionar los problemas de estabilidad de las sociedades contemporáneas. Es decir, la gestión del riesgo es un elemento central en las decisiones políticas de las naciones en la contemporaneidad¹⁰³⁷ y queda despreciada si se prohíbe la utilización de esta forma de tipificación, en general realizada por la vía de tipos de delitos de peligro abstracto.

Un ejemplo claro de este tipo de necesidad de gestión de riesgos puede ser observado en la reglamento penal del manejo de materiales radioactivos. En España, se castiga la tenencia de material nuclear o radioactivo que pueda causar lesiones graves o daños sustanciales a personas o cosas, contraviniendo reglas previstas en leyes u otras disposiciones, incluso en la modalidad imprudente, con una pena de hasta cinco años de prisión¹⁰³⁸. En Alemania, se castiga con pena de prisión de hasta cinco años, la liberación de radiaciones ionizantes o la producción de fisión nuclear, incluso imprudente, que pueda perjudicar la indemnidad física o

¹⁰³⁶ “Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes: (...) XLVII - não haverá penas: a) de morte, salvo em caso de guerra declarada, nos termos do art. 84, XIX;” BRASIL. *Constituição da República Federativa do Brasil*, Brasília, Senado, 1988.

¹⁰³⁷ BOTTINI, Pierpaolo Cruz. *Crimes de perigo abstrato e princípio da precaução na sociedade de risco*, São Paulo, RT, 2007, p. 35.

¹⁰³⁸ “Artículo 345. 1. El que, contraviniendo las leyes u otras disposiciones de carácter general, adquiera, posea, trafique, facilite, trate, transforme, utilice, almacene, transporte o elimine materiales nucleares u otras sustancias radiactivas peligrosas que causen o puedan causar la muerte o lesiones graves a personas, o daños sustanciales a la calidad del aire, la calidad del suelo o la calidad de las aguas o a animales o plantas, será castigado con la pena de prisión de uno a cinco años, multa de seis a dieciocho meses, e inhabilitación especial para profesión u oficio por tiempo de uno a tres años. 2. El que sin la debida autorización produjere tales materiales o sustancias será castigado con la pena superior en grado. 3. Si los hechos a que se refieren los apartados anteriores se hubieran cometido por imprudencia grave, se impondrá la pena inferior en grado a la señalada en los mismos.” ESPAÑA. Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código penal. *Boletín Oficial del Estado*, 24 de noviembre de 1995, núm. 281.

dañar cosas de valor significativo¹⁰³⁹. En Brasil se castiga con pena de prisión de hasta seis años la mera tenencia de material nuclear, sin autorización del Estado¹⁰⁴⁰.

Aunque la criminalización de conductas en estadios previos a lesiones a bienes jurídicos, en general, represente un alejamiento de un Estado de libertades, por criminalizar hechos que todavía están en el ámbito privado del autor, en el cual dicho autor todavía no ha producido una perturbación en el ámbito de organización de otras personas, nadie puede sostener seriamente que no se debe reglamentar penalmente el manejo de material nuclear o radioactivo todavía antes de la realización de una lesión, concretamente porque la entidad de los perjuicios, daños y lesiones que pueden ser causados que estos tipos de materiales es mucho más grande que casi la totalidad de ámbitos de acción humana (quizás sólo una política ilegítima de promoción agresión, invasión o provocación de una guerra y/o promoción de limpieza étnica o asesinatos en masa sea algo con aptitud de causar destrucciones de más grande entidad).

En razón de la potencialidad ofensiva del manejo indebido de materiales radioactivos o nucleares, se produjo un consenso social-valorativo, que justifica la protección penal de estadios previos a la lesión a bienes jurídicos, observa Jakobs¹⁰⁴¹. Sin embargo, Jakobs pondera algo que no carece de sentido común y merece ser seriamente considerado, a saber: sólo el hecho de que los delitos que producen un clima de hostilidad al ordenamiento no estén en conformidad con un Estado de libertades, no significa que representen conductas deseables

¹⁰³⁹ “§ 311. Liberación de radiaciones ionizantes. (1) Quien bajo violación de deberes administrativos legales (§ 330d numerales 4 y S), 1. libere radiaciones ionizantes, o 2. produzca procesos de fisión nuclear, que sean apropiados para perjudicar la integridad física o la vida de otro, o cosas ajenas de valor significativo, será castigado con pena privativa de la libertad hasta cinco años o con multa.” ALEMANIA. "Strafgesetzbuch in der Fassung der Bekanntmachung vom 13. November 1998 (BGBl. I S. 3322), das durch Artikel 1 des Gesetzes vom 13. April 2017 (BGBl. I S. 872) geändert worden ist", Berlín, 1871.

¹⁰⁴⁰ “Art. 22 - Possuir, adquirir, transferir, transportar, guardar ou trazer consigo material nuclear, sem a necessária autorização. Pena: reclusão, de dois a seis anos.” BRASIL. *Lei nº 6.453, de 17 de Outubro de 1977*. Dispõe sobre a responsabilidade civil por danos nucleares e a responsabilidade criminal por atos relacionados com atividades nucleares e dá outras providências. *Diário Oficial da República Federativa do Brasil*, Brasília, DF, 18 out. 1977.

¹⁰⁴¹ “Se objetará que esta crítica radical de los delitos productores de un clima pasa por alto los problemas de estabilidad de las sociedades modernas. No discuto que también estas sociedades tienen una necesidad de que se garanticen los valores; la comunicación, esto es lo que significa la sociedad, solamente es posible sobre la base de un consenso valorativo.” JAKOBS, Günther. *Estudios de Derecho penal*, UAM Ediciones, Edit, Civitas, Madrid, 1997, pp, 293 a 324, p. 322.

socialmente, o socialmente neutrales, y aun que lo fuesen, no se debería reaccionar contra ellas a través del Derecho penal¹⁰⁴².

Eso pasa con la ya mencionada hoplofobia legislativa de una forma muy clara. Aunque la tenencia de un arma sea una etapa previa casi necesaria a la realización de un homicidio (algunos se realizan a través de otros medios, como choches y venenos), es posible que un individuo tenga un arma de fuego por toda su vida en el interior de su vivienda, sin que realice siquiera un disparo por todo este tiempo, lo que representa un alejamiento total de la lesión a un bien jurídico, en un sentido material y visto bajo una función crítica, pero que sigue, sin embargo, a ser una conducta tipificada penalmente, creada y aplicada, con su respectivo castigo, en países como Brasil¹⁰⁴³ y España¹⁰⁴⁴.

Esta ponderación hecha por Jakobs puede ser considerada, en realidad, como el punto más importante y más liberal de su artículo. Reconocerse que conductas socialmente no deseables, aunque no tengan nada que ver con la inmoralidad, que pueden ser ubicadas en estadios previos a la lesión de un bien jurídico, y por eso, criminalizadas, no crean un estado de coacción a los ámbitos de organización de los otros individuos, y por eso, no deben ser criminalizadas.

¹⁰⁴² “Lo único que pongo en duda es que sea necesario o razonable cubrir esta necesidad por medio del Derecho penal. Que los delitos productores de un clima no casen en el Derecho penal de un Estado de libertades no significa que la correspondiente conducta sea deseable o al menos socialmente neutral, sino tan sólo que tal conducta no tiene ningún efecto coactivo y que, por ello tampoco se debería reaccionar contra ella con la coacción del Derecho penal.” JAKOBS, Günther. *Estudios de Derecho penal*, UAM Ediciones, Edit, Civitas, Madrid, 1997, pp, 293 a 324, p. 322.

¹⁰⁴³ “*Posse irregular de arma de fogo de uso permitido. Art. 12. Possuir ou manter sob sua guarda arma de fogo, acessório ou munição, de uso permitido, em desacordo com determinação legal ou regulamentar, no interior de sua residência ou dependência desta, ou, ainda no seu local de trabalho, desde que seja o titular ou o responsável legal do estabelecimento ou empresa: Pena – detenção, de 1 (um) a 3 (três) anos, e multa.*” BRASIL. *Lei n. 10.826, de 22 de dezembro de 2003*. Dispõe sobre o registro, posse e comercialização de armas de fogo e munição, sobre o Sistema Nacional de Armas – SINARM, define crimes e dá outras providências. *Diário Oficial da República Federativa do Brasil, Brasília*, 23 dez. 2003.

¹⁰⁴⁴ “Artículo 563. La tenencia de armas prohibidas y la de aquellas que sean resultado de la modificación sustancial de las características de fabricación de armas reglamentadas, será castigada con la pena de prisión de uno a tres años. Artículo 564. 1. La tenencia de armas de fuego reglamentadas, careciendo de las licencias o permisos necesarios, será castigada: 1.º Con la pena de prisión de uno a dos años, si se trata de armas cortas. 2.º Con la pena de prisión de seis meses a un año, si se trata de armas largas. 2. Los delitos previstos en el número anterior se castigarán, respectivamente, con las penas de prisión de dos a tres años y de uno a dos años, cuando concurra alguna de las circunstancias siguientes: 1.ª Que las armas carezcan de marcas de fábrica o de número, o los tengan alterados o borrados. 2.ª Que hayan sido introducidas ilegalmente en territorio español. 3.ª Que hayan sido transformadas, modificando sus características originales” ESPAÑA. *Ley orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código penal. Boletín Oficial del Estado*, 24 de noviembre de 1995, núm. 281.

Eso no tiene nada de nuevo, reconocerse un contenido material y una función crítica al bien jurídico lleva a la misma conclusión y dicha perspectiva viene siendo investigada hace años. Sin embargo, lo que él hace es fundamentar la posibilidad de criminalización de conductas ubicadas en el ámbito privado del autor a través de una ponderación entre un principio de necesidad de protección penal, que pasa desde el plan interno del autor, desde la realización de una conducta externa que perturba la el ámbito de organización de los otros hasta la existencia de un consenso social-axiológico sobre la necesidad de protección penal, basado en hechos y posibilidades de lesiones reales. Esto que está muy bien, y tiene un carácter pragmático tremendo, si observamos el panorama que tenemos en la realidad de nuestros sistemas y ordenamientos jurídico-penales, porque promueve criterios racionales y razonables a la justificación de algunos tipos penales delitos de creación de un clima, y permiten el rechazo de otros tipos penales de la misma naturaleza.

En la realidad, observamos los legisladores de los países occidentales, en las últimas cuatro décadas, sea por una tendencia social de presión para el endurecimiento de la respuesta del sistema penal, sea por él afán de dar respuestas rápidas a problemas sociales, sea por inexperiencia o por necesidad, viene creando muchos tipos que criminalizan conductas en estadios previos a lesiones a bienes jurídicos, que llegan al punto de criminalizar conductas no sólo que representen peligros abstractos, pero que representan conductas muy lejanas a lesiones a bienes jurídicos¹⁰⁴⁵, o que son efectivamente presunciones de lesiones a dichos bienes¹⁰⁴⁶, o bien se caracterizan por meros castigos que nada tienen que ver con cualquier

¹⁰⁴⁵ Un ejemplo de eso es el delito de tenencia de un puñal. Véase: “Armas prohibidas Artículo 4. 1. Se prohíbe la fabricación, importación, circulación, publicidad, compraventa, tenencia y uso de las siguientes armas o de sus imitaciones: (...) f) Los bastones-estoque, los puñales de cualquier clase y las navajas llamadas automáticas. Se considerarán puñales a estos efectos las armas blancas de hoja menor de 11 centímetros, de dos filos y puntiaguda.” ESPAÑA. Real Decreto n. 137/1993, de 29 de enero, por el que se aprueba el Reglamento de Armas (BOE núm. 55, de 5 de marzo), modificado por el Real Decreto 540/1994, de 25 de marzo (BOE núm. 73, de 26 de marzo) y por el Real Decreto 316/2000, de 3 de marzo (BOE núm. 55, de 4 de marzo). “Artículo 563. La tenencia de armas prohibidas y la de aquellas que sean resultado de la modificación sustancial de las características de fabricación de armas reglamentadas, será castigada con la pena de prisión de uno a tres años. ESPAÑA. Ley orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código penal. *Boletín Oficial del Estado*, 24 de noviembre de 1995, núm. 281.

¹⁰⁴⁶ Un ejemplo de eso es el delito de impedimento de acción de fiscalización de sociedad. “Artículo 294. Los que, como administradores de hecho o de derecho de cualquier sociedad constituida o en formación, sometida o que actúe en mercados sujetos a supervisión administrativa, negaren o impidieren la actuación de las personas, órganos o entidades inspectoras o supervisoras, serán castigados con la pena de prisión de seis meses a tres años o multa de doce a veinticuatro meses. Además de las penas previstas en el párrafo anterior, la autoridad judicial podrá decretar algunas de las medidas previstas en el artículo 129 de este Código.” ESPAÑA. Ley orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código penal. *Boletín Oficial del Estado*, 24 de noviembre de 1995, núm. 281.

tipo de bien jurídico protegido, real o potencialmente por el ordenamiento jurídico¹⁰⁴⁷. Eso representa una irracionalidad que debe ser contrarrestada por el Poder Judicial en la hora de aplicar dichos tipos penales, en teoría.

Sin embargo, existen conductas que realmente, bajo criterios sociales razonables, cómo la probabilidad real de causar daños o la proximidad de la lesión (como el delito de disparo arma de fuego en un lugar habitado¹⁰⁴⁸), la entidad de los daños que pueden ser por ellas causados (como la criminalización de la tenencia de materiales radioactivos o nucleares¹⁰⁴⁹) y el plan subjetivo de los involucrados (como el tipo de participación en la forma de organización criminal¹⁰⁵⁰), consideradas después del autor realizar una acción externa, representan hipótesis de consensos sociales que informan la necesidad de su criminalización, lo que no carece de racionalidad.

¹⁰⁴⁷ “Art. 49. Destruir, danificar, lesar ou maltratar, por qualquer modo ou meio, plantas de ornamentação de logradouros públicos ou em propriedade privada alheia: Pena - detenção, de três meses a um ano, ou multa, ou ambas as penas cumulativamente. Parágrafo único. No crime culposo, a pena é de um a seis meses, ou multa. (...) Art. 53. Nos crimes previstos nesta Seção, a pena é aumentada de um sexto a um terço se: I - do fato resulta a diminuição de águas naturais, a erosão do solo ou a modificação do regime climático; II - o crime é cometido: a) no período de queda das sementes; b) no período de formação de vegetações; c) contra espécies raras ou ameaçadas de extinção, ainda que a ameaça ocorra somente no local da infração; d) em época de seca ou inundação; e) durante a noite, em domingo ou feriado.” BRASIL. Lei 9.605 de 12 de fevereiro de 1998. Dispõe sobre as sanções penais e administrativas derivadas de condutas e atividades lesivas ao meio ambiente, e dá outras providências. *Diário Oficial da República Federativa do Brasil*, Brasília, DF, 13 de fevereiro. 1998.

¹⁰⁴⁸ “Disparo de arma de fogo. Art. 15. Disparar arma de fogo ou acionar munição em lugar habitado ou em suas adjacências, em via pública ou em direção a ela, desde que essa conduta não tenha como finalidade a prática de outro crime: Pena – reclusão, de 2 (dois) a 4 (quatro) anos, e multa. Parágrafo único. O crime previsto neste artigo é inafiançável.” BRASIL. Lei n. 10.826, de 22 de dezembro de 2003. Dispõe sobre o registro, posse e comercialização de armas de fogo e munição, sobre o Sistema Nacional de Armas – SINARM, define crimes e dá outras providências. *Diário Oficial da República Federativa do Brasil*, Brasília, 23 dez. 2003.

¹⁰⁴⁹ “Art. 22 - Possuir, adquirir, transferir, transportar, guardar ou trazer consigo material nuclear, sem a necessária autorização. Pena: reclusão, de dois a seis anos.” BRASIL. Lei nº 6.453, de 17 de Outubro de 1977. Dispõe sobre a responsabilidade civil por danos nucleares e a responsabilidade criminal por atos relacionados com atividades nucleares e dá outras providências. *Diário Oficial da República Federativa do Brasil*, Brasília, DF, 18 out. 1977.

¹⁰⁵⁰ “Associação Criminosa. Art. 288. Associarem-se 3 (três) ou mais pessoas, para o fim específico de cometer crimes: Pena - reclusão, de 1 (um) a 3 (três) anos. Parágrafo único. A pena aumenta-se até a metade se a associação é armada ou se houver a participação de criança ou adolescente.” BRASIL. Decreto-lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940. Código Penal. *Diário Oficial da União*, Rio de Janeiro, 31 dez. 1940. “Artículo 570 bis 1. Quienes promovieren, constituyeren, organizaren, coordinaren o dirigieren una organización criminal serán castigados con la pena de prisión de cuatro a ocho años si aquella tuviere por finalidad u objeto la comisión de delitos graves, y con la pena de prisión de tres a seis años en los demás casos; y quienes participaren activamente en la organización, formaren parte de ella o cooperaren económicamente o de cualquier otro modo con la misma serán castigados con las penas de prisión de dos a cinco años si tuviere como fin la comisión de delitos graves, y con la pena de prisión de uno a tres años en los demás casos. A los efectos de este Código se entiende por organización criminal la agrupación formada por más de dos personas con carácter estable o por tiempo indefinido, que de manera concertada y coordinada se repartan diversas tareas o funciones con el fin de cometer delitos.” ESPAÑA. Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código penal. *Boletín Oficial del Estado*, 24 de noviembre de 1995, núm. 281.

Sin embargo, en este ámbito, lo que pasa es una cisión entre el pensamiento académico y la *praxis* del Derecho penal. Mientras la academia, en general, dominada por la ideología garantista¹⁰⁵¹ o minimalista¹⁰⁵² del Derecho penal¹⁰⁵³, sigue sosteniendo que todos los tipos penales que representan delitos de peligro abstracto no deben ser aplicados porque violan el principio de lesividad, el Poder Legislativo y el Poder Judicial (incluso por parte de las Cortes Constitucionales), en general, los siguen creando y aplicando lo igual, sin ningún pudor, medida o racionalidad, justificando su creación en supuestas necesidades sociales, y justificando su aplicación en la estructura de los delitos formales, que no exigen un resultado material para la caracterización de su consumación o en otras necesidades sociales¹⁰⁵⁴.

La propuesta de Jakobs es contener la creación de tipos de delitos que representan la criminalización de estadios previos a la lesión a bienes jurídicos bajo la creación de criterios razonables de constatación de la legitimidad de dichos tipos penales, como la consideración del plan subjetivo del autor, la entidad del daño que puede ser causado, la probabilidad real o el grado de cercanía de la lesión, considerados después que el autor realiza una acción externa, que promuevan consensos sociales razonables sobre su tipificación, lo que, se llevado

¹⁰⁵¹ FERRAJOLI, Luigi. *Derecho y razón*. Teoría del garantismo penal, Madrid, Editorial Trotta, 1995.

¹⁰⁵² BARATTA, Alessandro. “Principi del diritto penale minimo”, in: *Dei delitti e delle pene*: rivista di studi sociali, storici e giuridici sulla questione criminale, anno 3, n. 3, Torino, 1985, p. 443 y ss.

¹⁰⁵³ Aquí se abstiene de mencionar el pensamiento abolicionista, que en la medida que está bien cómo crítica, está terrible como proposición de algo concreto, pero es todavía muy influyente en academia, especialmente por representar, en los países capitalistas, una forma de “liberación” de la “opresión del sistema”, que representa la pena, impuesta al delincuente, alguien visto como un “revolucionario primitivo” por los adeptos de la ideología del fin de las luchas de clases (comunismo), todavía muy viva en Latinoamérica y algunos rincones de Europa, sea con su cara antigua, en Cuba y Venezuela, sea travestido de social-democracia (en casi la totalidad de los otros países). Sobre el abolicionismo, Véase: HULSMAN, Louk; DE CELIS, Jacqueline. *Penas Perdidas. O Sistema Penal em Questão*, Niterói: Luam, 1993, y ZAFFARONI, Eugenio Raúl. *En busca de las penas perdidas – deslegitimación y dogmática jurídico-penal*. Buenos Aires: Ediar Sociedad Anónima, 1998. Aunque Zaffaroni no lo admita, la abolición de todo el sistema penal es una consecuencia lógica de sus proposiciones.

¹⁰⁵⁴ “2. *CRIMES DE PERIGO ABSTRATO. PORTE DE ARMA. PRINCÍPIO DA PROPORCIONALIDADE*. A Lei 10.826/2003 (Estatuto do Desarmamento) tipifica o porte de arma como crime de perigo abstrato. De acordo com a lei, constituem crimes as meras condutas de possuir, deter, portar, adquirir, fornecer, receber, ter em depósito, transportar, ceder, emprestar, remeter, empregar, manter sob sua guarda ou ocultar arma de fogo. Nessa espécie de delito, o legislador penal não toma como pressuposto da criminalização a lesão ou o perigo de lesão concreta a determinado bem jurídico. Baseado em dados empíricos, o legislador seleciona grupos ou classes de ações que geralmente levam consigo o indesejado perigo ao bem jurídico. A criação de crimes de perigo abstrato não representa, por si só, comportamento inconstitucional por parte do legislador penal. A tipificação de condutas que geram perigo em abstrato, muitas vezes, acaba sendo a melhor alternativa ou a medida mais eficaz para a proteção de bens jurídico-penais supraindividuais ou de caráter coletivo, como, por exemplo, o meio ambiente, a saúde etc. Portanto, pode o legislador, dentro de suas amplas margens de avaliação e de decisão, definir quais as medidas mais adequadas e necessárias para a efetiva proteção de determinado bem jurídico, o que lhe permite escolher espécies de tipificação próprias de um direito penal preventivo. Apenas a atividade legislativa que, nessa hipótese, transborde os limites da proporcionalidade, poderá ser tachada de inconstitucional.” BRASIL. Supremo Tribunal Federal. HC 104410, Relator(a): Min. GILMAR MENDES, Segunda Turma, julgado em 06/03/2012, ACÓRDÃO ELETRÔNICO DJe-062 DIVULG 26-03-2012 PUBLIC 27-03-2012.”

en serio, puede resolver la cuestión de la cisión entre teoría y práctica del Derecho penal, en la medida en que promueve la racionalización del sistema penal. Es decir, para dotar de racionalidad el sistema de creación y aplicación de dichos tipos penales, y así pues, no permitir la legitimación de los supuestos materialización de dicha forma de tipificación que no esté de acuerdo con los criterios creados. En realidad, dicho procedimiento es una ponderación racional entre el principio de necesidad e la protección penal y el principio de lesividad, que puede justificar, a posteriori, y en situaciones excepcionales (extremas, por ejemplo) algo que podría clasificarse como Derecho penal del enemigo.

A pesar de dichas consideraciones, Jakobs hace hincapié en observar que la creación de delitos productores de un clima representa el abandono de un Estado de libertades, precisamente por representar la invasión de la esfera privada del autor¹⁰⁵⁵. Es decir, el autor pone que *“la existencia de un Derecho penal de enemigos no es signo, por tanto, de la fortaleza del Estado de libertades, sino un signo de que en esa medida simplemente no existe”*¹⁰⁵⁶, de ahí se saca su carácter crítico en relación con el Derecho penal del enemigo, en este momento. Sin embargo, al paso que critica dicha tendencia, Jakobs también la fundamenta, de la siguiente forma:

Ciertamente son posibles situaciones, que quizá se dan incluso en este momento, en las que normas imprescindibles para un Estado de libertades pierden su poder de vigencia si se aguarda con la represión hasta que el autor salga de su esfera privada. Pero incluso entonces el Derecho penal de enemigos sólo se puede legitimar como un Derecho penal de emergencia que rige excepcionalmente. Los preceptos penales a él correspondientes tienen por ello que ser separados estrictamente del Derecho penal de ciudadanos, preferiblemente también en su presentación externa.¹⁰⁵⁷

7.2.1.1 Conclusiones.

¹⁰⁵⁵ “Con ello no me propongo relativizar todas las afirmaciones anteriores mediante la recomendación de que el Estado no se atenga a las mencionadas ataduras cuando resulte oportuno. Las ataduras son constitutivas para el Estado de libertades; quien las desata, abandona tal modelo de Estado.” JAKOBS, Günther. *Estudios de Derecho penal*, UAM Ediciones, Edit, Civitas, Madrid, 1997, pp, 293 a 324, p. 322.

¹⁰⁵⁶ JAKOBS, Günther. *Estudios de Derecho penal*, UAM Ediciones, Edit, Civitas, Madrid, 1997, pp, 293 a 324, p. 322-323.

¹⁰⁵⁷ JAKOBS, Günther. *Estudios de Derecho penal*, UAM Ediciones, Edit, Civitas, Madrid, 1997, pp, 293 a 324, p. 322.

Si llevada en serio la propuesta de Jakobs presente en el texto que ahora se comenta, debería haber la radical separación de normas que criminalizan estadios previos a lesiones a bienes jurídicos (o crean un clima de hostilidad al ordenamiento jurídico) de las normas penales que representan un injusto material completo, para aplicar las primeras sólo a supuestos excepcionales, que sólo de forma también excepcional pueden quedarse justificadas en una teoría del Derecho penal, pero que, de todos modos, representan muy claramente el alejamiento a un Estado de libertades, lo que es una consecuencia inexorable de su aplicación, que se puede identificar de forma independiente de los razonamientos que pueden eventualmente justificar su existencia, vigencia, validez y aplicación.

Aunque las consideraciones de Jakobs en este texto sean muy interesantes, prácticas y coherentes, algunas observaciones deben ser hechas antes de avanzar hacia el análisis de otros textos. En primer lugar, se puede identificar que Jakobs desarrolla sus razonamientos bajo consideraciones críticas que se podría llamar de típicas de un funcionalismo clásico.

Es decir, Jakobs parece mucho más preocupado en corregir las categorías dogmáticas del finalismo, como el rol del bien jurídico y el sentido del injusto, hacia la construcción de un modelos propiamente pos-finalista, como él modelo de funcionalismo moderado de Roxin, que concibe el Derecho penal como un sistema cognitiva y operativamente abierto, a funciones político-criminales¹⁰⁵⁸, pero que no rompe totalmente con el método finalista de observación de la realidad. En este sentido, la grande contribución de Roxin fue orientar las categorías dogmáticas finalistas hacia una finalidad más allá de la finalidad de la acción, es decir, hacia una función político-criminal, y por eso, también es conocido como funcionalismo teleológico¹⁰⁵⁹.

Sin embargo, Jakobs, en trabajos futuros, como en su manual, camina hacia una radicalización del pensamiento de Roxin, no basado demasadamente, como hizo este, en categorías dogmáticas finalistas y una teleología de la norma, sino basado, *prima facie*, en la teoría sociología de Niklas Luhmann, inspirado por la filosofía de Hegel Georg Wilhelm Friedrich

¹⁰⁵⁸ Véase: ROXIN, Claus. *Política criminal y sistema del Derecho penal*. Buenos Aires, 2000. p. 19.

¹⁰⁵⁹ GONÇALVES, Marco Fratzezi. "Fundamentos teóricos do funcionalismo teleológico-racional em Claus Roxin: Algumas considerações." In: *Âmbito Jurídico*, Rio Grande, XIII, n. 83, dez 2010. Disponível em: <http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&%20artigo_id=8778>. Acesso em jan 2016.

Hegel, lo que puede ser claramente observado, por ejemplo, en las concepciones de Jakobs sobre la función del Derecho penal, el papel de la teoría del bien jurídico y la noción de culpabilidad.

Así pues, en el texto aquí analizado, se ve un Jakobs todavía muy vinculado a la concepción de Derecho penal welzeliana, lo que no pasa con sus trabajos publicados a partir de los años noventa del siglo pasado, que buscan una fundamentación y una funcionalidad a través de la observación de la sociedad bajo la óptica de la vertiente del pensamiento sociológico denominada funcionalismo sistémico.

La otra consideración importante que debe ser hecha dice respecto a la propia noción de enemigo en este trabajo del autor estudiado. Jakobs basa esta dicha idea en la violación del principio de lesividad, que exige la realización de un injusto material para la intervención del Estado en la esfera de acción del individuo. Así, pues, la invasión de la esfera privada sin que haya la realización de una acción que perturba efectivamente la esfera de organización de otras personas (injusto material) es lo que basa la idea de enemistad. Aunque dicha construcción sea el inicio de la idea de enemigo en el Derecho penal contemporáneo, su carácter rudimental no debe ser desestimado. Jakobs ha construido dicho concepto en una fase teórica diferente de la fase en la cual lo ha fundamentado en la teoría funcionalista sistémica, lo que cambia mucho su sentido y potenciales funciones.

Después del texto *Criminalización en el estado previo a la lesión de un bien jurídico*, Jakobs desarrolla consideraciones teóricas sobre el tema desde una perspectiva funcionalista luhmanniana, no más desde la perspectiva de la ofensividad al bien jurídico, y por eso, el concepto desarrollado en aquella época no tiene más un potencial de rendimiento explicativo coherente con el nuevo marco teórico. En realidad, dicha construcción teórica tiene más el papel histórico o precursor de la idea de enemistad en el ordenamiento jurídico-penal que propiamente un potencial de permitir un desarrollo efectivo de consideraciones teóricas acerca de su sentido, condición de existencia, función y legitimidad, lo que debe ser mucho mejor realizado bajo los auspicios de un marco teórico coherente con una visión normativista del Derecho y del mundo.

Parece que en los trabajos subsecuentes Jakobs ha encontrado nuevos fundamentos, funciones y sentidos a lo que llamó Derecho penal del enemigo. Así pues, a continuación se analiza algunos los textos en los que el autor desarrolla dicho concepto.

7.2.2 *Das Selbstverständnis der Strafrechtswissenschaft vor den Herausforderungen der Gegenwart* (1999).¹⁰⁶⁰

En esta ponencia, Jakobs ya demuestra claramente una fundamentación funcionalista-sistémica directa de sus concepciones sobre las funciones y categorías del Derecho penal, además de definir el Derecho penal del enemigo como lo conocemos y proponer la investigación de los motivos de su existencia. Así pues, es precisamente en este trabajo que por primera vez Jakobs se dedica a identificar las razones de la existencia en nuestros ordenamiento jurídicos de un Derecho penal más apropiado a la reacción contra un enemigo que contra el delito realizado por el ciudadano, a justificar su existencia y a proponer su separación en la medida de lo posible del Derecho penal de ciudadanos. Jakobs empieza con la preocupación de identificar la metodología, el papel y los retos de la *Strafwissenschaft* en la contemporaneidad.

7.2.2.1 La ciencia del Derecho penal.

Ahora bien, en este trabajo, Jakobs empieza con un breve análisis de los fines de la ciencia del Derecho penal en la contemporaneidad. Seguramente, después de Von Kirchmann¹⁰⁶¹, la naturaleza del conocimiento producido a través del Derecho penal no puede ser considerada como estrictamente científica, en razón de la falta de estabilidad de su objeto, en el sentido de una *Naturwissenschaft* (aunque quede la eterna cuestión acerca de la posibilidad de su

¹⁰⁶⁰ JAKOBS, Günther. “La autocomprensión de la ciencia del Derecho penal ante los desafíos del presente”. En: VVAA. *La ciencia del Derecho penal ante el nuevo milenio*. Valencia, Tirant lo Blanc, 2004, pp. 53-64.

¹⁰⁶¹ “¿Cuán es el contenido de todos aquellos comentarios, exégesis, monografías, cuestiones, meditaciones, tratados y casos jurídicos? Sólo una pequeña parte de esta literatura se ocupa del Derecho Natural: más que nueve diezavos tratan de las lagunas, ambigüedades, contradicciones, de lo falso, anticuado y arbitrario de las leyes positivas. Su objeto lo es la ignorancia, el descuido y la pasión del legislador. El genio inclusive no se niega de servir a la impremeditación y de desarrollar para justificarla, todo su ingenio y toda su erudición. Por culpa de la ley positiva los juristas se han convertido en gusanos que sólo viven de madera podrida. Abandonando la madera sana, anidan y tejen en la carcomida. La ciencia, al hacer del azar su objeto, se convierte ella misma en azar: tres palabras rectificadoras del legislador y bibliotecas enteras se convierten en papeles inútiles.” VON KIRCHMANN, Julius Hermann. *La jurisprudencia no es ciencia. El carácter a-científico de la llamada ciencia del derecho* (1847), Lima, Instituto Pacífico, 2015, p. 33.

carácter ser considerado una *Geisteswissenschaft*¹⁰⁶², o más contemporáneamente, de una *Kulturwissenschaft*). Jakobs se refiere a la *ciencia* del Derecho penal (*Strafwissenschaft*) como una *Rechtsdogmatik*, una subdivisión de la *Jurisprudenz* (o *Rechtswissenschaft*), y en este sentido, su objeto sería la interpretación de la ley penal y su método, por excelencia, la hermenéutica¹⁰⁶³. Con las palabras de Gimbernat, “*Con otras palabras: Lo que el dogmático tiene que averiguar es ver si —y cómo— está regulado un supuesto de hecho concreto por el Derecho penal. Al hacerlo hace la ciencia del Derecho penal.*”¹⁰⁶⁴ Así pues, se puede considerar el Derecho penal una técnica cuyo objeto inmediato es la interpretación de la Ley penal, y el objeto mediato, la resolución de conflictos sociales (en teoría, porque en la práctica, sabemos que muchas veces el Derecho penal en lugar de resolver, crea problemas sociales¹⁰⁶⁵).

Concretamente en el sentido sostenido por Gimbernat, en relación con el método del Derecho penal cómo la hermenéutica, Jakobs pone que la ciencia del Derecho penal se concretalos estudios de principios categóricos del Derecho penal (bases legales del sistema penal de

¹⁰⁶² Para conocer el debate: HEBAISEN, Michael Walter. *Recht und Staat als Objektivationen des Geistes in der Geschichte: Eine Grundlegung von Jurisprudenz und Staatslehre als Geisteswissenschaften*. Teilband I. 1. Auflage - Biel/Bienne: Schweizerischer Wissenschafts und Universitätsverlag, 2004, p. 253 y ss. Observese que hay autores que cuestionan si el Derecho podría ser, incluso, una ciencia de todos modos, en este sentido, véase: MÜLLER, Jörg Paul. “Jurisprudenz - eine Wissenschaft?”, in: *VSH-Bulletin* Nr. 4, November 2000 APU-Bulletin no 4, novembre 2000, disponible en: <http://www.hsl.ethz.ch/pdfs/2000_4_Mueller.pdf>, acceso en: 16/01/2015.

¹⁰⁶³ Gimbernat, de forma magistral, aclara la cuestión, explica lo que sería el método y el objeto de la ciencia del Derecho penal, lo que pone una respuesta bien fundada a la cuestión, y aunque no niegue el carácter de ciencia del espíritu al Derecho penal, lo acerca mucho más del concepto de una técnica que de una ciencia, de la siguiente forma: “El objeto de la ciencia del Derecho penal es la ley positiva juridicopenal, esto es: determinar cuál es el contenido del Derecho penal, qué es lo que dice el Derecho penal: «La problemática auténtica del “descubrimiento de la verdad” sólo empieza en el pensamiento jurídico cuando de lo que se trata es de la aplicación del Derecho expuesto en los datos positivos prescritos a la multitud de datos de la vida». Con otras palabras: Lo que el dogmático tiene que averiguar es ver si —y cómo— está regulado un supuesto de hecho concreto por el Derecho penal. Al hacerlo hace la ciencia del Derecho penal.” Gimbernat, *Concepto y método*, 1999, p. 36 y “Lo que se llama “metodología jurídica”, escribe Engisch, tiene preferentemente por objeto la obtención de la premisa mayor (*sc.* Del silogismo de la subsunción), esto es: el objeto de la metodología jurídica es, sobre todo, el de determinar el contenido de la proposición jurídica para ver qué casos concretos de vida son subsumibles a ella” Gimbernat, *Concepto y método*, 1999, p. 44

¹⁰⁶⁴ GIMBERNAT ORDEIG, Enrique. *Concepto y método de la ciencia del Derecho penal*, Editorial Tecnos, Madrid, 1999, p. 36.

¹⁰⁶⁵ Una situación clara que demuestra el problema creado por el Derecho penal es la criminalización de conductas que no representan, por un lado, ni una lesión o peligro de lesión al bien jurídico, y por otro lado, tampoco representan conductas socialmente reprochables, que significa criminalizar conductas normales no dañosas, socialmente tolerables, y poner en la cárcel personas que no han violado valores sociales en ningún sentido. Son ejemplos de estas irracionalidades de Derecho penal los casos citados, del delito de maltrato de planta ornamental particular, en Brasil o la criminalización de la posesión pasiva de armamento de defensa, como el delito de tenencia de un puñal, en España.

imputación), que revela los conceptos jurídicos fundamentales, en conexión con la teoría general del Derecho vigente.¹⁰⁶⁶

En este sentido, Jakobs informa que la *praxis* de la ciencia del Derecho representa, en un doble sentido, la búsqueda de una justicia equitativa y uniforme, al paso que investiga y establece las características de un programa de pautas de conducta, del actuar justo e injusto, esencialmente normativo, en el cual se vinculan los ámbitos de conocimiento humano de la ciencia, de la política y del Derecho.¹⁰⁶⁷

Desde esta observación, Jakobs sostiene que la génesis de la norma jurídica está en el acoplamiento estructural de los sistemas político y del Derecho, en el cual la política criminal y la aplicación del Derecho a los supuestos de hecho se sirven de los conocimientos del sistema de la ciencia.

Así pues, desde el paradigma luhmanniano, a través de las consideraciones de Jakobs, en una observación funcional-sistémica, se puede formular un concepto original de lo que puede ser considerado Derecho penal, es decir, se le puede definir como el acoplamiento estructural entre los sistemas de la política (a través de la producción de una política criminal, con el código binario mayoría/minoría, en un sistema democrático, o poder/no poder, en todos los sistemas), del sistema del Derecho (a través de la del establecimiento concreto de pautas de conducta normativas e imperativas, usándose el código binario lícito/ilícito, con la utilización de tipos que prevén penas tendientes a la prisión, bajo un proceso judicial específico), y del sistema de la ciencia (que, a través de la producción de conocimiento bajo la utilización del código binario verdadero/falso en los análisis de las hipótesis científicas, alimenta tanto el sistema de la política, con informaciones de la criminología, psicología, sociología et caetera,

¹⁰⁶⁶ “Así, se dice, por ejemplo, que la ciencia del derecho se refiere «a los principios categóricos del Derecho penal», que debe alumbrar los «conceptos jurídicos fundamentales», y además de manera «deductiva» (!), pero ello sin que la «teoría del derecho vigente» sea excluida de la ciencia del derecho.” JAKOBS, Günther. “La autocomprensión de la ciencia del Derecho penal ante los desafíos del presente”. En: VVAA. *La ciencia del Derecho penal ante el nuevo milenio*. Valencia, Tirant lo Blanc, 2004, pp. 53-64, p. 54.

¹⁰⁶⁷ “Lo práctico de la ciencia del derecho es entendido en parte en un doble sentido: primero, como caracterización de la instauración «de una justicia equitativa y uniforme» y segundo, como caracterización de la ciencia del actuar justo e injusto, es decir, como parte de la filosofía práctica —en todo caso, se vinculan nuevamente ciencia, política y derecho—.” JAKOBS, Günther. “La autocomprensión de la ciencia del Derecho penal ante los desafíos del presente”. En: VVAA. *La ciencia del Derecho penal ante el nuevo milenio*. Valencia, Tirant lo Blanc, 2004, pp. 53-64, p. 54.

cuanto el sistema del Derecho, con la construcción de las categorías dogmáticas del Derecho penal, para la aplicación de las normas penales)¹⁰⁶⁸

Sin embargo, Jakobs también ve que la centralidad que el sistema económico viene conquistando en los últimos tiempos tiende a internacionalizar dicho procedimiento de acoplamiento estructural, estableciendo un nuevo orden de cosas que también producirá sus propias reglas.¹⁰⁶⁹ Eso trae el problema de la valoración contingencial del conocimiento. La economía sólo valora el conocimiento útil a ella, que se puede aprovechar de acuerdo con sus propias reglas, y así, para este sistema sólo tiene valor el conocimiento jurídico-penal que redunde en manutención o mejora de la situación de los bienes.¹⁰⁷⁰

Lo que Jakobs no aclara en este parte de su lección es si la protección de la libertad individual, derechos fundamentales o bienes jurídicos se encaja en lo que él sostiene ser un bien a ser mantenido o mejorado a través del Derecho penal, o sólo si las relaciones económicas que producen riqueza se subsumirían a esta categoría. Es un poco incoherente, también, el hecho de un autor adoptar abiertamente el funcionalismo sistémico de Niklas Luhmann y luego hacer una consideración como esta, teniendo en cuenta que es un presupuesto fundamental de la teoría luhmanniana la centralidad del sistema del Derecho, o por lo menos inexistencia de jerarquía entre subsistemas sociales. Aunque sea claro que en sociedades organizadas como economías de mercado, la economía sea el eje que hace funcionar una buena parte del sistema social, las decisiones internas de cada sistema son

¹⁰⁶⁸ “Resumiendo lo anterior, se puede constatar que a la comprensión de la ciencia jurídico-penal moderna pertenece —no unánimemente; especialmente se ha hecho un paréntesis con el planteamiento de Kelsen— un acoplamiento con el sistema político y con el sistema jurídico, por el cual política y praxis, en razón de su propia estabilidad, deben servirse de los conocimientos de la ciencia.” JAKOBS, Günther. “La autocomprensión de la ciencia del Derecho penal ante los desafíos del presente”. En: VVAA. *La ciencia del Derecho penal ante el nuevo milenio*. Valencia, Tirant lo Blanc, 2004, pp. 53-64, p. 55.

¹⁰⁶⁹ “El gran desafío del presente, el dominio del sistema económico y, como consecuencia de ello, la internacionalización de todas las instituciones, va a imponer de todas formas un nuevo orden.” JAKOBS, Günther. “La autocomprensión de la ciencia del Derecho penal ante los desafíos del presente”. En: VVAA. *La ciencia del Derecho penal ante el nuevo milenio*. Valencia, Tirant lo Blanc, 2004, pp. 53-64, p. 55.

¹⁰⁷⁰ “La época en la que la sociedad (también) se representaba a través de su ciencia libre de fines, al igual que el medievo (también) lo hacía a través de sus catedrales, parece tocar a su fin: la economía no valora el conocimiento per se, sino sólo el conocimiento aprovechable, es más, aprovechable para ella misma, esto es, para una economía que actúa internacionalmente. Para ésta, sin embargo, acostumbrada a hacer balance anualmente o incluso con mayor frecuencia, un conocimiento jurídico-penal es sólo aprovechable para ver cómo puede mejorar más o menos a corto plazo la situación de seguridad de los bienes o, al menos, mantenerse.” JAKOBS, Günther. “La autocomprensión de la ciencia del Derecho penal ante los desafíos del presente”. En: VVAA. *La ciencia del Derecho penal ante el nuevo milenio*. Valencia, Tirant lo Blanc, 2004, pp. 53-64, pp. 55-56.

tomadas de acuerdo con sus propias reglas de funcionamiento, y en eso se constituye la clausura operativa¹⁰⁷¹.

Así, pues, no es cierto que el sistema de la economía, aunque intente mucho (si esto es efectivamente posible), podría quitar del listado de delitos, a través del sistema político, el homicidio y la violación, porque existe consenso, de acuerdo con el código binario del sistema político que dichos delitos deben continuar a existir. Este tipo de aporte tiene mucho más que ver con consideraciones del referencial teórico del análisis económico del Derecho (*Economic analysis of law*), bien trabajado del jurista americano Richard Posner¹⁰⁷², quien sostiene que medidas judiciales o jurídicas muy costosas tienden a no ejecutarse, lo que tampoco parece incoherente.

Como ejemplo de este tipo de medida, se puede poner algunos tipos de violación de la propiedad intelectual comunes en nuestras sociedades, como la disposición en internet de canciones digitalizadas, con ánimo de obtenerse beneficio económico indirecto (con la publicidad de la página en internet), en perjuicio al autor (impago de sus derechos) y sin la autorización de estos¹⁰⁷³.

Supuestos como estos, en virtud del grado de difusión de páginas en la internet que realizan este tipo de ilícito penal por el mundo (y, en consecuencia, la difusión de sus autores), tiene una persecución que presupone el gasto de muchos recursos, y por eso, sus autores tienden a no ser castigados. Sin embargo, las influencias de la economía del delito tienen sus límites, como el caso del ejemplo puesto: aunque sea muy cara la persecución de, por ejemplo, autores de homicidios, es muy probable que dichos delitos sigan existiendo como tipos penales.

¹⁰⁷¹ “La clausura operativa trae como consecuencia que el sistema esté determinado a la auto-organización. Sus propias estructuras pueden construirse y transformarse únicamente mediante operaciones propias. Por ejemplo, el lenguaje sólo puede modificarse con la comunicación y no de forma inmediata con el fuego, los terremotos, las radiaciones espaciales, o con las prestaciones perceptivas de una conciencia particular.” LUHMANN, Niklas. *Sociedad de la sociedad*, op. cit., p. 67.

¹⁰⁷² Véase: POSNER, Richard A., *Economic Analysis of Law*, Boston, Little Brown, 1973.

¹⁰⁷³ “Artículo 270. 1. Será castigado con la pena de prisión de seis meses a cuatro años y multa de doce a veinticuatro meses el que, con ánimo de obtener un beneficio económico directo o indirecto y en perjuicio de tercero, reproduzca, plagie, distribuya, comunique públicamente o de cualquier otro modo explote económicamente, en todo o en parte, una obra o prestación literaria, artística o científica, o su transformación, interpretación o ejecución artística fijada en cualquier tipo de soporte o comunicada a través de cualquier medio, sin la autorización de los titulares de los correspondientes derechos de propiedad intelectual o de sus cesionarios.” ESPAÑA. Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código penal. *Boletín Oficial del Estado*, 24 de noviembre de 1995, núm. 281.

Se puede comprender también por seguridad de los bienes, función esperada del Derecho penal por la economía, sin embargo, la efectividad de un Derecho penal abierto cognitivamente a la política criminal, está orientada a la prevención de la criminalidad, es decir, a la manutención de la seguridad de los bienes jurídicos¹⁰⁷⁴. En este punto, Jakobs observa que seguridad y juridicidad no son la misma cosa¹⁰⁷⁵, y concretamente, en relación con la personalidad, dichos valores tienen sentidos que pueden quedarse opuestos en algunos casos.

7.2.2.2 La función de la pena.

La personalidad en Derecho no tiene sus orígenes en el grado de seguridad que las personas tienen de sus bienes, lo que está sujeto a circunstancias y contingencias, sino las tiene en su juridicidad, es decir, en su capacidad titularizar relaciones jurídicas, es decir, es el hecho de tener derechos y obligaciones que se le atribuye esta característica¹⁰⁷⁶. Por eso, Jakobs observa que la marca esencial de un hecho penal no es la lesión a un bien jurídico, sino la lesión a la juridicidad en sí misma. Esta afirmación representa un giro epistemológico del Derecho penal y, por eso, debe ser analizada con detenimiento, aunque su debido estudio demandaría la redacción autónoma de una tesis. Jakobs redacta su observación acerca de este tema, de la siguiente forma:

Un hecho penal se puede caracterizar —paralelamente a esto— no como lesión de bienes, sino sólo como lesión de la juridicidad. La lesión de la norma es, como muestra la punibilidad de la tentativa, el

¹⁰⁷⁴ “La racionalidad del Derecho penal que hoy en día parece ter vigencia, es pues, eminentemente práctica, esto es, orientada a un fin, a la resolución de problemas sociales, que en su saber no puede ser otro que la prevención de la criminalidad.” ZÚÑIGA RODRÍGUEZ, Laura. *Criminalidad organizada y sistema de Derecho penal*. Contribución a la determinación del injusto penal de organización criminal. Granada, Comares, 2009, p. 12. “Al ser la prevención de la delincuencia el objetivo fundamental del sistema penal y del control social en general, viene a constituir el eje de la Política Criminal moderna.” ZÚÑIGA RODRÍGUEZ, Laura. *Política Criminal*. Madrid, Colex, 2001, p. 39.

¹⁰⁷⁵ “Empleando el término clave, lo que se exige es efectividad del Derecho penal. Sin embargo, el contexto del Derecho penal y la efectividad, entendida ésta como seguridad de los bienes, constituye un asunto delicado: juridicidad y seguridad no son precisamente una misma cosa.” JAKOBS, Günther. “La autocomprensión de la ciencia del Derecho penal ante los desafíos del presente”. En: VVAA. *La ciencia del Derecho penal ante el nuevo milenio*. Valencia, Tirant lo Blanc, 2004, pp. 53-64, p. 56.

¹⁰⁷⁶ “Las personas en derecho no se caracterizan primordialmente a través de la seguridad óptima de sus bienes, sino a través del hecho de que en general se las reconoce como titulares de derechos y obligaciones, es decir, que ostentan el correspondiente estatus.” JAKOBS, Günther. “La autocomprensión de la ciencia del Derecho penal ante los desafíos del presente”. En: VVAA. *La ciencia del Derecho penal ante el nuevo milenio*. Valencia, Tirant lo Blanc, 2004, pp. 53-64, p. 56.

elemento decisivo del hecho penal, y no la lesión de un bien. Paralelamente, tampoco la pena puede estar referida a la seguridad de los bienes o algo similar; la seguridad de los bienes o la prevención del delito están en una relación con la pena demasiado elástica como para poder pasar por funciones de ésta. La pena se debe entender más bien como marginalización del hecho en su significado lesivo para la norma y, con ello, como constatación de que su existencia normativa no ha cambiado; la pena es la confirmación de la identidad de la sociedad, esto es, de la existencia normativa, y con la pena este —si se quiere— fin de la pena se consigue siempre.¹⁰⁷⁷

Conforme lo explicado en el apartado dedicado al estudio de la teoría de sistemas sociales, el sentido sociológico de la pena para la teoría de los sistemas sociales es la creación de una comunicación, en el acoplamiento estructural del sistema social con los sistemas psíquicos, que tiene el sentido de confirmar la expectativa de comportamiento violada por la conducta de infracción de la norma.

El sentido de la pena es el alejamiento de la complejidad en la selección de expectativas, es decir, el refuerzo de la confianza en la selección realizada por el sistema, a través de la recepción de la comunicación que la pena contiene, informada por Jakobs, como la marginalización de un acto clasificado por el subsistema del Derecho como *Unrecht* (injusto/ilícito/antijurídico). Dicho proceso confirma la configuración normativa de la sociedad en la medida en la cual explicita dicha configuración y refuerza la confianza en su vigencia, lo que es llamado por Jakobs de función abierta de la pena.

En este sentido Jakobs hace una matización a lo que se suele llamar de prevención general positiva, en funciones diferentes de la pena, una abierta y otra latente, una de confirmación y otra de motivación. La primera función, identificada como abierta y que se puede definir como *función general positiva de confirmación*, es precisamente lo descrito en el párrafo antecedente, a saber: la marginalización del injusto y la consecuente confirmación de la expectativa violada como parte de la configuración normativa de la sociedad, y la segunda función, latente y que se puede identificar como *función general positiva de dirección/motivación/prevenición*, representa la posibilidad o el acto de realización práctica

¹⁰⁷⁷ JAKOBS, Günther. “La autocomprensión de la ciencia del Derecho penal ante los desafíos del presente”. En: VVAA. *La ciencia del Derecho penal ante el nuevo milenio*. Valencia, Tirant lo Blanc, 2004, pp. 53-64, p. 56.

del significado que contiene la confirmación, es decir, la repercusión, real o potencial, de la del contenido de la comunicación en la conducta de los individuos.¹⁰⁷⁸

Dicha matización tiene sentido porque cada una de las funciones informadas tiene un destinatario diferente.¹⁰⁷⁹ Los destinatarios del efecto comunicativo son las personas (sistemas psíquicos), individuos que participan en la comunicación como poseedores de disposición jurídica, es decir, individuos que poseen la condición de comprender el hecho y la predisposición a actuar de acuerdo con dicha comprensión, en general.¹⁰⁸⁰ Así pues, el sentido de la restricción de la disponibilidad de bienes realizada por la pena es la informar que no se tiene que tomar el hecho injusto como comunicación válida.¹⁰⁸¹

La función manifiesta está direccionada a las personas que tienen una predisposición inicial a dejarse orientar por el Derecho. Sin embargo, en relación con las funciones latentes (prevención/motivabilidad), su presupuesto es la inexistencia de una predisposición de fidelidad al Derecho, es decir, ella conlleva un efecto secundario de potencialidad de influencia en la conducta de una persona que no poseía dicha predisposición. Se identifica que, en dicha función, la reacción personal que puede dar lugar al efecto prevención (es decir, al efecto de abstención de la conducta injusta) no provienen de una disposición previa a la fidelidad al derecho, sino proviene de la casualidad u otras circunstancias personales que son contingentes, que pueden o no pasar. Así pues, el efecto latente se va dirigido a motivar, a través de carácter restrictivo de la pena, a los que no ven razones para orientar su conducta de

¹⁰⁷⁸ “Ahora bien, la función abierta de la pena, confirmar la identidad de la sociedad, no excluye admitir como función latente una dirección de la motivación: la marginalización del hecho y la confirmación de la configuración social que tiene lugar de manera permanente excluye las formas de comportamiento delictivo del repertorio de las que en todas partes se insinúan o quizá recomiendan. En otras palabras, en la organización normal cotidiana no se reflexiona primero acerca de la posibilidad de proceder delictivamente. Esta es la llamada prevención general positiva como función latente de la pena.” JAKOBS, Günther. “La autocomprensión de la ciencia del Derecho penal ante los desafíos del presente”. En: VVAA. *La ciencia del Derecho penal ante el nuevo milenio*. Valencia, Tirant lo Blanc, 2004, pp. 53-64, p. 56.

¹⁰⁷⁹ “La función abierta se alcanza por lo tanto en la comunicación personal; se trata solamente del cercioramiento acerca de qué es derecho y qué es injusto.” JAKOBS, Günther. “La autocomprensión de la ciencia del Derecho penal ante los desafíos del presente”. En: VVAA. *La ciencia del Derecho penal ante el nuevo milenio*. Valencia, Tirant lo Blanc, 2004, pp. 53-64, p. 57.

¹⁰⁸⁰ “El efecto confirmador se dirige a personas, es decir, a partícipes de la comunicación considerados como poseedores de disposición jurídica, es más, se dirige absolutamente a todas.” JAKOBS, Günther. “La autocomprensión de la ciencia del Derecho penal ante los desafíos del presente”. En: VVAA. *La ciencia del Derecho penal ante el nuevo milenio*. Valencia, Tirant lo Blanc, 2004, pp. 53-64, p. 57.

¹⁰⁸¹ “Teniendo como destinatarios a personas, el daño penal que se le inflige al autor mediante la privación de medios de desarrollo (libertad, dinero) no es para producir miedo o compasión u otros estados psíquicos, sino que sólo es portador de un significado, que es que no hay que tomar el hecho como comunicación válida.” JAKOBS, Günther. “La autocomprensión de la ciencia del Derecho penal ante los desafíos del presente”. En: VVAA. *La ciencia del Derecho penal ante el nuevo milenio*. Valencia, Tirant lo Blanc, 2004, pp. 53-64, p. 57.

acuerdo con la norma.¹⁰⁸² Las dos funciones son consideradas en la hora de establecer las cantidades y calidades de las penas de cada tipo penal.¹⁰⁸³

7.2.2.3 El Derecho penal del enemigo.

Desde este punto Jakobs trabaja específicamente lo que se puede llamar de presupuestos cognitivos básicos que permiten la convivencia civilizada y el significado de la creación de un Derecho penal del enemigo como forma de dar coherencia al sistema y efectividad de sus valores. Como hemos visto en apartado propio, una de las diferencias entre estado de naturaleza y contrato social es justamente en qué grado se puede esperar el aseguramiento de la libertad personal en un contexto de seguridad. La existencia del Estado y la norma sólo tiene sentido si existe efectivamente la protección de la libertad y de la seguridad personal, es decir, si con un grado muy alto de certeza se cree que se puede vivir sin que nadie nos reduzca injustificadamente el ámbito de disponibilidad de nuestros bienes legítimos en un orden normativo.

En este contexto, la civilidad (seguridad y libertad) que todos quieren para realizar sus objetivos de vida y desarrollar su personalidad debe ser un derecho y un deber, uno estrictamente vinculado al otro, especialmente porque la negación de uno representa también la negación del otro (si uno no respeta los derechos de los demás, está violando la expectativa de vigencia de dichos derechos). Así pues, el fundamento del Estado y de la norma es también el mismo fundamento del individuo: la garantía cognitiva (derecho-deber) a los presupuestos mínimos de la convivencia civilizada, identificada en con los presupuestos mínimos de respeto a las expectativas básicas de conducta (respeto a los valores elementales de la sociedad).

¹⁰⁸² “De manera distinta sucede cuando se trata de las funciones latentes. Acostumbrarse a ser fiel al derecho o quizá dejarse intimidar, esas no son reacciones personales; las personas no necesitan habituación o intimidación, pues, como se ha dicho anteriormente, son consideradas como partícipes de la comunicación con disposición jurídica. Solamente ha de ser dirigido mediante habituación o intimidación aquel que carece *per se* de disposición jurídica, de nuevo en el lenguaje kantiano, el *homo phaenomenon*, el individuo que se balancea entre la apetencia y la inapetencia.” JAKOBS, Günther. “La autocomprensión de la ciencia del Derecho penal ante los desafíos del presente”. En: VVAA. *La ciencia del Derecho penal ante el nuevo milenio*. Valencia, Tirant lo Blanc, 2004, pp. 53-64, p. 57.

¹⁰⁸³ “También una sociedad consciente de los riesgos puede medir la pena según su función abierta, es decir, con vistas a la confirmación de la identidad normativa, y suponer que con el tiempo se generará un provecho suficiente en cuanto a prevención.” JAKOBS, Günther. “La autocomprensión de la ciencia del Derecho penal ante los desafíos del presente”. En: VVAA. *La ciencia del Derecho penal ante el nuevo milenio*. Valencia, Tirant lo Blanc, 2004, pp. 53-64, p. 57.

Si uno destruye la confianza en la dicho núcleo axiológico elemental de forma contundente, devastadora y duradera, poniendo en cuestión los presupuestos básicos de civilidad de los cuales se beneficia toda la sociedad (incluso él), él no puede esperar que dichos valores vengan en su socorro. Es decir, por ejemplo, si uno sabe que en su país se castiga con pena de muerte a quien mata, él no puede invocar el derecho a la vida para que no se le apliquen esta condena en el caso de haber matado. Así pues, la reacción a la violación de grave entidad diseñada en las líneas precedentes se acerca mucho más de una reacción contra un enemigo que una reacción contra alguien que comprende y participa en la vida en sociedad.¹⁰⁸⁴

Sin embargo, eso no significa que todo se puede hacer para rechazar la amenaza que el comportamiento descrito en los párrafos precedentes representa, pero que se debe conservar la posibilidad de que sus autores comprendan y se reincorporen al estado de civilidad que han puesto en cuestión. Pero esta situación permite la tomada de muchas medidas de aseguramiento contra el comportamiento lesivo, incluso medidas típicas de preparación para la legítima defensa y medidas de reducción de riesgos¹⁰⁸⁵. Hay que subrayar que, en contrario de lo que muchos creen a respecto, Jakobs dice explícitamente que no se puede hacer todo (tomar medidas desmesuradas) en el ámbito del Derecho penal del enemigo, aunque se pueda hacer mucho en tema de gerencia de los riesgos (sin embargo, hay que aclarar que eso no representa para nada un fundamento de justificación del Derecho penal del enemigo)¹⁰⁸⁶,

¹⁰⁸⁴ “Junto a la certeza de que a nadie le está permitido matar, debe darse también la de que muy probablemente nadie va a matar. Pero no es sólo la norma la que precisa de un aseguramiento cognitivo, sino también la persona. Quien quiera ser tratado como persona, debe dar también una cierta garantía cognitiva de que se va a comportar como tal. Si esta garantía no se da o incluso es denegada de forma expresa, el Derecho penal pasa de ser la reacción de la sociedad frente al hecho de uno de sus miembros a convertirse en una reacción frente a un enemigo.” JAKOBS, Günther. “La autocomprensión de la ciencia del Derecho penal ante los desafíos del presente”. En: VVAA. *La ciencia del Derecho penal ante el nuevo milenio*. Valencia, Tirant lo Blanc, 2004, pp. 53-64, p. 58.

¹⁰⁸⁵ “Esto no significa que entonces esté todo permitido, incluso una acción sin medida. Al contrario, al enemigo se le reconoce una personalidad potencial, de tal manera que en una lucha no puede superarse el límite de lo necesario. Pero eso aún permite mucho, todavía más que en la legítima defensa, en la que la defensa necesaria tiene que ser siempre reacción frente a una agresión actual, mientras que en el Derecho penal de enemigos, como se va a mostrar a continuación, también se trata de la defensa frente a agresiones futuras.” JAKOBS, Günther. “La autocomprensión de la ciencia del Derecho penal ante los desafíos del presente”. En: VVAA. *La ciencia del Derecho penal ante el nuevo milenio*. Valencia, Tirant lo Blanc, 2004, p. 58.

¹⁰⁸⁶ “Esto no significa que entonces esté todo permitido, incluso una acción sin medida. Al contrario, al enemigo se le reconoce una personalidad potencial, de tal manera que en una lucha no puede superarse el límite de lo necesario. Pero eso aún permite mucho, todavía más que en la legítima defensa, en la que la defensa necesaria tiene que ser siempre reacción frente a una agresión actual, mientras que en el Derecho penal de enemigos, como se va a mostrar a continuación, también se trata de la defensa frente a agresiones futuras. JAKOBS, Günther. “La autocomprensión de la ciencia del Derecho penal ante los desafíos del presente”. En: VVAA. *La ciencia del Derecho penal ante el nuevo milenio*. Valencia, Tirant lo Blanc, 2004, p. 58.

A partir de este momento Jakobs empieza a describir lo que sus razonamientos pueden representar en la práctica, es decir, sus repercusiones en el Derecho penal, a saber: amplio adelantamiento de la punibilidad, con el cambio de la perspectiva del hecho producido por la del hecho que se va a producir, falta de una reducción de la pena en proporción a dicho adelantamiento, paso de la legislación de Derecho penal a la legislación de la lucha para combatir la delincuencia y supresión de garantías procesales.¹⁰⁸⁷ En resumen, para Jakobs, serían las citadas características el núcleo ontológico de un Derecho penal del enemigo.¹⁰⁸⁸

Avanzando en el desarrollo de sus ideas, Jakobs define el enemigo como individuo que, de forma presumiblemente duradera demuestra, por su conducta habitual, ocupación profesional o pertenencia a organización, que se ha abandonado el derecho, se ha alejado de los presupuestos mínimos de civilidad que permiten la vida en sociedad.¹⁰⁸⁹

¹⁰⁸⁷ “El Derecho penal de enemigos sigue otras reglas distintas a las de un Derecho penal jurídico-estatal interno y todavía no se ha resuelto en absoluto la cuestión de si aquel, una vez indagado su verdadero concepto, se revela como derecho. Particularidades típicas del Derecho penal de enemigos son: 1) amplio adelantamiento de la punibilidad, es decir, cambio de la perspectiva del hecho producido por la del hecho que se va a producir, siendo aquí ejemplificadores los tipos de creación de organizaciones criminales o terroristas (pgfos. 129, 129 a Código penal alemán) o del cultivo de narcóticos por parte de bandas organizadas (pgfos. 30 I 1, 31 I 1 Ley de Narcóticos); 2) falta de una reducción de la pena en proporción a dicho adelantamiento, por ejemplo, la pena para el cabecilla de una organización terrorista es igual a la del autor de una tentativa de asesinato, por supuesto cuando se aplica la aminoración de la tentativa (pgfos. 129 II, 211 I, 49 I 1 Código penal alemán) y en su mayoría sobrepasa ostensiblemente a las penas reducidas por tentativa previstas en los otros delitos de asociaciones terroristas mencionados; 3) paso de la legislación de Derecho penal a la legislación de la lucha para combatir la delincuencia, en la que de lo que se trataría es de combatir la delincuencia económica, el terrorismo, la criminalidad organizada, pero también —con alguna pérdida de contornos— delitos sexuales y otras conductas penales peligrosas, así como —abovedando todo— la delincuencia en general; 4) supresión de garantías procesales, constituyendo entretanto la incomunicación del procesado (pgfos. 31 y ss. Ley de Introducción a la Ley sobre la Constitución Judicial) el ejemplo clásico.” JAKOBS, Günther. “La autocomprensión de la ciencia del Derecho penal ante los desafíos del presente”. En: VVAA. *La ciencia del Derecho penal ante el nuevo milenio*. Valencia, Tirant lo Blanc, 2004, pp. 53-64, pp. 58-59.

¹⁰⁸⁸ “Con este lenguaje —adelantando la punibilidad, combatiendo con penas más duras, limitando las garantías procesales—, el Estado no habla con sus ciudadanos, sino que amenaza a sus enemigos, y queda el interrogante de quiénes son considerados enemigos.” JAKOBS, Günther. “La autocomprensión de la ciencia del Derecho penal ante los desafíos del presente”. En: VVAA. *La ciencia del Derecho penal ante el nuevo milenio*. Valencia, Tirant lo Blanc, 2004, pp. 53-64, p. 59.

¹⁰⁸⁹ “El enemigo es un individuo que, no sólo de manera incidental, en su comportamiento (delitos sexuales; ya el antiguo delincuente habitual «peligroso» según el p.º 20 a Código penal alemán) o en su ocupación profesional (delincuencia económica, delincuencia organizada y también, especialmente, tráfico de drogas) o principalmente a través de su vinculación a una organización (terrorismo, delincuencia organizada, nuevamente el tráfico de drogas o el ya antiguo «complot de asesinato»), es decir, en cualquier caso, de una forma presuntamente duradera, ha abandonado el derecho y, por tanto, no garantiza el mínimo cognitivo de seguridad del comportamiento personal y demuestra este déficit a través de su comportamiento.” JAKOBS, Günther. “La autocomprensión de la ciencia del Derecho penal ante los desafíos del presente”. En: VVAA. *La ciencia del Derecho penal ante el nuevo milenio*. Valencia, Tirant lo Blanc, 2004, pp. 53-64, p. 59.

En este punto hay que hacerse algunas observaciones. En primer lugar, aunque se niegue de forma perentoria cualquier posibilidad de justificación de un Derecho penal del enemigo (lo que casi todos que se han dedicado a estudiar el tema lo hacen¹⁰⁹⁰), hay que reconocerse que el enemigo, el individuo que presenta las características informadas por Jakobs (desprecio total por el Derecho y conducta social criminal nociva de grave entidad) existe de hecho.

No se puede negar que existen, en nuestras sociedades, seres humanos imputables que están comprometidos en un grado tan alto de satisfacción de sus propios intereses, que están dispuestos a practicar todos los tipos de violaciones graves de derechos fundamentales con finalidades exclusivamente egoístas. Sea el alto cargo corrupto y cleptócrata de una democracia débil, el violador habitual de niños, el terrorista yihadista suicida infiltrado en Europa, *il capo dei capi* de una organización mafiosa transnacional o el organizador de una red internacional de trata de personas para la esclavitud sexual o extracción de órganos, todos estos individuos reales, que no sólo se quedan en el plan de la imaginación literaria de los responsables de los medios de comunicación, tienen algo en común: el real y total desprecio por los presupuestos más básicos de civilidad de nuestras sociedades y una predisposición inicial de permanencia en dicho desprecio.

Lo que se quiere decir es que el criminal descrito por Jakobs como enemigo, existe. No se le puede su negar existencia. Ignorar esta realidad, o suponer que el Derecho penal dicho “clásico” (diseñado desde el tipo penal de homicidio y tendiente a la maximización de garantías) resuelve satisfactoriamente dichos problemas, es aún peor: de un lado, puede dar lugar a una protección débil a los derechos fundamentales gravemente violados por las conductas citadas y, de otro, permite reacciones a veces desmesuradas o irracionales, de una entidad aún más grave que la propia conducta criminal, por parte de Estado (véase, por ejemplo, lo que pasaría si el uso del *waterboarding*¹⁰⁹¹ en los *extrajucial prosioners* en los EEUU, en un contexto de guerra, pasa a ser utilizado en tiempos de normalidad institucional, en el seno del Derecho penal ordinario o del ciudadano). En respuesta a la célebre pregunta del neokantiano Radbruch, si necesitamos de “un Derecho penal mejor” o “algo mejor que el

¹⁰⁹⁰ GRACIA MARTIN. “Sobre la negación de la condición de persona como paradigma del “Derecho penal del enemigo”, en: AA. VV. *Derecho penal del enemigo*. El discurso penal exclusión, 2 vols., Montevideo/Buenos Aires, Editorial B de F Edisofer, 2006, compilado por Manuel Cancio Meliá y Carlos Gómez-Jara Díez., vol. I. p. 1052.

¹⁰⁹¹ *Waterboarding* o tablero de agua, una técnica de interrogatorio avanzada en la que se vierte agua sobre un paño que cubre el rostro y los pasajes de respiración de un detenido inmovilizado, que se hace creer que se está ahogando bajo el agua.

Derecho penal” en relación con los fenómenos citados, es el problema central de la política criminal de hoy, al cual este trabajo pretende aportar algunas ideas y sugerencias que pueden ser útiles en su resolución.

Jakobs sigue a describir algunas de las condiciones sociales actuales que permiten el desarrollo de personalidades al margen del Derecho, aunque dichos tipos de orientación personal también hubiesen pasado en otras sociedades y otros tiempos, con otras características. Él sostiene que hay una tendencia en aumentarse el número de enemigos en nuestras sociedades, en razón de la pérdida de la vigencia de la religión como metanarrativa – o gran relato – de la vida humana, la pérdida de la creencia en el papel fundamental de la familia en la formación de la personalidad de individuo, y de la disolución del papel de la nacionalidad como fuerza axiológica unificadora¹⁰⁹².

Aunque no se pueda identificar en los trabajos de Jakobs ninguna religiosidad, un sentido relativo de nacionalidad, desvinculado de cualquier tipo de comparación entre pueblos y él no haga apología a una concepción tradicional de familia, y por eso, también, no se le puede calificar de conservador, sus observaciones tienen sentido¹⁰⁹³. En realidad, de hecho, al reconocer que cada sociedad tiene el deber de buscar la vigencia de su configuración normativa, él se acerca de un relativismo nacionalista, de un concepto de legitimación

¹⁰⁹² “Si todo no induce a error, el número de enemigos no va a descender tan pronto, sino que más bien todavía va a aumentar. Una sociedad que ha perdido el respaldo tanto de una religión conforme al Estado como de la familia, y en la cual la nacionalidad es entendida como una característica incidental, le concede al individuo un gran número de posibilidades de construir su identidad al margen del derecho o, al menos más de las que podría ofrecer una sociedad de vínculos más fuertes. A esto se añade el poder detonante de la llamada pluralidad cultural. Un completo absurdo: o bien las diferentes culturas son simples adiciones a una comunidad jurídica base, y entonces se trata de multifolclore de una cultura, o bien —y esa es la variante peligrosa— las diferencias forjan la identidad de sus miembros, pero entonces la base jurídica común queda degradada a mero instrumento para poder vivir los unos junto a los otros y, como cualquier instrumento, se abandona cuando ya no se necesita más. A quien esto le resulte exagerado, que se lea la Carta sobre la tolerancia de John Locke, quien, no sin fundamento, tenía fama de liberal.” JAKOBS, Günther. “La autocomprensión de la ciencia del Derecho penal ante los desafíos del presente”. En: VVAA. *La ciencia del Derecho penal ante el nuevo milenio*. Valencia, Tirant lo Blanc, 2004, pp. 53-64, p. 60.

¹⁰⁹³ Y no faltan sociólogos, científicos políticos e historiadores que dan soporte a esta conclusión. Por todos, se elige un clásico: “*If we look back over the road followed by the family and civilization, we are led to some interesting conclusions. We might state that in general the most important contribution of the family to great civilizations has been made by the domestic unit. This type seems essential to high civilization. The trustee family never produced anything greater than the heroic epic. It belongs to the primitive formative periods of civilization. It is too decentralized, too localistic, for great civilization. The atomistic family, when it attains complete dominance, is the accompaniment of dying cultures. The creative periods in civilization have been based upon the domestic type. The end of a creative period is always one in which the domestic type is submerged in the atomistic. This seems due to the fact that the domestic family affords a comparatively stable social structure and yet frees the individual sufficiently from family influence to perform the creative work necessary for a great civilization.*” ZIMMERMAN, Carle C. *Family and Civilization*. Edited by James Kurth. Wilmington, DE: ISI Books, 2008, pp. 277-278.

contingente, procedimental e instrumental, y por eso, que cambia de acuerdo con circunstancias de tiempo y lugar.

Toda gran cultura empezó con el sentimiento de que tenía una misión que cumplir.¹⁰⁹⁴ La pérdida de eficacia pragmática de la axiología inherente a los grandes relatos románicos y de la modernidad, esencialmente religión y ciencia, trae sus propios problemas, como explicado en el apartado propio, pero principalmente, hay que subrayar una de sus consecuencias, lo que se hace a continuación.

La falta de proyectos colectivos vigentes capaces de convencer a los miembros de la sociedad de la cual forman parte (y por eso, se excluye perentoriamente el comunismo *neodéspota ilustrado* de algunos regímenes dictatoriales de hoy, como los de Corea del Norte y Cuba) y guiar su conducta a un fin común de desarrollo social, a través de una forma común como la familia, y un medio común, como la ciencia o la religión, diluye un poco el vínculo social que existe entre los miembros de la sociedad, o en términos sistémicos, genera una sobrecarga de complejidad en el sistema, a través de la superproducción de expectativas, y de la puesta en cuestión de la especificación funcional, ambos procesos tendientes a una situación insoportable si no son debidamente percibidos y encaminados.

Eso puede tener como consecuencia la puesta en peligro de lo que Durkheim llamó de solidaridad orgánica, que es justamente lo que constituye la civilidad de dichas sociedades (especificación funcional), en comparación con la solidaridad mecánica, de matiz contingente, existente en sociedades primitivas¹⁰⁹⁵, lo que, en su turno, permite una hipervalorización del individualismo hedonista y un desprecio por la noción de deber¹⁰⁹⁶, lo que desemboca en la

¹⁰⁹⁴ “Every great culture has started with the feeling that it had a mission to perform”. ZIMMERMAN, Carle C. *Family and Civilization*. Edited by James Kurth. Wilmington, DE: ISI Books, 2008, pp. 279

¹⁰⁹⁵ Conforme aclarado en lugar propio, en las sociedades avanzadas, se identifica lo que Durkheim llama de solidaridad mecánica, en la cual las funciones sociales son divididas en grupos cuyos miembros realizan funciones específicas, que contribuyen con el funcionamiento de la sociedad, concepción explicada en la parte del trabajo dedicada a estudiar los orígenes del funcionalismo.

¹⁰⁹⁶ “Desde hará pronto medio siglo, las sociedades democráticas han precipitado lo que se puede llamar, utilizando la expresión de Jean Baubérot desviada de su propia problematización y periodización, el «segundo umbral» de la secularización ética, a saber la época del poseer. En esto reside la excepcional novedad de nuestra cultura ética: por primera vez, ésta es una sociedad que, lejos de exaltar los órdenes superiores, los eufemiza y los descredibiliza, una sociedad que desvaloriza el ideal de abnegación estimulando sistemáticamente los deseos inmediatos, la pasión del ego, la felicidad intimista y materialista. Nuestras sociedades han liquidado todos los valores sacrificiales, sean éstos ordenados por la otra vida o por finalidades profanas, la cultura cotidiana ya no está irrigada por los imperativos hiperbólicos del deber sino por el bienestar y la dinámica de los derechos subjetivos; hemos dejado de reconocer la obligación de unirnos a algo que no seamos nosotros

tolerancia excesiva con proyectos individuales manifiestamente nocivos, y esencialmente, al fundamentalismo, de la forma expuesta en el apartado propio.

Hoy, dicho proceso cuya progresión no parece que se va a cesar, tiene el punto máximo en el multiculturalismo desmesuradamente permisivo y autodestructivo en el cual viven los pueblos que han logrado expandir sus ámbitos de actividades lucrativas por todas partes del mundo en los últimos siglos, concentrados en las naciones europeas. Dicho proceso llegó a una cumbre con la crisis migratoria del año 2015, donde más de un millón de personas vinieron de países del oriente medio y fueron acogidas por los países europeos¹⁰⁹⁷.

De este total de personas, no se tiene ni idea de cuantos inmigrantes son, en realidad, terroristas yihadistas suicidas, prontos para buscar su lugar en el paraíso a través de la aniquilación de los infieles, especialmente cristianos, judíos o ateos (casi la totalidad de la población europea), que se aprovechan de la anonimidad que la organización social, el modo de vida europeo y el respeto a la intimidad (valor típicamente occidental), les permite vivir, reproducir sus valores, y concretar sus planes terroristas¹⁰⁹⁸. Este tipo de sociedad permite más fácilmente la constitución de la personalidad al margen del derecho, en comparación a las sociedades del oriente medio, Latinoamérica, o de la Europa medieval.¹⁰⁹⁹

En primer lugar, hay que subrayar que la multiculturalidad es un proceso bueno. Sin embargo, dicho proceso ha resultado, ente otras cosas, de las menos graves, en los delitos sexuales en masa realizados por más de mil refugiados provenientes de países musulmanes, en la

mismos.” LIPOVETSKY, Gilles. *El Crepúsculo del Deber*. La ética indolora en los nuevos tiempos democráticos. 3ª Edición. Barcelona, Editorial Anagrama, 1994, p. 12.

¹⁰⁹⁷ British Broadcasting Corporation. Migrant crisis: Migration to Europe explained in graphics, (Crisis migratoria: migración a europa explicada con gráficos), disponible en: <http://www.bbc.com/news/world-europe-34131911>, acceso en 10/02/2015.

¹⁰⁹⁸ Como bien observa el filósofo francés Jean Baudrillard: “Cúmulo de la astucia, han utilizado incluso la banalidad de la vida cotidiana como una máscara de doble engaño. Han dormido en sus suburbios, han leído y estudiado en familia, antes de despertar de la noche para al día como bombas reloj.” En original: “Comble de ruse, ils ont même utilisé la banalité de la vie quotidienne comme masque et double jeu. Dormant dans leurs banlieues, lisant et étudiant en famille, avant de se réveiller d'un jour à l'autre comme des bombes à retardement.” BAUDRILLAR, Jean. *L'esprit du terrorisme*. Le Monde, Paris, 03/11/2001, disponible en: http://www.lemonde.fr/disparitions/article/2007/03/06/l-esprit-du-terrorisme-par-jean-baudrillard_879920_3382.html, acceso en 10/02/2016.

¹⁰⁹⁹ JAKOBS, Günther. “La autocomprensión de la ciencia del Derecho penal ante los desafíos del presente”. En: VVAA. *La ciencia del Derecho penal ante el nuevo milenio*. Valencia, Tirant lo Blanc, 2004, pp. 53-64, p. 60.

nochevieja de aquel año, en la ciudad de *Köln*, en Alemania¹¹⁰⁰, y quince días después, de nuevo, en una piscina pública en la ciudad de *Bornheim*¹¹⁰¹, y de las más graves, en los atentados terroristas islámicos de París del año 2015, donde sólo siete terroristas yihadistas encontraron una población dicha civilizada, totalmente desarmada, y lograron asesinar a 132 personas y herir otras 351¹¹⁰², con armas de fuego y un par de bombas que pasaron fácilmente por la fronteras no controladas de Francia.

Sin embargo, cualquier uno que tiene conocimientos básicos sobre armas de fuego sabe que las Kalashnikov Automáticas, modelo del año 1947, calibre 7.62×39mm (en ruso: *Автомат Калашникова - образца 1947 года*), o simplemente AK-47, son armas de fuego de funcionamiento muy sencillo, operación muy fácil, y de fabricación muy simple y económica, razones por las cuales están presentes en casi todos los países del planeta (con fabricación local o importadas), incluso en los más desarmados (cómo Reino Unido y Japón), y sería muy *naïf* pensar que no llegarían a las manos de los terroristas yihadistas suicidas en París que las quisieran utilizar. Es decir, estas armas llegaron a las manos de los terroristas que eligieron no realizar sus actos terroristas con camiones, hay que subrayar, como ha pasado en *Nice*¹¹⁰³, o

¹¹⁰⁰ "Numerosos grupos coordinados de hombres, en torno a mil, acosaron sexualmente y robaron a decenas de mujeres en Nochevieja en el centro de Colonia (oeste de Alemania), informó hoy la policía. El presidente de la policía en Colonia, Wolfgang Albers, explicó en rueda de prensa que un millar de hombres, que según todos los testimonios procedían del mundo árabe o el norte de África, se congregó por la noche en las proximidades de la estación central de trenes aprovechando las celebraciones de fin de año. Organizados en grupos, cometieron «delitos sexuales de forma masiva» y al menos una «violación», además de numerosos robos, indicaron las fuerzas de seguridad. Se trata, añadió Albers, de «delitos en una dimensión totalmente nueva», algo «insoportable» ocurrido en el centro de una gran ciudad." SÁNCHEZ, Rosalía. "Un millar de hombres acosaron sexualmente y robaron a decenas de mujeres en Colonia durante Nochevieja". EFE Berlín. ABC internacional. Disponible en: http://www.abc.es/internacional/abci-millar-hombres-acosaron-sexualmente-y-robaron-decenas-mujeres-colonia-durante-nochevieja-201601050945_noticia.html, acceso en 12 abril 2017.

¹¹⁰¹ "La municipalidad de la localidad de Bornheim, cerca de Bonn, prohibió el acceso de refugiados hombres a una piscina pública tras denuncias de acoso de varias mujeres. La medida fue decidida después que varias jóvenes alemanas se quejaron del acoso sexual al que fueron sometidas en la piscina pública por un grupo de refugiados que vive en un centro de acogida vecino." El Clarin. "Refugiados acosan a mujeres en una pileta pública en Alemania" En Bornheim, 15 de enero de 2016. Disponible en: http://www.clarin.com/mundo/Refugiados-acosan-mujeres-publica-Alemania_0_1504649727.html. Acceso en 12 mar 2017.

¹¹⁰² BBC Mundo. "Francia: lo que se sabe de los ataques reivindicados por Estado Islámico que dejaron al menos 132 muertos en París", en 16 noviembre 2015, Disponible en: http://www.bbc.com/mundo/noticias/2015/11/151113_paris_ataque_ep. Acceso en 12 mar 2017.

¹¹⁰³ "Nuova strage in Francia. Stavolta a Nizza, in Costa Azzurra, dove giovedì sera verso le 22.30 un camion ha travolto la folla sul lungomare pedonale - la celebre Promenade des Anglais - gremito per i fuochi d'artificio del 14 luglio, festa nazionale oltralpe, in cui si celebrano i valori della Rivoluzione Francese. Le vittime - secondo un bilancio provvisorio - sono almeno 84. Sono 202, invece, i feriti 52 dei quali lottano tra la vita e la morte (tra loro ci sono 3-4 bambini) e 25 sono ancora in rianimazione. Sono 10 i bambini e gli adolescenti che hanno perso la vita nell'attacco, come sottolinea il procuratore. «Abbiamo avuto due decessi di bambini francesi tra i circa cinquanta che abbiamo assistito, nessuno dei quali italiano», ha spiegato Federico Solla, chirurgo ortopedico italiano in servizio all'ospedale pediatrico di Nizza Fondation Lenval." FREQUENTE, Salvatore;

con un cuchillo, como suele pasar en Israel¹¹⁰⁴, y ha pasado en el con el ataque en Japón, en el año 2016, donde un joven ha matado 19 personas y herido unas 25¹¹⁰⁵.

En este contexto, ni el fuerte desarmamiento de la población francesa¹¹⁰⁶, ni todos los otros mecanismos de control y regulación social (como el nivel máximo de alerta – *Alerte attentat* – de sistema de reacción antiterrorista francés – *Le Vigipirate* – activado tras el atentado yihadista terrorista contra el semanario satírico *Charlie Hebdo*, que pasó en los mismos año y ciudad del atentado a que se hace referencia¹¹⁰⁷) de uno de los lugares considerados como el seno de la civilización occidental – el producto simbólico más avanzado de la sociedad, en teoría, más comprometida con los valores humanos – fue capaz de impedir o contener a tiempo una violación bárbara de derechos fundamentales como las citadas 132 personas muertas y 351 heridas, la más brutal que tuvo lugar en aquella ciudad, en este siglo, hasta ahora. Lo mismo se puede decir del atentado terrorista de *Nice* de 2016, donde un único yihadista con un camión ha matado al menos 86 personas¹¹⁰⁸.

MONTEFIORI, Stefano; OTTOLINA, Paolo; MONTINI, Beatrice “Attentato Nizza: camion sulla folla e spari, 84 morti. "10 bambini uccisi" È stato un nizzardo di origini tunisine”. *Corriere della Sera*. 14 de julio de 2016. Disponible en: <http://www.corriere.it/esteri/16_luglio_14/francia-camion-folla-nizza-almeno-15-morti-diversifiniti-1f01662a-4a09-11e6-8c21-6254c90f07ee.shtml> Acceso en: 19 Jul. 2016.

¹¹⁰⁴ ““El terrorismo con cuchillo no vencerá”, afirmó el primer ministro Benjamin Netanyahu en la apertura de una sesión parlamentaria marcada por violencia registrada en los últimos días en Israel y los territorios palestinos. Un cuchillo sacado del bolso o de una camisa se ha convertido en la herramienta símbolo de la reciente ola de violencia de los palestinos contra los israelíes, un método arcaico pero que tiene impacto psicológico fuerte.” AFP Y EFE, “El cuchillo siembra en Israel terror psicológico”. *El País*, Jerusalén, 13 oct 2015, disponible en: <<http://www.elpais.com.uy/mundo/cuchillo-siembra-israel-terror-psicologico.html>>. Acceso en 24 mar 2017.

¹¹⁰⁵ “Al menos 19 personas murieron y 25 resultaron heridas en un ataque con arma blanca realizado por un hombre joven en un centro de discapacitados mentales en Japón este lunes, informaron los servicios de bomberos. "De las personas heridas hay 20 de gravedad", dijo un funcionario del departamento de bomberos a la AFP. La policía indicó que el agresor de 26 años fue identificado como Satoshi Uematsu, un expleado del centro de salud. El ataque ocurrió en un centro de salud ubicado en Sagami-hara, una ciudad de 700.000 habitantes al oeste de Tokio. Un portavoz de la prefectura de Kanagawa dijo que "todavía estamos tratando de determinar los detalles de este suceso". (...) La policía habría decomisado varios cuchillos en poder del agresor algunos de ellos con sangre, añadió NHK.” El país y AFP. “Al menos 19 muertos de un ataque con cuchillo en centro de discapacitados en Japón.” 25 de Julio 2016. Disponible en: <<http://www.elpais.com.co/elpais/internacional/noticias/masacre-con-cuchillo-centro-discapacitados-mentales-japon>>. Acceso en 24 mar 2017.

¹¹⁰⁶ “Article R315-1 - Sont interdits : 1° Sauf dans les cas prévus aux articles R. 315-5 à R. 315-11, le port des armes, éléments d'arme et munitions des catégories A et B ;” FRANCIA. Décret n° 2014-1253 du 27 octobre 2014 relatif aux dispositions des livres III, VI et VII de la partie réglementaire du code de la sécurité intérieure (Décrets en Conseil d'Etat et décrets simples), *JORF* n°0251 du 29 octobre 2014 page 17908, texte n° 37.

¹¹⁰⁷ “France has been on high alert since the attacks in January against *Charlie Hebdo* and a Jewish supermarket that left 17 dead.” RANDOLPH Eric, VALMARY Simon. “Gunmen kill more than 120 in wave of attacks across Paris” *AFP*, Paris, 14 nov. 2015. Disponible en: <<http://news.yahoo.com/least-120-dead-paris-attacks-investigation-source-pta-013205822.html>>. Acceso en 24 mar 2017.

¹¹⁰⁸ “Attentat de Nice: un homme succombe à ses blessures, la 86e victime (...) «Ce décès porte à 86 le nombre de personnes tuées. Le secrétariat d'Etat à l'Aide aux victimes est mobilisé pour accompagner sa femme et ses deux enfants face à cette épreuve, comme pour l'ensemble des proches des victimes», a-t-elle ajouté.” *sures*, la

Oportunamente será aclarado el efecto simbólico del terrorismo, pero una observación debe ser hecha en este punto: en virtud del citado atentado, París ha vivido su primer toque de queda desde la segunda guerra mundial¹¹⁰⁹. Eso seguramente simboliza una rotura con un estado de paz que se suponía existir, con un ambiente de seguridad y civilidad, cuyas condiciones sociales que le permitieron existir fueron de cierta forma prevista por Jakobs en el año de 1999 (descritas en el texto que aquí se analiza), antes mismo del atentado terrorista contra las torres gemelas de Nueva York, del año 2001.

Así pues, en virtud de las características de nuestras sociedades informadas en los párrafos precedentes, Jakobs informa que, como consecuencia, seguirán existiendo enemigos, visibles o escondidos, y por eso, en razón del grado de reflexividad y autoconocimiento que la sociedad actual ha logrado poseer, lo que genera una necesidad de reducción de riesgos, hay que hacerse algo en relación con dichos delincuentes, que no puede limitarse a medidas de carácter estrictamente policial¹¹¹⁰.

Jakobs sostiene de forma perentoria que no hay alternativa frente al Derecho penal el enemigo, afirmación que él justifica a través de la identificación de la necesidad de aseguramiento de la seguridad cognitiva (o de los presupuestos básicos de civilidad identificados en la confianza del respeto a los derechos individuales), que en el Derecho penal de ciudadanos puede convivir con su finalidad clásica (la limitación del poder de punir), pero que en el ámbito del Derecho penal del enemigo se convierte en su objetivo principal.

86e victime.” Faits divers. “Attentat de Nice: un homme succombe à ses blessures, la 86e victime”. 19 août 2016. Disponible en: <<http://www.leparisien.fr/faits-divers/attentat-de-nice-un-homme-decede-de-ses-blessures-portant-le-bilan-a-86-morts-19-08-2016-6054149.php>>. Acceso en 21 mar 2017.

¹¹⁰⁹ “France's Hollande Orders Borders Closed, Paris Under First Mandatory Curfew Since 1944. French President Francois Hollande said a state of emergency would be declared across France and national borders shut following a spate of attacks in Paris on Friday evening in which he said dozens were killed and several wounded.” Reuters y The Huffington Post. “France's Hollande Orders Borders Closed, Paris Under First Mandatory Curfew Since 1944”, en 13 nov. 2015. Disponible en: <http://www.huffingtonpost.com/entry/hollande-attacks-borders-curfew_us_56467d29e4b045bf3def3699>. Acceso en 24 mar 2017.

¹¹¹⁰ “Así pues, la sociedad seguirá teniendo enemigos —visibles o con piel de cordero— deambulando por ella. A falta de seguridad cognitiva, una sociedad consciente de los riesgos no puede dejar de lado esta problemática; pero tampoco puede solucionarla sólo a base de medidas policiales.” JAKOBS, Günther. “La autocomprensión de la ciencia del Derecho penal ante los desafíos del presente”. En: VVAA. *La ciencia del Derecho penal ante el nuevo milenio*. Valencia, Tirant lo Blanc, 2004, p. 61

La teleología del Derecho penal deja de ser inherentemente la manutención de la confianza en la doble contingencia de la expectativa cognitiva seleccionada por el sistema del Derecho, algo interno al sistema, y pasa a representar una neutralización de amenazas externas al funcionamiento del sistema ubicadas en su entorno, a través del restablecimiento de un ambiente favorable, que puede ser caótico, como aclarado en el apartado propio, mas no debe ser nocivo (tendiente a reducir los ámbitos de comunicación sistémicos a través de la destrucción de las fuentes cognitivas) al funcionamiento de dicho sistema. Para Jakobs, en eso se fundamenta la necesidad de neutralización de aquellos que no ofrecen en un grado mínimo una predisposición de respeto a los presupuestos más básicos de la civilidad, necesarios a la vida en sociedad (garantías cognitivas), para que puedan ser tratados como personas.¹¹¹¹

Aquí Jakobs, con mucha sinceridad, concluye con lo que consideramos ser el núcleo duro de los problemas su teoría (no de la teoría misma), a saber: *“Es cierto que el procedimiento para el tratamiento de individuos hostiles está regulado jurídicamente, pero se trata de la regulación jurídica de una exclusión: los individuos son actualmente no-personas.”*¹¹¹², proposición que deja perplejo cualquier uno que la lea después del inicio de la segunda mitad del siglo pasado (o quizás antes, desde la abolición de la esclavitud en las sociedades de colonización europea).

De hecho, las afirmaciones *persona y no-persona en derecho y regulación jurídica de la exclusión* son los puntos más polémicos de la construcción teórica de Jakobs, y aunque no tengan el poder de resumir la totalidad de sus fundamentos, características y consecuencias, reflejan suficientemente la naturaleza de los problemas de su teoría, razón por la cual se admite que es razonable no estar de acuerdo con la solución propuesta por el autor para el problema de la existencia del enemigo descrito en los párrafos precedentes. Su diagnóstico convence, pero su pronóstico conlleva un o dos problemas estructurales que ponen en

¹¹¹¹ “Por ello, no existe ninguna alternativa al Derecho penal de enemigos que sea actualmente perceptible. La seguridad cognitiva, que en el Derecho penal de ciudadanos se puede regular de un modo simultáneo, se convierte en el Derecho penal de enemigos en el objetivo principal. En otras palabras, ya no se trata del mantenimiento del orden de personas tras irritaciones sociales internas, sino que se trata del restablecimiento de unas condiciones del entorno aceptables por medio de la —si se me permite la expresión— neutralización de aquellos que no ofrecen la mínima garantía cognitiva necesaria para que a efectos prácticos puedan ser tratados en el momento actual como personas.” JAKOBS, Günther. “La autocomprensión de la ciencia del Derecho penal ante los desafíos del presente”. En: VVAA. *La ciencia del Derecho penal ante el nuevo milenio*. Valencia, Tirant lo Blanc, 2004, p. 61.

¹¹¹² JAKOBS, Günther. “La autocomprensión de la ciencia del Derecho penal ante los desafíos del presente”. En: VVAA. *La ciencia del Derecho penal ante el nuevo milenio*. Valencia, Tirant lo Blanc, 2004, p. 61

cuestión su viabilidad en nuestros ordenamientos jurídicos. En virtud del grado de complejidad que dichos temas proporcionan, y por representare más consecuencias que propiamente parte de un concepto o de los fundamentos de la teoría estudiada, serán tratados en apartado propio.

Así pues, en consecuencia, Jakobs informa que el Derecho penal del enemigo es efectivamente una guerra, que admite dos formas, a saber: una limitada, otra total, en las cuales la elección de sus formas y contenidos va depender del grado de temor del enemigo¹¹¹³. Como se puede observar, incluso Jakobs no posee una línea de razonamiento muy regular en la hora de presentar las características del modelo que propone. En un momento, el afirma que el Derecho penal del enemigo es, en realidad, la regulación de un Derecho penal de la exclusión. Luego, él sostiene una de las forma de concretar ese modelo de intervención penal es a través de una guerra limitada. Sin embargo, e difícil comprender cómo la regulación de la exclusión puede darse de una forma limitada, idea de exclusión está originariamente ligada a un carácter absoluto.

Una posible exclusión parcial no parece coherente ni con sus planteamientos precedentes, ni con las consecuencias prácticas que un Derecho penal del enemigo, de hecho, puede tener. Si el objetivo es la neutralización del enemigo, la eliminación de un peligro, no parece razonable que la neutralización o eliminación deseadas puedan pasar de forma parcial, es decir, que se busque una neutralización o eliminación parcial de la fuente de peligro al sistema.

Luego él informa que se trata de una imposibilidad de juridicidad completa, que pone en cuestión la idea de equivalencia entre racionalidad y personalidad. Es decir, en la medida en que el Derecho penal del enemigo crea dos regulaciones jurídicas diferentes, una dirigida a personas motivables por la norma, y por eso, razonables, y otra dirigida a individuos que no se dejan motivar por la amenaza de pena, y por eso, actúan irracionalmente, no se les reconoce el mismo estatus de persona. Todo eso sólo hace sentido si, de hecho, reconocemos el Derecho penal del enemigo como una exclusión tendiente al absoluto, casi sin límites, orientada a la eliminación del enemigo, lo que se puede concluir, en teoría y en la práctica.

¹¹¹³ “Indagando en su verdadero concepto, el Derecho penal de enemigos es, por lo tanto, una guerra cuyo carácter limitado o total depende (también) de cuánto se tema al enemigo.” JAKOBS, Günther. “La autocomprensión de la ciencia del Derecho penal ante los desafíos del presente”. En: VVAA. *La ciencia del Derecho penal ante el nuevo milenio*. Valencia, Tirant lo Blanc, 2004, pp. 60-61.

Si el Derecho penal del enemigo representa una guerra de carácter absoluto, de hecho, está orientado a tratar como objeto de su intervención el individuo que crea el peligro, sin embargo, si él representa una guerra de carácter limitado, su propia esencia se queda comprometida, porque no permitirá, por muchas veces, la neutralización del peligro (por la interferencia de otros valores en juego, como respeto a garantías y derechos fundamentales del imputado), y por eso, deja de ser un Derecho penal del enemigo.

O se admite que la teleología del Derecho penal del enemigo es la eliminación, o se admite que dicha teleología permite considerar otras cosas en el camino hacia la protección de un ambiente favorable al sistema y a la civilidad, lo que se acerca mucho más de un Derecho penal de ciudadanos que de un Derecho penal de enemigos. El propio Jakobs ha admitido que es difícil hacerse una línea de división entre estos dos derechos penales que propone (de ciudadano, de un lado, y de enemigos, de otro), y por eso, creer que es posible regular jurídicamente una forma parcial de exclusión no parece coherente ni siquiera con sus postulados y premisas internos, como la necesidad de control del ambiente y de la continuación de la existencia del sistema.¹¹¹⁴

Lo que se discute aquí no es la posibilidad real de hacerse todo con el enemigo, lo que Jakobs deja claro que no es posible ni siquiera deseable, sino la forma por la cual en enemigo es visto con su teoría. Aunque el enemigo represente un riesgo a ser neutralizado, está claro que nada más que la neutralización está permitida, además de medidas que la aseguren. Es necesario informar esto porque alguien puede pensar que tratar el enemigo como no-persona puede reducir su carácter de humano, lo que no es verdad. Jakobs siempre ha dicho que ni todo se puede hacer con el enemigo¹¹¹⁵ precisamente porque él sigue siendo humano (aunque no una persona como las otras personas y los otros ciudadanos), y por eso, debe ser tratado como ser

¹¹¹⁴ “Es tarea apenas iniciada de la ciencia la de identificar las reglas del Derecho penal de enemigos y separarlas de las del Derecho penal de ciudadanos para, dentro de éste último, poder persistir tanto más en el tratamiento del delincuente como persona jurídica.” JAKOBS, Günther. “La autocomprensión de la ciencia del Derecho penal ante los desafíos del presente”. En: VVAA. *La ciencia del Derecho penal ante el nuevo milenio*. Valencia, Tirant lo Blanc, 2004, p. 61

¹¹¹⁵ “Esto no significa que entonces esté todo permitido, incluso una acción sin medida. Al contrario, al enemigo se le reconoce una personalidad potencial, de tal manera que en una lucha no puede superarse el límite de lo necesario. Pero eso aún permite mucho, todavía más que en la legítima defensa, en la que la defensa necesaria tiene que ser siempre reacción frente a una agresión actual, mientras que en el Derecho penal de enemigos, como se va a mostrar a continuación, también se trata de la defensa frente a agresiones futuras.” JAKOBS, Günther. “La autocomprensión de la ciencia del Derecho penal ante los desafíos del presente”. En: VVAA. *La ciencia del Derecho penal ante el nuevo milenio*. Valencia, Tirant lo Blanc, 2004, p. 58.

humano en la medida de lo posible, reconociéndole, incluso, una personalidad potencial, de acuerdo con Jakobs¹¹¹⁶.

Así pues, que se quede claro que lo que se discute no es la posibilidad de que dicha exclusión – algo de carácter absoluto – permita el uso del enemigo para fines ubicados más allá de la teleología de protección del sistema social y de la propia civilidad. Lo que se quiere decir es que una vez neutralizado, en el ámbito de la teoría estudiada, no está permitida, por ejemplo, el uso del enemigo como mero objeto, como en la Roma Antigua (Imperio romano), a través de su esclavización¹¹¹⁷ o la diversión con la aplicación de medidas que le proporcionen dolor sin razón alguna, como pasó de forma masiva y generalizada con los criminales y esclavos de dicho imperio¹¹¹⁸, lo que se rechaza vehementemente¹¹²⁰, ni siquiera se pone en discusión en el ámbito de la teoría estudiada.

Incluso el tan demonizado ejército de los EE.UU. (y del Reino Unido) rechaza este tipo de tratamiento inhumano y degradante, en sus cárceles de prisioneros de guerra, lo que se nota del hecho de que los militares que han abusado de los prisioneros de la Guerra en Afganistán (2001-2014)¹¹¹⁹, en la prisión de Abu Ghraib¹¹²⁰ en los últimos años, han sido debidamente

¹¹¹⁶ JAKOBS, Günther. “La autocomprensión de la ciencia del Derecho penal ante los desafíos del presente”. En: VVAA. *La ciencia del Derecho penal ante el nuevo milenio*. Valencia, Tirant lo Blanc, 2004, p. 58.

¹¹¹⁷ “Al final del Imperio, los romanos, marcando distancia con la teoría iusnaturalista de la esclavitud emitida por Aristóteles, consideraron que ésta no estaba basada en derecho natural, sino en derecho de gentes: “la libertad está incluida en el derecho natural y la esclavitud fue introducida por el derecho de gentes”; “la esclavitud es una institución de derecho de gentes, por la que alguien, en contra de la naturaleza, está sometido al dominio ajeno.” MUNOZ GARCIA, Angel. “La condición del hombre en la Edad Media: ¿siervo, esclavo o qué?”. *Revista de Filosofía*, Maracaibo, v. 25, n. 57, p. 115-142, dic. 2007. Disponible en <http://www.scielo.org.ve/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0798-11712007000300005&lng=es&nrm=iso>. accedido en 12 feb. 2016.

¹¹¹⁸ “Al mediodía (*ludi meridiani*), a veces acompañado de distribuciones gratuitas de comida o regalos, la arena se convertía en un tremendo escenario en el que se exhibía la pena de muerte de criminales bajo múltiples formas. Cientos de personas eran simplemente abandonados a su suerte ante las fieras: era la muy habitual condena ad bestias, reservada a los esclavos y equiparable por ley a la crucifixión o al fuego. Otros, apenas armados y sin ninguna preparación eran enfrentados a las fieras o entre sí. El resultado de la terrible farsa era la total aniquilación de los condenados (*ad gladium ludi*). Algunos otros, se convertían en desgraciados protagonistas de espectaculares fantasías mitológicas de fatal desenlace. Eran usados como parte viva de una compleja escenografía y destinados a una terrible muerte. La arena estaba empapada de sangre tras el paso de la justicia romana. Esclavos encargados de su limpieza (*harenarii*) hacían su trabajo. En ocasiones caían perfumes sobre las gradas para debilitar el olor a muerte y humanidad.” GARRIDO MORENO, Javier. “El anfiteatro: una oscura imagen de la antigua Roma”. *Berceo*, Logroño. ISSN 0210-8550, Nº 149, 2005, págs. 153-178, p. 163.

¹¹¹⁹ “Afghanistan War, international conflict in Afghanistan beginning in 2001 that was triggered by the September 11 attacks and consisted of three phases.” WITTE, Griff. “Afghanistan War”. *Encyclopædia Britannica. Encyclopædia Britannica Online*, 2016. Web. 12 feb. 2016 <<http://www.britannica.com/event/Afghanistan-War>>. Consultado en 20 de febrero de 2016.

¹¹²⁰ “Breaking chemical lights and pouring the phosphoric liquid on detainees; pouring cold water on naked detainees; beating detainees with a broom handle and a chair; threatening male detainees with rape; allowing a military police guard to stitch the wound of a detainee who was injured after being slammed against the wall in

castigados por las torturas innecesarias aplicadas en los prisioneros¹¹²¹. Dicho tratamiento no es Derecho penal del enemigo para nada, porque no es derecho, tampoco es pena, sino representa crímenes graves que deben ser debidamente castigados (si son crímenes de guerra o no, esta discusión está más allá de tema estricto de este trabajo). Aquí se cita el caso de los Estados Unidos como principal, representativo de los demás, porque, con la utilización de la base naval en la Bahía de Guantánamo¹¹²² como prisión de guerra en los últimos años, se ha convertido también en un caso de relieve, como uno de los países de cultura no musulmana que más ha expuesto una predisposición efectiva de realización de un Derecho penal del enemigo, en condiciones que se comentará oportunamente.

Al final, Jakobs habla de mero poder penal en relación con el Derecho penal internacional¹¹²³, en virtud de la inexistencia de un ordenamiento previo a protegerse, manifestado en el

his cell; sodomizing a detainee with a chemical light and perhaps a broom stick, and using military working dogs to frighten and intimidate detainees with threats of attack, and in one instance actually biting a detainee. There was stunning evidence to support the allegations, Taguba added—“detailed witness statements and the discovery of extremely graphic photographic evidence.” Photographs and videos taken by the soldiers as the abuses were happening were not included in his report, Taguba said, because of their “extremely sensitive nature.” HERSH, Seymour M. Torture at Abu Ghraib: American soldiers brutalized Iraqis. How far up does the responsibility go? *Annals of National Security*, The New Yorker. 10 may 2004 ISSUE <<http://www.newyorker.com/magazine/2004/05/10/torture-at-abu-ghraib>>. Consultado en 20 de febrero de 2016.

¹¹²¹ “Cpl. Charles A. Graner Jr. received a 10-year prison sentence and a dishonorable discharge from the Army, and was reduced in rank to private. (...) Pfc. Lynndie England was sentenced to three years in prison and received a dishonorable discharge. (...) Staff Sgt. Ivan Frederick II was sentenced to eight years in prison and the forfeiture of pay. He also received a dishonorable discharge and a reduction in rank to private. (...) Spc. Jeremy Sivits was sentenced to one year in military prison, was reduced in rank and received a bad-conduct discharge from the military. (...) Spc. Sabrina Harman was sentenced to six months in prison and received a bad-conduct discharge. (...) Sgt. Javal S. Davis was reduced in rank, was sentenced to six months in prison and received a bad-conduct discharge. (...) Spc. Megan Ambuhl received a reduction in rank to private and the loss of half a month’s pay. (...) Spc. Armin J. Cruz Jr. Cruz was sentenced to eight months in prison, was reduced in rank to private and received a bad-conduct discharge. (...) Spc. Roman Krol was sentenced to 10 months in prison, received a bad-conduct discharge and was reduced in rank to private.” FOLLMAN, Mark; CLARK-FLORY, Tracy. “Prosecutions and convictions: A look at accountability to date for abuses at Abu Ghraib and in the broader “war on terror.”” http://www.salon.com/2006/03/14/prosecutions_convictions/ Salon Media Group, Inc. En 14 mar 2006. Consultado en 20 de febrero de 2016.

¹¹²² “Guantánamo Bay detention camp, also called Gitmo, U.S. detention facility on the Guantánamo Bay Naval Base, located on the coast of Guantánamo Bay in southeastern Cuba. Constructed in stages starting in 2002, the Guantánamo Bay detention camp (often called Gitmo, which is also a name for the naval base) was used to house Muslim militants and suspected terrorists captured by U.S. forces in Afghanistan, Iraq, and elsewhere” NOLEN, Jeannette L. “Guantanamo Bay detention camp”. *Encyclopædia Britannica*. Encyclopædia Britannica Online. 2016. Web. 12 fev. 2016. <<http://www.britannica.com/topic/Guantanamo-Bay-detention-camp>>. Consultado en 20 de febrero de 2016.

¹¹²³ “De manera análoga se plantea la tarea de la ciencia del Derecho penal dentro de la internacionalización del derecho, sin bien aquí solamente ha de tratarse una parte del sector, a saber, la de la reacción penal frente a violaciones de derechos humanos en otro país a los ciudadanos de dicho país, ya sea un castigo penal a través de un tribunal internacional, ya sea a través de uno nacional. Del ovillo de problemas que quedan a pesar de la delimitación, se pretende aquí tirar de un único hilo, a saber, la relación del principio nulla poena con el fin de la pena.” JAKOBS, Günther. “La autocomprensión de la ciencia del Derecho penal ante los desafíos del presente”. En: VVAA. *La ciencia del Derecho penal ante el nuevo milenio*. Valencia, Tirant lo Blanc, 2004, p. 61-62.

principio *nulla poena sine praevia lege*¹¹²⁴, que solo puede quedarse justificada por razones muy fuertes¹¹²⁵, especialmente las relacionadas con la protección de los derechos humanos¹¹²⁶, pero hasta este tipo de pena – mero poder penal – Jakobs sostiene no ser necesariamente ilegítima¹¹²⁷.

7.2.2.4 Conclusiones

En ese contexto, el carácter absoluto que se discute hace referencia no a las consecuencias que van más allá de la teleología del Derecho penal del enemigo, es decir, lo que se discute son los presupuestos de juridicidad del camino por el cual se va tomar hacia la neutralización del peligro, camino que puede tener características absolutas o relativas. Una forma absoluta de concebir este camino sería el propio Derecho penal del enemigo, en el cual, la búsqueda de la conquista de niveles más altos de seguridad puede no comportar límites en la práctica¹¹²⁸. De

¹¹²⁴ “O bien faltaba el tipo penal, o éste fue derogado. La punibilidad en el lugar y en el momento del hecho ha de entenderse, por tanto, normativamente, salvo que quiera prescindirse por completo del principio *nulla poena*, y ello significa que, o bien se acoge uno a una regulación internacional que no estaba implantada en el lugar y al tiempo del hecho, o bien se atiende a la regulación del lugar del hecho que se hubiera aplicado si en el país se hubiese procedido con respeto hacia los derechos humanos, o uno se acoge al derecho natural, el cual está claro que no satisface igualmente el principio *nulla poena*. En todos los casos se reemplaza la validez real por una validez postulada; el autor no se ha sustraído a un ordenamiento vivido, sino que no ha puesto en práctica uno postulado.” JAKOBS, Günther. “La autocomprensión de la ciencia del Derecho penal ante los desafíos del presente”. En: VVAA. *La ciencia del Derecho penal ante el nuevo milenio*. Valencia, Tirant lo Blanc, 2004, p. 62.

¹¹²⁵ “Formulado nuevamente de otro modo: puede que haya buenas razones para obligar a otro a un estado de juridicidad, pero antes de que eso haya sucedido, falta el estado de juridicidad. Derecho penal previo a un monopolio de la fuerza en funcionamiento es un mero nombre, no un concepto.” JAKOBS, Günther. “La autocomprensión de la ciencia del Derecho penal ante los desafíos del presente”. En: VVAA. *La ciencia del Derecho penal ante el nuevo milenio*. Valencia, Tirant lo Blanc, 2004, p. 63.

¹¹²⁶ “Tales reservas no van a poder detener la tendencia actual. Al parecer existen poderosos estímulos para la interferencia mediante pena. En primera línea, hay que mencionar las comprensibles reivindicaciones de venganza por parte de la víctima de aquellos por quienes fue subyugada. Más allá, se trata seguramente también de demostrar que el ordenamiento protector de los derechos humanos es un ordenamiento bien meditado; cuando uno sabe con exactitud que tiene razón, puede imponer su modo de parecer a fuego y espada y «castigar» a los incrédulos obstinados.” JAKOBS, Günther. “La autocomprensión de la ciencia del Derecho penal ante los desafíos del presente”. En: VVAA. *La ciencia del Derecho penal ante el nuevo milenio*. Valencia, Tirant lo Blanc, 2004, p. 63.

¹¹²⁷ “Y posiblemente sobrevendrán otras cosas. De todo eso tendrá que extraer la ciencia el verdadero concepto, lo que desde luego no se va a conseguir parcheando la brecha existente entre un ordenamiento real y uno postulado. Sólo con la separación entre la pena jurídica y la —no necesariamente ilegítima— pena de poder adopta la ciencia del Derecho penal el presupuesto para desarrollar una conciencia de sí misma como ciencia jurídica.” JAKOBS, Günther. “La autocomprensión de la ciencia del Derecho penal ante los desafíos del presente”. En: VVAA. *La ciencia del Derecho penal ante el nuevo milenio*. Valencia, Tirant lo Blanc, 2004, p. 64.

¹¹²⁸ “Todo esto resulta chocante, y ciertamente lo es, pues se trata de la imposibilidad de una juridicidad completa, es decir, contradice la equivalencia entre racionalidad y personalidad. Pero con la ultima ratio de Kant solamente, según la cual cualquiera puede ser obligado a tomar parte de una relación jurídica con garantías, es decir, del Estado (una «constitución ciudadana»), no se esquivo el problema de cómo proceder frente a aquellos que ni se dejan coaccionar ni se mantienen apartados y que, por lo tanto, persisten como entorno perturbador,

otro lado, si en la búsqueda de seguridad, otros valores también son llevados en consideración, como por ejemplo, las garantías del imputado y la razonabilidad de las medidas, dicha forma de intervención penal deja de ser una forma de regulación de la exclusión, y pasa a ser una forma más o menos proporcionada de buscarse dicha seguridad y los niveles deseables de civilidad que se desea.

En este punto Jakobs concluye que la separación de las reglas de Derecho penal del enemigo y Derecho penal del ciudadano es la principal tarea de la autocomprensión de la ciencia del Derecho penal en el inicio de este milenio, para crear más ámbitos de libertad en el Derecho penal tradicional, y someter a la necesaria discusión el Derecho penal del enemigo¹¹²⁹, especialmente porque el Derecho penal (la dogmática y los dogmáticos) no puede guiar la política criminal de un pueblo verdaderamente libre, pero, sin embargo, tiene el deber de al menos denominar las direcciones tomadas y explicitar sus características¹¹³⁰.

Después, Jakobs se dedica a analizar la tarea de la ciencia del Derecho penal en relación a la tentativa de internacionalización del Derecho penal¹¹³¹, y en concreto a analizar si eso sería o no o que se puede definir como Derecho penal¹¹³², con consideraciones muy interesantes¹¹³³.

como enemigos.” JAKOBS, Günther. “La autocomprensión de la ciencia del Derecho penal ante los desafíos del presente”. En: VVAA. *La ciencia del Derecho penal ante el nuevo milenio*. Valencia, Tirant lo Blanc, 2004, p. 61.

¹¹²⁹ “Con ello queda señalada la principal tarea que se le impone a la autocomprensión de la ciencia del Derecho penal: tiene que separar lo que circula bajo el nombre de Derecho penal, es decir, someter a discusión el complemento del Derecho penal a través un derecho de combate del enemigo.” JAKOBS, Günther. “La autocomprensión de la ciencia del Derecho penal ante los desafíos del presente”. En: VVAA. *La ciencia del Derecho penal ante el nuevo milenio*. Valencia, Tirant lo Blanc, 2004, p. 61.

¹¹³⁰ “Si no quiere reconocer la necesidad de este último, será marginalizada por una sociedad dominada por lo económico, debido a su falta de eficacia. Y si a todo lo que circula bajo el nombre de «Derecho penal» lo trata igual, capitula ante la política con su capacidad de diferenciación y se pierde a sí misma. De modo que a la ciencia del Derecho penal, que no puede decidir la meta del viaje de la sociedad, le queda al menos la tarea de denominar las direcciones tomadas.” JAKOBS, Günther. “La autocomprensión de la ciencia del Derecho penal ante los desafíos del presente”. En: VVAA. *La ciencia del Derecho penal ante el nuevo milenio*. Valencia, Tirant lo Blanc, 2004, p. 61.

¹¹³¹ “De manera análoga se plantea la tarea de la ciencia del Derecho penal dentro de la internacionalización del derecho, sin bien aquí solamente ha de tratarse una parte del sector, a saber, la de la reacción penal frente a violaciones de derechos humanos en otro país a los ciudadanos de dicho país, ya sea un castigo penal a través de un tribunal internacional, ya sea a través de uno nacional.” JAKOBS, Günther. “La autocomprensión de la ciencia del Derecho penal ante los desafíos del presente”. En: VVAA. *La ciencia del Derecho penal ante el nuevo milenio*. Valencia, Tirant lo Blanc, 2004, p. 61.

¹¹³² “Sólo con la separación entre la pena jurídica y la —no necesariamente ilegítima— pena de poder adopta la ciencia del Derecho penal el presupuesto para desarrollar una conciencia de sí misma como ciencia jurídica. 64

¹¹³³ Formulado nuevamente de otro modo: puede que haya buenas razones para obligar a otro a un estado de juridicidad, pero antes de que eso haya sucedido, falta el estado de juridicidad. Derecho penal previo a un monopolio de la fuerza en funcionamiento es un mero nombre, no un concepto.” JAKOBS, Günther. “La autocomprensión de la ciencia del Derecho penal ante los desafíos del presente”. En: VVAA. *La ciencia del Derecho penal ante el nuevo milenio*. Valencia, Tirant lo Blanc, 2004, p. 63.

7.2.3 *Bürgerstrafrecht und Feindstrafrecht* (2003).¹¹³⁴

De entrada Jakobs informa que las categorías a las cuales hace referencia, es decir, Derecho penal del enemigo y Derecho penal del ciudadano, son dos tipos ideales, dos *topoi* a los cuales se hace remisión, porque muy difícilmente ellos aparecerán de un modo puro, en el cual no se pueda en cada uno identificar alguna característica del otro.

La referencia que se hace a la diferencia entre Derecho penal del ciudadano y Derecho penal del enemigo representa un ideal de separación de dos categorías de política-criminal legislativa, dos *topoi* de regulación de la conducta social y producción de normas, con ideologías y finalidades muy diferentes, que casi nunca se presentan de una forma pura, con sus contenidos no mezclados. En realidad, son dos tendencias opuestas de un mismo Derecho penal y están mezcladas, lo que queda claro cuando se observa que aún la aplicación de la pena más ligera al delincuente que se ha comportado, de todas maneras, de forma menos hostil al ordenamiento jurídico, tiene un carácter preventivo, y se observa que incluso en el proceso judicial del terrorista más peligroso que se puede imaginar, a este se le garantizarán los derechos del acusado calificado como ciudadano común, en principio. En este sentido, la función precípua del Derecho penal del enemigo es aclarar realmente la naturaleza de las normas penales creadas por el legislador.¹¹³⁵

Así pues, la tarea de Derecho penal en el nuevo milenio, señalada en el apartado precedente, (separación de dos categorías) es imposible *ab ovo*, y de lo posible que de ella se queda, nace la necesidad de identificar en los ordenamientos jurídicos las tendencias citadas no en contraposición, sino en superposición, coexistiendo de forma harmónica y conflictiva al

¹¹³⁴ JAKOBS, Günther; CANCIO MELIÁ, Manuel. *Derecho penal del enemigo*. Madrid, Civitas Ediciones, 2003.

¹¹³⁵ “Cuando en el presente texto se hace referencia al Derecho penal del ciudadano y al Derecho penal del enemigo, ello en el sentido de dos tipos ideales que difícilmente aparecerán llevados a la realidad de modo puro: aun en el enjuiciamiento de un hecho delictivo cotidiano que provoca poco más que tedio -Derecho penal del ciudadano-se mezclará al menos una leve defensa frente a riesgos futuros -Derecho penal del enemigo-, e incluso el terrorista más alejado de la esfera ciudadana es tratado al menos formalmente como persona, al concedérsele en el proceso penal los derechos de un acusado ciudadano.” JAKOBS, Günther; CANCIO MELIÁ, Manuel. *Derecho penal del enemigo*. Madrid, Civitas Ediciones, 2003, pp. 21-22.

mismo tiempo, identificada, de acuerdo con su finalidad (restablecer la confianza en la vigencia de la norma o eliminar/reducir peligros socialmente desvalorados).¹¹³⁶

Aunque la expresión Derecho penal del enemigo sea en principio peyorativa, no es siempre que tendrá esta connotación. Muchas veces, ella hace referencia a una socialización deficiente, a una pacificación insuficiente, o al malogro del intento de la búsqueda de una solución diplomática. Sin embargo ella no debe ser vista sólo desde la óptica de los pacificadores, sino también de los rebeldes. De todas maneras, al menos, desde dicha expresión, se puede plantear la existencia y los límites de la acción humana basada en reglas sociales¹¹³⁷.

Llegar a la esencia de las cosas es una tarea difícil y a veces imposible. Sin embargo, si eso es una tarea posible, su primer paso es reconocer la contraposición que existe entre esencia y forma, y después de reconocido lo que es el fenómeno (manifestación sensible del objeto de estudio) y lo que es esencia (su sentido último) de lo que se quiere estudiar, se puede separar mejor lo que es contingente y lo que debe ser perenne en lo que se quiere comprender.

Así pues, la pena también contiene una esencia, un fin último, el objetivo de su creación, lo que se sabe que es posible producir a través de su aplicación (aunque todos los otros efectos no se produzcan), y su sentido final en el sistema que tenemos. Por eso, se puede sostener, con Jakobs, que *“La pena es coacción; es coacción -que aquí sólo será abordada de manera sectorial- de diversas clases, mezcladas en íntima combinación.”*¹¹³⁸.

Es decir, aunque desde una óptica funcional sistémica, la pena tenga por función la transformación de lo contingente en palpable (reducción de complejidad a través de

¹¹³⁶ “Por consiguiente, no puede tratarse de contraponer dos esferas aisladas del Derecho penal, sino de describir dos polos de un solo mundo o de mostrar dos tendencias opuestas en un solo contexto jurídico-penal. Tal descripción revela que es perfectamente posible que esas tendencias se superpongan, es decir, que se solapen aquellas conducentes a tratar al autor como persona y aquellas otras dirigidas a tratarlo como fuente de peligro o como medio para intimidar a otros.” JAKOBS, Günther; CANCIO MELIÁ, Manuel. *Derecho penal del enemigo*. Madrid, Civitas Ediciones, 2003, p. 22.

¹¹³⁷ “En segundo lugar debe acotarse con carácter previo que la denominación «Derecho penal del enemigo» no en todo caso pretende ser peyorativa. Ciertamente, un Derecho penal del enemigo es indicativo de una pacificación insuficiente; sin embargo, ésta no necesariamente debe achacarse siempre a los pacificadores, sino puede que también a los rebeldes.” JAKOBS, Günther; CANCIO MELIÁ, Manuel. *Derecho penal del enemigo*. Madrid, Civitas Ediciones, 2003, p. 22.

¹¹³⁸ JAKOBS, Günther; CANCIO MELIÁ, Manuel. *Derecho penal del enemigo*. Madrid, Civitas Ediciones, 2003, p. 23.

protección de la doble contingencia), eso sólo es posible a través de la imposición de una obligación de fidelidad al ordenamiento jurídico (coacción), que se hace, a su vez, con la privación de una posibilidad de desarrollo de la personalidad (restricción del ámbito de la personalidad).

Por eso, la pena sólo tiene sentido (sólo existe realmente como pena) cuando la preservación de la personalidad es un bien muy importante a quien realiza hechos delictivos. Si para el autor de un delito la preservación de su personalidad no le hace falta, la pena carece totalmente de sentido en su mundo interior, y por eso, no es un medio eficaz de promover las funciones preventivo-especiales positivas (motivación de fidelidad respecto a la norma) que debería producir. Si falla la motivabilidad, falla toda la esencia de la respuesta penal.

La coacción tiene el significado de respuesta al hecho de una persona que quiere preservar las posibilidades de desarrollo de su personalidad de posibles restricciones, es decir, de una persona que entente y vive de acuerdo con la racionalidad de la sociedad occidental, en el sentido de potenciar sus posibilidades de realización a través de una civilidad posible (realización de la personalidad del ser humano en cuanto *zoon politikón*, cuanto más civilidad, más posibilidad de realizar la personalidad). Así pues, una amenaza de imposición de una coacción a través de la pena (reducción de las posibilidades de realización personal) significa la desautorización normativa de un comportamiento (violación de la norma), y también que la norma sigue vigente sin modificarse, que la conducta del autor no tiene sentido, es irrelevante, en el universo complejo de posibles acciones, manteniéndose así la configuración normativa de la sociedad.¹¹³⁹

La pena sólo tiene sentido si cumple una función doble de comunicación, a saber: comunica la vigencia de una expectativa a la sociedad, al mismo tiempo en que debe ser eficiente en crear una real amenaza de restricción de ámbitos de la personalidad (coacción) que tenga por finalidad disuadir la violación de dicha vigencia. La pena (real o potencial) tiene el sentido de transmitir, al mismo tiempo, una comunicación con un contenido en sentido cognitivo (es

¹¹³⁹ “En primer lugar, está la coacción en cuanto portadora de un significado, portadora de la respuesta al hecho: el hecho, como hecho de una persona racional, significa algo, significa una desautorización de la norma, un ataque a su vigencia, y la pena también significa algo, significa que la afirmación del autor es irrelevante y que la norma sigue vigente sin modificaciones, manteniéndose, por lo tanto, la configuración de la sociedad.” JAKOBS, Günther; CANCIO MELIÁ, Manuel. *Derecho penal del enemigo*. Madrid, Civitas Ediciones, 2003, p. 23.

decir, la información, lo que representa el contenido de la vigencia de la norma, v. g., no matar), y otra comunicación, que posee un sentido esencialmente psicomotricial (la disuasión, o motivación de no práctica del delito). Si una de estas comunicaciones, o las dos, no funciona como debería, es decir, si no es posible, por razones sociales o individuales, que las personas sepan lo que está prohibido y sean motivadas efectivamente a continuar fieles al ordenamiento, se identifica un malogro muy grave en el sistema de control social de violación de normas (o manutención de bienes jurídicos). Eso puede llevar a dicho tipo de violación, en múltiples formas, y a la sensación de ausencia total de necesidad de respecto a los estándares básicos de la civilización (anomia). Esta es, precisamente, la razón por la cual la esencia de la pena presupone la racionalidad, en términos de sociabilidad (o personalidad), del individuo al cual está orientada. Dicha conclusión está de acuerdo con lo que sostiene Jakobs, lo que puede ser identificado a continuación: *“En esta medida, tanto el hecho como la coacción penal son medios de interacción simbólica, y el autor es tomado en serio en cuanto persona; pues si fuera incompetente, no sería necesario contradecir su hecho.”*¹¹⁴⁰

Si, al fin y al cabo, la amenaza de pena no es capaz de producir los efectos esperados, queda, pues, sólo concretar lo que debería ser solamente la amenaza: la coacción. En este sentido, si uno elige no comportarse de acuerdo con la norma, después de comprendido el significado de la norma e identificado que él soportaría de forma relativamente sufrida la imposición de la sanción, elección hecha no a través un defecto de motivabilidad, sino a través de una decisión racional (lo que, en su turno, puede ser considerado *per se* un defecto de motivabilidad, que se quede claro), él elige también poder ser sometido a la pena.

Eso que es muy diferente de la situación en la cual uno elige violar el contenido de la norma porque no comprende dicho contenido (es decir, no comprende el valor que la norma quiere preservar o la posibilidad de sanción por su violación), como lo que pasa con los realmente inimputables (no con los inimputables por mera ficción jurídica, v.g. personas sanas con doce años de edad o más), o cuando uno elige violar la norma (cuyo contenido y posibilidad de reacción estén completamente comprendidos por el autor) porque no hace caso, para nada, la posible restricción de los ámbitos de su libertad (una pena real no le puede motivar o disuadir), lo que pasa con las personas condenadas a cadena perpetua (en los países donde

¹¹⁴⁰ JAKOBS, Günther; CANCIO MELIÁ, Manuel. *Derecho penal del enemigo*. Madrid, Civitas Ediciones, 2003, p. 23.

existe) o las personas que no comparten, de forma vehemente los valores, de la sociedad que le amenaza de pena (como los terroristas musulmanes, que creen ser mejor la muerte en un atentado suicida que la vida sin fidelidad total a un dios les exige este sacrificio).

Al revés, para un musulmán como lo descrito aquí, quitarle la dignidad (o la posibilidad de realizar su personalidad) sería quitarle la posibilidad de participar en la *Yihad* (guerra santa) con su propio sacrificio. En este caso, pena y premio por la violación brutal de las normas más básicas a la vida civilizada de la sociedad occidental tienen exactamente el mismo sentido, realizan la misma función (privación o sufrimiento es igual a la realización personal), y muchas veces pasan de la misma forma (cuando el terrorista logra realizar el atentado suicida o cuando se le impone la pena de muerte).

Si, en el mundo de los hechos, no se logra realizar las funciones de la pena informadas (doble comunicación, una del contenido normativo y otra de la realización del efecto psicomotricial), no se le queda más que la mera posibilidad de neutralización de un peligro, de contrarrestar físicamente la fuente de peligros que rehúsa de forma vehemente reconocer y ponerse en un estado mínimo de sociabilidad y civilidad. Eso es precisamente lo que sostiene Jakobs, de la siguiente forma: “*Sin embargo, la pena no sólo significa algo, sino que también produce físicamente algo: así, por ejemplo, el preso no puede cometer delitos fuera del centro penitenciario: una prevención especial segura durante el lapso efectivo de la pena privativa de libertad.*”¹¹⁴¹

A las funciones primarias de la pena (comunicación) se les puede llamar prevención general positiva (comunicación del valor) y negativa (disuasión para la reacción psicomotricial de no realización de delitos), y cuando fallan estas, aparecen las funciones secundarias de la pena, que se les puede llamar de prevención especial negativa (inocuidación a quien ha presentado déficit de motivabilidad, ausencia de motivabilidad o imposibilidad completa de motivarse por razones no fisiológicas) y positiva (tentativa casi idílica de reintroducción de los valores básicos de la sociedad en la psique del individuo, con la estricta finalidad de generar real motivación, reacción psicomotricial efectiva de no realización de delitos).

¹¹⁴¹ JAKOBS, Günther; CANCIO MELIÁ, Manuel. *Derecho penal del enemigo*. Madrid, Civitas Ediciones, 2003, p. 23.

Jakobs hace una observación muy interesante, en relación con las funciones preventivas de la pena. Él sostiene que si la pena no poseyera el carácter de efectivo aseguramiento de la vigencia de la norma (y protección de los valores que basan la vida en sociedad), probablemente no se hubiera mantenido como la forma por la cual sociedades civilizadas reaccionan contra los ataques graves a sus valores centrales, lo que pone en evidencia la necesidad de reconocerse su importancia y potenciarse de forma racional y sincera su capacidad de mantenimiento de los estándares de civilidad. *Verbis*: “Cabe pensar que es improbable que la pena privativa de libertad se hubiera convertido en la reacción habitual frente a hechos de cierta gravedad si no concurriera en ella este efecto de aseguramiento.”¹¹⁴² Dicha observación aclara de forma escandalosa la real razón de existencia de la pena privativa de libertad en nuestras sociedades, y especialmente, pone en evidencia la razón de su mantención en el tiempo: no la se le puede echar de menos.

En relación con la función secundaria de la pena, de neutralización del peligro representado por el individuo que no quiere dejar motivarse ni por el contenido imperativo de la norma (prevención general positiva), ni por la amenaza de castigo (prevención general negativa), por razones no fisiológicas (inimputabilidad) no queda otra alternativa que la coacción física o el efectivo alejamiento del individuo de la sociedad para que no realice hechos delictivos. Eso no suena raro si se sale del plan abstracto y se va hacia el concreto. ¿Qué hacer, que respuesta se puede dar a alguien que ha realizado homicidios en masa y manifiesta que seguirá matando luego que termine su pena de prisión? Si se prueba que dicha persona posee plenas condiciones de comprender la antijuridicidad de estos hechos y de motivarse de acuerdo con dicha comprensión (es decir, es imputable), pero asimismo rehúsa de forma vehemente a comportarse de forma no lesiva a la indemnidad física de los demás, ¿Qué hacer? ¿Cómo esperar que él presente un comportamiento social conforme el Derecho? ¿Cómo motivar alguien que deliberadamente elige no motivarse? A este individuo¹¹⁴³, no hay más ningún tipo de función preventivo-general de la pena (función primaria) sino sólo queda a la sociedad

¹¹⁴² JAKOBS, Günther; CANCIO MELIÁ, Manuel. *Derecho penal del enemigo*. Madrid, Civitas Ediciones, 2003, pp. 23-24.

¹¹⁴³ Véase, por ejemplo, el caso de quien aquí se identificará por las iniciales J. A. G. de O., detenido en octubre de 2014, con 19 años de edad, en el Estado de Pernambuco (Brasil), luego después de haber matado a tres personas para realizar un robo, una de las cuales, el coautor de dicho robo. En un video¹¹⁴³, el asume que mató a tres personas por dinero (uno de ellos era un anciano), que ya había huido una vez de la cárcel, que no se arrepiente de los asesinatos que realizó con alevosía y crueldad (con el uso de un hacha) e informa que cuando salir de la cárcel otra vez, matará a los testigos, además de volver a robar y matar por dinero. Este caso será analizado con más detenimiento en un apartado específico.

protegerse de esta fuente de peligro, ponerle un fin, esperar que ella no exista más en virtud de causas naturales, y esperar que cambie y elija volverse a un estado de civilidad. De las tres opciones, la tercera, el reconocimiento de una potencial personalidad para que el enemigo pueda un día volver al estado de civilidad, es la solución propuesta por Jakobs¹¹⁴⁴

A individuos como los descritos en el párrafo antecedente, la pena no significa nada más que la mera coacción y alejamiento físico de la vida libre en sociedad. Jakobs pone que: “*En esta medida, la coacción no pretende significar nada, sino quiere ser efectiva, lo que implica que no se dirige contra la persona en Derecho, sino contra el individuo peligroso.*”¹¹⁴⁵ Se puede resumir la idea de Jakobs acerca del reconocimiento del individuo como persona o no, desde la idea de culpabilidad, de la posibilidad de comprensión del significado de la coacción y de la pena. En ese sentido, el significado axiológico de la pena (prevención general) está orientado a la persona, al ser social, que tiene existencia normativa, que tiene personalidad en el sentido jurídico de la palabra (alguien que participa en la comunicación y en el acoplamiento estructural del sistema), y el significado físico de la pena (prevención especial) está orientado al individuo, al ser humano natural, físico (alguien que no participa en la comunicación y en el acoplamiento estructural del sistema).

Aún para quien no esté de acuerdo con la proposición citada en el párrafo precedente, hay que reconocerse que todavía hoy, en nuestra sociedad, hay seres humanos que no son considerados personas. En el pasado había los esclavos, lo indios, tal vez los niños, pero hoy tenemos que reconocer que el ser humano en muerte cerebral, pero con el cuerpo todavía vivo, es un ser humano vivo, pero no una persona, porque no tiene capacidad de comprender y motivarse, razón por la cual está permitido que se le quiten los órganos. Algo parecido mismo pasa con los enfermos mentales graves, que no tienen condiciones de comprender los valores sociales y el significado de la pena: aunque sean seres humanos, no están en condiciones de ejercer la titularidad de relaciones jurídicas en su propio nombre (capacidad). Es decir, aunque

¹¹⁴⁴ “El que pretende ser tratado como persona debe dar a cambio una cierta garantía cognitiva de que se va a comportar como persona. Si no existe esa garantía o incluso es negada expresamente, el Derecho penal pasa de ser una reacción de la sociedad ante el hecho de uno de sus miembros a ser una reacción contra un enemigo. Esto no ha de implicar que todo esté permitido, incluyendo una acción desmedida; antes bien, es posible que al enemigo se le reconozca una personalidad potencial, de tal modo que en la lucha contra él no se puede sobrepasar la medida de lo necesario.” JAKOBS, Günther. *Dogmática de Derecho penal y la Configuración Normativa de la Sociedad*, Madrid, Editorial Civitas, 2004, p. 43.

¹¹⁴⁵ JAKOBS, Günther; CANCIO MELIÁ, Manuel. *Derecho penal del enemigo*. Madrid, Civitas Ediciones, 2003, p. 24.

sean seres humanos (y personas, eso no se quiere negar), son seres humanos, pero no personas en la situación de ponerse en toda la complejidad que el término presupone (participar en la comunicación del sistema social). Por esta razón se les impone una respuesta socio-normativa por la práctica de un injusto de forma diferente de la impuesta a los que tienen la capacidad de participar en la comunicación: la medida de seguridad, que tiene la finalidad de contrarrestar un peligro (función fáctica) y no de reafirmar la norma violada (función axiológica).

Esta visión de las funciones de la respuesta del sistema represivo estatal con privación de la libertad de locomoción (que estrictamente no se puede llamar de Derecho penal, porque la medida de seguridad no es pena, tampoco se resuelve el problema con el uso de la expresión Derecho criminal, porque la imputabilidad es un requisito de la existencia de un delito), que compara el sentido y las funciones de la medida de seguridad y de la pena, permite una visión más completa y contextualizada de la propia función y sentido del Derecho penal. La medida de seguridad (al contrario de la pena, que está limitada al principio de la culpabilidad plena y del principio del hecho) no sólo abarca retrospectivamente el hecho pasado, sino que también (y principalmente) se dirige al futuro, porque reconoce que la probabilidad de que el imputado inimputable realice injustos en el futuro tiene efectos peligrosos a la sociedad. Eso no se puede negar, porque representa una cuestión central en el problema de la culpabilidad, que presupone la existencia del libre albedrío para la imposición de una pena, aceptada de modo casi uniforme por los investigadores del tema. Una prueba que da soporte a dicha conclusión es la posibilidad de suspensión de la medida de seguridad cuando se llegue a la conclusión el inimputable a ella sometido no representa más un riesgo a la sociedad.¹¹⁴⁶

Así pues, se identifica que el Derecho penal dispone de dos respuestas diferentes a dos fenómenos también diferentes, a saber: contradice a una persona capaz de comportarse de acuerdo con la norma, con una pena, y contrarresta el individuo peligroso con una medida de seguridad (aquí, las funciones de mera contención de la pena se identifican con el carácter de la medida de seguridad). Luchar contra un peligro es diferente de contener una mera comunicación, y el Derecho penal se identifica mucho más con la función de la pena

¹¹⁴⁶ “Esto quizás se advierta con especial claridad si se pasa del efecto de aseguramiento de la pena privativa de libertad a la custodia de seguridad en cuanto medida de seguridad (§ 61 núm. 3, § 66 StGB): en ese caso, la perspectiva no sólo contempla retrospectivamente el hecho pasado que debe ser sometido a juicio, sino que también se dirige -y sobre todo- hacia delante, al futuro, en el que una «tendencia a [cometer] hechos delictivos de considerable gravedad» podría tener efectos «peligrosos» para la generalidad (§ 66, párr. 1.0, núm. 3 StGB).” JAKOBS, Günther; CANCIO MELIÁ, Manuel. *Derecho penal del enemigo*. Madrid, Civitas Ediciones, 2003, p. 24.

(comunicativa), qué con la función de la medida de seguridad (preventiva).¹¹⁴⁷ De forma muy clara, Jakobs sintetiza lo que se ha expuesto en esta parte del trabajo, de la siguiente forma: “Se denomina «Derecho» al vínculo entre personas que son a su vez titulares de derechos y deberes, mientras que la relación con un enemigo no se determina por el Derecho, sino por la coacción.”¹¹⁴⁸

En este punto, Jakobs observa que Rousseau e Fichte reconocen una necesidad de mantenerse el criminal en el Derecho, porque él tiene el derecho a volver al estado de civilidad y el deber de reparar su lesión¹¹⁴⁹ y, por otro lado, Hobbes y Kant reconocen una separación entre Derecho penal del ciudadano (para personas que no delinquen de modo reiterado) y Derecho penal del enemigo (para quien se desvía por principio)¹¹⁵⁰, lo que tiene una repercusión en la propia concepción de lo que es Derecho y lo que no es Derecho en el modelo de respuesta social que el analiza.

En cuanto el Derecho penal del ciudadano es un Derecho también en lo que se refiere al criminal, es un Derecho también orientado a las garantías del imputado como persona, el Derecho penal del enemigo es el derecho del Estado de buscar la seguridad en relación con los individuos que reiteran de forma persistente en la realización de delitos, es una forma de reconocerse la custodia de la seguridad como una institución jurídica.¹¹⁵¹ Este es,

¹¹⁴⁷ “Por lo tanto, en lugar de una persona que de por sí es competente y a la que se contradice a través de la pena aparece el individuo peligroso, contra el cual se procede --en este ámbito: a través de una medida de seguridad, no mediante una pena- de modo físicamente efectivo: lucha contra un peligro en lugar de comunicación, Derecho penal del enemigo (en este contexto, Derecho penal al menos en un sentido amplio: la medida de seguridad tiene como presupuesto la comisión de un delito) en vez de Derecho penal del ciudadano, y la voz «Derecho» significa en ambos conceptos algo claramente diferente, como habrá de mostrarse más adelante.” JAKOBS, Günther; CANCIO MELIÁ, Manuel. *Derecho penal del enemigo*. Madrid, Civitas Ediciones, 2003, p. 24-25

¹¹⁴⁸ JAKOBS, Günther; CANCIO MELIÁ, Manuel. *Derecho penal del enemigo*. Madrid, Civitas Ediciones, 2003, p. 26.

¹¹⁴⁹ “No quiero seguir la concepción de ROUSSEAU y de FICHTE; pues en su separación radical entre el ciudadano y su Derecho, por un lado, y el injusto del enemigo, por otro, es demasiado abstracta. En principio, un ordenamiento jurídico debe mantener dentro del Derecho también al criminal, y ello por una doble razón: por un lado, el delincuente tiene derecho a volver a arreglarse con la sociedad, y para ello debe mantener su status como persona, como ciudadano, en todo caso: su situación dentro del Derecho. Por otro, el delincuente tiene el deber de proceder a la reparación, y también los deberes tienen como presupuesto la existencia de personalidad, dicho de otro modo, el delincuente no puede despedirse arbitrariamente de la sociedad a través de su hecho.” JAKOBS, Günther; CANCIO MELIÁ, Manuel. *Derecho penal del enemigo*. Madrid, Civitas Ediciones, 2003, p. 28.

¹¹⁵⁰ “Por consiguiente, HOBBS y KANT conocen un Derecho penal del ciudadano --contra personas que no delinquen de modo persistente, por principio- y un Derecho penal del enemigo contra quien se desvía por principio; éste excluye, aquél deja incólume el status de persona.” JAKOBS, Günther; CANCIO MELIÁ, Manuel. *Derecho penal del enemigo*. Madrid, Civitas Ediciones, 2003, p. 32.

¹¹⁵¹ “El Derecho penal del ciudadano es Derecho también en lo que se refiere al criminal; éste sigue siendo persona. Pero el Derecho penal del enemigo es Derecho en otro sentido. Ciertamente, el Estado tiene derecho a procurarse seguridad frente a individuos que reinciden persistentemente en la comisión de delitos; a fin de

precisamente, el punto clave del tema, especialmente porque la existencia de los mandatos constitucionales de criminalización informa que existe un Derecho público a la seguridad, de rango constitucional, como oportunamente se demuestra, con detenimiento, en este trabajo. Jakobs sigue su razonamiento, sosteniendo que: “*Más aún: los ciudadanos tienen derecho a exigir del Estado que tome las medidas adecuadas, es decir, tienen un derecho a la seguridad, con base en el cual Hobbes fundamenta y limita al Estado: finis oboedientiae est protectio.*”¹¹⁵²

De hecho, el fin último de la obediencia del ciudadano al Estado es su propia protección, en la teoría contractualista de Thomas Hobbes. Si el ciudadano no es efectivamente protegido de los otros hombres, a través de la intervención del Estado no hay sentido en sacrificar una parte de su libertad para la creación de dicha institución. Porque el *homo homini lupus*, es necesario que el Leviatán realice efectivamente la protección contra dichos lobos. En este sentido, la seguridad es un derecho del todos los ciudadanos, y un deber de prestación positiva del Estado. Una seguridad deficiente representa una violación de dicho deber.

Como se ha sostenido, la existencia de los mandatos constitucionales de criminalización¹¹⁵³, o la existencia expresa del derecho/deber de garantía de la seguridad pública¹¹⁵⁴, representan

cuentas, la custodia de seguridad es una institución jurídica.” JAKOBS, Günther; CANCIO MELIÁ, Manuel. *Derecho penal del enemigo*. Madrid, Civitas Ediciones, 2003, p. 32.

¹¹⁵² JAKOBS, Günther; CANCIO MELIÁ, Manuel. *Derecho penal del enemigo*. Madrid, Civitas Ediciones, 2003, p. 32.

¹¹⁵³ “Artículo 55. 1. Los derechos reconocidos en los artículos 17, 18, apartados 2 y 3, artículos 19, 20, apartados 1, a) y d), y 5, artículos 21, 28, apartado 2, y artículo 37, apartado 2, podrán ser suspendidos cuando se acuerde la declaración del estado de excepción o de sitio en los términos previstos en la Constitución. Se exceptúa de lo establecido anteriormente el apartado 3 del artículo 17 para el supuesto de declaración de estado de excepción. 2. Una ley orgánica podrá determinar la forma y los casos en los que, de forma individual y con la necesaria intervención judicial y el adecuado control parlamentario, los derechos reconocidos en los artículos 17, apartado 2, y 18, apartados 2 y 3, pueden ser suspendidos para personas determinadas, en relación con las investigaciones correspondientes a la actuación de bandas armadas o elementos terroristas. La utilización injustificada o abusiva de las facultades reconocidas en dicha ley orgánica producirá responsabilidad penal, como violación de los derechos y libertades reconocidos por las leyes.” ESPAÑA. Constitución Española, de 27 de diciembre de 1978. *Boletín Oficial del Estado*, 29 de diciembre de 1978, núm. 311. “Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes: (...) XLIV - constitui crime inafiançável e imprescritível a ação de grupos armados, civis ou militares, contra a ordem constitucional e o Estado Democrático;” BRASIL. *Constituição da República Federativa do Brasil*, Brasília, Senado, 1988.

¹¹⁵⁴ “Artículo 17 - 1. Toda persona tiene derecho a la libertad y a la seguridad. Nadie puede ser privado de su libertad, sino con la observancia de lo establecido en este artículo y en los casos y en la forma previstos en la ley. (...) Artículo 104 - 1. Las Fuerzas y Cuerpos de seguridad, bajo la dependencia del Gobierno, tendrán como misión proteger el libre ejercicio de los derechos y libertades y garantizar la seguridad ciudadana.” ESPAÑA. Constitución Española, de 27 de diciembre de 1978. *Boletín Oficial del Estado*, 29 de diciembre de 1978, núm. 311. Y: “ Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos

que una protección eficiente de la sociedad, contra quien quiere, de forma seria y exterior, destrozando derechos y garantías fundamentales de los demás, tiene origen constitucional. Así pues, se sostiene que una respuesta proporcional al delito debe reconocer lo que se puede llamar de principio de prohibición de la protección insuficiente (*Untermassverbot*).

En este sentido, queda claro que la protección de los derechos y garantías fundamentales no puede más ser vista sólo como la prohibición de intervenciones ilegítimas del Estado en el ámbito privado (*Eingriffsverbote*), sino deben representar también un postulado de protección (*Schutzgebote*), es decir, los derechos fundamentales exigen no sólo la prohibición del exceso (*Übermassverbote*) de la intervención del Estado, sino también representan la necesidad de prohibición de la protección insuficiente, o reconocerse la necesidad de su protección (*Untermassverbot*).¹¹⁵⁵ La jurisprudencia del Tribunal Constitucional alemán (*BVerfG*) clasifica de la siguiente forma el deber de protección:

- a) deber de prohibición (*Verbotspflicht*), que representa el deber de prohibir una conducta específica
- b) deber de Estado o de seguridad (*Sicherheitspflicht*), que impone el deber de proteger al individuo contra acciones de terceros a través de la utilización de varios tipos de medidas
- e) deber de evitar riesgos (*Risikopflicht*), que autoriza el Estado a actuar con la finalidad de protección de la sociedad en general, a través de la adopción de medidas de prevención o prevención especialmente orientadas al desarrollo técnico o tecnológico.¹¹⁵⁶

En la medida que el Derecho penal del ciudadano es un Derecho penal orientado a la generalidad de individuos, en el cual la pena tiene un significado comunicativo, el Derecho penal del enemigo representa el control de riesgos a través de una coacción física que puede

brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes: (...) Art. 144. A segurança pública, dever do Estado, direito e responsabilidade de todos, é exercida para a preservação da ordem pública e da incolumidade das pessoas e do patrimônio, através dos seguintes órgãos: I - polícia federal; II - polícia rodoviária federal; III - polícia ferroviária federal; IV - polícias civis; V - polícias militares e corpos de bombeiros militares.” BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil, Brasília, Senado, 1988.

¹¹⁵⁵ CANARIS, Claus-Wilhelm. *Grundrechtswirkungen und verhältnismässigkeitsprinzip in der richterlichen Anwendung und Fortbildung des Privatsrechts*. JuS, 1989, p. 161(163)., *apud* Supremo Tribunal Federal. ADI 3112, Relator(a): Min. RICARDO LEWANDOWSKI, Tribunal Pleno, julgado em 02/05/2007, DJe-131 DIVULG 25-10-2007 PUBLIC 26-10-2007 DJ 26-10-2007 PP-00028 EMENT VOL-02295-03 PP-00386 RTJ VOL-00206-02 PP-00538.

¹¹⁵⁶ RICHTER, Ingo; SCHUPPERT, Gunnar Folke. *Casebook Verfassungsrecht*. 3. ed. München, 1996, p. 35-36. *Apud* BRASIL. Supremo Tribunal Federal. ADI 3112, Relator(a): Min. RICARDO LEWANDOWSKI, Tribunal Pleno, julgado em 02/05/2007, DJe-131 DIVULG 25-10-2007 PUBLIC 26-10-2007 DJ 26-10-2007 PP-00028 EMENT VOL-02295-03 PP-00386 RTJ VOL-00206-02 PP-00538.

llegar hasta una especie de guerra.¹¹⁵⁷ Dicha coacción debe estar limitada, lo que puede pasar de dos modos, a saber: (1) *a través de la garantía de no exclusión de todos los derechos del imputados, especialmente los de naturaleza patrimonial*, y (2) *a través de la manutención permanente del ofrecimiento de los medios para la vuelta al estado de ciudadanía, en el caso de elección voluntaria de dicho cambio de relación con el ordenamiento jurídico y la sociedad*.

Sin embargo, la acción que se toma en contra un enemigo sigue como una mera coacción, que no lleva en si misma ningún sentido a los participantes en la comunicación¹¹⁵⁸, además de la reducción de riesgos, algo que sólo es posible porque tanto la sociedad, como la persona, son acuerdos normativos, tienen su existencia en cuanto productos de la comunicación en el sistema¹¹⁵⁹. Es especialmente porque el delito sólo tiene sentido en relación con un orden vinculante, que la relación del individuo con dicho orden puede ser cambiada desde la conducta delincente del individuo, en la medida del grado respeto de dicha conducta en relación con las estructuras básicas que permiten la existencia del orden.

En razón de la sociedad ser un acuerdo normativo, la noción de delito, la noción de un quebrantamiento de las normas de naturaleza práctica, sólo puede existir si existe de hecho un orden establecido, lo que no hay en el estado de naturaleza. En ese sentido, para la existencia de un orden es necesario que haya un deber general de abstención de violación, no justificada socialmente, de bienes de los otros individuos, de lo que se puede concluir que sólo en el estado de naturaleza el individuo tiene la facultad de hacer todo lo que tiene ganas de hacer (*ius naturale*), una libertad ilimitada, sin una correspondiente obligación de no violación y

¹¹⁵⁷ “El Derecho penal del ciudadano es el Derecho de todos, el Derecho penal del enemigo el de aquellos que forman contra el enemigo; frente al enemigo, es sólo coacción física, hasta llegar a la guerra.” JAKOBS, Günther; CANCIO MELIÁ, Manuel. *Derecho penal del enemigo*. Madrid, Civitas Ediciones, 2003, p. 33.

¹¹⁵⁸ “Esta coacción puede quedar limitada en un doble sentido. En primer lugar, el Estado no necesariamente ha de excluir al enemigo de todos los derechos. En este sentido, el sujeto sometido a custodia de seguridad queda incólume en su papel de propietario de cosas. Y, en segundo lugar, el Estado no tiene por qué hacer todo que es libre de hacer, sino que puede contenerse, en especial, para no cerrar la puerta a un posterior acuerdo de paz. Pero esto en nada cambia el hecho de que la medida ejecutada contra el enemigo no significa nada, sino sólo coacciona. El Derecho penal del ciudadano mantiene la vigencia de la norma, el Derecho penal del enemigo (en sentido amplio: incluyendo el Derecho de las medidas de seguridad) combate peligros; con toda certeza existen múltiples formas intermedias.” JAKOBS, Günther; CANCIO MELIÁ, Manuel. *Derecho penal del enemigo*. Madrid, Civitas Ediciones, 2003, p. 33.

¹¹⁵⁹ “Queda por formular una pregunta: ¿por qué llevan a cabo HOBBS y KANT la delimitación del modo que se ha descrito? Daré forma de tesis a la respuesta: ningún contexto normativo, y también lo es el ciudadano, la persona en Derecho, es tal -rige- por sí mismo. Por el contrario, también ha de determinar a grandes rasgos a la sociedad, sólo entonces es real.” JAKOBS, Günther; CANCIO MELIÁ, Manuel. *Derecho penal del enemigo*. Madrid, Civitas Ediciones, 2003, pp. 33-34.

respeto a los otros. Sólo si hay un orden vigente, un conjunto de reglas de organización práctica de la vida en comunidad, tiene sentido el quebrantamiento de una (o todas) estas reglas.

Así pues, la conducta de un individuo calificada como delito en una sociedad, no tiene el mismo sentido de la violación de un orden (o de un estado fuerte de consciencia, podría decir Durkheim¹¹⁶⁰) vinculante porque cuando no existe dicho orden.¹¹⁶¹ El sentido y la repercusión del delito tienen consecuencias trascendentales, que dicen respecto al grado de adhesión del individuo a la civilidad, al grado de *estado de naturaleza* o *estado de civilidad* en el cual el individuo cree que vive y puede comportarse. Así, Jakobs pone un ejemplo de lo expuesto:

Por lo tanto, los delitos sólo son posibles en una comunidad ordenada, en el Estado, del mismo modo que lo negativo sólo se puede determinar ante el trasfondo de lo positivo y viceversa. Y el delito no aparece como principio del fin de la comunidad ordenada, sino sólo como irritación de ésta, como desliz reparable. Para clarificar lo dicho imagínese que un sobrino mata a su tío, a quien está llamado a suceder, para acelerar la herencia. Ningún Estado sucumbe por un caso de estas características. Más aún, el hecho no se dirige contra la permanencia del Estado, y ni siquiera contra la de sus instituciones: el malvado sobrino pretende acogerse a su vez a la protección de la vida y de la propiedad dispensadas por el Estado; es decir, se comporta de modo evidente de manera autocontradictoria, dicho de otro modo, opta, como cualquiera aprecia, por un mundo insostenible, y ello no

¹¹⁶⁰ “Logo, não seria possível fazer uma lista dos sentimentos cuja violação constitui o ato criminoso; eles só se distinguem dos outros por esta característica: a de que são comuns à grande média dos indivíduos da mesma sociedade. Por isso, as regras que proibem esses atos e que o direito penal sanciona são as únicas a que o famoso axioma jurídico ninguém pode ignorar a lei se aplica sem ficção. Como estão gravadas em todas as consciências, todo o mundo as conhece e sente que são fundamentadas. Pelo menos, isso é verdade no caso do estado normal. Se há adultos que ignoram essas regras fundamentais ou não reconhecem sua autoridade, tal ignorância, ou tal indocilidade são sintomas irrefutáveis de perversão patológica; ou, se uma disposição penal se mantém por algum tempo, embora seja contestada por todo o mundo, é graças a um concurso de circunstâncias excepcionais, por conseguinte, anormais, e tal estado de coisas nunca pode durar.” DURKHEIM, Émile. *Da divisão do trabalho social*. 2ª ed. São Paulo: Martins Fontes, 2004, p. 44. “Portanto, resumindo a análise que precede, podemos dizer que um ato é criminoso quando ofende os estados fortes e definidos da consciência coletiva.” DURKHEIM, Émile. *Da divisão do trabalho social*. 2ª ed. São Paulo: Martins Fontes, 2004, p. 51.

¹¹⁶¹ “No existen los delitos en circunstancias caóticas, sino sólo como quebrantamiento de las normas de un orden practicado. Nadie ha desarrollado esto con mayor claridad que HOBBS, quien atribuye en el estado de naturaleza a todos los seres humanos un ius naturale a todo, es decir, en terminología moderna, sólo un ius así denominado, respecto del cual precisamente no se halla en correspondencia una obligatio, un deber del otro, sino que, por el contrario, sólo es una denominación de la libertad normativamente ilimitada, únicamente circunscrita por la violencia física de cada individuo, de hacer y dejar de hacer lo que se quiera con tal de que se pueda. Quien quiera y pueda, puede matar al otro sin causa alguna; es éste, como HOBBS constata expresamente, su ius naturale, y ello nada tiene en común con un delito, ya que en el estado de naturaleza, a falta de un orden definido de manera vinculante no pueden quebrantarse las normas de tal orden.” JAKOBS, Günther; CANCIO MELIÁ, Manuel. *Derecho penal del enemigo*. Madrid, Civitas Ediciones, 2003, pp. 34-35.

sólo en el sentido de insostenible desde el punto de vista práctico en una determinada situación, sino ya en el plano teórico: ese mundo es impensable.¹¹⁶²

En el estado moderno, la pena está orientada a en un individuo que realiza un delito, no un enemigo al cual se debe destruir, sino a un ciudadano que ha violado la vigencia de la norma, a quien se orienta parte del contenido informativo de la pena (la otra parte se dirige a la sociedad), para restablecer dicha vigencia, en un plan simbólico, con fuertes consecuencias en el plan real, en la motivación de las conductas de los demás (protección de la confianza en la doble contingencia).¹¹⁶³

La forma de realización de la pena supone la privación de medios de desarrollo del autor del hecho, lo que tiene como sentido el mantenimiento de la expectativa violada por el sujeto y la atribución del carácter de invalidez a la máxima de conducta del autor. Pero dicho proceso sólo funciona si la acción del autor está visiblemente identificada como una anomalía en un contexto social de consenso acerca de los valores sociales que basan las normas de acción, y las medida de reducción de la disponibilidad de sus medios de desarrollo sólo tienen sentido y función si el autor desea efectivamente desarrollar su personalidad en el contexto social en el cual actúa.¹¹⁶⁴

En este punto Jakobs vuelve a una proposición que sirve de conexión perfecta entre sus referenciales teóricos de la política y de la sociología, especialmente entre Hobbes y Luhmann, a saber: *“Del mismo modo que la vigencia de la norma no puede mantenerse de manera completamente contrafáctica, tampoco la personalidad.”*¹¹⁶⁵ Civilidad y sistema

¹¹⁶² JAKOBS, Günther; CANCIO MELIÁ, Manuel. *Derecho penal del enemigo*. Madrid, Civitas Ediciones, 2003, p. 35.

¹¹⁶³ “Por ello, el Estado moderno ve en el autor de un hecho -de nuevo, uso esta palabra poco exacta- normal, a diferencia de lo que sucede en los teóricos estrictos del contracrualismo ROUSSEAU y FICHTE, no a un enemigo al que ha de destruirse, sino a un ciudadano, una persona que mediante su conducta a dañado la vigencia de la norma y que por ello es llamado -de modo coactivo, pero en cuanto ciudadano (y no como enemigo)- a equilibrar el daño en la vigencia de la norma.” JAKOBS, Günther; CANCIO MELIÁ, Manuel. *Derecho penal del enemigo*. Madrid, Civitas Ediciones, 2003, p. 35.

¹¹⁶⁴ “Esto sucede mostrando mediante la pena, es decir, mediante la privación de medios de desarrollo del autor, que se mantiene la expectativa defraudada por el autor, tratando ésta, por lo tanto, como válida, y a la máxima de conducta del autor como máxima que no puede ser norma. Sin embargo, las cosas sólo son tan sencillas, incluso casi idílicas -el autor pronuncia su propia sentencia ya por la inconsistencia de su máxima-, cuando el autor a pesar de su hecho ofrezca garantía de que se conducirá a grandes rasgos como ciudadano, es decir, como persona que actúa en fidelidad al ordenamiento jurídico.” JAKOBS, Günther; CANCIO MELIÁ, Manuel. *Derecho penal del enemigo*. Madrid, Civitas Ediciones, 2003, p. 36.

¹¹⁶⁵ JAKOBS, Günther; CANCIO MELIÁ, Manuel. *Derecho penal del enemigo*. Madrid, Civitas Ediciones, 2003, p. 36.

social son casi expresiones sinónimas en su trabajo. La personalidad sólo tiene sentido y sólo puede desarrollarse (función) en un contexto de posibilidades de desarrollo, es decir, en un lugar mínimamente ordenado y civilizado, donde las expectativas de respeto a los valores básicos comunes tienen sentido y vigencia. Así pues, una personalidad sólo es verdaderamente una personalidad si está producida bajo criterios sociales de producción de sentido, bajo una semántica común. Si uno elige de forma duradera no sólo realizar hechos punibles, sino destrozar los fundamentos de civilidad del sistema de valores de la sociedad donde vive, su personalidad no tiene un sentido axiológico válido, y en realidad, ni siquiera existe como referencia (aunque se le pueda identificar algún sentido).

A continuación, se puede identificar un punto de acercamiento de la teoría de Jakobs con una visión más ontológica que normativa, o de otro modo, una crítica ontológica a los límites del normativismo en el Derecho penal. La construcción de una acción que tiene un sentido en el contexto social parte de la presuposición de que se puede esperar una conducta conforme a la norma, es decir, la doble contingencia funciona como la dirección de las acciones sociales, al menos en los casos de normas que expresan consensos muy firmes y valores basilares (v.g., tipo penal de homicidio)¹¹⁶⁶. Así pues, lo que permite la existencia de un mínimo de confianza necesaria a la construcción de la acción es la corroboración cognitiva de la norma como expectativa de conducta válida y vigente¹¹⁶⁷.

La seguridad cognitiva sirve para que la promesa de civilidad en la cual está basado el contrato social no sea una promesa vacía porque no ofrece un modelo de vida en sociedad realmente susceptible de ser vivido. Más allá que tener derecho al respeto a la integridad de su vida y patrimonio, las personas tienen que vivir en sociedad, salir adelante con sus cuerpos. En este punto, Jakobs identifica que la mera confianza en la vigencia de una norma pone las personas en la condición de individuos necesitados que pueden solamente sobrevivir, en la

¹¹⁶⁶ “Intentaré explicar brevemente lo dicho, abordando primero la vigencia de la norma: Si se pretende que una norma determine la configuración de una sociedad, la conducta conforme a la norma realmente debe ser esperable en lo fundamental, lo que significa que los cálculos de las personas deberían partir de que los demás se comportarán conforme a la norma, es decir, precisamente no infringiéndola. Al menos en los casos de las normas de cierto peso, que se pueda esperar la fidelidad a la norma necesita de cierta corroboración cognitiva para poder convertirse en real.” JAKOBS, Günther; CANCIO MELIÁ, Manuel. *Derecho penal del enemigo*. Madrid, Civitas Ediciones, 2003, pp. 36-37.

¹¹⁶⁷ “Un ejemplo extremo: si debo contar seriamente con la posibilidad de ser lesionado, víctima de un robo o quizás incluso de un homicidio en un determinado parque, la certeza de estar en todo caso en mi derecho no me conducirá a entrar en ese parque sin necesidad.” JAKOBS, Günther; CANCIO MELIÁ, Manuel. *Derecho penal del enemigo*. Madrid, Civitas Ediciones, 2003, p. 37.

medida en que la realización efectiva de lo que se confía se constituye en el elemento que permite efectivamente del desarrollo de la personalidad y la propia vida en sociedad¹¹⁶⁸. El autor concluye, de la siguiente forma: “*Es precisamente por esto que KANT argumenta que cualquiera puede obligar a cualquier otro a entrar en una constitución ciudadana.*”¹¹⁶⁹

Jakobs informa que lo que pasa en un nivel social, sucede también con la personalidad de un autor de un hecho, es decir, que la personalidad tampoco puede mantenerse de un modo puramente normativo-formal, totalmente contrafáctico, sin ninguna corroboración cognitiva¹¹⁷⁰. Las nociones de lícito e ilícito deben ser la base de orientación del comportamiento humano en sociedad, no sólo la satisfacción o insatisfacción de los intereses propios, es decir, si es una idea central a la acción del individuo en sociedad, tener en cuenta los demás, no sólo sus necesidades, dicha expectativa no puede quedarse sólo en plan formal, sino debe encontrarse debidamente corroborada, cimentada de forma real, cognitiva, especialmente porque es un presupuesto de civilidad y funcionamiento de la sociedad. La violación de dicha expectativa sólo puede pasar de forma ocasional, no de forma continua y reiterada, lo que supondría poner en cuestión la propia existencia del mínimo de civilidad (en un sentido contractualista clásico) que debe haber en el comportamiento de cada individuo, para posibilitar la vida en sociedad.¹¹⁷¹

Sigue Jakobs a informar que existen hoy muchas reglas de Derecho penal que permiten concluir que, en algunos casos en los cuales una expectativa de un comportamiento personal

¹¹⁶⁸ “Sin una suficiente seguridad cognitiva, la vigencia de la norma se erosiona y se convierte en una promesa vacía, vacía porque ya no ofrece una configuración social realmente susceptible de ser vivida. En el plano teórico puede rechazarse esta corroboración de lo normativo por lo fáctico aduciendo que lo que no debe ser, no debe ser aunque probablemente vaya a ser. Pero las personas no sólo quieren tener derecho, sino también salir adelante con su cuerpo, es decir, sobrevivir en cuanto individuos necesitados, y la confianza en lo que no debe ser sólo supone una orientación con la que es posible sobrevivir cuando no es contradicha con demasiada intensidad por el conocimiento de lo que será.” JAKOBS, Günther; CANCIO MELIÁ, Manuel. *Derecho penal del enemigo*. Madrid, Civitas Ediciones, 2003, pp. 37-38.

¹¹⁶⁹ JAKOBS, Günther; CANCIO MELIÁ, Manuel. *Derecho penal del enemigo*. Madrid, Civitas Ediciones, 2003, p. 38.

¹¹⁷⁰ JAKOBS, Günther; CANCIO MELIÁ, Manuel. *Derecho penal del enemigo*. Madrid, Civitas Ediciones, 2003, p. 38.

¹¹⁷¹ “Lo mismo sucede con la personalidad del autor de un hecho delictivo: tampoco ésta puede mantenerse de modo puramente contrafáctico, sin ninguna corroboración cognitiva. Si se pretende no sólo introducir al otro en el cálculo como individuo, es decir, como ser que evalúa en función de satisfacción e insatisfacción, sino tomarlo como persona, lo que significa que se parte de su orientación con base en lo lícito y lo ilícito, entonces también esta expectativa normativa debe encontrarse cimentada, en lo fundamental, de manera cognitiva, y ello con tanta mayor claridad como mayor sea el peso que corresponda a las normas en cuestión.” JAKOBS, Günther; CANCIO MELIÁ, Manuel. *Derecho penal del enemigo*. Madrid, Civitas Ediciones, 2003, p. 38.

es defraudada de forma duradera, se disminuye la disposición a tratar el criminal como persona.¹¹⁷² Jakobs pone algunos ejemplos de dicha situación, a saber:

Así, por ejemplo, el legislador (por permanecer primero en el ámbito del Derecho material) está pasando a una legislación -denominada abiertamente de este modo- de lucha, por ejemplo, en el ámbito de la criminalidad económica, del terrorismo, de la criminalidad organizada, en el caso de «delitos sexuales y otras infracciones penales peligrosas», así como, en general, respecto de los «crímenes», pretendiéndose combatir en cada uno de estos casos a individuos que en su actitud (por ejemplo, en el caso de los delitos sexuales), en su vida económica (así, por ejemplo, en el caso de la criminalidad económica, de la criminalidad relacionada con las drogas tóxicas y de otras formas de criminalidad organizada) o mediante su incorporación a una organización (en el caso del terrorismo, en la criminalidad organizada, incluso ya en la conspiración para delinquir, §30 StGB) se han apartado probablemente de manera duradera, al menos de modo decidido, del Derecho, es decir, que no prestan la garantía cognitiva mínima que es necesaria para el tratamiento como persona.¹¹⁷³

Así pues, Jakobs identifica como iguales las ideas de Derecho penal de lucha y Derecho penal del enemigo, y reconoce que, en la legislación alemana actual, hay una tendencia en reducir la disposición en considerar como persona de los autores de delitos en el ámbito de la criminalidad económica, del terrorismo, de la criminalidad organizada, de los delitos sexuales y de la criminalidad relacionada con las drogas tóxicas. Eso significa que, para Jakobs, la reacción social a estos tipos de delincuentes está más cerca de un Derecho penal de eliminación de un enemigo que de un Derecho penal orientado a reprochar la conducta de un ciudadano, lo que parece ser coherente, por todo que se ha expuesto en este trabajo, aunque sea necesario hacerse una debida matización entre lo que se puede calificar como Derecho penal del enemigo y Derecho penal de lucha, que se realizará oportunamente.

La reacción social/normativa a dicho tipo de criminalidad tiene como sentido la eliminación de un peligro, mientras que la reacción a la criminalidad ocasional que se puede esperar en un marco de ciudadanía tiene el sentido de restablecer el daño a la vigencia de la norma, lo que desemboca en la posibilidad (o necesidad) de adelantamiento de la punibilidad hasta, por ejemplo, hechos preparatorios, en razón de su autor ponerse en un estado de peligrosidad,

¹¹⁷² JAKOBS, Günther; CANCIO MELIÁ, Manuel. *Derecho penal del enemigo*. Madrid, Civitas Ediciones, 2003, p. 38.

¹¹⁷³ JAKOBS, Günther; CANCIO MELIÁ, Manuel. *Derecho penal del enemigo*. Madrid, Civitas Ediciones, 2003, pp. 38-39.

amenaza constante, que debe ser controlada y reducida.¹¹⁷⁴ Jakobs describe esta situación también de otro modo, a saber: “Una ulterior formulación: un individuo que no admite ser obligado a entrar en un estado de ciudadanía no puede participar de los beneficios del concepto de persona. Y es que el estado de naturaleza es un estado de ausencia de normas, es decir, de libertad excesiva tanto como de lucha excesiva.”¹¹⁷⁵

La entrada en el estado de ciudadanía presupone el abandono del estado de naturaleza. Si uno no entra completamente en el estado de ciudadanía, porque no cumple sus deberes como ciudadano ni tampoco se dispone a hacerlo, no puede beneficiarse de todas formas del estatus de ciudadano. La norma está establecida bajo criterios sociales que se legitiman en la misma metanarrativa que legitima la reacción contra un enemigo: la vigencia de un contrato social.¹¹⁷⁶

Un ejemplo real de la diferencia del grado de reproche con el cual el ordenamiento jurídico-penal se comunica con ciudadanos y enemigos es la cantidad de pena que debe ser aplicada en los casos de tentativa de homicidio y gerencia de organización criminal terrorista¹¹⁷⁷, algo que pasa con los códigos y leyes penales España, Alemania, Brasil e Italia, conforme se explica a continuación.

En España, por ejemplo, la pena mínima para la tentativa de un homicidio puede ser de dos años y medio de prisión, si rebajada en dos grados, y la máxima, de diez años de prisión, si

¹¹⁷⁴ “La reacción del ordenamiento jurídico frente a esta criminalidad se caracteriza, de modo paralelo a la diferenciación de KANT entre estado de ciudadanía y estado de naturaleza acabada de citar, por la circunstancia de que no se trata en primera línea de la compensación de un daño a la vigencia de la norma, sino de la eliminación de un peligro: la punibilidad se adelanta un gran trecho hacia el ámbito de la preparación, y la pena se dirige hacia el aseguramiento frente a hechos futuros, no a la sanción de hechos cometidos. Brevemente: la reflexión del legislador es la siguiente: el otro «me lesiona ya por... [su] estado [en ausencia de legalidad] (*statu iniusto*), que me amenaza constantemente».” JAKOBS, Günther; CANCIO MELIÁ, Manuel. *Derecho penal del enemigo*. Madrid, Civitas Ediciones, 2003, p. 40.

¹¹⁷⁵ JAKOBS, Günther; CANCIO MELIÁ, Manuel. *Derecho penal del enemigo*. Madrid, Civitas Ediciones, 2003, pp. 40-41.

¹¹⁷⁶ “Quien gana la guerra determina lo que es norma, y quien pierde ha de someterse a esa determinación.” JAKOBS, Günther; CANCIO MELIÁ, Manuel. *Derecho penal del enemigo*. Madrid, Civitas Ediciones, 2003, p. 41.

¹¹⁷⁷ Así lo describe Jakobs, con relación a su país: “Un ejemplo del primer tipo lo puede constituir el trato dado a un homicida, quien si actúa en autoría individual sólo comienza a ser punible cuando se dispone inmediatamente a realizar el tipo (§§ 22, 21, StGB), un ejemplo del segundo tipo puede ser el trato dado al cabecilla u hombre de atrás (con independencia de qué es lo que eso sea) de una asociación terrorista, al que alcanza una pena sólo levemente más reducida que la que corresponde al autor de una tentativa de homicidio ya cuando funda la asociación o lleva a cabo actividades dentro de ésta (§ 129 a StGB), es decir, eventualmente años antes de un hecho previsto con mayor o menor vaguedad.” JAKOBS, Günther; CANCIO MELIÁ, Manuel. *Derecho penal del enemigo*. Madrid, Civitas Ediciones, 2003, p. 43.

rebajada en un sólo grado (art. 62 y art. 138, 1, del Código Penal¹¹⁷⁸), sin embargo, para los promotores y directores de las bandas armadas y organizaciones terroristas, dicho Código establece una pena de prisión de ocho a catorce años (art. 516, 1º, del Código Penal¹¹⁷⁹).

En Brasil, la condena para un homicidio tentado será calculada entre dos y trece años de prisión (art. 14, párrafo único, y art. 121, *caput*, del Código Penal)¹¹⁸⁰, mientras que la condena de un cabecilla de una organización terrorista será al menos de algo más que cinco años, y puede llegar a más de ocho años de prisión, de acuerdo con la nueva (y primera) ley que crea tipos penales de terrorismo en el país, la Ley n. 13.260, de 26 de marzo de 2016 (art. 62, I, del Código Penal y art. 3º de la Ley n. 13.260)¹¹⁸¹.

En Italia, se castigará el autor de un homicidio tentado con una pena de siete hasta catorce años de prisión, e acuerdo con los artículos 56 y 575, del *Codice Penale* Italiano.¹¹⁸² De la misma forma que en los otros países, el artículo 270-bis del Código Penal italiano establece una pena de prisión de siete a quince años para el jefe de una organización terrorista.¹¹⁸³

¹¹⁷⁸ “Artículo 62. A los autores de tentativa de delito se les impondrá la pena inferior en uno o dos grados a la señalada por la Ley para el delito consumado, en la extensión que se estime adecuada, atendiendo al peligro inherente al intento y al grado de ejecución alcanzado. (...) Artículo 138. 1. El que matare a otro será castigado, como reo de homicidio, con la pena de prisión de diez a quince años.” ESPAÑA. Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código penal. *Boletín Oficial del Estado*, 24 de noviembre de 1995, núm. 281.

¹¹⁷⁹ “Artículo 516. En los casos previstos en el número 2.º del artículo anterior, se impondrán las siguientes penas: 1.º A los promotores y directores de las bandas armadas y organizaciones terroristas, y a quienes dirijan cualquiera de sus grupos, las de prisión de ocho a catorce años y de inhabilitación especial para empleo o cargo público por tiempo de ocho a quince años.” ESPAÑA. Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código penal. *Boletín Oficial del Estado*, 24 de noviembre de 1995, núm. 281.

¹¹⁸⁰ “Art. 14 - Diz-se o crime: Pena de tentativa - Parágrafo único - Salvo disposição em contrário, pune-se a tentativa com a pena correspondente ao crime consumado, diminuída de um a dois terços. y 121, *caput* CPB - Art. 121. Matar alguém: Pena - reclusão, de seis a vinte anos.” BRASIL. Decreto-lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940. Código Penal. *Diário Oficial da União*, Rio de Janeiro, 31 dez. 1940.

¹¹⁸¹ “Art. 62 - A pena será ainda agravada em relação ao agente que: I - promove, ou organiza a cooperação no crime ou dirige a atividade dos demais agentes; y art. 3º de la Ley n. 13.260 Art. 3o Promover, constituir, integrar ou prestar auxílio, pessoalmente ou por interposta pessoa, a organização terrorista: Pena - reclusão, de cinco a oito anos, e multa.” BRASIL. Decreto-lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940. Código Penal. *Diário Oficial da União*, Rio de Janeiro, 31 dez. 1940.

¹¹⁸² “Art. 56. - Delitto tentato. - Chi compie atti idonei, diretti in modo non equivoco a commettere un delitto, risponde di delitto tentato, se l'azione non si compie o l'evento non si verifica. Il colpevole di delitto tentato è punito; con la reclusione non inferiore a dodici anni, se la pena stabilita è l'ergastolo; e, negli altri casi con la pena stabilita per il delitto, diminuita da un terzo a due terzi. (...) Art. 575. - Omicidio. - Chiunque cagiona la morte di un uomo è punito con la reclusione non inferiore ad anni ventuno.” ITALIA. Regio Decreto 19 ottobre 1930, n. 1398, *Codice Penale*, in: *Gazzetta Ufficiale* del 26 ottobre 1930, n. 251, Roma, 1930.

¹¹⁸³ “Art. 270-bis. - Associazioni con finalità di terrorismo anche internazionale o di eversione dell'ordine democratico. - Chiunque promuove, costituisce, organizza, dirige o finanzia associazioni che si propongono il compimento di atti di violenza con finalità di terrorismo o di eversione dell'ordine democratico è punito con la reclusione da sette a quindici anni. Chiunque partecipa a tali associazioni è punito con la reclusione da cinque a dieci anni.” ITALIA. Regio Decreto 19 ottobre 1930, n. 1398, *Codice Penale*, in: *Gazzetta Ufficiale* del 26 ottobre 1930, n. 251, Roma, 1930.

En Alemania, de acuerdo con el *Strafgesetzbuch*, un cabecilla de una asociación terrorista tendrá una pena sólo levemente más reducida que la que corresponde al autor de una tentativa de homicidio ya cuando funda la asociación. La pena prevista para al autor de una tentativa de homicidio, es por los menos dos años de prisión (§§ 22 y 23(2)¹¹⁸⁴; § 49(1)3¹¹⁸⁵ y § 212(1)¹¹⁸⁶, del StGB), mientras condena mínima impuesta a un jefe de una organización terrorista es de un año de prisión, conforme dicho Código Penal (§ 129^a, del StGB)¹¹⁸⁷.

No tratar un delincuente eventual como un individuo peligroso queda fácil mientras no se identifique que este individuo sea un autor por tendencia de delitos graves o haga parte de una organización criminal, pero la necesidad de contrarrestar el peligro que proviene de su conducta reiterada contra la norma pasa a ser central, hasta llegar al grado del peligro que la conducta de un terrorista de grave entidad representa, “denominando así a quien rechaza por principio la legitimidad del ordenamiento jurídico y por ello persigue la destrucción de ese orden”.¹¹⁸⁸

¹¹⁸⁴ “§ 22 Begriffsbestimmung. Eine Straftat versucht, wer nach seiner Vorstellung von der Tat zur Verwirklichung des Tatbestandes unmittelbar ansetzt. § 23 Strafbarkeit des Versuchs (1) Der Versuch eines Verbrechens ist stets strafbar, der Versuch eines Vergehens nur dann, wenn das Gesetz es ausdrücklich bestimmt. (2) Der Versuch kann milder bestraft werden als die vollendete Tat (§ 49 Abs. 1).” ALEMANIA. "Strafgesetzbuch in der Fassung der Bekanntmachung vom 13. November 1998 (BGBl. I S. 3322), das durch Artikel 1 des Gesetzes vom 13. April 2017 (BGBl. I S. 872) geändert worden ist", Berlín, 1871.

¹¹⁸⁵ “§ 49 Besondere gesetzliche Milderungsgründe. (1) Ist eine Milderung nach dieser Vorschrift vorgeschrieben oder zugelassen, so gilt für die Milderung folgendes: (...) 3. Das erhöhte Mindestmaß einer Freiheitsstrafe ermäßigt sich im Falle eines Mindestmaßes von zehn oder fünf Jahren auf zwei Jahre.” ALEMANIA. "Strafgesetzbuch in der Fassung der Bekanntmachung vom 13. November 1998 (BGBl. I S. 3322), das durch Artikel 1 des Gesetzes vom 13. April 2017 (BGBl. I S. 872) geändert worden ist", Berlín, 1871.

¹¹⁸⁶ “§ 212 Totschlag. (1) Wer einen Menschen tötet, ohne Mörder zu sein, wird als Totschläger mit Freiheitsstrafe nicht unter fünf Jahren bestraft.” ALEMANIA. "Strafgesetzbuch in der Fassung der Bekanntmachung vom 13. November 1998 (BGBl. I S. 3322), das durch Artikel 1 des Gesetzes vom 13. April 2017 (BGBl. I S. 872) geändert worden ist", Berlín, 1871.

¹¹⁸⁷ “§ 129a Bildung terroristischer Vereinigungen. (1) Wer eine Vereinigung gründet, deren Zwecke oder deren Tätigkeit darauf gerichtet sind, 1. Mord (§ 211) oder Totschlag (§ 212) oder Völkermord (§ 6 des Völkerstrafgesetzbuches) oder Verbrechen gegen die Menschlichkeit (§ 7 des Völkerstrafgesetzbuches) oder Kriegsverbrechen (§§ 8, 9, 10, 11 oder § 12 des Völkerstrafgesetzbuches) oder 2. Straftaten gegen die persönliche Freiheit in den Fällen des § 239a oder des § 239b 3. (weggefallen) zu begehen, oder wer sich an einer solchen Vereinigung als Mitglied beteiligt, wird mit Freiheitsstrafe von einem Jahr bis zu zehn Jahren bestraft.” ALEMANIA. "Strafgesetzbuch in der Fassung der Bekanntmachung vom 13. November 1998 (BGBl. I S. 3322), das durch Artikel 1 des Gesetzes vom 13. April 2017 (BGBl. I S. 872) geändert worden ist", Berlín, 1871.

¹¹⁸⁸ “Lo que aún se sobreentiende respecto del delincuente de carácter cotidiano, es decir, no tratarlo como individuo peligroso, sino como persona que actúa erróneamente, ya pasa a ser difícil, como se acaba de mostrar, en el caso del autor por tendencia o que está imbricado en una organización -la necesidad de la reacción frente al peligro que emana de su conducta reiteradamente contraria a la norma pasa a un primer plano- y finaliza en el terrorista, denominando así a quien rechaza por principio la legitimidad del ordenamiento jurídico y por ello

Una cuestión importante que debe ser revisada en ese punto es uno de los sentidos de la propia categoría del delito en el Derecho actual. Dicha categoría no impone al Estado, *per se*, el límite de considerar el autor como persona, no ve la diferencia que hay entre, por ejemplo, un terrorista, y un ciudadano delincuente eventual y, por eso, incluir a uno enemigo en el concepto del delincuente ciudadano funde las ideas de guerra y proceso penal¹¹⁸⁹. Es decir, negarse la existencia del Derecho penal del enemigo (tratar igualmente enemigos y ciudadanos) es lo mismo que mezclar los conceptos de guerra y proceso penal, negarse su existencia es dejar que medios de contención de riesgos típicos de un Derecho penal fuerte, que se acerca de un Derecho administrativo de guerra, sea aplicado también a los ciudadanos que no están en la posición de enemigos de guerra contra la sociedad o el Estado¹¹⁹⁰. En las palabras de Jakobs:

“De nuevo, en otra formulación: quien no quiere privar al Derecho penal del ciudadano de sus cualidades vinculadas a la noción de Estado de Derecho -control de las pasiones; reacción exclusivamente frente a hechos exteriorizados, no frente a meros actos preparatorios; respeto a la personalidad del delincuente en el proceso penal, etc.- debería llamar de otro modo aquello que hay que hacer contra los terroristas si no se quiere sucumbir, es decir, lo debería llamar Derecho penal del enemigo, guerra refrenada.”¹¹⁹¹

Para Jakobs, no admitir la necesidad de separación de estos dos ámbitos del Derecho penal genera el riesgo de contaminarse todo el Derecho penal con medidas más graves, típicas de un Derecho penal de gerencia de los riesgos que el enemigo representa. Para el autor, la única forma de no tratar a ciudadanos como enemigos, en el camino que el Derecho y la política criminal de nuestras sociedades han tomado, es separar los dos matices del Derecho penal en tradicional y del enemigo. En este sentido, de acuerdo con Jakobs, hay que admitirse que el

persigue la destrucción de ese orden.” JAKOBS, Günther; CANCIO MELIÁ, Manuel. *Derecho penal del enemigo*. Madrid, Civitas Ediciones, 2003, p. 41.

¹¹⁸⁹ “Pero sí hay que inquirir si la fijación estricta y exclusiva en la categoría del delito no impone al Estado una atadura -precisamente, la necesidad de respetar al autor como persona- que frente a un terrorista, que precisamente no justifica la expectativa de una conducta generalmente personal, sencillamente resulta inadecuada. Dicho de otro modo: quien incluye al enemigo en el concepto del delincuente ciudadano no debe asombrarse si se mezclan los conceptos «guerra» y «proceso penal».” JAKOBS, Günther; CANCIO MELIÁ, Manuel. *Derecho penal del enemigo*. Madrid, Civitas Ediciones, 2003, p. 41-42.

¹¹⁹⁰ JAKOBS, Günther; CANCIO MELIÁ, Manuel. *Derecho penal del enemigo*. Madrid, Civitas Ediciones, 2003, p. 41-42.

¹¹⁹¹ JAKOBS, Günther; CANCIO MELIÁ, Manuel. *Derecho penal del enemigo*. Madrid, Civitas Ediciones, 2003, p. 42.

Derecho penal del enemigo tiene un lugar legítimo, de la misma forma que el Derecho penal tradicional tiene su lugar, en la medida en que lo que les justifica es su función.

Mientras que la finalidad del Derecho penal tradicional es restablecer la confianza en la doble contingencia de la norma penal, en relación con las personas que han realizado delitos en situación de un error, en su forma relacionarse con el ordenamiento jurídico, como algo eventual, la función del Derecho penal del enemigo es proteger el ordenamiento jurídico de aquellos que quieren su destrucción, la aniquilación completa de las bases axiológicas u ontológicas de la sociedad, lo que debe hacerse a través de la gerencia de los riesgos al cual el sistema social está expuesto. En este modelo de separación de reglas de Derecho penal, incluso, es posible potenciar las garantías de imputado que realiza delitos de forma eventual, que no expongan su disposición en dañar las bases del ordenamiento jurídico y de la vida civilizada.

Sin embargo, Jakobs también informa que aunque dichas perspectivas tengan su debido lugar, ellas pueden ser usadas de forma equivocada, es decir, si las funciones citadas no son buscadas de forma debida, sea por la intensidad de sus medios, la calidad de sus mecanismos o la mezcla de sus objetos de aplicación, seguramente habrá un Derecho penal irracional y desmesurado.¹¹⁹² De hecho, Jakobs tiene razón al sostener que es inadecuado tratarse a un terrorista en acto o en potencia a través de la pertenencia a una organización terrorista (un adversario del orden por principio, que representa un peligro de dimensiones más amplias que un autor de un hurto, por ejemplo) como se trata al autor de un robo, aunque el robo represente una efectiva lesión a un bien jurídico, y la pertenencia a una organización terrorista todavía no lo represente.

La contaminación de medidas típicas de un Derecho penal del enemigo en el ordenamiento jurídico penal es algo casi inevitable si se rehúsa a, en primero lugar, admitir la necesidad de separación de dos tipos de Derecho penal (del ciudadano y del enemigo), y en segundo lugar, a buscar una delimitación clara de estos dos *topoi* normativos, para proteger el ciudadano de

¹¹⁹² “Por lo tanto, el Estado puede proceder de dos modos con los delincuentes: puede ver en ellos personas que delinquen, personas que han cometido un error, o individuos a los que hay que impedir mediante coacción que destruyan el ordenamiento jurídico. Ambas perspectivas tienen, en determinados ámbitos, su lugar legítimo, lo que significa al mismo tiempo que también pueden ser usadas en un lugar equivocado.” JAKOBS, Günther; CANCIO MELIÁ, Manuel. *Derecho penal del enemigo*. Madrid, Civitas Ediciones, 2003, p. 47.

normas penales orientadas a la gerencia de riesgos, en lugar buscar el restablecimiento de la confianza en la vigencia de la norma.

Jakobs pone un ejemplo real de contaminación. En Alemania, en 1943, se pasó a la punición de actos preparatorios de todos los delitos, no sólo de los delitos graves, como se había planteado en 1876, lo que es más dañino que, por ejemplo, establecerse la posibilidad de incomunicación temporal sólo para los imputados de terrorismo. En este sentido, una amenaza de pena muy grave para situaciones no orientadas a la gerencia de los riesgos (que representan las conductas más reprochables de un ordenamiento jurídico-penal) hace mucho más daño al Estado de Derecho que la posibilidad de restricción moderada y temporal de garantías procesales, orientada a una finalidad bien clara de contención de riesgos¹¹⁹³. Por fin, hace bien permitir que el propio Jakobs haga la síntesis de su pensamiento sobre el tema, de la siguiente forma:

Como se ha mostrado, la personalidad es irreal como construcción exclusivamente normativa. Sólo será real cuando las expectativas que se dirigen a una persona también se cumplan en lo esencial. Ciertamente, una persona también puede ser construida contrafácticamente como persona, pero, precisamente, no de modo permanente o siquiera preponderante. Quien no presta una seguridad cognitiva suficiente de un comportamiento personal, no sólo no puede esperar ser tratado aún como persona, sino que el Estado no debe tratarlo ya como persona, ya que de lo contrario vulneraría el derecho a la seguridad de las demás personas. Por lo tanto, sería completamente erróneo demonizar aquello que aquí se ha denominado Derecho penal del enemigo; con ello no se puede resolver el problema de cómo tratar a los individuos que no permiten su inclusión en una constitución ciudadana.¹¹⁹⁴

7.2.3.1 Conclusiones

¹¹⁹³ “Lo que en el caso de los terroristas -adversarios por principio- puede ser adecuado, es decir, tomar como punto de referencia las dimensiones del peligro y no el daño en fa vigencia de la norma ya realizado, se traslada aquí al caso de la planificación de cualquier delito, por ejemplo, de un simple robo. Tal Derecho penal del enemigo superfluo -la amenaza de pena desorbitada carece de toda justificación- es más dañino para el Estado de Derecho que, por ejemplo, la incomunicación antes mencionada, pues en este último caso, sólo no se trata como persona al -presumo- terrorista, en el primero, cualquier autor de un deliro en sentido técnico y cualquier inductor (§§ 12, párrafo 1.0, 30 StGB), de manera que una gran parte del Derecho penal del ciudadano se entremezcla con el Derecho penal del enemigo.” JAKOBS, Günther; CANCIO MELIÁ, Manuel. *Derecho penal del enemigo*. Madrid, Civitas Ediciones, 2003, pp. 49-50.

¹¹⁹⁴ JAKOBS, Günther; CANCIO MELIÁ, Manuel. *Derecho penal del enemigo*. Madrid, Civitas Ediciones, 2003, pp. 47-48.

En resumen, la propuesta de Jakobs es ver como legítimas las dos formas de concebir y estructurar las reglas de Derecho penal, de acuerdo con sus respectivas funciones, de modo coherente con las finalidades de las normas que componen cada uno estos grupos, aunque sea muy difícil separar de forma radical dichos ámbitos. Los individuos que, por principio, de forma presumiblemente duradera, de forma habitual o de forma especialmente grave, demuestran que no ofrecen ninguna garantía cognitiva de un comportamiento mínimamente civilizado y adherido de forma mínima a los fundamentos del contrato social no pueden ser tratados como ciudadanos, sino deben ser combatidos como enemigos, para Jakobs. Así pues, para el autor, en consecuencia, quien presenta un comportamiento en sociedad como lo citado debe ser combatido como enemigo¹¹⁹⁵, a través de una “*guerra que tiene lugar con un legítimo derecho de los ciudadanos, en su derecho a la seguridad; pero a diferencia de la pena, no es Derecho también respecto del que es penado; por el contrario, el enemigo es excluido.*”¹¹⁹⁶

Es decir, la búsqueda por sistematizar y separar las reglas de Derecho penal del ciudadano de las de Derecho penal del enemigo dice respecto a la búsqueda de garantizar un legítimo derecho a la seguridad de los ciudadanos, o de realizar el principio prohibición de la protección deficiente a través de Derecho penal (*Untermassverbot*), en el mismo tiempo en que se les potencia un sistema de garantías, lo que conduce a considerar la pena como Derecho del condenado (es decir, la pena como límite de la punición al condenado). Eso, en su turno, no tiene sentido, función y vigencia en un Derecho penal del enemigo, orientado a excluir a este y gerenciar los riesgos que él representa al orden a través de su neutralización¹¹⁹⁷, sin perder de vista la permanente puerta que debe quedarse abierta a su elección de vuelta al estado de ciudadanía, y a la necesidad de limitación de las medidas que se le puede imponer¹¹⁹⁸.

¹¹⁹⁵ JAKOBS, Günther; CANCIO MELIÁ, Manuel. *Derecho penal del enemigo*. Madrid, Civitas Ediciones, 2003, pp. 55-56.

¹¹⁹⁶ JAKOBS, Günther; CANCIO MELIÁ, Manuel. *Derecho penal del enemigo*. Madrid, Civitas Ediciones, 2003, p. 56.

¹¹⁹⁷ JAKOBS, Günther. “Bürgerstrafrecht und Feindstrafrecht”, en: *Bürgerstrafrecht und Feindstrafrecht*, en: Hsu; Yu-Hsiu (eds), *Foundations and Limits of Criminal Law and Criminal Procedure*, Taipei, 2003. En castellano: JAKOBS, Günther; CANCIO MELIÁ, Manuel. *Derecho penal del enemigo*. Madrid, Civitas Ediciones, 2003, pp. 55-56.

¹¹⁹⁸ ¹¹⁹⁸ “El que pretende ser tratado como persona debe dar a cambio una cierta garantía cognitiva de que se va a comportar como persona. Si no existe esa garantía o incluso es negada expresamente, el Derecho penal pasa de ser una reacción de la sociedad ante el hecho de uno de sus miembros a ser una reacción contra un enemigo. Esto no ha de implicar que todo esté permitido, incluyendo una acción desmedida; antes bien, es posible que al enemigo se le reconozca una personalidad potencial, de tal modo que en la lucha contra él no se puede

7.2.4 *Feindstrafrecht? - Eine Untersuchung zu den Bedingungen von Rechtlichkeit* (2006)¹¹⁹⁹.

De entrada, hay que considerarse que todos los postulados de Jakobs sobre la existencia y justificación de un Derecho penal del enemigo sólo tienen pertinencia en Estados Democráticos de Derecho, especialmente porque, en los regímenes dictatoriales, el déspota seguramente usará todas las medidas del sistema penal y administrativo del Estado, en manifiesto abuso y desvío de finalidad, para mantener su poder autocrático, lo que no tiene nada que ver con la necesidad actual y urgente de manutención de las bases cognitivas de un Estado de Democrático Derecho, a través de las medidas de aseguramiento de su manutención y existencia, establecidas a través de un sistema representativo democrático (Poder Legislativo), aplicadas por un Poder Judicial imparcial e independiente, bajo la potestad de una Constitución promulgada por el pueblo que vive donde dichas medidas tendrán lugar. El propio Jakobs lo aclara de la siguiente forma: “*Lo único es que hoy no debe entenderse por adversario de principio (sólo) un adversario del poder establecido, sino que debe ser entendido como adversario de la sociedad constituida en un régimen de libertades.*”¹²⁰⁰

7.2.4.1 Las condiciones reales de existencia de la personalidad.

Jakobs empieza este texto con un compromiso: no ser políticamente correcto. Lo hace porque reconoce que sostener que ni todo ser humano es una persona no corresponde a lo políticamente correcto, sin embargo, eso corresponde a la realidad¹²⁰¹ y, en relación con la

sobrepasar la medida de lo necesario.” JAKOBS, Günther. *Dogmática de Derecho penal y la Configuración Normativa de la Sociedad*, Madrid, Editorial Civitas, 2004, p. 43.

¹¹⁹⁹ JAKOBS, Günther. “¿Derecho penal del enemigo? Un estudio acerca de los presupuestos de la juridicidad”, en: AA. VV.: *Derecho penal del enemigo. El discurso penal exclusión*, 2 vols., Montevideo/Buenos Aires, Editorial B de F Edisofer, 2006, compilado por Manuel Cancio Meliá y Carlos Gómez-Jara Díez, Vol. 2, pp. 93-116.

¹²⁰⁰ JAKOBS, Günther. “¿Derecho penal del enemigo? Un estudio acerca de los presupuestos de la juridicidad”, en: AA. VV.: *Derecho penal del enemigo. El discurso penal exclusión*, 2 vols., Montevideo/Buenos Aires, Editorial B de F Edisofer, 2006, compilado por Manuel Cancio Meliá y Carlos Gómez-Jara Díez, Vol. 2, pp. 93-116, p. 104.

¹²⁰¹ “Quiero reconocer ya desde el principio y sin rodeos algo que todos sospecharán hacia la mitad de mi intervención y sabrán con certeza, a más tardar, al final: lo que voy a decir no se corresponde con la corrección política. Es políticamente correcto querer ver en todo ser humano en todos los sentidos una persona, y en toda persona, un partícipe de la comunidad jurídica, más exactamente, una partícipe o un partícipe de la comunidad jurídica, provisto de los llamados derechos humanos. Sin embargo, esta intervención se ocupa de los presupuestos de la juridicidad, y, con ello -cuando no concurren los presupuestos-, al mismo tiempo, de los límites de la juridicidad. Posiblemente, el mundo postulado de lo correcto no conozca tales límites; el mundo real

realidad de las normas, el sistema jurídico, el autor tiene la pretensión de observar a quienes dicho sistema no trata como personas de forma completa y pronosticar a quien se atribuirá este papel¹²⁰². La objeción que con frecuencia se hace a dicha afirmación – ni todo ser humano es persona – dice respecto a la necesidad de reconocerse la juridicidad como algo absoluto, que no tiene relación de dependencia con la realidad de los hechos, que existe y tiene fuerza independiente de la realidad, lo que está, en teoría, de acuerdo con la necesidad de jamás renunciarse a ninguna pequeña parte de un contenido material de los derechos humanos¹²⁰³.

En relación con este carácter no absoluto de los derechos humanos y de la personalidad postulados por Jakobs, este autor pone un ejemplo, que mereceré la pena transcribir a continuación: “¿O se trata del Hitler hasta 1945? En tal caso, no creo que nadie ponga en duda la legitimidad del homicidio de aquel tirano mediante un atentado, y matar a un tirano de ese modo nada tiene que ver con tratarlo como persona en Derecho; se lo elimina en cuanto enemigo.”¹²⁰⁴.

Lo que Jakobs quiere decir es que la realidad, en el contexto de Alemania dictatorial nacionalsocialista, justificaría el asesinato de Hitler, es decir, el suceso de los hechos de aquel país y de aquella época – la destrucción de un país, a través de la guerra, en nombre de una

los conoce.” JAKOBS, Günther. “¿Derecho penal del enemigo? Un estudio acerca de los presupuestos de la juridicidad”, en: AA. VV.: *Derecho penal del enemigo. El discurso penal exclusión*, 2 vols., Montevideo/Buenos Aires, Editorial B de F Edisofer, 2006, compilado por Manuel Cancio Meliá y Carlos Gómez-Jara Díez, Vol. 2, pp. 93-116, pp. 93-95.

¹²⁰² “Intentaré argumentar aquí como parte del sistema de la ciencia, no del sistema jurídico. En consecuencia, no es mi propósito convertir a alguien artificialmente en enemigo, sino el de describir a quién el sistema jurídico trata como enemigo, y pronosticar a quién atribuirá en el futuro ese papel. No se trata de crear normas, mucho menos, de postulados políticos, sino de llevar a cabo constataciones, y de sus prolongaciones hacia el futuro.” JAKOBS, Günther. “¿Derecho penal del enemigo? Un estudio acerca de los presupuestos de la juridicidad”, en: AA. VV.: *Derecho penal del enemigo. El discurso penal exclusión*, 2 vols., Montevideo/Buenos Aires, Editorial B de F Edisofer, 2006, compilado por Manuel Cancio Meliá y Carlos Gómez-Jara Díez, Vol. 2, pp. 93-116, p. 95.

¹²⁰³ “Ahora bien, ya en este punto hay que contar con que se producirá una objeción, según la cual la juridicidad es un mandato absoluto de la razón, por lo que no podría conocer ni presupuestos ni límites. Aunque se deje fuera de consideración el carácter absoluto del mandato de la razón -pues lo cierto es que la historia ha necesitado milenios para desarrollar los llamados derechos humanos-, subsiste una afirmación potente: todos deben ser tratados, al menos en la época actual, como personas con derechos.” JAKOBS, Günther. “¿Derecho penal del enemigo? Un estudio acerca de los presupuestos de la juridicidad”, en: AA. VV.: *Derecho penal del enemigo. El discurso penal exclusión*, 2 vols., Montevideo/Buenos Aires, Editorial B de F Edisofer, 2006, compilado por Manuel Cancio Meliá y Carlos Gómez-Jara Díez, Vol. 2, pp. 93-116, p. 95.

¹²⁰⁴ JAKOBS, Günther. “¿Derecho penal del enemigo? Un estudio acerca de los presupuestos de la juridicidad”, en: AA. VV.: *Derecho penal del enemigo. El discurso penal exclusión*, 2 vols., Montevideo/Buenos Aires, Editorial B de F Edisofer, 2006, compilado por Manuel Cancio Meliá y Carlos Gómez-Jara Díez, Vol. 2, pp. 93-116, p. 95.

ideología socialista – tiene la aptitud de justificar el asesinato del *Führer*, quien ha guiado la nación hacia dicha barbarie, a través de la violación de derechos y garantías fundamentales.

Dicho aún de otro modo: en el contexto de los hechos citados, la justificación y legitimación de un posible asesinato de Adolf Hitler representaría una violación a su derecho a la vida y, por eso, una violación a la forma más elemental del presupuesto de su personalidad. Así pues, se justificaría dicho asesinato porque se asesinaría a un enemigo, un ser humano que disfruta de una personalidad reducida y que, en razón de su conducta, pone a sí mismo bajo la posibilidad de heteroadministración por parte del otro (de la misma forma que pasa con los supuestos de legítima defensa).

Lo que Jakobs quiere decir es que los hechos pueden, efectivamente, llevar a una situación de juridicidad incompleta, en la cual un ser humano podrá tener reducido el ámbito de disposición de los derechos inherentes a su personalidad, en consecuencia de sus propias acciones. Así pues, sostener que todos deben ser tratados como personas en Derecho, en todas las situaciones y a todo coste no corresponde a la realidad, y la vigencia de ninguna norma puede rechazar este hecho (imagínese, por ejemplo, si sería efectivamente aplicada de una norma que castigase el asesinato de Hitler en el contexto puesto, a lo que hay que contestar negativamente). Jakobs informa que: “*Que todos deban ser tratados como personas, esto, per se, no deja de ser un mero postulado, un modelo para una sociedad; pero aún no se trata de una parte de una sociedad que realmente acontezca.*”¹²⁰⁵. Eso queda claro cuando Jakobs recuerda que:

“En la llamada República Democrática Alemana, se disparaba contra un ciudadano que quisiera ejercer su derecho a la libre circulación y abandonar el territorio. En esta situación ¿cómo se va a orientar el ciudadano con base en sus derechos humanos? Parece claro que hay que distinguir entre un Derecho postulado -con independencia de que este postulado resulte más o menos convincente-, un Derecho-modelo, y la estructura normativa real de una sociedad”¹²⁰⁶

¹²⁰⁵ JAKOBS, Günther. “¿Derecho penal del enemigo? Un estudio acerca de los presupuestos de la juridicidad”, en: AA. VV.: *Derecho penal del enemigo. El discurso penal exclusión*, 2 vols., Montevideo/Buenos Aires, Editorial B de F Edisofer, 2006, compilado por Manuel Cancio Meliá y Carlos Gómez-Jara Díez, Vol. 2, pp. 93-116, p. 96.

¹²⁰⁶ JAKOBS, Günther. “¿Derecho penal del enemigo? Un estudio acerca de los presupuestos de la juridicidad”, en: AA. VV.: *Derecho penal del enemigo. El discurso penal exclusión*, 2 vols., Montevideo/Buenos Aires, Editorial B de F Edisofer, 2006, compilado por Manuel Cancio Meliá y Carlos Gómez-Jara Díez, Vol. 2, pp. 93-116, p. 96.

Es decir, recordar que hace poco, en Alemania socialista, se mataba alguien que quería huir de su país, en plena vigencia de la concepción contemporánea de Derechos Fundamentales y la firma de múltiples tratados, convenciones y acuerdos internacionales sobre el tema, aclara que existe, de hecho, diferencia muy fuerte entre un Derecho real y un Derecho ideal, que no puede ser ignorada. Por prudencia, un individuo (aunque tuviese la consciencia de que es una persona de acuerdo con el Derecho vigente) debería orientarse en aquella situación (fusilamiento de los prófugos) con la consciencia de que no sería tratado como persona.

Lo que Jakobs quiere subrayar es que, en dicha situación, la mera postulación de los derechos fundamentales, por parte de una persona que quisiera huir de la llamada República Democrática Alemana, no sería para nada suficiente para garantizarle la manutención su vida, lo que echa luz sobre el hecho de que la vigencia real de intereses o derechos individuales y colectivos sólo es posible cuando el sistema garantiza las bases cognitivas mínimas de su realización. Con la personalidad no es diferente – conforme el ejemplo de Hitler – en el cual la situación real le puso en la calidad de una no-persona, lo que quedaría claro en el caso de del éxito de un posible intento de quitarle la vida, donde muy probablemente no se responsabilizaría su asesino.

En consecuencia, de acuerdo con Jakobs, se puede sostener que todos deben ser tratados como personas si se han comportado de acuerdo con las expectativas normativas sociales vigentes que le corresponden, como alguien que está en lugar de un agente que toma parte en la comunicación en un mundo civilizado, situación esta está sometida a muchas condiciones reales, no sólo ideales, como es también ideal el postulado de un supuesto carácter absoluto de los derechos humanos¹²⁰⁷.

Así pues, sobre las condiciones de hecho para tener una personalidad completa en el Derecho, Jakobs concluye que postular un Derecho y disfrutar en la realidad de un Derecho son cosas diferentes y que para el ejercicio de una forma completa de la personalidad uno tiene el deber

¹²⁰⁷ “La vigorosa sentencia según la cual al menos hoy todos deben ser tratados como personas en Derecho, por lo tanto, como ya cabe suponer en este punto, necesita de una adición: siempre que aquellos "todos" cumplan a su vez con sus deberes, o, en el caso contrario, siempre que se los tenga controlados, es decir, que no puedan resultar peligrosos. Ahora bien, si hacen estragos, hay que combatirlos, y si existe la posibilidad de que los hicieran, hay que tomar medidas preventivas. La proposición así completada -aunque hasta ahora ello se haya hecho de modo más bien intuitivo y necesitando aún de una fundamentación- sigue siendo abstracta. p. 96

de actuar dentro de algunos límites de lo razonable¹²⁰⁸. Eso llama la atención al problema de la realidad de la vigencia del ordenamiento jurídico e, incluso, de la personalidad.

Jakobs sigue analizando las condiciones reales de vigencia del ordenamiento jurídico, con atención los niveles reales de su vigencia, a saber: nivel 1 - Derecho vigente como el trato entre personas fundamentado como correcto (pura normatividad); nivel 2 - susceptibilidad de realización práctica del Derecho (normatividad realizada); y nivel 3 - reglas efectivamente practicadas, a grandes rasgos, entre los seres humanos (pura facticidad)¹²⁰⁹. Para que el ordenamiento jurídico tenga una vigencia real, y no meramente postulada, él tiene que ser normativo, factible y efectivo en la práctica.

Así pues, vivir en un mundo donde se tiene derecho a todo, pero no se tiene nada, no beneficia a nadie, es decir, discutir los postulados estéticos más altos de lo que es bello o bueno para el ordenamiento jurídico y para la vida en sociedad no resuelve los problemas reales de falta de seguridad y baja en la calidad de vida, del hecho de que hay terroristas islámicos explosionando bombas o estrellando camiones en nuestros hogares en una guerra que grupos de terroristas mantienen abiertamente contra la sociedad occidental y su estilo de vida¹²¹⁰. Jakobs, de forma más contundente, informa lo mismo, de la siguiente manera:

¹²⁰⁸ Aquél puede orientar en el futuro, "en espíritu", pero sólo ésta orienta en el respectivo "aquí y ahora". Siendo aún bastante intuitivas, y necesitadas de ulterior fundamentación, estas breves acotaciones previas han generado una imagen diferenciada: (1) ser persona en Derecho es algo sinalagmático, el otro ha de "participar", a menos que se dé la poco frecuente situación de que se lo tenga controlado como prisionero. Por lo tanto, la situación debe estar configurada como más o menos carente de riesgos. (2) Postular un Derecho y tener realmente un Derecho no es lo mismo, y sólo este último, el Derecho que realmente se tenga, ofrece orientación en el respectivo presente." JAKOBS, Günther. "¿Derecho penal del enemigo? Un estudio acerca de los presupuestos de la juridicidad", en: AA. VV.: *Derecho penal del enemigo. El discurso penal exclusión*, 2 vols., Montevideo/Buenos Aires, Editorial B de F Edisofer, 2006, compilado por Manuel Cancio Meliá y Carlos Gómez-Jara Díez, Vol. 2, pp. 93-116, p. 96-97.

¹²⁰⁹ "Ha de comenzarse por los conceptos de persona y de vigencia del Derecho. Siguiendo una larga tradición, la persona se concibe como portadora de derechos y deberes. Mencionaré respecto de la vigencia del Derecho tres puntos de partida: (1) el Derecho vigente es el trato entre personas fundamentado como correcto -pura normatividad-; (2) el Derecho vigente es un trato entre personas que es susceptible de ser fundamentado como correcto, o, al menos, como plausible, que es practicado a grandes rasgos -normatividad realizada-; (3) el Derecho vigente consiste en las reglas del trato practicado a grandes rasgos entre los seres humanos -pura facticidad-." JAKOBS, Günther. "¿Derecho penal del enemigo? Un estudio acerca de los presupuestos de la juridicidad", en: AA. VV.: *Derecho penal del enemigo. El discurso penal exclusión*, 2 vols., Montevideo/Buenos Aires, Editorial B de F Edisofer, 2006, compilado por Manuel Cancio Meliá y Carlos Gómez-Jara Díez, Vol. 2, pp. 93-116, p. 96-97.

¹²¹⁰ "El primero de los puntos de partida -el Derecho vigente es el Derecho fundamentado como correcto- es puramente normativo; el mundo de las normas jurídicas lleva aquí una vida propia en la que lo único que interesa es si las normas jurídicas y sus concreciones han sido inferidas de modo formalmente correcto de una norma de autorización vigente o de manera materialmente correcta de principios superiores materiales vigentes, concretamente, de la voluntad de Dios, de la inteligencia o de la razón, o de una Constitución que se encuentra - sea por la razón que sea- en vigor. Si no se cumple una norma, debe producirse una sanción; si esto no sucede,

“¿Por qué esta orientación ya no satisfará en el futuro a la persona, a pesar de ser correcta? Porque la persona en Derecho, concebida como pura persona en Derecho (y no puede ser más con este punto de partida) sólo es un comienzo abstracto en la realización del Derecho, mientras que un ordenamiento jurídico evolucionado garantiza a las personas no sólo el nudo Derecho, sino también -a grandes rasgos- el uso del Derecho. Dicho de otro modo, que un propietario formal y material sigue siendo, al menos, propietario formal también en caso de hurto, es una cosa; pero que también se mantenga el lado material, la posibilidad de uso, es decir, que no se llegue a producir el hurto, o que, si sí tiene lugar, que se preste una indemnización, es otra cosa, y sin ella, el papel de la persona en Derecho, aquí, el papel del propietario, sólo es adecuado para ángeles sin necesidades, pero no para seres que aparte de tener derechos y deberes, también han de poder vivir en el mundo. La personalidad abstracta no es el todo, y no es un objetivo final; los derechos valen sólo en cuanto derechos para su disfrute, por lo demás, en cuanto derechos nudos, son inútiles. Hablando en términos de teoría de sistemas, la persona se encuentra acoplada estructuralmente al individuo, al ser de necesidades, que sin la satisfacción de éstas no se puede convertir a su vez en realidad.”¹²¹¹

La necesidad de soporte cognitivo – soporte por parte de los hechos – de una norma tiene la función, incluso, de motivar a un posible autor de un delito, porque más allá de conocer la norma él tiene que saber que muy probablemente la violación de esta norma le costará algo que no quiere perder¹²¹². Es eso lo que Jakobs observa, de esta forma: “*Es necesaria una disposición practicada a la persecución penal, en caso de necesidad, incluso a imponer realmente la pena, etc., para proporcionar a la norma fuerza de orientación frente a todos. Sin cimentación cognitiva, incluso una norma fundamentada de modo óptimo no regirá más en la realidad social que un deseo no vinculante.*”¹²¹³

deberá sancionarse la omisión por parte del órgano del Estado, etc.” JAKOBS, Günther. “¿Derecho penal del enemigo? Un estudio acerca de los presupuestos de la juridicidad”, en: AA. VV.: *Derecho penal del enemigo. El discurso penal exclusión*, 2 vols., Montevideo/Buenos Aires, Editorial B de F Edisofer, 2006, compilado por Manuel Cancio Meliá y Carlos Gómez-Jara Díez, Vol. 2, pp. 93-116, p. 98.

¹²¹¹ JAKOBS, Günther. “¿Derecho penal del enemigo? Un estudio acerca de los presupuestos de la juridicidad”, en: AA. VV.: *Derecho penal del enemigo. El discurso penal exclusión*, 2 vols., Montevideo/Buenos Aires, Editorial B de F Edisofer, 2006, compilado por Manuel Cancio Meliá y Carlos Gómez-Jara Díez, Vol. 2, pp. 93-116, pp. 98-99.

¹²¹² “Ahora bien, aún son necesarias algunas palabras respecto del otro lado de la orientación, la orientación del autor, si éste sabe que una norma está fundamentada correctamente, sabe lo suficiente como para conocer su deber de cumplir la norma.” JAKOBS, Günther. “¿Derecho penal del enemigo? Un estudio acerca de los presupuestos de la juridicidad”, en: AA. VV.: *Derecho penal del enemigo. El discurso penal exclusión*, 2 vols., Montevideo/Buenos Aires, Editorial B de F Edisofer, 2006, compilado por Manuel Cancio Meliá y Carlos Gómez-Jara Díez, Vol. 2, pp. 93-116, p. 99.

¹²¹³ JAKOBS, Günther. “¿Derecho penal del enemigo? Un estudio acerca de los presupuestos de la juridicidad”, en: AA. VV.: *Derecho penal del enemigo. El discurso penal exclusión*, 2 vols., Montevideo/Buenos Aires,

Así pues, la ausencia de la real vigencia de la norma, en términos contrafácticos, pone en cuestión su propio carácter contrafáctico, es decir, si nadie nunca respeta a una norma, en la realidad, ella no existe en un plan real, y su plan ideal, en este supuesto carece de referencia con la realidad (aunque sigue teniendo sentido formal). El no cumplimiento sistemático y continuo de una expectativa normativa que debería ser contrafáctica destruye su contrafactividad y reabre la complejidad de orientación de la conducta, es decir, si una norma no es más respetada o impuesta, nadie le tiene más en consideración. Es eso que Luhmann observa, a través de un sencillo ejemplo, a saber:

“Al revés, las expectativas normativas no sólo están ligadas a su proclamada resistencia a la asimilación. La posibilidad de perseverancia interna de expectativas repetidamente quebrantadas tiene unos límites. Las señales de aparcamiento prohibido que están rodeadas de coches aparcados acaban por no más provocar expectativas normativas, sino sólo cognitivas: buscarse para ver si hay alguno policía cercano. A eso, se añade que la elasticidad de la formulación de algunas normas permite procedimientos adaptativos.”¹²¹⁴

El mantenimiento contrafáctico tiene límites, y una norma sin un soporte cognitivo real pierde su función de orientar la realidad, es decir, pierde su utilidad o funcionalidad desde el punto de vista de lo real¹²¹⁵. Si nada se hace para realizar la vigencia de la norma, la relación del contenido semántico de la norma con su realización queda erosionado para el autor y para la víctima y la norma pasa a no tener ningún papel. Es eso que ha pasado, por ejemplo, en algunos Estados, con la decadencia de la reglamentación para evitar el aborto, lo que muy

Editorial B de F Edisofer, 2006, compilado por Manuel Cancio Meliá y Carlos Gómez-Jara Díez, Vol. 2, pp. 93-116, p. 99.

¹²¹⁴ “No sentido inverso, também as expectativas normativas não estão atadas à sua proclamada resistência à assimilação. A possibilidade de perseverança interna de expectativas repetidamente desapontadas tem seus limites. As placas de estacionamento proibido cercadas pelos carros parados acabam por não mais provocar expectativas normativas, mas tão-só cognitivas: olha-se para ver se há algum policial por perto. A isso acrescenta-se que a elasticidade da formulação de algumas normas permite procedimentos adaptativos.” LUHMANN, Niklas. *Sociologia do Direito I*, Rio de Janeiro, Tempo Brasileiro, 1983, p. 63.

¹²¹⁵ “Este mantenimiento contrafáctico de la norma, sin embargo, no puede ser "infinitamente contrafáctico". Esto no sería nada distinto de un retorno al puro normativismo, que ya se ha rechazado (en el presente contexto) como inútil; pues "infinitamente contrafáctico" significaría "sin realidad social alguna", "remitiendo continuamente al próximo paso".” JAKOBS, Günther. “¿Derecho penal del enemigo? Un estudio acerca de los presupuestos de la juridicidad”, en: AA. VV.: *Derecho penal del enemigo. El discurso penal exclusión*, 2 vols., Montevideo/Buenos Aires, Editorial B de F Edisofer, 2006, compilado por Manuel Cancio Meliá y Carlos Gómez-Jara Díez, Vol. 2, pp. 93-116, p. 101.

probablemente pasará con las prohibiciones de la eutanasia activa, según Jakobs¹²¹⁶. Por fin, Jakobs pone de nuevo este ejemplo, que aclara lo que él quiere decir: “*Dicho con un nuevo ejemplo: nadie confía a un notorio defraudador la tesorería, y nadie a un pedófilo notorio el cuidado de niños; pues la expectativa normativa de que la conducta será conforme a deber carece de cimentación cognitiva cuando es defraudada de modo repetido, es decir, notorio.*”¹²¹⁷.

La posición que la legítima defensa tiene en nuestros ordenamientos jurídicos también pone en evidencia la necesidad de garantizar bases cognitivas de expectativas de conducta institucionalizadas (normas jurídicas) violadas. Una agresión no justificada – que es lo que genera la posibilidad de ejercicio de la legítima defensa – señala un supuesto de hecho en el cual la norma ya no orienta, es decir, dicha violación de la norma pone a claras que el agresor no va a comportarse conforme el Derecho. Es decir, en supuestos como estos, el individuo no considerará la norma como expectativa normativa válida para orientar su conducta y, por eso, esperar que se comporte dicha norma es equivocado, porque esta esperanza no está de acuerdo con la realidad. Por estas razones, la situación en cuestión debe resolverse también de acuerdo con la realidad (facticidad, defensa real) y no la normatividad (juridicidad meramente postulada), es decir, de modo cognitivo, real, de hecho, lo que representa el uso de la legítima defensa, a través de la cual se puede rechazar una agresión injusta y proteger a un bien jurídico (o la vigencia de una norma) importante para el Derecho¹²¹⁸.

Así pues, conforme observa Jakobs, sobre la legítima defensa: “*la cimentación cognitiva de la expectativa normativa ha quebrado, y por ello es lícito heteroadministrar al agresor -lo que*

¹²¹⁶ “Si en el segundo o tercer paso no ocurre nada, la vigencia de la norma queda erosionada tanto en el lado del autor como en el de la víctima; la norma, entonces, no juega papel alguno en el decurso de la sociedad, como muestra el ejemplo de la decadencia de todas las regulaciones que pretenden evitar el aborto; el próximo ejemplo lo constituirá la decadencia de las prohibiciones de eutanasia activa.” JAKOBS, Günther. “¿Derecho penal del enemigo? Un estudio acerca de los presupuestos de la juridicidad”, en: AA. VV.: *Derecho penal del enemigo. El discurso penal exclusión*, 2 vols., Montevideo/Buenos Aires, Editorial B de F Edisofer, 2006, compilado por Manuel Cancio Meliá y Carlos Gómez-Jara Díez, Vol. 2, pp. 93-116, p. 101.

¹²¹⁷ JAKOBS, Günther. “¿Derecho penal del enemigo? Un estudio acerca de los presupuestos de la juridicidad”, en: AA. VV.: *Derecho penal del enemigo. El discurso penal exclusión*, 2 vols., Montevideo/Buenos Aires, Editorial B de F Edisofer, 2006, compilado por Manuel Cancio Meliá y Carlos Gómez-Jara Díez, Vol. 2, pp. 93-116, p. 102.

¹²¹⁸ “La agresión antijurídica, en cuanto desencadenante de la facultad de legítima defensa, genera el caso radical de una expectativa normativa que actualmente ya no orienta: la idea de que el agresor se comportará como una persona en Derecho, es decir, como ciudadano, sería una suposición evidentemente errónea, y por ello debe resolverse la situación de modo cognitivo, precisamente, a través de la defensa.” JAKOBS, Günther. “¿Derecho penal del enemigo? Un estudio acerca de los presupuestos de la juridicidad”, en: AA. VV.: *Derecho penal del enemigo. El discurso penal exclusión*, 2 vols., Montevideo/Buenos Aires, Editorial B de F Edisofer, 2006, compilado por Manuel Cancio Meliá y Carlos Gómez-Jara Díez, Vol. 2, pp. 93-116, p. 102.

*contradice su condición de persona-, pero, a su vez, ello sólo teniendo en cuenta su personalidad, de por sí concurrente.*¹²¹⁹, es decir, el ejercicio de la legítima defensa reduce el ámbito de disponibilidad o ejercicio de la personalidad del agresor, porque permite la reducción de su libertad a través de la heteroadministración de comportamiento. Eso es, de hecho, la reducción de su la personalidad, que no queda totalmente reducida, lo que está claro cuando identificamos que el exceso en el ejercicio de la legítima defensa es punible¹²²⁰.

Por todo eso, hay que concluirse que la personalidad no es y no puede ser prolongada de forma infinita hacia lo contrafáctico, sin considerarse por completo la realidad, que puede dar lugar a supuestos donde el comportamiento de uno puede ser legítimamente heteroadministrado, lo que representa reducción del ejercicio de su personalidad¹²²¹.

En relación con la forma contemporánea de Derecho penal del enemigo, Jakobs observa que la enemistad ahora no existe contra el poder establecido, como lo que pasaría en una monarquía absoluta, sino contra la sociedad, una sociedad establecida sobre los pilares de un Estado Democrático de Derecho¹²²². En este punto, aunque sea difícil establecer quienes exactamente son los enemigos, bajo criterios basado en valores constitucionales, es posible

¹²¹⁹ “Dicho brevemente, la situación aparece bajo una luz ambivalente: la cimentación cognitiva de la expectativa normativa ha quebrado, y por ello es lícito heteroadministrar al agresor -lo que contradice su condición de persona-, pero, a su vez, ello sólo teniendo en cuenta su personalidad, de por sí concurrente. En otra formulación, el agresor sigue siendo conceptualmente persona en Derecho, ciudadano, aunque materialmente deba ser tratado como peligroso.” JAKOBS, Günther. “¿Derecho penal del enemigo? Un estudio acerca de los presupuestos de la juridicidad”, en: AA. VV.: *Derecho penal del enemigo. El discurso penal exclusión*, 2 vols., Montevideo/Buenos Aires, Editorial B de F Edisofer, 2006, compilado por Manuel Cancio Meliá y Carlos Gómez-Jara Díez, Vol. 2, pp. 93-116, p. 102.

¹²²⁰ “Sin embargo, la situación no es tal que a partir de ese momento la personalidad del agresor fuera irrelevante: sigue siendo una persona jurídicamente vinculada, y no es lícito llevar a cabo la defensa de modo arbitrario, sino sólo en el marco de lo necesario.” JAKOBS, Günther. “¿Derecho penal del enemigo? Un estudio acerca de los presupuestos de la juridicidad”, en: AA. VV.: *Derecho penal del enemigo. El discurso penal exclusión*, 2 vols., Montevideo/Buenos Aires, Editorial B de F Edisofer, 2006, compilado por Manuel Cancio Meliá y Carlos Gómez-Jara Díez, Vol. 2, pp. 93-116, p. 102.

¹²²¹ “La situación respecto de la personalidad es igual a la de la vigencia de la norma: no puede ser prolongada infinitamente hacia lo contrafáctico, pero sí un poquito. Si el agresor hace hoy estragos, no es necesario declararlo directamente una no-persona jurídica, sino se puede apostar por que mañana el tribunal lo haga entrar en razón y lo condene a prestar indemnización, cumpliendo a partir de ahí de nuevo sus deberes.” JAKOBS, Günther. “¿Derecho penal del enemigo? Un estudio acerca de los presupuestos de la juridicidad”, en: AA. VV.: *Derecho penal del enemigo. El discurso penal exclusión*, 2 vols., Montevideo/Buenos Aires, Editorial B de F Edisofer, 2006, compilado por Manuel Cancio Meliá y Carlos Gómez-Jara Díez, Vol. 2, pp. 93-116, pp. 102-103.

¹²²² “Lo único es que hoy no debe entenderse por adversario de principio (sólo) un adversario del poder establecido, sino que debe ser entendido como adversario de la sociedad constituida en un régimen de libertades.” JAKOBS, Günther. “¿Derecho penal del enemigo? Un estudio acerca de los presupuestos de la juridicidad”, en: AA. VV.: *Derecho penal del enemigo. El discurso penal exclusión*, 2 vols., Montevideo/Buenos Aires, Editorial B de F Edisofer, 2006, compilado por Manuel Cancio Meliá y Carlos Gómez-Jara Díez, Vol. 2, pp. 93-116, p. 104.

identificar algunas conductas como el núcleo duro de violaciones graves de dichos valores, como, por ejemplo, la acción de organizaciones terroristas internacionales que realizan hechos de grave entidad, organizaciones internacionales para la trata de personas para esclavitud sexual, y el genocidio realizado con la acción de grupos paramilitares en situaciones de paz.

Jakobs observa que, en este tema, quien se ha incorporado de modo permanente a una estructura criminal solidificada, como las estructuras citadas, ya no presenta predisposición ninguna de que va vivir de forma a respetar a los valores constitucionales que basan las normas aprobadas por el parlamento o los bienes jurídicos protegidos por los tipos penales. Creer que alguien que toma parte de forma duradera en una estructura como esta no va a comportarse de manera no violadora de dichos valores constitucionales, en este supuesto, es tan *naïf* cuanto irreal. Una expectativa no puede existir de forma infinitamente contrafáctica, sin que se pierda su función de orientar la conducta humana. Jakobs identifica que es precisamente eso que ha motivado el legislador alemán aprobar, en los últimos años, leyes de combate y lucha contra algunos tipos de macrocriminalidad, criminalidad organizada y criminalidad transnacional¹²²³. Jakobs sostiene que: “*Un enemigo no necesariamente ha de ser un enemigo total; cuando no es el caso, será un enemigo parcial. Esto rige de modo correspondiente respecto de los autores que se han alejado del Derecho de modo probablemente no sólo pasajero, que se han alejado en cuanto actitud, dicho con mayor exactitud: por falta de actitud.*”¹²²⁴

¹²²³ “Con toda certeza será difícil determinar quiénes son exactamente los sujetos que deben incluirse en esta categoría, pero no es imposible: quien se ha convertido a sí mismo en una parte de estructuras criminales solidificadas, diluye la esperanza de que podrá encontrarse un *modus vivendi* común a pesar de algunos hechos criminales aislados, hasta convertirla en una mera ilusión, es decir, precisamente, en una expectativa “infinitamente contrafáctica”. Por ello no puede resultar sorprendente que el legislador alemán haya dirigido aquellas leyes que él mismo ha denominado “leyes de combate”, entre otras cosas, contra la “criminalidad económica”, que, como es sabido, en sus formas más graves es en gran medida criminalidad organizada, además, contra el “terrorismo” y contra el “tráfico ilegal de drogas tóxicas y otras formas de aparición de la criminalidad organizada”: respecto de quien orienta su vida de modo imputable y más o menos permanente con base en estructuras criminales se derrumba, si bien no de modo global, pero sí de manera sectorial, la presunción de comportamiento conforme a Derecho, y, con ello, un presupuesto de su status en cuanto persona en Derecho.” JAKOBS, Günther. “¿Derecho penal del enemigo? Un estudio acerca de los presupuestos de la juridicidad”, en: AA. VV.: *Derecho penal del enemigo. El discurso penal exclusión*, 2 vols., Montevideo/Buenos Aires, Editorial B de F Edisofer, 2006, compilado por Manuel Cancio Meliá y Carlos Gómez-Jara Díez, Vol. 2, pp. 93-116, pp. 104-105.

¹²²⁴ “El criminal organizado puede ser un padre de familia conmovedor y un cuidadoso conductor de automóviles, puede odiar la violencia y amar a los animales, pero contentarse sencillamente con esperar cuáles serán los hechos que producirá su organización, sería estúpido sin más. Un enemigo no necesariamente ha de ser un enemigo total; cuando no es el caso, será un enemigo parcial. Esto rige de modo correspondiente respecto de los autores que se han alejado del Derecho de modo probablemente no sólo pasajero, que se han alejado en cuanto actitud, dicho con mayor exactitud: por falta de actitud, como es el caso, por ejemplo, respecto de algunos delincuentes sexuales; no proseguiremos aquí con esta cuestión.” JAKOBS, Günther. “¿Derecho penal del

En el tema de deberes fundamentales – que existen, en la misma medida que existen derechos fundamentales – desde un punto de vista funcional, se puede observar que en nuestras sociedades, Estados Democráticos de Derecho que tienen una Constitución promulgada vigente, las personas que quieren mantener su libertad tienen el deber fundamental de no abusar de ella a través de la realización de tipos penales que castigan sus autores con penas de prisión. En esta medida, la manutención de una personalidad completa – lo que es una consecuencia de la manutención de una libertad completa – depende de la predisposición de uno en comportarse como alguien que no pone en riesgo sus propios derechos y su propia libertad a través de la realización de tipos penales que pueden causar la instauración de procesos que, al final, le puedan limitar dichos derechos¹²²⁵.

Una personalidad real – como todo en el mundo real – no puede existir con la mera postulación de principios, valores, derechos o lo que sea, pero depende de presupuestos reales de orientación de la conducta, lo que puede llamarse de bases cognitivas, o de la existencia actual y verdadera de la confianza en las expectativas que orientan la conducta en sociedad, es decir, la existencia de una personalidad real presupone que uno va a comportarse realmente como persona, que uno va a comportarse, en principio, fielmente al ordenamiento jurídico.

7.2.4.2 El Derecho penal del enemigo como Derecho de aseguramiento.

En el momento que uno destruye a la citada predisposición personal a presentar dicha fidelidad – lo que no pasa con la realización eventual de infracciones penales de baja o mediana entidad – es legítimo reducirse el ámbito de disponibilidad de algunos de sus derechos (como con la pena de privación de libertad), lo que representa una acción de heteroadministración de su personalidad. Esto es igual a no tratar a este individuo como se trata a una persona de forma completa, representa considerar a él una persona de una forma

enemigo? Un estudio acerca de los presupuestos de la juridicidad”, en: AA. VV.: *Derecho penal del enemigo. El discurso penal exclusión*, 2 vols., Montevideo/Buenos Aires, Editorial B de F Edisofer, 2006, compilado por Manuel Cancio Meliá y Carlos Gómez-Jara Díez, Vol. 2, pp. 93-116, p. 105.

¹²²⁵ “Cuidar de la base de la presunción de un futuro comportamiento legal es una obligación de hacer elemental de todos los ciudadanos, pues sólo con el mantenimiento fundamentado de esta presunción -y esta fundamentación sólo la pueden ofrecer los propios ciudadanos- es posible un trato libre y sin temor.” JAKOBS, Günther. “¿Derecho penal del enemigo? Un estudio acerca de los presupuestos de la juridicidad”, en: AA. VV.: *Derecho penal del enemigo. El discurso penal exclusión*, 2 vols., Montevideo/Buenos Aires, Editorial B de F Edisofer, 2006, compilado por Manuel Cancio Meliá y Carlos Gómez-Jara Díez, Vol. 2, pp. 93-116, pp. 105-106.

diferente de la forma que se exige para tratar a quien no ha realizados los hechos citados¹²²⁶. Es por eso que Jakobs informa que: “*El enemigo, por lo tanto, queda excluido, dicho con mayor exactitud, excluido de alguno de sus derechos.*”¹²²⁷

Aunque dicha exclusión dependa del comportamiento individual, es la sociedad quien mantiene el control de dicho proceso, que se pasa bajo criterios establecidos de forma legítima, constitucional, a través de un sistema democrático, en nuestras sociedades¹²²⁸. Luhmann identifica precisamente este proceso de inclusión y exclusión cuando observa que “*las organizaciones reconocen como suyas solamente comunicaciones entre miembros, y apenas cuando ellos se comunican como miembros*”¹²²⁹ y que, por eso, dichas organizaciones, como la sociedad, “*pueden hacer los actos de entrar y salir (emplear y dimitir), sujetos a ciertas condiciones, y como resultado describir esos procedimientos como decisiones.*”¹²³⁰, porque “*la decisión sobre la adhesión es también una decisión de aceptar las condiciones de adhesión, y esto significa decidir aceptar las premisas para decidir*”¹²³¹, y quien postula dicha adhesión acepta también las premisas de que permiten la existencia y legitimidad de dicho proceso.

¹²²⁶ “Lo que sucede es que una personalidad real, que dirija la orientación, no puede alcanzarse mediante meros postulados, sino que, al contrario, quien deba ser persona debe “participar”, y eso significa que debe hacer su parte, esto es, garantizar suficiente fidelidad al ordenamiento jurídico. Por consiguiente, la proposición debe ser completada: todo aquel que prometa de modo más o menos confiable fidelidad al ordenamiento jurídico tiene derecho a ser tratado como persona en Derecho. Quien no preste esta promesa de modo creíble será tendencialmente heteroadministrado; se lo priva de derechos. Sus deberes siguen incólumes (aunque cognitivamente ya no se cuente con el cumplimiento del deber); de lo contrario no sería delincuente, en ausencia de infracción de deber. En la medida en que se lo priva de derechos no es tratado -por definición- como persona en Derecho.” JAKOBS, Günther. “¿Derecho penal del enemigo? Un estudio acerca de los presupuestos de la juridicidad”, en: AA. VV.: *Derecho penal del enemigo. El discurso penal exclusión*, 2 vols., Montevideo/Buenos Aires, Editorial B de F Edisofer, 2006, compilado por Manuel Cancio Meliá y Carlos Gómez-Jara Díez, Vol. 2, pp. 93-116, pp. 105-106.

¹²²⁷ JAKOBS, Günther. “¿Derecho penal del enemigo? Un estudio acerca de los presupuestos de la juridicidad”, en: AA. VV.: *Derecho penal del enemigo. El discurso penal exclusión*, 2 vols., Montevideo/Buenos Aires, Editorial B de F Edisofer, 2006, compilado por Manuel Cancio Meliá y Carlos Gómez-Jara Díez, Vol. 2, pp. 93-116, p. 107.

¹²²⁸ “Esto podría malinterpretarse en el sentido de que estaría en manos del delincuente abandonar la sociedad, convirtiéndose en enemigo. Esto, sin embargo, no es así: es la propia sociedad la que decide quién está incluido en ella y quién no, y -dicho sea de paso- el enemigo probablemente por regla general preferiría quedar incluido.” JAKOBS, Günther. “¿Derecho penal del enemigo? Un estudio acerca de los presupuestos de la juridicidad”, en: AA. VV.: *Derecho penal del enemigo. El discurso penal exclusión*, 2 vols., Montevideo/Buenos Aires, Editorial B de F Edisofer, 2006, compilado por Manuel Cancio Meliá y Carlos Gómez-Jara Díez, Vol. 2, pp. 93-116, p. 107.

¹²²⁹ LUHMANN, Niklas. *Risk: a sociological theory*. New Brunswick: Transaction, 2008, p. 188.

¹²³⁰ LUHMANN, Niklas. *Risk: a sociological theory*. New Brunswick: Transaction, 2008, p. 188.

¹²³¹ LUHMANN, Niklas. *Risk: a sociological theory*. New Brunswick: Transaction, 2008, p. 188.

Una sociedad organizada que realmente quiere existir no aguanta la no exclusión de sus adversarios, de aquellos que la quieren destruir y, por eso, no puede echar de menos a esta posibilidad. Tal vez, precisamente por eso, el abolicionismo penal¹²³² (la eliminación total del sistema penal) es una idea que no posee la mínima sintonía con el sentido común y no sea ni posible pensar, con seriedad, en su existencia en la realidad. Sin embargo, eso no presupone la necesidad o la mera posibilidad de aniquilación total de seres humanos o la realización de medidas desmesuradas o irracionales. Sí lo aclara Jakobs:

Una sociedad que realmente acontece no puede prescindir de una exclusión más o menos amplia de sus adversarios recalcitrantes. Sin embargo, el Derecho penal del enemigo sigue siendo Derecho en la medida en que vincula a su vez a los ciudadanos, más exactamente, al Estado, sus órganos y funcionarios en la lucha contra los enemigos. Lo que sucede es que el Derecho penal del enemigo no es una regulación para la aniquilación ilimitada, sino, en un Estado de Derecho administrado con inteligencia, una última ratio que es aplicada conscientemente en cuanto excepción, como algo que no es idóneo para su uso permanente.¹²³³

Jakobs, en este punto, hace una crítica a la crítica que en general se hace a su trabajo. Lo que se dice, en resumen, es que la distinción ciudadano/enemigo o persona/no persona do debe existir, y hasta el momento de la publicación de la ponencia en cuestión, nadie ha criticado sus observaciones desde un punto de vista interno de su teoría o a la teoría misma que le da soporte.¹²³⁴

Hasta ahora, por ejemplo, nadie ha criticado la noción de sinalagma que subyace a todo el derecho desde un punto de vista contractualista y funcionalista, nadie ha criticado las

¹²³² HULSMAN, Louk; CELIS, Jacqueline Bernat de. *Penas Perdidas: O sistema penal em questão*. Trad. M. L. Karam, 2ª ed, Rio de Janeiro: LUAM, 1997, *passim*.

¹²³³ JAKOBS, Günther. “¿Derecho penal del enemigo? Un estudio acerca de los presupuestos de la juridicidad”, en: AA. VV.: *Derecho penal del enemigo. El discurso penal exclusión*, 2 vols., Montevideo/Buenos Aires, Editorial B de F Edisofer, 2006, compilado por Manuel Cancio Meliá y Carlos Gómez-Jara Díez, Vol. 2, pp. 93-116, p. 99. p. 107.

¹²³⁴ En relación con la discusión sobre el Derecho penal del enemigo que desde hace unos cinco años se está produciendo con intensidad en Alemania y en algunos países de habla española -aunque predomina más bien una demostración de indignación que una contribución al intercambio de ideas-, me permitiré un comentario un tanto hosco. La distinción entre una persona en Derecho y un enemigo -al menos parcial- se obtiene aquí mediante un análisis de los presupuestos de una juridicidad practicada, esto es, que rige la orientación. Posiblemente haya errores en el análisis, que en tal caso deberían identificarse como tales; por lo tanto, habría que fundamentar que la juridicidad practicada no descansa sobre un sinalagma que al menos pueda presumirse; esto, sin embargo, hasta el momento ni siquiera se ha intentado y mucho menos se ha logrado. En lugar de ello, se dice más o menos al unísono que esta diferenciación no debe existir; pues, desde este punto de vista, la juridicidad es omnicomprensiva. p. 108

funciones de la pena que Jakobs deduce del funcionalismo sistémico de Luhmann (desde dentro de esta teoría), y nadie ha propuesto una forma mejor de interpretar la realidad normativa de acuerdo con ella misma, no de acuerdo con modelos preestablecidos de lo que sería lo bello o lo bueno en un Derecho penal que vive en las nubes del normativismo pseudogarantista y parcialmente constitucional (como si la garantía de la seguridad pública y de los bienes jurídicos protegidos por las normas penales no fuesen valores constitucionales¹²³⁵). Así pues, negar la necesidad de contención de lo que destruye las bases cognitivas más esenciales a la existencia de la sociedad no es real, no es realizable ni incluso deseable. Nadie sostiene, desde un punto de vista racional y constitucional, la legitimidad de una declaración de guerra contra la invasión nociva del enemigo en el territorio de un país. Jakobs llega a esta conclusión, de la siguiente forma:

Esto, sin embargo, acaba desembocando en lo "eternamente contrafáctico" que antes se ha tratado, y éste *per definitionem* no es real. Quien no soporte este destronamiento de la omnipotencia normativista por parte de la realidad, debería cambiar de oficio y pasarse a la lógica de las normas -ahí sí hay vigencia omnicomprendensiva, aunque sólo después de un duro trabajo-, o a la política legislativa -ahí hay utopías fácilmente formulables, y supongo que los indignados se han decantado por esto último.¹²³⁶

La distinción entre ciudadanos y enemigos obedece a necesidades reales de contención o aseguramiento de las bases cognitivas esenciales a la sociedad¹²³⁷, y obedece a criterios puestos por el propio ordenamiento jurídico que, en los últimos años, se ha transformado hacia la aprobación de leyes penales de lucha contra determinados tipos de criminalidad informados en los párrafos precedentes¹²³⁸. Jakobs pone en evidencia eso, a través de un análisis del

¹²³⁵ FISCHER, Douglas. "Garantismo penal integral (e não o garantismo hiperbólico monocular) e o princípio da proporcionalidade: breves anotações de compreensão e aproximação dos seus ideais." *Revista de Doutrina da 4ª Região*, Porto Alegre, n. 28, mar. 2009. Disponível em: <http://www.revistadoutrina.trf4.jus.br/artigos/edicao028/douglas_fischer.html>, Acesso em: 11 set. 2013.

¹²³⁶ JAKOBS, Günther. "¿Derecho penal del enemigo? Un estudio acerca de los presupuestos de la juridicidad", en: AA. VV.: *Derecho penal del enemigo. El discurso penal exclusión*, 2 vols., Montevideo/Buenos Aires, Editorial B de F Edisofer, 2006, compilado por Manuel Cancio Meliá y Carlos Gómez-Jara Díez, Vol. 2, pp. 93-116, p. 99. p. 108.

¹²³⁷ "Puede plantearse la cuestión de por qué este aseguramiento se llama Derecho penal del enemigo, partiendo de que se trata de un Derecho de aseguramiento." JAKOBS, Günther. "¿Derecho penal del enemigo? Un estudio acerca de los presupuestos de la juridicidad", en: AA. VV.: *Derecho penal del enemigo. El discurso penal exclusión*, 2 vols., Montevideo/Buenos Aires, Editorial B de F Edisofer, 2006, compilado por Manuel Cancio Meliá y Carlos Gómez-Jara Díez, Vol. 2, pp. 93-116, p. 99. p. 109.

¹²³⁸ "El Derecho vigente distingue entre la punición de un ciudadano que ha cometido un delito y el trato con un enemigo." JAKOBS, Günther. "¿Derecho penal del enemigo? Un estudio acerca de los presupuestos de la juridicidad", en: AA. VV.: *Derecho penal del enemigo. El discurso penal exclusión*, 2 vols., Montevideo/Buenos

ordenamiento jurídico alemán que, de forma resumida, puede ser explicado de la siguiente forma:

En la lucha contra el terrorismo, en la práctica se encuentra en primer plano el precepto contra la constitución de asociaciones terroristas (§§ J29a, 129b StGB). Las penas amenazadas están escalonadas desde los cinco años de privación de libertad, pasando por los diez y llegando hasta los quince, esto último, para los "cabecillas y hombres de atrás" (sea eso lo que fuere). Al menos las penas que van más allá de los cinco años ya no son susceptibles de ser fundamentadas con base en el injusto actualmente realizado de una perturbación de la seguridad pública; entonces, ¿qué función tienen? Estas amenazas de pena muestran la transición desde un Derecho penal que mantiene la vigencia de la norma, habitualmente llamado Derecho penal de la culpabilidad, hacia un Derecho penal como Derecho de medidas ante peligros que amenazan.¹²³⁹

En relación con un delito cometido por un ciudadano, la pena es una especie de precio o contradicción por el cual la persona tiene que pagar de forma forzosa por el quebrantamiento que ha realizado, una especie de dolor aplicada en la medida de dicho quebrantamiento a la norma vigente, y es precisamente por eso que las nociones de actuar conforme el derecho (o violar a la vigencia de la norma) y responsabilidad penal hacen parte de la noción contemporánea de culpabilidad¹²⁴⁰.

Sin embargo, la función de la pena informada en el párrafo precedente no tiene un potencial de rendimiento mínimamente esperado para explicar la forma por la cual los ordenamientos jurídicos occidentales tienen tratado a algunas forma de criminalidad que amenazan a las bases cognitivas más esenciales a la propia vida en sociedad. El legislador sabe, y los juristas no pueden negar, que la forma por la cual la sociedad reacciona de forma organizada (a través

Aires, Editorial B de F Edisofer, 2006, compilado por Manuel Cancio Meliá y Carlos Gómez-Jara Díez, Vol. 2, pp. 93-116, p. 99. p. 109.

¹²³⁹ JAKOBS, Günther. "¿Derecho penal del enemigo? Un estudio acerca de los presupuestos de la juridicidad", en: AA. VV.: *Derecho penal del enemigo. El discurso penal exclusión*, 2 vols., Montevideo/Buenos Aires, Editorial B de F Edisofer, 2006, compilado por Manuel Cancio Meliá y Carlos Gómez-Jara Díez, Vol. 2, pp. 93-116, p. 99, pp. 110-111.

¹²⁴⁰ "En el caso normal del delito, la pena es una especie de indemnización que es ejecutada forzosamente a costa de la persona del delincuente: la pena es contradicción -esto resulta evidente- e infligir dolor, y este dolor se mide de tal modo que la cimentación cognitiva de la norma quebrantada no sufra por el hecho cometido. Tanto la contradicción como el dolor se preconfiguran en el plano de la dogmática jurídico-penal en el concepto de culpabilidad." JAKOBS, Günther. "¿Derecho penal del enemigo? Un estudio acerca de los presupuestos de la juridicidad", en: AA. VV.: *Derecho penal del enemigo. El discurso penal exclusión*, 2 vols., Montevideo/Buenos Aires, Editorial B de F Edisofer, 2006, compilado por Manuel Cancio Meliá y Carlos Gómez-Jara Díez, Vol. 2, pp. 93-116, p. 111.

de una pena) a las amenazas que aquí se hace referencia no es la misma por la cual ella reacciona contra un delito de pequeña o mediana entidad¹²⁴¹.

Dicho modelo – del restablecimiento de la vigencia perturbada de la norma – que explica la reacción penal al delito de un ciudadano, no es suficiente para explicar las reacciones contra un enemigo, a través, por ejemplo, del adelantamiento de las barreras de la punibilidad o del establecimiento de penas que parecen desproporcionadas.

El modelo de restablecimiento de la vigencia de la norma no es suficiente para compensar el déficit de seguridad cognitiva que representa, por ejemplo, la acción de un miembro de una organización terrorista internacional, lo que requiere, realmente, la contención de riesgos (o mejor, peligros) socialmente intolerables que el hecho de la pertenencia de un individuo a una organización con las citadas características representa a toda la sociedad¹²⁴². Jakobs lo explica de la siguiente forma:

Desde el punto de vista práctico, el elemento que estará en primer plano es el aseguramiento frente al autor, bien mediante una custodia de seguridad identificada como tal, bien mediante una pena que garantice el aseguramiento, es decir, una pena privativa de libertad correspondientemente extensa. Esto último -junto con la pura intimidación- es una de las razones de las elevadas penas que se prevén para la fundación de una asociación terrorista; estas penas no son susceptibles de ser explicadas en función de aquello que ya ha tenido lugar-se ha afectado la seguridad pública, pero no se ha

¹²⁴¹ “Resumo la evolución habida, que no es precisamente nueva: el Derecho penal del enemigo, en particular el Derecho penal dirigido contra los terroristas, tiene más bien el cometido de garantizar seguridad que el de mantener la vigencia del ordenamiento jurídico, como cabe detectar con base en el fin de la pena y en los tipos correspondientes. El Derecho penal del ciudadano, garantía del ordenamiento jurídico, se transmuta en defensa frente a riesgos.” JAKOBS, Günther. “¿Derecho penal del enemigo? Un estudio acerca de los presupuestos de la juridicidad”, en: AA. VV.: *Derecho penal del enemigo. El discurso penal exclusión*, 2 vols., Montevideo/Buenos Aires, Editorial B de F Edisofer, 2006, compilado por Manuel Cancio Meliá y Carlos Gómez-Jara Díez, Vol. 2, pp. 93-116, p. 99, p. 113.

¹²⁴² “La transposición del modelo análogo a la indemnización (que ya como modelo del caso normal probablemente no sólo sea próximo a la dura realidad, sino también, y no en menor medida, a una situación idílica imaginada) no es suficiente en el caso de adversarios de principio, por actitud, y también activos, es decir, entre otros, en el caso de los terroristas; pues con completa independencia de la respuesta a la cuestión -hasta ahora, casi nunca planteada- de cuál es la situación de la culpabilidad al menos de aquel terrorista que haya sido socializado en una cultura hostil a la de aquí, en el caso de todo terrorista -como en el caso de cualquier enemigo- también hay que compensar un déficit de seguridad cognitiva.” JAKOBS, Günther. “¿Derecho penal del enemigo? Un estudio acerca de los presupuestos de la juridicidad”, en: AA. VV.: *Derecho penal del enemigo. El discurso penal exclusión*, 2 vols., Montevideo/Buenos Aires, Editorial B de F Edisofer, 2006, compilado por Manuel Cancio Meliá y Carlos Gómez-Jara Díez, Vol. 2, pp. 93-116, p. 99, p. 111-112.

iniciado hasta el momento lesión alguna-, sino sólo a través del peligro existente.¹²⁴³

En general, la defensa frente a los riesgos que amenazan la sociedad es una atribución de la policía, sin embargo, sólo la policía no puede hacer frente a estos tipos de criminalidad de grave entidad. Es decir, la policía no puede crear tipos penales de conductas preparatorias que deben ser penadas, la policía no puede medir de forma democrática las consecuencias jurídicas de los delitos ni tampoco observar las garantías constitucionales mínimas de las cuales que un Derecho pena del enemigo no se puede alejar. Lo mismo pasa, por ejemplo, con el sistema de aplicación de las medidas de seguridad, que están orientado a la contención de riesgos porque, en su proceso de aplicación, es necesaria, para garantizar la constitucionalidad de este proceso, una regulación legislativa aplicada por el Poder Judicial¹²⁴⁴.

7.2.4.3 Conclusiones.

Así pues, es necesario que se hagan algunas observaciones finales. En razón de, en la contemporaneidad, la tarea de gestionar algunos riesgos de grave entidad, a los cuales está expuesto el funcionamiento del sistema social, se atribuye al Derecho penal, eso no significa que todo se puede hacer o que todo sea lícito. Al revés, las medidas de gestión de los riesgos que la macrocriminalidad representa, como los tipos de criminalidad citados en los párrafos precedentes, no pueden ser desmesuradas ni alejarse de las ideas de racionalidad y proporcionalidad¹²⁴⁵. Sin embargo, hay que reconocerse que este es un punto débil en el

¹²⁴³ JAKOBS, Günther. “¿Derecho penal del enemigo? Un estudio acerca de los presupuestos de la juridicidad”, en: AA. VV.: *Derecho penal del enemigo. El discurso penal exclusión*, 2 vols., Montevideo/Buenos Aires, Editorial B de F Edisofer, 2006, compilado por Manuel Cancio Meliá y Carlos Gómez-Jara Díez, Vol. 2, pp. 93-116, p. 99, p. 112.

¹²⁴⁴ “Ahora bien, de por sí, la defensa frente a riesgos que amenazan es cometido de la policía. ¿Por qué asume el Derecho penal esta tarea a pesar del riesgo de policialización? La respuesta se produce en varios planos: la policía no puede vincular al supuesto de hecho de la constitución de una asociación terrorista consecuencias jurídicas aseguradoras de larga duración -éste es el primer plano-, y no debe hacerlo -éste es el segundo-, porque se pretende dar al Derecho penal del enemigo al menos una parte de las garantías propias del Estado de Derecho que existen en el Derecho penal material y procesal, para hacerlo soportable en términos de Estado de Derecho, pero también para ocultar la diferencia frente al Derecho penal del ciudadano, lo que, en esta medida, resulta perfectamente comparable con las medidas de seguridad, y, en este ámbito, de modo muy específico con la custodia de seguridad, que "entran en el bote" del Derecho penal material en cuanto medidas de control de riesgos, siendo a su vez instituciones de un Derecho penal del enemigo.” JAKOBS, Günther. “¿Derecho penal del enemigo? Un estudio acerca de los presupuestos de la juridicidad”, en: AA. VV.: *Derecho penal del enemigo. El discurso penal exclusión*, 2 vols., Montevideo/Buenos Aires, Editorial B de F Edisofer, 2006, compilado por Manuel Cancio Meliá y Carlos Gómez-Jara Díez, Vol. 2, pp. 93-116, p. 99, p. 112.

¹²⁴⁵ “En primer lugar, el Estado no tiene por qué poner en juego caprichosamente su configuración; cuando se habla del Derecho penal del enemigo, esto no significa "ley de fugas", "pena de sospecha" o incluso "descuartizamiento público para la intimidación" o cosas similares (aunque esto, desde luego, no resuelve el

esquema de observación de la realidad normativa propuesto por Jakobs, quien no se ha dedicado con detenimiento al estudio de hasta donde efectivamente sería lícito llegar con las medidas que propone.

En segundo lugar, no se puede tentar responder a problemas de la realidad con postulados que no tienen conexión con ella. Pensar que un Estado que no dispone de medios de realización efectiva de los derechos protegidos por el orden constitucional, como la custodia de seguridad y la incomunicación temporal, está más cercano de un Estado de Derecho sólo es posible *a priori* y en abstracto. La realidad no está de acuerdo con eso porque un Estado que no está comprometido con la garantía de la libertad y de la vida de los ciudadanos, a través de medidas de aseguramiento de dichos derechos frente a la criminalidad, no se acerca de un modelo de Estado de Derecho. Es precisamente eso lo que, de forma brillante, observa Jakobs:

En segundo lugar y sobre todo, la inferencia de una respuesta a la cuestión de la legitimidad con base en el concepto abstracto de Estado de Derecho carece de todo valor. Que un Estado que no conoce custodia de seguridad, que pena la fundación de una asociación terrorista exclusivamente en cuanto delito contra el orden público, al que son ajenos la incomunicación, las escuchas masivas, los agentes encubiertos y muchos otros instrumentos, se acerca más al ideal de un Estado de Derecho que uno que permite tales instituciones y medidas, ésta es una constatación que sólo puede llevarse a cabo en abstracto; en cambio, en concreto puede ser que la renuncia a estas instituciones vacíe de contenido el derecho del ciudadano a la seguridad, y este derecho a la seguridad sólo es otra denominación del derecho al estado de vigencia real del ordenamiento jurídico.¹²⁴⁶

De otra manera, un modelo de Estado de Derecho no es real sólo porque está pensado o es postulado, y si se analiza una medida de política criminal desde la óptica de dicho modelo, bajo la premisa de que siempre todo debe ser convertido en realidad, es decir, de que un Estado sólo puede ser considerado Democrático de Derecho si se concreta este modelo en su

problema de cómo trazar los límites).” JAKOBS, Günther. “¿Derecho penal del enemigo? Un estudio acerca de los presupuestos de la juridicidad”, en: AA. VV.: *Derecho penal del enemigo. El discurso penal exclusión*, 2 vols., Montevideo/Buenos Aires, Editorial B de F Edisofer, 2006, compilado por Manuel Cancio Meliá y Carlos Gómez-Jara Díez, Vol. 2, pp. 93-116, p. 99, p. 114.

¹²⁴⁶ JAKOBS, Günther. “¿Derecho penal del enemigo? Un estudio acerca de los presupuestos de la juridicidad”, en: AA. VV.: *Derecho penal del enemigo. El discurso penal exclusión*, 2 vols., Montevideo/Buenos Aires, Editorial B de F Edisofer, 2006, compilado por Manuel Cancio Meliá y Carlos Gómez-Jara Díez, Vol. 2, pp. 93-116, p. 99, pp. 114-115.

integralidad, es muy probable que no se encuentre a ningún Estado Democrático de Derecho en la realidad y nunca exista ningún ejemplar suyo en ninguna parte. Si se analiza la cuestión bajo la idea de “*todo o nada*”, es necesario que se esté preparado para encontrar sólo lo que se consideraría como nada¹²⁴⁷.

Además, un Estado de Derecho como lo quieren, en general, los partidarios del garantismo penal hiperbólico monocular¹²⁴⁸ (lo que representa una gran parte la totalidad de los investigadores del Derecho penal de los países de cultura jurídica romano-germánica continental), sería el lugar ideal, en condiciones óptimas, para desarrollar cualquier tipo de criminalidad de grave entidad, como el terrorismo islámico, por ejemplo, lo que no tiene nada que ver con la idea de un garantismo integral, que tiene en consideración la necesidad de garantía de la seguridad de los bienes, es decir, de protección efectiva, real, de los bienes jurídicos protegidos por la norma penal¹²⁴⁹.

¹²⁴⁷ “De manera paralela a como se expuso en relación con el concepto de persona, y también del de vigencia del Derecho, tampoco un Estado de Derecho es real porque sea pensado, postulado; y quien defienda la posición de que en el Estado de Derecho siempre todo debe convertirse en realidad, sin concesiones, debería saber que aquel “todo” en la realidad concreta se ve acompañado por un “o nada”, sobre todo, si se tiene en cuenta que un Estado de Derecho perfecto ofrecería a los terroristas una ventaja comparativa de ubicación de dimensiones tan enormes que prácticamente los invitaría a permanecer en su ámbito de vigencia, más exactamente: a desplegar sus actividades allí.” JAKOBS, Günther. “¿Derecho penal del enemigo? Un estudio acerca de los presupuestos de la juridicidad”, en: AA. VV.: *Derecho penal del enemigo. El discurso penal exclusión*, 2 vols., Montevideo/Buenos Aires, Editorial B de F Edisofer, 2006, compilado por Manuel Cancio Meliá y Carlos Gómez-Jara Díez, Vol. 2, pp. 93-116, p. 99, p. 115.

¹²⁴⁸ “Com efeito, e na linha do que já foi dito, têm-se encontrado reiteradas manifestações doutrinárias e jurisprudenciais em que há simples referência aos ditames do garantismo penal, sem que se veja nelas a assimilação, na essência, de qual a extensão e quais os critérios da aplicação das bases teóricas invocadas. Em muitas situações, ainda, há (pelo menos alguma) distorção dos reais pilares fundantes da doutrina de Luigi Ferrajoli (quicá pela compreensão não integral dos seus postulados). Daí que falamos que se tem difundido um garantismo penal unicamente monocular e hiperbólico: evidencia-se desproporcionalmente (hiperbólico) e de forma isolada (monocular) a necessidade de proteção apenas dos direitos fundamentais individuais dos cidadãos que se vêem investigados, processados ou condenados. (...) Qualquer pretensão à prevalência indiscriminada apenas de direitos fundamentais individuais implica – ao menos para nós – uma teoria que denominamos de garantismo penal hiperbólico monocular: evidencia-se desproporcionalmente (hiperbólico) e de forma isolada (monocular) a necessidade de proteção apenas dos direitos fundamentais individuais dos cidadãos, o que, como visto, não é e nunca foi o propósito único do garantismo penal integral.” FISCHER, Douglas. “Garantismo penal integral (e não o garantismo hiperbólico monocular) e o princípio da proporcionalidade: breves anotações de compreensão e aproximação dos seus ideais.” *Revista de Doutrina da 4ª Região*, Porto Alegre, n. 28, mar. 2009. Disponível em: <http://www.revistadoutrina.trf4.jus.br/artigos/edicao028/douglas_fischer.html> Acesso em: 27 dez. 2016.

¹²⁴⁹ “Garantismo dinámico, que es el que trasciende el marco de o proceso penal y también el de la mera garantía individual de carácter reactivo para ampliarse al aseguramiento de otros derechos e de los correspondientes espacios hábiles para su ejercicio.” ANDRÉS IBÁÑEZ, Perfecto. *Garantismo: una teoría crítica de la jurisdicción*. In: AA. VV. *Garantismo: estudios sobre el pensamiento jurídico de Luigi Ferrajoli*. Madrid: Trotta, 2005. p. 60.

Por fin, hay que subrayar que en un Derecho penal del enemigo el Estado no debe poner en marcha todos los medios que se pueda pensar para combatir al enemigo, al revés, el Estado debe tomar medidas que busquen la garantía real de la existencia del orden social, a través de criterios de racionalidad, como la ponderación, por ejemplo. De la misma forma como la víctima de una agresión injusta puede defenderse de forma legítima o elegir tolerar la agresión, el Estado tiene la posibilidad de sucumbir o de reaccionar¹²⁵⁰, y de esta manera se busca algo alcanzable y legítimo, lo mejor que se puede hacer, lo que significa que el Derecho penal del enemigo debe ser limitado a lo necesario¹²⁵¹.

Conforme sostiene Jakobs, “*Es fácil llegar a un acuerdo acerca de un mundo ideal, pero con ello nada se ha ganado para la vida en el mundo real*”¹²⁵², porque un mundo real demanda la existencia de bases cognitivas mínimas de confianza en la continuidad de la vida en sociedad, que no puede ser desconsiderado en razón de ideales que con él nada tienen que ver o, con las palabras del filósofo polonés Odo Marquard, “*El compromiso teórico de la paz de excluir una guerra desde el principio y solo perseguir soluciones puramente políticas, ciertamente no se sostiene cuando una amenaza real exige la legítima defensa.*”¹²⁵³.

7.2.5 Otros textos producidos por Jakobs.

¹²⁵⁰ “En tercer lugar, nadie está obligado a ejecutar realmente todo aquello que podría hacer con buenas razones. Dicho con un ejemplo: muchos pacifistas afirman que no querrían matar al agresor en caso de legítima defensa, aunque ello fuera necesario, prefiriendo antes sucumbir ellos mismos. De modo correspondiente, también el Estado de Derecho tiene la posibilidad de retroceder o incluso sucumbir si, de otro modo, sus funcionarios tuvieran que hacer correr ríos de la sangre de los enemigos. Hay conductas que uno no lleva a cabo por la imagen de uno mismo.” JAKOBS, Günther. “¿Derecho penal del enemigo? Un estudio acerca de los presupuestos de la juridicidad”, en: AA. VV.: *Derecho penal del enemigo. El discurso penal exclusión*, 2 vols., Montevideo/Buenos Aires, Editorial B de F Edisofer, 2006, compilado por Manuel Cancio Meliá y Carlos Gómez-Jara Díez, Vol. 2, pp. 93-116, p. 99, p. 115.

¹²⁵¹ “Manteniéndose lejos de los extremos del pacifismo incondicionado y de la autodefensa incondicionada, de lo que se trata es de lo alcanzable, de lo óptimo en la práctica, lo que significa que el Derecho penal del enemigo debe ser limitado a lo necesario, y ello con completa independencia del mandato racional preexistente de limitar la violencia física por sus efectos secundarios corruptores.” JAKOBS, Günther. “¿Derecho penal del enemigo? Un estudio acerca de los presupuestos de la juridicidad”, en: AA. VV.: *Derecho penal del enemigo. El discurso penal exclusión*, 2 vols., Montevideo/Buenos Aires, Editorial B de F Edisofer, 2006, compilado por Manuel Cancio Meliá y Carlos Gómez-Jara Díez, Vol. 2, pp. 93-116, p. 99, p. 115.

¹²⁵² JAKOBS, Günther. “¿Derecho penal del enemigo? Un estudio acerca de los presupuestos de la juridicidad”, en: AA. VV.: *Derecho penal del enemigo. El discurso penal exclusión*, 2 vols., Montevideo/Buenos Aires, Editorial B de F Edisofer, 2006, compilado por Manuel Cancio Meliá y Carlos Gómez-Jara Díez, Vol. 2, pp. 93-116, p. 116.

¹²⁵³ “*Die friedentheoretische Festlegung, einen Krieg von Anfang an auszuschließen und immer wieder rein politische Lösungen anzustreben, ist ja nicht durchzuhalten, sobald eine reale Bedrohung eine Notwehr erfordert.*” - Odo Marquard. In: VON SCHMITTER, Elke; SCHREIBER, Mathias. “Wir brauchen viele Götter”, in: *Der Spiegel*, 09/2003, Hamburg, Seiten 152-154, S. 154

En otras oportunidades, Jakobs deja claro que ni todo se puede hacer contra el enemigo, que no se puede pasar de los límites de la racionalidad. En relación con los terroristas, Jakobs sostiene que hay que privarles precisamente del Derecho del cual han abusado con la realización de sus planes, es decir, restringirles el derecho a la libertad. Eso es equivalente a una medida de seguridad, si tenemos en cuenta que dicho abuso no representa, *per se*, una lesión a un bien jurídico en un sentido clásico¹²⁵⁴. De esta forma, la exclusión del terrorista del estado de ejercicio pleno de sus derechos es una autoexclusión, porque él pone a sí mismo en este lugar voluntariamente, lo que permite la heteroadministración de parte del ejercicio de su derecho a la libertad (o su ámbito privado), en la medida de lo necesario¹²⁵⁵.

Dicha heteroadministración del ámbito privado en un estadio previo a una lesión a un bien jurídico (sin que sea el caso de ejecución de una condena firme), no es una medida deseable en un Estado de Derecho (como pasa con el derribo de aviones de pasajeros tomados por terroristas). Estos dos supuestos pertenecen a un Derecho de excepción, de la misma forma en la cual se ha creado la incomunicación en el Derecho alemán, que primero apareció en la *praxis* judicial, como una excepción (o en el caso español, de la Constitución, que en su artículo 55, coma 2¹²⁵⁶, prevé que determinados derechos fundamentales sólo pueden ser suspendidos en relación con los investigados por participación en bandas armadas o hechos terroristas, incluso en estado de normalidad institucional). No se puede renunciar a una medida comprobadamente necesaria a la manutención de la seguridad, de la vigencia de la norma o del disfrute de los bienes jurídicos que pertenecen a toda la sociedad. Por eso, según Jakobs, las medidas de aseguramiento contra un hecho terrorista, aunque no se cuadren perfectamente en un modelo de Estado de Derecho (porque se acercan mucho más de un

¹²⁵⁴ “Manteniéndose lejos de tales extremos, de lo que se trata es de lo alcanzable, de lo óptimo en la práctica, lo que significa que el Derecho penal del enemigo debe ser limitado a lo necesario, y ello con completa independencia del mandato racional preexistente de limitar la violencia física por sus efectos secundarios corruptores. Pero ¿qué es necesario? En primer lugar, hay que privar al terrorista precisamente de aquel derecho del que abusa para sus planes, es decir, en particular, el derecho a la libertad de conducta. En esta medida, la situación no es distinta de la de la custodia de seguridad, aunque en el ámbito de esta institución por regla general esta privación suele ser suficiente. (...) El hecho de que este caso afecta a una problemática del derecho de policía no es óbice: es imposible excluir lo policial del Derecho penal del enemigo JAKOBS, Günther: “¿Terroristas como personas en Derecho?”, en: AA. VV.: *Derecho penal del enemigo. El discurso penal exclusión*, 2 vols., Montevideo/Buenos Aires, Editorial B de F Edisofer, 2006, compilado por Manuel Cancio Meliá y Carlos Gómez-Jara Díez, Vol. 2, pp. 77-92.

¹²⁵⁵ “En el ámbito tratado hasta el momento, la exclusión del terrorista es autoexclusión: se ha convertido a sí mismo en terrorista o ha incumplido de otro modo sus deberes, y por ello es heteroadministrado en el marco de lo necesario.” JAKOBS, Günther: “¿Terroristas como personas en Derecho?”, en: AA. VV.: *Derecho penal del enemigo. El discurso penal exclusión*, 2 vols., Montevideo/Buenos Aires, Editorial B de F Edisofer, 2006, compilado por Manuel Cancio Meliá y Carlos Gómez-Jara Díez, Vol. 2, pp. 77-92.

¹²⁵⁶ ESPAÑA. Constitución Española, de 27 de diciembre de 1978. *Boletín Oficial del Estado*, 29 de diciembre de 1978, núm. 311.

derecho de excepción), realmente aparecerán, serán transformadas en leyes y serán justificadas, de todas formas¹²⁵⁷. De hecho, es precisamente eso que está pasando en los ordenamientos jurídicos estudiados.

7.3 Conclusión sobre lo que es un Derecho penal del enemigo en la visión de Günther Jakobs.

Después de estudiar los trabajos sobre el tema, en los apartados precedentes, parece que el pensamiento de Jakobs ha evolucionado desde un finalismo reformado hacia un funcionalismo epistemológicamente independiente, en el cual, las categorías dogmáticas, reformadas por la teoría de sistemas sociales tienen sentidos y funciones diferentes de las ideas precedentes, causalistas o finalistas, aunque todavía mantengan una relación de cierta manera cercana con parte de las ideas neokantistas. En este nuevo matiz epistemológico no sólo cambia la comprensión de las categorías dogmáticas, sino cambia también el sentido y la función de todo el Derecho penal, bien como sus límites, por supuesto.

En principio, Jakobs¹²⁵⁸ parece más preocupado en corregir las categorías dogmáticas del finalismo, como el rol del bien jurídico y el sentido del injusto, muy ligado a la concepción de Derecho penal welzeliana, lo que se cambia partir de los años noventa del siglo pasado cuando él empieza a buscar la fundamentación y una funcionalidad de sus estudios a través de una observación de la sociedad basada en el funcionalismo sistémico.

Así, la noción de enemigo de Jakobs en un primer momento, se basa en la violación del principio de lesividad, que exige la realización de un injusto material, para la injerencia del Estado en la autoadministración del individuo. Así pues, en este punto del desarrollo de la teoría de Jakobs, la interferencia, por parte del Estado, en la esfera privada del individuo, sin que haya la realización de una acción que perturba efectivamente la esfera de organización de

¹²⁵⁷ “Volvamos al terrorista: su punición mucho antes de la producción de lesiones o su duro interrogatorio no cuadran en un Estado de Derecho perfecto; pero tampoco cuadra ahí el derribo de un avión de pasajeros. Ambas cosas pertenecen al Derecho de excepción, del mismo modo que en su día se creó la incomunicación como derecho de excepción, al principio incluso *praeter legem*, lo que, por lo demás, muestra que el Estado no puede eludir el dilema renunciando a regular: la excepción se producirá de todos modos sin su intervención, y ya aparecerá el Derecho que se amolde a ella.” JAKOBS, Günther: “¿Terroristas como personas en Derecho?”, en: AA. VV.: *Derecho penal del enemigo. El discurso penal exclusión*, 2 vols., Montevideo/Buenos Aires, Editorial B de F Edisofer, 2006, compilado por Manuel Cancio Meliá y Carlos Gómez-Jara Díez, Vol. 2, pp. 77-92.

¹²⁵⁸ JAKOBS, Günther. “Criminalización en el estado previo a la lesión de un bien jurídico”, en: JAKOBS, Günther. *Estudios de Derecho penal*, UAM Ediciones, Edit, Civitas, Madrid, 1997, pp. 293 a 324.

otras personas (injusto material), es lo que representa la idea de enemistad. Sin embargo, este concepto desarrollado en el año 1985 por Jakobs no tiene más un potencial de rendimiento explicativo coherente con su nuevo marco teórico, con una visión normativista del Derecho y del mundo.

Jakobs sostiene que la única forma de legitimarse dichas intervenciones es les limitar a los supuestos donde alguien ha externado efectivamente una conducta que interfiere en el ámbito de organización ajeno, tendiente a la lesión real de un bien jurídico, lo que conduce a la idea según la cual debería haber la radical separación de normas que criminalizan estadios previos a lesiones a bienes jurídicos (o crean un clima de hostilidad al ordenamiento jurídico) de las normas penales que representan un injusto material completo, porque sus primeras representan muy claramente el alejamiento a un Estado de libertades ideal.

Catorce años después, Jakobs¹²⁵⁹ informa que un Derecho penal del enemigo, representa, en realidad, una imposibilidad de juridicidad completa, que cuestiona las relaciones entre racionalidad y personalidad. Eso pasa porque el Derecho penal del enemigo crea dos regulaciones jurídicas diferentes, una para personas que considera personas motivables por la norma y otra para personas que no lo considera, y así no se les reconoce el mismo estatus de persona porque no tiene la misma capacidad de comportarse racionalmente en la sociedad. Eso que permite reconocer este tipo de política criminal como una exclusión tendiente al absoluto, especialmente porque hay personas que no van a comportarse en absoluto de forma racional.

Una posible limitación, a priori, a un Derecho penal del enemigo, por algo como garantías fundamentales podría representar un alejamiento de su finalidad, la neutralización de un peligro, lo que, sin embargo, no conduce a la idea de que toda medida contra el enemigo sea posible o legítima en el contexto de la teoría propuesta por Jakobs. Aunque el enemigo represente un riesgo a ser neutralizado, está claro que nada más que la neutralización está permitida (o medidas que la aseguren) precisamente porque él sigue siendo un ser humano, y

¹²⁵⁹ JAKOBS, Günther. “La autocomprensión de la ciencia del Derecho penal ante los desafíos del presente”. En: VVAA. La ciencia del Derecho penal ante el nuevo milenio. Valencia, Tirant lo Blanc, 2004.

por eso, debe ser tratado como ser humano en la medida de lo posible, reconociéndole, incluso, una personalidad potencial, de acuerdo con Jakobs¹²⁶⁰.

Jakobs sostiene que la separación de las reglas de Derecho penal del enemigo y de Derecho penal del ciudadano es la tarea central de la autocomprensión de la ciencia del Derecho penal en la actualidad. Eso tiene la finalidad de crear más ámbitos de libertad en el Derecho penal tradicional, y someter a la necesaria discusión el Derecho penal del enemigo¹²⁶¹. Dicha separación es necesaria, de acuerdo con el autor, porque el Derecho penal no puede guiar la política criminal de un pueblo verdaderamente libre, pero en realidad tiene el deber de al menos denominar las direcciones por él tomadas y explicar sus características¹²⁶².

Por fin, hay que subrayar que la finalidad del Derecho penal tradicional es restablecer la confianza en la doble contingencia de la norma penal, la función del Derecho penal del enemigo es proteger el ordenamiento jurídico de aquellos que quieren su destrucción, la aniquilación completa de las bases axiológicas u ontológicas de la sociedad, lo que debe hacerse a través de la heteroadministración de quienes han creado tales riesgos intolerables desde un punto de vista social y normativo.

En resumen, la propuesta de Jakobs es ver como legítimas las dos formas de concebir y estructurar las reglas de Derecho penal, es decir, si un individuo que, por principio, de forma presumiblemente duradera, habitual o grave, demuestra que no ofrece ninguna garantía de un comportamiento mínimamente civilizado no puede ser tratado como ciudadano, pero debe ser combatido como un enemigo¹²⁶³, en una “*guerra que tiene lugar con un legítimo derecho de*

¹²⁶⁰ JAKOBS, Günther. “La autocomprensión de la ciencia del Derecho penal ante los desafíos del presente”. En: VV.AA. *La ciencia del Derecho penal ante el nuevo milenio*. Valencia, Tirant lo Blanc, 2004, p. 58.

¹²⁶¹ “Con ello queda señalada la principal tarea que se le impone a la autocomprensión de la ciencia del Derecho penal: tiene que separar lo que circula bajo el nombre de Derecho penal, es decir, someter a discusión el complemento del Derecho penal a través un derecho de combate del enemigo.” JAKOBS, Günther. “La autocomprensión de la ciencia del Derecho penal ante los desafíos del presente”. En: VV.AA. *La ciencia del Derecho penal ante el nuevo milenio*. Valencia, Tirant lo Blanc, 2004, p. 61.

¹²⁶² “Si no quiere reconocer la necesidad de este último, será marginalizada por una sociedad dominada por lo económico, debido a su falta de eficacia. Y si a todo lo que circula bajo el nombre de «Derecho penal» lo trata igual, capitula ante la política con su capacidad de diferenciación y se pierde a sí misma. De modo que a la ciencia del Derecho penal, que no puede decidir la meta del viaje de la sociedad, le queda al menos la tarea de denominar las direcciones tomadas.” JAKOBS, Günther. “La autocomprensión de la ciencia del Derecho penal ante los desafíos del presente”. En: VV.AA. *La ciencia del Derecho penal ante el nuevo milenio*. Valencia, Tirant lo Blanc, 2004, p. 61.

¹²⁶³ JAKOBS, Günther. “La autocomprensión de la ciencia del Derecho penal ante los desafíos del presente”. En: VV.AA. *La ciencia del Derecho penal ante el nuevo milenio*. Valencia, Tirant lo Blanc, 2004, pp. 55-56.

los ciudadanos, en su derecho a la seguridad.”¹²⁶⁴ Eso que representa realizar el principio prohibición de la protección deficiente a través de Derecho penal (*Untermassverbot*), sin olvidarse de la puerta que debe quedarse permanentemente abierta a su elección personal por la vuelta al estado de ciudadanía, y a la necesidad de limitación de las medidas que se le puede imponer¹²⁶⁵.

Al fin y al cabo, Jakobs sostiene que en un mundo real, que demanda la existencia de bases cognitivas mínimas de confianza en la continuidad de la vida en sociedad, dichas bases no pueden ser desconsiderados en razón de ideales que les pueden negar vigencia, e protección de dicha vigencia es la finalidad de un Derecho penal del enemigo¹²⁶⁶.

Se descomponemos las características del concepto de Derecho penal del enemigo más breve ya puesto Por Jakobs¹²⁶⁷, se puede encontrar lo siguiente: (1) *Es un fenómeno típico en el occidente*, (2) *consiste en sancionar la conducta de un sujeto peligroso en una etapa muy anterior a un acto delictivo*, (3) *se sancionan la conducta y la peligrosidad del sujeto*, (4) *la sanción no se limita a los actos del sujeto*, (5) *restricción (no supresión) de algunos ámbitos privados en el ámbito procesal*, (6) *su concepto enmarca una noción descriptiva*, (7) *su concepto define algo existente en los ordenamientos democráticos actuales*, (8) *su concepto designa los supuestos de especial peligrosidad, con la finalidad de distinguirlos de los*

¹²⁶⁴ JAKOBS, Günther. “La autocomprensión de la ciencia del Derecho penal ante los desafíos del presente”. En: VV.AA. *La ciencia del Derecho penal ante el nuevo milenio*. Valencia, Tirant lo Blanc, 2004, p. 56.

¹²⁶⁵ JAKOBS, Günther. “¿Derecho penal del enemigo? Un estudio acerca de los presupuestos de la juridicidad”, en: AA. VV.: *Derecho penal del enemigo. El discurso penal exclusión*, 2 vols., Montevideo/Buenos Aires, Editorial B de F Edisofer, 2006, compilado por Manuel Cancio Meliá y Carlos Gómez-Jara Díez, Vol. 2, pp. 93-116, p. 99, p. 115.

¹²⁶⁶ “El compromiso teórico de la paz de excluir una guerra desde el principio y solo perseguir soluciones puramente políticas, ciertamente no se sostiene cuando una amenaza real exige la legítima defensa.” - Odo Marquard. Texto original: “*Die friedensrechtliche Festlegung, einen Krieg von Anfang an auszuschließen und immer wieder rein politische Lösungen anzustreben, ist ja nicht durchzuhalten, sobald eine reale Bedrohung eine Notwehr erfordert.*” - Odo Marquard. In: VON SCHMITTER, Elke; SCHREIBER, Mathias. “Wir brauchen viele Götter”, in: *Der Spiegel*, 09/2003, Hamburg, Seiten 152-154, S. 154

¹²⁶⁷ “Es un fenómeno que se da en todos los ordenamientos jurídicos de los países occidentales, y consiste en sancionar la conducta de un sujeto peligroso en una etapa muy anterior a un acto delictivo, sin esperar a una lesión posterior tardía. Se sancionan la conducta y la peligrosidad del sujeto, y no sus actos. El mismo fenómeno se da en el ámbito procesal, especialmente con la restricción de algunos ámbitos privados. Por ejemplo, la posibilidad de allanamiento de morada con fines investigativos, la posibilidad de registro de viviendas o la instalación de micrófonos o instrumentos para escuchas telefónicas. En esencia, el concepto de Derecho penal del enemigo es una noción descriptiva que define algo existente en los ordenamientos democráticos actuales y designa aquellos supuestos de especial peligrosidad para distinguirlos de aquellos otros supuestos en los que se produce una relación jurídica entre ciudadanos.” DOZO MORENO, Sebastián. ““El enemigo tiene menos derechos”, dice Günther Jakobs. Para el alemán, especialista en teoría del derecho, no existe la igualdad ante la ley”, *La Nación*, 26 de julio de 2006, Buenos Aires, 2006, Disponible en: <<http://www.lanacion.com.ar/826258-el-enemigo-tiene-menos-derechos-dice-gunther-jakobs>>, acceso en: 12 feb. 2017.

supuestos en que se produce una relación jurídica entre los ciudadanos. A continuación se analiza cada una de estas características.

7.3.1 Es un fenómeno típico en el occidente.

En relación con el hecho de que el Derecho penal del enemigo es un fenómeno típico del occidente, hay que subrayar que no sólo dicho movimiento de política criminal, sino todo el Derecho penal es un fenómeno típicamente occidental. La publicación de la obra *Dei delitti e delle pene*¹²⁶⁸, de Cesare Bonesana-Beccaria¹²⁶⁹, *Marchese di Gualdrasco e di Villareggio*, es ampliamente aceptada como marco fundamental de los estudios de una nueva rama del Derecho, el Derecho penal, a través de la idea de limitar y racionalizar el uso del poder de punir del Estado, ejercido por las monarquías de Europa sin la orientación de las nociones de racionalidad y humanidad secularizadas.

Véase, por ejemplo el caso de Arabia Saudita¹²⁷⁰ una monarquía absoluta y hereditaria que no tiene un parlamento, no tiene un Código Penal¹²⁷¹, sólo posee un sistema llamado de *Sharia* o Ley Islámica, que tiene textos que describen conductas, de naturaleza religiosa musulmán, derivados de la lectura medieval del Corán, que contiene algunos comportamientos que son considerados socialmente ofensivos¹²⁷².

Dichos textos detallan de forma casuística y específica las conductas castigadas de modo que se puede decir que sólo existe una la remota posibilidad de vigencia de una rudimental noción de legalidad estricta (*nullum crimen, nulla poena sine lege certa*) porque no se prohíbe la analogía *in malam partem*, lo que es natural si se tiene en cuenta que sus interpretaciones más

¹²⁶⁸ BECCARIA, Cesare Bonesana, Marqués de. *De los delitos y de las penas*. Ed. Heliasta S.R.L., Buenos Aires, 1993.

¹²⁶⁹ Han descubierto que su verdadero nombre es, de hecho: Cesare Bonesana-Beccaria, *Marchese di Gualdrasco e di Villareggio*. Véase: ZORZI, Renzo. *Cesare Beccaria. Drame della Giustizia*, Milano, Mondadori, 1995.

¹²⁷⁰ “En Arabia Saudita impera una monarquía absoluta y hereditaria sin partidos políticos. La monarquía de Arabia Saudita, absoluta y apegada a la ley islámica - Una monarquía absoluta y hereditaria sin partidos políticos, que goza además de las billonarias ganancias de la exportación del petróleo.” La tercera. “En Arabia Saudita impera una monarquía absoluta y hereditaria sin partidos políticos”. 23 de enero de 2015. Disponible en: <<http://www.latercera.com/noticia/la-monarquia-de-arabia-saudita-absoluta-y-apegada-a-la-ley-islamica/>>, consultado en 14 may 2016.

¹²⁷¹ DAMMER, Harry R.; ALBANESE, Jay S. *Comparative Criminal Justice Systems*. Belmont, CA, EUA: Wadsworth Cengage Learning, 2011, p. 56

¹²⁷² OTTO, Jan Michiel. *Sharia Incorporated: A Comparative Overview of the Legal Systems of Twelve Muslim Countries in Past and Present*. Leiden University Press, Leiden, 2010. p. 166.

actuales fueron escritas en la edad media¹²⁷³ (la escuela *Hambali*¹²⁷⁴, del siglo IX¹²⁷⁵) lo que permite un alto grado de subjetividad en su interpretación.

Es decir, a diferencia de lo que ha pasado con algunos países musulmanes (como en Siria, por ejemplo), Arabia Saudita no ha transformado los documentos de la *Sharia* en un Código¹²⁷⁶, lo que no ha permitido su modernización y transformación en un texto que permite, en los mínimos estándares, de la existencia de seguridad jurídica que proviene del principio de legalidad.

De esta forma, si el propio Derecho penal es un fenómeno típicamente occidental, seguramente el Derecho penal del enemigo lo sería, y la razón de eso es clara: porque en los países de cultura oriental, en general, no se ha creado estándares muy altos de control de racionalidad y limitación del poder de punir del Estado (como se ha demostrado que pasa en relación con Arabia Saudita, por ejemplo), a través de un movimiento de política criminal orientado a endurecer las penas y los mecanismos procesales no se va más allá de lo que podría esperarse del sistema que se tiene.

Es decir, en países como estos, cualesquier movimientos de política criminal orientados al endurecimiento de las penas, no sólo el Derecho penal del enemigo, no va a ser visto como una rotura de los orígenes de una pseudoepistemología penal, sino como un nuevo – y quizás, necesario – movimiento del Estado para controlar los fenómenos socialmente reprochables, lo que de ninguna forma llevaría a la reacción histórica de algunos grupos locales comprometidos con determinados fines ideológicos del Derecho, de la vida y de la sociedad.

7.3.2 Consiste en sancionar la conducta de un sujeto peligroso en una etapa muy anterior a un acto delictivo.

La otra proposición que se debe analizar informa que el Derecho penal del enemigo consiste en sancionar la conducta de un sujeto peligroso en una etapa muy anterior a un acto delictivo.

¹²⁷³ AL-FARSI, Fouad. *Modernity and tradition: the Saudi equation*. London: Panarc International, 2004. p. 36.

¹²⁷⁴ RAMADAN, Hisham M. *Understanding Islamic Law: from Classical to Contemporary*, Rowman Altamira, New York, 2006, p. 24-29

¹²⁷⁵ RAMADAN, Hisham M. *Understanding Islamic Law: from Classical to Contemporary*, Rowman Altamira, New York, 2006, p. 24-29

¹²⁷⁶ PETERS, Rudolph. *Practice from the Sixteenth to the Twenty-First Century*. Cambridge University Press, Cambridge, 2006. p. 148

En realidad, en virtud de dicha característica haber sido encontrada en una entrevista realizada con Jakobs – lo que es, incluso, la razón por la cual el concepto citado está tan sucinto y descriptivo – es probable que no haya sido traducida o transcrita de la mejor manera, en la medida en que, en realidad, Jakobs siempre describió que, a través del Derecho penal del enemigo, se sanciona la conducta de un sujeto peligroso – o su peligrosidad – en una etapa muy anterior a una lesión a un bien jurídico, con la utilización de tipo penales para esta finalidad.

Es decir, no es el caso de castigarse a una conducta en una etapa anterior a un delito – lo que es una manifiestamente violador del principio de legalidad/anterioridad – sino que se crean tipo penales, de peligro, que castigan conductas preparatorias de otros tipos más graves, de lesión. No es el caso de violarse el principio de legalidad para castigar conductas no previstas en ley.

Jakobs asume, en muchas oportunidades, que de hecho el Derecho penal del enemigo está caracterizado por la criminalización de conductas en un estadio previo a la lesión a un bien jurídico y, además, ha empezado a escribir sobre la teoría estudiada precisamente en este tema, en el año 1985¹²⁷⁷. De hecho, la criminalización de estadios previos a lesiones de bienes jurídicos es una característica no sólo de un Derecho penal del enemigo, sino de toda la legislación penal que tiene la pretensión de gestionar de los riesgos insoportables a los cuales la sociedad está expuesta, desde un punto de vista de una norma aprobada por un parlamento en una democracia.

Véase, por ejemplo, el problema que los delitos de peligro abstracto y, en especial, contra el medio ambiente, han generado en las últimas décadas, que dieron origen a la necesidad de creación de un nuevo discurso justificados de medidas político-criminales de este matiz.

En relación con la primera categoría – los delitos de peligro abstracto, en general – por ejemplo, Urs Kindäuser ha propuesto verse a dichos tipos de delitos como *“una situación en la que no están garantizadas las condiciones de seguridad necesarias para una disposición*

¹²⁷⁷ JAKOBS, Günther. “Criminalización en el estado previo a la lesión de un bien jurídico”, en: JAKOBS, Günther. *Estudios de Derecho penal*, UAM Ediciones, Edit, Civitas, Madrid, 1997, pp, 293 a 324.

racional sobre un bien”¹²⁷⁸ y, a través de su identificación como supuestos de *daños de peligro* (o creación de una situación de vulneración de la seguridad) justificar la imposición de una pena a quienes realicen las conductas previstas por ellos¹²⁷⁹.

Desde otra premisa, Lothar Kuhlen propone una solución diferente a la justificación de la segunda categoría – específicamente, los delitos de peligro abstracto contra el medio ambiente – desde un punto de vista práctico. Después de analizar el § 324 del StGB¹²⁸⁰, un delito de contaminación de aguas (una conducta *prima facie* inocua), Kuhlen llega a la conclusión de que sólo se puede fundamentar una pena impuesta a su infractor si se tiene en cuenta que, aunque la conducta prevista en el tipo no puede poner en peligro efectivamente el medio ambiente – el bien jurídico protegido por el tipo –, dicho peligro se vuelve real si tales conductas se repitiesen de forma masiva o colectiva¹²⁸¹, lo que dio origen a la expresión *Kumulationsdelikte*, o delitos por acumulación¹²⁸².

¹²⁷⁸ KINDHÄUSER, Urs. “Estructura y legitimación de los delitos de peligro del Derecho penal” En: *Indret: Revista para el Análisis del Derecho*, Nº. 1, 2009, pp. 14 y ss.

¹²⁷⁹ “Mientras que el delito de lesión característico tiene por objeto un conflicto individual, las intervenciones en los ámbitos de seguridad afectan a los intereses de una pluralidad de seres humanos, con la consecuencia de que, pese a que la carga para el individuo sea solamente pequeña, esa intervención se puede convertir cumulativamente en un injusto importante. Con un ejemplo: si en una pelea, mi vecino mata al amante de su mujer, ello no afecta en nada a la configuración de mi vida. En cambio, si descubro que unos terroristas han intentado hacer explotar una bomba en el tren con el que me desplazo diariamente al trabajo, esto me puede forzar a una importante restricción de la configuración de mi vida. (...) En primer lugar, el resumen: los bienes jurídicos son características de las personas, cosas e instituciones que sirven al libre desarrollo del individuo en un Estado democrático y social de Derecho. En esta función como medios del libre desarrollo, los bienes jurídicos pueden ser menoscabados en su valor de tres modos: (...) (Tercero:) Se da una situación en la que no están garantizadas las condiciones de seguridad necesarias para una disposición racional sobre un bien. También en este caso el bien solamente se puede utilizar de manera restringida y, por ello, pierde en valor para su titular. Concorre un menoscabo del bien jurídico en el sentido de una puesta en peligro abstracta.” In KINDHÄUSER, Urs. “Estructura y legitimación de los delitos de peligro del Derecho penal” En: *Indret: Revista para el Análisis del Derecho*, Nº. 1, 2009, pp. 14 y ss.

¹²⁸⁰ “*Straftaten gegen die Umwelt § 324 Gewässerverunreinigung (1) Wer unbefugt ein Gewässer verunreinigt oder sonst dessen Eigenschaften nachteilig verändert, wird mit Freiheitsstrafe bis zu fünf Jahren oder mit Geldstrafe bestraft. (2) Der Versuch ist strafbar. (3) Handelt der Täter fahrlässig, so ist die Strafe Freiheitsstrafe bis zu drei Jahren oder Geldstrafe.*” En inglés: “*OFFENCES AGAINST THE ENVIRONMENT Section 324 Water pollution (1) Whosoever unlawfully pollutes a body of water or otherwise alters its qualities in a negative manner shall be liable to imprisonment not exceeding five years or a fine. (2) The attempt shall be punishable. (3) If the offender acts negligently the penalty shall be imprisonment not exceeding three years or a fine.*” ALEMANIA. “Strafgesetzbuch in der Fassung der Bekanntmachung vom 13. November 1998 (BGBl. I S. 3322), das durch Artikel 1 des Gesetzes vom 13. April 2017 (BGBl. I S. 872) geändert worden ist”, Berlín, 1871.

¹²⁸¹ KUHLEN, Lothar. “Der Handlungserfolg der strafbaren Gewässerverunreinigung” (§ 324 StGB)”, en: *Revista GA*, 1986; y KUHLEN, Lothar: “Umweltstrafrecht –auf der Suche nach einer neuen Dogmatik”, en: *Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft*, Vol. 105, No. 4, 1993,

¹²⁸² “El análisis de Kuhlen sobre el Art. 324 del StGB (Código penal alemán) es más bien de tipo explicativo. Pretende descubrir –en el delito de contaminación de aguas– el fundamento de la pena. Llega a la conclusión de que, tal cual como está tipificado, la coacción sólo puede sustentarse en que sería peligroso para el bien jurídico que tales acciones se repitieran de forma masiva.” TRUCCONE BORGOGNO, Santiago. “Delitos acumulativos

Así pues, la punición de quien realiza los supuestos de este tipo penal sólo se justifica porque su repetición pone en peligro el medio ambiente, y por eso, no es prudente esperar que sus supuestos se realicen de forma masiva para castigar a los infractores de la norma. Es decir, Kuhlen concluye que, para que los ríos se pongan efectivamente contaminados – una lesión efectiva a al bien jurídico medio ambiente – sería necesaria la identificación de la acumulación de muchas de estas conductas, que si realizadas de forma individual no son lesivas, pero llevarían a una lesión efectiva sólo si practicadas masivamente, lo que no estaría castigado si se lleva en consideración una aplicación absoluta del principio de lesividad.

Aunque no exista una efectiva lesión derivada de cada conducta individual al bien jurídico protegido, la no existencia de una sanción por su realización individual podría llevar a un situación en la cual no sería castigada la conducta inocua de cada uno, pero sí sería posible la existencia de muchas lesiones al medio ambiente de grave entidad no castigadas por el Derecho penal, originadas por dichas conductas.

Todo eso quiere decir que ni siquiera es necesaria la realización de un peligro abstracto al bien jurídico protegido por la norma, para que se castigue su autor, si se identifica la relación hipotética entre la conducta y un posible resultado, añadido de la realización masiva de la misma conducta tipificada por otras personas¹²⁸³. Según Kuhlen, “*la protección propuesta por el §324 del StGB hace referencia a los intereses de largo plazo de la comunidad, en la preservación del agua como fuente natural de la vida o como recurso hídrico*”¹²⁸⁴.

Así pues, conforme demostrado en la parte de origen sociológica de este trabajo, el riesgo no fue un elemento de estudio de los padres de la sociología y tampoco fue considerado por los padres de las concepciones contemporáneas de la dogmática penal, lo que ha generado la situación que informa que el riesgo representa un problema social – mucha veces de grave entidad – que no queda muy bien resuelto, desde el punto de vista de su justificación por los

ambientales: una aproximación desde el republicanismo”, en: *Revista de Derecho Ambiental de la Universidad de Palermo*, pp. 59-98, Año II, n. 2, Noviembre de 2013, p. 63.

¹²⁸³ KUHLEN, Lothar: “Umweltstrafrecht –auf der Suche nach einer neuen Dogmatik”, en: *Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft*, Vol. 105, No. 4, 1993, pp. 699-700.

¹²⁸⁴ “*Kommt als Schutzgut der Vorschrift zunächst das langfristige Interessen der Allgemeinheit na der Erhaltung der Gewässer als natürliche Lebensgrundlagen oder Ressourcen des Menschen in Betracht.*” KUHLEN, Lothar: “Umweltstrafrecht –auf der Suche nach einer neuen Dogmatik”, en: *Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft*, Vol. 105, No. 4, 1993, pp. 714.

conceptos clásicos de delitos y bien jurídico, lo que demanda su revisión no sólo en relación con el Derecho penal del enemigo, pero también en relación con toda la teoría jurídica del delito y los fundamentos de la pena.

7.3.3 Se sancionan la conducta y la peligrosidad del sujeto.

En relación con el hecho de sancionarse la conducta y la peligrosidad del sujeto, hay que subrayar que el Derecho penal del enemigo de Jakobs no llega a un puro Derecho penal de autor porque presupone la existencia de un hecho para sancionarse la conducta de su autor.

Es verdad que la peligrosidad es sancionada en el Derecho penal del enemigo, sin embargo, de todo lo que se ha leído de Jakobs, no se ha encontrado ninguna vez en la que dicho investigador propone que se sancione criminalmente a un autor por su pensamiento o su personalidad. En realidad Jakobs propone que se castigue penalmente por hechos pasados, pero que sea posible el uso de medidas de seguridad para asegurarse a la sociedad en un futuro, siempre que alguien realice o empiece a realizar un hecho punible.

Nadie va a decir, por ejemplo, que uno que ha matado, sigue matando y dice que no quiere dejar de hacerlo, conforme se puede constatar a través muchos tipos de prueba, pero antes de la formación de una sentencia firme, no deba quedarse en la cárcel provisionalmente, hasta el final de su proceso. Sostener que la libertad de este sujeto en este caso es necesaria, y su prisión, inconstitucional, por violación del principio de presunción de inocencia, es proponer un carácter absoluto de dicho principio que no tiene justificación social o constitucional. Pensar que un Estado que no tiene a su disposición la custodia de seguridad o la prisión provisional es más Estado de Derecho que uno que las tiene no es verdad y carece de legitimación ontológica y normativa.

Así pues, en el paradigma de las medidas de seguridad y la prisión provisional – lo que presupone la flexibilización o ponderación del principio constitucional de presunción de inocencia – no se sanciona la peligrosidad, sino la tiene en consideración en la hora de tomarse decisiones que puede llevar a la heteroadministración de parte del ejercicio de la libertad ajena antes de una sentencia firme. Pero eso no es Derecho penal del enemigo, eso

existe en todos los países democráticos del mundo y es mucho más antiguo que las construcciones teóricas de Jakobs o las transformaciones sociales que las dieron origen.

De hecho, ni si siquiera es necesario sancionarse por una peligrosidad general porque, conforme observa Jakobs, nuestros ordenamientos jurídicos tienen aprobado leyes que sancionan la peligrosidad de determinadas conductas – como la formación de asociaciones terroristas – que no representan, de hecho, una lesión a un bien jurídico, que son en realidad conductas que representan su mera puesta en peligro anticipada. Así, no es necesario, hoy día, sancionarse de forma ilegítima o inconstitucional una peligrosidad general de un sujeto o su hostilidad al bien jurídico, porque muchas formas de manifestación de dicha peligrosidad ya están previstas como tipos penales autónomos, y están castigadas con penas de prisión.

Aquí sí, hay que tenerse en cuenta que, con un Derecho penal del enemigo, se castiga la peligrosidad o la hostilidad al bien jurídico, a través de una forma de ponderación o flexibilización legítima del principio de lesividad – lo que es necesario para la gestión de los riesgos a los cuales están expuestas nuestras sociedades (v. g., manejo de material radioactivo nuclear) – y dar una respuesta proporcional y racional a las nuevas formas de acción humana interactiva que se has presentado en los últimos cuarenta años.

Así pues, la sanción de la peligrosidad del sujeto, en un Derecho penal del enemigo, está identificada precisamente en la tipificación de conductas de puesta en peligro de bienes jurídicos, en relación con hechos que pueden representar daños de grave entidad, no de cualquier tipo conducta o bien jurídico, como pasa con el citado delito de vertido y contaminación de aguas del §324, del *Strafgesetzbuch*¹²⁸⁵. En realizad, el castigo de la peligrosidad en la teoría estudiada se identifica en la tipificación de comportamientos que puedan representar etapas previas de daños sociales de grave entidad si no son castigados en su origen como, por ejemplo, la formación de una asociación terrorista que tiene acceso a los medios necesarios para realizar hechos de genocidio. Es precisamente eso que Jakobs sostiene, de la siguiente forma:

¹²⁸⁵ ALEMANIA. "Strafgesetzbuch in der Fassung der Bekanntmachung vom 13. November 1998 (BGBl. I S. 3322), das durch Artikel 1 des Gesetzes vom 13. April 2017 (BGBl. I S. 872) geändert worden ist", Berlín, 1871.

El enemigo es tratado en virtud de los actos futuros. Si se piensa por ejemplo en la conformación de una asociación terrorista, todavía casi no se han producido actos. Quizá en la asociación todavía no se hayan puesto de acuerdo acerca de los actos que quieren cometer. Quieren secuestrar a alguien, pero no saben a quién, a un ministro, a un industrial, a la canciller de la república... no lo saben. Y sin embargo eso es punible, para los cabecillas con hasta quince años. Quince años aquí es la pena máxima para un homicidio simple. Solo en casos excepcionales se da cadena perpetua, pero para eso el hecho tiene que asimilarse a un asesinato. Un homicidio simple sin agravantes tiene como máxima quince años. Al cabecilla se le impone esta misma pena aunque puede ser que ni siquiera se haya planeado todavía una acción concreta. Allí se nota la diferencia entre un delincuente y un enemigo¹²⁸⁶.

7.3.4 La sanción no se limita a los actos del sujeto.

En primer lugar, conforme se ha expuesto en el ítem precedente, Jakobs no ha propuesto, de ninguna forma, la violación del principio penal del hecho, o de la sanción por el hecho, tampoco del principio de legalidad. Puede que dicha afirmación sea un error de traducción o transcripción de la fuente indirecta que se ha consultado. La sanción penal, en un Derecho penal del enemigo, debe basarse en la conducta humana tipificada por la norma, realizada externamente, aunque que dicha conducta represente sólo un riesgo intolerable a un bien jurídico, en una etapa anterior a la efectiva lesión de dicho bien.

Identificarse que la sanción penal, en un Derecho penal del enemigo, no se limita sólo a los actos practicados no es suficiente para informar a lo que se dirige dicha sanción o hasta donde va o puede ir. Conforme se ha expuesto en los párrafos precedentes, las técnicas de tipificación de los legisladores de los países democráticos del occidente de las últimas cuatro décadas han creado tipos de peligro abstracto para castigar conductas ubicadas en estadios muy anteriores a una lesión real y efectiva a un bien jurídico. Eso es lo que llevó Jakobs a identificar que dichos legisladores han creado una figura similar a un enemigo del bien jurídico.

Los parlamentos de estos países democráticos han utilizado dicha técnica con la finalidad de ampliar las dimensiones de protección de los bienes jurídicos, que vienen siendo expuestos a

¹²⁸⁶ MIZRAHI Esteban. *Los presupuestos filosóficos del derecho penal contemporáneo*. Conversaciones con Günther Jakobs. San Justo/Buenos Aires, Universidad Nacional de La Matanza, 2012, p. 77

grados altos de riesgos con conductas socialmente desaprobadas que, eventualmente, han desembocado en lesiones de grave entidad, como ha pasado con los atentados terroristas que han tomado lugar en este siglo hasta ahora.

Así pues, conforme lo que ya se ha explicado, la sanción de algo más allá de los actos del sujeto, en realidad, debe interpretarse como la sanción de algo más allá de los actos lesivos a bienes jurídicos por parte del sujeto, lo que es, precisamente, en el Derecho penal del enemigo, la sanción de la puesta en peligro no justificada de bienes jurídicos centrales para la vida en sociedad, que representan gérmenes de lesiones de grave entidad.

7.3.5 Restricción de algunos ámbitos privados en el ámbito procesal.

En relación con la posibilidad de restricción de algunos ámbitos privados en el ámbito procesal – o la heteroadministración parcial – eso ya fue estudiado debidamente en los párrafos precedentes, en los límites que un trabajo que pretende estudiar principalmente las consecuencias de un Derecho penal del enemigo de matiz material permite

Sin embargo, no es demasiado subrayar que las medidas de aseguramiento de naturaleza procesal, como el registro y la prisión provisional, cuando realizadas después de cumplidos los requisitos legales y constitucionales en los ordenamientos jurídicos de países democráticos, sirven, de hecho, para la garantía de los bienes jurídicos importantes para la sociedad, no para la deslegitimación del sistema penal, conforme se ha sostenido en esta investigación.

7.3.6 Su concepto enmarca una noción descriptiva.

En relación con la suposición de ser el Derecho penal del enemigo una construcción teórica puramente descriptiva, algunas observaciones deben ser hechas. Jakobs, desde su origen y hasta ahora no se tiene noticia de que ha cambiado, propone que el modelo de Derecho penal del enemigo por él diseñado proviene de la observación de la realidad de las normas¹²⁸⁷, en un

¹²⁸⁷ “Concluyo ahora mi intervención en este punto, pero no sin antes subrayar de nuevo que mis consideraciones carecen de todo ímpetu político-legislativo, sino que, por el contrario, tratan de los presupuestos de un Derecho real.” JAKOBS, Günther. “¿Derecho penal del enemigo? Un estudio acerca de los presupuestos de la juridicidad”, en: AA. VV. *Derecho penal del enemigo. El discurso penal exclusión*, 2 vols., Montevideo/Buenos

análisis puramente descriptivo¹²⁸⁸, lejos de pretensiones político-legislativas¹²⁸⁹. Él llega, incluso, a comentar la crítica apasionada que le hicieron, calificando a ella como “*una vieja costumbre* [de aucerdo con la cual], *se mata al mensajero que trae una mala noticia por lo indecoroso de su mensaje.*”¹²⁹⁰, lo que, también, puede en evidencia su posición sobre la cuestión.

Jakobs ve su trabajo como la tarea de un científico, y eso lo deja también muy claro en muchas ocasiones¹²⁹¹, y aunque, después de Von Kirchmann¹²⁹², la naturaleza del conocimiento del Derecho penal no puede ser considerada como estrictamente científica, en razón de la falta de estabilidad de su objeto, Jakobs se refiere a la *ciencia* del Derecho penal una ciencia dogmática, y en este sentido, su objeto sería la interpretación de la ley penal y su

Aires, Editorial B de F Edisofer, 2006, compilado por Manuel Cancio Meliá y Carlos Gómez-Jara Díez, Vol. 2, pp. 93-116, p. 116.

¹²⁸⁸ “Estas diferenciaciones aún no constituyen gran cosa como conclusión, pero sí dan lugar a la esperanza de poder desecar quizás un poco los terrenos pantanosos -y son pantanosos- fuera de la pradera de juegos de la political correctness. En esta empresa no me impulsa un furor jurídico-político; no presento aquí una intervención de política legislativa, sino un estudio analítico de carácter iusfilosófico y jurídico-penal acerca de los presupuestos de la juridicidad. Repetiré que mis consideraciones se formulan con intención descriptiva, no prescriptiva.” JAKOBS, Günther. “¿Derecho penal del enemigo? Un estudio acerca de los presupuestos de la juridicidad”, en: AA. VV. *Derecho penal del enemigo. El discurso penal exclusión*, 2 vols., Montevideo/Buenos Aires, Editorial B de F Edisofer, 2006, compilado por Manuel Cancio Meliá y Carlos Gómez-Jara Díez, Vol. 2, pp. 93-116, p. 97.

¹²⁸⁹ “Intentaré argumentar aquí como parte del sistema de la ciencia, no del sistema jurídico. En consecuencia, no es mi propósito convertir a alguien artificialmente en enemigo, sino el de describir a quién el sistema jurídico trata como enemigo, y pronosticar a quién atribuirá en el futuro ese papel. No se trata de crear normas, mucho menos, de postulados políticos, sino de llevar a cabo constataciones, y de sus prolongaciones hacia el futuro.” JAKOBS, Günther. “¿Derecho penal del enemigo? Un estudio acerca de los presupuestos de la juridicidad”, en: AA. VV. *Derecho penal del enemigo. El discurso penal exclusión*, 2 vols., Montevideo/Buenos Aires, Editorial B de F Edisofer, 2006, compilado por Manuel Cancio Meliá y Carlos Gómez-Jara Díez, Vol. 2, pp. 93-116, p. 95.

¹²⁹⁰ “Idéntica a la situación respecto del Derecho en sí mismo es la de las instituciones que crea y, especialmente, de la persona: si ya no existe la expectativa seria, que tiene efectos permanentes de dirección de la conducta, de un comportamiento personal –determinado por derechos y deberes–, la persona degenera hasta convertirse en un mero postulado, y en su lugar aparece el individuo interpretado cognitivamente. Ello significa, para el caso de la conducta cognitiva, la aparición del individuo peligroso, el enemigo. De nuevo, dicho con un ejemplo: a quien persistentemente delinque una y otra vez, siendo sus delitos más que bagatelas, se le impide, en cuanto a un individuo peligroso (aparte de la imposición de la pena), cometer ulteriores hechos, concretamente, a través de la custodia de seguridad. Hablando en términos kantianos: hay que separarse de quien no admite ser incluido bajo una constitución civil. Respecto de este diagnóstico, sometido a discusión desde hace algunos años, existen diversas tomas de posición (mencionadas en la contribución de CANCIO MELIÁ a esta publicación), rara vez afirmativas, en la mayoría de las ocasiones críticas, llegando a la posición, sorprendente en el ámbito de la ciencia, de que el diagnóstico da miedo y que su formulación es indecorosa: ciertamente, el mundo puede dar miedo, y de acuerdo con una vieja costumbre, se mata al mensajero que trae una mala noticia por lo indecoroso de su mensaje. Ninguna palabra más sobre esto.” JAKOBS, Günther; CANCIO MELIÁ, Manuel. *Derecho penal del enemigo*. Madrid, Civitas Ediciones, 2003, pp. 16-17.

¹²⁹¹ JAKOBS, Günther. “La autocomprensión de la ciencia del Derecho penal ante los desafíos del presente”. En: VVAA. *La ciencia del Derecho penal ante el nuevo milenio*. Valencia, Tirant lo Blanc, 2004, pp. 53-64, p. 54.

¹²⁹² VON KIRCHMANN, Julius Hermann. *La jurisprudencia no es ciencia. El carácter a-científico de la llamada ciencia del derecho* (1847), Lima, Instituto Pacífico, 201, p. 33.

método por excelencia, la hermenéutica¹²⁹³ cuya tarea es ver si y cómo está regulado un supuesto de hecho concreto por el Derecho penal¹²⁹⁴

Así pues, para Jakobs, la ciencia del Derecho penal es la rama del conocimiento que tiene por objeto el estudio de los principios categóricos del Derecho penal, es decir, las bases normativas del sistema penal de imputación¹²⁹⁵, en la medida en que se vincula, en un segundo momento, con los demás ámbitos de conocimiento humano de la ciencia y con la política¹²⁹⁶.

Con un pensamiento radicalmente opuesto se encuentran los más duros críticos de los trabajos de Jakobs, como el profesor Muñoz Conde, para quien es una tarea de los investigadores del Derecho penal hacer política y manifiestos ideológicos, lo que él mismo lo asume, de la siguiente forma, cuando escribe sobre el Derecho penal del enemigo:

Frente a esta realidad, no cabe, a mi juicio, permanecer indiferente, o limitarse a señalar su existencia como algo inevitable a lo que hay que ir acostumbrándose, sino tomar decidida y claramente postura a favor o en contra, señalando al mismo tiempo si es no compatible con los principios y derechos fundamentales que al nivel más alto, tanto interno, como internacional, constituyen las bases de la regulación jurídica de la convivencia.¹²⁹⁷

En un primer momento, se podría pensar que lo que quiere Muñoz Conde es simplemente hacer un examen de constitucionalidad del Derecho penal del enemigo, el estilo de Hans Kelsen, pero en realidad, si se presta un poco más de atención en su afirmación, se ve que parece que no es sólo eso.

¹²⁹³ GIMBERNAT ORDEIG, Enrique. *Concepto y método de la ciencia del Derecho penal*, Editorial Tecnos, Madrid, 1999, p. 44.

¹²⁹⁴ “Con otras palabras: Lo que el dogmático tiene que averiguar es ver si —y cómo— está regulado un supuesto de hecho concreto por el Derecho penal. Al hacerlo hace la ciencia del Derecho penal.” GIMBERNAT ORDEIG, Enrique. *Concepto y método de la ciencia del Derecho penal*, Editorial Tecnos, Madrid, 1999, p. 36

¹²⁹⁵ “Así, se dice, por ejemplo, que la ciencia del derecho se refiere «a los principios categóricos del Derecho penal», que debe alumbrar los «conceptos jurídicos fundamentales», y además de manera «deductiva» (!), pero ello sin que la «teoría del derecho vigente» sea excluida de la ciencia del derecho.” JAKOBS, Günther. “La autocomprensión de la ciencia del Derecho penal ante los desafíos del presente”. En: VVAA. *La ciencia del Derecho penal ante el nuevo milenio*. Valencia, Tirant lo Blanc, 2004, pp. 53-64, p. 54.

¹²⁹⁶ “Lo práctico de la ciencia del derecho es entendido en parte en un doble sentido: primero, como caracterización de la instauración «de una justicia equitativa y uniforme» y segundo, como caracterización de la ciencia del actuar justo e injusto, es decir, como parte de la filosofía práctica —en todo caso, se vinculan nuevamente ciencia, política y derecho—.” JAKOBS, Günther. “La autocomprensión de la ciencia del Derecho penal ante los desafíos del presente”. En: VVAA. *La ciencia del Derecho penal ante el nuevo milenio*. Valencia, Tirant lo Blanc, 2004, pp. 53-64, p. 54.

¹²⁹⁷ MUÑOZ CONDE, *Introducción al Derecho penal*, 2ª ed. Buenos Aires: B de f, 2001, p.19.

El profesor Francisco Muñoz Conde es un investigador experimentado del Derecho penal y está reconocido en todo el mundo hispanohablante (quizás no en Filipinas), como uno de los grandes investigadores del Derecho penal de hoy, lo que no se quiere negar para nada. Se puede afirmar, sin duda, que dicho profesor posee la calidad de eximio investigador, véase, por ejemplo, el trabajo de investigación histórica que hizo sobre el *Rechtswissenschaftler* alemán Edmund Mezger¹²⁹⁸.

Dicho autor señala la necesidad de tomarse una “*postura a favor o en contra*”¹²⁹⁹ sobre el Derecho penal del enemigo en la página diecinueve de su libro sobre el tema, de lo que se puede concluir algunas cosas.

La primera cosa, que se nota, y la que menos importancia tiene, es que parece un poco prematuro dicha llamada de toma de postura, porque difícilmente sería posible comprenderse con profundidad lo que es Derecho penal del enemigo para Günther Jakobs, en sólo las ocho páginas anteriores de su libro, que empieza a tratar del contenido en la página once. Dicha tarea, de definir lo que es un Derecho penal del enemigo, el también eximio y joven profesor Miguel Polaino-Orts lo hace en cerca de ochenta páginas de su libro sobre el tema¹³⁰⁰, lo que en esta investigación se ha dedicado más de cien páginas.

Aquí no se quiere cuestionar el poder de síntesis del primer jurista sevillano citado, sino subrayar el carácter apasionado que la discusión ha suscitado incluso ente los grandes juristas del Derecho penal del hoy, y para hacer justicia al autor, merece la pena mencionar que él ha escrito otras diez páginas más sobre el concepto en cuestión a lo largo de dicho trabajo¹³⁰¹.

En segundo lugar, Muñoz Conde hace referencia a una incompatibilidad, *prima facie*, entre un Derecho penal del enemigo y “*principios y derechos fundamentales que al nivel más alto*”¹³⁰² sin tener en cuenta que dichos principios más altos están sometidos a criterios sociales de

¹²⁹⁸ MUÑOZ CONDE, F. *Edmund Mezger y el Derecho penal de su tiempo los orígenes ideológicos de la polémica entre causalismo y finalismo*, 2.ª ed., Tirant Lo Blanch, Valencia, 2001.

¹²⁹⁹ MUÑOZ CONDE, *Introducción al Derecho penal*, 2ª ed. Buenos Aires: B de f, 2001, p. 19.

¹³⁰⁰ POLAINO-ORTS, Miguel. *Derecho penal del enemigo*. Fundamentos, potencial de sentido y límites de vigencia. Barcelona Bosch, 2009, pp. 143-223.

¹³⁰¹ MUÑOZ CONDE, F. *Edmund Mezger y el Derecho penal de su tiempo los orígenes ideológicos de la polémica entre causalismo y finalismo*, 2.ª ed., Tirant Lo Blanch, Valencia, 2001, pp. 25-34.

¹³⁰² MUÑOZ CONDE, *Introducción al Derecho penal*, 2ª ed. Buenos Aires: B de f, 2001, p.19.

interpretación y, además, de ponderación y flexibilización, porque, conforme se ha demostrado y se va a justificar aún más en esta investigación, no existen derechos, principio o valores absolutos en un Estado Democrático de Derecho. Sería prudente, por lo menos, examinar la compatibilidad de estos principio con la teoría estudiada antes de llamar la atención a la necesidad de tomar una postura en relación con el Derecho penal del enemigo.

En tercer lugar, el profesor Muñoz hace referencia también a una supuesta incompatibilidad, *a priori*, del Derecho penal del enemigo con los principios de “*nivel más alto, tanto interno, como internacional*”¹³⁰³ sin siquiera investigar las concepciones más básicas de soberanía y los mecanismos de introducción, en el Derecho interno, de los tratados, convenciones o declaraciones internacionales, que están sometidos tanto a los controles de convencionalidad cuanto los controles de constitucionalidad y, por eso, en un primer momento, no tienen importancia para un análisis estrictamente jurídico.

Véase, por ejemplo, el caso de una Decisión Marco relativa a la lucha contra el racismo y la xenofobia, aprobada por el Consejo de la Unión Europea el 20 de abril de 2007, que determinaba que todos los países miembros deberían castigar penalmente la *negación* o la *trivialización ofensiva* de los crímenes de genocidio¹³⁰⁴. Dicha decisión dio origen al artículo

¹³⁰³ MUÑOZ CONDE, *Introducción al Derecho penal*, 2ª ed. Buenos Aires: B de f, 2001, p.19.

¹³⁰⁴ “Consejo de la Unión Europea. Artículo 1. Delitos de carácter racista y xenófobo. 1. Cada Estado miembro adoptará las medidas necesarias para garantizar que se castiguen las siguientes conductas intencionadas: a) la incitación pública a la violencia o al odio dirigidos contra un grupo de personas o un miembro de tal grupo, definido en relación con la raza, el color, la religión, la ascendencia o el origen nacional o étnico; b) la comisión de uno de los actos a que se refiere la letra a) mediante la difusión o reparto de escritos, imágenes u otros materiales; c) la apología pública, la negación o la trivialización flagrante de los crímenes de genocidio, crímenes contra la humanidad y crímenes de guerra tal como se definen en los artículos 6, 7 y 8 del Estatuto de la Corte Penal Internacional, dirigida contra un grupo de personas o un miembro de tal grupo definido en relación con la raza, el color, la religión, la ascendencia o el origen nacional o étnico cuando las conductas puedan incitar a la violencia o al odio contra tal grupo o un miembro del mismo; d) la apología pública, la negación o la trivialización flagrante de los crímenes definidos en el artículo 6 del Estatuto del Tribunal Militar Internacional adjunto al Acuerdo de Londres, de 8 de agosto de 1945, dirigida contra un grupo de personas o un miembro de tal grupo definido en relación con la raza, el color, la religión la ascendencia o el origen nacional o étnico cuando las conductas puedan incitar a la violencia o al odio contra tal grupo o un miembro del mismo. 2. A los efectos de lo dispuesto en el apartado 1, los Estados miembros podrán optar por castigar únicamente las conductas que o bien se lleven a cabo de forma que puedan dar lugar a perturbaciones del orden público o que sean amenazadoras, abusivas o insultantes. 3. A los efectos de lo dispuesto en el apartado 1, la referencia a la religión tiene por objeto abarcar, al menos, las conductas que sean un pretexto para dirigir actos contra un grupo de personas o un miembro de tal grupo definido en relación con la raza, el color, la ascendencia o el origen nacional o étnico. 4. Los Estados miembros podrán hacer, en el momento de la adopción de la presente Decisión Marco o posteriormente, una declaración en virtud de la cual la negación o la trivialización flagrante de los crímenes a los que hace referencia el apartado 1, letras c) y d), sean punibles solo si los crímenes a los que hacen referencia dichas letras han sido establecidos por resolución firme de un tribunal nacional de dicho Estado miembro o un tribunal internacional, o mediante resolución firme exclusiva de un tribunal internacional.” UNIÓN EUROPEA. Consejo de la Unión Europea. Decisión Marco 2008/913/JAI del Consejo, de 28 de

607, apartado 2, el Código Penal Español ¹³⁰⁵, que castigaba con la pena de prisión de uno a dos años la difusión por cualquier medio de ideas o doctrinas que nieguen los delitos tipificados en su apartado 1, es decir, los delitos de genocidio. Luego, el citado artículo fue considerado inconstitucional por el Tribunal Constitucional Español, en la STC 235/2007¹³⁰⁶, quien ha decidido declarar inconstitucional y nula la inclusión de la expresión “*nieguen o*” en la primera parte de dicho artículo.

Al final, se reconoce que Jakobs, después de describir lo que es su visión acerca de las alteraciones legislativas en el Derecho penal alemán, en los últimos años, y proponer la descripción de dichas alteraciones como un modelo de reacción que llama de un Derecho penal del enemigo, pasa a estudiar los fundamentos de dicho modelo legislativo, lo que, de hecho, ha generado toda la polémica acerca del tema.

Cuando Jakobs investiga los fundamentos sociológicos y de política de seguridad del Derecho penal del enemigo recién creado en Alemania, en realidad, Jakobs crea un discurso justificador de las medidas de política criminal que investiga, lo que, de hecho, puede ser visto como la proposición del modelo, o la transposición de un análisis puramente descriptivo para un análisis propositivo.

noviembre de 2008, relativa a la lucha contra determinadas formas y manifestaciones de racismo y xenofobia mediante el Derecho penal, Diario Oficial de la Unión Europea, Legislación, Año 51, 6 de diciembre de 2008, L 328.

¹³⁰⁵ “Artículo 607 - Los que, con propósito de destruir total o parcialmente un grupo nacional, étnico, racial, religioso o determinado por la discapacidad de sus integrantes, perpetraren alguno de los actos siguientes, serán castigados: (...) 2. La difusión por cualquier medio de ideas o doctrinas que nieguen o justifiquen los delitos tipificados en el apartado anterior de este artículo, o pretendan la rehabilitación de regímenes o instituciones que amparen prácticas generadoras de los mismos, se castigará con la pena de prisión de uno a dos años.” ESPAÑA. Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código penal. *Boletín Oficial del Estado*, 24 de noviembre de 1995, núm. 281.

¹³⁰⁶ “El entendimiento de la difusión punible de conductas justificadoras del genocidio como una manifestación del discurso del odio está, además, en absoluta consonancia con los textos internacionales más recientes. Así, el art. 1 de la Propuesta de Decisión Marco relativa a la lucha contra el racismo y la xenofobia, aprobada por el Consejo de la Unión Europea en reunión de 20 de abril de 2007, limita la obligación de los Estados miembros de adoptar medidas para garantizar que se castigue la apología pública, la negación o la trivialización flagrante de los crímenes de genocidio a los casos en los que “la conducta se ejecute de tal manera que pueda implicar una incitación a la violencia o al odio” contra el grupo social afectado. (...) FALLO. En atención a todo lo expuesto, el Tribunal Constitucional, POR LA AUTORIDAD QUE LE CONFIERE LA CONSTITUCION DE LA NACION ESPAÑOLA, Ha decidido Estimar parcialmente la presente cuestión de inconstitucionalidad, y en consecuencia: 1º Declarar inconstitucional y nula la inclusión de la expresión “*nieguen o*” en el primer inciso artículo 607.2 del Código penal.” Pleno. ESPAÑA. Tribunal Constitucional. Sentencia 235/2007, de 7 de noviembre de 2007. Cuestión de inconstitucionalidad 5152-2000. Planteada por la Sección Tercera de la Audiencia Provincial de Barcelona respecto al artículo 607.2 del Código penal. Vulneración del derecho a la libre expresión: sanción penal de la difusión de ideas o doctrinas que nieguen o justifiquen delitos de genocidio. Nulidad parcial e interpretación de precepto legal. Votos particulares. «*BOE*» núm. 295, de 10 de diciembre de 2007, páginas 42 a 59 (18 págs.).

De hecho, grande parte de las leyes aprobadas por el parlamento no están precedidas por estudios sociológicos o de política de seguridad muy profundizados – y las que lo hacen, no tienen sus interpretaciones de la realidad limitadas por estos estudios – y Jakobs, en el momento en que intenta investigar la razones por las cuales el parlamento ha aprobado leyes que considera de un Derecho penal del enemigo, el acaba por crear un discurso que les da soporte teórico filosófico, sociológico y dogmático – es último, el más difícil de concretarse¹³⁰⁷.

Por estas razones, no se puede decir que el modelo de Jakobs para el Derecho penal del enemigo es un modelo puramente descriptivo y que el autor se queda limitado a constataciones de origen científico-hermenéuticas, sino, lo guste Jakobs o no, las consecuencias y la naturaleza de su trabajo es, de hecho, – *sit venia verbo* – una apología al Derecho penal del enemigo tímidamente travestida de un discurso científico exento de influencias directas y fuertes de naturaleza ideológica.

7.3.7 Su concepto define algo existente en los ordenamientos democráticos actuales.

En relación con la existencia actual de medidas de Derechos penal del enemigo, desde un punto de vista de la concepción de Jakobs, en los ordenamientos de los países de cultura occidental, hay que informar que, de hecho, todos, en general, reconocen eso. Lo que algunos

¹³⁰⁷ A esta conclusión también han llegado muchos importantes investigadores del Derecho penal de todo el mundo, como, por ejemplo, el profesor Antonio Cavaliere, de la siguiente forma: “a) *Sul piano metodologico, Jakobs afferma di effettuare una descrizione analitica, senza motivazioni politiche, e nel farlo si basa su settori del diritto Vigente (leggi di lotta) e su presupposti giusrazionalistici tratti da Hobbes, Kant, Hegel, Grolman e così via. Quest'apparenza di de scrittività è, innanzitutto, falsa: lo dimostrano, in primo luogo, le numerose asserzioni di Jakobs intorno a ciò che si “può”, si “deve”, è “legittimo”), e, in secondo luogo, la pretesa di distinguere, secondo un criterio razionale necessariamente esterno all'oggetto, un diritto penale del nemico “superfluo” da quello “necessario”, nonché quella di individuare errori o contaminazioni legislative rispetto ad una dicotomia razionale cittadino/nemico.”* CAVALIERE, Antonio. “Considerazioni critiche intorno al diritto penale “del nemico” e “di lotta”.” In: *Scritti in onore di Generoso Melillo*, Napoli, vol. I, Satura Editrice, 2009, pp. 169-196, pp. 177-178. DE la misma forma, se puede señalar las consideraciones de García Amado, en el mismo sentido: “Con lo dicho se explica el temor que este tipo de planteamientos suelen suscitar. Es fácil sospechar que se está abriendo la vía para justificar cualquier tipo de sistema penal que en, nombre del mantenimiento de la colectividad, someta al individuo sin traba ni límite. Ante lo habitual de esta acusación, se imponen rápidamente algunas puntualizaciones. En primer lugar conviene no perder de vista la índole del discurso que se lleva a cabo. Un discurso que se pretenda descriptivo del funcionamiento de algo, tiene que juzgarse en términos de su mayor o menor verosimilitud y de la utilidad heurística del modelo que nos ofrece del objeto descrito, pero no tiene por qué subordinarse lo que del mundo se puede explicar a lo que para el mundo se deba postular a fin de que nos resulte más grato.” GARCÍA AMADO, Juan Antonio. “¿Dogmática penal sistémica? Sobre la influencia de Luhmann en la teoría penal”, en: *Doxa – Cuadernos de filosofía del Derecho*, Alicante, 2000, n.º 23, pp. 233-264, p. 236.

llaman del moderno *Derecho penal del terrorismo*¹³⁰⁸ es el ejemplo más significativo de dicha forma del sistema del Derecho comunicarse.

Un ejemplo real de lo que Jakobs llama de Derecho penal del enemigo puede ser identificado en la diferencia del grado de reproche con el cual el ordenamiento jurídico-penal se comunica con diferentes tipos de criminales (ciudadanos y enemigos). Dicho grado de reproche diferente está evidente en la cantidad de pena con la cual se castiga estas diferentes categorías de criminales, como por ejemplo, los casos de tentativa de homicidio y gerencia de organización criminal terrorista, conforme el auotr alemán¹³⁰⁹.

A pesar del delito de homicidio ser un delito de lesión grave a un bien jurídico muy importante – la vida – y el delito de ejercer la jefatura de una organización terrorista ser de puesta en peligro abstracto el orden público (criminalización a un estado previo a la lesión al bien jurídico), dichos tipos penales establecen castigos en niveles muy parecidos, lo que evidencia que el ordenamiento jurídico considera a unos – los teóricos – como enemigos, lo que no lo hace en relación con los autores de homicidios simples (sin aumento de pena, como en el artículo 138, 1, del Código Penal Español¹³¹⁰). Eso pasa con los códigos y leyes penales España, Alemania, Brasil e Italia, conforme se ha explicado en los apartados precedentes¹³¹¹.

¹³⁰⁸ Véase, por ejemplo: LLOBET ANGLÍ, Mariona. *Derecho penal del terrorismo: límites de su punición en un Estado democrático*. Madrid: La Ley, 2010.

¹³⁰⁹ Así lo describe Jakobs, con relación a su país: “Un ejemplo del primer tipo lo puede constituir el trato dado a un homicida, quien si actúa en autoría individual sólo comienza a ser punible cuando se dispone inmediatamente a realizar el tipo (§§ 22, 21, StGB), un ejemplo del segundo tipo puede ser el trato dado al cabecilla u hombre de atrás (con independencia de qué es lo que eso sea) de una asociación terrorista, al que alcanza una pena sólo levemente más reducida que la que corresponde al autor de una tentativa de homicidio ya cuando funda la asociación o lleva a cabo actividades dentro de ésta (§ 129 a StGB), es decir, eventualmente años antes de un hecho previsto con mayor o menor vaguedad.” JAKOBS, Günther; CANCIO MELIÁ, Manuel. *Derecho penal del enemigo*. Madrid, Civitas Ediciones, 2003, p. 43.

¹³¹⁰ “Artículo 138. 1. El que matare a otro será castigado, como reo de homicidio, con la pena de prisión de diez a quince años.” ESPAÑA. Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código penal. *Boletín Oficial del Estado*, 24 de noviembre de 1995, núm. 281.

¹³¹¹ En España, por ejemplo, la pena mínima por la tentativa de un homicidio puede ser de dos años y medio de prisión, si rebajada en dos grados, y la máxima, de diez años de prisión, si rebajada en un sólo grado (art. 62 y art. 138 del Código Penal), sin embargo, para los promotores y directores de las bandas armadas y organizaciones terroristas, dicho Código establece una pena de prisión de ocho a catorce años (art. 516, 1º, del Código Penal). En Brasil, la condena para un homicidio tentado será calculada entre dos y trece años de prisión (art. 14, párrafo único, y art. 121, *caput*, del Código Penal), mientras que la condena de un cabecilla de una organización terrorista será al menos de algo más que cinco años, y puede llegar a más de ocho años de prisión, de acuerdo con la nueva (y primera) ley que crea tipos penales de terrorismo en el país, la Ley n. 13.260, de 26 de marzo de 2016 (art. 62, I, del Código Penal y art. 3º de la Ley n. 13.260). En Italia, se castigará el autor de un homicidio tentado con una pena de siete hasta catorce años de prisión, e acuerdo con los artículos 56 y 575, del *Codice Penale* Italiano. De la misma forma que en los otros países, el artículo 270-bis del Código Penal italiano establece una pena de prisión de siete a quince años para el jefe de una organización terrorista. En Alemania, de acuerdo con el *Strafgesetzbuch*, un cabecilla de una asociación terrorista tendrá una pena sólo levemente más

Ahora bien, sólo porqué dichos países han establecido un política criminal típica de un Derecho penal del enemigo no se puede decir no sean democracias y, por eso, no es necesariamente antidemocrático la creación de medidas penales de dicho matiz, de Derecho penal del enemigo como lo concibe Jakobs.

No se puede decir que Alemania, Brasil, Italia, España o Estados Unidos de América nos sean democracias sólo porque han creado normas típicas de un Derecho penal del enemigo. En realidad, al revés, de estos, los cuatros países septentrionales citados están en el tope del ranking de los países más democráticos del mundo.

Hay un índice de democracia, que es una medición hecha por la Unidad de Inteligencia de *The Economist*, una sociedad editorial inglesa muy conocida, a través de la cual se determina el rango de democracia en 167 países, de los cuales 166 son estados soberanos y 165 son estados miembros de las Naciones Unidas. Dicha medición lleva en consideración elementos sociales políticos y económicos que permiten la realización de una democracia real y efectiva, como, por ejemplo, la existencia de procesos electorales periódicos y el grado de pluralismo ideológico y participación en dichos procesos, el funcionamiento del gobierno, la cultura política local y la existencia y respeto a las libertades civiles¹³¹². Dicha investigación es desarrollada por una agencia independiente y seria, sin que se tenga noticia de precedentes con ella parecidos.

reducida que la que corresponde al autor de una tentativa de homicidio ya cuando funda la asociación. La pena prevista para al autor de una tentativa de homicidio, es e al menos dos años de prisión (§§ 22 y 23(2); § 49(1)3 y § 212(1), del StGB), mientras condena mínima impuesta a un jefe de una organización terrorista es de un año de prisión, conforme dicho Código Penal (§ 129^a, del StGB).

¹³¹² “*The Economist Intelligence Unit’s Democracy Index provides a snapshot of the state of democracy worldwide for 165 independent states and two territories—this covers almost the entire population of the world and the vast majority of the world’s states (micro-states are excluded). The Democracy Index is based on five categories: electoral process and pluralism; civil liberties; the functioning of government; political participation; and political culture.*” The Economist. Intelligence Unit, *Democracy Index 2015*. Democracy in an age of anxiety. A report by The Economist Intelligence Unit. Disponible en: <http://www.yabiladi.com/img/content/EIU-Democracy-Index-2015.pdf>, consultado el 23 feb. 2017.

En la última edición del *Democracy index*¹³¹³, en el año 2015, de los 167 países investigados, Alemania, Italia, España o Estados Unidos de América se han quedado en las veintiuna primeras posiciones, y Brasil, en el lugar cincuenta y uno. Al revés de lo que se podría pensar, conforme ha alertado Jakobs, es justamente la falta de mecanismos de aseguramiento del funcionamiento de las bases cognitivas mínimas de civilidad de la sociedad lo que es, de hecho, antidemocrático, no la utilización de dichos mecanismos típicos de un Derecho penal del enemigo.

Eso queda muy claro después que se analiza, por ejemplo, el caso de Alemania. Jakobs ha propuesto, inicialmente, el modelo de observación (y de reacción, por supuesto) llamado de Derecho penal del enemigo observando los avances de la política de seguridad alemana trasladada al Derecho penal, conforme se ha explicado en los apartados anteriores. Es decir, Jakobs ha llegado a la conclusión – y hasta ahora no se tiene noticia de que nadie lo ha negado – de que existe hoy, efectivamente, en Alemania, un Derecho penal del enemigo.

Sin embargo, curiosamente, Alemania ha obtenido la posición de decimotercero país más democrático del mundo¹³¹⁴ el año 2015, lo que nadie seriamente ha podido rechazar hasta ahora, lo que también tumba definitivamente la alegación de que el Derecho penal del enemigo es algo típico de países no democráticos o dictaduras, como pasa con Cuba y Corea del Norte, claras dictaduras abiertamente comunistas, y Siria, una país destruido por la reciente guerra civil, que han ocupado los puestos 129, 167 y 166 (estos, los dos últimos lugares) del listado, respectivamente¹³¹⁵.

Al final, hay que subrayar que dictaduras no necesitan de un Derecho penal del enemigo para suprimir o negar garantías fundamentales porque tienen el poder de policía para eso, un poder de hecho que tiene la facultad de difundir el terror sin la interferencia de un Poder Judicial, que en estos casos muy difícilmente sería independiente, y por eso, la discusión y la creación

¹³¹³ The Economist. Intelligence Unit, *Democracy Index 2015*. Democracy in an age of anxiety. A report by The Economist Intelligence Unit. Disponible en: <http://www.yabiladi.com/img/content/EIU-Democracy-Index-2015.pdf>, consultado el 23 feb. 2017.

¹³¹⁴ Alemania Posición: 13, calificación general: 8.64. The Economist. Intelligence Unit, *Democracy Index 2015*. Democracy in an age of anxiety. A report by The Economist Intelligence Unit. Disponible en: <http://www.yabiladi.com/img/content/EIU-Democracy-Index-2015.pdf>, consultado el 23 feb. 2017.

¹³¹⁵ The Economist. Intelligence Unit, *Democracy Index 2015*. Democracy in an age of anxiety. A report by The Economist Intelligence Unit. Disponible en: <http://www.yabiladi.com/img/content/EIU-Democracy-Index-2015.pdf>, consultado el 23 feb. 2017.

de medidas controladas, en carácter excepcional, de un Derecho penal del enemigo sólo tiene sentido en países que viven una democracia real.

Así pues, definitivamente, no se puede decir que el Derecho penal del enemigo es algo antidemocrático o típico de países dictatoriales porque, conforme demostrado en este trabajo, dicha afirmación carece de soporte en la realidad y, al revés de lo que se podría imaginar, se ha demostrado que un Derecho penal del enemigo es típico de países democráticos, sea porque no es necesario en dictaduras, sea porque ejemplos de su existencia abundan en países comprobadamente democráticos.

7.3.8 Su concepto designa los supuestos de especial peligrosidad, con la finalidad de distinguirlos de los supuestos en que se produce una relación jurídica entre los ciudadanos.

Conforme se ha demostrado a lo largo de este trabajo y en los apartados inmediatamente precedentes, hay una diferencia real del grado de reproche con el cual el ordenamiento jurídico-penal se comunica con ciudadanos y enemigos, lo que se puede identificar en la cantidad de pena que se establece para los casos de tentativa de homicidio (delito de lesión) y gerencia de organización criminal terrorista (delito de peligro) en España, Alemania, Brasil e Italia¹³¹⁶.

El fundamento de dicha diferencia – castigarse con la misma intensidad una lesión y un peligro de lesión – está en la entidad del evento que representa dicho peligro, es decir, si el peligro proyectado por la conducta tipificada en dichas condiciones realmente ocurre, el grado de lesión a bienes jurídicos importantes va ser mucho más grande que la lesión aislada e individual representada por el delito de lesión. La proporcionalidad, en estos casos, reside en la proyección del resultado del tipo de peligro de grave entidad y la efectiva lesión individual.

Eso siempre ha pasado con el Derecho penal y nadie se ha manifestado en contra, o ha dicho que esta regulación jurídica es antidemocrática. Porque, por ejemplo, ¿un robo consumado

¹³¹⁶ JAKOBS, Günther; CANCIO MELIÁ, Manuel. *Derecho penal del enemigo*. Madrid, Civitas Ediciones, 2003, p. 43.

tiene una pena parecida con una tentativa de homicidio, aunque dicha tentativa no haya lesionado efectivamente el cuerpo de la víctima (es decir, sólo ha creado un peligro)?

En España, por ejemplo, la pena de un robo puede llegar hasta los cinco (art. 242, 1 y 3¹³¹⁷) o los seis (art. 241, 1 y 4¹³¹⁸) años de prisión, mientras que la pena mínima por la tentativa de un homicidio doloso puede ser de dos años y medio de prisión, si rebajada en dos grados y la máxima, de diez años de prisión, si rebajada en un sólo grado (art. 62 y art. 138, 1, del Código Penal¹³¹⁹).

En estos dos supuestos que ahora se pone en comparación, el nivel parecido del grado de castigo que se impone al autor de un peligro generado a un bien jurídico muy importante – la vida – con el grado de la pena a la cual se somete el autor de una efectiva lesión a otro bien jurídico importante, pero no tanto – el patrimonio – se fundamenta en la proyección del daño que el autor del peligro podría haber generado. Lo mismo pasa con el cabecilla de una asociación terrorista que, de hecho, puede causar mucho más daño que el autor de una tentativa de homicidio aislada. A lo mejor, es precisamente eso que han demostrado los hechos terroristas realizados en el 11 de septiembre de 2001, en las torres gemelas, en Nueva York, y en el 11 de marzo de 2004, en la Estación de trenes de Atocha, en Madrid.

Por eso, se puede decir que hay proporcionalidad en los castigos de dichos supuestos, porque hay proporcionalidad también entre la entidad del daño que se puede realizar con el peligro

¹³¹⁷ “Artículo 242 - 1. El culpable de robo con violencia o intimidación en las personas será castigado con la pena de prisión de dos a cinco años, sin perjuicio de la que pudiera corresponder a los actos de violencia física que realizase. (...) 3. Las penas señaladas en los apartados anteriores se impondrán en su mitad superior cuando el delincuente hiciera uso de armas u otros medios igualmente peligrosos, sea al cometer el delito o para proteger la huida, y cuando atacare a los que acudiesen en auxilio de la víctima o a los que le persiguieren.” ESPAÑA. Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código penal. *Boletín Oficial del Estado*, 24 de noviembre de 1995, núm. 281.

¹³¹⁸ “Artículo 241 - 1. El robo cometido en casa habitada, edificio o local abiertos al público, o en cualquiera de sus dependencias, se castigará con una pena de prisión de dos a cinco años. Si los hechos se hubieran cometido en un establecimiento abierto al público, o en cualquiera de sus dependencias, fuera de las horas de apertura, se impondrá una pena de prisión de uno a cinco años. (...) 4. Se impondrá una pena de dos a seis años de prisión cuando los hechos a que se refieren los apartados anteriores revistan especial gravedad, atendiendo a la forma de comisión del delito o a los perjuicios ocasionados y, en todo caso, cuando concorra alguna de las circunstancias expresadas en el artículo 235.” ESPAÑA. Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código penal. *Boletín Oficial del Estado*, 24 de noviembre de 1995, núm. 281.

¹³¹⁹ “Artículo 62. A los autores de tentativa de delito se les impondrá la pena inferior en uno o dos grados a la señalada por la Ley para el delito consumado, en la extensión que se estime adecuada, atendiendo al peligro inherente al intento y al grado de ejecución alcanzado. (...) Artículo 138. 1. El que matare a otro será castigado, como reo de homicidio, con la pena de prisión de diez a quince años.” ESPAÑA. Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código penal. *Boletín Oficial del Estado*, 24 de noviembre de 1995, núm. 281.

creado con un delito (asociación terrorista) y la lesión efectivamente realizada por una tentativa de homicidio simple, realizado de forma aislada, por ejemplo.

Merece la pena recordar también que Jakobs propone, en el año 1999, que la separación de las reglas de Derecho penal del enemigo y Derecho penal del ciudadano es la principal tarea de la autocomprensión de la ciencia del Derecho penal en el inicio de este milenio. Dicha separación, cuya necesidad de realización es un producto de esta autocomprensión, tiene por finalidad crear más ámbitos de libertad en el Derecho penal tradicional, y someter a la necesaria discusión el Derecho penal del enemigo¹³²⁰.

La consciencia de dicha necesidad proviene de especial manera de la idea de que el Derecho penal – y las categorías e investigadores de este – no pueden guiar la política criminal de un pueblo verdaderamente libre pero, al revés, tienen el deber de al menos nombrar las direcciones tomadas y explicitar sus características¹³²¹. En este sentido, el Derecho penal debe orientarse a para promover la separación de dichos dos ámbitos (Derecho penal del ciudadano y Derecho penal del enemigo), aunque eso no sea posible realizar totalmente.

7.4 Conclusiones – la soteriología de un modelo

Jakobs propone, en realidad, un modelo moderado o no absoluto de exclusión que se acerca mucho más de un Derecho penal de lucha que propiamente de un Derecho penal del enemigo absoluto, modelo este que una comprensión verdadera del concepto de enemistad demandaría.

Por ejemplo, no se ve explícitamente, de forma clara y evidente, la posibilidad de supresión o negación de principios o garantías fundamentales en lo que Jakobs ha escrito, sino la fundamentación de una respuesta proporcional, en respeto al principio de prohibición de la protección deficiente de los bienes jurídicos o a la vigencia de la norma, lo que no es lo

¹³²⁰ “Con ello queda señalada la principal tarea que se le impone a la autocomprensión de la ciencia del Derecho penal: tiene que separar lo que circula bajo el nombre de Derecho penal, es decir, someter a discusión el complemento del Derecho penal a través un derecho de combate del enemigo.” JAKOBS, Günther; CANCIO MELIÁ, Manuel. *Derecho penal del enemigo*. Madrid, Civitas Ediciones, 2003, p. 61.

¹³²¹ “Si no quiere reconocer la necesidad de este último, será marginalizada por una sociedad dominada por lo económico, debido a su falta de eficacia. Y si a todo lo que circula bajo el nombre de «Derecho penal» lo trata igual, capitula ante la política con su capacidad de diferenciación y se pierde a sí misma. De modo que a la ciencia del Derecho penal, que no puede decidir la meta del viaje de la sociedad, le queda al menos la tarea de denominar las direcciones tomadas.” circula bajo el nombre de Derecho penal, p. 61.

mismo que considerarse la posibilidad de un carácter absoluto a dicha política criminal y su consecuente de exclusión completa del enemigo.

Sin embargo, Jakobs no hace la consideración hecha en el párrafo precedente, en relación con lo que sería precisamente un Derecho penal del enemigo – o como no llegarse a una respuesta de matiz absoluto - o lo que no sería legítimo hacerse en esa lucha (Jakobs limitase a decir que contra el “*no se puede todo*” pero no habla, de hecho, lo que efectivamente se puede y hasta donde se puede ir) lo que parece permitir que se concluya que, aunque el autor no proponga ni tampoco sostenga, él lo admita un Derecho penal del enemigo que, en un carácter absoluto, promueva la exclusión completa, la negación o la supresión, de derechos fundamentales o principios constitucionales.

Aunque el modelo previsto por Jakobs esté muy bien fundamentado, la posibilidad citada de radicalización de sus consideraciones teóricas permiten son suficientes para considerar que su modelo no está acabado de la mejor forma para legitimar las medidas de control de la macrocriminalidad que deben ser tomadas por las sociedades organizadas en la actualidad. Hay que subrayar que dichas medidas no consiguen ser justificadas de forma debida por las concepciones de un Derecho penal clásico, orientado a rechazar la conducta individual que no pone en graves riesgos a los presupuestos mínimos de civilidad de nuestros sistemas.

De esta forma, la búsqueda por la legitimación de medidas de control social no fundamentadas de forma debida por el Derecho penal clásico (como los delitos contra el medio ambiente, los delitos de asociación, los delitos de peligro abstracto y los demás casos de criminalización a un estado previo a la lesión a bienes jurídicos), puede basarse en el mismo funcionalismo sistémico de Jakobs, si se observan algunos límites del propio sistema jurídico. Este procedimiento de corrección de posibles inconsistencias en el Derecho penal del enemigo de Jakobs, en razón de llevar en consideración sólo argumentos de naturaleza jurídica – como la supremacía de la constitución¹³²² – son perfectamente compatibles con el funcionalismo de Jakobs y las posibles correcciones u observaciones acerca de su modelo.

¹³²² El propio Luhmann admite que la supremacía de la Constitución es una expectativa normativa institucionalizada por parte del sistema del Derecho, de la siguiente forma: “La actual interpretación de la Constitución considera los derechos fundamentales, todos o parte de ellos, como derechos subjetivos que en el máximo, su creación no depende de una decisión estatal y, en la calidad de derechos preexistentes al Estado, necesitan de protección pero no de interferencia. La legislación ordinaria (que es considerada como una potencial enemiga de los derechos fundamentales) puede intervenir en este ámbito sólo en virtud de reservas

Así pues, si observada la necesidad de respeto a derechos, garantías y principios constitucionales, que no son absolutos – en contrario de cómo lo quieren algunos investigadores del Derecho penal – y de atención a la legítima, jurídica y constitucional posibilidad de su ponderación o flexibilización, lo que permite, de hecho, la toma de medidas de control social y gestión de riesgos que no permitiría una visión clásica y hermética del Derecho penal (que no tiene más coherencia con la actual configuración normativa de la sociedad), el funcionalismo propuesto por Jakobs es efectiva y actualmente un marco teórico apto a explicar (y tal vez fundamentar) el Derecho penal contemporáneo, de la forma conforme se lo describe en este trabajo. Además, dicho modelo de Derecho penal del enemigo, si propuesto de una forma más acabada y crítica de sus límites, es capaz de legitimar las medidas de control social citadas (contención de riesgos que amenazan las bases cognitivas de civilidad de la vida en sociedad), lo que aquí se llamará de Derecho penal de lucha.

expresamente formuladas [por parte de la Constitución]. Una intervención de este tipo es considerada como un tipo de violación del Derecho conforme el Derecho. Su protección contra las intervenciones legislativas (e no, por ejemplo, la programación vinculante de las decisiones de actuación) expresa la supremacía de la Constitución sobre la ley ordinaria. Por eso la actuación de los derechos fundamentales está confiada a los ciudadanos que poseen consciencia jurídica que, en el caso de su violación, acuden al juez y la explicitación fiel de su contenido es remitida al Poder Judicial” En la versión italiana: “*L’attuale interpretazione costituzionale considera i diritti fondamentali, in tutto o in parte*”, *come diritti soggettivi che in linea di massima, evitano di essere creati da una decisione statale e, in quanto diritti preesistenti allo stato, necessitano certo di tutela ma non di attuazione. La legislazione ordinaria (che è considerata come potenziale nemica dei diritti fondamentali) può intervenire in quest’ambito solo in virtù di riserve espressamente formulate. Un intervento del genere è inteso come una sorta di violazione del diritto conforme al diritto. La loro protezione nei confronti degli interventi legislativi (e non, ad esempio, la programmazione vincolante delle decisioni di attuazione) esprime il primato della costituzione sulla legge ordinaria. Pertanto l’attuazione dei diritti fondamentali è affidata ai cittadini dotati di coscienza giuridica che, all’occorrenza, ricorrono in giudizio e l’esplicitazione fedele del loro contenuto è rimessa al potere giudiziario.*” LUHMANN, Niklas. *I diritti fondamentali come istituzione*. Cura e introduzione di Gianluigi Palombella e Luigi Pannarale, Bari, Dedalo, 2002, p. 305.

CAPÍTULO 8

Posibles consecuencias de la creación de un Derecho penal del enemigo.

“Por tanto, la pena no se dirige contra el delito, sino contra los delincuentes.”¹³²³

Franz Von Liszt

¹³²³ VON LISZT, Franz. *La idea de fin en Derecho Penal* (1882). Valparaíso, Edeval, 1984, pp. 82-83.

CAPÍTULO 8 – Posibles consecuencias de la creación de un Derecho penal del enemigo.

En este capítulo se analizará tres temas centrales de un estudio sobre las posibles consecuencias no deseadas de un Derecho penal del enemigo. En primer lugar, es necesario aclarar la relación que la propia personalidad tiene con el *topus* políticocriminal estudiado en este trabajo, en segundo lugar, se investiga si es posible que haya justicia en relación con la adopción concreta de medidas de Derecho penal del enemigo y, en tercer lugar, se busca analizar las relaciones que el Derecho penal del enemigo puede tener con la idea que de tratamiento penal de un delincuente incorregible.

8.1 La personalidad y su exclusión en el Derecho.

Ahora bien, se pasa a analizar el sentido y la función de la personalidad en el Derecho. En razón de este tema ubicarse en un ámbito que pertenece a muchas ramas del ordenamiento jurídico, y su principal desarrollo haber sido realizado en el Derecho civil, el Derecho constitucional, y en el Derecho Internacional e los Derecho Humanos (rama que ha influenciado el Derecho constitucional de hoy), se va a empezar el análisis del objeto de este apartado en dichos ámbitos.

La palabra persona – de la cual personalidad es su adjetivo – en latín hace referencia a la máscara o careta que se colocaban en escena los actores, tiene sus orígenes en el vocablo griego *prosopon*, y fue usada para señalar el rol ejercido por dichos actores. Después, la palabra ha pasado también a significar conducta de cada individuo en el ámbito del Derecho y el rol que ejecuta en la sociedad, de la misma forma en la que los actores hacían, en el teatro. Así pues, ella se ha vuelto en una cualidad del ser humano.¹³²⁴

La personalidad, en nuestros sistemas, fue creada y esta reglada de forma expresa por la norma, y por eso, deriva de ella. Eso parece estar de acuerdo con la idea que Hans Welzel, teína acerca de la cuestión, a saber: *“Todo mandato, por eso, que pretenda obligar a una persona, en tanto que norma jurídica, tiene que reconocer a esta persona como persona. (...) El reconocimiento del hombre como persona responsable es el presupuesto mínimo que tiene que mostrar un orden social si éste no quiere forzar simplemente por su poder, sino obligar*

¹³²⁴ VENOSA, Sílvio de Salvo. *Direito civil*. 3.ed. São Paulo: Atlas. 2003, p. 244.

en tanto que Derecho”¹³²⁵. Eso parece estar de acuerdo también con lo que sostenía Hans Kelsen, de la siguiente forma:

“La llamada persona física no es por lo tanto un hombre, sino la unidad personificada de las normas jurídicas que atribuyen deberes y derechos al mismo hombre. No es una realidad natural, sino una construcción jurídica creada por la ciencia del derecho, un concepto auxiliar en la descripción de hechos jurídicamente relevantes. En este sentido la llamada persona física es una persona jurídica.”¹³²⁶

En general, hoy la personalidad jurídica es definida por los investigadores del tema como la aptitud genérica de algo a alguien en ser el titular de relaciones jurídicas, es el presupuesto para la inserción del ser humano en el orden jurídico y la condición previa a todos los otros derechos y obligaciones¹³²⁷.

8.1.1 Normas infraconstitucionales de los ordenamientos jurídicos.

En los ordenamientos jurídicos estudiados, se puede informar que el *Codice Civile* italiano, del año 1942¹³²⁸, no dispone mucho acerca de lo que sería personalidad, y mezcla su concepto con el concepto de capacidad, al disponer que la capacidad jurídica se adquiere en el momento del nacimiento¹³²⁹. Tampoco el Código Civil español, del año 1889, describe de forma muy clara lo que sería personalidad, aunque no mezcle su concepto con la definición de capacidad, al establecer que el nacimiento determina la personalidad civil¹³³⁰, que esta se

¹³²⁵ WELZEL, Hans. *Introducción a la Filosofía del Derecho*, Aguilar, Madrid, 1971, pp. 251-252.

¹³²⁶ KELSEN, Hans. *Teoría pura del Derecho*, trad de Roberto Vernengo, Universidad Autónoma de México, DF, 1979, pp. 160 y ss.

¹³²⁷ GONÇALVES, Carlos Roberto. *Direito civil brasileiro*. 3.ed. São Paulo: Saraiva. 2006, p. 70.

¹³²⁸ *Codice Civile* italiano, del año 1942

¹³²⁹ “Art. 1. (Capacita' giuridica). La capacita' giuridica si acquista dal momento della nascita. I diritti che la legge riconosce a favore del concepito sono subordinati all'evento della nascita.” ITALIA. Regio Decreto 16 marzo 1942 n. 262, *Codice Civile*, in: Gazzetta Ufficiale n.79, Roma, 1942.

¹³³⁰ “Artículo 29. El nacimiento determina la personalidad; pero el concebido se tiene por nacido para todos los efectos que le sean favorables, siempre que nazca con las condiciones que expresa el artículo siguiente.” ESPAÑA. Real Decreto de 24 de julio de 1889, por el que se publica el Código Civil. *Boletín Oficial del Estado*, núm. 206, de 25 de julio de 1889.

adquiere en el momento del nacimiento con vida¹³³¹, y se extingue por la muerte de las personas.¹³³²

Sin embargo, el Código Civil Brasileño, del año 2002¹³³³, crea reglas más específicas para la personalidad que los otros dos códigos citados, en razón de la fecha de su aprobación, cuando ya habían desarrollado un poco más las instituciones de Derecho civil (aunque mucho del Derecho civil de los países de tradición continental sigue bajo fuerte influencia románica). Dicho código también establece que la personalidad empieza con el nacimiento¹³³⁴, pero que toda persona tiene capacidad de ser titular de derechos y deberes en el orden civil¹³³⁵, es decir, aunque el código también mezcle los conceptos de personalidad y capacidad, a través de un innecesario pleonasma – al informar que toda persona es capaz de algo, una vez que ser persona ya implica en tener capacidad para algo – parece que lo que él quiere realmente informar es que todo ser humano, desde su nacimiento, tiene la aptitud de titularizar relaciones jurídicas.

Así pues, si para el Código Civil de Brasil, en teoría, todo ser humano tiene la capacidad (o aptitud) de titularizar relaciones jurídicas, y a pesar del pleonasma citado, que en una interpretación gramatical puede llevar a una conclusión opuesta (es decir, en dicha interpretación, sólo tendría capacidad quien ya posee personalidad), lo que se puede preguntar es cuál es la naturaleza de dicha aptitud, cuál es su extensión, y como se le puede poner en práctica, lo que el código también parece contestar.

El artículo 11 de dicho código establece que sólo la Ley puede establecer la posibilidad de transmisión, renuncia, o limitación voluntaria de los derechos de la personalidad, es decir, de

¹³³¹ “Artículo 30. La personalidad se adquiere en el momento del nacimiento con vida, una vez producido el entero desprendimiento del seno materno.” ESPAÑA. Real Decreto de 24 de julio de 1889, por el que se publica el Código Civil. *Boletín Oficial del Estado*, núm. 206, de 25 de julio de 1889.

¹³³² “Artículo 32. La personalidad civil se extingue por la muerte de las personas.” ESPAÑA. Real Decreto de 24 de julio de 1889, por el que se publica el Código Civil. *Boletín Oficial del Estado*, núm. 206, de 25 de julio de 1889.

¹³³³ BRASIL. *Lei 10.406, de 10 de janeiro de 2002*. Institui o Código Civil. *Diário Oficial da República Federativa do Brasil*, Brasília, DF, 11 janeiro de 2002.

¹³³⁴ “Art. 2º. A personalidade civil da pessoa começa do nascimento com vida; mas a lei põe a salvo, desde a concepção, os direitos do nascituro.” BRASIL. *Lei 10.406, de 10 de janeiro de 2002*. Institui o Código Civil. *Diário Oficial da República Federativa do Brasil*, Brasília, DF, 11 janeiro de 2002.

¹³³⁵ “Art. 1º. Toda pessoa é capaz de direitos e deveres na ordem civil.” BRASIL. *Lei 10.406, de 10 de janeiro de 2002*. Institui o Código Civil. *Diário Oficial da República Federativa do Brasil*, Brasília, DF, 11 janeiro de 2002.

los derechos inherentes al individuo que tiene el carácter de persona.¹³³⁶ El artículo 52 establece que se aplicará a las personas jurídicas, en lo que sea posible, la protección de los derechos de la personalidad, en un movimiento de acercamiento directo entre la personalidad natural y la personalidad jurídica¹³³⁷.

Estas dos formas de personalidad (natural y jurídica) son reconocidas por el ordenamiento y sólo son válidas porque fueron creadas por la norma. Sin la norma, no hay personalidad, es decir, la personalidad sólo puede existir porque fue creada por la norma, y sólo existe mientras esté de acuerdo con la norma que le ha creado. Lo que dice que una asociación tiene capacidad para titularizar relaciones jurídicas, o que es lícito el aborto hasta un momento del embarazo, en un determinado país (en virtud de hasta ahí no reconocer al embrión una personalidad), es la norma, y los criterios de atribución de personalidad sólo tienen sentido en un sistema normativo, porque la personalidad es esencialmente algo normativo.

La prueba clara de lo que se sostiene puede ser identificada en el hecho de que el propio Código Civil establecer restricciones a la personalidad. Su artículo 50 establece que el abuso de la personalidad jurídica, por el desvío de su finalidad, permite que dicha personalidad sea desconsiderada en relación con los efectos de los hechos de obligaciones específicas.¹³³⁸ En relación con los derechos civiles, grupo del cual hace parte la personalidad natural, el artículo 187 de dicho código establece que es ilícito el ejercicio de un derecho más allá de los límites impuestos por su finalidad social o económica, por la buena fe o las buenas costumbres¹³³⁹. Así pues, queda claro que la misma norma que crea la personalidad, en las dos formas, natural y jurídica, permite la reducción del ámbito de eficacia de dichos tipos de personalidad, y establece efectivamente situaciones de su desconsideración o negación.

¹³³⁶ “Art. 11. Com exceção dos casos previstos em lei, os direitos da personalidade são intransmissíveis e irrenunciáveis, não podendo o seu exercício sofrer limitação voluntária.” BRASIL. Lei 10.406, de 10 de janeiro de 2002. Institui o Código Civil. *Diário Oficial da República Federativa do Brasil*, Brasília, DF, 11 janeiro de 2002.

¹³³⁷ “Art. 52. Aplica-se às pessoas jurídicas, no que couber, a proteção dos direitos da personalidade.” BRASIL. Lei 10.406, de 10 de janeiro de 2002. Institui o Código Civil. *Diário Oficial da República Federativa do Brasil*, Brasília, DF, 11 janeiro de 2002.

¹³³⁸ “Art. 50. Em caso de abuso da personalidade jurídica, caracterizado pelo desvio de finalidade, ou pela confusão patrimonial, pode o juiz decidir, a requerimento da parte, ou do Ministério Público quando lhe couber intervir no processo, que os efeitos de certas e determinadas relações de obrigações sejam estendidos aos bens particulares dos administradores ou sócios da pessoa jurídica.” BRASIL. Lei 10.406, de 10 de janeiro de 2002. Institui o Código Civil. *Diário Oficial da República Federativa do Brasil*, Brasília, DF, 11 janeiro de 2002.

¹³³⁹ “Art. 187. Também comete ato ilícito o titular de um direito que, ao exercê-lo, excede manifestamente os limites impostos pelo seu fim econômico ou social, pela boa-fé ou pelos bons costumes.” BRASIL. Lei 10.406, de 10 de janeiro de 2002. Institui o Código Civil. *Diário Oficial da República Federativa do Brasil*, Brasília, DF, 11 janeiro de 2002.

En resumen, hay que reconocerse que, desde la revolución francesa y la caída del Derecho natural como gran relato y fuente del Derecho en los sistemas jurídicos de tradición occidental, la personalidad no existe sin la norma, tampoco más allá de la norma. La propia existencia de la esclavitud de seres humanos debidamente basada por institutos jurídicos, después de dicha revolución, que se ha mostrado compatible con los conceptos de ciudadanía que han inspirado la *Déclaration des Droits de l'Homme et du Citoyen de 1789*, demuestra que la personalidad tiene sus fundamentos, límites y funciones previstos por el ordenamiento jurídico¹³⁴⁰.

En virtud de la personalidad tener su origen en la norma, hay identificar su naturaleza. Las normas definen y sancionan públicamente intereses e intenciones, y de este modo, establecen expectativas objetivas de conducta, determinan que fines se puede o no perseguirse, y de qué modo pueden ser buscados. Las normas están orientadas a individuos que actúan en el marco de la acción social, para tener contacto con los valores sociales vigentes.¹³⁴¹ La norma jurídica vigente tiene el poder de crear obligaciones y derechos (permisiones son derechos), que son dos formas de vinculación social que la norma produce. Aunque existan disposiciones jurídicas en textos formalmente normativos y vigentes, que no sean normas (como la disposición de la Constitución Española de Cádiz, de 1812, que informaba que el pueblo español es un pueblo bueno¹³⁴²) porque sólo describen situaciones de las cuales no se le puede extraer expectativa normativa alguna (sólo expectativas cognitivas, como en el texto citado).

Una norma jurídica está completa suficientemente cuando presente los dos elementos mínimos: un supuesto de hecho y la consecuencia jurídica, es decir, cuando expresa una directiva de conducta y las condiciones de aplicación de esta directiva, bien como las consecuencias de su incumplimiento¹³⁴³. En este sentido, los derechos derivan de las

¹³⁴⁰ En ejemplo claro e eso es el hecho de que sólo con la Ley Áurea, del 13 de mayo de 1888, se abolió la esclavitud en Brasil, vpínculo jurídico que hasta entonces era legal y protegido por las leyes de aquel país.

¹³⁴¹ RODILLA GONZÁLEZ, Miguel Ángel. *Teoría de las normas: II - las normas jurídicas* (apuntes de clase facilitados por el profesor), en: *Teoría de las normas en su aplicación al Derecho penal* (asignatura), Máster en Derecho penal, Universidad de Salamanca, Salamanca, 2011.

¹³⁴² “Art. 6. El amor de la Patria es una de las principales obligaciones de todos los españoles y, asimismo, el ser justos y benéficos.” ESPAÑA. *Constitución Política de la Monarquía Española*, Cádiz, Imprenta Real, 1812, p. 4.

¹³⁴³ RODILLA GONZÁLEZ, Miguel Ángel. *Teoría de las normas: II - las normas jurídicas* (apuntes de clase facilitados por el profesor), en: *Teoría de las normas en su aplicación al Derecho penal* (asignatura), Máster en Derecho penal, Universidad de Salamanca, Salamanca, 2011.

expectativas normativas que pueden extraerse de las normas, y en esta medida ellos son, en realidad, los vínculos sociales formales de los cuales uno puede beneficiarse y exigirse su aplicación.

Como se puede observar (lo que va ser confirmado en el desarrollo de este apartado), el estatus jurídico nombrado de *personalidad* es, en realidad, un derecho originario, que permite, desde su reconocimiento la posesión de los demás derechos – un derecho a tener derechos y a responder por obligaciones – porque la norma que le ha creado lo hizo como un derecho (no como una obligación pura, aunque presuponga también la existencia de obligaciones como consecuencia de su reconocimiento). Esta es la razón por la cual, por ejemplo, algunos ordenamientos jurídicos permiten que un embrión en determinada edad intrauterina sea abortado, a saber: no reconocen la personalidad al embrión, no le reconocen el derecho a titularizar relaciones jurídicas, sino lo ven como un montón de células humanas sin personalidad, como un trozo de una parte de un cuerpo humano que no tiene más valor al dueño de dicho cuerpo.

El propio texto de la Declaración Universal de Derechos Humanos, aprobado por la Asamblea General de las Naciones Unidas en 1948, que será analizado con más detenimiento a continuación, corrobora la proposición aquí sostenida de que la propia personalidad es un derecho, al establecer en su artículo 6 que “todo ser humano tiene derecho, en todas partes, al reconocimiento de su personalidad jurídica”¹³⁴⁴, es decir, que todo ser humano tiene el derecho a serle reconocida la aptitud de titularizar relaciones jurídicas.

Así pues, la personalidad es un derecho originado en una expectativa normativa de respeto a una aptitud, de que su titular puede exigir el respeto por parte de los demás, y su protección por parte del Estado (Poder Judicial). Todo esto está de acuerdo con lo que se ha trabajado en la parte esencialmente sociológica de esta investigación, especialmente cuando se ha observado que la subjetividad solamente puede desarrollarse plenamente en condiciones de sociabilidad, o como sostiene Jakobs: “*La subjetividad se genera a través de un proceso mediado por lo social*”¹³⁴⁵, proposición debidamente analizada en el apartado propio.

¹³⁴⁴ ONU. Asamblea General de las Naciones Unidas. *Declaración Universal de Derechos Humanos*, aprobado por la Asamblea General de las Naciones Unidas, Resolución 217 A (III), en París, el 10 de diciembre de 1948.

¹³⁴⁵ JAKOBS, Günther. *Sociedade, Norma e Pessoa: teoria de um Direito Penal funcional*, *op. cit.*, p. 15.

En este sentido, teniendo en cuenta que todavía se está analizando la personalidad desde el rango legal infraconstitucional, hay que subrayarle una característica más en el ordenamiento jurídico de Brasil. Además de la posibilidad de desconsideración de la personalidad para determinados hechos, prevista de forma expresa para la personalidad jurídica y no prohibida para la personalidad física (a la cual, el propio código acerca la personalidad jurídica), conforme lo explicado, el artículo 187 del Código Civil Brasileiro establece que es un hecho ilícito e ejercicio de un derecho más allá de los límites impuestos por su fin social, la buena fe, o las buenas costumbres¹³⁴⁶. Es decir, si la personalidad es también un derecho, un derecho originario que permite a quien le titulariza, a su vez, titularizar otros derechos, su ejercicio más allá de los límites razonables, identificado un sus propios fines, puede ser considerado ilícito.

Así pues, si la personalidad es un derecho, como todo y cualquier derecho, tiene su ejercicio limitado, aunque sea limitado por sus propios fines. No reconocer la posibilidad de limitar un derecho para garantizar la consecución de su propia finalidad es lo mismo que invalidar el propio derecho que se quiere garantizar. Entonces, si los fines del reconocimiento del derecho a la personalidad son garantizar que uno pueda titularizar relaciones jurídicas, es decir, tener derechos y obligaciones, el principal derecho que pasa a tener en el contexto actual es el derecho a la dignidad humana, y por eso, la finalidad central de la garantía de la personalidad es la realización de la dignidad humana. Esto es lo que sostiene el jurista estadounidense americano Donaldo Kommers, en el sentido de que la personalidad es un derecho, que tiene sus orígenes axiológicos en la Constitución: “El derecho de la personalidad tiene una expresión tan amplia que casi cualquier contenido puede ser vertido en él, y puede con facilidad fungir como el primer y último recurso de argumentos constitucionales.”¹³⁴⁷

En este contexto, realizar la dignidad humana es la tarea central del derecho a la personalidad, y por eso queda claro que uno no puede ejercer su personalidad con la finalidad de violar a la personalidad humana de los demás, es decir, que uno no puede buscar violar la personalidad humana de los otros y defenderse detrás de un supuesto carácter absoluto de su personalidad,

¹³⁴⁶ “Art. 187. Também comete ato ilícito o titular de um direito que, ao exercê-lo, excede manifestamente os limites impostos pelo seu fim econômico ou social, pela boa-fé ou pelos bons costumes.” BRASIL. Lei 10.406, de 10 de janeiro de 2002. Institui o Código Civil. *Diário Oficial da República Federativa do Brasil*, Brasília, DF, 11 janeiro de 2002.

¹³⁴⁷ KOMMERS, Donald P. *The Constitutional jurisprudence of the Federal Republic of Germany*, segunda edición, Durham Inglaterra, Duke University Press, 1997, p. 313

lo que hiere de muerte la propia finalidad del derecho a la personalidad, y por eso, en estos casos, incluso su personalidad puede quedarse limitada. Si la función de la personalidad es permitir, principalmente, la realización de la dignidad humana, la personalidad sólo tiene sentido si su ejercicio no impide la realización de los fines de la personalidad de los demás, finalidad está identificada, por lo menos, con la búsqueda de la garantía de la dignidad humana.

No se hace referencia aquí a una supuesta *función social de la personalidad*, lo que parece ser, *a priori*, algo ilegítimo, porque traduce una suposición claramente alopoiética y pervierte la dicotomía entre los conceptos de lo subjetivo y lo social (aunque se reconozca que cada uno de dichos ámbitos ejercen sobre el otro una influencia muy fuerte), sino se trata de buscar la garantía de la propia finalidad de la personalidad, de su teleología intrínseca, que puede quedar vulnerada por su propio ejercicio. Aunque la única forma de realización de la personalidad se pase en un contexto de sociabilidad, es decir, aunque la personalidad del individuo se realice a través de contactos sociales¹³⁴⁸, y la búsqueda de sus fines (libre desarrollo de la personalidad, por ejemplo) sólo sea posible a través del ejercicio de su derecho a la personalidad (a través de la materialización de los derechos relacionados a su dignidad y de la garantía de ellos contra la injerencia indebida de los demás), fenómenos estos claramente sociales, sostener que la personalidad sólo tiene sentido y función sociales, que ella debe servir a un fin exclusivamente social, es estatizar el individuo, tornar colectiva la

¹³⁴⁸ “Teoría cognitiva de la personalidad Esta teoría plantea que la conducta está guiada por la manera como se piensa y se actúa frente a una situación; sin embargo, no deja de lado las contingencias que ofrece el ambiente inmediato ante cualquier situación. En palabras de Bandura (1977), la personalidad es la interacción entre cognición, aprendizaje y ambiente; de igual manera juegan un papel importante las expectativas internas de los individuos, pues el ambiente influye en la manera de comportarse y por tanto modifica las expectativas del individuo ante otras situaciones respecto a su comportamiento, teniendo en cuenta que las personas se ajustan a unos criterios o estándares de desempeño que son únicos a la hora de calificar un comportamiento en diversas situaciones. De acuerdo con el cumplimiento o no de las expectativas, se dice que las personas que alcanzan grandes niveles de desempeño interno desarrollan una actitud llamada autoeficacia (Bandura y Locke, 2003), entendida como la capacidad de manejar las situaciones de manera adecuada para generar resultados deseados. Mientras que para Rotter (1954) esto puede ser utilizado como una habilidad cognitiva que influye en las personas de acuerdo con el manejo de sus expectativas, como lo plantea Bandura (1977; citado por Davidoff, 1998), la conducta de las personas está orientada a metas, pues los individuos se pueden regular a sí mismos; además tienen un grado de libertad y capacidad de cambiar durante toda la vida. Bandura consideró a los humanos como seres complejos, únicos, activos, destacando el pensamiento y la autorregulación. Pues los individuos están en una continua resolución de problemas, partiendo de la experiencia y de la capacidad de procesamiento de información. Por tal razón, Bandura realizó sus estudios en humanos en el nivel contextual; por lo tanto, a través de la observación de modelos la persona puede transformar imágenes e ideas que se pueden combinar y modificar con el fin de elaborar patrones de conducta adecuados.” MONTAÑO SINISTERRA, Merfi; PALACIOS CRUZ, Jenny; GANTIVA, Carlos. “Teorías de la personalidad. Un análisis histórico del concepto y su medición”, en *Psychologia*. Avances de la disciplina, vol. 3, núm. 2, julio-diciembre, 2009, pp. 81-107 Universidad de San Buenaventura, Bogotá, Colombia, pp. 96-97.

titularidad del derecho a la personalidad y la vida de alguien, es destrozarse su propia dignidad humana a través de su disolución en lo colectivo, lo que no se puede admitir si por principio.

Un ejemplo de lo que se pone aquí, de la posibilidad de reducción legítima del ámbito de la personalidad de alguien, se puede observar en el hecho de un terrorista utilizar abusivamente del derecho de entrada en el territorio de un país del cual también posee la nacionalidad con la finalidad única y manifiesta de realizar un atentado a bomba y matar a miles de personas. Aún que el derecho de entrada en el territorio de un Estado sea una forma de ejercicio del derecho a la nacionalidad, que a su vez es un derecho humano, derivado de la dignidad humana (y por eso, inherente a su personalidad), el terrorista que intenta entrar en el territorio del Estado del cual sea nacional, con la intención manifiesta y única de realizar un atentado y matar a miles de personas, intenta ejercer un derecho inherente a su dignidad humana más allá del límite tolerado para el ejercicio de dicho derecho, porque tiene por finalidad primera la vulneración de la dignidad de los demás. En este supuesto, impedir su entrada en el territorio de su propio país representa claramente una limitación a su personalidad (que no puede desarrollarse perfectamente sin el ejercicio del derecho a la nacionalidad¹³⁴⁹), es decir, el hecho de impedirle la entrada en el territorio del país que le reconoce la nacionalidad es una forma de limitarse legítimamente el ejercicio de su personalidad o su derecho a la personalidad.

8.1.2 La personalidad en las Constituciones.

En continuación de la comprensión de la naturaleza, sentido y finalidad de la personalidad en el orden jurídico de tradición romano-germánica continental, se pasa a observar como algunas constituciones disponen acerca del tema. La Constitución Española de 1978, al tratar de los *Derechos y Deberes Fundamentales*, en su artículo 10.1, establece que los fundamentos del orden político y de la paz social son la dignidad de la persona (y los derechos que derivan de este), el libre desarrollo de la personalidad, el respeto a la ley, el respeto a los derechos de los demás.¹³⁵⁰

¹³⁴⁹ “Artículo 15. 1. Toda persona tiene derecho a una nacionalidad. 2. A nadie se privará arbitrariamente de su nacionalidad ni del derecho a cambiar de nacionalidad.” ONU. Asamblea General de las Naciones Unidas. *Declaración Universal de Derechos Humanos*, aprobado por la Asamblea General de las Naciones Unidas, Resolución 217 A (III), en París, el 10 de diciembre de 1948.

¹³⁵⁰ “Artículo 10 - 1. La dignidad de la persona, los derechos inviolables que le son inherentes, el libre desarrollo de la personalidad, el respeto a la ley y a los derechos de los demás son fundamento del orden político y de la paz social.” ESPAÑA. Constitución Española, de 27 de diciembre de 1978. *Boletín Oficial del Estado*, 29 de diciembre de 1978, núm. 311.

En primer lugar, reconocerse como inherentes a la dignidad de la persona algunos derechos refuerza la idea de que la propia personalidad también es un derecho, en la medida en que la existencia de la personalidad parece tener, en la Constitución, la función de garantizar la titularidad, el ejercicio y la protección de estándares mínimos de una existencia digna, el presupuesto, de hecho, más rudimental al ejercicio cualquier otro interés legítimo o derecho. En este sentido, se puede sostener que “*los derechos fundamentales constituyen el núcleo básico, ineludible e irrenunciable, del status jurídico del individuo*”¹³⁵¹, teniendo en cuenta que dicho estatus jurídico, conforme se ha explicado, es sinónimo de personalidad.

Así pues, reconocerse que existen derechos que provienen de algo que la comunidad internacional reconoce como un derecho¹³⁵² – la dignidad humana – y luego hacerse una referencia al libre desarrollo de la personalidad¹³⁵³, que es exactamente la forma por la cual se suele definir una parte del contenido del derecho a la dignidad humana¹³⁵⁴, parece estar de acuerdo con la idea de que la propia personalidad es un derecho, del cual originase el derecho a la dignidad¹³⁵⁵. “*La noción central de la dignidad se amplía paulatinamente en el haz de derechos que se consideran indispensables para el desarrollo de la personalidad.*”¹³⁵⁶ En este sentido, queda claro que personalidad y dignidad son derechos inseparables, que toda persona, que cuneta con un estatus jurídico que le permita estar en la posición de sujeto de derechos y deberes, tiene desde el principio, de la siguiente forma: “*Llámense derechos primordiales o de*

¹³⁵¹ SOLOZÁBAL ECHEVERRÍA, Juan José. *Alguna]’cuestiones básicas de la teoría de los derechos fundamentales*”, Madrid. En: *Revista de Estudios Políticos*, Centro de Estudios Constitucionales, nº 71 enero-marzo, 1991, p. 88.

¹³⁵² Véase, e. g., las declaraciones internacionales de derechos humanos, analizadas a continuación, de las cuales se puede subrayar, de entrada, la siguiente: “*Toda persona tiene derecho (...) al reconocimiento de su dignidad*”. OEA. *Convención Americana sobre Derechos Humanos*. Conferencia especializada interamericana sobre derechos humanos, San José, 2 de noviembre 1969. Artículo 11.1

¹³⁵³ “*En razón de su conciencia moral, de su libertad y de su dignidad, el hombre tiene derecho al desarrollo de su personalidad que se verifica de forma implícita en el ejercicio de cualquier otro derecho.*” AGUILAR SAHAGÚN, Luís Armando. *El derecho al desarrollo: su exigencia dentro de la visión de un nuevo orden mundial*, México, ITESO Universidad Iberoamericana, 1999, p. 124.

¹³⁵⁴ “*Con las expresiones «derechos fundamentales» o «derechos de la personalidad» se suele hacer referencia a un conjunto de derechos inherentes a la propia persona que todo ordenamiento jurídico debe respetar, por constituirse en definitiva manifestaciones varias de la dignidad de la persona y de su propia esfera individual.*” LASARTE, Carlos. *Compendio de Derecho civil: trabajo social y relaciones laborales*, segunda edición, Madrid, Editorial Dykinson, 2005, p. 14.

¹³⁵⁵ “*Por ello el desarrollo de la personalidad no puede tener lugar si no se reconocen y respetan los derechos inviolables inherentes a la persona en razón de su dignidad.*” MARRADES PUIG, Ana. *Luces y sombras del derecho a la maternidad: Análisis jurídico de su reconocimiento*, Valencia, Editorial Universitat de Valencia, 2002, p. 84.

¹³⁵⁶ CANOSA USERA, Raúl. *El derecho a la integridad personal*, Valladolid España, Editorial Lex Nova, 2006, p. 73.

*la personalidad los que tienen por fin defender intereses humanos ligados a la esencia de la personalidad. También se dice que son aquellos derechos que toda persona física, en calidad de sujeto jurídico, lleva inseparablemente desde su origen.”*¹³⁵⁷

Como se ha informado, la Constitución Española de 1978, en su artículo 10.1, al tratar de los *Derechos y Deberes Fundamentales*, establece que los fundamentos del orden político y de la paz social son, a parte de la dignidad de la persona y del libre desarrollo de la personalidad, en un mismo nivel de estos, *el respeto a la ley y el respeto a los derechos de los demás*.¹³⁵⁸ Hay que subrayar que hacerse una referencia al respeto a la ley y al derecho de los demás como fundamentos del orden político y de la paz social, en un mismo rango y lugar que la dignidad de la persona y el libre desarrollo de esta, tiene el claro sentido de enseñar que dichos valores deben convivir de forma armónica, y que la dignidad y el desarrollo personales están limitados por la necesidad de respeto a la ley y a los derechos de los demás, lo que basa la idea de que dignidad y desarrollo personales no son derecho absolutos, y representan valores que pueden quedarse limitados para la búsqueda de la paz y del orden sociales, a través de la necesidad de exigencia de comportamiento conforme la ley y respeto a los derechos de los otros. Incluso la propia construcción del contenido de los derechos humanos es un producto de las relaciones sociales, creado a través de un proceso de ponderación de intereses y valores. En este sentido, véase, por ejemplo, lo que pone el maestro Ignacio Berdugo, acerca del derecho al honor: *“El honor está constituido por las relaciones de reconocimiento entre los distintos miembros de la comunidad, que emanan de la dignidad y del libre desarrollo de la personalidad.”*¹³⁵⁹

Presuponer la coexistencia armónica de valores como dignidad y desarrollo de la persona, con los valores de respeto a los derechos de los otros y a la ley, para garantizar el orden público, conduce a la conclusión de que ninguno de estos derechos es absoluto, y por eso, pueden y deben quedarse limitados para a búsqueda efectiva de orden y paz sociales. Si el contenido central y el presupuesto de los derechos no absolutos a la dignidad y al desarrollo

¹³⁵⁷ ALESSANDRI RODRÍGUEZ, Arturo; *et alli*. Tratado de Derecho civil: Partes preliminar y general, Tomo I, Santiago de Chile, Editorial Jurídica de Chile, 1998, p. 485.

¹³⁵⁸ “Artículo 10 - 1. La dignidad de la persona, los derechos inviolables que le son inherentes, el libre desarrollo de la personalidad, el respeto a la ley y a los derechos de los demás son fundamento del orden político y de la paz social.” ESPAÑA. Constitución Española, de 27 de diciembre de 1978. *Boletín Oficial del Estado*, 29 de diciembre de 1978, núm. 311.

¹³⁵⁹ BERDUGO GOMEZ DE LA TORRE, Ignacio. *Honor y libertad de expresión*, Madrid Editorial Tecnos, 1987, p. 57.

de la personalidad son el reconocimiento del derecho a la personalidad, dicho presupuesto – el derecho a la personalidad – también puede no puede ser absoluto, de acuerdo con la Constitución. En este sentido, se puede informar que la necesaria ponderación de estos derechos no presupone su violación, conforme se enseña en el momento propio, cuando se va a explicar cómo es posible el proceso de ponderación en estos casos.

De esta manera, la Constitución Española sigue en la tarea de definir los derechos y garantías fundamentales que el sistema jurídico español reconoce. En su artículo 15, la Constitución establece que todos tienen derecho a la vida, la integridad física y moral, sin que puedan ser sometidos a tortura ni a penas o tratos inhumanos o degradantes, además de permitir la pena de muerte sólo en tiempos de guerra.¹³⁶⁰ Así pues, se ve que luego después de garantizar el derecho a la vida y a la integridad física, el mismo dispositivo constitucional establece un caso de reducción de la extensión del derecho a la vida y a la integridad física, en un caso en el cual la ponderación entre dichos derechos y la necesidad de garantía del orden y de la paz sociales permite incluso la aniquilación de la vida, a saber: la posibilidad de aplicación de la pena de muerte. Dicha forma de tratar derechos y garantías fundamentales por la constitución indica que ella misma reconoce la necesidad de ponderarse derechos fundamentales para garantizar valores constitucionales.

El artículo 17 de dicha Constitución también establece que toda persona tiene derecho a la libertad y a la seguridad, y que nadie puede ser privado de su libertad sino y en los casos y en la forma previstos en la ley¹³⁶¹. Además, en los párrafos siguientes del artículo en cuestión, la Constitución¹³⁶², permite la detención preventiva y la prisión provisional, que son dos formas de restricción de la libertad, sin la existencia de una condena firme a pena de prisión, lo que

¹³⁶⁰ “Artículo 15 - Todos tienen derecho a la vida y a la integridad física y moral, sin que, en ningún caso, puedan ser sometidos a tortura ni a penas o tratos inhumanos o degradantes. Queda abolida la pena de muerte, salvo lo que puedan disponer las leyes penales militares para tiempos de guerra.” ESPAÑA. Constitución Española, de 27 de diciembre de 1978. *Boletín Oficial del Estado*, 29 de diciembre de 1978, núm. 311.

¹³⁶¹ “Artículo 17 - 1. Toda persona tiene derecho a la libertad y a la seguridad. Nadie puede ser privado de su libertad, sino con la observancia de lo establecido en este artículo y en los casos y en la forma previstos en la ley.” ESPAÑA. Constitución Española, de 27 de diciembre de 1978. *Boletín Oficial del Estado*, 29 de diciembre de 1978, núm. 311.

¹³⁶² “Artículo 17 - 2. La detención preventiva no podrá durar más del tiempo estrictamente necesario para la realización de las averiguaciones tendentes al esclarecimiento de los hechos, y, en todo caso, en el plazo máximo de setenta y dos horas, el detenido deberá ser puesto en libertad o a disposición de la autoridad judicial. (...) 4. La ley regulará un procedimiento de «habeas corpus» para producir la inmediata puesta a disposición judicial de toda persona detenida ilegalmente. Asimismo, por ley se determinará el plazo máximo de duración de la prisión provisional.” ESPAÑA. Constitución Española, de 27 de diciembre de 1978. *Boletín Oficial del Estado*, 29 de diciembre de 1978, núm. 311.

reduce la amplitud del derecho a la libertad. Dicha reducción se realizará incluso sin la necesidad de un acabar un proceso penal donde se pueda ejercer de forma plena el derecho a la defensa, lo que, a su vez, también reduce el ámbito de eficacia derecho o garantía a la presunción de no culpabilidad (o estado de inocencia).

Además, la Constitución permite expresamente, en dicho artículo¹³⁶³, que la propia ley cree casos de privación de la libertad, más allá de los casos descritos en su texto, lo que también crea la posibilidad de ponderación de valores infraconstitucionales con el derecho fundamental a la libertad, bajo la condición de que sean dichos valores deducidos de principios constitucionales, condición esta que es una consecuencia lógica del sistema constitucional, que así establece expresamente para no se crear la posibilidad existencia de malentendidos en relación con el tema.

En especial, el derecho a la seguridad – derecho también garantizado normativamente por el mismo artículo de la Constitución¹³⁶⁴, en un mismo nivel – puede también basar la necesidad de reducción del ámbito de eficacia de la libertad, a depender de criterios sociales establecidos por la ley. Una vez más, la misma Constitución que reconoce un derecho fundamental, reconoce también su necesidad de limitación – incluso a través de normas infraconstitucionales – lo que refuerza la tesis de acuerdo con la cual son legítimas la posibilidad y la necesidad de reducción de la eficacia de derechos fundamentales en los casos de necesidades reales de garantía del orden y paz sociales, y del derecho a la seguridad.

En este sentido, la Constitución española sigue a diseñar los límites de los derechos que ella misma ha creado, pero antes de empezar dicho análisis, hay que aclarar que se considera el Reino de España un verdadero Estado Democrático de Derecho¹³⁶⁵, una democracia legítima, acabada (aunque no perfecta, por supuesto), que presenta un alto grado de madurez y representatividad en su sistema democrático y en el reconocimiento de la soberanía del pueblo

¹³⁶³ “Artículo 17 - 1. (...) Nadie puede ser privado de su libertad, sino con la observancia de lo establecido en este artículo y en los casos y en la forma previstos en la ley.” ESPAÑA. Constitución Española, de 27 de diciembre de 1978. *Boletín Oficial del Estado*, 29 de diciembre de 1978, núm. 311.

¹³⁶⁴ “Artículo 17 - 1. Toda persona tiene derecho a la libertad y a la seguridad.” ESPAÑA. Constitución Española, de 27 de diciembre de 1978. *Boletín Oficial del Estado*, 29 de diciembre de 1978, núm. 311.

¹³⁶⁵ “Constitución Española: Artículo 1 - 1. España se constituye en un Estado social y democrático de Derecho, que propugna como valores superiores de su ordenamiento jurídico la libertad, la justicia, la igualdad y el pluralismo político. 2. La soberanía nacional reside en el pueblo español, del que emanan los poderes del Estado. 3. La forma política del Estado español es la Monarquía parlamentaria.” ESPAÑA. Constitución Española, de 27 de diciembre de 1978. *Boletín Oficial del Estado*, 29 de diciembre de 1978, núm. 311.

español, y por eso, no puede ser considerada para nada un estado totalitario, o una democracia nueva, emergente, no acabada o solamente formal.

En su artículo 55, apartado 1, dicha Constitución establece que en los casos de declaración del estado de excepción o de sitio se puede suspender los derechos los derechos que se lista a continuación¹³⁶⁶:

La posibilidad de prisión sin la necesidad de respeto a lo establecido en la Constitución en los casos y en la forma previstos en la ley (artículo 17, apartado 1)¹³⁶⁷, con la posibilidad de la detención preventiva durar más que el tiempo estrictamente necesario para la realización de las averiguaciones tendentes al esclarecimiento de los hechos, y del plazo máximo de setenta y dos horas, sin la necesidad de puesta del detenido en libertad o a disposición de la autoridad judicial (artículo 17, apartado 2)¹³⁶⁸.

No obligatoriedad de comunicación inmediata de los derechos del imputado y las razones de su detención, además de no ser necesaria su asistencia por abogado (artículo 17, apartado 2)¹³⁶⁹ – sólo en el estado de sitio - y el derecho a *habeas corpus*¹³⁷⁰. Posibilidad de entrada y

¹³⁶⁶ “Artículo 55 - 1. Los derechos reconocidos en los artículos 17, 18, apartados 2 y 3, artículos 19, 20, apartados 1, a) y d), y 5, artículos 21, 28, apartado 2, y artículo 37, apartado 2, podrán ser suspendidos cuando se acuerde la declaración del estado de excepción o de sitio en los términos previstos en la Constitución. Se exceptúa de lo establecido anteriormente el apartado 3 del artículo 17 para el supuesto de declaración de estado de excepción.” ESPAÑA. Constitución Española, de 27 de diciembre de 1978. *Boletín Oficial del Estado*, 29 de diciembre de 1978, núm. 311.

¹³⁶⁷ “Artículo 17 – 1. Toda persona tiene derecho a la libertad y a la seguridad. Nadie puede ser privado de su libertad, sino con la observancia de lo establecido en este artículo y en los casos y en la forma previstos en la ley.” ESPAÑA. Constitución Española, de 27 de diciembre de 1978. *Boletín Oficial del Estado*, 29 de diciembre de 1978, núm. 311.

¹³⁶⁸ “Artículo 17 (...) 2. La detención preventiva no podrá durar más del tiempo estrictamente necesario para la realización de las averiguaciones tendentes al esclarecimiento de los hechos, y, en todo caso, en el plazo máximo de setenta y dos horas, el detenido deberá ser puesto en libertad o a disposición de la autoridad judicial.” ESPAÑA. Constitución Española, de 27 de diciembre de 1978. *Boletín Oficial del Estado*, 29 de diciembre de 1978, núm. 311.

¹³⁶⁹ “Artículo 17 – 3. Toda persona detenida debe ser informada de forma inmediata, y de modo que le sea comprensible, de sus derechos y de las razones de su detención, no pudiendo ser obligada a declarar. Se garantiza la asistencia de abogado al detenido en las diligencias policiales y judiciales, en los términos que la ley establezca.” ESPAÑA. Constitución Española, de 27 de diciembre de 1978. *Boletín Oficial del Estado*, 29 de diciembre de 1978, núm. 311.

¹³⁷⁰ “Artículo 17 – 4. La ley regulará un procedimiento de «habeas corpus» para producir la inmediata puesta a disposición judicial de toda persona detenida ilegalmente. Asimismo, por ley se determinará el plazo máximo de duración de la prisión provisional.” ESPAÑA. Constitución Española, de 27 de diciembre de 1978. *Boletín Oficial del Estado*, 29 de diciembre de 1978, núm. 311.

registro en domicilios sin autorización judicial (Artículo 18, apartado 1)¹³⁷¹, violación del secreto de las comunicaciones postales, telegráficas, telefónicas u otras (Artículo 18, apartado 3)¹³⁷².

El texto constitucional también establece la posibilidad de suspensión del derecho de libre circulación y elección del domicilio, de entrada y salida del país (Artículo 19)¹³⁷³, del derecho de expresión y difusión del pensamiento (Artículo 20, apartado 1, inciso a)¹³⁷⁴, de acceso a los medios de comunicación y secreto profesional (Artículo 20, apartado 1, inciso b)¹³⁷⁵ y la posibilidad de secuestro de medios de difusión de informaciones sin resolución judicial previa (Artículo 20, apartado 5)¹³⁷⁶.

La Constitución también prevé la posibilidad de suspensión del derecho de reunión pacífica (Artículo 21, apartado 1)¹³⁷⁷ incluso en lugares de tránsito público (Artículo 21, apartado 2)¹³⁷⁸, del derecho a la huelga (Artículo 28, apartado 2)¹³⁷⁹ y de negociaciones colectivas

¹³⁷¹ “Artículo 18 - 2. El domicilio es inviolable. Ninguna entrada o registro podrá hacerse en él sin consentimiento del titular o resolución judicial, salvo en caso de flagrante delito.” ESPAÑA. Constitución Española, de 27 de diciembre de 1978. *Boletín Oficial del Estado*, 29 de diciembre de 1978, núm. 311.

¹³⁷² “Artículo 18 - 3. Se garantiza el secreto de las comunicaciones y, en especial, de las postales, telegráficas y telefónicas, salvo resolución judicial.” ESPAÑA. Constitución Española, de 27 de diciembre de 1978. *Boletín Oficial del Estado*, 29 de diciembre de 1978, núm. 311.

¹³⁷³ “Artículo 19 - Los españoles tienen derecho a elegir libremente su residencia y a circular por el territorio nacional. Asimismo, tienen derecho a entrar y salir libremente de España en los términos que la ley establezca. Este derecho no podrá ser limitado por motivos políticos o ideológicos.” ESPAÑA. Constitución Española, de 27 de diciembre de 1978. *Boletín Oficial del Estado*, 29 de diciembre de 1978, núm. 311.

¹³⁷⁴ “Artículo 20 - 1. Se reconocen y protegen los derechos: a) A expresar y difundir libremente los pensamientos, ideas y opiniones mediante la palabra, el escrito o cualquier otro medio de reproducción.” ESPAÑA. Constitución Española, de 27 de diciembre de 1978. *Boletín Oficial del Estado*, 29 de diciembre de 1978, núm. 311.

¹³⁷⁵ “Artículo 20 - 1. Se reconocen y protegen los derechos: (...) d) A comunicar o recibir libremente información veraz por cualquier medio de difusión. La ley regulará el derecho a la cláusula de conciencia y al secreto profesional en el ejercicio de estas libertades.” ESPAÑA. Constitución Española, de 27 de diciembre de 1978. *Boletín Oficial del Estado*, 29 de diciembre de 1978, núm. 311.

¹³⁷⁶ “Artículo 20 - 5. Sólo podrá acordarse el secuestro de publicaciones, grabaciones y otros medios de información en virtud de resolución judicial.” ESPAÑA. Constitución Española, de 27 de diciembre de 1978. *Boletín Oficial del Estado*, 29 de diciembre de 1978, núm. 311.

¹³⁷⁷ “Artículo 21 - 1. Se reconoce el derecho de reunión pacífica y sin armas. El ejercicio de este derecho no necesitará autorización previa.” ESPAÑA. Constitución Española, de 27 de diciembre de 1978. *Boletín Oficial del Estado*, 29 de diciembre de 1978, núm. 311.

¹³⁷⁸ “Artículo 21 (...) 2. En los casos de reuniones en lugares de tránsito público y manifestaciones se dará comunicación previa a la autoridad, que sólo podrá prohibirlas cuando existan razones fundadas de alteración del orden público, con peligro para personas o bienes.” ESPAÑA. Constitución Española, de 27 de diciembre de 1978. *Boletín Oficial del Estado*, 29 de diciembre de 1978, núm. 311.

¹³⁷⁹ “Artículo 28 - 2. Se reconoce el derecho a la huelga de los trabajadores para la defensa de sus intereses. La ley que regule el ejercicio de este derecho establecerá las garantías precisas para asegurar el mantenimiento de los servicios esenciales de la comunidad.” ESPAÑA. Constitución Española, de 27 de diciembre de 1978. *Boletín Oficial del Estado*, 29 de diciembre de 1978, núm. 311.

(Artículo 37, apartado 2).¹³⁸⁰ Dichas suspensiones a los derechos y garantías constitucionales – que son también derechos de la personalidad, ligados a la dignidad humana – están previstas para situaciones extremas, como los estados de excepción o de sitio, que hacen referencia a situaciones de guerra o de caos interno grave del país, y por eso, aunque representen limitaciones legítimas¹³⁸¹ a los derechos citados, no son propiamente los mejores ejemplos del carácter no absoluto de la personalidad y otros derechos fundamentales¹³⁸².

Sin embargo, hay otra previsión constitucional que representa lo que una parte muy grande de los investigadores del Derecho penal podría identificar como a un Derecho penal del enemigo. El apartado 2 del artículo 55 de la Constitución establece una posibilidad de supresión de derechos fundamentales, con autorización judicial, en estado de normalidad constitucional (no existencia de estado de sitio o excepción). Dicho artículo establece que la ley orgánica podrá permitir la detención provisional por más tiempo que lo previsto en el artículo 17, apartado 2 (setenta y dos horas, sin su presentación a la autoridad judicial), la entrada y registro, sin autorización del titular, en su domicilio, además de la interceptación de comunicaciones, en los casos de investigación de los supuestos de actuación de bandas armadas o terrorismo¹³⁸³.

En virtud del derecho a la intimidad, de acuerdo con el Tribunal Constitucional, tener estrecha conexión con la intimidad personal, derecho inherente a la personalidad, la posibilidad de reducción de los ámbitos de la personalidad, en supuestos como estos, representa que el

¹³⁸⁰ “Artículo 37 - 2. Se reconoce el derecho de los trabajadores y empresarios a adoptar medidas de conflicto colectivo. La ley que regule el ejercicio de este derecho, sin perjuicio de las limitaciones que puedan establecer, incluirá las garantías precisas para asegurar el funcionamiento de los servicios esenciales de la comunidad.”

¹³⁸¹ “El ejercicio de algunos derechos puede verse expuesto a restricciones o suspensiones temporales (lapso estrictamente necesario para superar la situación de excepción), frente a situaciones de guerra, graves alteraciones del orden público, catástrofes naturales o producidas por el hombre, entre otras hipótesis aceptadas.” NOGUEIRA ALCALÁ, Humberto. *Teoría y dogmática de los derechos fundamentales*, México, UNAM Instituto de Investigaciones jurídicas, 2003. Pág. 141

¹³⁸² “Estas limitaciones sistemáticas a los derechos humanos fundamentales, se prevén exclusivamente en casos y situaciones excepcionales. Y su única justificación legítima es el imperativo de proteger el orden social, ya que si se pierde el orden y se rompe la pacífica convivencia social, el Estado no puede proteger ni garantizar los derechos humanos fundamentales. De manera que con fundamento en la importancia primordial de conservar la sociedad, los instrumentos nacionales e internacionales permiten al Estado menoscabar excepcional y temporalmente derechos fundamentales, en aras de la conservación, sobrevivencia, seguridad y convivencia de la sociedad.” VILLALOBOS BADILLA, Kevin Johan, *El Derecho humano al Libre Desarrollo de la Personalidad*, Universidad de Costa Rica Facultad de Derecho Sede de Occidente, San Ramón, Costa Rica, 2012 (Tesis), pp. 311-312.

¹³⁸³ “Artículo 55 – (...) 2. Una ley orgánica podrá determinar la forma y los casos en los que, de forma individual y con la necesaria intervención judicial y el adecuado control parlamentario, los derechos reconocidos en los artículos 17, apartado 2, y 18, apartados 2 y 3, pueden ser suspendidos para personas determinadas, en relación con las investigaciones correspondientes a la actuación de bandas armadas o elementos terroristas. La utilización injustificada o abusiva de las facultades reconocidas en dicha ley orgánica producirá responsabilidad penal, como violación de los derechos y libertades reconocidos por las leyes.” ESPAÑA. Constitución Española, de 27 de diciembre de 1978. *Boletín Oficial del Estado*, 29 de diciembre de 1978, núm. 311.

derecho a la personalidad y su ejercicio no son absolutos, y deben ceder delante de la necesidad de garantía de otros derechos, en un supuesto concreto, a través de un juicio de ponderación. En este sentido ha fallado en Tribunal Constitucional:

"Por el contrario, en el caso de la Constitución española, y como expresión de la estrecha relación entre la protección del domicilio y la acordada a la intimidad personal y familiar en el apartado 1 del mismo art. 18, fuera de los supuestos de consentimiento del titular, y de flagrancia delictiva se posibilita la entrada o registro domiciliario únicamente sobre la base de una resolución judicial. La garantía judicial aparece así como un mecanismo de orden preventivo, destinado a proteger el derecho, y no -como en otras intervenciones judiciales previstas en la Constitución- a reparar su violación cuando se produzca. La resolución judicial, pues, aparece como el método para decidir, en casos de colisión de valores e intereses constitucionales, si debe prevalecer el derecho del art. 18.2 CE u otros valores e intereses constitucionalmente protegidos" (STC 160/1991, de 18 de julio, FJ 8). En estrecha conexión con lo anterior hemos declarado que la resolución judicial sólo puede cumplir su función en la medida en que esté motivada, constituyendo la motivación, entonces, parte esencial de la resolución judicial misma (SSTC 126/1995, de 25 de julio, FJ 2; 139/1999, de 22 de julio, FJ 2; en idéntico sentido, SSTC 290/1994, de 27 de octubre, FJ 31; 50/1995, de 23 de febrero, FJ 5; 41/1998, de 24 de febrero, FJ 34; 171/1999, de 27 de septiembre, FJ 10; 8/2000, de 17 de enero, FJ 4). Esa exigencia de motivación constituye la vía de verificación de que la actuación judicial ha operado como "garantía de la excepcionalidad de la injerencia permitida por el art. 18.2 CE y, en todo caso, como garantía de la proporcionalidad de la restricción de todo derecho fundamental" (STC 171/1999, de 27 de septiembre, FJ 10, y citándola STC 8/2000, de 17 de enero, FJ 4).¹³⁸⁴

En Alemania, está claro en su Ley fundamental que los derechos fundamentales inherentes a la personalidad pueden quedarse limitados por la ley o por exigencias de respeto al orden constitucional o la ley moral. La *Grundgesetz für die Bundesrepublik Deutschland*, de 23 de mayo de 1949, establece, en su Art. 1.1, que "*La dignidad humana es intangible. Respetarla y*

¹³⁸⁴ ESPAÑA. Tribunal Constitucional. Sala Segunda. Sentencia 22/2003, de 10 de febrero de 2003. Recurso de amparo 4400/99. Promovido don Atilano Magadán García frente a las Sentencias de la Audiencia Provincial de Oviedo y de un Juzgado de lo Penal que le condenaron por delitos de tenencia ilícita de armas de fuego y de amenazas. Vulneración del derecho a la inviolabilidad del domicilio, y supuesta vulneración de los derechos a un proceso con garantías y a la presunción de inocencia: entrada y registro autorizada por la esposa del acusado, que es su denunciante; licitud de la prueba obtenida. Publicado en: «BOE» núm. 55, de 5 de marzo de 2003, páginas 65 a 74 (10 págs.).

*protegerla es obligación de todo poder público*¹³⁸⁵, en su artículo 2.1, que “*Toda persona tiene el derecho al libre desarrollo de su personalidad siempre que no viole los derechos de otra ni atente contra el orden constitucional o la ley moral*”¹³⁸⁶, y en el artículo 2.2, dispone que la ley puede limitar los derechos a la vida, a la integridad física y a la libertad¹³⁸⁷.

La propia Ley Fundamental alemana aclara que los derechos fundamentales, necesarios al libre desarrollo de la personalidad y, por eso, derechos de la personalidad, no son absolutos, lo que nos permite concluir que la *Wille zur Verfassung* es de dejar posible la limitación de otro derecho de la misma naturaleza – el derecho a la personalidad – bajo la premisa de que no existen derechos solutos en el ordenamiento jurídico alemán.

La *Costituzione della Repubblica Italiana*, de 1947, también crea un listado de derechos fundamentales de naturaleza personal, y luego después de establecer cada uno de ellos, crea también hipótesis razonable de su limitación, de la forma en la cual se explica a continuación. En su artículo 2, la *Costituzione* informa que la República reconoce y garantiza los derechos inviolables del hombre, en la medida en la cual también exige el cumplimiento de los deberes de solidaridad política, económica y social.¹³⁸⁸

En el artículo 13, la Constitución de Italia establece que es inviolable la libertad personal, pero establece que la ley puede permitir su restricción a través de la autoridad judicial, y la

¹³⁸⁵ “Artículo 1 (1) La dignidad humana es intangible. Respetarla y protegerla es obligación de todo poder público.” En original: “(1) *Die Würde des Menschen ist unantastbar. Sie zu achten und zu schützen ist Verpflichtung aller staatlichen Gewalt.*” ALEMANIA. “Grundgesetz für die Bundesrepublik Deutschland in der im Bundesgesetzblatt Teil III, Gliederungsnummer 100-1, veröffentlichten bereinigten Fassung, das zuletzt durch Artikel 1 des Gesetzes vom 23. Dezember 2014 (BGBl. I S. 2438) geändert worden ist”, Berlín, 1949.

¹³⁸⁶ “Artículo 2 - (1) Toda persona tiene el derecho al libre desarrollo de su personalidad siempre que no viole los derechos de otros ni atente contra el orden constitucional o la ley moral.” En original: “(1) *Jeder hat das Recht auf die freie Entfaltung seiner Persönlichkeit, soweit er nicht die Rechte anderer verletzt und nicht gegen die verfassungsmäßige Ordnung oder das Sittengesetz verstößt.*” ALEMANIA. “Grundgesetz für die Bundesrepublik Deutschland in der im Bundesgesetzblatt Teil III, Gliederungsnummer 100-1, veröffentlichten bereinigten Fassung, das zuletzt durch Artikel 1 des Gesetzes vom 23. Dezember 2014 (BGBl. I S. 2438) geändert worden ist”, Berlín, 1949.

¹³⁸⁷ “Artículo 2 – (...) (2) Toda persona tiene el derecho a la vida y a la integridad física. La libertad de la persona es inviolable. Estos derechos sólo podrán ser restringidos en virtud de una ley.” En original: “(2) *Jeder hat das Recht auf Leben und körperliche Unversehrtheit. Die Freiheit der Person ist unverletzlich. In diese Rechte darf nur auf Grund eines Gesetzes eingegriffen werden.*” ALEMANIA. “Grundgesetz für die Bundesrepublik Deutschland in der im Bundesgesetzblatt Teil III, Gliederungsnummer 100-1, veröffentlichten bereinigten Fassung, das zuletzt durch Artikel 1 des Gesetzes vom 23. Dezember 2014 (BGBl. I S. 2438) geändert worden ist”, Berlín, 1949.

¹³⁸⁸ “Art. 2. - *La Repubblica riconosce e garantisce i diritti inviolabili dell'uomo, sia come singolo, sia nelle formazioni sociali ove si svolge la sua personalità, e richiede l'adempimento dei doveri inderogabili di solidarietà politica, economica e sociale.*” ITALIA. *Costituzione della Repubblica Italiana*, in: *Gazzetta Ufficiale*, n. 298, Roma, 1947.

autoridad administrativa de seguridad pública lo puede hacer en caso de urgencia, bajo la necesidad de comunicación a la autoridad judicial en cuarenta y ocho horas¹³⁸⁹. En relación con el secreto de las comunicaciones, su artículo 15 permite su limitación, con autorización judicial.¹³⁹⁰ Lo mismo se puede decir del derecho a la libre circulación, reconocido en su artículo 16, limitado incluso para los propios ciudadanos italianos en virtud circunstancias de salud pública o seguridad, u otras obligaciones, creadas por la ley¹³⁹¹. También sufre limitación el derecho a la libre manifestación del pensamiento – o libertad de expresión – en la Constitución Italiana, porque el mismo artículo que lo reconoce establece la posibilidad de su restricción en los casos de realización de delitos u otros, establecidos por la ley.¹³⁹²

De la misma forma, el artículo 22 de la Constitución Italiana permite la privación de la capacidad, de la ciudadanía y del nombre, al informar que por razones políticas dichos derechos no pueden ser privados de alguien¹³⁹³. Eso permite concluir que por algunas razones, en virtud de la ley, y con autorización judicial es posible, de hecho, privar alguien de su ciudadanía, capacidad jurídica o su nombre, derechos que pueden ser considerados más que fundamentales, que son el núcleo duro de la propia existencia del derecho a la personalidad, lo que aporta aún más fuerza a la idea de que la personalidad es un derecho. En su artículo 27 la Constitución prohíbe la pena de muerte¹³⁹⁴, pero permite una reducción permanente de la

¹³⁸⁹ “Art. 13. - La libertà personale è inviolabile. Non è ammessa forma alcuna di detenzione, di ispezione o perquisizione personale, né qualsiasi altra restrizione della libertà personale, se non per atto motivato dell’autorità giudiziaria e nei soli casi e modi previsti dalla legge. In casi eccezionali di necessità ed urgenza, indicati tassativamente dalla legge, l’autorità di pubblica sicurezza può adottare provvedimenti provvisori, che devono essere comunicati entro quarantotto ore all’autorità giudiziaria e, se questa non li convalida nelle successive quarantotto ore, si intendono revocati e restano privi di ogni effetto.” ITALIA. Costituzione della Repubblica Italiana, in: Gazzetta Ufficiale, n. 298, Roma, 1947.

¹³⁹⁰ “Art. 15. - La libertà e la segretezza della corrispondenza e di ogni altra forma di comunicazione sono inviolabili. La loro limitazione può avvenire soltanto per atto motivato dell’autorità giudiziaria con le garanzie stabilite dalla legge.” ITALIA. Costituzione della Repubblica Italiana, in: Gazzetta Ufficiale, n. 298, Roma, 1947.

¹³⁹¹ “Art. 16. - Ogni cittadino può circolare e soggiornare liberamente in qualsiasi parte del territorio nazionale, salvo le limitazioni che la legge stabilisce in via generale per motivi di sanità o di sicurezza. Nessuna restrizione può essere determinata da ragioni politiche. Ogni cittadino è libero di uscire dal territorio della Repubblica e di rientrarvi, salvo gli obblighi di legge.” ITALIA. Costituzione della Repubblica Italiana, in: Gazzetta Ufficiale, n. 298, Roma, 1947.

¹³⁹² “Art. 21. - Tutti hanno diritto di manifestare liberamente il proprio pensiero con la parola, lo scritto e ogni altro mezzo di diffusione. La stampa non può essere soggetta ad autorizzazioni o censure. Si può procedere a sequestro soltanto per atto motivato dell’autorità giudiziaria nel caso di delitti, per i quali la legge sulla stampa espressamente lo autorizzi, o nel caso di violazione delle norme che la legge stessa prescrive per l’indicazione dei responsabili.” ITALIA. Costituzione della Repubblica Italiana, in: Gazzetta Ufficiale, n. 298, Roma, 1947.

¹³⁹³ “Art. 22. - Nessuno può essere privato, per motivi politici, della capacità giuridica, della cittadinanza, del nome.” ITALIA. Costituzione della Repubblica Italiana, in: Gazzetta Ufficiale, n. 298, Roma, 1947.

¹³⁹⁴ “Art. 27. - La responsabilità penale è personale. L’imputato non è considerato colpevole sino alla condanna definitiva. Le pene non possono consistere in trattamenti contrari al senso di umanità e devono

libertad de circulación, que es la cadena perpetua, prevista de hecho como *l'ergastolo*, en el artículo 22 del *Codice Penale Italiano*¹³⁹⁵, que ha sido declarado de acuerdo con la Constitución por la *Corte Costituzionale Italiana*, a 7 de noviembre 1974, a través del acuerdo n. 264, de la siguiente forma:

“Y eso es suficiente para concluir que el artículo 27 de la Constitución, mediante la fórmula "los castigos no pueden consistirse en tratamientos contrarios al sentido de humanidad y deben propender a la reeducación del delincuente", no ha proscrito la cadena perpetua (como lo habría podido hacer), cuando ella parezca al legislador ordinario, en el ejercicio de su poder discrecional, instrumento indispensable de intimidación de los individuos insensibles a las amenazas de menor gravedad, o medio para aislar por tiempo indeterminado los criminales que han demostrado la peligrosidad y el salvajismo de su carácter.”¹³⁹⁶

Así pues, se puede concluir que también en el ordenamiento jurídico constitucional italiano los derechos de la personalidad, como el derecho a la libre circulación y a la libre manifestación del pensamiento, no son derechos absolutos y están sujetos a limitaciones incluso de carácter perpetuo, y en virtud de su carácter central y ligación estrecha con el derecho a la personalidad – añadido al hecho de no existen derechos absolutos en este ordenamiento jurídico – conduce a la conclusión de que también en Italia el derecho a la personalidad puede quedar limitado por razones especiales, conforme la Constitución.

Además, hay que subrayar que, a diferencia del constitucionalismo de origen alemán, la *Costituzione Italiana* concibe la dignidad humana en un matiz social, no tanto iusnaturalista e individualista, cuando, después de establecer en su artículo primero que la República Italiana es una democracia fundada en el trabajo¹³⁹⁷, en su artículo cuarto liga la idea de trabajo al

tendere alla rieducazione del condannato. Non è ammessa la pena di morte.” ITALIA. *Costituzione della Repubblica Italiana*, in: Gazzetta Ufficiale, n. 298, Roma, 1947.

¹³⁹⁵ “Art. 22. *Ergastolo. La pena dell'ergastolo è perpetua, ed è scontata in uno degli stabilimenti a ciò destinati, con l'obbligo del lavoro e con l'isolamento notturno. Il condannato all'ergastolo può essere ammesso al lavoro all'aperto.*” ITALIA. Regio Decreto 19 ottobre 1930, n. 1398, *Codice Penale*, in: Gazzetta Ufficiale del 26 ottobre 1930, n. 251, Roma, 1930.

¹³⁹⁶ Texto original: “E ciò basta per concludere che l'art. 27 della Costituzione, usando la formula "le pene non possono consistere in trattamenti contrari al senso di umanità e devono tendere alla rieducazione del condannato", non ha proscritto la pena dell'ergastolo (come avrebbe potuto fare), quando essa sembri al legislatore ordinario, nell'esercizio del suo potere discrezionale, indispensabile strumento di intimidazione per individui insensibili a minatorie meno gravi, o mezzo per isolare a tempo indeterminato criminali che abbiano dimostrato la pericolosità e l'effeatezza della loro indole.” ITALIA. Corte costituzionale. *Sentenza 22 novembre 1974, n. 264*, in: Gazzetta Ufficiale del 27 novembre 1974, n. 309, Roma, 1974.

¹³⁹⁷ “Art. 1. *L'Italia è una Repubblica democratica, fondata sul lavoro.*” ITALIA. *Costituzione della Repubblica Italiana*, in: Gazzetta Ufficiale, n. 298, Roma, 1947.

deber que cada ciudadano tiene de desarrollar, de acuerdo con las propias posibilidades y las propias elecciones, una actividad que al progreso material o espiritual de la sociedad¹³⁹⁸. Es decir, la preocupación principal de la Constitución es la relación de la persona con la sociedad, en la cual la persona no adquiere sólo un conjunto de derechos, sino también adquiere deberes en relación con la comunidad, para contribuir con su desarrollo.¹³⁹⁹

La *Constituição da República Federativa do Brasil* establece, ya en su artículo primero, que la República Federativa de Brasil es un Estado Democrático de Derecho que tiene como fundamento, incluso, la dignidad de la persona humana, en su coma III¹⁴⁰⁰. Sin embargo, en el artículo dedicado al listado de los derechos y garantías fundamentales – su artículo 5 – dicha constitución informa que todos son iguales delante de la ley, y son garantizados la inviolabilidad del derecho a la vida, a la libertad, a la igualdad y a la seguridad, conforme lo que se establece en el mismo artículo, en las comas que se sieguen¹⁴⁰¹. Hay que subrayar que la seguridad es uno de los primeros derechos fundamentales individuales, establecidos por la Constitución, y reafirmado como derecho fundamental social, en el artículo 6 de su texto¹⁴⁰².

Así pues, en la coma III, del artículo 5, de la Constitución de 1988, se establece que nadie será sometido a la tortura ni a tratamiento inhumano o degradante¹⁴⁰³, en el ítem XII, que se

¹³⁹⁸ “Art. 4. La Repubblica riconosce a tutti i cittadini il diritto al lavoro e promuove le condizioni che rendano effettivo questo diritto. Ogni cittadino ha il dovere di svolgere, secondo le proprie possibilità e la propria scelta, una attività o una funzione che concorra al progresso materiale o spirituale della società.” ITALIA. *Costituzione della Repubblica Italiana*, in: Gazzetta Ufficiale, n. 298, Roma, 1947.

¹³⁹⁹ “Para os italianos, a dignidade não é tão intangível e sua adjetivação não se faz com referência ao “humano”, mas, sim, fala-se em uma “dignidade social” e está ligada ao desenvolvimento “segundo as próprias possibilidades e a própria escolha, uma atividade ou uma função que concorra ao progresso material e espiritual da sociedade” (art. 4º, § 2º da Constituição italiana de 1948). Isso significa atar à ideia de dignidade a um conceito “econômico-social” e, por isso mesmo, associá-la ao “trabalho” como forma de dignificação do homem. A preocupação aqui não é com a pessoa em si (a partir de bases jusnaturalistas), como acontece na doutrina alemã, mas no processo de inserção dessa pessoa no tecido social; isto é, a pessoa assume não apenas um direito, mas também um dever de contribuir para o progresso da sociedade com seu trabalho.” FERNANDES, Bernardo Gonçalves. *Curso de Direito Constitucional*, 8 ed., Salvador: Ed. JusPodivm. 2016, p. 305.

¹⁴⁰⁰ “Art. 1º - A República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, constitui-se em Estado Democrático de Direito e tem como fundamentos: (...) III - a dignidade da pessoa humana;” BRASIL. *Constituição da República Federativa do Brasil*, Brasília, Senado, 1988.

¹⁴⁰¹ “Art. 5º - Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes:” BRASIL. *Constituição da República Federativa do Brasil*, Brasília, Senado, 1988.

¹⁴⁰² “Art. 6º São direitos sociais a educação, a saúde, a alimentação, o trabalho, a moradia, o transporte, o lazer, a segurança, a previdência social, a proteção à maternidade e à infância, a assistência aos desamparados, na forma desta Constituição.” BRASIL. *Constituição da República Federativa do Brasil*, Brasília, Senado, 1988.

¹⁴⁰³ “Art. 5º - (...) III - ninguém será submetido a tortura nem a tratamento desumano ou degradante;” BRASIL. *Constituição da República Federativa do Brasil*, Brasília, Senado, 1988.

reconoce el secreto de las comunicaciones, pero que dicho derecho puede quedarse limitado por resolución judicial en una investigación criminal¹⁴⁰⁴, en la coma LVIII, que la ley puede determinar la recogida de las huellas dactilares del imputado, incluso si él presenta su documento nacional de identidad¹⁴⁰⁵ y, en la coma XLVII, que sólo habrá pena de muerte en los casos de guerra¹⁴⁰⁶, pena que tiene efectiva previsión legal¹⁴⁰⁷, y se aplicará a través de fusilamiento¹⁴⁰⁸.

Hay que tener en cuenta que el Supremo Tribunal Federal, en Brasil, ha declarado que no se puede considerar normas constitucionales originarias como normas inconstitucionales, lo que excluye, de entrada, el intento de considerar la pena de muerte inconstitucional en Brasil. Véase la sentencia dictada por este Tribunal, a continuación:

"Acción directa de inconstitucionalidad. Los apartados 1 y 2 del artículo 45 de la Constitución. - La tesis de que hay jerarquía de las normas constitucionales originarias, lo que permitiría la declaración de inconstitucionalidad de algunas normas constitucionales, en relación con otras normas del mismo rango, es incompatible con el sistema de Constitución rígida. En la constitución actual "es responsabilidad del Tribunal Supremo, especialmente, proteger la Constitución" (artículo 102, "*caput*"), lo que presupone que dicha competencia se le atribuye para impedir que se viole a la Constitución como un conjunto, y no, con respecto a ella, realizar el papel de fiscal Poder Constituyente originario con el fin de comprobar si dicho Poder ha violado o no a los principios de derecho suprapositivo que él mismo ha puesto en el texto de la propia Constitución. Por otra parte, las cláusulas inmutables no pueden ser indicadas como fundamento para reconocerse da idea de la inconstitucionalidad de normas constitucionales supuestamente inferiores, en relación con normas constitucionales supuestamente superiores, porque la Constitución ha creado las cláusulas inmutables sólo como límites al Poder Constituyente derivado, este realiza la revisión o modificación de la Constitución elaborada por la Poder Constituyente originario, y no

¹⁴⁰⁴ "Art. 5º - (...) XII - é inviolável o sigilo da correspondência e das comunicações telegráficas, de dados e das comunicações telefônicas, salvo, no último caso, por ordem judicial, nas hipóteses e na forma que a lei estabelecer para fins de investigação criminal ou instrução processual penal;" BRASIL. *Constituição da República Federativa do Brasil*, Brasília, Senado, 1988.

¹⁴⁰⁵ "Art. 5º - (...) LVIII - o civilmente identificado não será submetido a identificação criminal, salvo nas hipóteses previstas em lei;" BRASIL. *Constituição da República Federativa do Brasil*, Brasília, Senado, 1988.

¹⁴⁰⁶ "Art. 5º - (...) XLVII - não haverá penas: a) de morte, salvo em caso de guerra declarada, nos termos do art. 84, XIX;" BRASIL. *Constituição da República Federativa do Brasil*, Brasília, Senado, 1988.

¹⁴⁰⁷ "Art. 55. As penas principais são: a) morte;" BRASIL. *Decreto-lei nº 1.001, de 21 de outubro de 1969*. Código Penal Militar. *Diário Oficial da República Federativa do Brasil*, Brasília, DF, 21 out. 1969.

¹⁴⁰⁸ "Art. 56. A pena de morte é executada por fuzilamento." BRASIL. *Decreto-lei nº 1.001, de 21 de outubro de 1969*. Código Penal Militar. *Diário Oficial da República Federativa do Brasil*, Brasília, DF, 21 out. 1969.

como forma de imponerse normas al propio Poder Constituyente originario, con respecto a las otras normas que no son consideradas como cláusulas inmutables, y por eso pueden ser modificadas. Acción que se desestima por imposibilidad jurídica del pedido.”¹⁴⁰⁹

La previsión constitucional de la pena de muerte en el propio artículo de la Constitución que garantiza la inviolabilidad del derecho a la vida es la clara manifestación de que ni siquiera el derecho a la vida, presupuesto de ejercicio de cualquier otro derecho o de existencia de la propia personalidad, es absoluto en el ordenamiento constitucional citado, razón por la cual es posible concluir que no existen derechos absolutos y, por eso, el derecho a la personalidad también puede quedarse limitado, de acuerdo con el espíritu de la Constitución.

Así pues, en todos estos supuestos, parece que la, con autorización judicial y previsión legal, es posible preservar la personalidad aun cuando es necesario limitarse la dicho derecho de alguien, en un supuesto de hecho – como en los casos de pena de muerte en Brasil, prisión perpetua en Italia, y registro e interceptación de comunicaciones en España – porque dicha autorización, bajo la ley, es lo que justifica, en las Constituciones estudiadas, la restricción de ámbito de libertades fundamentales de la persona. Eso representa una limitación de derechos inherentes al carácter humano, que no son absolutos, de acuerdo con lo que establecen las constituciones de dichos países, lo que permite concluir que incluso la personalidad no es absoluta en dichos ordenamientos jurídicos. Ahora bien, se pasa al análisis de las declaraciones internacionales de disponen sobre derechos humanos.

8.1.3 Tratados, Cartas, Convenciones y Declaraciones internacionales.

¹⁴⁰⁹Texto Original: “*Ação direta de inconstitucionalidade. Parágrafos 1º e 2º do artigo 45 da Constituição Federal. - A tese de que há hierarquia entre normas constitucionais originárias dando azo à declaração de inconstitucionalidade de umas em face de outras e impossível com o sistema de Constituição rígida. - Na atual Carta Magna "compete ao Supremo Tribunal Federal, precipuamente, a guarda da Constituição" (artigo 102, "caput"), o que implica dizer que essa jurisdição lhe é atribuída para impedir que se desrespeite a Constituição como um todo, e não para, com relação a ela, exercer o papel de fiscal do Poder Constituinte originário, a fim de verificar se este teria, ou não, violado os princípios de direito suprapositivo que ele próprio havia incluído no texto da mesma Constituição. - Por outro lado, as cláusulas pétreas não podem ser invocadas para sustentação da tese da inconstitucionalidade de normas constitucionais inferiores em face de normas constitucionais superiores, porquanto a Constituição elaborada pelo Poder Constituinte originário, e não como abrangendo normas cuja observância se impôs ao próprio Poder Constituinte originário com relação as outras que não sejam consideradas como cláusulas pétreas, e, portanto, possam ser emendadas. Ação não conhecida por impossibilidade jurídica do pedido.*”STF - ADI 815, Relator(a): Min. MOREIRA ALVES, Tribunal Pleno, julgado em 28/03/1996, DJ 10-05-1996 PP-15131 EMENT VOL-01827-02 PP-00312.

Existen, por lo menos, tres formas de un Estado soberano relacionarse con un tratado o declaración internacional. Teniendo en cuenta su soberanía¹⁴¹⁰ y el derecho o valor de la libre determinación de los pueblos, reconocido formalmente en el artículo 2, de la Resolución número 1.514 (XV) de la Asamblea General de las Naciones Unidas, de 14 de diciembre de 1960¹⁴¹¹, un Estado puede rechazar el contenido de estos documentos, como lo hicieron los Estados Unidos de América, en relación con el protocolo de Kioto¹⁴¹², al cual rechazó su ratificación el 28 de marzo de 2001¹⁴¹³ (sin embargo lo haber firmado el 12 de diciembre de 1998¹⁴¹⁴). Un Estado también puede tener dichos documentos como fuente de inspiración de su ordenamientos constitucional, como lo hacen los países de cultura occidental, y en especial y de forma expresa, España¹⁴¹⁵, en relación con la Declaración Universal de Derechos

¹⁴¹⁰ “La soberanía no es limitada, ni en poder, ni en responsabilidad, ni en tiempo. Del mismo modo, los diez comisarios establecidos para reformar las costumbres y ordenanzas, pese a que tenían poder absoluto e inapelable y todos los magistrados quedaban suspendidos durante su comisión, no por ello detentaban la soberanía, ya que, cumplida la comisión, su poder expiraba, como ocurría con el del dictador. Supongamos que, cada año, se elige a uno o varios de los ciudadanos y se les da poder absoluto para manejar el estado y gobernarlo por entero sin ninguna clase de oposición, ni apelación. ¿No podremos decir, en tal caso, que aquéllos tienen la soberanía, puesto que es absolutamente soberano quien, salvo a Dios, no reconoce a otro por superior? Respondo, sin embargo, que no la tienen, ya que sólo son simples depositarios del poder, que se les ha dado por tiempo limitado. Tampoco el pueblo se despoja de la soberanía cuando instituye uno o varios lugartenientes con poder absoluto por tiempo limitado, y mucho menos si el poder es revocable al arbitrio del pueblo, sin plazo redeterminado. En ambos casos, ni uno ni otro tienen nada en propio y deben dar cuenta de sus cargos a aquel del que recibieron el poder de mando.” BODIN, Jean. *Los seis libros de la República*. 1576. Selección, traducción y estudio preliminar de Pedro Bravo Gala, 3 edición, Editorial Tecnos, Madrid, 1997, p. 49.

¹⁴¹¹ “2. Todos los pueblos tienen el derecho de libre determinación; en virtud de este derecho, determinan libremente su condición política y persiguen libremente su desarrollo económico, social y cultural.” ONU. *Declaración sobre la concesión de la independencia a los países y pueblos coloniales*. Aprobada por la Resolución 1514 (XV) de la Asamblea General de las Naciones Unidas el 14 de diciembre de 1960.

¹⁴¹² ONU. *Convención Marco de las Naciones Unidas sobre el Cambio Climático* (CMNUCC). Nueva York el 9 de mayo de 1992

¹⁴¹³ “In March 28, 2001, President George W. Bush announced that the United States would not implement the Kyoto Protocol on global warming.1 Given the current energy crisis as well as “the incomplete state of scientific knowledge of the causes of, and solutions to, global climate change and the lack of commercially available technologies for removing and storing carbon dioxide,” the President said he could not sign an agreement that would “harm our economy and hurt our workers.”2 He also objected to the fact that the Protocol--which has been ratified by only one of the countries necessary before it could go into effect--still “exempts 80 percent of the world...from compliance.”3 President Bush supports a policy approach to the issue of global climate change that is based on sound science, and he has offered to work with America's allies and through international processes to “develop technologies, market-based incentives, and other innovative approaches” that would address the factors involved more effectively.” COON, Charli. “Why President Bush Is Right to Abandon the Kyoto Protocol”. *The Heritage Foundation*, 11 May 2001. Disponible en: <<http://www.heritage.org/research/reports/2001/05/president-bush-right-to-abandon-kyoto-protocol>>.

Consultado el 06 nov. 2015.

¹⁴¹⁴ United Nations Framework Convention on Climate Change - KYOTO PROTOCOL - STATUS OF RATIFICATION - Last modified on: 14 January 2009. Disponible en: <http://unfccc.int/files/kyoto_protocol/status_of_ratification/application/pdf/kp_ratification.pdf>, acceso en 26/08/2016.

¹⁴¹⁵ “Artículo 10 - 2. Las normas relativas a los derechos fundamentales y a las libertades que la Constitución reconoce se interpretarán de conformidad con la Declaración Universal de Derechos Humanos y los tratados y acuerdos internacionales sobre las mismas materias ratificados por España.” ESPAÑA. Constitución Española, de 27 de diciembre de 1978. *Boletín Oficial del Estado*, 29 de diciembre de 1978, núm. 311.

Humanos¹⁴¹⁶ y, por fin, un Estado puede firmar y ratificar un tratado o declaración, para que haga parte de su ordenamiento jurídico y tenga fuerza normativa o vinculante, como también lo hizo España¹⁴¹⁷, en relación con el Tratado de Lisboa de 2007¹⁴¹⁸ (Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea¹⁴¹⁹), a través de la edición de la Ley Orgánica 1/2008, de 30 de julio¹⁴²⁰, en conformidad con el artículo 10, apartado 2, de la Constitución Española¹⁴²¹, y lo hizo Brasil, en relación con Pacto de San José de Costa Rica de 1969¹⁴²² (Convención Americana sobre Derechos Humanos), a través del Decreto Legislativo n. 678, de 6 de noviembre de 1992¹⁴²³, en conformidad con el párrafo 3, del artículo 5, de la Constitución de la República Federativa de Brasil de 1988¹⁴²⁴⁻¹⁴²⁵.

¹⁴¹⁶ ONU. *Declaración Universal de Derechos Humanos*, Asamblea General de las Naciones Unidas. *Resolución 217 A (III)*, en París, el 10 de diciembre de 1948.

¹⁴¹⁷ “Artículo 1. Autorización de la ratificación del Tratado de Lisboa. Se autoriza la ratificación por España del Tratado de Lisboa, por el que se modifican el Tratado de la Unión Europea y el Tratado constitutivo de la Comunidad Europea, firmado en la capital de la República de Portugal el 13 de diciembre de 2007. Artículo 2. Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea. A tenor de lo dispuesto en el párrafo segundo del artículo 10 de la Constitución española y en el apartado 8 del artículo 1 del Tratado de Lisboa, las normas relativas a los derechos fundamentales y a las libertades que la Constitución reconoce se interpretarán también de conformidad con lo dispuesto en la Carta de los Derechos Fundamentales publicada en el «Diario Oficial de la Unión Europea» de 14 de diciembre de 2007, cuyo texto íntegro se reproduce a continuación:” ESPAÑA. Ley Orgánica 1/2008, de 30 de julio, por la que se autoriza la ratificación por España del Tratado de Lisboa, por el que se modifican el Tratado de la Unión Europea y el Tratado Constitutivo de la Comunidad Europea, firmado en la capital portuguesa el 13 de diciembre de 2007. *Boletín Oficial del Estado*» núm. 184, de 31 de julio de 2008.

¹⁴¹⁸ “Artículo 6 - 1. La Unión reconoce los derechos, libertades y principios enunciados en la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea de 7 de diciembre de 2000, tal como fue adaptada el 12 de diciembre de 2007 en Estrasburgo, la cual tendrá el mismo valor jurídico que los Tratados. Las disposiciones de la Carta no ampliarán en modo alguno las competencias de la Unión tal como se definen en los Tratados. Los derechos, libertades y principios enunciados en la Carta se interpretarán con arreglo a las disposiciones generales del título VII de la Carta por las que se rige su interpretación y aplicación y teniendo debidamente en cuenta las explicaciones a que se hace referencia en la Carta, que indican las fuentes de dichas disposiciones.” UNIÓN EUROPEA. Tratado de Lisboa por el que se modifican el Tratado de la Unión Europea y el Tratado constitutivo de la Comunidad Europea, firmado en Lisboa el 13 de diciembre de 2007. *Diario Oficial de la Unión Europea*. C 306. Año 50, 17 de diciembre de 2007.

¹⁴¹⁹ El 1 de diciembre de 2009, la Carta pasó a ser jurídicamente vinculante en razón de tener la misma fuerza vinculante que los tratados y, en consecuencia, la Carta forma parte del Derecho primario de la Unión y, como tal, sirve de parámetro de referencia a la hora de examinar la validez del Derecho derivado y de las medidas nacionales.

¹⁴²⁰ ESPAÑA. Ley Orgánica 1/2008, de 30 de julio, por la que se autoriza la ratificación por España del Tratado de Lisboa, por el que se modifican el Tratado de la Unión Europea y el Tratado Constitutivo de la Comunidad Europea, firmado en la capital portuguesa el 13 de diciembre de 2007. *Boletín Oficial del Estado*» núm. 184, de 31 de julio de 2008.

¹⁴²¹ “Artículo 10 - 2. Las normas relativas a los derechos fundamentales y a las libertades que la Constitución reconoce se interpretarán de conformidad con la Declaración Universal de Derechos Humanos y los tratados y acuerdos internacionales sobre las mismas materias ratificados por España.” ESPAÑA. Constitución Española, de 27 de diciembre de 1978. *Boletín Oficial del Estado*, 29 de diciembre de 1978, núm. 311.

¹⁴²² OEA. *Convención Americana sobre Derechos Humanos*. (Pacto de San José) Conferencia especializada interamericana sobre derechos humanos, San José, 2 de noviembre 1969.

¹⁴²³ “Art. 1º A Convenção Americana sobre Direitos Humanos (Pacto de São José da Costa Rica), celebrada em São José da Costa Rica, em 22 de novembro de 1969, apensa por cópia ao presente decreto, deverá ser cumprida tão inteiramente como nela se contém.” BRASIL. Decreto Nº 678, de 6 novembro de 1992. Promulga a

La posibilidad de crearse obligaciones y responsabilidades para los Estados que firman y ratifican los acuerdos internacionales, en especial, en el tema de los derechos humanos, obtuvo centralidad después de la Segunda Guerra Mundial¹⁴²⁶, con la finalidad de crearse un sistema formal y material permanente de responsabilización por violaciones injustificadas, masivas y desproporcionadas a los Derechos Humanos de los Estados que pierden las conflictos armados y/o no ocupan un papel de centralidad en la política económica mundial, para que no sea necesario recurrirse a tribunales de excepción, como lo que pasó en *Nürnberg*, en los años 1945 y 1946¹⁴²⁷. Fue eso lo que motivó la creación del Tribunal Penal Internacional, a través del Estatuto de Roma, por ejemplo¹⁴²⁸.

La más grande ventaja de un sistema de protección de Derechos Humanos Internacionales, a parte de su papel simbólico – lo que sería muy pequeño para un tema tan importante – es la creación de la obligación de protección del ser humano más allá de su vínculo con cualquier Estado (ciudadanía), algo como un Derecho de Guerra permanente y mejorado, con una autoridad investida de sus funciones con antelación a la realización de los supuestos de

Convenção Americana sobre Direitos Humanos (Pacto de São José da Costa Rica), de 22 de novembro de 1969. *Diário Oficial da União*, Brasília, DF, 9 nov. 1992.

¹⁴²⁴ “Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes: (...) § 3º Os tratados e convenções internacionais sobre direitos humanos que forem aprovados, em cada Casa do Congresso Nacional, em dois turnos, por três quintos dos votos dos respectivos membros, serão equivalentes às emendas constitucionais.” BRASIL. *Constituição da República Federativa do Brasil*, Brasília, Senado, 1988.

¹⁴²⁵ Aunque no haya sido aprobado con un *quorum* de enmienda a la Constitución, dicho tratado tiene status de norma suprallegal e infraconstitucional, conforme acuerdo vinculante (precedente con fuerza de ley) n. 25, del Supremo Tribunal Federal (Tribunal Constitucional) y, de forma muy clara, en el la resolución de la Acción Directa de inconstitucionalidad n. 5.240, dictada a 20.8.2015, por el mismo tribunal.

¹⁴²⁶ HENKIN, Louis et al. *International law: cases and materials*. 3. ed. Minnesota: West Publishing, 1993. p. 375

¹⁴²⁷ Hay que subrayar que, sólo porque han sido creados, en realidad, para dar una protección parcial de los derechos humanos, contra los perdedores (el más grande ejemplo de eso es el hecho de que nunca hubo una condena en contra EE.UU. por la práctica de crímenes de guerra, sin embargo muchos hechos hayan sido muy bien reportados, como podría considerarse lo que pasa en Guantánamo, por ejemplo), no significa que desde el momento en que se tiene consciencia de dicha limitación, no se les pueda dar efectividad multifrontal, pero a eso se antevé un obstáculo que parece intransponible: la inexistencia e imposibilidad de hecho, en la actualidad, de establecerse un poder central mundial que pueda imponer su voluntad a los estados soberanos, lo que, si realizado, sería el más grande ejemplo de imperialismo y tiranía de la historia de la humanidad.

¹⁴²⁸ “Artículo 1. La Corte. Se instituye por el presente una Corte Penal Internacional («La Corte»). La Corte será una institución permanente, estará facultada para ejercer su jurisdicción sobre personas respecto de los crímenes más graves de trascendencia internacional de conformidad con el presente Estatuto y tendrá carácter complementario de las jurisdiccionales penales nacionales. La competencia y el funcionamiento de la Corte se regirán por las disposiciones del presente Estatuto.” ONU. Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional, Roma el 17 de julio de 1998.

hecho¹⁴²⁹, reconociéndose un valor universal a los derechos humanos. Aunque dicho sistema presente rasgos fuertes de problemas de legitimación – como se puede observar desde estudios contemporáneos como la obra del filósofo alemán Odo Marquard¹⁴³⁰, hasta previsiones de sociólogos como Max Weber¹⁴³¹ – y que no exista una autoridad para perseguir y ejecutar de formar efectivamente imparcial los supuestos de hecho de que trata, dicho sistema es lo que tenemos hoy.

En relación con la forma de tratar los derechos humanos, el derecho a la personalidad y la posibilidad de ponderación de estos derechos, se empieza el análisis de la *Déclaration des Droits de l'Homme et du Citoyen*, de la revolución francesa, de 1789. En primero lugar, dicho documento representa una fuente de inspiración de los ordenamientos jurídicos estudiados, no una norma vigente en España, Italia o Brasil.

La Declaración, en su apartado IV, dispone acerca del principio de legalidad y lesividad social, al informar que se reconoce la libertad de hacer todo lo que no cause perjuicio a los demás, que el ejercicio de los derechos naturales del hombre está limitado por la garantía de los derechos de los demás miembros de la sociedad, y que la ley debe determinar dichos límites¹⁴³². Una vez más, hay que subrayar que en la hora de reconocerse estos derechos al

¹⁴²⁹ Como explica Louis Henkin: “*Subsequentemente à Segunda Guerra Mundial, os acordos internacionais de direitos humanos têm criado obrigações e responsabilidades para os Estados, com respeito às pessoas sujeitas à sua jurisdição, e um direito costumeiro internacional tem se desenvolvido. O emergente Direito Internacional dos Direitos Humanos institui obrigações aos Estados para com todas as pessoas humanas e não apenas para com estrangeiros. Este Direito reflete a aceitação geral de que todo indivíduo deve ter direitos, os quais todos os Estados devem respeitar e proteger. Logo, a observância dos direitos humanos é não apenas um assunto de interesse particular do Estado (e relacionado à jurisdição doméstica), mas é matéria de interesse internacional e objeto próprio de regulação do Direito Internacional*”. HENKIN, Louis et al. *International law: cases and materials*. 3. ed. Minnesota: West Publishing, 1993. p. 375-376.

¹⁴³⁰ “Generalmente, las historias se tornan sospechosas: los mitos se reducen a supersticiones, las tradiciones a prejuicios, las historias a vehiculos de distracción de la mera cultura. (...) Por ello el mundo moderno no ha superado mitos e historias, sino que de hecho tan solo ha engendrado una carencia de historia: un lugar vacio, una vacante. En ese espacio vacante irrumpe ahora con un ímpetu aparentemente irresistible el monomito postmonoteísta: la historia emancipatoria y revolucionaria de la humanidad que se siente vocada a monopolizar, mediante la filosofía de la historia, “la” historia en singular.” MARQUARD, Odo, *Adiós a los principios*, Valencia, Alfonso el Magnánim, 2000, p. 111.

¹⁴³¹ “Es inevitable (y además está justificado) que el hijo del mundo cultural europeo moderno trate los problemas de la historia universal preguntándose: ¿qué concatenación de circunstancias ha conducido a que precisamente en Occidente, y sólo aquí, surgieran fenómenos culturales que se encontraban (al menos, según nos complace figurarnos) en una dirección de desarrollo con significado y validez universales?” Weber, *apud* MARQUARD, Odo. *Apología de lo contingente*. Valencia: El Magnánim, 2000, p. 85.

¹⁴³² “IV. La libertad consiste en poder hacer todo aquello que no cause perjuicio a los demás. El ejercicio de los derechos naturales de cada hombre, no tiene otros límites que los que garantizan a los demás miembros de la sociedad el disfrute de los mismos derechos. Estos límites sólo pueden ser determinados por la ley.” FRANCIA. *Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano*. Extracto del acta de la Asamblea Nacional del jueves 1 de octubre de 1789, Paris, 1789.

hombre – incluso los derechos naturales, inherentes al carácter humano del ser – la Declaración se fija en la necesidad de limitación de los ámbitos de los derechos personales, para posibilitar la garantía de seguridad de los derechos de los demás, lo que refuerza la tesis de que los derechos no son absolutos, ni tampoco los derechos inherentes al ser humano, desde una sistema iusnaturalista.

Sigue la *Déclaration* a informar, en su apartado VI, que la ley debe ser igual para todos, sea para proteger o castigar, admitida la diferenciación entre las personas sólo en razón de sus virtudes y conocimientos¹⁴³³, en el apartado VII, que la ley puede establecer los casos de arrestos y detenciones de las personas, a los cuales los ciudadanos están obligados a soportar¹⁴³⁴, en el apartado IX, se autoriza la prisión provisional¹⁴³⁵, en el apartado X, se permite la limitación del valioso derecho a la libre manifestación del pensamiento por razones de manutención del orden público¹⁴³⁶ y en el apartado XI, la punición por abuso de este derecho (o de libertad)¹⁴³⁷ y, finalmente, el apartado XVII permite la limitación del inviolable y sagrado derecho a la propiedad¹⁴³⁸, cualidades que la propia Declaración reconoce a este derecho.

¹⁴³³ “VI. La ley es expresión de la voluntad de la comunidad. Todos los ciudadanos tienen derecho a colaborar en su formación, sea personalmente, sea por medio de sus representantes. Debe ser igual para todos, sea para proteger o para castigar. Siendo todos los ciudadanos iguales ante ella, todos son igualmente elegibles para todos los honores, colocaciones y empleos, conforme a sus distintas capacidades, sin ninguna otra distinción que la creada por sus virtudes y conocimientos.” FRANCIA. *Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano*. Extracto del acta de la Asamblea Nacional del jueves 1 de octubre de 1789, París, 1789.

¹⁴³⁴ “VII. Ningún hombre puede ser acusado, arrestado y mantenido en confinamiento, excepto en los casos determinados por la ley, y de acuerdo con las formas por ésta prescritas. Todo aquél que promueva, solicite, ejecute o haga que sean ejecutadas órdenes arbitrarias, debe ser castigado, y todo ciudadano requerido o aprendido por virtud de la ley debe obedecer inmediatamente, y se hace culpable si ofrece resistencia.” FRANCIA. *Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano*. Extracto del acta de la Asamblea Nacional del jueves 1 de octubre de 1789, París, 1789.

¹⁴³⁵ “IX. Todo hombre es considerado inocente hasta que ha sido declarado convicto. Si se estima que su arresto es indispensable, cualquier rigor mayor del indispensable para asegurar su persona ha de ser severamente reprimido por la ley.” FRANCIA. *Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano*. Extracto del acta de la Asamblea Nacional del jueves 1 de octubre de 1789, París, 1789.

¹⁴³⁶ “X. Ningún hombre debe ser molestado por razón de sus opiniones, ni aun por sus ideas religiosas, siempre que al manifestarlas no se causen trastornos del orden público establecido por la ley.” FRANCIA. *Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano*. Extracto del acta de la Asamblea Nacional del jueves 1 de octubre de 1789, París, 1789.

¹⁴³⁷ “XI. Puesto que la libre comunicación de los pensamientos y opiniones es uno de los más valiosos derechos del hombre, todo ciudadano puede hablar, escribir y publicar libremente, excepto cuando tenga que responder del abuso de esta libertad en los casos determinados por la ley.” FRANCIA. *Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano*. Extracto del acta de la Asamblea Nacional del jueves 1 de octubre de 1789, París, 1789.

¹⁴³⁸ “XVII. Siendo inviolable y sagrado el derecho de propiedad, nadie podrá ser privado de él, excepto cuando la necesidad pública, legalmente comprobada, lo exige de manera evidente, y a la condición de una indemnización previa y justa.” FRANCIA. *Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano*. Extracto del acta de la Asamblea Nacional del jueves 1 de octubre de 1789, París, 1789.

De la lectura de la Declaración Universal de los Derechos del Hombre y del Ciudadano de 1789, el primer documento público donde se ha puesto el deseo de civilidad y rechazo de la tiranía, hay que fijarse en algunos de sus aspectos, a saber: la posibilidad expresa de limitarse los derechos naturales en razón de la necesidad de garantía de los derechos de los demás (apartado IV), la posibilidad de diferenciación de personas en razón de sus virtudes (apartado VI), la posibilidad de limitarse el derecho de libertad ambulatoria en razón de aplicación de la ley (apartado VII), incluso antes de la condena (apartado IX), la limitación de derechos valiosos en razón de la manutención del orden público (apartado X), incluso la punición de los que abusan de dichos derechos (apartado XI), y la limitación a derechos inviolables y sagrados, como la propiedad (apartado XVII). Dichas limitaciones pueden existir por razones sociales importantes, ante la necesidad de garantía de la seguridad de los demás, en situaciones previstas en la ley, conforme los citados trechos del documento.

Si consideramos hoy que todas las personas poseen el estatus de ciudadano, a que hace referencia dicha Declaración, en razón del derecho a la personalidad (natural o positivado, no importa) ser un derecho que permite el ejercicio de todos los derechos citados y, por eso, la personalidad tiene la misma naturaleza y origen de ellos, y si tenemos en cuenta el principio hermenéutico de igualdad, que informa *ubi eadem ratio, ibi eadem jus* (donde hay la misma razón, debe haber el mismo derecho), se puede concluir que también para la Declaración la personalidad puede quedarse eventualmente limitada, como pasa con los derechos inviolables, sagrados y valiosos a que hace referencia.

Incluso se puede decir, después de la lectura de este documento, que él no reconoce los adjetivos *sagrado*, *inviolable* o *valioso* a la libertad ambulatoria, lo que hace en relación con otros derechos, como la propiedad o la libre manifestación del pensamiento, lo que refuerza la tesis de que la reducción de la plenitud del derecho a la personalidad para fines penales, basada en fuertes razones sociales y necesidades reales de garantía de los derechos de los demás, de acuerdo con una ley establecida de forma democrática y previa, no puede ser considerado algo tiránico o bárbaro.

Siguiendo la misma línea, se pasa al análisis de la Declaración Universal de los Derechos Humanos, un documento que fue aprobado por la Asamblea General de las Naciones Unidas

en su Resolución 217 A (III), el 10 de diciembre de 1948¹⁴³⁹, en París, que en sus treinta artículos dispone sobre los derechos humanos considerados básicos, a partir de la Carta de las Naciones Unidas – o Carta de San Francisco, de 26 de junio de 1945¹⁴⁴⁰.

Dicha Declaración es considerada el fundamento de las normas internacionales sobre derechos humanos, e incluso, de muchas Constituciones¹⁴⁴¹ y ha inspirado un valioso conjunto de tratados internacionales de derechos humanos legalmente vinculantes. Su importancia fundamental es promover el reconocimiento universal de que los derechos básicos y las libertades fundamentales son inherentes a todos los seres humanos, y que todos y cada uno de ellos ha nacido libre y con igualdad de dignidad y de derechos. Independientemente de los vínculos políticos de uno con los Estados soberanos, desde el 10 de diciembre de 1948 los Estados que la han firmado la Declaración se comprometieron a defender la dignidad y la justicia para todos los seres humanos.¹⁴⁴²

La Declaración Universal de Derechos Humanos, de acuerdo con el artículo 10, apartado 2, de la Constitución Española, tiene la función de orientación y fundamento para la interpretación de las normas relativas a los derechos fundamentales y a las libertades que la Constitución reconoce¹⁴⁴³, lo que pone en evidencia su función central en el momento de analizarse dichos derechos en España. Además, ella sirve también de fuente de inspiración para la Constitución

¹⁴³⁹ ONU. *Declaración Universal de Derechos Humanos*, Asamblea General de las Naciones Unidas. *Resolución 217 A (III)*, en París, el 10 de diciembre de 1948.

¹⁴⁴⁰ ONU. *Carta de las Naciones Unidas*. San Francisco, de 26 de junio de 1945.

¹⁴⁴¹ *Verbi gratia*: “Artículo 10 - 2. Las normas relativas a los derechos fundamentales y a las libertades que la Constitución reconoce se interpretarán de conformidad con la Declaración Universal de Derechos Humanos y los tratados y acuerdos internacionales sobre las mismas materias ratificados por España.” ESPAÑA. Constitución Española, de 27 de diciembre de 1978. *Boletín Oficial del Estado*, 29 de diciembre de 1978, núm. 311.

¹⁴⁴² “La Declaración Universal de Derechos Humanos (DUDH) es considerada generalmente el fundamento de las normas internacionales sobre derechos humanos. Aprobada hace casi 60 años, la DUDH ha inspirado un valioso conjunto de tratados internacionales de derechos humanos legalmente vinculantes y la promoción de estos derechos en todo el mundo a lo largo de las últimas seis décadas. Además, sigue siendo una fuente de inspiración para cada uno de nosotros, ya sea en momentos de conflicto, en sociedades que sufren represión, en la lucha contra las injusticias, y en nuestros esfuerzos por lograr el disfrute universal de los derechos humanos. La Declaración supone el primer reconocimiento universal de que los derechos básicos y las libertades fundamentales son inherentes a todos los seres humanos, inalienables y aplicables en igual medida a todas las personas, y que todos y cada uno de nosotros hemos nacido libres y con igualdad de dignidad y de derechos. Independientemente de nuestra nacionalidad, lugar de residencia, género, origen nacional o étnico, color de piel, religión, idioma o cualquier otra condición, el 10 de diciembre de 1948 la comunidad internacional se comprometió a defender la dignidad y la justicia para todos los seres humanos.” ONU. *Declaración Universal de Derechos Humanos*, Asamblea General de las Naciones Unidas. *Resolución 217 A (III)*, en París, el 10 de diciembre de 1948.

¹⁴⁴³ “Artículo 10 - 2. Las normas relativas a los derechos fundamentales y a las libertades que la Constitución reconoce se interpretarán de conformidad con la Declaración Universal de Derechos Humanos y los tratados y acuerdos internacionales sobre las mismas materias ratificados por España.” ESPAÑA. Constitución Española, de 27 de diciembre de 1978. *Boletín Oficial del Estado*, 29 de diciembre de 1978, núm. 311.

de algunos países, como la Constitución de la República Federativa de Brasil de 1988, y tiene rango constitucional en otros, conforme el artículo 75, inciso 22, de la Constitución de la Nación Argentina de 1994¹⁴⁴⁴.

El artículo 3 de dicha Declaración reconoce el derecho a la vida, libertad y seguridad a todo individuo¹⁴⁴⁵ y en su artículo 6, ella reconoce expresamente que la personalidad es un derecho, de la siguiente forma: “*Artículo 6 - Todo ser humano tiene derecho, en todas partes, al reconocimiento de su personalidad jurídica.*”¹⁴⁴⁶ Es decir, si la Declaración Universal de Derechos Humanos, que de acuerdo con el artículo 10, apartado 2, de la Constitución Española, tiene la función orientar la interpretación de los derechos y libertades fundamentales, reconoce que la personalidad es un derecho de todos, en realidad la personalidad, en España, es un derecho, y se puede añadir que, como pasa con todos los derechos, no es absoluto y permite ponderación en determinados supuestos de hecho, como en los casos de necesidades de garantía del citado derecho a la seguridad, reconocido por la misma declaración.

La idea del carácter no absoluto de los derechos y libertades fundamentales está presente en todos los documentos hasta ahora estudiados, e incluso en la declaración en cuestión, conforme se ha demostrado, y se puede observar en otras de sus partes. Su artículo 9, por ejemplo, con el fin de garantizar el derecho reconocido a la libertad, informa que nadie podrá

¹⁴⁴⁴ “Art. 75.- Corresponde al Congreso: (...) 22. Aprobar o desechar tratados concluidos con las demás naciones y con las organizaciones internacionales y los concordatos con la Santa Sede. Los tratados y concordatos tienen jerarquía superior a las leyes. La Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre; la Declaración Universal de Derechos Humanos; la Convención Americana sobre Derechos Humanos; el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales; el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y su Protocolo Facultativo; la Convención sobre la Prevención y la Sanción del Delito de Genocidio; la Convención Internacional sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación Racial; la Convención sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación contra la Mujer; la Convención contra la Tortura y otros Tratos o Penas Crueles, Inhumanos o Degradantes; la Convención sobre los Derechos del Niño; en las condiciones de su vigencia, tienen jerarquía constitucional, no derogan artículo alguno de la primera parte de esta Constitución y deben entenderse complementarios de los derechos y garantías por ella reconocidos. Sólo podrán ser denunciados, en su caso, por el Poder Ejecutivo nacional, previa aprobación de las dos terceras partes de la totalidad de los miembros de cada Cámara. Los demás tratados y convenciones sobre derechos humanos, luego de ser aprobados por el Congreso, requerirán del voto de las dos terceras partes de la totalidad de los miembros de cada Cámara para gozar de la jerarquía constitucional.” ARGENTINA. *Constitución de la Nación Argentina*, sancionada por el Congreso General Constituyente el 1º de mayo de 1856, Buenos Aires, Congreso General Constituyente, 1994.

¹⁴⁴⁵ “Artículo 3 - Todo individuo tiene derecho a la vida, a la libertad y a la seguridad de su persona.” ONU. *Declaración Universal de Derechos Humanos*, Asamblea General de las Naciones Unidas. *Resolución 217 A (III)*, en París, el 10 de diciembre de 1948.

¹⁴⁴⁶ “Artículo 6. Todo ser humano tiene derecho, en todas partes, al reconocimiento de su personalidad jurídica.” ONU. *Declaración Universal de Derechos Humanos*, Asamblea General de las Naciones Unidas. *Resolución 217 A (III)*, en París, el 10 de diciembre de 1948.

ser arbitrariamente detenido¹⁴⁴⁷, lo que permite claramente la realización de una detención en razón de buenos motivos, como por ejemplo, la peligrosidad real del individuo demostrada en el proceso penal o la ejecución de una condena definitiva.

El artículo 21, apartado 2, de la Declaración, por ejemplo, establece que toda persona tiene el derecho de acceso, en condiciones de igualdad, a las funciones públicas de su país¹⁴⁴⁸, lo que no excluye la posibilidad de limitación de edad para participar en las oposiciones para cargos de la policía, por ejemplo, aunque dicho artículo nos presente, de forma expresa, la frase “*en condiciones de igualdad*”, limitación esta que es legítima por una cuestión razonable de ponderación entre los derechos de acceso a funciones públicas y el principio de eficiencia de la actividad la administración pública.

La Declaración Universal de Derechos Humanos de 1948, en su artículo 29, apartado 1, reconoce que sólo se puede desarrollar plena y libremente la personalidad con una vida en comunidad, lo que exige deberes de respeto a los demás¹⁴⁴⁹, y en su apartado 2, establece la posibilidad de limitación de los derechos y libertades fundamentales con el fin de asegurar los derechos y libertades de los otros, y además, para satisfacer a las justas exigencias de la moral, del orden público y del bienestar general, en una sociedad democrática. Esto significa que, de acuerdo con dicha Declaración, la limitación de derechos fundamentales es lícita, si realizada justificadamente, para asegurar los derechos de los demás y para satisfacer exigencias de garantía del orden público, e incluso de la moral, lo que es una posibilidad real y efectiva de realización de un juicio de ponderación de derechos fundamentales¹⁴⁵⁰. En definitiva, lo que no se permite es la supresión arbitraria de derechos y garantías

¹⁴⁴⁷ “Artículo 9 - Nadie podrá ser arbitrariamente detenido, preso ni desterrado.” ONU. *Declaración Universal de Derechos Humanos*, Asamblea General de las Naciones Unidas. *Resolución 217 A (III)*, en París, el 10 de diciembre de 1948.

¹⁴⁴⁸ “Artículo 21 - 1. Toda persona tiene derecho a participar en el gobierno de su país, directamente o por medio de representantes libremente escogidos. 2. Toda persona tiene el derecho de acceso, en condiciones de igualdad, a las funciones públicas de su país.” ONU. *Declaración Universal de Derechos Humanos*, Asamblea General de las Naciones Unidas. *Resolución 217 A (III)*, en París, el 10 de diciembre de 1948.

¹⁴⁴⁹ “Artículo 29 - 1. Toda persona tiene deberes respecto a la comunidad, puesto que sólo en ella puede desarrollar libre y plenamente su personalidad.” ONU. *Declaración Universal de Derechos Humanos*, Asamblea General de las Naciones Unidas. *Resolución 217 A (III)*, en París, el 10 de diciembre de 1948.

¹⁴⁵⁰ “Artículo 29 - 2. En el ejercicio de sus derechos y en el disfrute de sus libertades, toda persona estará solamente sujeta a las limitaciones establecidas por la ley con el único fin de asegurar el reconocimiento y el respeto de los derechos y libertades de los demás, y de satisfacer las justas exigencias de la moral, del orden público y del bienestar general en una sociedad democrática.” ONU. *Declaración Universal de Derechos Humanos*, Asamblea General de las Naciones Unidas. *Resolución 217 A (III)*, en París, el 10 de diciembre de 1948.

fundamentales, conforme establece el artículo 30 de Declaración¹⁴⁵¹, sin embargo, está de acuerdo con su espíritu la ponderación de valores e principios relacionados con derechos fundamentales.

Ahora bien, hay que informar que existe otro documento normativo que dispone sobre derechos humanos, en vigencia en los estados americanos, llamado Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre¹⁴⁵², aprobada en Bogotá (Colombia) en el año 1948. La vigencia de la Declaración Americana sobre Derechos y Deberes del Hombre proviene de los textos de la Carta de la Organización de los Estados Americanos, y sus artículos 3.j, 16, 51.e, 112 y 150¹⁴⁵³ y del Estatuto de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos que fue aprobada por la Asamblea General de la OEA en el año 1979, que informa expresamente que por derechos humanos se entienden los derechos consagrados en la Declaración Americana de Derechos y Deberes del Hombre de 1948 en relación con los Estados que no son parte de la Convención Americana sobre Derechos Humanos de 1969¹⁴⁵⁴.

Además, y más importante, hay que subrayar que, en relación con la fuerza normativa de dicha Declaración, de acuerdo con el artículo 29 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos de 1969 (Pacto de San José de Costa Rica, 1969), que ha entrado en el ordenamiento jurídico brasileño como el Decreto n. 678, 6 de noviembre de 1992, norma que tiene estatus supralegal, conforme resolución del Supremo Tribunal Federal (Tribunal Constitucional)¹⁴⁵⁵ en la ADI n. 5.240, de 20.08.2015, de la forma que se explica a

¹⁴⁵¹ “Artículo 30 - Nada en esta Declaración podrá interpretarse en el sentido de que confiere derecho alguno al Estado, a un grupo o a una persona, para emprender y desarrollar actividades o realizar actos tendientes a la supresión de cualquiera de los derechos y libertades proclamados en esta Declaración.” ONU. *Declaración Universal de Derechos Humanos*, Asamblea General de las Naciones Unidas. *Resolución 217 A (III)*, en París, el 10 de diciembre de 1948.

¹⁴⁵² OEA. Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre. Novena Conferencia Internacional Americana. Bogotá, Colombia, 1948.

¹⁴⁵³ OEA. Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre. Novena Conferencia Internacional Americana. Bogotá, Colombia, 1948.

¹⁴⁵⁴ OEA. *Convención Americana sobre Derechos Humanos*. (Pacto de San José) Conferencia especializada interamericana sobre derechos humanos, San José, 2 de noviembre 1969.

¹⁴⁵⁵ "Esse caráter supralegal do tratado devidamente ratificado e internalizado na ordem jurídica brasileira - porém não submetido ao processo legislativo estipulado pelo artigo 5º, § 3º, da Constituição Federal - foi reafirmado pela edição da Súmula Vinculante 25, segundo a qual 'é ilícita a prisão civil de depositário infiel, qualquer que seja a modalidade do depósito'. Tal verbete sumular consolidou o entendimento deste tribunal de que o artigo 7º, item 7, da Convenção Americana de Direitos Humanos teria ingressado no sistema jurídico nacional com status supralegal, inferior à Constituição Federal, mas superior à legislação interna, a qual não mais produziria qualquer efeito naquilo que conflitasse com a sua disposição de vedar a prisão civil do depositário infiel. Tratados e convenções internacionais com conteúdo de direitos humanos, uma vez ratificados e internalizados, ao mesmo passo em que criam diretamente direitos para os indivíduos, operam a supressão de

continuación, informa que ninguna disposición de ésta Convención puede ser interpretada en el sentido de: “d) *Excluir o limitar el efecto que pueden producir la Declaración Americana de Derechos y Deberes del Hombre y otros actos internacionales de la misma naturaleza*”¹⁴⁵⁶. Dicha norma, que tiene rango supralegal en Brasil, informa expresamente que la Declaración Americana de Derechos y Deberes del Hombre de 1948 hace parte del sistema interamericano de derechos humanos, y determina su vigencia y producción plena de efectos jurídicos¹⁴⁵⁷.

Dicha Declaración prevé la posibilidad de ponderación de derechos fundamentales, además de reconocer expresamente la personalidad como un derecho. En primer lugar, en su artículo 17, dicha declaración establece el “*Derecho de reconocimiento de la personalidad jurídica y de los derechos civiles. Toda persona tiene derecho a que se le reconozca en cualquier parte como sujeto de derechos y obligaciones, y a gozar de los derechos civiles fundamentales.*”¹⁴⁵⁸ Es decir, la Declaración reconoce que toda persona tiene el derecho a la personalidad y a los demás derechos civiles, lo que es reconocer la personalidad jurídica como un derecho, humano o fundamental.

A continuación, el artículo 28 de la Declaración identifica el “*Alcance de los derechos del hombre. Los derechos de cada hombre están limitados por los derechos de los demás, por la seguridad de todos y por las justas exigencias del bienestar general y del desenvolvimiento*

efeitos de outros atos estatais infraconstitucionais que se contrapõem à sua plena efetivação.” BRASIL. Supremo Tribunal Federal. ADI 5240, Relator(a): Min. LUIZ FUX, Tribunal Pleno, julgado em 20/08/2015, PROCESSO ELETRÔNICO DJe-018 DIVULG 29-01-2016 PUBLIC 01-02-2016.

¹⁴⁵⁶ OEA. *Convención Americana sobre Derechos Humanos*. (Pacto de San José) Conferencia especializada interamericana sobre derechos humanos, San José, 2 de noviembre 1969.

¹⁴⁵⁷ “Consideramos que el valor jurídico de la Declaración Americana sobre Derechos y Deberes del Hombre deriva: a) de los artículos 3.j, 16, 51.e, 112 y 150 de la Carta de la OEA que han establecido normas sobre derechos humanos como principios básicos del sistema interamericano; y b) del Estatuto de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos que fue aprobada por la Asamblea General de la OEA en su noveno período ordinario de sesiones (La Paz, Bolivia, octubre de 1979). En este Estatuto se dice expresamente que por derechos humanos se entienden los derechos consagrados en la Declaración Americana de Derechos y Deberes del Hombre de 1948 en relación con los Estados que no son parte de la Convención Americana sobre Derechos Humanos de 1969. Además, según el artículo 29 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos de 1969, que contiene normas sobre interpretación de la Convención se dice que ninguna disposición de ésta puede ser interpretada en el sentido de: “d) Excluir o limitar el efecto que pueden producir la Declaración Americana de Derechos y Deberes del Hombre y otros actos internacionales de la misma naturaleza”. Esta norma está indicando que el sistema interamericano acepta que la Declaración Americana de Derechos y Deberes del Hombre produzca efectos jurídicos.” MONROY CABRA, Monroy Cabra, Marco Gerardo. “Aplicación de la Declaración Americana de Derechos y Deberes del Hombre por la Comisión Interamericana de Derechos Humanos” in: *Revista del Instituto Interamericano de Derechos Humanos*, Número Especial, San José, Maio, 1989.

¹⁴⁵⁸ OEA. *Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre*. Novena Conferencia Internacional Americana. Bogotá, Colombia, 1948, Artículo 17.

democrático.”¹⁴⁵⁹ La propia Declaración, que reconoce la personalidad como un derecho, informa que los derechos humanos están limitados por los derechos de los otros y por exigencias de seguridad colectiva, del bienestar general o del desarrollo democrático. La Declaración reconoce la personalidad como un derecho y luego establece la posibilidad de limitación de dicho derecho, de forma expresa y textual, lo que es exactamente la proposición que se sostiene en este apartado.

Igual disposición puede ser encontrada en la *Declaración sobre el derecho y el deber de los individuos, los grupos y las instituciones de promover y proteger los derechos humanos y las libertades fundamentales universalmente reconocidos*, Resolución aprobada por la Asamblea General de las Naciones Unidas, sobre la base del informe de la Tercera Comisión, en su artículo 18, apartado 1, a saber: “*Toda persona tiene deberes respecto de la comunidad y dentro de ella, puesto que sólo en ella puede desarrollar libre y plenamente su personalidad.*”¹⁴⁶⁰

Al final, el artículo 33 de La Declaración establece el “*Deber de obediencia a la Ley. Toda persona tiene el deber de obedecer a la Ley y demás mandamientos legítimos de las autoridades de su país y de aquél en que se encuentre.*”¹⁴⁶¹, que dispone de forma expresa que cada uno debe seguir lo que establece la Ley y las órdenes legítimas de las autoridades públicas. Eso permite castigar uno por la quiebra de dicho deber de obediencia, a través de la limitación del ámbito de disponibilidad de algún derecho personal, como el derecho a la libertad o al patrimonio, todos estos derechos fundamentales, y quizás, a través de la limitación de la propia personalidad, si presentes razones serias de necesidad de salvaguardia de la seguridad colectiva, conforme los artículos citados en los párrafos antecedentes.

En relación con la Convención Americana sobre Derechos Humanos (Pacto de San José de Costa Rica), de 22 de noviembre de 1969, incorporado al ordenamiento jurídico brasileño

¹⁴⁵⁹ OEA. *Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre*. Novena Conferencia Internacional Americana. Bogotá, Colombia, 1948, Artículo 28.

¹⁴⁶⁰ ONU. *Declaración sobre el derecho y el deber de los individuos, los grupos y las instituciones de promover y proteger los derechos humanos y las libertades fundamentales universalmente reconocidos*. Asamblea General de las Naciones Unidas. 8 de marzo de 1999.

¹⁴⁶¹ OEA. *Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre*. Novena Conferencia Internacional Americana. Bogotá, Colombia, 1948, Artículo 33

como Decreto n. 678, 6 de noviembre de 1992¹⁴⁶², hay que aclarar su especial lugar en el sistema normativo brasileño. Se admite que la cumbre del sistema jurídico de los países de cultura occidental que dispongan de un sistema de control de constitucionalidad de las leyes es la propia Constitución. Desde Kelsen, la Constitución tiene el rol de basar y dar identidad a todas las normas infraconstitucionales, como a las leyes orgánicas, leyes ordinarias, decretos, reglamentos, ordenanzas, actos normativos *et caetera*, que deben obligatoriamente ser compatibles con el texto constitucional¹⁴⁶³.

El 30 de diciembre de 2004, se ha editado la Enmienda Constitucional n. 45, que ha cambiado la clasificación de la constitución brasileña en relación con su unidad: se ha cambiado de una constitución dicha orgánica, que agota todas las normas de rango constitucional en un único documento, para un modelo de constitución inorgánico, que establece la posibilidad que otras normas que están fuera del texto constitucional tengan el rango constitucional. Dicha enmienda ha cambiado el artículo quinto de la Constitución, y establece que esta reconoce como los derechos y garantías fundamentales previstas en tratados internacionales de los cuales Brasil tome parte (párrafo segundo)¹⁴⁶⁴, y además, que los tratados y convenciones internacionales de derechos humanos aprobados por el Congreso Nacional con un quórum de enmienda constitucional, tendrán rango constitucional (párrafo tercero)¹⁴⁶⁵.

Lo que pasa es que muchos tratados y convenciones internacionales han sido incorporados al ordenamiento jurídico brasileño con anterioridad a la Enmienda Constitucional n. 45, del año 2004, y han poseído siempre el rango de ley ordinaria, como ha pasado con la Convención Americana sobre Derechos Humanos (Pacto de San José de Costa Rica), que ha vigorado en Brasil, desde su ratificación, con el rango de ley ordinaria.

¹⁴⁶² OEA. *Convención Americana sobre Derechos Humanos*. (Pacto de San José) Conferencia especializada interamericana sobre derechos humanos, San José, 2 de noviembre 1969.

¹⁴⁶³ “A norma do escalão superior regula – como já se mostrou – o ato através do qual é produzida a norma do escalão inferior, ou o ato de execução, quando já deste apenas se trata; ela determina não só o processo em que a norma inferior ou o ato de execução são postos, mas também, eventualmente, o conteúdo da norma a estabelecer ou do ato de execução a realizar.” KELSEN, Hans. *Teoria Pura do Direito*. 7. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2006, p. 387.

¹⁴⁶⁴ “Art. 5. (...) § 2º Os direitos e garantias expressos nesta Constituição não excluem outros decorrentes do regime e dos princípios por ela adotados, ou dos tratados internacionais em que a República Federativa do Brasil seja parte.” BRASIL. *Constituição da República Federativa do Brasil*, Brasília, Senado, 1988.

¹⁴⁶⁵ “Art. 5. (...) § 3º Os tratados e convenções internacionais sobre direitos humanos que forem aprovados, em cada Casa do Congresso Nacional, em dois turnos, por três quintos dos votos dos respectivos membros, serão equivalentes às emendas constitucionais.” BRASIL. *Constituição da República Federativa do Brasil*, Brasília, Senado, 1988.

Sin embargo, el Supremo Tribunal Federal, la Corte Constitucional en Brasil, en el año 2008, ha reconocido el rango supralegal a dicha convención al dictar las resoluciones en los Recursos Extraordinarios n. 349.703¹⁴⁶⁶ y n. 466.343¹⁴⁶⁷, y en el Habeas Corpus n. 87.585¹⁴⁶⁸, en el sentido de cambiar su orientación y no permitir más la prisión del depositario infiel (quien recibe del juzgado la atribución de guardia de un bien y no lo devuelve cuando notificado), lo que es una modalidad de prisión civil.

Dicho cambio de orientación ha pasado de una forma no ortodoxa, en virtud de lo que se expone a continuación. La *Convención Americana sobre Derechos Humanos*, en su artículo 7, apartado 7¹⁴⁶⁹, establece que sólo se puede arrestar alguien por razones de Derecho civil en consecuencia al impago de pensión alimenticia. Sin embargo, el propio texto de la Constitución de 1988 permite la prisión del depositario infiel, en el artículo 5, inciso LXVII¹⁴⁷⁰. Así pues, hay legislación infraconstitucional que establece la posibilidad de prisión

¹⁴⁶⁶ “(...) Desde a adesão do Brasil, sem qualquer reserva, ao Pacto Internacional dos Direitos Civis e Políticos (art. 11) e à Convenção Americana sobre Direitos Humanos - Pacto de San José da Costa Rica (art. 7º, 7), ambos no ano de 1992, não há mais base legal para prisão civil do depositário infiel, pois o caráter especial desses diplomas internacionais sobre direitos humanos lhes reserva lugar específico no ordenamento jurídico, estando abaixo da Constituição, porém acima da legislação interna. O status normativo supralegal dos tratados internacionais de direitos humanos subscritos pelo Brasil torna inaplicável a legislação infraconstitucional com ele conflitante, seja ela anterior ou posterior ao ato de adesão. Assim ocorreu com o art. 1.287 do Código Civil de 1916 e com o Decreto-Lei nº 911/69, assim como em relação ao art. 652 do Novo Código Civil (Lei nº 10.406/2002). (...)” BRASIL. Supremo Tribunal Federal. RE 349703, Relator(a): Min. CARLOS BRITTO, Relator(a) p/ Acórdão: Min. GILMAR MENDES, Tribunal Pleno, julgado em 03/12/2008, DJe-104 DIVULG 04-06-2009 PUBLIC 05-06-2009 EMENT VOL-02363-04 PP-00675.

¹⁴⁶⁷ “*Prisão civil. Depósito. Depositário infiel. Alienação fiduciária. Decretação da medida coercitiva. Inadmissibilidade absoluta. Insubsistência da previsão constitucional e das normas subalternas. Interpretação do art. 5º, inc. LXVII e §§ 1º, 2º e 3º, da CF, à luz do art. 7º, § 7, da Convenção Americana de Direitos Humanos (Pacto de San José da Costa Rica). Recurso improvido. Julgamento conjunto do RE nº 349.703 e dos HCs nº 87.585 e nº 92.566. É ilícita a prisão civil de depositário infiel, qualquer que seja a modalidade do depósito.*” BRASIL. Supremo Tribunal Federal. RE 466343, Relator(a): Min. CEZAR PELUSO, Tribunal Pleno, julgado em 03/12/2008, REPERCUSSÃO GERAL - MÉRITO DJe-104 DIVULG 04-06-2009 PUBLIC 05-06-2009 EMENT VOL-02363-06 PP-01106 RTJ VOL-00210-02 PP-00745 RDECTRAB v. 17, n. 186, 2010, p. 29-165.

¹⁴⁶⁸ “*A subscrição pelo Brasil do Pacto de São José da Costa Rica, limitando a prisão civil por dívida ao descumprimento inescusável de prestação alimentícia, implicou a derrogação das normas estritamente legais referentes à prisão do depositário infiel.*” BRASIL. Supremo Tribunal Federal. HC 87585, Relator(a): Min. MARCO AURÉLIO, Tribunal Pleno, julgado em 03/12/2008, DJe-118 DIVULG 25-06-2009 PUBLIC 26-06-2009 EMENT VOL-02366-02 PP-00237.

¹⁴⁶⁹ “7. Nadie será detenido por deudas. Este principio no limita los mandatos de autoridad judicial competente dictados por incumplimientos de deberes alimentarios.” OEA. *Convención Americana sobre Derechos Humanos*. (Pacto de San José) Conferencia especializada interamericana sobre derechos humanos, San José, 2 de noviembre 1969.

¹⁴⁷⁰ “Art. 5 (...) LXVII - não haverá prisão civil por dívida, salvo a do responsável pelo inadimplemento voluntário e inescusável de obrigação alimentícia e a do depositário infiel;” BRASIL. *Constituição da República Federativa do Brasil*, Brasília, Senado, 1988.

civil en esta modalidad, que está debidamente y expresamente basada en el texto constitucional¹⁴⁷¹.

Sin embargo, en virtud de la Convención Americana sobre Derechos Humanos no haber sido ratificada en Brasil con una votación típica de enmienda a la Constitución, y por eso, ella no podría revocar el texto constitucional, el Supremo Tribunal Federal, en aquel momento, ha decidido dar el estatus de norma supralegal a la Convención, con la finalidad indudable de proscribir la prisión civil del depositario infiel del país, al declarar que los tratados y convenciones de Derechos Humanos firmados por Brasil, ratificados por el Congreso como una ley ordinaria, tendrán un rango supralegal, lo que, en el caso en cuestión, pondría la legislación ordinaria sometida a un tipo de *control de supralegalidad* (o convencionalidad), y tornaría inaplicables las leyes que no estén de acuerdo con dichas normas supralegales¹⁴⁷².

Eso fue tan serio que ha originado en el Acuerdo Vinculante n. 25, del Supremo Tribunal Federal, lo que funciona como un precedente en los Estados de cultura jurídica llamada *Common Law*, que debe ser seguido como a una norma legal, que establece que es ilícita la prisión del depositario infiel¹⁴⁷³.

Aunque no se esté de acuerdo con la prisión civil en estos casos, hay que reconocer que los ministros del Tribunal han creado una categoría normativa nueva, y han establecido una forma de menoscabar el texto constitucional, al establecer que una norma, aunque basada literal y directamente en el texto constitucional, quede inaplicable en razón de la vigencia de otra norma de rango inferior a la Constitución.

¹⁴⁷¹ BRASIL. Decreto-lei nº 911, de 1º de outubro de 1969. Altera a redação do art. 66, da Lei nº 4.728, de 14 de julho de 1965, estabelece normas de processo sobre alienação fiduciária e dá outras providências. *Diário Oficial da República Federativa do Brasil*, Brasília, DF, 3 out. 1969.

¹⁴⁷² "Esse caráter supralegal do tratado devidamente ratificado e internalizado na ordem jurídica brasileira - porém não submetido ao processo legislativo estipulado pelo artigo 5º, § 3º, da Constituição Federal - foi reafirmado pela edição da Súmula Vinculante 25, segundo a qual 'é ilícita a prisão civil de depositário infiel, qualquer que seja a modalidade do depósito'. Tal verbete sumular consolidou o entendimento deste tribunal de que o artigo 7º, item 7, da Convenção Americana de Direitos Humanos teria ingressado no sistema jurídico nacional com status supralegal, inferior à Constituição Federal, mas superior à legislação interna, a qual não mais produziria qualquer efeito naquilo que conflitasse com a sua disposição de vedar a prisão civil do depositário infiel. Tratados e convenções internacionais com conteúdo de direitos humanos, uma vez ratificados e internalizados, ao mesmo passo em que criam diretamente direitos para os indivíduos, operam a supressão de efeitos de outros atos estatais infraconstitucionais que se contrapõem à sua plena efetivação." BRASIL. Supremo Tribunal Federal. ADI 5240, Relator(a): Min. LUIZ FUX, Tribunal Pleno, julgado em 20/08/2015, PROCESSO ELETRÔNICO DJe-018 DIVULG 29-01-2016 PUBLIC 01-02-2016.

¹⁴⁷³ "Súmula Vinculante 25 - É ilícita a prisão civil de depositário infiel, qualquer que seja a modalidade de depósito." BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Súmula Vinculante nº 25, In: DJe de 23.12.2009.

En una situación muy parecida, el Tribunal Constitucional Español ha resuelto la cuestión en una forma completamente diferente, y de hecho, mucho más coherente con el sistema jurídico de los países de cultura occidental y con el modelo de control de constitucionalidad kelseniano existente en nuestras constituciones.

El caso se refiere a una Decisión Marco relativa a la lucha contra el racismo y la xenofobia, aprobada por el Consejo de la Unión Europea el 20 de abril de 2007, que ha determinado que todos los países miembros deberían castigar penalmente la *negación* o la *trivialización ofensiva* de los crímenes de genocidio, es decir, del holocausto judío realizado por Alemania durante la Segunda Guerra Mundial¹⁴⁷⁴.

Dicha decisión marco sirvió de fundamento para un artículo que ya existía en el Código Penal Español, el artículo 607, apartado 2¹⁴⁷⁵, que castigaba con la pena de prisión de uno a dos años la difusión por cualquier medio de ideas o doctrinas que nieguen los delitos tipificados en su apartado 1, es decir, los delitos de genocidio.

¹⁴⁷⁴ "El Consejo de Ministros ha adoptado una Decisión marco relativa a la lucha contra determinadas formas y manifestaciones de racismo y xenofobia mediante el Derecho penal. La finalidad de la presente Decisión marco es la aproximación de las disposiciones de Derecho penal y la lucha contra los delitos racistas y xenófobos de manera más eficaz mediante el fomento de una cooperación judicial completa y efectiva entre los Estados miembros. La Decisión marco se refiere a los delitos de incitación pública al odio y a la violencia y la apología pública, la negación o la trivialización flagrante de los crímenes de genocidio, crímenes de lesa humanidad y crímenes de guerra. La presente Decisión marco se limita a los delitos cometidos por motivos de raza, color, religión, ascendencia u origen étnico o nacional. No se refiere a los delitos cometidos por otros motivos, por ejemplo por regímenes totalitarios. Sin embargo, el Consejo lamenta todos estos delitos. El Consejo invita a la Comisión a que estudie la presente Decisión marco e informe al Consejo al cabo de dos años de la entrada en vigor de la Decisión marco de si es preciso un instrumento adicional relativo a la apología pública, la negación o la trivialización flagrante de los crímenes de genocidio, crímenes de lesa humanidad y crímenes de guerra dirigidos contra un grupo de personas definidas por criterios distintos de la raza, color, religión, ascendencia u origen étnico o nacional, con la clase social o las opiniones políticas. La declaración de Berlín adoptada el 25 de marzo de 2007 declaró que "con la integración europea hemos demostrado haber aprendido la lección de las confrontaciones sangrientas y de una historia llena de sufrimiento". Habida cuenta de lo anterior, la Comisión organizará una audición europea pública sobre crímenes de genocidio, crímenes contra la humanidad y crímenes de guerra cometidos por regímenes totalitarios, así como sobre los que realicen la apología pública, la negación, la distorsión o la trivialización flagrantes, y destaca la necesidad de resarcir adecuadamente la injusticia y -en su caso- presentar una propuesta de decisión marco sobre dichos crímenes." UNIÓN EUROPEA. Consejo de la Unión Europea. Decisión marco del Consejo relativa a la lucha contra determinadas formas y manifestaciones de racismo y xenofobia. Sesión n.º 2794 del Consejo. Justicia y Asuntos de Interior. Luxemburgo, 19 y 20 de abril de 2007, p. 23 y ss.

¹⁴⁷⁵ "Artículo 607 - Los que, con propósito de destruir total o parcialmente un grupo nacional, étnico, racial, religioso o determinado por la discapacidad de sus integrantes, perpetraren alguno de los actos siguientes, serán castigados: (...) 2. La difusión por cualquier medio de ideas o doctrinas que nieguen o justifiquen los delitos tipificados en el apartado anterior de este artículo, o pretendan la rehabilitación de regímenes o instituciones que amparen prácticas generadoras de los mismos, se castigará con la pena de prisión de uno a dos años." ESPAÑA. Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código penal. *Boletín Oficial del Estado*, 24 de noviembre de 1995, núm. 281.

Delante de dicha situación, bajo la idea de que “*el art. 20 de la Constitución, en sus distintos apartados, garantiza el mantenimiento de una comunicación pública libre, sin la cual quedarían vaciados de contenido real otros derechos que la Constitución consagra*”¹⁴⁷⁶, el Tribunal Constitucional Español, en la STC 235/2007¹⁴⁷⁷, del año 2007, en la cuestión de

¹⁴⁷⁶ “Desde la primera ocasión en que este Tribunal tuvo que pronunciarse sobre el contenido constitucionalmente protegido de la libertad de expresión, venimos afirmando que “el art. 20 de la Constitución, en sus distintos apartados, garantiza el mantenimiento de una comunicación pública libre, sin la cual quedarían vaciados de contenido real otros derechos que la Constitución consagra, reducidas a formas huecas las instituciones representativas y absolutamente falseado el principio de legitimidad democrática que enuncia el art. 1.2 de la Constitución, y que es la base de toda nuestra ordenación jurídico-política. La preservación de esta comunicación pública libre sin la cual no hay sociedad libre ni, por tanto, soberanía popular, exige la garantía de ciertos derechos fundamentales comunes a todos los ciudadanos, y la interdicción con carácter general de determinadas actuaciones del poder” (STC 6/1981 de 16 de marzo, FJ 3, recogido, entre otras, en las SSTC/1990, de 15 de febrero; 336/1993, de 15 de noviembre; 101/2003, de 2 de junio; 9/2007, de 15 de enero). En sentido similar, el Tribunal Europeo de Derechos Humanos, desde la Sentencia Handyside c. Reino Unido, de 7 de diciembre de 1976, reitera que la libertad de expresión constituye uno de los fundamentos esenciales de una sociedad democrática y una de las condiciones primordiales de su progreso y del desarrollo de cada uno (SSTEDH Castells c. España, de 23 de abril de 1992, § 42, y Fuentes Bobo c. España, de 29 de febrero de 2000, § 43). Los derechos garantizados por el art. 20.1 CE, por tanto, no son sólo expresión de una libertad individual básica sino que se configuran también como elementos conformadores de nuestro sistema político democrático. Así, “el art. 20 de la Norma fundamental, además de consagrar el derecho a la libertad de expresión y a comunicar o recibir libremente información veraz, garantiza un interés constitucional: la formación y existencia de una opinión pública libre, garantía que reviste una especial trascendencia ya que, al ser una condición previa y necesaria para el ejercicio de otros derechos inherentes al funcionamiento de un sistema democrático, se convierte, a su vez, en uno de los pilares de una sociedad libre y democrática. Para que el ciudadano pueda formar libremente sus opiniones y participar de modo responsable en los asuntos públicos, ha de ser también informado ampliamente de modo que pueda ponderar opiniones diversas e incluso contrapuestas” (STC 159/1986, de 16 de diciembre, FJ 6). Consecuencia directa del contenido institucional de la libre difusión de ideas y opiniones es que, según hemos reiterado, la libertad de expresión comprende la libertad de crítica, “aun cuando la misma sea desabrida y pueda molestar, inquietar o disgustar a quien se dirige, pues así lo requieren el pluralismo, la tolerancia y el espíritu de apertura, sin lo cuales no existe ‘sociedad democrática’” (por todas, STC 174/2006, de 5 de junio, FJ 4). Por ello mismo hemos afirmado rotundamente que “es evidente que al resguardo de la libertad de opinión cabe cualquiera, por equivocada o peligrosa que pueda parecer al lector, incluso las que ataquen al propio sistema democrático. La Constitución —se ha dicho— protege también a quienes la niegan” (STC 176/1995, de 11 de diciembre, FJ 2). Es decir, la libertad de expresión es válida no solamente para las informaciones o las ideas acogidas con favor o consideradas inofensivas o indiferentes, sino también para aquellas que contrarían, chocan o inquietan al Estado o a una parte cualquiera de la población (STEDH De Haes y Gijssels c. Bélgica, de 24 de febrero de 1997, § 49).” ESPAÑA. Tribunal Constitucional. Sentencia 235/2007, de 7 de noviembre de 2007. Cuestión de inconstitucionalidad 5152-2000. Publicado en: «BOE» núm. 295, de 10 de diciembre de 2007, páginas 42 a 59 (18 págs.)

¹⁴⁷⁷ “El entendimiento de la difusión punible de conductas justificadoras del genocidio como una manifestación del discurso del odio está, además, en absoluta consonancia con los textos internacionales más recientes. Así, el art. 1 de la Propuesta de Decisión Marco relativa a la lucha contra el racismo y la xenofobia, aprobada por el Consejo de la Unión Europea en reunión de 20 de abril de 2007, limita la obligación de los Estados miembros de adoptar medidas para garantizar que se castigue la apología pública, la negación o la trivialización flagrante de los crímenes de genocidio a los casos en los que “la conducta se ejecute de tal manera que pueda implicar una incitación a la violencia o al odio” contra el grupo social afectado. (...) FALLO. En atención a todo lo expuesto, el Tribunal Constitucional, POR LA AUTORIDAD QUE LE CONFIERE LA CONSTITUCIÓN DE LA NACION ESPAÑOLA, Ha decidido Estimar parcialmente la presente cuestión de inconstitucionalidad, y en consecuencia: 1º Declarar inconstitucional y nula la inclusión de la expresión “nieguen o” en el primer inciso artículo 607.2 del Código penal.” ESPAÑA. Tribunal Constitucional. Sentencia 235/2007, de 7 de noviembre de 2007. Cuestión de inconstitucionalidad 5152-2000. Publicado en: «BOE» núm. 295, de 10 de diciembre de 2007, páginas 42 a 59 (18 págs.)

inconstitucionalidad núm. 5152-2000, ha decidido declarar inconstitucional y nula la inclusión de la expresión “*nieguen o*” en el primer inciso del artículo 607.2 del Código penal, aunque la vigencia de la Decisión Marco citada, reconociendo la Constitución Española como la cumbre y el vector de todo el ordenamiento jurídico español y todos los tipos de norma que se pretenda aplicar en España.

Conforme explicado, la Convención Americana sobre Derechos Humanos, norma de carácter supralegal en Brasil, establece, en su artículo 1, que persona es todo ser humano¹⁴⁷⁸, y luego después, en su artículo 3, que toda persona tiene derecho al reconocimiento de su personalidad jurídica, es decir, que todo ser humano tiene derecho a la personalidad y a su reconocimiento¹⁴⁷⁹, lo que refuerza la idea de acuerdo con la cual la personalidad es un derecho o, con las palabras usadas por la Convención, todos tienen el derecho al reconocimiento jurídico de su personalidad.

El artículo 7 de la Convención permite la privación de la libertad por las causas fijadas de antemano en las constituciones y las leyes de los Estados¹⁴⁸⁰, su artículo 11 permite las injerencias razonables en la vida privada, en la familia, en el domicilio y en la correspondencia de las personas¹⁴⁸¹. Es interesante subrayar que la Convención, en su artículo 5, reconoce la garantía a la integridad física, psicológica y moral de las personas, y la posibilidad de privación legítima de la libertad¹⁴⁸². Así pues, es el mismo documento que, en

¹⁴⁷⁸ “Artículo 1. Obligación de Respetar los Derechos (...) 2. Para los efectos de esta Convención, persona es todo ser humano.” OEA. *Convención Americana sobre Derechos Humanos*. (Pacto de San José) Conferencia especializada interamericana sobre derechos humanos, San José, 2 de noviembre 1969.

¹⁴⁷⁹ “Artículo 3. Derecho al Reconocimiento de la Personalidad Jurídica - Toda persona tiene derecho al reconocimiento de su personalidad jurídica.” OEA. *Convención Americana sobre Derechos Humanos*. (Pacto de San José) Conferencia especializada interamericana sobre derechos humanos, San José, 2 de noviembre 1969

¹⁴⁸⁰ “Artículo 7. Derecho a la Libertad Personal - 1. Toda persona tiene derecho a la libertad y a la seguridad personales. 2. Nadie puede ser privado de su libertad física, salvo por las causas y en las condiciones fijadas de antemano por las Constituciones Políticas de los Estados Partes o por las leyes dictadas conforme a ellas.” OEA. *Convención Americana sobre Derechos Humanos*. (Pacto de San José) Conferencia especializada interamericana sobre derechos humanos, San José, 2 de noviembre 1969

¹⁴⁸¹ “Artículo 11. Protección de la Honra y de la Dignidad - 1. Toda persona tiene derecho al respeto de su honra y al reconocimiento de su dignidad. 2. Nadie puede ser objeto de injerencias arbitrarias o abusivas en su vida privada, en la de su familia, en su domicilio o en su correspondencia, ni de ataques ilegales a su honra o reputación. 3. Toda persona tiene derecho a la protección de la ley contra esas injerencias o esos ataques.” OEA. *Convención Americana sobre Derechos Humanos*. (Pacto de San José) Conferencia especializada interamericana sobre derechos humanos, San José, 2 de noviembre 1969.

¹⁴⁸² “Artículo 5. Derecho a la Integridad Personal - 1. Toda persona tiene derecho a que se respete su integridad física, psíquica y moral. 2. Nadie debe ser sometido a torturas ni a penas o tratos crueles, inhumanos o degradantes. Toda persona privada de libertad será tratada con el respeto debido a la dignidad inherente al ser humano.” OEA. *Convención Americana sobre Derechos Humanos*. (Pacto de San José) Conferencia especializada interamericana sobre derechos humanos, San José, 2 de noviembre 1969.

su artículo 32, apartado 1, establece que toda persona tiene deberes en relación con la familia, la comunidad y la humanidad, y que, en el apartado 2, reconoce que todos “*los derechos de las personas están limitados por los derechos de los demás, por la seguridad de todos y por las justas exigencias del bien común, en una sociedad democrática*”¹⁴⁸³. Eso añade más fuerza a la proposición de que los derechos, incluso los derechos humanos y fundamentales, pueden quedarse limitados por buenas razones, en un juicio legítimo de ponderación.

El *Convenio para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales*¹⁴⁸⁴, hecho en Roma el 4 de noviembre de 1950, y enmendado por los Protocolos adicionales números 3 y 5, de 6 de mayo de 1963 y 20 de enero de 1966, respectivamente y ratificado en España a través del *Instrumento de Ratificación del Convenio para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales*¹⁴⁸⁵, fue la norma internacional que ha creado el Comisión Europea de Derechos Humanos y el Tribunal Europeo de Derechos Humanos¹⁴⁸⁶, además de otros derechos y garantías fundamentales y, por eso, es importante para el análisis que aquí se desarrolla. Además de su ratificación por parte del reino de España, la Unión Europea incorporó el mandato de la adhesión al Convenio, en el apartado 2, del artículo 6, del Tratado de la Unión Europea¹⁴⁸⁷ (en los términos establecidos por su Protocolo nº. 8) en su versión consolidada tras las modificaciones introducidas por el Tratado de Lisboa, firmado el 13 de diciembre de 2007¹⁴⁸⁸.

¹⁴⁸³ “Artículo 32. Correlación entre Deberes y Derechos - 1. Toda persona tiene deberes para con la familia, la comunidad y la humanidad. 2. Los derechos de cada persona están limitados por los derechos de los demás, por la seguridad de todos y por las justas exigencias del bien común, en una sociedad democrática.” OEA. *Convención Americana sobre Derechos Humanos*. (Pacto de San José) Conferencia especializada interamericana sobre derechos humanos, San José, 2 de noviembre 1969.

¹⁴⁸⁴ *Convenio para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales*

¹⁴⁸⁵ ESPAÑA. Instrumento de Ratificación del Convenio para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales, hecho en Roma el 4 de noviembre de 1950, y enmendado por los Protocolos adicionales números 3 y 5, de 6 de mayo de 1963 y 20 de enero de 1966, respectivamente. *Boletín Oficial del Estado* núm. 243, de 10 de octubre de 1979, páginas 23564 a 23570 (7 págs.).

¹⁴⁸⁶ ARTÍCULO 19 - Con el fin de asegurar el respeto de los compromisos que resultan para las Altas Partes Contratantes del presente Convenio, se instituyen: a) una Comisión Europea de Derechos Humanos, denominada en adelante «la Comisión»; b) un Tribunal Europeo de Derechos Humanos, denominado en adelante «el Tribunal».

¹⁴⁸⁷ “Artículo 6 (...) 2 La Unión se adherirá al Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales. Esta adhesión no modificará las competencias de la Unión que se definen en los Tratados.” UNIÓN EUROPEA. Tratado de la Unión Europea y del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea, Roma, 1957, *Diario Oficial* nº C 326 de 26/10/2012 p. 0001 – 0390.

¹⁴⁸⁸ UNIÓN EUROPEA. Tratado de Lisboa por el que se modifican el Tratado de la Unión Europea y el Tratado constitutivo de la Comunidad Europea, firmado en Lisboa el 13 de diciembre de 2007. *Diario Oficial de la Unión Europea*. C 306. Año 50, 17 de diciembre de 2007.

El artículo 2, apartado 1, de dicho Convenio, reconoce el derecho a la vida, limitado por la necesidad de ejecución de una pena capital dictada por un tribunal¹⁴⁸⁹, además de, en su apartado 2, establecer la posibilidad cesación de la vida en algunos supuestos, a saber: (a) por la realización de acto de legítima defensa, (b) para detener a una persona conforme a derecho o para impedir la evasión de un preso o detenido legalmente, y (c) reprimir, de acuerdo con la ley, una revuelta o insurrección.¹⁴⁹⁰ Así pues, el mismo artículo de la norma que reconoce el derecho a la vida, reconoce también la posibilidad de su limitación por razones de seguridad pública o de proporcionalidad.

En el artículo 8, apartado 1, el Convenio establece el derecho al respeto de la vida privada y familiar, del domicilio y de la correspondencia¹⁴⁹¹, pero en su apartado 2, dicho documento establece la posibilidad de injerencia en los derechos que reconoce, una vez que “*esté prevista por la ley y constituya una medida que, en una sociedad democrática, sea necesaria para la seguridad nacional, la seguridad pública, el bienestar económico del país, la defensa del orden y la prevención del delito, la protección de la salud o de la moral, o la protección de los derechos y las libertades de los demás.*”¹⁴⁹² En la misma medida, el artículo 9, apartado 1, reconoce el derecho a la libertad de pensamiento, conciencia y religión¹⁴⁹³, y en su apartado 2, permite la limitación de este derecho en las mismas condiciones¹⁴⁹⁴.

¹⁴⁸⁹ “Artículo 2 - 1. El derecho de toda persona a la vida está protegido por la ley. Nadie podrá ser privado de su vida intencionadamente, salvo en ejecución de una condena que imponga pena capital dictada por un tribunal al reo de un delito para el que la ley establece esa pena.” CONSEJO DE EUROPA. *Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales*. Roma, 4 de noviembre de 1950.

¹⁴⁹⁰ “Artículo 2 (...) 2. La muerte no se considerará infligida con infracción del presente artículo cuando se produzca como consecuencia de un recurso a la fuerza que sea absolutamente necesario: a) En defensa de una persona contra una agresión ilegítima. b) Para detener a una persona conforme a derecho o para impedir la evasión de un preso o detenido legalmente. c) Para reprimir, de acuerdo con la ley, una revuelta o insurrección.

¹⁴⁹¹ “Artículo 8 - 1. Toda persona tiene derecho al respeto de su vida privada y familiar, de su domicilio y de su correspondencia.” CONSEJO DE EUROPA. *Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales*. Roma, 4 de noviembre de 1950.

¹⁴⁹² “Artículo 8 (...) 2. No podrá haber injerencia de la autoridad pública en el ejercicio de este derecho, sino en tanto en cuanto esta injerencia esté prevista por la ley y constituya una medida que, en una sociedad democrática, sea necesaria para la seguridad nacional, la seguridad pública, el bienestar económico del país, la defensa del orden y la prevención del delito, la protección de la salud o de la moral, o la protección de los derechos y las libertades de los demás.” CONSEJO DE EUROPA. *Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales*. Roma, 4 de noviembre de 1950.

¹⁴⁹³ “Artículo 9 - 1. Toda persona tiene derecho a la libertad de pensamiento, de conciencia y de religión; este derecho implica la libertad de cambiar de religión o de convicciones, así como la libertad de manifestar su religión o sus convicciones individual o colectivamente, en público o en privado, por medio del culto, la enseñanza, las prácticas y la observancia de los ritos.” CONSEJO DE EUROPA. *Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales*. Roma, 4 de noviembre de 1950.

¹⁴⁹⁴ “Artículo 9 (...) 2. La libertad de manifestar su religión o sus convicciones no puede ser objeto de más restricciones que las que, previstas por la ley, constituyen medidas necesarias, en una sociedad democrática, para la seguridad pública, la protección del orden, de la salud o de la moral públicas, o la protección de los derechos o

De la misma manera, el artículo 10, apartado 1, de la Convención establece la libertad de expresión y opinión, permitido el régimen de autorización previa de las empresas de difusión de informaciones¹⁴⁹⁵, sin embargo, en su apartado 2, establece un rol muy extenso de posibilidades de limitación al ejercicio de estas libertades – más amplio que el listado del artículo 8 –, en un régimen de deberes y responsabilidades, que podrá estar sometido a ciertas formalidades, condiciones, restricciones o sanciones previstas por la ley, que constituyan medidas necesarias, en una sociedad democrática, para garantizar: (1) la seguridad nacional, (2) la integridad territorial, (3) la seguridad pública, (4) la defensa del orden, (5) la prevención del delito, (6) la protección de la salud, (7) la protección de la moral, (8) la protección de la reputación, (9) la protección de los derechos ajenos, (10) para impedir la divulgación de informaciones confidenciales, (11) para garantizar la autoridad del poder judicial y (12) para garantizar la imparcialidad de dicho poder¹⁴⁹⁶. Esto aclara muy bien que el espíritu de la Convención está de acuerdo con la idea de no atribuir el carácter absoluto de ningún derecho que establece, como una forma proporcional de permitir que se tomen las medidas necesarias, en una sociedad democrática, para la garantía de la seguridad pública y de los derechos de los demás.

Ahora bien, conforme se ha informado, la Constitución Española, en su artículo 10, apartado 2, establece que tratados y acuerdos internacionales sobre derechos humanos ratificados por España, son fuente de interpretación de los derechos fundamentales y libertades que la Constitución reconoce.¹⁴⁹⁷ La Ley Orgánica 1/2008, de 30 de julio, autoriza la ratificación por

las libertades de los demás.” CONSEJO DE EUROPA. *Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales*. Roma, 4 de noviembre de 1950.

¹⁴⁹⁵ “Artículo 10 - 1. Toda persona tiene derecho a la libertad de expresión. Este derecho comprende la libertad de opinión y la libertad de recibir o de comunicar informaciones o ideas sin que pueda haber injerencia de autoridades públicas y sin consideración de fronteras. El presente artículo no impide que los Estados sometan las empresas de radiodifusión, de cinematografía o de televisión a un régimen de autorización previa.” CONSEJO DE EUROPA. *Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales*. Roma, 4 de noviembre de 1950.

¹⁴⁹⁶ “Artículo 10 (...) 2. El ejercicio de estas libertades, que entrañan deberes y responsabilidades, podrá ser sometido a ciertas formalidades, condiciones, restricciones o sanciones previstas por la ley, que constituyan medidas necesarias, en una sociedad democrática, para la seguridad nacional, la integridad territorial o la seguridad pública, la defensa del orden y la prevención del delito, la protección de la salud o de la moral, la protección de la reputación o de los derechos ajenos, para impedir la divulgación de informaciones confidenciales o para garantizar la autoridad y la imparcialidad del poder judicial.” CONSEJO DE EUROPA. *Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales*. Roma, 4 de noviembre de 1950.

¹⁴⁹⁷ “Artículo 10 - 2. Las normas relativas a los derechos fundamentales y a las libertades que la Constitución reconoce se interpretarán de conformidad con la Declaración Universal de Derechos Humanos y los tratados y

España del Tratado de Lisboa, por el que se modifican el Tratado de la Unión Europea y el Tratado Constitutivo de la Comunidad Europea, firmado en la capital portuguesa el 13 de diciembre de 2007¹⁴⁹⁸.

Eso significa que, en España, el Tratado de Lisboa no es sólo una norma legal, sino un vector de interpretación de los derechos y libertades fundamentales establecidos por la Constitución, tratado este que también dio estatus vinculante a la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea, un documento que contiene provisiones de derechos humanos y fue proclamado por el Parlamento Europeo, el Consejo de la Unión Europea y la Comisión Europea el 7 de diciembre de 2000 en Niza¹⁴⁹⁹.

Así pues, el 1 de diciembre de 2009, la Carta pasó a ser jurídicamente vinculante. Desde esta fecha, según el artículo 6, apartado 1, del Tratado de la Unión Europea, “*La Unión reconoce los derechos, libertades y principios enunciados en la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea de 7 de diciembre de 2000, tal como fue adaptada el 12 de diciembre de 2007 en Estrasburgo, la cual tendrá el mismo valor jurídico que los Tratados.*”¹⁵⁰⁰. En consecuencia, se puede sostener que ahora la Carta forma parte del Derecho primario de la Unión y, por eso, sirve de parámetro de referencia para examinar la validez del Derecho derivado y de las medidas nacionales.

acuerdos internacionales sobre las mismas materias ratificados por España.” ESPAÑA. Constitución Española, de 27 de diciembre de 1978. *Boletín Oficial del Estado*, 29 de diciembre de 1978, núm. 311.

¹⁴⁹⁸ ESPAÑA. Ley Orgánica 1/2008, de 30 de julio, por la que se autoriza la ratificación por España del Tratado de Lisboa, por el que se modifican el Tratado de la Unión Europea y el Tratado Constitutivo de la Comunidad Europea, firmado en la capital portuguesa el 13 de diciembre de 2007. *Boletín Oficial del Estado* » núm. 184, de 31 de julio de 2008.

¹⁴⁹⁹ UNIÓN EUROPEA. Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea. *Diario Oficial de la Unión Europea*, año 55, C 326, 26 de octubre de 2012.

¹⁵⁰⁰ “Artículo 6 - 1. La Unión reconoce los derechos, libertades y principios enunciados en la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea de 7 de diciembre de 2000, tal como fue adaptada el 12 de diciembre de 2007 en Estrasburgo, la cual tendrá el mismo valor jurídico que los Tratados. Las disposiciones de la Carta no ampliarán en modo alguno las competencias de la Unión tal como se definen en los Tratados. Los derechos, libertades y principios enunciados en la Carta se interpretarán con arreglo a las disposiciones generales del título VII de la Carta por las que se rige su interpretación y aplicación y teniendo debidamente en cuenta las explicaciones a que se hace referencia en la Carta, que indican las fuentes de dichas disposiciones.” UNIÓN EUROPEA. Tratado de la Unión Europea y del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea, Roma, 1957, *Diario Oficial* n° C 326 de 26/10/2012 p. 0001 – 0390, modificado por UNIÓN EUROPEA. Tratado de Lisboa por el que se modifican el Tratado de la Unión Europea y el Tratado constitutivo de la Comunidad Europea, firmado en Lisboa el 13 de diciembre de 2007. *Diario Oficial de la Unión Europea*. C 306. Año 50, 17 de diciembre de 2007.

De esta manera, la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea establece, en su artículo 1, que la dignidad humana es inviolable y debe ser respetada y protegida¹⁵⁰¹, en su artículo 2, apartado 1, que toda persona tiene derecho a la vida, y, en el apartado 2, que se proscribire la pena de muerte¹⁵⁰², en el artículo 3, apartado 1, que toda persona tiene derecho a su integridad física y psicológica¹⁵⁰³ y en el artículo 4, que nadie podrá ser sometido a tortura ni a penas o tratos inhumanos o degradantes¹⁵⁰⁴ (lo que también está previsto en el artículo 3, del Convenio para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales¹⁵⁰⁵). Sin embargo, la misma carta que reconoce todos estos derechos fundamentales, también establece sus límites, a saber, a continuación.

El artículo 54 de dicha Carta establece la prohibición del abuso de derecho, de la siguiente forma: “*Ninguna de las disposiciones de la presente Carta podrá ser interpretada en el sentido de que implique un derecho cualquiera a dedicarse a una actividad o a realizar un acto tendente a la destrucción de los derechos o libertades reconocidos en la presente Carta o a limitaciones más amplias de estos derechos y libertades que las previstas en la presente Carta.*”¹⁵⁰⁶ Esto significa que, en primer lugar, las disposiciones acerca de derechos y garantías fundamentales de la Carta no son y no pueden ser absolutas, que pueden quedarse limitadas en algunos supuestos de hecho, y en especial, conforme establece dicho artículo, deben quedarse limitadas en supuestos que impliquen en dar lugar a su propia destrucción, lo que es una especie de reconocimiento del carácter no absoluto de sus disposiciones.

¹⁵⁰¹ “Artículo 1 - Dignidad humana - La dignidad humana es inviolable. Será respetada y protegida.” UNIÓN EUROPEA. Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea. *Diario Oficial de la Unión Europea*, año 55, C 326, 26 de octubre de 2012.

¹⁵⁰² “Artículo 2 - Derecho a la vida - 1. Toda persona tiene derecho a la vida. 2. Nadie podrá ser condenado a la pena de muerte ni ejecutado.” UNIÓN EUROPEA. Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea. *Diario Oficial de la Unión Europea*, año 55, C 326, 26 de octubre de 2012.

¹⁵⁰³ “Artículo 3 - Derecho a la integridad de la persona - 1. Toda persona tiene derecho a su integridad física y psíquica” UNIÓN EUROPEA. Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea. *Diario Oficial de la Unión Europea*, año 55, C 326, 26 de octubre de 2012.

¹⁵⁰⁴ “Artículo 4 - Prohibición de la tortura y de las penas o los tratos inhumanos o degradantes Nadie podrá ser sometido a tortura ni a penas o tratos inhumanos o degradantes.” UNIÓN EUROPEA. Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea. *Diario Oficial de la Unión Europea*, año 55, C 326, 26 de octubre de 2012.

¹⁵⁰⁵ “Artículo 3 - Prohibición de la tortura Nadie podrá ser sometido a tortura ni a penas o tratos inhumanos o degradantes.” Convenio para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales, de Roma, 1950.

¹⁵⁰⁶ “Artículo 54 - Prohibición del abuso de derecho - Ninguna de las disposiciones de la presente Carta podrá ser interpretada en el sentido de que implique un derecho cualquiera a dedicarse a una actividad o a realizar un acto tendente a la destrucción de los derechos o libertades reconocidos en la presente Carta o a limitaciones más amplias de estos derechos y libertades que las previstas en la presente Carta.” UNIÓN EUROPEA. Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea. *Diario Oficial de la Unión Europea*, año 55, C 326, 26 de octubre de 2012.

Es decir, no se puede interpretar las disposiciones de la Carta en el sentido de garantizar derechos que sostengan la posibilidad de realización de una actividad o un acto tendente a la destrucción de los derechos de los demás, no se puede utilizar de los derechos y libertades garantizados por el documento para atacar o menoscabar los derechos de los otros. Eso es lo mismo que sostener, por ejemplo, que por razones de seguridad pública basadas en la necesidad de garantía de los derechos de los otros individuos, se puede efectivamente limitar los derechos y libertades individuales, y es precisamente este razonamiento lo que permite, en los casos concretos y a grandes rasgos, la imposición de una condena de prisión. Además, el penúltimo párrafo del preámbulo de la Carta establece textualmente que: “*El disfrute de tales derechos origina responsabilidades y deberes tanto respecto de los demás como de la comunidad humana y de las futuras generaciones.*”¹⁵⁰⁷, lo que está de acuerdo con su interpretación que aquí se sostiene, en el sentido de reconocerse el deber de respeto a los derechos de los demás.

Así pues, queda claro que la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea, el documento que reconoce la existencia y determina la garantía de muchos derechos y libertades fundamentales, es el mismo documento que reconoce el carácter no absoluto de dichos derechos y libertades, con la finalidad de mantener su vigencia y respeto en relación con los demás individuos que viven en comunidad.

8.1.4 Consideraciones sobre las normas estudiadas.

La realización efectiva de los derechos humanos y sociales, y de los fundamentos y objetivos de los ordenamientos constitucionales de los países estudiados, tales como garantizar la dignidad de la persona humana¹⁵⁰⁸ o construir una sociedad libre, justa e igualitaria¹⁵⁰⁹, previstos respectivamente como fundamento y objetivo de la República Federativa de Brasil, en el artículo 1, inciso III, y artículo 3, inciso I, de su Constitución actual; el trabajo¹⁵¹⁰ o los

¹⁵⁰⁷ UNIÓN EUROPEA. Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea. *Diario Oficial de la Unión Europea*, año 55, C 326, 26 de octubre de 2012.

¹⁵⁰⁸ “Art. 1º A República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, constitui-se em Estado Democrático de Direito e tem como fundamentos: (...) III - a dignidade da pessoa humana;” BRASIL. *Constituição da República Federativa do Brasil*, Brasília, Senado, 1988.

¹⁵⁰⁹ “Art. 3º Constituem objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil: I - construir uma sociedade livre, justa e solidária;” BRASIL. *Constituição da República Federativa do Brasil*, Brasília, Senado, 1988.

¹⁵¹⁰ “Art. 1. L'Italia e` una Repubblica democratica, fondata sul lavoro.” ITALIA. *Costituzione della Repubblica Italiana*, in: *Gazzetta Ufficiale*, n. 298, Roma, 1947.

derechos inviolables del hombre, como individuo o sociedad donde se desarrolla su personalidad, a través del cumplimiento de los deberes de solidaridad política económica y social¹⁵¹¹ previstos, respectivamente, como fundamento y objeto de reconocimiento y garantía, en los artículos 1 y 2, de la Constitución de la República Italiana; o la libertad, la justicia, la igualdad y el pluralismo político, valores superiores del ordenamiento jurídico español¹⁵¹², conforme el artículo 1, apartado 1, de la Constitución del Reino de España, exige reconocer el carácter no absoluto de los derechos del ser humano, especialmente porque estos derechos pueden ser objeto de abuso (ejercicio más allá de sus límites) y también servir de excusa para reducir el ámbito de disponibilidad de otros derechos reconocidos por los ordenamientos jurídicos estudiados (ejercicio nocivo, *a priori*, dentro de sus límites), por ejemplo.

Dicha necesidad existe porque, conforme bien establece el citado artículo de la constitución Italiana y demostrado en un apartado propio en este trabajo, la personalidad humana no puede desarrollarse regularmente fuera de la sociedad. Los derechos humanos y los derechos sociales corresponden a la dimensión social del individuo, se ejercen en un contexto eminentemente social, y por eso, a ellos corresponde también deberes inherentes a su titular, y en especial, los deberes de respeto de los derechos de la misma naturaleza titularizados por los demás y de no abusar de los derechos que se le reconocen¹⁵¹³. En este sentido, queda claro

¹⁵¹¹ “Art. 2. *La Repubblica riconosce e garantisce i diritti inviolabili dell’uomo, sia come singolo, sia nelle formazioni sociali ove si svolge la sua personalità, e richiede l’adempimento dei doveri inderogabili di solidarietà politica, economica e sociale.*” ITALIA. *Costituzione della Repubblica Italiana*, in: *Gazzetta Ufficiale*, n. 298, Roma, 1947.

¹⁵¹² “Artículo 1. 1. España se constituye en un Estado social y democrático de Derecho, que propugna como valores superiores de su ordenamiento jurídico la libertad, la justicia, la igualdad y el pluralismo político.” ESPAÑA. *Constitución Española*, de 27 de diciembre de 1978. *Boletín Oficial del Estado*, 29 de diciembre de 1978, núm. 311.

¹⁵¹³ “Es necesario remarcar, que para la realización efectiva de los derechos sociales y los derechos humanos en general, además del cumplimiento de los diversos compromisos internacionales asumidos por los estados en la materia, el desarrollo y mejoramiento progresivo de las condiciones de disfrute, protección y garantía de los derechos humanos fundamentales y el papel primordial de la educación, se requiere indispensablemente del compromiso, responsabilidad y participación de todas las personas para hacer de estos ideales una realidad. Ello se debe a que los derechos sociales, a como su nombre lo indica, corresponden a una concepción social de los individuos, y por tanto estos, como miembros de dicha sociedad, tienen el deber de colaborar al mantenimiento y mejoramiento de la misma, ya que, a como hemos reiterado a lo largo del presente trabajo, es ineludible que existe “una mutua interdependencia entre la personalidad del individuo y la sociedad”, ya que ambos se requieren recíprocamente, de manera que se ha admitido ampliamente que “La personalidad evoluciona a impulsos del ambiente social y no puede aislarse jamás de la totalidad social dentro de la que se desenvuelve.” VILLALOBOS BADILLA, Kevin Johan, *El Derecho humano al Libre Desarrollo de la Personalidad*, Universidad de Costa Rica Facultad de Derecho Sede de Occidente, San Ramón, Costa Rica, 2012 (Tesis), pp. 299-300.

que “*el pleno y libre desarrollo de la personalidad del individuo sólo es posible cuando forma parte de una comunidad y observa sus deberes hacia ella.*”¹⁵¹⁴

En primer lugar, el deber de establecer y garantizar los derechos humanos fundamentales corresponde a los Estados que firman los instrumentos internacionales sobre dichos tipos de derechos. Sin embargo, en la hora de trasladar las disposiciones de derechos humanos fundamentales a sus ordenamientos jurídicos, los Estados, inevitablemente, deben establecer la imposición de deberes de respeto a los citados tipos de derechos, para que se garantice su eficacia. Si así no fuera, si no existiera la obligatoriedad de respeto a los derechos fundamentales, sería imposible pensar en una mínima efectividad de derechos fundamentales. Ahí nace el propio carácter no absoluto y los límites de los derechos fundamentales: el reconocimiento o el ejercicio de un derecho fundamental más allá de su límite o de forma dañosa a los derechos de los demás o al bien común (considerado de forma concreta y actual), es causa suficiente para limitar el reconocimiento o el ejercicio de un derecho fundamental, y hace posible y necesaria una intervención del Estado para garantizar los derechos violados¹⁵¹⁵. Esta es, precisamente, la idea de deberes fundamentales, en las palabras del eximio Gregorio Peces-Barba Martínez:

“El poder, el Estado es aceptado y consentido por la persona para la seguridad de todos, la salvaguardia y desarrollo de la comunidad y la protección de los derechos de la persona. Con esa finalidad los hombres se unen en sociedad y se sitúan bajo la protección del Estado. El deber del poder político, de las instituciones, de los operadores jurídico, será procurar esa salvaguardia de la seguridad de la libertad y el deber de los ciudadanos de una sociedad así constituida, y donde ellos pueden participar en la elaboración de esos fines, será el de obedecer al Derecho consecuencia de la acción del poder político.”¹⁵¹⁶

¹⁵¹⁴ ASBJØRN, Eide. “The Universal Declaration in Space and Time”. En: AA. VV. *Human Rights in a Pluralist World. Individuals and Collectivities*, Connecticut, Editorial Meckler, Netherlands Commission for Unesco-Roosevelt Study Center, 1990, p. 19.

¹⁵¹⁵ “Bajo el derecho internacional, las obligaciones respecto los derechos humanos son principalmente sostenidas por los estados. Cuando los estados buscan implementar estas obligaciones en las leyes nacionales, se requiere la imposición de deberes a las personas sujetas a su jurisdicción. Deberes de respetar los derechos de los otros, y deberes de contribuir al bien común, hacen posible que el estado asista y provea de manera que habilitan a todos en el disfrute de sus derechos económicos, sociales y culturales.” ASBJØRN, Eide. “Economic, Social, and Cultural Rights as Human Rights”. En: AA. VV. *Human Rights in the world community –Issues and Action*, 3 ed., Pennsylvania, University of Pennsylvania Press, 2006, p. 175.

¹⁵¹⁶ PECES-BARBA MARTÍNEZ, Gregorio. “Los deberes Fundamentales”. En: *Revista Doxa. Cuadernos de filosofía del derecho*, Alicante, n° 4, 1987, p. 337.

La idea de la existencia de deberes fundamentales de respeto a los derechos de los demás y de no ejercicio de los derechos propios más allá de los límites legales y razonables es lo que permite la propia existencia de los derechos fundamentales y su vigencia en un Estado Democrático de Derecho. El concepto de *deber* no debe ser comprendido como una parte no deseable del orden jurídico, especialmente porque su existencia es lo que garante la efectividad de los derechos, en especial, del deber de respeto y no injerencia nociva en los derechos de las otras personas. Así pues, en consecuencia de dicho razonamiento, se reconoce la posibilidad de que “*el cumplimiento de ciertos deberes sea una precondition para el disfrute de los derechos humanos*”¹⁵¹⁷, en la medida en que “*el ejercicio de los derechos humanos (...) puede ser limitado por deberes que también tienen los individuos*”¹⁵¹⁸, lo que, no necesariamente conlleva a una escatología de los derechos fundamentales pero, al revés, más bien promueve su soteriología, de una forma más apurada y consciente¹⁵¹⁹, conforme se observa: “*El ejercicio de un deber fundamental alcanza una dimensión de utilidad general, beneficiando al conjunto de los ciudadanos y a su representación jurídica, el Estado.*”¹⁵²⁰

Esta es la *rationale* de la propia existencia de los derechos fundamentales en los textos estudiados: “*Una declaración de derechos es, también, recíprocamente, una declaración de deberes. Cualquiera que sea mi derecho como hombre, es también el derecho de otro, y es mi deber garantizarlo.*”¹⁵²¹ No hay derechos sin límites ni fines, lo que queda muy claro desde las declaraciones de Derechos Humanos estudiadas, que existen en un marco de realización social del individuo. En este sentido, se puede sostener que:

“De la lectura conjunta de los incisos 1 y 2 del artículo 29 de la Declaración Universal, se desprende que los Derechos Humanos

¹⁵¹⁷ HEYNS, Christof. “La Carta Africana de Derechos Humanos y de los Pueblos”. AA. VV. *La protección internacional de los derechos humanos en los albores del siglo XXI*, Bilbao, Universidad de Deusto, 2004. p. 610.

¹⁵¹⁸ HEYNS, Christof. “La Carta Africana de Derechos Humanos y de los Pueblos”. AA. VV. *La protección internacional de los derechos humanos en los albores del siglo XXI*, Bilbao, Universidad de Deusto, 2004. p. 610.

¹⁵¹⁹ “El concepto de «deber» no debe ser entendido como prevaleciendo sobre los derechos, o que el cumplimiento de ciertos deberes sea una precondition para el disfrute de los derechos humanos. Más bien, ello implica que el ejercicio de los derechos humanos (...) puede ser limitado por deberes que también tienen los individuos. Los derechos preceden a los deberes, y el reconocimiento de los deberes es sencillamente otra vía de manifestación del tipo de limitaciones que se pueden establecer sobre los derechos.” HEYNS, Christof. “La Carta Africana de Derechos Humanos y de los Pueblos”. AA. VV. *La protección internacional de los derechos humanos en los albores del siglo XXI*, Bilbao, Universidad de Deusto, 2004. pp. 609-610.

¹⁵²⁰ PECES-BARBA MARTÍNEZ, Gregorio. “Los deberes Fundamentales”. En: *Revista Doxa*. Cuadernos de filosofía del derecho, Alicante, nº 4, 1987, p. 336.

¹⁵²¹ PAINE, Thomas. *Los derechos del hombre* (1791-1792), traducción: Agustín Jiménez. Madrid, Editorial Doncel, 1977, p. 101.

fundamentales por su misma naturaleza nacen limitados por los deberes que impone la vida en sociedad, a fin de lograr un equilibrio entre la libertad individual, los intereses del individuo, los intereses de la sociedad, la libertad de otros individuos y las exigencias propias del orden público, necesarias para el mantenimiento de la pacífica convivencia social. En palabras de Rubén Hernández, esto quiere decir que “todos los derechos fundamentales nacen limitados porque se ejercitan dentro del marco de la sociedad.”¹⁵²²

En virtud de la personalidad humana ser un sistema psíquico, pero que sólo puede existir y funcionar con un complejo mecanismo de acoplamiento estructural entre sí y los sistemas biológico y social, comprender la personalidad como una abstracción o un ente aislado de su dimensión social representaría un menoscabo fatal de su sentido y funcionalidad. De la misma forma, el derecho a la personalidad no puede ser visto como una forma aislada de metaderecho, un *dios jurídico* en el olimpo, pero debe ser dotado de sentido y funcionalidad dentro de un sistema jurídico complejo, donde los derechos “*se interrelacionan y se limitan recíprocamente, como asimismo deben armonizarse con los derechos de las demás personas dentro de un marco social y político dirigido al bien común.*”¹⁵²³

Es precisamente cuando se encuentra un estado de cosas en el cual hay un alto grado de respeto de los derechos fundamentales por los miembros de la sociedad que hay un orden social armónico, donde es posible el libre desarrollo de la personalidad. La fuerte presencia y la actuación del Estado, con la finalidad de manutención del orden público y del respeto a los derechos fundamentales, es consecuencia, en realidad, no de un estado de respeto, sino un estado de violación de los derechos fundamentales. La plena realización de los derechos fundamentales presupone la no injerencia nociva de los demás, lo que sólo es posible si “*todos los ciudadanos, de una forma generalizada, respetemos el ordenamiento jurídico, que organiza, institucionaliza y racionaliza el poder político y las relaciones sociales.*”¹⁵²⁴

¹⁵²² VILLALOBOS BADILLA, Kevin Johan, *El Derecho humano al Libre Desarrollo de la Personalidad*, Universidad de Costa Rica Facultad de Derecho Sede de Occidente, San Ramón, Costa Rica, 2012 (Tesis), p. 309.

¹⁵²³ “La persona humana no es una abstracción ni un individuo aislado, la persona es un ser social, convive con las demás personas en sociedad y actúa en el complejo mundo de la vida social y política. Asimismo, los derechos que se fundamentan en la dignidad de la persona humana deben ser examinados no en forma aislada sino formando parte del complejo sistema de derechos, los que se interrelacionan y se limitan recíprocamente, como asimismo deben armonizarse con los derechos de las demás personas dentro de un marco social y político dirigido al bien común.” NOGUEIRA ALCALÁ, Humberto. “Los derechos económicos, sociales y culturales como derechos fundamentales efectivos en el constitucionalismo democrático latinoamericano”. En: *Revista Estudios constitucionales*, Santiago de Chile, vol. 7, n° 2, 2009, pp. 146-147.

¹⁵²⁴ “Para que se pueda realizar efectivamente el respeto a la dignidad de las personas, sus derechos y el libre desarrollo de sus diferentes personalidades, es necesario que todos los ciudadanos, de una forma generalizada,

Así pues, el compromiso de todos con la efectividad de los derechos fundamentales es esencial a la vigencia de ellos. Hay que haber, de hecho, el cumplimiento de un acuerdo normativo en el cual los derechos de uno existen por la vigencia de la misma norma que establece sus deberes en relación con la comunidad. *“Y por ello, la realización efectiva del derecho al libre desarrollo de la personalidad individual y colectiva se encuentra en gran manera condicionada por cumplimiento de los deberes y el aporte de todos los individuos que conforman el conglomerado social.”*¹⁵²⁵. La realización progresiva de los derechos humanos y de la personalidad humana depende del compromiso de todos.¹⁵²⁶

En este sentido, el propio Tribunal Europeo de Derechos Humanos ha fallado que, en algunas situaciones, la necesidad de respeto a derechos colectivos, supra-individuales, permite la limitación de derechos individuales, como al informar que existe *“el derecho de las sociedades democráticas a protegerse de las organizaciones terroristas”*¹⁵²⁷, que puede ser

respetemos el ordenamiento jurídico, que organiza, institucionaliza y racionaliza el poder político y las relaciones sociales, estableciendo unas estructuras básicas para que ello sea posible. Y todo ello sólo es posible desde el momento en que se respeten los derechos de los demás.” ASÍS ROIG, Rafael; AIELLO, Ana Laura; BARRIFFI, Francisco; CAMPOY CERVERA, Ignacio y PALACIOS, Agustina. *Sobre la accesibilidad universal en el derecho*, Instituto de Derechos Humanos "Bartolomé de las Casas", Dykinson, Madrid, 2007, p.33

¹⁵²⁵ “De manera que para alcanzar las condiciones para la realización efectiva de los derechos humanos fundamentales se requiere además del compromiso de los Estados, el compromiso de todas las personas, ya que todos los seres humanos tienen el deber supremo de aportar al mejoramiento de la sociedad. Y por ello, la realización efectiva del derecho al libre desarrollo de la personalidad individual y colectiva se encuentra en gran manera condicionada por cumplimiento de los deberes y el aporte de todos los individuos que conforman el conglomerado social.” VILLALOBOS BADILLA, Kevin Johan, *El Derecho humano al Libre Desarrollo de la Personalidad*, Universidad de Costa Rica Facultad de Derecho Sede de Occidente, San Ramón, Costa Rica, 2012 (Tesis), p. 313.

¹⁵²⁶ “Solo mediante el cumplimiento de los deberes del individuo hacia la sociedad se pueden realizar progresivamente los derechos humanos y solo así habilitarse verdaderamente a la especie humana para un pleno desarrollo.” VILLALOBOS BADILLA, Kevin Johan, *El Derecho humano al Libre Desarrollo de la Personalidad*, Universidad de Costa Rica Facultad de Derecho Sede de Occidente, San Ramón, Costa Rica, 2012 (Tesis), p. 313.

¹⁵²⁷ “El TEDH estima que una declaración semejante -procediendo de una personalidad política de alto prestigio en sudeste de Turquía podía tener en esos momentos, cuando menos, unas consecuencias tan graves como la aparición en la región de disturbios con una violencia extrema, y un impacto tal como para justificar la adopción por parte de las autoridades nacionales de una medida necesaria para preservar la seguridad nacional y el orden público. La injerencia objeto de litigio perseguía, pues, unos fines legítimos en el sentido del apartado 2 del artículo 10. (...) Por lo tanto, el TEDH estima que la pena impuesta al demandante podía responder razonablemente a una «necesidad social imperiosa», y que los motivos invocados por las autoridades nacionales son «pertinentes y suficientes»; a fin de cuentas, ha cumplido en prisión una quinta parte de su condena. Teniendo en cuenta todos esos elementos, y considerando el margen de apreciación del que disponen las autoridades nacionales en un caso tal, el TEDH estima que la injerencia litigiosa era proporcional a los fines legítimos perseguidos. Por lo tanto, no se produjo violación del artículo 10 del Convenio. UNIÓN EUROPEA. Tribunal Europeo de Derechos Humanos. (Caso Zana contra Turquía) Sentencia 18954/91, de 25 de noviembre de 1997.

objeto de ponderación en relación con derechos de naturaleza individual¹⁵²⁸ lo que también fue reconocido, en especial, en este caso:

“Cabe restringir la libertad de expresión persiguiendo el fin legítimo de preservar la seguridad del Estado, especialmente cuando la restricción tiene lugar en un ambiente de actividad terrorista o, simplemente, favorable o predispuesto a la violencia, y cuando las manifestaciones restringidas sean capaces de provocar especial impacto, haciendo temer un incremento de los disturbios, porque procedan de personas que desempeñan un papel relevante en la actividad política.”¹⁵²⁹

Acerca del tema de la legitimidad de las medidas restrictivas de los derechos fundamentales, el Tribunal Europeo de Derechos Humanos ha establecido lo que se puede llamar de *triple test*, o test de Estrasburgo; es decir, que (1) la medida restrictiva de un derecho fundamental estuviera prevista por la ley, (2) que la restricción estuviera justificada por alguno de los fines por la Declaración Universal, aunque se añada también otros, como: salud pública, seguridad pública, seguridad nacional, integridad territorial, defensa del orden y prevención del delito, protección de la reputación o de los derechos ajenos, bienestar económico del país, y (3) que la medida fuera necesaria en el ámbito de una sociedad democrática.¹⁵³⁰ Así pues, el propio Tribunal Europeo de Derechos Humanos reconoce la existencia de un derecho de la sociedad organizada de luchar contra el delito (o de protegerse de organizaciones terroristas) y la

¹⁵²⁸ “En cuanto al hecho de que fuera condenado penalmente, cabe apuntar aquí, que si bien el TEDH se ha mostrado en muchas ocasiones contrario a las condenas penales en asuntos de libertad de expresión, y más aún a que las penas impuestas supusieran prisión, lo cierto es que el Tribunal ha reconocido que «es totalmente legítimo que las autoridades competentes, en su calidad de garantes del orden público institucional, protejan a las instituciones del Estado» y ha llegado a admitir este tipo de castigo por como repuesta a una «necesidad social imperiosa». Así, por ejemplo, en el caso *Zana contra Turquía*, «Estrasburgo estimó que su condena a 12 meses de prisión no vulneraba la libertad de expresión dado «el derecho de las sociedades democráticas a protegerse de las organizaciones terroristas», y dado que la naturaleza de las declaraciones y su procedencia de una persona política «podían agravar una situación ya explosiva en la región». En consecuencia, apreció que la pena impuesta respondía a una «necesidad social imperiosa», como exige el Convenio de Roma.» SERRANO MAÍLLO, Isabel. “El derecho a la libertad de expresión en la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derecho Humanos: dos casos españoles” En: *Revista Teoría y Realidad Constitucional*, UNED, núm. 28, 2011, pp. 579-596, p. 594.

¹⁵²⁹ En los casos: STEDH de 25 de febrero de 1997, caso *Zana contra Turquía*; STEDH de 9 de julio de 1998, caso *Incal contra Turquía*; STEDH de 10 de julio de 1998, caso *Sideropoulos contra Grecia*.

¹⁵³⁰ “Así para juzgar sobre la legitimidad de las limitaciones a los derechos, los órganos internacionales han exigido: 1. Que la limitación haya sido establecidas por ley; 2. Que persiga un fin legítimo. Muchas de las cláusulas incluyen los mismos motivos que los de la Declaración Universal, aunque añaden también otros: «salud pública», «seguridad pública», «seguridad nacional», «integridad territorial», «defensa del orden y prevención del delito», «protección de la reputación o de los derechos ajenos», «bienestar económico del país», etc.; 3. Que sea «necesaria en una sociedad democrática». En la interpretación de lo que es «necesario» en una sociedad democrática, no es suficiente que el fin sea legítimo y expresamente previsto por la ley, sino que además las medidas limitativas del derecho tienen que satisfacer el test de proporcionalidad respectivo al fin legítimo perseguido.” PONS RAFOLS, Xavier. “La Declaración universal de derechos humanos: comentario artículo por artículo”, en: AA. VV. *Asociación para las Naciones Unidas en España*, Barcelona España, Editorial Icaria S.A., 2003, pp. 462-463.

posibilidad de reconocer a dicho derecho un carácter preponderante, en relación con derechos fundamentales, en casos concretos.

Ahora bien, después estudiar todos estos rasgos de los documentos legales (leyes, códigos, constituciones, cartas, tratados, declaraciones, convenciones, decretos, normas supralegales), que establecen derechos, garantías y libertades humanas fundamentales, y algo de lo que se ha escrito sobre ellos, en relación con los ordenamientos jurídicos estudiados (Español, Brasileño, Italiano, y en el Derecho internacional) es posible concluir que: (a) *el reconocimiento de la personalidad es un derecho fundamental*, (b) *los derechos y garantías fundamentales no son absolutos*, como cualesquier otros derechos, y dependen de reconocimiento previo, (c) *el carácter de no absoluto de dichos derechos es lo que permite su propia vigencia y efectividad*, con especial atención a la posibilidad de su abuso y al deber de respeto a los derechos de los demás individuos que viven en comunidad y, por todo eso (d) *la personalidad también está sometida a limitaciones*.

8.1.5 Un concepto funcional de persona y el carácter no absoluto de la personalidad en Jakobs.

El propio Jakobs empieza sus consideraciones acerca de la personalidad y su exclusión en el Derecho penal fijándose en los mismos puntos de lo que se ha trabajado en el apartado precedente, como el carácter no absoluto de la personalidad, la necesidad de cumplimiento de deberes fundamentales y la idea de personalidad como capacidad de titularizar relaciones jurídicas. Él sostiene, como lo disponía el Derecho común prusiano vigente antes de la unificación, que *“al ser humano se le denomina persona, en tanto que disfruta de ciertos derechos en la sociedad civil”*¹⁵³¹, a lo que se añade que, además, este ser humano debe soportar algunos deberes inherentes a la necesidad de manutención de la vida en sociedad, como el deber de no violar a las normas que protegen bienes jurídicos protegidos por el Derecho penal¹⁵³². Él informa que: *“Como derecho original y deber original se puede contemplar la facultad abstracta de adquirir derechos y deberes concretos: es persona quien*

¹⁵³¹ Apud JAKOBS, Günther. *Dogmática de Derecho penal y la Configuración Normativa de la Sociedad*, Madrid, Editorial Civitas, 2004, p. 51

¹⁵³² “«Al ser humano se le denomina persona, en tanto que disfruta de ciertos derechos en la sociedad civil» (§1, Tít. 1, Parte II, Derecho común prusiano de 1794), a lo que hay que añadir que también en tanto que tiene que soportar deberes; en otras palabras, personas son destinatarios de derechos y deberes y viceversa.” JAKOBS, Günther. *Dogmática de Derecho penal y la Configuración Normativa de la Sociedad*, Madrid, Editorial Civitas, 2004, p. 51.

*es capaz jurídicamente. Por consiguiente, está excluido del ámbito de las personas aquél que no puede «disfrutar» de ningún derecho ni soportar ningún deber; parcialmente excluido está quien no participa de determinados derechos y deberes.»*¹⁵³³

En este sentido, el ser humano que se ha excluido parcialmente de la posibilidad de disfrute de algunos derechos y deberes tiene el ámbito de su personalidad reducido. Dicha exclusión parcial de la posibilidad de disfrute de derechos y deberes genera la posibilidad de existencia de una personalidad limitada, no plena, y en un contexto de vigencia del principio constitucional de igualdad¹⁵³⁴, el reconocimiento de dicha posibilidad de reducción es una forma de exclusión de la personalidad.

La disposición para tratar a algunos de los seres humanos como *no personas plenas* (exclusión parcial de la personalidad) siempre existió y nunca fue resistida por la comunidad académica jurídica. Un ejemplo de esto es la completa privación del derecho a voto a los niños¹⁵³⁵, la privación/suspensión del derecho a la tenencia de armas por criminales condenados de forma definitiva¹⁵³⁶ o la privación de acceso a determinados cargos públicos por motivos de edad¹⁵³⁷ o la conducción de coches por personas mayores¹⁵³⁸. Así pues, Jakobs

¹⁵³³ JAKOBS, Günther. *Dogmática de Derecho penal y la Configuración Normativa de la Sociedad*, Madrid, Editorial Civitas, 2004, pp. 51-72.

¹⁵³⁴ vigencia del principio constitucional de igualdad

¹⁵³⁵ “Art. 14. A soberania popular será exercida pelo sufrágio universal e pelo voto direto e secreto, com valor igual para todos, e, nos termos da lei, mediante: (...) § 1º O alistamento eleitoral e o voto são: I - obrigatórios para os maiores de dezoito anos; II - facultativos para: (...) c) os maiores de dezesseis e menores de dezoito anos.” BRASIL. *Constituição da República Federativa do Brasil*, Brasília, Senado, 1988.

¹⁵³⁶ “Artículo 97. 1. La solicitud de expedición de las licencias de armas habrá de presentarse en la Intervención de Armas de la Guardia Civil correspondiente al domicilio del interesado, acompañada de la siguiente documentación: a) Certificado de antecedentes penales en vigor. (...) Artículo 146. (...) 2. Deberá en general estimarse ilícito el hecho de llevar o usar armas los concurrentes a establecimientos públicos y lugares de reunión, concentración, recreo o esparcimiento, así como en todo caso los que hubieran sufrido condena por delito o falta contra las personas o la propiedad o por uso indebido de armas o sanción por infracción de este Reglamento.” ESPAÑA. Real Decreto n. 137/1993, de 29 de enero, por el que se aprueba el Reglamento de Armas. *Boletín Oficial del Estado*, núm. 55, de 5 de marzo de 1993.

¹⁵³⁷ “Art. 14. A soberania popular será exercida pelo sufrágio universal e pelo voto direto e secreto, com valor igual para todos, e, nos termos da lei, mediante: § 3º São condições de elegibilidade, na forma da lei: (...) VI - a idade mínima de: a) trinta e cinco anos para Presidente e Vice-Presidente da República e Senador; b) trinta anos para Governador e Vice-Governador de Estado e do Distrito Federal; c) vinte e um anos para Deputado Federal, Deputado Estadual ou Distrital, Prefeito, Vice-Prefeito e juiz de paz;” BRASIL. *Constituição da República Federativa do Brasil*, Brasília, Senado, 1988.

¹⁵³⁸ “En otros países también hay restricciones similares. En España, por ejemplo, la Dirección General de Tránsito (DGT), imprime códigos restrictivos en el reverso de las licencias de conducir que van desde la obligación de usar lentes (al margen de la edad del conductor), hasta limitaciones bastante estrictas, como prohibir la conducción durante la noche, la obligación de circular únicamente sin pasajeros, sin remolque, a una velocidad máxima determinada y solo por carreteras secundarias. Incluso se puede limitar la conducción a un radio de 20 kilómetros, o la cifra que se considere oportuna, alrededor de la vivienda del propietario.” EMOL. “Los grandes riesgos de conducir durante la tercera edad. Muchas personas de edad avanzada aún pueden

sostiene que, en estos casos, los niños no son personas con derecho a voto¹⁵³⁹, a lo que añadimos que los criminales no son personas con derecho a la tenencia de armas y los mayores no son personas con derecho de acceso a determinados cargos públicos o a la conducción de coches.

Así pues, la exclusión de la personalidad en Derecho penal es identificada en los supuestos en que no se reconoce a uno la posibilidad de ejercicio pleno de un derecho que le podría ser reconocido. “Una exclusión existe cuando el propio Derecho no deja que el individuo avance hasta ser persona en Derecho, quedando limitado aquí el enfoque a individuos humanos.”¹⁵⁴⁰

En una visión sobre la bases del funcionalismo sistémico, la personalidad sólo es posible como una forma de contingencia, a través de la restricción y elección de posibilidades realizada bajo un procedimiento social organizado, que depende de la confianza en la vigencia de dichas expectativas para existir, especialmente porque “la personalidad humana siempre depende de la estabilización normativa de sus estructuras selectivas.”¹⁵⁴¹, y la exclusión de la personalidad redonda de un aumento de dichas restricciones, como producto de la llegada a un estándar más alto de limitación de expectativas, lo que genera, de hecho, un grado de despersonalización.¹⁵⁴²

Jakobs observa que Luhmann también identifica la existencia de supuestos de despersonalización parcial en nuestras sociedades, cuando uno queda excluida de un proceso comunicativo, sin que dejen de ser personas en un sentido global o macrosistémico¹⁵⁴³,

manejar eficazmente. No obstante, aquí le entregamos una serie de consejos que pueden ayudarle a tomar mejores decisiones a la hora de estar tras el volante.” Santiago, 02 de Septiembre de 2016. Disponible en: <<http://www.emol.com/noticias/Autos/2016/09/01/819903/Los-riesgos-de-la-tercera-edad-de-ser-conductores.html>> Acceso: 29 de mayo del 2017

¹⁵³⁹ “Una exclusión existe cuando el propio Derecho no deja que el individuo avance hasta ser persona en Derecho, quedando limitado aquí el enfoque a individuos humanos. Así, por ejemplo, los niños están excluidos del derecho al voto; no son personas con derecho a voto.” JAKOBS, Günther. *Dogmática de Derecho penal y la Configuración Normativa de la Sociedad*, Madrid, Editorial Civitas, 2004, pp. 51-52.

¹⁵⁴⁰ JAKOBS, Günther. *Dogmática de Derecho penal y la Configuración Normativa de la Sociedad*, Madrid, Editorial Civitas, 2004, p. 52.

¹⁵⁴¹ LUHMANN, Niklas. *Sociologia do Direito I, op. cit.*, p. 75.

¹⁵⁴² “Dado que la persona ha de ser entendida como «restricción de posibilidades de comportamiento atribuida individualmente» es decir, como una construcción comunicativa relativa a expectativas sociales, con la exclusión también debería producirse siempre como resultado una despersonalización.” JAKOBS, Günther. *Dogmática de Derecho penal y la Configuración Normativa de la Sociedad*, Madrid, Editorial Civitas, 2004, p. 52.

¹⁵⁴³ Sin embargo, Luhmann habla también de «personas no integrables» eso sí, utilizando un concepto de persona nor”mativamente decolorido: persona «como señas de identidad que se toman como referencia en el proceso de comunicación»; parece que para él no se trata tanto de la dotación normativa de la persona como de su delimitación con el sistema de la conciencia. “Es por esto que en Luhmann las personas pueden ser excluidas sin

cuando, por ejemplo, algunas personas pierden su estatus de pertenencia un determinado ámbito o estrato social, de la siguiente forma: “*En las sociedades modernas, diferenciadas funcionalmente, cualquiera puede en principio elegir sus inclusiones (formación, economía, religión, etc.), lo cual, por razón de las mezclas —nadie puede estar siempre incluido en todas partes—, conduce a perfiles de personalidad no asegurados, faltos de esclarecimiento (...) los que están fuertemente excluidos pierden su rol de personas y son devueltos a su corporalidad*”¹⁵⁴⁴. En este sentido, de la relación inclusión/exclusión y la concepción misma de sistema social, se presenta un concepto especial de personalidad, a saber:

“El concepto de persona no indica ni la conciencia, ni el cuerpo de los individuos, que son sistemas autopoieticos autónomos. Esto se coloca al nivel del sistema de comunicación: con persona se indica una estructura social que permite a la sociedad encontrar una dirección para la producción de las comunicaciones [véase comunicaciones]. Las personas, por lo tanto, permiten atribuir las responsabilidades de las comunicaciones (la emisión) y localizar las posibilidades de comprensión: en este sentido las personas no son sistemas, como lo son las conciencias y los cuerpos, sino artefactos comunicativos. Identifican contextos individuales de los que se esperan posibilidades limitadas de comportamiento [véase identidad/diferencia] y a cada individuo le queda la alternativa entre confirmar dichas expectativas o sorprender la comunicación con iniciativas inesperadas. La decisión que se realiza tiene pues un significado distinto para el sistema psíquico y para el sistema social: lo que para una conciencia tiene un significado decisivo para su historia, puede ser irrelevante para la historia de la comunicación. En todo caso, la persona y sus características que se pueden observar socialmente surgen de la circularidad inestable de la doble contingencia [véase doble contingencia]: Ego y Alter Ego se observan recíprocamente, y precisamente el hecho de ser observados los lleva a ambos a estabilizar los rasgos personales que en la comunicación pueden ser objeto de expectativas, tanto de ellos mismos, como de otros. El modo en que son observados determina luego el tipo de personalidad que puede presentarse en la comunicación.”¹⁵⁴⁵

que pierdan el ser-personas, como, por ejemplo, cuando en sociedades estratificadas pierden el estatus de pertenencia a una determinada capa social', aunque no puede excluirse, al menos como supuesto límite, la pérdida de la personalidad como en el caso del condenado a perder la paz"—.” JAKOBS, Günther. *Dogmática de Derecho penal y la Configuración Normativa de la Sociedad*, Madrid, Editorial Civitas, 2004, pp. 52-53.

¹⁵⁴⁴ JAKOBS, Günther. *Dogmática de Derecho penal y la Configuración Normativa de la Sociedad*, Madrid, Editorial Civitas, 2004, p. 53.

¹⁵⁴⁵ CORSI, Giancarlo; ESPOSITO, Elena; BARALDI, Claudio. *Glosario sobre la teoría social de Niklas Luhmann*, Mexico D.F., Anthropos, Universidad Iberoamericana, ITESO, 1996, p. 92.

Luhmann, sostiene que en un sistema social organizado formalmente existe la necesidad de identificación de quienes son sus miembros y quienes no lo son. Eso queda claro cuando se observa, por ejemplo, como todos los Estados formados establecen reglas para reconocer el vínculo de ciudadanía, es decir, para identificar quienes son las personas que cumplen los requisitos para que se le reconozca el estatus de ciudadano¹⁵⁴⁶, así pues: “*La diferencia entre inclusión y exclusión se refiere al modo en el cual una sociedad permite a los individuos ser personas y por lo tanto participar en la comunicación*”¹⁵⁴⁷. Dicha diferenciación tiene consecuencias muy fuertes en el proceso y en el sentido de la comunicación en el sistema. Así pues, Luhmann informa que las sociedades organizadas:

“Pueden hacer los actos de entrar y salir (emplear y dimitir), sujetos a ciertas condiciones, y como resultado describir esos procedimientos como decisiones. La decisión sobre la adhesión es también una decisión de aceptar las condiciones de adhesión, y esto significa decidir aceptar las premisas para decidir, incluyendo las condiciones para la alteración legítima o reespecificación de las referidas premisas.”¹⁵⁴⁸

Jakobs recuerda que incluso Von Liszt¹⁵⁴⁹ veía en la figura de lo incorregible un ser humano de reducida personalidad (lo que será aclarado oportunamente, de forma detenida, en un apartado propio), algo como un fenómeno social patológico, lo que está de acuerdo, por

¹⁵⁴⁶ “Un fenómeno muy distinto es el sistema social organizado formalmente (y es sólo en este sentido del término que debe estar refiriéndose a “organización”) que marca sus límites –y, por tanto, su modo de reproducción, por la distinción entre miembros y no miembros. Esta diferencia funciona como señal típica de identificación para la organización. Las organizaciones reconocen como suyas solamente comunicaciones entre miembros, y apenas cuando ellos se comunican como miembros. Dichas organizaciones pueden, sin embargo, hacer uso de tal diferencia por encima de todo para condicionar el comportamiento de los miembros, en oposición al de no miembros.” LUHMANN, Niklas. *Risk: a sociological theory*. New Brunswick: Transaction, 2008, p. 188. Texto original: “*A quite distinct phenomenon is the formally organized social system (and it is only in this sense of the term that we shall be referring to ‘organization’) that marks its boundaries – and thus its mode of reproduction – by distinguishing between members and nonmembers. This difference functions as the identification signal typical for the organization. Organizations acknowledge as their own only communications between members, and only when they communicate as members. They can, however, make use of this difference above all to condition the behavior of members as opposed to that of nonmembers.*”

¹⁵⁴⁷ CORSI, Giancarlo; ESPOSITO, Elena; BARALDI, Claudio. *Glosario sobre la teoría social de Niklas Luhmann*, Mexico D.F., Anthropos, Universidad Iberoamericana, ITESO, 1996, p. 92

¹⁵⁴⁸ LUHMANN, Niklas. *Risk: a sociological theory*. New Brunswick: Transaction, 2008, p. 188. Texto original: “*They can make joining and leaving (employment and dismissal) subject to conditions, and as a result describe these proceedings as decisions. The decision on membership is then also a decision to accept the conditions of membership; and this means deciding to accept the premises for deciding, including the conditions for the legitimate alteration or respecification of such premises.*”

¹⁵⁴⁹ “«la pena es coerción» en forma de «corrección», «intimidación» o «inocuidación»; lo último se aplica a los «incorregibles», y éstos son considerados como «males cancerígenos», como «fenómeno social patológico», como «el estado mayor de los principales adversarios del orden social» etc., es decir, como —sit venia verbo— bestias inteligentes.” JAKOBS, Günther. *Dogmática de Derecho penal y la Configuración Normativa de la Sociedad*, Madrid, Editorial Civitas, 2004, p. 56.

ejemplo con el pensamiento de Durkheim¹⁵⁵⁰ y de Von Liszt¹⁵⁵¹, de uno de los padres de la sociología contemporánea. A dicho incorregible no se le puede direccionar una pena porque, para él, la pena no tiene sentido ni finalidad, porque no quedará comprendida, ni tampoco podrá promover sus funciones preventivo-generales, más allá de la mera inocuización, es decir, *la pena sólo tiene un significado porque él es persona*¹⁵⁵².

Pero si el autor es concebido como persona, la pena tiene sentido, un sentido de resolución de una paradoja insostenible, a saber: si el autor ha quebrantado una parte del sistema organizado en expectativas con la realización de un delito, sistema este que le garante su propia personalidad, la única forma de mantener el sistema – y, en consecuencia, su personalidad – es marginalizar su acto de quebrantamiento y declarar la manutención de la expectativa y del sistema, lo que se hace a través de la imposición de una pena¹⁵⁵³. Así pues, la personalidad presupone un conjunto de expectativas atribuidas a quien detiene personalidad, y en esta medida, es contingente, porque dicho proceso, en su turno, también presupone dejar algunas posibilidades – ser persona presupone la selección contingente de algunas expectativas normativas inherentes a la noción de persona (*zoon politikón*) – y, por eso, presupone la renuncia a la totalidad de posibilidades de acción humana.

Así, como ejemplo, se puede poner el hecho de que *ser persona* presupone, de antemano, la renuncia a un eventual deseo de “no ser persona” y, en esa medida, *ser persona*, en sociedad,

¹⁵⁵⁰ “Se podría sentir la tentación de poner entre las formas irregulares de la división del trabajo la profesión del criminal y las demás profesiones nocivas. Constituyen la negación misma de la solidaridad, y, por tanto, están formadas por otras tantas actividades especiales. Pero, hablando con exactitud, no hay aquí división del trabajo sino pura y simple diferenciación, y ambos términos piden no ser confundidos. Así, en el cáncer, los tubérculos aumentan la diversidad de los tejidos orgánicos sin que sea posible ver en ellos una nueva especialización de las funciones biológicas. En todos esos casos, no hay división de una función común sino que en el seno del organismo, ya individual, ya social, se forma otro que busca vivir a expensas del primero. No hay incluso función, pues una manera de actuar no merece ese nombre, como no concurre con otras al mantenimiento de la vida general.” DURKHEIM, Émile. *Da divisão do trabalho social*. São Paulo, Martins Fontes, 1999, p. 368.

¹⁵⁵¹ “Los delincuentes incorregibles. La lucha enérgica contra la delincuencia habitual es una de las tareas más urgentes de la actualidad. Del mismo modo que un miembro enfermo contagia a todo el organismo, la célula cancerosa del delincuente habitual, en rápido crecimiento, se extiende cada vez más intensamente en nuestra vida social.” VON LISZT, Franz. *La idea de fin en Derecho Penal* (1882). Valparaíso, Edeval, 1984, pp. 83-84.

¹⁵⁵² JAKOBS, Günther. *Dogmática de Derecho penal y la Configuración Normativa de la Sociedad*, Madrid, Editorial Civitas, 2004, p. 56.

¹⁵⁵³ “Ocurre de manera distinta cuando el autor penal es concebido como persona. Aquí, el autor ha creado un mundo paradójico: como persona, es definido a través de la expectativa de que ha de atender al seguimiento de la norma, pero se comporta como si la norma no le atañera —sólo persona formal—. De la paradoja sólo se libra el autor mediante una paradoja más: como persona y, con ello, como quien decide competentemente sobre la validez de la norma, tiene que hacer constar que su hecho era incompetente. (...) la pena sólo tiene un significado porque él es persona.” JAKOBS, Günther. *Dogmática de Derecho penal y la Configuración Normativa de la Sociedad*, Madrid, Editorial Civitas, 2004, p. 56.

presupone también reconocer en el otro también el carácter de persona, *a priori*). Jakobs sostiene exactamente lo que se informa en este párrafo, de la siguiente forma, a saber: “*Las personas son, como ya se ha dicho, «restricción(es) de posibilidades de comportamiento atribuida(s) individualmente». Dado que aquí se trata sólo de personalidad jurídica, las personas son titulares de derechos y deberes.*”¹⁵⁵⁴

En razón de la realización plena de la personalidad depender de la confianza en la vigencia del orden jurídico (la búsqueda de la felicidad parece imposible si uno sabe que puede ser muerto con un alto grado de probabilidad), existe la necesidad de, de hecho, no de modo meramente formal, se garantizar la confianza en la vigencia de las normas que organizan la vida civilizada en sociedad. Aunque se sepa que el ordenamiento jurídico siga orientado por la vigencia de una expectativa normativa quebrantada, si la vigencia de la expectativa no se garantiza de forma real, no se puede hablar en efectiva posibilidad de desarrollo de la personalidad¹⁵⁵⁵. En otras palabras, el aspecto contrafáctico del ordenamiento jurídico no es suficiente para garantizar un orden social funcional, y por eso, no es suficiente para permitir el desarrollo pleno de la personalidad y de la dignidad humanas. Por eso Jakobs hace una buena observación cuando informa que “*un ordenamiento tiene que estar, en general, revestido cognitivamente.*”¹⁵⁵⁶

Como se puede concluir, la existencia del orden social depende de eventos comunicativos que garanticen, de hecho, la vigencia de las expectativas normativas esenciales a la búsqueda de la dignidad y la confianza en dicha vigencia, lo que no se puede alcanzar sin un comprometimiento de los seres humanos que toman parte en las comunicaciones sociales, comprometimiento este que se le puede llamar de personalidad, o parte de personalidad en un sentido jurídico o social.

¹⁵⁵⁴ JAKOBS, Günther. *Dogmática de Derecho penal y la Configuración Normativa de la Sociedad*, Madrid, Editorial Civitas, 2004, p. 66.

¹⁵⁵⁵ “Por otro lado, la gracia de un ordenamiento normativo está precisamente en que también tiene validez cuando los derechos no se reclaman y los deberes no se cumplen. Las expectativas normativas se mantienen contrafácticamente, en cuanto que es el fallo del quebrantador de la norma y no la expectativa lo que se define como razón del conflicto. Mientras que un fallo se tematice como fallo y no como libertad, el ordenamiento es válido. Sin embargo, este aspecto contrafáctico no se puede extender a placer, sino que las personas necesitan también de una cierta seguridad cognitiva para poder vincular su bienestar con el Derecho. De manera crasa, el que sabe que con bastante probabilidad va ser robado, lesionado o incluso matado no puede hallar su bienestar en la sociedad, incluso cuando es seguro que los hechos cometidos contra él no están permitidos y se tratan como injusto.” JAKOBS, Günther. *Dogmática de Derecho penal y la Configuración Normativa de la Sociedad*, Madrid, Editorial Civitas, 2004, pp. 66-67.

¹⁵⁵⁶ JAKOBS, Günther. *Dogmática de Derecho penal y la Configuración Normativa de la Sociedad*, Madrid, Editorial Civitas, 2004, p. 67.

Si la existencia del orden social no es posible cuando ella padece de una perturbación realizada de forma masiva, constante y generalizada, es una necesidad real la garantía de su funcionamiento, a través la identificación de las fuentes de riesgos que le amenazan, y su consecuente neutralización o inocuización. Si la fuente de este peligro viene de un ser que participa parcialmente en la comunicación con el sistema jurídico, es decir, de un ser que exige su reconocimiento como persona a la hora de garantizar sus derechos, pero rehúsa de forma vehemente tomar parte en la comunicación, en la condición de persona, en el momento de realizar sus deberes, dicho ser pone a sí mismo en una condición de personalidad reducida, parcial, por su propia elección, a través de su conducta.

Delante de esta situación, el hecho de la sociedad civil organizada no tratar a este ser humano plenamente como una persona tiene el carácter meramente declaratorio, nunca constitutivo, especialmente porque el agente se ha puesto libremente en dicha situación (personalidad parcial), él ya se ha constituido como no persona para el deber de cumplimiento de sus derechos, él ya ha elegido quitarse el carácter pleno de persona, y por eso, la comunicación del sistema que se le reconoce esta situación no la constituye, sólo la declara. Jakobs, de forma magistral, explica este fenómeno de declaración a través de la comparación de los institutos penales *lato sensu* de la pena y del internamiento preventivo, de la siguiente forma:

“Pero no sólo el Derecho precisa de este aseguramiento cognitivo, sino que igualmente una persona sólo puede ser tratada de manera constante como persona si, en general, se comporta como tal. Por ejemplo, un autor que delinque una y otra vez de forma grave y no da muestra alguna de cambio en su comportamiento, se convierte en objeto de internamiento preventivo (§ 66 StGB), y éste significa, a diferencia de la pena, no que se le toma en serio como persona, sino que en lo que afecta a la administración de su libertad, a falta de una garantía cognitiva suficiente, ya no puede ser tratado como persona. En este sentido es, por tanto, excluido, o más exactamente, presentado como alguien que a través de su comportamiento se ha excluido a sí mismo.”¹⁵⁵⁷

Muchos más que no tener función alguna, la pena no tiene ningún sentido para alguien que rehúsa a mantenerse en la posición de persona de forma plena, porque la pena significa que

¹⁵⁵⁷ JAKOBS, Günther. *Dogmática de Derecho penal y la Configuración Normativa de la Sociedad*, Madrid, Editorial Civitas, 2004, p. 67..

“uno no ha cumplido su deber de respeto a una expectativa normativa”, información que no hace sentido para quien “ya no quiere cumplir su deber de respetar a las expectativas normativas vigentes”. En relación con este, sólo tiene sentido contener su conducta para que no ponga en riesgo aún más grave el funcionamiento de la sociedad, la acción del sistema hacia él no puede tener ningún sentido, sino sólo la función de protección de la vigencia de las expectativas normativas, o si se quiere cambiar de paradigma epistemológico, una acción contra este agente sólo tiene la función de manutención de los bienes jurídicos que él desea destrozar.

En el ejemplo puesto, y “dicho en sentido kantiano, la pena tiene lugar frente al homo noumenon, el internamiento preventivo, frente al homo phaenomenon.”¹⁵⁵⁸, es decir, la pena tiene lugar frente a una persona plena, y el internamiento preventivo tiene lugar frente a un ser humano en el sentido biológico, frente a un ser humano teniendo en cuenta exclusivamente su existencia en un sentido físico.

En relación con la posibilidad de existencia de un Derecho penal preventivo, Jakobs pone que “más peligrosa para el Derecho penal de un Estado de derecho es la exclusión encubierta tras un Derecho penal preventivo.”¹⁵⁵⁹. Así, es mejor tener un grado de consciencia más profundizado sobre la real naturaleza de las medidas penales aprobadas en los últimos años, en los ordenamientos jurídicos estudiados, que intentar no ver lo que realmente dichas medidas representan.

En este sentido, acerca de la comprensión de la pérdida de la personalidad, Jakobs recuerda que ya se ha tratado quien no tiene culpabilidad, el imputable, como un ser humano no poseedor de personalidad para el Derecho penal, lo que no necesariamente es algo negativo, porque, en este caso, le eximiría de una pena.

¹⁵⁵⁸ JAKOBS, Günther. *Dogmática de Derecho penal y la Configuración Normativa de la Sociedad*, Madrid, Editorial Civitas, 2004, p. 67.

¹⁵⁵⁹ “Todo Derecho penal de este tipo tendrá que atender en ciertos ámbitos a su función latente, esto es, a la garantía de la seguridad cognitiva, y en cuanto que esto sucede abiertamente, puede resultar vergonzoso el tener que cargar con este rescoldo de personahdad no llevable a la práctica, pero los partícipes, tanto el Estado como el delincuente y también terceros, saben de lo que aquí se trata. Más peligrosa para el Derecho penal de un Estado de derecho es la exclusión encubierta tras un Derecho penal preventivo. La pluralización de los posibles modos de vida y la internacionalización de los espacios vitales posibilitan la creación de identidades al margen del Derecho: el Derecho se convierte en la estructura externa del sujeto o, más exactamente, en un elemento de la base de cálculo del individuo, y el individuo se despoja del lastre externo en cuanto le sea posible sin sufrir perjuicio.” JAKOBS, Günther. *Dogmática de Derecho penal y la Configuración Normativa de la Sociedad*, Madrid, Editorial Civitas, 2004, pp. 67-68.

Por ejemplo, en el ordenamiento jurídico brasileño, a un inimputable que practica cualquier tipo de delito grave, se le impone una medida de seguridad de al menos un año, y después de este plazo, se le puede poner en libertad si el obtiene un informe favorable del médico, lo que suele pasar. El plazo máximo de dicha medida de seguridad debe ser el plazo correspondiente a lo que se le impondría en la calidad de pena, si fuera imputable¹⁵⁶⁰. Es decir, en este caso, sólo hay ventajas reales si no se le reconoce como persona.

En el ejemplo puesto, no considerar al imputado como persona – negársele la capacidad para la culpabilidad – sólo presupone beneficios, y no agrava para nada su situación. Jakobs hace la misma observación, al informar que “*se trataría de una exclusión si se dispusiese legalmente que todos los mayores de 80 años son incapaces de culpabilidad y no tienen que responder ante los tribunales*”¹⁵⁶¹, pero dicha exclusión también no representaría necesariamente empeorar la situación del agente.

Jakobs ha dedicado el estudio del carácter no absoluto de la personalidad, con respecto a los terroristas, en un trabajo en trabajo apartado.¹⁵⁶² El empieza con esta pregunta: “*¿Puede conducirse una "guerra contra el terror" con los instrumentos del Derecho penal de un Estado de Derecho?*”¹⁵⁶³. El autor concluye que, desde una visión de la sociedad organizada alemana, no es posible conducirse dicha guerra con un Derecho penal dicho clásico, lo que se concluye de la aprobación, el año 1986, en aquel país, de una "Ley para la lucha contra el terrorismo", lo que pasó de nuevo en el año 2003, en transposición de una decisión marco del

¹⁵⁶⁰ “*Por outro lado, nos termos do atual posicionamento desta Corte, o art. 97, § 1.º, do Código Penal, deve ser interpretado em consonância com os princípios da isonomia, proporcionalidade e razoabilidade. Assim, o tempo de cumprimento da medida de segurança, na modalidade internação ou tratamento ambulatorial, deve ser limitado ao máximo da pena abstratamente cominada ao delito perpetrado e não pode ser superior a 30 (trinta) anos*” BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. HC: 208336 SP 2011/0125054-5, Relator: Ministra LAURITA VAZ, Data de Julgamento: 20/03/2012, T5 - QUINTA TURMA, Data de Publicação: DJE 29/03/2012.

¹⁵⁶¹ “Al tratar la falta de culpabilidad del autor de un hecho, ya se apuntó que la falta de culpabilidad excluye, ya que quien carece de culpabilidad no es tratado precisamente como persona. Por consiguiente, se trataría de una exclusión si se dispusiese legalmente que todos los mayores de 80 años son incapaces de culpabilidad y no tienen que responder ante los tribunales.” JAKOBS, Günther. *Dogmática de Derecho penal y la Configuración Normativa de la Sociedad*, Madrid, Editorial Civitas, 2004, pp. 69-70.

¹⁵⁶² JAKOBS, Günther: “¿Terroristas como personas en Derecho?”, en: AA. VV.: *Derecho penal del enemigo. El discurso penal exclusión*, 2 vols., Montevideo/Buenos Aires, Editorial B de F Edisofer, 2006, compilado por Manuel Cancio Meliá y Carlos Gómez-Jara Díez, Vol. 2, pp. 77-92.

¹⁵⁶³ JAKOBS, Günther: “¿Terroristas como personas en Derecho?”, en: AA. VV.: *Derecho penal del enemigo. El discurso penal exclusión*, 2 vols., Montevideo/Buenos Aires, Editorial B de F Edisofer, 2006, compilado por Manuel Cancio Meliá y Carlos Gómez-Jara Díez, Vol. 2, pp. 77-92, p. 77.

Consejo de la Unión Europea, además de la 34ª Ley de Modificación del Derecho penal, realizada con la misma finalidad¹⁵⁶⁴.

En este punto, Jakobs deduce que las palabras “guerra” y “lucha” se relacionan directamente a un enemigo, el terrorista¹⁵⁶⁵, lo que, desde los razonamientos que se realiza en este trabajo, no es una conclusión necesaria de las premisas puestas, lo que se desarrolla en apartado propio, en relación con un Derecho penal de lucha contra fenómenos, no personas, conclusión esta que el propio Jakobs parece admitir¹⁵⁶⁶.

Jakobs sigue a observar que, desde la visión funcionalista, la finalidad del Estado de Derecho no es la la garantía de la máxima seguridad a todo coste, sino la vigencia real de un Derecho que hace posible la libertad. Es precisamente la vigencia real del Derecho que permite la existencia de ámbitos de libertad, no la mera existencia formal de este, lo que poco tiene que

¹⁵⁶⁴ “¿Puede conducirse una "guerra contra el terror" con los instrumentos del Derecho penal de un Estado de Derecho? Pues bien: ya en 1986 fue promulgada en Alemania una "Ley para la lucha contra el terrorismo"; en 2003 se aprobó otra ley de lucha contra el terrorismo, en transposición de una decisión marco del Consejo de la Unión Europea, y también la norma legal promulgada poco antes, llamada de modo neutro "34ª Ley de Modificación del Derecho penal", forma parte de las leyes de combate dirigidas contra el terrorismo.” JAKOBS, Günther: “¿Terroristas como personas en Derecho?”, en: AA. VV.: *Derecho penal del enemigo. El discurso penal exclusión*, 2 vols., Montevideo/Buenos Aires, Editorial B de F Edisofer, 2006, compilado por Manuel Cancio Meliá y Carlos Gómez-Jara Díez, Vol. 2, pp. 77-92, pp. 77-78.

¹⁵⁶⁵ “"Guerra" y "lucha"; ¿sólo son palabras?; si es así, entonces, no habría que tomarlas demasiado en serio. Si por el contrario, son conceptos: entonces, "guerra" y "lucha" implican la existencia de un enemigo contra el que hay que proceder. El hecho de que las leyes identifiquen como aquello que hay que combatir no a los terroristas, sino al terrorismo, de modo similar a la lucha contra el cólera o el analfabetismo, no cambia en nada las cosas: se trata de leyes penales, y la pena, como es sabido, no se aplica al terrorismo, sino a los terroristas.” JAKOBS, Günther: “¿Terroristas como personas en Derecho?”, en: AA. VV.: *Derecho penal del enemigo. El discurso penal exclusión*, 2 vols., Montevideo/Buenos Aires, Editorial B de F Edisofer, 2006, compilado por Manuel Cancio Meliá y Carlos Gómez-Jara Díez, Vol. 2, pp. 77-92, p. 78.

¹⁵⁶⁶ “Sin embargo, como muestra la denominación de las leyes en cuestión, la punición de los terroristas tan sólo es una meta intermedia, no el objetivo principal del legislador; parece claro que a través del castigo de los terroristas se pretende combatir al terrorismo en su conjunto, dicho de otro modo, la pena es un medio para un fin policial, un paso en la lucha por la seguridad. Sea como fuere, en todo caso, permanece la cuestión: ¿"lucha" como palabra o como concepto?” JAKOBS, Günther: “¿Terroristas como personas en Derecho?”, en: AA. VV.: *Derecho penal del enemigo. El discurso penal exclusión*, 2 vols., Montevideo/Buenos Aires, Editorial B de F Edisofer, 2006, compilado por Manuel Cancio Meliá y Carlos Gómez-Jara Díez, Vol. 2, pp. 77-92, p. 78.

ver con su real eficacia¹⁵⁶⁷, aunque su existencia sea una condición de la efectividad de dichos ámbitos de libertad¹⁵⁶⁸.

En esta medida, por ejemplo, una expectativa que amenaza el bienestar no se mantiene, y sólo se realiza a través de la conducta de un héroe o mártir, tipo de persona que no se encuentra muy fácilmente. Cuanto más esencial sea un bien, en un nivel más alto debe establecerse su protección, para que no se rompa la función de efectiva orientación por las normas del ordenamiento jurídico, lo que da lugar a ámbitos de autoprotección y autotutela y, en consecuencia, menos confianza, seguridad y civilidad¹⁵⁶⁹.

Este proceso de *desnormativización* de las expectativas, o de cambio hacia su carácter meramente cognitivo, suele pasar en colectividades que viven estados de anomia, como en los territorios tomados por el Estado Islámico, o en tiempos y lugares que, en general, presentan los requisitos para una vida civilizada de una colectividad, pero que oportunamente son sometidos por un conjunto de elementos que le hacen anómicos. Como ejemplo, se puede poner el hecho de que todos nosotros conocemos las áreas de las ciudades donde vivimos por las cuales no es aconsejable caminar por la noche, en virtud del riesgo de violación de nuestra indemnidad¹⁵⁷⁰.

¹⁵⁶⁷ “El fin del Estado de Derecho no es la máxima seguridad posible para los bienes, sino la vigencia real del ordenamiento jurídico, y, en la época moderna, la vigencia real de un Derecho que hace posible la libertad. En este contexto, la vigencia real debe tomarse como contraposición a una vigencia tan sólo postulada, y no impuesta, es decir, de una vigencia que no dirige la orientación.” JAKOBS, Günther: “¿Terroristas como personas en Derecho?”, en: AA. VV.: *Derecho penal del enemigo. El discurso penal exclusión*, 2 vols., Montevideo/Buenos Aires, Editorial B de F Edisofer, 2006, compilado por Manuel Cancio Meliá y Carlos Gómez-Jara Díez, Vol. 2, pp. 77-92, p. 80.

¹⁵⁶⁸ “Sin embargo, la separación entre vigencia del ordenamiento jurídico y seguridad de los bienes tan sólo es una verdad a medias; la otra mitad se refiere a la unión entre ambos elementos.” JAKOBS, Günther: “¿Terroristas como personas en Derecho?”, en: AA. VV.: *Derecho penal del enemigo. El discurso penal exclusión*, 2 vols., Montevideo/Buenos Aires, Editorial B de F Edisofer, 2006, compilado por Manuel Cancio Meliá y Carlos Gómez-Jara Díez, Vol. 2, pp. 77-92, p. 80.

¹⁵⁶⁹ “Una expectativa contrafáctica sólo podrá mantenerse si no amenaza seriamente la pérdida de partes significativas del bienestar: pues de lo contrario, el tratamiento del hecho injusto como injusto sólo realiza una prestación para quien tiene la expectativa si éste tiene una actitud heroica o de mártir; y son pocos los héroes y mártires. Cuanto más pese un bien, más seguro habrá de estar para que no se rompa la prestación de orientación de la norma correspondiente; esta ruptura se aprecia en la transición de la orientación desde la expectativa normativa hacia una expectativa que ya (sólo) es cognitiva: se recurre a la autoprotección, por ejemplo, no yendo ya a pasear a determinados lugares por miedo a un asalto, o encadenando triplemente la bicicleta por miedo a su sustracción.” JAKOBS, Günther: “¿Terroristas como personas en Derecho?”, en: AA. VV.: *Derecho penal del enemigo. El discurso penal exclusión*, 2 vols., Montevideo/Buenos Aires, Editorial B de F Edisofer, 2006, compilado por Manuel Cancio Meliá y Carlos Gómez-Jara Díez, Vol. 2, pp. 77-92, p. 80.

¹⁵⁷⁰ “Por lo tanto, forma parte de la vigencia real, directora de la conducta, del ordenamiento jurídico, un apoyo cognitivo de la norma. Este imprescindible apoyo cognitivo, sin embargo, en lo principal no es una prestación del Estado, sino de los propios ciudadanos, que éstos llevan a cabo orientándose cotidianamente con base en el Derecho. Esta actitud de conducta legal apoya las expectativas normativas que se le dirigen incluso en el caso de

Por eso, es decir, en virtud de la real posibilidad de pérdida del carácter normativo de las expectativas más básicas a la existencia de la vida en sociedad pacífica, y la posibilidad real de pérdida de su carácter efectivo de orientación de la conducta, toda norma necesita de un apoyo cognitivo, necesita de medidas reales de manutención de su vigencia y de la confianza en dicha vigencia. Lo mismo se puede ser sostener en relación con la personalidad, conforme Jakobs:

Sin embargo, la expectativa de un comportamiento correcto no puede ser mantenida contrafácticamente de modo ilimitado; más aún: no debe ser mantenida ilimitadamente, ya que el Estado ha de procurar una vigencia real del Derecho, por lo que debe proceder contra los quebrantamientos del Derecho cuya próxima comisión ya se percibe. Una expectativa normativa dirigida hacia una determinada persona pierde su capacidad de orientación cuando carece del apoyo cognitivo prestado por parte de esa persona. En tal caso, de nuevo la expectativa normativa es sustituida por la orientación cognitiva, lo que significa que la persona -la destinataria de expectativas normativas- muta para convertirse en fuente de peligro, en un problema de seguridad que debe abordarse de modo cognitivo.¹⁵⁷¹

Es decir que, con la pérdida de la confianza en la expectativa normativa que informa que uno se comportará como persona, nace la necesidad de protegerse de los peligros que él representa a los bienes que deben ser protegidos, y por eso, el individuo pasa a representar una fuente de peligro, que debe ser gestionado desde un modo real o cognitivo. Esto es claro. Véase el siguiente ejemplo: si estamos en un centro comercial en nuestras ciudades y vemos que uno empieza a disparar su arma de fuego contra todos los demás, sin ninguna razón justificable desde un punto de vista jurídico (como bajo legítima defensa) no se puede intentar gestionar el problema desde un punto de vista formal o normativo, exigiéndole, por ejemplo, que suelte el arma y baje sus manos (exigencia de manutención del carácter normativo de la expectativa de respeto al derecho a la vida) sino, en esta situación real, se necesita de una solución también real o cognitiva al problema: buscar protección física contra el agresor y, si posible, impedirle seguir con su acción a través de su contención física.

que un ciudadano cometa un delito: por regla general, esto no tiene por qué ser entendido como rescisión general de un comportamiento conforme a Derecho.” JAKOBS, Günther: “¿Terroristas como personas en Derecho?”, en: AA. VV.: *Derecho penal del enemigo. El discurso penal exclusión*, 2 vols., Montevideo/Buenos Aires, Editorial B de F Edisofer, 2006, compilado por Manuel Cancio Meliá y Carlos Gómez-Jara Díez, Vol. 2, pp. 77-92, p. 81.
¹⁵⁷¹ JAKOBS, Günther: “¿Terroristas como personas en Derecho?”, en: AA. VV.: *Derecho penal del enemigo. El discurso penal exclusión*, 2 vols., Montevideo/Buenos Aires, Editorial B de F Edisofer, 2006, compilado por Manuel Cancio Meliá y Carlos Gómez-Jara Díez, Vol. 2, pp. 77-92, pp. 81-82.

La posibilidad de actuar bajo la causa excluyente de antijuridicidad de la legítima defensa, a través de la cual se puede, incluso, quitarle la vida a uno que deja de comportarse como persona, como en el ejemplo puesto, presupone la violación o desconsideración del carácter de persona de quien realiza la agresión injusta, es decir, presupone violar la personalidad (o el derecho presupuesto de la personalidad, que es la vida) a alguien que, se fuese tratado como persona, debería tener su vida preservada, y eso pasa porque él ha dejado de comportarse como una persona, y por eso, ya no tiene que tener su vida preservada a todo coste. No tratar a uno como persona, y quitarle la vida, a través de la legítima defensa, presupone que dicho individuo ha manifiestamente despegado a sí mismo de su carácter de persona, y por eso, su muerte es legítima. Este es el sentido de una acción de legítima defensa, aunque su finalidad sea la manutención legítima de un bien.

Para la solución de un problema de déficit cognitivo el ordenamiento jurídico permite una solución también de matiz cognitivo. Jakobs sigue a informar que la capacidad de autoadministración, facultad central de la personalidad, proviene de la presunción de fidelidad al ordenamiento jurídico¹⁵⁷², y por eso, si uno demuestra de forma evidente que no va a cumplir las expectativas de respeto a los demás, inherentes al estatus de persona, se le puede quitar dicha posibilidad de autoadministración de sus facultades, lo que se hace, en el ejemplo puesto, a través de la legítima defensa, en los casos de inimputables que realizan conductas antijurídicas penalmente, a través de la medida de seguridad o en situaciones normales, con la prisión del delincuente en el momento en que realiza su acto. Jakobs sigue, de forma magistral:

“Esto es trivial; dicho a través de un ejemplo, nadie sigue encargando el cuidado de la tesorería a un defraudador, y qué es lo que esta sencilla constatación cotidiana implica en el trato con terroristas se percibe inmediatamente cuando se identifica de modo más abstracto: el defraudador queda excluido del círculo de personas respecto de las cuales rigen expectativas reales en relación con la tesorería, es decir,

¹⁵⁷² “Esto no significa que el deber de comportarse legalmente quede disuelto -como es evidente, un deber no decae por el hecho de que sea continuamente quebrantado-, sino que lo que sucede es que ya no se espera el cumplimiento del deber, la autoadministración ordenada de la persona, de modo que desaparece el elemento central de una personalidad que presta orientación; es decir, la presunción de la fidelidad al ordenamiento jurídico, y, con ello, la "base del negocio jurídico" de la libre autoadministración.” JAKOBS, Günther: “¿Terroristas como personas en Derecho?”, en: AA. VV.: *Derecho penal del enemigo. El discurso penal exclusión*, 2 vols., Montevideo/Buenos Aires, Editorial B de F Edisofer, 2006, compilado por Manuel Cancio Meliá y Carlos Gómez-Jara Díez, Vol. 2, pp. 77-92, pp. 81-82.

expectativas que dirigen la orientación; en esta medida -aunque sólo en esta medida- se lo considera una fuente de peligro. La sabiduría popular dirá "éste no es trigo limpio", y eso significa: "se abandona la expectativa normativa para pasar a la cognitiva".¹⁵⁷³

Aquí se explica lo que nadie se propuso a analizar, en un primer momento. Cuando Jakobs empezó a sostener que "*los enemigos son, en realidad, no personas*"¹⁵⁷⁴, con todos se dedicaran más a replicar la proposición de forma vehemente, incluso emocional¹⁵⁷⁵, adhiriéndose al discurso de la banda anti-Jakobs, que en comprender lo que el realmente ha puesto, que no es nada más que esto: *el ordenamiento jurídico actual trata determinadas personas como no personas.*

Nadie sigue encargando el cuidado de la tesorería a un defraudador reiterado, y por eso, él no participa en el grupo de personas respecto a las cuales se dirigen las expectativas típicas de un tesorero, en la misma medida, si uno reiteradamente demuestra que va a seguir matando y no va a comportarse como persona, él no puede ser tratado de la misma forma por la cual son tratadas las personas que no demuestran dicho grado de alejamiento de dichas expectativas, por razones obvias de necesidad de aseguramiento real de la vida en sociedad. Los ordenamientos jurídicos analizados no están insensibles a esta realidad, lo que queda claro, por ejemplo, en la posibilidad legítima de quitarle a uno su vida en un supuesto de legítima defensa.

Dichos ordenamientos jurídicos podrían no haber previsto la legítima defensa como causa excluyente de la antijuridicidad, o bien podrían haber establecido que la forma de impedir la acción orientada a realizar una agresión no justificada a la vida de los otros sería, por ejemplo,

¹⁵⁷³ JAKOBS, Günther: "¿Terroristas como personas en Derecho?", en: AA. VV.: *Derecho penal del enemigo. El discurso penal exclusión*, 2 vols., Montevideo/Buenos Aires, Editorial B de F Edisofer, 2006, compilado por Manuel Cancio Meliá y Carlos Gómez-Jara Díez, Vol. 2, pp. 77-92, p. 82.

¹⁵⁷⁴ "Es verdad que el procedimiento para tratamiento de individuos hostiles está regulado jurídicamente, pero se trata de la regulación jurídica de una exclusión: los individuos son actualmente no-personas." JAKOBS, Günther. *Dogmática de Derecho penal y la Configuración Normativa de la Sociedad*, Madrid, Editorial Civitas, 2004, p. 46.

¹⁵⁷⁵ Por todos que lo han hecho, este: "El Derecho penal del enemigo, por más apariencia "real" que tenga debe ser rechazado. Rompe con el principio de igualdad y de humanidad. Hay que declararse: enemigo del Derecho penal del enemigo." PARMA, Carlos. El "enemigo" del Derecho penal del Enemigo. In: *Ámbito Jurídico*, Rio Grande, IX, n. 30, jun 2006. Disponible em: <http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=1097>. Acesso em out 2016. Desde un punto de vista estrictamente científico, no político, declararse enemigo del Derecho penal del enemigo hace tanto sentido cuanto delcararse enemigo de objetos inanimados, por eso fue aquí considerada como mucho más emocional que racional.

“hablar con el agresor”, “tomar medidas de protección no agresivas”, “usar un método no fatal” o “llamar a un policía o psicólogo para que hable con él”, pero los códigos penales en análisis permiten la realización de una acción de defensa incluso sin la necesidad de observación de ponderación entre bienes jurídicos en juego como se debe observar en los supuestos de estado de necesidad. Eso informa que, de hecho, los ordenamientos jurídicos estudiados permiten que, en casos excepcionales, se trate a un ser humano como no persona, permitiéndose incluso su destrucción. Esto demuestra que Jakobs tiene razón cuando informa la actualidad de la posibilidad jurídica de tratarse a uno como no persona.

En esta medida, en un ordenamiento jurídico democrático, los ciudadanos tienen el deber positivo elemental¹⁵⁷⁶ de cuidar de las bases cognitivas de presunción de que su conducta futura será conforme a la ley, porque esto es precisamente lo que permite a los demás una vida organizada en sociedad, en la creación de un ambiente libre y sin temor. La constatación de la ausencia de las garantías cognitivas de comportamiento conforme el ordenamiento jurídico es exactamente lo que permite, en otras palabras, la denegación o la revocación de un visado a un extranjero que quiere ingresar en el territorio de un Estado, y eso nunca fue visto como radical o impropio por los investigadores serios del Derecho penal.

Así pues, se puede informar, con Jakobs, que uno que tiene su posibilidad de ingreso o permanencia en un país extranjero denegada *no es persona* para integrar la sociedad de dicho país. Nadie sostiene que alguien que manifiesta su interés de realizar ataques terroristas en el país que quiere ingresar debe tener su visado concedido, y en esta medida, dicha persona se pone voluntariamente en un lugar de no persona para integrar la sociedad del país al cual se pide dicho visado¹⁵⁷⁷.

¹⁵⁷⁶ “El concepto “deber positivo” fue entendido en la discusión como si de acuerdo con la concepción aquí defendida, el incumplimiento de tal obligación implicara, per se, la realización de un tipo penal. Sin embargo, esta obligación no es algo distinta del deber kantiano de entrar en un estado civil: quien no lo cumpla, sigue siendo un sujeto dudoso, del que hay que separarse; no es punible per se, pero la convivencia con él es insoportable.” JAKOBS, Günther: “¿Terroristas como personas en Derecho?”, en: AA. VV.: *Derecho penal del enemigo. El discurso penal exclusión*, 2 vols., Montevideo/Buenos Aires, Editorial B de F Edisofer, 2006, compilado por Manuel Cancio Meliá y Carlos Gómez-Jara Díez, Vol. 2, pp. 77-92, p. 82.

¹⁵⁷⁷ “Cuidar de las bases de la presunción de una conducta futura conforme a la ley es un deber positivo elemental de todos los ciudadanos; pues sólo cuando esta presunción se mantiene fundamentadamente es posible un trato tanto libre como sin temor de los ciudadanos entre ellos.” JAKOBS, Günther: “¿Terroristas como personas en Derecho?”, en: AA. VV.: *Derecho penal del enemigo. El discurso penal exclusión*, 2 vols., Montevideo/Buenos Aires, Editorial B de F Edisofer, 2006, compilado por Manuel Cancio Meliá y Carlos Gómez-Jara Díez, Vol. 2, pp. 77-92, p. 82.

En este sentido, la existencia de la personalidad real no está sólo sometida a su mera postulación, sino al cumplimiento de determinadas condiciones, que provienen de la responsabilidad personal de mantener la existencia de un suficiente apoyo cognitivo fiable de fidelidad al ordenamiento, de intención de cumplir sus deberes como ciudadano y no realizar injerencias ilícitas en ámbitos de organización ajenos.¹⁵⁷⁸ Así pues, Jakobs concluye por la posibilidad de pérdida voluntaria de la personalidad, de la siguiente forma:

Es decir, que es posible que uno mismo pierda (en lo que se refiere al derecho a la autoadministración) el estatus de persona aunque, siguiendo el postulado de igualdad de la modernidad, este estatus en realidad esté abierto a todos. "Entrar" (ofrecer seguridad cognitiva suficiente) es algo que cada uno tiene que hacer por sí mismo. ¡La "dignidad personal" irrenunciable (...) es consecuencia de una opción que debe ser ejecutada! Errónea es la posición de SCHNEIOER (...), según la cual el estatus de persona no se halla mediado por lo social; como si existiera alguna posición social previa a la sociedad: si el estatus de persona no fuera una posición social, sería socialmente irrelevante.¹⁵⁷⁹

Siguiendo a lo que pone Jakobs, si el estatus de persona no fuera una posición social, y fuese previo a la organización social, tendría su lugar y sentido en la naturaleza como a un ecosistema o la gravedad, sería socialmente irrelevante o, a lo mejor, no justificable o deseable desde un punto de vista social o jurídico, lo que no razonable.

Jakobs advierte que dejar de considerar las condiciones cognitivas reales de vigencia del ordenamiento, que hacen posible un mínimo de orden esencial a la vida en sociedad, conduce a la propia negación de la posibilidad de un mínimo existencial y, por eso, las críticas a los mecanismos puestos en marcha para proteger este núcleo duro de cognición son inocuas,

¹⁵⁷⁸ “Por lo tanto, la personalidad real, que dirige la orientación, no se genera por el mero hecho de ser postulada, sino, por el contrario, han de concurrir además determinadas condiciones. Por ello, la proposición "en Derecho, todo ser humano tiene derecho a ser tratado como persona" es incompleta; además, ha de determinarse quién debe procurar cuáles de las condiciones para convertir en realidad esa personalidad, y en este contexto debería resultar evidente que la responsabilidad de un suficiente apoyo cognitivo queda anotado en el deber de la propia persona, al menos en lo que se refiere a la prestación, fiable a grandes rasgos, de fidelidad al ordenamiento. En consecuencia, la formulación correcta de la proposición es la siguiente: "todo aquel que presta fidelidad al ordenamiento jurídico con cierta fiabilidad tiene derecho a ser tratado como persona", y quien no lleve a cabo esta prestación, pues será heteroadministrado, lo que significa que no será tratado como persona.” JAKOBS, Günther: “¿Terroristas como personas en Derecho?”, en: AA. VV.: *Derecho penal del enemigo. El discurso penal exclusión*, 2 vols., Montevideo/Buenos Aires, Editorial B de F Edisofer, 2006, compilado por Manuel Cancio Meliá y Carlos Gómez-Jara Díez, Vol. 2, pp. 77-92, pp. 82-83.

¹⁵⁷⁹ JAKOBS, Günther: “¿Terroristas como personas en Derecho?”, en: AA. VV.: *Derecho penal del enemigo. El discurso penal exclusión*, 2 vols., Montevideo/Buenos Aires, Editorial B de F Edisofer, 2006, compilado por Manuel Cancio Meliá y Carlos Gómez-Jara Díez, Vol. 2, pp. 77-92, p. 83.

porque están muy lejos de las necesidades reales de una sociedad organizada. Es decir, es inútil criticar de forma vehemente (o exorcizar, para usar una expresión de Donini¹⁵⁸⁰) las medidas políticocriminales de un Derecho penal del enemigo sin la presentación de un modelo socialmente eficiente y que, de hecho, pueda rechazar las amenazas graves a las cuales que nuestras sociedades están sometidas (gerencia real del riesgo).¹⁵⁸¹

La pena impuesta a un terrorista (terrorismo de grave entidad, no terrorismo callejero, es decir, aquí se refiere a lo que pasó en la Estación de Trenes de Atocha, en Madrid, no lo que solía pasar con algunos cajeros electrónicos en *Euskadi*) tiene sentido y función muy diferentes de la pena impuesta a un ciudadano que no se dedica de forma vehemente a quebrantar el ordenamiento jurídico.

Mientras que el sentido de la pena impuesta a un ciudadano es declarar la vigencia de una norma (o marginalizar el acto delictivo) y su función es restablecer la confianza en esta vigencia (o mantener la confianza en la expectativa violada como pauta válida de conducta), el sentido de la pena impuesta a un enemigo es declarar que la sociedad tiene condiciones de defenderse (el sistema tiene fuerza suficiente para luchar contra un ataque) y su función es gestionar un riesgo externo al cual la sociedad no está dispuesta a soportar (rechazar la fuente de peligro y defenderse efectivamente de ella)¹⁵⁸².

¹⁵⁸⁰ DONINI, Massimo. “Derecho penal de lucha. Lo que el debate sobre el Derecho Penal del enemigo no debe limitarse a exorcizar”, en CANCIO MELIÁ, Manuel. L. POZUELO PÉREZ (Coords.), *Política criminal en vanguardia. Inmigración clandestina, terrorismo, criminalidad organizada*, Thomson Civitas, Cizur Menor (Navarra), 2008, pp. 29-75.

¹⁵⁸¹ “Los juristas están acostumbrados a ocuparse de lo normativo, por lo que no es sorprendente que, en una especie de prepotencia normativista, tiendan a dejar en un segundo plano las condiciones de la realidad del Derecho. En el caso normal, eso posiblemente no tenga consecuencias negativas, ya que o bien las condiciones concurren sin duda alguna, o bien su ausencia se manifiesta en fisuras más bien pequeñas, como en el ejemplo del defraudador antes mencionado. Pero en casos excepcionales, esa falta de consideración conduce a la transición desde la realidad del Derecho a las nubes de los postulados, desde las cuales, desde luego, se puede criticar magníficamente esa realidad del Derecho, pero, eso sí, sin que ello tenga consecuencia alguna.” JAKOBS, Günther: “¿Terroristas como personas en Derecho?”, en: AA. VV.: *Derecho penal del enemigo. El discurso penal exclusión*, 2 vols., Montevideo/Buenos Aires, Editorial B de F Edisofer, 2006, compilado por Manuel Cancio Meliá y Carlos Gómez-Jara Díez, Vol. 2, pp. 77-92, p. 83.

¹⁵⁸² “En correspondencia con esto, la finalidad de la privación de libertad en el delincuente de evidente peligrosidad, como, por ejemplo, en el caso del terrorista, es distinta de la que concurre respecto de un delincuente cuya ulterior peligrosidad no muestre un grado de evidencia similar. En el caso normal del delito, la pena es una especie de indemnización que es ejecutada forzosamente a costa de la persona del delincuente: la pena es contradicción -esto resulta evidente- e infligir dolor, y éste dolor se mide de tal modo que el apoyo cognitivo de la norma quebrantada no sufra por el hecho cometido.” JAKOBS, Günther: “¿Terroristas como personas en Derecho?”, en: AA. VV.: *Derecho penal del enemigo. El discurso penal exclusión*, 2 vols., Montevideo/Buenos Aires, Editorial B de F Edisofer, 2006, compilado por Manuel Cancio Meliá y Carlos Gómez-Jara Díez, Vol. 2, pp. 77-92, pp. 83-84.

En sentido contrario, sosteniendo que toda pena tiene sólo el segundo sentido, es decir, el sentido de negarse la personalidad del agente en todos los casos, está el pensamiento del jurista alemán Karl Larenz. Aunque se más conocido por sus contribuciones en el ámbito del el Derecho civil, él fue un filósofo del Derecho que, incluso, resucitó el debate acerca de una teoría de la imputación objetiva, tema de su tesis doctoral defendida en el año 1927, titulada: *Hegels Zurechnungslehre Und der Begriff der Objektiven Zurechnun*¹⁵⁸³. En otra obra, sobre su concepción de la naturaleza de la pena, Larenz sostiene que:

“Esta [la pena], en consecuencia, anula o restringe la pertenencia del culpable a la comunidad. Esta es, según su naturaleza, disminución [*Minderung*] o aniquilamiento [*Vernichtung*] de la posición de miembro [*Gliedstellung*] del culpable en la comunidad. Al culpable no le es infligido un mal cualquiera, sino una limitación de su posición jurídica y de miembro, que expresa solamente la medida en que el agente se ha excluido por sí mismo de la comunidad”¹⁵⁸⁴.

Esta línea de pensamiento se acerca mucho con los planteamientos de Fichte y Kant. Para Larenz, la realización de cualquier delito – no importan las circunstancias de su realización, la entidad de la pena o la vida de su agente – señala la rotura absoluta del vínculo del individuo con la comunidad y la pena representa la supresión absoluta de su humanidad, lo que permite la degradación de su dignidad y su total aniquilamiento físico¹⁵⁸⁵. Esto no está de acuerdo con lo que propone Jakobs, ni en relación con la función de la pena en el Derecho penal del ciudadano (marginalización de un acto o restablecimiento de la confianza), tampoco en relación con la función del Derecho penal del enemigo (gerencia de riesgos), quien no admite que se tomen medidas desproporcionadas o se haga todo lo posible en contra el enemigo¹⁵⁸⁶.

¹⁵⁸³ LARENZ, Karl. *Hegels Zurechnungslehre Und der Begriff der Objektiven Zurechnung Ein Beitrag Zur Rechtsphilosophie des Kritischen Idealismus Und Zur Lehre von der "Juristischen Kausalität."*. Scientia Verlag, 1970.

¹⁵⁸⁴ LARENZ, Karl. “Vom Wesen der Strafe”, en: *Zeitschrift fur Deutsche Kulturphilosophie*, Bd.2, 1936, p. 36.

¹⁵⁸⁵ “Puesto que el delito significa la ruptura del vínculo comunitario del individuo, y este vínculo representa el fundamento ontológico del individuo, la pena se dirige entonces, inmediata y principalmente, contra la subjetividad del culpable. La pena es —desde esta perspectiva— el ataque a la humanidad del reo, la agresión contra su cualidad de hombre, y va, en consecuencia, de la degradación de su dignidad a su total aniquilamiento físico.” LA TORRE, Massimo. *La lucha contra el derecho subjetivo: Karl Larenz y la teoría nacionalsocialista del Derecho*, Madrid: Dykinson, 2008, p. 319

¹⁵⁸⁶ “Esto no significa que entonces esté todo permitido, incluso una acción sin medida. Al contrario, al enemigo se le reconoce una personalidad potencial, de tal manera que en una lucha no puede superarse el límite de lo necesario. Pero eso aún permite mucho, todavía más que en la legítima defensa, en la que la defensa necesaria tiene que ser siempre reacción frente a una agresión actual, mientras que en el Derecho penal de enemigos, como se va a mostrar a continuación, también se trata de la defensa frente a agresiones futuras.” JAKOBS, Günther. “La autocomprensión de la ciencia del Derecho penal ante los desafíos del presente”. En: VVAA. *La ciencia del Derecho penal ante el nuevo milenio*. Valencia, Tirant lo Blanc, 2004, p. 58.

La idea de que toda pena tiene el sentido de excluirse a un miembro de la sociedad – no el sentido de marginalizar el acto lesivo de la confianza en la vigencia de una norma, como lo sostiene Jakobs, lo que reafirma los marcos de civilidad de toda la sociedad, incluso la inclusión del miembro infractor – conlleva a una enemistad generalizada del Derecho penal. Es decir, la idea de que toda pena excluye la personalidad y cualquier grado de culpabilidad tiene el poder de excluir un miembro de la sociedad (no de incluir, como lo quiere Jakobs en su teoría funcional) conduce a una idea totalitaria de Derecho penal, donde todo el sentido del sistema es la exclusión, lo que, por su carácter absoluto, no puede convivir con un Estado Democrático de Derecho.

De acuerdo con Jakobs, la transposición al modelo de defensa contra ataques al sistema, es decir, de gestión de los riesgos a través de la pena, es una forma efectiva de suplir el déficit de seguridad cognitiva que el comportamiento de un terrorista, por ejemplo, representa al toda la sociedad¹⁵⁸⁷, lo que presupone, desde un punto de vista práctico, un aseguramiento frente al autor, no desde el punto de vista de lo que ya se ha hecho, sino de lo que el peligro representa, de hecho, en un ejercicio de proyección¹⁵⁸⁸, es decir: “*el Derecho penal dirigido específicamente contra terroristas tiene más bien el cometido de garantizar seguridad que el de mantener la vigencia del ordenamiento jurídico, como cabe inferir del fin de la pena y de los tipos penales correspondientes.*”¹⁵⁸⁹

¹⁵⁸⁷ “La transposición de este modelo -que ya como modelo del caso normal probablemente no sólo sea próximo a la dura realidad, sino igualmente a una situación idílica imaginada- no es suficiente en el caso de adversarios cuya actitud es por principio hostil y que son activos, es decir, entre otros, el caso de los terroristas. Pues con completa independencia de la cuestión de cuál es la culpabilidad, al menos de aquel terrorista que fue socializado en una cultura hostil a la aquí existente -una pregunta que apenas se ha planteado hasta el momento-, en el caso de todo terrorista (como respecto de todo enemigo) de lo que también se trata es de compensar un déficit ya existente de seguridad cognitiva.” JAKOBS, Günther: “¿Terroristas como personas en Derecho?”, en: AA. VV.: *Derecho penal del enemigo. El discurso penal exclusión*, 2 vols., Montevideo/Buenos Aires, Editorial B de F Edisofer, 2006, compilado por Manuel Cancio Meliá y Carlos Gómez-Jara Díez, Vol. 2, pp. 77-92, p. 84.

¹⁵⁸⁸ “Esto último - junto con la intimidación tout court - es una de las razones de las elevadas penas que se amenazan contra la fundación de una asociación terrorista; estas penas no pueden explicarse a través de aquello que ya ha sucedido - se ha afectado la seguridad pública, pero hasta el momento no se puso en marcha una lesión -, sino sólo con base en el peligro existente.” JAKOBS, Günther: “¿Terroristas como personas en Derecho?”, en: AA. VV.: *Derecho penal del enemigo. El discurso penal exclusión*, 2 vols., Montevideo/Buenos Aires, Editorial B de F Edisofer, 2006, compilado por Manuel Cancio Meliá y Carlos Gómez-Jara Díez, Vol. 2, pp. 77-92, p. 85.

¹⁵⁸⁹ “Resumo lo expuesto hasta el momento respecto de esta evolución, que no es precisamente nueva: el Derecho penal dirigido específicamente contra terroristas tiene más bien el cometido de garantizar seguridad que el de mantener la vigencia del ordenamiento jurídico, como cabe inferir del fin de la pena y de los tipos penales correspondientes. El Derecho penal del ciudadano, la garantía de la vigencia del Derecho, muta para convertirse en -ahora viene el término anatematizado- Derecho penal del enemigo, en defensa frente a un riesgo. Con ello, también se contesta a la cuestión planteada al principio: la "lucha" contra el terrorismo no es sólo una palabra, sino un concepto; se trata de una empresa contra enemigos. JAKOBS, Günther: “¿Terroristas como personas en

En este momento del desarrollo del trabajo se llega precisamente a la esencia de lo que sería un Derecho penal del enemigo. De todo lo que se ha puesto, todas las ideas y concepciones sobre el objeto de este trabajo, su núcleo duro, su idea central, conforme lo que se expone, es precisamente la idea de exclusión o de negación, lo que Jakobs parece sostener pero no llevar mucho en consideración en la hora de listar las características e indicar algunos ejemplos de este tipo de Derecho penal. Para Jakobs: “*En la medida en que (!) el terrorista es considerado una fuente de peligro a tratar cognitivamente, este Derecho penal no es un Derecho que lo incluya; pero sigue siendo Derecho en la medida en que vincula a todos los demás en cuanto personas.*”¹⁵⁹⁰

El Derecho penal del enemigo es, por esencia, un Derecho de exclusión. No es un Derecho que incluya el enemigo como alguien que participa en la comunicación, sino que lo excluye de la comunicación para la mantención de las fuentes cognitivas mínimas de funcionamiento de la sociedad, pero sigue como Derecho en la calidad de técnica formal de regulación de lo social (lo que se explica en apartado propio).

Es necesario aclarar, de entrada, que un Derecho penal del enemigo no significa "ley de fugas", "pena de sospecha" o incluso "descuartizamiento público para la intimidación" o cosas similares¹⁵⁹¹ y que, sostenerse que un Estado que no dispone de custodias de seguridad, criminalización de asociaciones terroristas, escuchas telefónicas, acción de agentes encubiertos, registros domiciliarios y otras medidas penales o procesales de aseguramiento se

Derecho?”, en: AA. VV.: *Derecho penal del enemigo. El discurso penal exclusión*, 2 vols., Montevideo/Buenos Aires, Editorial B de F Edisofer, 2006, compilado por Manuel Cancio Meliá y Carlos Gómez-Jara Díez, Vol. 2, pp. 77-92, pp. 85-86.

¹⁵⁹⁰ “Cfr. JAKOBS, en ESER el al. (ed.), *Die deutsche Strafrechtswissenschaft vor der Jahrtausendwende*. 2000, ps. 47 y ss., 53; en otra línea CANCIO MELIÁ, *ZStW* 117 (2005), ps. 267 y ss., 282 y ss. (contradictio in adiecto).” JAKOBS, Günther: “¿Terroristas como personas en Derecho?”, en: AA. VV.: *Derecho penal del enemigo. El discurso penal exclusión*, 2 vols., Montevideo/Buenos Aires, Editorial B de F Edisofer, 2006, compilado por Manuel Cancio Meliá y Carlos Gómez-Jara Díez, Vol. 2, pp. 77-92, p. 85.

¹⁵⁹¹ “¿Es legítimo un Derecho penal del enemigo? Y, si se contesta afirmativamente: ¿hasta qué punto? Antes de cualquier intento de respuesta hay dos cosas que dejar sentadas. En primer lugar, el Estado no tiene por qué poner en juego negligentemente su configuración; cuando se habla del Derecho penal del enemigo, esto no significa "ley de fugas", "pena de sospecha" o incluso "descuartizamiento público para la intimidación" o cosas similares (aunque esto, desde luego, no resuelve el problema de cómo trazar los límites).” JAKOBS, Günther: “¿Terroristas como personas en Derecho?”, en: AA. VV.: *Derecho penal del enemigo. El discurso penal exclusión*, 2 vols., Montevideo/Buenos Aires, Editorial B de F Edisofer, 2006, compilado por Manuel Cancio Meliá y Carlos Gómez-Jara Díez, Vol. 2, pp. 77-92, p. 87

acerca más de un Estado de Derecho ideal no es prudente, porque sólo desde puntos de vista abstracto y primario sería posible llegarse a dicha conclusión¹⁵⁹².

En realidad, si consideradas la realidad y las situaciones de la vida de hecho, echar de menos dichas medidas representaría reducir los ámbitos de posibilidad de desarrollo de la personalidad humana, en la medida en que reduciría la seguridad en el intercambio de las comunicaciones y la confianza en la continuidad de existencia de las instituciones sociales – dos características del orden social esenciales al libre desarrollo de la personalidad humana y la garantía de su dignidad. Sin un mínimo de seguridad y orden no es posible la vida en sociedad, y el Derecho penal del enemigo tiene por objeto gestionar las amenazas a dicho mínimo vital, núcleo duro de condiciones sociales mínimas, necesario al desarrollo de la sociedad y de las personas, lo que no puede existir sin un mínimo de seguridad y confianza en la vigencia de las expectativas normativas, garantizada por las instituciones, lo que permite un mínimo de orden social y la creencia en la continuidad de la vida en sociedad.

Acerca la primera medida de aseguramiento que debe ser tomada en relación con un terrorista – lo que tiene que ver con su autonomía privada y, por eso, con el rango que su personalidad tiene en los sistemas actuales de gestión de los riesgos a través del Derecho penal – se propone quitarle el ámbito de autoadministración (lo que representa, *per se*, en un contexto de reducción de riesgos, en reducirle el ámbito de su personalidad), conforme Jakobs: “*En primer lugar, hay que privar al terrorista precisamente de aquel derecho del que abusa para sus planes, es decir, en particular, el derecho a la libertad de conducta*”¹⁵⁹³, *id. est.*, ponerle en la cárcel.

¹⁵⁹² “En segundo lugar, la inferencia de una respuesta a la cuestión de la legitimidad del concepto abstracto de Estado de Derecho carece de valor. Que un Estado que no conoce custodia de seguridad, que pena la fundación de una asociación terrorista exclusivamente en cuanto delito contra el orden público, al que son ajenos la incomunicación, las escuchas masivas, los agentes encubiertos y muchos otros instrumentos, se acerca más al ideal de un Estado de Derecho que uno que permite tales instituciones y medidas, ésta es una constatación que sólo puede llevarse a cabo en abstracto; en cambio, en concreto puede ser que la renuncia a estas instituciones vacíe de contenido el derecho del ciudadano a la seguridad, y este derecho a la seguridad sólo es otra denominación del derecho al estado.” JAKOBS, Günther: “¿Terroristas como personas en Derecho?”, en: AA. VV.: *Derecho penal del enemigo. El discurso penal exclusión*, 2 vols., Montevideo/Buenos Aires, Editorial B de F Edisofer, 2006, compilado por Manuel Cancio Meliá y Carlos Gómez-Jara Díez, Vol. 2, pp. 77-92, p. 87.

¹⁵⁹³ “Manteniéndose lejos de tales extremos, de lo que se trata es de lo alcanzable, de lo óptimo en la práctica, lo que significa que el Derecho penal del enemigo debe ser limitado a lo necesario, y ello con completa independencia del mandato racional preexistente de limitar la violencia física por sus efectos secundarios corruptores. Pero ¿qué es necesario? En primer lugar, hay que privar al terrorista precisamente de aquel derecho del que abusa para sus planes, es decir, en particular, el derecho a la libertad de conducta. En esta medida, la situación no es distinta de la de la custodia de seguridad, aunque en el ámbito de esta institución por regla general esta privación suele ser suficiente. (...) El hecho de que este caso afecta a una problemática del derecho

Hay que subrayar que dicha medida representa una reacción legítima (porque creada y aplicada bajo criterios sociales de legitimación) y necesaria (porque basada en necesidades reales de aseguramiento), en respuesta al peligro que uno voluntariamente ha creado. Es decir, ella representa una medida de heteroadministración en su ámbito de organización, de restricción del ámbito de disponibilidad inmediata de la personalidad de quien se ha puesto en este estado por haber expuesto a peligros insoportables las bases cognitivas de organización de la sociedad, en la palabras de Jakobs: “*En el ámbito tratado hasta el momento, la exclusión del terrorista es autoexclusión: se ha convertido a sí mismo en terrorista o ha incumplido de otro modo sus deberes, y por ello es heteroadministrado en el marco de lo necesario.*”¹⁵⁹⁴

Por fin, la necesidad de reducción de ámbitos de disponibilidad inmediata e la personalidad es la esencia del Derecho penal del enemigo, si tenemos en cuenta que la característica central de un ordenamiento democrático donde se reconoce la dignidad humana como valor vectorial, es precisamente la libertad. Dicha necesidad nace del abuso de la libertad realizado por el individuo que pone en marcha un plan de violación de forma presumiblemente duradera de las expectativas más básicas a la vida en sociedad mínimamente organizada, expectativas sin las cuales no es posible el desarrollo de la personalidad de todos los miembros de la sociedad. En este contexto, que expone la realidad actual de nuestros ordenamientos jurídicos, Jakobs subraya la necesidad de atención con este proceso y la búsqueda de la máxima minimización de los supuestos de contaminación.¹⁵⁹⁵

Desde un punto de vista funcional, la diferencia entre ser humano y persona puede ser identificada en su ubicación en relación con el sistema social. El sistema es un ámbito donde

de policía no es óbice: es imposible excluir lo policial del Derecho penal del enemigo.” JAKOBS, Günther: “¿Terroristas como personas en Derecho?”, en: AA. VV.: *Derecho penal del enemigo. El discurso penal exclusión*, 2 vols., Montevideo/Buenos Aires, Editorial B de F Edisofer, 2006, compilado por Manuel Cancio Meliá y Carlos Gómez-Jara Díez, Vol. 2, pp. 77-92, p. 88.

¹⁵⁹⁴ JAKOBS, Günther: “¿Terroristas como personas en Derecho?”, en: AA. VV.: *Derecho penal del enemigo. El discurso penal exclusión*, 2 vols., Montevideo/Buenos Aires, Editorial B de F Edisofer, 2006, compilado por Manuel Cancio Meliá y Carlos Gómez-Jara Díez, Vol. 2, pp. 77-92, pp. 90-91.

¹⁵⁹⁵ “Vuelvo de nuevo sobre la cuestión planteada al principio: ¿puede conducirse una guerra contra el terror con los medios de un Derecho penal propio de un Estado de Derecho? Un Estado de Derecho que todo lo abarque no podría conducir esa guerra; pues habría de tratar a sus enemigos como personas, y, correspondientemente, no podría tratarlos como fuentes de peligro. Las cosas son distintas en el Estado de Derecho óptimo en la práctica, y esto le da la posibilidad de no quebrarse por los ataques de sus enemigos.” JAKOBS, Günther: “¿Terroristas como personas en Derecho?”, en: AA. VV.: *Derecho penal del enemigo. El discurso penal exclusión*, 2 vols., Montevideo/Buenos Aires, Editorial B de F Edisofer, 2006, compilado por Manuel Cancio Meliá y Carlos Gómez-Jara Díez, Vol. 2, pp. 77-92, p. 92.

todo tiene sentido y lugar, todo funciona, produce y reproduce comunicaciones de forma preestablecida (que se puede cambiar bajo criterios también preestablecidos) y el ambiente (o entorno) es un lugar naturalmente caótico, donde las informaciones y comunicaciones, en un primer momento, no tienen sentido para el sistema, y después de le irritan en el proceso de apertura cognitiva y empiezan a tener sentido para el sistema, conforme lo explicado en un apartado propio.

En esta medida, los individuos, o seres humanos, forman parte del ambiente o del entorno del sistema, porque para el sistema sólo lo que tiene sentido puede ser considerado una comunicación a la cual se le atribuye sentido, que es lo que pasa con las personas. Estas son quienes, de hecho, toman parte en el sistema como comunicaciones, porque fue el propio sistema que, a través de su apertura cognitiva, ha desarrollado el proceso de atribución de sentido a los individuos. Dicho proceso ha producido el concepto de persona – que es la percepción sistémica del individuo – y que sigue reproducido bajo criterios de clausura operativa (aunque dichos criterios estén en constante cambio). Dicho proceso queda claro a través lo que explica el profesor Polaino-Orts, de la siguiente manera:

Los individuos, a diferencia de las personas en Derecho, forman parte del ambiente, del entorno, y no participan en la estructura social en un ámbito concreto. El individuo refiere al ser humano en cuanto tal, al sujeto perteneciente al ámbito natural. El individuo es, por tanto, un ser empírico y sensorial, que se mueve en el mundo de la experiencia, esto es, se orienta sensorialmente sobre la base de sus instintos mediante un código de satisfacción/insatisfacción (*Lust/Unlust*), pero no según la pauta normativa de conducta fijada por la norma. El individuo es, por tanto, en terminología extraída de la filosofía de Kant, el *homo phaenomenon*, que se opone al *homo noumenon*: este último es un ser racional, pensante, que se guía por el sistema normativo que tiene interiorizado; el primero es un ser empírico guiado por los sentidos. El individuo (ser humano en estado natural) queda, pues, al margen del mundo social: como sintetiza Piña Rochefort, «el individuo jamás forma parte de la sociedad si no es como persona».¹⁵⁹⁶

El ejemplo del inimputable puede aclarar aún más la cuestión. Un delincuente inimputable no es persona de forma completa para el sistema social del Derecho porque no manifiesta expresiones de sentido comunicativamente relevantes para la realización de un delito. Es

¹⁵⁹⁶ POLAINO-ORTS. Miguel. *Derecho penal del enemigo*. Fundamentos, potencial de sentido y límites de vigencia. Barcelona Bosch, 2009, pp. 159-160.

decir, el inimputable no tiene capacidad de realizar comportamientos previstos en un tipo penal de forma socialmente relevante a punto de se le reconocer alguna culpabilidad (aunque su acción sea importante para reconocerse, por ejemplo, la incidencia de la causa excluyente de antijuridicidad de la legítima defensa, por ejemplo).

Sin embargo, el no reconocimiento de esta parte de su personalidad no permite, para nada, la exclusión de otras partes que tienen importancia, incluso, para el Derecho penal, como la posibilidad de reconocerle la titularidad del derecho a la vida, la indemnidad física o al patrimonio, y en cuanto titular de estos derechos, reconocerle la posibilidad de ser víctima de la realización de tipos penales que tiene por objeto la protección de la confianza en la vigencia de las normas que les garantizan¹⁵⁹⁷.

Es precisamente el rol de la persona, sus derechos y deberes, lo que define su existencia y en el mundo social. La ausencia de estos, de forma completa, le quita todo el sentido sistémico y le pone en el entorno, lo que es un estado de muerte social. En nuestras sociedades avanzadas en el tema de reconocimiento de los derechos fundamentales, sólo se reconoce dicha posición (despojamiento total de la personalidad) a los seres humanos biológicamente muertos, que no han dejado ningún bien en la calidad de herencia (porque, incluso, el cumplimiento de las disposiciones de un testamento representa la proyección de la personalidad del muerto, en oposición a la idea de respeto a la memoria de los muertos, que está más basada en necesidades sociales actuales de respeto al honor de nuestros antepasados que propiamente en la idea de proyección de la personalidad).

La existencia de supuestos donde se ha identificado la posibilidad de un ser humano quedar totalmente despojado de su personalidad – lo que se hizo bajo criterios que también son de naturaleza social (no son criterios naturales) – queda evidente cuando recordamos el hecho de que otras sociedades han establecido, de hecho, dicha posibilidad, como pasa con el *homo sacer* en el Derecho Romano, una víctima de la divinidad, que después de ser así considerado por un tribunal, no tenía más la protección por el Derecho, perdía su familia y su propiedad

¹⁵⁹⁷ “Esa exclusión del individuo socialmente operada es parcial, porque no excluye todo el ámbito de personalidad del sujeto. Un inimputable, por ejemplo, es «individuo» respecto del Derecho penal (porque su acción no comunica contrariedad a la norma, esto es: no manifiesta expresiones de sentido comunicativamente relevantes) pero ello no excluye, por supuesto, que sea titular de bienes jurídicos penalmente protegidos, esto es, que sea víctima potencial de delitos.” POLAINO-ORTS. Miguel. *Derecho penal del enemigo*. Fundamentos, potencial de sentido y límites de vigencia. Barcelona Bosch, 2009, p. 160.

(esta era confiscada para los dioses) y podía ser matado con total impunidad¹⁵⁹⁸, lo que ni siquiera es algo que debe ser objeto de consideración en las sociedades occidentales actuales.

Así pues, la comunicación marca los límites entre sistema y entorno, entre persona (ser de naturaleza social) y ser humano (ser de naturaleza biológica y psicológica) justamente porque la comunicación sólo es posible entre las personas, y no entre individuos, en la medida que ella sólo puede existir si se comparten entre los seres humanos medios tecnológicos efectivos de transmisión de informaciones (sistema de sentido llamado de lenguaje), lo que por sí mismo es un sistema social¹⁵⁹⁹. Es decir, sólo en el ámbito de un sistema semántico la comunicación es posible, y si se considera que dicha comunicación ocurre entre seres humanos, el sistema necesariamente es un sistema social.

Dicho proceso es explicado por el profesor Polaino-Orts de esta forma: *“El sistema es el ámbito en que se producen comunicaciones socialmente relevantes, las cuales son funcionales en el sentido de que aportan una contribución que coadyuva a la conformación y a la estabilización del sistema; el resto no es sistema, sino entorno”*¹⁶⁰⁰ y, por eso *“la comunicación constituye, por tanto, la operación característica de los integrantes del sistema social. Se trata de una operación específica de auto producción.”*¹⁶⁰¹

La comunicación sólo tiene sentido en un sistema y, por eso, ella sólo es posible entre personas, como una operación de reproducción de sentido. No existe contacto directo entre consciencias (sistemas psíquicos) ni entre individuos (sistema biológico) y sociedad, porque ambos son sistemas operacionalmente cerrados. Así pues, la comunicación se produce entre

¹⁵⁹⁸ *“Homo sacer es aquel a quien el pueblo ha juzgado por un delito, pero no es lícito sacrificarle, pero quien le mate no será condenado por homicidio”* AGAMBEN, Giorgio. *Homo sacer. El poder soberano y la nuda vida*. Pre-Textos, Valencia, 2003. p. 94.

¹⁵⁹⁹ “La definición como persona en Derecho adopta, pues, un paradigma muy determinado: el de su rol (derechos y deberes) que define su posición en el mundo social o en el entorno. La comunicación marca, entonces, el límite entre «sistema» (*System*) Y «entorno» (*Umwelt*), esto es, entre personas e individuos, porque esa comunicación se da entre las personas y no entre los individuos. Esta distinción constitutiva entre sistema y entorno, dice el teórico de la doctrina de los sistemas sociales Niklas Luhmann, «tiene que ser el punto de partida de cualquier análisis sistémico teórico.» POLAINO-ORTS, Miguel. *Derecho penal del enemigo*. Fundamentos, potencial de sentido y límites de vigencia. Barcelona Bosch, 2009, pp. 160-161.

¹⁶⁰⁰ “En todo caso, entorno y sistema no pueden explicarse el uno sin el otro, sino que son conceptos no sólo interrelacionados sino que cabe explicar con autonomía pero no con independencia uno respecto del otro: «El entorno alcanza su unidad sólo a través del sistema y solamente en relación al sistema.» POLAINO-ORTS, Miguel. *Derecho penal del enemigo*. Fundamentos, potencial de sentido y límites de vigencia. Barcelona Bosch, 2009, p. 161.

¹⁶⁰¹ POLAINO-ORTS, Miguel. *Derecho penal del enemigo*. Fundamentos, potencial de sentido y límites de vigencia. Barcelona Bosch, 2009, pp. 161-162.

partes del sistema social, que está formado también por comunicaciones¹⁶⁰², lo que no presupone la existencia de una persona (piénsese en un sistema informático, por ejemplo). Sin embargo, la existencia de la persona presupone su capacidad de comunicarse. En esta medida, el sistema está formado por comunicaciones y las personas son una forma de acoplamiento estructural entre sistema psíquico y social, en el cual, al mismo tiempo, la sociedad y la consciencia producen e intercambian comunicaciones inteligibles a ambas.

Comprender eso permite comprender también una de sus consecuencias: la personalidad formada por la comunicación en el proceso de acoplamiento estructural, se pasa en grados o niveles, referentes a los tipos de sistemas sociales comprometidos en dicho acoplamiento y al tipo de comunicación que se transmite. Así pues, se puede identificar, de entrada que existen por lo menos dos niveles de personalidad, una parcial y otra completa.

La idea de una personalidad parcial o fundamental común a todos los seres humanos que participan mínimamente en la sociedad (como los enemigos, por ejemplo), que tienen derecho a las garantías del Estado de Derecho: respeto a la dignidad, prohibición de sufrir tratamiento inhumano o degradante, derecho a un proceso justo, derecho a la salud e integridad física y moral *et caetera*. Eso quiere decir que hay un núcleo de derechos humanos que a todos seres humanos se debe reconocer siempre¹⁶⁰³, no sólo en el interés de sus titulares, sino en favor de la sociedad que se beneficia y mantiene sus altos estándares de civilidad cuando mantiene el respeto a dichos derechos. De manera diferente, la personalidad completa presupone el

¹⁶⁰² “Conviene llamar la atención sobre un punto polémico en el pensamiento luhmanniano: para el autor alemán, «no es el hombre quien puede comunicar, sólo la comunicación comunica». Del mismo modo que la comunicación es la operación autopoietica definidora de los sistemas sociales, los sistemas personales o psíquicos (las personas) tienen como operación autopoietica la conciencia, y «los sistemas de conciencia también son sistemas operacionalmente cerrados. No pueden tener contacto unos con otros. No existe la comunicación de conciencia a conciencia, ni entre el individuo y la Sociedad». La comunicación se produce entre integrantes del sistema social, entre «personas». Por ello, para Luhmann, la Sociedad no se compone de individuos o seres humanos aisladamente considerados, sino precisamente de comunicaciones.” POLAINO-ORTS. Miguel. *Derecho penal del enemigo*. Fundamentos, potencial de sentido y límites de vigencia. Barcelona Bosch, 2009, p. 162.

¹⁶⁰³ “La personalidad básica o fundamental es común a todos los sujetos — personas, individuos, enemigos— integrantes, aunque sea formalmente, del grupo social y conjuga el denominador común de las garantías del Estado de Derecho: respeto a la dignidad, prohibición de sufrir trato inhumano o degradante, derecho a un proceso justo, derecho a la salud e integridad física y moral, etc., etc. En un Estado de Derecho esta personalidad mínima se le respeta siempre a todo sujeto (enemigos incluidos) por muy sospechoso y por muy peligroso que sea.” POLAINO-ORTS. Miguel. *Derecho penal del enemigo*. Fundamentos, potencial de sentido y límites de vigencia. Barcelona Bosch, 2009, p. 220.

disfrute total de todos los derechos a los cuales una persona normalmente tendría acceso en el desarrollo del rol que se le atribuye¹⁶⁰⁴.

Una persona que abusa de forma socialmente no tolerada de algún de los derechos inherentes a su carácter de persona puede tener dicho derecho limitado por parte del Estado, con la finalidad de mantener la confianza en la vigencia de la norma. Así, por ejemplo, si uno abusa del derecho de libertad de asociación (ejercicio más allá de los límites legales), por tomar parte de una organización terrorista yihadista, que tiene por finalidad realizar atentados de grande entidad en Europa, dicha persona puede tener restringido su respectivo derecho a la libertad y, por eso, deja de ser persona para fines de ejercicio del derecho de asociación. En este supuesto, el individuo pierde su carácter de persona para el ejercicio de del derecho de que ha abusado, y el Estado pasa a heteroadministrar este derecho y esta parte de su personalidad, mientras sea necesario para la protección de la confianza en la vigencia de las normas o por razones socialmente justificables (como la ejecución de una condena penal, v. g.)¹⁶⁰⁵. Con las palabras de Polaino-Orts, queda claro que: “*el delincuente peligroso malogra el disfrute de su personalidad completa, aunque mantiene lógicamente su personalidad mínima.*”¹⁶⁰⁶.

Así pues, el disfrute de una personalidad completa en un sentido funcional – en la medida en la cual dicha personalidad es un producto social – depende del comportamiento de su titular, es decir, el disfrute de la totalidad de las prerrogativas o facultades que son atribuidas a un rol social depende de comportamiento de su titular, en razón de la posibilidad de pérdida de la capacidad de autoadministración de uno o más de sus ámbitos por la realización de conducta abusiva en su ejercicio, lo que le suspende la personalidad (la capacidad de participación en la

¹⁶⁰⁴ “La personalidad completa supone el disfrute absoluto de todos los derechos de la Sociedad civil. Lógicamente esta personalidad íntegra o total es únicamente para quien se la gana (con ello, me opongo expresamente a la interpretación de Feijoo Sánchez, que confunde personalidad fundamental básica con personalidad integral).” POLAINO-ORTS. Miguel. *Derecho penal del enemigo*. Fundamentos, potencial de sentido y límites de vigencia. Barcelona Bosch, 2009, pp. 220-221.

¹⁶⁰⁵ “El ciudadano que delictivamente abusa de algunos de los derechos de su personalidad (por ejemplo: del derecho de asociación, en vez de conformar una agrupación perfectamente lícita, organiza una banda terrorista) entonces está echando a perder parte de su personalidad (esos derechos que manifiestamente ha malogrado), de manera que el ordenamiento jurídico se ve obligado, en protección del resto de ciudadanos, a heteroadministrar dichos derechos hasta tanto el sujeto no manifieste idoneidad en la gestión de tales derechos.” POLAINO-ORTS. Miguel. *Derecho penal del enemigo*. Fundamentos, potencial de sentido y límites de vigencia. Barcelona Bosch, 2009, p. 221.

¹⁶⁰⁶ POLAINO-ORTS. Miguel. *Derecho penal del enemigo*. Fundamentos, potencial de sentido y límites de vigencia. Barcelona Bosch, 2009, p. 221.

comunicación social) de dicho matiz. A esta misma conclusión ha llegado el profesor Polaino-Orts, quien sostiene, en resumen, lo siguiente:

Por ello, desde ese punto de vista, el enemigo que se autoexcluye no gana, sino que pierde esa personalidad completa: se le mantienen algunos derechos (los que él no malogra), porque la despersonalización no es completa o absoluta, pero se le restringen aquellos que se refieren a un ámbito en el que él se autoexcluye. Y esa limitación o reducción de los derechos que completan la personalidad se restringe con el fin de asegurar que el resto de ciudadanos puedan gozar de su personalidad completa dentro de un mínimo de seguridad. En este sentido, para garantizar la personalidad completa de aquellos que si se la ganan, el Estado decide heteroadministrar un sector de la personalidad del enemigo, manteniéndole en todo caso la personalidad mínima. Volverá a disfrutar de su plena personalidad en el mismo instante en que ceje en su violación sistemática de la norma y, en cambio, ofrezca seguridad y respeto tanto de la norma como de los demás conciudadanos del grupo social. En su mano está, pues, el disfrutar del total de la personalidad civil o de una personalidad limitada por mor de su parcial autodepersonalización.¹⁶⁰⁷

Todo eso parece estar de acuerdo con la propia idea de personalidad en la obra de Luhmann, conforme se puede identificar, a continuación:

El concepto de persona no indica ni la conciencia, ni el cuerpo de los individuos, que son sistemas autopoiéticos autónomos. Esto se coloca al nivel del sistema de comunicación: con persona se indica una estructura social que permite a la sociedad encontrar una dirección para la producción de las comunicaciones [véase comunicaciones]. Las personas, por lo tanto, permiten atribuir las responsabilidades de las comunicaciones (la emisión) y localizar las posibilidades de comprensión: en este sentido las personas no son sistemas, como lo son las conciencias y los cuerpos, sino artefactos comunicativos. Identifican contextos individuales de los que se esperan posibilidades limitadas de comportamiento [véase identidad/diferencia] y a cada individuo le queda la alternativa entre confirmar dichas expectativas o sorprender la comunicación con iniciativas inesperadas. La decisión que se realiza tiene pues un significado distinto para el sistema psíquico y para el sistema social: lo que para una conciencia tiene un significado decisivo para su historia, puede ser irrelevante para la historia de la comunicación. En todo caso, la persona y sus características que se pueden observar socialmente surgen de la circularidad inestable de la doble contingencia [véase doble

¹⁶⁰⁷ POLAINO-ORTS. Miguel. *Derecho penal del enemigo*. Fundamentos, potencial de sentido y límites de vigencia. Barcelona Bosch, 2009, p. 221.

contingencia]: Ego y Alter Ego se observan recíprocamente, y precisamente el hecho de ser observados los lleva a ambos a estabilizar los rasgos personales que en la comunicación pueden ser objeto de expectativas, tanto de ellos mismos, como de otros. El modo en que son observados determina luego el tipo de personalidad que puede presentarse en la comunicación.¹⁶⁰⁸

8.1.5.1 Críticas a la idea funcional de personalidad de Jakobs.

Las críticas que se hace a Jakobs, en este punto, en general, presuponen la atribución de conclusiones a las cuales sus postulados no permiten llegar, en una forma – consciente o no – de falacia del tipo *hombre de paja*, a través de la cual, se deriva una conclusión de una proposición que no puede dar origen a dicha conclusión y, a continuación, se critica la proposición misma a través de la conclusión indebidamente derivada de ella. Así pues, se pasa a investigar en qué medida la idea de personalidad expuesta en el apartado precedente es compatible con un Estado Democrático de Derecho, a través, en primer lugar, del análisis de algunos de los argumentos que se ha levantado en contra dicha idea.

El profesor Luís Gracia Martín, en su artículo titulado *Sobre la negación de la condición de persona como paradigma del "Derecho penal del enemigo"*¹⁶⁰⁹ expone un conjunto de observaciones críticas que podría llevar a pensar que está equivocada la idea de que el Derecho penal está orientado a personas en cuanto seres de existencia normativa – creados por el ordenamiento jurídico – y no a seres humanos – seres de existencia física, lo que es un fundamento epistemológico del funcionalismo sociológico, de la teoría de sistemas sociales, del funcionalismo penal sistémico y del Derecho penal del enemigo. Dicho autor sostiene que:

“La privación y la negación de la condición de persona a determinados individuos, a los declarados como enemigos, constituye, pues, el paradigma y el centro de gravedad en torno al que se construye el Derecho penal del enemigo como un ordenamiento punitivo diferente, excepcional y autónomo con respecto al Derecho penal ordinario, de la normalidad o del ciudadano.”¹⁶¹⁰

¹⁶⁰⁸ CORSI, Giancarlo; ESPOSITO, Elena; BARALDI, Claudio. *Glosario sobre la teoría social de Niklas Luhmann*, Mexico D.F., Anthropos, Universidad Iberoamericana, ITESO, 1996, p. 92

¹⁶⁰⁹ GRACIA MARTIN, Luis. “Sobre la negación de la condición de persona como paradigma del "Derecho penal del enemigo".” AA. VV. *Derecho penal del enemigo*. El discurso penal exclusión, 2 vols., Montevideo/Buenos Aires, Editorial B de F Edisofer, 2006, compilado por Manuel Cancio Meliá y Carlos Gómez-Jara Díez, vol. I, pp. 1051-1080.

¹⁶¹⁰ GRACIA MARTIN, Luis. “Sobre la negación de la condición de persona como paradigma del "Derecho penal del enemigo".” AA. VV. *Derecho penal del enemigo*. El discurso penal exclusión, 2 vols.,

En contrario de lo que sostiene dicho autor, en el apartado precedente se ha aclarado que, según Jakobs, la creación y el reconocimiento de la legitimidad de un Derecho penal del enemigo no se basan en la negación o la privación de la personalidad de un ser humano. Al revés, la creación y la legitimación de normas de este matiz conducen a reducir el ámbito de disponibilidad de la personalidad, es decir, precisamente en no reconocer la personalidad de un ser humano para fines específicos, para fines de imposición de una sanción penal, porque dicha sanción no produce sentido alguno para la forma en la cual uno puede participar (o no participar) en la comunicación.

Es decir, reconocerse alguien como enemigo es reconocer que él no es persona para los fines de imposición de sanción penal orientada a la protección de la confianza en la vigencia de las expectativas normativas seleccionadas por las normas, lo que no es lo mismo que decir que a dicho ser humano se le priva o niega su personalidad. Eso pasa porque las palabras *privar* y *negar* presuponen una forma absoluta de exclusión de la personalidad, y en esa medida, dicha idea no cuadra con lo propuesto por Jakobs, quien sostiene que el Derecho penal del enemigo es una forma de reducción parcial del ámbito de disposición de la personalidad, para fines sociales de funcionalidad de la sanción, conforme lo explicado en el apartado precedente. Curiosamente, el propio autor admite eso en el mismo trabajo, algunas páginas más adelante, cuando cita Jakobs, de la siguiente forma:

*Según esto, "sólo puede ser persona jurídico-penal, es decir, autor o partícipe de un delito, quien dispone de la competencia de enjuiciar de modo vinculante la estructura de lo social, precisamente, el derecho"; ahora bien, de la competencia forma parte el reconocimiento social como ciudadano pleno, y de dicho reconocimiento carecen por ejemplo, los niños o los que padecen dolencias psíquicas.*¹⁶¹¹

En esta cita, el propio profesor Gracia Martín consigue identificar que Jakobs no propone una exclusión absoluta de la personalidad del enemigo, porque consigue ver que, en la teoría

Montevideo/Buenos Aires, Editorial B de F Edisofer, 2006, compilado por Manuel Cancio Meliá y Carlos Gómez-Jara Díez, vol. I, pp. 1051-1080, p. 1061.

¹⁶¹¹ GRACIA MARTÍN, Luis. "Sobre la negación de la condición de persona como paradigma del "Derecho penal del enemigo"." AA. VV. *Derecho penal del enemigo*. El discurso penal exclusión, 2 vols., Montevideo/Buenos Aires, Editorial B de F Edisofer, 2006, compilado por Manuel Cancio Meliá y Carlos Gómez-Jara Díez, vol. I, pp. 1051-1080, p. 1063.

propuesta por Jakobs, existe la diferencia entre una ciudadanía parcial (grupo formado por los seres llamados de no personas) y una ciudadanía plena (grupo formado por quienes tienen competencia para tomar parte en la comunicación de forma completa), grupo este del cual se excluyen a los niños y los inimputables, porque no ellos tienen competencia para participar en dicha comunicación de forma completa, y por eso, no son personas para fines penales.

Más adelante en el artículo citado, el autor informa que: “*Si lo que define a la persona es, pues, el obrar vinculado al deber o por una obligación, se comprende fácilmente que todo individuo que no obre de ese modo ha de quedar excluido del concepto de persona.*”¹⁶¹², lo que es exactamente lo contrario de lo que Jakobs sostiene, conforme se explica a continuación.

Eso se puede explicar con las palabras del propio Jakobs. En relación con el ciudadano y la pena, Jakobs sostiene que: “*Esta actitud de conducta legal apoya las expectativas normativas que se le dirigen incluso en el caso de que un ciudadano cometa un delito: por regla general, esto no tiene por qué ser entendido como rescisión general de un comportamiento conforme a Derecho.*”¹⁶¹³. En relación con el enemigo, Jakobs pone que: “*El enemigo es un individuo que, no sólo de manera incidental, en su comportamiento (...) o en su ocupación profesional (...) o principalmente a través de su vinculación a una organización (...), es decir, en cualquier caso, de una forma presuntamente duradera, ha abandonado el derecho y, por tanto, no garantiza el mínimo cognitivo de seguridad del comportamiento personal y demuestra este déficit a través de su comportamiento*”¹⁶¹⁴.

¹⁶¹² GRACIA MARTIN, Luis. “Sobre la negación de la condición de persona como paradigma del “Derecho penal del enemigo.” AA. VV. *Derecho penal del enemigo*. El discurso penal exclusión, 2 vols., Montevideo/Buenos Aires, Editorial B de F Edisofer, 2006, compilado por Manuel Cancio Meliá y Carlos Gómez-Jara Díez, vol. I, pp. 1051-1080, p. 1063.

¹⁶¹³ “Por lo tanto, forma parte de la vigencia real, directora de la conducta, del ordenamiento jurídico, un apoyo cognitivo de la norma. Este imprescindible apoyo cognitivo, sin embargo, en lo principal no es una prestación del Estado, sino de los propios ciudadanos, que éstos llevan a cabo orientándose cotidianamente con base en el Derecho. Esta actitud de conducta legal apoya las expectativas normativas que se le dirigen incluso en el caso de que un ciudadano cometa un delito: por regla general, esto no tiene por qué ser entendido como rescisión general de un comportamiento conforme a Derecho.” JAKOBS, Günther. *Dogmática de Derecho penal y la Configuración Normativa de la Sociedad*, Madrid, Editorial Civitas, 2004, p. 81.

¹⁶¹⁴ “El enemigo es un individuo que, no sólo de manera incidental, en su comportamiento (delitos sexuales; ya el antiguo delincuente habitual «peligroso» según el p.º 20 a Código penal alemán¹⁵) o en su ocupación profesional (delincuencia económica, delincuencia organizada y también, especialmente, tráfico de drogas) o principalmente a través de su vinculación a una organización (terrorismo, delincuencia organizada, nuevamente el tráfico de drogas o el ya antiguo «complot de asesinato»), es decir, en cualquier caso, de una forma presuntamente duradera, ha abandonado el derecho y, por tanto, no garantiza el mínimo cognitivo de seguridad del comportamiento personal y demuestra este déficit a través de su comportamiento.” JAKOBS, Günther. “La

En resumen, de la lectura de los trechos citados de los trabajos de Jakobs, queda claro que un delito ocasionalmente cometido por un ciudadano no tiene el poder de poner en cuestión su personalidad completa para fines de imposición de una sanción penal, razón por la cual su acción no significa lo mismo que el abandono al Derecho realizado por el enemigo y, por eso, no procede la afirmación de que “*todo individuo que no obre de ese modo ha de quedar excluido del concepto de persona*”¹⁶¹⁵, lo que, conforme Jakobs observa, tiene mucho más que ver con un punto de vista rousseauiano¹⁶¹⁶, del cual Jakobs conscientemente se aparta¹⁶¹⁷, que con el punto de vista hobbesiano¹⁶¹⁸, del cual Jakobs claramente se acerca¹⁶¹⁹.

El profesor Gracia Martín sigue sosteniendo, con cuidado, que “*Consecuentemente, y aun cuando ello no sea algo que pueda afirmarse con rotundidad, Jakobs parece negar el*

autocomprensión de la ciencia del Derecho penal ante los desafíos del presente”. En: *VVAA. La ciencia del Derecho penal ante el nuevo milenio*. Valencia, Tirant lo Blanc, 2004, p. 59

¹⁶¹⁵ GRACIA MARTÍN, Luis. “Sobre la negación de la condición de persona como paradigma del “Derecho penal del enemigo”.” AA. VV. *Derecho penal del enemigo*. El discurso penal exclusión, 2 vols., Montevideo/Buenos Aires, Editorial B de F Edisofer, 2006, compilado por Manuel Cancio Meliá y Carlos Gómez-Jara Díez, vol. I, pp. 1051-1080, p. 1063.

¹⁶¹⁶ “Por otra parte, todo malhechor, atacando el derecho social, conviértese por sus delitos en rebelde y traidor a la patria; cesa de ser miembro de ella al violar sus leyes y le hace la guerra. La conservación del Estado es entonces. incompatible con la suya; es preciso que uno de los dos perezca, y al aplicarle la pena de muerte al criminal, es más como a enemigo que como a ciudadano. El proceso, el juicio constituyen las pruebas y la declaración de que ha violado el contrato social, y por consiguiente, que ha dejado de ser miembro del Estado. Ahora, bien; reconocido como tal, debe ser suprimido por medio del destierro como infractor del pacto, o con la muerte como enemigo público, porque tal enemigo no es una persona moral, sino un hombre, y en ese caso el derecho de la guerra establece matar al vencido.” ROSSEAU, Jean-Jacques. *El Contrato social: ó sea principios del derecho político* por J.J. Rousseau; traducido del francés, Barcelona, en la Imprenta de los Herederos de Roca, 1836, pp. 44 y ss.

¹⁶¹⁷ Para ROUSSEAU y FICHTE todo delincuente es de por sí un enemigo, para HOBBS al menos el reo de alta traición. KANT, quien hace uso del modelo contractual como idea regulativa en la fundamentación y en la limitación del poder del Estado, ubica el problema en el tránsito entre el estado de naturaleza (ficticio) y el estado estatal. JAKOBS, Günther; CANCIO MELIÁ, Manuel. *Derecho penal del enemigo*. Madrid, Civitas Ediciones, 2003, p. 25.

¹⁶¹⁸ “Estos actos o palabras y otros semejantes son crímenes de lesa majestad (traición) no en virtud de la ley civil, sino de la ley natural. Por otro lado, puede ser que un acto que no era crimen de lesa majestad (traición) antes de estar establecida la ley civil lo sea después de establecida. Ejemplo: si una ley declara que considera como signo de negativa de obediencia civil, es decir, como crimen de lesa majestad (traición) el que alguien acuñe moneda o adultere a los sellos de Estado, quien lo haga después de esa declaración no es menos culpable de lesa majestad (traición) que otro. Pero su pecado es menor, porque no viola a todas las leyes a la vez, sino a una sola. La ley, al llamar crimen de lesa majestad (traición) a lo que por naturaleza no lo es, ha dado legítimamente el nombre más odioso y quizás un castigo más severo al culpable, pero no ha hecho más grave el pecado mismo.” HOBBS, Thomas. *Del ciudadano*, op. cit., p. 230.

¹⁶¹⁹ “De manera similar, HOBBS despersonaliza al reo de alta traición; pues también éste niega por principio la constitución existente. Por consiguiente, HOBBS y KANT conocen un Derecho penal del ciudadano –contra personas que no delinquen de modo persistente, por principio- y un Derecho penal del enemigo contra quieo. se desvía por principio; éste excluye, aquél deja incólume el status de persona.” JAKOBS, Günther; CANCIO MELIÁ, Manuel. *Derecho penal del enemigo*. Madrid, Civitas Ediciones, 2003, p. 26.

carácter de "Derecho" a las regulaciones "jurídicas" de guerra contra los enemigos."¹⁶²⁰ y luego, de forma clara, que "La negación del carácter de Derecho a las regulaciones del Derecho penal del enemigo, sin embargo, no parece ningún argumento suficiente, ni mucho menos definitivo, para privar a las mismas de legitimidad o de validez. Pues esa negación es algo que ya ha reconocido expresamente el mismo Jakobs, como hemos comprobado al exponer sus ideas."¹⁶²¹, lo que se debe rechazar, una vez más, con las propias palabras de Jakobs, a saber: "Sin embargo, el Derecho penal del enemigo sigue siendo Derecho en la medida en que vincula a su vez a los ciudadanos, más exacta mente, al Estado, sus órganos y funcionarios en la lucha contra los enemigos."¹⁶²², y "En la medida en que (¡!) el terrorista es considerado una fuente de peligro a tratar cognitivamente, este Derecho penal no es un Derecho que lo incluya; pero sigue siendo Derecho en la medida en que vincula a todos los demás en cuanto personas."¹⁶²³.

La cuestión acerca de la legitimidad del Derecho penal del enemigo pasa por el análisis de lo que el Tribunal Constitucional Alemán – *Bundesverfassungsgericht* (BVerfG) – consideró, en la segunda mitad del siglo pasado, como *Unrecht*, es decir, derecho manifiestamente injusto, algo que no pierde *tout court* su carácter de juridicidad, conforme se estudia en un apartado propio, en este trabajo, análisis que exige esfuerzo hermenéutico y no puede ser resumida a simplemente considerarse un concepto abstracto – como el Derecho penal del enemigo – como algo no jurídico *a priori*.

¹⁶²⁰ GRACIA MARTIN, Luis. "Sobre la negación de la condición de persona como paradigma del "Derecho penal del enemigo". AA. VV. *Derecho penal del enemigo*. El discurso penal exclusión, 2 vols., Montevideo/Buenos Aires, Editorial B de F Edisofer, 2006, compilado por Manuel Cancio Meliá y Carlos Gómez-Jara Díez, vol. I, pp. 1051-1080, p. 1064.

¹⁶²¹ GRACIA MARTIN, Luis. "Sobre la negación de la condición de persona como paradigma del "Derecho penal del enemigo". AA. VV. *Derecho penal del enemigo*. El discurso penal exclusión, 2 vols., Montevideo/Buenos Aires, Editorial B de F Edisofer, 2006, compilado por Manuel Cancio Meliá y Carlos Gómez-Jara Díez, vol. I, pp. 1051-1080, p. 1063.

¹⁶²² "En todo caso, para llegar a esta autorrestricción, primero ha de saberse qué es "lo que se tiene entre manos" con las reglas del Derecho penal del enemigo. La suposición, quizás bien intencionada, pero desde luego no buena, de que todo Derecho siempre es Derecho porque esto no debe ser de otro modo, oculta en su dibujo simplista de la situación la exclusión del enemigo - más o menos amplia - en lo que se refiere a sus derechos, y con ello encubre la señal de alarma de la excepción." JAKOBS, Günther. "¿Derecho penal del enemigo? Un estudio acerca de los presupuestos de juridicidad", in: Teoría funcional de la pena y de la culpabilidad, CANCIO MELIÁ, Manuel y FEIJOO, Bernardo (Eds.), *Teoría funcional de la pena y de la culpabilidad*, Madrid: Civitas, 2008, pp. 44-45

¹⁶²³ "cfr. JAKOBS, en ESER el al. (ed.), *Die deutsche Strafrechtswissenschaft vor der Jahrtausendwende*. 2000, ps. 47 y ss., 53; en otra línea CANCIO MELIÁ, *ZStW* 117 (2005), ps. 267 y ss., 282 y ss. (*contradictio in adiecto*)." JAKOBS, Günther. «Derecho penal del Enemigo. El Discurso Penal de la Exclusión», Vol. 2. : «¿Terroristas como personas en Derecho?», pp. 77-92, p. 85

El profesor Gracia Martin sigue su crítica, sosteniendo que la comunicación sólo es posible si existe, de hecho, la consciencia humana (sistema psíquico), es decir, “*los derechos y deberes que constituyen a la persona únicamente pueden ser "administrados a través de un cuerpo y de una conciencia", para ello es preciso "como mínimo un cuerpo animado", y "la conciencia es necesaria porque la comunicación se halla estructuralmente acoplada a ella"*”¹⁶²⁴, lo que “*significa que en modo alguno la persona, sino sólo el hombre empírico y concreto del mundo de la experiencia puede y tiene que ser el destinatario de los dispositivos, es decir, de las normas de determinación y de las sanciones que se establezcan para asegurar el cumplimiento de los deberes y de las expectativas normativas, o bien la vigencia de las normas (de valoración, constitutivas de la sociedad).*”¹⁶²⁵.

Dicho autor hace referencia al acoplamiento estructural que existe entre el sistema psíquico y el sistema social jurídico, es decir, el hace referencia a la percepción subjetiva de un dato de naturaleza social, lo que debe ser aclarado. En primer lugar, nadie niega que la amenaza de pena – un dato que viene del sistema jurídico – puede realizar una comunicación a alguno sistema psíquico individual – como la realización una percepción de miedo de la restricción del ámbito de disponibilidad de bienes que no se quiere perder. En la medida que el código binario del sistema jurídico es lícito/ilícito, el código del sistema psíquico es algo como placer/dolor, y la consecuencia de la identificación de una comunicación del tipo ilícito (delito) puede dar lugar a una comunicación un dolor (pena), lo que se constituye dicho acoplamiento estructural.

Lo que pasa es que si, de hecho, la función del deber de no realizar delitos (o de la amenaza de pena) realmente se orienta a la realización de una conducta (es decir, una coacción

¹⁶²⁴ “En el caso de la persona física, no puede prescindir, al menos, del dato empírico de la conciencia de los individuos (sistemas psíquicos), pues de lo contrario no sería posible la actualización práctica y efectiva del sistema social, esto es, de la comunicación. En efecto, según Jakobs, los derechos y deberes que constituyen a la persona únicamente pueden ser "administrados a través de un cuerpo y de una conciencia", para ello es preciso "como mínimo un cuerpo animado", y "la conciencia es necesaria porque la comunicación se halla estructuralmente acoplada a ella". De aquí, sin embargo, sólo puede resultar que la fuerza a la que es preciso apelar para el cumplimiento de los deberes y de las expectativas normativas tiene que radicar necesariamente en el sistema biopsíquico.” GRACIA MARTIN, Luis. “Sobre la negación de la condición de persona como paradigma del "Derecho penal del enemigo".” AA. VV. *Derecho penal del enemigo*. El discurso penal exclusión, 2 vols., Montevideo/Buenos Aires, Editorial B de F Edisofer, 2006, compilado por Manuel Cancio Meliá y Carlos Gómez-Jara Díez, vol. I, pp. 1051-1080, pp. 1070-1071.

¹⁶²⁵ GRACIA MARTIN, Luis. “Sobre la negación de la condición de persona como paradigma del "Derecho penal del enemigo".” AA. VV. *Derecho penal del enemigo*. El discurso penal exclusión, 2 vols., Montevideo/Buenos Aires, Editorial B de F Edisofer, 2006, compilado por Manuel Cancio Meliá y Carlos Gómez-Jara Díez, vol. I, pp. 1051-1080, pp. 1070-1071.

psíquica), el sistema produce una comunicación dirigida sólo a las personas que tienen aptitud de realizar el comportamiento pretendido por la norma. Es decir, el sistema produce una comunicación sólo a quienes considera personas para fines de realización del comportamiento pretendido. Lo que Jakobs propone es identificar que no son personas, en la concepción completa de su significado, los individuos que se ponen voluntariamente en lugar de enemigos, los que voluntariamente y *a priori* manifiestan su predisposición en rechazar la comunicación de amenaza de pena. Eso quiere decir que, de la misma forma, los enemigos no tienen aptitud de ser destinatarios de la norma penal en un sentido funcional, significa que no participan de la comunicación dirigida a toda la sociedad de que la realización de una conducta ilícita puede generar un dolor.

De otro lado, la función de la pena, de restablecer la confianza en la vigencia perturbada de la norma penal, va dirigida a una colectividad, y aunque la idea de restablecer la confianza presuponga un acoplamiento estructural con el sistema psíquico, la comunicación de amenaza de pena va dirigida a todos, independiente de la forma como cada uno percibe dicha comunicación y, por eso, la función primaria de la pena es siempre social, orientada a la colectividad, independiente de la subjetividad (sistema psíquico) de cada uno. Así, la reacción individual – el miedo de la pena – es meramente eventual y, por eso, a pesar de la existencia de las amenazas de pena en nuestras sociedades, delitos siguen siendo cometidos todos los días, hecho este que no compromete, *a priori*, la función de amenaza general que contiene un tipo penal de delito en vigencia. Por eso, pensar que la pena sirve sólo a provocar una reacción individual (miedo de la sanción) es comprender de forma parcial y equivocada su finalidad, en el marco epistemológico de la teoría de los sistemas sociales, precisamente por ignorar sus efectos en un plan simbólico.

Además, si la consciencia es realmente el destinatario del cumplimiento de un deber jurídico, como sostiene el autor citado, sería imposible que alguien que esté en el coma (profundo estado de inconsciencia) realice, a través de un contable, previa y legamente nombrado, una declaración del impuesto sobre la renta en el momento correcto del año, o realice el pago de sus recibos de gas en el momento oportuno del mes, a través una aplicación del banco, previamente programada desde su ordenador, para realizar dicha operación, porque le faltaría la percepción real de la obligación en el momento de su cumplimiento. Sin embargo, sabemos que declarar y pagar son deberes de la persona que, en el ejemplo puesto, estaba en el coma,

pero que fueron debidamente cumplidos, en el momento y la forma correctos, aunque su destinatario no haya tenido la conciencia de la existencia de dichos deberes en el momento de la realización de las acciones necesarias a su cumplimiento.

El autor hace hincapié en este punto, citando, incluso, Schünemann, de esta forma: “*Por eso mismo, el sujeto de las consecuencias jurídico-penales también es el hombre y no la persona, tal como lo enfatiza Schünemann al decir que "el mal de la pena tampoco se aplica a un rol abstracto, sino a un hombre real de carne y hueso."*”¹⁶²⁶. Sin embargo, en un sistema funcionalista como el propuesto por Jakobs, dicha afirmación no procede, conforme se ha estudiado en este trabajo. En primer lugar, la comunicación que el Derecho realiza en el sistema, con el código binario lícito/ilícito, no tiene sentido para el sistema psíquico humano, que trabaja bajo el código dolor/placer, o al sistema vivo humano (o biológico) de *carne y hueso*, que trabaja con el código vida/muerte (o manutención/destrucción). Es necesario un acoplamiento estructural para trasladar el sentido de un ilícito a dichos sistemas, en su propio lenguaje (v. g., dolor psíquico originado por la imposición de una pena de prisión o la pena de muerte).

En la medida en que sólo las comunicaciones realizadas en la forma dolor/placer y manutención/destrucción tienen sentido para los sistemas psíquicos y vivos, respectivamente, la comunicación lícito/ilícito sólo tiene sentido para los individuos que participan en la comunicación social. Las comunicaciones realizadas en la forma lícito/ilícito – como la amenaza de una pena – se dirigen al sistema social, en la misma medida en que la comunicación de la pérdida de un objeto de deseo (como la muerte de un familiar que se quiere mucho) tiene el sentido de dolor al sistema psíquico y un virus tiene el sentido de pérdida de salud o muerte para un sistema viviente. No mezclar estos conceptos es una premisa fundamental para comprender el sentido de la pena para el funcionalismo de Jakobs¹⁶²⁷.

¹⁶²⁶ GRACIA MARTIN, Luis. “Sobre la negación de la condición de persona como paradigma del "Derecho penal del enemigo".” AA. VV. *Derecho penal del enemigo*. El discurso penal exclusión, 2 vols., Montevideo/Buenos Aires, Editorial B de F Edisofer, 2006, compilado por Manuel Cancio Meliá y Carlos Gómez-Jara Díez, vol. I, pp. 1051-1080, p. 1071.

¹⁶²⁷ El exímio profesor Miguel Polaino-Orts también identifica que, con relación a la relación persona/individuo en un sistema funcionalista, la confusión proviene, muy probablemente, de la con comprensión del sentido de estas palabras en el marco teórico (premisa metodológica) donde fueron utilizadas. Véase: “Ante esta terminología, y en una interpretación en clave política o ideológica de una aportación científica que cuenta con un amplio bagaje doctrinal e histórico-cultural, se ha llegado al extremo de atribuir al funcionalismo, con notorio y manifiesto desconocimiento de la teoría de los sistemas sociales y de la Dogmática funcionalista, que el

Así pues, si una persona se pone voluntariamente en el lugar de no participante de la comunicación del sistema jurídico, es decir, si él puede, pero se niega de forma sistemática en aprehender y/o respetar las comunicaciones que existen en dicho sistema (sea no permitiendo el acoplamiento estructural de su sistema psíquico y el sistema social, sea no dejando motivarse por la amenaza de dolor que comprende bien), él no es persona en un sentido completo para fines de participación en la comunicación y, aquí sí, en este momento, la pena deja de ser un mecanismo de comunicación dirigido a una persona y pasa a ser un mecanismo de detención físico de un ser humano, como han informado los profesores Bernd Schüneman y Gracia Martín, en relación con la pena.

De esta manera, la función de la pena en el Derecho penal del ciudadano no se orienta a un hombre de carne y hueso, pero a una persona capaz de comprender y motivarse conforme a la norma, sin embargo, en relación con el Derecho penal del enemigo, la sanción penal se convierte en un medio de contención del ser humano, especial y solamente porque este ser humano no presenta condiciones de comprender el sentido de la norma o motivarse para cumplir su finalidad.

De hecho, los profesores Gracia Martín y Schüneman tienen razón cuando ponen que “*el mal de la pena tampoco se aplica a un rol abstracto, sino a un hombre real de carne y hueso*”¹⁶²⁸, no porque está correcto lo que quieren decir en el sentido de lo que dicen – lo que fue rechazado en los párrafos precedentes – sino porque, en la teoría de sistemas de Luhmann, la realidad la crea el propio sistema. Es decir, la personalidad, el rol, el deber, la pena y la comunicación son reales, no abstractos, porque el sistema fue quien les ha creado y les da sentido. Así pues, un rol es tan real cuanto la personalidad, el hombre y la naturaleza, porque ellos sólo tienen sentido para el sistema, para el hombre y para la cultura porque están inseridos en un sistema de sentidos. La dicotomía abstracto/real no tiene sentido ni lugar en la teoría de sistemas y eso queda muy claro cuando se observa que algo que podría ser

enemigo, como no es persona, no merece que se le respeten los derechos individuales (...) Desde luego, dicha crítica, científicamente insostenible, es una muestra fehaciente del desconocimiento mayúsculo que rodea al Derecho penal del enemigo.” POLAINO-ORTS, Miguel. *Derecho penal del enemigo*. Fundamentos, potencial de sentido y límites de vigencia. Barcelona Bosch, 2009, pp. 560-561.

¹⁶²⁸ GRACIA MARTIN, Luis. “Sobre la negación de la condición de persona como paradigma del "Derecho penal del enemigo".” AA. VV. *Derecho penal del enemigo*. El discurso penal exclusión, 2 vols., Montevideo/Buenos Aires, Editorial B de F Edisofer, 2006, compilado por Manuel Cancio Meliá y Carlos Gómez-Jara Díez, vol. I, pp. 1051-1080, p. 1071.

considerado lo más abstracto para el sentido común – la comunicación – es la unidad más real para todos los sistemas que existen.

Al final, el profesor Gracia Martín concluye que *“de todo esto sólo puede resultar como conclusión válida que la teoría de la responsabilidad penal -de la imputación- no toma como referencia a la persona en cuanto construcción social o normativa, sino al hombre. Por otro lado, esto mismo hay que decir con respecto a las consecuencias jurídicas, más concretamente con respecto a la pena.”*¹⁶²⁹ En primer lugar, hay que subrayar que, en relación con la pena, conforme lo expuesto hasta el momento, está claro lo opuesto, a saber: que el sistema de responsabilidad penal toma como referencia a una persona participante en la comunicación, se orienta a esta, alguien que comprende el sentido de la pena (por eso que no se imponen penas a inimputables aunque sean seres humanos) y sólo de forma excepcional se convierte en medio de contención de seres humanos (enemigos). Si la teoría de la responsabilidad penal realmente fuese orientada a todos seres humanos – y no sólo a las personas participantes en la comunicación – no existiría inimputabilidad, porque todo inimputable es tan *hombre de carne y hueso* como los imputables, y a ellos se aplicarían también las penas, en la misma medida que se aplica a los imputables.

La amenaza de pena que proviene de la responsabilidad penal no está orientada al ser humano en cuanto ser biológico, formado de células, porque estas no tienen la aptitud de comprender lo que es lícito o ilícito, ni tampoco el sistema de responsabilidad penal (sistema jurídico) orientase al hombre en un sentido psíquico, porque este no puede comprender el significado de lo que es lícito o ilícito sin estar inserido en el sistema social, en una forma de acoplamiento estructural que le traduzca los datos del sistema jurídico a su propio lenguaje¹⁶³⁰.

¹⁶²⁹ GRACIA MARTÍN, Luis. “Sobre la negación de la condición de persona como paradigma del “Derecho penal del enemigo.” AA. VV. *Derecho penal del enemigo*. El discurso penal exclusión, 2 vols., Montevideo/Buenos Aires, Editorial B de F Edisofer, 2006, compilado por Manuel Cancio Meliá y Carlos Gómez-Jara Díez, vol. I, pp. 1051-1080, p. 1072.

¹⁶³⁰ “Por fin, el autor citado insiste en un punto, lo que ya se ha rechazado de forma vehemente. “De todo lo expuesto se puede deducir ya como una conclusión segura y cierta que en Derecho penal, el sujeto, tanto de la imputación como del castigo, no puede estar constituido por una persona normativa o jurídica, esto es, entendida como una construcción social y normativa, sino que aquél no puede estar representado por nada más que por el hombre, por el individuo humano.” GRACIA MARTÍN, Luis. “Sobre la negación de la condición de persona como paradigma del “Derecho penal del enemigo.” AA. VV. *Derecho penal del enemigo*. El discurso penal exclusión, 2 vols., Montevideo/Buenos Aires, Editorial B de F Edisofer, 2006, compilado por Manuel Cancio Meliá y Carlos Gómez-Jara Díez, vol. I, pp. 1051-1080, p. 1073.

La idea de que parece que algunos investigadores del Derecho penal no han comprendido lo que Jakobs quiso decir con la expresión de que *los enemigos son, de hecho, no personas*¹⁶³¹, en un sentido funcional ha sido identificada también por el profesor Miguel Polaino-Orts, de la Universidad de Sevilla, quien es uno de los investigadores que más se ha dedicado a estudiar el tema de forma debidamente profunda y detenida. Dicho autor cita algunas de las reacciones más dramáticas en este tema, en la forma en la cual se transcribe, a continuación:

Ante esta terminología, y en una interpretación en clave política o ideológica de una aportación científica que cuenta con un amplio bagaje doctrinal e histórico-cultural, se ha llegado al extremo de atribuir al funcionalismo, con notorio y manifiesto desconocimiento de la teoría de los sistemas sociales y de la Dogmática funcionalista, que el enemigo, como *no es persona*, no merece que se le respeten los derechos individuales («al enemigo, ni agua»), esto es, «no merece ni justicia» (¡!) o «no merece tratamiento jurídico alguno» en tanto que «no es un ser humano», de manera que conceptuar a un sujeto como enemigo contrariaría los principios básicos de la Constitución en tanto *absolutiza* el Derecho penal: en tanto resulta despersonalizado, se le priva totalmente de sus derechos constitucionales, como el respeto a la dignidad de la persona, el derecho a la vida u otros derechos y garantías fundamentales, por ejemplo en el ámbito procesal. Hasta un conocido filósofo del Derecho, como Ferrajoli, ha llegado a afirmar, con notorio desconocimiento de la Dogmática penal funcionalista, que «(l)a etiqueta “terrorismo”, como sinónimo de pulsión homicida irracional, sirve para caracterizar al enemigo como no-humano, no-persona, que no merece ser tratado con los instrumentos del derecho ni con los de la política». Desde luego, dicha crítica, científicamente insostenible, es una muestra fehaciente del desconocimiento mayúsculo que rodea al Derecho penal del enemigo.¹⁶³²

En primer lugar, hay que informar que los conceptos de enemigo y ciudadano son categorías producidas por la técnica hermenéutica del Derecho, deducidas por Jakobs de la forma por la cual los ordenamientos jurídicos occidentales vienen cambiando su forma de reaccionar frente al delito en las últimas décadas, lo que, añadido a las características que la idea de personalidad plena posee en un sistema funcionalista de observación de la realidad (participación en la comunicación), permite concluir que existen grados de personalidad

¹⁶³¹ “Es verdad que el procedimiento para tratamiento de individuos hostiles está regulado jurídicamente, pero se trata de la regulación jurídica de una exclusión: los individuos son actualmente no-personas.” JAKOBS, Günther. *Dogmática de Derecho penal y la Configuración Normativa de la Sociedad*, Madrid, Editorial Civitas, 2004, p. 46.

¹⁶³² POLAINO-ORTS. Miguel. *Derecho penal del enemigo*. Fundamentos, potencial de sentido y límites de vigencia. Barcelona Bosch, 2009, pp. 159-162.

afectados por diferentes circunstancias y circunscritos a determinados ámbitos.¹⁶³³ La persona es un producto de la sociedad mientras que el ser humano es un producto de la biología¹⁶³⁴, la personalidad tiene sentido funcional (tiene sentido en un sistema social) y el ser humano es parte del entorno del sistema social (sólo tiene sentido en los sistemas psíquicos y biológicos)¹⁶³⁵.

Eso no significa que el enemigo pierde toda su personalidad y que se le quitan todos sus derechos. Su personalidad, en relación con los derechos fundamentales que titulariza, queda mantenida, aunque de forma no absoluta y limitada en relación con las posibilidades de abusos de dichos derechos por parte de su titular¹⁶³⁶.

Ahora bien hay que analizar lo que ha escrito el propio Jakobs de forma detenida y aclarar su significado. Decir que los *enemigos son actualmente no-personas*¹⁶³⁷ no quiere decir que el enemigo debe ser reducido a algo peor que un animal, sin importancia al orden jurídico, ni que debe ser tratado mal, muerto o despojado de su dignidad, pero que la personalidad no es

¹⁶³³ “Frente a esta postura hay que decir lo siguiente: el concepto de «enemigo» es, al igual que el de «individuo» (en cuya categoría se integra), una categoría científica, valorativamente neutral, relativa, proporcional, puntual y que alude a un estatus de autoexclusión potestativa, que no es permanente sino condicionado a la mínima exigencia de civilidad que puede presentar una persona en Derecho: el comportamiento como persona y el respeto de los demás como personas.” POLAINO-ORTS. Miguel. *Derecho penal del enemigo*. Fundamentos, potencial de sentido y límites de vigencia. Barcelona Bosch, 2009, p. 563

¹⁶³⁴ “Por ello, frente a lo que supone equivocadamente Ferrajoli, el concepto de persona no puede confundirse con el ser humano, pues éste es un producto de la naturaleza, mientras la persona en Derecho - como el enemigo- es un producto de la cultura. O lo que es lo mismo: la persona en Derecho -como el enemigo- son conceptos normativos y se definen en función de su cumplimiento u oposición frontal a las normas democráticas del Estado.” POLAINO-ORTS. Miguel. *Derecho penal del enemigo*. Fundamentos, potencial de sentido y límites de vigencia. Barcelona Bosch, 2009, pp. 563-564

¹⁶³⁵ POLAINO-ORTS. Miguel. *Derecho penal del enemigo*. Fundamentos, potencial de sentido y límites de vigencia. Barcelona Bosch, 2009, pp. 560-563

¹⁶³⁶ “Pero ello no quiere decir, en absoluto, que el individuo o el enemigo carezca de derechos. Como ha sostenido, con acierto, Zugaldía Espinar, la distinción funcionalista entre «persona» e «individuo» (y «enemigo», cabría añadir) carece de repercusiones prácticas en el ámbito de los derechos fundamentales de la persona. Por ello, el enemigo, como la persona en Derecho, goza en el Estado de Derecho de las garantías básicas y de los derechos humanos fundamentales propios de toda Democracia: no sólo no se prescinde de esos derechos fundamentales ni de la justicia sino que el trato penal que el ordenamiento jurídico les concede es escrupulosamente respetuoso de sus derechos fundamentales y responde, en todo caso, a un criterio de justicia.” POLAINO-ORTS. Miguel. *Derecho penal del enemigo*. Fundamentos, potencial de sentido y límites de vigencia. Barcelona Bosch, 2009, p. 564.

¹⁶³⁷ “Es verdad que el procedimiento para tratamiento de individuos hostiles está regulado jurídicamente, pero se trata de la regulación jurídica de una exclusión: los individuos son actualmente no-personas.” JAKOBS, Günther. *Dogmática de Derecho penal y la Configuración Normativa de la Sociedad*, Madrid, Editorial Civitas, 2004, p. 46.

absoluta y está sometida a límites normativos y de hecho, con especial atención a la posibilidad de su limitación en los casos de abuso¹⁶³⁸.

Cuando se estudia el texto original, en alemán, donde Jakobs informa que “algunos son” *actualmente* “alguna cosa”, la palabra *actualmente* ha sido traducida como equivalente a la palabra *aktuell*, que no tiene el sentido de lugar en el tiempo, como en la expresión “*en la actualidad*”. *Aktuell* tiene, en alemán, un sentido muy parecido con el sentido que la palabra *actually* tiene en inglés, otra lengua del mismo origen (de la familia de las lenguas indoeuropeas, ambas forman parte del subgrupo de las lenguas germánicas).

Así pues, conforme señala el profesor Polaino-Orts, la palabra *Aktuell* no puede ser traducida, en este contexto, como “*por regla general*” ni “*hoy día*” ni “*en la actualidad* o tampoco “*efectivamente*”, sino como “*de facto*”, “*en el caso concreto*” o “por causa y a través del acto”, lo que cambia de modo importante la forma como la expresión puede ser interpretada. Mantenerse la forma equivocada de traducción de dicho vocablo puede dar lugar a la creencia de que la no-personalidad es una regla general o algo de los días actuales, no una situación excepcional que acontece en virtud de la forma como los hechos se han sucedido. Dicha confusión es equivalente a hacer confusión entre una regla general de los días actuales con una situación contingente, fáctica y excepcional, que ha pasado exclusivamente en razón de hechos y que no es perentoria en ningún sentido, lo que puede, efectivamente, estimular algunos tipos de reacción inflamada contra la proposición citada.¹⁶³⁹

¹⁶³⁸ “Desde luego, Jakobs tiene en cuenta todas esas características cuando afirma que los «individuos son actualmente no-personas». Esta frase, sacada de contexto, ha sido objeto de manipulaciones interpretativas, produciendo, a sabiendas o no, nuevos falsos mitos del estilo de los mencionados: así, se argumenta que para Jakobs el enemigo, como no es persona, no tiene dignidad, ni derechos, ni debe ser tratado como tal, etc.” POLAINO-ORTS. Miguel. *Derecho penal del enemigo*. Fundamentos, potencial de sentido y límites de vigencia. Barcelona Bosch, 2009, p. 564.

¹⁶³⁹ “Con ese adverbio en cursiva se traduce por lo común el original alemán *aktuell*, pero dicha traducción puede dar lugar a malos entendidos (como, en efecto, se han dado, no sabemos si con conocimiento o no), porque *aktuell* o actualmente no significan, en este contexto, «por regla general» ni «hoy día» ni «en la actualidad» ni «efectivamente» (!), sino «de facto», «en el caso concreto», «por causa y a través del acto». La distinción no es baladí, porque en la primera – errónea – interpretación la característica de enemistad es absoluta y en la segunda dicha característica es relativa en todos los sentidos, y porque en definitiva, en sentido funcionalista, despersonalización no es en absoluto equivalente a desumanización.” POLAINO-ORTS. Miguel. *Derecho penal del enemigo*. Fundamentos, potencial de sentido y límites de vigencia. Barcelona Bosch, 2009, pp. 560-565

8.1.5.2 Conclusiones sobre la personalidad y su potencial de sentido para un sistema funcional de observación de la realidad de las normas.

Otros problemas se podrían plantear en relación con la cuestión del reconocimiento o no de la personalidad de algunos seres humanos. Vencida la hipótesis de la inconstitucionalidad – que, conforme lo expuesto, no sería inconstitucional reducirse el ámbito de disponibilidad inmediata de la personalidad a algunos seres humanos que han abusado de ella – como los límites de racionalidad de dichos planteamientos – lo que podría llevar a las conclusiones más diferentes que se pueda imaginar.

La idea principal que se ha tratado de exponer y justificar en este apartado es precisamente la proposición de acuerdo con la cual es lícito y legítimo, desde todos los puntos de vista y sistemas jurídicos estudiados y obedecidos los requisitos normativos respectivos, la reducción informada en el párrafo precedente.

Sin embargo, si el problema del reconocimiento de no personalidad (o personalidad en un ámbito reducido) es real o meramente lingüístico, la cuestión central no es precisamente si se califica o no se califica alguien como persona y en qué medida se matiza dicha calificación, sino lo que hacer con un ser humano tratado como enemigo por el Derecho penal.

La cuestión del reconocimiento o la posibilidad de reducción de ámbitos de disponibilidad inmediata de la personalidad queda en un segundo plan, desde que se reconoce que ser humano – persona total, parcial o no persona – no puede tener un tratamiento semejante a objetos o animales, lo que es un valor de nuestras sociedades que no se pone en cuestión en ningún momento.

La existencia de la necesidad de respeto a todo que tiene *cara humana*¹⁶⁴⁰ proviene de un sentimiento natural del ser humano de conservación de sí mismo, o del cualquier interpretación, incluso la más rudimental, de los fines del Derecho y de la propia organización

¹⁶⁴⁰ “Nuestra capacidad de responder a un rostro como un rostro humano está condicionada y mediada por marcos de referencias que, según los casos, humanizan y deshumanizan. La posibilidad de una respuesta ética al rostro exige así un normatividad del campo visual: ya hay no solo un marco epistemológicos dentro del cual el rostro aparece, sino también una operación de poder, pues únicamente en virtud de ciertos tipos de disposiciones antropocéntricas y marcos culturales un rostro determinado se mostrará ante cualquiera de nosotros como una cara humana” BUTLER, Judith. *Dar cuenta de si mismo*. Violencia, ética y responsabilidad. Amorrortu. Buenos Aires, 2009, p. 47.

social, lo que no se ha puesto en cuestión. Incluso Jakobs reconoce límites a lo que se puede hacer con el enemigo¹⁶⁴¹, conforme se ha exhaustivamente probado en ese trabajo. Ni siquiera el Derecho Internacional de Guerra permite que se haga todo lo posible contra el enemigo en un contexto de conflicto armado derivado de una guerra declarada formalmente contra otro país¹⁶⁴² y, por consecuencia, no sería el Derecho penal del enemigo el ámbito donde eso se legitimaría.

Por estas razones, se sostiene que la cuestión de la función y los límites de la personalidad en el Derecho penal del enemigo no es su problema central – aunque muchos hayan utilizado este punto para hacer las más duras críticas contra Jakobs, desde las más sanas y primorosas, hasta las más dramáticas y emocionales¹⁶⁴³ – una vez que nadie, incluso Jakobs, propone la creación de una especie de categoría de *homo sacer*¹⁶⁴⁴, ser humano del cual se han quitados todos los derechos civiles – incluso la posibilidad de vuelta al estado de civilidad¹⁶⁴⁵ – que no sirve ni siquiera al sacrificio¹⁶⁴⁶.

¹⁶⁴¹ “Esto no significa que entonces esté todo permitido, incluso una acción sin medida. Al contrario, al enemigo se le reconoce una personalidad potencial, de tal manera que en una lucha no puede superarse el límite de lo necesario. Pero eso aún permite mucho, todavía más que en la legítima defensa, en la que la defensa necesaria tiene que ser siempre reacción frente a una agresión actual, mientras que en el Derecho penal de enemigos, como se va a mostrar a continuación, también se trata de la defensa frente a agresiones futuras.” JAKOBS, Günther. “La autocomprensión de la ciencia del Derecho penal ante los desafíos del presente”. En: VVAA. *La ciencia del Derecho penal ante el nuevo milenio*. Valencia, Tirant lo Blanc, 2004, p. 58.

¹⁶⁴² Ejemplo: “Las Potencias contratantes se prohíben el empleo de balas que se ensanchan o se aplastan fácilmente en el cuerpo humano, tales como las balas de envoltura dura, la cual no cubriese enteramente el núcleo o estuviera provista de incisiones.” En: Conferencia de la Haya de 1899. *Declaración prohibiendo el empleo de las balas que se hinchan o aplastan fácilmente en el cuerpo humano* (IV,2). La Haya, 29 de julio de 1899.

¹⁶⁴³ Ejemplo: .” PARMA, Carlos. El “enemigo” del Derecho penal del Enemigo. In: *Ámbito Jurídico*, Rio Grande, IX, n. 30, jun 2006. Disponible en: <http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=1097>. Acceso em out 2016.

¹⁶⁴⁴ “*Homo sacer* es aquel a quien el pueblo ha juzgado por un delito, pero no es lícito sacrificarle, pero quien le mate no será condenado por homicidio” AGAMBEN, Giorgio. *Homo sacer. El poder soberano y la nuda vida*. Pre-Textos, Valencia, 2003. p. 94.

¹⁶⁴⁵ Jakobs propone la necesidad de dejarse siempre la puerta abierta la la vuelta al estado pleno de civilidad a los enemigos. Véase: “Esto no significa que entonces esté todo permitido, incluso una acción sin medida. Al contrario, al enemigo se le reconoce una personalidad potencial, de tal manera que en una lucha no puede superarse el límite de lo necesario. Pero eso aún permite mucho, todavía más que en la legítima defensa, en la que la defensa necesaria tiene que ser siempre reacción frente a una agresión actual, mientras que en el Derecho penal de enemigos, como se va a mostrar a continuación, también se trata de la defensa frente a agresiones futuras.” JAKOBS, Günther. “La autocomprensión de la ciencia del Derecho penal ante los desafíos del presente”. En: VVAA. *La ciencia del Derecho penal ante el nuevo milenio*. Valencia, Tirant lo Blanc, 2004, p. 58.

¹⁶⁴⁶ “En primer lugar, el Estado no tiene por qué poner en juego caprichosamente su configuración; cuando se habla del Derecho penal del enemigo, esto no significa "ley de fugas", "pena de sospecha" o incluso "descuartizamiento público para la intimidación" o cosas similares (aunque esto, desde luego, no resuelve el problema de cómo trazar los límites).” JAKOBS, Günther. “¿Derecho penal del enemigo? Un estudio acerca de los presupuestos de la juridicidad”, en: AA. VV. *Derecho penal del enemigo. El discurso penal exclusión*, 2

Con mucha sinceridad, se cree que esta es la más grande falacia – falacia del tipo *hombre de paja*, en este caso¹⁶⁴⁷ –, que se ha utilizado para criticar las proposiciones de Jakobs, a través de la cual, desde un punto de vista de la retórica de Charles Perelman (que persigue el convencimiento como reacción psicológica, no el examen de la calidad de los argumentos¹⁶⁴⁸) se busca atribuir consecuencias extremistas para algo que el autor citado no ha propuesto, en una forma de conclusión a la cual no se puede llegar con el examen estricto de las premisas puestas por el autor.

8.2 ¿Sería el Derecho penal del enemigo un especie de *no-Derecho*? – Injusto (*Unrecht*) y la conocida *Fórmula de Radbruch*.

Otro punto clave de la discusión del tema es la cuestión de si el Derecho penal del enemigo sería o no efectivamente Derecho, o una mera versión de algo llamado no-derecho (*Unrecht*), conforme sostenido por muchos¹⁶⁴⁹, lo que demanda la debida aclaración. Así pues, por ejemplo, a modo de introducción al tema, merece la pena transcribir lo que el profesor Javier Mira, de la Universidad de Valencia, ha escrito sobre el tema, a saber: “*La ponencia se ha centrado fundamentalmente en el estudio de los mecanismos que, desde la perspectiva del Derecho penal y procesal del enemigo, conducen en la práctica a la exclusión del ejercicio de*

vols., Montevideo/Buenos Aires, Editorial B de F Edisofer, 2006, compilado por Manuel Cancio Meliá y Carlos Gómez-Jara Díez, Vol. 2, pp. 93-116, p. 114.

¹⁶⁴⁷ “En la falacia tipo se crea una posición fácil de refutar, y se atribuye al oponente para atacarle más fácilmente. En realidad es el argumento ficticio el que se está refutando, no el argumento central. Así pues, en lugar de atacar este argumento principal, se ataca un argumento diferente, más débil, o mal interpretado, para dar la impresión que se ha refutado el argumento original.” DOWNES, Stephen. *Stephen's Downes: Fallacies*. Stephen's Guide to the Logical Fallacies. 1996, p. 7. Disponible en: <<http://www.valkyriearms.com/articles/argument%20fallacies.pdf>>, Consultado en 12 mayo 2016.

¹⁶⁴⁸ “La noción de auditorio es central en la retórica. Un discurso solo es eficaz si se adapta al auditorio al que trata de persuadir o convencer. En efecto una argumentación persuasiva convincente puede dirigirse a cualquier auditorio o mismo si se trata de sabios que de ignorantes, y lo mismo si se dirige a una sola persona a un pequeño número o a la humanidad entera. Argumentamos con nosotros mismos en una deliberación íntima. Ocurre igualmente que un mismo discurso puede dirigirse simultáneamente a varios auditorios. En un discurso al Parlamento el orador puede subdividir su auditorio en tantos elementos como partidos políticos haya y puede tratar de ganar para su causa la opinión pública nacional o internacional, que no reaccionaran del mismo modo frente a cada uno de los argumentos. De ahí la superioridad, desde el punto de vista teórico de los argumentos que hayan de ser admitidos por todos, es decir por un auditorio universal. Se diría entonces que utilizamos argumentos convincentes que deban ser aceptados por todo ser razonable.” PERELMAN, Chaïm. *La lógica jurídica y la nueva retórica*. Madrid: Editorial Civitas; 1988, p. 141.

¹⁶⁴⁹ MIRA BENAVENT, Javier. “Un modelo de control penal: el no-derecho”, En: AA. VV. *Mutaciones de Leviatán: legitimación de los nuevos modelos penales*. Madrid: Akal, 2005, pp. 77-180.

*determinados derechos fundamentales a quienes son considerados enemigos del Estado, originándose así un modelo de no-Derecho para enemigos.*¹⁶⁵⁰

El profesor Miguel Polaino-Orts, al tratar de esta cuestión, lo hizo a través de un análisis de la legitimidad *a priori* de normas de un Derecho penal del enemigo, que no pueden, en estos términos ser consideradas ilegítimas *per se* porque “*el hecho de que estemos hablando de democracias actuales, con todos los mecanismos de protección de los valores y derechos constitucionales, es suficientemente expresivo de la razonable existencia de una presunción iuris tantum de legitimidad de esas normas.*”¹⁶⁵¹, es decir, no se puede considerar como ilegítimas o no-Derecho (manifiestamente injusta) una norma de Derecho penal del enemigo, según el concepto de Jakobs, porque ella fue aprobada por un parlamento democrático, en un Estado que dispone de un control de constitucionalidad independiente. El autor sigue su análisis, del modo que se describe a continuación:

En eso, en la posibilidad de decidirse, por una instancia jurisdiccional imparcial y objetiva, si una norma se adecua o no a la Constitución se diferencian los Estados de Derecho —en los que se dan las normas de Derecho penal del enemigo a que se refiere Jakobs— de los sistemas dictatoriales o autoritarios. La realidad histórica, pasada o actual, abunda en este supuesto. En los Estados dictatoriales, por ejemplo, no existen Tribunales Constitucionales, imparciales e independientes, que puedan expulsar del ordenamiento jurídico normas injustas sobre la base de la confrontación de sus preceptos y los de la Constitución. Pero en las realidades a las que se refiere Jakobs, en las que se dan normas de Derecho penal del enemigo, la misma confianza en las instituciones democráticas tendría, necesaria o lógicamente, por un principio básico del Estado de Derecho, que hacer desaparecer el temor de que puedan subsistir normas injustas o ilegítimas, de Derecho penal del enemigo o de lo que fuere. En breves palabras: si se aprobara una norma ilegítima (de Derecho penal de enemigos, de Derecho penal de ciudadanos o de lo que sea) se elevaría una cuestión de inconstitucionalidad ante el Tribunal Constitucional, que ha de resolver sobre la misma.¹⁶⁵²

¹⁶⁵⁰ MIRA BENAVENT, Javier. "Un modelo de control penal: el no-derecho", En: AA. VV. *Mutaciones de leviatán: legitimación de los nuevos modelos penales*. Madrid: Akal, 2005, pp. 177-180, p. 177.

¹⁶⁵¹ POLAINO-ORTS, Miguel. *Derecho penal del enemigo*. Fundamentos, potencial de sentido y límites de vigencia. Barcelona Bosch, 2009, p. 545.

¹⁶⁵² ESPAÑA. Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código penal. *Boletín Oficial del Estado*, 24 de noviembre de 1995, núm. 281.546-547.

Además, Polaino-Orts pone el ejemplo de la Ley Orgánica 1/2004, de 28 de diciembre, de Medidas de Protección Integral contra la Violencia de Género¹⁶⁵³, lo que sería claramente una medida típica de un Derecho penal del enemigo para él y para Jakobs, pero que ha sido declarada constitucional (conforme la constitución) a través la Sentencia del Tribunal Constitucional español 59/2008, dictada en el pleno de 14 de Mayo¹⁶⁵⁴, que resuelve una cuestión de inconstitucionalidad (la núm. 5939-2005) interpuesta por el Juzgado de lo Penal núm. 4 de Murcia contra el art. 153.1¹⁶⁵⁵ (en relación con el art. 153.2¹⁶⁵⁶) del Código penal español de 1995¹⁶⁵⁷.

Así pues, en dicha sentencia, el Tribunal Constitucional Español ha legitimado una especie de Derecho penal del enemigo no basada en la teoría funcional que le da soporte, tampoco en necesidades sociales reales de tratar a un maltratador como un enemigo (equiparación de un maltratador, en el plano teórico, a un terrorista o genocida).¹⁶⁵⁸ Polaino-Orts sostiene que “*La STC legitima un Derecho penal del enemigo mucho más duro (tan duro que llega a ser*

¹⁶⁵³ ESPAÑA. Ley Orgánica 1/2004, de 28 de diciembre, de Medidas de Protección Integral contra la Violencia de Género. *Boletín Oficial del Estado* núm. 313, de 29 de diciembre de 2004.

¹⁶⁵⁴ ESPAÑA. Tribunal Constitucional. Sentencia Pleno. Sentencia 59/2008, de 14 de mayo de 2008. Cuestión de inconstitucionalidad 5939-2005. Publicado en: «BOE» núm. 135, de 4 de junio de 2008, páginas 14 a 35 (22 págs.).

¹⁶⁵⁵ El art. 153.1, del Código Penal, establece que: “El que por cualquier medio o procedimiento causare a otro menoscabo psíquico o una lesión no definidos como delito en este Código, o golpear o maltratare de obra a otro, cuando la víctima sea o haya sido esposa, o mujer que esté o haya estado ligada a él por una análoga relación de afectividad aun sin convivencia, o persona especialmente vulnerable que conviva con el autor, será castigado con la pena de prisión de seis meses a un año o de trabajos en beneficio de la comunidad de treinta y uno a ochenta días y, en todo caso, privación del derecho a la tenencia y porte de armas de un año y un día a tres años, así como, cuando el Juez o Tribunal lo estime adecuado al interés del menor o incapaz, inhabilitación para el ejercicio de patria potestad, tutela, curatela, guarda o acogimiento hasta cinco años”. ESPAÑA. Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código penal. *Boletín Oficial del Estado*, 24 de noviembre de 1995, núm. 281.

¹⁶⁵⁶ El 153.2 CP prescribe lo siguiente: “Si la víctima del delito previsto en el apartado anterior fuera alguna de las personas a que se refiere el artículo 173.2, exceptuadas las personas contempladas en el apartado anterior de este artículo, el autor será castigado con la pena de prisión de tres meses a un año o de trabajos en beneficio de la comunidad de treinta y uno a ochenta días y, en todo caso, privación del derecho a la tenencia y porte de armas de un año y un día a tres años, así como, cuando el Juez o Tribunal lo estime adecuado al interés del menor o incapaz, inhabilitación para el ejercicio de patria potestad, tutela, curatela, guarda o acogimiento de seis meses a tres años”. ESPAÑA. Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código penal. *Boletín Oficial del Estado*, 24 de noviembre de 1995, núm. 281.

¹⁶⁵⁷ ESPAÑA. Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código penal. *Boletín Oficial del Estado*, 24 de noviembre de 1995, núm. 281.

¹⁶⁵⁸ “Podemos ilustrar lo afirmado de nuevo con dos ejemplos muy recientes, ya citados páginas atrás. En primer lugar, la Ley de Violencia de Género, cuya supuesta contrariedad con algunos preceptos constitucionales mereció que varios jueces elevaran ante el Tribunal Constitucional español una cuestión de inconstitucional a efectos de que se dilucide si, en efecto, la discriminación positiva que el legislador español consagra es acorde o no a los principios constitucionales. El TC resolvió, en su Sentencia 59/2008, de 14 de mayo, que dicha normativa era acorde a los principios constitucionales, con lo que daba carta de naturaleza a la legitimación de un Derecho penal del enemigo *sui generis* en violencia familiar frente a la mujer.” POLAINO-ORTS. Miguel. *Derecho penal del enemigo*. Fundamentos, potencial de sentido y límites de vigencia. Barcelona Bosch, 2009, pp. 547-548.

antigarantista, desigual y discriminatorio, además de atentatorio contra la dignidad de la mujer) que el Derecho penal del enemigo en el sentido del funcionalismo.”¹⁶⁵⁹

Dicho procedimiento de control de constitucionalidad (aunque no realizado de la mejor manera en el ejemplo puesto) si es procesado por un Tribunal Constitucional independiente, imparcial y constitucionalmente legítimo, garante la legitimidad de las normas producidas por una sociedad democrática y sirve para corregir y rechazar normas manifiestamente injustas o que no estén en conformidad con la Constitución, lo que, al menos formalmente, establece una legitimación a través de un procedimiento de corrección de errores legislativos.

Dichas observaciones, debidamente basadas en un marco teórico kelseniano de legitimación de las normas infraconstitucionales, acepto por la casi totalidad de los investigadores occidentales del Derecho penal, no presenta cuestiones más problemáticas y, por eso, será considerada resuelta de forma efectiva por parte del autor citado. Sin embargo, en este trabajo, se analizará la cuestión desde un punto de vista material, es decir, si una posible ilegitimidad material (o extrema injusticia, núcleo de normas identificadas como no-Derecho) se puede deducir de lo que se suele llamar de Derecho penal del enemigo.

Para comprender el concepto de no-derecho, y no quedarse en la duda de lo que esta expresión podría en realidad significar, especialmente porque la locución *no-derecho*, en castellano, es polisémica (que puede significar *ausencia de Derecho, contrariedad al Derecho, ilícito o injusto*) hay que investigar cómo la jurisprudencia alemana utiliza dicho concepto. En principio, se atribuye a la palabra *Unrecht* el significado de *injusto*, de acuerdo con el diccionario alemán/español de Slabý, Glosmann y Illig¹⁶⁶⁰.

El Tribunal Constitucional Alemán – *Bundesverfassungsgericht* (BVerfG) –, en un *leading case*, ha fallado sobre la suspensión *tout court* de la aplicación de una norma del Derecho nacionalsocialista, por violación al texto de la Ley Fundamental Alemana¹⁶⁶¹, en

¹⁶⁵⁹ POLAINO-ORTS, Miguel. “La legitimación constitucional de un Derecho Penal sui generis del enemigo frente a la agresión a la mujer”, en: *Indret: Revista para el análisis del derecho*, nº 3, Barcelona, julio de 2008, p. 33.

¹⁶⁶⁰ SLABY, R.J.; GROSSMANN, R.; ILLIG, C. *Diccionario de las lenguas española y alemana*, vol. II, Barcelona, Editorial Herder, 1989, p. 1127.

¹⁶⁶¹ ALEMANIA. “Grundgesetz für die Bundesrepublik Deutschland in der im Bundesgesetzblatt Teil III, Gliederungsnummer 100-1, veröffentlichten bereinigten Fassung, das zuletzt durch Artikel 1 des Gesetzes vom 23. Dezember 2014 (BGBl. I S. 2438) geändert worden ist”, Berlín, 1949.

consecuencia, a su vez, de la violación a los principios fundamentales de justicia, de la siguiente forma:

BVerfG - Expatriación de Judíos alemanes - Art. 3, 20 GG, el no reconocimiento del derecho nacionalsocialista por violación de los principios fundamentales de la justicia. En el sentido del Art. 116 párr. 2 GG.¹⁶⁶²

El Tribunal Constitucional Alemán lo hizo a través de la aplicación del artículo 20, ítem 3, de la Ley Fundamental Alemana – *Grundgesetz für die Bundesrepublik Deutschland* (GG) –, que establece que “*La legislación está sujeta al orden constitucional, el Poder Ejecutivo y el Poder Judicial están obligados por ley y la justicia*”¹⁶⁶³, es decir, que todos los poderes instituidos por dicha Ley Fundamental están sometidos a los principios de justicia. La locución “principios de justicia” puede tener muchos sentidos en casos concretos, y es justamente una forma de concreción de su aplicación que se buscó en este caso.

Dicha resolución del Tribunal Constitucional Federal alemán¹⁶⁶⁴, del año 1968, hace un examen de constitucionalidad del artículo 11, del Decreto sobre la Ley de ciudadanía del *Reich*, de 25 de noviembre de 1941¹⁶⁶⁵. El parágrafo 2 de este Decreto dice así:

¹⁶⁶² “*Rechtsprechung - BVerfG, 14.02.1968 - 2 BvR 557/62 - Ausbürgerung von deutschen Juden - Art. 3, 20 GG, Nicht-Anerkennung von nationalsozialistischem Recht wegen Verstoßes gegen fundamentale Prinzipien der Gerechtigkeit; - zur Bedeutung des Art. 116 Abs. 2 GG.*” ALEMANIA. Bundesverfassungsgerichts. Fall: Ausbürgerung von deutschen Juden; Fundstellen: BVerfGE 23, 98; DÖV 1968, 317; DVBl 1968, 791; JZ 1968, 422; JZ 1968, 559; MDR 1968, 558; NJW 1968, 1036; VerwRSpr 20, 261; Gericht: Bundesverfassungsgericht; Datum: 14.02.1968; Aktenzeichen: 2 BvR 557/62; Entscheidungstyp: Beschluss; Richter: Seuffert, Henneka, Leibholz, Geller, Rupp, Geiger, Kutscher; Instanzen: AG Wiesbaden, 08.05.1962 - 41 VI 586/61, LG Wiesbaden, 27.07.1962 - 4 T 252/62, OLG Frankfurt, 18.09.1962 - 6 W 441/62.

¹⁶⁶³ Art. 3, 20 GG: “Die Gesetzgebung ist an die verfassungsmäßige Ordnung, die vollziehende Gewalt und die Rechtsprechung sind an Gesetz und Recht gebunden.” *Grundgesetz für die Bundesrepublik Deutschland* (GG)

¹⁶⁶⁴ “*Bundesverfassungsgericht (BVerfG), 1968/02/14 - 2 BvR 557/62 1. Nationalsozialistischen "Rechts"vorschriften kann die Geltung als Recht abgesprochen werden, wenn sie fundamentalen Prinzipien der Gerechtigkeit so evident widersprechen, daß der Richter, der sie anwenden oder ihre Rechtsfolgen anerkennen wollte, Unrecht statt Recht sprechen würde. 2. In der 11. Verordnung zum Reichsbürgergesetz vom 25. November 1941 (RGBl. I S. 772) hat der Widerspruch zur Gerechtigkeit ein so unerträgliches Maß erreicht, daß sie von Anfang an als nichtig erachtet werden muß. 3. Einmal gesetztes Unrecht, das offenbar gegen konstituierende Grundsätze des Rechtes verstößt, wird nicht dadurch zu Recht, daß es angewendet und befolgt wird. - 4. Zu den fundamentalen Rechtsprinzipien gehört das Willkürverbot, das heute in Art. 3 Abs. 1 GG und teilweise auch in Art. 3 Abs. 3 GG seinen positiv-rechtlichen Ausdruck gefunden hat. 5. Verfolgte, denen zwischen dem 30. Januar 1933 und dem 8. Mai 1945 die deutsche Staatsangehörigkeit aus politischen, rassischen oder religiösen Gründen entzogen worden ist, haben dadurch die deutsche Staatsangehörigkeit nicht verloren, soweit sie nicht zu erkennen geben, daß sie die deutsche Staatsangehörigkeit nicht besitzen wollen. 6. Auch wenn die Verfolgten eine fremde Staatsangehörigkeit erworben haben, können sie durch die Begründung eines Wohnsitzes in Deutschland oder durch einen Antrag nach Art. 116 Abs. 2 S. 1 GG die deutsche Staatsangehörigkeit wiedererlangen. 7. Für diejenigen, die eine fremde Staatsangehörigkeit nicht erworben haben, liegt die Bedeutung des Art. 116 Abs. 2 GG darin, daß der deutsche Staat sie - unbeschadet des*

“Un judío pierde la nacionalidad alemana:

- a) Con la entrada en vigor de este Decreto, cuando tenga su residencia habitual en el extranjero en la entrada en vigor de este Decreto,
- b) Cuando en fecha posterior tenga su residencia habitual en el extranjero, con el traslado de su residencia habitual al extranjero.”¹⁶⁶⁶

El Tribunal Constitucional Federal Alemán decidía si un abogado judío que emigró a los Países Bajos poco antes de la Segunda Guerra Mundial hubiera perdido o no la nacionalidad alemana, de acuerdo con la norma citada. Dicho abogado había sido deportado de Holanda el año 1942, y no se sabía para donde él fue enviado y, en estas circunstancias, había que reconocerle la muerte en suposición de que le habían quitado la vida en un campo de concentración¹⁶⁶⁷. El Tribunal Constitucional Federal llega a la conclusión de que dicho judío nunca había perdido su nacionalidad alemana, porque el artículo 11 del Decreto sobre la Ley de Ciudadanía del *Reich* era nulo desde su origen. El núcleo de la fundamentación dice así:

"Por ello el Tribunal Constitucional Federal ha afirmado la posibilidad de privar de la validez como Derecho a las disposiciones 'jurídicas' nacionalsocialistas, porque contradicen de modo tan evidente con principios fundamentales de la justicia que el juez que quisiera aplicarlas o reconocer sus consecuencias jurídicas pronunciaría no-Derecho en lugar de Derecho (BVerfGE 3,58 (119); 6,132 (198)). El artículo 11, del Decreto conculcaba estos principios fundamentales. En él, la contradicción con la justicia ha alcanzado una medida tan insoportable que debe ser considerado nulo desde su origen (cfr. BGH,

Umstandes, daß sie die deutsche Staatsangehörigkeit nicht verloren haben - nicht als Deutsche betrachtet, solange sie nicht durch Wohnsitzbegründung oder Antragstellung sich auf ihre deutsche Staatsangehörigkeit berufen. 8. Art. 116 Abs. 2 GG gilt nicht für die Verfolgten, die den 8. Mai 1945 nicht überlebt haben. 9. Diese Verfolgten können jedoch nicht anders behandelt werden als diejenigen, die das Inkrafttreten des GG erlebt haben. Auch bei ihnen ist daher in Betracht zu ziehen, daß sie möglicherweise ihre deutsche Staatsangehörigkeit aufgeben wollten.” ALEMANIA. Bundesverfassungsgerichts. Fall: Ausbürgerung von deutschen Juden; Fundstellen: BVerfGE 23, 98; DÖV 1968, 317; DVBl 1968, 791; JZ 1968, 422; JZ 1968, 559; MDR 1968, 558; NJW 1968, 1036; VerwRspr 20, 261; Gericht: Bundesverfassungsgericht; Datum: 14.02.1968; Aktenzeichen: 2 BvR 557/62; Entscheidungstyp: Beschluss; Richter: Seuffert, Henneka, Leibholz, Geller, Rupp, Geiger, Kutscher; Instanzen: AG Wiesbaden, 08.05.1962 - 41 VI 586/61, LG Wiesbaden, 27.07.1962 - 4 T 252/62, OLG Frankfurt, 18.09.1962 - 6 W 441/62.

¹⁶⁶⁵ ALEMANIA. Verordnung zum Reichsbürgergesetz vom 25. November 1941 (RGBl. I S. 722).

¹⁶⁶⁶ Artículo 11: “*Ein Jude verliert die deutsche Staatsangehörigkeit: a) wenn er beim Inkrafttreten dieser Verordnung seinen gewöhnlichen Aufenthalt im Ausland hat, mit dem Inkrafttreten der Verordnung, b) wenn er seinen gewöhnlichen Aufenthalt später im Ausland nimmt, mit der Verlegung des gewöhnlichen Aufenthalts ins Ausland.*” ALEMANIA. Verordnung zum Reichsbürgergesetz vom 25. November 1941 (RGBl. I S. 722).

¹⁶⁶⁷ ALEXY Robert. “Eine Verteidigung der Radbruchschen Formel”. Traducción del original alemán de José Antonio Seoane. *Anuario da Faculdade de Dereito da Universidade da Coruña*, ISSN 1138-039X, Nº 5, 2001, pp. 75-96, p. 77.

RzW 1962, 563; BGHZ 9, 34 (44); 10, 340 (342); 16,350 (354); 26, 91 (93)).¹⁶⁶⁸

En este fallo, el Tribunal Constitucional Alemán (BVerfG) aplicó lo que se conoce como fórmula de Radbruch (*Radbruch'sche Formel*), referente a una afirmación de este autor, realizada en el año de 1946, que informa que: “*Ein Mann, geprägt vom "unerträglichen Widerspruch zur Gerechtigkeit"*¹⁶⁶⁹, es decir, traduciendo al castellano y completando la proposición, que “*se puede negar la validez de las leyes tremendamente injustas*”. Radbruch así introduce el problema:

"En un enfrentamiento entre seguridad jurídica y justicia, surgido entre una ley impugnable por su contenido, pero de carácter positivo, y un derecho justo, pero no acuñado en forma de ley, hay un conflicto de la justicia consigo misma, esto es entre justicia aparente y justicia real. Este conflicto lo refleja soberbiamente el Evangelio cuando, en una parte ordena: "Obedeced a la autoridad que tiene poder sobre vosotros", y sin embargo en otro lugar manda: "Obedeced más a Dios que a los hombres".¹⁶⁷⁰

De esta manera, Radbruch informa que hay un derecho natural (fuente de toda la justicia) y un derecho positivo (que puede ser justo o no), que a veces pueden estar claramente en conflicto, lo que clasifica como “*conflicto de la justicia consigo misma*”¹⁶⁷¹. El autor pone como ejemplo, en una exégesis muy pobre, rudimentaria y fuera de su contexto histórico, dos trechos de la Biblia, lo primero, de la carta del apóstol Pablo de Tarso a los Romanos, donde él ha escrito “*Toda alma se someta a las potestades superiores; porque no hay potestad sino*

¹⁶⁶⁸ “*Daher hat das Bundesverfassungsgericht die Möglichkeit bejaht, nationalsozialistischen "Rechts"-Vorschriften die Geltung als Recht abzuerkennen, weil sie fundamentalen Prinzipien der Gerechtigkeit so evident widersprechen, daß der Richter, der sie anwenden oder ihre Rechtsfolgen anerkennen wollte, Unrecht statt Recht sprechen würde (BVerfGE 3, 58 [119]; 6, 132 [198]). Die 11. Verordnung verstieß gegen diese fundamentalen Prinzipien. In ihr hat der Widerspruch zur Gerechtigkeit ein so unerträgliches Maß erreicht, daß sie von Anfang an als nichtig erachtet werden muß (vgl. BGH, RzW 1962, 563; BGHZ 9, 34 [44]; 10, 340 [342]; 16, 350 [354]; 26, 91 [93]).*” ALEMANIA. Bundesverfassungsgerichts. Fall: Ausbürgerung von deutschen Juden; Fundstellen: BVerfGE 23, 98; DÖV 1968, 317; DVBl 1968, 791; JZ 1968, 422; JZ 1968, 559; MDR 1968, 558; NJW 1968, 1036; VerwRspr 20, 261; Gericht: Bundesverfassungsgericht; Datum: 14.02.1968; Aktenzeichen: 2 BvR 557/62; Entscheidungstyp: Beschluss; Richter: Seuffert, Henneka, Leibholz, Geller, Rupp, Geiger, Kutscher; Instanzen: AG Wiesbaden, 08.05.1962 - 41 VI 586/61, LG Wiesbaden, 27.07.1962 - 4 T 252/62, OLG Frankfurt, 18.09.1962 - 6 W 441/62.

¹⁶⁶⁹ RADBRUCH, Gustav, “Gesetzliches Unrecht und übergesetzliches Recht”, in: *Schweizerische Juristen-Zeitung*, 1946, pp. 105 y ss.

¹⁶⁷⁰ RADBRUCH, Gustav. *Relativismo y derecho*, Bogotá, Temis, 1999, p. 35.

¹⁶⁷¹ RADBRUCH, Gustav, “Gesetzliches Unrecht und übergesetzliches Recht”, in: *Schweizerische Juristen-Zeitung*, 1946, p. 107.

*de Dios; y las que son, de Dios son ordenadas*¹⁶⁷² y lo segundo, parte del libro de los hechos de los apóstoles, donde se encuentra: “*y respondiendo Pedro y los apóstoles, dijeron: es menester obedecer a Dios antes que a los hombres.*”¹⁶⁷³.

En primer lugar hay que subrayar que la idea de la existencia de un Derecho natural, eterno y sobrehumano o trascendente, que existe en la consciencia del juez o en el seno de la sociedad, es objeto de muchas críticas desde la Revolución Francesa y fue el medio utilizado para garantizar y justificar las monarquías absolutas y otros tipos de regímenes autoritarios (*Ancien Régime*)¹⁶⁷⁴, porque no ha permitido un control avalado de los órganos de poder por medio de mecanismos sociales y de racionalidad, como lo hacen las leyes y los tribunales constituidos por una Ley Fundamental o Constitución¹⁶⁷⁵. Esta es la razón por la cual se debe tener un poco de atención en relación con proposiciones que presenten una tendencia a exorbitar el derecho legislado y reconocer fuentes del derecho que no están bajo un control directo de los mecanismos democráticos y constitucionales.

Después de realizada la crítica precedente, merece la pena analizar de forma detenida la racionalidad de la proposición de un autor que ha echado mucha luz sobre el pensamiento jurídico penal jusfilosófico alemán en el siglo pasado, especialmente en relación con la evolución de la dogmática hacia el neokantismo. Se puede identificar lo que él quiere decir como un “derecho injusto” en un sencillo ejemplo. Supóngase que se llegue a aprobar una Ley que informa:

¹⁶⁷² “Sométase toda alma a las autoridades superiores, porque no hay autoridad sino de parte de Dios, y las que hay, por Dios son ordenadas.” DE TARSO, Pablo. “Carta a los Romanos”. En: AA. VV. *La Santa Biblia*. Antigua versión de Casiodoro de Reina (1569), revisada por Cipriano de Valera (1602), Bibles.org.uk, London, 2005, pp. 1778-1806, p. 1800.

¹⁶⁷³ “Y respondiendo Pedro y los apóstoles, dijeron: Es necesario a obedecer a Dios antes que a los hombres.” LUCAS. “Hechos de los apóstoles” En: AA. VV. *La Santa Biblia*. Antigua versión de Casiodoro de Reina (1569), revisada por Cipriano de Valera (1602), Bibles.org.uk, London, 2005, pp. 1716-1778, p. 1727.

¹⁶⁷⁴ “Pero esto depende sobre todo de un retraso de las ciencias jurídicas y políticas, que hasta la fecha no han teorizado ni diseñado un Estado social de derecho equiparable al viejo Estado de derecho liberal y han permitido que el Estado social se desarrollase de hecho a través de una simple ampliación de los espacios de discrecionalidad de los aparatos administrativos, el juego no reglado de los grupos de presión y las clientelas, la proliferación de las discriminaciones y los privilegios y el desarrollo del caos normativo que ellas mismas denuncian y contemplan ahora como ‘crisis de capacidad regulativa del derecho.’” FERRAJOLI, Luigi. *Derechos y garantías. La ley del más débil*, Traducción de Perfecto ANDRÉS IBÁÑEZ y Andrea GREPPI, 8ª edición, Editorial Trotta, Madrid, 2014, p. 30.

¹⁶⁷⁵ Las constituciones de los Estados Democráticos establecen el principio de legalidad (se puede hacer todo que la ley no prohíbe), un Poder Legislativo, formado por representantes del pueblo elegidos por este, que tiene la misión constitucional de crear leyes que limitan la libertad individual, y un Poder Judicial, formado por jueces que han demostrado que tienen aptitud de realizar el mejor interés público por la aplicación de las leyes, a través de las oposiciones por las cuales se aprobaron, que tienen la misión constitucional de aplicar dichas leyes.

“Artículo 1 - Quedan derogados los números 4.º y 5.º del artículo 20, de la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre (Código Penal) ¹⁶⁷⁶

Artículo 2 – Todos tienen el deber de soportar agresiones antijurídicas o ilegítimas, mal realizado por otras personas o lesiones causadas por la naturaleza

Artículo 3 – Se castiga la infracción a lo que establece el artículo precedente con prisión permanente revisable.”

Mejor, imagínese que dichos artículos sean objeto de Reforma Constitucional y la propia Constitución Española pase a prohibir la legítima defensa y el estado de necesidad, y además, pase a castigar quien actúe bajo dichas causas con una pena de prisión. Establecer la obligación de soportar a una agresión injusta, bajo la amenaza de una pena de prisión, es un ejemplo donde queda claro que el ordenamiento jurídico puede, de hecho, establecer disposiciones manifiestamente injustas.

El dilema que se tiene que solucionar es este: (1) o se aplica la norma y, en consecuencia se destruye completamente el sentido más común y básico de lo que es conforme el Derecho o la justicia, aparte de crear un caos social indeterminable; o (2) no se aplica dicha norma, y se mantiene un mínimo de racionalidad y seguridad para la conducta humana en sociedad.

Lo que Radbruch propone, con razón, es la elección de la segunda opción, lo que hizo luego después de un régimen totalitario en su país que, de hecho, aprobó leyes discriminatorias y basadas en ideologías por lo menos cuestionables desde un punto de vista de la concepción contemporánea europea de lo que sería el núcleo duro del mínimo de derechos humanos que todos deben reconocer.

¹⁶⁷⁶ “Artículo 20 - Están exentos de responsabilidad criminal: (...) 4.º El que obre en defensa de la persona o derechos propios o ajenos, siempre que concurren los requisitos siguientes: Primero. Agresión ilegítima. En caso de defensa de los bienes se reputará agresión ilegítima el ataque a los mismos que constituya delito y los ponga en grave peligro de deterioro o pérdida inminentes. En caso de defensa de la morada o sus dependencias, se reputará agresión ilegítima la entrada indebida en aquella o éstas. Segundo. Necesidad racional del medio empleado para impedir la o repelerla. Tercero. Falta de provocación suficiente por parte del defensor. 5.º El que, en estado de necesidad, para evitar un mal propio o ajeno lesione un bien jurídico de otra persona o infrinja un deber, siempre que concurren los siguientes requisitos: Primero. Que el mal causado no sea mayor que el que se trate de evitar. Segundo. Que la situación de necesidad no haya sido provocada intencionadamente por el sujeto. Tercero. Que el necesitado no tenga, por su oficio o cargo, obligación de sacrificarse.” ESPAÑA. Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código penal. *Boletín Oficial del Estado*, 24 de noviembre de 1995, núm. 281.

Así pues, no se puede echar de menos la fórmula de Radbruch sino, al revés, hay que comprenderla para saber si el objeto de estudio de este trabajo realmente refleja una hipótesis donde la ley está contra la justicia, es decir, para identificar si el Derecho penal del enemigo es cuestionable desde el punto de vista de un supuesto, pero necesario, claro derecho natural, o el sentido propio de la seguridad jurídica, o las concepciones más básicas de lo que sería un núcleo irrenunciable de derechos humanos, para nuestras sociedades.

Un ejemplo de norma manifiestamente injusta editada en el país y en la época de Radbruch, bajo el régimen socialista del tipo nacional (nacionalsocialismo) está en una de las *Nürnberger Gesetze* (Leyes de Núremberg), de 15 de septiembre de 1935 que establecía, por ejemplo, la pena de prisión con trabajos forzados sin un límite de tiempo preestablecido (*id est*, envío, sin vuelta, a un campo de concentración) para los que mantuviesen unión entre alemanes y judíos, sea por matrimonio o relación sexual, conforme los artículos 1.1 y 5.1, de la *Gesetz zum Schutze des deutschen Blutes und der deutschen Ehre* (Ley para la protección de la sangre y del honor alemanes)¹⁶⁷⁷, que vigoraran hasta el 20 de septiembre de 1945, cuando fueron derogadas por la Ley del Consejo de Control Aliado número 1 – Rechazo del Derecho Nacionalsocialista¹⁶⁷⁸ (*Kontrollratsgesetz Nr. 1 betreffend die Aufhebung von NS-*

¹⁶⁷⁷Uno de los dos cuerpos de normas de las Leyes de Núremberg era conocido como "Ley para la protección de la sangre y el honor alemanes". Su principal disposición consistía en la prohibición de toda unión entre alemanes y judíos, ya sea por matrimonio, cohabitación o relación sexual. Véase: "Durchdrungen von der Erkenntnis, daß die Reinheit des deutschen Blutes die Voraussetzung für den Fortbestand des Deutschen Volkes ist, und beseelt von dem unbeugsamen Willen, die Deutsche Nation für alle Zukunft zu sichern, hat der Reichstag einstimmig das folgende Gesetz beschlossen, das hiermit verkündet wird: § 1. (1) Eheschließungen zwischen Juden und Staatsangehörigen deutschen oder artverwandten Blutes sind verboten. Trotzdem geschlossene Ehen sind nichtig, auch wenn sie zur Umgehung dieses Gesetzes im Ausland geschlossen sind. (2) Die Nichtigkeitsklage kann nur der Staatsanwalt erheben. § 2. Außerehelicher Verkehr zwischen Juden und Staatsangehörigen deutschen oder artverwandten Blutes ist verboten. § 3. Juden dürfen weibliche Staatsangehörige deutschen oder artverwandten Blutes unter 45 Jahren in ihrem Haushalt nicht beschäftigen. § 4. (1) Juden ist das Hissen der Reichs- und Nationalflagge und das Zeigen der Reichsfarben verboten. (2) Dagegen ist ihnen das Zeigen der jüdischen Farben gestattet. Die Ausübung dieser Befugnis steht unter staatlichem Schutz. § 5. (1) Wer dem Verbot des § 1 zuwiderhandelt, wird mit Zuchthaus bestraft. (2) Der Mann, der dem Verbot des § 2 zuwiderhandelt, wird mit Gefängnis oder mit Zuchthaus bestraft. (3) Wer den Bestimmungen der §§ 3 oder 4 zuwiderhandelt, wird mit Gefängnis bis zu einem Jahr und mit Geldstrafe oder mit einer dieser Strafen bestraft. § 6. Der Reichsminister des Innern kann im Einvernehmen mit den Stellvertreter des Führers und dem Reichsminister der Justiz die zur Durchführung und Ergänzung des Gesetzes erforderlichen Rechts- und Verwaltungsvorschriften." ALEMANIA. Gesetz zum Schutze des deutschen Blutes und der deutschen Ehre, vom 15. September 1935, RGBl. I/1146.

¹⁶⁷⁸"Der Kontrollrat verfügt das folgende: Art. I. 1. Folgende Gesetze politischer Natur oder Ausnahmegesetze, auf welche das Nazi-Regime beruhte, werden hierdurch ausdrücklich aufgehoben, einschließlich aller zusätzlichen Gesetze, Durchführungsbestimmungen, Verordnungen und Erlasse: (...) k) Gesetz zum Schutze des deutschen Blutes und der deutschen Ehre, vom 15. September 1935, RGBl. I/1146." ALEMANIA. Kontrollratsgesetz Nr. 1 betreffend die Aufhebung von NS-Recht vom 20. September 1945 in Kraft getreten am 20. September 1945 für die Bundesrepublik Deutschland außer Wirkung gesetzt durch Erstes Gesetz zur Aufhebung des Besatzungsrechts vom 30. Mai 1956 (BGBl. I. S. 437).

Recht), editada por el consejo militar de los países aliados que han tomado Alemania en el final de la Segunda Guerra Mundial.

Estos casos echan luz a la idea no positivista de que la moral tiene una relación estrecha con Derecho aplicado. El ideal de la ilustración de completa separación entre Derecho y moral no se mantiene si se analizan casos extremos que no son meros supuestos de hecho creados en la cabeza del académico, sino ejemplos reales donde el Derecho ha negado, en parte, la moral, y su aplicación ha representado la violación de algo que se puede llamar de núcleo duro de valores comunes en nuestras sociedades, como pasó, en el ejemplo puesto, en el régimen socialista nacional de Alemania del siglo pasado. Así pues, para Radbruch e incluso para el neopositivismo constitucionalista, la moral es una forma de límite del Derecho¹⁶⁷⁹.

En resumen, Alexy observa que: *“Por ello, se le puede dar la siguiente versión sucinta a la fórmula de Radbruch: “Las normas promulgadas conforme al ordenamiento y socialmente eficaces pierden su carácter jurídico o su validez jurídica cuando son extremadamente injustas.” Más breve incluso: “La extrema injusticia no es Derecho.”*¹⁶⁸⁰.

8.2.1 Los Detalles de la *Radbruch'sche Formel*.

Gustav Radbruch propuso su famosa fórmula en 1946, después de doce años de un régimen socialista de matiz nacionalista (*Nationalsozialismus*). Se puede deducir dicha fórmula de la siguiente forma:

“El conflicto entre la justicia y la seguridad jurídica debería poder solucionarse en el sentido de que el Derecho positivo asegurado por el estatuto y el poder tenga también preferencia cuando sea injusto e inadecuado en cuanto al contenido, a no ser que la contradicción entre

¹⁶⁷⁹ “Esta es la tesis positivista de la separación entre Derecho y moral; en suma: la tesis positivista de la separación. También el no positivista, si está en su juicio, aplica la legalidad conforme al ordenamiento y la eficacia social. La fórmula de Radbruch expresa esto con claridad. Sin embargo, para el no positivista seguidor de esta fórmula existe un límite: el de la extrema injusticia. De este modo se incorpora al concepto de Derecho la corrección material como criterio limitativo. El concepto de Derecho no es inflado pero sí limitado moralmente. Esto es sólo una vinculación parcial entre Derecho y moral, pero es una vinculación. Quien abogue por la fórmula de Radbruch defiende, por ello, la tesis no positivista de la vinculación.” ALEXY Robert. “Eine Verteidigung der Radbruchschen Formel”. Traducción del original alemán de José Antonio Seoane. *Anuario da Facultade de Dereito da Universidade da Coruña*, ISSN 1138-039X, Nº 5, 2001, pp. 75-96, p. 77.

¹⁶⁸⁰ ALEXY Robert. “Eine Verteidigung der Radbruchschen Formel”. Traducción del original alemán de José Antonio Seoane. *Anuario da Facultade de Dereito da Universidade da Coruña*, ISSN 1138-039X, Nº 5, 2001, pp. 75-96, p. 76.

la ley 'positiva y la justicia' alcance una medida tan insoportable que la ley deba ceder como 'Derecho injusto' ante la justicia. Es imposible trazar una línea más nítida entre los casos de la injusticia legal y las leyes válidas a pesar de su contenido injusto; pero puede establecerse otra línea divisoria con total precisión: donde ni siquiera se pretende la justicia, donde la igualdad, que constituye el núcleo de la justicia, es negada conscientemente en el establecimiento del Derecho positivo, ahí la ley no es sólo 'Derecho injusto', sino que más bien carece totalmente de naturaleza jurídica.”¹⁶⁸¹

Justicia y seguridad jurídica son dos valores de nuestras sociedades, que pueden ser identificados también como parte de las bases de nuestros ordenamientos jurídicos. Así pues, hay que comprender bien lo que serían exactamente los valores en un esquema hermenéutico de observación del ordenamiento jurídico, y entender en qué medida dichos valores serían diferentes de los principios y reglas.

En un primer momento, siguiendo a lo que sostiene Dworkin, la aplicación de las reglas funciona de forma disyuntiva, en la modalidad “todo o nada”, o se aplican completamente o no se aplican para nada, lo que el autor llama de subsunción. Los principios, en cambio, tienen una dimensión de sopesamiento que permite una cierta plasticidad limitada en su aplicación, lo que Dworkin llama de ponderación, lo que permite una mejor administración de la hermenéutica en situaciones de conflicto, es decir, en *hard cases*, donde es necesario preservar la máxima efectividad de los derechos o legítimos intereses en juego¹⁶⁸². Para

¹⁶⁸¹ En el original: “*Der Konflikt zwischen der Gerechtigkeit und der Rechtssicherheit dürfte dahin zu lösen sein, daß das positive, durch Satzung und Macht gesicherte Recht auch dann den Vorrang hat, wenn es inhaltlich ungerecht und unzweckmäßig ist, es sei denn, daß der Widerspruch des positiven Gesetzes zur Gerechtigkeit ein so unerträgliches Maß erreicht, daß das Gesetz als ‚unrichtiges Recht‘ der Gerechtigkeit zu weichen hat. Es ist unmöglich, eine schärfere Linie zu ziehen zwischen den Fällen des gesetzlichen Unrechts und den trotz unrichtigen Inhalts dennoch geltenden Gesetzen; eine andere Grenzziehung aber kann mit aller Schärfe vorgenommen werden: wo Gerechtigkeit nicht einmal erstrebt wird, wo die Gleichheit, die den Kern der Gerechtigkeit ausmacht, bei der Satzung positiven Rechts bewußt verleugnet wurde, da ist das Gesetz nicht etwa nur ‚unrichtiges‘ Recht, vielmehr entbehrt es überhaupt der Rechtsnatur. Denn man kann Recht, auch positives Recht, gar nicht anders definieren als eine Ordnung und Satzung, die ihrem Sinne nach bestimmt ist, der Gerechtigkeit zu dienen.*” RADBRUCH, Gustav, “Gesetzliches Unrecht und übergesetzliches Recht”, in: *Schweizerische Juristen-Zeitung*, 1946, p. 107.

¹⁶⁸² “La aplicación de las reglas funciona de forma disyuntiva: o se aplican o no se aplican. Los principios, dice Dworkin, tienen, en cambio, una dimensión de peso o importancia que es preciso considerar para determinar si se aplican o no al caso. La forma de aplicación de las reglas es la subsunción: uno investiga si el caso entra dentro del supuesto de hecho de la regla, y si comprueba que es así, aplica la consecuencia jurídica prevista en la regla. La aplicación de los principios, en cambio, requiere un proceso previo de ponderación: considerar el peso relativo de los principios para el caso de que se trate. La significación de este punto se pone de manifiesto cuando se presentan conflictos.” RODILLA GONZÁLEZ, Miguel Ángel. *Teoría de las normas: II - las normas jurídicas* (apuntes de clase facilitados por el profesor), en: *Teoría de las normas en su aplicación al Derecho penal* (asignatura), Máster en Derecho penal, Universidad de Salamanca, Salamanca, 2011, p. 22.

aclarar mejor la cuestión, merece la pena transcribir lo que el maestro Miguel Ángel Rodilla, desde la Universidad de Salamanca, ha enseñado:

“Cuando dos reglas entran en conflicto es preciso eliminar una de ellas: si una regla prescribe *x* y otra prescribe *no-x*, entonces tenemos que anular una de las dos. Esto no es así en el caso de colisión de principios. A decir verdad, dado el carácter altamente abstracto y generalísimo de los principios, y dada la forma abierta como está configurado el supuesto de hecho, es frecuente que a la hora de justificar una norma o una decisión varios principios sean relevantes y entren en concurrencia. Si los principios concurrentes se prestan mutuo apoyo, no hay problema. Pero ¿cómo proceder cuando los principios aplicables a un caso son conflictivos? En aquellos casos en los que son relevantes varios principios que apuntan en direcciones diferentes, e incluso opuestas, cosa que suele ser muy frecuente, antes que pensar en invalidar alguno de ellos, hay que ponderarlos, sopesar el peso relativo de cada uno de ellos en atención a las peculiaridades del caso, y en muchas ocasiones llegar a una solución de compromiso.”¹⁶⁸³

Eso permite concluir que en la medida en la cual las reglas son normas orientadas a la realidad, un ámbito de percepción del ser humano concreto, con sentido y referencia relacionados inmediatamente con la realidad, los principios admiten, al revés, a través del procedimiento de ponderación, un cumplimiento parcial en un plan más abstracto de su reconocimiento y de forma concreta, de su aplicación.

En los *hard cases*, en razón de no ser posible realizarse el cumplimiento total de un principio, en virtud de la vigencia de otro principio estar en ruta de colisión con su contenido, hay que reconocerse dos compromisos, a saber: el primero, de garantía de la máxima efectividad de los principios comprometidos en dicho proceso hermenéutico de ponderación; y el segundo, de la realización de ambos principios en el futuro, lo que convierte los principios en mandatos de optimización, que van a conducir futuras interpretaciones en el sentido de garantizarles, un día, total efectividad.

¹⁶⁸³ RODILLA GONZÁLEZ, Miguel Ángel. *Teoría de las normas: II - las normas jurídicas* (apuntes de clase facilitados por el profesor), en: *Teoría de las normas en su aplicación al Derecho penal* (asignatura), Máster en Derecho penal, Universidad de Salamanca, Salamanca, 2011, pp. 22-23.

Para Robert Alexy, la idea de ver los principios como mandatos de optimización proviene de la dependencia que su eficacia tiene de las posibilidades reales y jurídicas en el momento de su aplicación, de la siguiente forma:

“El punto decisivo para la distinción entre reglas y principios es que los principios son normas que ordenan que algo sea realizado en la mayor medida posible dentro de las posibilidades jurídicas y reales existentes. Por lo tanto, los principios son mandatos de optimización, que están caracterizados por el hecho de que pueden ser cumplidos en diferente grado y que la medida debida de su cumplimiento no sólo depende de las posibilidades reales sino también de las jurídicas”¹⁶⁸⁴

En resumen, se puede afirmar que los datos de naturaleza axiológica (los valores, que establecen, v. g., lo bueno, lo bello) no son deontológicos (relacionados con un deber-ser, principios lógicos, que admiten ponderación en relación con otros principios), tampoco ontológicos (relacionados a la moral existente, identificada en la actualidad de conformación de las normas de acción)¹⁶⁸⁵. Robert Alexy, los define de la siguiente forma:

En cambio, los conceptos axiológicos se caracterizan porque su concepto fundamental no es el mandato o deber ser, sino el de lo bueno. La variedad de los conceptos axiológicos surge a partir de los criterios, de acuerdo con los cuales, algo puede calificarse como bueno. Así, se utilizan conceptos axiológicos cuando es catalogado como bello, valiente, seguro, económico, democrático, social, liberal o propio del Estado de derecho.¹⁶⁸⁶

Lo que Radbruch propone, a grandes rasgos, es una ponderación entre una regla y un valor, lo que no es, *a priori*, un procedimiento hermenéutico clásico, porque, en general, se ponderan sólo principios o reglas¹⁶⁸⁷. Esta posibilidad pasa a ser investigada por Alexy, desde un punto del desarrollo de su teoría, donde el autor equipara principios a valores, quitando a los

¹⁶⁸⁴ ALEXY, Robert. *Teoría de los Derechos fundamentales*. Centro de Estudios Constitucionales. Madrid, 1993, p. 86.

¹⁶⁸⁵ SERRETTI, André Pedrolli. “A Teoria do Garantismo Penal e a Constituição da República: Um Estudo sobre a Legitimidade da tutela Penal Estatal”, *Revista Jurídica da Presidência da República*, Brasília, Vol. 12, n. 97, Jun/Set 2010, pp. 228 a 257, p. 240.

¹⁶⁸⁶ ALEXY, Robert. *Teoría de los Derechos Fundamentales*. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2001, p. 118.

¹⁶⁸⁷ “Os princípios são normas imediatamente finalísticas, primeiramente prospectivas e com pretensão de complementariedade e parcialidade, para cuja aplicação se demanda uma avaliação da correlação entre o estado de coisas a ser provido e os efeitos decorrentes da conduta havida como necessária à sua promoção.” ÁVILA, Humberto. *Teoria dos princípios*. da definição à aplicação dos princípios jurídicos. 5 ed. São Paulo: Malheiros, 2005, p. 37.

principios su carácter deontológico (de orientación de la conducta humana), para dar mucho más atención a un supuesto carácter axiológico (valorativo puro) de su contenido, lo que permitiría una ponderación de los valores en juego a través de los principios que les concretan, en lo que se puede llamar de una ponderación mediata¹⁶⁸⁸.

En la fórmula estudiada, el valor que está en juego es lo justo, o la justicia, que entra en contradicción clara con una ley positiva en una medida tan insoportable que queda insostenible mantener la existencia de estos dos datos, el valor y la regla, como en el ejemplo puesto en el apartado precedente y, en consecuencia, hay que reconocer la validez del valor y rechazar la aplicación de la regla.

En síntesis, lo que Radbruch propone es la solución de un *hard case*¹⁶⁸⁹, donde la ley, de acuerdo con lo que él propone, ni siquiera pretende ser justa, donde, por ejemplo, la igualdad (idea central del valor justicia) es negada de forma intencional por el Derecho positivo y, por eso, en sus propias palabras, “*más bien carece totalmente de naturaleza jurídica.*”¹⁶⁹⁰. Arthur Kaufmann descompone la fórmula en dos otras, a saber: la “fórmula de la intolerancia” y la “fórmula de la negación”, de la siguiente manera:

Es fácil apreciar que esta fórmula consta de dos partes. En la primera parte se dice que las leyes positivas pierden su validez jurídica si su contradicción con la justicia alcanza una "medida insoportable". Esto puede ser designado como la "fórmula de la intolerancia". En la

¹⁶⁸⁸ “*Porém, em um tom crítico, poderíamos perguntar: mas, como explicar a natureza de mandamentos de otimização atribuída aos princípios? Ou, dito de outra forma; como uma norma pode ter sua aplicação em diferentes graus? Tal condição somente pode ser explicada por Alexy, se passássemos a considerar os princípios como algo que pudesse ser equiparado a valores, que indicam razões que podem ser comparadas e medidas reciprocamente. Sendo assim, princípios passam a não mais ligar-se a um nível deontológico (ligado à fixação de uma conduta de dever, típica das normas, isto é, que trace uma conduta que possa ser avaliada pelo direito como proibida, permitida ou obrigatória), voltando-se para um nível axiológico (ligado a questões de preferências subjetivas sobre uma determinada situação concreta, o que a filosofia denomina de bem).*” FERNANDES, Bernardo Gonçalves. Curso de Direito Constitucional, 8 ed., Salvador: Ed. JusPodivm. 2016, p. 231.

¹⁶⁸⁹ “*A ponderação de valores, interesses, bens ou normas consiste em uma técnica de decisão jurídica utilizável nos casos difíceis, que envolvem a aplicação de princípios (ou, excepcionalmente, de regras) que se encontram em linha de colisão, apontando soluções diversas e contraditórias para a questão. O raciocínio ponderativo, que ainda busca parâmetros de objetividade, inclui a seleção de normas e de fatos relevantes, com a atribuição de esos aos diversos elementos em disputa, em um mecanismo de concessões recíprocas que procura preservar, na maior intensidade possível, os valores contrapostos.*” BARROSO, Luís Roberto. A Nova Interpretação Constitucional: ponderação, direitos fundamentais e relações privadas. 2 ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2006., p. 376.

¹⁶⁹⁰ “*bei der Setzung positiven Rechts bewußt verleugnet wurde, da ist das Gesetz nicht etwa nur „unrichtiges“ Recht, vielmehr entbehrt es überhaupt der Rechtsnatur.*” RADBRUCH, Gustav, “Gesetzliches Unrecht und übergesetzliches Recht”, in: *Schweizerische Juristen-Zeitung*, 1946, p. 107.

segunda parte, se niega la naturaleza jurídica a las leyes positivas si en su establecimiento "es negada conscientemente" la igualdad, que según Radbruch representa el núcleo de la justicia. Esto se puede denominar la "fórmula de la negación".¹⁶⁹¹

Por la primera, la "fórmula de la intolerancia", se reconoce que una parte del ordenamiento jurídico es claramente violadora de la idea básica de lo que sería lo justo en un supuesto de hecho, es decir, en esta parte del análisis, se busca conocer si la ley es, de hecho, claramente injusta, y en qué grado dicha injusticia se realizaría en el caso de su aplicación. En este momento, es importante buscar conocer también la intención del legislador, no sólo el resultado, aunque la prueba de un "dolo de violar la justicia" sea algo muy difícil de identificar¹⁶⁹².

Reconocida la posibilidad de realizarse una clara injusticia si se aplica una regla positivada, después de analizados el resultado de su aplicación y la intención de su creación, se pasa al análisis de la llamada "fórmula de la negación". En esta parte, se pasa a negar la validez del derecho positivo invocado e identificado como violador de la expectativa valorativa central referente a lo justo. Es decir, se reconoce, en un juicio de ponderación, la invalidez de la regla jurídica que puede dar lugar a una injusticia intolerable en un supuesto de hecho.

Esta es una consecuencia necesaria del momento precedente, cuando se realiza el procedimiento hermenéutico llamado de concreción para crearse una norma para el supuesto de hecho, de acuerdo con el valor fijado, y dar una solución razonable al caso analizado. Alexy sigue a describir este momento de la siguiente forma: "*Este es un clásico argumento no positivista. Se niega la validez o -la decisión no es aquí unívoca- el carácter jurídico a una*

¹⁶⁹¹ KAUFMANN, Arthur. "Die Radbruchsche Formel vom gesetzlichen Unrecht und vom übergesetzlichen Recht in der Diskussion um das im Namen der DDR begangene Unrecht", in: *Neue juristische Wochenschrift* (NJW), 1995, pp. 81-82.

¹⁶⁹² "La fórmula de la intolerancia tiene un carácter objetivo. Aplica la medida de la injusticia. Por el contrario, en la fórmula de la negación se trata de algo subjetivo: los propósitos o las intenciones del legislador. Pueden imaginarse casos en que ambas fórmulas conduzcan a resultados distintos. Así, uno puede imaginarse tanto a un legislador que pretende lograr la igualdad como núcleo de la justicia pero que, sin embargo, lleva a cabo algo insoportablemente injusto, como a otro obstinado en realizar lo injusto, pero que al hacerlo no llega al umbral de lo insoportablemente injusto. En general, cuando se trata de una injusticia insoportable deberían coincidir resultado e intención. Por tanto, se puede hablar de un "solapamiento" (overlapping) de ambas fórmulas. La jurisprudencia ha aplicado ante todo la fórmula de la intolerancia. A favor de esto está el que, ante la duda, resulta difícil probar algo como un "dolo de violar la justicia" por parte del legislador. Aquí, la fórmula de la intolerancia seguirá permaneciendo en primer término." ALEXY Robert. "Eine Verteidigung der Radbruchschen Formel". Traducción del original alemán de José Antonio Seoane. *Anuario da Faculdade de Direito da Universidade da Coruña*, ISSN 1138-039X, Nº 5, 2001, pp. 75-96, p. 76.

norma promulgada conforme al ordenamiento y socialmente eficaz durante su período de validez, porque contraviene el Derecho suprapositivo. (...) La resolución sobre la nacionalidad es, por ello, un caso paradigmático de la aplicación de la fórmula de Radbruch.”¹⁶⁹³

8.2.2 La idea de *Unrecht* en un sistema funcionalista del Derecho y de la sociedad.

En primer lugar, el término *Unrecht* aparece en la sociología Luhmanniana como un sentido del código binario del sistema del Derecho – Lícito/Ilícito o *Recht/Unrecht* – y, por eso, para Luhmann, técnicamente el sentido de la palabra *Unrecht* es un producto de un proceso que se realiza bajo la clausura operativa, de atribución de sentido para las comunicaciones que salen del ambiente, entran (*input*) y se reproducen en el sistema (circularidad). “*Con código se entiende una regla de duplicación que permite relacionar toda entidad que caiga en su campo de aplicación con una entidad correspondiente.*”¹⁶⁹⁴, es decir, es la óptica final del proceso completo de atribución de sentido y funcionamiento del sistema, de comprensión de la realidad.

En la teoría de Luhmann, la Fórmula de Radbruch tiene un doble sentido. En la medida en la cual dicha fórmula representa una forma de rescatar las bases cognitivas mínimas de justicia (una expectativa basilar del sistema, sin la cual todo que se construye desde su ausencia puede representar una forma de pervertir el proceso y el propio sistema) al mismo tiempo, dicha fórmula es una forma de corrupción del sistema porque considera como válida una comunicación o proposición externa al sistema. Ella es una forma de violación de la *Legitimation durch Verfahren* – de la legitimación de la producción del Derecho a través de un procedimiento previo establecido que le da soporte de legitimidad (proceso legislativo, judicial, *et caetera*).

¹⁶⁹³ ALEXY Robert. “Eine Verteidigung der Radbruchschen Formel”. Traducción del original alemán de José Antonio Seoane. *Anuario da Facultade de Dereito da Universidade da Coruña*, ISSN 1138-039X, Nº 5, 2001, pp. 75-96, pp. 77-78.

¹⁶⁹⁴ “Esto es válido en primer lugar para el código del lenguaje que permite relacionar toda enunciación positiva (*Ja-Fassung*) con una enunciación negativa correspondiente (*Nein-Fassung*): el enunciado negativo hay llueve puede entenderse como la negación del enunciado negativo hoy no llueve. Con base en el lenguaje, esto es válido para los códigos de los diversos sistemas de funciones basados siempre en un esquema binario.” CORSI, Giancarlo; ESPOSITO, Elena; BARALDI, Claudio. *Glosario sobre la teoría social de Niklas Luhmann*, Mexico D.F., Anthropos, Universidad Iberoamericana, ITESO, 1996, p. 40.

Ambas formas de ver la fórmula – rescate a las bases cognitivas de justicia y necesidad de respeto a las informaciones producidas bajo la clausura operativa – representan expectativas centrales del sistema del Derecho, pero sólo la segunda es una garantía de todo el sistema social, que no puede ser violada sin una la pérdida grave de legitimidad. Sin embargo, la legitimación por el procedimiento tampoco puede existir sin la primera, es decir, sin cumplir la necesidad del derecho de representar la configuración normativa de la sociedad real, de tener como fuente de creación de expectativas normativas las bases cognitivas reales, lo que puede ser parte de lo que se entiende por moral.

Lo cierto es que la existencia de una norma manifiestamente injusta pone en cuestión el propio carácter reductor de complejidad de dicha norma, es decir, dicho carácter es cuestionado por el hecho de existir una norma que no está de acuerdo con las bases cognitivas que le deberían dar soporte (es decir, la configuración normativa real de la sociedad). Su existencia reabre la necesidad de análisis de todo el potencial de sentido de las expectativas que existen en la sociedad porque va en contra el sistema como un todo, lo que pone en cuestión el propio proceso de diferenciación funcional de expectativas y de selección sistema/entorno, lo que compromete la autopoiesis, razón por la cual ella puede ser llamada de no funcional.

Si se identifica que el producto del proceso legislativo no está de acuerdo con la noción más básica de justicia o Derecho o, en otras palabras, si no está coherente con el sistema jurídico como un todo – si no cuadra con la función misma del sistema del Derecho – el poder judicial tiene el deber corregir dicha anomalía (desde que sea realmente una anomalía esporádica, no algo funcional) y considerar dicha comunicación como *Unrecht*, es decir, ilícita, para restablecer la función de reducción de complejidad de la norma.

Es casi lo mismo que se pasa en el proceso de reconocimiento de la inconstitucionalidad de una norma, con la diferencia de que, en la fórmula de Radbruch, el valor tiene que deducirse del sistema del derecho como un todo, no del texto de la Constitución. Sin embargo, eso no resuelve la paradoja entre seguridad y justicia que se ha creado, lo que se explica a continuación.

No hay como comprender Luhmann sin pensar en las proposiciones de Gödel¹⁶⁹⁵ sobre la lógica y las paradojas que la comprensión contemporánea de este ámbito de la filosofía nos ha aportado. A través de la aplicación de las ideas de Gödel a la Teoría de los Sistemas Sociales, Luhmann promueve una especie de *desparadojización* de la explicación de una decisión jurídica, a través de la utilización de las nociones de acoplamiento estructural y circularidad, de la siguiente forma.

Puede existir una paradoja entre la norma y la decisión en el sistema del derecho, una paradoja entre fijación de la regla (a través del proceso legislativo) y adaptación al contexto (a través del proceso judicial). Puede que, en este proceso de producción de sentido lícito o ilícito a las comunicaciones, una decisión judicial no esté de acuerdo con una norma producida de forma coherente y legítima en el final de proceso legislativo (momento de acoplamiento estructural entre sistemas del derecho y de la política).¹⁶⁹⁶

Las características de clausura operativa y apertura cognitiva permiten la superación de dicha paradoja. Comprender que el sistema del Derecho está en constante interacción con su entorno, e identificar momentos de apertura cognitiva más allá de lo que se puede suponer es una exigencia para realizarse de procedimiento de observación de segunda orden de forma coherente, porque es precisamente en dicho grado de observación (que permite la superación de la relación sujeto/objeto en las investigaciones sociológicas) en que se define lo que se estudia y en qué medida el observador es parte de lo que observa.¹⁶⁹⁷

¹⁶⁹⁵ “Fue lo que hizo Gödel con la Teoría de los Conjuntos. Ejemplo, el conjunto de números reales enteros es un conjunto completo debido al infinito (∞). Sin embargo, ¿infinito es un número real o entero? La respuesta de Gödel es que el infinito es y no es matemática al mismo tiempo, el infinito es un número entero real y no lo es al mismo tiempo.” STAMFORD DA SILVA, Artur. *Dez lições sobre Niklas Luhmann*. Petrópolis: Vozes, 2016, p. 66. Traducción del autor.

¹⁶⁹⁶ STAMFORD DA SILVA, Artur. “A teoria dos sistemas de sentido de Niklas Luhmann e a epistemologia jurídica”. in: AA. VV. *Sociedade, Direito e Decisão em Niklas Luhmann. Congresso Internacional em Homenagem a Cláudio Souto*, Recife. Editora Universitária, 2009, pp. 110-130, pp. 124-125.

¹⁶⁹⁷ “A racionalidade jurídica, em Luhmann, é gödelizada. Assim, a paralisia da teoria do direito diante de paradoxos, perde lugar. É o que ocorre ao se gödelizar a dicotomia norma/decisão (fixação-de-regra/adaptação-ao-contexto). Essa dicotomia é desparadojizada justamente por o sistema ser fechado operacionalmente (deter identidade) ao mesmo tempo em que é aberto cognitivamente (estar acoplado estruturalmente, ou seja, o sistema jurídico está em constante interação com seu entorno (o ambiente e os demais sistemas da sociedade). Como quem põe o sistema em funcionamento é o observador, ao questionar a licitude (ser conforme o direito) e a ilicitude (ser não-conforme ao direito), o observador opera com o que o direito da sociedade comunica. Assim é porque o sistema não é uma determinação física (um objeto, uma coisa aguardando ser conhecida), mas sim uma observação feita pelo observador ao observar (por observação de segunda ordem) o sistema referente em comunicação. Noutras palavras: a pergunta que faz o observador é que seleciona qual o sistema de referência será posto em funcionamento em determinada comunicação. Com isso, não há eliminação de interferências (irritações), influências do entorno nas operações (decisões) do sistema,

El sistema del Derecho considera las informaciones existentes en su entorno a través del proceso de apertura cognitiva, y luego después, las atribuye sentido para que formen parte de los procesos en clausura operativa. Sin embargo, hay situaciones donde la manutención de la clausura operativa del sistema (es decir, obedecer a las reglas preestablecidas) pone en cuestión el propio funcionamiento de todo el sistema, por necesitar de una carga de energía insoportable al funcionamiento de la clausura operativa. Si la manutención, a todo coste, de la autopoiesis (característica que es mantenida, en parte, por la clausura operativa) demanda una carga de energía que presupondría su destrucción o su inviabilidad en el tiempo, el sistema aprende de que dicha forma de comunicar¹⁶⁹⁸ no es funcional y, en un proceso de apertura cognitiva para garantizar la clausura operativa, reabre el proceso de captación de informaciones de su entorno ante a una irritación, lo que, a su vez, garantiza la propia autopoiesis en las próximas interacciones del sistema.

Si, en un momento, la reproducción de la autopoiesis a través de la clausura operativa presupone la incapacidad de promover procesos de diferenciación sistema/entorno, y especialmente, de expectativas normativas y cognitivas, el sistema tiene que aprender una forma de garantizar la continuación de su funcionamiento y, de la misma forma, mantener en un grado máximo posible la expectativa normativa positivada que tiene la potencialidad de promover dicho problema. Stamford así identifica este proceso:

Esto significa que la semántica del Derecho nunca ignora las informaciones de su entorno, pero que hay acoplamiento estructural. La cuestión es, sin embargo, si dichas influencias llegan al punto de destrozarse el sistema porque le quitan la capacidad de promover expectativas normativas y cognitivas. Si eso pasa, el sistema desmantelase, si no pasa, el sistema mantiene su autopoiesis aunque con un gasto más grande de energía, porque “la autopoiesis del sistema es un principio bien robusto tanto en el derecho, como en la sociedad, como en la vida, precisamente porque puede proseguir o parar. Sin embargo, eso no significa que no es posible la destrucción

inclusive porque o sistema não se isola, mas está sempre acoplado”. STAMFORD DA SILVA, Artur. “A teoria dos sistemas de sentido de Niklas Luhmann e a epistemologia jurídica”. in: AA. VV. *Sociedade, Direito e Decisão em Niklas Luhmann. Congresso Internacional em Homenagem a Cláudio Souto*, Recife. Editora Universitária, 2009, pp. 110-130, pp. 124-125.

¹⁶⁹⁸ LUHMANN, Niklas. *El derecho de la sociedad*. México: Universidad Iberoamericana/Herder, 2005, p. 139.

del aprendizaje, que se impone al sistema del derecho si se identifica señales de alarma.¹⁶⁹⁹

La *desparadojización* de la de posibles inconsistencias pasa por dejar de ver una paradoja entre norma y decisión, en casos límites, para identificar nuevos accesos de apertura cognitiva como una forma de doble contingencia y aprendizaje del sistema, lo que cambia la pregunta principal de una investigación funcional sobre la decisión jurídica de: *¿lo que es una decisión jurídica?*, para: *¿cómo es posible una decisión jurídica?*, echando luz a sus presupuestos de existencia coherente en un sistema funcional.¹⁷⁰⁰

Desde la óptica de una epistemología circular, hay que identificar que no se puede encontrar la legitimación de una decisión exclusivamente en sus elementos internos, sino reconocerse que el sistema tiene autorreferencia suficiente para ofrecer una respuesta coherente desde su propia programación funcional, a partir de informaciones que no se han considerado en los momentos precedentes de la producción de sentido lícito o ilícito de una comunicación, lo que existe en todos los momentos, pero que sólo queda claro en los caos límites¹⁷⁰¹.

¹⁶⁹⁹ “Significa, a semântica do direito nunca ignora fatores do seu entorno, antes há acoplamento estrutural. A questão, todavia, é o quanto essas influências chegam ao ponto de destruir o sistema porque lhe retiram a capacidade de promover expectativas normativas e cognitivas. Ora, se isso ocorre, então se dá a destruição do sistema, se não, o sistema mantém sua autopoiesis ainda que com maior desgaste de energia, já que “a autopoiesis do sistema é um princípio bastante robusto tanto no direito, como na sociedade, como na vida, precisamente porque pode prosseguir ou parar. No entanto, isso não significa que não seja possível a destruição da aprendizagem que se impõe ao sistema do direito se podem advertir sinais de alarme.” (LUHMANN, 2005: 139). STAMFORD DA SILVA, Artur. “A teoria dos sistemas de sentido de Niklas Luhmann e a epistemologia jurídica”. in: AA. VV. *Sociedade, Direito e Decisão em Niklas Luhmann. Congresso Internacional em Homenagem a Cláudio Souto*, Recife. Editora Universitária, 2009, pp. 110-130, p. 126.

¹⁷⁰⁰ “Também com a gödelização da racionalidade, Luhmann nos leva à ideia que, para explicar a decisão jurídica, é necessário saltar do paradoxo norma/decisão, desparadoxizando-o para dupla contingência da comunicação em referência ao caso. Com isso, está superada a dicotomia formalismo/ceticismo, como encontrada em Herbert Hart (1984: 120-150), bem como podemos nos afastar da preocupação sobre o que é uma decisão jurídica e partir para a questão de como uma decisão judicial é possível?” STAMFORD DA SILVA, Artur. “A teoria dos sistemas de sentido de Niklas Luhmann e a epistemologia jurídica”. in: AA. VV. *Sociedade, Direito e Decisão em Niklas Luhmann. Congresso Internacional em Homenagem a Cláudio Souto*, Recife. Editora Universitária, 2009, pp. 110-130, p. 126.

¹⁷⁰¹ “Desde a epistemologia circular, a decisão jurídica não se explica desde causalidades como: a) porque o juiz primeiro julga e depois recorre ao texto da lei para legitimar sua decisão; b) porque o texto da lei é vago e ambíguo; c) porque o juiz tem plenos poderes para decidir. Uma resposta aplicando a epistemologia circular é que o sistema jurídico detém autorreferência suficiente para oferecer uma resposta, inclusive porque opera as informações (incluindo as informações dadas-a-conhecer oriundas do entorno e dos demais sistemas da sociedade) desde seus próprios programas.” STAMFORD DA SILVA, Artur. “A teoria dos sistemas de sentido de Niklas Luhmann e a epistemologia jurídica”. in: AA. VV. *Sociedade, Direito e Decisão em Niklas Luhmann. Congresso Internacional em Homenagem a Cláudio Souto*, Recife. Editora Universitária, 2009, pp. 110-130, pp 126-127.

La cuestión central de estos casos no son propiamente los límites del proceso de atribución de sentido realizado por el Derecho, que tiene por paradoja el código binario lícito/ilícito, es decir, lo que está y lo que no está conforme el Derecho de la sociedad, sino reconocerse la capacidad del sistema del derecho de apertura cognitiva, una exigencia de su carácter autorreferencial, y de establecer sus límites a través de dicho proceso (*re-entry*), cuando las referencias a la moral toman parte en el sistema jurídico¹⁷⁰².

Por fin, hay que considerar que el propio Luhmann ha reconocido que de una necesidad de autocorrección del sistema y la imposibilidad de previsibilidad absoluta en los procesos de programación funcional. Es decir, que “el sistema no puede prever posiciones que, pase lo que pase, tengan la razón o a las cuales se les conceda siempre la razón, sin consideración alguna de las condiciones del sistema.”¹⁷⁰³, porque siempre habrá la posibilidad abierta de que existan condiciones y derechos especiales o de emergencia condicionados.

En este proceso, lo que no puede haber es un derecho absoluto a la autoexcepción de las reglas del sistema preestablecidas¹⁷⁰⁴, lo que, de hecho, representaría una corrupción del sistema, y especialmente la destrucción de la autopoiesis¹⁷⁰⁵. Conforme Luhmann, “la

¹⁷⁰² “O que dizer se o sistema jurídico tem por garantia de consistência expectativas como venda de sentença, corrupção, amizade etc.? Nossa leitura é que, nessa sociedade, produziu-se um sistema jurídico que comunica esse sentido do direito. A questão, portanto, não está no limite do direito, cujo paradoxo está na distinção do lícito (o que integra o sistema, o conforme ao direito da sociedade) e o ilícito (o que não integra o sistema, o que é não-conforme ao direito da sociedade), sem por isso estar excluído. A questão está no saltar o paradoxo do limite do direito, gödelizando a racionalidade jurídica. Neste caso, os limites são dados pelo próprio sistema jurídico em forma de re-entry, quando as referências à moral integram o sistema jurídico.” (LUHMANN, 2005: 145-149). STAMFORD DA SILVA, Artur. “A teoria dos sistemas de sentido de Niklas Luhmann e a epistemologia jurídica”. in: AA. VV. *Sociedade, Direito e Decisão em Niklas Luhmann. Congresso Internacional em Homenagem a Cláudio Souto*, Recife. Editora Universitária, 2009, pp. 110-130, p. 127.

¹⁷⁰³ “Independientemente de cuál sea la semántica que se favorezca como autodescripción del sistema jurídico y de cuáles sean las distinciones que para ello tengan que retocarse, existe una condición fundamental que no es posible evitar: el sistema no puede prever posiciones que, pase lo que pase, tengan la razón o a las cuales se les conceda siempre la razón, sin consideración alguna de las condiciones del sistema. La posición especial del Gran Dirigente del partido, etc., eliminaría la distinción entre codificación y programación.” LUHMANN, Niklas. *El derecho de la sociedad*. México: Universidad Iberoamericana/Herder, 2005, p. 624.

¹⁷⁰⁴ “Puede haber derechos especiales condicionados, derechos de emergencia condicionados, derechos de excepción condicionados. Lo que no puede haber es un derecho incondicionado de autoexcepción. En relación a un «derecho» de este tipo no podría decidirse si se le ha de ubicar dentro o fuera del sistema.” LUHMANN, Niklas. *El derecho de la sociedad*. México: Universidad Iberoamericana/Herder, 2005, p. 624.

¹⁷⁰⁵ “El sistema representado es, de hecho, un sistema determinado (in-formado) por una identidad (Sinnhaft) cuyos criterios de compatibilidad y las recíprocas delimitaciones de los subsistemas reflejan las relaciones entre clases y sujetos o fuerzas sociales: el sistema luhmanniano «no puede tolerar», por ejemplo, que el subsistema político penetre en el subsistema jurisdiccional (politización de la magistratura) o en el subsistema económico (contaminación política del cálculo económico). Se traspasan los límites entre los distintos subsistemas, se saltan los criterios de compatibilidad, el sistema entra en crisis; se bloquea su capacidad de (adaptarse) autodiferenciarse según sus propios criterios funcionales.” BARCELLONA, Pietro. “Teoría de sistemas y el

autonomía no puede entenderse como arbitrariedad; contiene una prohibición de la autoexcepción que impide la discrecionalidad y fuerza al sistema a someterse a la ley de la autoespecificación histórica.”¹⁷⁰⁶

Así pues, tanto la adopción de la Fórmula de Radbruch como su rechazo, producido dentro de un proceso legítimo, respetadas todas sus reglas establecidas del procedimiento, representaría una decisión formalmente legítima para la teoría de los sistemas sociales de Luhmann. Sin embargo, el rescate a las bases cognitivas (morales) necesarias al funcionamiento del sistema, para garantizar la continuidad del proceso de diferenciación funcional de expectativas es una necesidad al propio funcionamiento del sistema.

En este proceso (de elección de la aplicación o no aplicación de la fórmula de Radbruch para garantizar el funcionamiento del sistema) lo que va a tener la importancia más central es el grado de irritación al cual el sistema del Derecho está expuesto, y lo tanto que él puede soportar de la tensión proveniente de la mantención las reglas primarias de la autorreferencialidad, antes de concluir por la necesidad de cambio de una regla anteriormente establecida hacia el restablecimiento de la confianza en los valores que basan el propio sistema.

8.2.3 A modo de conclusión: ¿Derecho penal del enemigo como *Unrecht*?

Así, después de haber aclarado lo que puede ser calificado como *Unrecht*, conforme la jurisprudencia alemana y la sociología funcional sistémica de Luhmann, hay que investigar si el Derecho penal del enemigo sería una forma de Derecho injusto.

Jakobs contesta a esta cuestión de una forma muy pobre y sencilla, que no es capaz de comprender bien la complejidad de la cuestión propuesta, informando, en resumen, que el Derecho penal del enemigo sigue una forma de Derecho porque no ha perdido su eficacia vinculante, de la siguiente forma:

paradigma de la sociedad moderna.” En. AA. VV. *Mutaciones de leviatán: legitimación de los nuevos modelos penales*. Madrid: Akal, 2005, p. 52.

¹⁷⁰⁶ LUHMANN, Niklas. *El derecho de la sociedad*. México: Universidad Iberoamericana/Herder, 2005, p. 624.

“Sin embargo, el Derecho penal del enemigo sigue siendo Derecho en la medida en que vincula a su vez a los ciudadanos, más exacta mente, al Estado, sus órganos y funcionarios en la lucha contra los enemigos. Lo que sucede es que el Derecho penal del enemigo no es una regulación para la aniquilación ilimitada, sino, en un Estado de Derecho administrado con inteligencia, una última ratio que es aplicada conscientemente en cuanto excepción, como algo que no es idóneo para su uso permanente.”¹⁷⁰⁷ (...) “En la medida en que (!) el terrorista es considerado una fuente de peligro a tratar cognitivamente, este Derecho penal no es un Derecho que lo incluya; pero sigue siendo Derecho en la medida en que vincula a todos los demás en cuanto personas.”¹⁷⁰⁸

Aunque Jakobs tenga razón – que un Derecho penal del enemigo sigue “Derecho” porque no ha perdido su eficacia en cuanto norma jurídica – es posible identificar supuestos donde una norma típica de Derecho penal del enemigo sea, también, una norma completamente violadora de las nociones más básicas de respeto a la dignidad humana y, por eso, *Unrecht*. Eso puede pasar, aunque haya un umbral donde se pueda identificar normas de Derecho penal del enemigo como “Derecho justo”, como, por ejemplo, el hecho de *castigarse con una pena de prisión la participación omisiva en la realización también omisiva de un delito imprudente de peligro presunto*, lo que es, de hecho una forma de negación completa del principio de ofensividad, pero no necesariamente una norma que viola el núcleo duro de derechos fundamentales o la noción más básica de justicia.

Conforme el concepto de Derecho penal de enemigo que se plantea en este trabajo, aunque un Derecho penal del enemigo represente la violación o negación de derechos fundamentales o principios constitucionales, dichas violaciones puede que no sean extrema e insoportablemente clara injusticia, como se deduce de la fórmula de Radbruch, a punto de quebrantar las propias bases del mínimo sentido común de justicia existente en la moral, lo que tiene obligatoriamente que ser algo muy extremo.

¹⁷⁰⁷ “En todo caso, para llegar a esta autorrestricción, primero ha de saberse qué es “lo que se tiene entre manos” con las reglas del Derecho penal del enemigo. La suposición, quizás bien intencionada, pero desde luego no buena, de que todo Derecho siempre es Derecho porque esto no debe ser de otro modo, oculta en su dibujo simplista de la situación la exclusión del enemigo - más o menos amplia - en lo que se refiere a sus derechos, y con ello encubre la señal de alarma de la excepción.” JAKOBS, Günther. “¿Derecho penal del enemigo? Un estudio acerca de los presupuestos de juridicidad”, En: AA. VV. *Teoría funcional de la pena y de la culpabilidad*, Madrid: Civitas, 2008, pp. 44-45

¹⁷⁰⁸ “cfr. JAKOBS, en ESER el al. (ed.), *Die deutsche Strafrechtswissenschaft vor der Jahrtausendwende*. 2000, ps. 47 y ss., 53; en otra línea CANCIO MELIÁ, *ZStW* 117 (2005), ps. 267 y ss., 282 y ss. (*contradictio in adiecto*).” JAKOBS, Günther: “¿Terroristas como personas en Derecho?”, en: AA. VV.: *Derecho penal del enemigo. El discurso penal exclusión*, 2 vols., Montevideo/Buenos Aires, Editorial B de F Edisofer, 2006, compilado por Manuel Cancio Meliá y Carlos Gómez-Jara Díez, Vol. 2, pp. 77-92, p. 85.

Así pues, puede haber algo que se identifica como Derecho penal del enemigo pero que no llega a punto de negarse un supuesto claro derecho natural (o la moral), o el sentido propio de la seguridad jurídica, o las concepciones más básicas de justicia o de lo que sería un núcleo irrenunciable de derechos humanos, lo que sería un nivel aún más grave de violación de las concepciones más básicas de nuestros valores (lo que podría ser también un Derecho penal del enemigo, pero mucho más, sería *per se* un derecho manifiestamente injusto). Un ejemplo que se puede poner es la posibilidad de edición de una ley que establezca la pena de muerte sin el debido proceso (si la Constitución permitiera la pena de muerte, como en los EE. UU.).

Especialmente porque el criterio para identificación de una norma que sería típica de un Derecho penal del enemigo es un criterio propio del Derecho, es decir, la realización de una violación total o la negación completa de un derecho fundamental o de un principio constitucional (carácter absoluto de la exclusión), y el criterio para calificar una norma como *Unrecht* (derecho injusto) es un criterio esencialmente moral, es decir, el criterio para la identificación de una norma que fue claramente creada para realizar una injusticia extrema, cuya aplicación de hecho genera esta situación de manifiesta injusticia, esencialmente moral, no se puede decir que necesariamente un Derecho penal del enemigo es un Derecho injusto. Eso pasa porque el criterio para la identificación de un Derecho manifiestamente injusto es moral, al mismo tiempo en que el criterio para calificar algo como Derecho penal del enemigo es de naturaleza jurídica.

De esta manera, puede haber normas que son Derecho penal del enemigo, como se podría plantear, el *ergastolo* o la prisión permanente revisable, que no son un ejemplo de injusticia extrema (al revés, si aplicada la ley de talión, signo máximo de justicia real, a un asesino, no quitarle la vida sería menos de lo que exige dicha justicia), y se puede identificar normas que ni siquiera son Derecho penal, y son manifiestamente injustas, como la citada Ley para la protección de la sangre y del honor alemanes, de 15 de septiembre de 1935¹⁷⁰⁹, en la parte que prohíbe el matrimonio civil entre alemanes y judíos.

¹⁷⁰⁹Uno de los dos cuerpos de normas de las Leyes de Núremberg era conocido como "Ley para la protección de la sangre y el honor alemanes". Su principal disposición consistía en la prohibición de toda unión entre alemanes y judíos, ya sea por matrimonio, cohabitación o relación sexual. Véase: ALEMANIA. Gesetz zum Schutze des deutschen Blutes und der deutschen Ehre, vom 15. September 1935, RGBl. I/1146.

Así pues, el Derecho penal del enemigo no se confunde con lo que aquí se ha identificado como derecho injusto, tampoco es esencialmente una forma de *Unrecht*, pero puede que una norma de Derecho penal, que sea manifiestamente injusta, sea también una norma típica de un Derecho penal del enemigo (como una norma que establecería la posibilidad de ejecución sumaria de pena de muerte, conforme ya informado).

8.3 Los criminales incorregibles o imputables comprobadamente peligrosos y su relación con el denominado Derecho penal del enemigo.

Es necesario comprender bien las diferencias entre sentidos y funciones de un Derecho penal del enemigo y del tratamiento penal y de seguridad adecuado a los que se solía llamar de criminales incorregibles¹⁷¹⁰, categoría que hoy se identifica, con mediana precisión, como los delincuentes imputables peligrosos¹⁷¹¹.

En primer lugar, por todo lo que se ha trabajado hasta aquí, se puede sostener que no es coherente concluir que Jakobs equipara, *tout court*, el menor inimputable a un enemigo. Aunque la visión funcional de la culpabilidad pueda parecer colocar en un mismo lugar dos tipos de personas que no participan en la comunicación (el menor, porque no comprende el carácter de ilícito del hecho, y el enemigo, que no hace caso de dicha comprensión de forma sistemática, ambos supuestos con repercusiones en la motivabilidad) y por eso, ellos no están identificados como destinatarios de una función manifiesta de la pena, calificar un individuo como enemigo tiene que ver con su grado de adhesión al ordenamiento jurídico, originado de su propia voluntad, no porque carece de capacidad biopsicológica para eso.

Así pues, la existencia del libre albedrío, fundamento de la culpabilidad, sigue como presupuesto de la identificación del estatus de enemigo. Eso no excluye la posibilidad de que el ordenamiento jurídico, en razón de alguna disposición penal específica, pase a tratar el

¹⁷¹⁰ VON LISZT, Franz. *La idea de fin en Derecho Penal* (1882). Valparaíso, Edeval, 1984, pp. 83 y ss.

¹⁷¹¹ “Tenemos que recordar, por otra parte, que en la variante del positivismo encabezada por Franz VON LISZT (1851-1919) se proponía la imposición de penas resocializadoras para las personas iguales que únicamente se encuentren un tanto equivocadas y penas meramente intimidatorias para las muy iguales que sean infractoras ocasionales, pero en relación con los delincuentes incorregibles, como en su tiempo era imposible eliminarlos masivamente o deportarlos, se optaba —con cierta resignación— por proponer la imposición de penas inocuizadoras: «La sociedad debe protegerse de los irrecuperables, y como no podemos decapitar ni ahorcar, y como no nos es dado deportar, no nos queda otra cosa que la privación de libertad de por vida.» ARMAZA ARMAZA, Emilio José Darío. *El tratamiento penal del delincuente imputable peligroso*. Granada, Comares, 2013, pp. 24-25.

menor de edad como a un enemigo, como una fuente de riesgos que se deba gestionar, pero eso no tiene el poder de cambiar lo que Jakobs ha descrito como enemigo, que siempre hizo referencias expresas a supuestos donde no se discutió la imputabilidad del agente¹⁷¹².

8.3.1 Los delincuentes incorregibles en la obra de Franz von Liszt.

En los trabajos de Franz von Liszt, y más precisamente, en su Programa de Marburgo¹⁷¹³, donde por primera vez, de una forma más acabada, se trabajó la idea de fin en el Derecho penal, se encuentran las primeras líneas de una posible forma de reaccionar frente a una persona cuyo comportamiento social no se le puede corregir a través del Derecho penal.

Hoy, dicho tipo de delincuente puede ser identificado como la persona que es plenamente capaz de comprender la antijuridicidad de un hecho, pero que no es sensible al carácter de motivabilidad que la pena debe aportar y, por eso, no es capaz de ser detenido por el Derecho penal, ni tampoco capaz de, a corto plazo, volver a este estado de motivabilidad. Es decir, la amenaza de pena no funciona para contrarrestar a este agente llamado por Von Liszt como incorregible. Von Liszt empieza con la identificación de tres posibles finalidades del Derecho penal, a saber:

"Sin embargo, en general, debería adoptarse como punto de partida en las reflexiones ulteriores la siguiente clasificación: 1) Corrección del delincuente capaz de corregirse y necesitado de corrección; 2) Intimidación del delincuente que no requiere corrección; 3) Inocuidación del delincuente que carece de capacidad de corrección"¹⁷¹⁴

Así pues, de las finalidades del Derecho penal que von Liszt propone su programa de Política Criminal – corrección, intimidación e inocuidación – lo que se va a estudiar de forma más detenida es su aporte a la última, que debe ser buscada cuando las otras dos no funcionan. Von Liszt va más allá, y sostiene la necesidad de existencia de una forma de lucha a la criminalidad que clasifica como cáncer de la sociedad (como lo hizo Durkheim¹⁷¹⁵), de la

¹⁷¹² Véase, por ejemplo: POLAINO ORTS, Miguel. "Las reformas de la Ley del Menor (LO 8/2006): el menor como enemigo", En: *Cuadernos de Política Criminal* (CPCrim), 2008, n.º 95, pp. 157-210.

¹⁷¹³ VON LISZT, Franz. *La idea de fin en Derecho Penal* (1882). Valparaíso, Edeval, 1984.

¹⁷¹⁴ VON LISZT, Franz. *La idea de fin en Derecho Penal* (1882). Valparaíso, Edeval, 1984, p. 83.

¹⁷¹⁵ "Se podría sentir la tentación de poner entre las formas irregulares de la división del trabajo la profesión del criminal y las demás profesiones nocivas. Constituyen la negación misma de la solidaridad, y, por tanto, están

siguiente forma: “Los delincuentes incorregibles. La lucha enérgica contra la delincuencia habitual es una de las tareas más urgentes de la actualidad. Del mismo modo que un miembro enfermo contagia a todo el organismo, la célula cancerosa del delincuente habitual, en rápido crecimiento, se extiende cada vez más intensamente en nuestra vida social.”¹⁷¹⁶

Una interesante observación que se hace es que a esta categoría de delincuentes von Liszt reconoce la necesidad de inocuización de forma enérgica, de una forma que hoy sería fácilmente identificada como Derecho penal del enemigo por una grande parte de los estudiosos del área. Eso permite concluir que desde hace mucho tiempo, desde las primeras líneas de la dogmática del Derecho penal y de la Política Criminal escritas de forma sistemática, se sabía perfectamente que un mismo Derecho penal no podría ser aplicado a todas las categorías de delincuentes, y que un Derecho penal aplicable a los que están sometidos a la posibilidad de intimidación o corrección – dicho *Derecho penal clásico* – no sería efectivo para nada si aplicado a determinados tipos de criminales. Así pues, desde la creación del llamado *Derecho penal clásico*, se sabía que él no sería capaz de dar una respuesta mínimamente proporcional y razonable al control de algunos fenómenos delictivos.

Además, el propio von Liszt asume que propone una especie de Derecho penal del enemigo, orientado a la inocuización de lo que clasifica como “*los enemigos por principio del orden social, en cuyo estado mayor figura el delincuente habitual*”¹⁷¹⁷. Son categoría de criminales que se identifica, de acuerdo el propio autor, con estos ejemplos: “*mendigos y vagabundos; alcohólicos y personas de ambos sexos que ejercen la prostitución; timadores y personas del submundo en el más amplio sentido de la palabra; degenerados espirituales y corporales.*”¹⁷¹⁸, lo que identifica como “*uno de los eslabones —aunque muy peligroso y significativo— de la cadena de casos de enfermedad social*”¹⁷¹⁹, lo que hay que combatir de

formadas por otras tantas actividades especiales. Pero, hablando con exactitud, no hay aquí división del trabajo sino pura y simple diferenciación, y ambos términos piden no ser confundidos. Así, en el cáncer, los tubérculos aumentan la diversidad de los tejidos orgánicos sin que sea posible ver en ellos una nueva especialización de las funciones biológicas. En todos esos casos, no hay división de una función común sino que en el seno del organismo, ya individual, ya social, se forma otro que busca vivir a expensas del primero. No hay incluso función, pues una manera de actuar no merece ese nombre, como no concurra con otras al mantenimiento de la vida general.” DURKHEIM, Émile. *Da divisão do trabalho social*. São Paulo, Martins Fontes, 1999, p. 368.

¹⁷¹⁶ VON LISZT, Franz. *La idea de fin en Derecho Penal* (1882). Valparaíso, Edeval, 1984, pp. 83-84.

¹⁷¹⁷ VON LISZT, Franz. *La idea de fin en Derecho Penal* (1882). Valparaíso, Edeval, 1984, p. 84.

¹⁷¹⁸ VON LISZT, Franz. *La idea de fin en Derecho Penal* (1882). Valparaíso, Edeval, 1984, p. 84.

¹⁷¹⁹ VON LISZT, Franz. *La idea de fin en Derecho Penal* (1882). Valparaíso, Edeval, 1984, p. 84.

forma vehemente¹⁷²⁰. En este sentido, otro dato importante que se debe subrayar es que Jakobs identifica que la legislación actual ha adoptado un concepto de enemigo mucho más amplio que el propio concepto puesto por Von Liszt¹⁷²¹.

Como conclusión de sus estudios de las estadísticas criminales de su época, Von Liszt informa que la “*mayor parte de los delincuentes son reincidentes, y de que la mayor parte de los reincidentes son incorregibles*”¹⁷²², por lo que concluye que el tratamiento penal aplicado a los delincuentes habituales incorregibles de su época – con celdas de prisión que suponen costes elevados – es erróneo e insostenible, y es sencillamente absurda la pretensión de corregir a estas personas, a través de este medio¹⁷²³. Eso conduce a que sea “*algo más que absurdo que al cabo de algunos años se les deje en libertad como animales de rapiña hasta que, después de cometer tres o cuatro nuevos delitos, tengan que ser internados otra vez y tengan que volver a ser «corregidos»*». Sin embargo, nuestro sistema de previsión de marcos penales no sólo permite estas consecuencias, sino que las exige”, de acuerdo con von Liszt¹⁷²⁴.

¹⁷²⁰ “La lucha contra la delincuencia habitual exige igualmente un conocimiento minucioso del que hoy todavía carecemos. Se trata sólo de uno de los eslabones —aunque muy peligroso y significativo— de la cadena de casos de enfermedad social que se suele designar sintéticamente con la denominación general de proletariado: mendigos y vagabundos; alcohólicos y personas de ambos sexos que ejercen la prostitución; timadores y personas del submundo en el más amplio sentido de la palabra; degenerados espirituales y corporales. Todos ellos forman el ejército de los enemigos por principio del orden social, en cuyo estado mayor figura el delincuente habitual.” VON LISZT, Franz. *La idea de fin en Derecho Penal* (1882). Valparaíso, Edeval, 1984p. 84

¹⁷²¹ “Así, por ejemplo, el legislador (por permanecer primero en el ámbito del Derecho material) está pasando a una legislación -denominada abiertamente de este modo- de lucha, por ejemplo, en el ámbito de la criminalidad económica, del terrorismo, de la criminalidad organizada, en el caso de «delitos sexuales y otras infracciones penales peligrosas», así como, en general, respecto de los «crímenes», pretendiéndose combatir en cada uno de estos casos a individuos que en su actitud (por ejemplo, en el caso de los delitos sexuales), en su vida económica (así, por ejemplo, en el caso de la criminalidad económica, de la criminalidad relacionada con las drogas tóxicas y de otras formas de criminalidad organizada) o mediante su incorporación a una organización (en el caso del terrorismo, en la criminalidad organizada, incluso ya en la conspiración para delinquir, §30 StGB) se han apartado probablemente de manera duradera, al menos de modo decidido, del Derecho, es decir, que no prestan la garantía cognitiva mínima que es necesaria para el tratamiento como persona.” JAKOBS, Günther; CANCIO MELIÁ, Manuel. *Derecho penal del enemigo*. Madrid, Civitas Ediciones, 2003, pp. 38-39.

¹⁷²² “La delincuencia habitual encuentra su expresión jurídica en los números de las estadísticas sobre reincidencia. (...) En primer lugar, ha de subrayarse el hecho de que la mayor parte de los delincuentes son reincidentes, y de que la mayor parte de los reincidentes son incorregibles.” VON LISZT, Franz. *La idea de fin en Derecho Penal* (1882). Valparaíso, Edeval, 1984, p. 84.

¹⁷²³ “Estas cifras hablan por sí solas y muestran que el tratamiento actual para los reincidentes es erróneo e insostenible, y que al menos la mitad de las personas que año tras año llenan nuestros establecimientos penitenciarios son delincuentes habituales incorregibles. Es sencillamente absurda la pretensión de corregir a estas personas en celdas de prisión con unos costes elevadísimos.” VON LISZT, Franz. *La idea de fin en Derecho Penal* (1882). Valparaíso, Edeval, 1984, p. 86.

¹⁷²⁴ VON LISZT, Franz. *La idea de fin en Derecho Penal* (1882). Valparaíso, Edeval, 1984, p. 86.

En respuesta al problema que el propio von Liszt ha identificado, él ha concluido que “*la sociedad ha de protegerse frente a los sujetos incorregibles*”¹⁷²⁵, y una vez que no se quiere matar, hay que someter a los incorregibles a la cadena perpetua o por un tiempo indeterminado y, en general, de acuerdo con los análisis de las estadísticas criminales de su época, están en este grupo, por ejemplo los autores de delitos contra la propiedad y delitos sexuales, lo que, de acuerdo con él, son delitos que son consecuencia de los más intensos y primitivos instintos del hombre, como: hurto, receptación, robo, extorsión, estafa, incendio, daños, agresiones sexuales violentas y agresiones sexuales a niños¹⁷²⁶.

Por fin, Von Liszt termina el diseño¹⁷²⁷, aunque rudimentario, de su programa de política criminal para los incorregibles, sosteniendo que es necesario establecerse “*que en el caso de una tercera condena por uno de los delitos mencionados antes se impusiera la pena de reclusión por tiempo indeterminado*”¹⁷²⁸, “*en régimen de comunidad y en establecimientos especiales*”¹⁷²⁹, lo que “*de este modo se establecería una «esclavitud penal» con la obligación de trabajar*”¹⁷³⁰, con la “*pérdida obligatoria y permanente de los derechos civiles*”¹⁷³¹.

¹⁷²⁵ VON LISZT, Franz. *La idea de fin en Derecho Penal* (1882). Valparaíso, Edeval, 1984, p. 86.

¹⁷²⁶ “La sociedad ha de protegerse frente a los sujetos incorregibles. Sin embargo, si nosotros no queremos decapitar ni ahorcar, y no podemos deportar, únicamente nos queda la cadena perpetua (o, en su caso, por un tiempo indeterminado). Pero antes de que piense en desarrollar estas ideas más adelante debe constatarse un hecho. La misión de la estadística criminal ha de ser la comprobación de los delitos que suelen ser generalmente cometidos de modo habitual, y en esta coyuntura la antropología criminal puede prestar inestimables servicios. Sin embargo, ya los resultados con los que contamos en la actualidad nos permiten obtener una cierta delimitación del contorno de estos delitos. Están en primera línea los delitos contra la propiedad, y, sin duda, en segundo lugar los delitos sexuales. Es decir, aquellos delitos que son consecuencia de los más intensos y primitivos instintos del hombre. Entre ellos, pueden ser citados más concretamente: hurto, receptación, robo, extorsión, estafa, incendio, daños, agresiones sexuales violentas y agresiones sexuales a niños. En cualquier caso, no está excluida la posibilidad de que esta lista, sobre la base de un estudio más minucioso, sea complementada o rectificada.” VON LISZT, Franz. *La idea de fin en Derecho Penal* (1882). Valparaíso, Edeval, 1984, p. 86-87.

¹⁷²⁷ “En mi opinión, la «inocuidación» de los delincuentes incorregibles sería posible si el Código penal estableciese —en una fórmula análoga a la de los parágrafos 244 y 245 del Código vigente— que en el caso de una tercera condena por uno de los delitos mencionados antes se impusiera la pena de reclusión por tiempo indeterminado. La pena se cumpliría en régimen de comunidad y en establecimientos especiales (presidios de carácter disciplinario o de trabajos forzados). De este modo se establecería una «esclavitud penal» con la obligación de trabajar y muy posiblemente con la utilización de la fuerza del trabajo. Apenas podría prescindirse del castigo corporal como pena disciplinaria. La pérdida obligatoria y permanente de los derechos civiles tendría que marcar de forma nítida el carácter incondicionalmente deshonoroso de la pena. El aislamiento celular (la incomunicación) se presentaría sólo como pena disciplinaria, junto con el arresto en oscuridad y el ayuno estricto.” VON LISZT, Franz. *La idea de fin en Derecho Penal* (1882). Valparaíso, Edeval, 1984, pp. 87-88.

¹⁷²⁸ VON LISZT, Franz. *La idea de fin en Derecho Penal* (1882). Valparaíso, Edeval, 1984, p. 87.

¹⁷²⁹ VON LISZT, Franz. *La idea de fin en Derecho Penal* (1882). Valparaíso, Edeval, 1984, p. 87.

¹⁷³⁰ VON LISZT, Franz. *La idea de fin en Derecho Penal* (1882). Valparaíso, Edeval, 1984, p. 87.

¹⁷³¹ VON LISZT, Franz. *La idea de fin en Derecho Penal* (1882). Valparaíso, Edeval, 1984, p. 87.

De la misma forma como lo hace Jakobs, Von Liszt propone que se deje abierta la puerta a la vuelta a la sociedad y la esperanza – o, con las palabras de Jakobs, la vuelta al estado de ciudadanía – en virtud de la posibilidad de reconocerse con posteridad un error del juez, por ejemplo, pero, para el autor, la salida de la cárcel sólo podría darse de forma extremadamente excepcional.¹⁷³²

8.3.2 La peligrosidad personal en el Derecho penal.

El tratamiento penal y de seguridad adecuado a los imputables peligrosos parece todavía estar en discusión y, desde los años ochenta, con la publicación del trabajo del profesor Carlos María Romeo Casabona, *Peligrosidad y Derecho penal Preventivo*¹⁷³³, el debate ha retomado la centralidad de la política criminal en España. Sin embargo, sólo con la reforma del Código Penal de 2015¹⁷³⁴, cuando se estableció la pena de prisión permanente revisable¹⁷³⁵, con la finalidad de “fortalecer la confianza en la Administración de Justicia”¹⁷³⁶ se pudo dar una respuesta al problema de forma un poco más efectiva, razonable y definitiva, lo que en lugar de enfriar los debates sobre el tema, les ha dado mucho más fuerza.

Casabona, en el trabajo citado, reconoce la existencia de criminales imputables peligrosos, que a pesar del hecho de tener capacidad para la culpabilidad y no presentaren alteraciones psicológicas que pongan dicha conclusión en cuestión, no se les puede motivar su conducta

¹⁷³² “De todas formas, no hace falta cerrar la puerta a toda esperanza de un retorno a la sociedad. Siempre queda la posibilidad de un error del juez. Pero aunque la esperanza no debería desaparecer totalmente, la excarcelación sólo podría tener lugar en circunstancias excepcionales.” VON LISZT, Franz. *La idea de fin en Derecho Penal* (1882). Valparaíso, Edeval, 1984, p. 88.

¹⁷³³ ROMEO CASABONA, Carlos María. *Peligrosidad y Derecho penal Preventivo*, Barcelona, Bosch, 1986.

¹⁷³⁴ Conforme: “Artículo único. Modificación de la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal (...) Veinticuatro. Se modifican los apartados 2, 3 y 4 del artículo 33, que quedan redactados como sigue: «2. Son penas graves: a) La prisión permanente revisable.” ESPAÑA. Ley Orgánica 1/2015, de 30 de marzo, por la que se modifica la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal. *Boletín Oficial del Estado* núm. 77, de 31 de marzo de 2015.

¹⁷³⁵ “Artículo 33. 1. En función de su naturaleza y duración, las penas se clasifican en graves, menos graves y leves. 2. Son penas graves: a) La prisión permanente revisable.” ESPAÑA. Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código penal. *Boletín Oficial del Estado*, 24 de noviembre de 1995, núm. 281.

¹⁷³⁶ “La necesidad de fortalecer la confianza en la Administración de Justicia hace preciso poner a su disposición un sistema legal que garantice resoluciones judiciales previsibles que, además, sean percibidas en la sociedad como justas. Con esta finalidad, siguiendo el modelo de otros países de nuestro entorno europeo, se introduce la prisión permanente revisable para aquellos delitos de extrema gravedad, en los que los ciudadanos demandaban una pena proporcional al hecho cometido. En este mismo sentido, se revisan los delitos de homicidio, asesinato y detención ilegal o secuestro con desaparición, y se amplían los marcos penales dentro de los cuales los tribunales podrán fijar la pena de manera más ajustada a las circunstancias del caso concreto.” FELIPE VI - REY DE ESPAÑA – PREÁMBULO I. en: ESPAÑA. Ley Orgánica 1/2015, de 30 de marzo, por la que se modifica la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal. *Boletín Oficial del Estado* núm. 77, de 31 de marzo de 2015.

por la amenaza de una pena, conclusión esta a la cual se puede llegar, incluso, a través de un análisis del modo de ejecución del delito, que puede evidenciar su peligrosidad, de acuerdo con dicho autor¹⁷³⁷.

El autor sigue su análisis de la cuestión, sosteniendo, en primer lugar, que la delincuencia ocasional, *a priori*, no representa un alto grado de peligrosidad a la sociedad, en algo parecido con un diseño de las características del ciudadano en un Derecho que también contiene normas de Derecho penal del enemigo, de la siguiente forma: “*En efecto, el delincuente ocasional no presenta graves riesgos para la sociedad, a pesar del delito cometido, pues se trata de individuos adaptados a las normas de convivencia de la comunidad, vinculados por lo general y respetuosos con las normas ético-sociales que subyacen en el Derecho penal.*”¹⁷³⁸, clase de delincuentes que Casabona sostiene ser la gran mayoría de la población criminal¹⁷³⁹. Por eso, Casabona sostiene que dicha clase no representa peligrosidad alguna y frente a ellos es suficiente la imposición de una condena proporcional a la medida de su culpabilidad, que puede dejar de aplicarse, sin la disposición de los intereses sociales que basan el derecho de punir, por lo que, concluye, no ser el delito necesariamente un síntoma de peligrosidad¹⁷⁴⁰.

La segunda categoría de criminales reconocida por Casabona, en el mismo sentido en que Von Liszt, sostiene respecto a los delincuentes imputables peligrosos, incorregibles, lo que llama de delincuentes por estado o condición, lo que también se acerca mucho del concepto

¹⁷³⁷ “Los imputables se caracterizan porque en ellos existe una plena capacidad de culpabilidad y, en consecuencia, su responsabilidad penal es también completa, determinándose la medida de la pena en función de los límites de la culpabilidad por el hecho cometido. No obstante, y a pesar de que en ellos no aparecen alteraciones de la personalidad que afecten a su capacidad de culpabilidad, sí que pueden presentarse en el delincuente ciertas características exteriorizadas en la ejecución del delito que sirvan de base para evidenciar su peligrosidad criminal.” ROMEO CASABONA, Carlos María. *Peligrosidad y Derecho penal Preventivo*, Barcelona, Bosch, 1986. Preventivo, pp. 64-65.

¹⁷³⁸ ROMEO CASABONA, Carlos María. *Peligrosidad y Derecho penal Preventivo*, Barcelona, Bosch, 1986, p. 65.

¹⁷³⁹ “Constituyen la gran mayoría de la población delincuente y su caída en el delito ha sido propiciada por circunstancias excepcionalmente favorables -tentadoras- u otras situaciones extraordinarias («autores de oportunidad y conflicto»).” ROMEO CASABONA, Carlos María. *Peligrosidad y Derecho penal Preventivo*, Barcelona, Bosch, 1986, p. 65.

¹⁷⁴⁰ “En consecuencia, son delincuentes que no revisten peligrosidad alguna y frente a ellos es suficiente la imposición de la pena adaptada a la medida de su culpabilidad, si se estima necesaria su ejecución, pues, al menos en delitos de escasa gravedad, la pena puede dejar de aplicarse sin que sufran los intereses preventivistas y defensistas de la sociedad. Cobra de nuevo fuerza aquí la idea reiterada de que el delito es un síntoma de peligrosidad pero no siempre, ni el único ni el definitivo. Es importante retener que al igual que existen delincuentes peligrosos, existen también sin duda delincuentes no peligrosos.” ROMEO CASABONA, Carlos María. *Peligrosidad y Derecho penal Preventivo*, Barcelona, Bosch, 1986., pp. 65-66

de enemigo puesto por Jakobs, de la siguiente forma: “*Frente a éstos nos encontramos, como decíamos, con el delincuente por estado o condición, que reviste una peligrosidad clara y por lo general grave, y ante el cual las medidas de seguridad desempeñan un papel capital (con fines la mayor de las veces de aseguramiento e inocuización, al ser más pesimistas las perspectivas de corrección, enmienda o adaptación social).*”¹⁷⁴¹ Así pues, contra los criminales de esta clase, hay reaccionar de forma más efectiva, con la finalidad de realizar medidas de aseguramiento frente a los riesgos que representan o de promover su inocuización, lo que se parece mucho con lo que hoy se suele calificar como Derecho penal del enemigo.

Casabona sostiene que dicha clase de delincuentes representa un grupo claramente separado de los delincuentes ocasionales, y que en su entorno social suele identificarse con frecuencia graves alteraciones de carácter y antecedentes delictivos, lo que suele redundar en las características de insensibilidad o inestabilidad en la personalidad en de dicho tipo de criminal¹⁷⁴². El autor informa que la situación del entorno de dicho tipo de criminales es lo que produce este estado de peligrosidad¹⁷⁴³, lo que permite la sustitución de su pena por una medida de seguridad o la complementación de la pena con una medida de seguridad, en este caso, cuando la naturaleza o la duración de esta no sea capaz de satisfacer los objetivos de prevención especial¹⁷⁴⁴.

Con atención a lo expuesto en el párrafo precedente, Casabona informa que, incluso, se ha creado algunos tipos penales para castigar delincuentes habituales, como el usurero o el proxeneta, lo que pone en relieve que la peligrosidad puede ser el dato central de algunos

¹⁷⁴¹ ROMEO CASABONA, Carlos María. *Peligrosidad y Derecho penal Preventivo*, Barcelona, Bosch, 1986, p. 66

¹⁷⁴² “Estos delincuentes tienen un evidente interés criminológico (en cuyo ámbito se suelen distinguir a tales efectos varios tipos de autor): constituyen un grupo de delincuentes claramente separado de los delincuentes ocasionales, de los que, como se ha señalado, se diferencian por su origen, carácter y condiciones de vida. En su familia se encuentran con frecuencia graves alteraciones del carácter y antecedentes delictivos. Ellos mismos suelen padecer también alteraciones en su carácter, como insensibilidad o inestabilidad.” ROMEO CASABONA, Carlos María. *Peligrosidad y Derecho penal Preventivo*, Barcelona, Bosch, 1986, p. 66.

¹⁷⁴³ “Su educación familiar es deficiente, fracasan en la escuela, que abandonan tempranamente, así como cualquier aprendizaje profesional, y carecen de vínculos con la familia, la profesión y con valores estables de referencia. Su iniciación al delito se produce a edad temprana y desemboca en una cadena ininterrumpida de delitos.” ROMEO CASABONA, Carlos María. *Peligrosidad y Derecho penal Preventivo*, Barcelona, Bosch, 1986, p. 66.

¹⁷⁴⁴ “De ahí su peligrosidad criminal y que se preconice la necesidad de completar -o sustituir, en su caso- la pena (particularmente cuando la naturaleza de ésta o su duración no permiten satisfacer los objetivos de prevención especial) con medidas de seguridad.” ROMEO CASABONA, Carlos María. *Peligrosidad y Derecho penal Preventivo*, Barcelona, Bosch, 1986, p. 66.

análisis criminológicos de delincuentes imputables, y que en estos casos interesa lo que el autor ha hecho y lo que se prevé que pueda hacer, pero nunca meramente su personalidad.¹⁷⁴⁵

8.3.3 El delincuente imputable peligroso.

El profesor Emilio José Armaza Armaza, siguiendo la línea de investigación de su maestro, el Profesor Carlos Casabona, en su trabajo *El tratamiento penal del delincuente imputable peligroso*¹⁷⁴⁶, subraya la necesidad, para el sistema penal, que la investigación de la forma de tratamiento adecuado y eficiente de las personas que, de hecho, son portadoras de lo que se puede denominar como peligrosidad criminal¹⁷⁴⁷, lo que aparece en el proceso penal a través del juicio positivo de un juzgador, en el sentido de confirmar la probabilidad de que alguien pueda realizar uno o más delitos en un futuro más o menos concreto, sea parcial o completamente imputable, o inimputable¹⁷⁴⁸. De esta forma el autor citado define un sujeto imputable peligroso:

“El sujeto imputable criminalmente peligroso es aquella persona que goza de plena capacidad de culpabilidad —goza, por tanto, de determinadas condiciones biopsíquicas que le permiten conocer la ilicitud de sus acciones u omisiones y obrar conforme a dicho conocimiento— y en la que, por añadidura, se aprecia la probabilidad de que realice, en el futuro, una acción constitutiva de delito.”¹⁷⁴⁹

¹⁷⁴⁵ “Se ha introducido en Derecho penal una categoría de autor que se basa en unas características criminológicas más o menos permanentes que se proyectan en la realización de acciones delictivas determinadas. Son los tipos criminológicos de autor (por ejemplo, el usurero, el proxeneta, receptor, etc.). Del mismo modo se han estructurado unos tipos criminológicos de estado peligroso predicables a los delincuentes imputables. Conviene insistir en que en ambos casos interesa el autor por lo que ha hecho y por lo que se prevé que hará, y no meramente por lo que es.” ROMEO CASABONA, Carlos María. *Peligrosidad y Derecho penal Preventivo*, Barcelona, Bosch, 1986, p. 66.

¹⁷⁴⁶ ARMAZA ARMAZA, Emilio José Darío. *El tratamiento penal del delincuente imputable peligroso*. Granada, Comares, 2013.

¹⁷⁴⁷ “El repaso histórico de los distintos discursos penales y, principalmente, criminológicos que se ocuparon del tema de las respuestas penales estructuradas para el tratamiento del delincuente peligroso (vid. supra Capítulo I) nos deja entrever la vital importancia que tenía —y, desde luego, tiene— para el sistema punitivo la identificación, precisamente, de las personas que de hecho son portadoras de la característica denominada peligrosidad criminal.” ARMAZA ARMAZA, Emilio José Darío. *El tratamiento penal del delincuente imputable peligroso*. Granada, Comares, 2013, p. 51.

¹⁷⁴⁸ “En este sentido, como veremos más adelante, la posesión de esta característica —es decir, la peligrosidad criminal— revela al juzgador la probabilidad de que los sujetos portadores de la misma puedan cometer uno o varios delitos en un futuro más o menos concreto. No obstante, como señala el Profesor ROMEO CASABONA, «los síntomas que conducen a esta conclusión son distintos según la personalidad del sujeto [...]», pues podemos encontrarnos, atendiendo a los autores del delito, frente a sujetos inimputables, semiimputables o, finalmente, imputables.” ARMAZA ARMAZA, Emilio José Darío. *El tratamiento penal del delincuente imputable peligroso*. Granada, Comares, 2013, p. 52.

¹⁷⁴⁹ ARMAZA ARMAZA, Emilio José Darío. *El tratamiento penal del delincuente imputable peligroso*. Granada, Comares, 2013, p. 65.

Así pues, para todos los sistemas estudiados (España, Italia o Brasil) países que tienen reglas sobre la definición de imputabilidad iguales (en el caso de Brasil¹⁷⁵⁰ y España¹⁷⁵¹), o muy parecidas (en el caso de Italia¹⁷⁵², en relación con los otros dos), un delincuente imputable es alguien que posee la característica psíquica fundamental y limitadora de la imposición de una pena, la culpabilidad, precisamente porque puede comprender la ilicitud del hecho y actuar conforme a esa comprensión, es decir él tiene capacidad de comprender y querer.

A pesar de no tener ninguna anomalía o enfermedad psíquica, y de comprender perfectamente el carácter antijurídico de su acción, el delincuente imputable elige actuar en disconformidad al derecho, a través de la realización un tipo penal, sin que le parezca suficiente la amenaza de imposición de una pena para que deje de realizar su acción.

Este tipo de delincuente, además de comprender la ilicitud de lo que hace, tiene la capacidad de dejar de realizar el tipo penal en virtud de dicha comprensión, es decir, él puede perfectamente motivarse por la amenaza de castigo, pero elige no comportarse en conformidad a lo que le exige el Derecho¹⁷⁵³. Aunque dicho tipo de criminal – imputable – tenga madurez e desarrollo suficiente de su personalidad, y tenga perfectamente preservada su

¹⁷⁵⁰ “*Inimputáveis - Art. 26 - É isento de pena o agente que, por doença mental ou desenvolvimento mental incompleto ou retardado, era, ao tempo da ação ou da omissão, inteiramente incapaz de entender o caráter ilícito do fato ou de determinar-se de acordo com esse entendimento.*” BRASIL. Decreto-lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940. Código Penal. *Diário Oficial da União*, Rio de Janeiro, 31 dez. 1940.

¹⁷⁵¹ “Artículo 20. Están exentos de responsabilidad criminal: 1.º El que al tiempo de cometer la infracción penal, a causa de cualquier anomalía o alteración psíquica, no pueda comprender la ilicitud del hecho o actuar conforme a esa comprensión.” ESPAÑA. Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código penal. *Boletín Oficial del Estado*, 24 de noviembre de 1995, núm. 281.

¹⁷⁵² “Art. 85. *Capacità d'intendere e di volere. Nessuno può essere punito per un fatto preveduto dalla legge come reato, se, al momento in cui lo ha commesso non era imputabile. È imputabile chi ha la capacità d'intendere e di volere. (...) Art. 88. Vizio totale di mente. Non è imputabile chi, nel momento in cui ha commesso il fatto, era, per infermità, in tale stato di mente da escludere la capacità d'intendere o di volere.*” ITALIA. Regio Decreto 19 ottobre 1930, n. 1398, *Codice Penale*, in: *Gazzetta Ufficiale* del 26 ottobre 1930, n. 251, Roma, 1930.

¹⁷⁵³ “Como es sabido, en términos generales, la doctrina mayoritaria es unánime al afirmar que la imputabilidad de una persona, que haya cometido una acción típica y antijurídica, queda acreditada desde el momento en el que se determina que al agente que cometió dicha acción puede reprochársele el hecho de que su conducta se haya desarrollado en contra de lo establecido por el ordenamiento jurídico dado que, efectivamente, pudo obrar de otro modo —esto es, de un modo que, al no infringir la norma de determinación, vaya de acuerdo con las exigencias del ordenamiento jurídico—. De esta forma, consecuencia de la comprobación de que un sujeto gozaba de plena capacidad de autodeterminación al momento de cometer un injusto penal, es la determinación de la medida de la pena, precisamente, en función de los límites de la culpabilidad por el hecho cometido.” ARMAZA ARMAZA, Emilio José Darío. *El tratamiento penal del delincuente imputable peligroso*. Granada, Comares, 2013, p. 66.

capacidad de comprender lo que hace y su relación con el ordenamiento jurídico, él quiere libremente realizar una conducta ilícita¹⁷⁵⁴.

Además de imputable, de poseer la característica que representa el fundamento y el límite de la pena – la culpabilidad – puede que un delincuente posea también, al mismo tiempo, la característica que fundamenta e informa la necesidad de imposición de una medida de seguridad – la peligrosidad criminal – que puede ser examinada a través de un juicio de peligrosidad realizado por un juez o tribunal, basado en informes y otras informaciones, realizado en un procedimiento previamente establecido y realizado bajo las garantías constitucionales¹⁷⁵⁵.

Conforme el autor citado, en este análisis, por ejemplo, puede considerarse el histórico de reiteración criminal del agente, y a través de su observación, identificar que, si el autor tiene el hábito de delinquir y es imputable, es posible que sea peligroso en algún grado¹⁷⁵⁶, teniendo en cuenta que, en estos supuestos hay que considerarse los casos graves de trastornos de personalidad, que puede llegar al punto de comprometer parcialmente la imputabilidad¹⁷⁵⁷.

¹⁷⁵⁴ “Por todo lo indicado hasta el momento, podemos deducir que la evaluación de la imputabilidad de un sujeto concreto podría arrojar como resultado la comprobación de que aquél gozaba del nivel de desarrollo o madurez de la personalidad necesario para que las particulares condiciones biopsíquicas en las que se encontraba le permitan conocer la ilicitud de sus acciones y obrar conforme a dicho conocimiento, a pesar de que en algunos supuestos (por ejemplo en el caso de las paidofiliias) dicho sujeto pueda presentar alguna anomalía psíquica o trastorno de la personalidad que, en otras circunstancias, fundamente la aplicación de una eximente (completa o incompleta).” ARMAZA ARMAZA, Emilio José Darío. *El tratamiento penal del delincuente imputable peligroso*. Granada, Comares, 2013, p. 69.

¹⁷⁵⁵ “En efecto, en estos supuestos nos encontraríamos frente a personas que son portadoras de la característica que constituye el fundamento y límite de la imposición de penas —esto es, la culpabilidad— y, al mismo tiempo, portadoras de la característica que fundamenta la imposición de una medida de seguridad y reinserción social —es decir, la peligrosidad criminal—. Nos encontramos, pues, frente a un concepto jurídico-criminológico, en la medida en que: a) el primero de sus caracteres (esto es, la noción de culpabilidad y, por ende, la de imputabilidad) no constituye sino una institución jurídico-penal cuyos parámetros de medición han sido establecidos por la norma penal, y b) la segunda de sus características (es decir, la peligrosidad criminal) es determinada por el Juez o Tribunal en función a ciertos datos de carácter puramente criminológico (juicio de peligrosidad).” ARMAZA ARMAZA, Emilio José Darío. *El tratamiento penal del delincuente imputable peligroso*. Granada, Comares, 2013, p. 65.

¹⁷⁵⁶ “En este sentido, la constatación de que un sujeto determinado tenga, efectivamente, el hábito o la tendencia a delinquir, podría dar pie a que se sostenga que existe un alto porcentaje de probabilidades de que el agente sea inimputable o, al menos, semiimputable.” ARMAZA ARMAZA, Emilio José Darío. *El tratamiento penal del delincuente imputable peligroso*. Granada, Comares, 2013, pp. 66-67.

¹⁷⁵⁷ “Sin embargo, sin duda, revisten mayor preocupación —por constituir una temática estrechamente vinculada con nuestro objeto de investigación— las conductas que posiblemente puedan hallar su origen en los condicionamientos derivados del padecimiento de algún trastorno de la personalidad—denominados tradicionalmente psicopatías—. En efecto, dado que en la actualidad ha quedado superada la idea de que este tipo de trastornos son irrelevantes para la elaboración del juicio de imputabilidad penal, tanto la doctrina como la jurisprudencia vienen insistiendo en la idea de que en los casos más graves de trastornos de la personalidad se puede apreciar una seria incidencia sobre la capacidad volitiva del agente, por lo que habría que reconocer

La existencia de un determinado tipo de criminal, que se encuentra en una franja entre las dos formas de respuesta del sistema vicarial clásico – pena o medida de seguridad – crea una paradoja lógica, donde se tendrá que elegir uno de los dos caminos: o se impone una medida de seguridad a alguien que tiene capacidad de culpabilidad, y por eso, *a priori*, debería recibir una pena, o sólo se castiga con una pena a alguien que, con un alto grado de probabilidad, después de completamente cumplida dicha pena, va a volver a cometer delitos en el seno de la sociedad. Es eso lo que reconoce Almaza, de la siguiente forma:

No cabe duda, y la doctrina mayoritaria así lo ha sostenido, que un delincuente con capacidad de culpabilidad plena puede, al mismo tiempo, ser portador de peligrosidad criminal. (...) No obstante, existen algunos casos en los que el agente, además de ser plenamente imputable, es portador de peligrosidad. Este es el caso de los llamados delincuentes de estado o condición pues como acabamos de indicar, pueden ser —y, de hecho, con mucha frecuencia son— portadores de una clara y grave peligrosidad criminal o, como diría, Del Rosal, una patente tendencia al delito (*Bereitschaft zum Verbrechen*), por lo que, en principio, podría justificarse la aplicación de una medida de seguridad ajustada a la peligrosidad debidamente comprobada.¹⁷⁵⁸

Es precisamente porque en dichos sistemas se adopta sólo la noción de culpabilidad por el hecho (no de culpabilidad por la personalidad), que una vez que se haya determinado la capacidad completa de culpabilidad del agente, la medida de la pena deberá fijarse estrictamente en los límites de la culpabilidad – entendida esta como grado de reproche socio-normativo de la conducta – y, por eso, los datos que gravitan en el entorno del hecho, pero que no hacen parte estrictamente de la acción externada por el sujeto – como su personalidad, su grado de peligrosidad o su vida anterior – no deberán influenciar el grado o la especie de la pena¹⁷⁵⁹.

judicialmente la inimputabilidad plena de éste último.” ARMAZA ARMAZA, Emilio José Darío. *El tratamiento penal del delincuente imputable peligroso*. Granada, Comares, 2013, pp. 67-68.

¹⁷⁵⁸ ARMAZA ARMAZA, Emilio José Darío. *El tratamiento penal del delincuente imputable peligroso*. Granada, Comares, 2013, pp. 70-71.

¹⁷⁵⁹ “Finalmente, cabe poner de manifiesto que, una vez que se haya determinado la plena capacidad de culpabilidad de un sujeto (bien por haberse descartado la aplicación de una eximente fundada en una anomalía o trastorno existente —debido, como vimos en el párrafo anterior, a su falta de relación con el hecho—, o bien por comprobarse la inexistencia de alguna anomalía o alteración que pueda dar pie a su evaluación como causa de inimputabilidad), el Juez —o el Tribunal— tendrá que determinar la medida de la pena precisamente en función de los límites de la culpabilidad por el hecho cometido y siempre teniendo en cuenta la vida anterior y la personalidad concreta del agente, dado que forma parte de la circunstancia en la que actuó. En este sentido, y en vista de que adoptamos el concepto de culpabilidad por el hecho, los datos extraídos del análisis de la vida anterior y personalidad del sujeto tendrán la exclusiva función de señalar el catálogo de posibles conductas que

En el mismo sentido y por la misma razón, tampoco se le puede imponer al autor imputable peligroso, *tout court*, una medida de seguridad, sin que exista previsión legal y un sistema legal fiable y bien elaborado – además de basado en la Constitución, si eso es de hecho posible – de control de los riesgos que su peligrosidad representa a la sociedad¹⁷⁶⁰. Parece que la prisión permanente revisable pretende resolver esta paradoja, a través de la presunción legal de un número mínimo de supuestos a los que se reconoce la existencia de dicha peligrosidad.

Eugenio Paceli, un reconocido profesor de Derecho Procesal Penal en Brasil, cuando escribe sobre las hipótesis de determinación de la prisión provisional, también informa que, en virtud de la gravedad del delito practicado, que puede ser identificada no sólo en la entidad de la pena prevista en el tipo penal, sino también a través de los modos de ejecución del delito, cuando realizados con barbarie y menoscabo completo por el valor que tiene el bien jurídico dañado – lo que pide una intervención inmediata del Estado – también pueden reflejar el grado de peligrosidad del agente, especialmente cuando este confiesa la autoría del delito, en una situación que, *a priori*, no se identifica que el uso de tortura¹⁷⁶¹.

éste tenía a su disposición al momento de cometer la acción por la que se le juzga.” ARMAZA ARMAZA, Emilio José Darío. *El tratamiento penal del delincuente imputable peligroso*. Granada, Comares, 2013, p. 69.

¹⁷⁶⁰ “No cabe duda, y la doctrina mayoritaria así lo ha sostenido, que un delincuente con capacidad de culpabilidad plena puede, al mismo tiempo, ser portador de peligrosidad criminal. No obstante, estos supuestos parecen ser excepcionales pues, de hecho, la mayoría de la población de delincuentes está conformada por los llamados delincuentes ocasionales. En efecto, a diferencia de los primeros, se puede afirmar que los infractores ocasionales, o momentáneos, no representan un riesgo grave para la sociedad —aún a pesar de la gravedad del delito cometido— pues son sujetos, adaptados a las normas básicas de convivencia de la comunidad, que cayeron en el delito por circunstancias excepcionalmente favorables —por ejemplo, tentadoras— u otras situaciones extraordinarias —como en el caso de los denominados autores de oportunidad y de conflicto—. Como sabemos, frente a esta clase de delincuentes, en honor al principio de culpabilidad, sólo cabría responder a través de la imposición de una pena ajustada a la medida de su culpabilidad, sin haber siquiera la discusión acerca de la posibilidad de imponer una medida de seguridad y reinserción social, dado que no son portadores, en absoluto, del presupuesto de esta consecuencia jurídica del delito.” ARMAZA ARMAZA, Emilio José Darío. *El tratamiento penal del delincuente imputable peligroso*. Granada, Comares, 2013, pp. 70-71.

¹⁷⁶¹ “Com efeito, haverá, como já houve, situações em que a gravidade do crime praticado, revelada não só pela pena abstratamente cominada ao tipo, mas também pelos meios de execução, quando presentes a barbárie e o desprezo pelo valor ou bem jurídico atingido, esteja a reclamar uma providência imediata do poder público, sob pena de se pôr em risco até mesmo a legitimidade do exercício da jurisdição penal. Muitas vezes, ou melhor, na maioria destes crimes, o seu autor assume a autoria do crime, e nem sempre em situação que se possa identificar, de pronto, o risco de tortura na obtenção da confissão. É claro que em tema tão complexo e explosivo todo cuidado é realmente pouco. Mas não é por isso que a autoridade judicial deve recusar, peremptoriamente, qualquer possibilidade de decretação de prisão para garantia de ordem pública.” OLIVEIRA, Eugênio Paceli de. *Curso de Processo Penal*. Belo Horizonte: Del Rey, 2004. p. 522.

En un sentido funcional, en virtud de la función y del fundamento de la culpabilidad como la concibe Jakobs¹⁷⁶² – basada en la idea de no fidelidad al ordenamiento jurídico – el juicio que concluye por su existencia, en un supuesto de hecho, presupone necesariamente la existencia de capacidad de imputabilidad. El reconocimiento de la existencia de dicha capacidad, en supuestos donde se aplica además de la pena, una medida de seguridad (doble respuesta penal), permite que se identifique que en este sistema la imposición de una medida de seguridad tenga como función la gestión de los riesgos que la libertad del sujeto imputable peligroso representa a la confianza en la vigencia de las normas.

No se puede ignorar que existen, de hecho, casos de criminales imputables peligrosos, y que no haber un sistema eficiente de respuesta a dicho tipo de peligrosidad genera la derrocada de la función primaria del Derecho penal, que es la protección de bienes jurídicos o de la confianza en la vigencia de la norma, como ha pasado en España hace poco tiempo, conforme señala Armaza¹⁷⁶³.

Véase, por ejemplo, el caso de quien aquí se identificará por las iniciales J. A. G. de O., detenido en octubre de 2014, con 19 años de edad, en el Estado de Pernambuco (Brasil), luego después de haber matado a tres personas para realizar un robo, una de las cuales, el coautor de dicho robo. En un video¹⁷⁶⁴, el asume que mató a tres personas por dinero (uno de ellos era un

¹⁷⁶² Para Jakobs, una acción no culpable no es antijurídica porque quien la realizó no tiene condiciones de tomar parte en la comunicación, por la incidencia de una de las causas de exclusión de la culpabilidad (inimputabilidad, inexigibilidad de otra conducta o inexistencia de potencial conocimiento de la antijuridicidad). Es decir, solo tiene sentido considerarse una acción como antijurídica si su significado fue antijurídico desde su nacimiento, donde se identifica la disposición (no la voluntad ni la finalidad) de violación del contenido de la norma como sentido social y normativo de la conducta. Así pues, sólo los culpables son personas con aptitud de realización de una acción ilícita o delictiva, porque alguien no culpable no tiene condiciones de tomar parte en la comunicación sistémica del Derecho, lo que permite concluir que ellos son no-personas para los fines de imposición de una condena criminal y aplicación de una pena, lo que no significa necesariamente una desventaja para el individuo, que en concreto puede representar su una puesta en libertad mucho más temprana, conforme oportunamente se aclarará. Eso fue debidamente aclarado en un apartado precedente.

¹⁷⁶³ “De esta forma, y teniendo en cuenta tanto lo que prescribía de forma genérica el ordenamiento jurídico español en cuanto a las consecuencias jurídicas del delito aplicables a sujetos imputables (peligrosos o no), así como la carencia de una respuesta penal que esté específicamente pensada para abordar el problema del tratamiento de esta clase de delincuentes (cuando fuesen peligrosos), no cabe duda que al intérprete de la norma, como vimos en el capítulo anterior, no le quedaba otra opción que la de tratar de resolver el asunto a través de la pena (agravándola o limitando el acceso a los beneficios penales establecidos por la legislación), dado que al tratar de buscar una respuesta penal aplicable a delincuentes imputables, la posibilidad de aplicación del derecho de medidas quedaba, sin duda, descartada (Capítulo Segundo del Título IV del Libro I de la versión original del CP de 1995).” ARMAZA ARMAZA, Emilio José Darío. *El tratamiento penal del delincuente imputable peligroso*. Granada, Comares, 2013, p. 134.

¹⁷⁶⁴ TV Jornal. “Chaval es arrestado por latrocinio en Jaboatão y dice sentir placer en matar”. Recurso de video presente en: <<https://www.youtube.com/watch?v=pah5TfILOmk>>, publicado en 16 de out de 2014, acceso en 19.11.2016.

anciano), que ya había huido una vez de la cárcel, que no se arrepiente de los asesinatos que realizó con alevosía y crueldad (con el uso de un hacha) e informa que cuando salir de la cárcel otra vez, matará a los testigos, además de volver a robar y matar por dinero.

Conforme el reportaje, cuando menor, él había quemado hasta la muerte su padrastro y el hijo de este, infracción por la cual no ha respondido en virtud de su inimputabilidad por menoridad. En 2015, él fue considerado plenamente imputable en un informe psiquiátrico¹⁷⁶⁵, y condenado por el triple latrocinio¹⁷⁶⁶ (en una sentencia que reconoció su peligrosidad), además de haber sido condenado, en el año 2014, por violencia de género¹⁷⁶⁷.

¹⁷⁶⁵ “SENTENÇA (...) Ante o exposto, não havendo nada que desqualifique a conclusão a que chegaram os peritos, de que o periciando era inteiramente capaz de entender o caráter do ato ilícito atribuído a sua pessoa, HOMOLOGO, por sentença, para que produza seus devidos e jurídicos efeitos, o laudo conclusivo constante do incidente de insanidade mental às fls. 28/32, relativo ao acusado J. A. G. de O. Jurema/PE, 18 de março de 2015. Marcelo Góes de Vasconcelos. Juiz Substituto. Processo nº. 000040542.2014.8.17.0860.” BRASIL. Tribunal de Justiça do Estado de Pernambuco. Incidente de insanidade mental. Sentença homologatória no processo nº. 000040542.2014.8.17.0860, prolatada pelo Juiz Substituto Marcelo Góes de Vasconcelos, em Jurema/PE, em 18 de março de 2015.

¹⁷⁶⁶ “SENTENÇA (...) A denúncia narra que “no dia 28.12.2013, durante a madrugada, no Sítio Lagoa do Padre, Zona Rural de Jurema PE, o ora denunciado, juntamente com terceira pessoa, identificada pelo prenome 'Eduardo', mediante violência à pessoa, perpetrada por meio do uso de arma branca, subtraíram R\$ 9.000,00 (nove mil reais) de J. L. S., conhecido por 'DEDA' e V. L. S., sendo que da violência empregada resultou a morte das vítimas, conforme certidões de óbito de fls. 44/45”. (...) A confirmação da autoria advém do interrogatório do J. A. G. de O., que confirma ter matado as vítimas juntamente com o acusado E. J. P. (01:56/01:58) com animus furandi, ao afirmar que “fui roubar e matei os caras, só isso mesmo” (01:00/01:02). O acusado, inclusive, quando indagado se teria matado as vítimas para depois pegar o dinheiro, respondeu que “nós já tava com o dinheiro já” (02:14/02:16), afirmando que teria subtraído cerca de R\$ 9.000,00 (nove mil reais). Por fim, tratava-se a vítima J. L. S. de pessoa idosa, conforme documento de fl. 48. Ante o exposto, JULGO PROCEDENTE a denúncia, para CONDENAR o réu J. A. G. de O., devidamente qualificado nos autos, como incurso duas vezes nas sanções previstas no art. 157, §3º (segunda parte), do Código Penal, razão pela qual passo a dosar a respectiva pena a ser aplicada, em observância ao disposto no art. 68, do Código Penal. Culpabilidade: agravada, tendo em vista o réu ter dito em seu interrogatório judicial que ameaçou a vítima de morte se ela não falasse onde estaria o dinheiro, e, mesmo depois da colaboração das vítimas, teria as matado, afirmando que “bandido mente”, não demonstrando, inclusive, qualquer remorso ou arrependimento por tal conduta, razão pela qual estaria configurado um total desprezo pela vida humana e uma crueldade justificadores de uma reprimenda acentuada de sua culpabilidade. Conduta social do réu: agravada, uma vez que o próprio réu, em seu interrogatório judicial, afirmou ser usuário contumaz de entorpecentes e envolvido em práticas de violência doméstica e familiar contra a mulher, furtos e roubos desde os 14 (quatorze) anos de idade. O réu, tecnicamente, é possuidor de bons antecedentes. Personalidade: no laudo psiquiátrico realizado no exame de insanidade mental, foi atestado que o acusado teve um início precoce de comportamento criminoso e tinha perfil criminal habitual, sendo essas conclusões obtidas por um profissional técnico da área de psiquiatria e que justifica o agravamento da pena nesse mister. (...) Assim, para o acusado J. A. G. de O., pela regra do concurso material prevista no art. 69, do Código Penal, fixo a pena privativa de liberdade, de forma definitiva, em 41 (quarenta e um) anos e 09 (nove) meses de reclusão. (...) Jurema/PE, 10 de setembro de 2015. Marcelo Góes de Vasconcelos. Juiz Substituto.” BRASIL. Tribunal de Justiça do Estado de Pernambuco. Ação Penal. Procedimento Ordinário. Latrocinio. Sentença condenatória no processo nº. Processo nº. 000008929.2014.8.17.0860, prolatada pelo Juiz Substituto Marcelo Góes de Vasconcelos, em Jurema/PE, em 10 de setembro de 2015.

¹⁷⁶⁷ “Ação Penal. Procedimento Ordinário Decorrente de Violência Doméstica; (...) JULGO PROCEDENTE A DENÚNCIA, e CONDENO J. A. G. de O., com qualificação nestes autos, como infrator do artigo do art. 129, parágrafo 9º do Código Penal. Jurema, 25 de setembro de 2014. Juliana Coutinho Martiniano Lins Juíza de Direito.” BRASIL. Tribunal de Justiça do Estado de Pernambuco. Ação Penal. Procedimento Ordinário

En virtud de no existir en el sistema brasilero la posibilidad de aplicación de medida de seguridad a delincuentes imputables peligrosos, como pasaba en España hace poco¹⁷⁶⁸, luego que cumplida una pequeña porción de la condena (dos quintas partes, lo que representa poco más de 16 años de los 41 años de la condena) el condenado tendrá derecho a la progresión de régimen y la consecuente puesta en libertad para trabajar, lo que pasará cuando el reo tendrá 35 años de edad, aunque que siga peligroso y diciendo que sigue vigente su intento de continuar matando para robar y para vengarse de los testigos.

Casos como este informan la necesidad actual de que los códigos penales establezcan la posibilidad de análisis y tratamiento o regencia de la peligrosidad real, de grave entidad, del delincuente imputable, porque, conforme sostiene Cerezo Mir, a alguien que manifiesta de forma segura y duradera la voluntad de seguir realizando delitos de grave entidad, como a un asesino en serie, la “*sanción penal, sea cual fuere su modalidad y duración, difícilmente le intimidará ni, mucho menos, le motivará para comportarse conforme a Derecho*”,¹⁷⁶⁹

Aquí sería el lugar óptimo para escribir algo acerca de quien fue cualificado por la imprenta española como “*El descuartizador de Pioz*”¹⁷⁷⁰ (Guadalajara), supuestamente, un individuo

Decorrente de Violência Doméstica. Sentença condenatória no processo nº. 000000880.2014.8.17.0860, prolatada pela Juíza de Direito Juliana Coutinho Martiniano Lins, em Jurema/PE, em 25 de setembro de 2014.

¹⁷⁶⁸ “Como sabemos, la legislación penal —que hasta hace poco gozaba de plena vigencia— no permitía que se impongan medidas de seguridad a sujetos imputables peligrosos. Esta situación fue objeto de fuertes críticas por parte de la doctrina contemporánea; llegándose incluso a calificarla como uno de los mayores defectos del CP desde el punto de vista de la política criminal. Entre las medidas de seguridad y reinserción social que revisten mayor interés en relación con el tema del tratamiento penal del delincuente imputable peligroso —y que, además, han sido ya usadas en algunos países cercanos a nuestro entorno cultural— destacan: el internamiento en un centro de terapia social, el internamiento en un centro de custodia, la libertad vigilada, los denominados registros de delincuentes peligrosos y, finalmente, la castración química.” ARMAZA ARMAZA, Emilio José Darío. *El tratamiento penal del delincuente imputable peligroso*. Granada, Comares, 2013, p. 138.

¹⁷⁶⁹ “En efecto, como señala ZAFFARONI, será mucho más fácil que una persona dedicada a actividades delictivas de carácter económico de poca monta se intimide ante una sanción penal (o ante la ejecución de una condena de un chivo expiatorio), pues podría razonar de tal manera que llegue a la conclusión de que no vale la pena exponerse a la sanción penal por ganar unos cuantos centavos. No obstante, CEREZO MIR da cuenta de que no podríamos decir lo mismo del delincuente peligroso de criminalidad grave —por ejemplo de un asesino en serie— pues la sanción penal, sea cual fuere su modalidad y duración, difícilmente le intimidará ni, mucho menos, le motivará para comportarse conforme a Derecho.” ARMAZA ARMAZA, Emilio José Darío. *El tratamiento penal del delincuente imputable peligroso*. Granada, Comares, 2013, pp. 136-137.

¹⁷⁷⁰ “La escalofriante confesión del descuartizador de Pioz. P. G. N. aseguró que asesinó primero a su tía y a sus primos para hacer daño a su tío. El diario La Razón da a conocer este sábado la escalofriante confesión del descuartizador de Pioz, que tras volver de Brasil confesó su cuádruple crimen. Patrick Gouveia aseguró que asesinó primero a su tía y a sus primos para hacer daño a su tío, al que acuchilló después de llevarle a la cocina para que viera la masacre. Comieron todos juntos y después siguió a la madre de la familia a la cocina y la atacó por la espalda. "A partir de ahí juro que tengo un vacío. No me acuerdo de nada. No sé cómo maté a los niños. Soy incapaz de recordarlo." Libertad Digital. “La escalofriante confesión del descuartizador de Pioz. P. G. N.

brasileño que vivía en España y, tras haber matado a su propio tío, la mujer de este y sus hijos, de 1 y 4 años de edad, los descuartizó, fue a Brasil y eligió volver a España para entregarse voluntariamente y ahí responder por estos delitos, que ha confesado¹⁷⁷¹. Es decir, este sujeto ha elegido someterse a la posibilidad de aplicación de una pena de prisión permanente revisable en España, que ser condenado a unos 48 años de prisión en Brasil, con la altísima posibilidad de puesta en libertad después de cumplidos 19 años (cuando va a tener 49 años de edad, si condenado).

Dicho imputado ha hecho la elección de uno de los sistemas estudiados en este trabajo, para tratar un tipo de criminalidad que, en teoría, aquí se analiza, lo que pone en relieve la importancia del caso para el estudio que se desarrolla en este momento. Sin embargo, se elige no escribir nada acerca del caso en virtud de la proximidad en el tiempo con la cual los hechos se sucedieron (el 17 de septiembre de 2016), y todavía no haber una respuesta judicial definitiva acerca de la existencia o no de culpa del imputado, de su imputabilidad o peligrosidad, además de la posibilidad de un análisis aquí realizado ejercer algún tipo en influencia en la resolución del caso, efecto que se quiere evitar.

Una observación interesante que la hace Armaza es una especie de confusión que la legislación actual de algunos países suele hacer con las ideas de inimputabilidad y peligrosidad, en la hora de imponerse una medida de seguridad. Puede que un inimputable que realiza una acción típica no sea peligroso para nada. Piénsese en un agente inimputable que, en virtud una enfermedad mental, no pueda determinarse de acuerdo con el entendimiento que posee, de que debería realizar una acción de salvamiento, póngase en confusión y, con eso, realice el tipo penal de omisión de socorro. En este caso, como no hay ninguna peligrosidad

aseguró que asesinó primero a su tía y a sus primos para hacer daño a su tío.” Libertad Digital, en 22 oct. 2016. Disponible en: <<http://www.libertaddigital.com/espana/2016-10-22/la-escalofriante-confesion-del-descuartizador-de-pioz-1276585058/>>, consultado en 30 oct. 2016.

¹⁷⁷¹ “P. G., presunto autor del asesinato de los cuatro miembros de una familia brasileña en la ciudad española de Pioz, decidió entregarse voluntariamente en España por considerar que tendrá mejores condiciones de defenderse que en Brasil, dijo ayer a Efe su abogado brasileño. P. G., de 20 años y sobrino del padre de la familia asesinada, llegó ayer a Madrid en un vuelo procedente de Sao Paulo y fue detenido inmediatamente por agentes de la Guardia Civil española. “P. G. resolvió regresar y entregarse voluntariamente por considerar que tiene mejores condiciones de presentar su defensa en España que en un proceso por vía indirecta en Brasil”, explicó el abogado. (...) El letrado agregó que la familia ya entró en contacto con el abogado español que lo defenderá y que en adelante el proceso seguirá todo el trámite previsto en el código penal español pese a que España ya había iniciado los procedimientos para transferir el juicio a Brasil.” EFE “Sobrino acusado de matar a su tío y a la familia de éste regresa a España, desde Brasil, para ser juzgado” Las Mundiales jueves, Río de Janeiro, 20 de octubre de 2016. Disponible en: <<http://www.listindiario.com/las-mundiales/2016/10/20/439753/sobrino-acusado-de-matar-a-su-tio-y-a-la-familia-de-este-regresa-a-espana-desde-brasil-para-ser-juzgado>>, consultado el 30 oct. 2016.

del agente, no hay racionalidad alguna en imponérsele una medida de seguridad, lo que no es posible en algunos sistemas.

En el otro extremo del problema estudiado está el delincuente imputable peligroso, que aunque sea imputable y se le deba imponer una pena como respuesta por su culpabilidad, no es razonable que no se le imponga también una medida de seguridad si el sigue representando una fuente de riesgo intolerable para el sistema social, conforme el ejemplo citado, cuya solución que no existía hace poco tiempo en el ordenamiento jurídico Español, y no existe en el ordenamiento jurídico de Brasil.

Así pues, la medida de seguridad debería imponerse solamente en los supuestos donde se reconozca la existencia de peligrosidad criminal por parte de un agente que ha realizado un injusto penal, sea el agente imputable o inimputable, medida esta que debería quedarse limitada por la entidad y la permanencia de la peligrosidad¹⁷⁷². Dicho proceso, para resolver algún eventual problema de legitimidad constitucional, por ejemplo, debería respetar todas las garantías constitucionales de agente, y la ejecución de la medida de seguridad podría estar sometida a una especie de carácter progresivo, en el cual, en la medida que la peligrosidad del agente va disminuyendo, se pueda progredir el régimen de su ejecución, como que desde una medida de seguridad privativa de libertad, se pasaría a un régimen de tratamiento ambulatorio y, después, a la forma de libertad vigilada¹⁷⁷³. Sólo la libertad vigilada no responde de forma eficiente a supuestos donde, seguramente, el criminal manifiesta su voluntad de seguir practicando delitos graves, como descuartizar personas que viven en su vecindad, por ejemplo.

¹⁷⁷² “a) En primer lugar, una medida de seguridad no debería imponerse, al menos de lege ferenda, en función de si un sujeto es imputable o inimputable sino única y exclusivamente si se trata de un sujeto portador de peligrosidad criminal, en cuyo caso podría sostenerse que el único límite a la forma y duración de la medida de seguridad tendrá que ser determinada teniendo en cuenta, además de otros aspectos que sirvan para limitar el ejercicio del juspuniendi, la magnitud de la peligrosidad del agente.” ARMAZA ARMAZA, Emilio José Darío. *El tratamiento penal del delincuente imputable peligroso*. Granada, Comares, 2013, p. 139.

¹⁷⁷³ “b) En segundo lugar nada impide que el legislador pueda incorporar ciertos límites objetivos en la ejecución de las medidas de seguridad. Tal vez una buena opción para solucionar el dilema sería la de establecer dos etapas claramente diferenciadas en la ejecución de la condena: La primera etapa —que se ejecutaría, claro está, después del cumplimiento de una pena ajustada a la medida de culpabilidad del agente— se concretaría en la imposición de una medida de seguridad privativa de libertad por un tiempo determinado y estrictamente limitado por las garantías constitucionales que informan a nuestro ordenamiento jurídico, mientras que en la segunda —que sería aplicable sólo en el caso que persista la peligrosidad criminal en el sujeto— sólo se faculte al juez la imposición de una medida de seguridad no privativa de libertad (v. gr. libertad vigilada).” ARMAZA ARMAZA, Emilio José Darío. *El tratamiento penal del delincuente imputable peligroso*. Granada, Comares, 2013, p. 139.

Acerca del procedimiento de medición de la peligrosidad, un análisis criminológico de estos tipos de delincuentes – con informes y otras fuentes de datos – permite observar, por ejemplo, si el agente es realmente imputable, y si lo es, en qué grado su personalidad ha padecido de ciertas circunstancias que alteraron el normal desarrollo de su carácter, algo extremadamente difícil, pero no imposible¹⁷⁷⁴. Armaza define la peligrosidad de la siguiente forma: “*se entiende por peligrosidad, en sentido amplio, a la condición de peligroso que ostenta alguien o algo, es decir, a la cualidad de un ser para producir un peligro —entendido éste como un riesgo o probabilidad de que se materialice un daño o mal en el futuro—.*”¹⁷⁷⁵ En resumen, en razón del Derecho penal tener como objeto principal de estudio la realización de tipos penales, se puede definir la peligrosidad, de naturaleza criminal, como una característica personal de alguien que, a través de un pronóstico, se puede determinar, con grados diferentes de precisión, la existencia del riesgo que alguien va a volver a practicar una infracción penal en el futuro¹⁷⁷⁶.

Dicha peligrosidad, no es, de hecho, una institución jurídica, sino, antes bien, un dato de naturaleza esencialmente criminológica¹⁷⁷⁷, que puede ser identificada por un órgano del Poder Judicial a través de la observación de la personalidad del agente, su propensión a ciertas conductas, sus adicciones, conforme informes y conclusiones de los peritos, testigos, el historial de condenaciones del agente, además de otros elementos. El análisis de dichas fuentes de información que permitan relacionar la acción del agente con el delito cometido

¹⁷⁷⁴ “Prescindiendo momentáneamente del análisis de esta cuestión, cabe resaltar que, en cualquier caso, el análisis criminológico de los delincuentes imputables de estado o condición reviste un interés sumamente especial en la medida que: a) su personalidad, con frecuencia, es fruto del padecimiento de ciertas circunstancias que, de una u otra forma, alteraron el normal desarrollo de su carácter (sin llegar, claro está, a reducir o excluir su imputabilidad) y, por otra parte, de que b) dichas alteraciones podrían eventualmente ser síntomas —no determinantes, claro está— que revelan la peligrosidad criminal que dicho sujeto porta.” ARMAZA ARMAZA, Emilio José Darío. *El tratamiento penal del delincuente imputable peligroso*. Granada, Comares, 2013, p. 71.

¹⁷⁷⁵ ARMAZA ARMAZA, Emilio José Darío. *El tratamiento penal del delincuente imputable peligroso*. Granada, Comares, 2013, p. 79.

¹⁷⁷⁶ “Como señala ROMEO CASABONA, en el ámbito de las ciencias penales, esta cualidad tendría que ser ostentada por una persona, a la cual se la denomina peligrosa, y el peligro que se espera tendría que ser constitutivo de una infracción penal; a esta cualidad, pues, se denomina peligrosidad criminal. Por estas razones, y dado que al Derecho penal sólo le interesa esta última, podríamos definir a la peligrosidad criminal como la característica subjetiva de una persona mediante la cual podemos determinar—de forma prospectiva y con distintos grados de de error o acierto— la existencia del riesgo de que ésta cometerá una infracción penal en el futuro.” ARMAZA ARMAZA, Emilio José Darío. *El tratamiento penal del delincuente imputable peligroso*. Granada, Comares, 2013, p. 79.

¹⁷⁷⁷ ARMAZA ARMAZA, Emilio José Darío. *El tratamiento penal del delincuente imputable peligroso*. Granada, Comares, 2013, p. 79.

permite hacerse un juicio de prospección, donde se puede identificar, en un grado no mucho preciso, pero de alguna forma seguro, la posibilidad de repetición de la acción delincente¹⁷⁷⁸.

Es necesario, por fin, para comprender mejor el tema, matizar los dos tipos de delincuencia que suelen ser confundidos en este estudio, es decir, comprender las diferencias entre las categorías del delincente habitual y del delincente imputable peligroso. El delincente habitual es alguien que ha creado el hábito de delinquir, por la comisión reiterada de delitos¹⁷⁷⁹, lo que conduce a dos características, una subjetiva y otra objetiva, a saber: a) *la pluralidad de hechos delictivos* y b) *una tendencia especial de volver a cometer delitos*.¹⁷⁸⁰

En primer lugar, hay que subrayar que aunque la habitualidad criminal pueda ser un indicio de una peligrosidad criminal, es posible que alguien que se ha comportado de forma habitualmente delincente cambie su modo de vida (piénsese el caso de un estafador profesional que gana la lotería o un carterista que, después de un accidente, se vuelve ciego), lo que va a influenciar en el juicio de peligrosidad a ser realizado por el órgano judicial competente, basado en algunos elementos, como informes psicosociales, por ejemplo. En segundo lugar, es necesario informar que incluso sujetos inimputables o semiimputables pueden presentar la característica de la habitualidad infraccional o criminal y, por eso, no es posible referirse a ellos como delincentes imputables peligrosos¹⁷⁸¹.

¹⁷⁷⁸ “La doctrina es unánime al afirmar que la peligrosidad no es una institución jurídica sino, más bien, criminológica, en la medida que ha de ser determinada por el Juez o Tribunal en función de ciertos datos (personalidad del agente, propensión a ciertas conductas, adicciones, conclusiones de los peritos, etc.) que permitan relacionar la acción del agente con el delito cometido, así como con la posibilidad de repetición de la acción.” ARMAZA ARMAZA, Emilio José Darío. *El tratamiento penal del delincente imputable peligroso*. Granada, Comares, 2013, p. 79.

¹⁷⁷⁹ CERESO MIR, José. *Curso de Derecho penal Español, Parte General, III, Teoría Jurídica del Delito/2*, Editorial Tecnos, 4ª Reimpresión, 2004, p. 172. Concepto también adoptado por: ANDRÉS DOMÍNGUEZ, Ana Cristina. “Habituales y reincidentes”, en: *Revista de Derecho penal*, TORÍO LÓPEZ, Ángel y SANZ MORÁN, Ángel (Directores), LEX NOVA, Valladolid, 2007, p. 70 y ALONSO ÁLAMO, Mercedes, “Delito de conducta reiterada (delito habitual), habitualidad criminal y reincidencia”, en: *Estudios penales en recuerdo del profesor Ruiz Antón*, AA. VV., Tirant lo Blanch, Valencia, 2004, p. 68.

¹⁷⁸⁰ “En efecto, si partimos de la idea de que un delincente habitual es, como sostiene CERESO, aquella persona en la que «por la comisión reiterada de hechos delictivos se ha creado un hábito de delinquir», podemos efectivamente deducir que serían dos los elementos que, de concurrir en un sujeto, configurarían esta categoría criminal: a) una multiplicidad de acciones delictivas (elemento objetivo) y b) la posesión, por parte del sujeto que las comete, de una especial propensión a delinquir (elemento subjetivo).” ARMAZA ARMAZA, Emilio José Darío. *El tratamiento penal del delincente imputable peligroso*. Granada, Comares, 2013, p. 73.

¹⁷⁸¹ “hora bien, en relación con la confusión existente entre las categorías de delincentes imputables peligrosos y la de delincentes habituales, creemos necesario precisar dos cuestiones: a) No cabe duda que la habitualidad criminal puede ser un indicio de que determinado sujeto es, además de habitual, portador de peligrosidad; pero no debemos olvidar que este dato no garantiza, en modo alguno, que el sujeto sea, efectivamente, peligroso (piénsese por ejemplo, en el delincente profesional que gana la lotería y decide abandonar su carrera delictiva). Para probar o descartar esta circunstancia el Juez o Tribunal tendrá que elaborar el respectivo juicio de

Así pues, hay que informar que la idea de delincuencia incorregible (imposibilidad reinserción social o de eficacia de la función de prevención especial positiva de la pena) está mucho más cercana de la idea de delincuencia habitual que necesariamente de la noción de peligrosidad, aunque la corrección de un delincuente represente, necesariamente, la cesación de su peligrosidad, y su no corrección, la posibilidad de que aún sea peligroso¹⁷⁸².

Es suficiente ver el listado de ejemplos que Von Liszt considera como incorregibles, a saber: “mendigos y vagabundos; alcohólicos y personas de ambos sexos que ejercen la prostitución; timadores y personas del submundo en el más amplio sentido de la palabra; degenerados espirituales y corporales”¹⁷⁸³, es decir, mendigo, vagabundos alcohólicos y prostitutas no representan, *a priori*, una peligrosidad a los bienes jurídicos protegidos por el Derecho penal (o a la confianza de las expectativas normativas) de nuestras sociedades, y aunque en el pasado se pudo castigar con pena dichas conductas, ellas no han representado, *per se*, una peligrosidad de grave entidad.

Sin embargo, sigue válida la observación recién hecha, de acuerdo con la cual, si es posible identificarse que un delincuente, imputable o no, no representa más peligro a lo que el Derecho penal pretende proteger (funciones primarias) o su peligrosidad (comprendida la

peligrosidad —que ha de apoyarse principalmente en los peritajes psicológicos y/o psiquiátricos correspondientes—, teniendo en cuenta a la habitualidad únicamente como indicio y jamás como elemento decisivo. Dependerá, pues, del resultado de esta evaluación el hecho de que un delincuente habitual pueda ser considerada como una persona criminalmente peligrosa (lo cual, como vimos, es tan probable, como improbable). b) Otra cuestión a tener en cuenta en relación con el tema, es la de que el concepto de habitualidad criminal no excluye a los sujetos semiimputables por lo que la regulación da cabida a que se incluyan dentro de esta categoría los delincuentes habituales con capacidad de culpabilidad disminuida. Por esta razón, parece que el recurso al uso del término «delincuentes habituales» (por más que se le agregue el adjetivo «peligrosos») para referirse a los delincuentes imputables portadores de peligrosidad criminal sería del todo equívoca, en la medida que tendrían también cabida algunas personas no imputables o, al menos, semiimputables.” ARMAZA ARMAZA, Emilio José Darío. *El tratamiento penal del delincuente imputable peligroso*. Granada, Comares, 2013, pp. 74-75.

¹⁷⁸² “En este sentido, cabe poner de manifiesto que la peligrosidad criminal que porta el condenado — recordemos que en muchas oportunidades dicha característica persiste desde condenas anteriores— nos hace ver que son altas las posibilidades de encontrarnos ante un sujeto «incorregible» por lo que difícilmente se podrían cumplir los fines de prevención especial perseguidos por el Derecho positivo.” ARMAZA ARMAZA, Emilio José Darío. *El tratamiento penal del delincuente imputable peligroso*. Granada, Comares, 2013, p. 136.

¹⁷⁸³ “La lucha contra la delincuencia habitual exige igualmente un conocimiento minucioso del que hoy todavía carecemos. Se trata sólo de uno de los eslabones —aunque muy peligroso y significativo— de la cadena de casos de enfermedad social que se suele designar sintéticamente con la denominación general de proletariado: mendigos y vagabundos; alcohólicos y personas de ambos sexos que ejercen la prostitución; timadores y personas del submundo en el más amplio sentido de la palabra; degenerados espirituales y corporales. Todos ellos forman el ejército de los enemigos por principio del orden social, en cuyo estado mayor figura el delincuente habitual.” VON LISZT, Franz. *La idea de fin en Derecho Penal* (1882). Valparaíso, Edeval, 1984, p. 84.

peligrosidad como la probabilidad más o menos correcta de que va volver a realizar acciones típicas) no va más allá del comportamiento por el cual recibió una respuesta penal, eso significa necesariamente que dicho agente fue corregido y, por eso, no necesita más de corrección.

El problema central sobre el tema de los delincuentes imputables peligrosos es lo que hacer con aquellos que de hecho representan una peligrosidad de grave entidad, como los delincuentes sexuales multireincidentes o los asesinos en serie, supuestos en los cuales no se puede echar de menos el recurso a medidas de seguridad porque, en estos casos, sólo una medida de seguridad es capaz de promover efectivamente la función primaria del Derecho penal, *id est*, garantizar la protección de bienes jurídicos (o la confianza en la vigencia de las normas)¹⁷⁸⁴.

Conforme lo que se escribió en otra oportunidad, parece que la libertad de individuos que manifiestamente declaran la intención de seguir realizando delitos graves representa un riesgo intolerable al funcionamiento del sistema social (a la confianza en la vigencia de las normas penales o a la protección de bienes jurídicos) porque compromete las funciones primarias del Derecho penal de una forma insostenible a la vida en sociedad¹⁷⁸⁵, y por eso ellos deben tener un tratamiento adecuado, lo que no quiere decir que se les deba cualificar de enemigos (porque la gestión de este problema está más allá del debate sobre el Derecho penal del enemigo) ni tampoco que se les quite derechos y garantías fundamentales.

¹⁷⁸⁴ “En este sentido, a pesar de que existe una gran variedad de categorías de delincuentes imputables peligrosos, lo cierto es que la doctrina contemporánea ha prestado mayor atención al problema de los sujetos portadores de peligrosidad especialmente grave (v. gr. delincuentes sexuales y asesinos en serie), en vista de que la capital importancia de los bienes jurídicos en juego. De esta forma, todo parece indicar que el recurso al derecho de medidas en los casos de criminalidad grave es, claramente, una de las soluciones que debe ser tenida en cuenta al momento de abordar la cuestión pues, no cabe duda que las medidas de seguridad pueden efectivamente coadyuvar a la materialización de la función primaria del Derecho penal (protección de los bienes jurídicos más valiosos).” ARMAZA ARMAZA, Emilio José Darío. *El tratamiento penal del delincuente imputable peligroso*. Granada, Comares, 2013, p. 72.

¹⁷⁸⁵ “Nessa ordem de ideias, vislumbramos também serem inaceitáveis os riscos referentes à liberdade daqueles que não apresentam predisposição individual à adequação com o modelo social no qual estão inseridos, referente ao respeito às expectativas normativas institucionalizadas (ou respeito aos bens jurídicos protegidos pelo Direito Penal), observado, quando vislumbrado com certo grau de determinação, que tais indivíduos estão propensos para a prática de novos crimes.” SERRETTI, André Pedrolli. “A Construção do conceito de ordem pública no direito processual penal: análise de um fundamento da custódia cautelar”, en: *De jure: Revista Jurídica do Ministério Público do Estado de Minas Gerais*. Belo Horizonte: Ministério Público do Estado de Minas Gerais, v. 14, n. 24, jan.-jun. 2015, pp. 181-195, p. 193.

8.3.4 Respuesta penal al peligroso imputable y Derecho penal del enemigo.

La posibilidad de imposición de una medida de seguridad a un delincuente imputable peligroso, añadida a una pena (doble respuesta penal), o la posibilidad de imponérsele prisión permanente revisable ha suscitado el debate acerca de la naturaleza de un Derecho penal de seguridad, es decir, sobre el carácter de estas medidas, si son un Derecho penal de autor, un derecho ilegítimo o inconstitucional y, por fin, si son Derecho penal del enemigo. Lo que se sostiene, en general, es que un régimen de respuesta del sistema del derecho con las características citadas podría rebajar los límites de garantías de un Estado de Derecho, con penas desproporcionadas, Derecho penal del autor, o uso dictatorial del sistema penal¹⁷⁸⁶.

Sin embargo, Jakobs mantiene un concepto muy estricto de cuales son los individuos a los cuales se aplicaría un Derecho penal del enemigo, si comparado al concepto lato de delincuente imputable peligroso, aunque sea posible reconocerse una relación especie/genero, entre los dos conceptos, en la cual el enemigo es una especie de delincuente imputable peligroso, porque la peligrosidad tiene un papel central en la hora de identificarse alguien como a un enemigo¹⁷⁸⁷.

En esta medida, para Jakobs, enemigo sería un ser humano imputable que se ha puesto en una posición de incivilidad, ha negado el fundamento del ordenamiento jurídico, siempre en razón de su conducta relacionada a haber tomado parte en una organización criminal estructurada o haber enseñado firmemente la predisposición de continuar a realizar delitos graves de forma presumiblemente duradera, tipos de criminales a los cuales hay que combatir¹⁷⁸⁸.

¹⁷⁸⁶ “De otro lado, cabe añadir que, según se desprende de la lectura de los postulados sostenidos por los partidarios del denominado Derecho penal del enemigo, el tratamiento penal del delincuente imputable peligroso podría dar cabida a regímenes penales excepcionales que, de una u otra forma, legitimen un sistema de intervención penal que rebase los límites de lo permitido por el Estado de Derecho, esto es, amenazando a los sujetos peligrosos con penas desproporcionadas con la gravedad del hecho cometido y la culpabilidad del autor y llegando, incluso, a criminalizar conductas, hechos o situaciones que se encuentran muy lejos de la lesión —o puesta en peligro de lesión— de un bien jurídico-penalmente protegido y, finalmente, recortando las garantías que han de regir todo proceso penal.” ARMAZA ARMAZA, Emilio José Darío. *El tratamiento penal del delincuente imputable peligroso*. Granada, Comares, 2013, p. 149.

¹⁷⁸⁷ “De todo lo dicho hasta aquí cabe colegir que la noción de peligrosidad criminal del delincuente juega un papel fundamental y decisivo a la hora de calificar como enemigos, según los postulados de JAKOBS, a los infractores o agresores penales.” ARMAZA ARMAZA, Emilio José Darío. *El tratamiento penal del delincuente imputable peligroso*. Granada, Comares, 2013, p. 151.

¹⁷⁸⁸ “En este sentido, conviene poner de manifiesto que el mismo JAKOBS ha reconocido que con toda certeza «será difícil determinar quiénes son exactamente los sujetos que deben incluirse en esta categoría, pero no es imposible». De esta forma, dicho autor señala que ha de ser considerado como enemigo aquel ser humano que se ha convertido a sí mismo en parte de una estructura criminal solidificada, diluyendo así la esperanza de que

Este concepto, aunque sucinto, aclara tres cosas acerca de la identificación, en la obra de Jakobs, de lo que serían los enemigos, a saber: (1) la necesidad de imputabilidad del agente; (2) su puesta voluntaria en el estado de enemistad y (3) gravedad de los delitos realizados o que se propone realizar. Así pues, sólo la peligrosidad grave del sujeto imputable, originada en su propio ámbito de organización – es decir, derivada de su voluntad consciente y libre – es capaz de ponerle en un estado de enemistad contra la sociedad.

En esta medida, los inimputables o cualquier otro tipo de peligrosidad relacionada a una conducta involuntaria del agente, y también, la propensión a la realización de delitos y faltas que no son dotados de grave entidad, no cuadran en un concepto bien comprendido de enemigo puesto por Jakobs, porque no requieren una respuesta penal también grave y, por eso, no cumplen los requisitos de necesidad de las medidas políticocriminales orientadas a combatir enemigos. Véase, por ejemplo, la hipótesis de un sujeto que insiste en realizar delitos leves, como el hecho emborracharse en público (en los países que castigan esta conducta) pero que no interfiere en ámbitos de organización ajenos y, por eso, queda claro que su peligrosidad estrictamente criminal no tiene una entidad que le permita imponérsele la cualidad de enemigo, para nada.

Así pues, en primer lugar, hay que subrayar que los inimputables no son enemigos porque el enemigo pone a si mismo voluntariamente en el en el estatus de enemistad, mientras que un inimputable no tiene una voluntad válida para quitarse el estatus de ciudadano, sin embargo no sea una persona que tiene una personalidad plena, en términos de responder culpablemente. Aunque el sistema del derecho pueda considerar a un delincuente inimputable peligroso como un riesgo, el Derecho penal del enemigo es mucho más estricto y abarca categorías específicas de delincuentes y sujetos peligrosos.

De acuerdo con Jakobs, un enemigo es, de hecho, un delincuente imputable peligroso, pero la respuesta actual del sistema del Derecho a este tipo de delincuente, a través de la prisión

podrá encontrar un *modus vivendi* común con la sociedad, a pesar de algunos hechos criminales aislados. Como vemos, esta apreciación no deja dudas respecto del hecho de que los miembros de agrupaciones criminales organizadas —dentro de las cuales, desde luego, tendrían cabida los grupos terroristas— tendrían que ser vistos como enemigos a los que el estado debe combatir. (...) en cualquier caso, de una forma presuntamente duradera, ha abandonado el derecho y, por tanto no garantiza el mínimo cognitivo de seguridad del comportamiento personal y demuestra este déficit a través de su comportamiento».” ARMAZA ARMAZA, Emilio José Darío. *El tratamiento penal del delincuente imputable peligroso*. Granada, Comares, 2013, p. 150.

permanente revisable o de la imposición de pena añadida de medida de seguridad, parece razonable y proporcional, además de necesaria. En primer lugar, no se puede decir que todo lo que se aplica al criminal imputable peligroso es Derecho penal del enemigo, porque esta clasificación obedece a criterios propios, conforme lo aclarado en los párrafos precedentes, y conduce a la negación de intereses, principios, garantías, valores o derechos constitucionales. En segundo lugar porque, si respetadas todas las garantías procesales y constitucionales, y observada la necesidad, la proporcionalidad y la racionalidad de la medida de respuesta penal adoptada en relación con la peligrosidad del agente, a través de una ponderación de intereses y valores constitucionales en juego, no se puede afirmar perentoriamente que hubo una violación o supresión de algunos de los citados datos de rango constitucional.

Así pues, la medida de seguridad o prisión permanente revisable aplicable a los supuestos de criminalidad imputable peligrosa representan una ponderación entre principio de necesidad y principio de responsabilidad penal por el hecho, en el cual puede haber una prevalencia del principio de necesidad (ambos de rango constitucional). La existencia de meras sospechas o sólo la gravedad de los hechos realizados, por ejemplo, no tienen el poder de legítimamente fundamentar dichas medidas, hay que haber prueba muy fuerte de la continuidad de la práctica de delitos graves después de la ejecución de la condena o en el momento de la sentencia, como por ejemplo, la confesión de culpa realizada de forma libre y espontánea u otros medios seguros, como informes médicos. Es necesario también señalar la importancia de la creación de criterios objetivos para este procedimiento (de identificación de la peligrosidad) y de respeto a garantías procesales, si se quiere darle validez, además de mantenerse abierta la posibilidad de revisión constante de la peligrosidad del agente, aunque después de cumplido un mínimo de tiempo establecido por la ley.

En definitiva, el delincuente imputable peligroso que recibe una medida de seguridad ilimitada o una pena de prisión permanente revisable es identificado por el sistema del Derecho como un riesgo que debe estar sometido a un proceso de gestión por parte de este sistema. Dicho delincuente, de hecho, no recibe una pena *strictu sensu*, que tiene por finalidad la marginalización de su acto y el consecuente restablecimiento de la confianza en la vigencia de la norma, y por eso, dicha respuesta penal no cuadra con el diseño de la pena en el esquema funcionalista de observación de la realidad social, porque, en realidad, no es una pena.

Aunque la libertad de un delincuente imputable (o inimputable) peligroso represente un riesgo que debe ser gestionado por el sistema jurídico, lo que es el mismo sentido que tiene la libertad de un enemigo y, por eso, las funciones de los dos tipos de respuestas penales son las mismas, desde un punto de vista funcional, no se puede deducir de eso que en la aplicación de una medida de seguridad *a priori* ilimitada o de una condena de prisión permanente revisable, adecuadas y limitadas – *i. e.*, ponderadas – de hecho por el criterio de razonabilidad, (considerada la peligrosidad del agente) viola de forma absoluta o suprime un principio, derecho o garantía constitucional, y por eso, le falta el carácter absoluto que le permite entrar en el grupo de medidas típicas de un Derecho penal del enemigo.

CAPÍTULO 9

Toma de postura y presentación de un concepto original de Derecho penal del enemigo.

“En un tiempo de engaño universal – decir la verdad es un acto revolucionario.”¹⁷⁸⁹

George Orwell, 1984.

¹⁷⁸⁹ “*In a time of universal deceit - telling the truth is a revolutionary act.*” - George Orwell, 1984.

CAPÍTULO 9 - Toma de postura y presentación de un concepto original de Derecho penal del enemigo.

La elaboración de un concepto original sobre una idea que existe demanda un esfuerzo investigativo que pasa necesariamente por el estudio de los fundamentos y las repercusiones del objeto que se quiere analizar, desde el estado del arte del ámbito del conocimiento humano que se busca conocer con profundidad. Así pues, el estudio de algunos temas fundamentales de Derecho penal y las consecuencias posibles de la adopción de un u otro modelo políticocriminal de Derecho penal del enemigo son el objeto de investigación de los apartados siguientes.

9.1 Lo que es Derecho penal.

El Derecho penal es el conjunto de normas promulgadas por el Estado, que define delitos y faltas, es decir, que prohíbe determinadas conductas a través de amenaza de sanción o medida de seguridad, bien como todas las otras cuestiones de naturaleza penal¹⁷⁹⁰, que estén o no previstas en el Código Penal. En Brasil, todas las penas criminales están listadas en el artículo 5º, XLVI, de la Constitución¹⁷⁹¹ y en el 32, de Código Penal¹⁷⁹², y las penas de privación de la libertad y de restricción de otros derechos, de naturaleza penal, están regladas desde el artículo 33, hasta el artículo 48 de la misma ley. La pena de multa esta reglada por los artículos 49, 50, 51 y 52 del mismo Código. Italia¹⁷⁹³ y España¹⁷⁹⁴ también listan las penas

¹⁷⁹⁰ GRECO, Rogério. *Curso de Direito Penal*. Rio de Janeiro, Impetus, 2008. p. 2.

¹⁷⁹¹ “Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes: (...) XLVI - a lei regulará a individualização da pena e adotará, entre outras, as seguintes: a) privação ou restrição da liberdade; b) perda de bens; c) multa; d) prestação social alternativa; e) suspensão ou interdição de direitos;” BRASIL. *Constituição da República Federativa do Brasil*, Brasília, Senado, 1988.

¹⁷⁹² El Código Penal de Brasil establece: “El artículo 32 del Código Penal establece cuales son los tipos de sanciones penales, a saber: “Art. 32 - Las penas son: I - privativas de libertad; II - restrictivas de derechos; III - multa.” Texto original: *Art. 32 - As penas são: I - privativas de liberdade; II - restritivas de direitos; III - de multa*. BRASIL. *Decreto-lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940*. Código Penal. *Diário Oficial da União*, Rio de Janeiro, 31 dez. 1940.

¹⁷⁹³ El Código Penal italiano establece que: “Art. 17. Pene principali: specie. Le pene principali stabilite per i delitti sono: 1) la morte; 2) l'ergastolo; 3) la reclusione; 4) la multa. Le pene principali stabilite per le contravvenzioni sono: 1) l'arresto; 2) l'ammenda.” ITALIA. Regio Decreto 19 ottobre 1930, n. 1398, *Codice Penale*, in: *Gazzetta Ufficiale* del 26 ottobre 1930, n. 251, Roma, 1930.

¹⁷⁹⁴ El Código Penal español establece un listano muy extenso de penas, a saber: Artículo 32. Las penas que pueden imponerse con arreglo a este Código, bien con carácter principal bien como accesorias, son privativas de libertad, privativas de otros derechos y multa. Artículo 33. 1. En función de su naturaleza y duración, las penas se clasifican en graves, menos graves y leves. 2. Son penas graves: a) La prisión permanente revisable. b) La

criminales de sus ordenamientos jurídicos en sus Códigos Penales, cada uno de ellos de una forma diferente.

Lo que estas dos sanciones penales tienen en común es que son decurrentes de conductas tipificadas en la ley penal como delitos o faltas, que deben ser impuestas a los infractores en virtud de la práctica de las conductas tipificadas, exclusivamente por el Poder Judicial, de acuerdo con el Art. 5º, LVII, de la Constitución¹⁷⁹⁵. Como ámbito del conocimiento humano, de forma extremadamente amplia y omniabarcadora, el gran Maestro Antón Oneca define Derecho penal como:

“La ciencia del Derecho penal es en primer término dogmática jurídica, o sea sistema del derecho positivo. Su método es principalmente el lógico abstracto, que procede por generalizaciones sucesivas. Parte de la interpretación del precepto, obtiene después las notas comunes a una serie de preceptos llegando al concepto de institución, y, finalmente, alcanza los principios fundamentales del sistema. No puede, sin embargo, decirse, como se ha dicho muchas

prisión superior a cinco años. c) La inhabilitación absoluta. d) Las inhabilitaciones especiales por tiempo superior a cinco años. e) La suspensión de empleo o cargo público por tiempo superior a cinco años. f) La privación del derecho a conducir vehículos a motor y ciclomotores por tiempo superior a ocho años. g) La privación del derecho a la tenencia y porte de armas por tiempo superior a ocho años. h) La privación del derecho a residir en determinados lugares o acudir a ellos, por tiempo superior a cinco años. i) La prohibición de aproximarse a la víctima o a aquellos de sus familiares u otras personas que determine el juez o tribunal, por tiempo superior a cinco años. j) La prohibición de comunicarse con la víctima o con aquellos de sus familiares u otras personas que determine el juez o tribunal, por tiempo superior a cinco años. k) La privación de la patria potestad. 3. Son penas menos graves: a) La prisión de tres meses hasta cinco años. b) Las inhabilitaciones especiales hasta cinco años. c) La suspensión de empleo o cargo público hasta cinco años. d) La privación del derecho a conducir vehículos a motor y ciclomotores de un año y un día a ocho años. e) La privación del derecho a la tenencia y porte de armas de un año y un día a ocho años. f) Inhabilitación especial para el ejercicio de profesión, oficio o comercio que tenga relación con los animales y para la tenencia de animales de un año y un día a cinco años. g) La privación del derecho a residir en determinados lugares o acudir a ellos, por tiempo de seis meses a cinco años. h) La prohibición de aproximarse a la víctima o a aquellos de sus familiares u otras personas que determine el juez o tribunal, por tiempo de seis meses a cinco años. i) La prohibición de comunicarse con la víctima o con aquellos de sus familiares u otras personas que determine el juez o tribunal, por tiempo de seis meses a cinco años. j) La multa de más de tres meses. k) La multa proporcional, cualquiera que fuese su cuantía, salvo lo dispuesto en el apartado 7 de este artículo. l) Los trabajos en beneficio de la comunidad de treinta y un días a un año. 4. Son penas leves: a) La privación del derecho a conducir vehículos a motor y ciclomotores de tres meses a un año. b) La privación del derecho a la tenencia y porte de armas de tres meses a un año. c) Inhabilitación especial para el ejercicio de profesión, oficio o comercio que tenga relación con los animales y para la tenencia de animales de tres meses a un año. d) La privación del derecho a residir en determinados lugares o acudir a ellos, por tiempo inferior a seis meses. e) La prohibición de aproximarse a la víctima o a aquellos de sus familiares u otras personas que determine el juez o tribunal, por tiempo de un mes a menos de seis meses. f) La prohibición de comunicarse con la víctima o con aquellos de sus familiares u otras personas que determine el juez o tribunal, por tiempo de un mes a menos de seis meses. g) La multa de hasta tres meses. h) La localización permanente de un día a tres meses. i) Los trabajos en beneficio de la comunidad de uno a treinta días.” ESPAÑA. Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código penal. *Boletín Oficial del Estado*, 24 de noviembre de 1995, núm. 281.

¹⁷⁹⁵ “LVII - ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória;” BRASIL. *Constitución de la República Federativa del Brasil*, Brasília, Senado, 1988.

veces, que el precepto positivo y el razonamiento sean los únicos instrumentos de que debe valerse el jurista. En el derecho positivo hay lagunas, oscuridades, contradicciones. Es inútil la pretensión de sacar de él más de lo que realmente puede dar. De aquí la necesidad de acudir, con carácter limitado y complementario, al derecho ideal o justo. La ciencia del Derecho penal es también política criminal, o sea crítica de las instituciones vigentes y preparación de su reforma, conforme a los ideales jurídicos que se van constituyendo a medida que el ambiente histórico cultural sufre modificaciones”.¹⁷⁹⁶

El Derecho penal estudia las conductas tipificadas en ley y las sanciones de naturaleza penal de ellas decurrentes, que se limitan a las sanciones establecidas en el Código Penal, y en la legislación penal especial¹⁷⁹⁷. Estas sanciones son impuestas por el Poder Judicial, a personas que practiquen delitos o faltas, en los límites establecidos por la ley penal, y no tienen nada que ver con las sanciones originadas de Derecho Administrativo. En este trabajo se parte de un concepto de Derecho penal más cercano al que identifica el maestro Gimbernát, de la siguiente manera: “Derecho penal es “la actividad que tiene como objeto el conocimiento de las normas jurídico-penales”. O sea, la Dogmática penal nada más es que la actividad encaminada al conocimiento sistemático del Derecho positivo, a la construcción de una estructura orgánica de datos, criterios y principios.”¹⁷⁹⁸ Sin embargo, conforme von Kirchmann, hay que reconocerse que la existencia de la ley no es capaz de reconocerse su fundamento y tampoco de darle la debida aplicación, de la siguiente forma:

“La ley positiva es rígida; el derecho, progresivo. Por eso la verdad misma de aquélla se convierte con el tiempo en falsedad. Su sustitución por una ley nueva no es nunca realizable sin violencia; le falta la flexibilidad continua, y por tanto suave, del derecho natural. La ley positiva es abstracta; su necesaria sencillez destruye la riqueza de las formas individuales. De ahí las figuras híbridas de la equidad y del arbitrio judicial. (...) Finalmente, la ley positiva es el arma sin

¹⁷⁹⁶ ANTÓN ONECA, José, *Derecho penal*, 2ª edición, Akal, 1986, pp. 24-25.

¹⁷⁹⁷ Excepcionalmente, en la legislación extravagante, están previstas otras formas de sanción de naturaleza penal, para el tipo penal de tenencia o porte de drogas para uso propio, consistente en la amonestación verbal por parte del juez o la asistencia obligatoria a programa o curso educativo, sin la posibilidad de conversión de estas penas en pena de prisión. Véase: “Art. 28. *Quem adquirir, guardar, tiver em depósito, transportar ou trazer consigo, para consumo pessoal, drogas sem autorização ou em desacordo com determinação legal ou regulamentar será submetido às seguintes penas: I - advertência sobre os efeitos das drogas; II - prestação de serviços à comunidade; III - medida educativa de comparecimento a programa ou curso educativo.*” BRASIL. *Lei nº 11.343, de 23 de agosto de 2006*. Institui o Sistema Nacional de Políticas Públicas sobre Drogas, etc. *Diário Oficial da União*, Brasília, 24 out. 2006.

¹⁷⁹⁸ GIMBERNÁT ORDEIG, Enrique. *Concepto y método de la ciencia del Derecho penal*, Editorial Tecnos, Madrid, 1999, p. 13.

voluntad, igualmente sumisa a la sabiduría del legislador y a la pasión del déspota¹⁷⁹⁹

Así pues, en un sentido funcional sistémico, se le define al Derecho penal como el acoplamiento estructural entre los sistemas de la política (a través de la producción de una política criminal, con el código binario mayoría/minoría en un sistema democrático, o poder/no poder), del sistema del Derecho (a través de la del establecimiento concreto de pautas de conducta normativas e imperativas, usándose el código binario lícito/ilícito), y del sistema de la ciencia (que, a través de la producción de conocimiento bajo la utilización del código binario verdadero/falso en los análisis de las hipótesis científicas, alimenta tanto el sistema de la política, con informaciones de la criminología, psicología, sociología *et caetera*, cuanto el sistema del Derecho, con la construcción de las categorías dogmáticas del Derecho penal, para la aplicación de las normas penales), lo que no se confunde con la sociología jurídica o criminal, para nada¹⁸⁰⁰.

Como producto final de este proceso se ha creado la dogmática, que representa el medio y la forma de producción de conocimiento a través de la técnica llamada Derecho penal obedece a la ley, conforme lo subraya el Maestro Polaino Navarrete, de la siguiente manera:

“Si la norma es obra del legislador (Poder legislativo), la Dogmática es llevada a cabo por todos aquellos juristas (intérpretes y aplicadores de las normas penales) que se ocupen del conocimiento del Derecho positivo. En todo caso, Ordenamiento positivo (obra del legislador) y Dogmática penal (obra de los juristas) van inseparablemente unidos: la Dogmática presupone el Ordenamiento, o lo que es lo mismo, la Dogmática es el conocimiento sistemático del objeto de conocimiento de la Ciencia penal”¹⁸⁰¹.

La diferencia entre Derecho penal y las demás ramas del Derecho es que Derecho penal es la más fuerte forma de intervención del Estado en la sociedad, que puede llegar hasta la prisión

¹⁷⁹⁹ VON KIRCHMANN, Julius Hermann. *La jurisprudencia no es ciencia. El carácter a-científico de la llamada ciencia del derecho* (1847), traducción de Antonio Truyol y Serra, 2ª edición, Instituto de Estudios Políticos, Madrid, 1961, p. 51

¹⁸⁰⁰ “Las consecuencias del positivismo en las ciencias jurídicas son conocidas: la tendencia imperialista de la ciencias naturalísticas decididas a reemplazar a la ciencia del Derecho: se niega el carácter científico a la dogmática jurídica y se propone que pase a ocupar su lugar la sociología jurídica (así, Ehrlich y Jerusalem, por ejemplo); en el caso del Derecho penal, la sociología criminal (así, por ejemplo, Ferri)”. GIMBERNAT ORDEIG, Enrique. *Concepto y método de la ciencia del Derecho penal*, Editorial Tecnos, Madrid, 1999, p. 39.

¹⁸⁰¹ POLAINO NAVARRETE, Miguel, *Lecciones de Derecho Penal Parte General*, Tomo I, Editorial Tecnos, Madrid, 2013, p. 31.

como forma de punición (no de constreñimiento a hacerse algo) y está: a) organizado por la noción de tipicidad, derivada de la legalidad estricta (ontología); b) orientado a la manutención de la vigencia de la norma/o manutención del respeto a los bienes jurídicos más importantes (teleología); c) está sometido y basado por demás principios constitucionales (deontología). En relación especial con esta última característica, hay que observar que:

“La característica fundamental, en este aspecto, del Derecho penal es que se trata de un instrumento de control social formalizado; es decir, que reúne una serie de garantías que proporcionan la seguridad de unas respuestas previstas, objetivas e iguales. Precisamente por la magnitud de las respuestas penales consistentes, como sabemos, en la privación o restricción de la libertad u otros derechos, es preciso someterlo a la formalización”¹⁸⁰².

9.2 Lo que es enemigo.

En primer lugar, para comprender lo que sería un Derecho penal del enemigo, es necesario establecer de forma muy clara un concepto de enemigo. En un primer momento, se busca una forma de construir dicho concepto desde el punto de vista de la política, ámbito de donde vienen los conceptos de guerra y enemigo. De hecho, la construcción de un concepto funcionalista sistémico de enemigo sólo será posible después de la investigación de las bases y fundamento de dicha teoría.

9.2.1 El concepto de enemigo desde Jakobs.

De entrada, hay que aclarar que la construcción de un concepto funcionalista de Derecho penal del enemigo, a través del estudio de sus posibles fuentes en la sociología, lo que fue realizado en el momento oportuno, después de la investigación de algunos aportes de la sociología contemporánea. Así pues, de forma directa, sin embargo borrosa, Jakobs define al enemigo de la siguiente forma:

Así sucede cuando el delincuente, bien en su conducta (en los delitos sexuales), bien en su medio de vida (la criminalidad económica, el crimen organizado o la delincuencia relacionada con los estupefacientes) o bien a través de su vinculación a una organización

¹⁸⁰² CARBONELL MATEU, Juan Carlos. *Derecho penal: concepto y principios constitucionales*, 3ª edición. Tirant lo Blanch, Valencia, 1999, p. 238. ANTÓN ONECA, José, *Derecho Penal*, 2ª edición. Akal, 1986, p. 65.

(terrorismo, de nuevo el crimen organizado y la delincuencia de estupefacientes"), se ha consagrado de modo tácito y duradero a la delincuencia.¹⁸⁰³

Sin embargo, para que sea posible la construcción de un concepto de enemigo coherente con las proposiciones de Jakobs, es necesaria una comprensión introductoria de la idea de enemigo alrededor de la cual Jakobs ha construido su concepto. Es decir, aunque sólo se puede comprender el real significado sociológico del concepto de Derecho penal del enemigo de Jakobs, para que se busque un concepto de enemigo útil en la comprensión del tema estudiado, es necesario el estudio de lo que efectivamente es un enemigo para el autor alemán. En este sentido, el propio Jakobs explica su concepto:

Con este lenguaje —adelantando la punibilidad, combatiendo con penas más elevadas, limitando las garantías procesales—, el Estado no habla con sus ciudadanos, sino que amenaza a sus enemigos, y queda el interrogante de quiénes son considerados como enemigos. El enemigo es un individuo que, no sólo de manera incidental, en su comportamiento (delincuencia sexual; ya el antiguo delincuente habitual «peligroso» según el § 20.a StGB [suprimido por la Primera Ley de Reforma del Derecho penal, de 25 de junio de 1969, BGB, I p. 645]) o en su ocupación profesional (delincuencia económica, delincuencia organizada y también, especialmente, tráfico de drogas) o, principalmente, a través de su vinculación a una organización (terrorismo, delincuencia organizada, nuevamente la delincuencia de drogas, o el ya antiguo «complot de asesinato»), es decir, en cualquier caso de forma presuntamente duradera, ha abandonado el Derecho, por consiguiente ya no garantiza el mínimo de seguridad cognitiva del comportamiento personal y lo manifiesta a través de su conducta.¹⁸⁰⁴

En este contexto, como se puede ver, el enemigo es un individuo que, no sólo de manera incidental, sino constantemente, en su comportamiento, en su ocupación profesional o ejerciendo una función en una organización criminosa, de forma presumiblemente permanente, ha abandonado el Estado de Derecho. Así pues, aunque el propio Jakobs lo informa ser difícil reconocer quien puede ser considerado como enemigo, se puede identificar, de hecho, en algunos supuestos, quien sea un enemigo de forma muy clara, de la siguiente manera:

¹⁸⁰³ JAKOBS, Günther. *Dogmática de Derecho penal y la Configuración Normativa de la Sociedad*, Madrid, Editorial Civitas, 2004, pp. 68-69.

¹⁸⁰⁴ JAKOBS, Günther. *Dogmática de Derecho penal y la Configuración Normativa de la Sociedad*, Madrid, Editorial Civitas, 2004, p. 44 y ss. También en: JAKOBS, Günther. *Moderna Dogmática Penal, Estudios Compilados*, México D. F., Porrúa, 2002, p. 733.

En este sentido, conviene poner de manifiesto que el mismo JAKOBS ha reconocido que con toda certeza «será difícil determinar quiénes son exactamente los sujetos que deben incluirse en esta categoría, pero no es imposible». De esta forma, dicho autor señala que ha de ser considerado como enemigo aquel ser humano que se ha convertido a sí mismo en parte de una estructura criminal solidificada, diluyendo así la esperanza de que podrá encontrar un *modus vivendi* común con la sociedad, a pesar de algunos hechos criminales aislados. Como vemos, esta apreciación no deja dudas respecto del hecho de que los miembros de agrupaciones criminales organizadas —dentro de las cuales, desde luego, tendrían cabida los grupos terroristas— tendrían que ser vistos como enemigos a los que el estado debe combatir. (...) en cualquier caso, de una forma presuntamente duradera, ha abandonado el derecho y, por tanto no garantiza el mínimo cognitivo de seguridad del comportamiento personal y demuestra este déficit a través de su comportamiento».¹⁸⁰⁵

A través de criterios normativos producidos de forma legítima y constitucional en sociedades democráticas se puede deducir que algunos sujetos sean enemigos, por subsunción a las características identificadas por Jakobs. A través de un análisis del ordenamiento jurídico, de acuerdo con lo que enseña Jakobs, se puede definir como enemigo, seguramente, a un terrorista condenado con un sentencia firme (agotados todos los tipos de impugnación judicial) por más de diez hechos terroristas con muerte de civiles en todos ellos.

Así pues, es posible definir quien es enemigo, especialmente en supuestos extremos como el puesto, lo que permite concluir que, de acuerdo con su teoría, es posible, de hecho identificar enemigos en nuestras sociedades, aún que la mayoría de los supuestos de hecho, en la práctica, represente situaciones borrosas o de difícil definición, lo que se podría resolver a través de la regla de análisis de las pruebas denominada *in dubio pro reo*.

Sin embargo, hay que reconocerse que la mera descripción de dicho concepto no permite, de pronto, la comprensión de su significado, de sus características, y principalmente de sus efectos, razón por la cual se busca encontrar un marco teórico en el cual será posible comprender la amplitud y complejidad del concepto propuesto por Jakobs.

¹⁸⁰⁵ ARMAZA ARMAZA, Emilio José Darío. *El tratamiento penal del delincuente imputable peligroso*. Granada, Comares, 2013, p. 150.

En relación con lo que lo que Jakobs propone, hay que realizarse algunas ponderaciones. En primer lugar, es interesante analizarse un con concepto funcionalista de enemigo, propuesto por Polaino-Orts, formulado de la siguiente manera:

Enemigo es quien, incluso manteniendo intactas sus capacidades intelectual y volitiva, y disponiendo de todas las posibilidades de adecuar su comportamiento a la norma, decide *motu proprio* autoexcluirse del sistema, rechazando las normas dirigidas a personas razonables y competentes, y despersonalizándose o, por mejor decir, despersonalizándose a sí mismo mediante la manifestación exterior de una amenaza en forma de inseguridad cognitiva, que —precisamente por poner en peligro los pilares de la estructura social y el desarrollo integral del resto de ciudadanos («personas en Derecho») — ha de ser combatida por el ordenamiento jurídico de forma especialmente drástica, con una reacción asegurativa más eficaz. Esta reacción se circunscribe a garantizar y restablecer el mínimo de respeto para la convivencia social: el comportamiento como persona en Derecho, el respeto de las demás personas y —en consecuencia— la garantía de la seguridad cognitiva de los ciudadanos en la norma.¹⁸⁰⁶

En este sentido, se identifica como una exigencia previa a la propia comprensión del significado real del concepto de enemigo de Jakobs, la investigación de las orígenes políticas que puedan haber sido la fuente de la creación jakobsiana, pero principalmente que sirven de herramientas para la comprensión del real significado, características y funciones del concepto estudiado.

9.2.2 El concepto de enemigo desde Carl Schmitt.

De todos los investigadores de la política, sociología y derecho que se han dedicado a desarrollar un concepto de enemigo, el más conocido es, sin duda, Carl Schmitt, razón por la cual su obra fue elegida como la fuente inicial del concepto de enemistad en este trabajo. Es seguro también, como se aclarará, que Jakobs ha sido influenciado por este concepto de enemigo, cuando empezó a escribir sobre el tema.

¹⁸⁰⁶ POLAINO-ORTS, Miguel. *Derecho penal del enemigo*. Fundamentos, potencial de sentido y límites de vigencia. Barcelona Bosch, 2009, p. 192.

El estudio titulado *El concepto de lo político*¹⁸⁰⁷, de Carl Schmitt, y su distinción entre los conceptos de amigo y enemigo, han sido seguramente influenciados por la situación política alemana después de la primera guerra mundial (*Weimarer Republik*). Así pues, se puede observar, que dicha obra, en algún sentido, parece ser una respuesta a algunos de sus problemas sociopolíticos contemporáneos, y nos presenta tres elementos político-jurídicos esenciales del pensamiento de su autor, a saber:

- “1) Su interpretación y comprensión de las razones que subyacen a la crisis del modelo constitucional alemán que se construye desde el fracaso de la Revolución de 1848;
- 2) Su crítica a la insuficiencia de las categorías del positivismo jurídico-público alemán;
- 3) Su respuesta al déficit de autoridad del Estado”¹⁸⁰⁸

De acuerdo con la investigadora estadounidense Gabriella Slomp, Schmitt, en *El concepto de lo político*¹⁸⁰⁹, adopta tres nociones cardinales, típicas de la tradición del pensamiento político occidental hobbesiana, fundamentales para la construcción de su distinción amigo/enemigo, a saber: (1) pesimismo antropológico; (2) seguridad como función principal de lo político y (3) principio de protección/obediencia en la relación Estado/súbdito¹⁸¹⁰. Así pues, como para Hobbes y Maquiavelo, Schmitt creía que la visión negativa de la naturaleza humana es la premisa esencial de todas las líneas de pensamiento político mínimamente relevantes, que la función principal de la política (y del Estado) es la garantía de la seguridad, y que, en influencia directa de Thomas Hobbes, a través de la relación de obediencia del súbdito, hacia el Estado, y la protección por parte de este, de sus súbditos, se veía posible la única forma de organización social mínimamente ordenada.

Para Schmitt, La distinción entre amigo y enemigo es más que la función de la política, sino su esencia. Aunque Schmitt siga la tradición política de Hobbes, en relación a la centralidad de la seguridad para la política, la esencia de lo político, a distinción de Hobbes, es la

¹⁸⁰⁷ SCHMITT, Carl. *El concepto de lo político* (1932), con un Prólogo y tres. Corolarios de Carl Schmitt. Traducido por Dénes Martos, Katariche, 1963.

¹⁸⁰⁸ PEREIRA, David Teles. “Nemesis: sobre os conceitos políticos de inimidade e vingança”. Em: AA. VV. *Carl Schmitt Revisitado*. Carlos Blanco de Moraes Luís Pereira Coutinho (organizadores), Lisboa, Instituto de Ciências Jurídico-Políticas, 2014, p. 52.

¹⁸⁰⁹ SCHMITT, Carl. *El concepto de lo político* (1932), con un Prólogo y tres. Corolarios de Carl Schmitt. Traducido por Dénes Martos, Katariche, 1963, *passim*.

¹⁸¹⁰ SLOMP, Gabriella. *Carl Schmitt and the Politics of Hostility, Violence and Terror*. Palgrave Mcmillan, New York, 2009, p. 21.

distinción entre amigo y enemigo. Es decir, la distinción entre los amigos y los enemigos no es una tarea de lo político, como informaban sus antecesores, sino su esencia.¹⁸¹¹ Así pues, lo político puede conllevar a la paz (amistad) y a la guerra real (enemistad)¹⁸¹². Schmitt informa que:

“La diferenciación específicamente política, con la cual se pueden relacionar los actos y las motivaciones políticas, es la diferenciación entre el amigo y el enemigo. Esta diferenciación ofrece una definición conceptual, entendida en el sentido de un criterio y no como una definición exhaustiva ni como una expresión de contenidos. (...) La diferenciación entre amigos y enemigos tiene el sentido de expresar el máximo grado de intensidad de un vínculo o de una separación, una asociación o una disociación. Puede existir de modo teórico o de modo práctico, sin que por ello y simultáneamente todas las demás diferenciaciones morales, estéticas, económicas, o de otra índole, deban ser de aplicación. El enemigo político no tiene por qué ser moralmente malo; no tiene por qué ser estéticamente feo; no tiene por qué actuar como un competidor económico y hasta podría quizás parecer ventajoso hacer negocios con él. Es simplemente el otro, el extraño, y le basta a su esencia el constituir algo distinto y diferente en un sentido existencial especialmente intenso de modo tal que, en un caso extremo, los conflictos con él se tornan posibles, siendo que estos conflictos no pueden ser resueltos por una normativa general establecida de antemano, ni por el arbitraje de un tercero "no-involucrado" y por lo tanto "imparcial".”¹⁸¹³

La primera observación que se puede hacer es la necesidad de reconocimiento del carácter independiente de la distinción amigo/enemigo. Sus raíces no son estéticas, religiosas, morales o económicas, son esencialmente políticas. En este contexto, se podría concluir que para el autor enemigo es simplemente el otro, el extraño, el extranjero, que no tiene vinculación política de ciudadanía con el Estado al cual están vinculados los clasificados como amigos. Pero esta es sólo la primera característica de la enemistad: la exterioridad. Se debe añadir a dicha característica la posibilidad de guerra, de un combate real. En las palabras de Schmitt:

“"Enemigo" es sólo un conjunto de personas que, por lo menos de un modo eventual — esto es: de acuerdo con las posibilidades reales —

¹⁸¹¹ SLOMP, Gabriella. *Carl Schmitt and the Politics of Hostility, Violence and Terror*. Palgrave Mcmillan, New York, 2009, p. 21.

¹⁸¹² SLOMP, Gabriella. *Carl Schmitt and the Politics of Hostility, Violence and Terror*. Palgrave Mcmillan, New York, 2009, p. 11.

¹⁸¹³ SCHMITT, Carl. *El concepto de lo político* (1932), con un Prólogo y tres. Corolarios de Carl Schmitt. Traducido por Dénes Martos, Katariche, 1963, p. 16 y ss.

puede combatir a un conjunto idéntico que se le opone. Enemigo es solamente el enemigo público, porque lo que se relaciona con un conjunto semejante de personas — y en especial con todo un pueblo — se vuelve público por la misma relación. El enemigo es el *hostis*, no el *inimicus* en un sentido amplio; el *polemios*, no el *echthros*.¹⁸¹⁴

De hecho, en castellano, portugués, italiano o alemán, la palabra enemigo tiene muchos sentidos que en otras lenguas, como el latín, el griego y el inglés, están divididos en dos o más palabras. Por ejemplo, en latín, tenemos el *hostis* y el *inimicus*¹⁸¹⁵; en griego tenemos el *polémios* (πολέμιος) y el *echtrós* (εχθρός), y en inglés, el *enemy* y el *foe*¹⁸¹⁶. También en hebraico, tenemos *sonéh* (שוּנֵה) y *ojev* (אֹיֵב)¹⁸¹⁷. Como ejemplo de lengua que tiene muchas palabras para significar los muchos sentidos que la palabra enemigo puede tener, se puede poner el hebraico, que a parte de las palabras ya citadas, posee: *tzorer* (צוֹרֵר), *sone* (שׁוֹנֵא) y *shârar* (שׁוֹרֵר), que pueden significar enemigo en sentidos y contextos diferentes.

En portugués y en español, las palabras que podrían significar *enemigo por razones privadas*, si eso se puede plantear, aunque con alguna pérdida de contenido semántico, serían *oponente*, *adversario* o *rival*, palabras que poseen el mismo sentido y grafía en ambas lenguas (a diferencia que hay un acento agudo en la segunda letra *a* de la palabra adversario, en portugués).

En este contexto, *inimicus*, *foe* y *echtrós* significan enemigo privado, o enemigo en un contexto de identidad. Representan una enemistad basada en intereses exclusivamente privados, donde aún hay un cierto grado de amistad. En la vida práctica de uno, sería su rival o competidor, en un contexto basado en reglas aceptas de forma común por los dos. Es un

¹⁸¹⁴ SCHMITT, Carl. *El concepto de lo político* (1932), con un Prólogo y tres. Corolarios de Carl Schmitt. Traducido por Dénes Martos, Katariche, 1963, p. 17.

¹⁸¹⁵ “But this being said, Schmitt cites the *Lexicon* apropos of his Latin terms specifically—*hostis* and *inimicus*—and Forcellini’s *hostis* entry does provide some lexical support for this Latin opposition.¹³ For instance, Forcellini gives a phrase from Cicero’s *Eleventh Philippic* in which, to Cicero’s disgust, Marc Antony and Dolabella threaten to punish Roman republicans “not as opponents, but as enemies”: *non inimicos, sed hostis* (Forcellini 1771, 2: 444; 1828, 1: 885). So as Schmitt leads us to expect, Cicero could rely—as he does in this *Philippic*—on a recognisable, lexical-conceptual distinction between the Latin terms *hostis* and *inimicus*.” DUSENBURY, David Lloyd “Carl Schmitt on *Hostis* and *Inimicus*: A Veneer for Bloody-Mindedness”, in: *Ratio Juris: An International Journal of Jurisprudence and Philosophy of Law*, Volume 28, Issue 3, September 2015, pp. 431-439, p. 436.

¹⁸¹⁶ PEREIRA, David Teles. “Nemesis: sobre os conceitos políticos de inimizade e vingança”. Em: AA. VV. *Carl Schmitt Revisitado*. Carlos Blanco de Moraes Luís Pereira Coutinho (organizadores), Lisboa, Instituto de Ciências Jurídico-Políticas, 2014, p. 63.

¹⁸¹⁷ BEDERMAN, David J. *International Law in antiquity*. Cambridge: Cambridge University Press, 2001, p. 242.

adversario, oponente o rival. De otro lado, *hostis*, *enemy* y *polémios* significan enemigo público, o enemigo en un contexto de no identidad. La enemistad está basada en razones de orden privado, donde el enemigo representa una completa rotura con las bases comunes de una organización social. En la vida pública de uno, sería el ejército extranjero que invade su ciudad. Ahora la enemistad está basada en razones de orden público, en un contexto donde no hay reglas comunes. La esencia de dicha distinción es la esencia del concepto de enemigo en la política y en el derecho, como será explicado en los próximos apartados.

Los conceptos de enemigo público y enemigo privado se relacionan de la misma forma que las concepciones de guerra y guerra civil, en los escritos de Platón, en la República, véase

“Me parece que de la misma forma que hay dos nombres, *guerra* y *guerra civil*, hay también dos cosas y dos formas de calificar los tipos de discordancia creada. Las dos cosas a las cuales hago referencia son, una que es propia y parecida, de un lado, y otra que es extranjera y extraña, en el otro lado. Las palabra *guerra civil* debe referirse a las hostilidades de la cosa propiamente dicha, mientras que la palabra *guerra* debe aplicarse a las hostilidades de extraños.”¹⁸¹⁸

La discusión de Platón se pasa en el contexto del diálogo con Sócrates y Glauco, sobre el tema de la invasión bárbara en Grecia, en comparación con las revueltas griegas, es decir, Sócrates comparaba el manejo llevado a cabo por el Estado (Atenas) de la guerra contra otro grupo (*polémios*) y el hecho de que los ciudadanos estén enfadados unos con los otros (*echtrós*), lo que ejemplifica muy bien la diferencia de sentidos entre los dos nombres, y se constituye en el punto central para comprender el pensamiento de Carl Schmitt sobre la diferencia entre amigos y enemigos.

En este contexto, se debe informar que para Schmitt, la verdadera enemistad es la enemistad externa con la cual se califica el *hostis*, el *polémios*, el *enemy*, y no la enemistad interna, típica del *inimicus*, del *échtros*, del *foe*. Se debe observar que, dicha distinción no ocurre por mera

¹⁸¹⁸ “It seems to me that as we have two names, “war” and “civil war”, so there are two things and the names apply to two kinds of disagreements arising in them. The two things I’m referring to are what is one’s own and akin, on the one hand, and what’s foreign and strange, on the other. The name “civil war” applies to hostilities with one’s own, while “war” applies to hostilities with strangers”. Platón. La República, Libro V, Capítulo. XVI, párrafo 470, in: PLATO, *The Republic*, Book V, translated by Grube, G. M. A., and C. D. C. Reeve. Indianapolis: Hackett Pub. Co., 1992, pp. 122 y ss.

casualidad o ímpeto de precisión terminológica pura, pero para identificar que de ella advienen graves consecuencias, como se pasa a explicar.

Así pues, se puede observar que dicha distinción de sentidos del término enemigo existe en razón de la necesidad de tratar de forma diferente aquellos miembros de la comunidad que están en conflicto en el interior de dicha comunidad, pero que siguen compartiendo su estatus de ciudadanía, de aquellos enemigos externos, que no tienen identificación con el grupo, con la clara finalidad de búsqueda de cohesión social. Eso es lo que informa el profesor portugués David Teles Pereira:

“El fundamento central de la hostilización del enemigo externo (Estado extranjero o persona) es la necesidad de defensa y de la afirmación del grupo político, mientras que el fundamento de la hostilización del enemigo interno es la necesidad casi de cohesión del grupo, esencial a la formación de sus estructuras sociales y a su capacidad de defensa. El enemigo externo es una amenaza, aunque en la mayoría de los casos lo sea potencialmente, y no de inmediato.”¹⁸¹⁹

Eso está claro en el pensamiento de Schmitt. Es como si la eliminación, de hecho, del enemigo fuese la forma esencial de búsqueda de la cohesión. De la misma forma que su contemporáneo Hans Welzel, Carl Schmitt parece negar que las categorías por él tratadas sean ideales o abstractas, es decir, él sostiene que su aporte dice respecto a la ontología. Al tratar de concepto de enemigo externo (*hostis, polémios, enemy*), él rehúsa cualquier tipo de metáfora o interpretación de dicho concepto, es decir, una vez que el enemigo sólo existe en un contexto de guerra, y en esta, se quiere la eliminación física de enemigo, su muerte, sólo es posible concebir el enemigo si se quiere su muerte, de hecho. Véase:

“Al concepto de enemigo y residiendo en el ámbito de lo real, corresponde la eventualidad de un combate. En el empleo de esta palabra hay que hacer abstracción de todos los cambios accidentales, subordinados al desarrollo histórico, que ha sufrido la guerra y la tecnología de las armas. La guerra es el combate armado entre

¹⁸¹⁹ Texto original: “*O fundamento central da hostilização do inimigo externo (do Estado estrangeiro visto como inimigo) é a necessidade de defesa e de afirmação do grupo político, enquanto o fundamento de hostilização do inimigo interno é a necessidade quase absoluta de coesão do grupo, essencial à formação das suas estruturas sociais e à sua capacidade de defesa. O inimigo externo é uma ameaça, apesar de na maioria dos casos o ser apenas potencialmente e não no imediato. Pelo contrário, o inimigo interno é como uma doente.*” PEREIRA, David Teles. “*Nemesis: sobre os conceitos políticos de inimizade e vingança*”. Em: AA. VV. *Carl Schmitt Revisitado*. Carlos Blanco de Morais Luís Pereira Coutinho (organizadores), Lisboa, Instituto de Ciências Jurídico-Políticas, 2014, p. 63.

unidades políticas organizadas; la guerra civil es el combate armado en el interior de una unidad organizada (unidad que se vuelve, sin embargo, problemática debido a ello). Lo esencial en el concepto de "arma" es que se trata de un medio para provocar la muerte física de seres humanos. Al igual que la palabra "enemigo", la palabra "combate" debe ser entendida aquí en su originalidad primitiva esencial. No significa competencia, ni el "puramente espiritual" combate dialéctico, ni la "lucha" simbólica que, al fin y al cabo, toda persona siempre libra de algún modo porque, ya sea de una forma o de otra, toda vida humana es una "lucha" y todo ser humano un "luchador". Los conceptos de amigo, enemigo y combate reciben su sentido concreto por el hecho de que se relacionan especialmente con la posibilidad real de la muerte física y mantienen esa relación. La guerra proviene de la enemistad puesto que ésta es la negación esencial de otro ser. La guerra es solamente la enemistad hecha real del modo más manifiesto. No tiene por qué ser algo cotidiano, algo normal; ni tampoco tiene por qué ser percibido como algo ideal o deseable. Pero debe estar presente como posibilidad real si el concepto de enemigo ha de tener significado.¹⁸²⁰

Para Schmitt, el fundamento de la guerra es la enemistad, y esta, a su vez, es la negación del otro ser. Para Schmitt, el Estado debería tener el papel de superestructura, y la pérdida de homogeneidad en dicha estructura ha sido objeto de duras críticas por su parte.¹⁸²¹ Para el autor, el concepto de guerra está basado en la verdadera enemistad, y por eso, no encuentra los límites que se le podría plantear, de la siguiente forma:

En las teorías bélicas se trata siempre de la distinción de la enemistad, que otorga a la guerra su sentido y su carácter. Cualquier intento de acotar o limitar la guerra ha de tener presente de manera consciente qué enemistad es la noción primaria en relación con la idea de la guerra. Una distinción de las diferentes especies de enemigo tiene que preceder a la distinción de las diversas clases de guerra. Si no se procede así, todas las preocupaciones por un acotamiento o una limitación de la guerra resultan un juego que no resiste a la irrupción de verdadera enemistad.¹⁸²²

Avanzando en su concepción de enemigo, Schmitt introduce una matización muy importante para la comprensión del significado de enemigo que propone. En su *Teoría del Guerrillero* –

¹⁸²⁰ SCHMITT, Carl. *El concepto de lo político* (1932), con un Prólogo y tres. Corolarios de Carl Schmitt. Traducido por Dénes Martos, Katariche, 1963, p. 20.

¹⁸²¹ PEREIRA, David Teles. "Nemesis: sobre os conceitos políticos de inimizade e vingança". Em: AA. VV. *Carl Schmitt Revisitado*. Carlos Blanco de Morais Luís Pereira Coutinho (organizadores), Lisboa, Instituto de Ciências Jurídico-Políticas, 2014, p. 65.

¹⁸²² SCHMITT, Carl. *Teoría del partisano*, Madrid, Instituto de Estudios Políticos, 1966, p. 123.

observaciones al concepto de lo político, a través de la observación de la resistencia española el ejército de Napoleón entre los años 1808 y 1813, el autor, dentro de su propio concepto de enemigo (*hostis, enemy, polémios*) crea la diferencia entre las nociones de enemigo real y enemigo absoluto¹⁸²³.

El conflicto que existe con el enemigo real queda resuelto con la conquista de los bienes que dieron origen a dicho conflicto, como por ejemplo, las regiones invadidas. Se aplican las reglas y tratados internacionales que regulan la guerra a la relación establecida con el enemigo real.¹⁸²⁴ En relación con el enemigo absoluto, es diferente, una vez que su concepción no está limitada por cualquier tipo de consideración de tiempo o espacio.

Así pues, en su *Teoría del Guerrillero – observaciones al concepto de lo político*, Schmitt pone el ejemplo de la invasión napoleónica a España.¹⁸²⁵ Para los guerrilleros españoles del año 1808 a 1813, su enemigo real fue el ejército francés. Pero eso tiene poco que ver con la idea de enemigo absoluto, que no encuentra referencias en el tiempo y en el espacio: el enemigo es como su propia enemistad, global y eterno.¹⁸²⁶ En la historia de la humanidad existen muchos ejemplos de este tipo de enemigo. Véase el ejemplo puesto por el propio Schmitt:

“Lenin trasladó el centro de gravedad conceptual de la guerra a lo político, es decir, a la distinción de amigo y enemigo. Este traslado tenía su lógica, y seguía consecuentemente la línea del pensamiento de Clausewitz, que decía que la guerra es una continuación de la política. Pero Lenin, como revolucionario profesional de la guerra civil universal, fue más allá y convirtió al verdadero enemigo en enemigo absoluto. Clausewitz habló en alguna ocasión de la guerra absoluta, pero nunca dejó de suponer la regularidad de un orden estatal existente. No fue capaz de imaginarse al Estado como instrumento de un partido, o a un partido que mandase en el Estado. Con la absolutización del partido también el partisano se hizo absoluto, y se convirtió en portador de una enemistad absoluta. Hoy día no es difícil

¹⁸²³ PEREIRA, David Teles. “Nemesis: sobre os conceitos políticos de inimizade e vingança”. Em: AA. VV. *Carl Schmitt Revisitado*. Carlos Blanco de Morais Luís Pereira Coutinho (organizadores), Lisboa, Instituto de Ciências Jurídico-Políticas, 2014, p. 65.

¹⁸²⁴ PEREIRA, David Teles. “Nemesis: sobre os conceitos políticos de inimizade e vingança”. Em: AA. VV. *Carl Schmitt Revisitado*. Carlos Blanco de Morais Luís Pereira Coutinho (organizadores), Lisboa, Instituto de Ciências Jurídico-Políticas, 2014, p. 66.

¹⁸²⁵ SCHMITT, Carl. *Teoría del partisano*, Madrid, Instituto de Estudios Políticos, 1966, p. 122-123.

¹⁸²⁶ PEREIRA, David Teles. “Nemesis: sobre os conceitos políticos de inimizade e vingança”. Em: AA. VV. *Carl Schmitt Revisitado*. Carlos Blanco de Morais Luís Pereira Coutinho (organizadores), Lisboa, Instituto de Ciências Jurídico-Políticas, 2014, p. 66.

adivinar el truco conceptual que provocó este cambio en la noción del enemigo.”¹⁸²⁷

La consecuencia de la caracterización de algo como enemigo absoluto es su completa deshumanización¹⁸²⁸. Su enemistad es absoluta y la guerra contra él no comporta límites. En este contexto, Schmitt informa que la política se vuelve en mera fachada de un estado de constante hostilidad¹⁸²⁹. “El conflicto con el enemigo es absoluto e insanable, una vez que él se transforma en un criminal sin derechos bélicos y con el cual no hay la posibilidad de hacerse paz negociada.”¹⁸³⁰

Acerca del concepto de enemigo absoluto, Schmitt informa ser posible, a través de su utilización, la construcción de lo que llama “guerras últimas de la humanidad”¹⁸³¹, en las cuales el enemigo debe ser definitivamente destruido.¹⁸³² En razón de la descalificación del enemigo como ser humano, el autor preveía un peligrosidad basada en dicha concepción absoluta, de la siguiente forma:

“Guerras de esta índole son, por necesidad, guerras especialmente violentas y crueles porque, transponiendo lo político, rebajan al enemigo simultáneamente tanto en lo moral como en las demás categorías, y se ven forzadas a hacer de él un monstruo inhumano que no sólo debe ser repelido sino exterminado, por lo que ya no es tan sólo un enemigo que debe ser rechazado hacia dentro de sus propias fronteras. Sin embargo, en la posibilidad de tales guerras puede demostrarse con especial claridad que la guerra, como posibilidad real, todavía existe en la actualidad y ello es lo único relevante en cuanto a la diferenciación entre amigos y enemigos y en cuanto a la comprensión de lo político.”¹⁸³³

¹⁸²⁷ SCHMITT, Carl. *Teoría del partisano*, Madrid, Instituto de Estudios Políticos, 1966, p. 127.

¹⁸²⁸ PEREIRA, David Teles. “Nemesis: sobre os conceitos políticos de inimizade e vingança”. Em: AA. VV. *Carl Schmitt Revisitado*. Carlos Blanco de Morais Luís Pereira Coutinho (organizadores), Lisboa, Instituto de Ciências Jurídico-Políticas, 2014, p. 66.

¹⁸²⁹ SLOMP, Gabriella. *Carl Schmitt and the Politics of Hostility, Violence and Terror*. Palgrave Mcmillan, New York, 2009, p. 87.

¹⁸³⁰ PEREIRA, David Teles. “Nemesis: sobre os conceitos políticos de inimizade e vingança”. Em: AA. VV. *Carl Schmitt Revisitado*. Carlos Blanco de Morais Luís Pereira Coutinho (organizadores), Lisboa, Instituto de Ciências Jurídico-Políticas, 2014, p. 66.

¹⁸³¹ SLOMP, Gabriella. *Carl Schmitt and the Politics of Hostility, Violence and Terror*. Palgrave Mcmillan, New York, 2009, p. 87.

¹⁸³² PEREIRA, David Teles. “Nemesis: sobre os conceitos políticos de inimizade e vingança”. Em: AA. VV. *Carl Schmitt Revisitado*. Carlos Blanco de Morais Luís Pereira Coutinho (organizadores), Lisboa, Instituto de Ciências Jurídico-Políticas, 2014, p. 65 y ss.

¹⁸³³ SCHMITT, Carl. *El concepto de lo político* (1932), con un Prólogo y tres. Corolarios de Carl Schmitt. Traducido por Dénes Martos, Katariche, 1963, p. 66.

A modo de conclusión, se puede subrayar las características del verdadero enemigo, en la concepción de Schmitt¹⁸³⁴:

- 1) Alteridad: el reconocimiento del otro como enemigo, en un primer grado de análisis. El enemigo sólo puede ser alguien clasificado como extraño, alguien que no pertenece al mismo grupo homogéneo que lo califica de esta forma.
- 2) Razones públicas: el enemigo de hecho, sólo puede ser alguien clasificado como tal en virtud de razones de interés público que lo justifiquen, es decir, sólo razones que tengan identificación con la colectividad pueden justificar dicha clasificación.
- 3) Enemigo real *versus* enemigo absoluto: el enemigo puede ser real, clasificado como lo colectivo que ejecuta acciones dañosas a derechos de la colectividad, en un contexto de guerra declarada y real, o puede ser absoluto, que no se sujeta a las concepciones de tiempo y espacio, que debe ser aniquilado con todas las fuerzas, sin cualquier límite, una vez que, en la idea que se hace de dicho enemigo, su mera existencia es efectivamente dañosa. El enemigo absoluto puede ser una idea, una persona, un colectivo *et caetera*.

Una vez identificadas las características del concepto de enemigo puesto por Carl Schmitt, se necesita identificar si es posible y en qué grado dicha concepción es aplicable a las proposiciones de Jakobs, respecto al Derecho penal del enemigo.

9.2.2.1 La posibilidad de utilización de la concepción de enemigo desde Schmitt en la comprensión de las proposiciones de Jakobs.

A principio, se trabajará con la hipótesis de acuerdo con la cual el concepto de enemigo de Schmitt es, de hecho adecuado al análisis de las proposiciones de Jakobs acerca del Derecho penal del enemigo. Desde esta hipótesis, se analizarán los argumentos estudiosos del tema, como el propio Günther Jakobs y Miguel Polaino-Orts, en contra dicha hipótesis. Jakobs Ha negado, de forma vehemente esta posibilidad, en dos situaciones a saber:

¹⁸³⁴ PEREIRA, David Teles. “Nemesis: sobre os conceitos políticos de inimizade e vingança”. Em: AA. VV. *Carl Schmitt Revisitado*. Carlos Blanco de Moraes Luís Pereira Coutinho (organizadores), Lisboa, Instituto de Ciências Jurídico-Políticas, 2014, p. 68.

En este contexto, me tomaré la libertad de hacer dos comentarios respecto del concepto de enemigo y respecto de la denominación "Derecho penal del enemigo". En primer lugar, el concepto aquí utilizado no es el que se formula en *Der Begriff des Politischen* de Carl Schmitt, el del enemigo en cuanto adversario existencial. Para Carl Schmitt, el concepto de lo político es un concepto teológico secularizado, que separa más bien los que temen a Dios de los que no tienen Dios que a los oponentes políticos en el sentido hoy habitual. El concepto de Schmitt no se refiere a un delincuente, sino al hostis, al otro; dentro del Estado, sólo cuando se llega a una guerra civil existe una confrontación política en el sentido de Schmitt. En cambio, el enemigo del Derecho penal del enemigo es un delincuente de aquellos que cabe suponer que son permanentemente peligrosos, un inimicus. No es otro, sino que debería comportarse como un igual, y por ello se le atribuye culpabilidad jurídico-penal, a diferencia del hostis de Schmitt. Si en mis consideraciones me hubiera referido a Carl Schmitt, ello habría constituido una cita radicalmente fallida.¹⁸³⁵

De la misma forma, en una entrevista sobre su teoría, en otra oportunidad, Jakobs ha negado una vez más que su concepto de Derecho penal del enemigo pueda identificarse a las consideraciones de Carl Schmitt sobre el enemigo en lo político, el hostis, conforme lo analizado en este trabajo, de la siguiente forma:

JAKOBS: Mi enemigo es simultáneamente un delincuente. El enemigo de Carl Schmitt no lo es. Tomando las palabras latinas, el enemigo de Carl Schmitt es el llamado hostis, mientras que el mío es inimicus. Es simultáneamente un delincuente y se vuelve enemigo a raíz de los delitos que planea. Para Carl Schmitt se vuelve enemigo por acciones políticas que planea, no por planear delitos. No es que para Carl Schmitt haya una enemistad entre el partido demócrata cristiano y el partido socialista o algo así. No tiene nada que ver con esta diferenciación en la política interna, sino que para Schmitt, que por lo demás cambia varias veces su definición, el enemigo es el absolutamente otro en política. (...) Puede ser –en eso usted tiene razón– que los islamistas se consideren a sí mismos enemigos en el sentido de Carl Schmitt. Pero nosotros no los vemos como enemigos en ese sentido, sino que les decimos: «ustedes amenazan nuestro territorio, y lo hacen sin razón, y nosotros les damos a ustedes la

¹⁸³⁵ JAKOBS, Günther. "¿Derecho penal del enemigo? Un estudio acerca de los presupuestos de la juridicidad", en: AA. VV. *Derecho penal del enemigo. El discurso penal exclusión*, 2 vols., Montevideo/Buenos Aires, Editorial B de F Edisofer, 2006, compilado por Manuel Cancio Meliá y Carlos Gómez-Jara Díez, Vol. 2, pp. 93-116, p. 109.

libertad de vivir aquí si lo desean, por eso, ustedes si nos atacan son *inimici*». ¹⁸³⁶

Lo que se realizará en este apartado es analizar los argumentos puestos por Jakobs y Polaino-Orts acerca de la compatibilidad del concepto de enemigo de Schmitt y Jakobs, sin que se construya un concepto funcionalista de enemigo, lo que será hecho sólo después. Sin embargo, de forma provisional, para la comprensión de las constantes remisiones del autor estudiado a un concepto funcional de enemigo, se pone el siguiente: enemigo es quien que viola constantemente las normas penales, que tiene su vida orientada por el no respeto a las normas jurídico-penales, y por eso, se pone fuera del Derecho. Jakobs sostiene que:

En este contexto, me tomaré la libertad de hacer dos comentarios respecto del concepto de enemigo y respecto de la denominación "Derecho penal del enemigo". En primer lugar, el concepto aquí utilizado no es el que se formula en *Der Begriff des Politischen* de Cari Schmitt, el del enemigo en cuanto adversario existencial. Para Cari Schmitt, el concepto de lo político es un concepto teológico secularizado, que separa más bien los que temen a Dios de los que no tienen Dios que a los oponentes políticos en el sentido hoy habitual. El concepto de Schmitt no se refiere a un delincuente, sino al *hostis*, al otro; dentro del Estado, sólo cuando se llega a una guerra civil existe una confrontación política en el sentido de Schmitt. En cambio, el enemigo del Derecho penal del enemigo es un delincuente de aquellos que cabe suponer que son permanentemente peligrosos, un *inimicus*. No es otro, sino que debería comportarse como un igual, y por ello se le atribuye culpabilidad jurídico-penal, a diferencia del *hostis* de Schmitt. Si en mis consideraciones me hubiera referido a Carl Schmitt, ello habría constituido una cita radicalmente fallida. ¹⁸³⁷

De hecho, hay que reconocerse que Schmitt admite que los enunciados acerca de la *omnipotencia* del Estado son frecuentemente sólo secularizaciones de concepciones teológicas ¹⁸³⁸, y que el concepto de enemigo tiene un carácter absoluto, basado de cierta

¹⁸³⁶ MIZRAHI Esteban. *Los presupuestos filosóficos del derecho penal contemporáneo*. Conversaciones con Günther Jakobs. San Justo/Buenos Aires, Universidad Nacional de La Matanza, 2012, p. 74.

¹⁸³⁷ JAKOBS, Günther. "¿Derecho penal del enemigo? Un estudio acerca de los presupuestos de la juridicidad", en: AA. VV. *Derecho penal del enemigo. El discurso penal exclusión*, 2 vols., Montevideo/Buenos Aires, Editorial B de F Edisofer, 2006, compilado por Manuel Cancio Meliá y Carlos Gómez-Jara Díez, Vol. 2, pp. 93-116, p. 108 y ss.

¹⁸³⁸ "Los enunciados acerca de la "omnipotencia" del estado son de hecho, frecuentemente tan sólo secularizaciones superficiales de fórmulas teológicas referidas a la omnipotencia divina, y la doctrina alemana del Siglo XIV acerca de la "personalidad" del Estado es, en parte una antítesis polémica dirigida contra la personalidad del príncipe "absoluto", y en parte una maniobra para desviar hacia el Estado, entendido como "tercero superior", la disyuntiva de: o soberanía del Príncipe, o soberanía popular." SCHMITT, Carl. *El concepto*

forma no en la omnipotencia de Estado, pero sí en su amplio poder de aniquilar enemigos. Sin embargo, lo que Schmitt hace no es basar su concepto en consideraciones de matiz teológico o divino, lo que hace es describir un concepto, que como se ha explicado, tiene características sociales y políticas bien definidas.

Así, si se puede pensar que el concepto de enemigo, para Schmitt, como él lo pone, tiene características de la secularización de consideraciones de naturaleza teológica, lo mismo se puede decir del concepto de enemigo de Jakobs, que permite, como se demostrará, reconocerse el carácter más absoluto de la exclusión de una persona (transformación de una persona en un ser humano despersonificado) y, así, reconocerse el grado más avanzado de omnipotencia del Estado, en relación con el individuo.

Como se ha demostrado, el enemigo schmittiano (*hostis*) lo es por la existencia de razones de interés público, de la misma forma como pasa con el enemigo jakobsiano, que lo es por porque está en estado de violación presumidamente permanente de las normas penales, que son de naturaleza de Derecho público, y protegen bienes (o expectativas) de interés público. Por estas razones, el concepto de enemigo de Jakobs no es compatible con el concepto de *inimicus*, el adversario por razones de interés privado, con el cual, segundo Schmitt, se admite incluso la convivencia como parte de un mismo pueblo¹⁸³⁹, convivencia que se muestra insoportable, de acuerdo con el concepto de Jakobs¹⁸⁴⁰.

Aún que haya, de hecho, alguna correlación entre el concepto de Jakobs de enemigo y el concepto de *inimicus*, o enemigo por razones de interés privado, como por ejemplo, el reconocimiento de que el enemigo de Jakobs ha sido y podrá ser de nuevo un ciudadano (persona potencial)¹⁸⁴¹, y por eso, el carácter de “otro”, puede dejar de existir, lo que realmente hace el concepto de enemigo de Jakobs acercarse del concepto de enemigo político

de lo político (1932), con un Prólogo y tres. Corolarios de Carl Schmitt. Traducido por Dénes Martos, Katariche, 1963, p. 26.

¹⁸³⁹ JAKOBS, Günther; CANCIO MELIÁ, Manuel. *Derecho penal del enemigo*. 2 ed., Madrid, Civitas Ediciones, 2006, p. 47.

¹⁸⁴⁰ SCHMITT, Carl. *El concepto de lo político* (1932), con un Prólogo y tres. Corolarios de Carl Schmitt. Traducido por Dénes Martos, Katariche, 1963, p. 17.

¹⁸⁴¹ JAKOBS, Günther: “¿Terroristas como personas en Derecho?”, en: AA. VV.: *Derecho penal del enemigo. El discurso penal exclusión*, 2 vols., Montevideo/Buenos Aires, Editorial B de F Edisofer, 2006, compilado por Manuel Cancio Meliá y Carlos Gómez-Jara Díez, Vol. 2, pp. 77-92, pp. 90-91.

(*hostis*) de Schmitt es su carácter absoluto, es decir, la necesidad clara e inminente de eliminación de una fuente de peligro a intereses públicos.

En la misma cita, Jakobs informa que “[el enemigo, para él] no es otro, sino que debería comportarse como un igual, y por ello se le atribuye culpabilidad jurídico-penal, a diferencia del *hostis* de Schmitt”¹⁸⁴², es decir, a él no se le aplica la forma usual de tratamiento de un soldado enemigo, sino se le reconoce la culpabilidad por la realización de un delito. Una pregunta debe ser hecha: ¿realmente las medidas tomadas en contra el enemigo de Jakobs se basan en la culpabilidad? Sin embargo, ellas tienen mucho más correlación con el concepto de peligrosidad que el de reproche, típico del concepto de culpabilidad.

El fundamento de la culpabilidad en la dogmática contemporánea de origen alemana es la posibilidad de actuar de otro modo, conforme el Derecho. El reproche social y normativo realizado por la imposición de una pena a alguien reconocidamente culpable, por la práctica de un hecho típico y antijurídico, está orientado a un individuo que tiene condición de comprender el carácter ilícito del hecho y determinarse de acuerdo con dicho entendimiento. Es decir, la culpabilidad se basa en la capacidad del individuo motivarse por la norma.

En posición opuesta se encuentra el concepto de peligrosidad, que basa la medida de seguridad, a ser impuesta cuando alguien que no tiene capacidad de motivarse por la norma realiza un hecho típico y antijurídico. Su fundamento no es el reconocimiento de que alguien se encuentre en condiciones de comprender y determinar su conducta conforme el Derecho, pero de rechazo de un peligro.

En realidad, cuando no se puede imponer una pena a alguien que no ha podido motivarse por la norma (inimputable, por ejemplo), es decir, que no se encuentra en condiciones psíquicas normales, pero asimismo, dicha persona representa un peligro a la sociedad, el ordenamiento jurídico prevé que se le impondrá una medida de seguridad. La medida de seguridad sirve, en último análisis, para neutralizar un peligro, no para reprochar una conducta, porque la persona a la cual se le impone dicha medida no tiene condición de comprenderla.

¹⁸⁴² JAKOBS, Günther. “¿Derecho penal del enemigo? Un estudio acerca de los presupuestos de la juridicidad”, en: AA. VV. *Derecho penal del enemigo. El discurso penal exclusión*, 2 vols., Montevideo/Buenos Aires, Editorial B de F Edisofer, 2006, compilado por Manuel Cancio Meliá y Carlos Gómez-Jara Díez, Vol. 2, pp. 93-116, p. 109.

Así pues, el propio Jakobs reconoce que la situación de peligrosidad del enemigo, así considerado un ser humano de acuerdo con el concepto por él puesto, justificaría la flexibilización del principio de culpabilidad (de acuerdo con el cual la culpabilidad es el límite del reproche realizado por la pena) para ampliarse los límites de la punibilidad más allá de los hechos realizados por el agente, es decir, más allá de su propia culpabilidad. El propio Jakobs reconoce que al enemigo no se le reconoce culpable. Eso está claro en la siguiente cita: “*El Derecho penal del ciudadano mantiene la vigencia de la norma, el Derecho penal del enemigo (en sentido amplio: incluyendo el Derecho de las medidas de seguridad) combate peligros;*”¹⁸⁴³

Lo que Jakobs dice, sin rodeo alguno, es que el Derecho penal del ciudadano se basa en la culpabilidad del agente, y el Derecho penal del enemigo se basa en la peligrosidad del agente, lo que es una clara contradicción a su afirmación según la cual se reconoce culpabilidad el enemigo. En relación con la flexibilización del principio de culpabilidad por el hecho como límite de la respuesta penal, él informa que:

La reacción del ordenamiento jurídico frente a esta criminalidad se caracteriza, de modo paralelo a la diferenciación de KANT entre estado de ciudadanía y estado de naturaleza acabada de citar, por la circunstancia de que no se trata en primera línea de la compensación de un daño a la vigencia de la norma, sino de la eliminación de un peligro: la punibilidad se adelanta un gran trecho hacia el ámbito de la preparación, y la pena se dirige hacia el aseguramiento frente a hechos futuros, no a la sanción de hechos cometidos trata en primera línea de la compensación de un daño a la vigencia de la norma, sino de la eliminación de un peligro: la punibilidad se adelanta un gran trecho hacia el ámbito de la preparación, y la pena se dirige hacia el aseguramiento frente a hechos futuros, no a la sanción de hechos cometidos.¹⁸⁴⁴

Aunque en un proceso penal se reconozca que el agente, calificado como enemigo, tuvo condición de motivarse por la norma (ha podido actuar conforme el Derecho), es imputable, y tenía potencial conocimiento de la antijuridicidad, si la respuesta penal fuere más allá de los límites de su culpabilidad, del grado de reproche social y normativo correspondiente al hecho

¹⁸⁴³ JAKOBS, Günther; CANCIO MELIÁ, Manuel. *Derecho penal del enemigo*. 2 ed., Madrid, Civitas Ediciones, 2006, p. 34.

¹⁸⁴⁴ JAKOBS, Günther; CANCIO MELIÁ, Manuel. *Derecho penal del enemigo*. 2 ed., Madrid, Civitas Ediciones, 2006, p. 40 y ss.

por él practicado, la culpabilidad pierde el sentido de reproche y pasa a representar la eliminación de un peligro, lo que no es culpabilidad, en el Derecho penal continental contemporáneo.

Por estas razones, se puede decir que si se reconoce como culpable a un ser humano calificado como enemigo, pero si se le impone una respuesta penal orientada a la eliminación de su peligrosidad, no es válido reconocerse que la mera constatación de la presencia de los elementos de la culpabilidad, de la teoría jurídica del delito, en el agente, sean suficientes reconocerle como a un igual, para no reconocerle como a un enemigo por razones de interés público, al cual se desea eliminar, si se le niega el reconocimiento del propio fundamento de la culpabilidad. Por eso, no convence decir que el reconocimiento del agente como culpable es suficiente para reconocerle como un igual a los demás ciudadanos, y por eso, no reconocerle el estatus de enemigo político (*hostis*).

De entrada, Polaino-Orts también informa que el concepto de enemigo acerca del cual Jakobs escribe sería el *inimicus*, no el *hostis*, de la siguiente forma:

En primer lugar, en Schmitt el enemigo es, como él mismo expone, el *hostis*. En Jakobs, el *inimicus*. (...) Por lo demás, en Schmitt la relación de enemistad es de determinación privada, o -al menos- es relación que ha de manifestarse de manera pública (en tanto exige manifestación extrema mediante actos combativos) pero cuya definición se deja, en última instancia, a la determinación privada de las partes. Ello hace que la relación de enemistad que se establezca entre dos partes dependa de la calificación que ellas confieran a dicha relación bilateral. En la construcción de Schmitt, únicamente el implicado en la relación bilateral de enemistad puede reconocer si hay alteridad, esto es, si hay enemistad. Como consecuencia de ello, en la concepción Schmittiana sobre lo político, aun siendo un concepto político, es esencialmente privada.¹⁸⁴⁵

En primer lugar, hay que reconocerse que Polaino-Orts observa, de hecho, una característica muy importante del concepto de enemigo schmittiano explicado en el apartado precedente: la bilateralidad, la idea de alteridad, el reconocimiento de la existencia de un *ego* y un *alter*. El reconocimiento del otro como enemigo es lo que le hace, en última instancia, un enemigo. Eso se puede deducir de los escritos de Schmitt, *verbis*:

¹⁸⁴⁵ POLAINO-ORTS, Miguel. *Derecho penal del enemigo*. Fundamentos, potencial de sentido y límites de vigencia. Barcelona Bosch, 2009, p. 134.

“Al estado, en cuanto unidad sustancialmente política, le compete el *jus belli*, o sea la posibilidad real de determinar al *enemigo* y combatirlo en casos concretos y por la fuerza de una decisión propia. Es por lo tanto indiferente con qué medios técnicos será realizada la guerra, qué organización militar exista, cuántas posibilidades haya de ganar la guerra, a condición de que el pueblo políticamente unificado esté dispuesto a combatir por su existencia e independencia: él determina, por la fuerza de una decisión propia, en qué consiste su independencia y su libertad. (...) El estado como unidad política decisiva ha concentrado en sus manos una atribución inmensa: la posibilidad de hacer la guerra y por consiguiente a menudo de disponer de la vida de los hombres. En efecto, el *jus belli* contiene una disposición de este tipo; ello implica la doble posibilidad de obtener de los miembros del propio pueblo la disponibilidad a morir y a matar, y la de matar a los hombres que están de parte del *enemigo*”¹⁸⁴⁶

Sin embargo, dicha alteridad, *per se*, no representa uno carácter esencialmente privado de la idea de enemistad en Schmitt, porque no representa necesariamente la idea de reciprocidad. Al revés, dicha característica, la alteridad en la creación del concepto de enemigo, puede representar el carácter público de la enemistad misma. Eso pasa, por ejemplo, en relación con la diferencia entre *inimicus* y *hostis*.

En todas las relaciones de enemistad debe haber al menos dos elementos implicados, a saber: la existencia de dos partes y la disposición de enemistad. La enemistad existe cuando una parte se dispone tener la otra parte como su enemiga, aunque no lo haga de forma expresa, declarada, pública o formal. La alteridad existe en la medida que hay la necesidad de haber un enemigo y aquel de quien es enemigo.

Dicha alteridad, por sí sola, no conduce a la conclusión de que la relación de enemistad es necesariamente privada, porque es perfectamente posible que existan y han existido situaciones en las cuales colectividades formalmente organizadas (*ego*) tienen por enemigo algo o alguien (*alter*), lo que expresa claramente el carácter público de la relación. Se ha explicado debidamente que, para Schmitt, lo que hace la relación de enemistad ser pública (*hostis*) o privada (*inimicus*) son las razones que basan dicha relación, lo que es un adjetivo suyo. La existencia de dos partes implicadas en dicha relación representa parte de sus

¹⁸⁴⁶ SCHMITT, Carl. *El concepto de lo político* (1927), Buenos Aires: Folios, 1984, pp. 41-42.

elementos, no su calificación y, por eso, la alteridad no puede ser un elemento o característica exclusiva de la relación de enemista privada.

Hasta aquí, parece que Polaino-Orts rechaza la posibilidad de compatibilidad entre los conceptos de enemigo de Jakobs y Schmitt porque propone que el concepto schmittiano es esencialmente privado y permite la participación de terceros, y el concepto jakobsiano es esencialmente funcionalista, y por eso, no puede ser de ninguna manera privado. Polaino-Orts informa que:

Sin embargo, en Jakobs el sentido de la construcción del concepto de enemigo es radicalmente distinto: de un lado, la relación de enemistad no se decide privadamente por un implicado, sino en todo caso por el Estado Social y Democrático de Derecho mediante los cauces legales y la decisión de sus representantes soberanos. Además, en la doctrina jakobsiana sobre Derecho penal del enemigo no puede haber terceros no implicados, simplemente porque no hay terceros, ni hay, en consecuencia, sujetos implicados. En la doctrina funcionalista de Jakobs se distinguen, como puntos de partida, enemigos y personas en Derecho. (...) Por ello, en la concepción funcionalista de Jakobs o se ofrece la seguridad cognitiva mínima de respeto a la norma (y, entonces, se es persona en Derecho) o no se ofrece esa garantía mínima (y, entonces, se es enemigo): *tertium non datur*. En el último supuesto, cuando el sujeto no ofrece la garantía mínima entonces la fuerza el Estado. Pero sea como fuere, en ambos casos, la declaración de persona o de enemigo es general, esto es, afecta a todos los integrantes del grupo social, y por ello, en Jakobs, a diferencia de Schmitt, todos los sujetos son implicados: las personas en Derecho porque su calificación como tal no depende de su comportamiento personal, sino asimismo del respeto de los demás a su propia personalidad, y el enemigo porque es enemigo de una Sociedad (conformada de personas en Derecho, cuya personalidad se respeta a través de la norma), y la sociedad en su conjunto implicada directísima por la desestabilización social que el enemigo produce.¹⁸⁴⁷

Por la lectura de esta cita, se puede percibir aunque Polaino-Orts informa que la participación de terceros en el concepto de enemigo, según él, presente en el concepto de Schmitt, no es compatible con el concepto de Jakobs porque no hay personas, sino la sociedad, el estado y el enemigo, ser humano que no es considerado persona para el Derecho.

¹⁸⁴⁷ POLAINO-ORTS, Miguel. *Derecho penal del enemigo*. Fundamentos, potencial de sentido y límites de vigencia. Barcelona Bosch, 2009, p. 135.

Sin embargo, el concepto de Schmitt también es exclusivamente bilateral, porque que uno de sus elementos es la presencia de dos personas, es decir, enemigo y colectividad. Aunque la sociedad sea directamente afectada por las acciones realizadas en el ámbito de la política o del Derecho, respecto al Derecho penal del enemigo, lo es para ambos los autores, sea como víctima de la falta de seguridad cognitiva (Jakobs), sea como la fuente de las razones por las cuales se ha declarado algo o alguien como enemigo (Schmitt), y por eso, no hay incongruencia de dichas teorías, en este punto.

Polaino-Orts describe algunas características del concepto funcionalista de enemigo como una forma de rechazar la compatibilidad de los conceptos estudiados. Él describe el enemigo como aquella persona que se ha puesto fuera del estado de ciudadanía, por la violación de la vigencia de las normas en un grado alto, lo que desestabiliza el funcionamiento del sistema social, y por eso, ha dejado de ser persona, porque no ofrece más mínimas garantías cognitivas.

A pesar de ello, no se identifica una incompatibilidad entre dichos conceptos a través del análisis del concepto funcionalista de enemigo. Un enemigo con todas las características descritas por Polaino-Orts aún se encaja en la definición de Schmitt, porque que las razones que llevan a calificar un ser humano como enemigo, para Jakobs (esencialmente su conducta y la supuesta peligrosidad que de ella adviene) son las mismas que Schmitt prevé como las razones de naturaleza pública que llevan a la declaración del *hostis* como enemigo público.

El propio Polaino-Orts informa que la decisión de calificar alguien como enemigo proviene del Estado Social y Democrático de Derecho mediante los cauces legales y la decisión de sus representantes soberanos, lo que son exactamente que procesos sociales por los cuales se examinan las razones que llevan a la calificación de un ser humano como enemigo, y por eso, una vez más, no se ve incompatibilidad en los conceptos jakobsiano y schmittiano de enemigo.

El autor sevillano nos trae otras razones por las cuales, de acuerdo con su pensamiento, los conceptos en cuestión no son compatibles, como el carácter absoluto de uno, y funcionalista de otro, del siguiente modo:

La diferencia entre Schmitt y Jakobs, o –por no reducir la discusión a dos únicos autores– entre una corriente absolutista y una funcionalista (y perfectamente democrática) des Estado moderno, radica en que, mientras en la primera concepción el parámetro de determinación de la enemistad es estrictamente subjetivo (el propio implicado decide por él mismo de manera autónoma si hay alteridad o no, esto es, si concurre enemistad o no), en la concepción funcionalista ese parámetro es absolutamente objetivo, tan objetivo que se combate al enemigo precisamente para salvaguardar el estatus de personalidad de todas las personas en Derecho. El paradigma funcionalista de enemistad tiene, pues, como punto de mira no única ni exclusiva ni siquiera preferentemente la figura del enemigo, sino prioritariamente la noción de “persona en Derecho”.¹⁸⁴⁸

La primera cosa que se debe decir es que la propia noción de funcionalismo puede ser llevada a extremos absolutistas (o al menos casi absolutistas), como informa Portilla Contreras en: *Los excesos del formalismo neofuncionalista en el normativismo del Derecho penal*¹⁸⁴⁹, lo que fue estudiado con detenimiento en un apartado de este trabajo.

Acerca del objetivismo o subjetivismo en el proceso de génesis de la materialización de los conceptos de enemigo de Jakobs y Schmitt, hay que subrayar que los criterios objetivos que a los cuales hace referencia Polaino-Orts, que en teoría serían los puntos cardinales de la concepción funcionalista de enemigo, también están sujetos al subjetivismo típico de todos los procesos humanos sociales.

En teoría, la objetividad de la materialización de un concepto de enemigo residiría en el procedimiento formal establecido por el sistema de Derecho para calificar alguien de enemigo o ciudadano, presente en el proceso de creación de leyes. En la realidad, para que sea efectivamente posible la calificación de alguien como enemigo, la previsión genérica y abstracta de los rasgos fundamentales de dicho concepto presente en la legislación no son suficientes, es decir, es necesario un intérprete de dichas leyes para que ellas tengan aplicabilidad práctica.

¹⁸⁴⁸ POLAINO-ORTS, Miguel. *Derecho penal del enemigo*. Fundamentos, potencial de sentido y límites de vigencia. Barcelona Bosch, 2009, p. 136.

¹⁸⁴⁹ PORTILLA CONTRERAS, Guilherme. “Los excesos del formalismo jurídico neofuncionalista em el normativismo del derecho penal”. En. AA. VV. *Mutaciones de leviatán: legitimación de los nuevos modelos penales*. Madrid: Akal, 2005, p. 57 ss.

Así pues, el proceso de creación y aplicación de la norma, que para el funcionalismo debe mantener las expectativas que nacen de su creación, es el proceso en el cual el sistema del Derecho usa su código binario para definir lo que es lícito (*Recht*) e ilícito/injusto (*Unrecht*). Lo que pasa es que dicho proceso, en términos funcionalistas escritos, está compuesto por comunicaciones que tiene repercusiones en el acoplamiento estructural entre sistema sociales y psíquicos, es decir, dicho proceso sufre la influencia de la psique humana, del ser humano.

Porque dichos procesos están sujetos a la influencia del subjetivismo de sus agentes, no se puede decir que dicho proceso sea puramente objetivo. Lo que Schmitt propone para su concepto es que la elección del enemigo se realizará a través de razones de naturaleza pública, lo que Jakobs hace es restringir un poco dicha amplitud, al decir que la creación de dicho concepto, al final, deberá respetar el proceso legislativo y judicial, los medios formales por los cuales se producirá, en realidad, una calificación de un ser humano de enemigo o ciudadano.

La conclusión a la cual Polaino-Orts conduce en esta parte de su trabajo es que el concepto funcionalista de enemigo está basado en la objetividad, por el respeto al derecho objetivo, en una forma de legitimación del concepto por el procedimiento adoptado por su creación (*Legitimation durch Verfahren*¹⁸⁵⁰). Lo que pasa es que el procedimiento que supone ser objetivo, en realidad no lo es, y por eso, también el concepto funcionalista real de enemigo carece de objetividad pura.

De hecho, si el objetivo del concepto funcionalista de enemigo es garantizar la confianza en las expectativas que las normas simbolizan, y eliminar un peligro al cual ellas están expuestas, dicho concepto no tiene como finalidad el enemigo, lo que queda claro. Este concepto, como también está claro, tiene el enemigo como un medio de llegar al fin de protección de la vigencia de la norma o de eliminación de peligros y por eso, tiene el enemigo mero medio, pero eso no se le aleja de la concepción de enemigo de Schmitt.

El concepto de enemigo de Schmitt, basado en razones de orden público, tiene por finalidad clara la eliminación de un peligro, una amenaza externa (*alter*), una vez que su concepto es inherentemente beligerante, porque se basa en la necesidad real de eliminación de dicho

¹⁸⁵⁰ LUHMANN, Niklas. *Legitimation durch Verfahren*. Hermann Luchterhand Verlag, Darmstadt e Neuwied, 1929, *passim*. En una lengua neolatina: LUHMANN, Niklas. *Legitimação pelo procedimento*. Trad. Maria da Conceição Corte Real. Brasília: UNB, 1980.

enemigo, obviamente garantizar los intereses sociales que le dieron origen. Así pues, ambos los conceptos de enemigo (de Jakobs y de Schmitt) tienen la finalidad de proteger algún interés público que, en el concepto de Schmitt está abierto, y en el concepto de Jakobs, de acuerdo con la interpretación de Polaino-Orts, basado en la noción de persona en Derecho. Por fin, Polaino-Orts informa que:

Por otra parte, y de manera coherente con su planteamiento, de determinación privada de la alteridad, en Schmitt le enemistad no es una distinción “puramente espiritual” ni tampoco –y esto es lo más importante para nosotros– una “oposición normativa”. Ya con eso debiera establecerse una distinción paladina entre las construcciones de Schmitt (el enemigo no lo es por una oposición a la norma) y Jakobs (el enemigo sólo es el que se opone frontalmente a la norma, y ésta a su vez es el compendio democrático de las expectativas sociales) (...) En definitiva, a diferencia de Schmitt, el enemigo en el ámbito jurídico-penal es enemigo únicamente por su oposición frontal a lo normativo, esto es, porque cuestiona de manera sustancial la vigencia de la norma.¹⁸⁵¹

En primer lugar, como explicado en este apartado, hay que decir que aunque la alteridad sea un elemento del concepto de enemigo político de Schmitt, dicha alteridad no puede ser privada porque el concepto real, de hecho, de enemigo, para el autor, hace referencia a un concepto de enemigo por razones de interés público, no de interés privado. Se debe aclarar que la enemistad para Schmitt puede, efectivamente, representar una oposición normativa, o que pasa en los casos donde las razones de interés público que puede originar este concepto sean basadas o estén descritas en normas. Es decir, el enemigo sí pueden lo ser por oposición a las normas o a su vigencia, y no se identifica ninguna proposición schmittiana que niegue esta conclusión o la ponga en cuestión.

Con conclusiones opuestas a las de Jakobs, algunos estudiosos e investigadores del Derecho penal ven en el concepto de enemigo de Schmitt similaridad al con el concepto de Jakobs. Acerca de la cuestión, el profesor alemán Kai Ambos informa que:

¹⁸⁵¹ POLAINO-ORTS, Miguel. *Derecho penal del enemigo*. Fundamentos, potencial de sentido y límites de vigencia. Barcelona Bosch, 2009, p. 139.

La comprensión moderna del concepto de enemigo, de acuñación jurídica, debe vincularse decididamente a Carl Schmitt.¹⁸⁵² Jakobs no se centra en la imagen de las fuerzas opuestas que existen dentro de un ser humano (un ciudadano o una persona), sino en dos reglas de actuación separadas que se dirigen a ciudadanos -Derecho penal del ciudadano- o a enemigos – Derecho penal del enemigo – dependiendo de su comportamiento. (...) Se esboza una imagen del hombre -como ciudadano o como enemigo- que no existe de manera tan absoluta; la oposición ciudadano/enemigo – de manera similar a la oposición schmittiana amigo/enemigo – postula al enemigo conforme a su esencia, remitiéndose para ello a la realidad.¹⁸⁵³ En este sentido, se puede considerar que Schmitt fue el "precursor" o el "abuelo espiritual" del Derecho penal del enemigo y, por tanto, precursor del discurso jakobsiano.¹⁸⁵⁴

Kai Ambos, después de aclarar el concepto schmittiano de enemigo, considera que la formación contemporánea del concepto jurídico de enemigo se debe a Carl Schmitt, quien esboza una oposición entre los conceptos de amigo y enemigo de una forma similar a Schmitt y reconoce que el concepto de enemigo de Schmitt es, al menos, el precursor o *abuelo espiritual* del concepto de Jakobs, lo que hace por reconocer una semejanza muy fuerte entre dichos conceptos. Propositiones del mismo matiz se puede encontrar en la obra de Guillermo Portilla Contreras, profesor de la Universidad de Jaén, *verbis*:

Partiendo de postulados contractualistas, Jakobs se acerca a Rousseau y Fichte, como él mismo reconoce, pero también se distancia de ellos: en concreto, su tesis se enmarca más en la dirección de Hobbes y en el planteamiento de Kant del ideal universalista que aparece en su obra *Sobre la paz perpetua*. Pero, por otra parte es la teoría de la excepción y de la dicotomía schmittiana la auténtica base de su construcción. Por Ello, es curioso que Jakobs "ignore" el pensamiento de "lo político" de Carl Schmitt, con el que coincide tan ampliamente. Es posible que sorprenda inicialmente esta afirmación, sobre todo por el matiz antikantiano de la obra de Schmitt. En ese sentido, Jakobs, al igual que Schmitt, está notablemente influido por Hobbes.¹⁸⁵⁵

¹⁸⁵² AMBOS, Kai. "Derecho penal del enemigo", en: AA. VV. *Derecho penal del enemigo*. El discurso penal exclusión, 2 vols., Montevideo/Buenos Aires, Editorial B de F Edisofer, 2006, compilado por Manuel Cancio Meliá y Carlos Gómez-Jara Díez, vol. I, pp. 119-162, p. 125.

¹⁸⁵³ AMBOS, Kai. "Derecho penal del enemigo", en: AA. VV. *Derecho penal del enemigo*. El discurso penal exclusión, 2 vols., Montevideo/Buenos Aires, Editorial B de F Edisofer, 2006, compilado por Manuel Cancio Meliá y Carlos Gómez-Jara Díez, vol. I, pp. 119-162, p. 137 y ss.

¹⁸⁵⁴ AMBOS, Kai. "Derecho penal del enemigo", en: AA. VV. *Derecho penal del enemigo*. El discurso penal exclusión, 2 vols., Montevideo/Buenos Aires, Editorial B de F Edisofer, 2006, compilado por Manuel Cancio Meliá y Carlos Gómez-Jara Díez, vol. I, pp. 119-162, p. 146 y ss.

¹⁸⁵⁵ PORTILLA CONTRERAS, Guillermo. "Los excesos del formalismo jurídico neofuncionalista em el normativismo del derecho penal". En. AA. VV. *Mutaciones de leviatán: legitimación de los nuevos modelos penales*. Madrid: Akal, 2005, p. 74 y ss.

En virtud de los escritos de Hobbes sobre Derecho penal del enemigo, de acuerdo con la concepción esbozada en este trabajo, formaren parte de la construcción misma, de Jakobs, del Derecho penal de enemigo como concepción de matiz política y sociológica, pre-jurídica, su contenido fue estudiado en el momento oportuno, después de la aclaración de concepto propio de Derecho penal del enemigo.

Sin embargo, de hecho, se puede identificar la previsión, en la obra de Kant, de la posibilidad de eliminación, por parte de la sociedad constituida bajo la Constitución civil, de las amenazas externas que representan los seres humanos (individualmente o en grupo) en estado de naturaleza. De acuerdo con Kant, la carencia de leyes, típica del estado de naturaleza en el cual se encuentran determinados seres humanos o grupos de seres humanos, representa una amenaza constante a la seguridad de las personas que viven bajo una en Estado, y por eso, es posible obligarles a entrar en estado de ciudadanía o alejarles del Estado¹⁸⁵⁶. Esto está claro y, incluso, lo admite Jakobs:

En la construcción de KANT, toda persona se encuentra autorizada para obligar a cualquier otra persona a entrar en una constitución ciudadana. Inmediatamente se plantea la siguiente cuestión: ¿qué dice KANT a aquellos que no se dejan obligar? En su escrito «Sobre la paz eterna» dedica una larga nota a pie de página al problema de cuándo se puede legítimamente proceder de modo hostil contra un ser humano, exponiendo lo siguiente: «Sin embargo, aquel ser humano o pueblo que se halla en un mero estado de naturaleza me priva... [de la] seguridad [necesaria], y me lesiona ya por ese estado en el que está a mi lado, si bien no de manera activa (fado), sí por la ausencia de legalidad de su estado (*statu iniusto*), que me amenaza constantemente, y le puedo obligar a que o entre conmigo en un estado comunitario-legal o abandone mi vecindad». En consecuencia, quien no participa en la vida en un «estado comunitario-legal» debe irse, lo que significa que es expelido (o impelido a la custodia de seguridad); en todo caso, no hay que tratarlo como persona, sino que

¹⁸⁵⁶ “Se acepta comúnmente que uno puede hostilizar a otro sólo si éste me ha lesionado ya de hecho y se considera asimismo correcto cuando ambos viven en estado civil-legal. Pues por el hecho de haber ingresado en este estado uno le proporciona al otro la seguridad necesaria (a través de la autoridad que posee poder sobre ambos). —Pero un hombre (o un pueblo) en estado de naturaleza me priva de esta seguridad y me está lesionando ya, al estar junto a mí en ese estado, no de hecho (*facto*) ciertamente, pero sí por la carencia de leyes de su estado (*statu iniusto*), que es una constante amenaza para mí. Yo puedo obligarle a entrar en un estado social-legal o a apartarse de mi lado. —Por consiguiente, el postulado que subyace a los artículos siguientes es: todos los hombres que ejercen entre sí influencias recíprocas deben pertenecer a una Constitución civil.” KANT, Immanuel. *Sobre la paz perpetua*, Madrid: Tecnos, 1998, p. 14.

se le puede «tratar», como anota expresamente KANT, «como un enemigo».¹⁸⁵⁷

En otro trabajo, Jakobs fundamenta una vez más en Kant la necesidad de expulsar los seres humanos en estado de naturaleza que, en virtud de no estar sujetos a la obediencia de ninguna ley, representan una amenaza a la sociedad organizada, *verbis*:

Pero solamente con la *ultima ratio* de Kant, según la cual cualquiera puede ser obligado a tomar parte de una relación jurídica con garantías, es decir, del Estado, no se esquivo el problema de cómo proceder frente a aquellos que si se dejan coaccionar ni se mantiene apartados y que, por lo tanto, persisten como entorno perturbador, como enemigos.¹⁸⁵⁸

Pero el problema no está en la fundamentación kantiana del Derecho penal del enemigo, pero en su fundamentación schmittiana. Así como Kant, y de forma mucho más desarrollada que él, Schmitt establece la posibilidad de soslayar las amenazas al Estado (o sociedad civil organizada), representada por la mera existencia de seres humanos en estado de naturaleza, y en dicha proposición reside el dualismo (ciudadano/enemigo) que representa el punto de encuentro de las teorías de Kant, Schmitt y Hobbes, en el cual se apoya efectivamente toda la construcción de Jakobs sobre el Derecho penal del enemigo. Portilla Contreras llega a la misma conclusión, de la siguiente forma:

La fundamentación de la tesis de Jakobs, con innegables precedentes, reside precisamente en esta dualidad de la que hablan Hobbes, Kant o C. Schmitt, un Derecho de súbditos o de hombres frente a un Derecho de enemigos, aquellos que se enfrentan al Estado o que amenazan la seguridad de los que pactaron¹⁸⁵⁹. (...) Por esta razón, cree que si no se quiere privar al Derecho penal del ciudadano de sus cualidades vinculadas a la noción de Estado de Derecho, debería llamarse “Derecho penal del enemigo a lo que hay que hacer contra los terroristas si no se quiere sucumbir” (*afirmación de Jakobs en: JAKOBS, Günther; CANCIO MELIÁ, Manuel. Derecho penal del enemigo. Madrid, Civitas Ediciones, 2003, pp. 41-42*). Esta última afirmación evidencia que la distinción entre amigo-enemigo de Schmitt es el soporte de la separación entre Derecho penal del

¹⁸⁵⁷ JAKOBS, Günther; CANCIO MELIÁ, Manuel. *Derecho penal del enemigo*. 2 ed., Madrid, Civitas Ediciones, 2006, p. 39.

¹⁸⁵⁸ JAKOBS, Günther. *Moderna Dogmática Penal, Estudios Compilados*, México D. F., Porrúa, 2002, p.734.

¹⁸⁵⁹ PORTILLA CONTRERAS, Guillermo. “Los excesos del formalismo jurídico neofuncionalista em el normativismo del derecho penal”. En. AA. VV. *Mutaciones de leviatán: legitimación de los nuevos modelos penales*. Madrid: Akal, 2005, p. 75.

ciudadano y Derecho penal del enemigo. Sin duda alguna, Jakobs asume la teoría de C. Schmitt no sólo cuando, como él, atribuye al Estado el *ius belli*, esto es, la posibilidad de determinar quién es el enemigo y combatirlo, de declarar la guerra y, en consecuencia, de disponer de la vida de las personas; también, cuando revela que la lucha contra el enemigo se despliega fuera de la Constitución civil, esto es, en el estado de naturaleza.¹⁸⁶⁰

En primer lugar, hay que informar que, al contrario de lo que afirma el autor, aunque el enemigo esté en estado de naturaleza, para Jakobs y Schmitt, la lucha contra él no se enmarca fuera del estado de la Constitución civil, sino en su ámbito, aunque se proyecte hacia fuera, hacia el estado de naturaleza. Pero dicha lucha siempre representa una reacción por parte del Estado constituido, basada en una racionalidad, aunque en una racionalidad diferente de la racionalidad que basa la reacción contra un ciudadano o súbdito. Dicha racionalidad, a su vez, está basada en la necesidad de defensa contra las amenazas externas y, por eso, representa una reacción típica del Estado constituido, aunque direccionada hacia fuera de su ámbito.

9.2.2.2 Conclusiones sobre el potencial de rendimiento del concepto de enemigo de Schmitt a la comprensión del concepto de Derecho penal del enemigo de Jakobs.

Aunque Jakobs no lo admita ni tampoco proponga la eliminación del enemigo como una función del Derecho penal del enemigo¹⁸⁶¹, esta es una consecuencia práctica de sus proposiciones acerca del tema, y por eso, la posibilidad de disposición de la vida de individuos no se puede admitir como elemento formal de su teoría, sino una de sus consecuencias materiales, y por eso, se puede identificar en este punto, también, correlación de sus ideas con las proposiciones de Schmitt.

Sin embargo, el punto de conversión de dichas proposiciones más importante es la dualidad que representan, la distinción entre amigos y enemigos, seres humanos que viven bajo las

¹⁸⁶⁰ PORTILLA CONTRERAS, Guilherme. “Los excesos del formalismo jurídico neofuncionalista em el normativismo del derecho penal”. En. AA. VV. *Mutaciones de leviatán: legitimación de los nuevos modelos penales*. Madrid: Akal, 2005, p. 79.

¹⁸⁶¹ “El que pretende ser tratado como persona debe dar a cambio una cierta garantía cognitiva de que se va a comportar como persona. Si no existe esa garantía o incluso es negada expresamente, el Derecho penal pasa de ser una reacción de la sociedad ante el hecho de uno de sus miembros a ser una reacción contra un enemigo. Esto no ha de implicar que todo esté permitido, incluyendo una acción desmedida; antes bien, es posible que al enemigo se le reconozca una personalidad potencial, de tal modo que en la lucha contra él no se puede sobrepasar la medida de lo necesario.” JAKOBS, Günther. *Dogmática de Derecho penal y la Configuración Normativa de la Sociedad*, Madrid, Editorial Civitas, 2004, p. 43.

presupuestos de civilidad que representan las leyes y los seres humanos que están o se han puesto voluntariamente en estado de naturaleza y, por supuesto, las consecuencias de dicha distinción, representadas por la posibilidad de eliminación de las amenazas que dichos seres representan.

Se puede afirmar, después de haber estudiado las características del concepto de enemigo de Schmitt, que hay estrecha correlación entre el concepto de enemigo de Schmitt y el concepto de Jakobs, y que hay también coincidencia de la casi totalidad de sus características explicadas en el apartado precedente, de la siguiente forma.

Acerca de la alteridad, se puede concluir que dicha característica está presente en ambas concepciones. En Schmitt, se identifica en el reconocimiento del *hostis* como el otro, el extraño, enemigo de la comunidad. En Jakobs, se puede concluir que dicha alteridad está presente en el reconocimiento del enemigo como alguien que se pone fuera del ordenamiento jurídico, se aleja, desde un punto de vista normativo, del espacio en el cual se encuentran los ciudadanos.

Así pues, la alteridad está presente en dichos conceptos porque ambos identifican una separación (aún que reversible, para Jakobs¹⁸⁶²) entre dos grupos de seres humanos y que, por eso, deben ser objeto de acciones de matiz diferentes por parte del Estado o sociedad organizada. Ambos informan la necesidad de crearse medidas de reacción contra los enemigos mucho más graves y fuertes, en comparación a la forma de respuesta a la conducta de los calificados como ciudadanos, para ambos conceptos.

Sobre las razones que fundamentan la calificación de un ser humano o agrupación humana como enemigos de la sociedad o del Estado, está claro que dichas razones son de naturaleza pública para ambos autores. Para Schmitt, sólo razones de interés público pueden fundamentar a alguien como verdadero enemigo de la comunidad (*hostis*, no *inimicus*). Para Jakobs, pasa lo mismo, en la medida en que el Derecho penal es una rama del derecho

¹⁸⁶² “El que pretende ser tratado como persona debe dar a cambio una cierta garantía cognitiva de que se va a comportar como persona. Si no existe esa garantía o incluso es negada expresamente, el Derecho penal pasa de ser una reacción de la sociedad ante el hecho de uno de sus miembros a ser una reacción contra un enemigo. Esto no ha de implicar que todo esté permitido, incluyendo una acción desmedida; antes bien, es posible que al enemigo se le reconozca una personalidad potencial, de tal modo que en la lucha contra él no se puede sobrepasar la medida de lo necesario.” JAKOBS, Günther. *Dogmática de Derecho penal y la Configuración Normativa de la Sociedad*, Madrid, Editorial Civitas, 2004, p. 43.

público, y está claro que la clasificación de alguien como enemigo sirve para proteger la vigencia de las normas (expectativas normativas seleccionadas por el subsistema del derecho) del peligro que la libertad del enemigo representa a dichas expectativas.

Está claro que, para Jakobs, sólo se fundamenta un Derecho penal del enemigo basado en reales necesidades de contención de la conducta del enemigo que lesiona a intereses socialmente relevantes, porque dicho autor claramente identifica la necesidad de creación de normas de Derecho penal de enemigo para situaciones penales extremas, que exigen una respuesta también extrema (la validez o pertinencia de dicha identificación será estudiada oportunamente), que es diferente de la respuesta penal orientada a los ciudadanos.

Hay otra razón de interés público, que fundamenta la existencia de un Derecho penal del enemigo, y por eso, la separación entre ciudadanos y enemigos, expuesto por parte de Jakobs, y que tiene sus raíces en la fase descriptiva del Derecho penal del enemigo del autor. Dicho fundamento es la necesidad de separación de las normas de Derecho penal del enemigo de las normas de Derecho penal ordinario, para darse al ciudadano un ámbito más grande de protección de sus garantías¹⁸⁶³.

En este punto, lo que Jakobs propone es la creación de un núcleo del Derecho penal orientado a dar respuestas contra los enemigos, más duro y fuerte, y otro, orientado a dar respuestas a ciudadanos, más blando y débil, para proteger los ciudadanos de las normas típicas de Derecho penal del enemigo, lo que es y sólo puede ser una razón de naturaleza pública, en la medida en que toda la colectividad, en teoría, se beneficiaría de dicha diferenciación.

En relación con la tercera característica del concepto de Schmitt, hay que aclarar que, en realidad, dicha característica es una matización del concepto de enemigo. Así pues, de acuerdo con Schmitt, el enemigo puede ser real o absoluto. El enemigo real es, por ejemplo, un ejército enemigo que invade el territorio nacional, que debe ser contrarrestado, en un contexto de guerra declarada. Luego después del fin de la guerra, no hay más enemigo a ser combatido. De otra parte, el enemigo absoluto no se inscribe bajo las ideas de espacio y

¹⁸⁶³ “Es tarea aún recién iniciada de la ciencia la de identificar las reglas del Derecho penal de enemigos y separarlas de las del Derecho penal del ciudadano para, dentro de éste último, poder insistir aún con mayor firmeza en el tratamiento del delincuente como persona inscrita en el derecho” JAKOBS, Günther. *Moderna Dogmática Penal, Estudios Compilados*, México D. F., Porrúa, 2002, p.734.

tiempo, es una idea, persona o colectivo que representa una cosa que debe ser aniquilado a todo coste.

Como se puede ver, el concepto de enemigo de Jakobs no puede ser clasificado como enemigo real, en la clasificación de Schmitt. No hay, de ninguna forma, una situación de guerra declarada o invasión del territorio nacional por parte del individuo clasificado como enemigo, en el contexto de la política criminal de Derecho penal del enemigo. Lo mismo no se puede concluir acerca de la concepción de enemigo absoluto. Más que una persona que, de acuerdo con Jakobs, se pone fuera del Estado de Derecho, el enemigo en dicha política criminal, o la necesidad de su contención, representa la necesidad de una lucha que va más allá de los límites del espacio y del tiempo.

La necesidad de su contención está relacionada a la defensa de la sociedad contra los peligros que representan los enemigos, lo que no se enmarca en un contexto de guerra entre dos fuerzas constituidas de forma regular, por Estados o colectividades. Así pues, aunque la figura del enemigo en algunos casos pueda ser individualizada en un determinado ser humano, la idea de la necesidad de lucha contra los enemigos así clasificados de acuerdo con una determinada política criminal no está sujeta a limitaciones de espacio y tiempo, mientras no se cambie dicha política criminal.

Las semejanzas entre los conceptos de enemigo de Jakobs y Schmitt son muy claras. La única diferencia encontrada, como ya explicado, es cuantitativa, no cualitativa, en la medida en que el concepto de Jakobs se materializa en el ordenamiento jurídico siguiendo el proceso legislativo, un requisito formal no previsto en la concepción schmittiana. Aunque, de hecho, Jakobs presente un concepto de enemigo no absoluto como el concepto de Schmitt, el carácter de exclusión absoluta no puede ser alejado de un Derecho penal del enemigo como se lo quiere investigar en este trabajo, especialmente porque el propio Jakobs no toma el cuidado de limitar bien hasta donde se puede llegar con dicho concepto, lo que pone la exclusión absoluta como una posibilidad eventual, o una necesidad intrínseca a dicho modelo.

Aunque el propio autor del concepto de enemigo estudiado (Jakobs) informe que no exista relación entre dicho concepto y el concepto de Carl Schmitt, hay que admitirse que creador y creatura existen de forma apartada, y por eso aquél no puede tener la exclusividad de la

interpretación y análisis de este. Así pues, después de analizar los estudios realizados sobre el tema, sin agotarlo, se puede concluir que los conceptos de Jakobs y Schmitt tienen correlación directa en relación con sus orígenes, sus funciones y sus formas de concretarse en la realidad. Muchos otros investigadores han llegado a esta misma conclusión¹⁸⁶⁴⁻¹⁸⁶⁵.

Al final, en virtud de ser clara la relación de los conceptos de enemigo estudiados, parece que Jakobs quiere alejar su concepto de enemigo del concepto de Schmitt por otras razones, como por ejemplo, de alejar también las consecuencias de su adopción, especialmente las críticas a su carácter absoluto y la vinculación de Schmitt con el régimen nacionalsocialista alemán del siglo pasado.

9.3 Lo que es un Derecho penal del enemigo: toma de postura y presentación de un concepto original.

¹⁸⁶⁴ “Casi con resignación ha de constatarse cómo con el debate sobre el Derecho penal del enemigo, una vez más aparece Carl Schmitt como el genio de la lámpara -tanto en lo que respecta a la autopuesta en escena como en lo relativo a la teoría del hasta hoy influyente teórico del Derecho del Estado-. Cuando Jakobs afirma que “el que discrepa por principio [...] no ofrece ninguna garantía de comportamiento personal” y “por ello no puede ser combatido como ciudadano, sino que tiene que ser combatido como enemigo”, recuerda a Schmitt, en lo conceptual y en el contenido. Jakobs no considera a Schmitt digno de mención en ningún punto, tampoco cuando en 2004 destila en el segundo capítulo de su polémica obra “algunos esbozos jurídico-filosóficos”, mejor dicho: fragmentos de las teorías de Rousseau, Fichte, Hobbes y Kant (cfr. Jakobs, 2004a, ps. 89 y ss.). Pero no sólo el significado central del concepto enemigo conduce a Schmitt. Más bien Jakobs pone ya, en 1985, un rastro prácticamente imposible de pasar por alto que conduce al polémico teórico de Derecho del Estado, al considerar que el Derecho penal del enemigo únicamente resulta legítimamente “como estado de necesidad vigente de manera excepcional” para luego, en obras posteriores, revalorizar esa excepción para convertirla en la regla general en lo que respecta al tratamiento de enemigos y equiparar el Derecho penal del enemigo a la guerra. Vale la pena, por tanto, echar un vistazo a Carl Schmitt.” KALECK., Wolfgang. “Sin llegar al fondo. La discusión sobre el Derecho penal del enemigo.” En: AA. VV. *Derecho penal del enemigo*. El discurso penal exclusión, 2 vols., Montevideo/Buenos Aires, Editorial B de F Edisofer, 2006, compilado por Manuel Cancio Meliá y Carlos Gómez-Jara Díez. Vol. II, pp. 93-116, pp. 127-130.

¹⁸⁶⁵ “Nadie, o, en todo caso, muy pocos -aparte de Manuel Cancio- pensarán en relación con el concepto de Derecho penal del enemigo en las alturas de abstracción filosóficas y en los precipicios filosóficos de Hegel. Más bien se asocia a este concepto -en Alemania- a otro protagonista del pensamiento jurídico burgués: Carl Schmitt.¹⁸⁶⁵ (...) Es evidente que existe una asociación del concepto de Derecho penal del enemigo con la declaración estatal de enemigo introducida por Schmitt como esencia de lo político; sin mayor dificultad cabe imaginar el concepto del Derecho penal del enemigo como un concepto “polémico” planteado por Schmitt en una determinada situación, pero con efectos de largo alcance. Entonces, sin embargo, realmente se plantea la cuestión de si bajo el concepto de Derecho penal del enemigo se convierte en opción jurídico-penal, prácticamente se “institucionaliza” el estado de excepción, es decir, la suspensión de derechos fundamentales para el mantenimiento del orden; y hay que preguntarse también cuáles son las consecuencias para la función social del Derecho penal, para la comunicación (normativa) sobre el Derecho penal en la sociedad.” MÜSSIG Bernd. “Derecho penal del enemigo: concepto y fatídico presagio. Algunas tesis” En: AA. VV. *Derecho penal del enemigo*. El discurso penal exclusión, 2 vols., Montevideo/Buenos Aires, Editorial B de F Edisofer, 2006, compilado por Manuel Cancio Meliá y Carlos Gómez-Jara Díez. Vol. II, pp. 371-390, pp. 381-385.

Conforme se ha demostrado a lo largo de este trabajo, Jakobs propone un concepto de Derecho penal del enemigo que no necesariamente promueve una exclusión total del enemigo, ni necesariamente se le negarían derechos o garantías fundamentales, ni tampoco se excluye la aplicación de principios constitucionales por completo. De hecho, casi la totalidad de los ejemplos recogidos en la obra de Jakobs contienen supuestos de hecho donde medidas más duras de control de la criminalidad son deseables y que no representan reacciones absolutas (negación o supresión de un derecho o un principio constitucional), como pasa, por ejemplo, en la regulación jurídica del terrorismo de organizaciones criminales transnacionales.

El problema en la definición de lo que sería un Derecho penal del enemigo en los trabajos de Jakobs es una consecuencia que parece en cierta medida no deseada, pero admitida por dicho autor. Esta consecuencia es justamente la posibilidad de llegada a un carácter absoluto de exclusión del enemigo, a través mecanismos de control de la criminalidad que realizan la negación o supresión de un derecho o un principio constitucional, no su legítima ponderación o flexibilización, conforme se expone a continuación, en este apartado.

De entrada, hay que subrayar que el propio Jakobs admite la posibilidad de concreción de medidas de carácter absoluto, aunque de forma no deseada, pero esperada, lo que también permite acercar su concepción de enemigo a lo que sostiene Schmitt, conforme puesto en el apartado precedente. Así pues, Jakobs, con las siguientes palabras, aunque eventualmente, admite que sus consideraciones pueden legitimar un carácter absoluto de la respuesta penal, de la siguiente forma:

Es cierto que el procedimiento para el tratamiento de individuos hostiles está regulado jurídicamente, pero se trata de la regulación jurídica de una exclusión: los individuos son actualmente no-personas. Indagando en su verdadero concepto, el Derecho penal de enemigos es, por lo tanto, una guerra cuyo carácter limitado o total depende (también) de cuánto se tema al enemigo.¹⁸⁶⁶

Admitir un carácter total de la guerra contra un enemigo, en el contexto del Estado de Derecho, lo que presupone la negación o la supresión de un derecho o un principio

¹⁸⁶⁶ JAKOBS, Günther. “La autocomprensión de la ciencia del Derecho penal ante los desafíos del presente”. En: *VVAA. La ciencia del Derecho penal ante el nuevo milenio*. Valencia, Tirant lo Blanc, 2004, pp. 53-64, pp.60-61.

constitucional, sin la declaración formal, aunque no convencional, de guerra es precisamente lo que hace inconstitucional el modelo de Derecho penal del enemigo propuesto por Jakobs, sin que se le reconozcan los límites infranqueables que son los derechos o principios constitucionales citados, que aunque ponderados o flexibilizados, incluso en situaciones extremas, no puede perder vigencia, lo que crearía, de hecho, una crisis de legitimidad constitucional del modelo estudiado.

La idea de la posibilidad de exclusión de carácter total o absoluto en Jakobs está tan fuerte que, incluso, él sostiene de forma clara que el enemigo debe ser excluido, lo que demuestra el ánimo absoluto de la ideología que basa las observaciones teóricas que el autor hace acerca de la función de un Derecho penal del enemigo, lo que puede ser observado del siguiente texto:

Quien por principio se conduce de modo desviado no ofrece garantía de un comportamiento personal; por ello, no puede ser tratado como ciudadano, sino debe ser combatido como enemigo. Esta guerra tiene lugar con un legítimo derecho de los ciudadanos, en su derecho a la seguridad; pero a diferencia de la pena, no es Derecho también respecto del que es penado; por el contrario, el enemigo es excluido.¹⁸⁶⁷

Jakobs sostiene que el Derecho penal del enemigo debe ser limitado a lo necesario¹⁸⁶⁸, lo que ha afirmado en muchas ocasiones y lo que muchos han hecho hincapié en no leer para continuar sus críticas de la forma como siempre lo han hecho, con consideraciones abstractas y ataques desde fuera, desde otros modelos ni mejores ni peores (porque carecen de medios meta-axiológicos para sopesar la calidad de cada uno de ellos), lo que Jakobs, con razón, ha bien identificado¹⁸⁶⁹.

¹⁸⁶⁷ JAKOBS, Günther; CANCIO MELIÁ, Manuel. *Derecho penal del enemigo*. 2 ed., Madrid, Civitas Ediciones, 2006, pp. 55-56.

¹⁸⁶⁸ “Manteniéndose lejos de tales extremos, de lo que se trata es de lo alcanzable, de lo óptimo en la práctica, lo que significa que el Derecho penal del enemigo debe ser limitado a lo necesario, y ello con completa independencia del mandato racional preexistente de limitar la violencia física por sus efectos secundarios corruptores.” JAKOBS, Günther: “¿Terroristas como personas en Derecho?”, en: AA. VV.: *Derecho penal del enemigo. El discurso penal exclusión*, 2 vols., Montevideo/Buenos Aires, Editorial B de F Edisofer, 2006, compilado por Manuel Cancio Meliá y Carlos Gómez-Jara Díez, Vol. 2, pp. 77-92, p. 88.

¹⁸⁶⁹ “Repetiré que mis consideraciones se formulan con intención descriptiva, no prescriptiva. Hasta me resultaría agradable que pudiera disolverse la detestable imagen del Derecho penal del enemigo; ahora bien, no veo ninguna posibilidad de una disolución incondicionada, y por ello intento conocer y dar a conocer lo que pasa, aunque sea detestable. Intentaré mostrar que el cuerpo del emperador, es decir, del Estado, en algunos lugares no está cubierto por una vestimenta como es debido, propia del Estado de Derecho, sino está desnudo, más aún, que debe estar desnudo en las actuales condiciones, si se quiere evitar que quede lesionado en su conjunto por un recalentamiento garantista. La objeción estándar contra este intento de proseguir con la ilustración es que el discurso de la desnudez, es decir, del Derecho penal del enemigo, es obsceno, llevándolo a

Sin embargo, los límites a los cuales Jakobs hace referencia, tienen una naturaleza onto-teleológica y facultativa, es decir, son límites que la necesidad práctica puede o no reconocer, de acuerdo con sus intereses. Así pues, los límites que propone son los límites de lo que se considera una necesidad actual de lucha contra los enemigos, en obediencia a un orden racional de límite de la violencia, lo que no es, para nada, una construcción teórica que proponga un eficiente medio de control de los límites y de la racionalidad axiológica del sistema (no meramente teleológica, merece la pena subrayar).

Además, luego después de reconocer la mera posibilidad eventual de dichos límites de naturaleza teleológica, Jakobs reconoce también la posibilidad de una guerra total contra el enemigo, conforme explicitado, lo que evidencia lo afirmado en el párrafo anterior en el sentido de que el modelo propuesto por Jakobs admite la violación de los mínimos estándares que limitan una actuación legítima desde un punto de vista constitucional, aunque que esta no sea una consecuencia necesaria ni tampoco inmediata de un Derecho penal del enemigo.

De todo lo que se ha revisado hasta el momento, se puede concluir que es posible nombrar de Derecho penal del enemigo una posible consecuencia de los postulados de la teoría de Jakobs. Conforme se ha demostrado en este trabajo, una de las características de un Estado de Derecho es la no existencia de Derechos o principios absolutos, lo que se propuesto, especialmente, en relación con el Derecho a la personalidad, uno de los derecho más centrales de la vida de ser humano en la contemporaneidad – quizás sólo la vida tendría un rango superior – y, por eso, es legítima una ponderación entre los intereses constitucionales de garantía de la continuidad de la vida en sociedad, o de protección de los bienes jurídicos a través de Derecho penal, y los derechos y garantías de un autor de un delito.

Lo que se quiere decir es que, en realidad, incluso los ejemplos más claros de lo que Jakobs llama de un Derecho penal del enemigo, como la creación de tipos penales que castigan la formación de asociaciones terroristas (criminalización en un estadio previo a la lesión de un bien jurídico) con penas parecidas con las de tentativa de homicidio no agravadas (tipo de

lo político: fascista. Sin embargo, lo único decisivo es si el discurso acierta con su objeto. Osaré hacer un intento.” JAKOBS, Günther. “¿Derecho penal del enemigo? Un estudio acerca de los presupuestos de la juridicidad”, en: AA. VV. *Derecho penal del enemigo. El discurso penal exclusión*, 2 vols., Montevideo/Buenos Aires, Editorial B de F Edisofer, 2006, compilado por Manuel Cancio Meliá y Carlos Gómez-Jara Díez, Vol. 2, pp. 93-116, p. 97.

delito de lesión), puede pasar por un examen de constitucionalidad y legitimidad, y aprobarse, si tenemos en cuenta que el principio de lesividad no es absoluto, que existen una necesidad social real de protección penal de este ámbito de la libertad individual, y que puede haber proporcionalidad y racionalidad entre una puesta en peligro abstracto de grave entidad y un daño individual, con especial atención a la proyección del daño representado por la conducta claramente peligrosa.

Así pues, nace la necesidad de matizar lo que sería legítimo y lo que no sería legítimo en las propias consideraciones de Jakobs, desde un punto de vista de la hermenéutica constitucional contemporánea, y asumir – bajo la premisa de que no existen principios absolutos – que algunas formas de ponderación de principios y derechos fundamentales son socialmente coherentes y legitimadas por la Constitución.

Véase, por ejemplo, el caso de la prisión provisional antes de una sentencia firme. No es prudente, ni conforme a la Constitución, por ejemplo, dejarse libre a un terrorista que comprobadamente ha matado a muchas personas en un atentado (prueba hecha por grabación en video, testigos y confesión culpable de forma libre y espontánea, por ejemplo) del cual se descubren planes de realizar otro acto terrorista de grave entidad, antes de una sentencia. Sin embargo, dicha prisión provisional es una forma de ponderación entre el principio de presunción de inocencia (o no culpabilidad) y el principio de necesidad de la protección penal o de prohibición de la protección deficiente (*Untermassverbote*¹⁸⁷⁰), que es, incluso, admitida por el Tribunal Constitucional alemán (*BVerfG*)¹⁸⁷¹. Este supuesto no representa una violación al principio de presunción de inocencia o no culpabilidad, pero su ponderación, lo que es legítimo y conforme a la Constitución.

¹⁸⁷⁰ CANARIS, Claus-Wilhelm. *Grundrechtswirkungen und verhältnismässigkeitsprinzip in der richterlichen Anwendung und Fortbildung des Privatrechts*. JuS, 1989, p. 161(163), *apud* BRASIL. Supremo Tribunal Federal. ADI 3112, Relator(a): Min. RICARDO LEWANDOWSKI, Tribunal Pleno, julgado em 02/05/2007, DJe-131 DIVULG 25-10-2007 PUBLIC 26-10-2007 DJ 26-10-2007 PP-00028 EMENT VOL-02295-03 PP-00386 RTJ VOL-00206-02 PP-00538.

¹⁸⁷¹“La jurisprudencia del Tribunal Constitucional alemán (*BVerfG*) clasifica de la siguiente forma el deber de protección: a) deber de prohibición (*Verbotspflicht*), que representa el deber de prohibir una conducta específica b) deber de Estado o de seguridad (*Sicherheitspflicht*), que impone el deber de proteger al individuo contra acciones de terceros a través de la utilización de varios tipos de medidas e) deber de evitar riesgos (*Risikopflicht*), que autoriza el Estado a actuar con la finalidad de protección de la sociedad en general, a través de la adopción de medidas de prevención o prevención especialmente orientadas al desarrollo técnico o tecnológico.” BRASIL. RICHTER, Ingo; SCHUPPERT, Gunnar Folke. *Casebook Verfassungsrecht*. 3. ed. München, 1996, p. 35-36. *apud* Supremo Tribunal Federal. ADI 3112, Relator(a): Min. RICARDO LEWANDOWSKI, Tribunal Pleno, julgado em 02/05/2007, DJe-131 DIVULG 25-10-2007 PUBLIC 26-10-2007 DJ 26-10-2007 PP-00028 EMENT VOL-02295-03 PP-00386 RTJ VOL-00206-02 PP-00538.

De esta forma, se puede concluir que ni todo lo que Jakobs dice que es un Derecho penal del enemigo, en la concepción adoptada en este trabajo, en realidad lo es, al revés, mucho de lo que él sostiene ser Derecho penal del enemigo es un Derecho penal de lucha basado legítimamente en la Constitución, en valores constitucionales, y en el principio de necesidad de la protección de bienes jurídicos y de prohibición de la protección deficiente. De esta constatación nace la necesidad de crearse un concepto nuevo y mejor acabado de lo que sería un Derecho penal del enemigo que no tiene soporte en la constitución y diferenciar su concreción de supuestos que representan un legítimo Derecho penal de lucha, conforme la constitución.

Porque un Derecho penal del enemigo, conforme se ha investigado en este trabajo, evidencia un carácter absoluto de la forma por la cual el sistema del Derecho responde a una irritación, la sociedad organizada se comunica con un determinado tipo de ser humano y el Estado reacciona frente a un delito, bajo razones de Derecho público, se puede perfectamente utilizar como modelo el concepto de enemigo de Schmitt, trasladado al Derecho penal, observadas las exigencias del principio de legalidad, lo que Schmitt no parece considerar.

La criminalización en un estadio previo a una lesión a un bien jurídico, con el adelantamiento de la punibilidad hasta lo que hace poco no se creía punible (como los actos preparatorios, *v. g.*, reduciendo el ámbito de aplicación del principio de lesividad), representa un cambio de la teoría del delito desde lo jurídico hacia lo político, porque la decisión acerca de la protección penal de bienes sujetos a una peligrosidad es una aplicación del principio de precaución, lo que es una decisión mucho más política que científica o dogmática. Sin embargo, dicho cambio lo no es ilegítimo *per se*, lo que sólo sería si llevado a su extremo de negación o supresión de derechos fundamentales o principios constitucionales. En realidad, el cambio hacia lo político obedece a criterios sociales válidos (en una democracia representativa real) y a las nuevas necesidades de protegerse bienes jurídicos esenciales a la vida en sociedad.

Así pues, se puede sostener el siguiente concepto para el objeto de esta investigación: Derecho penal del enemigo no es cualquier forma de Derecho penal de autor (por ejemplo, la punición más alta a la reiteración no caracteriza *per se* sola un Derecho penal del enemigo), o cualquier forma de tratamiento penal más duro en relación con un determinado fenómeno

criminal (v.g., tratamiento penal del terrorismo), ni tampoco se puede decir que es Derecho penal del enemigo la flexibilización de principios y garantías fundamentales a través de la ponderación (lo que es típico de cualquier modelo de Estado Democrático de Derecho – véase por ejemplo, la posibilidad constitucional de prisión provisional antes de la sentencia). Lo que caracteriza un Derecho penal del enemigo es la manifestación del sistema normativo penal que promueva la negación o supresión completa de la vigencia de principios constitucionales o derechos (y garantías) fundamentales de forma completa en una determinada previsión normativa, en abstracto o en un caso específico, lo que evidencia un supuesto de inconstitucionalidad.

CAPÍTULO 10

La construcción de un modelo de Derecho penal de lucha legítimo y conforme a la Constitución.

“Sólo quien se quiere dejar violentar, puede de algún modo ser violentado.”¹⁸⁷²

Hegel

¹⁸⁷² HEGEL, Guillermo Federico. *Filosofía del Derecho*, Editorial Claridad, Buenos Aires, 1968, p. 104.

CAPÍTULO 10 – La construcción de un modelo de Derecho penal de lucha legítimo y conforme a la Constitución.

En este capítulo se investigará los fundamentos de un Derecho penal de lucha, legítimo y conforme los valores constitucionales, y su diferencia en relación con un Derecho penal del enemigo radical, que acepta la exclusión y que presupone a la violación o negación de un principio o valor constitucional, lo que le vuelve ilegítimo e inconstitucional. Conocer la diferencia entre ellos es conocer hasta qué punto el poder de punir del Estado puede ir en la teleología de lucha contra la criminalidad y de respuesta proporcional al delito que se le exige la sociedad en los tiempos actuales.

10.1 ¿Ponderación o negación? - la esencia de un Derecho penal de enemigo ilegítimo y su comparación con un Derecho penal de lucha basado en valores constitucionales.

De la forma como lo analizado en los apartados antecedentes, la consecuencia más clara de la adopción de un concepto schmittiano de enemigo – *hostis* – para identificar lo que sería un Derecho penal del enemigo es la posibilidad de elaboración clara de un concepto menos borroso de lo que sería la concepción estudiada, como el concepto recién formulado, lo que permite, en su turno, a través de su aplicación, identificar manifestaciones ilegítimas del sistema penal y manifestaciones que pueden ser consideradas legítimas y conforme a la Constitución.

En este sentido, la supresión de una garantía procesal que conlleva a la negación de un derecho formal de origen constitucional (como el derecho al debido proceso legal), por ejemplo, en general, lo que no es admisible en un Estado Democrático de Derecho, representaría una forma de Derecho procesal penal del enemigo.

Sin embargo, la limitación de dichas garantías, a través del mecanismo hermenéutico llamado ponderación de principios, en el cual otros principios y valores del ordenamiento jurídico también son llevados en cuenta, y al final, todos son respetados, aunque tengan una amplitud menos grande, es un procedimiento típico de un Estado Democrático de Derecho, modelo que no comporta derechos, principios, normas y valores absolutos. Una vez más se recurre a lo

que enseña el juez de Supremo Tribunal Federal brasileño, Luís Roberto Barroso, de la siguiente forma:

“La ponderación de valores, intereses, bienes o normas consiste en una técnica de decisión jurídica que se puede utilizar en casos difíciles, que implican aplicación de principios (o excepcionalmente, de reglas) que encuentran en línea de colisión, indicando soluciones diferentes y contradictoras para la cuestión. El razonamiento ponderativo, que todavía busca baremos de objetividad, incluye la selección de normas y de hechos importantes, con la atribución de pesos a los diversos elementos en disputa, en un mecanismo de concesiones recíprocas que busca mantener, en la mayor medida posible, los valores contrapuesto.”¹⁸⁷³

La ponderación es, de forma simple y directa, en las palabras del maestro Miguel Ángel Rodilla, “considerar el peso relativo de los principios para el caso de que se trate”¹⁸⁷⁴. Karl Larenz hace algunas observaciones importantes acerca del procedimiento de ponderación, a saber:

“La ‘ponderación de bienes en el caso particular’ llevada a cabo cada vez con más frecuencia por los tribunales, es un método de desarrollo del Derecho, porque sirve para solucionar colisiones de normas –para las que falta una regla expresa en la ley–, para delimitar unas de otras las esferas de aplicación de las normas que se entrecruzan y, de este modo, concretizar los derechos, cuyo ámbito, como el del derecho general a la personalidad, ha quedado en blanco”.¹⁸⁷⁵ “Entre los principios en forma de norma jurídica se pueden contar también los principios del ‘medio más idóneo’ y de la ‘restricción menor posible’,

¹⁸⁷³ BARROSO, Luís Roberto. *A Nova Interpretação Constitucional: ponderação, direitos fundamentais e relações privadas*. 2 ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2006, p. 376. Texto original: “A ponderação de valores, interesses, bens ou normas consiste em uma técnica de decisão jurídica utilizável nos casos difíceis, que envolvem a aplicação de princípios (ou, excepcionalmente, de regras) que se encontram em linha de colisão, apontando soluções diversas e contraditórias para a questão. O raciocínio ponderativo, que ainda busca parâmetros de objetividade, inclui a seleção de normas e de fatos relevantes, com a atribuição de pesos aos diversos elementos em disputa, em um mecanismo de concessões recíprocas que procura preservar, na maior intensidade possível, os valores contrapostos.”

¹⁸⁷⁴ “La aplicación de las reglas funciona de forma disyuntiva: o se aplican o no se aplican. Los principios, dice Dworkin, tienen, en cambio, una dimensión de peso o importancia que es preciso considerar para determinar si se aplican o no al caso. La forma de aplicación de las reglas es la subsunción: uno investiga si el caso entra dentro del supuesto de hecho de la regla, y si comprueba que es así, aplica la consecuencia jurídica prevista en la regla. La aplicación de los principios, en cambio, requiere un proceso previo de ponderación: considerar el peso relativo de los principios para el caso de que se trate. La significación de este punto se pone de manifiesto cuando se presentan conflictos.” RODILLA GONZÁLEZ, Miguel Ángel. *Teoría de las normas: II - las normas jurídicas* (apuntes de clase facilitados por el profesor), en: *Teoría de las normas en su aplicación al Derecho penal* (asignatura), Máster en Derecho penal, Universidad de Salamanca, Salamanca, 2011, p. 22.

¹⁸⁷⁵ LARENZ, Karl. *Metodología de la ciencia del derecho*. Traducción de Marcelino Rodríguez Molinero. Editorial Ariel. Barcelona, 1980. p. 409.

que, como hemos visto, sirven muchas veces a los tribunales como pauta de ‘ponderación de bienes’. Están ‘en forma de norma jurídica’ en cuanto que, en el caso concreto, sólo existe un medio ‘más idóneo’, sólo una restricción ‘menor posible’ -la que protege suficientemente el bien preferido- del bien pospuesto; no se requiere, por tanto, una ulterior concretización de la pauta.”¹⁸⁷⁶

El proceso hermenéutico de la ponderación presupone la colisión entre dos principios (u otras normas), bajo el criterio de la proporcionalidad (*Verhältnismäßigkeit*), orientada por tres subprincipios, a saber: la adecuación (*Geeignetheit*), la necesidad (*Erforderlichkeit*), y la proporcionalidad en sentido estricto, conforme Alexy¹⁸⁷⁷. Dicho autor sigue explicando las etapas de realización de este procedimiento y la forma por la cual estos subprincipios de interrelacionan, del siguiente modo:

Los subprincipios de adecuación y necesidad se tratan de una optimización relativa a las posibilidades materiales. El principio de adecuación excluye el empleo de medios que perjudican la realización de al menos un principio, sin promover al menos un principio o meta a cuya realización sirven. Si un medio M que fue establecido para promover la realización de un principio Pa, no fuera idóneo para esto mas sí perjudicara la realización de Pb; entonces de omitirse M no se originarían costos para Pa ni para Pb, aunque sí los habría para Pb de emplearse M. Pueden Pa y Pb ser realizados conjuntamente en más alta medida, relativamente a las posibilidades materiales, de no producirse M; tomados conjuntamente, Pa y Pb prohíben el uso de M. Esto muestra que el principio de idoneidad no es otra cosa que una manifestación de la idea del óptimo de Pareto: una posición puede mejorarse sin originar desventajas a otra. Lo mismo vale para el principio de necesidad. Éste requiere elegir, de entre dos medios que promueven Pa de prácticamente igual manera, el que intervenga menos intensamente en Pb. Si existiera un medio que interviene menos intensamente y es igualmente adecuado, entonces podría mejorarse una posición sin originar costo a la otra. La aplicación del principio de necesidad en efecto supone que no hay un principio Pc afectado negativamente por el empleo del medio que interviene menos intensamente en Pb. En esta constelación ya no puede resolverse el caso a base de reflexiones apoyadas sobre la idea del óptimo

¹⁸⁷⁶ LARENZ, Karl. *Metodología de la ciencia del derecho*. Traducción de Marcelino Rodríguez Molinero. Editorial Ariel. Barcelona, 1980, p. 472.

¹⁸⁷⁷ “En el Derecho constitucional alemán, la ponderación es una parte de lo exige un principio más amplio; este principio comprensivo es el de proporcionalidad (*Verhältnismäßigkeit*). Éste se compone de tres partes: los subprincipios de adecuación (*Geeignetheit*), necesidad (*Erforderlichkeit*) y proporcionalidad en sentido estricto; todos estos subprincipios expresan la idea de optimización. Los derechos fundamentales son mandatos de optimización, como tales son normas de principio que ordenan la realización de algo en la más alta medida, relativamente a las posibilidades materiales y jurídicas. alexy, Derechos fundamentales, ponderación y racionalidad.” ALEXY, Robert. “Derechos fundamentales, ponderación y racionalidad.” En: *Revista Iberoamericana de Derecho Procesal Constitucional*, núm. 11, enero-junio 2009, pp. 3-14. p. 8

paretiano; cuando no pueden evitarse los costos o el sacrificio, se hace necesaria una ponderación. La ponderación es objeto del tercer subprincipio del principio de proporcionalidad, el de proporcionalidad en sentido estricto; este subprincipio dice lo que significa la optimización relativa a las posibilidades jurídicas. Es idéntico a una regla que podemos denominar “ley de ponderación”, la cual dice: Como alto sea el grado de incumplimiento o perjuicio de un principio, tanto tiene que ser la importancia de la realización del otro. La ley de ponderación expresa que optimizar en relación con un principio colisionante no consiste en otra cosa que ponderar.¹⁸⁷⁸

De esta manera, la ponderación es un procedimiento hermenéutico por el cual se busca dar la efectividad más grande posible a los intereses en juego pero que, al final, lleva a la preponderancia de uno sobre el otro, sin negarle al interés no preponderante su vigencia, validez y eficacia y, por eso, la ponderación es un procedimiento eficaz para legitimar una intervención del Estado en el ámbito del Derecho penal, en la cual no prepondere el derecho individual a la libertad frente a la necesidad de imposición de una pena de privación de libertad, por ejemplo.

Cuando un juez condena alguien a una pena de privación de la libertad, él aplica un juicio de ponderación realizado antes por el legislador, bajo la orientación constitucional. Cuando se condena a alguien, se llega a la conclusión de que, en un determinado caso, es necesaria la imposición de una pena de privación de libertad porque los intereses en juego – libertad como derecho fundamental y derecho también fundamental a la protección de los bienes o seguridad – debe prevalecer este último, en comparación con el primero, sin que se niegue la vigencia del derecho a la libertad y su eficacia real. Alexy informa que:

La ley de ponderación muestra que ésta puede descomponerse en tres pasos. En el primero debe constatarse el grado de incumplimiento o perjuicio de un principio. A él debe seguir en un segundo paso la comprobación de la importancia de la realización del principio contrario. En un tercer paso finalmente debe averiguarse si la importancia de la realización del principio contrario justifica el perjuicio o incumplimiento del otro.¹⁸⁷⁹

¹⁸⁷⁸ ALEXY, Robert. “Derechos fundamentales, ponderación y racionalidad.” En: *Revista Iberoamericana de Derecho Procesal Constitucional*, núm. 11, enero-junio 2009, pp. 3-14, pp. 8-9.

¹⁸⁷⁹ ALEXY, Robert. “Derechos fundamentales, ponderación y racionalidad.” En: *Revista Iberoamericana de Derecho Procesal Constitucional*, núm. 11, enero-junio 2009, pp. 3-14, p. 9.

Así pues, a través de la aplicación del principio de proporcionalidad (y los otros subprincipios del procedimiento de ponderación) se puede llegar a la conclusión de que medidas políticocriminales más fuertes, tomadas en contra fenómenos macrocriminales para los cuales el Derecho penal clásico no fue pensado, son medidas legítimas y necesarias, y por eso, deben ser aplicadas, y no consideradas como un ilegítimo Derecho penal del enemigo orientado a la negación de derechos, principios o valores constitucionales. Es esta la esencia de la ponderación, es esa la esencia de un legítimo Derecho penal de lucha basado en valores constitucionales.

De esta manera, se reconoce la existencia de principios y valores del Derecho que determinan la protección e bienes jurídicos (o protección de la vigencia de la norma), a través del Derecho penal, que en este punto, provisionalmente se llamará de principio de necesidad de la protección por parte del Derecho penal. Dicho principio puede relacionarse en principio de prohibición de la protección deficiente, principio de protección del derecho fundamental a la seguridad o principio de la proporcionalidad de la respuesta penal. Estos principios serán más bien explicados en el apartado donde se analiza los fundamentos de un Derecho penal de lucha basado en valores constitucionales.

Así pues, se reconoce que, en una sociedad democrática secularizada, donde no existen valores, principio o reglas absolutos, el derecho a la libertad personal y las garantías procesales pueden ser ponderados con los principios y derechos citados en el párrafo precedente, lo que puede dar origen a dos conclusiones, a saber:

a) de un lado, la identificación de la legitimidad y constitucionalidad de respuestas penales más rigurosas a fenómenos criminales más fuertes, como la macrocriminalidad citada en algunas ocasiones, en este trabajo (v. g., criminalidad organizada para la trata de personas para la esclavitud sexual), cuando sopesados todos los intereses en juego, como los derechos fundamentales, con la necesidad de una protección penal más fuerte e invasiva, lo que aquí se llama de Derecho penal de lucha;

b) la identificación, por otro lado, de medidas políticocriminales de respuesta a la criminalidad inconstitucionales o ilegítimas, porque no ponderaron los legítimos

intereses en juego, llevando a la negación real de un principio o garantía fundamental, lo que aquí se llama de Derecho penal del enemigo.

El brillante profesor Miguel Polaino-Orts, en su consagrada obra que ha dedicado al tema, presenta un concepto funcionalista de Derecho penal del enemigo muy parecido con lo que aquí se suele identificar como un Derecho penal de lucha, y por eso, no podría ser ignorado. Dicho autor sostiene que:

Por ello, el Derecho penal del enemigo en sentido funcionalista no responde a un patrón expansiva y anti garantista ni se enfrenta a posiciones liberales de un Derecho penal mínimo ni consiste en la superación del garantismo sino todo lo contrario: presupone un contexto democrático y responde a un esquema legislativo de combate proporcional de un foco de excepcional peligro, y –al exigir la exacta comprobación previa de la real peligrosidad del sujeto– funge como modo de contención frente al poder omnímodo en el Estado de Derecho, racionalizando el tratamiento penal e introduciendo un alto índice de democraticidad en dicha forma de combate. Por ello el Derecho penal del enemigo en sentido funcionalista –o el Derecho penal funcionalista en general– no pretende más Derecho penal ni propugnan sanciones injustas, lo contrario: pretende que el Derecho penal sea –para decirlo con la feliz expresión de Daniel Pastor– un cortafuegos del poder punitivo y pretende que sólo se apliquen normas drásticas pero proporcionales a unos pocos delincuentes (a aquellos que realmente desestabilicen la sociedad) como único medio para salvaguardar los derechos fundamentales de los ciudadanos que se hallan amenazados por tales delincuentes. Esa salvaguarda constituye, en buena lógica, el verdadero garantismo penal, mucho más real que el garantismo ideal al uso.¹⁸⁸⁰

De hecho, *a priori*, no se puede contraponer a este concepto muchas consideraciones, porque considera el Derecho penal del enemigo como una forma proporcional de respuesta penal. Se ha buscado, en este trabajo, más que eso, una matización del concepto antes mencionado, es decir, se ha buscado identificar cuáles serían las posibilidades de fundamentación e identificación de un Derecho penal de lucha, basado en los principios de proporcionalidad y necesidad y, de otro modo, identificar cuales sería las manifestaciones exageradas del sistema penal, que promueven la negación o violación de derechos o garantías fundamentales, lo que se buscó llamar de Derecho penal del enemigo.

¹⁸⁸⁰ POLAINO-ORTS, Miguel. *Derecho penal del enemigo*. Fundamentos, potencial de sentido y límites de vigencia. Barcelona Bosch, 2009, 548-549.

Sin embargo, en las consideraciones del profesor Polaino-Orts – muy sofisticadas y originales, hay que reconocerse – ambas categorías aquí tratadas – Derecho de lucha y Derecho penal del enemigo – son solamente manifestaciones de un Derecho penal del enemigo, sin el reconocimiento de un criterio de validez de las normas penales que promuevan formas más drásticas de intervención en la sociedad a través del Estado y su separación de aquellas normas que son ilegítimas o inconstitucionales, lo que, para el autor, estarían en la misma clasificación.

Hay que reconocerse también, sin embargo, que dicho autor hace referencia al Derecho penal del enemigo como un “combate proporcional de un foco de excepcional peligro”¹⁸⁸¹, lo que representa que él también está atento y dispuesto a reconocer limitaciones a un Derecho penal del enemigo, lo que acerca su concepto a las definiciones adoptadas en este trabajo, pero él no diseña medios claros de diferenciación entre lo que podría llamarse un “Derecho penal del enemigo proporcionado” y un “Derecho penal del enemigo desproporcionado” o de medidas de respuesta penal desproporcionadas que no sean Derecho penal del enemigo. Parece que a esta conclusión también han llegado otros importantes investigadores del área, como el profesor italiano Antonio Cavaliere¹⁸⁸².

Además, conforme lo que hasta aquí se ha desarrollado, parece que la esencia del Derecho penal del enemigo sea la posibilidad real de exclusión, negación o violación, lo que permite – además de reconocer su identidad conceptual con la idea de enemigo en Schmitt – identificarle como algo que puede llevar a lo extremo y a lo desproporcionado y, por eso, ilegítimo e inconstitucional, característica que no se le puede atribuir a todas las formas de manifestación del sistema penal que representen medios más drásticos de intervención, en atención a los principios constitucionales que deben ser observados en el funcionamiento del Derecho penal.

¹⁸⁸¹ POLAINO-ORTS, Miguel. *Derecho penal del enemigo*. Fundamentos, potencial de sentido y límites de vigencia. Barcelona Bosch, 2009, p. 549.

¹⁸⁸² “*Jakobs sostiene che il diritto penale del nemico sarebbe limitato I dall’idea di necessità e da calcoli di utilità; ma il problema è che in linea di principio la ‘depersonalizzazione’ comporta la legittimazione dello Stato a tutto ciò che ritenga utile e necessario, senza che i beni e i diritti fondamentali della persona – che ormai non c’è! – possano entrare in un bilanciamento con gli interessi della collettività.*” CAVALIERE, Antonio. “Considerazioni critiche intorno al diritto penale “del nemico” e “di lotta”.” In: *Scritti in onore di Generoso Melillo*, Napoli, vol. I, Satura Editrice, 2009, pp. 169-196, p. 183.

Hay que aclarar que la identificación de la necesidad de respeto – en ámbito de ponderación – de los principios y garantías constitucionales en un Derecho penal de lucha basado en valores constitucionales no representa una salida del modelo funcionalista de respuesta penal. Conforme lo aclarado en el apartado propio, la expectativa normativa institucionalizada de respeto a la Constitución tiene vigencia en todo el sistema del Derecho – incluso en el Derecho penal – y por eso, reconocerse la necesidad de respeto a normas constitucionales no representa una rotura con el sistema funcionalista-sistémico de observación de la realidad de las normas, sino su verdadera manifestación conforme a los postulado de Luhmann y Jakobs. Véase lo que piensa en relación con eso el propio Niklas Luhmann:

“La actual interpretación de la Constitución considera los derechos fundamentales, todos o parte de ellos, como derechos subjetivos que en el máximo, su creación no depende de una decisión estatal y, en la calidad de derechos preexistentes al Estado, necesitan de protección pero no de interferencia. La legislación ordinaria (que es considerada como una potencial enemiga de los derechos fundamentales) puede intervenir en este ámbito sólo en virtud de reservas expresamente formuladas [por parte de la Constitución]. Una intervención de este tipo es considerada como un tipo de violación del Derecho conforme el Derecho. Su protección contra las intervenciones legislativas (e no, por ejemplo, la programación vinculante de las decisiones de actuación) expresa la supremacía de la Constitución sobre la ley ordinaria. Por eso la actuación de los derechos fundamentales está confiada a los ciudadanos que poseen conciencia jurídica que, en el caso de su violación, acuden al juez y la explicitación fiel de su contenido es remitida al Poder Judicial”¹⁸⁸³

Ninguno de estos pensadores citados ha jamás negado la vigencia de las normas constitucionales en todo el sistema del Derecho que reconoce la supremacía de la Constitución, como es el caso de los ordenamientos jurídicos estudiados. Sin embargo, puede

¹⁸⁸³ Em la versión italiana: “*L’attuale interpretazione costituzionale considera i diritti fondamentali, in tutto o in parte, come diritti soggettivi che in linea di massima, evitano di essere creati da una decisione statale e, in quanto diritti preesistenti allo stato, necessitano certo di tutela ma non di attuazione. La legislazione ordinaria (che è considerata come potenziale nemica dei diritti fondamentali) può intervenire in quest’ambito solo in virtù di riserve espressamente formulate. Un intervento del genere è inteso come una sorta di violazione del diritto conforme al diritto. La loro protezione nei confronti degli interventi legislativi (e non, ad esempio, la programmazione vincolante delle decisioni di attuazione) esprime il primato della costituzione sulla legge ordinaria. Pertanto l’attuazione dei diritti fondamentali è affidata ai cittadini dotati di coscienza giuridica che, all’occorrenza, ricorrono in giudizio e l’esplicitazione fedele del loro contenuto è rimessa al potere giudiziario.*” LUHMANN, Niklas. *I diritti fondamentali come istituzione*. Cura e introduzione di Gianluigi Palombella e Luigi Pannarale, Bari, Dedalo, 2002, p. 305.

que los países que no tengan una Constitución o no se reconozca la supremacía de las normas de este matiz, tengan otra forma de funcionar, que no permite decir que sean *a priori* sistemas ilegítimos. Así pues, aún en el marco del sistema Luhmann-Jakobs, es posible identificar la necesidad de respeto a derechos y garantías fundamentales en el ámbito de la ponderación.

En esta medida, importa aclarar con ejemplos prácticos lo que se puede considerar como un Derecho penal del enemigo y lo que es un Derecho penal de lucha, a través de la diferenciación de supuestos de violación o negación de derechos o garantías fundamentales, de supuestos donde se ha realizado una ponderación entre estos y los principios que informan la necesidad de la intervención penal, en los cuales han preponderados estos sobre aquellos.

10.2 Algunos ejemplos de lo que sería un ilegítimo Derecho penal del enemigo y su diferencia de lo que sería un legítimo Derecho penal de lucha.

Hay algunos ejemplos de Derecho penal del enemigo en los ordenamientos jurídicos de países democráticos, y otros supuestos que lo parecen ser, que en general son puestos en las discusiones. En principio, se va a analizar algunas situaciones donde no se puede negar que hubo no sólo la mera ponderación, pero se identifica la real negación de Derechos fundamentales y su relación con el Estado, y se va a identificar si son o no supuestos de Derecho penal del enemigo.

10.2.1 *Guantanamo Bay detention camp and its extrajudicial prisoners.*

Véase lo que de más radical y cercano del concepto propuesto en este trabajo que se ha producido en relación con algún ejemplo efectivo de Derecho penal del enemigo, a continuación:

“La aplicación práctica de esta tendencia, a veces, se distingue mediante las elocuentes denominaciones de algunas leyes: "Leyes de combate contra el terrorismo", "Leyes de lucha contra el tráfico de drogas". En otros casos, es el propio contenido de las normas lo que muestra su filiación al Derecho penal del Enemigo. Lamentables ejemplos de ello son: la denominada *Patriot Act* de los Estados Unidos de América, de 26 de octubre de 2001 y la *Anti-Terrorism, crime and security Bill*, de Inglaterra, de 14 de diciembre de 2001. En virtud de la primera, se autorizan acciones y medidas tales como la

intervención y escucha de comunicaciones telefónicas y electrónicas, registros domiciliarios secretos, la derogación del secreto que envuelve la relación abogado-cliente, la imposición de censura, el juzgamiento de sospechosos en forma secreta, la facultad presidencial de definir que una persona sea juzgada por tribunales militares, la privación del derecho del acusado a elegir un abogado, la posibilidad de que la presunción de inocencia sea desvirtuada por pruebas que tengan "un peso razonable", el ocultamiento de pruebas de cargo de la defensa por razones de seguridad nacional, la improcedencia de impugnación de las sentencias condenatorias ante tribunales de alzada sino sólo ante el secretario de Defensa.”¹⁸⁸⁴

De hecho, la realización de escuchas de comunicaciones telefónicas y registros domiciliarios, sin autorización judicial previa o fuera de situaciones de clara gravedad y evidente urgencia, violan el derecho a la intimidad y a la vida privada. En realidad, también la imposibilidad de elección del abogado, el ocultamiento a este de algunas pruebas y la inexistencia de confidencialidad en dicha relación, fuera de los casos de sospecha de abuso de estos derechos (como los casos de abogados que usan dicha confidencialidad para intercambiar informaciones entre organización criminal y reo, o informar a la organización sobre camino que las investigaciones siguen) violan el principio del contradictorio de la amplia o efectiva defensa. Por fin, es evidente que la posibilidad de elección de un juez militar por parte del presidente para juzgar el caso, con una sentencia que sólo se puede impugnar ante un cargo administrativo, en tiempos de paz, es una violación del principio del juez o juicio natural, del principio de la imposibilidad de alejamiento de la jurisdicción y, para los ordenamientos que lo han adoptado, del principio del doble grado de jurisdicción (porque el segundo grado es meramente administrativo).

En definitiva, todos estos casos son supuestos de violaciones de derechos fundamentales, *a priori*, y no de meras y posiblemente legítimas ponderaciones de dichos derechos. Sin embargo, véase que, en el momento de describir a estos supuestos de hecho, se ha introducido elementos que los han matizado, como las expresiones “gravedad y urgencia”, “abuso de derecho” y “tiempos de paz” para poner en evidencia el carácter absoluto o no ponderado/desproporcionado de las medidas impuestas y la verdadera posibilidad de

¹⁸⁸⁴ NUÑEZ LEIVA, José Ignacio. “Un análisis abstracto del Derecho penal del Enemigo a partir del Constitucionalismo Garantista y Dignatario”. En: *Revista Electrónica Semestral de Políticas Públicas en Materias Penales*, Vol. 4, n° 8 (Diciembre 2009), Art. 3, pp. 383-407 (1-25), dic. 2009. Disponible en <http://www.scielo.cl/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0718-33992009000200003&lng=es&nrm=iso>, accedido en 20 agosto 2016.

ponderación de estos derechos, de acuerdo con exigencias de la realidad. La verdadera naturaleza de estas medidas se comenta a continuación.

A continuación y en consecuencia de las leyes contra el terrorismo aprobadas en los Estados Unidos de América tras los atentados de las torres gemelas del 11 de septiembre de 2001, se ha utilizado la prisiones estadounidense ubicada en la Bahía de Guantánamo, además de otras, como la prisión iraquí de Abu Ghraib, como prisión de guerra, para detener los *Prisoner of War* americanos. A ver lo Jakobs ha dicho sobre el tema:

“Yo diría que Guantánamo está muy cerca de la impersonalización. Aunque incluso allí recibían un tratamiento médico si se enfermaban. (...) Yo diría que Guantánamo estaba muy cerca de una impersonalización. Una custodia de seguridad en Alemania es una despersonalización muy grande, diría que el resto que queda es menos que lo que se quita. Pero uno no se transforma en una no-persona, en eso usted tiene razón. En un estado de derecho estimo que siempre es una despersonalización, a no ser que el estado de derecho todavía tenga la pena de muerte, que eso sí es una impersonalización.”¹⁸⁸⁵

Jakobs considera lo que pasa en prisión estadounidense en la bahía cubana de Guantánamo como algo muy cercano de la despersonalización y, por eso, considera este un supuesto muy cercano de lo que identifica como un Derecho penal del enemigo. En concreto, se presentan dos problemas igualmente graves en este sistema, a saber: a) la creación de una categoría de detenidos que no tiene derecho a acceder a la jurisdicción estadounidense, llamada de prisioneros extrajudiciales, o *extrajudicial prisoners*; y b) el uso, en los prisioneros de estos lugares, de técnicas avanzadas de interrogatorio, las *enhanced interrogation techniques*, como el tablero de agua, también conocido como *waterboarding*. Lo primero de los problemas puede ser explicado brevemente de la siguiente forma:

En noviembre de 2001, el Presidente Bush creó un agujero negro legal cuando estableció un sistema de comisiones militares para procesar a individuos, a los que consideraba "combatientes enemigos", detenidos en la Bahía de Guantánamo. Esta creación de un sistema separado de detención y juicio para sospechosos de terrorismo fue una afirmación audaz del poder ejecutivo que ha reducido gravemente el acceso a la justicia para cientos de hombres. Las comisiones militares no son nada como los juicios penales federales regidos por nuestra Constitución o

¹⁸⁸⁵ MIZRAHI Esteban. *Los presupuestos filosóficos del derecho penal contemporáneo*. Conversaciones con Günther Jakobs. San Justo/Buenos Aires, Universidad Nacional de La Matanza, 2012, p. 76.

los tribunales marciales de larga data del Código Uniforme de Justicia Militar. La administración Bush desechó los sistemas de justicia probados por el tiempo y estableció sus propias reglas.¹⁸⁸⁶

Eso ha creado la categoría de los prisioneros extrajudiciales de los Estados Unidos (*US extrajudicial prisoners*), en el contexto de la Guerra contra el terrorismo, de personas que se detienen fuera del proceso legal requerido dentro de la jurisdicción legal de los Estados Unidos, impedidos de acceder a aquel sistema legal. Eso, en teoría, viola el derecho a lo que se puede llamar de “recurso efectivo” ante los “*tribunales nacionales competentes, que la ampare contra actos que violen sus derechos fundamentales*” reconocido en el artículo 8 de la Declaración Universal de los Derechos del Humanos, de 1948¹⁸⁸⁷.

Además, el citado procedimiento violaría la regla del debido proceso legal (*due process of law*) prevista en la *due process clause* establecida por las enmiendas cinco y catorce, sección uno, de la Constitución de los Estados Unidos de América de 1787, que establecen, respectivamente, que nadie puede ser privado de su libertad sin el debido proceso legal¹⁸⁸⁸ y

¹⁸⁸⁶ In November 2001, President Bush created a legal black hole when he established a military commission system to prosecute individuals, whom he deemed to be “enemy combatants,” detained at Guantanamo Bay. This creation of a separate system of detention and trial for terrorism suspects was an audacious assertion of executive power that severely diminished access to justice for hundreds of men. Military commissions are nothing like the federal criminal trials governed by our Constitution or the long-established courts martial of the Uniform Code of Military justice. The Bush administration scrapped both time-tested systems of justice and made its own rules. p. 217, yoo, romero ROMERO, Anthony D., “Access to justice in the War on Terror”, in AA. VV. *Confronting Terror: 9/11 and the Future of American National Security. Essays by leading voices in Law and Policy*. REUTER, Dean; YOO, John; (Eds.) New York/London, Encounter Books, 2011.

¹⁸⁸⁷ “Artículo 8 - Toda persona tiene derecho a un recurso efectivo ante los tribunales nacionales competentes, que la ampare contra actos que violen sus derechos fundamentales reconocidos por la constitución o por la ley.” ONU. *Declaración Universal de Derechos Humanos*, Asamblea General de las Naciones Unidas. *Resolución 217 A (III)*, en París, el 10 de diciembre de 1948.

¹⁸⁸⁸ Quinta enmienda a la Constitución de los Estados Unidos de América de 1787: “Ninguna persona será considerada responsable de un crimen capital, o infame de otro modo, a menos que en una presentación o acusación de un Gran Jurado, excepto en los casos que surjan en la tierra o las fuerzas navales, o en la Milicia, cuando en servicio real en tiempo de Guerra o peligro público; Y ninguna persona estará sujeta a la misma ofensa por dos veces poner en peligro vida o miembro; Ni será obligado en ningún caso penal a ser un testigo contra sí mismo, ni ser privado de la vida, la libertad, o la propiedad, sin el debido proceso de la ley; Ni la propiedad privada será tomada para uso público, sin una justa compensación.” En original: “*No person shall be held to answer for a capital, or otherwise infamous crime, unless on a presentment or indictment of a Grand Jury, except in cases arising in the land or naval forces, or in the Militia, when in actual service in time of War or public danger; nor shall any person be subject for the same offence to be twice put in jeopardy of life or limb; nor shall be compelled in any criminal case to be a witness against himself, nor be deprived of life, liberty, or property, without due process of law; nor shall private property be taken for public use, without just compensation.*” ESTADOS UNIDOS DE AMÉRICA. *Nosotros, el Pueblo de los Estados Unidos. La Constitución de los Estados Unidos y sus enmiendas (1787-1992)*. Madrid. Universidad Carlos III, 2010.

que los estados federados deben dar protección judicial a este derecho de forma igual para todos¹⁸⁸⁹.

A esta conclusión – de una supuesta violación del derecho fundamental de acceso al poder judicial, se puede objetar dos cuestiones, a saber: la primera, en respecto al hecho de que el poder ejecutivo ha, de hecho, rediseñado la forma de acceso a la justicia a los *extrajudicial prisoners*, lo que no les ha quitado este derecho, solo modulado su forma de ejercicio; la segunda, que la enmienda a la Constitución americana de número cinco, excluye su aplicación en los “casos que surjan en la tierra o las fuerzas navales, o en la Milicia cuando en servicio real en tiempo de Guerra o peligro público”¹⁸⁹⁰, y la enmienda número catorce, en su turno, limita su aplicación a “todas las personas nacidas o naturalizadas en los Estados Unidos”. Además, la enmienda obliga el respeto y garantía de este derecho a los estados-miembros, lo que excluye la Unión, federación o gobierno central.

Estas circunstancias excluirían, de hecho, en primer lugar, la idea de que los *extrajudicial prisoners*, en el sistema estadounidense, tienen derecho de acceso al Poder Judicial, y, en segundo, que dicho derecho les fue negado o violado por completo. Sin embargo, para efectos de crearse un ejemplo, se va a tener en cuenta que impedirles el acceso al sistema de justicia federal de Estados Unidos de América sea un ejemplo real de efectiva negación de un derecho fundamental y, por eso, un supuesto de derecho contra un enemigo, en el sentido del concepto adoptado en este trabajo.

El otro problema señalado en los párrafos antecedentes es el uso del *waterboarding* (tablero de agua), una técnica de interrogatorio avanzada en la que se vierte agua sobre un paño que

¹⁸⁸⁹ Décimacuarta enmienda a la Constitución de los Estados Unidos de América de 1787, Sección 1: “Todas las personas nacidas o naturalizadas en los Estados Unidos y sujetas a su jurisdicción son ciudadanos de los Estados Unidos y del Estado en que residen. Ningún Estado podrá hacer o hacer cumplir ninguna ley que reduzca los privilegios o inmunidades de los ciudadanos de los Estados Unidos; Ni ningún Estado privará a ninguna persona de vida, libertad o propiedad sin el debido proceso legal; Ni negar a ninguna persona dentro de su jurisdicción la igual protección de las leyes.” En original: “*All persons born or naturalized in the United States, and subject to the jurisdiction thereof, are citizens of the United States and of the State wherein they reside. No State shall make or enforce any law which shall abridge the privileges or immunities of citizens of the United States; nor shall any State deprive any person of life, liberty, or property, without due process of law; nor deny to any person within its jurisdiction the equal protection of the laws.*” ESTADOS UNIDOS DE AMÉRICA. Nosotros, el Pueblo de los Estados Unidos. *La Constitución de los Estados Unidos y sus enmiendas* (1787-1992). Madrid. Universidad Carlos III, 2010.

¹⁸⁹⁰ Quinta enmienda a la Constitución de los Estados Unidos de América de 1787. ESTADOS UNIDOS DE AMÉRICA. Nosotros, el Pueblo de los Estados Unidos. *La Constitución de los Estados Unidos y sus enmiendas* (1787-1992). Madrid. Universidad Carlos III, 2010.

cubre el rostro y los pasajes de respiración de un detenido inmovilizado, que se hace creer que se está ahogando bajo el agua¹⁸⁹¹, en los *extrajudicial prisoners*, lo que muchos consideran como una forma de tortura. La expresión "*Waterboarding*" aparece en los informes de prensa desde el año 1976¹⁸⁹².

A fines de del año 2007, se informó ampliamente que la Agencia Central de Inteligencia de los Estados Unidos (*Central Intelligence Agency*, o simplemente CIA) estaba aplicando este procedimiento en los presos extrajudiciales y que la Oficina de Asesoría Jurídica del Departamento de Justicia Americano había autorizado el procedimiento entre algunas técnicas de interrogación avanzadas. La CIA confirmó haber utilizado esta técnica con tres sospechosos de Al-Qaeda, en los años 2002 y 2003¹⁸⁹³.

Cinco días antes de la invasión de Irak en marzo de 2003, John Yoo, profesor de Derecho de la Universidad de California en Berkeley y jefe en funciones de la Oficina de Asesoría Jurídica del Departamento de Justicia, emitió un memorando al Director General del Departamento de Justicia, concluyendo que, en su opinión jurídica, las leyes federales relacionadas con la tortura y otros abusos no se aplican a los interrogatorios en el extranjero y, por eso, el uso de técnicas de interrogatorio avanzadas estaría liberado en prisiones que estén

¹⁸⁹¹ SAFIRE, William. *Safire's Political Dictionary*. Oxford University Press, 2008. p. 795.

¹⁸⁹² "To more recent times: in 1953, a U.S. fighter pilot told United Press that North Korean captors gave him the "water treatment" in which "they would bend my head back, put a towel over my face and pour water over the towel. I could not breathe. When I would pass out, they would shake me and begin again." In 1976, a United Press International reporter wrote that U.S. Navy trainees "were strapped down and water poured into their mouths and noses until they lost consciousness. A Navy spokesman admitted use of the 'water board' torture to 'convince each trainee that he won't be able to physically resist what an enemy would do to him.'" In 1991, the columnist Jack Anderson — confusing the phrase about ancient practice with the modern development — wrote of "the Chinese water board demonstration, one of the most dangerous in the Navy arsenal. Water is then poured over their faces by an instructor to simulate prisoner-of-war treatment." Without the "Chinese" reference, such "simulated drowning" is the method most often used today to describe the interrogation of three suspected terrorists, about which the C.I.A. director recently testified." ROSS, Brian; ESPOSITO, Richard. "CIA's Harsh Interrogation Techniques Described". *ABC News*. 18 November 2007. 17 abr. 2009. Disponible en: <<http://abcnews.go.com/Blotter/Investigation/story?id=1322866>>, consultado el 12 oct. 2016.

¹⁸⁹³ "The CIA has used waterboarding [JURIST news archive] "on only three detainees" since September 11, 2001, CIA Director Michael Hayden [official profile] told the US Senate Intelligence Committee [official website] Tuesday. Stipulating that the interrogation technique has not been used by the CIA in five years, Hayden for the first time named the men waterboarded: accused 9/11 mastermind Khalid Sheikh Mohammed [BBC profile; JURIST news archive], senior al Qaeda member Abu Zubaydah [BBC profile, JURIST news archive], and alleged mastermind of the 2000 USS Cole bombing Abd al-Rahim al-Nashiri [GlobalSecurity profile; JURIST news archive]. Hayden said that at the time of the waterboardings, officials feared "imminent attack" on the US. He also said that less than one-third of the roughly 100 terror detainees held in CIA custody were exposed to any kind of coercive interrogation." PRICE, Caitlin "CIA chief confirms use of waterboarding on 3 terror detainees". JURIST. 5 February 2005. Archived from the original on 4 October 2008, disponible en: <<http://www.jurist.org/paperchase/2008/02/cia-chief-confirms-use-of-waterboarding.php>>, consultado el 28 abr. 2017.

fuera del territorio de los Estados Unidos de América. Véase lo que el propio profesor Yoo ha escrito sobre el tema, de la siguiente forma:

En 1994, los Estados Unidos ratificaron la Convención Contra la Tortura (CAT). La CAT hace una distinción clara entre la tortura, que los estados deben criminalizar, y los tratos crueles, inhumanos o degradantes menos dañosos. El presidente Reagan entendió el tratado de esta manera cuando lo envió al Senado: “Para constituir tortura, el hecho debe ser una acción deliberada y calculada de una naturaleza extremadamente cruel e inhumana, específicamente destinado a infligir dolor o sufrimiento físico o mental en un grado agonizante”. La administración Reagan informó al Senado que: “El tratamiento duro como generalmente cae en la categoría de 'brutalidad policial', mientras que deplorable, no equivale a 'tortura'." El Congreso mantuvo esta distinción cuando criminalizó la tortura fuera de los Estados Unidos en 1994 como “un hecho cometido por una persona actuando bajo el color de la ley específicamente destinado a infligir dolor o sufrimiento físico o mental severo (que no sea el dolor o el sufrimiento incidental consecuente de sanciones legales) sobre otra persona bajo su custodia o control físico”. El Congreso pretendía que su prohibición de la tortura fuera estrecha. El presunto torturador debe haber actuado con "dolo específico", el nivel más alto de dolo conocido por la ley. Note que el Congreso sólo prohíbe “dolor o sufrimiento físico o mental severo”, no cualquier tipo de dolor o sufrimiento, físico o mental. Los diccionarios estándar definen "severo" en el contexto del dolor como algo "grave", "extremo", "agudo" y "difícil de soportar". El único otro lugar donde el Congreso ha usado palabras similares es en los estatutos que definen los beneficios de salud para las condiciones médicas de emergencia; En estos estatutos, "dolor severo" ocurre cuando la salud de un individuo se pone "en serio peligro", "deficiencia grave a las funciones corporales" o "disfunción grave de cualquier órgano o parte del cuerpo". Obviamente, la terminología del Congreso aquí no está exactamente en discusión, pero esto es lo más cercano que el Congreso ha llegado.¹⁸⁹⁴

¹⁸⁹⁴ Texto en su versión original: “In 1994, the United States ratified the Convention Against Torture (CAT). The CAT makes a clear distinction between torture, which states must criminalize, and less harmful “cruel, inhuman, or degrading treatment.” President Reagan understood the treaty this way when he first sent it to the Senate: “[I]n order to constitute torture, an act must be a deliberate and calculated act of an extremely cruel and inhuman nature, specifically intended to inflict excruciating and agonizing physical or mental pain or suffering.” The Reagan administration reported to the Senate: “rough treatment as generally falls into the category of ‘police brutality,’ while deplorable, does not amount to ‘torture.’” Congress maintained this distinction when it criminalized torture outside the United States in 1994 as “an act committed by a person acting under the color of law specifically intended to inflict severe physical or mental pain or suffering (other than pain or suffering incidental to lawful sanctions) upon another person within his custody or physical control.” Congress intended its prohibition on torture to be narrow. The alleged torturer must have acted with “specific intent,” the highest level of criminal intent known to the law.” Notice that Congress only prohibits “severe physical or mental pain or suffering,” not any pain or suffering, whether physical or mental. It prohibits only severe acts, though it does not define “severe.” Standard dictionaries define “severe” in the context of pain as something that is “grievous,” “extreme,” “sharp,” and “hard to endure.” The only other place where

Estas consideraciones le han permitido al profesor surcoreano de la Universidad de California John Yoo concluir que la aplicación del método de interrogatorio avanzado llamado de tablero de agua o *waterboarding* no se constituye en una forma de tortura y, por eso, no sería prohibido por ordenamiento jurídico estadounidense, en el ámbito de la legislación que prohíbe la realización de tortura en el extranjero, que es diferente de la legislación que la prohíbe en el territorio nacional.

De acuerdo con el profesor Yoo, *waterboarding* no es tortura porque, en su ejecución, no existe el dolo específico de infligir dolor severo, que en supuestos como estos, sólo se puede identificar el dolo de extraer una información, y porque existe un peligro real a la vida del detenido, porque si se aplica de la forma debida este procedimiento, no existe la posibilidad de daño a la indemnidad física del interrogado o de su muerte.

Sin embargo, si se considera un supuesto hipotético en el cual es posible usar *waterboarding* en imputados por el sistema de justicia ordinario americano, en residentes en el territorio de los Estados Unidos de América, para delitos no relacionados con un supuesto estado de guerra declarada por el país, se identificaría claramente la existencia de un Derecho penal del enemigo, en la medida en que hay la supresión completa de la libertad personal – y, de un análisis extremado, de la libertad de respirar – por unos momentos, de un individuo, lo que representa la negación no ponderada e ilegítima, aunque breve, de su libertad, no justificada porque no ha respetado en una mínima medida la libertad de un individuo.

Esto es claro al más básico sentido común de la concepción de libertad. Véase el ejemplo de las penas de privación de la libertad. Es un error semántico llamar la condena a algún tiempo de cárcel a una persona de privación de su libertad, en virtud de la forma de ejecución de la pena. En dicha forma, en general, el condenado puede moverse en su celda, ir al baño, comer, ducharse, leer, trabajar, hablar con su familia, escribir *et caetera*. Eso representa una mera restricción de su libertad personal, no la privación de esta. Una privación de su libertad se

Congress has used similar words in statutes defining health benefits for emergency medical conditions; in these statutes, "severe pain" occurs when an individual's health is placed "in serious jeopardy," "serious impairment to bodily functions," or "serious dysfunction of any bodily organ or part." Obviously, Congress's terminology here is not exactly on point, but it is the closest Congress has come. YOO, John; "Interrogation", in: AA. VV. *Confronting Terror: 9/11 and the Future of American National Security. Essays by leading voices in Law and Policy*. REUTER, Dean; YOO, John; (Eds.) New York/London, Encounter Books, 2011, pp. 157-172, pp. 161-162.

identificaría si la pena de encarcelamiento fuese ejecutada con el condenado atado, sujetándole a sus manos, pies y cabeza, para que no pudiese moverse de ninguna forma, y además, si se le fuese aplicado algún procedimiento que no le permitiera pensar, como el uso de medicinas o ruidos muy altos.

La privación completa de la libertad, en estos términos, representa la negación del derecho a la libertad, no su restricción ponderada, y es exactamente eso que pasa con el procedimiento llamado de *waterboarding*, donde se le quita totalmente la libertad a alguien – incluso la libertad de respirar y pensar – por algunos momentos, y aún que no sea para siempre o por un período largo, representa una supresión completa de la libertad personal y, por eso, una medida típica de un Derecho penal del enemigo, si realizada en el ámbito de normalidad institucional (*id. est.*, en un estado que no sea de guerra declarada o real) en un Estado Democrático de Derecho.

Lo se explica aquí presenta una solución jurídica para concluirse por la ilegitimidad del uso del *waterboarding* en tiempos de normalidad institucional y paz, lo que representa un concepto con un mejor potencial de rendimiento que construcciones que intentan rechazar la medida citada a través de argumentos morales o emocionales como, por ejemplo, el hecho de calificar el *waterboarding* simplemente como algo inmoral, degradante o cruel, adjetivos estos que los ordenamientos de todos los países estudiados están muy dispuestos a admitir en algunas medidas que toman. Esta admisión por parte de los ordenamientos jurídicos está clara cuando se estudia el estado actual de la legislación penal de estos países, especialmente, si se identifica que, seguramente, una condena de treinta años de prisión posee todos los citados adjetivos (cruel y degradante) y, sin embargo, sigue considerada conforme a la Constitución y sigue aplicada a diario en estos países, además de ser considerada legítimamente necesaria en algunos casos, conclusión que se ha demostrado válida a lo largo de este trabajo.

El tercer ejemplo que se quiere señalar fue identificado por el maestro italiano Massimo Donini, quién, en su turno, también pone un caso extremadamente interesante y aclarador de lo que considera efectivamente un supuesto de Derecho penal del enemigo, de la siguiente forma:

“Un caso típico de aniquilación del enemigo «mediante sentencia» para recordar un caso paradigmático de Derecho procesal del

enemigo, donde la jurisdicción sólo es instrumento de guerra, ha sido el constituido recientemente por la decisión pronunciada el 5 de noviembre de 2006 de la Primera Corte Criminal del Tribunal Supremo de Iraq contra Saddam Hussein y otros imputados, donde el objeto principal del juicio se refería a una sentencia anterior: un crimen contra la humanidad, la decisión del Tribunal revolucionario iraquí (*Revolutionary Court*), presidido por el juez Awad Hamad Al-Bandar, que tras un proceso-estrella, entre finales de mayo y el 14 de junio de 1984, condenó a muerte a 148 personas, de las cuales una tercera parte ya había fallecido por efecto de torturas o ejecuciones sumarias, consideradas responsables del atentado contra Saddam Hussein, el 8 de julio de 1982, cometido en realidad por parte de pocas personas, y que produjo sólo el disparo de 15 proyectiles contra su convoy, además de los responsables de conspiración antigubernamental, espionaje y alianzas contra el enemigo iraní contra el cual había una guerra en curso. Comprobado por la Corte iraquí, hoy, que se trata de un proceso-farsa («illusionary»), que ha condenado a muerte al menos a 46 personas ya fallecidas con anterioridad, entre las que se encontraban niños, matados por torturas y actos homicidas directos, aquel proceso de 1982 se coloca de hecho en el cuadro del uso del juicio penal en clave de aniquilación pura del enemigo. No es una ironía de la suerte, sino complementariedad de situaciones bien distintas, la circunstancia de que la condena por aquel crimen haya consistido en la aplicación de la pena típica reservada al enemigo, que es [la pena] capital.”¹⁸⁹⁵

En este ejemplo, Donini tiene el mérito de haber puesto una situación donde se impuso una condena de pena de muerte, lo más absoluto que se puede pensar en términos de posibles castigos de naturaleza penal, que como él mismo señala, en general, es lo que se impone al enemigo¹⁸⁹⁶. En razón de su carácter claramente absoluto, de negación o supresión total de derechos, la pena de muerte es, por excelencia, la pena que representa un Derecho penal del enemigo, si no realizada en un contexto de guerra declarada o no declarada.

Este ejemplo es muy interesante porque sobrepone dos casos de, en teoría, un Derecho penal del enemigo, a saber: uno, realizado por Saddam Hussein en el año 1982, en relación con sus prisioneros de guerra (*PoW*, en su sigla en inglés), y otro, realizado por los Estados Unidos de América en el año 2006, en relación con Saddam Hussein, entonces *Prisioner of War* americano, que fue condenado por haber aplicado en los juicios de 1982 lo que se ha considerado, en el segundo juzgado (2006), un Derecho injusto (*Unrecht*) en virtud de haber

¹⁸⁹⁵ DONINI, Massimo. *El Derecho penal frente a los desafíos de la modernidad*. Estudios de Derecho penal, Lima, Ara Editores, 2010, p. 242-243.

¹⁸⁹⁶ DONINI, Massimo. *El Derecho penal frente a los desafíos de la modernidad*. Estudios de Derecho penal, Lima, Ara Editores, 2010, p. 243.

violado a garantías fundamentales de los imputados, en un procedimiento que también violó garantías de Saddam Hussein, porque se realizó delante de un tribunal claramente de excepción, entre otras razones.

Este ejemplo deja claro que aquí no se habla de un Derecho penal del enemigo, sino de una guerra, donde los vencedores juzgan a los vencidos y les imponen sus resoluciones por medio de la fuerza física, no en un contexto civilizado donde las instituciones de los países funcionan de forma libre y ordinaria. Es precisamente este el problema al cual grande parte de los investigadores del Derecho penal incurrir al definir y atacar el Derecho penal del enemigo, a saber: confunden Derecho penal con Guerra formal, y suelen atribuir los hechos – excesivos o normales – en el contexto de la segunda a lo primero, para intentar comprometerle su legitimidad.

Hay que reconocerse, en primer lugar, que existen diferencias claras que separan un Derecho penal del enemigo de un Derecho de guerra o un Estado de guerra, real o declarada. La situación de normalidad institucional, donde no existe movilización de las fuerzas armadas para luchar contra un enemigo externo, a través de la declaración formal de guerra o de la existencia de una agresión por parte de un estado u organización extranjeros, donde se aplica el Derecho interno para la resolución de conflictos de entidad reducida, es muy diferente de una situación de guerra, desde puntos de vista fácticos y jurídicos. En un contexto de guerra, por ejemplo, no es necesario solicitar una autorización judicial para ingresar en domicilios de las zonas de combate o para disparar al enemigo, para quitarle la vida. En la guerra, se admite la tortura y otros medios inhumanos de guerra como forma de defensa nacional, para se pueda obtener éxito en el combate, aunque no sea para nada agradable reconocerse eso.

No se puede confundir guerra y Derecho penal, porque si se confunde estos dos conceptos, seguramente se va a imposibilitar la realización de medidas realmente necesarias a la defensa de un país entero y, al mismo tiempo, se podrá quitar todas las garantías de un sistema penal bien estructurado. Hay situaciones que van mucho más allá del ámbito de aplicación del Derecho penal, porque ponen en cuestión intereses de naturaleza estratégica o de defensa nacional, lo que puede demandar la declaración de guerra o la realización de acciones militares de este matiz (como el rechazo inmediato de una agresión militar previa a una

declaración de guerra), y no pueden ser confundidas con esta rama del Derecho. Es eso lo que informa el profesor Yoo, de la siguiente forma:

El 11 de septiembre de 2001, demostró que la guerra contra Al-Qaida no puede ser ganada únicamente en el marco del Derecho penal. Los ataques eran más que crímenes, eran actos de guerra. Responder a los ataques y proteger a los Estados Unidos de otro requiere un enfoque militar del conflicto. Pero Al-Qaida, sin fuerzas armadas regulares, territorio o ciudadanos para defender, también presenta desafíos militares sin precedentes.¹⁸⁹⁷

Así pues, la utilización de las técnicas avanzadas de interrogatorio en situaciones de guerra, la realización de medidas que violan derechos fundamentales en procesos que se desarrollan delante de tribunales militares de guerra con la imposición de una condena de muerte a los prisioneros, tienen que ver mucho más con lo que se puede llamar de *Modern Warfare* (técnicas modernas de guerra) y sus consecuencias que propiamente con un Derecho penal del enemigo orientado a la contención de riesgos en condiciones de normalidad institucional y paz, conforme lo explicado a lo largo de este trabajo.

Así pues, en concreto, en relación con los que sostienen ser un ejemplo de Derecho penal del enemigo la prisión estadounidense ubicada en la Bahía de Guantánamo, en el territorio de Cuba, alquilado por los EEUU, porque allí se aplica “*un sistema penal sin proceso y sin derechos.*”¹⁸⁹⁸, hay que informarles que lo que pasa en la prisión de Guantánamo es algo muy diferente del actual Derecho penal del enemigo, porque representa la puesta en marcha de un procedimiento militar de rechazo de un agresión realizado por organización paramilitar extranjera en el territorio de los EEUU, basada en una declaración formal de guerra.

Conforme se ha aclarado a lo largo de esta trabajo, el Derecho penal del enemigo presupone la coexistencia de dos Derechos penales, uno para el ciudadano y otro para el enemigo, en

¹⁸⁹⁷ “Sept. 11, 2001, proved that the war against Al-Qaida cannot be won solely within the framework of the criminal law. The attacks were more than crimes – they were acts of war. Responding to the attacks and protecting the United States from another requires a military approach to the conflict. But Al-Qaida, without regular armed forces, territory or citizens to defend, also presents unprecedented military challenges.” YOO, John. “Commentary: Behind the ‘torture memos’”. *San Jose Mercury News*. University of California, Berkeley, 5 January 2005. Disponible en: <http://www.berkeley.edu/news/media/releases/2005/01/05_johnyoo.shtml>, Consultado el 21 abr. 2017.

¹⁸⁹⁸ PÉREZ CEPEDA, Ana Isabel, "El vigente y autoritario Derecho penal del enemigo", en: BERNUZ BENEITEZ, M^a José, SUSÍN BETRÁN, Raúl (Coords.), *Seguridad, excepción y nuevas realidades jurídicas*, Granada: Comares, 2010, p. 47.

condiciones de normalidad institucional, es decir, la coexistencia de dos Derechos penales vigentes en período de paz, aplicables a los individuos presentes en el país, como parte de su Derecho interno. Lo que pasa con los Estados Unidos de América, y especialmente, con la prisión de Guantánamo es algo muy diferente.

Desde la aprobación de la Ley Pública n. 107-40, de 18 de septiembre de 2001 (*Public Law 107-40 - 107th Congress*), que promueve la aprobación de un proyecto de Resolución Conjunta del Senado, n. 23 (*Senate Joint Resolution 23 - 107th Congress*) en los EEUU¹⁸⁹⁹, este país está en situación de guerra formalmente declarada (aunque de forma limitada). A través de esta ley, que aún está vigente y no tiene fecha para ser revocada, el presidente de los Estados Unidos de América está autorizado a usar todos los medios necesarios y apropiados de fuerza militar contra naciones, organizaciones y personas para prevenir futuros ataques terroristas.

El uso de dicha fuerza militar está en curso hoy día en países como Siria, Iraq y Libia, y a través de la Organización del Tratado del Atlántico Norte (OTAN), en algunos otros lugares. Así pues, lo que pasa en la prisión de Guantánamo, donde se mantienen detenidos prisioneros de guerra, no tiene que ver con un Derecho penal del enemigo, conforme lo ha concebido Jakobs, en su forma contemporánea, sino que con un Derecho de guerra y prácticas típicas de un estado de combate miliar armado.

Así pues, se reafirma que si se pone un prisionero al cual se imputa un delito no relacionado con la guerra en la cual los Estados Unidos de América toma parte, es decir, un prisionero del sistema penal ordinario, al cual se le acusa, por ejemplo, de algún delito federal relacionada a la tenencia irregular de una arma corta, en la prisión de la Bahía de Guantánamo, y se le impone algunas de las medidas citadas en los párrafos precedentes, seguramente se estaría delante de un ejemplo claro de Derecho penal del enemigo, y no de aplicación de medidas de

¹⁸⁹⁹ “*Public Law 107-40 - 107th Congress, Sept. 18, 2001 (S.J.Res.23 — 107th Congress - 2001-2002). Joint Resolution . (...) SECTION 1. SHORT TITLE. - This joint resolution may be cited as the “Authorization for Use of Military Force”.* SEC. 2. AUTHORIZATION FOR USE OF UNITED STATES ARMED FORCES. (a) IN GENERAL.—That the President is authorized to use all necessary and appropriate force against those nations, organizations, or persons he determines planned, authorized, committed, or aided the terrorist attacks that occurred on September 11, 2001, or harbored such organizations or persons, in order to prevent any future acts of international terrorism against the United States by such nations, organizations or persons.” ESTADOS UNIDOS DE AMÉRICA. Public Law 107-40 - 107th Congress, Sept. 18, 2001 (S.J.Res.23 — 107th Congress - 2001-2002). Joint Resolution, Washington, DC, 2001.

combate en una guerra debidamente autorizada por el Congreso del aquel país, puesta en marcha de forma lícita por su presidente.

En la misma medida, hay que subrayar una vez más que la pena de muerte en situaciones de que no sean de guerra, formalmente declarada o informal, representa una forma de Derecho penal del enemigo en razón de la supresión completa de todos los derechos que su ejecución promueve. A revés, conforme subrayado en este apartado, no es necesario solicitar autorización judicial con antelación se quite la vida de forma legítima y constitucional de un enemigo en un campo de batalla donde se realizan combates armados formalmente determinados por un país, lo que puede trasladarse al final de la guerra, con los tribunales que en este momento tienen lugar.

Sin embargo no se debe desestimar la posibilidad legítima de utilización de la pena de muerte – o de las otras medidas típicas de una guerra que parecen Derecho penal del enemigo – en la guerra contra problemas sociales internos de un país, como la guerra contra terrorismo interno, contra tráfico de estupefacientes, de acuerdo con la necesidad regional de cada nación y su ordenamiento jurídico local, lo que no representaría una medida desmesurada o desproporcional y, por eso, no representaría una medida inconstitucional típica de un Derecho penal del enemigo, pero una manifestación legítima de un necesario Derecho penal de lucha, conforme la Constitución, si esta permite dicha posibilidad.

Además, muchos países todavía mantienen la pena de muerte en sus ordenamientos jurídicos, algunos en situaciones de normalidad institucional, como los Estados Unidos de América¹⁹⁰⁰ e

¹⁹⁰⁰ “U.S. Code › Title 18 › Part II › Chapter 228 › § 3591 (a) A defendant who has been found guilty of: (1) an offense described in section 794 or section 2381; or (2) any other offense for which a sentence of death is provided, if the defendant, as determined beyond a reasonable doubt at the hearing under section 3593 (A) intentionally killed the victim; (B) intentionally inflicted serious bodily injury that resulted in the death of the victim; (C) intentionally participated in an act, contemplating that the life of a person would be taken or intending that lethal force would be used in connection with a person, other than one of the participants in the offense, and the victim died as a direct result of the act; or (D) intentionally and specifically engaged in an act of violence, knowing that the act created a grave risk of death to a person, other than one of the participants in the offense, such that participation in the act constituted a reckless disregard for human life and the victim died as a direct result of the act, shall be sentenced to death if, after consideration of the factors set forth in section 3592 in the course of a hearing held pursuant to section 3593, it is determined that imposition of a sentence of death is justified, except that no person may be sentenced to death who was less than 18 years of age at the time of the offense.” ESTADOS UNIDOS DE AMÉRICA. *The Code of Laws of the United States of America*, Washington: Office of the Law Revision Counsel of the House of Representatives, 1926.

Indonesia¹⁹⁰¹, y países que la han mantenido solamente para los casos de situaciones de guerra formalmente declarada, como el caso de Brasil.

Por eso, se puede concluir que la utilización de la pena de muerte en países como Brasil, en situaciones que no sean de guerra, representa de hecho un Derecho penal del enemigo, ilegítimo. Sin embargo, la utilización de la pena capital en países como los citados – en como los Estados Unidos de América y en China – representaría un legítimo Derecho penal de lucha, en razón de la existencia y vigencia de constituciones locales que autorizan su utilización, lo que representa una interpretación auténtica y originaria de la mejor conclusión de la ponderación entre los intereses en juego en estos casos y, por eso, no se puede decir que ellos utilizan un Derecho penal del enemigo ilegítimo.

10.2.2 Leyes de seguridad nacional.

Así pues, en Brasil, la coma III, del artículo 5, de la Constitución de 1988, establece que nadie será sometido a la tortura ni a tratamiento inhumano o degradante¹⁹⁰², sin embargo, un poco más adelante, en la coma XLVII, la Constitución reconoce que podrá haber pena de muerte en los casos de guerra¹⁹⁰³, pena que tiene efectiva previsión legal¹⁹⁰⁴, y se aplicará a través de fusilamiento¹⁹⁰⁵, lo que no se constituye una especie de Derecho penal del enemigo porque está prevista solamente para los casos de guerra formalmente declarada.

¹⁹⁰¹ “Article 33. The types of principal punishments are: (1) control; (2) Criminal detention; (3) fixed-term imprisonment; (4) life imprisonment; and (5) The death penalty.” CHINA. *Criminal Law of the People's Republic of China*. Adopted by the Second Session of the Fifth National People's Congress on July 1, 1979 and amended by the Fifth Session of the Eighth National People's Congress on March 14, 1997.

¹⁹⁰² “Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes: (...) III - ninguém será submetido a tortura nem a tratamento desumano ou degradante;” BRASIL. *Constituição da República Federativa do Brasil*, Brasília, Senado, 1988.

¹⁹⁰³ “Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes: (...) XLVII - não haverá penas: a) de morte, salvo em caso de guerra declarada, nos termos do art. 84, XIX;” BRASIL. *Constituição da República Federativa do Brasil*, Brasília, Senado, 1988.

¹⁹⁰⁴ “Art. 55. As penas principais são: a) morte;” BRASIL. *Decreto-lei nº 1.001, de 21 de outubro de 1969*. Código Penal Militar. *Diário Oficial da República Federativa do Brasil*, Brasília, DF, 21 out. 1969.

¹⁹⁰⁵ “Art. 56. A pena de morte é executada por fuzilamento.” BRASIL. *Decreto-lei nº 1.001, de 21 de outubro de 1969*. Código Penal Militar. *Diário Oficial da República Federativa do Brasil*, Brasília, DF, 21 out. 1969.

Siguiendo al análisis sobre el ordenamiento jurídico de Brasil, hay que mencionar la vigencia de una norma llamada Ley de Seguridad Nacional, número 7.170, del año 1983¹⁹⁰⁶, que define los crímenes contra la seguridad nacional el orden política y social, llamada por algunos, en su época, de una experiencia “antidemocrática”¹⁹⁰⁷, y hoy, acusada de representar la concreción de un Derecho penal del enemigo¹⁹⁰⁸.

En realidad, dicha ley castiga los crímenes – no meros delitos – contra el régimen democrático, el Estado de Derecho y la integridad territorial del país, conforme las comas I¹⁹⁰⁹ y II¹⁹¹⁰, de su primer artículo, lo que pone en evidencia que se trata, en realidad, de un legítimo Derecho penal de lucha contra alguna forma de macrocriminalidad que ponga en riesgo o llegue a dañar legítimos intereses nacionales, que castiga conductas como la tentativa de dividir el territorio nacional para formar un nuevo país, en su artículo 11¹⁹¹¹, o matar al presidente por motivos políticos, en su artículo 29¹⁹¹².

Además de representar un legítimo Derecho penal de lucha contra fenómenos criminales de grave entidad o de consecuencias muy nefastas para todo el país, las conductas que la Ley de Seguridad Nacional de Brasil¹⁹¹³ tipifica son, en general, actos preparatorios de una guerra, lo

¹⁹⁰⁶ BRASIL. *Lei nº 7.170, de 14 de Dezembro de 1983*. Define os crimes contra a segurança nacional, a ordem política e social, estabelece seu processo e julgamento e dá outras providências. *Diário Oficial da República Federativa do Brasil*, Brasília, DF, 15 de dezembro de 1983.

¹⁹⁰⁷ FRAGOSO, Henelo Cláudio. *Lei de Segurança Nacional. Uma experiência antidemocrática*. Porto Alegre, Sergio Antonio Fabris, 1980, *passim*.

¹⁹⁰⁸ KEHL, Jones Mariel. “A inclusão da teoria do Direito Penal do inimigo para excluir possíveis terroristas em *terrae brasilis*.” In: AA. VV. CONPEDI/UFSC. (Org.). *Criminologias e política criminal* [Recurso eletrônico on-line]. 1ed. Florianópolis/SC: CONPEDI, 2014, v. 1, p. 50-72, p. 65

¹⁹⁰⁹ “Art. 1º - Esta Lei prevê os crimes que lesam ou expõem a perigo de lesão: I - a integridade territorial e a soberania nacional;” BRASIL. *Lei nº 7.170, de 14 de Dezembro de 1983*. Define os crimes contra a segurança nacional, a ordem política e social, estabelece seu processo e julgamento e dá outras providências. *Diário Oficial da República Federativa do Brasil*, Brasília, DF, 15 de dezembro de 1983.

¹⁹¹⁰ “Art. 1º - Esta Lei prevê os crimes que lesam ou expõem a perigo de lesão: (...) II - o regime representativo e democrático, a Federação e o Estado de Direito;” BRASIL. *Lei nº 7.170, de 14 de Dezembro de 1983*. Define os crimes contra a segurança nacional, a ordem política e social, estabelece seu processo e julgamento e dá outras providências. *Diário Oficial da República Federativa do Brasil*, Brasília, DF, 15 de dezembro de 1983.

¹⁹¹¹ “Art. 11 - Tentar desmembrar parte do território nacional para constituir país independente. Pena: reclusão, de 4 a 12 anos.” BRASIL. *Lei nº 7.170, de 14 de Dezembro de 1983*. Define os crimes contra a segurança nacional, a ordem política e social, estabelece seu processo e julgamento e dá outras providências. *Diário Oficial da República Federativa do Brasil*, Brasília, DF, 15 de dezembro de 1983.

¹⁹¹² “Art. 29 - Matar qualquer das autoridades referidas no art. 26. Pena: reclusão, de 15 a 30 anos.” BRASIL. *Lei nº 7.170, de 14 de Dezembro de 1983*. Define os crimes contra a segurança nacional, a ordem política e social, estabelece seu processo e julgamento e dá outras providências. *Diário Oficial da República Federativa do Brasil*, Brasília, DF, 15 de dezembro de 1983.

¹⁹¹³ BRASIL. *Lei nº 7.170, de 14 de Dezembro de 1983*. Define os crimes contra a segurança nacional, a ordem política e social, estabelece seu processo e julgamento e dá outras providências. *Diário Oficial da República Federativa do Brasil*, Brasília, DF, 15 de dezembro de 1983.

que representa un estado de agresión a las instituciones democráticas, a la normalidad institucional y al funcionamiento orgánico del país, motivos por los cuales se justifica la institución de penas más largas y de un proceso penal diferenciado, que tendrá lugar delante de la Justifica Federal (como pasa con los casos sometidos a la Audiencia Nacional, en España, con sede en Madrid¹⁹¹⁴). Estas situaciones representan supuestos de verdadera agresión a las bases de la sociedad civilizada y son efectivamente la puerta de entrada de un conflicto armado, que toda sociedad civilizada tiene la obligación moral de evitar.

10.2.3 El régimen disciplinario diferenciado en la ejecución de la condena.

En Brasil, la Ley n. 10.792, de 1 de diciembre de 2003¹⁹¹⁵, que ha modificado la Ley de Ejecución Penitenciaria, Ley n. 7.210, de 11 de julio de 1984, ha creado un régimen de ejecución penitenciaria temporal llamado de régimen disciplinario diferenciado, que posee las siguientes características:

- a) duración máxima de una sexta parte de la condena¹⁹¹⁶;
- b) cumplimiento en celda individual¹⁹¹⁷;

¹⁹¹⁴ “Artículo 62. La Audiencia Nacional, con sede en la villa de Madrid, tiene jurisdicción en toda España. (...) Artículo 65. La Sala de lo Penal de la Audiencia Nacional conocerá: 1.º Del enjuiciamiento, salvo que corresponda en primera instancia a los Juzgados Centrales de lo Penal, de las causas por los siguientes delitos: a) Delitos contra el titular de la Corona, su Consorte, su Sucesor, altos organismos de la Nación y forma de Gobierno. b) Falsificación de moneda y fabricación de tarjetas de crédito y débito falsas y cheques de viajero falsos, siempre que sean cometidos por organizaciones o grupos criminales. c) Defraudaciones y maquinaciones para alterar el precio de las cosas que produzcan o puedan producir grave repercusión en la seguridad del tráfico mercantil, en la economía nacional o perjuicio patrimonial en una generalidad de personas en el territorio de más de una Audiencia. d) Tráfico de drogas o estupefacientes, fraudes alimentarios y de sustancias farmacéuticas o medicinales, siempre que sean cometidos por bandas o grupos organizados y produzcan efectos en lugares pertenecientes a distintas Audiencias. e) Delitos cometidos fuera del territorio nacional, cuando conforme a las leyes o a los tratados corresponda su enjuiciamiento a los Tribunales españoles. En todo caso, la Sala de lo penal de la Audiencia Nacional extenderá su competencia al conocimiento de los delitos conexos con todos los anteriormente reseñados.” ESPAÑA. Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial. *Boletín Oficial del Estado*, núm. 157, de 02 de julio de 1985.

¹⁹¹⁵ BRASIL. *Lei n. 10.792, de 1º de Dezembro de 2003*. Altera a Lei no 7.210, de 11 de junho de 1984 - Lei de Execução Penal e o Decreto-Lei no 3.689, de 3 de outubro de 1941 - Código de Processo Penal e dá outras providências. *Diário Oficial da República Federativa do Brasil*, Brasília, 2 dez 2003.

¹⁹¹⁶ “Art. 52. A prática de fato previsto como crime doloso constitui falta grave e, quando ocasiona subversão da ordem ou disciplina internas, sujeita o preso provisório, ou condenado, sem prejuízo da sanção penal, ao regime disciplinar diferenciado, com as seguintes características: (...) I - duração máxima de trezentos e sessenta dias, sem prejuízo de repetição da sanção por nova falta grave de mesma espécie, até o limite de um sexto da pena aplicada;” BRASIL. *Lei nº 7.210, de 11 de Julho de 1984*. Institui a Lei de Execução Penal. *Diário Oficial da República Federativa do Brasil*, Brasília, DF, 13 jul. 1984.

¹⁹¹⁷ “Art. 52. A prática de fato previsto como crime doloso constitui falta grave e, quando ocasiona subversão da ordem ou disciplina internas, sujeita o preso provisório, ou condenado, sem prejuízo da sanção penal, ao regime disciplinar diferenciado, com as seguintes características: (...) II - recolhimento em cela individual;”

- c) visitación semanal de hasta dos horas de duración, por hasta dos personas¹⁹¹⁸;
- d) posibilidad de salida de la celda para exposición al sol por dos horas diarias¹⁹¹⁹;
- e) orientada a los presos que representen alto riesgo a la sociedad o al orden interno del establecimiento, o sobre los cuales existan sospechas fundamentadas de que están involucrados en actividades de organizaciones criminales¹⁹²⁰; y
- f) la medida será impuesta por el juez, después de garantido al imputado la posibilidad de efectiva defensa y ejercicio de las demás garantías procesales¹⁹²¹.

Este régimen temporario de ejecución penitenciaria ha sido acusado de ser una expresión de un Derecho penal del enemigo por muchos investigadores del Derecho penal en Brasil¹⁹²², lo que llama la atención para la necesidad de un análisis detenido de sus presupuestos y naturaleza.

BRASIL. *Lei nº 7.210, de 11 de Julho de 1984*. Institui a Lei de Execução Penal. *Diário Oficial da República Federativa do Brasil*, Brasília, DF, 13 jul. 1984.

¹⁹¹⁸ “Art. 52. A prática de fato previsto como crime doloso constitui falta grave e, quando ocasione subversão da ordem ou disciplina internas, sujeita o preso provisório, ou condenado, sem prejuízo da sanção penal, ao regime disciplinar diferenciado, com as seguintes características: (...) III - visitas semanais de duas pessoas, sem contar as crianças, com duração de duas horas;” BRASIL. *Lei nº 7.210, de 11 de Julho de 1984*. Institui a Lei de Execução Penal. *Diário Oficial da República Federativa do Brasil*, Brasília, DF, 13 jul. 1984.

¹⁹¹⁹ “Art. 52. A prática de fato previsto como crime doloso constitui falta grave e, quando ocasione subversão da ordem ou disciplina internas, sujeita o preso provisório, ou condenado, sem prejuízo da sanção penal, ao regime disciplinar diferenciado, com as seguintes características: (...) IV - o preso terá direito à saída da cela por 2 horas diárias para banho de sol.” BRASIL. *Lei nº 7.210, de 11 de Julho de 1984*. Institui a Lei de Execução Penal. *Diário Oficial da República Federativa do Brasil*, Brasília, DF, 13 jul. 1984.

¹⁹²⁰ “Art. 52. (...) § 1º O regime disciplinar diferenciado também poderá abrigar presos provisórios ou condenados, nacionais ou estrangeiros, que apresentem alto risco para a ordem e a segurança do estabelecimento penal ou da sociedade. § 2º Estará igualmente sujeito ao regime disciplinar diferenciado o preso provisório ou o condenado sob o qual recaiam fundadas suspeitas de envolvimento ou participação, a qualquer título, em organizações criminosas, quadrilha ou bando.” BRASIL. *Lei nº 7.210, de 11 de Julho de 1984*. Institui a Lei de Execução Penal. *Diário Oficial da República Federativa do Brasil*, Brasília, DF, 13 jul. 1984.

¹⁹²¹ “Art. 54. As sanções dos incisos I a IV do art. 53 serão aplicadas por ato motivado do diretor do estabelecimento e a do inciso V, por prévio e fundamentado despacho do juiz competente. § 1º A autorização para a inclusão do preso em regime disciplinar dependerá de requerimento circunstanciado elaborado pelo diretor do estabelecimento ou outra autoridade administrativa. § 2º A decisão judicial sobre inclusão de preso em regime disciplinar será precedida de manifestação do Ministério Público e da defesa e prolatada no prazo máximo de quinze dias. (...) Art. 60. A autoridade administrativa poderá decretar o isolamento preventivo do faltoso pelo prazo de até dez dias. A inclusão do preso no regime disciplinar diferenciado, no interesse da disciplina e da averiguação do fato, dependerá de despacho do juiz competente.” BRASIL. *Lei nº 7.210, de 11 de Julho de 1984*. Institui a Lei de Execução Penal. *Diário Oficial da República Federativa do Brasil*, Brasília, DF, 13 jul. 1984.

¹⁹²² Véase, por ejemplo: BERTI, Natália. “O Regime Disciplinar Diferenciado como expressão do Direito Penal do Inimigo”. In: *Âmbito Jurídico*, Rio Grande, XIV, n. 91, ago 2011. Disponível em: < http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=10108>. Acesso em abr 2017. Y BUSATO, Paulo César. “Regime disciplinar diferenciado como produto de um direito penal de inimigo”. Em: *Revista de Estudos Criminais*, Porto Alegre, v. 4, n. 14, p. 137-145, Abr./Jun. 2004.

De entrada, hay que subrayar que este régimen es un régimen limitado en el tiempo a una sexta parte de la condena, prevé que el criminal no será aislado totalmente, prevé su salida de la celda donde cumple la condena, está sometido al principio de necesidad en virtud de la naturaleza de las infracciones que se le imputa o su comportamiento en el establecimiento y sólo puede ser determinado por una decisión judicial, en un proceso donde se respeten todas las garantías del condenado.

Es verdad que la sospecha debidamente fundada – no la mera sospecha – de pertenencia a organización criminal permite su puesta en este régimen más riguroso, pero hay que observarse, que en todos los sistemas estudiados, se permite la prisión provisional antes de que sea dictada una sentencia firme contra el imputado, lo que nunca se ha llamado de Derecho penal del enemigo, y que tiene los mismos presupuestos de la imposición del régimen disciplinario diferenciado, es decir, la existencia de indicios de realización del delito y de peligrosidad del detenido, en general, sin que esta medida haya sido rechazada por ser típica de un Derecho penal del enemigo.

Así pues, la idea de que se puede imponer al imputado un régimen disciplinario diferenciado sin que haya una sentencia firme que reconozca su pertenencia a una organización criminal no tiene el poder de calificar de ilegítima o inconstitucional dicha imposición, ni tampoco de imponerle la clasificación de una forma de manifestación del Derecho penal del enemigo.

En relación con la posibilidad de que sea calificada como Derecho penal del enemigo, hay que subrayar que dicha medida, cuando aplicada en un juicio donde son respetadas todas las garantías del imputado, donde ha preponderado el principio de necesidad o de protección efectiva de bienes jurídicos, en relación con el principio de presunción de inocencia, no se le puede atribuir el carácter de absoluta negación del principio citado y, por eso no se le puede calificar como un Derecho penal del enemigo.

Al revés, en realidad, dicha medida es un poderoso medio de destrucción de organizaciones criminales que, después de su puesta en práctica, no tendrán más la posibilidad de intercambio de informaciones con uno de sus miembros, que se ha demostrado muy eficiente en relación a los supuestos de lucha contra la macrocriminalidad y, por todo eso, debe ser vista como un legítimo Derecho penal de lucha, conforme la Constitución.

10.2.4 Ley de Seguridad Aérea y la posibilidad de derribarse aviones civiles.

Otro supuesto muy interesante que a veces es identificado como un Derecho penal del enemigo es la “recuperación, incluso legislativa, de la autorización para matar al margen de cualquier proceso”¹⁹²³ como lo que existe en el párrafo 14 de la *Luftsicherheitsgesetz* (LuftSiG)¹⁹²⁴ alemana y el artículo 303, párrafo 2, del *Código Brasileiro de Aeronáutica, Lei n. 7.565*, del año 1986¹⁹²⁵, que permiten abatirse aviones hostiles no identificados que invaden el espacio aéreo de dichos países. Jakobs ha identificado este problema con la debida antelación a lo que parece que atribuye características de un Derecho penal del enemigo, de la siguiente forma:

Me aproximo al problema a través de una nueva regulación legal que - con independencia del resultado que arroje un examen de constitucionalidad- caracteriza el actual "clima" intelectual de las reflexiones en este campo y cuya fuerza explosiva sistemática difícilmente puede infravalorarse, el § 14, párrafo 3o de la Ley de Seguridad Aérea, de acuerdo con el cual es lícito derribar una aeronave "que pretenda ser usada para atentar contra vidas humanas".

¹⁹²³ PÉREZ CEPEDA, Ana Isabel, "El vigente y autoritario Derecho penal del enemigo", en: BERNUZ BENEITEZ, M^a José, SUSÍN BETRÁN, Raúl (Coords.), *Seguridad, excepción y nuevas realidades jurídicas*, Granada: Comares, 2010, p. 47.

¹⁹²⁴“*Luftsicherheitsgesetz (LuftSiG) (...) § 14 Einsatzmaßnahmen, Anordnungsbefugnis. (1) Zur Verhinderung des Eintritts eines besonders schweren Unglücksfalles dürfen die Streitkräfte im Luftraum Luftfahrzeuge abdrängen, zur Landung zwingen, den Einsatz von Waffengewalt androhen oder Warnschüsse abgeben. (2) Von mehreren möglichen Maßnahmen ist diejenige auszuwählen, die den Einzelnen und die Allgemeinheit voraussichtlich am wenigsten beeinträchtigt. Die Maßnahme darf nur so lange und so weit durchgeführt werden, wie ihr Zweck es erfordert. Sie darf nicht zu einem Nachteil führen, der zu dem erstrebten Erfolg erkennbar außer Verhältnis steht. (3) Die unmittelbare Einwirkung mit Waffengewalt ist nur zulässig, wenn nach den Umständen davon auszugehen ist, dass das Luftfahrzeug gegen das Leben von Menschen eingesetzt werden soll, und sie das einzige Mittel zur Abwehr dieser gegenwärtigen Gefahr ist. (4) Die Maßnahme nach Absatz 3 kann nur der Bundesminister der Verteidigung oder im Vertretungsfall das zu seiner Vertretung berechnigte Mitglied der Bundesregierung anordnen. Im Übrigen kann der Bundesminister der Verteidigung den Inspekteur der Luftwaffe generell ermächtigen, Maßnahmen nach Absatz 1 anzuordnen.*” ALEMANIA. "Luftsicherheitsgesetz vom 11. Januar 2005 (BGBl. I S. 78), das durch Artikel 1 des Gesetzes vom 23. Februar 2017 (BGBl. I S. 298) geändert worden ist", Berlin, 2005.

¹⁹²⁵ “Art. 303. A aeronave poderá ser detida por autoridades aeronáuticas, fazendárias ou da Polícia Federal, nos seguintes casos: I - se voar no espaço aéreo brasileiro com infração das convenções ou atos internacionais, ou das autorizações para tal fim; II - se, entrando no espaço aéreo brasileiro, desrespeitar a obrigatoriedade de pouso em aeroporto internacional; III - para exame dos certificados e outros documentos indispensáveis; IV - para verificação de sua carga no caso de restrição legal (artigo 21) ou de porte proibido de equipamento (parágrafo único do artigo 21); V - para averiguação de ilícito. § 1º A autoridade aeronáutica poderá empregar os meios que julgar necessários para compelir a aeronave a efetuar o pouso no aeródromo que lhe for indicado. § 2º Esgotados os meios coercitivos legalmente previstos, a aeronave será classificada como hostil, ficando sujeita à medida de destruição, nos casos dos incisos do caput deste artigo e após autorização do Presidente da República ou autoridade por ele delegada.” BRASIL. *Lei n. 7.565, de 19 de dezembro de 1986*. Dispõe sobre o Código Brasileiro de Aeronáutica. *Diário Oficial da República Federativa do Brasil*, Brasília, DF, 10 dez 1986.

La fuerza explosiva de este precepto deriva de la circunstancia de que sólo presenta un objeto de regulación con sentido si -como hasta el momento sólo sucedía en el caso del derecho de resistencia en virtud del art. 20, párrafo 4o GG 19- es lícito asumir "daños colaterales" (como se les denomina en el lenguaje militar), concretamente, la muerte de pasajeros que de ningún modo pueden ser hechos responsables del conflicto. De este modo se despersonaliza a estas víctimas civiles; pues se les priva de su derecho a la vida a favor de otros. En la bibliografía se intenta eludir esta monstruosidad interpretando el sacrificio de la vida como prestación personal, como cumplimiento de un deber ciudadano en la zona más extrema de tales deberes. Esta interpretación es inatacable como esbozo teórico; en el Estado de Rousseau, sería evidente. Pero en una sociedad que concibe al Estado como instrumento de la administración de felicidad de los ciudadanos individuales, no cuadra que algunos deban sacrificarse, renunciando así a todas sus expectativas de felicidad. Un Estado en tal sociedad despersonaliza cuando exige ese sacrificio de sujetos no responsables. Si, por lo tanto, el Estado, en caso de extrema necesidad, incluso frente a sus ciudadanos que no son responsables de ella, no conoce tabú alguno, sino hace lo necesario, mucho menos podrá imponerse tabúes en el ámbito de las medidas, para la evitación de esa extrema necesidad, dirigidas contra terroristas, es decir, contra quienes generan la situación de necesidad, al menos no dentro del marco de lo necesario: ésta es la fuerza sistemática explosiva del precepto.¹⁹²⁶

La Ley de Seguridad Aérea Alemana¹⁹²⁷ (*Luftsicherheitsgesetz*) es una norma creada por este país en respuesta a los ataques terroristas de las torres gemelas, en Nueva York, el 11 de septiembre de 2001, y ha entrado en vigencia a principios del año 2005. Su §14 (3)¹⁹²⁸ ha facilitado al Ejército Alemán (*Bundeswehr*) el permiso para usar armas contra aviones comerciales y a echarles al suelo, una vez que la utilización de dichos aviones, tras su secuestro, les equipara a un arma de destrucción masiva en manos de terroristas que le han secuestrado.

¹⁹²⁶ JAKOBS, Günther: "¿Terroristas como personas en Derecho?", en: AA. VV.: *Derecho penal del enemigo. El discurso penal exclusión*, 2 vols., Montevideo/Buenos Aires, Editorial B de F Edisofer, 2006, compilado por Manuel Cancio Meliá y Carlos Gómez-Jara Díez, Vol. 2, pp. 77-92, pp. 88-90.

¹⁹²⁷ ALEMANIA. "Luftsicherheitsgesetz vom 11. Januar 2005 (BGBl. I S. 78), das durch Artikel 1 des Gesetzes vom 23. Februar 2017 (BGBl. I S. 298) geändert worden ist", Berlín, 2005.

¹⁹²⁸ "Ley de Seguridad Aérea (...) § 14. La respuesta de emergencia, ejercerá el mando. (...) (3) El uso directo de la fuerza armada sólo es admisible si se considera que en las circunstancias en las cuales la aeronave se encuentra ella puede ser utilizado contra la vida de las personas, y esta es la única manera de evitar este peligro inminente." Redacción original alemana: "*Luftsicherheitsgesetz (LuftSiG) (...) § 14 Einsatzmaßnahmen, Anordnungsbefugnis. (...) (3) Die unmittelbare Einwirkung mit Waffengewalt ist nur zulässig, wenn nach den Umständen davon auszugehen ist, dass das Luftfahrzeug gegen das Leben von Menschen eingesetzt werden soll, und sie das einzige Mittel zur Abwehr dieser gegenwärtigen Gefahr ist.*" ALEMANIA. "Luftsicherheitsgesetz vom 11. Januar 2005 (BGBl. I S. 78), das durch Artikel 1 des Gesetzes vom 23. Februar 2017 (BGBl. I S. 298) geändert worden ist", Berlín, 2005.

Sin embargo, esta disposición normativa existente en el §14 (3), de la *Luftsicherheitsgesetz*, fue declarada inconstitucional por el Tribunal Constitucional alemán (*BVerfG*) en el año 2006, quien dictó sentencia sosteniendo que el sacrificio de vidas inocentes en beneficio de otro grupo viola la dignidad humana, derecho protegido incondicionalmente en el artículo primero de la Ley fundamental alemana¹⁹²⁹. Dicha ley fundamental, algo parecido con la Constitución de los otros países, la *Grundgesetz für die Bundesrepublik Deutschland*, de 23 de mayo de 1949, establece, en su Art. 1.1, que “La dignidad humana es intangible. Respetarla y protegerla es obligación de todo poder público”¹⁹³⁰.

Una disposición normativa semejante a lo que establece el §14 (3), de la *Luftsicherheitsgesetz* alemana, se puede identificar en el artículo 303, §2º, de la Ley n. 7.565, de año 1986, que establece el Código Brasileiro de Aeronáutica¹⁹³¹, y dispone que: “Agotados los medios coercitivos prescritos por la ley, se clasificará la aeronave como hostil y se le podrá imponer la medida de destrucción, en los supuestos tratados en este artículo, después de la autorización por parte del Presidente de la República u otra autoridad por él autorizada con antelación.”¹⁹³² Esto se aplica a los supuestos de vuelo de un avión en el espacio aéreo brasileño sin autorización, en violación de la autorización o de convenciones o a tratados internacionales, o en los casos de sospecha de realización de actividades ilícitas, cuando este no obedece a los comandos de aterrizaje en el aeropuerto más cercano¹⁹³³.

¹⁹²⁹ “Ley Fundamental de la República Federal de Alemania - Artículo 1 (1) La dignidad humana es intangible. Respetarla y protegerla es obligación de todo poder público.” En original: “(1) Die Würde des Menschen ist unantastbar. Sie zu achten und zu schützen ist Verpflichtung aller staatlichen Gewalt.” ALEMANIA. “Grundgesetz für die Bundesrepublik Deutschland in der im Bundesgesetzblatt Teil III, Gliederungsnummer 100-1, veröffentlichten bereinigten Fassung, das zuletzt durch Artikel 1 des Gesetzes vom 23. Dezember 2014 (BGBl. I S. 2438) geändert worden ist”, Berlín, 1949.

¹⁹³⁰ “Ley Fundamental de la República Federal de Alemania - Artículo 1 (1) La dignidad humana es intangible. Respetarla y protegerla es obligación de todo poder público.” En original: “(1) Die Würde des Menschen ist unantastbar. Sie zu achten und zu schützen ist Verpflichtung aller staatlichen Gewalt.” ALEMANIA. “Grundgesetz für die Bundesrepublik Deutschland in der im Bundesgesetzblatt Teil III, Gliederungsnummer 100-1, veröffentlichten bereinigten Fassung, das zuletzt durch Artikel 1 des Gesetzes vom 23. Dezember 2014 (BGBl. I S. 2438) geändert worden ist”, Berlín, 1949.

¹⁹³¹ BRASIL. *Lei n. 7.565, de 19 de dezembro de 1986*. Dispõe sobre o Código Brasileiro de Aeronáutica. *Diário Oficial da República Federativa do Brasil*, Brasília, DF, 10 dez 1986.

¹⁹³² “Art. 303. A aeronave poderá ser detida por autoridades aeronáuticas, fazendárias ou da Polícia Federal, nos seguintes casos: (...) § 2º Esgotados os meios coercitivos legalmente previstos, a aeronave será classificada como hostil, ficando sujeita à medida de destruição, nos casos dos incisos do caput deste artigo e após autorização do Presidente da República ou autoridade por ele delegada.” BRASIL. *Lei n. 7.565, de 19 de dezembro de 1986*. Dispõe sobre o Código Brasileiro de Aeronáutica. *Diário Oficial da República Federativa do Brasil*, Brasília, DF, 10 dez 1986.

¹⁹³³ “Art. 303. A aeronave poderá ser detida por autoridades aeronáuticas, fazendárias ou da Polícia Federal, nos seguintes casos: I - se voar no espaço aéreo brasileiro com infração das convenções ou atos internacionais, ou das autorizações para tal fim; II - se, entrando no espaço aéreo brasileiro, desrespeitar a obrigatoriedade de pouso em aeroporto internacional; III - para exame dos certificados e outros documentos indispensáveis; IV -

Sin embargo, de entrada, también se puede aclarar que el hecho de existir una autorización legal para derribar aviones hostiles que invaden el espacio aéreo de un país, lo que representa una acción de ofensa a la soberanía nacional, en un acto preparatorio o una anticipación de una invasión (hecho equiparable a una acción de guerra) exige una respuesta en un grado equivalente, de naturaleza de defensa nacional, no en el contexto de un derecho interno, sino a través de un mecanismos y tecnologías de guerra.

El hecho de invadir el espacio aéreo de otro país, con un vehículo que puede ser utilizado como una arma de destrucción masiva pone en peligro la seguridad nacional y es equiparable a un hecho preparatorio de guerra o una agresión, lo que permite y demanda una reacción de protección de la seguridad nacional, lo que no tiene nada que ver con la aplicación de una pena o con el Derecho penal y, por eso, no puede ser considerado Derecho penal del enemigo.

Una vez más, no se puede confundir el Derecho penal o un Derecho penal del enemigo con la guerra o el Derecho administrativo por el que se gestiona la guerra o se realiza actos de rechazo de agresiones hostiles a intereses de seguridad nacional, porque estos – Derecho penal y Derecho que basa las actividades del Estado que permiten la realización de la guerra – representan dos ramas diferentes del ordenamientos jurídico, orientadas a fines diferentes y con normas propias, aún que no exista todavía una declaración formal de guerra.

Así pues, por ejemplo, si se establece una autorización legal para disparar a sospechosos de ciertos tipos de delitos que corren por la calle, sin poner en peligro a nadie o a ningún bien jurídico, sin la existencia de buenas razones para que se realice dicho disparo, se estaría delante de un supuesto de Derecho penal del enemigo. Este sería un caso de Derecho penal del enemigo porque se le reduciría a alguien el ámbito de disponibilidad de su indemnidad física o se le quitaría vida, sin respetarse el principio de necesidad, uno de los subprincipios que orientan el procedimiento de ponderación, y que determina que deben haber buenas razones para reducir el ámbito de disponibilidad de los intereses comprometidos en este procedimiento, buenas razones que no se identifican en este supuesto.

para verificação de sua carga no caso de restrição legal ou de porte proibido de equipamento; V - para averiguação de ilícito. § 1º A autoridade aeronáutica poderá empregar os meios que julgar necessários para compelir a aeronave a efetuar o pouso no aeródromo que lhe for indicado.” BRASIL. Lei n. 7.565, de 19 de dezembro de 1986. Dispõe sobre o Código Brasileiro de Aeronáutica. Diário Oficial da República Federativa do Brasil, Brasília, DF, 10 dez 1986.

10.2.5 Reiteración criminal como causa de aumento de pena.

Otra situación que, en general, se suele calificar como Derecho penal del enemigo es la previsión legal que algunos Códigos penales establecen de imponerse al condenado que ha reiterado la conducta delictiva una pena un poco más grande que aquellos condenados que nunca antes habían sido condenados¹⁹³⁴.

Se puede informar que la causa de aumento de pena denominada reiteración criminal o reincidencia no es una forma de manifestación de Derecho penal del enemigo porque, aunque se pueda observar en algún sentido una posible vulneración del principio de culpabilidad por el hecho, o de la regla de prohibición de doble punición sobre uno mismo hecho (*non bis in idem*)¹⁹³⁵, dicha flexibilización solo ocurre en virtud de la necesidad de preponderar, en este caso, el principio de proporcionalidad, que informa que el ordenamiento jurídico no puede tratar de la misma forma dos situaciones diferentes, es decir, la situación de una persona que practica un delito luego después de una condena y una persona que nunca ha comportado de esta manera.

Es necesario también subrayar que por razones de política criminal, también prepondera la necesidad de castigar con una pena más larga a un delincuente que representa un grado más grande de riesgos a la sociedad – como un delincuente que ha reiterado – que un delincuente que jamás ha cometido ningún delito o contra quien se no ha podido probar en juicio el cometimiento de alguno. Eso es, también, la aplicación del principio de proporcionalidad, que no permite tratar dos situaciones diferentes de la misma forma, y del principio de igualdad, que tampoco permite tratar a dos sujetos diferentes, que se han comportado de forma diferente, de la misma manera.

¹⁹³⁴ “Art. 61 - São circunstâncias que sempre agravam a pena, quando não constituem ou qualificam o crime: I - a reincidência;” BRASIL. Decreto-lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940. Código Penal. Diário Oficial da União, Rio de Janeiro, 31 dez. 1940.

¹⁹³⁵ “La aplicación de las reglas funciona de forma disyuntiva: o se aplican o no se aplican. Los principios, dice Dworkin, tienen, en cambio, una dimensión de peso o importancia que es preciso considerar para determinar si se aplican o no al caso. La forma de aplicación de las reglas es la subsunción: uno investiga si el caso entra dentro del supuesto de hecho de la regla, y si comprueba que es así, aplica la consecuencia jurídica prevista en la regla. La aplicación de los principios, en cambio, requiere un proceso previo de ponderación: considerar el peso relativo de los principios para el caso de que se trate. La significación de este punto se pone de manifiesto cuando se presentan conflictos.” RODILLA GONZÁLEZ, Miguel Ángel. *Teoría de las normas: II - las normas jurídicas* (apuntes de clase facilitados por el profesor), en: *Teoría de las normas en su aplicación al Derecho penal* (asignatura), Máster en Derecho penal, Universidad de Salamanca, Salamanca, 2011, p. 22.

Esto sólo se justifica en ordenamientos jurídicos que prevén principios implicados en el análisis de la proporcionalidad, como es el caso el ordenamiento jurídico español, que prevé la resocialización como función de la pena¹⁹³⁶ o el ordenamiento brasileño, que prevé la necesidad de individualizarse la pena en relación con cada imputado en concreto¹⁹³⁷. En el caso de la resocialización como función de la pena, el aumento de pena se justifica porque la práctica de un delito luego después de una condena significa que el agente no se ha resocializado lo suficiente, y por eso, necesita de un tiempo mayor en el cárcel (en teoría). En relación con la necesidad de individualización de la pena, se hace necesario el aumento de la respuesta penal en virtud de adecuar el grado de respuesta del sistema penal al comportamiento del agente, lo que debe ser realizado por una exigencia del principio de proporcionalidad, lo que se apoya también en el hecho de que en el ordenamiento jurídico brasileño también es función de la pena la represión del delito¹⁹³⁸.

Además, esta causa de aumento del castigo no es nada más que el reconocimiento, en una condena posterior, de la proyección de los efectos de una condena anterior, es decir, se castiga más el día de hoy a un criminal que ha reiterado sólo como una forma de reconocer los efectos de la primera sentencia, que se proyectan por todo el tiempo en el cual se puede considerar que la primera condena como causa de aumento de pena, que está limitado, en algunos ordenamientos jurídicos. Así pues, en el momento de la primera condenación, el imputado no está condena solo a la pena que se le impone, sino también al espectro de la reincidencia, es decir, está condenado a los posibles efectos de la reincidencia caso realice

¹⁹³⁶ “Artículo 25 (...) 2. Las penas privativas de libertad y las medidas de seguridad estarán orientadas hacia la reeducación y reinserción social y no podrán consistir en trabajos forzados. El condenado a pena de prisión que estuviere cumpliendo la misma gozará de los derechos fundamentales de este Capítulo, a excepción de los que se vean expresamente limitados por el contenido del fallo condenatorio, el sentido de la pena y la ley penitenciaria. En todo caso, tendrá derecho a un trabajo remunerado y a los beneficios correspondientes de la Seguridad Social, así como al acceso a la cultura y al desarrollo integral de su personalidad.” ESPAÑA. Constitución Española, de 27 de diciembre de 1978. *Boletín Oficial del Estado*, 29 de diciembre de 1978, núm. 311.

¹⁹³⁷ “Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes: (...) XLVI - a lei regulará a individualização da pena e adotará, entre outras, as seguintes.” BRASIL. *Constituição da República Federativa do Brasil*, Brasília, Senado, 1988.

¹⁹³⁸ “Artículo 59. El juez, en atención a la culpabilidad, los antecedentes, el comportamiento social y la personalidad del agente, los motivos, las circunstancias y consecuencias del delito, además de la conducta de la víctima, establecerá, en conformidad con lo que sea necesario y suficiente para el reproche y la prevención del delito: I - las penas aplicables, de las establecidas por la ley; II - la cantidad de pena aplicable, dentro de los límites previstos; III - el régimen inicial de cumplimiento de la pena de privación de libertad; IV - la sustitución de la pena de privación de libertad por otro tipo de pena, si posible.” BRASIL. *Decreto-lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940*. Código Penal. *Diário Oficial da União*, Rio de Janeiro, 31 dez. 1940.

nuevos delitos, como una consecuencia natural de la aplicación del ordenamiento jurídico al cual está sometido y obligado a cumplir.

Tampoco puede ser caracterizado como un Derecho penal del enemigo la forma por la cual se expresa el sistema penal en relación a delitos graves como el terrorismo, el genocidio, el tráfico internacional de drogas y armas, y fenómenos como el crimen organizado, en general. Se puede poner como ejemplos de estas formas de manifestación la posibilidad de prisión permanente revisable en España o el Régimen Disciplinar Diferenciado de cumplimiento de pena para miembros del crimen organizado en Brasil, o el ergastolo, en Italia, conforme se explica a continuación.

10.2.6 La doctrina Parot.

La doctrina Parot es una doctrina judicial Tribunal Supremo español que permite el endurecimiento del cumplimiento de penas de criminales de la organización terrorista *Euskadi Ta Askatasuna* (ETA) condenados a más de 30 años por delitos cometidos antes de 1995 (entrada en vigencia del actual Código Penal).

Ella proviene de la Sentencia del Tribunal Supremo n. 197, del año 2006, donde se le aplicó por primera vez a un miembro de la organización terrorista citada, Henri Parot Navarro, la forma de ejecución de la pena antes mencionada, sustituyendo la fórmula antigua, que permitía la salida para la libertad a los 20 años.

Por la doctrina Parot, se exige que los criminales condenados por hechos similares que tengan condenas más altas deben estar 30 años en la cárcel¹⁹³⁹, además de obligar a descontar los beneficios penitenciarios del total de las penas, y no del máximo de cumplimiento efectivo. Véase, en las propias palabras el Tribunal Supremo:

¹⁹³⁹“Se conoce como doctrina Parot a la doctrina jurisprudencial del Tribunal Supremo que endurece el cumplimiento de penas de militantes de ETA condenados a más de 30 años por delitos cometidos antes de 1995. Antes de la doctrina, esos presos, de acuerdo con el Código de 1973 por el que fueron juzgados, redimían penas que se restaban del máximo total de cumplimiento, 30 años, aunque hubieran sido condenados a cientos de años. Con ella, el tiempo redimido se resta en la práctica de la condena total. Con la fórmula antigua, salían en libertad a los 20 años. Con la doctrina Parot, los que tengan condenas más altas deben estar 30 años.” Equipo de Redacción. *El Tribunal Europeo de DDHH dictamina la ilegalidad de la Doctrina Parot*. 10 de julio de 2012. Disponible en : <http://www.insurgente.org/index.php/template/tribunales/item/910-el-tribunal-europeo-de-ddhh-dictamina-la-ilegalidad-de-la-doctrina-parot>. Aceso en 19 de Julio de 2012.

De tal modo, que la forma de cumplimiento de la condena total, será de la manera siguiente: se principiará por el orden de la respectiva gravedad de las penas impuestas, aplicándose los beneficios y redenciones que procedan con respecto a cada una de las penas que se encuentre cumpliendo. Una vez extinguida la primera, se dará comienzo al cumplimiento de la siguiente, y así sucesivamente, hasta que se alcanzan las limitaciones dispuestas en la regla segunda del art. 70 del Código penal de 1973. Llegados a este estadio, se producirá la extinción de todas las penas comprendidas en la condena total resultante.¹⁹⁴⁰

El Tribunal Supremo español ha confirmado la doctrina Parot en sentencias posteriores (véase, por ejemplo, la sentencia 898/2008 de 11 de diciembre de 2008¹⁹⁴¹). En la sentencia 343/2011 dictada el 3 de mayo de 2011¹⁹⁴², se refirió al giro de jurisprudencia realizado por la sentencia 197/2006 de la manera siguiente:

“En el caso, el recurrente disponía de una previsión inicial de cumplimiento total del límite máximo de cumplimiento para el 17 de noviembre de 2023, que no ha sido aún rectificada. Lo que se ha modificado es la forma en la que se aplican los beneficios penitenciarios. Hasta la STS nº 197/2006 (RJ 2006, 467), antes citada, se aplicaban sobre el límite máximo. Tal criterio fue considerado erróneo por la citada sentencia y otras que la siguieron, que entendieron que aquellos beneficios debería aplicarse sobre las penas efectivamente impuestas, que debían cumplirse sucesivamente hasta alcanzar el límite máximo fijado por la ley.”¹⁹⁴³

¹⁹⁴⁰ ESPAÑA. Tribunal Constitucional. Sala Primera. Sentencia 197/2006, de 3 de julio de 2006. Recurso de amparo 119-2002. Publicado en: «BOE» núm. 185, de 4 de agosto de 2006, páginas 11 a 21 (11 págs.).

¹⁹⁴¹ “Se desestima recurso de casación contra auto que no aprobó el licenciamiento definitivo de un penado aplicando la doctrina de nuestra sentencia de 28.2.2006 (caso Henry Parot).” ESPAÑA. Tribunal Supremo. Sentencia nº 898/2008, Sala 2ª, de lo Penal, 11 de Diciembre de 2008.

¹⁹⁴² “BENEFICIOS PENITENCIARIOS. Se reclama contra el Auto que deja sin efecto el licenciamiento definitivo del recurrente, debiendo proceder al cumplimiento de las penas impuestas hasta el límite máximo de 30 años de cumplimiento efectivo, acordando que se practique la liquidación de condena del tiempo que le queda por cumplir. Es posible según el caso que, dadas las penas impuestas al penado, los beneficios penitenciarios previstos en el Código Penal derogado no supongan una disminución real del tiempo de cumplimiento efectivo. Pero ello se debería principalmente a la gravedad de las penas impuestas, cada una proporcional a la gravedad del hecho cometido, de lo cual tampoco es posible prescindir. El establecimiento de límites máximos de cumplimiento efectivo, aunque estén basados en razones bien conocidas, no suponen un olvido radical por parte del Estado de la culpabilidad y la correspondiente responsabilidad por cada hecho cometido, por lo que no es necesario parificar legalmente en todo caso la situación de quien ha cometido un solo hecho con la de quien ha delinquido de forma múltiple. El recurrente ha sido condenado por tres delitos de asesinato a la pena de treinta años de reclusión mayor por cada uno de ellos. Se desestima el recurso de casación.” ESPAÑA. Tribunal Supremo. Sentencia nº 343/2011, Sala 2ª, de lo Penal, 3 de Mayo de 2011.

¹⁹⁴³ ESPAÑA. Tribunal Supremo. Sentencia nº 343/2011, Sala 2ª, de lo Penal, 3 de Mayo de 2011.

En su turno, el Tribunal Constitucional español rechazó la alegación de inconstitucionalidad de la doctrina Parot en respecto al artículo 25 de la Constitución (principio de legalidad), porque la cuestión de la aplicación de las remisiones de pena por trabajo realizado durante la reclusión no tiene nada que ver con la aplicación de una pena más severa que la prevista en el Derecho penal aplicable, o a una pena superior al límite permitido por la ley.

El Tribunal Constitucional se refirió a su propia jurisprudencia estableciendo una distinción entre las medidas que constituyen una "pena" y las relativas a la "ejecución" de una pena a los efectos del artículo 7 del Convenio para la protección de los derechos humanos y de las libertades fundamentales¹⁹⁴⁴. Por eso, a lo largo de su sentencia 39/2012, el Tribunal Constitucional se expresó de la siguiente manera:

“3. (...) En primer lugar, ha de tenerse en cuenta que no nos encontramos en el ámbito propio del derecho fundamental consagrado en art. 25.1 CE, que es el de la interpretación y aplicación de los tipos penales, la subsunción de los hechos probados en los mismos y la imposición de la pena en ellos prevista sino en el de la ejecución de una pena privativa de libertad, cuestionándose el cómputo de la redención de penas por el trabajo, sin que de la interpretación sometida a nuestro enjuiciamiento se derive ni el cumplimiento de una pena mayor que la prevista en los tipos penales aplicados, ni la superación del máximo de cumplimiento legalmente previsto. En esa misma línea —y en contra de lo sostenido por el Ministerio Fiscal— el Tribunal Europeo de Derechos Humanos también viene afirmando que las cuestiones relativas a la ejecución de la pena y no a la propia pena, en la medida en que no impliquen que la pena impuesta sea más grave que la prevista por la ley, no conciernen al derecho a la legalidad penal consagrado en el art. 7.1 del Convenio, aunque sí pueden afectar al derecho a la libertad. En este sentido se pronuncia la STEDH de 10 de julio de 2003, *Grava c. Italia*, § 51, en un supuesto referido a la condonación de la pena citando, *mutatis mutandis*, *Hogben contra Reino Unido*, núm. 11653-1985, decisión de la Comisión de 3 marzo 1986, Decisiones e informes [DR] 46, págs. 231, 242, en materia de libertad condicional. Y más recientemente la STEDH de 15 de diciembre de 2009, *Gurguchiani c. España*, § 31, afirma que “la Comisión al igual que el Tribunal han establecido en su jurisprudencia una distinción entre una medida que constituye en esencia una pena y una medida relativa a la ejecución o aplicación de la pena. En consecuencia, en tanto la naturaleza y el fin de la medida

¹⁹⁴⁴ ESPAÑA. Instrumento de Ratificación del Convenio para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales, hecho en Roma el 4 de noviembre de 1950, y enmendado por los Protocolos adicionales números 3 y 5, de 6 de mayo de 1963 y 20 de enero de 1966, respectivamente. *Boletín Oficial del Estado* núm. 243, de 10 de octubre de 1979, páginas 23564 a 23570 (7 págs.).

hacen referencia a la remisión de una pena o a un cambio en el sistema de libertad condicional, esta medida no forma parte integrante de la pena en el sentido del art. 7”.¹⁹⁴⁵

El día 10 de julio de 2012 (pocos meses después que el Tribunal Constitucional avalara la doctrina, como acaba de exponerse), la Sección Tercera del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, dictó una Sentencia condenando a España por violación de los artículos 5.1 y 7 del Convenio, en razón de la aplicación de la doctrina Parot. En un caso muy semejante, el Tribunal Europeo se ha manifestado de la siguiente forma:

“A la vista de cuanto precede, el Tribunal estima que en el momento en que se han dictado las condenas de la demandante y en el que la misma ha recibido la notificación de la resolución de la acumulación y límite máximo, nada indicaba la existencia de una tendencia perceptible en la evolución de la jurisprudencia que fuera en el sentido de la sentencia del Tribunal Supremo de 28 de febrero de 2006. La demandante no podía por tanto esperar el giro efectuado por el Tribunal Supremo ni, en consecuencia que la Audiencia Nacional computara las redenciones de pena concedidas, no sobre la pena máxima de treinta años, sino sucesivamente sobre cada una de las penas dictadas. Como ha constatado el Tribunal anteriormente (§109 y 111), este giro jurisprudencial ha tenido como efecto la modificación, de forma desfavorable para la demandante, del alcance de la pena impuesta.¹⁹⁴⁶

Este fue el fin de la doctrina Parot. De acuerdo con las informaciones suministrada por el Gobierno Español al Tribunal Europeo de Derechos Humanos, la doctrina Parot se ha aplicado a noventa y tres miembros de ETA condenados y a otras treinta y siete personas declaradas culpables de delitos especialmente graves, como narcotraficantes, violadores y asesinos¹⁹⁴⁷. Tras la STEDH de 21 de octubre de 2013, en el Caso Del Río Prada c. España, antes mencionado, además de otras consecuencias indirectas¹⁹⁴⁸, ha pasado lo siguiente:

¹⁹⁴⁵ ESPAÑA. Tribunal Constitucional. Pleno. Sentencia 39/2012, de 29 de marzo de 2012. Recurso de amparo 4893-2006. «BOE» Núm. 101, de 27 de abril de 2012.

¹⁹⁴⁶ UNIÓN EUROPEA. Tribunal Europeo de Derechos Humanos. (Caso Del Río Prada contra España) Demanda n 42750/09, de 21 de octubre de 2013.

¹⁹⁴⁷ UNIÓN EUROPEA. Tribunal Europeo de Derechos Humanos. (Caso Del Río Prada contra España) Demanda n 42750/09, de 21 de octubre de 2013.

¹⁹⁴⁸ “Tras la STEDH de 21 de octubre de 2013, Caso Del Río Prada c. España, y en relación con las condenas que se estén ejecutando con arreglo al CP derogado de 1973, se acuerda lo siguiente: 1. En los casos de sentencias condenatorias en ejecución, dictadas con anterioridad al día 28 de febrero de 2006, en las que se aplique el CP derogado de 1973, por no resultar más favorable el CP de 1995, las redenciones ordinarias y extraordinarias que procedan se harán efectivas sobre el límite máximo de cumplimiento establecido conforme al artículo 70 del referido Código de 1973, en la forma en que se venía haciendo con anterioridad a la sentencia de esta Sala n° 197/2006, de 28 de febrero. 2. Las resoluciones relativas a las acumulaciones y liquidaciones de

“La demandante fue puesta inmediatamente en libertad por la Audiencia Nacional y la “doctrina Parot” dejada sin efecto por el propio Tribunal Supremo que la había gestado. Mediante un Acuerdo de la Sala General del Tribunal Supremo de 12 de noviembre de 2013, es el propio Tribunal Supremo –ante la inexistencia de un mecanismo procesal adecuado para la ejecución de las resoluciones del TEDH– quien decide que ha de aplicarse el antiguo criterio de cómputo de las redenciones al máximo de cumplimiento fijado en la acumulación a todas las sentencias condenatorias en ejecución dictadas con anterioridad al día 28 de febrero de 2006 y a las que se aplique el CP derogado de 1973”¹⁹⁴⁹

Así pues, la doctrina Parot fue calificada como una manifestación de Derecho penal del enemigo por algunos¹⁹⁵⁰ y, por eso, debe ser analizada y estudiada, para que se pueda formular una idea bien razonable sobre el carácter, de Derecho penal del enemigo o no, de la doctrina judicial mencionada.

En esta medida, parece que la doctrina proviene del hecho del Tribunal Supremo español haber cambiado su orientación jurisprudencial – lo que es lícito y deriva del principio de independencia de los Poderes – para comprender que el tiempo máximo de cumplimiento de pena, límite establecido por el código, no puede ser confundido con la suma total de las penas, la cantidad de pena sobre la cual se deben calcular los beneficios penitenciarios para el criminal condenado.

La doctrina fue avalada por el Tribunal Constitucional, algún tiempo después, bajo la idea de que existen diferencias entre la pena y su ejecución, y que el principio de anterioridad y legalidad estricta sólo tendrían incidencia sobre la pena, y no sobre las mínimas características de su régimen de ejecución diseñado en el ámbito de los tribunales. En resumen, el Tribunal

condena que resulten procedentes con arreglo al punto anterior, se acordarán en cada caso por el Tribunal sentenciador, oyendo a las partes, siendo susceptibles de recurso de casación ante esta Sala. 3. El Tribunal considera necesario que el Poder legislativo regule con la necesaria claridad y precisión el cauce procesal adecuado en relación con la efectividad de las resoluciones del TEDH”. MONTAÑÉS, Teresa Rodríguez. “Doctrina Parot: Claves para entender las sentencias del TEDH en el caso Del Río Prada c. España”, en: *Eunomía. Revista en Cultura de la Legalidad*, nº 6, marzo – agosto 2014, pp. 137-152, p. 151.

¹⁹⁴⁹ MONTAÑÉS, Teresa Rodríguez. “Doctrina Parot: Claves para entender las sentencias del TEDH en el caso Del Río Prada c. España”, en: *Eunomía. Revista en Cultura de la Legalidad*, nº 6, marzo – agosto 2014, pp. 137-152, p. 151.

¹⁹⁵⁰ RÍOS MARTÍN, Julián Carlos; SÁEZ RODRÍGUEZ, María Concepción. “Del origen al fin de la doctrina Parot.”, *InDret. Revista para el Análisis del Derecho*, n. 3/2014, Barcelona, Julio, 2014, p. 39.

Constitucional no reconoció el principio de ultra-actividad de la jurisprudencia penitenciaria más benéfica al condenado.

El interés transcontinental de este tema es evidente, si recordamos que el Supremo Tribunal Federal de Brasil, la más alta corte en el país, órgano equivalente al Tribunal Constitucional español, ha decidido de la misma forma que su homólogo hispánico y, incluso, ha formulado un acuerdo sobre el tema. Dicho acuerdo es algo más fuerte que una mera doctrina y que cada vez más es obedecido por os otros órganos del Poder Judicial, aunque todavía no tengan el carácter de obligatoriedad. Dicho acuerdo, el n. 715, del Supremo Tribunal Federal, fue redactado de la siguiente forma:

“STF – Acuerdo nº 715 – Pena Unificada – Límite de treinta años de Cumplimiento – Consideración para la concesión de otros beneficios: La pena unificada para atender al límite de treinta años de cumplimiento, determinada por el art. 75 del Código Penal, no es considerada para la concesión de otros beneficios, como la libertad condicional o progresión de régimen de cumplimiento de pena.”¹⁹⁵¹

De entrada, hay que reconocerse que, si se quiere un Poder Judicial independiente, no se le puede impedir de decidir y de cambiar su posición acerca de los temas sobre los cuales tiene competencia para decidir. Si a los tribunales se les impide de dictar resoluciones en su ámbito de competencia, y eventualmente, de cambiar su análisis sobre los hechos, necesariamente se remite dicha atribución a otro órgano, y se rompe con el modelo de repartición del poder en la forma pensada por Montesquieu. Así pues, alguien tiene que decidir sobre la interpretación y aplicación de las leyes, y en el modelo constitucional actual, esta atribución la tiene el Poder Judicial.

En realidad, no se puede extraer del principio de legalidad, en su característica que establece el principio de anterioridad, un principio de ultra-actividad de la jurisprudencia penitenciaria más benéfica al condenado, es decir, la citada decisión del Tribunal Europeo de Derechos Humanos carece de construcciones teóricas bien basadas, especialmente en respeto al principio de independencia del Poder Judicial. Además, de hecho y jurídicamente, pena y la

¹⁹⁵¹ STF Súmula nº 715 - 24/09/2003 - DJ de 9/10/2003, p. 6; DJ de 10/10/2003, p. 6; DJ de 13/10/2003, p. 6. Texto Original: “STF Súmula nº 715 - Pena Unificada - Limite de Trinta anos de Cumprimento - Consideração para a Concessão de Outros Benefícios: A pena unificada para atender ao limite de trinta anos de cumprimento, determinado pelo art. 75 do Código Penal, não é considerada para a concessão de outros benefícios, como o livramento condicional ou regime mais favorável de execução.”

forma de calcular los beneficios de su ejecución son materias epistemológicamente diferentes, desde la independencia por parte del Derecho penitenciario, en relación con el Derecho penal y, por eso, no se ha violado dicho principio.

Sin embargo, por razones obvias, la doctrina Parot no es un Derecho penal del enemigo en la forma como se ha diseñado en este trabajo. En este caso, en un primer momento, se identifica que ella es una mera especificación y diferenciación de conceptos, a través de la aplicación de una hermenéutica más bien refinada, con la matización de situaciones y su interpretación, lo que no representa una supresión o negación completa de un Derecho o garantía fundamental.

En un segundo momento, se puede identificar una ponderación entre el principio de necesidad de la pena, realizada en el legítimo ámbito de decisión del Supremo Tribunal, y una supuesta y remota posibilidad de mera vulneración del también supuesto principio de ultra-actividad de la jurisprudencia penitenciaria más benéfica al condenado, que no ha preponderado, dando lugar a la necesidad de cambio de la forma de calcular la ejecución de una condena, en supuestos de delitos realmente graves.

10.2.7 - La prisión permanente revisable y *l'ergastolo*.

En España, tras la aprobación de la Ley Orgánica 1/2015, de 30 de marzo, por la que se modifica la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal, se ha creado la pena de prisión permanente revisable, lo que representa un endurecimiento de la forma por la cual la Administración de la Justicia penal se comunica con la sociedad, lo que ha puesto en evidencia aún más la necesidad de discusión de lo que es un Derecho penal del enemigo, pregunta que se pretende contestar en este trabajo.

Dicha Ley ha cambiado el Código Penal para introducir la prisión permanente revisable en el listado de las penas graves (artículo 33, 2, a), del Código Penal¹⁹⁵²), que establece la posibilidad de exigirse el cumplimiento efectivo de veinte años de prisión del condenado para que se le pueda poner en el tercer grado (semilibertad), conforme el artículo 36, 1, a), del

¹⁹⁵² “Artículo 33. - 1. En función de su naturaleza y duración, las penas se clasifican en graves, menos graves y leves. 2. Son penas graves: a) La prisión permanente revisable.” ESPAÑA. Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código penal. *Boletín Oficial del Estado*, 24 de noviembre de 1995, núm. 281.

Código Penal¹⁹⁵³, o hasta de veintidós años de prisión (artículo 78bis, 1, c), del Código Penal¹⁹⁵⁴), además de imponer el mínimo de cumplimiento de hasta treinta y cinco años de prisión para suspensión de la ejecución de la pena, para algunos supuestos, conforme el artículo 78bis, 3, del Código Penal¹⁹⁵⁵. La suspensión de la ejecución de la prisión permanente revisable deberá seguir lo establecido en el artículo 92 del Código Penal Español, con especial atención a la necesidad de prueba real de la inexistencia de peligrosidad del condenado, para su puesta en libertad condicional¹⁹⁵⁶.

¹⁹⁵³ “Artículo 36 - 1. La pena de prisión permanente será revisada de conformidad con lo dispuesto en el artículo 92. La clasificación del condenado en el tercer grado deberá ser autorizada por el tribunal previo pronóstico individualizado y favorable de reinserción social, oídos el Ministerio Fiscal e Instituciones Penitenciarias, y no podrá efectuarse: a) Hasta el cumplimiento de veinte años de prisión efectiva, en el caso de que el penado lo hubiera sido por un delito del Capítulo VII del Título XXII del Libro II de este Código. b) Hasta el cumplimiento de quince años de prisión efectiva, en el resto de los casos. En estos supuestos, el penado no podrá disfrutar de permisos de salida hasta que haya cumplido un mínimo de doce años de prisión, en el caso previsto en la letra a), y ocho años de prisión, en el previsto en la letra b). 2. La pena de prisión tendrá una duración mínima de tres meses y máxima de veinte años, salvo lo que excepcionalmente dispongan otros preceptos del presente Código.” ESPAÑA. Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código penal. *Boletín Oficial del Estado*, 24 de noviembre de 1995, núm. 281.

¹⁹⁵⁴ “Artículo 78 bis - 1. Cuando el sujeto haya sido condenado por dos o más delitos y, al menos, uno de ellos esté castigado por la ley con pena de prisión permanente revisable, la progresión a tercer grado requerirá del cumplimiento: a) de un mínimo de dieciocho años de prisión, cuando el penado lo haya sido por varios delitos, uno de ellos esté castigado con pena de prisión permanente revisable y el resto de las penas impuestas sumen un total que exceda de cinco años. b) de un mínimo de veinte años de prisión, cuando el penado lo haya sido por varios delitos, uno de ellos esté castigado con una pena de prisión permanente revisable y el resto de las penas impuestas sumen un total que exceda de quince años. c) de un mínimo de veintidós años de prisión, cuando el penado lo haya sido por varios delitos y dos o más de ellos estén castigados con una pena de prisión permanente revisable, o bien uno de ellos esté castigado con una pena de prisión permanente revisable y el resto de penas impuestas sumen un total de veinticinco años o más.” ESPAÑA. Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código penal. *Boletín Oficial del Estado*, 24 de noviembre de 1995, núm. 281.

¹⁹⁵⁵ “Artículo 78 bis (...) 3. Si se tratase de delitos referentes a organizaciones y grupos terroristas y delitos de terrorismo del Capítulo VII del Título XXII del Libro II de este Código, o cometidos en el seno de organizaciones criminales, los límites mínimos de cumplimiento para el acceso al tercer grado de clasificación serán de veinticuatro años de prisión, en los supuestos a que se refieren las letras a) y b) del apartado primero, y de treinta y dos años de prisión en el de la letra c) del apartado primero. En estos casos, la suspensión de la ejecución del resto de la pena requerirá que el penado haya extinguido un mínimo de veintiocho años de prisión, en los supuestos a que se refieren las letras a) y b) del apartado primero, y de treinta y cinco años de prisión en el de la letra c) del apartado primero.” ESPAÑA. Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código penal. *Boletín Oficial del Estado*, 24 de noviembre de 1995, núm. 281.

¹⁹⁵⁶ “Artículo 92 - 1. El tribunal acordará la suspensión de la ejecución de la pena de prisión permanente revisable cuando se cumplan los siguientes requisitos: a) Que el penado haya cumplido veinticinco años de su condena, sin perjuicio de lo dispuesto en el artículo 78 bis para los casos regulados en el mismo. b) Que se encuentre clasificado en tercer grado. c) Que el tribunal, a la vista de la personalidad del penado, sus antecedentes, las circunstancias del delito cometido, la relevancia de los bienes jurídicos que podrían verse afectados por una reiteración en el delito, su conducta durante el cumplimiento de la pena, sus circunstancias familiares y sociales, y los efectos que quepa esperar de la propia suspensión de la ejecución y del cumplimiento de las medidas que fueren impuestas, pueda fundar, previa valoración de los informes de evolución remitidos por el centro penitenciario y por aquellos especialistas que el propio tribunal determine, la existencia de un pronóstico favorable de reinserción social. En el caso de que el penado lo hubiera sido por varios delitos, el examen de los requisitos a que se refiere la letra c) se realizará valorando en su conjunto todos los delitos cometidos. El tribunal resolverá sobre la suspensión de la pena de prisión permanente revisable tras un procedimiento oral contradictorio en el que intervendrán el Ministerio Fiscal y el penado, asistido por su abogado. 2. Si se tratase de delitos referentes a organizaciones y grupos terroristas y delitos de terrorismo del Capítulo VII del Título XXII del Libro II de este Código, será además necesario que el penado muestre signos

Dicha reforma del Código Penal viene justificada en el preámbulo de la Ley Orgánica 1/2015, de 30 de marzo, en el cual el Rey Felipe VI de España explica que dicho cambio proviene de la necesidad de fortalecerse la confianza en la Administración de la Justicia, para los supuestos de extrema gravedad, lo que tiene estrecha vinculación con los presupuestos sociológicos del funcionalismo penal sistémico e incluso una justificación racional del Derecho penal del enemigo. Su Majestad lo hace de la siguiente forma:

“La necesidad de fortalecer la confianza en la Administración de Justicia hace preciso poner a su disposición un sistema legal que garantice resoluciones judiciales previsibles que, además, sean percibidas en la sociedad como justas. Con esta finalidad, siguiendo el modelo de otros países de nuestro entorno europeo, se introduce la prisión permanente revisable para aquellos delitos de extrema gravedad, en los que los ciudadanos demandaban una pena proporcional al hecho cometido. En este mismo sentido, se revisan los delitos de homicidio, asesinato y detención ilegal o secuestro con desaparición, y se amplían los marcos penales dentro de los cuales los tribunales podrán fijar la pena de manera más ajustada a las circunstancias del caso concreto.”¹⁹⁵⁷

La Ley Orgánica 1/2015, ha creado un complejo sistema de imposición de periodos mínimos de cumplimiento (o tarifas) y otros presupuestos-obstáculo para acceder al tercer grado y a la suspensión de la ejecución de la pena (libertad condicional), por parte de la Ley Orgánica 1/2015, de 30 de marzo. Así, algunos investigadores del Derecho penal han incluso llamado la prisión permanente revisable de cadena perpetua, aún que exista la posibilidad real de su revisión y de la puesta del condenado en libertad¹⁹⁵⁸.

inequívocos de haber abandonado los fines y los medios de la actividad terrorista y haya colaborado activamente con las autoridades, bien para impedir la producción de otros delitos por parte de la organización o grupo terrorista, bien para atenuar los efectos de su delito, bien para la identificación, captura y procesamiento de responsables de delitos terroristas, para obtener pruebas o para impedir la actuación o el desarrollo de las organizaciones o asociaciones a las que haya pertenecido o con las que haya colaborado, lo que podrá acreditarse mediante una declaración expresa de repudio de sus actividades delictivas y de abandono de la violencia y una petición expresa de perdón a las víctimas de su delito, así como por los informes técnicos que acrediten que el preso está realmente desvinculado de la organización terrorista y del entorno y actividades de asociaciones y colectivos ilegales que la rodean y su colaboración con las autoridades.” ESPAÑA. Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código penal. *Boletín Oficial del Estado*, 24 de noviembre de 1995, núm. 281.

¹⁹⁵⁷ FELIPE VI - REY DE ESPAÑA – PREÁMBULO I. en: ESPAÑA. Ley Orgánica 1/2015, de 30 de marzo, por la que se modifica la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal. *Boletín Oficial del Estado* núm. 77, de 31 de marzo de 2015.

¹⁹⁵⁸ “La regulación incorporada al Código Penal por LO 1/2015 traslada el espíritu y la articulación del cumplimiento de las penas largas de prisión vigentes hasta entonces a la nueva pena de prisión permanente revisable. De forma gráfica, la regulación específica de la nueva pena perpetua se inserta esencialmente en los artículos 36, 78bis y 92 CP en paralelo a los artículos que acogieron en su momento las modificaciones clave de

En Italia, conforme se ha mencionado en este trabajo, existe algo parecido con la pena de prisión permanente revisable, que es llamada en este país de *Ergastolo*, que en realidad funciona como una pena de prisión perpetua con la posibilidad de revisión desde el cumplimiento de veintiséis años de prisión efectiva.

El Código Penal italiano establece *l'Ergastolo* en su artículo 17, 2)¹⁹⁵⁹, como un tipo de pena, y en su artículo 22, informa que dicha pena es perpetua y debe ser ejecutada en prisión, con la obligación de trabajo (incluso el trabajo fuera del establecimiento) durante el día y aislamiento por la noche¹⁹⁶⁰, con la posibilidad de libertad condicional después de cumplidos veintiséis años de prisión efectiva, conforme el artículo 176 de dicho *Codice*¹⁹⁶¹. Véase, a continuación, lo que la Corte Constitucional italiana ha dictado en sentencia sobre el tema:

“Con la sentencia n. 264 de 1974, la Corte Constitucional ha declarado la legitimidad constitucional del ergastolo, basando su decisión en la llamada “teoría multifuncional de la pena” y sobre “la capacidad de inocuización en concreto” del ergastolo. Bajo el primer aspecto, la Corte ha negado que la función de la pena es sólo la reeducación, reconociendo también la disuasión, prevención y defensa social como necesidades y objetivos buscados por parte del poder punitivo del Estado. Sobre el segundo aspecto, la Corte reconoció en la libertad condicional la puerta que permite la efectiva reinserción del condenado en la sociedad civil. Se ha elegido no pronunciarse sobre la disposición abstracta, pero sobre su aplicación práctica, es decir, sobre su formulación estática prevista en el artículo 22 del Código Penal, que hace referencia al del ergastolo como castigo perpetuo, y de hecho, que el acceso a los beneficios penitenciarios y en particular a la liberación condicional permite un escape de la cadena perpetua. La

aquella reforma por LO 7/2003. Y es que la revisabilidad de la prisión permanente, ahora como modalidad de suspensión, se apoya precisamente en dos claves esenciales ya indicadas respecto de la situación previa: una, la imposición de periodos mínimos de cumplimiento o tarifas y otros presupuestos-obstáculo (responsabilidad civil, abandono, colaboración...) para acceder a regímenes de semilibertad; y, dos, la diferenciación de sub-regímenes en atención al tipo y gravedad de delitos.” LANDA GOROSTIZA, Jon-Mirena. “Prisión perpétua y de muy larga duración tras la LO 1/2015: ¿Derecho p esperanza? Con especial consideración del terrorismo y del TEDH”, *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*. 2015, núm. 17-20, pp. 1-42, p. 19.

¹⁹⁵⁹ “Art. 17. *Pene principali: specie. Le pene principali stabilite per i delitti sono: (...) 2) l'ergastolo;*” ITALIA. Regio Decreto 19 ottobre 1930, n. 1398, *Codice Penale*, in: Gazzetta Ufficiale del 26 ottobre 1930, n. 251, Roma, 1930.

¹⁹⁶⁰ “Art. 22. - *Ergastolo. La pena dell'ergastolo è perpetua, ed è scontata in uno degli stabilimenti a ciò destinati, con l'obbligo del lavoro e con l'isolamento notturno. Il condannato all'ergastolo può essere ammesso al lavoro all'aperto.*” ITALIA. Regio Decreto 19 ottobre 1930, n. 1398, *Codice Penale*, in: Gazzetta Ufficiale del 26 ottobre 1930, n. 251, Roma, 1930.

¹⁹⁶¹ “Art. 176. *Liberazione condizionale. (...) Il condannato all'ergastolo può essere ammesso alla liberazione condizionale quando abbia scontato almeno ventisei anni di pena.*” ITALIA. Regio Decreto 19 ottobre 1930, n. 1398, *Codice Penale*, in: Gazzetta Ufficiale del 26 ottobre 1930, n. 251, Roma, 1930.

aplicación dinámica de la disposición y la posibilidad de que el condenado pueda acceder a la libertad condicional son suficientes, a los ojos de la Corte Constitucional, para transformar la naturaleza perpetua del ergastolo en pena temporal. El Tribunal Constitucional ha intervenido varias veces sobre este tema del ergastolo, cuyos razgos básicos son marcados por los siguientes pronunciamientos: n. 274/1983, 168/1994, 357/1994, 68/1995.”¹⁹⁶²

La pena de *Ergastolo* es la sanción penal más grave prevista hoy día en el ordenamiento jurídico italiano y representa la posibilidad, de hecho, de una prisión perpetua¹⁹⁶³. Sin embargo, con la Sentencia n. 263 del Tribunal Constitucional Italiano, de 1974, dicha corte ha declarado la legitimidad conforme la *Costituzione Italiana* del *Ergastolo*, con fundamento en la teoría multifuncional de la pena, (que establece que la función de prevención general negativa – o intimidación – también es una de las funciones de la pena) y en la posibilidad de revisión de la condena¹⁹⁶⁴.

Así pues, la corte *Corte Costituzionale Italiana* ha considerado que la pena no tiene sólo la función de reeducación y reinserción social, pero también la función de motivabilidad

¹⁹⁶² "Con la sentenza n. 264 del 1974 la Corte costituzionale ha dichiarato la legittimità costituzionale dell'ergastolo, fondando la sua decisione sulla cosiddetta "teoria polifunzionale della pena" e sulla "comprimibilità in concreto" della pena dell'ergastolo. Sotto il primo aspetto, la Corte ha negato che la funzione della pena sia solo quella rieducativa, ravvisando anche nella dissuasione, prevenzione e difesa sociale delle esigenze e finalità perseguite dal potere punitivo dello Stato. Sotto il secondo aspetto, la Corte ha riconosciuto nella liberazione condizionale la porta che consente l'effettivo reinserimento anche dell'ergastolano nella società civile. La scelta è stata quella non di pronunciarsi sulla disposizione astratta ma sulla sua applicazione pratica, cioè sebbene nella sua formulazione statica l'art. 22 del c.p. parli dell'ergastolo come pena perpetua, di fatto l'accesso ai benefici penitenziari e in particolare alla liberazione condizionale permette una via di fuga dalla reclusione perpetua. L'applicazione dinamica della disposizione e la possibilità per l'ergastolano di accedere alla liberazione condizionale sono sufficienti, agli occhi della Corte costituzionale, a trasformare la natura perpetua dell'ergastolo in pena temporanea. La Corte costituzionale è intervenuta a più riprese sulla questione dell'ergastolo, i passaggi fondamentali sono scanditi dalle pronunce seguenti: n. 274/1983, 168/1994, 357/1994, 68/1995." RANALLI, Daniela. "L'ergastolo nella giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell'uomo. Tra astratto diritto alla speranza e concreto accesso alla liberazione condizionale." in: *Revista rassegna penitenziaria e criminologica* – n. 1-2015, pp. 290-315, pp. 289-290.

¹⁹⁶³ "La pena dell'ergastolo è la sanzione penale più grave prevista dall'ordinamento giuridico ed è la forma più grave della pena carceraria, consistendo, secondo la legislazione italiana vigente, nella carcerazione perpetua del reo in uno stabilimento carcerario. La perpetuità, infatti, è il carattere fondamentale di questa pena. L'art. 17 del Codice penale, enumera le pene principali e comprende al n. 2, l'ergastolo. Il successivo art. 22 stabilisce: "La pena dell'ergastolo è perpetua, ed è scontata in uno degli stabilimenti a ciò destinati, con l'obbligo del lavoro e con l'isolamento notturno. Il condannato all'ergastolo può essere ammesso al lavoro all'aperto" PEROTTI, Roberto. "L'ergastolo è ancora una pena perpetua? Appunti giuridici e sociologici sulla pena dell'ergastolo", in: *L'altro diritto Centro di documentazione su carcere, devianza e marginalità*, 2006, p. 2, Disponibile en: <<http://www.altrodiritto.unifi.it/ricerche/law-ways/perotti/cap1.htm>>, consultado el 23 feb. 2017.

¹⁹⁶⁴ RANALLI, Daniela. "L'ergastolo nella giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell'uomo. Tra astratto diritto alla speranza e concreto accesso alla liberazione condizionale." in: *Revista rassegna penitenziaria e criminologica* – n. 1-2015, pp. 290-315, p. 289.

(disuasión), la función de prevención (general negativa) y la función de defensa social, que son exigencias y fines del poder punitivo del Estado. Además, la posibilidad de revisión de la pena, de acuerdo con la *Corte*, le quita su carácter perpetuo y es suficiente para que se le reconozca su legitimidad constitucional¹⁹⁶⁵. El Tribunal Europeo de Derechos Humanos también ha dictado sentencia, en momento diferente, sobre el instituto que aquí se menciona, conforme se comenta a continuación.

El Tribunal Europeo de Derechos Humanos también ha examinado supuestos como este, donde hay una condena sin una duración de tiempo especificada *ex ante*, como el *ergastolo* y la prisión permanente revisable, y ha decidido por muchas veces que los Estados-miembros tienen un amplio margen de discrecionalidad para establecer y mantener condenas de este matiz, conforme subraya Daniela Ranalli, de la siguiente forma:

La Gran Sala ha declarado que los Estados tienen un amplio margen de apreciación para decidir la forma de la revisión (administrativa o judicial) y el momento en que esto debe hacerse. Sin embargo, existe una clara tendencia en los estados europeos en favor de un mecanismo especial para garantizar un primer examen dentro de los 25 años y luego exámenes periódicos¹⁹⁶⁶.

En contrario, es necesario registrarse que el voto particular del juez portugués Paulo Pinto de Albuquerque, para quien es necesario limitar esta discrecionalidad de los estados miembros, no se le quita a estos la posibilidad de establecerse penas como el *ergastolo* y la prisión permanente revisable, desde que haya la posibilidad de revisión, lo que legitima las medidas de este matiz en el ámbito europeo.¹⁹⁶⁷

¹⁹⁶⁵ RANALLI, Daniela. “L’ergastolo nella giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell’uomo. Tra astratto diritto alla speranza e concreto accesso alla liberazione condizionale.” in: *Revista rassegna penitenziaria e criminologica* – n. 1-2015, pp. 290-315, pp. 289-290.

¹⁹⁶⁶ “La Grande Camera ha specificato che gli Stati hanno un ampio margine di apprezzamento nel decidere sia la forma del riesame (amministrativa o giudiziaria), sia il momento in cui questo debba essere eseguito. tuttavia, esiste una netta tendenza negli Stati europei in favore di un meccanismo speciale che garantisca un primo esame nel termine di 25 anni e assicuri poi degli esami periodici.” RANALLI, Daniela. “L’ergastolo nella giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell’uomo. Tra astratto diritto alla speranza e concreto accesso alla liberazione condizionale.” in: *Revista rassegna penitenziaria e criminologica* – n. 1-2015, pp. 290-315, p. 301.

¹⁹⁶⁷ “1) El mecanismo de liberación condicional debe estar sometido a la posibilidad de revisión judicial y asegurado de garantías procesales (audiencia, acceso a los documentos pertinentes, etc.). El poder de decidir sobre la libertad de los ciudadanos debe seguir siendo una prerrogativa del poder judicial, de acuerdo con los principios del Estado de Derecho. Confiar ese poder a un miembro del Poder Ejecutivo sería contrario a estándares europeos e internacionales en el ámbito de la protección de los derechos fundamentales. 2) La oportunidad de conuna liberación condicional debe ser examinada periódicamente, a intervalos de tiempo predeterminados y razonables. Un primer examen determinado después de un período de tiempo excesivamente largo de detención podría neutralizar los efectos del mecanismo y restaurar la verdadera perpetuidad de la

De esta manera, el Tribunal Europeo de Derechos Humanos ha dictado sentencia en el sentido de considerar la legitimidad, por no violación de la dignidad humana (principio previsto en el artículo 3, del Convenio para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales¹⁹⁶⁸) de penas de prisión perpetua o permanentes que permitan efectivamente – en una cantidad de tiempo no muy grande y con requisitos objetivos – la efectiva revisión de la condena y la puesta en libertad de condenado, bajo criterios que los países pueden elegir de acuerdo con su autonomía. El Tribunal sólo ha dictado sentencia considerando que hubo violación de dicho Convenio en los casos donde no sea posible la revisión de la pena y la puesta en libertad del condenado, aunque después de un período mínimo, medida esta que sólo es legítima, bajo el análisis de la Corte, si hay dicha posibilidad de su matización en el tiempo existe.¹⁹⁶⁹.

*condena, que la libertad condicional/anticipada tiene la intención de contrarrestar. 3) Los criterios para la concesión de la libertad condicional deben ser determinados de manera clara y accesible por la ley, y deben basarse principalmente en consideraciones de tipo preventivo-especial, y sólo de forma secundaria, sobre consideraciones de tipo preventivo-general, que consideradas de forma aislada no podrían justificar el rechazo de la medida.” En original: “1) il meccanismo di liberazione condizionale deve essere sottoposto a un controllo giurisdizionale e assortito di garanzie procedurali (udienza, accesso ai documenti pertinenti etc.). il potere di decidere sulla libertà dei cittadini deve restare una prerogativa del potere giudiziario, coerentemente ai principi dello Stato di diritto. affidare tale potere a un membro dell’esecutivo sarebbe contrario agli standards europei e internazionali in materia di protezione dei diritti fondamentali. 2) L’opportunità di una liberazione condizionale deve essere esaminata periodicamente, a intervalli di tempo predeterminati e ragionevoli. un primo esame fissato dopo un periodo detentivo eccessivamente lungo potrebbe neutralizzare gli effetti del meccanismo e ristabilire la perpetuità reale della pena, che la liberazione condizionale/anticipata intende contrastare. 3) i criteri per la concessione della liberazione condizionale devono essere stabiliti dalla legge in maniera chiara e accessibile ed essere fondati principalmente su delle considerazioni di tipo special preventivo e solo, in via subordinata, su delle considerazioni di tipo general preventivo, che da sole non potrebbero giustificare il rigetto della misura.” RANALLI, Daniela. “L’ergastolo nella giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell’uomo. Tra astratto diritto alla speranza e concreto accesso alla liberazione condizionale.” in: *Revista rassegna penitenziaria e criminologica* – n. 1-2015, pp. 290-315, pp. 314-315.*

¹⁹⁶⁸ “Artículo 3 - Prohibición de la tortura - Nadie podrá ser sometido a tortura ni a penas o tratos inhumanos o degradantes.” CONSEJO DE EUROPA. *Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales*. Roma, 4 de noviembre de 1950.

¹⁹⁶⁹ “El 9 de julio de 2013 la Gran Sala del Tribunal Europeo de Derecho Humanos (TEDH) dictó un fallo trascendental (en adelante caso Vinter) directamente relacionado con el control de las penas perpetuas y que bien puede servir aquí de punto de partida como reflejo de la doctrina que va siendo progresivamente delimitada por el alto tribunal de Estrasburgo en la materia. El caso revisa de forma conjunta tres recursos presentados por tres ciudadanos británicos –Vinter, Bamber y Moore – cuyas demandas fueron consideradas de forma simultánea y rechazadas como conformes con el CEDH por la sección 4 del TEDH12. La Gran Sala, no obstante, admitió la remisión del caso a su consideración emitiendo un pronunciamiento final y definitivo que, corrigiendo a la sala, sí que afirma la violación del artículo 3 CEDH (prohibición de la tortura, tratos inhumanos y degradantes) por la manera en que una de las modalidades de prisión perpetua preceptiva: la denominada “para toda la vida” (*whole life*), se aplicó según la legislación inglesa vigente.” LANDA GOROSTIZA, Jon-Mirena. “Prisión perpétua y de muy larga duración tras la LO 1/2015: ¿Derecho p esperanza? Con especial consideración del terrorismo y del TEDH”, *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*. 2015, núm. 17-20, pp. 1-42, p. 6

En definitiva, se puede afirmar que la posibilidad real, en Italia y España, de la existencia de una pena de privación de libertad perpetua – en los supuestos donde el condenado pueda acceder a la libertad condicional – cuya legitimidad ya fue analizada y refrendada por la Corte Constitucional, en el caso de Italia, y por Tribunal Europeo de Derechos Humanos, podría representar, a una política criminal de reacción contra el enemigo, o a un mecanismo político-criminal típico de un Derecho penal del enemigo, si no se estudia con detenimiento hasta donde va este concepto. En resumen y en definitiva, sobre el tema, merece la pena examinar lo que ha escrito Laura Pascual, de la siguiente forma:

“Por todo lo previamente expuesto, se considera en la Exposición de Motivos que la pena de prisión permanente revisable no es una pena definitiva, sino que es un modelo con el que se establece una respuesta penal adecuada a la gravedad de un hecho delictivo y que ésta es totalmente compatible con el principio de resocialización que, como he dicho, aparece establecido en el art. 25.2 de la Constitución Española. Además, se reseña que esta medida ya forma parte del elenco de penas en otros países de Europa y que el Tribunal Europeo de Derechos Humanos la ha considerado una medida ajustada a la Convención Europea de Derechos Humanos por la existencia de la posibilidad de revisar la condena y esto sería suficiente para ajustarse a lo dispuesto en el art. 3 del Convenio (cfr. SSTEDH 12-2-2008, caso Kafkaris vs. Chipre; 3-11-2009, caso Meixner vs. Alemania).”¹⁹⁷⁰

Así pues, parece, una vez más, que el criterio de la ponderación, en lugar de la negación, ha sido utilizado para legitimar medidas como el ergastolo y la prisión permanente revisable, lo que es coherente con la forma de funcionar de los ordenamientos jurídicos estudiados. De esta manera, la respuesta penal en estos términos es constitucional y legítima porque presupone la ponderación entre el principio de necesidad de la pena – o prohibición de la protección deficiente – y los derechos del imputado, donde prepondera, por un tiempo, el principio de necesidad de la medida, pero que puede resultar suspendida caso se pueda identificar que a lo largo del tiempo deba preponderar el principio de protección del derecho de libertad, lo que se caracteriza en verdadero y legítimo Derecho penal de lucha contra fenómenos criminales de grave entidad, como los citados a lo largo de este trabajo (trata de personas para la esclavitud sexual, tráfico de órganos, organización criminal transnacional, terrorismo de grave entidad, *et caetera*), conforme la Constitución.

¹⁹⁷⁰ PASCUAL MATELLÁN, Laura. “La prisión permanente revisable. Un acercamiento a un Derecho penal deshumanizado.” En: *Clivatge. Estudis i testimonis sobre el conflicte i el canvi socials*, Año 2015, Número 3, Universidad de Barcelona, Barcelona, pp. 51-65, p. 57.

10.3 Explicación de un modelo de Derecho penal de lucha basado en valores constitucionales.

Hay que subrayar que la fundamentación de un Derecho penal de lucha contra fenómenos macrocriminales, basado en valores constitucionales, encuentra su fundamentación en las partes antecedentes de este trabajo.

La fundamentación filosófica, sociológica y políticocriminal fue expuesta en la primera parte, con la remisión a los filósofos y las características de la sociedad actual y de la criminalidad del día de hoy que permiten el reconocimiento de la necesidad de cambios en la ontología y la teleología del Derecho penal actual.

En la segunda parte, se ha presentado el esquema teórico que da soporte a las construcciones funcionalistas sistémicas y su aplicación al Derecho penal, lo que también permite fundamentar medidas de un Derecho penal de lucha.

Por muchas veces la fundamentación de un Derecho penal de lucha y del Derecho penal del enemigo puede ser coincidente, sin embargo, al primero se desea y al segundo se rechaza en virtud de las consecuencias radicales del Derecho penal del enemigo, fundamentación esta que son las razones que permiten la implementación de medidas políticocriminales del matiz informado. En este apartado se va a diseñar un esbozo de lo que sería un Derecho penal de lucha basado en valores constitucionales, con la consciencia de que dicho modelo puede cambiar de acuerdo con las constituciones de los países estudiados y con las necesidades políticocriminales locales.

10.3.1 ¿La política criminal actual autoriza un Derecho penal de lucha?

En este punto, merece la pena recordar el sentido de la política criminal, antes mencionado en este trabajo, orientada a dar una respuesta a los problemas sociales relacionados con los delitos, de forma coherente con los sistemas comprometidos en dicho análisis, es decir, la política criminal funciona como los ojos del Derecho penal, que le guían en el proceso de respuesta a los problemas sociales que le son sometidos, no más como una parte de la política

del Estado¹⁹⁷¹, pero como la forma de trazar el camino por el cual una sociedad libre y organizada decide contestar a los problemas que calificar como delito

Identificar una finalidad en la política criminal y en el Derecho penal representa la posibilidad de crearse mecanismos de interacción entre los sistemas de la política y del Derecho (acoplamiento estructural) que dan origen a un Derecho penal (o parte del Derecho penal) orientado a determinadas funciones. Este es un procedimiento natural de todos los sistemas, que se llama especificación funcional, y permite que se creen microsistemas o subsistemas para tratar de determinados tipos de comunicaciones.

De esta forma, al igual que un Derecho penal ordinario tiene por finalidad restablecer en el plan simbólico la confianza en la vigencia perturbada de una expectativa normativa institucionalizada por el subsistema del Derecho, un Derecho penal de lucha tiene la función de rechazar riesgos a los cuales se expone el sistema social, considerados por este como irritaciones intolerables que comprometen su buen funcionamiento, después del proceso *input/output* (apertura cognitiva/clausura operacional) que le atribuye un sentido.

Todo esto está de acuerdo con la idea de un Derecho penal orientado a sus consecuencias, sin ignorar su propia forma de funcionamiento y la forma por la cual la sociedad le ha diseñado, conforme sostiene el profesor Emiliano Borja, de la siguiente manera:

Es sabido que la moderna elaboración del Derecho penal, entendido como disciplina, pasa por su construcción sistemática tomando en consideración sus repercusiones en el plano de la realidad social. La creación de cada una de sus instituciones, principios y conceptos, no contempla exclusivamente la ley penal de la que deriva, sino también su aptitud funcional para resolver problemas de la existencia humana. A esta forma de concebir la metodología en las ciencias jurídico-punitivas se le ha denominado Derecho penal orientado a las

¹⁹⁷¹ “La política criminal es aquella parte de la política general del Estado que se ocupa de la delincuencia, la criminalidad y su tratamiento. Concebida tradicionalmente como la lucha del Estado contra la delincuencia, se oponía al Derecho penal entendido como conjunto de garantías que limitaban el poder punitivo estatal. Mientras la política criminal incluía todas las medidas estatales tendentes a aniquilar la delincuencia, el Derecho penal suponía un freno, en la medida en que, como conjunto de normas, limitaba el poder punitivo estatal. (...) Hoy no es concebible esta contraposición. La propia existencia de la dogmática penal, como hemos visto, es una exigencia político-criminal. Y el respecto a las garantías y derecho individuales el valor fundamental sobre el que se asienta el Estado de Derecho. Ni es posible concebir un Código Penal al margen de las exigencias político-criminales ni una política criminal al margen de las garantías individuales.” CARBONELL MATEU, Juan Carlos, *Derecho penal: concepto y principios constitucionales*. 3ª edición, Tirant lo Blanch, Valencia, 1999, p. 237-238.

consecuencias, y coincide con las conocidas tesis del funcionalismo, que atiende a los fines de la pena como criterio rector de interpretación y sistematización de los preceptos y categorías de la ciencia penal.¹⁹⁷²

En consecuencia y para dar forma a esta posibilidad de orientación concreta del Derecho penal, la profesora Laura Zúñiga, de forma magistral, viene echar luz sobre el tema, al informar ser “la prevención de la delincuencia el objetivo fundamental del sistema penal y del control social en general, viene a constituir el eje de la Política Criminal moderna”¹⁹⁷³ lo que concreta, en definitiva, una finalidad de todo el Derecho penal, a saber: la lucha contra la delincuencia, idea esta que después ser sometida al proceso de especificación funcional citado, se puede añadir que su finalidad es la lucha contra la delincuencia de grave entidad, lo que contiene el sentido y la finalidad de un Derecho penal de lucha basado en valores constitucionales.

10.3.2 ¿Un Derecho penal de lucha es realmente diferente de un Derecho penal del enemigo?

A continuación, Jakobs pone una cuestión muy interesante sobre el tema de cómo se debe proceder a esta finalidad de la política criminal, de lucha contra la criminalidad, a saber: ¿puede conducirse una guerra contra el terror con los medios de un Derecho penal propio de un Estado de Derecho? Él lo hace de la siguiente forma:

Vuelvo de nuevo sobre la cuestión planteada al principio: ¿puede conducirse una guerra contra el terror con los medios de un Derecho penal propio de un Estado de Derecho? Un Estado de Derecho que todo lo abarque no podría conducir esa guerra; pues habría de tratar a sus enemigos como personas, y, correspondientemente, no podría tratarlos como fuentes de peligro. Las cosas son distintas en el Estado de Derecho óptimo en la práctica, y esto le da la posibilidad de no quebrarse por los ataques de sus enemigos.¹⁹⁷⁴

¹⁹⁷² BORJA JIMENEZ, Emiliano. “Sobre el concepto de política criminal. Una aproximación a su significado desde la obra de Claus Roxin”, *Anuario de derecho penal y ciencias penales*, Tomo 56, Fasc/Mes 1, 2003, pp. 113-150, p. 120.

¹⁹⁷³ ZÚÑIGA RODRÍGUEZ, Laura. *Política Criminal*. Madrid, Colex, 2001, p. 39.

¹⁹⁷⁴ JAKOBS, Günther: “¿Terroristas como personas en Derecho?”, en: AA. VV.: *Derecho penal del enemigo. El discurso penal exclusión*, 2 vols., Montevideo/Buenos Aires, Editorial B de F Edisofer, 2006, compilado por Manuel Cancio Meliá y Carlos Gómez-Jara Díez, Vol. 2, pp. 77-92, p. 92.

Algo debe decirse en relación con esa observación de Jakobs. En primer lugar, una guerra contra algo no se hace con los medios de un Derecho penal, para nada. Lo que garantiza y mantiene una guerra son actos materiales de ejecución de hechos de la administración pública, lo que tiene su lugar en el Derecho administrativo, como el orden de un General del Ejército para atacar a una instalación enemiga.

En segundo lugar, Derecho penal y guerra son dos conceptos diferentes. Conforme lo explicado, no se puede hacer una guerra a través del Derecho penal porque la finalidad del Derecho penal y de la política criminal no puede radicalizarse al punto de buscar exterminar el enemigo, o violar por completo derechos o garantías constitucionales. Así pues, no se puede, también por esta razón hacerse una guerra al terror a través del Derecho penal porque esta rama del ordenamiento jurídico no puede tener por finalidad el acto extremado de la aniquilación del enemigo. Esta es, en resumen, la razón por la cual un Derecho penal del enemigo no puede ser legitimado en un Estado Democrático de Derecho.

En tercer lugar, hay que observar que de hecho, es posible, de forma lícita y conforme a la Constitución, utilizarse el Derecho penal para luchar contra ciertos fenómenos macrocriminales que demandan, conforme criterios sociales, políticos y jurídicos, una respuesta más fuerte que la respuesta prevista por el Derecho penal clásico, lo que presupone el reconocimiento de la vigencia del principio de proporcionalidad, de matiz constitucional. Jakobs sigue en sus consideraciones, de la siguiente forma:

El legislador alemán denomina abiertamente a algunos de sus productos de los últimos 25 años «leyes de combate», si bien obviamente lo que aquel presenta como objetivo de combate es la delincuencia, no el delincuente. Cuando es evidente que el delincuente ya no puede prestar ninguna garantía cognitiva de su personalidad, el combate de la delincuencia y el combate de aquél son una misma cosa. Entonces ya no es persona, sino una fuente potencial de delincuencia, un enemigo.¹⁹⁷⁵

En la primera parte de esta cita, observase que el legislador alemán viene creando leyes de combate o lucha contra determinados fenómenos criminales, como el tráfico ilícito de estupefacientes y el terrorismo – lo que representa, conforme reconoce Jakobs, un combate

¹⁹⁷⁵ JAKOBS, Günther. *Dogmática de Derecho penal y la Configuración Normativa de la Sociedad*, Madrid, Editorial Civitas, 2004, p. 68.

contra la delincuencia, no contra el delincuente, lo que está bien. Sin embargo, Jakobs parece tentar reconocer una consecuencia de dicha legislación que parece no estar de acuerdo con sus propios presupuestos, a saber: él parece ver como una consecuencia natural de la creación de una legislación penal de lucha, la creación de una legislación penal de exclusión del enemigo, lo que no es la misma cosa y no obedece a una misma lógica.

Es decir, aunque en Alemania se busque combatir el tráfico de estupefaciente y el terrorismo, eso no permite concluir que los criminales que han elegido realizar delitos previstos en estas leyes puedan ser eliminados. Aunque sea claro que ellos no presenten garantía cognitiva alguna para una vida mínimamente civilizada en sociedad, no se les puede imponer la violación completa de sus derechos. Sin embargo, es posible reducirles mucho su ámbito de disponibilidad de estos Derechos de forma legítima y conforme a la Constitución como se ha explicado, a través de medidas como la prisión permanente revisable, que cumplen sus finalidades preventivo-generales, sin violar o negar derechos o principios constitucionales. Es precisamente eso lo que se constituye en un Derecho penal de lucha basado en valores constitucionales, que respeta la proporcionalidad de las medidas penales aplicadas, que observa el principio de la necesaria protección de bienes jurídicos (o preservación de la vigencia de la norma) y todos los derechos y garantías del delincuente extremadamente peligroso. Jakobs sigue en sus consideraciones:

“Yendo más atrás, las bandas de ladrones que desde la Guerra de los Treinta Años y hasta comienzos del siglo xix creaban inseguridad en Alemania fueron combatidos, sin duda, como enemigos. Por lo general, resulta posible explicar por vez primera la personalidad del delincuente a partir de los sistemas filosóficos de KANT y HEGEL. Si se pretende increpar el Derecho penal excluyente —abolirlo no va a ser posible— primero hay que reconocerlo algún día y llamarlo por su nombre, y en esto hasta el momento se ha hecho poco.”¹⁹⁷⁶

Parece que Jakobs hace hincapié en la idea de acuerdo con la cual, si se aprueba una legislación de lucha, se está delante de un Derecho penal del enemigo, lo que no parece ser la misma cosa, especialmente si se observa que los tribunales, por muchas veces, han rechazado medidas típicas de un Derecho penal del enemigo, porque representan absoluta negación de un principio o derecho fundamental, y han avalado medidas típicas de un Derecho penal de

¹⁹⁷⁶ JAKOBS, Günther. *Dogmática de Derecho penal y la Configuración Normativa de la Sociedad*, Madrid, Editorial Civitas, 2004, p. 69.

lucha, como se hizo con el caso de prisión permanente revisable. Jakobs sigue en sus consideraciones, repitiendo la pregunta inicial, de la siguiente forma:

¿Puede conducirse una "guerra contra el terror" con los instrumentos del Derecho penal de un Estado de Derecho? Pues bien: ya en 1986 fue promulgada en Alemania una "Ley para la lucha contra el terrorismo"; en 2003 se aprobó otra ley de lucha contra el terrorismo, en transposición de una decisión marco del Consejo de la Unión Europea, y también la norma legal promulgada poco antes, llamada de modo neutro "34ª Ley de Modificación del Derecho penal", forma parte de las leyes de combate dirigidas contra el terrorismo. "Guerra" y "lucha"; ¿sólo son palabras?; si es así, entonces, no habría que tomarlas demasiado en serio. Si por el contrario, son conceptos: entonces, "guerra" y "lucha" implican la existencia de un enemigo contra el que hay que proceder.¹⁹⁷⁷

La verdad es que de hecho, "guerra" y "lucha" no son sólo palabras, son en realidad la orientación teleológica de las leyes citadas por Jakobs, lo que no conduce naturalmente al hecho de que hay que combatir y aniquilar a las personas que realizan estos delitos. Hay que concordar con Jakobs que estas palabras son, de hecho, conceptos, e implican en la existencia de algo contra lo que luchar, que no es necesariamente un ente fenomenológico llamado de ser humano, y es posible que se luche contra hechos realizados por este ser, al revés de lo que supone el autor alemán.

Es perfectamente posible, legítimo y conforme a la constitución que sean creados mecanismos de combate a la tortura y a las organizaciones criminales transnacionales sin que se le quite a nadie algún derecho o garantía fundamental, aun en esta lucha se utilice de mecanismos penales más rigurosos y eficaces para combatir y prevenir este tipo de delincuencia, como la prisión permanente revisable, por ejemplo. La existencia de un legítimo Derecho penal de lucha contra fenómenos de macrocriminalidad no conduce necesariamente a un excluyente – y, por eso, ilegítimo – Derecho penal del enemigo en nuestras sociedades. Esta conclusión no encuentra soporte en las premisas puestas. Jakobs sigue sus análisis de la siguiente forma:

El hecho de que las leyes identifiquen como aquello que hay que combatir no a los terroristas, sino al terrorismo, de modo similar a la

¹⁹⁷⁷ JAKOBS, Günther: "¿Terroristas como personas en Derecho?", en: AA. VV.: *Derecho penal del enemigo. El discurso penal exclusión*, 2 vols., Montevideo/Buenos Aires, Editorial B de F Edisofer, 2006, compilado por Manuel Cancio Meliá y Carlos Gómez-Jara Díez, Vol. 2, pp. 77-92, pp. 77-78.

lucha contra el cólera o el analfabetismo, no cambia en nada las cosas: se trata de leyes penales, y la pena, como es sabido, no se aplica al terrorismo, sino a los terroristas. Sin embargo, como muestra la denominación de las leyes en cuestión, la punición de los terroristas tan sólo es una meta intermedia, no el objetivo principal del legislador; parece claro que a través del castigo de los terroristas se pretende combatir al terrorismo en su conjunto, dicho de otro modo, la pena es un medio para un fin policial, un paso en la lucha por la seguridad. Sea como fuere, en todo caso, permanece la cuestión: ¿"lucha" como palabra o como concepto? p. 78 «Derecho penal del Enemigo. El Discurso Penal de la Exclusión», Vol. 2. : «¿Terroristas como personas en Derecho?», pp. 77-92.

La cuestión no es de un mero juego de palabras, donde se permite utilizar la palabra "lucha", y se prohíbe decir la palabra "enemigo". Se hace referencia, en realidad, a dos formas diferentes de respuesta penal, una legítima y otra no, en razón del carácter absoluto de una de ellas, lo que radicaliza sus diferencias. Aunque tengas los mismos presupuestos y las mismas razones de existir, una respuesta radicalizada a un fenómeno padece de ilegitimidad, en la medida en que una respuesta coherente y ponderada puede ser justificada por sus propios medios.

Así pues, aunque la pena se aplique sobre el terrorista y no sobre el terrorismo, conforme lo explica Jakobs, sólo es posible realizarse una lucha legítima en un Estado Democrático de Derecho, contra el fenómeno criminal, no contra el criminal. Aunque se le aplique al terrorista – y no al terrorismo – la pena, es el terrorista – y no el terrorismo – quien tiene Derechos garantidos por la Constitución y, por eso, una completa violación de estos derechos presupone una respuesta no ponderada y desmesurada, ilegítima y en desconformidad con los valores constitucionales.

Jakobs hace una observación muy interesante en este punto, en relación con el hecho de que la lucha contra este fenómeno de macrocriminalidad se hace a través de la pena que se le impone al delincuente, como si dicha lucha fuese realizada a costa del delincuente y que este fuese un mero objeto de una política pública del Estado. La verdad es que quien realiza un hecho criminal debe responder por él, en la medida de su culpabilidad, y si el autor ha realizado un hecho más grave, debe tener también una pena más grave (principio de proporcionalidad). En este sentido, la pena sólo aparece como la medida de respuesta por el hecho criminal y aunque se le reconozcan características preventivo-generales, como la posibilidad de respuesta

proporcional a dicho fenómeno, esta respuesta es legítima si considerados los derechos y garantías fundamentales del criminal en su proceso de concreción, en razón del principio de necesidad.

Además, la lucha contra un fenómeno de macrocriminalidad elegido por el legislador no tiene el poder, por si solo, de convertirse en una guerra penal para la marginalización de personas específicas, porque dicha lucha presupone un conjunto de medidas abstractas que serán realizadas, muchas veces, en otros ámbitos, como en el Derecho administrativo, en la medicina, la regulación del mercado financiero. Esto no es la misma cosa que luchar contra una persona específica o contra un grupo de personas a través del Derecho penal – lo que parece algo ilegítimo por violación del principio de la neutralidad de la administración e la justicia – y, por eso, luchar contra determinados fenómenos, aunque presupongan la imposición de algunos castigos penales a algunas personas, no se confunde con este castigo. Además, hoy día la realización de medidas de lucha contra la macrocriminalidad necesita de acciones que representan fenómenos verdaderamente complejos en los cuales están comprometidas muchas partes de la sociedad. Es precisamente eso lo que la profesora Julia Eckert observa, en referencia al terrorismo, de la siguiente forma:

Guerra contra el terror: así, a pesar de los precedentes, parece que la "guerra contra el terror" da a estos desarrollos una nueva cualidad: en primer lugar, los globaliza a un nuevo grado y con una nueva urgencia y fuerza; En segundo lugar, fusiona desarrollos más estrechamente independientes en el ámbito policial, en la cooperación para el desarrollo, en las políticas relativas a la migración y en las nociones de ciudadanía; Y en tercer lugar, introduce la culturalización de la pertenencia y la moralización de los derechos a un nuevo grado y con nueva legitimidad.¹⁹⁷⁸

Así pues, en definitiva, se puede afirmar que es posible la creación medidas de política criminal de lucha o Derecho penal de lucha, sin que ellas sean consideradas un Derecho penal del enemigo, si su realización no presupone la negación o violación completa de un derecho o principio fundamental, porque un legítimo Derecho penal de lucha está limitado desde su

¹⁹⁷⁸ “*War on terror: Thus, despite the precedents, it appears that the ‘war on terror’ gives these developments a new quality: Firstly, it globalizes them to a new degree and with a new urgency and force; secondly, it merges more tightly independent developments in policing, in development cooperation, in policies concerning migration and in notions of citizenship; and thirdly, it introduces the culturalisation of membership and moralisation of rights to a new degree and with new legitimacy.*” ECKERT, Julia. “Laws for Enemies”, in: AA. VV. *The social life of anti-terrorism laws: the war on terror and the classifications of the “dangerous other”*, ECKERT, Julia (ed.): Bielefeld, Verlag, 2008, pp. 7- 32. p. 9.

nacimiento a través del reconocimiento de la prohibición de la negación de principios o valores constitucionales, limitación esta que el Derecho penal del enemigo no parece conocer.

10.3.3 ¿Es realmente necesaria la existencia de un Derecho penal de lucha?

Pero ¿por qué un Derecho penal de lucha? Además de todas las transformaciones sociales de las últimas décadas expuestas en la primera parte de este trabajo, y las características de los fenómenos macrocriminales informados en esta misma parte, sería posible preguntarse si realmente un Derecho penal ordinario, dicho clásico, no sería efectivo para realizar las funciones de gerencia de riesgos que el Derecho penal de lucha realiza. Se responde a esta pregunta a través de un caso. Véase el caso, por ejemplo, de Osama Bin Laden, a continuación:

Un paradigma de aplicación de la ley penal ordinaria es incompatible con reunir la inteligencia necesaria para conocer a tu enemigo. Sin embargo, el gobierno de Obama llegó al poder decidido a restablecer la visión Clintoniana del terrorismo como una amenaza a la justicia penal que debe contenerse más como un desafío de seguridad nacional que debe ser sofocado. A raíz del 11-S, uno podría haber pensado que esto era asombroso. Este enfoque de aplicación de la ley había demostrado ser un fracaso terrible. Entre el atentado a bomba en el *World Trade Center*, el 26 de febrero de 1993, y la destrucción del complejo de las torres gemelas en el 11-S, los Estados Unidos fueron atacados repetidamente por yihadistas vinculados a Al-Qaeda e Irán: el fracasado plan de 1994, llamado "Bojinka", para hacer explotar aviones de los Estados Unidos sobre el Pacífico (en el cual un viajero japonés fue asesinado y un avión casi derribado durante atentados preparatorios); el ataque de las Torres Khobar de 1996, en Arabia Saudita (en el que diecinueve miembros de la Fuerza Aérea de los Estados Unidos fueron asesinados por la milicia de Irán, Hezbollah, casi cierto de que lo han realizado con la ayuda de los agentes de Al-Qaeda); los atentados a bomba de 1998, de las embajadas de los Estados Unidos en Nairobi y Dar es Salaam (en el cual las células de Al-Qaeda en África oriental asesinaron a 224 inocentes); El fracasado plan de "Millenniums" de 1999, de ataque a bomba en el Aeropuerto Internacional de Los Ángeles; y el atentado contra el USS Cole el día anterior de las elecciones del año 2000 (en el que las células de Al-Qaeda en Yemen, hasta el día de hoy, entre las más mortíferas, mataron diecisiete marineros estadounidenses y casi hundieron al navío). Como si esta carnicería no hubiera dejado claro que algo más grave en muchos más grados que una ola de delincuencia estaba en marcha, Bin Laden y sus comparsas declararon públicamente la guerra contra los Estados Unidos varias veces, incluso su anuncio de 1998 de

una intención de matar a todos los estadounidenses, incluyendo civiles, dondequiera que en la tierra pudieran ser encontrados. A través de la campaña terrorista de ocho años, cuando la persecución en el sistema de justicia penal fue la principal estrategia de lucha contra el terrorismo, los Estados Unidos lograron neutralizar sólo a veintinueve terroristas con procesos criminales. Sólo una pequeña parte de ellos fueron los cabecillas de estas organizaciones. En un teste de los límites del sistema de justicia, Bin Laden mismo estaba bajo acusación en los Estados Unidos desde junio de 1998. Su compañero, Ayman al-Zawahiri, ha estado acusado durante una docena de años.¹⁹⁷⁹

Osama Bin Laden ha estado imputado en un proceso criminal en los Estados Unidos desde el año 1998, lo que no fue suficiente para impedirle de coordinar el atentado a las torres gemelas del 11 de septiembre, en el año 2001. Eso demuestra que el sistema de justicia criminal ordinario, a través del Derecho penal clásico, incluso en los Estados Unidos (que tiene un Derecho penal mucho más fuerte que los países estudiados), no fue capaz de cumplir su finalidad de efectiva protección de bienes jurídicos, no fue capaz de impedir la muerte de las 2.977 víctimas del citado atentado.

En este supuesto, estaba claro que las características de grave entidad y transnacionalidad de los delitos imputados anteriormente a Bin Laden ya demostraban que un Derecho penal ordinario no podría haber concretado los fines de efectiva protección de bienes jurídicos (o

¹⁹⁷⁹ “A law enforcement paradigm is incompatible with gathering the intelligence needed to know your enemy. Yet the Obama administration came to power determined to reinstate the Clintonian view of terrorism as a criminal justice nuisance to be contained rather than a national security challenge to be quelled. In the wake of 9/11, one might have thought this astonishing. The law enforcement approach had proven an abject failure. Between the bombing of the World Trade Center on February 26, 1993, and the destruction of the complex on 9/11, the United States was repeatedly targeted by jihadists tied to Al-Qaeda and to Iran: the foiled 1994 “Bojinka” plot to blow up U.S. airliners over the Pacific (in which one Japanese air passenger was killed and a plane nearly taken down during a preparatory strike); the 1996 Khobar Towers attack in Saudi Arabia (in which nineteen members of the U.S. Air Force were murdered by Iran’s forward militia, Hezbollah, almost certainly with assistance from al-Qaeda operatives); the 1998 bombings of U.S. embassies in Nairobi and Dar es Salaam (in which al-Qaeda’s East African cells murdered 224 innocents); the unsuccessful 1999 “Millenniums” plot to bomb Los Angeles International Airport; and the attack on the USS Cole on the eve of the 2000 election (in which al-Qaeda cells in Yemen—to this day, among its most deadly—killed seventeen American sailors and nearly sank the destroyer). As if this rampage had not made clear that something several dimensions more serious than a crime wave was afoot, bin Laden and his votaries publicly declared war against the United States several times including their 1998 announcement of an intention to kill all Americans, including civilians, wherever on earth they could be found. Through the eight-year terror campaign, when prosecution in the criminal justice system was the principal counterterrorism strategy, the United States managed to neutralize only twenty-nine terrorists with prosecutions. A mere handful of these were major players. In a ringing testament to the limits of the justice system, bin Laden himself was under U.S. indictment since June 1998. His deputy, Ayman al-Zawahiri, has been under indictment for a dozen years.” MACARTHY, Andrew C. “Confronting the animating ideology of the enemy”, in: AA. VV. *Confronting Terror: 9/11 and the Future of American National Security. Essays by leading voices in Law and Policy*. REUTER, Dean; YOO, John; (Eds.) New York/London, Encounter Books, 2011, pp. 143-156, pp. 146-147.

protección de la vigencia de la norma) en los Estados Unidos de América. Sólo después del 11-S que el Congreso americano tomó la decisión de empezar una guerra contra el terror, lo que podría haber sido evitado si hubiese sido creado un Derecho penal de lucha eficaz para contrarrestar el riesgo que la libertad de Bin Laden representaba a toda la sociedad norteamericana en el mundo.

La necesidad de creación de un Derecho penal de lucha que sea legítimo y conforme a la Constitución, proviene de situaciones como estas, donde el Derecho penal ordinario no puede dar una respuesta sistémicamente coherente a los fenómenos criminales. La respuesta histórica y ciega a dicha necesidad real de contención es la tendencia actualísima que se concreta en el hecho de calificar todo lo que represente una respuesta penal más rigurosa como Derecho penal del enemigo, lo que no contribuye para nada en comprender y luchar contra estos fenómenos de macrocriminalidad, tampoco para pensar en una respuesta proporcional, legítima y conforme a la Constitución a estos fenómenos.

Hay que identificar lo que sea legítimo y separar de lo que no sea, operación en la cual el criterio de ponderación de intereses en juego pretende dar una respuesta coherente y deseable a lo que se puede y no se puede hacer en tema de Derecho penal y política criminal. Es precisamente esta necesidad que el maestro Massimo Donini señala, de la siguiente forma:

Sobre el «Derecho» (sic) del enemigo basten las ejemplificaciones y el concepto indicados en los dos párrafos precedentes. Lo que más cuenta es delimitar el alcance de las manifestaciones jurídicamente ilegítimas, no a las políticamente indeseables, que son científicamente no digeribles como nociones técnicas, y son peores que las «no definiciones»: debe tratarse de hechos de violencia pura (meros comportamientos) o de violencia de un Estado mediante interpretaciones ilegítimas y normas inconstitucionales. La delimitación debe ocurrir también respecto a varias formas de ilegitimidad que no son calificables como propias de un Derecho penal del enemigo: si el Derecho penal de enemigo no es Derecho o Derecho ilegítimo, no cada Derecho penal ilegítimo se vuelve «del enemigo» sólo porque *-natura sui-* pena o «excluye» al autor del hecho ilegitimidad que no son calificables como propias de un Derecho penal del enemigo: si el Derecho penal de enemigo no es Derecho o Derecho ilegítimo, no cada Derecho penal ilegítimo se vuelve «del enemigo» sólo porque *-natura sui-* pena o «excluye» al autor del hecho. Además de la ilegitimidad, por ello, resulta imprescindible una peculiar, específica finalidad de exclusión, de

aniquilación, de incapacitación de una tipología de autor (o quizá de autores sólo porque responsables de determinados tipos de delitos) que traicione las razones de la proporción, de la culpabilidad por el hecho o de la resocialización como apertura humanística del derecho.¹⁹⁸⁰

De esta manera, conforme Donini bien ha señalado, hay que separar lo que sea legítimo, lo que sean manifestaciones ponderadas de una lucha contra fenómenos macrocriminales, de lo que sea mera exclusión radical de derechos o principios fundamentales, que no puedan basarse en el texto de la Constitución ni en los fines de un Estado Democrático de Derecho. Donini sigue en sus consideraciones, poniéndose de acuerdo con lo que se expone en esta parte del trabajo, de la siguiente manera:

Son justo las manifestaciones más «legítimas», en nombre de las «exigencias de tutela», de la defensa social, de la lucha contra la criminalidad, de la seguridad, a exteriorizar los riesgos ahora señalados: la referencia concierne a la criminalidad organizada, la mafia, el terrorismo, las medidas de seguridad (que hemos considerado excluir de un encuadramiento automático en el Derecho penal del enemigo: párrafo precedente), y por tanto los delitos asociativos, aquellos en fase preparatoria, y más específicamente todas las «medidas» o las «*actividades*» procesales utilizables con una función de contraste. Mas el ámbito puede extenderse de manera desmesurada.¹⁹⁸¹

Así pues, la diferencia principal de naturaliza teleológica entre un Derecho penal ordinario y un Derecho penal de lucha sería que, la finalidad del primero es restablecer en el plan simbólico la confianza en la vigencia perturbada de una expectativa normativa institucionalizada, y la finalidad del segundo de rechazar los riesgos intolerables a los cuales se expone el sistema social. Dicha forma de observar el Derecho penal contemporáneo, es decir, de observar y justificar esta dualidad teleológica, tiene su fundamento en los principios de necesidad y proporcionalidad, que permiten una efectiva y legítima protección de bienes jurídicos, en una lucha contra fenómenos macrocriminales, no contra seres humanos específicos.

¹⁹⁸⁰ DONINI, Massimo. *El Derecho penal frente a los desafíos de la modernidad*. Estudios de Derecho penal, Lima, Ara Editores, 2010, pp. 245-246.

¹⁹⁸¹ DONINI, Massimo. *El Derecho penal frente a los desafíos de la modernidad*. Estudios de Derecho penal, Lima, Ara Editores, 2010, p. 246.

10.4 Principios que legitiman un Derecho penal de lucha ponderado y basado en la Constitución.

En este contexto, conforme lo explicado en los apartados precedentes, incluso el funcionalismo sistémico reconoce la supremacía de la Constitución y, por eso, un Derecho penal de lucha que se quiere sea legítimo, fundamentado por construcciones teóricas de matiz funcionalista, debe estar de acuerdo con valores, principios e reglas constitucionales. Es precisamente esta advertencia que el profesor Antonio Cavaliere hace en relación con un problema fundamental de legitimación de un Derecho Penal del enemigo, de la siguiente forma:

“Así pues Jakobs debería demostrar, para poder afirmar que la propia concepción sea jurídicamente “correcta” – como si se tratase de un mero análisis – es que ella sea conforme a la los principios constitucionales. No valdría contestar que la referencia a los principios sea hecha a una sólo abstracta normatividad: los principios constitucionales no pueden ser considerados “infinitamente contrafactuales”, por lo menos hasta que normas contrarias a ellos sean efectivamente declaradas inconstitucionales; y también si, por ejemplo, el principio de la dignidad humana fuera cuotidianamente violado, eso no le haría hacer dejar de ser un principio fundamental, tampoco podría considerarse que ha dejado de serlo.”¹⁹⁸²

Así pues, es posible deducir de los ordenamientos jurídicos de los países estudiados los principios que existen y son vigentes en el Derecho penal, y que pueden fundamentar un Derecho penal de lucha, legítimo y conforme a la Constitución, basado en necesidades reales de contención de riesgos identificadas por el sistema político y transformadas en norma jurídica para su aplicación en el ámbito de sistema del Derecho, lo que se pasa a describir a continuación.

¹⁹⁸² “Ciò che Jakobs dovrebbe dimostrare, per poter affermare che la propria concezione sia giuridicamente “esatta” – qualora si trattasse di mera ‘analisi’ – è che essa sia conforme ai principi costituzionali. Non varrebbe replicare che il richiamo ai principi sia fatto ad una solo astratta normatività: i principi costituzionali non possono certo dirsi “infinitamente controfattuali”, almeno fintanto che norme ad essi contrarie vengono effettivamente dichiarate incostituzionali; ed anche se, ad esempio, il principio del rispetto della dignità umana fosse quotidianamente calpestato, esso non cesserebbe di essere principio fondamentale del diritto vigente, né potrebbe asserirsi che esso non lo sia più.” CAVALIERE, Antonio. “Considerazioni critiche intorno al diritto penale “del nemico” e “di lotta”.” In: *Scritti in onore di Generoso Melillo*, Napoli, vol. I, Satura Editrice, 2009, pp. 169-196, p. 178.

Todos estos principios tienen orígenes comunes y existen como un sistema en el cual la existencia y eficacia de uno depende del otro, y los presupuestos de aplicación de todos dependen del respeto y del reconocimiento de todos, lo que hace con que su clasificación y separación sea simplemente un medio didáctico para su mejor explicación, sin que se pueda definir exactamente una separación hermética entre ellos, lo que también se demuestra en los apartados siguientes.

10.4.1 Principio de necesidad de la respuesta penal.

Si se castigan penalmente conductas en los ordenamientos jurídicos estudiados, de forma lícita y conforme a la Constitución, lo que no se cuestiona, es cierto que existe un principio o valor constitucional que autoriza dicha forma de comunicación por parte del sistema del Derecho.

Las constituciones, además de haberen creado deberes fundamentales de lucha a través del Derecho penal, contra ciertos fenómenos criminales, tienen el ánimo de garantizar derechos y mantener el orden, lo que se puede deducir de los mecanismos de manutención del orden que democrático y de la seguridad jurídica que establecen, como la posibilidad de acceso al Poder Judicial para la protección de derechos¹⁹⁸³ y la posibilidad de declaración de estado de sitio para la manutención del orden.¹⁹⁸⁴

Además, hay, incluso, en muchos países, mandatos constitucionales de criminalización, como Italia, Brasil y España, lo que permite la construcción, en algunos casos, de fundamentos

¹⁹⁸³ “Artículo 53. 1. Los derechos y libertades reconocidos en el Capítulo segundo del presente Título vinculan a todos los poderes públicos. Sólo por ley, que en todo caso deberá respetar su contenido esencial, podrá regularse el ejercicio de tales derechos y libertades, que se tutelarán de acuerdo con lo previsto en el artículo 161, 1, a). 2. Cualquier ciudadano podrá recabar la protección de las libertades y derechos reconocidos en el artículo 14 y la Sección primera del Capítulo segundo ante los Tribunales ordinarios por un procedimiento basado en los principios de preferencia y sumariedad y, en su caso, a través del recurso de amparo ante el Tribunal Constitucional. Este último recurso será aplicable a la objeción de conciencia reconocida en el artículo 30. 3. El reconocimiento, el respeto y la protección de los principios reconocidos en el Capítulo tercero informarán la legislación positiva, la práctica judicial y la actuación de los poderes públicos. Sólo podrán ser alegados ante la Jurisdicción ordinaria de acuerdo con lo que dispongan las leyes que los desarrollen.” ESPAÑA. Constitución Española, de 27 de diciembre de 1978. *Boletín Oficial del Estado*, 29 de diciembre de 1978, núm. 311.

¹⁹⁸⁴ “Artículo 55 - 1. Los derechos reconocidos en los artículos 17, 18, apartados 2 y 3, artículos 19, 20, apartados 1, a) y d), y 5, artículos 21, 28, apartado 2, y artículo 37, apartado 2, podrán ser suspendidos cuando se acuerde la declaración del estado de excepción o de sitio en los términos previstos en la Constitución. Se exceptúa de lo establecido anteriormente el apartado 3 del artículo 17 para el supuesto de declaración de estado de excepción.” ESPAÑA. Constitución Española, de 27 de diciembre de 1978. *Boletín Oficial del Estado*, 29 de diciembre de 1978, núm. 311.

constitucionales de un Derecho penal de lucha contra determinados fenómenos criminales, conforme se explicita en el último apartado de este capítulo.

Así pues, hay que reconocerse que la imposición de una pena, respetadas todas las garantías del imputado y los principios constitucionales del Derecho penal, concreta la voluntad de la Constitución (*Wille zur Verfassung*) de que se castigue algunas conductas, conclusión de la cual se puede extraer la existencia el principio de necesidad de la respuesta penal. En este sentido, véase lo que establece el artículo 59 del Código penal brasileño:

El juez, en atención a la culpabilidad, los antecedentes, el comportamiento social y la personalidad del agente, los motivos, las circunstancias y consecuencias del delito, además de la conducta de la víctima, establecerá, en conformidad con lo que sea necesario y suficiente para el reproche y la prevención del delito: I - las penas aplicables, de las establecidas por la ley; II - la cantidad de pena aplicable, dentro de los límites previstos; III - el régimen inicial de cumplimiento de la pena de privación de libertad; IV – la sustitución de la pena de privación de libertad por otro tipo de pena, si posible.¹⁹⁸⁵

Este artículo presenta dos principios de imposición de la condena, a saber: principio de necesidad de la pena y principio de suficiencia de la pena. El principio de suficiencia de la pena será explicado en un apartado propio, sin embargo, se puede identificar claramente que la ley dispone que la pena es la respuesta necesaria al delito, aunque no sea una pena de privación de la libertad o que se pueda aplicar mecanismos procesales de despenalización, también previstos en las leyes. Así pues, de acuerdo con el ordenamiento jurídico, existe la necesidad de imponerse una pena cuando, al final del proceso, se pueda concluir que hubo un delito, hecho para el cual la ley determina la imposición de un castigo de naturaleza penal a su autor.

El mismo principio se puede deducir de la Constitución española, que establece, en su artículo 25, que “las penas privativas de libertad y las medidas de seguridad estarán orientadas hacia la

¹⁹⁸⁵ “Art. 59. O juiz, atendendo à culpabilidade, aos antecedentes, à conduta social, à personalidade do agente, aos motivos, às circunstâncias e conseqüências do crime, bem como ao comportamento da vítima, estabelecerá, conforme seja necessário e suficiente para reprovação e prevenção do crime: I - as penas aplicáveis dentre as cominadas; II - a quantidade de pena aplicável, dentro dos limites previstos; III - o regime inicial de cumprimento da pena privativa de liberdade; IV - a substituição da pena privativa da liberdade aplicada, por outra espécie de pena, se cabível.” BRASIL. Decreto-lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940. Código Penal. Diário Oficial da União, Rio de Janeiro, 31 dez. 1940.

reeducación y reinserción social y no podrán consistir en trabajos forzados”¹⁹⁸⁶, es decir, es cierto que las penas están orientadas hacia la reeducación y la reinserción social, pero si la Constitución admite una finalidad a las penas, es cierto también que ella admite la imposición legítima de una pena a alguien, así pues, la propia Constitución admite que en los supuestos de realización de delitos habrá la necesidad de imponerse alguna pena, que tendrá la finalidad que especifica.

En relación específicamente con un Derecho penal de lucha, véase lo que Su Majestad, el Rey Felipe VI de España, ha escrito en el preámbulo de la Ley Orgánica 1/2015, de 30 de marzo, que introduce la prisión permanente revisable: “La necesidad de fortalecer la confianza en la Administración de Justicia hace preciso poner a su disposición un sistema legal que garantice resoluciones judiciales previsibles que, además, sean percibidas en la sociedad como justas.”¹⁹⁸⁷ Es decir, incluso el propio Rey, después de aprobarse en las Cortes la medida citada, ha reconocido un principio de necesidad de una respuesta penal efectiva y proporcional que sea percibida como justa o coherente con el sistema del Derecho, que tiene sus expectativas institucionalizadas a través del proceso de creación de leyes, expectativas estas que son seleccionadas de las existentes en el propio sistema social.

Así pues, se reconoce el principio de necesidad de la respuesta penal, que informa ser lícita, legítima y conforme a la Constitución una respuesta a los delitos para los cuales se castiga con una pena, lo que permite al legislador y obliga al juez aplicar la ley penal e imponer la

¹⁹⁸⁶ “Artículo 25. 1. Nadie puede ser condenado o sancionado por acciones u omisiones que en el momento de producirse no constituyan delito, falta o infracción administrativa, según la legislación vigente en aquel momento. 2. Las penas privativas de libertad y las medidas de seguridad estarán orientadas hacia la reeducación y reinserción social y no podrán consistir en trabajos forzados. El condenado a pena de prisión que estuviere cumpliendo la misma gozará de los derechos fundamentales de este Capítulo, a excepción de los que se vean expresamente limitados por el contenido del fallo condenatorio, el sentido de la pena y la ley penitenciaria. En todo caso, tendrá derecho a un trabajo remunerado y a los beneficios correspondientes de la Seguridad Social, así como al acceso a la cultura y al desarrollo integral de su personalidad. 3. La Administración civil no podrá imponer sanciones que, directa o subsidiariamente, impliquen privación de libertad.” ESPAÑA. Constitución Española, de 27 de diciembre de 1978. *Boletín Oficial del Estado*, 29 de diciembre de 1978, núm. 311.

¹⁹⁸⁷ “La necesidad de fortalecer la confianza en la Administración de Justicia hace preciso poner a su disposición un sistema legal que garantice resoluciones judiciales previsibles que, además, sean percibidas en la sociedad como justas. Con esta finalidad, siguiendo el modelo de otros países de nuestro entorno europeo, se introduce la prisión permanente revisable para aquellos delitos de extrema gravedad, en los que los ciudadanos demandaban una pena proporcional al hecho cometido. En este mismo sentido, se revisan los delitos de homicidio, asesinato y detención ilegal o secuestro con desaparición, y se amplían los marcos penales dentro de los cuales los tribunales podrán fijar la pena de manera más ajustada a las circunstancias del caso concreto.” FELIPE VI - REY DE ESPAÑA – PREÁMBULO I. en: ESPAÑA. Ley Orgánica 1/2015, de 30 de marzo, por la que se modifica la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal. *Boletín Oficial del Estado* núm. 77, de 31 de marzo de 2015.

restricción al derecho fundamental a la libertad del imputado condenado, en un proceso donde se ha observado todas sus garantías.

10.4.2 Principio de prevención criminal.

En este punto se identifica un lugar de coincidencia de funciones del Derecho penal y de Política criminal. Conforme se ha sostenido a lo largo de este trabajo, en conformidad con lo que enseña la profesora Laura Zúñiga, en relación con el hecho de ser “la prevención de la delincuencia el objetivo fundamental del sistema penal y del control social en general, viene a constituir el eje de la Política Criminal moderna”¹⁹⁸⁸, se puede concretar esta finalidad políticocriminal como un principio del Derecho penal, como lo hace el maestro Miguel Polaino Navarrete, de la siguiente forma:

Principio de prevención criminal. El principio de prevención es complementario al de protección de bienes jurídicos, hasta el punto de que ambos principios confluyen en sus efectos: se protegen bienes jurídicos con vistas a la prevención de la criminalidad, esto es, de acciones lesivas de esos mismos bienes. Como vimos, la prevención se divide en general y especial, según se dirija a la colectividad (a la sociedad en su conjunto) o al propio delincuente en particular (al sujeto que infringió la norma penal). Ambas persiguen el fin de alertar a los ciudadanos sobre las consecuencias nocivas de cometer delitos, de manera que pretenden disuadirlos ante la comisión de los mismos. En relación a la prevención general, la norma se dirige a toda la comunidad en una función de advertencia a la misma de las consecuencias de la infracción del precepto penal. En relación a la prevención especial, la función de la norma se incardina en el principio de resocialización, al que prestamos seguidamente atención por separado.¹⁹⁸⁹

En esta medida, el principio de prevención criminal es una consecuencia lógica del principio de la debida protección de bienes jurídicos, porque a través de la pena se busca proteger bienes jurídicos, y con las funciones de prevención general y especial de la pena se pretende disuadir a las personas de realizar delitos a través de la demostración de las consecuencias nocivas que la actividad criminal promueve al individuo que la práctica y a toda la sociedad.

¹⁹⁸⁸ ZÚÑIGA RODRÍGUEZ, Laura. *Política Criminal*. Madrid, Colex, 2001, p. 39.

¹⁹⁸⁹ POLAINO NAVARRETE, Miguel. *Derecho penal. Parte general*, Tomo I, Fundamentos científicos del Derecho penal, 5ª edición actualizada, Bosch, Barcelona, 2004, p. 163.

Así pues, se reconoce que existe y tiene vigencia el principio de prevención criminal, que se deduce de las consecuencias preventivas de la pena y que, añadido al principio de necesidad, orienta el Derecho penal de lucha hacia la función de efectiva prevención de la criminalidad, en coincidencia con los fines de la política criminal en los ordenamientos jurídicos de las sociedades democráticas estudiadas, lo que permite y justifica acciones orientadas a esta finalidad.

En esta medida, la aplicación del principio de prevención criminal debe obedecer a las reales necesidades de prevención de cada uno de los delitos que se pretende castigar y, en esta medida, a los delitos que más se quiere prevenir, como los delitos que representan fenómenos criminales de más grave entidad, que se debe castigar con penas más rigurosas y con una duración más larga, si se quiere efectivamente disuadir a los posibles criminales de realizar las conductas tipificadas, en respeto, inclusive, al principio de proporcionalidad, que informa que delitos más graves deben tener una respuesta también más grave por parte del sistema del Derecho. Eso también justifica un Derecho penal de lucha más riguroso que el Derecho penal ordinario, orientado a la prevención de la criminalidad de entidad más grave.

10.4.3 Principio de garantía de la seguridad ciudadana o seguridad pública.

El principio de seguridad pública tiene fuertes raíces en la Constitución, que reconoce que, de hecho, existe un orden social, un estado de paz y tranquilidad que permite a los ciudadanos desarrollar su personalidad de la forma en que mejor conciben este proceso, de modo lícito, lo que tiene su origen en el propio texto constitucional y concreta un verdadero derecho a la seguridad

La Constitución Española de 1978 establece en su artículo 17, coma 1, que “toda persona tiene derecho a la libertad y a la seguridad. Nadie puede ser privado de su libertad, sino con la observancia de lo establecido en este artículo y en los casos y en la forma previstos en la ley”¹⁹⁹⁰ y que su artículo 104, coma 1, que “Las Fuerzas y Cuerpos de seguridad, bajo la

¹⁹⁹⁰ “ Artículo 17. 1. Toda persona tiene derecho a la libertad y a la seguridad. Nadie puede ser privado de su libertad, sino con la observancia de lo establecido en este artículo y en los casos y en la forma previstos en la ley.” ESPAÑA. Constitución Española, de 27 de diciembre de 1978. *Boletín Oficial del Estado*, 29 de diciembre de 1978, núm. 311.

dependencia del Gobierno, tendrán como misión proteger el libre ejercicio de los derechos y libertades y garantizar la seguridad ciudadana.”¹⁹⁹¹

Así pues, la Constitución del Reino de España establece el derecho a la seguridad como un derecho fundamental, en el mismo lugar en que establece el respeto al derecho a la libertad porque, de forma implícita, reconoce que no es posible que uno realice su derecho a la libertad de forma plena si no vive en un ambiente seguro donde puede desarrollar su personalidad y moverse por los espacios donde de sea lícito acceder.

Luego, la Constitución establece que la misión fundamental de las Fuerzas y Cuerpos de seguridad es proteger el libre ejercicio de los derechos y libertades fundamentales, además de garantizar la seguridad ciudadana. Eso significa que la Constitución ha dado una doble dimensión la seguridad, lo que hizo en un primer momento como derecho fundamental individual, y en un segundo momento como deber de garantía por parte del Estado.

Eso permite concluir que la Constitución Española, en virtud de reconocer esta doble dimensión a la necesidad de garantía de la seguridad, reconoce el principio de seguridad o de manutención de la seguridad, lo que el Estado debe garantizar, incluso, a través de las Fuerzas y Cuerpos de seguridad. Estos órganos que tienen en su rol de atribuciones la actividad de *enforce the law*, es decir, parte de la persecución criminal, y por estas razones y la su intrínseca relación con del Derecho penal, se reconoce el principio de garantía de la seguridad ciudadana o seguridad pública como parte de los principios que materializan las finalidades del Derecho penal y de la política criminal en el ordenamiento constitucional Español.

La Constitución de la República Federativa de Brasil de 1988 ha seguido el mismo camino que su homóloga española, es decir, ha reconocido el principio de garantía de la seguridad pública o ciudadana en dos momentos. Así pues, se puede observar que el artículo 5, *caput*, de la Constitución de Brasil establece que “todos son iguales para la ley, sin discriminación de ninguna naturaleza, garantizándose a los brasileros y los extranjeros residentes en el país la

¹⁹⁹¹ “Artículo 104. 1. Las Fuerzas y Cuerpos de seguridad, bajo la dependencia del Gobierno, tendrán como misión proteger el libre ejercicio de los derechos y libertades y garantizar la seguridad ciudadana.” ESPAÑA. Constitución Española, de 27 de diciembre de 1978. *Boletín Oficial del Estado*, 29 de diciembre de 1978, núm. 311.

inviolabilidad del derecho a la vida, la igualdad, a la seguridad, y a la propiedad”¹⁹⁹² y el artículo 144, *caput*, la constitución establece que “la seguridad pública es deber del Estado y derecho y responsabilidad de todos, que será ejercida para la preservación del orden público y de indemnidad de las personas y del patrimonio”¹⁹⁹³, y luego, hace una referencia a la función de los cuerpos de seguridad – especialmente, la policía – de su mantener el orden y garantizar la seguridad.

Eso permite concluir que también la Constitución brasileña reconoce la doble dimensión del principio de seguridad y, en este caso, considera la garantía de la seguridad como un derecho fundamental, individual y colectivo, una responsabilidad individual y un deber del Estado, en consideraciones que comprometen toda la sociedad con los fines de garantía de la seguridad. En virtud de todo eso, y del texto constitucional también informar que la garantía de la seguridad, por parte del Estado, se realizará a través de las fuerzas de seguridad, que también tienen como misión constitucional de promover parte de la persecución penal, se puede concluir que dicho principio tiene reflejos en el Derecho penal y la política criminal, es decir, que la garantía de la seguridad pública o seguridad ciudadana también son finalidades del Derecho penal en los tiempos actuales. Es precisamente esto lo que también sostiene el profesor Américo Braga Júnior, de la siguiente forma:

Cada día más vivimos en una sociedad en la que el derecho fundamental a la seguridad pública tiene menos eficacia. La Constitución de la República Federativa del Brasil, en el Título V, Capítulo II, art. 144, regula la seguridad pública como responsabilidad de todos y deber del Estado. En *terrae brasilis*, incluso después de 25 años de la promulgación de la Constitución, los problemas de seguridad pública han empeorado, debido principalmente a la insuficiencia de instrumental penal, aún vinculado al paradigma liberal-individualista para la lucha eficaz contra la delincuencia en la sociedad actual. El Derecho penal puede y debe actuar para contribuir con la realización de muchos derechos fundamentales, en particular, el derecho fundamental a la seguridad pública. El derecho fundamental a

¹⁹⁹² “Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes:” BRASIL. *Constituição da República Federativa do Brasil*, Brasília, Senado, 1988.

¹⁹⁹³ “Art. 144. A segurança pública, dever do Estado, direito e responsabilidade de todos, é exercida para a preservação da ordem pública e da incolumidade das pessoas e do patrimônio, através dos seguintes órgãos: I - polícia federal; II - polícia rodoviária federal; III - polícia ferroviária federal; IV - polícias civis; V - polícias militares e corpos de bombeiros militares.” BRASIL. *Constituição da República Federativa do Brasil*, Brasília, Senado, 1988.

la seguridad pública debe ser interpretado a la luz de la cláusula abierta en el párrafo 2, del art. 5, de la Constitución, que autoriza afirmar que: incluso si no se hubiese previsto la expresión la seguridad pública o la expresión seguridad individual, de forma literal en la Constitución, no habría ningún obstáculo para su reconocimiento como un derecho fundamental.¹⁹⁹⁴

En su turno, la *Costituzione della Repubblica Italiana*, con vigencia desde el año 1948, dispone sobre el principio de garantía de la seguridad ciudadana o seguridad pública de una forma diferente. Ella lo hace reconociendo que razones de seguridad pública son legítimas para limitarse derechos fundamentales, textualmente, luego después de reconocer cada derecho fundamental, lo que nos permite concluir que, también, reconoce las garantías de la seguridad pública como un medio de legítimo límite y debido ejercicio de derechos fundamentales.

Así pues, en su artículo 13, la *Costituzione* establece que la libertad personal es inviolable, pero si existen razones urgentes, conforme la ley, la autoridad de seguridad pública puede limitar el ejercicio de este derecho¹⁹⁹⁵. En su artículo 16, establece que todos los ciudadanos pueden circular libremente por el territorio nacional, excluidas las limitaciones legales por motivos de seguridad¹⁹⁹⁶. El artículo 17 del texto constitucional establece que los ciudadanos tienen derecho a la reunión pacífica desarmada, pero su ejercicio puede ser limitado por

¹⁹⁹⁴ Texto original: “Cada vez mais vivemos em uma sociedade na qual o direito fundamental à segurança pública é experimentado de modo menos efetivo. A Constituição da República Federativa do Brasil, no Título V, Capítulo II, art. 144, regula a segurança pública como responsabilidade de todos e dever do Estado (grifo nosso). Em terrae brasilis, mesmo após 25 anos da promulgação da Constituição, os problemas relacionados com a segurança pública tem se agravado, sobretudo devido à insuficiência do instrumental penal, ainda atrelado ao paradigma liberal-individualista, para o combate eficaz à criminalidade da sociedade atual. O Direito Penal pode e deve atuar no sentido de contribuir para a efetivação de inúmeros direitos fundamentais, em especial, do direito fundamental à segurança pública. O direito fundamental à segurança pública deve ser interpretado sob o prisma da cláusula aberta contida no §2 do art. 5, da Constituição da República, que autoriza asseverar que: até mesmo se a expressão segurança pública ou segurança individual não estivesse prevista literalmente no texto constitucional, não haveria óbice ao seu reconhecimento como direito fundamental.” BRAGA JÚNIOR Américo. A (I)legítima Expansão do Direito Penal e Colisão de Direitos Fundamentais. Belo Horizonte, D’Placido, 2015, pp. 334-335.

¹⁹⁹⁵ “Art. 13. La libertà personale è inviolabile. Non è ammessa forma alcuna di detenzione, di ispezione o perquisizione personale, né qualsiasi altra restrizione della libertà personale, se non per atto motivato dell’autorità giudiziaria e nei soli casi e modi previsti dalla legge. In casi eccezionali di necessità ed urgenza, indicati tassativamente dalla legge, l’autorità di pubblica sicurezza può adottare provvedimenti provvisori, che devono essere comunicati entro quarantotto ore all’autorità giudiziaria e, se questa non li convalida nelle successive quarantotto ore, si intendono revocati e restano privi di ogni effetto.” ITALIA. Costituzione della Repubblica Italiana, in: Gazzetta Ufficiale, n. 298, Roma, 1947.

¹⁹⁹⁶ “Art. 16. Ogni cittadino può circolare e soggiornare liberamente in qualsiasi parte del territorio nazionale, salvo le limitazioni che la legge stabilisce in via generale per motivi di sanità o di sicurezza. Nessuna restrizione può essere determinata da ragioni politiche.” ITALIA. Costituzione della Repubblica Italiana, in: Gazzetta Ufficiale, n. 298, Roma, 1947.

razones de seguridad pública¹⁹⁹⁷. El artículo 41 de la Constitución se reconoce el derecho a la libre iniciativa o iniciativa privada económica, sin embargo, establece que ella no puede desarrollarse contra la seguridad¹⁹⁹⁸. Por fin, en su artículo, 117, comas *d* y *h*, la Constitución italiana establece que sólo el Estado tiene competencia para legislar le seguridad el Estado, el orden público y la seguridad pública¹⁹⁹⁹.

Así pues, la Constitución italiana reconoce que intereses de seguridad pública, en casos específicos y en la forma de lo que establece la ley, pueden limitar derechos fundamentales, lo que permite concluir que incluso para esta Constitución es posible reconocer un principio de garantía de la seguridad ciudadana o seguridad pública fuerte lo suficiente para, en algunos casos, promover limitaciones al ejercicio de derechos fundamentales, lo que es el fundamento del Derecho penal, que impone penas que restringen el Derecho a la libertad en razón de la necesidad de protegerse los bienes jurídicos establecidos por la ley, en razón de la necesidad de garantía de la seguridad de estos bienes. Eso permite también concluir que está de acuerdo con la *Costituzione* identificar que el principio de protección de la seguridad pública o ciudadana tiene consecuencias para el Derecho penal y la política criminal actuales.

Easí pues, hay un movimiento de reconocimiento del Derecho a la seguridad, individual y colectivo, del principio que proviene de su deducción, y del deber por parte del Estado de garantizar a dicha seguridad. Eso funciona como un desarrollo del propio derecho a la libertad, porque, conforme se ha deducido en los párrafos anteriores, no se puede efectivamente ejercer de forma mínimamente satisfactoria el Derecho a la libertad en un ambiente que no sea seguro lo suficiente para la manutención de la vida y de los legítimos intereses humanos. Este proceso fue descrito por autores como Carlos Mosca, de la siguiente forma:

¹⁹⁹⁷ “Art. 17. I cittadini hanno diritto di riunirsi pacificamente e senz’armi. Per le riunioni, anche in luogo aperto al pubblico, non è richiesto preavviso. Delle riunioni in luogo pubblico deve essere dato preavviso alle autorità, che possono vietarle soltanto per comprovati motivi di sicurezza o di incolumità pubblica.” ITALIA. *Costituzione della Repubblica Italiana*, in: Gazzetta Ufficiale, n. 298, Roma, 1947.

¹⁹⁹⁸ “Art. 41. L’iniziativa economica privata è libera. Non può svolgersi in contrasto con l’utilità sociale o in modo da recare danno alla sicurezza, alla libertà, alla dignità umana.” ITALIA. *Costituzione della Repubblica Italiana*, in: Gazzetta Ufficiale, n. 298, Roma, 1947.

¹⁹⁹⁹ “Art. 117. La potestà legislativa è esercitata dallo Stato e dalle Regioni nel rispetto della Costituzione, nonché dei vincoli derivanti dall’ordinamento comunitario e dagli obblighi internazionali. Lo Stato ha legislazione esclusiva nelle seguenti materie: (...) d) difesa e Forze armate; sicurezza dello Stato; armi, munizioni ed esplosivi; (...) h) ordine pubblico e sicurezza, ad esclusione della polizia amministrativa locale;” ITALIA. *Costituzione della Repubblica Italiana*, in: Gazzetta Ufficiale, n. 298, Roma, 1947.

Una libertad que es, así, en la primera fase, una libertad que resulta de una no interferencia estatal, una libertad que rechaza cualquier fuerza o acción negativa, que en sí niega cualquier agresión o la intolerancia que provenga de cualquier parte, pero que es en la segunda fase, una libertad que invoca la protección, la igualdad, la solidaridad y el reconocimiento de que sólo la intervención de los organismos públicos, orientada a proteger el interés general, puede proporcionar, apoyar y promover en todo el país. Los derechos asociados con la misma no se refieren más a la persona, sino que se refieren a la comunidad entera, es un derecho social y de libertad (...) y como tal exige un esfuerzo de realización por parte de la comunidad.²⁰⁰⁰

El citado autor sostiene que el fundamento del derecho a la seguridad es la garantía del efectivo ejercicio del derecho a la libertad, derecho este que está vinculado de forma muy estrecha a la noción de dignidad humana. Así pues, el Derecho a la seguridad permite, en las democracias modernas, legitimar posibles limitaciones a la libertad individual²⁰⁰¹ cuando sea necesario y existan los presupuestos legales y constitucionales para eso. Dicho autor continúa de la siguiente forma:

La seguridad está orientada a la libertad, porque esta misma libertad (y no podría ser de otro modo en la misma concepción que la identifica como una condición para el ejercicio de la libertad) tiene por finalidad la garantía, de manera plena y concreta, de la verdadera expresión y la expansión de la dignidad humana, que es el bien a protegerse con prioridad en una democracia moderna.²⁰⁰² Progresivamente, de hecho, la seguridad ha adquirido una importancia cada vez más central en la vida civil, caracterizándose como un derecho fundamental autónomo,

²⁰⁰⁰ “Una libertà che quindi è, nella prima fase, una libertà derivante da una non interferenza statale, una libertà che rifiuta qualunque forza o azione negativa, che essa stessa nega qualunque aggressione o intolleranza da qualsiasi parte provenga, ma che è nella seconda fase,, una libertà che invoca protezione, uguaglianza, solidarietà e riconoscimento che soltanto l'intervento degli organi pubblici, votati all'interesse generale, possono garantire, sostenere e promuovere in ogni parte del territorio nazionale. Il diritto ad essa connesso non attiene più al solo individuo, ma concerne l'intera comunità, è un diritto sociale e di libertà (ritorna così nella mia visione anche ideale, l'identificazione del diritto sociale come diritto di libertà proposto dal Calamandrei) e come tale esige un farsene carico comunitario.” MOSCA, Carlo. *La sicurezza come diritto di libertà*. Teoria generale delle politiche della sicurezza, Cedam, Padova, 2012. p. 63

²⁰⁰¹ “La configuración del derecho a la seguridad, así como el derecho a la libertad, acaba por ser una solución exegética altamente democrática que legitima las posibles y eventuales limitaciones al ejercicio de los otros derechos individual y totalmente garantizados por la Constitución. En original: “La configurazione del diritto alla sicurezza come diritto di libertà finisce così con l'essere una soluzione esegetica altamente democratica che legittima le possibili ed eventuali limitazioni all'esercizio degli altri diritti sigolarmente e complessivamente garantiti dalla Costituzione.” MOSCA, Carlo. *La sicurezza come diritto di libertà*. Teoria generale delle politiche della sicurezza, Cedam, Padova, 2012, p. 69.

²⁰⁰² “La sicurezza finalizzata alla libertà perché essa stessa libertà (e non potrebbe essere diversamente nella stessa concezione che la identifica come condizione per esercitare i diritti di libertà) finisce così con il garantire, in modo pieno e concreto, la vera espressione ed espansione della dignità umana che è il bene da salvaguardare con priorità in una moderna democrazia.” MOSCA, Carlo. *La sicurezza come diritto di libertà*. Teoria generale delle politiche della sicurezza, Cedam, Padova, 2012, p. 64.

no sólo sometido o instrumental a otros derechos también reconocidos expresamente por la Constitución, en la calidad de un bien percibidos y, al final, jurídicamente reconocido a los ciudadanos de una democracia moderna.²⁰⁰³

De esta manera, se reconoce la vigencia del principio de seguridad pública o seguridad ciudadana en la teleología del Derecho penal y de la política criminal contemporáneos, deducido en los ordenamientos jurídicos estudiados de los derechos, deducido también individuales y colectivos, a la seguridad, y deducido también del deber, por parte del Estado, de garantizar la seguridad, incluso por sus Fuerzas y Cuerpos de seguridad, a través de la realización del Derecho penal. Dicho principio representa el medio necesario para rechazar “la pretensión de conculcar el legítimo ejercicio de los derechos fundamentales y libertades públicas de los ciudadanos, que caracteriza el sistema democrático del Estado de Derecho; derechos y libertades que son asumidos mayoritariamente por la sociedad e como máxima expresión de la soberanía popular consignados por la ley y la Constitución”.²⁰⁰⁴

10.4.4 Principio de prohibición de la protección deficiente (*Untermassverbot*).

Este principio determina un deber jurídico de acción por parte del Estado, en relación con la necesidad de protección de ciertos derechos o intereses. Dicha acción debe realizarse en un grado eficiente para garantizar efectivamente los derechos e intereses protegidos y, por eso, se prohíbe que el estado actúe de forma insuficiente en la realización de estos derechos y intereses. Así pues, informa el principio de la prohibición de la protección deficiente que el Estado debe actuar de forma efectiva para garantizar la vigencia de determinados derechos, intereses o bienes jurídicos, y para calificar de ilegítima la omisión por parte del Estado en realizar esta su misión, que tiene, en general, origen constitucional. El autor que más ha investigado este principio que se tiene noticia es el profesor alemán Claus Wilhelm Canaris, quien sostiene que:

²⁰⁰³ “*Progressivamente; infatti, la sicurezza ha assunto nella vita civile un'importanza sempre più vitale caratterizzandosi come un diritto fondamentale autonomo, non solo servente o strumentale rispetto ad altri diritti pure costituzionalmente ed espressamente riconosciuti, quanto come bene percepito e, finalmente, giuridicamente riconosciuto ai cittadini di una moderna democrazia.*” MOSCA, Carlo. *La sicurezza come diritto di libertà*. Teoria generale delle politiche della sicurezza, Cedam, Padova, 2012, p. 73.

²⁰⁰⁴ POLAINO NAVARRETE, Miguel. “Delitos de terrorismo”, En: COBO DEL ROSAL, M. (Dir.). *Curso de Derecho penal español*. Parte especial. Madrid, Marcial Pons, 1997. p. 906.

En este contexto, hay, pues, que examinar si la protección de la ley infraconstitucional es eficaz y adecuada. Aquí no se trata, por ejemplo, de medir una eventual insuficiencia de protección, o la omisión del legislador, como en el caso de una intervención en un derecho fundamental, basado en la prohibición del exceso. Más bien, es necesario verificar si la protección cumple los requisitos mínimos en su eficiencia y si los bienes jurídicos y los intereses en conflicto están supervalorados. En cualquier caso, la eficacia de la protección incluye, en principio, sólo el contenido mismo del deber de protección, especialmente porque un deber de tomar medidas ineficaces no tendría sentido.²⁰⁰⁵

La protección de los bienes, derechos o intereses garantizados por la ley o la Constitución debe ser efectiva y, por eso, la protección del derecho a la seguridad pública o ciudadana también debe ser objeto de una acción positiva y eficaz por parte del Estado. Considerarse eso presupone mucho más que buscarse la protección de derechos individuales basándose solamente en la idea de prohibición del exceso, a través de la cual, en general, se le imputa al Estado una acción de intervención desproporcionada que compromete derechos fundamentales. Véase lo que ha escrito el profesor Américo Braga Júnior sobre el tema, a continuación:

La expansión o modernización del Derecho penal, en teoría, no viola los derechos y garantías fundamentales individuales, al revés. El contenido de estos derechos y garantías fundamentales es lo que debe adaptarse o adecuarse a la compleja sociedad. La adecuación o adaptación del contenido de los derechos y garantías fundamentales individuales a la sociedad compleja proporciona una lucha eficaz contra los nuevos tipos de delitos, especialmente los delitos de blanqueo de capitales, financieros, contra el orden económico y ambientales. Una lucha más eficaz contra este tipo de delito redundará en una más grande intensidad de disfrute de los derechos fundamentales individuales, así como, de manera irrefutable, en la realización de los derechos sociales y garantías fundamentales - derechos de prestación positiva - que requieren por parte del Estado un papel positivo e inversión financiera considerable. Lo que pretendemos destacar es que la relectura de los contenidos de los derechos fundamentales individuales como resultado de las exigencias

²⁰⁰⁵ “Neste quadro, há, pois, que averiguar se a protecção do direito infra-constitucional é eficaz e apropriada. Aqui não se trata de, por exemplo, medir a - eventual - insuficiência de protecção, ou a omissão do legislador, da mesma forma que no caso de uma intervenção num direito fundamental, com base na proibição de excesso. É, antes, preciso verificar se a protecção satisfaz as exigências mínimas na sua eficiência e se bens jurídicos e interesses contrapostos não estão sobre-avaliados. Em todo o caso, a eficácia da protecção integra, em princípio, logo o próprio conteúdo do dever de protecção, já que um dever de tomar medidas ineficazes não teria sentido.” CANARIS, Claus-Wilhelm. *Direitos Fundamentais e Direito Privado*. 2ª reimpressão da edição de julho de 2003, Coimbra, Almedina, 2009, p. 123.

del mundo de hoy, especialmente las peculiaridades de la delincuencia moderna y la necesidad urgente de realización efectiva de los derechos fundamentales sociales, no viola el art. 60, párrafo 4, inc. IV de la Constitución de la República [cláusulas constitucionales de contenido irreductible]. 334²⁰⁰⁶

Existen necesidades reales de creación y justificación de un Derecho penal de lucha, basado en valores constitucionales, para un mejor disfrute de los derechos fundamentales que proviene de la efectiva protección de bienes jurídicos en nuestras sociedades, tarea que debe realizarse el propio Estado. Este principio fue reconocido expresamente por el Tribunal Constitucional de Brasil, el Supremo Tribunal Federal, como un princípio vigente, con rango constitucional²⁰⁰⁷.

En definitiva, es evidente que los deberes de protección del Estado deben ser realizados de forma efectiva – y no meramente postulada – especialmente porque sería esdrújulo pensar que puede existir un deber de sólo tomar medidas ineficaces o insuficientes para proteger los derechos o intereses garantizados por el ordenamientos jurídico, que puede abarcar, conforme se señala, incluso intereses no exhaustivamente regulados en el texto constitucional, conforme se observa a continuación: “Sólo si el contenido la protección está totalmente determinada por la Constitución no se podrá pensar en a ninguna función autónoma de prohibición de la insuficiencia. Pero esto sucede muy raramente, porque la realización del deber de protección ocurre, en general, de una manera u otra, con la ayuda de del Derecho infraconstitucional.”²⁰⁰⁸.

²⁰⁰⁶ “A expansão ou modernização do Direito Penal, em tese, não viola direitos e garantias fundamentais individuais, pelo contrário. O conteúdo desses direitos e garantias fundamentais é que deve, necessariamente, adaptar-se ou adequar-se à sociedade complexa. A adequação ou a adaptação do conteúdo dos direitos e garantias fundamentais individuais à sociedade complexa propicia um combate eficaz aos novos arranjos delitivos, em especial aos crimes de lavagem dinheiro, tributários, contra à ordem econômica e ambientais. Um combate mais eficiente a tais infrações penais redundará em um gozo mais intenso de direitos fundamentais individuais, assim como, de modo irrefutável, na efetivação de direitos e garantias fundamentais sociais - direitos prestacionais -, que exigem por parte do Estado uma atuação positiva e um investimento financeiro considerável. O que objetivamos destacar é que, a releitura do conteúdo dos direitos fundamentais individuais como decorrência das exigências do mundo atual, em especial das peculiaridades da criminalidade moderna, assim como da urgente necessidade de efetivação de direitos fundamentais sociais, não viola o art. 60, §4, inc. IV, da Constituição da República.” BRAGA JÚNIOR Américo. A (I)legítima Expansão do Direito Penal e Colisão de Direitos Fundamentais. Belo Horizonte, D’Placido, 2015, p. 334.

²⁰⁰⁷ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. ADI 3112, Relator(a): Min. RICARDO LEWANDOWSKI, Tribunal Pleno, julgado em 02/05/2007, DJe-131 DIVULG 25-10-2007 PUBLIC 26-10-2007 DJ 26-10-2007 PP-00028 EMENT VOL-02295-03 PP-00386 RTJ VOL-00206-02 PP-00538.

²⁰⁰⁸ “Só se o conteúdo da protecção estiver inteiramente determinado pela Constituição é que não caberá qualquer função autónoma à proibição de insuficiência. Mas tal acontecerá muito raramente, pois a realização do dever de protecção verifica-se, em regra, de uma forma ou de outra, com o auxílio do direito infra-

En este sentido, una vez más, véase lo que establece el artículo 59 del Código penal brasileño, en relación con la idea de suficiencia del castigo, de la siguiente forma: “El juez (...) establecerá, en conformidad con lo que sea necesario y suficiente para el reproche y la prevención del delito: I - las penas aplicables, de las establecidas por la ley; II - la cantidad de pena aplicable, dentro de los límites previstos;”²⁰⁰⁹ Así pues, queda evidente que la sanción penal, dentro de los límites legales, debe ser suficiente a la reprobación y la prevención del delito, lo que presupone que dichas sanciones deban ser diferentes en la medida en la cual los grados de lesión y la entidad de los danos de las conductas sean diferentes, en atención al principio de proporcionalidad.

Una vez más, como se ha demostrado, la existencia de los mandatos constitucionales de criminalización²⁰¹⁰, o la existencia expresa del derecho/deber de garantía de la seguridad pública²⁰¹¹, representan que una protección eficiente de la sociedad, contra fenómenos de macrocriminalidad o contra quien quiere, de forma seria y contundente, dañar derechos y garantías fundamentales de los demás, tiene origen en la Constitución. Así pues, queda

constitucional.” CANARIS, Claus-Wilhelm. *Direitos Fundamentais e Direito Privado*. 2ª reimpressão da edição de julho de 2003, Coimbra, Almedina, 2009, p. 123.124-125

²⁰⁰⁹ “Artículo 59. O juiz, atendendo à culpabilidade, aos antecedentes, à conduta social, à personalidade do agente, aos motivos, às circunstâncias e conseqüências do crime, bem como ao comportamento da vítima, estabelecerá, conforme seja necessário e suficiente para reprovação e prevenção do crime: I - as penas aplicáveis dentre as cominadas; II - a quantidade de pena aplicável, dentro dos limites previstos; III - o regime inicial de cumprimento da pena privativa de liberdade; IV - a substituição da pena privativa de liberdade aplicada, por outra espécie de pena, se cabível.” BRASIL. Decreto-lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940. Código Penal. *Diário Oficial da União*, Rio de Janeiro, 31 dez. 1940.

²⁰¹⁰ “Artículo 55. 1. Los derechos reconocidos en los artículos 17, 18, apartados 2 y 3, artículos 19, 20, apartados 1, a) y d), y 5, artículos 21, 28, apartado 2, y artículo 37, apartado 2, podrán ser suspendidos cuando se acuerde la declaración del estado de excepción o de sitio en los términos previstos en la Constitución. Se exceptúa de lo establecido anteriormente el apartado 3 del artículo 17 para el supuesto de declaración de estado de excepción.

2. Una ley orgánica podrá determinar la forma y los casos en los que, de forma individual y con la necesaria intervención judicial y el adecuado control parlamentario, los derechos reconocidos en los artículos 17, apartado 2, y 18, apartados 2 y 3, pueden ser suspendidos para personas determinadas, en relación con las investigaciones correspondientes a la actuación de bandas armadas o elementos terroristas. La utilización injustificada o abusiva de las facultades reconocidas en dicha ley orgánica producirá responsabilidad penal, como violación de los derechos y libertades reconocidos por las leyes.” ESPAÑA. Constitución Española, de 27 de diciembre de 1978. *Boletín Oficial del Estado*, 29 de diciembre de 1978, núm. 311. “Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes: (...) XLIV - constitui crime inafiançável e imprescritível a ação de grupos armados, civis ou militares, contra a ordem constitucional e o Estado Democrático;” BRASIL. *Constituição da República Federativa do Brasil*, Brasília, Senado, 1988.

²⁰¹¹ “Art. 144. A segurança pública, dever do Estado, direito e responsabilidade de todos, é exercida para a preservação da ordem pública e da incolumidade das pessoas e do patrimônio, através dos seguintes órgãos: I - polícia federal; II - polícia rodoviária federal; III - polícia ferroviária federal; IV - polícias civis; V - polícias militares e corpos de bombeiros militares.” BRASIL. *Constituição da República Federativa do Brasil*, Brasília, Senado, 1988.

evidente que una respuesta proporcional a estos delitos macrocriminales debe obedecer a la necesidad de efectiva protección, o bien, al principio de prohibición de la protección insuficiente (*Untermassverbot*).

En este sentido, conforme lo que se ha mencionado, queda claro que la protección de los derechos y garantías fundamentales no puede más ser vista sólo como la prohibición de intervenciones ilegítimas del Estado en el ámbito privado (*Eingriffsverbote*), sino deben representar también un postulado de protección (*Schutzgebote*), es decir, los derechos fundamentales exigen no sólo la prohibición del exceso (*Übermassverbote*) de la intervención del Estado, sino también representan la necesidad de prohibición de la protección insuficiente (*Untermassverbot*).²⁰¹² La jurisprudencia del Tribunal Constitucional alemán (*BVerfG*) clasifica de la siguiente forma el deber de protección:

- a) deber de prohibición (*Verbotspflicht*), que representa el deber de prohibir una conducta específica
- b) deber de Estado o de seguridad (*Sicherheitspflicht*), que impone el deber de proteger al individuo contra acciones de terceros a través de la utilización de varios tipos de medidas
- e) deber de evitar riesgos (*Risikopflicht*), que autoriza el Estado a actuar con la finalidad de protección de la sociedad en general, a través de la adopción de medidas de prevención o prevención especialmente orientadas al desarrollo técnico o tecnológico.²⁰¹³

Así pues, se puede concluir que del deber jurídico de protección eficiente por parte del Estado, de ciertos derechos intereses o bienes jurídicos, se puede deducir el principio de prohibición de la protección deficiente de estos bienes. En atención a este principio y al principio de proporcionalidad, el Estado tiene el deber de dar una respuesta más grave y más efectiva a los fenómenos criminales que sean más graves y lesionen de forma más intensa intereses legítimos protegidos por el Estado, lo que, en su turno, es capaz de legitimar un

²⁰¹² CANARIS, Claus-Wilhelm. *Grundrechtswirkungen und verhältnismässigkeitsprinzip in der richterlichen Anwendung und Fortbildung des Privatrechts*. JuS, 1989, p. 161(163)., *apud* BRASIL. Supremo Tribunal Federal. ADI 3112, Relator(a): Min. RICARDO LEWANDOWSKI, Tribunal Pleno, julgado em 02/05/2007, DJe-131 DIVULG 25-10-2007 PUBLIC 26-10-2007 DJ 26-10-2007 PP-00028 EMENT VOL-02295-03 PP-00386 RTJ VOL-00206-02 PP-00538.

²⁰¹³ RICHTER, Ingo; SCHUPPERT, Gunnar Folke. *Casebook Verfassungsrecht*. 3. ed. München, 1996, p. 35-36. *apud* BRASIL. Supremo Tribunal Federal. ADI 3112, Relator(a): Min. RICARDO LEWANDOWSKI, Tribunal Pleno, julgado em 02/05/2007, DJe-131 DIVULG 25-10-2007 PUBLIC 26-10-2007 DJ 26-10-2007 PP-00028 EMENT VOL-02295-03 PP-00386 RTJ VOL-00206-02 PP-00538.

Derecho penal de lucha más fuerte y más expresivo que el Derecho penal ordinario, basado en las características de la dogmática clásica.

10.4.5 Principio de proporcionalidad.

Este es el principio rector de un Derecho penal de lucha basado en valores constitucionales²⁰¹⁴. Desde su aplicación, se puede buscar conocer si las medidas creadas para luchar contra la criminalidad son efectivamente proporcionales a la gravedad de las acciones delictivas, y si son proporcionales al grado de importancia de los bienes que se quiere proteger. Este es un criterio de racionalidad que camina por todo el sistema de protección de intereses conforme a los valores de la Constitución que se pretende concretar.

En las consideraciones que permiten la ponderación entre intereses, el principio de proporcionalidad tiene un lugar especial, porque es a través de su aplicación que pasa a ser posible el análisis de la viabilidad, eficacia y legitimidad de los contenidos de las medidas políticocriminales que se quiere concretar. Además, la proporcionalidad es el fundamento de racionalidad del procedimiento de ponderación antes mencionado. Sus orígenes se encuentran en la obra de los filósofos clásicos, como de Aristóteles, quien ha escrito que: “De manera que lo justo es cosa que consiste en proporción; (...) porque la proporción es igualdad de cuenta (...); quiero decir de lo que no admite proporción porque la proporción tiene, es el medio, y por justo es medio que consiste en proporción”²⁰¹⁵. La profesora Teresa Aguado presenta una definición funcional muy interesante sobre el principio, a saber:

“En un Derecho de la intervención como lo es el Derecho penal, las garantías del Estado de Derecho han desempeñado la función de condicionar las intromisiones y su intensidad a determinados presupuestos, así como la función de minimizarlas y controlarlas. Y en este contexto, se puede afirmar que el principio central es el de la proporcionalidad de las intervenciones, que deben ser necesarias y

²⁰¹⁴ “Importante resulta la afirmación contenida en la STC 55/1996, en la que se precisa que el principio de proporcionalidad constituye un canon de constitucionalidad que no puede ser alegado de una forma aislado en relación con los otros preceptos constitucionales. Sin embargo, como el propio Alto Tribunal se encarga de recordarnos, el principal ámbito de aplicación del principio de constitucionalidad es el de los derechos fundamentales, por lo que no será difícil que en el ámbito de Derecho penal la falta de proporción implique un sacrificio innecesario o excesivo del derecho a la libertad reconocido en el artículo 17 CE, puesto que, tal y como ha afirmado el Tribunal Constitucional, toda norma penal conlleva una restricción de la libertad individual, con la consiguiente posibilidad de interponer un recurso de amparo”. AGUADO CORREA, Teresa. *El principio constitucional de proporcionalidad*. Madrid: Edersa, 1999, p. 136-137.

²⁰¹⁵ Aristóteles. *Ética a Nicómaco. Libro V*. El Cid Editor. Santa Fe, 2004. p. 220-22.

adecuadas para lograr su objetivo y también deben ser razonables o proporcionadas en cada caso²⁰¹⁶

Aunque sea un principio implícito en la Constitución, la proporcionalidad tiene vigencia y eficacia, y, conforme se ha mencionado, su núcleo es la idea de razonabilidad equitativa entre los medios y los fines, entre necesidad y adecuación, entre conformidad con el marco de constitucionalidad y concreción real de intereses constitucionales.

En este sentido, hay que informar que el Tribunal Constitucional español parece sostener la tesis que reconoce una transcendencia constitucional al principio de proporcionalidad²⁰¹⁷, además de señalar que la posibilidad de permitir un análisis racional de los medios empleados es su principal función²⁰¹⁸. En este sentido, véase parte de la sentencia dictada por el Tribunal Constitucional español, el 28 de marzo de 1996²⁰¹⁹:

“3. Como se ha apuntado en el fundamento jurídico 1º, los órganos judiciales proponentes plantean, como cuestión fundamental, "la posible inconstitucionalidad del art. 2.3 de la L.O. 8/1984, de 26 de diciembre (...) por su posible oposición al principio de proporcionalidad derivado de los arts. 1.1, 9.3 y 10.1 de la Constitución" y, en segundo lugar, porque la pena prevista en este precepto supone un sacrificio desproporcionado de los derechos a la libertad personal (art. 17 C.E.) y a la libertad ideológica (art. 16 C.E.). Esta apelación genérica al principio de proporcionalidad exige alguna precisión en orden a fijar el objeto exacto y los términos precisos en los que debe desarrollarse el presente proceso constitucional. En primer lugar, debe advertirse que el principio de proporcionalidad no constituye en nuestro ordenamiento constitucional un canon de constitucionalidad autónomo cuya alegación pueda producirse de forma aislada respecto de otros preceptos constitucionales. Es, si quiere decirse así, un principio que cabe inferir de determinados preceptos constitucionales - y en particular de los aquí invocados - y, como tal, opera esencialmente como un criterio de interpretación que

²⁰¹⁶ AGUADO CORREA, Teresa. *El principio constitucional de proporcionalidad*. Madrid: Edersa, 1999, p. 113.

²⁰¹⁷ “Pero especial interés posee la Sentencia del Tribunal Constitucional de 28 de marzo de 1996, pues en ella se contiene un desarrollo completo del principio de proporcionalidad en el ámbito del Derecho penal”. AGUADO CORREA, Teresa. *El principio constitucional de proporcionalidad*. Madrid, Edersa, 1999, p. 130.

²⁰¹⁸ “La finalidad última del principio de proporcionalidades, obviamente, evitar que el Poder público que tenga atribuida la competencia para aplicar los límites a un derecho fundamental vulneren en su aplicación su contenido esencial”. VILLAYERDE MENÉNDEZ, Ignacio. “La resolución de conflictos entre derechos fundamentales. El principio de proporcionalidad”, En: AA.VV. *El principio de proporcionalidad y la interpretación constitucional*. CARBONELL, Miguel (editor). Ministerio de Justicia y Derechos Humanos. Quito, 2008, pp. 175-188, p. 182.

²⁰¹⁹ ESPAÑA. Tribunal Constitucional. Pleno. Sentencia 55/1996, de 28 de marzo, Cuestión de inconstitucionalidad 961-1994, 1125-1995, 2736-1995, BOE núm. 102, de 27 de abril de 1996.

permite enjuiciar las posibles vulneraciones de concretas normas constitucionales. Dicho con otras palabras, desde la perspectiva del control de constitucionalidad que nos es propio, no puede invocarse de forma autónoma y aislada el principio de proporcionalidad, ni cabe analizar en abstracto si una actuación de un poder público resulta desproporcionada o no. Si se aduce la existencia de desproporción, debe alegarse primero y enjuiciarse después en qué medida ésta afecta al contenido de los preceptos constitucionales invocados: sólo cuando la desproporción suponga vulneración de estos preceptos cabrá declarar la inconstitucionalidad. El ámbito en el que normalmente y de forma muy particular resulta aplicable el principio de proporcionalidad es el de los derechos fundamentales. Así ha venido reconociéndolo este Tribunal en numerosas Sentencias en las que se ha declarado que la desproporción entre el fin perseguido y los medios empleados para conseguirlo puede dar lugar a un enjuiciamiento desde la perspectiva constitucional cuando esa falta de proporción implica un sacrificio excesivo e innecesario de los derechos que la Constitución garantiza (SSTC 62/1982, fundamento jurídico 5º; 66/1985, fundamento jurídico, 1º; 19/1988, fundamento jurídico 8º; 85/1992, fundamento jurídico 5º; 50/1995, fundamento jurídico 7º). Incluso en las Sentencias en las que hemos hecho referencia al principio de proporcionalidad como principio derivado del valor justicia (SSTC 160/1987, fundamento jurídico 6º; 50/1995, fundamento jurídico 7º; 173/1995, fundamento jurídico 2º), del principio del Estado de Derecho (STC 160/1987, fundamento jurídico 6º), del principio de interdicción de la arbitrariedad de los poderes públicos (STC 6/1988, fundamento jurídico 3º; 50/1995, fundamento jurídico 7º) o de la dignidad de la persona (STC 160/1987, fundamento jurídico 6º), se ha aludido a este principio en el contexto de la incidencia de la actuación de los poderes públicos en el ámbito de concretos y determinados derechos constitucionales de los ciudadanos. Esta constatación no significa que en algún supuesto concreto no pueda argumentarse a partir del principio de proporcionalidad para concluir en la infracción de otro tipo de preceptos constitucionales. Pero, en todo caso, como queda dicho, siempre deberá indagarse, no la sola existencia de una desproporción entre medios y fines, sino en qué medida esos preceptos, resultan vulnerados como consecuencia de la citada desproporción. En el presente caso, aunque los Autos de cuestionamiento se refieren en su parte dispositiva al principio de proporcionalidad en relación con los arts. 1.1, 9.3 y 10 C.E., lo cierto es que en los fundamentos jurídicos no precisan en ningún momento en que afecta la alegada desproporción a los valores y principios de justicia, interdicción de la arbitrariedad y dignidad de la persona, sino que se refieren únicamente a la afectación que la misma produce en los derechos consagrados en los arts. 16 y 17 C.E. Esta es, pues, la perspectiva de enjuiciamiento que debemos adoptar aquí, analizando si la sanción establecida por el legislador entraña un sacrificio desproporcionado de los derechos de libertad ideológica y de libertad personal, derecho este último que

invocado en el contexto de penas de privación de libertad remite naturalmente al art. 25.1 C.E. Con todo, antes de proceder a este enjuiciamiento debemos analizar las dudas de inconstitucionalidad relacionadas con el art. 25.2 C.E. que suscitan los órganos judiciales”²⁰²⁰.

Así pues, está claro que el Tribunal Constitucional considera que el principio de proporcionalidad está fundamentado de forma implícita en muchas normas constitucionales explícitas, lo que permite deducir este principio las normas citadas²⁰²¹. En especial, en relación con los principios generales que informan el Estado de Derecho, a saber, los artículos 1.1²⁰²², 9.3²⁰²³ y 10.1²⁰²⁴, de la Constitución Española, que se considera como el límite y el fundamento de la intervención del Estado en todos los niveles para garantizar los intereses que tiene el deber de garantizar, de acuerdo con lo que establece la Constitución y las demás normas vigentes en el ordenamiento jurídico.

La Corte Constitucional brasileña ha decidido de forma muy parecida, porque el principio de proporcionalidad tampoco es un principio explícito en la constitución de aquel país. Antes de la Constitución de 1988, el Supremo Tribunal Federal ha reconocido dicho principio como instrumento de análisis de la constitucionalidad de normas infraconstitucionales.²⁰²⁵ Sin embargo, la Corte Constitucional brasilera sólo ha reconocido de forma efectiva y expresa la

²⁰²⁰ ESPAÑA. Tribunal Constitucional. Pleno. Sentencia 55/1996, de 28 de marzo, Cuestión de inconstitucionalidad 961-1994, 1125-1995, 2736-1995, BOE núm. 102, de 27 de abril de 1996.

²⁰²¹ AGUADO CORREA, Teresa. *El principio constitucional de proporcionalidad*. Madrid: Edersa, 1999, pp. 134-136.

²⁰²² “Artículo 1. 1. España se constituye en un Estado social y democrático de Derecho, que propugna como valores superiores de su ordenamiento jurídico la libertad, la justicia, la igualdad y el pluralismo político.” ESPAÑA. Constitución Española, de 27 de diciembre de 1978. *Boletín Oficial del Estado*, 29 de diciembre de 1978, núm. 311.

²⁰²³ “Artículo 9. 3. La Constitución garantiza el principio de legalidad, la jerarquía normativa, la publicidad de las normas, la irretroactividad de las disposiciones sancionadoras no favorables o restrictivas de derechos individuales, la seguridad jurídica, la responsabilidad y la interdicción de la arbitrariedad de los poderes públicos.” ESPAÑA. Constitución Española, de 27 de diciembre de 1978. *Boletín Oficial del Estado*, 29 de diciembre de 1978, núm. 311.

²⁰²⁴ “Artículo 10. 1. La dignidad de la persona, los derechos inviolables que le son inherentes, el libre desarrollo de la personalidad, el respeto a la ley y a los derechos de los demás son fundamento del orden político y de la paz social” ESPAÑA. Constitución Española, de 27 de diciembre de 1978. *Boletín Oficial del Estado*, 29 de diciembre de 1978, núm. 311.

²⁰²⁵ “*O poder de taxar não pode chegar à desmedida do poder de destruir, uma vez que aquele somente pode ser exercido dentro dos limites que o tornem compatível com a liberdade de trabalho, comércio e da indústria e com o direito de propriedade. É um poder, cujo exercício não deve ir até o abuso, o excesso, o desvio, sendo aplicável, ainda aqui, a doutrina fecunda do “détournement de pouvoir”. Não há que estranhar a invocação dessa doutrina ao propósito da inconstitucionalidade, quando os julgados têm proclamado que o conflito entre a norma comum e o preceito da Lei Maior pode se acender não somente considerando a letra do texto, como também, e principalmente, o espírito do dispositivo invocado*”. BRASIL. Supremo Tribunal Federal. RE 18331, Relator(a): Min. OROZIMBO NONATO, Segunda Turma, julgado em 21/09/1951, DJ 08-11-1951 PP-10865 EMENT VOL-00063-01 PP-00283 ADJ 10-08-1953 PP-02356.

existencia y vigencia del principio de proporcionalidad en una la Acción Directa de Inconstitucionalidad (es un instrumento utilizado en el control directo de constitucionalidad de las leyes y actos normativos) del año 2009²⁰²⁶. Es este caso, el Supremo Tribunal Federal ha deducido del artículo 5º, LIV, de la Constitución de 1988²⁰²⁷ el fundamento central del principio de proporcionalidad, que de acuerdo con él, se extrae de la norma constitucional que establece el principio de debido proceso legal, que en su turno informa que no se le puede quitar a uno su libertad o sus bienes sin un previo y debido proceso previsto en las leyes.

En este contexto, se debe aclarar que es posible descomponerse el principio de proporcionalidad en el ámbito del Derecho penal de muchas maneras, procedimiento este necesario para comprender mejor su forma de funcionamiento y en especial, para se le dar una aplicación debida, consciente y en la medida que sus presupuestos exigen de los supuestos de hecho. Así pues, véase, por ejemplo, como la profesora Teresa Aguado lo hace, a continuación, lo que será al punto de partida de las consideraciones de este matiz en este trabajo:

“Tal y como ha concretado el Tribunal Constitucional estas condiciones, cabe decir que en virtud del primer subprincipio, la medida ha de ser apta para alcanzar el fin pretendido. La necesidad de la medida implica que no se podía optar por otra igualmente eficaz, que no gravase o lo hiciese en menor medida los derechos afectados. En último lugar, el sacrificio que se impone al derecho correspondiente debe guardar un razonable equilibrio o proporción con los bienes jurídicos que se pretenden salvaguardar. Los tres subprincipios en los que cabe descomponer el principio de proporcionalidad en sentido amplio, los concretaremos en el ámbito del Derecho penal de la siguiente forma. En primer lugar, el principio de idoneidad requiere que el Derecho penal sea apto para la protección del bien jurídico y que la medida adoptada, tanto la pena como la medida de seguridad, sea adecuada para conseguir la finalidad que se

²⁰²⁶ “*Ação direta de inconstitucionalidade. 2. Lei 10.248/93, do Estado do Paraná, que obriga os estabelecimentos que comercializem Gás Liquefeito de Petróleo - GLP a pesarem, à vista do consumidor, os botijões ou cilindros entregues ou recebidos para substituição, com abatimento proporcional do preço do produto ante a eventual verificação de diferença a menor entre o conteúdo e a quantidade líquida especificada no recipiente. 3. Inconstitucionalidade formal, por ofensa à competência privativa da União para legislar sobre o tema (CF/88, arts. 22, IV, 238). 4. Violação ao princípio da proporcionalidade e razoabilidade das leis restritivas de direitos. 5. Ação julgada procedente.*” BRASIL. Supremo Tribunal Federal. ADI 855, Relator(a): Min. OCTAVIO GALLOTTI, Relator(a) p/ Acórdão: Min. GILMAR MENDES, Tribunal Pleno, julgado em 06/03/2008, DJe-059 DIVULG 26-03-2009 PUBLIC 27-03-2009 EMENT VOL-02354-01 PP-00108.

²⁰²⁷ Art. 5º *Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes: (...) LIV - ninguém será privado da liberdade ou de seus bens sem o devido processo legal*”. BRASIL. *Constituição da República Federativa do Brasil*, Brasília, Senado, 1988.

persigue. El principio de necesidad en Derecho penal se concreta, por una parte, en el principio de exclusiva protección de bienes jurídicos y, por otra, en el principio de intervención mínima con los dos postulados que lo integran: ultima ratio y carácter fragmentario del Derecho penal. El principio de proporcionalidad en sentido estricto viene a coincidir con el principio de proporcionalidad de las penas y el principio de proporcionalidad de las medidas de seguridad, tal y como ha sido entendido tradicionalmente por la doctrina”.²⁰²⁸

En una interpretación orientada a la aplicación del principio de proporcionalidad en el ámbito de un Derecho penal de lucha basado en valores constitucionales, con la finalidad de justificar y legitimar dicha forma de respuesta penal del sistema del derecho, hay que hacerse algunas matizaciones más al principio de proporcionalidad, en relación con su descomposición.

En primer lugar, se reconoce que el principio de proporcionalidad es el vector de racionalidad del sistema de creación y concreción de medidas de un Derecho penal de lucha basado en valores constitucionales, que se concreta a través de subprincipios.

Así pues, en concreto, se reconoce como subprincipios del principio de proporcionalidad los siguientes, a saber: a) adecuación o idoneidad; b) necesidad; c) proporcionalidad estricta; d) entidad del fenómeno; e) excepcionalidad; f) emergencia; y g) judicialización.

a) Adecuación o idoneidad: las medidas tomadas a través de un Derecho penal de lucha deben ser efectivas, en la realidad, para la realización de los fines de protección propuestos, es decir, deben ser capaces de realizar lo que se pretende.

b) Necesidad: la medida elegida a ser realizada por un Derecho penal de lucha representa el medio eficaz menos lesivo a los intereses en juego, es decir, no hay otro medio menos dañoso eficaz a ser realizado.

c) Proporcionalidad estricta: existe proporcionalidad entre los medios empleados por un Derecho penal de lucha y los fines deseados, es decir, el grado de restricción del ámbito de disponibilidad de los bienes en los cuales se interviene tiene preponderancia igual o más baja de los intereses que se quiere proteger.

²⁰²⁸ AGUADO CORREA, Teresa. *El principio constitucional de proporcionalidad*. Madrid: Edersa, 1999, pp. 147-148.

d) Entidad del fenómeno: el fenómeno criminal que se quiere combatir a través de un Derecho penal de lucha tiene ontológicamente una entidad grave, es decir, los delitos contra los cuales se quiere luchar representan graves violación de intereses legítimos considerados en sí mismos, sin que se realice algún tipo de comparación.

e) Excepcionalidad: los medios de intervención utilizados para la realización de un Derecho penal de lucha, medios estos especiales para tratar fenómenos específicos, no pueden estar disponibles para todas las formas de respuesta a través del Derecho penal, es decir, siguen vigentes los conceptos y límites de la dogmática clásica para tratar los fenómenos criminales que siempre ha tratado, fenómenos estos contra los cuales no se puede combatir con medidas típicas de un Derecho penal de lucha, porque estos deben ser exclusivos de esta forma de Derecho penal.

f) Emergencia: sólo la actualidad o inminencia de existencia de los cursos causales que han generado los fenómenos de macrocriminalidad pueden permitir la realización completa de un Derecho penal de lucha.

g) Judicialidad: las medidas de un Derecho penal de lucha deben ser ordenadas por un juez miembro del Poder Judicial permanente, y estar sometidas a la posibilidad de revisión con al menos dos grados de jurisdicción ordinaria, lo que representa efectiva accesibilidad al Poder Judicial para la protección de garantías.

Así pues, sei se observa a los subprincipios citados, se puede fundamentar de forma legítima y conforme a la Constitución las medidas típicas de un Derecho penal de lucha contra la macrocriminalidad, basado en valores constitucionales, lo que permite, en su turno, la existencia de la posibilidad de realizarse respuestas penales efectivas a los fenómenos criminales de grave entidad para los cuales no fue pensada la dogmática clásica, lo que se ha pretendido demostrar a lo largo de esta trabajo.

A continuación, serán puestos algunos ejemplos de mandatos u órdenes constitucionales de incriminación, que pueden representar fenómenos contra los cuales se debe utilizar un Derecho penal de lucha, deducido estrictamente del texto de la Constitución.

10.5 Los deberes fundamentales de lucha a través del Derecho penal contra ciertos fenómenos criminales, presentes en las Constituciones de Italia, Brasil y España.

Lo que prueba la razonabilidad y la conformidad con la Constitución de lo que se ha expuesto en este capítulo está en los textos de las propias constituciones, que establecen de forma clara o implícita la necesidad de represión criminal de ciertos fenómenos de grave entidad, conforme se pasa a explicar, a continuación.

En este sentido, hay que subrayar que algunos autores hacen referencia al hecho de que, en el Derecho penal del enemigo, se pasa de una legislación de Derecho penal a una legislación de lucha contra la criminalidad²⁰²⁹, como por ejemplo, de lucha contra la criminalidad económica, el terrorismo, la criminalidad organizada. Efectivamente, una legislación que concrete un programa político-criminal con medidas de Derecho penal del enemigo es una legislación de lucha, pero aún más, no solo de lucha, sino de guerra, aunque reglada.

Sin embargo, conforme escrito en los párrafos precedentes y en otras partes de este trabajo, aunque un Derecho penal del enemigo sea un Derecho penal de lucha y/o de guerra contra una fuente de peligro y/o dañoso, ni todo Derecho penal de lucha es un Derecho penal del enemigo o un derecho ilegítimo, inconstitucional, o incluso, que reduzca la eficacia de garantías fundamentales.

En general, una diferencia que se puede observar *prima facie*, es que algunas formas de Derecho penal del enemigo orientarse contra un enemigo, persona o colectivo, y el Derecho penal de lucha está preocupado en combatir determinados fenómenos criminales, que suelen

²⁰²⁹ “Entre estas reglas destaca la posibilidad de castigar los hechos cometidos mucho antes de la lesión del bien jurídico o un adelantamiento de la intervención penal a actos meramente preparatorios sin la correspondiente reducción de la pena. En pocas palabras, este nuevo Derecho penal se caracterizaría por el paso de una legislación de Derecho penal («*Strafgesetzgebung*») a una legislación de lucha contra la criminalidad (por ejemplo, económica, contra el terrorismo o la criminalidad organizada) y por un proceso en el que se reducirían las garantías del justiciable.” PRITTWITZ, Cornelius. “Derecho penal del enemigo: ¿Análisis crítico o programa del Derecho penal?”. En: AA. VV. *La política criminal en Europa*. coord. por Mirentxu Corcoy Bidasolo, Víctor Gómez Martín Árbol académico, Santiago Mir Puig. Barcelona, Atelier, 2004, pp. 107-120, p. 115.

ser graves, como la trata internacional de personas para fines de esclavitud sexual, el crimen organizado transnacional, la corrupción de los cargos de alto rango, el tráfico transaccional de armas de destrucción masiva, armas de guerra y sustancias ilícitas, que merecen ser reprimidos, sea para la protección de la confianza en la vigencia de la norma, sea para la debida protección de bienes jurídicos, sea para la eficaz protección de derechos fundamentales.

Aunque dicha legislación de lucha se concrete con medidas más severas de naturaleza penal o procesal penal, como penas y plazos de prisión provisional más largos, si dichas medidas son razonables y proporcionales, y por eso, representen una manifestación racional del sistema penal, no hay razón para sean consideradas ilegítimas o inconstitucionales.

Hay, incluso, en muchos países, mandatos constitucionales de criminalización, como en Italia, Brasil y España, lo que permite la construcción, en algunos casos, de fundamentos constitucionales expresos de un Derecho penal de lucha contra determinados fenómenos criminales, conforme se investiga en este apartado. Ahora se pasa al análisis de algunos ejemplos presentas en las constituciones de los países citados.

La *Costituzione della Repubblica Italiana*, del año 1948, establece en su artículo décimo tercero que la libertad personal es inviolable y que se castigará toda violencia física o moral realizada contra las personas, aunque sujetas a restricciones de libertad²⁰³⁰. Sin embargo, en relación con este mandato o orden, que se comprende por mandato de criminalización, a través de las interpretaciones sistemática y teleológica, se identifica la obligación de que la ley castigue con pena a los autores de los actos a los cuales hace referencia, porque la legislación a la época de la edición de la Constitución castigaba con pena dichos actos, aunque no se pueda reconocer expresamente una voluntad constitucional (*Wille zur Verfassung*) de lucha contra estos fenómenos delictivos.

La Constitución Española, de 1978, en su artículo 46, establece que la ley penal sancionará los atentados contra el patrimonio histórico, cultural y artístico de los pueblos de España²⁰³¹,

²⁰³⁰ “Art. 13. La libertà personale è inviolabile. (...) È punita ogni violenza fisica e morale sulle persone comunque sottoposte a restrizioni di libertà.” ITALIA. *Costituzione della Repubblica Italiana*, in: Gazzetta Ufficiale, n. 298, Roma, 1947.

²⁰³¹ “Artículo 46. Los poderes públicos garantizarán la conservación y promoverán el enriquecimiento del patrimonio histórico, cultural y artístico de los pueblos de España y de los bienes que lo integran, cualquiera que

lo que, aunque se constituya en un mandato expreso de criminalización, *prima facie*, no parece que la voluntad de la constitución sea crear mecanismos de lucha contra los autores de actos contra el patrimonio cultural.

Dicha previsión constitucional parece más la afirmación en concreto de una necesidad de protección más fuerte que la mera protección a través de medidas de naturaleza civil o administrativa. Hay también mención, en el artículo 45, coma 3, de la Constitución²⁰³², la necesidad de establecerse, a través de la ley, sanciones penales a los que violen la utilización irracional de los recursos naturales y el medio ambiente, lo que tampoco puede ser considerado una fuente de un Derecho penal de lucha.

Sin embargo, en la Constitución Española hay, de hecho, una manifestación de voluntad de reprimir de forma vehemente otros fenómenos criminales, como la actuación de bandas armadas o elementos terroristas. En su artículo 55, coma 2²⁰³³, ella prevé que determinados derechos fundamentales sólo pueden ser suspendidos en relación con los investigados por participar en bandas armadas o hechos terroristas, cómo los derechos al plazo máximo de setenta y dos horas de detención para averiguación (sin que se someta el detenido a la autoridad judicial), los registros en domicilio e interceptación de comunicaciones con autorización judicial, sin la necesidad de declaración formal de guerra, estado de excepción o de sitio (requisito formal temporal previsto en algunas constituciones, para los caso de

sea su régimen jurídico y su titularidad. La ley penal sancionará los atentados contra este patrimonio.” ESPAÑA. Constitución Española, de 27 de diciembre de 1978. *Boletín Oficial del Estado*, 29 de diciembre de 1978, núm. 311.

²⁰³² “Artículo 45. 1. Todos tienen el derecho a disfrutar de un medio ambiente adecuado para el desarrollo de la persona, así como el deber de conservarlo. 2. Los poderes públicos velarán por la utilización racional de todos los recursos naturales, con el fin de proteger y mejorar la calidad de la vida y defender y restaurar el medio ambiente, apoyándose en la indispensable solidaridad colectiva. 3. Para quienes violen lo dispuesto en el apartado anterior, en los términos que la ley fije se establecerán sanciones penales o, en su caso, administrativas, así como la obligación de reparar el daño causado.” ESPAÑA. Constitución Española, de 27 de diciembre de 1978. *Boletín Oficial del Estado*, 29 de diciembre de 1978, núm. 311.

²⁰³³ “Artículo 55. 1. Los derechos reconocidos en los artículos 17, 18, apartados 2 y 3, artículos 19, 20, apartados 1, a) y d), y 5, artículos 21, 28, apartado 2, y artículo 37, apartado 2, podrán ser suspendidos cuando se acuerde la declaración del estado de excepción o de sitio en los términos previstos en la Constitución. Se exceptúa de lo establecido anteriormente el apartado 3 del artículo 17 para el supuesto de declaración de estado de excepción. 2. Una ley orgánica podrá determinar la forma y los casos en los que, de forma individual y con la necesaria intervención judicial y el adecuado control parlamentario, los derechos reconocidos en los artículos 17, apartado 2, y 18, apartados 2 y 3, pueden ser suspendidos para personas determinadas, en relación con las investigaciones correspondientes a la actuación de bandas armadas o elementos terroristas. La utilización injustificada o abusiva de las facultades reconocidas en dicha ley orgánica producirá responsabilidad penal, como violación de los derechos y libertades reconocidos por las leyes.” ESPAÑA. Constitución Española, de 27 de diciembre de 1978. *Boletín Oficial del Estado*, 29 de diciembre de 1978, núm. 311.

restricciones a derechos fundamentales²⁰³⁴). Al que parece, aquí se puede identificar que la Constitución quiere efectivamente castigar con más rigor a los autores de estos tipos de delitos y permitir su investigación con muchos menos límites, reduciendo claramente el ámbito de protección de derechos fundamentales por ella misma creados, dando origen, así, a un Derecho penal de lucha.

En primer lugar, se reconoce como superada la discusión sobre la constitucionalidad de este artículo, porque él proviene de la redacción originaria de la Constitución, y por consecuencia lógica, está conforme a la Constitución²⁰³⁵. Si se empieza a reconocer inconstitucionalidades en la redacción originaria de la Constitución – como quieren, por ejemplo, los que plantean esta hipótesis a través de la separación de la Constitución en sistemas o grupos, o los que matizan la Constitución en constitución formal/escrita (texto) y Constitución material/no escrita (reglas de derecho metapositivo/natural que también tienen eficacia constitucional²⁰³⁶) – se podrá llegar a la inaplicabilidad total o casi total de los dispositivos constitucionales, o a la aplicación de un Derecho natural no creado por las vías democráticas, lo que no tiene sentido si llevadas en consideración reglas básicas de lógica jurídica, hermenéutica, organización textual, y los principios que basan el régimen democrático, como el modelo de la democracia representativa. Se propone esta solución como una forma de buscarse en un grado más alto la vigencia del valor seguridad jurídica en la hermenéutica constitucional²⁰³⁷.

²⁰³⁴ “Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes: (...) XLVII - não haverá penas: a) de morte, salvo em caso de guerra declarada, nos termos do art. 84, XIX;” BRASIL. *Constituição da República Federativa do Brasil*, Brasília, Senado, 1988.

²⁰³⁵ “Ação direta de inconstitucionalidade. Parágrafos 1º e 2º do artigo 45 da Constituição Federal. A tese de que há hierarquia entre normas constitucionais originárias dando azo à declaração de inconstitucionalidade de umas em face de outras e impossível com o sistema de Constituição rígida. Na atual Carta Magna “compete ao Supremo Tribunal Federal, precipuamente, a guarda da Constituição” (artigo 102, “caput”), o que implica dizer que essa jurisdição lhe é atribuída para impedir que se desrespeite a Constituição como um todo, e não para, com relação a ela, exercer o papel de fiscal do Poder Constituinte originário, a fim de verificar se este teria, ou não, violado os princípios de direito suprapositivo que ele próprio havia incluído no texto da mesma Constituição. - Por outro lado, as cláusulas pétreas não podem ser invocadas para sustentação da tese da inconstitucionalidade de normas constitucionais inferiores em face de normas constitucionais superiores, porquanto a Constituição as prevê apenas como limites ao Poder Constituinte derivado ao rever ou ao emendar a Constituição elaborada pelo Poder Constituinte originário, e não como abarcando normas cuja observância se impõe ao próprio Poder Constituinte originário com relação as outras que não sejam consideradas como cláusulas pétreas, e, portanto, possam ser emendadas. Ação não conhecida por impossibilidade jurídica do pedido.” BRASIL. Supremo Tribunal Federal. ADI 815, Relator(a): Min. MOREIRA ALVES, Tribunal Pleno, julgado em 28/03/1996, DJ 10-05-1996 PP-15131 EMENT VOL-01827-02 PP-00312.

²⁰³⁶ BACHOF, Otto. *¿Normas constitucionales inconstitucionales?*, Palestra, Lima, 2010, p. 88-89.

²⁰³⁷ “A tese de que há hierarquia entre normas constitucionais originárias dando azo à declaração de inconstitucionalidade de umas em face de outras e impossível com o sistema de Constituição rígida”

Así pues, a parte del mecanismo concreto de enfrentamiento (o lucha) contra el terrorismo y las bandas armadas, dichas normas constitucionales contienen una axiología que permite fundamentar una teleología penal de lucha contra los citados fenómenos criminales, aunque haya la necesidad de respeto a las demás normas constitucionales. En este contexto, ¿serían ellas una forma de Derecho penal del enemigo? Depende del concepto de Derecho penal del enemigo que se adopte.

Después de realizados los desarrollos formulados sobre el tema, y basándose en el concepto mejor acabado de lo que sea un Derecho penal del enemigo, se puede informar que dicha forma de manifestación del sistema penal es un Derecho penal de lucha que no es, al mismo tiempo, un Derecho penal del enemigo, porque carece del carácter de excusión absoluta que este concepto exige para su concreción.

Lo que parece claro es que estamos delante de normas que efectivamente reducen el ámbito de protección de derechos fundamentales para investigados de determinados delitos, en nombre del principio de efectividad de la protección a través del Derecho penal, en relación con la finalidad de represión del delito y de efectividad del proceso, como instrumento que permite la concreción de dicha represión, observado el debido proceso legal y las garantías correspondientes, lo que realiza un legítimo Derecho penal de lucha, conforme la Constitución.²⁰³⁸

Para reforzar el carácter de la excepcionalidad de la situación en cuestión, y de la reducción del ámbito de protección de los derechos fundamentales comprometidos en esta forma diferente de reglamento de los dos fenómenos criminales citados, en la misma coma de este artículo, la Constitución establece que la utilización injustificada o abusiva de las facultades

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. ADI 815, Relator(a): Min. MOREIRA ALVES, Tribunal Pleno, julgado em 28/03/1996, DJ 10-05-1996 PP-15131 EMENT VOL-01827-02 PP-00312.

²⁰³⁸ “Al ser la prevención de la delincuencia el objetivo fundamental del sistema penal y del control social en general, viene a constituir el eje de la Política Criminal moderna.” ZÚÑIGA RODRÍGUEZ, Laura. *Política Criminal*. Madrid, Colex, 2001, p. 39. “La racionalidad del Derecho penal que hoy en día parece tener vigencia, es pues, eminentemente práctica, esto es, orientada a un fin, a la resolución de problemas sociales, que en su saber no puede ser otro que la *prevención de la criminalidad*.” ZÚÑIGA RODRÍGUEZ, Laura. *Criminalidad organizada y sistema de Derecho penal*. Contribución a la determinación del injusto penal de organización criminal. Granada, Comares, 2009, p. 12.

de suspensión de los derechos fundamentales informada, reguladas por la ley orgánica prevista en su coma 1, producirá responsabilidad penal²⁰³⁹.

Por fin, la *Constituição da República Federativa do Brasil*, en su artículo quinto, ítem cuarenta y dos²⁰⁴⁰, establece que el racismo es un delito imprescriptible que, el condenado debe cumplir la condena en los tres grados (cerrado, ordinario y abierto, no sólo en el ordinario y en el abierto, como suele pasar con algunos delitos), y sus imputados no están sujetos a obtener libertad mientras estén bajo investigación o proceso, a través del pago de una fianza o prestación de una garantía.

En el ítem cuarenta y tres del mismo artículo²⁰⁴¹, a su vez, dicha Constitución establece que no son susceptibles de libertad bajo fianza o prestación de una garantía, los imputados o investigados por los delitos de tortura, tráfico de drogas, terrorismo (delito recién tipificado en Brasil²⁰⁴²), y los delitos definidos por la ley como hediondos, y que no se les aplican las causas de extinción de la pena denominadas indulto (derecho de gracia) y amnistía²⁰⁴³. La misma norma establece que serán igualmente imputados de dichos delitos los que los ejecutan, los que los ordenan y los que se omiten en evitarlos, lo que representa claramente un Derecho penal de lucha.

²⁰³⁹ “Artículo 55. (...) 2. Una ley orgánica podrá determinar la forma y los casos en los que, de forma individual y con la necesaria intervención judicial y el adecuado control parlamentario, los derechos reconocidos en los artículos 17, apartado 2, y 18, apartados 2 y 3, pueden ser suspendidos para personas determinadas, en relación con las investigaciones correspondientes a la actuación de bandas armadas o elementos terroristas. La utilización injustificada o abusiva de las facultades reconocidas en dicha ley orgánica producirá responsabilidad penal, como violación de los derechos y libertades reconocidos por las leyes.” ESPAÑA. Constitución Española, de 27 de diciembre de 1978. *Boletín Oficial del Estado*, 29 de diciembre de 1978, núm. 311.

²⁰⁴⁰ “Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes: (...) XLII - a prática do racismo constitui crime inafiançável e imprescritível, sujeito à pena de reclusão, nos termos da lei;” BRASIL. *Constituição da República Federativa do Brasil*, Brasília, Senado, 1988.

²⁰⁴¹ “Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes: (...) XLIII - a lei considerará crimes inafiançáveis e insuscetíveis de graça ou anistia a prática da tortura, o tráfico ilícito de entorpecentes e drogas afins, o terrorismo e os definidos como crimes hediondos, por eles respondendo os mandantes, os executores e os que, podendo evitá-los, se omitirem;” BRASIL. *Constituição da República Federativa do Brasil*, Brasília, Senado, 1988.

²⁰⁴² BRASIL. *Lei nº 13.260, de 16 de março de 2016*. Regula o disposto no inciso XLIII do art. 5º da Constituição Federal, disciplinando o terrorismo, tratando de disposições investigatórias e processuais e reformulando o conceito de organização terrorista; etc. *Diário Oficial da República Federativa do Brasil*, Brasília, DF, 17 de março de 2016.

²⁰⁴³ “Art. 107 - Extingue-se a punibilidade: (...) II - pela anistia, graça ou indulto;” BRASIL. *Decreto-lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940*. Código Penal. *Diário Oficial da União*, Rio de Janeiro, 31 dez. 1940.

La Constitución sigue, y en el ítem cuarenta y cuatro del artículo quinto, establece que, en relación con la acción de grupos armados, civiles o militares, contra el orden constitucional o el Estado Democrático, no es posible la concesión de libertad a través de fianza o prestación de una garantía a los imputados o investigados de dichos delitos, ni el reconocimiento de la prescripción de los hechos por ellos realizados²⁰⁴⁴, lo que también representa una forma de Derecho penal de lucha.

Por fin, en el artículo 225, párrafo tercero, la Constitución determina que las personas físicas y jurídicas son sujetos activos de delitos medioambientales, a los cuales se impondrán castigos de naturaleza penal, independientemente de la obligación de reparación de los daños causados en el medio ambiente.²⁰⁴⁵

Las normas constitucionales citadas, en concreto, las de Brasil y España, demuestran claramente que existe no sólo una voluntad constitucional, sino un mandato constitucional de incriminación de determinadas conductas y de creación de medidas de su represión, a través del Derecho penal y del Derecho procesal penal. Dichas medidas son mucho más severas que las medidas aplicables a todo el resto de los tipos penales vigentes, lo que permite concluir que, sin volver a la discusión acerca de su naturaleza, que las constituciones de estos países establecen claramente los rasgos fundamentales y algunas medidas concretas de una política criminal orientada a la lucha contra algunos fenómenos criminales.

En conclusión, si la idea de existencia de un Derecho penal de lucha encontrase debidamente basada en texto constitucional, no se puede sostener la hipótesis de que medidas políticocriminales orientadas a la lucha contra determinados fenómenos criminales son inconstitucionales, por razones de evidente obviedad, aunque los límites de dicha lucha sí se puedan discutir desde un punto de vista constitucional.

²⁰⁴⁴ Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes: (...) XLIV - constitui crime inafiançável e imprescritível a ação de grupos armados, civis ou militares, contra a ordem constitucional e o Estado Democrático;" BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil, Brasília, Senado, 1988.

²⁰⁴⁵ "Art. 225. Todos têm direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, bem de uso comum do povo e essencial à sadia qualidade de vida, impondo-se ao Poder Público e à coletividade o dever de defendê-lo e preservá-lo para as presentes e futuras gerações (...) § 3º As condutas e atividades consideradas lesivas ao meio ambiente sujeitarão os infratores, pessoas físicas ou jurídicas, a sanções penais e administrativas, independentemente da obrigação de reparar os danos causados." BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil, Brasília, Senado, 1988.

En realidad, a veces se tiene razón cuando se sostiene que se está delante de un Derecho penal de lucha cuando se identifica la reducción de los ámbitos de vigencia de algunas garantías de los imputados, en comparación al Derecho penal ordinario o regular. Sin embargo, hay razones fuertes de matiz constitucional que dan soporte a algunas de dichas reducciones, además de que, al revés de lo se puede pensar, el paso a un Derecho penal de lucha no presupone la adopción de un Derecho penal del enemigo, lo que representa un cambio de fundamentos, finalidad y acción de la respuesta del sistema penal, tendiente a su insostenible radicalización.

10.6 Conclusiones sobre un Derecho penal de lucha.

Desde un punto de vista estrictamente funcional (o teleológico), lo que se clasifica como Derecho penal de lucha, en general, se acerca más de un Derecho penal del enemigo que de un Derecho penal del ciudadano, porque representa mucho más una forma de gerencia o rechazo de riesgos, que propiamente de manutención de la confianza en la vigencia de la norma violada (aunque se admita este efecto como una de sus consecuencias secundarias), lo que, sin embargo, no es capaz de generar una identificación entre estas dos categorías, en razón de los grados de respeto a los valores constitucionales radicalmente opuestos que cada una de ellas mantiene en su relación con la Constitución.

Sin embargo, el Derecho penal de lucha no lleva y no puede llevar consigo el elemento central de un concepto científico de Derecho penal del enemigo, a saber, la exclusión o negación de un derecho fundamental o principio constitucional, especialmente porque el germen de su legitimidad se encuentra precisamente en la ponderación de valores, intereses, principios o normas constitucionales, procedimiento este que de ninguna manera puede significar la exclusión o negación de estos datos de naturaleza constitucional.

Al final, hay que señalar que, conforme advierte Jakobs²⁰⁴⁶, un posible miedo de contaminación de todo el sistema penal, mantenido por un Derecho penal ordinario,

²⁰⁴⁶ “Sin embargo, cuando el Estado establece una regulación, debería distinguir con claridad entre aquello que sólo está dirigido al terrorista u otro sujeto que disienta activamente y de modo grave y permanente y aquello que también se dirige al ciudadano, ya que de lo contrario, el Derecho penal del enemigo contamina el Derecho penal del ciudadano. Ahora bien, esta separación de esferas presupone que el Estado pueda identificar y tratar abiertamente a aquellos autores respecto de los que -al menos en un ámbito de gran importancia- no pueda

fundamentado en la dogmática clásica, para responder a los fenómenos criminales normales (no a la macrocriminalidad) no puede ni debe impedirse que se concreten medidas típicas de un Derecho penal de lucha basado en valores constitucionales, porque no utilizar mecanismos como estos de respuesta a la criminalidad representa exponer a toda la sociedad a riesgos intolerables, para los cuales existen formas legítimas y efectivas de gestión.

mantenerse la presunción de una conducta conforme a Derecho como lo que son, es decir, como enemigos, al menos sectoriales. Hasta diez años de pena privativa de libertad por la mera pertenencia a una organización terrorista, o las investigaciones encubiertas, o las escuchas indiscriminadas, o la prisión preventiva por riesgo de reiteración delictiva, y más cosas no son, per se, ataques al Estado de Derecho, sino que sólo lo serán si vienen disfrazadas de un Derecho penal del ciudadano y de la culpabilidad o de proceso penal ordinario. Sin embargo, quien sólo reconozca *-sit venia verbo-* al Estado de Derecho permanente de buen tiempo, induce al Estado real a encubrir las excepciones irremediables para su supervivencia en un mundo sucio, como reglas, desdibujando así qué es regla y qué es excepción; dicho de otro modo, el Estado de Derecho imperfecto se representa como perfecto a través de un léxico ideológico. Esta infravaloración de la complejidad de la realidad estatal es peligrosa, ya que obstruye la perspectiva para ver cuándo el Derecho penal está sobre el suelo seguro del Derecho penal del enemigo, y cuándo sobre el terreno tan resbaladizo del Derecho penal del enemigo.” JAKOBS, Günther: “¿Terroristas como personas en Derecho?”, en: AA. VV.: *Derecho penal del enemigo. El discurso penal exclusión*, 2 vols., Montevideo/Buenos Aires, Editorial B de F Edisofer, 2006, compilado por Manuel Cancio Meliá y Carlos Gómez-Jara Díez, Vol. 2, pp. 77-92, pp. 91-92.

CONCLUSIONES

I

La primera conclusión que se puede observar es que, de hecho, parece no haber duda que los filósofos de la ilustración y de la concepción contemporánea de Estado de Derecho y del contrato social reconocen la necesidad de un Derecho penal (aunque, de acuerdo con ellos, basado en un Derecho Natural) y además, admiten la posibilidad – e incluso, la necesidad – de una forma diferente de reacción frente a los riesgos que algunos individuos representan para la sociedad y el Estado, en virtud de su rehúsa en entrar en un estado de ciudadanía o civilidad, *id est*, de realmente aceptaren los términos del contrato social. La posibilidad de exclusión del estatus de ciudadano – en el contexto del contrato social – equivale a la exclusión del propio estatus de persona del individuo tratado como enemigo. Mientras que, para Rousseau todo delincuente sea un enemigo, para Fichte, todo delincuente que rehúsa a recuperarse lo sea, para Kant lo sea quien no quiere salir del estado de naturaleza, lo que representa un peligro y Hobbes considere enemigos a los que violen los fundamentos de Derecho natural del contrato social, no hay duda de que la reacción frente a este enemigo sea una necesidad real en los trabajos de dichos filósofos y que eso presupone la reducción total del estatus de civilidad de dichos enemigos (lo que representa también la reducción de la vigencia de su propia personalidad).

II

Los tiempos actuales nos presentan características sociales muy diferentes de la sociedad moderna. La evolución muy rápida de los medios tecnológicos, un cambio central de los valores compartidos socialmente, y la ausencia de un proyecto colectivo como el proyecto moderno, constituido por el progreso y la esperanza, hace la sociedad actual no tener muchos parámetros de orientación de su actividad. Dicho contexto fomenta la *efimeridad* de las relaciones humanas, la frivolidad, el consumismo y el radicalismo. Sin embargo, se puede decir que, en virtud de estos hechos, hoy tenemos muchos más medios de comprender nuestra condición humana. Así pues, la entidad de los riesgos a los cuales una grande parte de los ámbitos de actividad humana está expuesta es extremadamente grave, lo que hace que la incertidumbre en general sea aún mayor y más sentida por la sociedad, que no puede siquiera

contar con los expertos y los mecanismos de control macro, que ya han probado que no son suficientes para controlar los riesgos actuales, situación que no tiene precedentes en la historia. Las características actuales de la sociedad nos permiten llamarla de *sociedad de riesgos*, nomenclatura eminentemente posmoderna. En este contexto, se puede identificar el principio de precaución como una estrategia política prudencial – no científica – de control de los riesgos, que proviene de la emergente necesidad de contención de un hecho potencialmente o sospechosamente peligroso, aunque no se sepa con certidumbre científica en qué clase de daño su no contención pueda conllevar. Es decir, el principio de precaución es una estrategia política prudencial aplicable cuando no se identifica a través del conocimiento científico, con seguridad, la relación causa-efecto entre la acción potencialmente peligrosa y el posible daño.

III

Hay delitos que son verdaderos crímenes contra toda la sociedad y los presupuestos más básicos de la vida civilizada. Como ejemplos de esta categoría de delitos se puede poner algunas formas de criminalidad actual, realizadas con las características típicas de una sociedad técnicamente avanzada, como el alto cargo corrupto y cleptócrata de una democracia débil, el violador habitual de niños, el terrorista yihadista suicida infiltrado en Europa, *il capo dei capi* de una organización mafiosa transnacional o el organizador de una red internacional de trata de personas para la esclavitud sexual y extracción de órganos de niños. El Derecho penal actual no resuelve bien muchos fenómenos de la criminalidad actual, en primero lugar, porque falta la vigencia de la mínima noción de proporcionalidad entre la necesidad de respuesta a dichos delitos y a los delitos típicos de un Derecho penal clásico, y porque, por muchas veces, falta la función efectiva de motivabilidad de la pena, que no sirve para prevenir estos tipos de delitos de forma real y eficaz. En relación con el terrorismo yihadista suicida, la incapacidad total de motivar una conducta conforme el Derecho por parte de nuestros Derechos penales es tan evidente cuanto asustadora, en casos en los cuales los sujetos no son inimputables, porque comprenden bien la antijuridicidad y pueden motivarse, pero eligen de forma vehemente no lo hacer. No hay como impedir, bajo la amenaza de una pena de privación de la libertad por un tempo determinado, que un terrorista yihadista islámico que quiere suicidarse para matar a miles de europeos no realice su plan. Es más que evidente que sólo las funciones preventivas de un sistema penal de policía no tienen la posibilidad de

impedir que un atentado como este se realice. El terrorismo, en virtud de jugar con las reglas del sistema – incluso del sistema de prevención penal – y de luchar con armas muy superiores que las armas de las cuales dispone la sociedad que objetiva dañar, reclama un nuevo Derecho penal, nuevas reglas jurídico-penales que promuevan su contención y sean efectivas en contrarrestar los actos que le dan vida, especialmente la intimidación de los terroristas es algo inalcanzable para el Derecho penal clásico.

IV

En general se identifica el sentimiento de inseguridad ciudadana, el crecimiento de los índices de criminalidad, las nuevas formas de criminalidad, la criminalidad organizada o el terrorismo, y la necesidad de contención de los riesgos en nuestra sociedad, muy abundantes actualmente, como condiciones sociales favorables a la implementación de una política criminal del Derecho Penal del enemigo, orientada a la reducción de los riesgos y al aumento de la seguridad cognitiva en la sociedad. En este contexto, la dogmática penal tradicional garantista no es hábil a contrarrestar de la forma apropiada a los fenómenos criminales contemporáneos que causan graves daños sociales, como la criminalidad organizada y la corrupción de los altos cargos, lo que no autoriza, por sí sólo, la adopción de medidas típicas del Derecho Penal del enemigo. Si la función central de la Política Criminal es la prevención del delito, lo que coincide con la función del Derecho penal y de la pena en el momento de su aplicación, la sociedad debe diseñar un Derecho penal eficiente y hábil a realizar dicho fin, teniendo en cuenta que las características de muchos fenómenos criminales han cambiado desde la creación del Derecho penal clásico, lo que exige un cambio en la forma por la cual el Derecho penal debe reaccionar, si todavía se busca su efectividad. Es necesario que el sistema del Derecho y los otros sistemas sociales estén atentos a dichas nuevas formas de criminalidad y cambien su forma de reaccionar frente a ellas, orientándose a la efectividad de sus medidas, en el sentido de la contención del fenómeno criminal. Un Derecho penal más riguroso, con leyes más duras y el adelantamiento de la intervención penal, es una alternativa del sistema penal para responder a fenómenos criminales de gran expresión, como la criminalidad organizada. La dogmática penal debe orientarse de acuerdo con la finalidad de la política criminal, lo que posibilita la creación de políticas criminales orientadas a la lucha contra dichos fenómenos macrocriminales.

V

La respuesta a los problemas de la sociedad del riesgo parece ser un Derecho penal que busca el aumento de los niveles de seguridad en nuestras sociedades, por lo menos es eso que parece ser el norte del Derecho penal de este siglo, hasta el momento. Esta nueva teleología del Derecho penal demanda una revisión urgente del sentido y de las funciones de todas las categorías dogmáticas que pueden estar comprometidas con la visión antigua del Derecho penal que no tiene más vigencia social. El nuevo Derecho penal, creado por los legisladores de los países democráticos estudiados, tiene las siguientes características, a saber: a) tentativa de control de los riesgos en nuevos ámbitos; b) reducción de los ámbitos de libertad y aumento de mecanismos de control de acciones inofensivas a través del Derecho penal; c) cambio de paradigma teleológico del Derecho penal; d) administrativización del Derecho penal; e) administrativización del Derecho Procesal Penal; f) Creación de nuevos ámbitos de responsabilización personal, como la responsabilidad penal de personas jurídicas; g) endurecimiento general de las respuestas penales; h) tendencia de aumentar el número de tipos penales en los cuales es más importante el desvalor de la acción que el desvalor del resultado; y i) tendencia hacia un Derecho penal del enemigo.

VI

Existen construcciones teóricas y una realidad normativa novedosa orientadas a identificar una necesidad social contemporánea de la comprensión, análisis y gestión de los riesgos socialmente inaceptables que existen hoy, que ponen en peligro las expectativas más básicas de la vida en sociedad y del funcionamiento del sistema social, finalidad para la cual no sirve el Derecho penal clásico, por su origen y sus características intrínsecas. Sin embargo, dicho contexto social no autoriza, por sí sólo, la adopción de medidas típicas del Derecho penal del enemigo. Las características de nuestras sociedades occidentales, que orientan hacia un cambio en la forma de crear, funcionar y fundamentar el Derecho penal, autorizan efectivamente tres consecuencias, a saber: (1) una nueva teleología del Derecho penal, que pasa de un Derecho penal orientado a la limitación del *ius puniendi* del Estado, para un Derecho penal ponderado con esta finalidad, pero también orientado a la realización de una política criminal, que, está relacionada a la prevención del delito y a una respuesta socialmente proporcional a este fenómeno; (2) en consecuencia, la creación de nuevos

ámbitos de protección penal, cómo el Derecho penal del medio ambiente y el Derecho penal relacionado con las actividades de manejo de material radioactivo nuclear, por ejemplo; y (3), por fin, la creación de una legislación orientada a la lucha contra determinados fenómenos criminales complejos y de grave entidad, como la trata internacional de personas para fines de esclavitud sexual, el crimen organizado transnacional, la corrupción endémica de los cargos de alto rango, el tráfico transnacional de armas de destrucción masiva, armas de guerra y sustancias ilícitas y el terrorismo de grave entidad. Sin embargo, el nuevo diseño de nuestras sociedades, lo que permite repensar las funciones, los fines y los fundamentos del Derecho penal de hoy, no permiten, justifican o siquiera estimulan de forma seria, en un marco de juridicidad, que algún Estado, organismo o aparato de poder planifique, cree o ejecute medidas político-criminales consideradas en este trabajo como supuestos de hecho del concepto sostenido de Derecho penal del enemigo.

VII

La teoría de sistemas estructuralista funcional elaborada por Niklas Luhmann parte de la imposibilidad de describir con un grado más grande de complejidad las relaciones de la sociedad actual, a partir de las teorías sociológicas clásicas. Dicha teoría establece que la sociedad actual no está constituida de hombres, pero por de sistemas sociales, que al lado de los sistemas psíquicos, sistemas orgánicos y sistema mecánicos, se constituyen en una forma de organización de elementos en la cual dichos elementos no tienen una relación estática, pero dinámica. Sobre la relación entre los tres tipos de sistema antes mencionada, se puede decir que la individualidad es identificada en cada uno de estos tres tipos de sistemas individuales, como una trinidad. La persona nace con un cuerpo individual, y por eso, es identificada como un sistema biológico. La persona tiene psique, es decir, tiene una mente individual, y por eso, es identificada también como un sistema psíquico. Por fin, la persona realiza eventos comunicativos en varios sistemas sociales, y por eso, su condición es identificada también como presente en estos sistemas. La concepción de ser humano no puede ser reducida, como establece la tradición filosófica europea, a la conjunción de mente y cuerpo, porque las relaciones sociales a las cuales el ser humano está expuesto en nuestra sociedad son muy complejas y necesitan ser observadas de la forma más amplia posible si se las desea investigar con mayor profundidad.

VIII

En las sociedades en las que los mecanismos de legitimación del poder de legislar, en el plan del deber-ser, están basados en la racionalidad y en la democracia, sus normas representan una proyección, un reflejo de la sociedad, la identidad de la sociedad expresada por medio de normas jurídicas. La infracción a dichas normas no significa sólo la satisfacción de un deseo personal de agente, sino también un ataque a los valores supremos de la sociedad, presentes en las normas de conducta positivadas. En este contexto, establecer la vigencia de la norma como el elemento central de análisis de la conducta a través del Derecho penal presupone identificar la función del Derecho penal en la protección de la vigencia de la norma, presupone identificar como persona quien cumple su conjunto de expectativas correspondiente en el sistema social en que toma parte, y por fin, presupone identificar los elementos de la teoría del delito clásica en el concepto de acción que viola la vigencia de una norma, además de tener dicho concepto como baremo suficiente a la imposición de una pena. La confianza ejerce un papel central en el acoplamiento estructural entre los sistemas psíquicos y sociales. A través de ella, es posible la generalización de la situaciones que uno representa y la reducción de la complejidad reflejada en situaciones que no se conoce al cierto. Ella nos permite planear nuestras acciones en el futuro y reajustar nuestros planes a nuevas situaciones, de acuerdo con las frustraciones que se realicen en el camino. Ella es un elemento esencial de la vida en sociedad en la actualidad. Una crisis de la confianza en expectativas normativas institucionalizadas es una crisis del propio sistema social, que utiliza el subsistema del Derecho para gestionar perturbaciones en la confianza, a través de intervenciones que tienen como objetivo el restablecimiento de esta confianza, y consecuentemente, concretarse en un más alto grado un mínimo de seguridad en las relaciones sociales, para que todos puedan desarrollar libremente su personalidad y sus potencialidades. El funcionalismo penal sistémico informa que la función del Derecho Penal y de la pena es mantener la identidad normativa de la sociedad. La pena funciona como un mecanismo de protección de la confianza en la vigencia de la norma en termos contrafácticos, puesto en marcha por el subsistema social del Derecho cuando una expectativa normativa institucionalizada (norma) es violada. En este contexto, la pena es un evento comunicativo a través del cual el subsistema social jurídico informa a la sociedad que aunque violada una norma, la sociedad puede seguir confiando en su vigencia, lo que realiza una reducción de

complejidad y un aumento de seguridad cognitiva, valores centrales en una sociedad donde hay un número creciente e incontrolable de riesgos a la actividad humana, como la nuestra.

IX

Se identifica el Derecho Penal del enemigo como un modelo político-criminal en el cual el subsistema social del Derecho responde a los delitos de dos formas, de acuerdo con las características de sus autores. La primera forma, más ligera, es orientada a la confirmación de la norma cuya vigencia fue violada por uno de los ciudadanos de forma puntual, lo que tiene por fin mantener la confianza en dicha vigencia. La segunda forma, más fuerte, está orientada a la eliminación de la fuente de peligros que representa el individuo calificado como enemigo, calificación esta obtenida por presentar más riesgos que seguridad cognitiva a la sociedad. En el contexto de dicho modelo de política criminal, se puede flexibilizar mucho los límites del Derecho Penal, y llegar hasta la aplicación de penas muy largas y muy duras. La creación de medidas de política criminal de acuerdo con un Derecho penal del enemigo es un mecanismo útil, válido y deseable en sociedades como las nuestras, que poseen un alto grado de complejidad, lo que no implica necesariamente que se proponga una justificación de la creación de medidas de este matiz, por otros motivos. La necesidad de contención de los riesgos abundantes es lo que, en el contexto de esta teoría, justifica de forma material el tratamiento más severo al enemigo que al ciudadano. Conforme se ha demostrado, los valores de la sociedad actual ya son tan escasos y efímeros, que las actitudes contra ellos deben ser tratadas con más rigor en estos tiempos.

X

Las críticas analizadas no tienen el poder de poner en cuestión, de forma seria y efectiva, la forma de observación de la realidad propuesta por Luhmann en un proceso de superación del funcionalismo clásico sin su negación, con la creación de una teoría de sistemas sociales, que representa un sistema sofisticado y avanzado de observación de la realidad y que tiene un potencial de rendimiento para comprender la sociedad y su complejidad mucho más amplio que teorías que eligen como sus límites el sujeto y su acción. Tampoco parecen comprometidas negativamente las repercusiones del funcionalismo sistémico en el ámbito del Derecho penal informadas por Jakobs, quien propone una forma realmente novedosa e

interesante de concebir las funciones y el funcionamiento del Derecho penal en la sociedad actual. Existen construcciones teóricas orientadas a proponer la necesidad social contemporánea de creación de medidas político-criminales típicas del discurso del Derecho penal del enemigo. Dichas estructuras informan la necesidad de creación de formas de tratamiento penal diferenciado a los que deben ser calificados como enemigos porque exponen a riesgo socialmente inaceptable las expectativas más básicas de la vida en sociedad y del funcionamiento del sistema social, a través de su conducta, que no pueden ser eficientemente tratadas por el Derecho penal clásico. En este sentido, el Derecho penal del enemigo, en el contexto del funcionalismo penal sistémico, aparece como un mecanismo de control de riesgos socialmente intolerables.

XI

En general, se hace una confusión entre las características de la modernidad, sus formas de influenciar el Derecho penal y la génesis de un Derecho penal del enemigo. Una vez más, aunque formas específicas de hacerse el Derecho penal en nuestras sociedades deban obedecer los valores y necesidades actuales, que por muchas veces presentan problemas de compatibilidad con los principios clásicos del Derecho penal, dichas incompatibilidades *a priori* no pueden ser vistas como formas de Derecho penal del enemigo única y simplemente porque conflitan con dichos principios. Un Derecho penal del enemigo conlleva una la idea de exclusión, un carácter absoluto del reproche, que va más allá de la concepción clásica de culpabilidad, y llega a los límites de la defensa del Estado y de la sociedad a través de medios no ponderados, lo que no puede ser identificado como una característica necesaria de la legislación contemporánea que se suele indicar como la génesis de un Derecho penal del enemigo. Dichas características del Derecho penal contemporáneo, aunque tengan su origen en los cambios axiológicos, tecnológicos y sociales de los últimos ochenta años, y sean también la fuente de justificación de una supuesta necesidad de creación de una política criminal típica de Derecho penal del enemigo, no pueden ser vistas como el origen o el camino hacia un Derecho penal del enemigo porque este tipo de política criminal tiene carácter absoluto, y no sólo desafía los principios del Derecho penal clásico, pero niega las propias bases constitucionales del sistema que dio origen a tales principios.

XII

Se ha creado una legislación de lucha o guerra contra determinados fenómenos criminales, como la criminalidad organizada, el terrorismo, los delitos sexuales, la criminalidad económica y el tráfico de drogas, que se constituyen en tipos de delitos. Sin embargo, en un esquema funcionalista de observación de la realidad, aplicado al Derecho penal, donde se separa claramente la función de la pena como restablecimiento de la confianza en la vigencia de una expectativa normativa seleccionada por el subsistema del Derecho, y la función de rechazo de los riesgos al funcionamiento del sistema social, queda claro que Jakobs, cuando habla de lucha contra dichos fenómenos criminales, en realidad, habla de lucha contra fuentes de riesgo o peligro al funcionamiento del sistema social, no de afirmación de la expectativa violada. Las palabras “guerra” o “lucha” en el contexto de la teoría estudiada tienen el sentido semántico de rechazo a fuentes de peligros, que pueden concretarse en determinados tipos de fenómenos criminales expresivos, personas (aunque en este caso, su personalidad esté en vías de extinción), seres humanos (individuos a los cuales no se reconoce la personalidad), Estados (personas jurídicas de derecho público), grupos terroristas, Estados en formación (todavía no reconocidos por la comunidad internacional), *et caetera*. Todas estas fuentes de peligro listadas pueden ser objeto de una declaración de guerra por parte del Estado, y por eso, pueden ser identificados como enemigos, desde una óptica funcionalista sistémica.

XIII

En el ámbito del Derecho penal del enemigo hay un cambio muy expresivo en la teoría de la pena, en comparación con el Derecho penal clásico. Aquí, la pena no puede más ser vista como un mecanismo social de prevención especial positiva (resocialización), porque el enemigo no hace parte de la sociedad. Aún que se admita la posibilidad de resocialización del individuo, cuando se habla de la necesidad de reconocimiento de una *personalidad potencial* al enemigo, este reconocimiento no puede ser, por una cuestión de coherencia interna, una finalidad de la pena. Sin embargo, la utilización del Derecho penal del enemigo como forma oculta de eliminación de los seres humanos que no están de acuerdo con un régimen político autoritario ciertamente es ilegítima, porque desvía de los objetivos de dicha forma de tratamiento (Derecho penal del enemigo) y le transforma en arma contra la propia democracia, contra el Estado de Derecho y contra la sociedad. En el marco del Estado Democrático de Derecho no existen normas, principios, valores o derechos absolutos, lo que

permite la convivencia excepcional de dos formas de tratamiento penal en su ámbito, cada una, proporcionalmente adecuada a un tipo diferente de situación, a un tipo diferente de necesidad de regulación social. Sin embargo, los argumentos analizados no autorizan la implementación de una política criminal de Derecho penal del enemigo, que debe estar sometida a criterios socialmente válidos de medición de su real efectividad, y basada en razonamientos teóricos sólidos y bien estructurados, lo que no existe en el caso en cuestión.

XIV

Aunque, de hecho, el Derecho penal del enemigo tenga su origen en la separación de las normas de Derecho penal en dos matices (para enemigos y para ciudadanos), y que de alguna forma las normas penales orientadas a la lucha contra los enemigos representen un estado guerra, dicha guerra es muy diferente del concepto típico de guerra, respecto a la guerra entre Estados, porque se realizan bajo normas y reglas de tipos y orígenes diferentes. El propio Jakobs, quien, se puede decir, es el padre y el más grande defensor de la teoría estudiada, informa no se puede hacer de todo con el enemigo, en el contexto del Derecho penal del enemigo, lo que no pasa en un contexto de guerra. Jakobs inicialmente deduce su concepto de enemistad en la idea de violación del principio de lesividad, que exige la realización de un injusto material para la intervención del Estado en la esfera de acción del individuo. Así, pues, la invasión de la esfera privada sin que haya la realización de una acción que perturba efectivamente la esfera de organización de otras personas (injusto material) es lo que basa la idea de enemistad. Aunque dicha construcción sea el inicio de la idea de enemigo en el Derecho penal contemporáneo, su carácter rudimental no debe ser desestimado. Jakobs ha construido dicho concepto en una fase teórica diferente de la fase en la cual lo ha fundamentado en la teoría funcionalista sistémica, lo que cambia mucho su sentido y potenciales funciones.

XV

Las afirmaciones *persona y no-persona en derecho y regulación jurídica de la exclusión* son las más polémicas de la construcción teórica de Jakobs, y aunque no tengan el poder de resumir la totalidad de sus fundamentos, características y consecuencias, reflejan suficientemente la naturaleza de los problemas de su teoría, razón por la cual se admite que es

razonable no estar de acuerdo con la solución propuesta por el autor para el problema de la existencia del enemigo. Su diagnóstico convence, pero su pronóstico conlleva uno de los dos problemas estructurales que ponen en cuestión su viabilidad en nuestros ordenamientos jurídicos. Una posible exclusión parcial no parece coherente ni con sus planteamientos precedentes, ni con las consecuencias prácticas que un Derecho penal del enemigo, de hecho, puede tener. Si el objetivo es la neutralización del enemigo – la eliminación de un peligro – no parece razonable que la neutralización o eliminación deseadas puedan pasar de forma parcial, es decir, que se busque una neutralización o eliminación parcial de una fuente de peligro al sistema, de acuerdo con una teleología de rechazo de riesgos. El Derecho penal del enemigo representa una imposibilidad de juridicidad completa, que pone en cuestión la idea de equivalencia entre racionalidad y personalidad. Es decir, en la medida en que el Derecho penal del enemigo crea dos regulaciones jurídicas diferentes, una dirigida a personas motivables por la norma, y por eso, razonables, y otra dirigida a individuos que no se dejan motivar por la amenaza de pena, y por eso, actúan irracionalmente, no se les reconoce el mismo estatus de persona. Todo eso sólo hace sentido si, de hecho, reconocemos el Derecho penal del enemigo como una exclusión tendiente al absoluto, casi sin límites, orientada a la eliminación del enemigo, lo que se puede concluir, en teoría y en la práctica.

XVI

El carácter absoluto que se discute hace referencia no a las consecuencias que van más allá de la teleología del Derecho penal del enemigo, es decir, lo que se discute son los presupuestos de juridicidad del camino por lo cual se va tomar hacia la neutralización del peligro, camino que puede tener características absolutas o relativas. Una forma absoluta de concebir este camino sería el propio Derecho penal del enemigo, en el cual, la búsqueda de la conquista de niveles más altos de seguridad puede no comportar límites. De otro lado, si en la búsqueda de seguridad, otros valores también son llevados en consideración, como por ejemplo, las garantías del imputado y la razonabilidad de las medidas, dicha forma de intervención penal deja de ser una forma de regulación de la exclusión y pasa a ser una forma más o menos proporcionada de buscarse la seguridad y los niveles deseables de civilidad que se quiere. Se identifica que el Derecho penal posee de dos respuestas diferentes a dos fenómenos también diferentes, a saber: contradice a una persona capaz de comportarse de acuerdo con la norma, con una pena, y contrarresta el individuo peligroso con una medida de seguridad (aquí, las

funciones de mera contención de la pena se identifican con é carácter de la medida de seguridad). Luchar contra un peligro es diferente de contener una mera comunicación y, por eso, el Derecho penal se identifica mucho más con la función de la pena (comunicativa), que con la función de la medida de seguridad (preventiva). La propuesta de Jakobs es ver como legítimas las dos formas de concebir y estructurar las reglas de Derecho penal, de acuerdo con sus respectivas funciones, de modo coherente con las finalidades de las normas que componen cada uno estos grupos, aunque sea muy difícil separar de forma radical dichos ámbitos. Los individuos que, por principio, de forma presumiblemente duradera, de forma habitual o de forma especialmente grave, demuestran que no ofrecen ninguna garantía cognitiva de un comportamiento mínimamente civilizado y adherido de forma mínima a los fundamentos del contrato demuestran que es posible separar los grupos citados.

XVII

Pensar que un Estado que no posee medios de realización efectiva de los derechos protegidos por el orden constitucional, como la custodia de seguridad y la incomunicación temporal, está más cercano de un Estado de Derecho sólo es posible *a priori* y en abstracto. La realidad no está de acuerdo con eso porque un Estado que no está comprometido con la garantía de la libertad y de la vida de los ciudadanos, a través de medidas de aseguramiento de dichos derechos frente a la criminalidad, no se acerca de un modelo de Estado de Derecho. Sólo porque un país ha establecido un política criminal típica de un Derecho penal del enemigo no se puede decir no sea una democracia y, por eso, no es necesariamente antidemocrático la creación de medidas penales de dicho matiz, de Derecho penal del enemigo. No se puede decir que Alemania, Brasil, Italia, España o Estados Unidos de América no sean democracias sólo porque han creado normas típicas de un Derecho penal del enemigo. Dictaduras no necesitan de un Derecho penal del enemigo para suprimir o negar garantías fundamentales porque tienen el poder de policía para eso, un poder de hecho que tiene la facultad de difundir el terror sin la interferencia de un Poder Judicial, que en estos casos muy difícilmente sería independiente, lo que pone en evidencia que la discusión y la creación de medidas controladas, en carácter excepcional, de un Derecho penal del enemigo como la que se hace en este momento, sólo tiene sentido en países que viven una democracia real. Al revés de lo que se podría pensar, es justamente la falta de mecanismos de aseguramiento del funcionamiento del sistema, de un mínimo de paz en la vida en colectividad y de las bases

cognitivas mínimas de civilidad de la sociedad lo que es, de hecho, antidemocrático, no la utilización de mecanismos típicos de un Derecho penal del enemigo.

XVIII

Cuando Jakobs investiga los fundamentos sociológicos y de política criminal del Derecho penal del enemigo recién creado en Alemania, en realidad, él crea un discurso justificador de las medidas de política criminal que investiga, lo que, de hecho, puede ser visto como la proposición del modelo, o la transposición de un análisis puramente descriptivo para un análisis propositivo. En el momento en que Jakobs intenta investigar la razones por las cuales el parlamento ha aprobado leyes que considera de Derecho penal del enemigo, él acaba por crear un discurso que les da soporte teórico filosófico, sociológico y dogmático, lo que representa una apología al Derecho penal del enemigo tímidamente travestida de un discurso científico exento de influencias directas y fuertes de naturaleza ideológica. Su omisión en llevar en serio un análisis mínimamente crítico de este fenómeno es una señal de esta conclusión. Jakobs propone, en realidad un modelo moderado/no absoluto de exclusión que se acerca mucho más de un Derecho penal de lucha que propiamente de un Derecho penal del enemigo absoluto, que una comprensión verdadera del concepto de enemistad demandaría. No se ve explícitamente, de forma clara y evidente, la posibilidad de supresión o negación de principios o garantías fundamentales en lo que Jakobs ha escrito, pero la fundamentación de una respuesta proporcional, en respeto al principio de prohibición de la protección deficiente de los bienes jurídicos o a la vigencia de la norma, lo que no es lo mismo que considerarse la posibilidad de un carácter absoluto a dicha política criminal y su consecuente exclusión completa del enemigo. Sin embargo, Jakobs no hace ninguna ponderación, en relación con lo que sería precisamente un Derecho penal del enemigo – o como no llegarse a una respuesta de matiz absoluto – (lo que no sería legítimo hacerse en la lucha contra el enemigo) lo que parece permitir que se concluya que, aunque el autor no proponga ni tampoco sostenga, él lo admita un Derecho penal del enemigo que, en un nivel absoluto, promueva la exclusión completa, la negación o la supresión, de derechos fundamentales o principios constitucionales. Eso es suficiente para considerar que su modelo no está acabado de la mejor forma para legitimar las medidas de control de la macrocriminalidad que deben ser tomadas por las sociedades organizadas en la actualidad, que no pueden ser realizadas y fundamentadas de la forma debida por las concepciones de un Derecho penal clásico, orientado a rechazar la conducta

individual que no pone en graves riesgos a los presupuestos mínimos de civilidad de nuestros sistemas.

XIX

La búsqueda por la legitimación de medidas de control social no fundamentadas de forma debida por el Derecho penal clásico, a través del Derecho penal, puede ser basada en el mismo funcionalismo sistémico de Jakobs, si se observan algunos límites del propio sistema jurídico. Este procedimiento de corrección de posibles inconsistencias en el Derecho penal del enemigo de Jakobs, en razón de llevar en consideración sólo argumentos de naturaleza jurídica – como la supremacía de la Constitución – son perfectamente compatibles con el funcionalismo de Jakobs y las posibles correcciones u observaciones acerca de su modelo, su producto final. Si observada la necesidad de respeto a derechos, garantías y principios constitucionales, que no son absolutos, y de atención a la legítima, jurídica y constitucional posibilidad de que su ponderación o flexibilización, lo que permite, de hecho, la tomada de medidas de control social y gestión de riesgos que no permitiría una visión clásica y hermética del Derecho penal, el funcionalismo propuesto por Jakobs es efectiva y actualmente un marco teórico apto a explicar y fundamentar el Derecho penal contemporáneo. Además, dicho modelo de Derecho penal del enemigo, si propuesto de una forma más acabada y crítica de sus límites, es capaz de legitimar las medidas de control social citadas, como la contención de riesgos que amenazan las bases cognitivas de civilidad de la vida en sociedad, lo que aquí se puede llamar de un Derecho penal de lucha.

XX

El estatus jurídico nombrado *personalidad* es, en realidad, un derecho originario, que permite desde su reconocimiento la posesión de los demás derechos – un derecho a tener derechos y a responder por obligaciones – porque las normas que le han creado lo hicieron como un derecho (no como una obligación pura, aunque presuponga también la existencia de obligaciones como consecuencia de su reconocimiento). Realizar la dignidad humana es la tarea central del derecho a la personalidad, y por eso queda claro que uno no puede ejercer su personalidad con la finalidad de violar a la personalidad humana de los demás, es decir, que uno no puede buscar violar la personalidad humana de los otros y defenderse detrás de un

supuesto carácter absoluto de su personalidad, lo que hiere de muerte la propia finalidad del derecho a la personalidad, y por eso, en estos casos, incluso su personalidad puede quedarse limitada. Si la función de la personalidad es permitir, principalmente, la realización de la dignidad humana, la personalidad sólo tiene sentido si su ejercicio no impide la realización de los fines de la personalidad de los demás, finalidad está identificada, por lo menos, con la búsqueda de la garantía de la dignidad humana. La realización efectiva de los derechos humanos y sociales, y de los fundamentos y objetivos de los ordenamientos constitucionales de los países estudiados, tales como garantizar la dignidad humana o construir una sociedad libre, justa e igualitaria, exige reconocer el carácter no absoluto de los derechos del ser humano, especialmente porque estos derechos pueden ser objeto de abuso (ejercicio más allá de sus límites) y también servir de excusa para reducir de forma ilegítima el ámbito de disponibilidad de otros derechos reconocidos por los ordenamientos jurídicos estudiados (ejercicio nocivo, *a priori*, dentro de sus límites), por ejemplo. La necesidad de ponderación entre derechos y principios fundamentales existe porque la personalidad humana no puede desarrollarse regularmente fuera de la sociedad. Los derechos humanos y los derechos sociales corresponden a la dimensión social del individuo, se ejercen en un contexto eminentemente social, y por eso, a ellos corresponde también deberes inherentes a su titular, y en especial, los deberes de respeto de los derechos de la misma naturaleza titularizados por los demás y el deber de no abusar de los derechos que se le reconocen.

XXI

Es precisamente cuando se encuentra un estado de cosas en el cual hay un alto grado de respeto de los derechos fundamentales por los miembros de la sociedad que hay un orden social armónico, donde es posible el libre desarrollo de la personalidad. La fuerte presencia y la actuación del Estado, con la finalidad de manutención del orden público y del respeto a los derechos fundamentales, es consecuencia, en realidad, no un estado de respeto, pero de estado de violación de los derechos fundamentales. La plena realización de los derechos fundamentales presupone la no injerencia nociva de los demás. El Tribunal Europeo de Derechos Humanos ha fallado que en algunas situaciones la necesidad de respeto a derechos colectivos, supra-individuales, permite la limitación de derechos individuales, reconociendo expresamente el derecho de las sociedades democráticas a protegerse a sí mismas de las organizaciones terroristas, que puede ser objeto de ponderación en relación con derechos de

naturaleza individual. Así pues, el Tribunal Europeo de Derechos Humanos reconoce la existencia de un derecho de la sociedad organizada de luchar contra el delito (o de protegerse de organizaciones criminales) y la posibilidad de reconocer a dicho derecho un carácter preponderante en relación con derechos fundamentales, en casos concretos. De acuerdo con los documentos legales (leyes, códigos, constituciones, cartas, tratados, declaraciones, convenciones, decretos, normas supraleales), que establecen derechos, garantías y libertades humanas fundamentales, vigentes en los ordenamientos jurídicos estudiados (Español, Brasileño, Italiano, y en el Derecho internacional) es posible concluir que: (a) *el reconocimiento de la personalidad es un derecho fundamental*, (b) *los derechos y garantías fundamentales no son absolutos*, como cualesquier otros derechos, y dependen de reconocimiento previo, (c) *el carácter de no absoluto de dichos derechos es lo que permite su propia vigencia y efectividad*, con especial atención a la posibilidad de su abuso y al deber de respeto a los derechos de los demás individuos que viven en comunidad y, por todo eso (d) *la personalidad también está sometida a limitaciones*.

XXII

De todo lo que se ha puesto sobre lo que sería un Derecho penal del enemigo, después de analizar las ideas y concepciones sobre el objeto de este trabajo, se concluye que su núcleo duro, su idea central, es precisamente la idea de exclusión o de negación, lo que Jakobs parece sostener pero no llevar mucho en consideración en la hora de listar las características e indicar algunos ejemplos de este tipo de Derecho penal. Así pues, se llega precisamente a la esencia de lo que sería un Derecho penal del enemigo. El Derecho penal del enemigo es, por esencia, un Derecho de exclusión. No es un Derecho que incluya el enemigo como alguien que participa en la comunicación, sino que lo excluye de la comunicación para la manutención de las fuentes cognitivas mínimas de funcionamiento de la sociedad, pero sigue como Derecho en la calidad de técnica formal de regulación de lo social. La necesidad de reducción de ámbitos de disponibilidad inmediata e la personalidad es la esencia del Derecho penal del enemigo, si tenemos en cuenta que la característica central de un ordenamiento democrático donde se reconoce la dignidad humana como valor vectorial es precisamente la libertad. Dicha necesidad nace del abuso de la libertad realizado por el individuo que pone en marcha un plan de violación de forma presumiblemente duradera de las expectativas más básicas a la vida en sociedad mínimamente organizada, expectativas sin las cuales no es posible el

desarrollo de la personalidad de todos los miembros de la sociedad. Una persona que abusa de forma socialmente no tolerada de alguno de los derechos inherentes a su carácter de persona puede tener dicho derecho limitado por parte del Estado, con la finalidad de mantener la confianza en la vigencia de la norma. Si uno abusa del derecho de libertad de asociación (ejercicio más allá de los límites legales), por tomar parte de una organización terrorista yihadista, que tiene por finalidad realizar atentados de grave entidad en Europa, dicha persona puede tener restringido su respectivo derecho y, por eso, deja de ser persona para fines de ejercicio del derecho de asociación. En este supuesto, el individuo pierde su carácter de persona exclusivamente para el ejercicio del derecho del cual ha abusado, y el Estado pasa a heteroadministrar dicho derecho y esta parte de su personalidad, mientras sea necesario para la protección de la confianza en la vigencia de las normas o por razones socialmente justificadas (como la ejecución de una condena penal, *v. g.*).

XXIII

Reconocerse alguien como enemigo es reconocer que él no es persona para los fines de imposición de una sanción penal orientada a la protección de la confianza en la vigencia de las expectativas normativas creadas por las normas, lo que no es lo mismo que decir que a dicho ser humano se le priva o niega su personalidad. Eso pasa porque las palabras *privar* y *negar* presuponen una forma absoluta de exclusión de la personalidad, y en esa medida, dicha idea no cuadra con lo propuesto por Jakobs, quien sostiene que el Derecho penal del enemigo es una forma de reducción parcial del ámbito de disposición de la personalidad, para fines sociales de funcionalidad de la sanción. Sin embargo, conforme lo aclarado, un Derecho penal del enemigo no está estructurado para impedir que en este proceso se llegue a tomar medidas más radicales de lo que el ordenamiento constitucional puede soportar. El enemigo puede perder toda su personalidad y todos sus derechos. Su personalidad, en relación con los derechos fundamentales que titulariza, queda mantenida, aunque de forma no absoluta y limitada en relación con las posibilidades de abusos de dichos derechos por parte de su titular. Sin embargo, si el problema del reconocimiento de no personalidad (o personalidad en un ámbito reducido) es real o meramente lingüístico es la cuestión central. Es decir, no es precisamente si se califica o no se califica alguien como persona y en qué medida se matiza dicha calificación, sino lo que hacer o hasta donde ir con un ser humano tratado como enemigo por el Derecho penal. La cuestión del reconocimiento o la posibilidad de reducción

de ámbitos de disponibilidad inmediata de la personalidad queda en un segundo plano, si se reconoce que ser el humano – persona total, parcial o no persona – no puede tener un tratamiento semejante a objetos o animales, lo que es un valor de nuestras sociedades que no se pone en cuestión en ningún momento. La existencia de la necesidad de respeto a todo que tiene cara humana proviene de un sentimiento natural del ser humano de conservación de sí mismo, o del cualquier interpretación, incluso la más rudimental, de los fines del Derecho y de la propia organización social, lo que no se ha puesto en cuestión. Ni siquiera el Derecho Internacional de Guerra permite que se haga todo lo posible contra el enemigo en un contexto de conflicto armado derivado de una guerra declarada formalmente contra otro país y, por consecuencia, no sería el Derecho penal del enemigo el ámbito donde eso se legitimaría.

XXIV

Para el neokantiano Radbruch e incluso para el neopositivismo constitucionalista, la moral es una forma de límite del Derecho. Si se identifica que el producto del proceso legislativo no está de acuerdo con la noción más básica de justicia o Derecho o, en otras palabras, si no está coherente con el sistema jurídico como un todo – si no cuadra con la función misma del sistema del Derecho – el Poder Judicial tiene el deber corregir dicha anomalía (desde que sea realmente una anomalía esporádica, no algo funcional) y considerar dicha comunicación como *Unrecht*, es decir, ilícita. De esta manera, puede haber normas que son Derecho penal del enemigo, como se podría plantear, como la imposición del *ergastolo* o de la prisión permanente revisable sin un proceso previo, que no son un ejemplos de injusticia extrema (al revés, si aplicada la ley de talión, signo máximo de justicia real, a un asesino, no quitarle la vida sería menos de lo que exige dicha justicia y, por eso, el requisito de la moralidad se cumpliría), y se puede identificar normas que ni siquiera son Derecho penal, sin embargo son manifiestamente injustas, como la Ley para la protección de la sangre y del honor alemanes, de 15 de septiembre de 1935, en la parte que prohíbe el matrimonio civil entre alemanes y judíos. El Derecho penal del enemigo no se confunde con lo que aquí se ha identificado como derecho injusto, tampoco es esencialmente una forma de *Unrecht*, pero puede que una norma de Derecho penal, que sea manifiestamente injusta, sea también una norma típica de un Derecho penal del enemigo (como una norma que establecería la posibilidad de ejecución sumaria de pena de muerte). Conforme el concepto de Derecho penal de enemigo que se plantea en este trabajo, aunque un Derecho penal del enemigo represente la violación o

negación de derechos fundamentales o principios constitucionales, dichas violaciones puede que no sean extrema e insoportablemente injusticia, como se deduce de la fórmula de Radbruch, hasta el punto de quebrantar las propias bases del mínimo sentido común de justicia existente en la moral, lo que tiene obligatoriamente que ser algo muy extremo.

XXV

Un enemigo es, de hecho, un delincuente imputable peligroso, pero la respuesta actual del sistema del Derecho a este tipo de delincuente, a través de la prisión permanente revisable o de la imposición de una pena añadida de una medida de seguridad, parece razonable y proporcional, además de necesaria, en casos extremos. La medida de seguridad o prisión permanente revisable aplicable a los supuestos de criminalidad imputable peligrosa representan una ponderación entre principio de necesidad y principio de responsabilidad penal por el hecho, en el cual puede haber una prevalencia del principio de necesidad (ambos de rango constitucional). Es necesario también señalar la importancia de la creación de criterios objetivos para este procedimiento (de identificación de la peligrosidad) y de respeto a las garantías procesales, si se quiere darle validez, además de mantenerse abierta la posibilidad de revisión constante de la peligrosidad del agente, aunque después de cumplido un mínimo de tiempo establecido por la ley. El delincuente imputable peligroso que recibe una medida de seguridad ilimitada o una pena de prisión permanente revisable es identificado por el sistema del Derecho como un riesgo que debe estar sometido a un proceso de gestión por parte de este sistema. Dicho delincuente, de hecho, no recibe una pena *strictu sensu*, que tiene por finalidad la marginalización de su acto y el consecuente restablecimiento de la confianza en la vigencia de la norma, y por eso, dicha respuesta penal no cuadra con el diseño de la pena en el esquema funcionalista de observación de la realidad social, porque, en realidad, no es una pena. Para Jakobs, el enemigo sería un ser humano imputable que se ha puesto en una posición de incivildad, ha negado el fundamento del ordenamiento jurídico, siempre en razón de su conducta relacionada a haber tomado parte en una organización criminal estructurada o haber enseñado firmemente la predisposición de continuar a realizar delitos graves de forma presumiblemente duradera, tipos de criminales a los cuales hay que combatir. Este concepto, aunque sucinto, aclara tres cosas acerca de la identificación, en la obra de Jakobs, de lo que serían los enemigos, a saber: (1) la necesidad de imputabilidad del agente; (2) su puesta voluntaria en el estado de enemistad y (3) la gravedad de los delitos realizados o que se

propone realizar. Así pues, sólo la peligrosidad grave del sujeto imputable, originada en su propio ámbito de organización – es decir, derivada de su voluntad consciente y libre – es capaz de ponerle en un estado de enemistad contra la sociedad. De esta manera, en primer lugar, hay que subrayar que los inimputables no son enemigos porque el enemigo pone a sí mismo voluntariamente en el en el estatus de enemistad, mientras que un inimputable no tiene una voluntad válida para quitarse el estatus de ciudadano, sin embargo no sea una persona que tiene una personalidad plena, en términos de responder culpablemente. Aunque la libertad de un delincuente imputable (o inimputable) peligroso represente un riesgo que debe ser gestionado por el sistema jurídico, lo que es el mismo sentido que tiene la libertad de un enemigo y, por eso, las funciones de los dos tipos de respuestas penales son las mismas, desde un punto de vista funcional, no se puede deducir de eso que en la aplicación de una medida de seguridad *a priori* ilimitada o de una condena de prisión permanente revisable, adecuadas y limitadas – *i. e.*, ponderadas – de hecho por el criterio de razonabilidad (considerada la peligrosidad del agente), viola de forma absoluta o suprime un principio, derecho o garantía constitucional, y por eso, le falta el carácter absoluto que le permite entrar en el grupo de medidas típicas de un Derecho penal del enemigo.

XXVI

A través de criterios normativos producidos de forma legítima y conforme a la Constitución, en sociedades democráticas, se puede deducir que algunos sujetos sean enemigos, por subsunción a las características identificadas por Jakobs. A través de un análisis del ordenamiento jurídico, de acuerdo con lo que enseña Jakobs, se puede definir como enemigo, seguramente, por ejemplo, a un terrorista condenado con una sentencia firme (agotados todos los tipos de impugnación judicial) por más de diez hechos terroristas con muerte de civiles en todos ellos. Es posible definir quién es enemigo, especialmente en supuestos extremos, lo que permite concluir que, de acuerdo con su teoría, es posible, de hecho, identificar enemigos en nuestras sociedades, aún que la mayoría de los supuestos de hecho, en la práctica, represente situaciones borrosas o de difícil definición, lo que se podría resolver a través de la regla de análisis de las pruebas denominada *in dubio pro reo*, en los casos en que se llega a una forma de aplicación práctica de las normas de este matiz políticocriminal, bajo el criterio ciudadano/enemigo. La idea de la posibilidad de exclusión de carácter total o absoluto en Jakobs está tan fuerte que, incluso, él sostiene de forma clara que el enemigo debe ser

excluido, lo que demuestra el ánimo absoluto de la ideología que basa las observaciones teóricas que el autor hace acerca de la función de un Derecho penal del enemigo. Los límites al Derecho penal del enemigo a los cuales Jakobs hace referencia, tienen la naturaleza teleológica y facultativa, es decir, son límites que la necesidad práctica puede o no reconocer, de acuerdo con sus intereses (contingencia). Es decir, los límites que propone son los límites de lo que se considera una necesidad actual de lucha contra los enemigos, en obediencia a un mandamiento racional de límite de la violencia, lo que no es, para nada, una construcción teórica que proponga un eficiente medio de control de los excesos y de la racionalidad axiológica del sistema (no meramente teleológica, merece la pena subrayar). Luego después de reconocer la mera posibilidad eventual de dichos límites de naturaleza teleológica, Jakobs reconoce también la posibilidad de una guerra total contra el enemigo, lo que evidencia que el modelo propuesto por Jakobs admite la violación de los mínimos estándares que limitan una actuación legítima desde un punto de vista constitucional, aunque que esta no sea una consecuencia necesaria ni tampoco inmediata de un Derecho penal del enemigo, conforme a lo propuesto por Jakobs.

XXVII

Derecho penal del enemigo no es cualquier forma de Derecho penal de autor, o cualquier forma de tratamiento penal más duro en relación con un determinado fenómeno criminal, ni tampoco se puede decir que es Derecho penal del enemigo la flexibilización de principios y garantías fundamentales a través de su ponderación. Lo que caracteriza un Derecho penal del enemigo es la manifestación del sistema normativo penal que promueva la negación o supresión de la vigencia de principios constitucionales o derechos (y garantías) fundamentales de forma completa en una determinada previsión normativa, en abstracto o en un caso específico, lo que evidencia un supuesto de inconstitucionalidad. En este sentido, la supresión de una garantía procesal que conlleva a la negación de un derecho formal de origen constitucional (como el derecho al debido proceso legal), por ejemplo, en general, lo que no es admisible en un Estado Democrático de Derecho, representaría una forma de Derecho procesal penal del enemigo. Sin embargo, la limitación de dichas garantías, a través del mecanismo hermenéutico llamado ponderación de principios, en el cual otros principios o valores del ordenamiento jurídico también son llevados en cuenta, y al final, todos son respetados en alguna medida, aunque se queden con una amplitud menos grande, es un

procedimiento típico de un Estado Democrático de Derecho, modelo que no comporta derechos, principios, normas y valores absolutos.

XXVIII

De esta manera, la ponderación es un procedimiento hermenéutico por el cual se busca dar la efectividad más grande posible a los intereses en juego pero que, al final, lleva a la preponderancia de uno sobre el otro, sin negarle al interés no preponderante su vigencia, validez y eficacia y, por eso, la ponderación es un procedimiento eficaz para legitimar una intervención del Estado en el ámbito del Derecho penal, en la cual no preponde el derecho individual a la libertad frente a la necesidad de imposición de una pena de privación de libertad, por ejemplo. A través de la aplicación del principio de proporcionalidad (y los otros subprincipios del procedimiento de ponderación) se puede llegar a la conclusión de que medidas políticocriminales más fuertes, tomadas en contra fenómenos macrocriminales para los cuales el Derecho penal clásico no fue pensado, son medidas legítimas y necesarias, y por eso, deben ser aplicadas, y no consideradas como un ilegítimo Derecho penal del enemigo orientado a la negación de derechos, principios o valores constitucionales. Es esta la esencia de la ponderación, es esa la esencia de un legítimo Derecho penal de lucha basado en valores constitucionales. De esta manera, se reconoce la existencia de principios y valores del Derecho que determinan la protección a bienes jurídicos (o protección de la vigencia de la norma) a través del Derecho penal. Se reconoce que, en una sociedad democrática secularizada, donde no existen valores, principio o reglas absolutos, el derecho a la libertad personal y las garantías procesales pueden ser ponderados con los principios y derechos, lo que puede dar origen a dos conclusiones, a saber: a) de un lado, la identificación de la legitimidad y constitucionalidad de respuestas penales más rigurosas a fenómenos criminales más fuertes, como la macrocriminalidad citada en algunas ocasiones, cuando sopesados todos los intereses en juego, como los derechos fundamentales, con la necesidad de una protección penal más fuerte e invasiva, donde se llega a la conclusión de que prepondera esta sobre aquellos, lo que aquí se llama de Derecho penal de lucha; b) la identificación, por otro lado, de medidas políticocriminales de respuesta a la criminalidad inconstitucionales o ilegítimas, porque no ponderaron los intereses en juego, llevando a la negación real de un principio o garantía fundamental, lo que aquí se llama de Derecho penal del enemigo.

XXIX

Parece que la esencia del Derecho penal del enemigo es la posibilidad real de exclusión, negación o violación, lo que permite – además de reconocer su identidad conceptual con la idea de enemigo en Schmitt – identificarle como algo extremo y desproporcionado y, por eso, ilegítimo e inconstitucional, característica que no se le puede atribuir a todas las formas de manifestación del sistema penal que representen medios más drásticos de intervención, en atención a los principios constitucionales que deben ser observados en el funcionamiento del Derecho penal. Hay que aclarar que la identificación de la necesidad de respeto – en ámbito de la ponderación – de los principios y garantías constitucionales en un Derecho penal de lucha basado en valores constitucionales no representa una salida del modelo funcionalista de respuesta penal. La expectativa normativa institucionalizada de respeto a la Constitución tiene vigencia en todo el sistema del Derecho – incluso en el Derecho penal – y por eso, reconocerse la necesidad de respeto a normas constitucionales no representa una rotura con el sistema funcionalista-sistémico de observación de la realidad de las normas, pero su verdadera manifestación conforme a los postulado de Luhmann y Jakobs. De otra forma, la diferencia principal de naturaleza teleológica entre un Derecho penal ordinario y un Derecho penal de lucha sería que la finalidad del primero es restablecer en el plan simbólico la confianza en la vigencia perturbada de una expectativa normativa institucionalizada, y la finalidad del segundo de rechazar los riesgos intolerables a los cuales se expone el sistema social. Dicha forma de observar el Derecho penal contemporáneo, es decir, de observar y justificar esta dualidad teleológica, tiene su fundamento en los principios de necesidad y proporcionalidad, que permiten una efectiva y legítima protección de bienes jurídicos, en una lucha contra fenómenos macrocriminales, no contra seres humanos específicos.

XXX

La privación completa de la libertad, representa la negación del derecho a la libertad, no su restricción ponderada, y es exactamente eso que pasa con el procedimiento llamado de *waterboarding*, donde se le quita totalmente la libertad a alguien – incluso la libertad de respirar y pensar – por algunos momentos, y aún que no sea para siempre o por un período largo, representa una supresión completa de la libertad personal y, por eso, es una medida típica de un Derecho penal del enemigo, si realizada en el ámbito de normalidad institucional

(*id. est.*, en un estado que no sea de guerra declarada o real) en un Estado Democrático de Derecho. No se puede confundir guerra y Derecho penal, porque si se confunde estos dos conceptos, seguramente se va a imposibilitar la realización de medidas realmente necesarias a la defensa de un país entero y, al mismo tiempo, se podrá quitar todas las garantías de un sistema penal bien estructurado. Hay situaciones que van mucho más allá del ámbito de aplicación de Derecho penal, porque ponen en cuestión intereses de naturaleza estratégica o de defensa nacional, lo que puede demandar la declaración de guerra o la realización de acciones militares de este matiz (como el rechazo inmediato de una agresión militar previa a una declaración de guerra), y no pueden ser confundidas con la rama del Derecho citada. La utilización de las técnicas avanzadas de interrogatorio en situaciones de guerra, la realización de medidas que violan a derechos fundamentales en procesos que se desarrollan delante de tribunales militares de guerra y la imposición de una condena de muerte a los prisioneros de guerra, tienen que ver mucho más con lo que se puede llamar de *Modern Warfare* (técnicas modernas de guerra) y sus consecuencias que propiamente con un Derecho penal del enemigo orientado a la contención de riesgos en condiciones de normalidad institucional y paz. La pena de muerte en situaciones que no sean de guerra, formalmente declarada o meramente real, representa una forma de Derecho penal del enemigo en razón de la supresión completa de todos los derechos que su ejecución promueve. A revés, conforme subrayado en este apartado, no es necesario solicitar autorización judicial con antelación para que se quite la vida de forma legítima y constitucional de un enemigo en un campo de batalla donde se realizan combates armados formalmente determinados por un país, lo que puede trasladarse al final de la guerra, con los tribunales que en este momento tienen lugar.

XXXI

La doctrina Parot no es un Derecho penal del enemigo en la forma como se ha diseñado en este trabajo. En este caso, en un primer momento, se identifica la mera especificación y diferenciación de conceptos, a través de la aplicación de una hermenéutica más bien refinada, con la matización de situaciones y su interpretación, lo que no representa una supresión o negación completa de un Derecho o garantía fundamental. En un segundo momento, se le puede identificar una ponderación entre el principio de necesidad de la pena, realizada en el legítimo ámbito de decisión del Supremo Tribunal, y una supuesta y remota posibilidad de mera vulneración parcial del también supuesto principio de ultra-actividad de la

jurisprudencia penitenciaria más benéfica al condenado, que no ha preponderado, dando lugar a la necesidad de cambio en la forma de calcular la ejecución de una condena, en supuestos de delitos realmente graves. Eso no es un Derecho penal del enemigo, conforme lo aclarado, a pesar de representar un endurecimiento penal en la respuesta por parte del sistema del Derecho. El criterio de la ponderación, en lugar de la negación, ha sido utilizado para legitimar medidas como el *ergastolo* y la prisión permanente revisable, lo que es coherente con la forma de funcionar de los ordenamientos jurídicos estudiados. De esta manera, la respuesta penal en estos términos es conforme a la Constitución y legítima porque presupone una ponderación entre el principio de necesidad de la pena – o prohibición de la protección deficiente – y los derechos del imputado, donde prepondera, por un tiempo, el principio de necesidad de la medida, pero que puede resultar suspendida caso se pueda identificar que a lo largo del tiempo deba preponderar el principio de protección del derecho de libertad, lo que se caracteriza como un verdadero Derecho penal de lucha contra fenómenos criminales de grave entidad, legítimo y conforme a la Constitución.

XXXII

Por muchas veces la fundamentación de un Derecho penal de lucha y del Derecho penal del enemigo puede ser coincidente, sin embargo, al primero se desea y al segundo se rechaza en virtud de las consecuencias radicales del Derecho penal del enemigo, fundamentación esta que permite la implementación de medidas políticocriminales del matiz informado. Identificar una finalidad en la política criminal y en el Derecho penal representa la posibilidad de crearse mecanismos de interacción entre los sistemas de la política y del Derecho (acoplamiento estructural) que dan origen a un Derecho penal (o parte del Derecho penal) orientado a determinadas funciones. Este es un procedimiento natural de todos los sistemas, que se llama especificación funcional, y permite que se creen ámbitos de interacción para tratar de determinados tipos de comunicaciones. Es perfectamente posible, legítimo y conforme a la Constitución que sean creados mecanismos de combate a la tortura y a las organizaciones criminales transnacionales sin que se le quite a nadie algún derecho o garantía fundamental, aun en esta lucha se utilice de mecanismos penales más rigurosos y eficaces para combatir y prevenir este tipo de delincuencia, como la prisión permanente revisable, por ejemplo. La existencia de un legítimo Derecho penal de lucha contra fenómenos de macrocriminalidad no conduce necesariamente a un excluyente – y, por eso, ilegítimo – Derecho penal del enemigo

en nuestras sociedades. La lucha contra un fenómeno de macrocriminalidad elegido por el legislador no tiene el poder de convertirse en una guerra penal para la marginalización de personas específicas, porque dicha lucha presupone un conjunto de medidas abstractas que serán realizadas, muchas veces, en otros ámbitos, como en el Derecho administrativo, en la medicina, la regulación del mercado financiero, por ejemplo, que no tienen necesariamente que ver con la exclusión de algún grupo social. La necesidad de creación de un Derecho penal de lucha que sea legítimo y conforme a la Constitución proviene de situaciones donde el Derecho penal ordinario no puede dar una respuesta sistémicamente coherente a los fenómenos criminales. El rechazo histérico y ciego a dicha necesidad es la tendencia actualísima de calificar a todo lo que represente una respuesta penal más rigurosa como Derecho penal del enemigo, lo que no contribuye para nada en comprender y luchar contra estos fenómenos de macrocriminalidad, tampoco para pensar en una respuesta proporcional, legítima y conforme a la Constitución a estos fenómenos.

XXXIII

Es posible deducir de los ordenamientos jurídicos de los países estudiados algunos principios que existen y están vigentes en el Derecho penal, y que pueden fundamentar un Derecho penal de lucha, legítimo y conforme a la Constitución, basado en necesidades reales de contención de riesgos identificadas por el sistema político y transformadas en norma jurídica para su aplicación en el ámbito de sistema del Derecho. En definitiva, es evidente que los deberes de protección del Estado deben ser realizados de forma efectiva – y no meramente postulada – especialmente porque sería esdrújulo pensar que puede existir un deber de sólo tomar medidas ineficaces o insuficientes para proteger los derechos o bienes jurídicos protegidos por el ordenamiento jurídico, que puede abarcar, conforme se señala, incluso intereses no exhaustivamente regulados en el texto constitucional. La existencia de los mandatos constitucionales de criminalización, o la existencia expresa del derecho/deber de garantía de la seguridad pública, representan que una protección eficiente de la sociedad, contra fenómenos de macrocriminalidad o quien quiere, de forma seria y exterior, dañar derechos y garantías fundamentales de los demás, tiene origen en la Constitución. Así pues, queda evidente que una respuesta proporcional a estos delitos macrocriminales debe obedecer a la necesidad de efectiva protección, o bien, al principio de prohibición de la protección insuficiente (*Untermassverbot*). Todos los principios que orientan un Derecho penal de lucha

tienen orígenes comunes y existen como un sistema en el cual la existencia y eficacia de uno depende del otro, y los presupuestos de aplicación de todos dependen del respeto y del reconocimiento de todos, lo que hace con que su clasificación y separación sea simplemente un medio didáctico para su mejor explicación, sin que se pueda definir exactamente una separación hermética entre ellos. Se puede listar los principios que orientan un Derecho penal de lucha de la siguiente forma: a) Principio de necesidad de la respuesta penal; b) Principio de prevención criminal; c) Principio de garantía de la seguridad ciudadana o seguridad pública; d) Principio de prohibición de la protección deficiente (*Untermassverbot*); y e) Principio de proporcionalidad, que en su turno, se subdivide de la siguiente manera: aa) Adecuación o idoneidad; bb) Necesidad; cc) Proporcionalidad estricta; dd) Entidad del fenómeno; ee) Excepcionalidad; ff) Emergencia; gg) Judicialidad.

XXXIV

Algunas formas de Derecho penal del enemigo están orientados contra un enemigo, persona o colectivo, mientras un Derecho penal de lucha está preocupado en combatir determinados fenómenos criminales, que suelen ser graves, como la trata internacional de personas para fines de esclavitud sexual, el crimen organizado transnacional, la corrupción de los cargos de alto rango, el tráfico transnacional de armas de destrucción masiva, armas de guerra y sustancias ilícitas, que merecen ser reprimidos de la forma más eficaz, sea para la protección de la confianza en la vigencia de la norma, sea para la debida protección de bienes jurídicos, sea para la eficaz protección de derechos fundamentales. Lo que prueba la razonabilidad y legitimidad de la necesidad de un Derecho penal de lucha está en los textos de las propias constituciones estudiadas, que establecen de forma clara o implícita la necesidad de represión criminal más fuerte y efectiva de ciertos fenómenos de grave entidad, como la forma más contundente de represión a los delitos de actuación de bandas armadas o elementos terroristas, presente en la Constitución española de 1978, o la forma más rigurosa de represión de los delitos de tortura, tráfico de drogas, terrorismo y hediondos, presente en la Constitución brasilera de 1988. Las Constituciones de Brasil y España demuestran claramente que existe no sólo una voluntad constitucional, sino un mandato u orden constitucional de incriminación de determinadas conductas y de creación de medidas de su represión, a través del Derecho penal y del Derecho procesal penal. Dichas medidas son mucho más severas que las medidas aplicables a todo el resto de los tipos penales vigentes, lo que permite concluir que, sin volver

a la discusión acerca de la naturaleza de dichas medidas, que las constituciones de dichos países establecen claramente los rasgos fundamentales y algunas medidas de una política criminal orientadas a la lucha contra algunos fenómenos criminales. Si la idea de existencia de un Derecho penal de lucha está debidamente basada en texto constitucional, no se puede sostener la hipótesis de que medidas políticocriminales orientadas a la lucha contra determinados fenómenos macrocriminales son inconstitucionales, por razones de evidente obviedad, aunque los límites de dicha lucha sí se puedan discutir desde un punto de vista constitucional.

XXXV

En realidad, a veces se tiene razón cuando se sostiene que se está delante de un Derecho penal de lucha cuando se identifica la reducción de los ámbitos de vigencia de algunas garantías de los imputados, en comparación con el Derecho penal ordinario o regular. Sin embargo, hay razones fuertes de matiz constitucional que dan soporte a algunas de dichas reducciones, además de que, al revés de lo se puede pensar, el paso a un Derecho penal de lucha no presupone la adopción de un Derecho penal del enemigo, lo que presupondría un cambio de fundamentos, finalidad y acción de la respuesta del sistema penal, tendiente a su insostenible radicalización. Desde un punto de vista estrictamente funcional (o teleológico), lo que se clasifica como Derecho penal de lucha, en general, se acerca más de un Derecho penal del enemigo que de un Derecho penal del ciudadano, porque representa mucho más una forma de gerencia o rechazo de riesgos, que propiamente de manutención de la confianza en la vigencia de la norma violada (aunque se admita este efecto como una de sus consecuencias secundarias), lo que, sin embargo, no es capaz de generar una identificación entre estas dos categorías, en razón de los grados de respeto a los valores constitucionales radicalmente opuestos que cada una de ellas mantiene en su relación con la Constitución. Sin embargo, el Derecho penal de lucha no lleva y no puede llevar consigo el elemento central de un concepto científico de Derecho penal del enemigo, a saber, la exclusión o negación de un derecho fundamental o principio constitucional, especialmente porque el germen de su legitimidad se encuentra precisamente en la ponderación de valores, intereses, principios o normas constitucionales, procedimiento este que de ninguna manera puede significar la exclusión o negación de estos datos de naturaleza constitucional.

BIBLIOGRAFÍA

AA. VV. *Derecho penal del enemigo*. El discurso penal exclusión, 2 vols., Montevideo/Buenos Aires, Editorial B de F Edisofer, 2006, compilado por Manuel Cancio Meliá y Carlos Gómez-Jara Díez.

AA. VV. “La filosofía política moderna”. En: DRI, Rubén. *La filosofía del Estado ético*. La concepción hegeliana del Estado, Buenos Aires, 2000.

AA. VV. Libro homenaje al profesor Günther Jakobs. *El funcionalismo en el Derecho penal*, Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 2003.

AA. VV. *Coleção Temas Atuais de Direito Criminal*, v. 2, São Paulo: Revistas dos Tribunais, 1999.

AA. VV. *Human rights: chinese and dutch perspectives*, editor Jacqueline Smith; editors in chief Peter R. Bachr. [et al.]. - The Hague: Martinus Nijhoff Publishers, 1996. - IX,

AA. VV. *Mutaciones de leviatán: legitimación de los nuevos modelos penales*. Madrid: Akal, 2005.

AA. VV. *La ciencia del Derecho penal ante el nuevo milenio*. Valencia, Tirant lo Blanc, 2004.

AA. VV. *La Santa Biblia*. Antigua versión de Casiodoro de Reina (1569), revisada por Cipriano de Valera (1602), Bibles.org.uk, London, 2005.

AA. VV. *Cuadernos de Doctrina y Jurisprudencia Penal*. Criminología 4, Buenos Aires: Ad Hoc, 2007

AA. VV. *La política criminal en Europa*. coord. por Mirentxu Corcoy Bidasolo, Víctor Gómez Martín Árbol académico, Santiago Mir Puig. Barcelona, Atelier, 2004.

AA. VV. *Dogmática y ley penal: libro homenaje a Enrique Bacigalupo*. coord. por José Miguel Zugaldía Espinar, Jacobo López Barja de Quiroga, Vol. 1, 2004, ISBN 84-9768-100-2.

AA. VV. *Estudios de Derecho penal*, UAM Ediciones, Edit, Civitas, Madrid, 1997, pp, 293 a 324.

AA. VV. *Garantismo: estúdios sobre el pensamiento jurídico de Luigi Ferrajoli*. Madrid: Trotta, 2005.

AA. VV. *Human Rights in a Pluralist World. Individuals and Collectivities*, Connecticut, Editorial Meckler, Netherlands Commission for Unesco-Roosevelt Study Center, 1990.

AA. VV. *Human Rights in the world community –Issues and Action*, 3 ed., Pennsylvania, University of Pennsylvania Press, 2006.

AA. VV. *La protección internacional de los derechos humanos en los albores del siglo XXI*, Bilbao, Universidad de Deusto, 2004.

AA. VV. *Sociedade, Direito e Decisão em Niklas Luhmann. Congresso Internacional em Homenagem a Cláudio Souto*, Recife. Editora Universitária, 2009.

AA. VV. *Teoría funcional de la pena y de la culpabilidad*, Madrid: Civitas, 2008.

AA. VV. *Estudios penales en recuerdo del profesor Ruiz Antón*, Valencia, Tirant lo Blanc, 2004.

AA. VV. *Carl Schmitt Revisitado*. Carlos Blanco de Morais Luís Pereira Coutinho (organizadores), Lisboa, Instituto de Ciências Jurídico-Políticas, 2014.

AA. VV. *Confronting Terror: 9/11 and the Future of American National Security. Essays by leading voices in Law and Policy*. REUTER, Dean; YOO, John; (Eds.) New York/London, Encounter Books, 2011.

AA. VV. CONPEDI/UFSC. (Org.). *Criminologias e política criminal* [Recurso eletrônico on-line]. 1ed. Florianópolis/SC: CONPEDI, 2014,

AA. VV. *The social life of anti-terrorism laws: the war on terror and the classifications of the "dangerous other"*, ECKERT, Julia (ed.): Bielefeld, Verlag, 2008.

AA.VV. *El principio de proporcionalidad y la interpretación constitucional*. CARBONELL, Miguel (editor). Ministerio de Justicia y Derechos Humanos. Quito, 2008.

AA. VV. *Scritti in onore di Generoso Melillo*, Napoli, vol. I, Satura Editrice, 2009.

ABC Internacional. "Caracas: la ciudad más peligrosa del mundo." 06/08/2016. Disponible en: <http://www.abc.es/internacional/abci-caracas-ciudad-peligrosa-mundo-5073628552001-20160806022006_video.html> Acceso en: 17 abril 2017.

ADORNO, Roberto. "principio de precaución", en: TEALDI, J. C., (dir.), *Diccionario latinoamericano de bioética*, Unesco-Universidad Nacional de Colombia, Bogotá, 2008

AFP Y EFE, "El cuchillo siembra en Israel terror psicológico". *El País*, Jerusalén, 13 oct 2015, disponible en: <<http://www.elpais.com.uy/mundo/cuchillo-siembra-israel-terror-psicologico.html>>. Acceso en 24 mar 2017.

AGAMBEN, Giorgio. *Homo sacer. El poder soberano y la nuda vida*. Pre-Textos, Valencia, 2003.

AGENCIAS 20 Minutos. "Un informe asegura que el IRA ha desmantelado su estructura militar." 3 de septiembre de 2008. Disponible en: <<http://www.20minutos.es/noticia/409079/0/ira/desmantelado/militar/>>, acceso en 19 abril 2017.

Agencias AFP y EFE. La nación. "Nigeria: Boko Haram reivindica el secuestro de 200 chicas y promete venderlas "Yo he secuestrado a sus chicas; por Alá que las venderé en el mercado", dijo el líder del grupo terrorista en un video difundido hoy" <<http://www.lanacion.com.ar/1687762-nigeria-boko-haram-reivindica-el-secuestro-de-200-chicas-y-promete-que-las-vendera>> Buenos aires, 05/05/2014, acceso en 18 mayo 2017.

AGUADO CORREA, Teresa. *El principio constitucional de proporcionalidad*. Madrid: Edersa, 1999.

AGUILAR SAHAGÚN, Luís Armando. *El derecho al desarrollo: su exigencia dentro de la visión de un nuevo orden mundial*, México, ITESO Universidad Iberoamericana, 1999.

AL-FARSY, Fouad. *Modernity and tradition: the Saudi equation*. London: Panarc International, 2004.

ALEMANIA. "Strafgesetzbuch in der Fassung der Bekanntmachung vom 13. November 1998 (BGBl. I S. 3322), das durch Artikel 1 des Gesetzes vom 13. April 2017 (BGBl. I S. 872) geändert worden ist", Berlim, 1871.

ALEMANIA. Gesetz zum Schutze des deutschen Blutes und der deutschen Ehre, vom 15. September 1935, RGBl. I/1146.

ALEMANIA. Verordnung zum Reichsbürgergesetz vom 25. November 1941 (RGBl. I S. 722).

ALEMANIA. Kontrollratsgesetz Nr. 1 betreffend die Aufhebung von NS-Recht vom 20. September 1945 in Kraft getreten am 20. September 1945 für die Bundesrepublik Deutschland außer Wirkung gesetzt durch Erstes Gesetz zur Aufhebung des Besatzungsrechts vom 30. Mai 1956 (BGBl. I S. 437).

ALEMANIA. "Grundgesetz für die Bundesrepublik Deutschland in der im Bundesgesetzblatt Teil III, Gliederungsnummer 100-1, veröffentlichten bereinigten Fassung, das zuletzt durch Artikel 1 des Gesetzes vom 23. Dezember 2014 (BGBl. I S. 2438) geändert worden ist", Berlim, 1949.

ALEMANIA. "Luftsicherheitsgesetz vom 11. Januar 2005 (BGBl. I S. 78), das durch Artikel 1 des Gesetzes vom 23. Februar 2017 (BGBl. I S. 298) geändert worden ist", Berlim, 2005.

ALEMANIA. "Waffengesetz vom 11. Oktober 2002 (BGBl. I S. 3970, 4592; 2003 I S. 1957), das zuletzt durch Artikel 6 Absatz 34 des Gesetzes vom 13. April 2017 (BGBl. I S. 872) geändert worden ist", Berlim, 2002.

ALEMANIA. Bundesverfassungsgerichts. Fall: Ausbürgerung von deutschen Juden; Fundstellen: BVerfGE 23, 98; DÖV 1968, 317; DVBl 1968, 791; JZ 1968, 422; JZ 1968, 559; MDR 1968, 558; NJW 1968, 1036; VerwRSpr 20, 261; Gericht: Bundesverfassungsgericht; Datum: 14.02.1968; Aktenzeichen: 2 BvR 557/62; Entscheidungstyp: Beschluss; Richter: Seuffert, Henneka, Leibholz, Geller, Rupp, Geiger, Kutscher; Instanzen: AG Wiesbaden, 08.05.1962 - 41 VI 586/61, LG Wiesbaden, 27.07.1962 - 4 T 252/62, OLG Frankfurt, 18.09.1962 - 6 W 441/62.

ALESSANDRI RODRÍGUEZ, Arturo; *et alli*. Tratado de Derecho civil: Partes preliminar y general, Tomo I, Santiago de Chile, Editorial Jurídica de Chile, 1998.

ALEXY, Robert. “Derechos fundamentales, ponderación y racionalidad.” En: *Revista Iberoamericana de Derecho Procesal Constitucional*, núm. 11, enero-junio 2009, pp. 3-14

ALEXY Robert. “Eine Verteidigung der Radbruchschen Formel”. Traducción del original alemán de José Antonio Seoane. *Anuario da Facultade de Dereito da Universidade da Coruña*, ISSN 1138-039X, Nº 5, 2001, pp. 75-96.

ALEXY, Robert. *Teoría de los Derechos fundamentales*. Centro de Estudios Constitucionales. Madrid, 1993.

ALONSO ÁLAMO, Mercedes, “Delito de conducta reiterada (delito habitual), habitualidad criminal y reincidencia”, en: *Estudios penales en recuerdo del profesor Ruiz Antón*, AA. VV., Tirant lo Blanch, Valencia, 2004.

ALONSO, Nicolás. “Tres Estados legalizan la marihuana en Estados Unidos. Los resultados de los otros asuntos que se votaron el 8 de noviembre”, *El país*, Nueva York, 10 nov. 2016. Disponible en: http://internacional.elpais.com/internacional/2016/11/09/actualidad/1478728284_837569.html <>. Acceso en: 20 abr 2017.

AMBOS, Kai. “Derecho Penal del enemigo”, en: AA. VV. *Derecho penal del enemigo*. El discurso penal exclusión, 2 vols., Montevideo/Buenos Aires, Editorial B de F Edisofer, 2006, compilado por Manuel Cancio Meliá y Carlos Gómez-Jara Díez, vol. 1, p. 119-162.

ANDRÉS DOMÍNGUEZ, Ana Cristina. “Habituales y reincidentes”, en: *Revista de Derecho penal*, TORÍO LÓPEZ, Ángel y SANZ MORÁN, Ángel (Directores), LEX NOVA, Valladolid, 2007.

ANDRÉS IBÁÑEZ, Perfecto. Garantismo: una teoría crítica de la jurisdicción. In: AA. VV. *Garantismo: estudios sobre el pensamiento jurídico de Luigi Ferrajoli*. Madrid: Trotta, 2005. p. 60.

ANITUA, Gabriel Ignacio. “Thomas Hobbes: ¿Amigo o Enemigo?”, in BUSATO, Paulo César *et alii*. *Thomas Hobbes Penalista*, Rio de Janeiro, Lumen Juris, 2010.

ANTOLISEI, Francesco. *Manuale di diritto penale: parte generale*, 16.ed. Milano, Giuffrè, 2003.

ANTÓN ONECA, José, *Derecho penal*, 2ª edición, Akal, 1986.

APONTE C, Alejandro. *¿Derecho penal de enemigo o Derecho penal del Ciudadano?* Bogotá, Editorial Temis, 2005.

ARGENTINA. *Constitución de la Nación Argentina*, sancionada por el Congreso General Constituyente el 1º de mayo de 1856, Buenos Aires, Congreso General Constituyente, 1994.

ARGENTINA. *Código Penal de la Nación Argentina*, Ley n. 11.179, de 29 de octubre de 1921.

Aristóteles. *Ética a Nicómaco. Libro V*. El Cid Editor. Santa Fe, 2004.

ARMAZA ARMAZA, Emilio José Darío. *El tratamiento penal del delincuente imputable peligroso*. Granada, Comares, 2013.

ARON, Raymond. *As etapas do pensamento sociológico*. São Paulo, Martins Fontes, 2008.

ASBJØRN, Eide. "The Universal Declaration in Space and Time". En: AA. VV. *Human Rights in a Pluralist World. Individuals and Collectivities*, Connecticut, Editorial Meckler, Netherlands Commission for Unesco-Roosevelt Study Center, 1990.

ASBJØRN, Eide. "Economic, Social, and Cultural Rights as Human Rights". En: AA. VV. *Human Rights in the world community –Issues and Action*, 3 ed., Pennsylvania, University of Pennsylvania Press, 2006.

ASHCROFT, John D.; VIET D. Dinh. zorr. "Liberty, Security, and the USA Patriot Ad." En: *Confronting Terror: 9/11 and the Future of American National Security*, Dean Reuter and John Yoo editores, New York/London, Encounter Books, 2001.

ASÍS ROIG, Rafael; AIELLO, Ana Laura; BARIFFI, Francisco; CAMPOY CERVERA, Ignacio y PALACIOS, Agustina. *Sobre la accesibilidad universal en el derecho*, Instituto de Derechos Humanos "Bartolomé de las Casas", Dykinson, Madrid, 2007

ÁVILA, Humberto. *Teoria dos princípios. da definição à aplicação dos princípios jurídicos*. 5 ed. São Paulo: Malheiros, 2005

BARCELONA, Pietro. "Teoría de sistemas y el paradigma de la sociedad moderna." En. AA. VV. *Mutaciones de leviatán: legitimación de los nuevos modelos penales*. Madrid: Akal, 2005.

BACHOF, Otto. *¿Normas constitucionales inconstitucionales?*, Palestra, Lima, 2010.

BARBA ÁLVAREZ, Rogelio. "Esbozo Criminológico sobre el Derecho Penal del Enemigo", en: *Criminología y sociedad*. Monterrey, 2008. pp. 47 ss.

BARROSO, Luís Roberto. *A Nova Interpretação Constitucional: ponderação, direitos fundamentais e relações privadas*. 2 ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.

BAUDRILLAR, Jean. *L'esprit du terrorisme*. Le Monde, Paris, 03/11/2001.

BAUDRILLARD, Jean. *Lo spirito del terrorismo*, traducción Alessandro Serra, Milan: Raffaello Cortina, 2002.

BAUMAN, Zygmunt. *Amor líquido: sobre a fragilidade dos laços humanos*. Rio de Janeiro: Zahar, 2004.

BAUMAN, Zygmunt. *O mal estar da pós-modernidade*. Rio de Janeiro, Zahar, 2000.

BBC Mundo. "Francia: lo que se sabe de los ataques reivindicados por Estado Islámico que dejaron al menos 132 muertos en París". 16 noviembre 2015. Disponible en: <http://www.bbc.com/mundo/noticias/2015/11/151113_paris_ataque_ep>, acceso en 10 abril 2017.

BBC MUNDO. ““La violaban mientras paría”, la tortura de las esclavas sexuales latinoamericanas en Europa - Muchas llegan engañadas y viven situaciones traumáticas que marcan trágicamente las vidas de mujeres que nunca quisieron convertirse en esclavas sexuales en Europa”, 09 Marzo 2017. Disponible en: <<http://laopinion.com/2017/03/09/violaban-mientras-estaba-pariendo-tortura-esclavas-sexuales-latinoamericanas-europa/>>, acceso en 12 mar 2017.

BBC Mundo. "Francia: lo que se sabe de los ataques reivindicados por Estado Islámico que dejaron al menos 132 muertos en París", en 16 noviembre 2015, Disponible en: <http://www.bbc.com/mundo/noticias/2015/11/151113_paris_ataque_ep>. Acceso en 12 mar 2017.

BARATTA, Alessandro. “Principi del diritto penale minimo”, in: *Dei delitti e delle pene*: rivista di studi sociali, storici e giuridici sulla questione criminale, anno 3, n. 3, Torino, 1985, p. 443 y ss.

BECCARIA, Cesare Bonesana, Marqués de. *De los delitos y de las penas*. Ed. Heliasta S.R.L., Buenos Aires, 1993.

BECK, Ulrich. *La sociedad del riesgo global*, Madrid, Siglo Veintiuno, 2002.

BECK, Ulrich. *La sociedad del riesgo mundial: en busca de la seguridad perdida*. Barcelona, Paidós, 2008.

BECK, Ulrich. *Risikogesellschaft*. Auf dem Weg in eine andere Moderne. Frankfurt, Suhrkamp, 1986.

BECK, Ulrich. *Sobre el terrorismo y la guerra*. Trad. R. S. Carbó. Barcelona: Paidós, 2002.

BEDERMAN, David J. *International Law in antiquity*. Cambridge, Cambridge University Press, 2001.

BERDUGO GOMEZ DE LA TORRE, Ignacio. *Honor y libertad de expresión*, Madrid Editorial Tecnos, 1987.

BERDUGO GÓMEZ DE LA TORRE, Ignacio; et all. *Curso de Derecho penal*. Parte General. Barcelona, Ediciones Experiencia, 2004.

BERDUGO GÓMEZ DE LA TORRE, Ignacio. *Viejo y nuevo Derecho penal. Principios y desafíos del Derecho penal de hoy*. Iustel, Madrid, 2012.

BERTALANFFY, Ludwig von. *Perspectivas en la Teoría General de Sistemas*, Madrid, Alianza Editorial, 1979.

BERTI, Natália. “O Regime Disciplinar Diferenciado como expressão do Direito Penal do Inimigo”. In: *Âmbito Jurídico*, Rio Grande, XIV, n. 91, ago 2011. Disponível em: <http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=10108>. Acesso em abr 2017.

BINDER, Alberto. *Introducción al Derecho penal*. Buenos Aires, Ad-Hoc, 2004.

BINDING, Karl, *Die Normen und ihre Übertretung*, 4ª ed., Leipzig, Felix Meiner, 1922.

BIRNBAUM, Johann Michael Franz. Über das Erforderniß einer Rechtsverletzung zum Begriffe des Verbrechens, mit besonderer Rücksicht auf den Begriff der Ehrenkränkung, in: *Archiv des Criminalrechts*, hrsg. von Abegg, Birnbaum, Heffter, Mittermaier, Jahrgang, 1834.

BITENCOURT, Cezar Roberto. *Tratado de direito penal: parte geral*. Vol. 1, 13. ed. São Paulo, Saraiva, 2008.

BLANCO CORDERO, Isidoro. “Terrorismo internacional: la amenaza global”. En: DIEGO DÍAZ-SANTOS, Maria Rosario; FABIÁN CAPARRÓS, Eduardo A. (Coords.). *El sistema penal frente a los retos de la nueva sociedad*. Madrid: Colex, 2003.

BODIN, Jean. *Los seis libros de la República*. 1576. Selección, traducción y estudio preliminar de Pedro Bravo Gala, 3 edición, Editorial Tecnos, Madrid, 1997.

BOTTINI, Pierpaolo Cruz. *Crimes de perigo abstrato e princípio da precaução na sociedade de risco*, São Paulo, RT, 2007.

BRAGA JÚNIOR Américo. *A (I)legítima Expansão do Direito Penal e Colisão de Direitos Fundamentais*. Belo Horizonte, D'Placido, 2015.

BRASIL. *Constituição da República Federativa do Brasil*, Brasília, Senado, 1988.

BRASIL. *Decreto nº 678*, de 6 novembro de 1992. Promulga a Convenção Americana sobre Direitos Humanos (Pacto de São José da Costa Rica), de 22 de novembro de 1969. *Diário Oficial da União*, Brasília, DF, 9 nov. 1992.

BRASIL. *Decreto-lei nº 2.848*, de 7 de dezembro de 1940. Código Penal. *Diário Oficial da União*, Rio de Janeiro, 31 dez. 1940.

BRASIL. *Decreto-lei nº 3.689*, de 03 de outubro de 1941. Código de Processo Penal. *Diário Oficial da União*, Rio de Janeiro, 13 out. 1941.

BRASIL. *Decreto-lei nº 911*, de 1º de outubro de 1969. Altera a redação do art. 66, da Lei nº 4.728, de 14 de julho de 1965, estabelece normas de processo sobre alienação fiduciária e dá outras providências. *Diário Oficial da República Federativa do Brasil*, Brasília, DF, 3 out. 1969.

BRASIL. *Lei n. 1.521, de 26 de dezembro de 1951*. Altera dispositivos da legislação vigente sobre crimes contra a economia popular. *Diário Oficial da União*, Rio de Janeiro, 27 dez. 1951.

BRASIL. *Decreto-lei nº 1.001, de 21 de outubro de 1969*. Código Penal Militar. *Diário Oficial da República Federativa do Brasil*, Brasília, DF, 21 out. 1969.

BRASIL. *Lei nº 6.453, de 17 de Outubro de 1977*. Dispõe sobre a responsabilidade civil por danos nucleares e a responsabilidade criminal por atos relacionados com atividades nucleares e dá outras providências. *Diário Oficial da República Federativa do Brasil*, Brasília, DF, 18 out. 1977.

BRASIL. *Lei nº 7.170, de 14 de Dezembro de 1983*. Define os crimes contra a segurança nacional, a ordem política e social, estabelece seu processo e julgamento e dá outras providências. *Diário Oficial da República Federativa do Brasil*, Brasília, DF, 15 de dezembro de 1983.

BRASIL. *Lei nº 7.210, de 11 de Julho de 1984*. Institui a Lei de Execução Penal. *Diário Oficial da República Federativa do Brasil*, Brasília, DF, 13 jul. 1984.

BRASIL. *Lei n. 7.492, de 16 de junho de 1986*. Define os crimes contra o sistema financeiro nacional, e dá outras providências. *Diário Oficial da República Federativa do Brasil*, Brasília, DF, 18 jun. 1986.

BRASIL. *Lei n. 7.565, de 19 de dezembro de 1986*. Dispõe sobre o Código Brasileiro de Aeronáutica. *Diário Oficial da República Federativa do Brasil*, Brasília, DF, 10 dez 1986.

BRASIL. *Lei n. 8.072, de 25 de julho de 1990*. Dispõe sobre os crimes hediondos, nos termos do art. 5º, inciso XLIII, da Constituição Federal, e determina outras providências. *Diário Oficial da União*, Brasília, 26 jul. 1990.

BRASIL. *Lei n. 8.069, de 13 de julho de 1990*. Dispõe sobre o Estatuto da Criança e do Adolescente e dá outras providências. *Diário Oficial da República Federativa do Brasil*, Brasília, DF, 16 de julho de 1990.

BRASIL. *Lei n. 8.213, de 24 de julho de 1991*. Dispõe sobre os Planos de Benefícios da Previdência Social e dá outras providências. *Diário Oficial da República Federativa do Brasil*, Brasília, DF, 14 de outubro de 1991.

BRASIL. *Lei n. 9.099, de 26 de Setembro de 1995*. Lei dos Juizados Especiais Cíveis e Criminais; Lei dos Juizados Especiais. *Diário Oficial da República Federativa do Brasil*, Brasília, DF, 27 de setembro de 1995.

BRASIL. *Lei 9.605 de 12 de fevereiro de 1998*. Dispõe sobre as sanções penais e administrativas derivadas de condutas e atividades lesivas ao meio ambiente, e dá outras providências. *Diário Oficial da República Federativa do Brasil*, Brasília, DF, 13 de fevereiro 1998.

BRASIL. *Lei 10.406*, de 10 de janeiro de 2002. Institui o Código Civil. *Diário Oficial da República Federativa do Brasil*, Brasília, DF, 11 janeiro de 2002.

BRASIL. *Lei n. 10.826*, de 22 de dezembro de 2003. Dispõe sobre o registro, posse e comercialização de armas de fogo e munição, sobre o Sistema Nacional de Armas – SINARM, define crimes e dá outras providências. *Diário Oficial da República Federativa do Brasil*, Brasília, 23 dez. 2003.

BRASIL. *Lei n. 10.792*, de 1º de Dezembro de 2003. Altera a Lei no 7.210, de 11 de junho de 1984 - Lei de Execução Penal e o Decreto-Lei no 3.689, de 3 de outubro de 1941 - Código de Processo Penal e dá outras providências. *Diário Oficial da República Federativa do Brasil*, Brasília, 2 dez 2003.

BRASIL. *Lei nº 11.343*, de 23 de agosto de 2006. Institui o Sistema Nacional de Políticas Públicas sobre Drogas, etc. *Diário Oficial da União*, Brasília, 24 out. 2006.

BRASIL. *Lei nº 12.663*, de 5 de junho de 2012. Dispõe sobre as medidas relativas à Copa das Confederações FIFA 2013, à Copa do Mundo FIFA 2014 e à Jornada Mundial da Juventude - 2013, que serão realizadas no Brasil etc. *Diário Oficial da República Federativa do Brasil*, Brasília, DF, 6 de junho de 2012.

BRASIL. *Lei nº 13.260*, de 16 de março de 2016. Regulamenta o disposto no inciso XLIII do art. 5º da Constituição Federal, disciplinando o terrorismo, tratando de disposições investigatórias e processuais e reformulando o conceito de organização terrorista; etc. *Diário Oficial da República Federativa do Brasil*, Brasília, DF, 17 de março de 2016.

BRASIL. *Portaria nº 344*, de 12 de maio de 1998. Agência Nacional de Vigilância Sanitária. Aprova o Regulamento Técnico sobre substâncias e medicamentos sujeitos a controle especial. *Diário Oficial da União* de 19 de maio de 1998.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Súmula nº 715. In: *Diário da Justiça* de 9/10/2003, Brasília, 2003.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Súmula Vinculante nº 25, In: DJe de 23.12.2009.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. RE 18331, Relator(a): Min. OROZIMBO NONATO, Segunda Turma, julgado em 21/09/1951, DJ 08-11-1951 PP-10865 EMENT VOL-00063-01 PP-00283 ADJ 10-08-1953 PP-02356.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. ADI 855, Relator(a): Min. OCTAVIO GALLOTTI, Relator(a) p/ Acórdão: Min. GILMAR MENDES, Tribunal Pleno, julgado em 06/03/2008, DJe-059 DIVULG 26-03-2009 PUBLIC 27-03-2009 EMENT VOL-02354-01 PP-00108.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. ADI 815, Relator(a): Min. MOREIRA ALVES, Tribunal Pleno, julgado em 28/03/1996, DJ 10-05-1996 PP-15131 EMENT VOL-01827-02 PP-00312.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. ADI 3112, Relator(a): Min. RICARDO LEWANDOWSKI, Tribunal Pleno, julgado em 02/05/2007, DJe-131 DIVULG 25-10-2007

PUBLIC 26-10-2007 DJ 26-10-2007 PP-00028 EMENT VOL-02295-03 PP-00386 RTJ VOL-00206-02 PP-00538.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. ADI 5240, Relator(a): Min. LUIZ FUX, Tribunal Pleno, julgado em 20/08/2015, PROCESSO ELETRÔNICO DJe-018 DIVULG 29-01-2016 PUBLIC 01-02-2016.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. HC 87585, Relator(a): Min. MARCO AURÉLIO, Tribunal Pleno, julgado em 03/12/2008, DJe-118 DIVULG 25-06-2009 PUBLIC 26-06-2009 EMENT VOL-02366-02 PP-00237.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. HC 104410, Relator(a): Min. GILMAR MENDES, Segunda Turma, julgado em 06/03/2012, ACÓRDÃO ELETRÔNICO DJe-062 DIVULG 26-03-2012 PUBLIC 27-03-2012.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. HC 87585, Relator(a): Min. MARCO AURÉLIO, Tribunal Pleno, julgado em 03/12/2008, DJe-118 DIVULG 25-06-2009 PUBLIC 26-06-2009 EMENT VOL-02366-02 PP-00237.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. RE 349703, Relator(a): Min. CARLOS BRITTO, Relator(a) p/ Acórdão: Min. GILMAR MENDES, Tribunal Pleno, julgado em 03/12/2008, DJe-104 DIVULG 04-06-2009 PUBLIC 05-06-2009 EMENT VOL-02363-04 PP-00675.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. HC: 208336 SP 2011/0125054-5, Relator: Ministra LAURITA VAZ, Data de Julgamento: 20/03/2012, T5 - QUINTA TURMA, Data de Publicação: DJe 29/03/2012.

BRASIL. Tribunal de Justiça do Estado de Pernambuco. Incidente de insanidade mental. Sentença homologatória no processo nº. 000040542.2014.8.17.0860, prolatada pelo Juiz Substituto Marcelo Góes de Vasconcelos, em Jurema/PE, em 18 de março de 2015.

BRASIL. Tribunal de Justiça do Estado de Pernambuco. Ação Penal. Procedimento Ordinário. Latrocínio. Sentença condenatória no processo nº. Processo nº. 000008929.2014.8.17.0860, prolatada pelo Juiz Substituto Marcelo Góes de Vasconcelos, em Jurema/PE, em 10 de setembro de 2015.

BRASIL. Tribunal de Justiça do Estado de Pernambuco. Ação Penal. Procedimento Ordinário Decorrente de Violência Doméstica. Sentença condenatória no processo nº. Processo nº. 000000880.2014.8.17.0860, prolatada pela Juíza de Direito Juliana Coutinho Martiniano Lins, em Jurema/PE, em 25 de setembro de 2014.

British Broadcasting Corporation. *Migrant crisis: Migration to Europe explained in graphics*, (Crisis migratoria: migración a europa explicada con gráficos), disponible en: <http://www.bbc.com/news/world-europe-34131911>, acceso en 10/02/2015.

BOBBIO, Norberto. *Direito e Estado no Pensamento de Emanuel Kant*. Trad. Alfredo Fait. 4ª ed. Brasília, UNB, 1997.

- BOBBIO, Norberto. *El futuro de la democracia*. Traducción de. trad. de José F. Fernández Santillán, 3ª ed., México D. F., Fondo de Cultura Económica, 2001
- BODIN, Jean. *Los seis libros de la República*. 1576. Selección, traducción y estudio preliminar de Pedro Bravo Gala, 3 edición, Editorial Tecnos, Madrid, 1997.
- BORJA JIMENEZ, Emiliano. "Sobre el concepto de política criminal. Una aproximación a su significado desde la obra de Claus Roxin", *Anuario de derecho penal y ciencias penales*, Tomo 56, Fasc/Mes 1, 2003, pp. 113-150.
- BUNGE, Mario. *La investigación científica*. Su estrategia y su filosofía, Barcelona, Ariel, 1986.
- BUSATO, Paulo César *et alii*. *Thomas Hobbes Penalista*, Rio de Janeiro, Lumen Juris, 2010.
- BUSATO, Paulo César. "Regime disciplinar diferenciado como produto de um direito penal de inimigo". Em: *Revista de Estudos Criminais*, Porto Alegre, v. 4, n. 14, p. 137-145, Abr./Jun. 2004.
- BUTLER, Judith. *Dar cuenta de si mismo*. Violencia, ética y responsabilidad. Amorrortu. Buenos Aires, 2009.
- CADOPPI, Alberto; VENEZIANI, Paolo. *Elementi di Diritto Penale: Parte Generale*. Padova, Cedam, 2004.
- CALLEGARI, André Luís. LYNETT, Eduardo Montealegre. JAKOBS, Günther. MELIÁ, Manuel Cancio. *Direito Penal e funcionalismo*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005
- CALVINO, Juan. *Institución de la Religión Cristiana*. 3 edición. Volumen I y II. Rijswijk: Felire, 1968.
- CAMPDERRICH, Ramón. Ciudadano persona versus enemigo no persona: las ideas antigarantistas de Günther Jakobs y John Yoo. Presentació comunicació, IV Jornadas de Filosofía Política: Ciudadanía posible, ciudadanía deseable, Barcelona, ESPAÑA, 2007,
- CANARIS, Claus-Wilhelm. *Direitos Fundamentais e Direito Privado*. 2ª reimpressão da edição de julho de 2003, Coimbra, Almedina, 2009.
- CANARIS, Claus-Wilhelm. *Grundrechtswirkungen und verhältnismässigkeitsprinzip in der richterlichen Anwendung und Fortbildung des Privatsrechts*. JuS, 1989.
- CANCIO MELIÁ, Manuel. L. POZUELO PÉREZ (Coords.), *Política criminal en vanguardia. Inmigración clandestina, terrorismo, criminalidad organizada*, Thomson Civitas, Cizur Menor (Navarra), 2008.
- CANCIO MELIÁ, Manuel. "El injusto de los delitos de organización: peligro y significado.", en: *Revista de las Facultades de Derecho y Ciencias Económicas y Empresariales*, ISSN 1889-7045, ISSN-e 2341-0841, N° 74, 2008 (Ejemplar dedicado a: Nuevas fronteras del Derecho Penal), págs. 245-287.

CANCIO MELIÁ, Manuel. *Los delitos de terrorismo: estructura típica e injusto*. Madrid: Reus, 2010.

CANCIO MELIÁ, Manuel y FEIJOO, Bernardo (Eds.), *Teoría funcional de la pena y de la culpabilidad*, Madrid: Civitas, 2008.

CANOSA USERA, Raúl. *El derecho a la integridad personal*, Valladolid España, Editorial Lex Nova, 2006.

CARBONELL MATEU, Juan Carlos. *Derecho penal: concepto y principios constitucionales*, 3ª edición. Tirant lo Blanch, Valencia, 1999.

CARBONELL MATEU, Juan Carlos, *Derecho penal: concepto y principios constitucionales*. 3ª edición, Tirant lo Blanch, Valencia, 1999

CASILLAS, Rodolfo. “La mundialización del delito. Redes de tráfico y trata de personas en México”, en: *Nueva sociedad*, ISSN 0251-3552, N°. 241, 2012, págs. 122-132.

CASTRO NOGUEIRA, Luis; CASTRO NOGUEIRA, Miguel Ángel; MORALES NAVARRO, Julian. *Metodología de las Ciencias Sociales*. Una introducción crítica, Madrid, Tecnos, 2ª ed., 2008.

CAVALIERE, Antonio. “Considerazioni critiche intorno al diritto penale "del nemico" e "di lotta".” In: *Scritti in onore di Generoso Melillo*, Napoli, vol. I, Satura Editrice, 2009, pp. 169-196.

CELSO NETO, João. Impeachments de Collor e Dilma segundo o STF. *Revista Jus Navigandi*, ISSN 1518-4862, Teresina, ano 21, n. 4873, 3 nov. 2016. Disponível em: <<https://jus.com.br/artigos/53498>>. Acesso em: 23 maio 2017.

CEREZO MIR, José. *Curso de Derecho penal Español, Parte General*, vol. III, Teoría Jurídica del Delito/2, Editorial Tecnos, 4ª Reimpresión, 2004.

CERQUEIRA, Daniel et al. Atlas da violência 2016. Brasília: Ipea e FBSP (Fórum Brasileiro de Segurança Pública), 2016. Nota técnica n. 17. Disponível em: http://www.ipea.gov.br/portal/images/stories/PDFs/nota_tecnica/160322_nt_17_atlas_da_violencia_2016_finalizado.pdf. Acesso em: 01 abr. 2016, . p. 5.

CERRUTI, Pedro. “Derecho penal, guerra y estado de excepción: enemigos y criminales en el mundo contemporáneo”, en: *Question*, La Plata, 2009, vol. 21, pp. 1 – 10.

CHAMON, Lúcio. *Do Giro Finalista ao Funcionalismo Penal*. Porto Alegre: Safe, 2004.

CHARON, Joel. *Sociologia*. Tradução de Laura Teixeira Motta. São Paulo, Saraiva, 1999.

CHINA. *Criminal Law of the People's Republic of China*. Adopted by the Second Session of the Fifth National People's Congress on July 1, 1979 and amended by the Fifth Session of the Eighth National People's Congress on March 14, 1997.

Conferencia de la Haya de 1899. *Declaración prohibiendo el empleo de las balas que se hinchan o aplastan fácilmente en el cuerpo humano* (IV,2). La Haya, 29 de julio de 1899.

CONSEJO DE EUROPA. *Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales*. Roma, 4 de noviembre de 1950.

COON, Charli. “Why President Bush Is Right to Abandon the Kyoto Protocol”. *The Heritage Foundation*, 11 May 2001. Disponible en: <<http://www.heritage.org/research/reports/2001/05/president-bush-right-to-abandon-kyoto-protocol>>. Consultado el 06 nov. 2015.

CORSI, Giancarlo; ESPOSITO, Elena; BARALDI, Claudio. *Glosario sobre la teoría social de Niklas Luhmann*, Mexico D.F., Anthropos, Universidad Iberoamericana, ITESO, 1996.

COSTA, Marcia Regina da; PIMENTA, Carlos Alberto Máximo. *A Violência: natural ou sociocultural?*. São Paulo, Paulus, 2006.

COSTA JUNIOR, Heitor. Crítica à legitimidade do Direito Penal funcionalista. *Discursos Sediciosos: crime, direito e sociedade*. Rio de Janeiro: Freitas Bastos e Instituto Carioca de Criminologia, n. 9, 2000.

CUBA. Ley No. 62 de 29 de septiembre de 1987. *Código Penal*. Gaceta Oficial. Edición Especial No. 3 de 30 de diciembre de 1987, La Habana, 1987.

DALRYMPLE, Theodore. *Nossa Cultura ou o que restou dela*. E Realizações. São Paulo. 2015.

DAMMER, Harry R.; ALBANESE, Jay S. *Comparative Criminal Justice Systems*. Belmont, CA, EUA: Wadsworth Cengage Learning, 2011

DE LA CORTE IBÁÑEZ, Luis. ¿Hasta qué punto convergen el terrorismo global y la criminalidad organizada?: parámetros generales y escenarios críticos. *Revista del Instituto Español de Estudios Estratégicos*, n. 1, p. 153, 2013. Disponible en: <revista.ieee.es/index.php/ieee/article/view/41>. Acceso en: 12 nov. 2016.

DE TARSO, Pablo. “Carta a los Romanos”. En: AA. VV. *La Santa Biblia*. Antigua versión de Casiodoro de Reina (1569), revisada por Cipriano de Valera (1602), Bibles.org.uk, London, 2005, pp. 1778-1806.

DONINI, Massimo. *El Derecho penal frente a los desafíos de la modernidad*. Estudios de Derecho penal, Lima, Ara Editores, 2010.

DONINI, Massimo. “Derecho penal de lucha. Lo que el debate sobre el Derecho Penal del enemigo no debe limitarse a exorcizar”, en CANCIO MELIÁ, Manuel. L. POZUELO PÉREZ (Coords.), *Política criminal en vanguardia. Inmigración clandestina, terrorismo, criminalidad organizada*, Thomson Civitas, Cizur Menor (Navarra), 2008, pp. 29-75.

DOUGLAS, Mary. *La aceptabilidad del riesgo según las ciencias sociales*. Traducción de Víctor Abelardo Martínez, Barcelona, Ediciones Paidós Ibérica, 1996.

DOZO MORENO, Sebastián. “"El enemigo tiene menos derechos", dice Günther Jakobs. Para el alemán, especialista en teoría del derecho, no existe la igualdad ante la ley”, *La Nación*, 26 de julio de 2006, Buenos Aires, 2006, Disponible en: <<http://www.lanacion.com.ar/826258-el-enemigo-tiene-menos-derechos-dice-gunther-jakobs>>, acceso en: 12 feb. 2017.

DOULGAS, Mary. *Risk and blame - essays in cultural theory*. London: Routledge, 1992.

DOWNES, Stephen. *Stephen's Downes: Fallacies*. Stephen's Guide to the Logical Fallacies. 1996. Disponible en: <<http://www.valkyriearms.com/articles/argument%20fallacies.pdf>>, Consultado en 12 mayo 2016.

DUSENBURY, David Lloyd “Carl Schmitt on Hostis and Inimicus: A Veneer for Bloody-Mindedness”, in: *Ratio Juris: An International Journal of Jurisprudence and Philosophy of Law*, Volume 28, Issue 3, September 2015, pp. 431-439.

DURÁN MIGLIARDI, Mario. “El Derecho penal del Enemigo. Formulación y observaciones críticas en el contexto del debate sobre la modernización y expansión del Derecho penal.” En: AA. VV. *Derecho penal del enemigo*. El discurso penal exclusión, vol. 1, Montevideo/Buenos Aires, Editorial B de F Edisofer, 2006, compilado por Manuel Cancio Meliá y Carlos Gómez-Jara Díez.

DURKHEIM, Émile. *Da divisão do trabalho social*. São Paulo, Martins Fontes, 1999.

DURKHEIM, Émile. *Da divisão do trabalho social*. 2ª ed. São Paulo: Martins Fontes, 2004.

DURKHEIM, Émile. *La división del trabajo social*. Madrid, Ediciones Akal, 2001.

DURKHEIM, Émile. *Las reglas del método sociológico y otros escritos sobre filosofía de las ciencias sociales* Madrid, Alianza, 2000.

EBERT, Udo. *Derecho Penal - Parte General*. Traducción de Said Escudero Irra. Universidad Autónoma del Estado de Hidalgo, Pachuca de Soto, 2001.

ECKERT, Julia. “Laws for Enemies”, in: AA. VV. *The social life of anti-terrorism laws: the war on terror and the classifications of the "dangerous other"*, ECKERT, Julia (ed.): Bielefeld, Verlag, 2008, pp. 7- 32.

EFE. “Río 2016: condenan a ocho brasileños acusados de terrorismo. La Justicia brasileña condenó a penas de hasta 15 años de cárcel a ocho personas acusadas de planear atentados contra los Juegos Olímpicos de Río de Janeiro en agosto de 2016.” En: *Made for minds*, de 05 may 2017, disponible en: <<http://p.dw.com/p/2cPNx>>, acceso en: 15.05.2017.

EFE “Sobrino acusado de matar a su tío y a la familia de éste regresa a España, desde Brasil, para ser juzgado” *Las Mundiales* jueves, Río de Janeiro, 20 de octubre de 2016. Disponible en: <<http://www.listindiario.com/las-mundiales/2016/10/20/439753/sobrino-acusado-de>>

matar-a-su-tio-y-a-la-familia-de-este-regresa-a-espana-desde-brasil-para-ser-juzgado>, consultado el 30 oct. 2016.

EISLER, Riane. *El cáliz y la espada*, Santiago, Cuatro Vientos, 1991.

El Clarín. "Refugiados acosan a mujeres en una pileta pública en Alemania" En Bornheim, 15 de enero de 2016. Disponible en: <http://www.clarin.com/mundo/Refugiados-acosan-mujeres-publica-Alemania_0_1504649727.html>. Acceso en 12 mar 2017.

El país y AFP. "Al menos 19 muertos deja ataque con cuchillo en centro de discapacitados en Japón." 25 de Julio 2016. Disponible en: <<http://www.elpais.com.co/elpais/internacional/noticias/masacre-con-cuchillo-centro-discapacitados-mentales-japon>>. Acceso en 24 mar 2017.

EMOL. "Los grandes riesgos de conducir durante la tercera edad. Muchas personas de edad avanzada aún pueden manejar eficazmente. No obstante, aquí le entregamos una serie de consejos que pueden ayudarle a tomar mejores decisiones a la hora de estar tras el volante." Santiago, 02 de Septiembre de 2016. Disponible en: <<http://www.emol.com/noticias/Autos/2016/09/01/819903/Los-riesgos-de-la-tercera-edad-de-ser-conductores.html>> Acceso: 29 de mayo del 2017

Equipo de Redacción. *El Tribunal Europeo de DDHH dictamina la ilegalidad de la Doctrina Parot*. 10 de julio de 2012. Disponible en : <http://www.insurgente.org/index.php/template/tribunales/item/910-el-tribunal-europeo-de-ddhh-dictamina-la-ilegalidad-de-la-doctrina-parot>. Aceso en 19 de Julio de 2012.

ESCRIVÁ, Ángeles. "ETA anuncia el cese definitivo de su actividad armada". *El Mundo*, Madrid, 20 de octubre de 2011, disponible en: < <http://www.elmundo.es/elmundo/2011/10/19/espana/1319034890.html>>, acceso en 2 de mayo de 2017.

ESPAÑA. *Constitución Política de la Monarquía Española*, Cádiz, Imprenta Real, 1812.

ESPAÑA. Real Decreto de 24 de julio de 1889, por el que se publica el Código Civil. *Boletín Oficial del Estado*, núm. 206, de 25 de julio de 1889.

ESPAÑA. Instrumento de Ratificación del Convenio para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales, hecho en Roma el 4 de noviembre de 1950, y enmendado por los Protocolos adicionales números 3 y 5, de 6 de mayo de 1963 y 20 de enero de 1966, respectivamente. *Boletín Oficial del Estado* núm. 243, de 10 de octubre de 1979, páginas 23564 a 23570 (7 págs.).

ESPAÑA. Constitución Española, de 27 de diciembre de 1978. *Boletín Oficial del Estado*, 29 de diciembre de 1978, núm. 311.

ESPAÑA. Real Decreto n. 137/1993, de 29 de enero, por el que se aprueba el Reglamento de Armas. *Boletín Oficial del Estado*, núm. 55, de 5 de marzo de 1993.

ESPAÑA. Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial. *Boletín Oficial del Estado*, núm. 157, de 02 de julio de 1985.

ESPAÑA. Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código penal. *Boletín Oficial del Estado*, 24 de noviembre de 1995, núm. 281.

ESPAÑA. Ley Orgánica 12/1995, de 12 de diciembre, de Represión del Contrabando. *Boletín Oficial del Estado*, de 13 de diciembre de 1995, núm. 297.

ESPAÑA. Ley Orgánica 1/2004, de 28 de diciembre, de Medidas de Protección Integral contra la Violencia de Género. *Boletín Oficial del Estado* núm. 313, de 29 de diciembre de 2004.

ESPAÑA. Ley Orgánica 1/2008, de 30 de julio, por la que se autoriza la ratificación por España del Tratado de Lisboa, por el que se modifican el Tratado de la Unión Europea y el Tratado Constitutivo de la Comunidad Europea, firmado en la capital portuguesa el 13 de diciembre de 2007. *Boletín Oficial del Estado* núm. 184, de 31 de julio de 2008.

ESPAÑA. Ley Orgánica 1/2015, de 30 de marzo, por la que se modifica la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal. *Boletín Oficial del Estado* núm. 77, de 31 de marzo de 2015.

ESPAÑA. Tribunal Constitucional. Sala Primera. Sentencia 197/2006, de 3 de julio de 2006. Recurso de amparo 119-2002. Publicado en: «BOE» núm. 185, de 4 de agosto de 2006, páginas 11 a 21 (11 págs.).

ESPAÑA. Tribunal Constitucional. Pleno. Sentencia 55/1996, de 28 de marzo, Cuestión de inconstitucionalidad 961-1994, 1125-1995, 2736-1995, BOE núm. 102, de 27 de abril de 1996.

ESPAÑA. Tribunal Constitucional. Sala Segunda. Sentencia n. 153/1997, de 29 de septiembre, BOE núm. 260, de 30 de octubre de 1997.

ESPAÑA. Tribunal Constitucional. Sala Segunda. Sentencia n. 49/1998, de 2 de marzo, BOE núm. 77, de 31 de marzo de 1998.

ESPAÑA. Tribunal Constitucional. Sala Segunda. Sentencia n. 115/1998, de 1 de junio, BOE núm. 158, de 03 de de juliol de 1998.

ESPAÑA. Tribunal Constitucional. Sala Segunda. Sentencia 22/2003, de 10 de febrero de 2003. Recurso de amparo 4400/99. Publicado en: «BOE» núm. 55, de 5 de marzo de 2003, páginas 65 a 74 (10 págs.).

ESPAÑA. Tribunal Constitucional. Sentencia 235/2007, de 7 de noviembre de 2007. Cuestión de inconstitucionalidad 5152-2000. Publicado en: «BOE» núm. 295, de 10 de diciembre de 2007, páginas 42 a 59 (18 págs.).

ESPAÑA. Tribunal Constitucional. Sentencia. Pleno. Sentencia 59/2008, de 14 de mayo de 2008. Cuestión de inconstitucionalidad 5939-2005. Publicado en: «BOE» núm. 135, de 4 de junio de 2008, páginas 14 a 35 (22 págs.).

ESPAÑA. Tribunal Constitucional. Pleno. Sentencia 39/2012, de 29 de marzo de 2012. Recurso de amparo 4893-2006. «BOE» Núm. 101, de 27 de abril de 2012.

ESPAÑA. Tribunal Supremo. Sentencia nº 898/2008, Sala 2ª, de lo Penal, 11 de Diciembre de 2008.

ESPAÑA. Tribunal Supremo. Sentencia nº 343/2011, Sala 2ª, de lo Penal, 3 de Mayo de 2011.

ESPAÑA. Instituto Nacional de Estadística. Nota de Prensa. Estadística de Condenados y Estadística de Menores. Resultados Provisionales. Año 2010. Madrid. 27 de septiembre de 2011

ESPAÑA. Instituto Nacional de Estadística. Publicaciones de descarga gratuita. Mujeres y hombres en España. Salud (actualizado 2 junio 2016). 4.1 Esperanza de vida. Disponible en: <http://www.ine.es/ss/Satellite?L=es_ES&c=INESeccion_C&cid=1259926380048&p=1254735110672&pagename=ProductosYServicios/PYSLayout>, consultado en 7 ago. 2016.

ESTADOS UNIDOS DE AMÉRICA. Nosotros, el Pueblo de los Estados Unidos. La Constitución de los Estados Unidos y sus enmiendas (1787-1992). Madrid. Universidad Carlos III, 2010.

ESTADOS UNIDOS DE AMÉRICA. *The Code of Laws of the United States of America*, Washington: Office of the Law Revision Counsel of the House of Representatives, 1926.

ESTADOS UNIDOS DE AMÉRICA. Public Law 107-40 - 107th Congress, Sept. 18, 2001 (S.J.Res.23 — 107th Congress - 2001-2002). Joint Resolution, Washington, DC, 2001.

EUROPA PRESS, Paris, 24 Ene 2006. Disponible en: <<http://www.europapress.es/internacional/noticia-francia-diez-presos-condenados-cadena-perpetua-piden-restablecimiento-pena-muerte-francia-20060124223900.html>>, acceso en: 12 octubre 2013.

Faits divers. “Attentat de Nice: un homme succombe à ses blessures, la 86e victime”. 19 août 2016. Disponible en: <<http://www.leparisien.fr/faits-divers/attentat-de-nice-un-homme-decede-de-ses-blessures-portant-le-bilan-a-86-morts-19-08-2016-6054149.php>>. Acceso en 21 mar 2017.

FELIPE VI - REY DE ESPAÑA – PREÁMBULO I. en: ESPAÑA. Ley Orgánica 1/2015, de 30 de marzo, por la que se modifica la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal. *Boletín Oficial del Estado* núm. 77, de 31 de marzo de 2015.

FERNANDES, Bernardo Gonçalves. *Curso de Direito Constitucional*, 8 ed., Salvador: Ed. JusPodivm. 2016.

FERNANDES, Milton. *Proteção civil da intimidade*. São Paulo: Saraiva, 1977

FERRAJOLI, Luigi. *Derecho y razón*. Teoría del garantismo penal, Madrid, Editorial Trotta, 1995.

FERRAJOLI, Luigi. *Direito e Razão: Teoria do Garantismo Penal*. Trad. L. F. Gomes et alii. São Paulo: RT, 2002.

FERRAJOLI, Luigi. *Derechos y garantías. La ley del más débil*, Traducción de Perfecto ANDRÉS IBÁÑEZ y Andrea GREPPI, 8ª edición, Editorial Trotta, Madrid, 2014

FERRAJOLI, Luigi. "Il "diritto penale del nemico" e la dissoluzione del diritto penale." *Panóptica*, Vitória, año 2, n. 10, nov. 2007 – fev. 2008.

FIANDACA, Giovanni; MUSCO, Enzo. *Derecho penal*, Parte General. Tradução de Luis Fernando Niño, Bogotá, Editorial Temis, 2006.

FICHTE, Johann Gottlieb. *Fundamento del derecho natural según los principios de la doctrina de la ciencia*, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1994.

FIGUEIREDO DIAS, Jorge de. *Direito Penal*, Parte Geral. Tomo I, Coimbra, Coimbra Ed., 2004.

FIGUEROA ORTEGA, Yván J., en RODRÍGUEZ DE BELLO, Gladys [coord.], *Ley sobre el hurto y robo de vehículos automotores comentada*, Paredes, Caracas, 2008.

FISCHER, Douglas. "Garantismo penal integral (e não o garantismo hiperbólico monoclar) e o princípio da proporcionalidade: breves anotações de compreensão e aproximação dos seus ideais." *Revista de Doutrina da 4ª Região*, Porto Alegre, n. 28, mar. 2009. Disponível em: <http://www.revistadoutrina.trf4.jus.br/artigos/edicao028/douglas_fischer.html>, Acesso em: 11 set. 2013.

FOLLMAN, Mark; CLARK-FLORY, Tracy. "Prosecutions and convictions: A look at accountability to date for abuses at Abu Ghraib and in the broader "war on terror."" http://www.salon.com/2006/03/14/prosecutions_convictions/ Salon Media Group, Inc. En 14 mar 2006. Consultado en 20 de febrero de 2016.

FRAGOSO, Henelo Cláudio. *Lei de Segurança Nacional. Uma experiência antidemocrática*. Porto Alegre, Sergio Antonio Fabris, 1980.

FRANCIA. *Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano*. Extracto del acta de la Asamblea Nacional del jueves 1 de octubre de 1789, Paris, 1789.

FRANCIA. *Code pénal*. Loi n° 92-683 du 22 juillet 1992 portant réforme des dispositions générales du code pénal. NOR: JUSX8900136L.

FRANCIA. *Décret n° 2014-1253 du 27 octobre 2014* relatif aux dispositions des livres III, VI et VII de la partie réglementaire du code de la sécurité intérieure (Décrets en Conseil d'Etat et décrets simples), *JORF* n°0251 du 29 octobre 2014 page 17908, texte n° 37.

FREQUENTE, Salvatore; MONTEFIORI, Stefano; OTTOLINA, Paolo; MONTINI, Beatrice "Attentato Nizza: camion sulla folla e spari, 84 morti. "10 bambini uccisi" È stato un nizzardo di origini tunisine". *Corriere della Sera*. 14 de julio de 2016. Disponible en:

<http://www.corriere.it/esteri/16_luglio_14/francia-camion-folla-nizza-almeno-15-morti-diversi-feriti-1f01662a-4a09-11e6-8c21-6254c90f07ee.shtml> Acceso en: 19 Jul. 2016.

FREUD, Sigmund. (1930). *El malestar en la cultura*. Obras completas. Amorrortu Editores, XXI. Buenos Aires, 1976.

FREUD, Sigmund. (1923). O ego e o id. In: *Edição Standard Brasileira das obras psicológicas completas de Sigmund Freud*. Volume XIX. Tradução Jayme Salomão. Rio de Janeiro: Imago, 1996.

FREUD, Sigmund. (1913 [1912-13]). “Tótem y tabú. Algunas concordancias en la vida anímica de los salvajes y de los neuróticos”. Obras completas Amorrortu Editores, XIII. Buenos Aires, 1976.

FROMMEL, Monika. “Rebels, Bandits And Intriguers – Why Germans Are Having A Debate On “Enemy Criminal Law” In The 21st Century: And Thus Are Falling Behind The Dramaturgy Of Nlightened Theatre Of The Late 18th Century – To Think Schiller’s Bandits.” *Revista panóptica*, Vitória, V. 2, N. 7 (2007).

SLOMP, Gabriella. *Carl Schmitt and the Politics of Hostility, Violence and Terror*. Palgrave Mcmillan, New York, 2009.

GALLO, Marcello. *La teoria dell’azione finalistica nella piú recente dottrina tedesca*. Milano, Giuffré, 1967.

GAMBRA, Refael. *Historia sencilla de la Filosofía*, 21ª edición, Rialp, Madrid, 1996.

GARCÍA AMADO, Juan Antonio. “¿Dogmática penal sistémica? Sobre la influencia de Luhmann en la teoría penal”, en: *Doxa – Cuadernos de filosofía del Derecho*, Alicante, 2000, n.º 23, pp. 233-264.

GARRIDO MORENO, Javier. “El anfiteatro: una oscura imagen de la antigua Roma”. *Berceo*, Logroño. ISSN 0210-8550, Nº 149, 2005, págs. 153-178.

GARGANI, Alberto. “Omesso impedimento di calamità naturali? La problematica posizione di garanzia posta a carico dei titolari di funzioni di protezione civile”. *Legislazione penale*, 2015, n. 11.

GIDDENS, Anthony. *As conseqüências da modernidade*. São Paulo, Ed. Unesp, 1991.

GIDDENS, Anthony.; BAUMAN, Zygmunt.; LUHMANN, Niklas.; BECK, Ulrich. *Las Consecuencias Perversas de la Modernidad: modernidad, contingencia y riesgo*, Barcelona, Anthropos, 1996.

GIDDENS, Anthony. *En defensa de la sociología*, Madrid, Alianza, 2000.

GIDDENS, Anthony. *Las consecuencias de la modernidad*. Traducción de Ana Lizón Ramón, Madrid, Alianza Editorial, 1993.

GIDDENS, Anthony. *O mundo na era da globalização*. Tradução de Saul Barata, Lisboa, Editorial Presença, 1999.

GIDDENS, Anthony. *Un mundo desbocado*. Los efectos de la globalización en nuestras vidas. Traducción de Pedro Cifuentes, Madrid, 2000.

GILL, Lesley. *The School of the Americas: Military Training and Political Violence in the Americas*. Duke University Press, 2004.

GIMBERNAT ORDEIG, Enrique. *Concepto y método de la ciencia del Derecho penal*, Editorial Tecnos, Madrid, 1999.

GOMES, Luiz Flávio. *Norma e bem jurídico no direito penal*. São Paulo, Revistas Tribunais, 2002.

GOMES, Luiz Flávio. *Mídia e Direito Penal*. Em 2009, o populismo penal pode explodir. Jus Navigandi, Teresina: ano 13, n. 2040, 31 jan. 2009.

GOMES, Rodrigo Carneiro. *O crime organizado na visão da Convenção de Palermo*, 2ª ed., Belo Horizonte, Del Rey, 2009.

GÓMEZ RODRÍGUEZ, Amparo. *Filosofía y Metodología de las Ciencias Sociales*, Madrid: Alianza, 2003.

GONÇALVES, Carlos Roberto. *Direito civil brasileiro*. 3.ed. São Paulo: Saraiva. 2006.

GONÇALVES, Marco Fratzezi. "Fundamentos teóricos do funcionalismo teleológico-racional em Claus Roxin: Algumas considerações." In: *Âmbito Jurídico*, Rio Grande, XIII, n. 83, dez 2010. Disponível em: <http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&%20artigo_id=8778>. Acesso em jan 2016.

GONZÁLEZ, Electra; MARTÍNEZ, Vania; LEYTON, Carolina; BARDI Alberto. "Características de los abusadores sexuales." En: *Revista sogia*, año 2004, n. 11(1), pp. 6-14.

GOSLING, Patrick *et alli*. *Psychologie sociale: Approches du sujet social et des relations interpersonnelles*, tomo 2, editorial Bréal, Paris, 1996.

GOYZUETA, Verónica. "La huelga de policías deja ya 127 muertos en el estado brasileño de Espírito Santo Los agentes se niegan a volver al trabajo y a aceptar el pacto que les ofrece el Gobierno.", disponible en: <http://www.abc.es/internacional/abci-huelga-policias-deja-127-muertos-estado-brasileno-espirito-santo-201702111928_noticia.html>, ABC internacional, São Paulo, 11/02/2017.

GRACIA MARTIN, Luís. "Consideraciones críticas sobre el actualmente denominado "Derecho penal del enemigo", en *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, RECPC 07-02 (2005). ISSN 1695-0194

GRACIA MARTÍN, Luis. *O horizonte do Finalismo e o Direito Penal do Inimigo*. Trad. L.

R. Prado e É. M. de Carvalho. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.

GRACIA MARTIN, Luis. "Sobre la negación de la condición de persona como paradigma del "Derecho penal del enemigo". AA. VV. *Derecho penal del enemigo*. El discurso penal exclusión, 2 vols., Montevideo/Buenos Aires, Editorial B de F Edisofer, 2006, compilado por Manuel Cancio Meliá y Carlos Gómez-Jara Díez, vol. I, pp. 1051-1080.

GRECO, Rogério. *Curso de Direito Penal*. Rio de Janeiro, Impetus, 2008.

Guía de la Psicología. "Hoplofobia: miedo a las armas". Disponible en: <<http://guiapsicologia.com/fobias/hoplofobia/>>. Acceso en 27/12/2015.

HABERMAS, Jürgen. *Teoría de la acción comunicativa*. Vol.1: Racionalidad de la acción y racionalización social. Madrid, Taurus, 1987.

HEBAISEN, Michael Walter. *Recht und Staat als Objektivationen des Geistes in der Geschichte: Eine Grundlegung von Jurisprudenz und Staatslehre als Geisteswissenschaften*. Teilband I. 1. Auflage - Biel/Bienne: Schweizerischer Wissenschafts und Universitätsverlag, 2004.

HEGEL, Guillermo Federico. *Filosofía del Derecho*, Editorial Claridad, Buenos Aires, 1968.

HENKIN, Louis et al. *International law: cases and materials*. 3. ed. Minnesota: West Publishing, 1993.

HERSH, Seymour M. Torture at Abu Ghraib: American soldiers brutalized Iraqis. How far up does the responsibility go? *Annals of National Security*, The New Yorker. 10 may 2004 ISSUE <<http://www.newyorker.com/magazine/2004/05/10/torture-at-abu-ghraib>>. Consultado en 20 de febrero de 2016.

HEYNS, Christof. "La Carta Africana de Derechos Humanos y de los Pueblos". AA. VV. *La protección internacional de los derechos humanos en los albores del siglo XXI*, Bilbao, Universidad de Deusto, 2004.

HINDS, Lyn. Three strikes and you're out in the west: A study of newspaper coverage of crime control in Western Australia. *Current Issues In Criminal Justice Justice*, Vol. 17, n. 2, 2005-2006.

HOBBS, Thomas. *Del ciudadano*. Traducción de Andrée Catrysse. Caracas, Instituto de Estudios Políticos, 1966.

HOBBS, Thomas. *De Cive*. Philosophicall Rudiments Concerning Government and Society. Or, A Dissertation Concerning Man in his severall habitudes and respects, as the Member of a Society, first Secular, and than Sacred. London, Printed by J.C. for R. Royston, at the Angel in Ivie-Lane. 1651.

HOBBS, Tomas, *Leviatán*, traducción de Antonio Escotado, Editora Nacional, Madrid, 1979.

HSU; Yu-Hsiu (ed.), *Foundations and Limits of Criminal Law and Criminal Procedure*, Taipei, 2003.

HULSMAN, Louk; DE CELIS, Jacqueline. *Penas Perdidas. O Sistema Penal em Questão*, Niterói: Luam, 1993.

HULSMAN, Louk; CELIS, Jacqueline Bernat de. *Penas Perdidas: O sistema penal em questão*. Trad. M. L. Karam, 2ª ed, Rio de Janeiro: LUAM, 1997.

HUNGRIA HOFFBAUER, Nélon. *Comentários ao Código Penal*, vol. 1, t. II, Forense, Rio de Janeiro, 1978,

HURTADO POZO, José. *Manual de Derecho penal*. Parte general. 2 ed., EDDILI, Lima, 1987.

IHERING, Rudolf von. *La dogmática jurídica*, Buenos Aires, Editorial Losada, 1946.

ITALIA. Regio Decreto 19 ottobre 1930, n. 1398, *Codice Penale*, in: Gazzetta Ufficiale del 26 ottobre 1930, n. 251, Roma, 1930.

ITALIA. Regio Decreto 16 marzo 1942 n. 262, *Codice Civile*, in: Gazzetta Ufficiale n.79, Roma, 1942.

ITALIA. *Costituzione della Repubblica Italiana*, in: Gazzetta Ufficiale, n. 298, Roma, 1947.

ITALIA. Decreto del presidente della Repubblica 22 settembre 1988, n. 447, in materia di "Approvazione del codice di procedura penale." in: Gazzetta Ufficiale n. 250 del del 22 settembre 1988, Suppl. Ordinario n. 92, Roma, 1988.

ITALIA. Decreto Legislativo 8 giugno 2001, n. 231. "*Disciplina della responsabilita' amministrativa delle persone giuridiche, delle societa' e delle associazioni anche prive di personalita' giuridica, a norma dell'articolo 11 della legge 29 settembre 2000, n. 300*", in: Gazzetta Ufficiale n. 140 del 19 giugno 2001, Roma, 2001.

ITALIA. Decreto Legislativo 6 settembre 2011, n. 159. *Codice delle leggi antimafia e delle misure di prevenzione, nonche' nuove disposizioni in materia di documentazione antimafia, a norma degli articoli 1 e 2 della legge 13 agosto 2010, n. 136*. Gazzetta Ufficiale Serie Generale n.226 del 28 settembre 2011 - Suppl. Ordinario n. 214.

ITALIA. Corte costituzionale. *Sentenza 22 novembre 1974, n. 264*, in: Gazzetta Ufficiale del 27 novembre 1974, n. 309, Roma, 1974.

IZUZQUIZA, Ignacio. *La sociedad sin hombres*, Niklas Luhmann o la teoría como escándalo, Barcelona, Anthropos, 1990.

JÄGER, Herbert, *Rechtsgüterschutz. Strafgesetzgebung und bei Sittlichkeitsdelikten: eine kriminalsoziologische Untersuchung*, Stuttgart, 1957,

JAKOBS, Günther. “Bürgerstrafrecht und Feindstrafrecht”, en: *Bürgerstrafrecht und Feindstrafrecht*, en: Hsu; Yu-Hsiu (eds), *Foundations and Limits of Criminal Law and Criminal Procedure*, Taipei, 2003.

JAKOBS, Günther. *Ciência do Direito e Ciência do Direito Penal*. trad. M. A. R. Lopes. Barueri: Manole, 2003.

JAKOBS, Günther. “Criminalización en el estado previo a la lesión de un bien jurídico”, en: JAKOBS, Günther. *Estudios de Derecho penal*, UAM Ediciones, Edit, Civitas, Madrid, 1997, pp, 293 a 324.

JAKOBS, Günther; CANCIO MELIÁ, Manuel. *Derecho penal del enemigo*. Madrid, Civitas Ediciones, 2003.

JAKOBS, Günther; CANCIO MELIÁ, Manuel. *Derecho penal del enemigo*. 2 ed., Madrid, Civitas Ediciones, 2006.

JAKOBS, Günther. “¿Derecho penal del enemigo? Un estudio acerca de los presupuestos de la juridicidad”, en: AA. VV. *Derecho penal del enemigo. El discurso penal exclusión*, 2 vols., Montevideo/Buenos Aires, Editorial B de F Edisofer, 2006, compilado por Manuel Cancio Meliá y Carlos Gómez-Jara Díez, Vol. 2, pp. 93-116.

JAKOBS, Günther. “¿Derecho penal del enemigo? Un estudio acerca de los presupuestos de juridicidade”. En: AA. VV., *Teoría funcional de la pena y de la culpabilidad*, Madrid: Civitas, 2008.

JAKOBS, Günther. *Direito Penal do Inimigo*. Traducción de Gercélia Batistas de Oliveira Mendes. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008.

JAKOBS, Günther. “Das Selbstverständnis der Strafrechtswissenschaft vor den Herausforderungen der Gegenwart”, in: Eser/Hassemer/Burkhardt (Hrsg.), *Die deutsche Strafrechtswissenschaft vor der Jahrtausendwende: Rückbesinnung und Ausblick*, Beck, München, 2000, pp. 47 y ss.

JAKOBS, Günther. *Estudios de Derecho penal*. traducción Enrique Peñaranda Ramos et. al., Madrid, Civitas, 1997.

JAKOBS, Günther. “Feindstrafrecht? - Eine Untersuchung zu den Bedingungen von Rechtlichkeit”, in: “*HöchstRichterliche Rechtsprechung im Strafrecht*”, August/September 2006 (nr. 8-9/2006), pp. 289-297.

JAKOBS, Günther. “Kriminalisierung im Vorfeld einer Rechtsgutsverletzung”, in: *Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft*, nr. 97, Tübingen, 1985, pp. 751-785.

JAKOBS, Günther. “La autocomprensión de la ciencia del Derecho penal ante los desafíos del presente”. En: VV.AA. *La ciencia del Derecho penal ante el nuevo milenio*. Valencia, Tirant lo Blanc, 2004.

JAKOBS, Günther. *Moderna Dogmática Penal, Estudios Compilados*, México D. F., Porrúa, 2002.

JAKOBS, Günther. *Norm, Person, Gesellschaft - Vorüberlegungen zu einer Rechtsphilosophie*, 2ª ed., Berlin, Duncker & Humblot, 1999.

JAKOBS, Günther. “O que protege o Direito Penal: Os bens jurídicos ou a vigência da norma?” In: CALLEGARI, André Luís. LYNETT, Eduardo Montealegre. JAKOBS, Günther. MELIÁ, Manuel Cancio. *Direito Penal e funcionalismo*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005.

JAKOBS, Günther, “¿Qué protege el Derecho penal: bienes jurídicos o la vigencia de la norma?”, en Libro homenaje al profesor Günther Jakobs. *El funcionalismo en el Derecho penal*, Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 2003.

JAKOBS, Günther. “Sobre la génesis de la obligación jurídica”. En: *Doxa: Cuadernos de filosofía del derecho*, ISSN 0214-8676, N° 23, 2000, págs. 323-350.

JAKOBS, Günther. *Sobre la teoría de la pena*. Traducción de Manuel Cancio Meliá, "Cuadernos de conferencias y artículos n° 16", Centro de Investigaciones de Derecho penal y Filosofía del Derecho, Universidad del Externado de Colombia, Bogotá, 1999.

JAKOBS, Günther. *Sociedad, norma y persona en una teoría de un Derecho penal funcional*. Traducción de Manuel Cancio Meliá y Bernardo Feijóo Sánchez, Madrid, Civitas Ediciones, 1996.

JAKOBS, Günther. *Sociedade, Norma e Pessoa: teoria de um Direito Penal funcional*. trad. M. A. R. Lopes. Barueri: Manole, 2003.

JAKOBS, Günther: “¿Terroristas como personas en Derecho?”, en: AA. VV.: *Derecho penal del enemigo. El discurso penal exclusión*, 2 vols., Montevideo/Buenos Aires, Editorial B de F Edisofer, 2006, compilado por Manuel Cancio Meliá y Carlos Gómez-Jara Díez, Vol. 2, pp. 77-92.

JAPIASSU, Hilton. *O mito da neutralidade científica*. Rio de Janeiro, Imago Editora, 1975.

KAHN, Túlio; BESEN, Jacques; CUSTÓDIO, Rosier Batista. *Relatório da Pesquisa de Vitimização 2002 e Avaliação do Plano de Prevenção da Violência Urbana – PIAPS*. Instituto Latino-Americano das Nações Unidas para Prevenção do Delito e Tratamiento do Delinqüente. São Paulo, 2002.

KALECK., Wolfgang. “Sin llegar al fondo. La discusión sobre el Derecho penal del enemigo.” En: AA. VV. *Derecho penal del enemigo. El discurso penal exclusión*, 2 vols., Montevideo/Buenos Aires, Editorial B de F Edisofer, 2006, compilado por Manuel Cancio Meliá y Carlos Gómez-Jara Díez. Vol. II, pp. 93-116.

KANT, Immanuel. *A Metafísica dos Costumes*. Trad. Edson Bini. São Paulo: Edipro, 2003.

KANT, Immanuel. *Fundamentación de la metafísica de las costumbres*, Madrid, Espasa Calpe, 1983.

KANT, Immanuel. *La paz perpetua*, Trad: ABELLÁN, Joaquín, Madrid: Tecnos, 1985

KANT, Immanuel. *Sobre la paz perpetua*, Madrid: Tecnos, 1998.

KASTENHOFER, K. “Risk Assessment of Emerging Technologies and Post-Normal Science”, en: *Science, Technology & Human Values*, Mayo de 2011, n 36, pp. 307-333.

KAUFMANN, Arthur. “Die Radbruchsche Formel vom gesetzlichen Unrecht und vom übergesetzlichen Recht in der Diskussion um das im Namen der DDR begangene Unrecht”, in: *Neue juristische Wochenschrift* (NJW), 1995.

KEHL, Jones Mariel. “A inclusão da teoria do Direito Penal do inimigo para excluir possíveis terroristas em *terrae brasilis*.” In: AA. VV. CONPEDI/UFSC. (Org.). *Criminologias e política criminal* [Recurso eletrônico on-line]. 1ed. Florianópolis/SC: CONPEDI, 2014, v. 1, p. 50-72.

KELSEN, Hans. *Teoría pura del Derecho*, trad de Roberto Vernengo, Universidad Autónoma de México, DF, 1979.

KELSEN, Hans. *Teoria Pura do Direito*. 7. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2006.

KINDHÄUSER, Urs. “Estructura y legitimación de los delitos de peligro del Derecho penal” En: *Indret: Revista para el Análisis del Derecho*, Nº. 1, 2009.

KOBACH, Kris. *The Referendum: Direct Democracy In Switzerland*. Aldershot, Dartmouth Publishing Company, 1993.

KOMMERS, Donald P. *The Constitutional jurisprudence of the Federal Republic of Germany*, segunda edición, Durham Inglaterra, Duke University Press, 1997.

KUHN, Thomas Samuel. *The Structure of Scientific Revolutions*, Chicago, The University of Chicago Press, 1996.

KUHLEN, Lothar. “Der Handlungserfolg der strafbaren Gewässerverunreinigung” (§ 324 StGB)”, en: *Revista GA*, 1986.

KUHLEN, Lothar: “Umweltstrafrecht –auf der Suche nach einer neuen Dogmatik”, en: *Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft*, Vol. 105, No. 4, 1993.

La tercera. “En Arabia Saudita impera una monarquía absoluta y hereditaria sin partidos políticos”. 23 de enero de 2015. Disponible en: <<http://www.latercera.com/noticia/la-monarquia-de-arabia-saudita-absoluta-y-apegada-a-la-ley-islamica/>>, consultado en 14 may 2016.

LA TORRE, Massimo. *La lucha contra el derecho subjetivo: Karl Larenz y la teoría nacionalsocialista del Derecho*, Madrid: Dykinson, 2008.

LACAN, Jacques. “Le Symbolique, l'Imaginaire et le Réel (1953)” en: *Bulletin de l'Association freudienne*, nº 1, 1982.

LAFAVE Wayne R., *Principles of Criminal Law*. St. Paul. 2Ed., Publisher, Thomson/West, 2003.

LANDA GOROSTIZA, Jon-Mirena. “Prisión perpétua y de muy larga duración tras la LO 1/2015: ¿Derecho p esperanza? Con especial consideración del terrorismo y del TEDH”, *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*. 2015, núm. 17-20, pp. 1-42.

LAPLANCHE, Jean; PONTALIS, Jean-Bertrand. *Vocabulário da psicanálise*. 4.ed. Santos: Martins Fontes, 2002.

LARENZ, Karl. *Hegels Zurechnungslehre Und der Begriff der Objektiven Zurechnung Ein Beitrag Zur Rechtsphilosophie des Kritischen Idealismus Und Zur Lehre von der "Juristischen Kausalität."*. Scientia Verlag, 1970.

LARENZ, Karl. *Metodología de la ciencia del derecho*. Traducción de Marcelino Rodríguez Molinero. Editorial Ariel. Barcelona, 1980

LARENZ, Karl. “Vom Wesen der Strafe”, en: *Zeitschrift fur Deutsche Kulturphilosophie*, Bd.2, 1936.

LASARTE, Carlos. *Compendio de Derecho civil: trabajo social y relaciones laborales*, segunda edición, Madrid, Editorial Dykinson, 2005.

Libertad Digital. “La escalofriante confesión del descuartizador de Pioz. P. G. N. aseguró que asesinó primero a su tía y a sus primos para hacer daño a su tío.” Libertad Digital, en 22 oct. 2016. Disponible en: <<http://www.libertaddigital.com/espana/2016-10-22/la-escalofriante-confesion-del-descuartizador-de-pioz-1276585058/>>, consultado en 30 oct. 2016.

LIMA, Luís Armando Pereira. Teoria do crime: elementos sobre a teoria neoclássica (neokantismo). *Revista Jus Navigandi*, ISSN 1518-4862, Teresina, ano 20, n. 4308, 18 abr. 2015. Disponível em: <<https://jus.com.br/artigos/32411>>. Acesso em: 21 maio 2017.

LIPOVETSKY, Gilles. *A era do Vazio: ensaios sobre o individualismo contemporâneo*. Barueri: Manole, 2005.

LIPOVETSKY, Gilles. *El Crepúsculo del Deber*. La ética indolora en los nuevos tiempos democráticos. 3º Edición. Barcelona, Editorial Anagrama, 1994.

LIPOVETSKY, Gilles. *El imperio de lo efímero*, Barcelona, Anagrama, 1990.

LIPOVETSKY, Gilles. *O Crepúsculo do Dever*. A ética indolor dos novos tempos democráticos. 4º Edição. Tradução de Fátima Gaspar e Carlos Gaspar. Alfragide. Publicações Dom Quixote, 2010.

LLOBET ANGLÍ, Mariona. *Derecho penal del terrorismo: límites de su punición en un Estado democrático*. Madrid: La Ley, 2010.

LOCKE, John. "Carta de la tolerancia." En: *Revista Estudios Públicos*, N° 28, Santiago de Chile, 1987.

LOTT, John. "Gun-free zones easy targets for would-be killers. Would you post a sign in front of your home announcing that you live in a gun-free zone? Would this make you feel safer?". En: *Knoxville News Sentinel*, 9 febrero 2017. Disponible en: <knoxnews.com: <http://knoxne.ws/2kRbJn0>>, acceso en 14 febrero 2017.

LUCAS. "Hechos de los apóstoles" En: AA. VV. *La Santa Biblia*. Antigua versión de Casiodoro de Reina (1569), revisada por Cipriano de Valera (1602), Bibles.org.uk, London, 2005, pp. 1716-1778.

LUHMANN, Niklas. *Confianza*. Barcelona: Anthropos, 2005.

LUHMANN, Niklas. *Rechtssoziologie*, Reinbek, Rowohlt Verlage, 1972.

LUHMANN, Niklas. *Risk: a sociological theory*. New Brunswick: Transaction, 2008.

LUHMANN, Niklas. *El derecho de la sociedad*. México: Universidad Iberoamericana/Herder, 2005.

LUHMANN, Niklas. Familiarity, Confidence, Trust: Problems and Alternatives, in Gambetta, Diego (ed.) *Trust: Making and Breaking Cooperative Relations*, University of Oxford, pp. 94-107, 2000. Disponible en: <<http://www.sociology.ox.ac.uk/papers/luhmann94-107.pdf>>.

LUHMANN, Niklas. "Globalization or World Society: How to Conceive of Modern Society?" In: *International Review of Sociology - Revue Internationale de Sociologie*, Vol. 7, n. 1, 1997.

LUHMANN, Niklas. *I diritti fondamentali come istituzione*. Cura e introduzione di Gianluigi Palombella e Luigi Pannarale, Bari, Dedalo, 2002.

LUHMANN, Niklas. *Introducción a la teoría de sistemas*, México D. F., Anthropos, 1996.

LUHMANN, Niklas. *Observaciones de la modernidad*. Racionalidad y contingencia en la sociedad moderna. Traducción de Carlos Fortea Gil, Barcelona, Ediciones Paidós Ibérica, 1997.

LUHMANN, Niklas. *Rechtssoziologie*, Reinbek, Rowohlt Verlage, 1972.

LUHMANN, Niklas. *Sociología del Riesgo*. 3ª Edición. Traducción Silvia Pappé, Brunhilde Erker y Luis Felipe Segura. México D. F., Universidad Iberoamericana, 2006.

LUHMANN, Niklas. *Sociologia do Direito I*, Rio de Janeiro, Tempo Brasileiro, 1983.

LUHMANN, Niklas. *Sistemas sociales: lineamientos para una teoría general*, Barcelona, Anthropos, 1998

LUHMANN, Niklas. *Sociedad de la sociedad*. Traducción de Javier Torres Nafarrate. S. de R. L. de C. V., Editorial Herder, 2007.

LUHMANN, Niklas. *Soziale Systeme*. Grundriß einer allgemeinen Theorie, Frankfurt, Suhrkamp, 1984.

LUHMANN, Niklas. *Legitimation durch Verfahren*. Hermann Luchterhand Verlag, Darmstadt e Neuwied, 1929.

LUHMANN, Niklas. *Legitimação pelo procedimento*. Trad. Maria da Conceição Corte Real. Brasília: UNB, 1980.

MACARTHY, Andrew C. "Confronting the animating ideology of the enemy", in: AA. VV. *Confronting Terror: 9/11 and the Future of American National Security. Essays by leading voices in Law and Policy*. REUTER, Dean; YOO, John; (Eds.) New York/London, Encounter Books, 2011, pp. 143-156, pp. 146-147.

MAIA, Alexandre da. O garantismo jurídico de Luigi Ferrajoli: notas preliminares. in Teresina: *Jus Navigandi*, ano 4, n. 45, set. 2000.

MAIEROVITCH, Walter Fanganiello. *Livro: História da Máfia - Das Origens aos Nossos Dias*. Disponible en http://ibgf.org.br/index.php?data%5Bid_secao%5D=13&data%5Bid_materia%5D=145.

MALARÉE, Hernán Hormazábal. "Derecho penal para el enemigo" En: *El Telégrafo*, 31 de enero de 2013, disponible en: <http://www.eltelegrafo.com.ec/noticias/columnistas/1/derecho-penal-para-el-enemigo>, acceso: 31 ene 2013.

MALINOWSKI, Bronislaw. *Crime e costume na sociedade selvagem*. Brasília/São Paulo: Ed.UnB/Imprensa Oficial do Estado, 2003.

MALMESBURY, Thomas Hobbes of. *Leviathan or the Matter, Forme, & Power of a Common-wealth Ecclesiasticall and Civill*. London, printed for Andrew Croke, at the Green Dragon in St. Pauls Church-yard, 1651.

MARCOS, Alfredo. "Principio de precaución y cambio climático", en MENNA, S. (ed.), *Estudios contemporáneos sobre ética*, Universitas, Córdoba (Argentina), 2008, p. 14.

MARCOS, Alfredo. "La filosofía política de la ciencia y el principio de precaución", en: VELASCO, A. (ed.): *Filosofía Política de la Ciencia y la tecnología*, UNAM, México (en prensa).

MARQUARD. Odo, *Adiós a los principios*, Valencia, Alfonso el Magnánim, 2000.

MARQUARD, Odo. *Apología de lo contingente*. Valencia: El Magnànim, 2000.

- MARRADES PUIG, Ana. *Luces y sombras del derecho a la maternidad: Análisis jurídico de su reconocimiento*, Valencia, Editorial Universitat de Valencia, 2002.
- MATURANA, Humberto; VARELA, Francisco. *El árbol del conocimiento*. Santiago: OEA/Editorial Universitaria, 1984.
- MERKEL, Adolf. *Derecho penal*. Traducción por Pedro Dorado Montero. Madrid, sin fecha.
- MERTON KING, Robert. *Social Theory and Social Structure*. New York: The Free Press, 1949.
- MERTON KING, Robert. "La división del Trabajo social de Durkheim", in: *Reis*, No. 99 (Jul. - Sep., 2002), traducción de and Cristóbal Torres Albero, pp. 201-209.
- MÉXICO. *Código Penal Federal*. Nuevo Código Publicado en el Diario Oficial de la Federación el 14 de agosto de 1931.
- MEZGER, Edmund. *Derecho penal*. Libro de estudio. Parte General. Buenos Aires, Editorial Bibliografica Argentina, 1958.
- MILL, John Stuart. *Sobre la libertad* (1859), traducción por Josefa Sainz Pulido, Barcelona, Aguilar, 1985.
- MIR PUIG, Santiago. "Sobre la punibilidad de la tentativa inidónea en el nuevo Código penal", en: *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*. Núm. 03, artículo 06, Granada, 2001.
- MIRA BENAVENT, Javier. "Un modelo de control penal: el no-derecho", En: AA. VV. *Mutaciones de leviatán: legitimación de los nuevos modelos penales*. Madrid: Akal, 2005, pp. 77-180.
- MIZRAHI Esteban. *Los presupuestos filosóficos del derecho penal contemporáneo*. Conversaciones con Günther Jakobs. San Justo/Buenos Aires, Universidad Nacional de La Matanza, 2012.
- MOELLER, Hans-Georg. *Luhmann Explained. From Souls to Systems*. Peru, Open Court Publishing Company, 2006.
- MOELLER, Hans Georg. *The Radical Luhmann*, New York, Columbia University Press, 2012.
- MONROY CABRA, Monroy Cabra, Marco Gerardo. "Aplicación de la Declaración Americana de Derechos y Deberes del Hombre por la Comisión Interamericana de Derechos Humanos" in: *Revista del Instituto Interamericano de Derechos Humanos*, Número Especial, San José, Maio, 1989.

MONTAÑÉS, Teresa Rodríguez. “Doctrina Parot: Claves para entender las sentencias del TEDH en el caso Del Río Prada c. España”, en: *Eunomía. Revista en Cultura de la Legalidad*, nº 6, marzo – agosto 2014, pp. 137-152.

MONTAÑO SINISTERRA, Merfi; PALACIOS CRUZ, Jenny; GANTIVA, Carlos. “Teorías de la personalidad. Un análisis histórico del concepto y su medición”, en *Psychologia. Avances de la disciplina*, vol. 3, núm. 2, julio-diciembre, 2009, pp. 81-107 Universidad de San Buenaventura, Bogotá, Colombia.

MONTEALEGRE LYNETT, Eduardo; PERDOMO TORRES, Jorge Fernando. *Funcionalismo y normativismo penal*. Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2006.

MONTORO BALLESTEROS, Alberto, *El deber jurídico*, Cuadernos de Teoría Fundamental del Derecho, Universidad de Murcia, No 14, 1993.

MORILLO RODRÍGUEZ, F. Javier *et all.*, “El enfermo mental: historia y cuidados desde la época medieval”, en: *Cultura de los cuidados: Revista de enfermería y humanidades*, ISSN 1138-1728, ISSN-e 1699-6003, Nº. 13, 2003, págs. 29-35.

MORO, Sergio Fernando. “Considerações sobre a Operação *Mani Pulite*”, *Revista CEJ* (Brasília), n. 26, jul./set. 2004, pp. 56-62.

MOSCA, Carlo. *La sicurezza come diritto di libertà*. Teoria generale delle politiche della sicurezza, Cedam, Padova, 2012.

MÜLLER, Jörg Paul. “Jurisprudenz - eine Wissenschaft?”, in: *VSH-Bulletin* Nr. 4, November 2000 APU-Bulletin no 4, novembre 2000, disponible en: <http://www.hsl.ethz.ch/pdfs/2000_4_Mueller.pdf>, acceso en: 16/01/2015.

MUÑOZ CONDE, Francisco. *De nuevo sobre el "Derecho penal del enemigo"*. Buenos Aires: Hammurabi, 2005.

MUÑOZ CONDE, *Introducción al Derecho penal*, 2ª ed., Buenos Aires: B de f, 2001.

MUÑOZ CONDE, F. *Edmund Mezger y el Derecho penal de su tiempo los orígenes ideológicos de la polémica entre causalismo y finalismo*, 2.ª ed., Tirant Lo Blanch, Valencia, 2001.

MUÑOZ GARCIA, Angel. “La condición del hombre en la Edad Media: ¿siervo, esclavo o qué?”. *Revista de Filosofía*, Maracaibo, v. 25, n. 57, p. 115-142, dic. 2007. Disponible en <http://www.scielo.org.ve/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0798-11712007000300005&lng=es&nrm=iso>. Acceso en 12 feb. 2016.

MÜSSIG Bernd. “Derecho penal del enemigo: concepto y fatídico presagio. Algunas tesis” En: AA. VV. *Derecho penal del enemigo*. El discurso penal exclusión, 2 vols., Montevideo/Buenos Aires, Editorial B de F Edisofer, 2006, compilado por Manuel Cancio Meliá y Carlos Gómez-Jara Díez. Vol. II, pp. 371-390.

Naciones Unidas. *Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional*. Conferencia Diplomática de Plenipotenciarios de las Naciones Unidas sobre el establecimiento de una Corte Penal Internacional, 15 de junio -17 de julio de 1998 (Conferencia de Roma). A/Conf. 183/9, 17 de julio de 1998.

NANLAI, Liu. "Developing Countries and Human Rights". En: *Human rights: chinese and dutch perspectives*. Editor Jacqueline Smith ; editors in chief Peter R. Bachr.. [et al.]. - The Hague: Martinus Nijhoff Publishers, 1996. - IX, pp. 103-117.

NAVARRO, Evaristo Prieto; *et alii*. *Estudios de filosofía del Derecho penal*, Bogotá: Universidad Externado de Colômbia, 2007.

NOGUEIRA ALCALÁ, Humberto. *Teoría y dogmática de los derechos fundamentales*, México, UNAM Instituto de Investigaciones jurídicas, 2003.

NOGUEIRA ALCALÁ, Humberto. "Los derechos económicos, sociales y culturales como derechos fundamentales efectivos en el constitucionalismo democrático latinoamericano". En: *Revista Estudios constitucionales*, Santiago de Chile, vol. 7, nº 2, 2009, pp. 146-147.

NOLEN, Jeannette L. "Guantanamo Bay detention camp". *Encyclopædia Britannica*. Encyclopædia Britannica Online. 2016. Web. 12 fev. 2016. <<http://www.britannica.com/topic/Guantanamo-Bay-detention-camp>>. Consultado en 20 de febrero de 2016.

NSEFUM, Joaquín Ebile. *El delito de terrorismo su concepto*, Montecorvo, Madrid, 1985.

NUÑEZ LEIVA, José Ignacio. "Un análisis abstracto del Derecho penal del Enemigo a partir del Constitucionalismo Garantista y Dignatario". En: *Revista Electrónica Semestral de Políticas Públicas en Materias Penales*, Vol. 4, nº 8 (Diciembre 2009), Art. 3, pp. 383-407 (1-25), dic. 2009. Disponible en <http://www.scielo.cl/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0718-3992009000200003&lng=es&nrm=iso>. accedido en 20 agosto 2016.

O Globo. "*Memória: como funcionam os tribunais do tráfico nas favelas do Rio*", disponible en: < <https://extra.globo.com/noticias/rio/memoria-como-funcionam-os-tribunais-do-trafico-nas-favelas-do-rio-531257.html>>, publicado em 23/06/08, acceso en: 19 abril 2017.

OEA. *Convención Americana sobre Derechos Humanos*. (Pacto de San José) Conferencia especializada interamericana sobre derechos humanos, San José, 2 de noviembre 1969.

OEA. *Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre*. Novena Conferencia Internacional Americana. Bogotá, Colombia, 1948.

OLIVEIRA, Eugênio Paceli de. *Curso de Processo Penal*. Belo Horizonte: Del Rey, 2004.

OLIVEIRA, Gleick Meira; LIMA, Rebecca Rocha. Do Direito Penal brasileiro: Das penas e da pena de morte. In: *Âmbito Jurídico*, Rio Grande, XIV, n. 86, mar 2011. Disponível em: < http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=9101

>. Acesso em maio 2017.

ONU. *Declaración Universal de Derechos Humanos*, Asamblea General de las Naciones Unidas. *Resolución 217 A (III)*, en París, el 10 de diciembre de 1948.

ONU. *Declaración sobre la concesión de la independencia a los países y pueblos coloniales*. Aprobada por la *Resolución 1514 (XV)* de la Asamblea General de las Naciones Unidas el 14 de diciembre de 1960.

ONU. *Carta de las naciones unidas*. San Francisco, de 26 de junio de 1945.

ONU. *Convención contra la Tortura y Otros Tratos o Penas Crueles, Inhumanos o Degradantes*. Resolución 39/46, de 10 de diciembre de 1984 de la Asamblea General de la Organización de las Naciones Unidas, Nueva York, 1984.

ONU. *Convención Marco de las Naciones Unidas sobre el Cambio Climático (CMNUCC)*. Nueva York el 9 de mayo de 1992.

ONU. *Convenio Internacional para la represión de atentados terroristas cometidos con bombas* (Convención sobre los atentados terroristas cometidos con bombas). Nueva York, 15 de diciembre de 1997.

ONU. Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional, Roma el 17 de julio de 1998.

ONU. *Declaración sobre el derecho y el deber de los individuos, los grupos y las instituciones de promover y proteger los derechos humanos y las libertades fundamentales universalmente reconocidos*. Asamblea General de las Naciones Unidas. 8 de marzo de 1999.

ONU. *Convenio Internacional para la represión de la financiación del terrorismo* (Convención sobre la financiación del terrorismo). Nueva York, 9 de diciembre de 1999.

ORDOÑEZ NORIEGA, Francisco. *La fundamentación del derecho natural*, Bogotá, Kelly Editorial, 1967.

OTTO, Jan Michiel. *Sharia Incorporated: A Comparative Overview of the Legal Systems of Twelve Muslim Countries in Past and Present*. Leiden University Press, Leiden, 2010.

PAINE, Thomas. *Los derechos del hombre (1791-1792)*, traducción: Agustín Jiménez. Madrid, Editorial Doncel, 1977.

PALAZZO, Francesco. *Corso di diritto penale*, Torino, Giappichelli, 2005.

PARMA, Carlos Alberto. *El Derecho penal frente al espejo*. s.n.t., 186p.

PARMA, Carlos. El “enemigo” del Derecho penal del Enemigo. In: *Âmbito Jurídico*, Rio Grande, IX, n. 30, jun 2006. Disponível em: <http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=1097>. Acesso em out 2016.

PARSONS, Talcott. *The Social System*. Glencoe, IL: Free Press, 1951.

PARSONS, Talcott. *The Structure of Social Action: A Study in Social Theory with Special Reference to a Group of Recent European Writers*. 2nd ed. Glencoe, IL: Free Press, 1937.

PASCUAL MATELLÁN, Laura. “La prisión permanente revisable. Un acercamiento a un Derecho penal deshumanizado.” En: *Clivatge. Estudis i testimonis sobre el conflicte i el canvi socials*, Año 2015, Número 3, Universidad de Barcelona, Barcelona, pp. 51-65.

PAULO, Vicente; ALEXANDRINO, Marcelo. *Direitos fundamentais*. Rio de Janeiro: Impetus, 2003.

PAZ-MAHECHA, Gonzalo Rodrigo. “¿Derecho penal del enemigo o la solución final al problema de la delincuencia?”, en: *Papel Político*, vol. 15, núm. 1, enero-junio, pp. 309-323, Pontificia Universidad Javeriana Colombia, 2010, p. 313

PECES-BARBA MARTÍNEZ, Gregorio. “Los deberes Fundamentales”. En: *Revista Doxa. Cuadernos de filosofía del derecho*, Alicante, nº 4, 1987.

PETERS, Rudolph. *Practice from the Sixteenth to the Twenty-First Century*. Cambridge University Press, Cambridge, 2006.

PEREIRA, David Teles. “Nemesis: sobre os conceitos políticos de inimizade e vingança”. Em: AA. VV. *Carl Schmitt Revisitado*. Carlos Blanco de Moraes Luís Pereira Coutinho (organizadores), Lisboa, Instituto de Ciências Jurídico-Políticas, 2014.

PERELMAN, Chaïm. *La lógica jurídica y la nueva retórica*. Madrid: Editorial Civitas; 1988.

PÉREZ CEPEDA, Ana Isabel, "El vigente y autoritario Derecho penal del enemigo", en: BERNUZ BENEITEZ, M^a José, SUSÍN BETRÁN, Raúl (Coords.), *Seguridad, excepción y nuevas realidades jurídicas*, Granada: Comares, 2010.

PÉREZ DEL VALLE, Carlos. *Estudios de Filosofía Política y del Derecho penal*, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2004.

PÉREZ DEL VALLE, Carlos. “La fundamentación iusfilosófica del Derecho penal de enemigo. Precisiones sobre la interpretación de Kant”. *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología* (en línea). 2008, núm. 10-03, p. 03:1-03:14. Disponible en Internet: <http://criminet.ugr.es/recpc/09/recpc10-03.pdf> ISSN 1695-0194 [RECPC 10-03 (2008), 28 ene]

PEROTTI, Roberto. “L'ergastolo è ancora una pena perpetua? Appunti giuridici e sociologici sulla pena dell'ergastolo”, in: *L'altro diritto Centro di documentazione su carcere, devianza e marginalità*, 2006, p. 2, Disponible en: <<http://www.altrodiritto.unifi.it/ricerche/law-ways/perotti/cap1.htm>>, consultado el 23 feb. 2017.

PIAGET, Jean. *El Estructuralismo*, Buenos Aires, Proteo, 1968.

PLATO, *The Republic*, Book V, translated by Grube, G. M. A., and C. D. C. Reeve. Indianapolis: Hackett Pub. Co., 1992.

POLAINO NAVARRETE, Miguel. "Delitos de terrorismo", En: COBO DEL ROSAL, M. (Dir.). *Curso de Derecho penal español*. Parte especial. Madrid, Marcial Pons, 1997

POLAINO NAVARRETE, Miguel. *Derecho penal. Parte general*, Tomo I, Fundamentos científicos del Derecho penal, 5ª edición actualizada, Bosch, Barcelona, 2004.

POLAINO NAVARRETE, Miguel, *Lecciones de Derecho Penal Parte General*, Tomo I, Editorial Tecnos, Madrid, 2013.

POLAINO-ORTS, Miguel. *Derecho penal del enemigo*. Fundamentos, potencial de sentido y límites de vigencia. Barcelona Bosch, 2009.

POLAINO-ORTS, Miguel. "La legitimación constitucional de un Derecho Penal sui generis del enemigo frente a la agresión a la mujer", en: *Indret: Revista para el análisis del derecho*, nº 3, Barcelona, julio de 2008.

POLAINO ORTS, Miguel. "Las reformas de la Ley del Menor (LO 8/2006): el menor como enemigo", En: *Cuadernos de Política Criminal (CPCrim)*, 2008, n.º 95, pp. 157-210.

POLAINO-ORTS, Miguel; KINDHÄUSER, Urs. *Normativismo en Derecho penal*. Estudios de dogmática jurídico-penal. Yrigoyen, Contexto Libros, 2011.

PONS RAFOLS, Xavier. "La Declaración universal de derechos humanos: comentario artículo por artículo", en: AA. VV. *Asociación para las Naciones Unidas en España*, Barcelona España, Editorial Icaria S.A., 2003.

PORTILLA CONTRERAS, Guillermo. "El derecho penal y procesal del "enemigo" - las viejas y nuevas políticas de seguridad frente a los peligros internos-externos". En: AA. VV. *Dogmática y ley penal: libro homenaje a Enrique Bacigalupo*. coord. por José Miguel Zugaldía Espinar, Jacobo López Barja de Quiroga, Vol. 1, 2004, págs. 693-720.

PORTILLA CONTRERAS, Guilhermo. "Los excesos del formalismo jurídico neofuncionalista em el normativismo del derecho penal". En. AA. VV. *Mutaciones de leviatán: legitimación de los nuevos modelos penales*. Madrid: Akal, 2005.

PORTUGAL. Constituição da República Portuguesa. Lisboa. *Diario da republica de 10 de abril de 1976*, Série I, n. 86.

POSNER, Richard A., *Economic Analysis of Law*, Boston, Little Brown, 1973.

POSSAS, Mariana Thorstensen. "O problema da inovação da teoria da prevenção geral positiva: uma comparação entre Jakobs e Luhmann". En: *Revista do Instituto Brasileiro de Ciências Criminais*, n. 56, São Paulo, Revista dos Tribunais, 2005.

PRADO, Luiz Regis. *Bem jurídico-penal e Constituição*. 3 ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2003.

PRICE, Caitlin "CIA chief confirms use of waterboarding on 3 terror detainees". JURIST. 5 February 2005. Archived from the original on 4 October 2008, disponible en: <<http://www.jurist.org/paperchase/2008/02/cia-chief-confirms-use-of-waterboarding.php>>, consultado el 28 abr. 2017.

PRITTWITZ, Cornelius. "Derecho penal del Riesgo y Derecho penal del Enemigo." En: *Revista Digital de la Maestría en Ciencias Penales*. Número 6. RDMCP-UCR, San José, 2015.

PRITTWITZ, Cornelius. "Derecho penal del enemigo: ¿Análisis crítico o programa del Derecho penal?". En: AA. VV. *La política criminal en Europa*. coord. por Mirentxu Corcoy Bidasolo, Víctor Gómez Martín Árbol académico, Santiago Mir Puig. Barcelona, Atelier, 2004, págs. 107-120.

RADBRUCH, Gustav, "Gesetzliches Unrecht und übergesetzliches Recht", in: *Schweizerische Juristen-Zeitung*, 1946, pp. 105 y ss.

RADBRUCH, Gustav. *Relativismo y derecho*, Bogotá, Temis, 1999, p. 35

RADCLIFFE-BROWN, Alfred Reginald. "Functionalism: A Protest", *American Anthropologist*, n. 51(2), 1949.

RADCLIFFE-BROWN, Alfred Reginald. "On Social Structure". *Journal of the Royal Anthropological Institute of Great Britain and Ireland*, n. 70(1), 1940.

RAMADAN, Hisham M. *Understanding Islamic Law: from Classical to Contemporary*, Rowman Altamira, New York, 2006, p. 24-29

RAMÍREZ, Juan J. Bustos; MALARÉE, Hernán Hormazábal. *Lecciones de Derecho Penal Parte General*, Madrid, Editorial Trotta, 2006.

RAMOS TORRE, Ramón; GARCÍA SELGAS, Fernando; (org.). *Globalización, riesgo, modernidad*. Tres temas de la teoría social contemporánea Madrid, Centro de Investigaciones Sociológicas, Madrid: Centro de Investigaciones Sociológicas, 1999.

RANALLI, Daniela. "L'ergastolo nella giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell'uomo. Tra astratto diritto alla speranza e concreto accesso alla liberazione condizionale." in: *Revista rassegna penitenziaria e criminologica* – n. 1-2015, pp. 290-315.

RANDOLPH Eric, VALMARY Simon. "Gunmen kill more than 120 in wave of attacks across Paris" *AFP*, Paris, 14 nov. 2015. Disponible en: <<http://news.yahoo.com/least-120-dead-paris-attacks-investigation-source-pta-013205822.html>>. Acceso en 24 mar 2017.

Real Academia Española. *Diccionario de la lengua española* (22.a ed.). Madrid, España, 2001.

Reuters y The Huffington Post. "France's Hollande Orders Borders Closed, Paris Under First Mandatory Curfew Since 1944", en 13 nov. 2015. Disponible en:

<http://www.huffingtonpost.com/entry/hollande-attacks-borders-curfew_us_56467d29e4b045bf3def3699>. Acceso en 24 mar 2017.

REX, John. *Problemas fundamentales de la teoría sociológica*, Buenos Aires, Amorrortu, 1985.

REINARES, Fernando. *Terrorismo global*. Madrid: Taurus, 2003.

REINARES, Fernando. *Conceptualizando el terrorismo internacional*. Real Instituto Elcano de Estudios Internacionales y Estratégicos. Madrid, 1 jul. 2005. Disponible en: <http://www.realinstitutoelcano.org/wps/portal/rielcano/Imprimir?WCM_GLOBAL_CONTEXT=/elcano/Elcano_es/Zonas_es/ARI%2082-2005>. Acceso en: 04 de jul. 2016.

RICHTER, Ingo; SCHUPPERT, Gunnar Folke. *Casebook Verfassungsrecht*. 3. ed. München, 1996.

RÍOS MARTÍN, Julián Carlos; SÁEZ RODRÍGUEZ, María Concepción. "Del origen al fin de la doctrina Parot.", *InDret. Revista para el Análisis del Derecho*, n. 3/2014, Barcelona, Julio, 2014.

RODILLA GONZÁLEZ, Miguel Ángel. *Teoría de las normas: II - las normas jurídicas* (apuntes de clase facilitados por el profesor), en: *Teoría de las normas en su aplicación al Derecho penal* (asignatura), Máster en Derecho penal, Universidad de Salamanca, Salamanca, 2011.

RODRIGUEZ MOURULLO, Gonzalo. "Delito imposible y tentativa de delito en el Código penal español", en *Anuario de Derecho penal y Ciencias Penales*, 1971, núm. 2, pp. 369-389.

ROMERO, Anthony D., "Access to justice in the War on Terror", in: AA. VV. *Confronting Terror: 9/11 and the Future of American National Security. Essays by leading voices in Law and Policy*. REUTER, Dean; YOO, John; (Eds.) New York/London, Encounter Books, 2011.

ROMERO, José Manuel. "Cuatro atentados simultáneos causan una matanza en trenes de Madrid", en: *El País*, Madrid, n. ° 9.779, 11 de marzo de 2004.

ROUANET, Sérgio Paulo. *Mal-estar na modernidade*. São Paulo: Cia. das Letras, 1993.

ROSS, Brian; ESPOSITO, Richard. "CIA's Harsh Interrogation Techniques Described". *ABC News*. 18 November 2007. 17 abr. 2009. Disponible en: <<http://abcnews.go.com/Blotter/Investigation/story?id=1322866>>, consultado el 12 oct. 2016.

ROSSEAU, Jean-Jacques. *El Contrato social: ó sea principios del derecho político* por J.J. Rousseau; traducido del francés, Barcelona, en la Imprenta de los Herederos de Roca, 1836

ROXIN, Claus, *Derecho penal*, Parte General, Traducción Diego-Manuel Luzón Peña, Miguel Díaz y García Conlledo, Javier de Vicente Remesal, tomo I, Civitas, Madrid, 1997.

ROXIN, Claus. *Política criminal y sistema del Derecho penal*. Hammurabi, Buenos Aires, 2000.

SACK, Fritz. "El Derecho penal del enemigo, ¿un camino hacia una política criminal diferente?", en: VV. AA. *Cuadernos de Doctrina y Jurisprudencia Penal*. Criminología 4, Buenos Aires: Ad Hoc, 2007, pp. 128-158.

SAFIRE, William. *Safire's Political Dictionary*. Oxford University Press, 2008. p. 795.

SALGADO, Joaquim Carlos. *A idéia de justiça em Kant: seu fundamento na liberdade e na igualdade*. 2ed. Belo Horizonte: UFMG, 1995.

SÁNCHEZ, Rosalía. "Un millar de hombres acosaron sexualmente y robaron a decenas de mujeres en Colonia durante Nochevieja" / EFE Berlín. ABC internacional. Disponible en: http://www.abc.es/internacional/abci-millar-hombres-acosaron-sexualmente-y-robaron-decenas-mujeres-colonia-durante-nochevieja-201601050945_noticia.html, acceso en 12 abril 2017.

SÁNCHEZ YLLERA, Ignacio. "Dudas razonables la declaración de los coimputados." En: *Revista xurídica galega*, n.º. 50, 2006, pp. 13-33.

SANTOS, Boaventura de Sousa. *Gramática do Tempo: para uma nova cultura política*. São Paulo, Cortez, 2006,

SANTOS, Boaventura de Sousa (org.). *Semear outras soluções: os caminhos da biodiversidade e dos conhecimentos rivais*. Col. Reinventar a emancipação social para novos manifestos; vol. 4. Rio de Janeiro, Civilização Brasileira, 2005.

SANTOS, Boaventura de Sousa. *Pela mão de Alice. O Social e o político na pós-modernidade*. 7ª edição, Edições Afrontamento, 1994.

SANZ MULAS, Nieves. "De las libertades del Marqués de Beccaria, al todo vale de Günter Jakobs. El fantasma del enemigo en la legislación penal española." "En: *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología* (en línea). 2012, núm. 1410, p. 10:1- 10:29. Disponible en internet: <http://criminnet.ugr.es/recpc/14/recpc14-10.pdf>, ISSN 1695-0194 [RECPC 14-10 (2012), 15 oct]

SCHMITT, Carl. *El concepto de lo político* (1927), Buenos Aires: Folios, 1984.

SCHMITT, Carl. *El concepto de lo político* (1932), con un Prólogo y tres. Corolarios de Carl Schmitt. Traducido por Dénes Martos, Katariche, 1963.

SCHMITT, Carl. *Teoría del partisano*, Madrid, Instituto de Estudios Políticos, 1966.

SCHÖNECKER, Dieter. "Kant, sobre a possibilidade de deveres para consigo mesmo (Tugendlehre §§ 1 – 3)", en: *Studia Kantiana*, n. 10, año 2010, ISSN 1518-403X, pp. 27-50,

SCHÜNEMANN, Bernd, *Cuestiones básicas del Derecho penal en los umbrales del tercer milenio*, Idemsa, Lima, Peru, 2006.

SCHÜNEMANN, Bernd. *El Derecho penal es la ultima ratio para la protección de bienes jurídicos: sobre los límites inviolables del Derecho penal en un Estado liberal del derecho*. Bogotá: Universidad Externato de Colombia, 2007.

SERRANO MAÍLLO, Isabel. “El derecho a la libertad de expresión en la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derecho Humanos: dos casos españoles” En: *Revista Teoría y Realidad Constitucional*, UNED, núm. 28, 2011, pp. 579-596.

SERRETTI, André Pedrolli. “A Construção do conceito de ordem pública no direito processual penal: análise de um fundamento da custódia cautelar”, en: *De jure: Revista Jurídica do Ministério Público do Estado de Minas Gerais*. Belo Horizonte: Ministério Público do Estado de Minas Gerais, v. 14, n. 24, jan.-jun. 2015, pp. 181-195.

SERRETTI, André Pedrolli. “A Teoria do Garantismo Penal e a Constituição da República: Um Estudo sobre a Legitimidade da tutela Penal Estatal”, *Revista Jurídica da Presidência da República*, Brasília, Vol. 12, n. 97, Jun/Set 2010, pp. 228 a 257.

SERRETTI, André Pedrolli. “A religião e a ordem social – breves considerações”. *Revista Espaço Acadêmico*, n. 111, 2010, pp. 26–35.

SERRETTI, André Pedrolli. “Crise do Pacto Social - Contribuições do Funcionalismo Penal Sistêmico às Funções Estatais”. In: *De Jure*, Belo Horizonte, v. 15, 2010, p. 532-549.

SERRETTI, André Pedrolli. “Funcionalismo Penal, Teoria de Sistemas e Direito Penal do Inimigo.” in: *Anais do XIX Congresso Nacional do Conselho Nacional de Pesquisa e Pós-Graduação em Direito*. Florianópolis/SC: Fundação Boiteux, 2010. p. 10768-10794

SERRETTI, André Pedrolli. “La sociología del Derecho penal del enemigo”, en *Revista General de Derecho penal*, Iustel, n.º. 14, Madrid, 2010.

SERRETTI, André Pedrolli. “O fundamento moral da Teoria do Direito em Kant”. In: *Âmbito Jurídico*, Rio Grande, XIII, n. 74, mar 2010. Disponible en: <http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=7434>. Acceso en febrero de 2017.

SHAKESPEARE, William. *Hamlet*. México D.F., Editores Mexicanos Unidos, 2010.

SILVA SÁNCHEZ, Jesús-María. *La expansión del Derecho penal: aspectos de la política criminal en las sociedades postindustriales*, 2ª ed., Madrid, Civitas Ediciones, 2001.

SLABY, R.J.; GROSSMANN, R.; ILLIG, C. *Diccionario de las lenguas española y alemana*, vol. II, Barcelona, Editorial Herder, 1989.

SOARES, Mário Lúcio Quintão. *Teoria do Estado*. O substrato clássico e os novos paradigmas. Belo Horizonte: Del Rey, 2001.

SOLOZÁBAL ECHEVERRÍA, Juan José. “Algunas cuestiones básicas de la teoría de los derechos fundamentales”, Madrid. En: *Revista de Estudios Políticos*, Centro de Estudios Constitucionales, n.º 71 enero-marzo, 1991.

SPINK, Mary Jane P.; MEDRADO, Benedito; MELLO, Ricardo Pimentel. Perigo, probabilidade e oportunidade: a linguagem dos riscos na mídia. *Psicologia: Reflexão e Crítica*, Porto Alegre, v. 15, n. 1, 2002. Disponível em <http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0102-79722002000100017&lng=pt&nrm=iso>. Acesso em 13 jul. 2012.

STAMFORD DA SILVA, Artur. “A teoria dos sistemas de sentido de Niklas Luhmann e a epistemologia jurídica”. in: AA. VV. *Sociedade, Direito e Decisão em Niklas Luhmann. Congresso Internacional em Homenagem a Cláudio Souto*, Recife. Editora Universitária, 2009, pp. 110-130.

STAMFORD DA SILVA, Artur. *Dez lições sobre Niklas Luhmann*. Petrópolis: Vozes, 2016.

TAVARES, Juárez E.X., *Bien jurídico y función en Derecho penal*, trad. de Mónica Cuñarro, Hammurabi, Buenos Aires, 2004.

TEALDI, J. C., (dir.), *Diccionario latinoamericano de bioética*, Unesco-Universidad Nacional de Colombia, Bogotá, 2008,

The Economist. Intelligence Unit, *Democracy Index 2015*. Democracy in an age of anxiety. A report by The Economist Intelligence Unit. Disponible en: <http://www.yabiladi.com/img/content/EIU-Democracy-Index-2015.pdf>, consultado el 23 feb. 2017.

TIEDEMANN, Klaus, “Responsabilidad Penal de Personas Jurídicas y Empresas en el Derecho Comparado”, in: *Coleção Temas Atuais de Direito Criminal*, v. 2, São Paulo : Revistas dos Tribunais, 1999.

TRINDADE, André. *Para entender Luhmann: e o direito como sistema autopoiético*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008

TRUCCONE BORGOGNO, Santiago. “Delitos acumulativos ambientales: una aproximación desde el republicanismo”, en: *Revista de Derecho Ambiental de la Universidad de Palermo*, pp. 59-98, Año II, n. 2, Noviembre de 2013.

TV Jornal. "Chaval es arrestado por latrocinio en Jaboatão y dice sentir placer en matar" ". Recurso de video presente en: <<https://www.youtube.com/watch?v=pah5TfILOmk>>, publicado en 16 de out de 2014, acceso en 19.11.2016.

UNIÓN EUROPEA. Tratado de la Unión Europea y del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea, Roma, 1957, *Diario Oficial* n° C 326 de 26/10/2012 p. 0001 – 0390.

UNIÓN EUROPEA. Consejo de la Unión Europea. Decisión Marco 2008/913/JAI del Consejo, de 28 de noviembre de 2008, relativa a la lucha contra determinadas formas y manifestaciones de racismo y xenofobia mediante el Derecho penal, *Diario Oficial de la Unión Europea*, Legislación, Año 51, 6 de diciembre de 2008, L 328.

UNIÓN EUROPEA. Consejo de la Unión Europea. Decisión marco del Consejo relativa a la lucha contra determinadas formas y manifestaciones de racismo y xenofobia. Sesión n.º 2794 del Consejo. Justicia y Asuntos de Interior. Luxemburgo, 19 y 20 de abril de 2007, p. 23 y ss.

UNIÓN EUROPEA. Tratado de Lisboa por el que se modifican el Tratado de la Unión Europea y el Tratado constitutivo de la Comunidad Europea, firmado en Lisboa el 13 de diciembre de 2007. *Diario Oficial de la Unión Europea*. C 306. Año 50, 17 de diciembre de 2007.

UNIÓN EUROPEA. Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea. *Diario Oficial de la Unión Europea*, año 55, C 326, 26 de octubre de 2012.

UNIÓN EUROPEA. Tribunal Europeo de Derechos Humanos. (Caso Zana contra Turquía) Sentencia 18954/91, de 25 de noviembre de 1997.

UNIÓN EUROPEA. Tribunal Europeo de Derechos Humanos. (Caso Del Río Prada contra España) Demanda n 42750/09, de 21 de octubre de 2013.

United Nations Framework Convention on Climate Change - KYOTO PROTOCOL - STATUS OF RATIFICATION - Last modified on: 14 January 2009. Disponible en: <http://unfccc.int/files/kyoto_protocol/status_of_ratification/application/pdf/kp_ratification.pdf>, acceso en 26/08/2016.

URTEAGA, Eguzki. “La teoría de sistemas de Niklas Luhmann”, *Contrastes. Revista Internacional de Filosofía*, vol. XV (2010), pp. 301-317. ISSN: 1136-4076. Málaga (España).

VENOSA, Sílvio de Salvo. *Direito civil*. 3.ed. São Paulo: Atlas, 2003.

VILLALOBOS BADILLA, Kevin Johan, *El Derecho humano al Libre Desarrollo de la Personalidad*, Universidad de Costa Rica Facultad de Derecho Sede de Occidente, San Ramón, Costa Rica, 2012 (Tesis).

VILLAVERDE MENÉNDEZ, Ignacio. “La resolución de conflictos entre derechos fundamentales. El principio de proporcionalidad”, En: AA.VV. *El principio de proporcionalidad y la interpretación constitucional*. CARBONELL, Miguel (editor). Ministerio de Justicia y Derechos Humanos. Quito, 2008. pp. 175-188.

VILLEY, Michel. *Estudios en torno a la noción de derecho subjetivo*. Valparaíso, Ediciones Universitarias de Valparaíso, 1976.

VON KIRCHMANN, Julius Hermann. *La jurisprudencia no es ciencia. El carácter a-científico de la llamada ciencia del derecho* (1847), traducción de Antonio Truyol y Serra, 2ª edición, Instituto de Estudios Políticos, Madrid, 1961.

VON KIRCHMANN, Julius Hermann. *La jurisprudencia no es ciencia. El carácter a-científico de la llamada ciencia del derecho* (1847), Lima, Instituto Pacífico, 2015.

VON LISZT, Franz. *La idea de fin en Derecho Penal* (1882). Valparaíso, Edeval, 1984.

- VON LISZT, Franz. *Tratado de Direito Penal Alemão*. Tomo I. Trad: José Higino Duarte Pereira, Campinas: Russel Editores, 2003.
- VON LISZT, Franz. *Tratado de Derecho penal*. 18. ed. Trad. Quintiliano Saldaña. Madrid, Hijos de Reus, 1914. Vol.1.
- VON SCHMITTER, Elke; SCHREIBER, Mathias. “Wir brauchen viele Götter”, in: *Der Spiegel*, 09/2003, Hamburg.
- WEBER, Max. *Economía y Sociedad*, México D. F., Fondo de Cultura Económica, 1944.
- WELZEL, Hans. *Introducción a la Filosofía del Derecho*, Aguilar, Madrid, 1971.
- WITTE, Griff. "Afghanistan War". Encyclopædia Britannica. *Encyclopædia Britannica Online*, 2016. Web. 12 fev. 2016 <<http://www.britannica.com/event/Afghanistan-War>>. Consultado en 20 de febrero de 2016.
- YOO, John; “Interrogation”, in: AA. VV. *Confronting Terror: 9/11 and the Future of American National Security. Essays by leading voices in Law and Policy*. REUTER, Dean; YOO, John; (Eds.) New York/London, Encounter Books, 2011, pp. 157-172.
- YOO, John. “Commentary: Behind the ‘torture memos’”. *San Jose Mercury News*. University of California, Berkeley, 5 January 2005. Disponible en: <http://www.berkeley.edu/news/media/releases/2005/01/05_johnyoo.shtml>, Consultado el 21 abr. 2017.
- ZAIBERT, Leo. “Política, ciudadanía y liberalismo: El Derecho penal sin penas.” En: CANCIO MELIÁ, Manuel; GÓMES JARA-DÍEZ. *Derecho penal del Enemigo*, Buenos Aires, Editorial B de F, 2006, vol. 2, pp. 1149-1173.
- ZAFFARONI, Eugenio R., ALAGIA, Alejandro, SLOKAR, Alejandro, *Derecho penal. Parte general*, Ediar, Buenos Aires, 2000.
- ZAFFARONI, Eugênio Raúl. ALAGIA, Alejandro. SLOKAR, Alejandro W. *Derecho Penal: Parte general*. 2ª ed., Buenos Aires, Ediar, 2002.
- ZAFFARONI, Eugenio Raúl. *El enemigo en el Derecho penal*, Ediar Sociedad Anónima, 2006.
- ZAFFARONI, Eugenio Raúl. *En busca de las penas perdidas – deslegitimación y dogmática jurídico-penal*. Buenos Aires: Ediar Sociedad Anónima, 1998.
- ZAFFARONI, Eugenio Raúl. *O inimigo no Direito Penal*. Trad. S. Lamarão. 2. ed. Rio de Janeiro: Revan, 2007.
- ZIMMERMAN, Carle C. *Family and Civilization*. Edited by James Kurth. Wilmington, DE: ISI Books, 2008

ZIPPELIUS, Reinhold. *Teoria Geral do Estado*. Tradução de António Cabral de Moncada, Lisboa, Fundação Calouste Gulbenkian, 1974.

ZORZI, Renzo. *Cesare Beccaria. Drame della Giustizia*, Milano, Mondadori, 1995.

ZÚÑIGA RODRÍGUEZ, Laura. *Criminalidad organizada y sistema de Derecho penal*. Contribución a la determinación del injusto penal de organización criminal. Granada, Comares, 2009.

ZÚÑIGA RODRÍGUEZ, Laura. *Política Criminal*. Madrid, Colex, 2001.

CONTRAPORTADA

Si queremos comprender mejor la realidad social debemos tener en cuenta la posibilidad de expandir los horizontes hacia donde el humanismo no nos permite llegar, e identificar la posibilidad de observar relaciones sociales más allá de lo visible a los ojos y lo tangible a las manos del hombre. Aunque se niegue de forma perentoria cualquier posibilidad de justificación de un Derecho penal del enemigo (lo que casi todos que se han dedicado a estudiar el tema lo hacen), hay que reconocerse que el enemigo, el individuo que presenta las características informadas por Jakobs (desprecio total por el derecho y conducta social nociva de grave entidad) existe de hecho. No se puede negar que existen, en nuestras sociedades, seres humanos imputables que están comprometidos en un grado tan alto de satisfacción de sus propios intereses que están dispuestos a practicar todos los tipos de violaciones graves de derechos fundamentales, con finalidades exclusivamente egoístas. Sea el alto cargo corrupto y cleptócrata de una democracia débil, el violador habitual de niños, el terrorista yihadista suicida infiltrado en Europa, *il capo dei capi* de una organización mafiosa transnacional o el organizador de una red internacional de trata de personas para la esclavitud sexual y extracción de órganos, todos estos individuos reales, que no sólo se quedan en el plan de la imaginación literaria de los responsables de los medios de comunicación, tienen algo en común: el real y total desprecio por los presupuestos más básicos de civilidad de nuestras sociedades y una predisposición inicial de permanencia en dicha situación. Lo que quiero decir es que el criminal descrito por Jakobs como enemigo existe. No se le puede negar existencia. Ignorar esta realidad, o suponer que el Derecho penal dicho “clásico” (diseñado desde el tipo penal de homicidio y tendiente a la maximización de garantías) resuelve satisfactoriamente estos problemas (lo que también hace la mayoría de los investigadores del tema), es aún peor: de un lado, puede dar lugar a una protección débil a los derechos fundamentales gravemente violados por las conductas citadas y, de otro, permite reacciones a veces desmesuradas o irracionales, de una entidad aún más grave que la propia conducta criminal, por parte del Estado (véase, por ejemplo, lo que pasaría si el uso del *waterboarding* en los *extrajudicial prisoners* en los EEUU, en un contexto de guerra, pasa a ser utilizado en tiempos de normalidad institucional, en el seno del Derecho penal ordinario o del ciudadano), respuesta a la célebre pregunta del neokantiano Radbruch, si necesitamos de “un Derecho penal mejor” o “algo mejor que el Derecho penal” en relación con los fenómenos citados, es el problema central de la política criminal de hoy, al cual este trabajo pretende aportar algunas ideas y sugerencias que pueden ser útiles en su resolución.