

Universidad Nacional de La Matanza

Dpto. de Derecho y Ciencia Política

Código: D-021

Título del Proyecto: “Derecho penal del ciudadano versus derecho penal del enemigo. Un análisis de los presupuestos filosóficos de la teoría penal de Günther Jakobs”

Programa de Investigación: PROINCE

Director del Proyecto: Mizrahi, Esteban Federico

Integrantes del Proyecto: Di Leo Razuk, Andrés; D’Ascenzo, Martín Horacio; Bonomo, Alejandro Martín; Pareta, Mariela Eve.

Fecha de inicio: 2012/01/01

Fecha de finalización: 2013/12/31

Resumen: En las últimas décadas el Derecho Penal ha debido enfrentar múltiples desafíos producto de la creciente complejidad que fueron adoptando las redes de crimen organizado, el narcotráfico y el terrorismo internacional. Asimismo, las nuevas posibilidades tecnológicas han habilitado toda una gama de delitos contra la seguridad del Estado frente a las cuales el Derecho Penal también ha debido reaccionar. Como consecuencia de su reacción específica se verifica un aumento de la tensión entre dos tendencias que le son propias, a saber: optimizar la protección de bienes jurídicos, por un lado, y garantizar el pleno ejercicio de las libertades personales, por el otro. Estas variaciones en la legislación penal fueron consolidando lo que hoy se denomina el paradigma de la prevención. En ese marco, Günther Jakobs introdujo la distinción entre un derecho penal del ciudadano y un derecho penal del enemigo, como dos polos o tendencias que se verifican en un mismo contexto jurídico-penal dentro del Derecho Penal contemporáneo. Este enfoque teórico fue exhaustivamente discutido en sus aspectos jurídico-penales pero no en lo que hace a sus presupuestos filosóficos. Esto resulta muy llamativo, sobre todo si se tiene en cuenta que filósofos clásicos como Hobbes, Rousseau, Kant, Fichte o Hegel, o bien teóricos sociales contemporáneos como Mead, Parsons o Luhmann aparecen profusamente citados en sus obras y sus aportes teóricos son incorporados en el plano de la fundamentación. En nuestro medio, esta desatención de los aspectos filosóficos de la teoría penal de Jakobs ha contribuido, en parte, a la proliferación de una serie de confusiones y malos entendidos a la hora de considerar la aplicación práctica de la distinción entre un Derecho Penal del Ciudadano y un Derecho Penal del Enemigo, cuyas aristas presentan claros rasgos filosóficos.

Palabras claves: derecho penal, ciudadanía, enemigo, Estado, terrorismo

Área de conocimiento: Derecho y Jurisprudencia

Código de Área de Conocimiento: 4100

Disciplina: Filosofía del Derecho

Código de Disciplina: 4120

Otras instituciones intervinientes en el Proyecto: El Seminario de Filosofía del Derecho y el Instituto de Derecho Penal de la Universidad de Bonn.

Título del Proyecto: “Derecho penal del ciudadano versus derecho penal del enemigo. Un análisis de los presupuestos filosóficos de la teoría penal de Günther Jakobs”

Resumen: El objetivo de la investigación fue dar cuenta de discusiones filosóficas relevantes que operan como trasfondo de la propuesta jakobsiana. En las últimas décadas el Derecho Penal ha debido enfrentar múltiples desafíos producto de la creciente complejidad que fueron adoptando las redes de crimen organizado, el narcotráfico y el terrorismo internacional. En ese marco, Günther Jakobs introdujo la distinción entre un derecho penal del ciudadano y un derecho penal del enemigo, como dos polos o tendencias que se verifican en un mismo contexto jurídico-penal dentro del Derecho Penal contemporáneo. Este enfoque teórico fue exhaustivamente discutido en sus aspectos jurídico-penales pero no en lo que hace a sus presupuestos filosóficos. La investigación se nutrió de la consulta de bibliografía especializada, reuniones de investigación, jornadas de intercambio académico y asistencia a reuniones científicas. Como resultado del trabajo realizado se ha publicado un libro, y se produjeron artículos publicados y a publicar en revistas científicas.

Palabras claves: derecho penal, ciudadanía, enemigo, Estado, terrorismo

INFORME FINAL

Estado, derecho penal y terrorismo transnacional

**Un análisis a partir de los presupuestos filosóficos
de la teoría penal de Günther Jakobs**

Índice

Introducción.....	6
Desarrollo.....	9
1. Estado, pena y seguridad ciudadana.....	10
2. La función del derecho en sociedades complejas (Niklas Luhmann).....	22
3. El funcionalismo penal de Günther Jakobs.....	29
4. Reacción penal del Estado frente al terrorismo	49
5. El derecho penal del enemigo de Günther Jakobs.....	59
Conclusiones.....	85
Bibliografía.....	90
Producción científico-tecnológica.....	98
Anexo.....	100

Introducción

En las últimas décadas el derecho penal ha debido enfrentar múltiples desafíos producto de la creciente complejidad que fueron adoptando las redes de crimen organizado, el narcotráfico y el terrorismo internacional. Asimismo, las nuevas posibilidades tecnológicas han habilitado toda una gama de delitos contra la seguridad del Estado frente a las cuales el derecho penal también ha debido reaccionar. Como consecuencia de su reacción específica se verifica un aumento de la tensión entre dos tendencias que le son propias, a saber: optimizar la protección de bienes jurídicos, por un lado, y garantizar el pleno ejercicio de las libertades personales, por el otro. Estas variaciones en la legislación penal fueron consolidando lo que hoy se denomina el paradigma de la prevención o neopunitivista. En ese marco, Günther Jakobs introdujo la distinción entre un derecho penal del ciudadano y un derecho penal del enemigo, como dos polos o tendencias que se verifican en un mismo contexto jurídico-penal.

En nuestro medio, la desatención respecto de los aspectos filosóficos de la teoría penal de Jakobs ha contribuido, en parte, a la proliferación de una serie de confusiones y malos entendidos a la hora de considerar la distinción entre un derecho penal del ciudadano y un derecho penal del enemigo, cuyas aristas deben ser pensadas en términos filosóficos no sólo porque el jurista alemán se vale de los aportes realizados por los pensadores más relevantes de la tradición moderna de pensamiento político sino porque involucra interrogantes filosófico-político tales como los siguientes: ¿Cuáles son los límites de la reacción penal del Estado? ¿Expresa el derecho penal los límites de la tolerancia ciudadana en un estado de derecho? ¿Puede el Estado castigar legítimamente a una persona por acciones que aún no han tenido lugar? Y en caso de que así sea, ¿sobre qué presupuestos? ¿Todo ser humano por el mero hecho de serlo debe ser considerado persona por el Estado? ¿Tiene el Estado obligaciones con individuos que no están normativamente vinculados con su horizonte jurídico? En ese caso, ¿cuál es la fuente de legitimidad de dichas obligaciones? ¿Qué sentido tiene la introducción de legislación penal dirigida especialmente a penar el accionar de aquellos individuos que no lo están?

El intento de esclarecer estos interrogantes en la obra de Jakobs nos condujo a problematizar el rol del Estado, en tanto estado de derecho democrático, en lo que concierne a su reacción jurídico-penal específica frente al fenómeno del terrorismo transnacional. El punto de partida que guió la presente investigación ha sido la hipótesis de que la transformación contemporánea del rol del Estado en occidente da lugar a una reacción significativa en materia de normativa penal y esto impulsa una profunda reformulación de las teorías de la pena para explicar la emergencia de nuevos tipos delictivos. Dicha reformulación intenta dar cuenta de una tensión presente en la teoría penal entre dos valores centrales que organizan tanto el sentido como la función social de la pena: proteger la libertad individual, por un lado, y resguardar la seguridad de la comunidad, por el otro. A esta necesidad responde la introducción de la distinción entre un derecho penal del ciudadano y un derecho penal del enemigo en la obra de Jakobs.

La exposición del desarrollo se articula de la siguiente manera. En primer lugar, se analiza la vinculación entre Estado, pena y seguridad ciudadana propuesta por el pensamiento moderno para exhibir de qué modo la crisis contemporánea de la soberanía estatal expresa la necesidad de un nuevo marco teórico para explicar la renovada vinculación entre estos términos. En segundo, se presenta el modelo elaborado por Niklas Luhmann para dar cuenta del rol del derecho en las complejas sociedades contemporáneas. En tercer lugar, se introducen los desarrollos penales específicos que propone Günther Jakobs desde un enfoque funcionalista. Esto supone dar cuenta de la relectura y apropiación crítica que Jakobs realiza no sólo de la sociología de Luhmann sino también de la filosofía prácticas de Kant. En cuarto término, se aborda el tratamiento del terrorismo transnacional como un fenómeno que permite evaluar los límites y presupuestos de la reacción penal del Estado en la actualidad. En quinto lugar, se aborda la teorización jakobsiana del derecho penal del enemigo y se expone su lectura crítica del pensamiento de Hobbes. Finalmente, se esbozan a modo de conclusiones algunas respuestas tentativas a las preguntas inicialmente planteadas.

Desarrollo

1. Estado, pena y seguridad ciudadana

No es difícil constatar que no hay Estado sin derecho, ni estado de derecho sin derecho penal. Y si bien tanto el derecho en general como el derecho penal en particular son mucho más antiguos que el Estado en su concepción moderna, no es menos cierto que en occidente su vinculación ha sido tan estrecha que hoy resulta casi imposible pensarlos de manera independiente. Sobre todo porque la estructura estatal, entendida como un ordenamiento socio-político que reclama para sí el monopolio de la dominación en un territorio determinado, no puede desvincularse de la pretensión de administrar justicia en ese territorio ni de fundamentar la legitimidad de su ejercicio punitivo.

En efecto, los politólogos alemanes Philipp Genschel y Bernhard Zangl observan que en la literatura científica contemporánea aún es frecuente definir al Estado como “una institución que se especializa en ejercer la dominación política en un territorio determinado. ‘Dominación’ significa aquí la capacidad para, primero, tomar decisiones colectivamente vinculantes (competencia decisoria), segundo, plasmar estas decisiones con medio organizativos adecuados (competencia organizativa) y, tercero, que ellas pueden ser justificadas normativamente de modo que en gran medida encuentren la adhesión libre y voluntaria de los sujetos de dominación (capacidad legitimatoria)” (Genschel/Zangl 2008, 431-432).

Los autores reconocen que esta definición nunca se ajustó a la realidad efectiva de los así llamados “estados fallidos” (*failed states*)¹ y que refleja cada

1

En términos de Daniel Thürer puede afirmarse que “los “estados fallidos” existentes en la actualidad son esencialmente Estados del tercer mundo que han sido afectados por tres factores geopolíticos: - el final de la guerra fría, en la cual las dos superpotencias a menudo habían sostenido artificialmente en el poder a regímenes con raíces poco profundas conservándolos como aliados potenciales a través del suministro de armas o mediante estructuras de poder con base ideológica que mantuvieran por la fuerza la unidad del Estado intacta; - la herencia de regímenes coloniales que habían durado lo

vez menos la realidad de los estados desarrollados occidentales. Sin embargo, sigue pareciendo plausible y hasta obligatoria porque expresa la ambición institucional que forjó el desarrollo del Estado en los países occidentales hasta el apogeo del Estado benefactor en la segunda mitad del siglo XX. Esto es: la ambición de concentrar en sus manos no sólo los medios materiales para la dominación política sino también los discursos legitimatorios, en especial, los referidos al ejercicio punitivo.

Los términos “legitimidad” y “legitimación” refieren, sin embargo, a fenómenos distintos.² El primero señala un rasgo característico de la dominación política: así como se dice que el ejercicio del poder político puede ser violento o pacífico, consensuado o despótico, también se afirma que puede ser legítimo o ilegítimo. El segundo, por el contrario, indica el proceso mediante el cual un modo determinado de dominación llega a estar legitimado (Hennis 1976). De este modo, las condiciones de validez de la legitimidad pueden ser establecidas *a priori* y se enfrenta a un arco de problemas fundamentalmente teóricos; mientras que, por el contrario, las condiciones de facticidad de la legitimación son siempre *a posteriori* y los problemas que se discuten en torno a este concepto están vinculados con la praxis, es decir, con el modo en que los hombres mediante diversos procesos históricos hacen suyas determinadas pautas públicas de comportamiento, que incluso pudieran estar establecidas de ante mano por un determinado régimen constitucional.

Después de la Independencia de EE.UU. y a partir de que los diversos países de Europa, tras la Revolución Francesa, asumieran como modo característico de organización política distintas variables constitucionales de Estado-nación, esta estructura devino “un modelo emancipador potencialmente

suficiente como para destruir las estructuras sociales tradicionales pero no tanto como para reemplazarlas por estructuras constitucionales occidentales y una identidad efectiva como nuevo Estado; y por último, - procesos generales de modernización que alentaron la movilidad social y geográfica pero que no fueron contrarrestados por procesos de construcción de una nación capaz de colocar al Estado sobre una base firme” (Thürer 1999).

² Esta distinción terminológica es introducida por Wilhelm Hennis en su artículo “Das Legitimationsproblem im Modernen Staat” (Hennis 1976) y tiene como finalidad criticar las tesis principales de Jürgen Habermas en *Legitimationsprobleme im Spätkapitalismus* (Habermas 1973).

universalizable” (Morin 1994, 452). Desde entonces las dificultades propias de la subjetividad moderna fueron reducidas, en el plano de la teoría política, al problema de cómo articular del mejor modo posible identidad individual e identidad colectiva. Problema que así quedó instalado en el centro del debate jurídico-normativo

Las causas a que ello obedece, aunque responden a múltiples factores difícilmente reseñables en este contexto, aparecen, no obstante, indicadas ya en la fórmula Estado-nación. Esta expresión enuncia sintéticamente la tensión presente en dicha estructura jurídico-política. Aquí aparecen reunidas dos tendencias contrapuestas: por una parte, la tendencia universalista expresada en el concepto constitucional de Estado, garante de los derechos subjetivos individuales; y por la otra, la vocación particularista destacada en el concepto de nación, núcleo simbólico que pretende estrechar lazos de fidelidad con determinada tradición o linaje. Si el primer elemento intenta protagonizar una ruptura radical con el pasado político, es decir, con el *ancien régime*; el segundo, por el contrario, pretende establecer vínculos solidarios con elementos normativos del pasado que el primero rechaza. Si aquel parece liberar la capacidad de actuar del individuo, sujetándolo tan sólo a reglas racionales de acción que él mismo debería auto-imponerse para ser verdaderamente libre; éste, en cambio, parece fijar su obrar a valores tradicionalmente aceptados que, precisamente por ello, deben observarse sin necesidad de revisar su corrección normativa.

Sin embargo, aun cuando resulte paradójico, estas tendencias antagónicas muestran también ser complementarias en la medida en que la dimensión del mito, propia de la nación, lejos de ser un elemento contingente en la conformación del Estado, constituye por el contrario “el cemento necesario a toda sociedad y, en la sociedad compleja, es el único antídoto a la atomización individual y al desencadenamiento destructor de los conflictos” (Morin 1994, 456-457). En este sentido, puede afirmarse también que la constitución de la nación responde conceptualmente a los requerimientos propios del Estado moderno, aun cuando históricamente haya habido casos, no muchos

ciertamente y en América ninguno, en que una nación preexistente se organizara jurídicamente en el marco de un Estado.

La tensión semántica presente en la fórmula Estado-nación puede ser interpretada, entonces, como un reflejo lingüístico de la tensión constitutiva implícita en esta estructura política que la modernidad ha impulsado hasta imponer su casi total hegemonía.³ Para hacerlo tuvo que elaborar distintas teorías del poder legítimo que intentaran sortear la brecha abierta entre una identidad individual emancipada y una identidad colectiva que, en principio, requiere ser construida y justificada. Porque una vez disueltos los lazos tradicionales, los individuos son reconocidos por sí mismos más allá de su inscripción en algún colectivo determinado. Pero este desarrollo, como advierte tempranamente Hobbes, lejos de dar paso a un mundo deseable pronto se transforma en un escenario aterrador, si el Estado no logra monopolizar en manos del soberano el ejercicio de la violencia. En una sociedad de individuos libres e iguales la distribución anárquica del poder genera un estado de inseguridad absoluta, del que sólo es posible salir con el monopolio de la violencia en manos de un soberano. Así, “al monopolizar todos los poderes políticos, el Estado absoluto *libera a los individuos* del miedo y les permite existir libremente en la esfera privada” (Castel 2004, 20).

En tal sentido, tanto las modernas teorías iusnaturalistas, de Hobbes a Locke y de Rousseau a Kant, como las diversas corrientes de pensamiento historicista, de Montesquieu a Hegel y de Herder a von Savigny, pueden ser enmarcadas

³ Siguiendo los desarrollos de Charles Taylor es posible afirmar que en las diferentes variables constitucionales de Estado-nación convergen dos principios antagónicos, pero igualmente originarios, de la modernidad política. Se trata, por un lado, del principio organizador de la política del universalismo que destaca la igual dignidad de todos los ciudadanos y conlleva la igualación correspondiente de títulos y derechos; y por el otro, de aquel principio que articula la política de la diferencia, para el cual tanto los agentes individuales como colectivos tienen el mismo derecho a modelar su propia identidad. Taylor explica que ambos principios entran en conflicto porque suponen interpretaciones diversas de lo que significa la “igualdad de respeto”. Según la política del universalismo “el principio de igual respeto requiere que tratemos a la gente de una manera ciega a la diferencia; mientras que para la política de la diferencia, por el contrario, respetar a alguien significa reconocer su singularidad y fomentarla. Si los partidarios de la primera critican a esta última por violar el principio de no-discriminación; los seguidores de la segunda sostienen que los principios de justicia que sustenta el universalismo no sólo no son ciegos a la diferencia sino que, en realidad, privilegian de hecho a la cultura hegemónica (Taylor 1989, 82-85).

en el intento común de establecer un fundamento a la dominación estatal, según modelos variados de identidad política que armonizaran de uno u otro modo la relación entre aquellos otros dos tipos de identidad.

Esto se pone de manifiesto cuando se analizan los propósitos generales de la pena en relación con las diversas concepciones de la soberanía estatal. En el marco de un Estado absolutista, por ejemplo, donde el poder opera como fuente de derecho, se trata de conseguir con la pena el máximo de intimidación posible tanto en el momento de su sanción como en el de su aplicación. Por el contrario, en un estado de derecho democrático donde, a la inversa, el derecho constituye la fuente legítima del poder, el centro de gravedad se desplaza a la capacidad que ostenta el derecho penal para resguardar la libertad del ciudadano frente al poder del Estado y garantizar que ciertos límites no sean franqueados ni con la sanción ni con la imposición de penas. De esta manera, en poco menos de dos siglos, la imagen del derecho penal pasa de la espada pública capaz de mantener a raya los impulsos destructivos de los hombres en Hobbes, a la representación liberal y positivista del código como Carta Magna del delincuente en Franz von Liszt.

En efecto, para Hobbes “una pena es un daño infligido por la autoridad pública a alguien por hacer u omitir aquello que la misma autoridad juzga como una trasgresión a la ley, a fin de que la voluntad de los hombres pueda estar, de este modo, mejor dispuesta a la obediencia” (Hobbes 1994, 203). Según esta concepción, el castigo no es otra cosa que la consecuencia manifiesta de la violación de una ley vigente en el Estado, “ley, que sin el miedo a la pena que le sigue no sería sino vanas palabras” (Hobbes 1994, 192).⁴ Dado que con la pena no se pretende impartir justicia ni someter a obediencia sino optimizar la

⁴ Al respecto, Dieter Hüning explica que para Hobbes “aunque el castigo deba tener un efecto disuasorio sobre los sujetos a causa de la amenaza de infligir un daño, las leyes penales como tales no se derivan inmediatamente de las normas contenidas en él. Esta idea se deriva de la teoría de Hobbes acerca de que las leyes penales se deben considerar, en primer lugar, directrices para la ejecución de las leyes promulgadas por el soberano en lo referido al enjuiciamiento de los delitos. En este sentido, las leyes penales reflejan esas normas ‘que declaran qué pena se impondrá a quienes violen la ley’. Como el castigo sólo puede ser impuesto por los tribunales estatales, las regulaciones penales están destinadas a ‘ministros y funcionarios encargados de la ejecución legal’” (Hüning 2007, 228). Por lo tanto, las leyes penales se dirigen sólo a los funcionarios a diferencia de los castigos, cuya sanción tiene como destinatarios a los ciudadanos.

disposición de los hombres para obedecer, no hay otro límite para su sanción e imposición que el cálculo prudencial del soberano. Por la reacción de los súbditos se verá si los castigos administrados fueron conducentes o no. Pero en sí mismo no tiene ningún límite: es tan absoluto como el poder del soberano.

En cambio, para von Liszt, el poder penal del Estado lejos de ser absoluto debe estar jurídicamente limitado: “Jurídicamente limitado en su presupuesto y contenido; jurídicamente limitado en interés de la libertad individual. *Nullum crimen sine lege, nulla poena sine lege*. Estas dos proposiciones son el baluarte del ciudadano frente al poder total del Estado: protegen al individuo contra el poder temerario de la mayoría, contra el Leviatán. Tan paradójal como suena: el código penal es la Carta Magna del delincuente. Le garantiza el derecho a ser penado sólo bajo los presupuestos legales y dentro de los límites de la ley” (Von Liszt 1970a, 60). De este modo, el código penal tiene por finalidad proteger al delincuente, no a la ciudadanía en su conjunto ni la vigencia del derecho como tal.⁵ En lenguaje hobbesiano se diría que el código delimita el campo de maniobras del soberano frente a la desobediencia de un súbdito.

Ahora bien, en la actualidad lo decisivo para una sociedad democrática, conformada por ciudadanos que no sólo disponen de una amplia esfera de libertad para administrar a su antojo sino que además desean conservarla y disponer de ella tanto como les sea posible, reside en que el derecho penal contribuya a sostener la expectativa de que las normas vigentes serán respetadas. Y que cuando esto no suceda, quienes las quebranten serán castigados. Pero no de cualquier manera sino conforme a los procedimientos determinados con antelación por las leyes. Por un lado, el monopolio estatal de

⁵ Von Liszt reitera formulaciones semejantes en al menos dos artículos posteriores: “por paradójico que pueda sonar, el código penal es la Carta Magna del delincuente. No protege al orden jurídico, ni a la sociedad en su conjunto, sino a aquel individuo que contra ella se rebela” (Von Liszt 1970b, 80). Y luego, en un trabajo acerca de las exigencias de la política criminal y el anteproyecto de un código penal suizo, se cita a sí mismo reponiendo casi textualmente la primera formulación (Von Liszt 1970c, 102).

la violencia tiene por función garantizar que nadie pueda violar las normas y resistirse eficazmente al castigo. Por el otro, tanto las penas como los procedimientos para establecer la culpabilidad de un acusado deben garantizar el respeto de la dignidad ciudadana, es decir, los derechos concedidos a quienes están normativamente vinculados con la sociedad en la que viven. De ahí la validez de los principios de legalidad, tipicidad, culpabilidad, presunción de inocencia, etc.

Como el individuo es extremadamente vulnerable, la modernidad consagró a la seguridad ciudadana en derecho fundamental (Isensee 1982) e instituyó al Estado como su firme custodio. El ejercicio de este derecho consiste en sentirse seguro como ciudadano al hacer uso de la libertad de la que todos los demás disponen también en la misma medida. Por tanto, la condición de posibilidad fáctica del ejercicio del derecho a la libertad no es sino cierta seguridad cognitiva que el Estado debe garantizar a sus ciudadanos. En tal sentido, Günter Frankenberg sostiene que: “La seguridad cognitiva recibe de la libertad su sentido y a través de éste queda asimétricamente vinculada con ella. Sin seguridad cognitiva la libertad sería poco más que una promesa vacía” (Frankenberg 2005, 376).

Esta libertad garantizada a todos los ciudadanos supone límites inmanentes dado que la libertad de cada uno se contrapone con la de todos los demás. Esto fue prontamente observado por Kant y elevado a *principio universal del derecho*: “una acción es conforme a derecho cuando permite, o cuya máxima permite, a la libertad del arbitrio de cada uno coexistir con la libertad de los demás según leyes universales” (Kant 1983a, 337). Precisamente, de lo que se trata es de custodiar que esos límites no sean rebasados para que todos los ciudadanos puedan ser libres en la misma medida. Y también queda justificado por esa razón coaccionar al que coacciona, es decir, obstaculizar la libertad de quien haya obstaculizado la libertad de otro: “cuando un cierto uso de la libertad misma es un obstáculo para la libertad según leyes universales (es decir *contrario a derecho*), entonces la coacción que se le contrapone es *conforme a*

derecho en tanto obstaculización de un obstáculo de la libertad que concuerda con la libertad según leyes universales” (Kant 1983a, 338-339).

Ahora bien, algo distinto ocurre con la seguridad. A diferencia de la libertad que posee límites inmanentes y requiere de un cierto grado de seguridad para su ejercicio, la seguridad en sí misma puede existir, en principio, sin la libertad; o bien con un ejercicio muy recortado de los derechos vinculados con su uso. Por ello, la seguridad puede ceder fácilmente ante su propia lógica funcional y siguiendo sus propios imperativos sobrepasar los límites que definen a un estado democrático de derecho. Esta tendencia propia de la lógica de la seguridad es lo que conduce a varios autores, entre ellos a Alfredo Chirino Sánchez, a sostener que en la actualidad el “derecho fundamental a la seguridad” se ha convertido en el grito de batalla de un nuevo autoritarismo que pretende la limitación creciente de derechos subjetivos en pos de garantizar una mayor seguridad ciudadana (Chirino Sánchez 2008).

A la vista de que la seguridad carece de límites inmanentes, Frankenberg afirma que “la libertad y la seguridad sólo están en un mismo nivel y son conmensurables cuando ambas son *valoradas* y se traducen también en valores. Para tal operación están abiertos diferentes caminos. Por un lado, los derechos a la libertad pueden ser traducidos en deberes de protección y de este modo ser ‘colectivizados’. Por el otro, la seguridad puede ser traducida en deberes de seguridad individualmente asignados y con ello ser ‘individualizada’” (Frankenberg 2005, 376). De lo contrario, el pasaje de un *estado de derecho* a un *estado policial* es prácticamente inevitable.

En consecuencia, si bien es cierto que en una sociedad democrática la seguridad supone el control punitivo de los individuos por parte del Estado; no lo es menos que ella requiere, como su contrapartida necesaria, del control activo de los agentes del Estado por parte de la ciudadanía. Y esto en verdad es la condición misma de su eficacia en cuanto garantiza su legitimación. Lo primero apunta a proteger al ciudadano respecto de la violencia del prójimo; lo segundo, respecto de la violencia ejercida desde el poder del Estado. Por

supuesto, nada de esto excluye la posibilidad de convertirse en víctima. Ningún dispositivo jurídico puede ofrecer semejante garantía. Pero sí implica que los ciudadanos puedan vivir con la expectativa de que sus derechos serán respetados y las leyes cumplidas. Por eso, el monopolio estatal de la violencia junto con el compromiso de los ciudadanos de respetar las normas, vivir pacíficamente y ejercer un control activo respecto del desempeño de los funcionarios en sus cargos constituyen el fundamento de la seguridad jurídica en sentido lato.

Con todo, para que este dispositivo de control por partida doble esté suficientemente legitimado no basta con que esté jurídicamente establecido. Un Estado democrático de derecho debe recurrir a un vasto repertorio de operaciones materiales y simbólicas con el fin de asegurar su eficacia. Esta eficacia no consiste en otra cosa más que en la extendida creencia, arraigada en un colectivo social específico, de responder a una cierta unidad de dominación que, constituida en ordenamiento jurídico, pretende y alcanza validez efectiva en un tiempo determinado y en el marco de un territorio bien definido.

En efecto, la creencia ciudadana en esa unidad de dominación fue, precisamente, el elemento que le permitió al Estado garantizar la convergencia de las diferentes esferas de vida cuyas dinámicas respectivas comienzan a divorciarse en la modernidad. O al menos, para decirlo con mayor precisión, garantizar la posibilidad de esta coherencia, tanto desde el punto de vista institucional como desde el subjetivo. La custodia activa del Estado fue lo que permitió la convergencia entre las diversas instituciones que, de manera correspondiente, producía subjetividades tendientes también a la coherencia en sus trayectorias de vitales, porque las instituciones sociales en tanto dispositivos que establecen expectativas de conducta extraen su fuerza vinculante de su acoplamiento con el poder del Estado (Habermas 1987, 14).

De este modo, bajo la égida del Estado, el mundo moderno pudo establecer las condiciones para la vigencia armónica de tres dimensiones distintas de la ley:

1) ley simbólica en tanto estructurante de la subjetividad; 2) normas jurídicas en cuanto vertebradoras del cuerpo político, y 3) reglas sociales como articuladoras de las relaciones intersubjetivas. El Estado garantizaba, con todo lo que esto significa, la concordancia posible de estos tres órdenes: simbólico, jurídico y social (Lewkowicz 2006, 189). La existencia del sujeto era minuciosamente custodiada y tenida literalmente en *cuenta* por el Estado: partidas de nacimiento, documentos de identidad, cambios de domicilios, actas de defunción son sólo algunos ejemplos de este ejercicio permanente de control estatal sobre el cuerpo de los individuos. Pero al mismo tiempo, el Estado se las arreglaba para componer un universal integrando las diferencias propias de los diversos grupos en pugna dentro de un espacio vital determinado. Por esta razón, Hegel consigue pensar al Estado como una instancia distinta de la sociedad civil e irreducible a su esfera de intereses.

En los países occidentales, este funcionamiento del aparato estatal se mantuvo con toda su gama de grises hasta la crisis del estado benefactor a comienzos de la década del setenta.⁶ Desde entonces debido a múltiples y complejos fenómenos de orden económico, científico, tecnológico y político, el Estado se ve imposibilitado de seguir cumpliendo este rol y se ocupa, cada vez con mayor frecuencia, de coordinar, integrar, impulsar y completar prácticas de dominación ejercidas por actores no estatales en lugar de monopolizar su ejercicio. Delega crecientemente decisiones con fuerza vinculante en organismos internacionales al tiempo que privatiza funciones organizativas que antes asumía directamente, por ejemplo, las relativas a los servicios de educación, salud y seguridad (Genschel/Zangl 2007, 12 ss).

Así, el Estado mismo como estructura se ve sometido en la actualidad a procesos simultáneos de erosión y fortalecimiento. Por un lado, debe ceder

⁶ Alain Supiot sostiene que “la invención del Estado providencial permitió controlar el doble movimiento de individualización y de interdependencia que actúa en las sociedades industriales (...). El Estado logró así recobrar su legitimidad asumiendo el rostro de un Soberano benévolo que tolera la discusión y es capaz de responder a todas las expectativas y remediar todos los males” (Supiot 2007, 219). Tal vez éste haya sido el último intento histórico del Estado moderno por recobrar su legitimidad y la fe en su soberanía tras las experiencias nefastas de los Estados totales tanto de índole fascista como comunista.

forzosamente a los imperativos de una globalización económica, ecológica, política e informática que, al tiempo que se consume, recorta de manera creciente su capacidad de autodeterminación. Pero, por el otro, este mismo fenómeno impulsa el surgimiento en el plano político de diferentes etnias, grupos religiosos y nacionalismos de distinto cuño que buscan con fuerza renovada hacerse de la estructura estatal. En lo que se refiere a su soberanía, el Estado conserva la pretensión de ostentarla como indivisible, unitaria, absoluta e ilimitada. Sin embargo, se ve obligado a practicar ciertas delegaciones internas, como devolución de derechos de autodeterminación a diferentes comunidades, regiones, provincias o municipios; y también debe realizar ciertas delegaciones externas, como someterse a decisiones de organismos supraestatales y otorgar jerarquía constitucional a tratados internacionales. De esta manera, acepta las limitaciones legales externas como un complemento necesario de las limitaciones constitucionales internas. Esta contradicción se evidencia, por ejemplo, en el requerimiento de organismos internacionales que velen por la protección de los derechos humanos dentro del propio territorio y la simultánea exigencia de no intervención en los asuntos internos de la nación. Por otra parte, también está erosionado el monopolio estatal en lo que concierne a la sanción legal, jurídica y monetaria, pues en muchos casos, como en el de los Estados que componen la Unión Europea, estos poderes son delegados en sus cortes de justicia, en su capacidad para la emitir moneda, etc.

Con esta retracción, signada por una crisis de soberanía, se pone término a un largo y sostenido proceso de estatalización que encuentra su culminación en el estado de bienestar y su punto de partida en los albores de la modernidad cuando las sociedades occidentales fueron perdiendo los lazos de sangre, proximidad, pertenencia y jerarquía que antes articulaban sus prácticas. En su repliegue actual, el Estado ya no consigue garantizar la convergencia institucional, ni menos aún la posibilidad de una coherencia subjetiva. Con un Estado debilitado en su eficacia material y simbólica, las diversas instituciones quedan libradas a sus dinámicas respectivas y la convergencia entre sus

lógicas funcionales apenas si se produce. O bien, cuando ello sucede, ocurre sólo de manera contingente por lo que la coherencia en la trayectoria de vida de un sujeto pierde cada vez más posibilidades de realización y paulatinamente deja de ser tenida como un mandato social.

Esta crisis de soberanía afecta con especial vigor el vínculo entre Estado y derecho penal, presente no sólo en las principales filosofías políticas de la modernidad sino también en la experiencia social de los hombres y mujeres a lo largo de casi tres siglos de historia. La puesta en discusión de los límites y presupuestos de la institución estatal conduce necesariamente a una reformulación del derecho penal en su conjunto pues vuelven a plantearse hoy una serie de cuestiones que se pretendían superadas referidas al estatuto del ciudadano, la universalidad del concepto de persona, el alcance de los derechos subjetivos, etc. Por esta razón, resultan necesarios nuevos marcos teóricos que excedan el iusnaturalismo de los siglos XVII y XVIII o el positivismo del siglo XIX, hoy agotados, con el fin de brindar renovados fundamentos a una teoría de la pena legítima en un mundo atravesado por complejos fenómenos sociales, políticos, religiosos y tecnológicos de dimensiones inéditas en la historia humana.

2. La función del derecho en sociedades complejas de la actualidad para Niklas Luhmann

Niklas Luhmann ha sido quien, con toda probabilidad, supo dar cuenta de la manera más acabada de estos procesos de rápidas y profundas transformaciones que cristalizaron en la segunda mitad del siglo XX alcanzando todas las dimensiones de la vida humana (Luhmann 1971b y 1981). Esta empresa supuso retomar con renovados instrumentos categoriales la vieja pretensión sociológica de presentar una visión de lo social en su conjunto.

Para la teoría sistémica de Luhmann la sociedad no está conformada por hombres, individuos o grupos de interés sino básicamente por *comunicación*. Los seres humanos ya no se conciben en su relación con la sociedad según el esquema todo/parte sino sistema/entorno. Esto significa que el hombre deja de ser considerado como parte del sistema social y se transforma en uno de los elementos de su entorno problemático.

La sociedad, en tanto sistema de comunicación, se compone a su vez de diversos sistemas comunicativos parciales, o subsistemas sociales, especializados según su función. Este es el caso del sistema económico, el jurídico, el político, el religioso, etc. En esta visión descentrada de la sociedad, cada uno de los subsistemas sociales son *autopoieticos* en la medida en que son capaces de producir y reproducir por sí mismos la diferencia funcional que los constituye como sistemas diferenciados y conservar así su propia unidad. Todos ellos se caracterizan por estar operativamente clausurados. Esto quiere decir que ningún sistema puede realizar otras operaciones más que aquellas que le son propias y que definen sus límites. En este sentido, los sistemas sociales son también autorreferentes: sólo pueden observar a los demás sistemas en contacto consigo mismos.

Con el término observación se describe específicamente la operación por la cual los sistemas autorreferentes y autopoieticos establecen mecanismos de selección para reducir la complejidad de su entorno que siempre es mayor que la suya propia en tanto fija los límites de lo posible al interior del sistema mismo. Todo orden se asienta sobre una complejidad a partir de la cual se advierte que ese orden identificable podría ser siempre de otra manera a como es. Para decirlo en otros términos: la complejidad del entorno, en tanto plexo de posibles relaciones entre todos y cada uno de sus elementos, está virtualmente presente a cada instante, pero estas relaciones sólo pueden ser actualizadas por el sistema al adoptar algún principio de selección. Por esta razón, la organización selectiva de la autopoiesis del sistema es la forma de la complejidad. El *sentido* es una estrategia determinada de comportamiento selectivo bajo condiciones de alta complejidad y los sistemas sociales son sistemas identificados a través del sentido. En consecuencia, sus límites no son de naturaleza física, aunque determinadas marcas físicas puedan simbolizarlos (Luhmann 1971b, 11-12). Un sistema social observa comunicando; de igual manera que un sistema de conciencia observa pensando.

Cada subsistema social tiene a todos los demás como parte de su entorno. Y también a los individuos en tanto sistemas de conciencia. Individuos y sociedad conforman, entonces, sistemas de distinta índole pero que están, no obstante, estructuralmente acoplados. Esto significa que los individuos, como sistemas de conciencia, constituyen una parte de los presupuestos factuales que el sistema social requiere de su entorno para realizar su autopoiesis. Sin conciencias no sería posible la comunicación pero no por eso la comunicación es pensamiento o viceversa (Luhmann 2006, 75).

Por esta razón, Luhmann sostiene que en una sociedad funcionalmente diferenciada, todos sus sistemas parciales y organizaciones excluyen de su propia identidad al hombre como un todo. Ningún ser humano está contenido por completo en ellos. En esto difiere el concepto de "inclusión", propio de la sociología sistémica, de la noción de "integración", característica de la tradición

sociológica clásica. Para estar incluido no es necesario que un individuo internalice un conjunto de normas ni siquiera que las acepte; sino que basta con que sea capaz de poner en juego los medios de comunicación propios de cada subsistema social, tales como dinero, poder, saber, educación, etc., con el fin afrontar los rendimientos requeridos por los distintos sistemas funcionales.⁷

Así, en términos de Hemma Mayrhofer, “con el par de opuestos inclusión/exclusión es posible observar, desde el punto de vista de la teoría de sistemas, las condiciones y oportunidades de partición social y, al mismo tiempo, las limitaciones para la participación y la exclusión social de individuos en tanto personas” (Mayrhofer 2009, 2). De ello se sigue que en las sociedades contemporáneas las personas están incluidas y al mismo tiempo excluidas. Por un lado, los individuos cuentan, en principio, con la posibilidad de participar en la comunicación de todos los diferentes sistemas parciales, organizaciones e interacciones. Pero, por el otro, no les es posible ajustarse íntegramente a ninguno de ellos: no es posible ser sólo empresario, científico, gobernante, artista o amigo.⁸

Más aún, el individuo en una sociedad ampliamente diferenciada en sistemas funcionales está en movimiento constante. Carga con todo el peso de sus elecciones pero por lo general carece de la influencia suficiente como para demarcar el campo en el que éstas han de ser tomadas. Además, está sometido a la contingencia de un entorno cambiante en el que debe escoger en cada caso el rol a desempeñar. Esta es una de las razones por la cuales, en las complejas sociedades contemporáneas, a diferencia de lo que ocurría en las sociedades más tradicionales, los individuos experimentan con frecuencia una sensación de abandono y soledad frente a un mundo hostil, pues carecen de

⁷ Con todo, como sostiene Bendel, “a los sistemas sociales les es inmanente una forma de reflexividad que puede sostenerse sólo mediante el vínculo con una identidad colectiva: la sociedad” (Bendel 1993, 89). Por lo cual, los sistemas sociales parciales funcionalmente diferenciados están requeridos de integración social aunque no los individuos.

⁸ Al respecto, resulta ilustrativo que en la actualidad el único ejemplo de *sistema total* que absorbe por completo a un individuo humano maduro sea el manicomio (Luhmann 1971a, 37).

los soportes psicológicos y la consecuente sensación de seguridad que les brindaban las estructuras sociales de antaño.

En este contexto surge la forma “persona” para resolver el problema social de la doble contingencia. Luhmann define como situación de doble contingencia a aquella “en la que cada participante hace depender su comportamiento frente a los otros, de que ellos actúen frente a él satisfactoriamente, radica una necesidad compulsiva de limitar el juego de posibilidades. Esta situación menesterosa, circular e inestable de doble contingencia es la que provoca el surgimiento de personas” (Luhmann 1995, 149). La forma “persona” limita el repertorio de comportamientos posibles de los participantes y de esta manera sirve a la auto-organización de los sistemas sociales.

En cuanto forma que consiste en establecer una *limitación*, la persona tiene dos caras: distingue e identifica tanto lo que le pertenece como lo que excluye. Una vez establecido este límite los sistemas psíquicos pueden experimentar en el propio yo las restricciones con que habrán de contar en el trato social, al tiempo que dan por descontada la aprobación general en los casos normales. Las personas sirven al acople estructural entre sistemas psíquicos y sociales; dos tipos de sistemas pero que, sin embargo, tienen en común el hecho de que ambos procesan sentido.

El concepto de persona, entonces, no refiere ni identifica primariamente a individuos ni aun a sistemas psíquicos. En realidad, “persona” no designa ningún tipo de sistema, porque no se relaciona con ningún modo de operación sino más bien con roles o con posiciones dentro de diferentes contextos de interacción. Esta es la razón por la cual, desde la perspectiva de Luhmann, la habitual sinonimia entre hombre, sujeto, individuo y persona, lejos de ser acertada oculta distinciones de singular relevancia para la comprensión contemporánea de lo social. En este caso, oculta un tipo especial de distinción que en tanto *forma* dirige la observación de objetos tales como, por ejemplo, individuos humanos. De ello se desprende que la forma “persona” resulta una pieza clave para comprender no sólo la conceptualización luhmanniana de las

sociedades contemporáneas, sino también las teorías funcionales de la pena que están inspiradas en sus desarrollos.

Ahora bien, una sociedad altamente diferenciada se caracteriza por estar provista de una serie de subsistemas especializados por su función y clausurados en su operación. El derecho es uno de ellos al igual que otros como la política y la economía a los que está estructuralmente acoplado. Esto significa que el derecho forma parte de los presupuestos tanto del sistema político como del sistema económico. Economía, política y derecho constituyen tres subsistemas sociales cuya comunicación está orientada por un código binario específico: “rentable / no rentable” para el caso del sistema económico; “con capacidad decisoria vinculante / sin capacidad decisoria vinculante” para el caso del sistema político; y “legal / ilegal” para el caso del derecho.

Este código binario le permite al derecho desempeñar rendimientos claves en lo que concierne tanto al control del comportamiento como a la resolución de conflictos. Porque su función específica consiste en estabilizar expectativas de comportamiento de modo tal que, en caso de conflicto, el hecho en cuestión pueda ser encuadrado dentro de un esquema de decisiones de tipo binario: *conforme a derecho / no conforme a derecho*. Y aquello que no es posible ordenar según este esquema, no pertenece al sistema jurídico sino a su entorno interno o externo.

En consecuencia, el derecho define sus propios límites al establecer qué es lo que acepta y qué lo que rechaza. Esto supone la diferenciación progresiva del derecho positivo como sistema autopoietico. Que el derecho sea autopoietico significa que ningún acontecimiento jurídicamente relevante puede extraer su normatividad del entorno sino que la validez como tal sólo puede ser transferida de una comunicación jurídica a otra comunicación jurídica, en tanto están conectadas unas con otras y recíprocamente se producen (Callies 2009, 60-61).

Así, a través de normas específicas, el derecho delimita aquello que cabe esperar del comportamiento de los participantes en la comunicación social.

Para hacerlo, les fija restricciones a sus posibilidades futuras de acción según un programa condicional del tipo “*si... entonces...*”. En términos del propio Luhmann: “la fijación de la forma del programa condicional se relaciona con la función del derecho, es decir, con la estabilización de las expectativas contrafácticas. Las expectativas se plasman en la forma de normas precisamente para el caso en que no se cumplan,” (Luhmann 2005, 258). Por lo tanto, son los individuos quienes de hecho están sometidos a un proceso de continuo aprendizaje con el fin de ajustar la formación de sus expectativas normativas bajo la forma del derecho; expectativas normativas que son, en principio, arbitrarias y que deben estabilizarse de modo que sean congruentes.

Un programa condicional permite alcanzar una cierta seguridad de tipo, precisamente, *condicional*. No se trata de asegurar en el presente que en el futuro las expectativas normativas no serán defraudadas. Esto siempre puede ocurrir. Pero sí de establecer que *si* de hecho esto sucede, *entonces* habrá que contar con determinadas consecuencias ya previstas en códigos jurídicos. En otras palabras, “el cumplimiento de expectativas normativas concretas no puede ser socialmente controlado sino sólo la conservación de la posibilidad generalizada de su cumplimiento, esto es, el cumplimiento de la validez simbólica del derecho” (Zielcke 1980, 131). Por eso, el derecho en tanto subsistema social está referido a la dimensión temporal de la comunicación: opera institucionalizando expectativas de comportamiento y no conductas.

Poner el énfasis en las expectativas y no en las conductas significa reducir la complejidad indeterminada del entorno en posibilidades concretas de decepción. Frente a la decepción, el derecho como sistema reacciona sosteniendo la expectativa y no renunciando a ella. Precisamente, por el hecho de sostener la expectativa cuando ésta es defraudada, el derecho a diferencia de la ciencia constituye un sistema normativo. Y en tanto introduce a la sociedad en un futuro que está abierto en sus posibilidades, y también lo integra en la forma de expectativas, el derecho puede ser considerado además como su sistema inmunológico. En efecto, como explica Luhmann, “el sistema inmunológico no requiere conocimiento del entorno: solamente registra

conflictos internos y elabora soluciones generalizables para conflictos que se presenten caso por caso; es decir, el sistema inmunológico estatuye una capacidad remanente para casos futuros” (Luhmann 2005, 642-643).

Sin embargo, debe aclararse que la sociedad desarrolla un sistema inmunológico no porque observa un déficit de adaptación respecto de su entorno sino porque ha renunciado a adaptarse a él. La adaptación implica un proceso de aprendizaje frente a la decepción de expectativas. El aprendizaje no es otra cosa que la sustitución de expectativas defraudadas por otras que se ajusten al modo en que ha acontecido la decepción. Este proceder es el propio de la ciencia que se maneja con expectativas cognitivas. Pero no el del derecho ni el de ningún otro sistema normativo.

Por lo tanto, si desde una concepción sistémica de la sociedad el derecho en general puede ser interpretado en términos de *sistema inmunológico* y la formulación de normas como la creación de *anticuerpos* en función de los casos conflictivos que tuvieron lugar en el pasado (Luhmann 2005, 644), el derecho penal en particular puede ser entendido como uno de sus principales *mecanismos de defensa*. Ciertamente, no el único. Pero esta sola consideración habilita y hasta alienta una reelaboración funcionalista del derecho penal como la emprendida por Günther Jakobs.

3. El funcionalismo penal de Günther Jakobs

No sin cierta inspiración hegeliana, Jakobs sostiene que aquello que define al delito en cuanto delito es el incumplimiento de las expectativas sociales institucionalizadas en leyes positivas que expresan las normas como modelos de orientación para el contacto social. Cuando una norma es quebrantada mediante la comisión de un delito, su fuerza social orientadora queda desautorizada como modelo para la acción. A tal punto que si no se rechaza esta desautorización, la norma pierde su capacidad de seguir modelando las expectativas sociales. La pena, justamente, es la expresión de este rechazo con el propósito de restituir la confianza en su fuerza vinculante. Con la pena se contradice la contradicción de la norma que representa el delito y su ejecución implica reestablecer su plena vigencia (Jakobs 1993, 9 ss). Sólo de esta manera es posible establecer una relación necesaria, es decir, racional y no meramente superficial, entre el delito y la pena; convicción que Jakobs comparte con Hegel.⁹

De esta manera, Jakobs entiende que la función social del derecho penal no consiste esencialmente en la protección de bienes jurídicos¹⁰ sino en la defensa de la vigencia de la norma para conservar la identidad normativa de la

⁹ Además puede decirse que Jakobs también comparte con la teoría hegeliana de la pena, aun cuando no esté dispuesto a asumir los presupuestos metafísicos que caracterizan a esta última, los siguientes puntos que se reseñan a continuación: 1) el mandato: “Se persona y respeta a los demás como personas” en cuanto punto de partida necesario del derecho; 2) la consideración del delito como manifestación de una nulidad en lo que se refiere a su carácter normativo y también su carácter contradictorio respecto de sus propios presupuestos, a saber, la vigencia de la norma; por último 3) la justificación de la pena como contradicción de la contradicción que supone el delito y la consecuente restitución de la vigencia del derecho cuyas pretensiones de validez habían sido cuestionadas. Para un desarrollo ampliado del tratamiento hegeliano de la pena como restitución del derecho ver Mizrahi 2004 y Mizrahi 2010 en los que también se refiere a la teoría penal de Jakobs como una posición hegeliana contemporánea.

¹⁰ Según Urs Kindhäuser es posible definir a los bienes jurídicos como “aquellas características de las personas, cosas o instituciones que sirven al libre desarrollo del individuo en un Estado democrático y social de Derecho” (Kindhäuser 2009, 7).

sociedad.¹¹ Con la expresión “identidad normativa” no se hace referencia aquí a ningún tipo de sustancia metafísica ni entidad inmutable, sino que en la teoría penal de Jakobs refiere a la unidad dinámica de expectativas de comportamiento asentadas como normas en la Constitución del Estado y en los demás códigos jurídicos que de ella se desprenden.

Estas expectativas pueden ser de dos tipos: normativas o cognitivas. Las primeras mantienen su validez frente a una decepción; las segundas, en cambio, no. Esto último da lugar a un proceso de aprendizaje en el que las expectativas defraudadas son sustituidas por otras. El esquema de orientación personal siempre coexiste con otro de tipo individual al que nunca logra desactivar por completo.

En efecto, Jakobs considera relevante que la conducta pueda ser evaluada tanto desde la perspectiva de las finalidades que persigue un sujeto al actuar, como desde aquella otra propia del horizonte normativo en el que este actuar se inscribe. Y para introducir claridad en su evaluación no es posible utilizar los mismos conceptos y categorías para referir a una u otra perspectiva. La adopción de las distinciones entre individuo y persona, por un lado, y entre cognitivo y normativo, por el otro, apunta a dicha clarificación.

Lo cognitivo está asociado al individuo que es quien se mueve para la realización de sus fines bajo el esquema satisfacción/insatisfacción (Jakobs 2003a, 99). El éxito o fracaso de los proyectos del individuo están en buena medida ligados a la comprensión que él posee del mundo que lo rodea. Si se apoya en una comprensión pobre del mundo, los resultados de sus actos difícilmente alcancen el éxito. Jakobs da el ejemplo de aquel que quiere comenzar a construir su casa a partir del primer piso (Jakobs 1995, 849). El

¹¹ Respecto de la discusión en torno a la interpretación funcionalista de la misión del derecho penal, Jesús María Silva Sánchez sostiene con acierto que “la propuesta que asigna al Derecho penal la función de estabilización de la vigencia de las normas esenciales no incide tanto en el ‘alcance’ de aquél, como en el modo de entender la misión (el modo de operar) del mismo en el ámbito que previamente se defina como el suyo propio. Así, la referida doctrina no obliga siquiera necesariamente a prescindir de la idea de bien jurídico entendido como teoría del contenido (de la legislación) material de las normas cuya infracción requiere la imposición de una pena” (Silva Sánchez 2011, 124).

derrumbe o la misma imposibilidad de lograr algo a partir de dicho plan sería una *poena naturalis*. Al respecto, reconoce también en Hobbes la aguda comprensión de la condición humana e interpreta a las leyes naturales como reglas de prudencia que no justifican ningún tipo de expectativa normativa y sólo brindan orientación en términos cognitivos. Jakobs observa que cuando se considera que “los deberes consisten en el riesgo de sufrir una sanción en caso de no llevar a cabo de una determinada conducta, etc. [...] el derecho se convierte en el sinónimo de las regulaciones que aparecen en la administración de individuos inteligentes. Hobbes, en la descripción del estado de naturaleza, se esforzó por establecer esta perspectiva puramente cognitiva: los individuos inteligentes se conectan entre ellos a través de toda una serie de hebras sabiamente hiladas, pero no nada que sea vinculante.” (Jakobs 2003b, 16).

Lo normativo aparece como una dimensión a la que el individuo *debe* atender. Una sociedad compuesta únicamente por individuos autointeresados (que se preocupan sólo por sí mismos) constituye un entorno que termina afectando la consecución de los fines que ellos mismos se proponen. La persona es destinataria de expectativas normativas: “Sé persona y respeta a los demás como persona” reitera Jakobs citando a Hegel en varios de sus trabajos.

No obstante, la existencia de normas vinculantes que delimitan ámbitos legítimos de acción para las personas en derecho no hace desaparecer el componente cognitivo que sin cesar orienta las acciones de los individuos. En las sociedades contemporáneas los contactos anónimos se han vuelto extremadamente frecuentes. En este contexto puede concebirse que una de las finalidades del derecho es estandarizar expectativas de conductas. Pero a pesar de existir una convocatoria general dirigida a todos los integrantes de la sociedad para que sean fieles al derecho, la posibilidad cierta del incumplimiento de las normas obliga al individuo a no comportarse únicamente como persona sino también tomar otros cuidados. Por ello, se desprende del planteo de Jakobs que sociedades altamente inequitativas, con elevados índices de impunidad y violencia, ciertamente no constituyen un entorno

favorable para la realización de la finalidad que busca el derecho (Mizrahi 2012, 77-79).

Al ocuparse del concepto de *persona*, Jakobs acude en reiteradas oportunidades a Kant y a Hegel, ya sea como dos antecedentes dignos de mención o como dos posiciones con las cuales vale la pena discutir. A partir de los desarrollos de ambos autores, Jakobs sostiene que la persona es una construcción normativa referida esencialmente a la posibilidad de imputar acciones. Por lo tanto, la persona y no el individuo es portadora de derechos y obligaciones. Apoyándose en Kant y Hegel, Jakobs busca distanciarse de una comprensión excesivamente formal de esta noción, afirmando que dicho concepto no debe estar desligado de los individuos, quienes por su parte deben comprender libremente el derecho.

Por esta razón, resulta necesario que las expectativas normativas estén cognitivamente cimentadas. De lo contrario, los individuos no tendrían ninguna certeza de poder subsistir dentro de un ordenamiento normativo (Jakobs 2008a, 61 ss). Sin una cimentación cognitiva, las normas pierden fuerza vinculante y los códigos se transforman en catálogos de buenos deseos. Con ello Jakobs reinterpreta la idea central a la que remite la célebre frase de Hobbes en el capítulo XVII del *Leviathan*: “contratos sin la espada son vanas palabras -*covenants, without the sword, are but words*-” (Hobbes 1994, 106). Precisamente, la espada es aquello que garantiza que los contratos no sean vanas palabras, es decir, lo que les confiere una cimentación cognitiva y encamina las expectativas de comportamiento en términos normativos.

Al igual que Luhmann, Jakobs considera que la sociedad no está compuesta por individuos sino por comunicación y que el derecho penal, en tanto especialización del derecho, no es sino parte de un subsistema social. Si el derecho en general puede ser interpretado como un sistema inmunológico, el derecho penal en particular representa en un necesario mecanismo de defensa puesto a desactivar desarrollos normativos divergentes cuando las expectativas sociales depositadas en las normas son defraudadas. En efecto, la sociedad es

un constructo comunicativo que “siempre podría estar configurado también de otro modo a como está concretamente configurado (si no, no se trataría de una construcción)” (Jakobs 1995, 848) y las normas son las reglas de configuración de este contexto comunicativo. Las penas representan aquí un singular mecanismo de estabilización para evitar que cualquier desviación respecto del comportamiento previsto por las normas sea el comienzo de una evolución hacia otra configuración normativa.

Esta interpretación comunicativa del delito y la pena presupone, según Jakobs, la diferenciación entre dos esquemas alternativos de orientación del comportamiento: por un lado, la individualidad y por el otro, la normatividad. Cada uno cuenta con su propio código: la individualidad se orienta por el código placer/displacer; mientras que la normatividad lo hace por el código deber/espacio-de-libertad. Cada uno conforma un sistema y observa al otro como parte de su entorno. Se trata de dos mundos distintos: el primero centrado en la figura del individuo y el segundo en la categoría de persona (Jakobs 2008a, 9 ss y 28 ss).

De este modo, Jakobs reelabora la distinción kantiana entre *homo noumenon* y *homo phaenomenon* con el fin de introducir dentro de la teoría del derecho penal una perspectiva evaluativa de la conducta del hombre, sin abrirse al juego de una sociología empírica. Porque en lo que concierne al vínculo entre derecho y sociedad, Jakobs logra integrar en su discurso jurídico categorías filosóficas que funcionan como matriz de lo social. Por otro lado, la incorporación de esta dimensión social en su teoría penal responde a la necesidad de que la normatividad no opere en el vacío. Esta operación acarrea, sin embargo, el riesgo de caer en vaguedades debido a la introducción de elementos ajenos al discurso jurídico, tal como la distinción entre persona e individuo con sus respectivos esquemas de comprensión y evaluación de la conducta. Jakobs enfrenta este desafío y logra evitar una perspectiva sociológica que se apoye en investigaciones empíricas, al mismo tiempo que hace del derecho penal un factor relevante para la comprensión de la acción social.

En tal sentido, la posición Jakobs no es incompatible sino más bien congruente con la visión de Max Weber.¹² Y si bien es cierto que dentro de la teoría social es Luhmann y no Weber la referencia inexcusable para comprender su propuesta teórica, la remisión a este último es relevante toda vez que su discurso se referencia en el hombre y en la comprensión de sus acciones, esto es, cuando Jakobs se apoya en las consideraciones filosóficas de Hobbes y Kant. Pues ambos pensadores hacen pie en el hombre y no en una sociedad concebida como un conjunto de subsistemas funcionalmente diferenciados guiados por el imperativo de mantener la diferencia respecto de su entorno.

Siguiendo la línea de Hegel, Jakobs sostiene que una sociedad segura de sí misma tiende a disminuir la cantidad y gravedad de las penas. Por el contrario, cuando las sociedades se sienten frágiles y ven su identidad normativa amenazada se verifica un proceso de inflación penal. Jakobs es un exponente de la teoría de la prevención general positiva porque considera que la pena busca restituir en los ciudadanos la confianza en la validez de las normas que han sido quebrantadas por medio de delitos. Su fundamentación no se encuentra en el plano de la teoría social, dado que no se apoya en investigaciones empíricas sobre la eficacia de las penas para alcanzar las conductas deseadas o evitar las indeseadas, sino que es netamente filosófica.

Excursus I: el Kant de Jakobs

¹² Al respecto, cabe recordar que cuando Max Weber se ocupa de la relación entre derecho y sociedad, distingue dos tipos de aproximaciones: la jurídica y la sociológica. Mientras la primera se encarga de determinar lo que idealmente vale como derecho e investiga el sentido de los preceptos cuyo contenido “se presenta como determinante de la conducta de un círculo de hombres”; la segunda se aplica a aquello que “de hecho ocurre en una comunidad en razón de que existe la probabilidad de que los hombres [...] consideren subjetivamente como válido un determinado orden y orienten por él su conducta práctica” (Weber 1999, 251). La existencia del derecho carecería de sentido y efectividad tanto si no entrara en el orden motivacional de los miembros de una sociedad, como si sus acciones se realizaran automáticamente por la sola costumbre sin tener que considerar siquiera la posibilidad de ser coaccionados en caso de incumplimiento. Para que no se pierda lo específico tanto del derecho como de la sociología es menester deslindar un ámbito de otro y que cada uno se concentre en lo que le es propio. No le corresponde al sociólogo juzgar la corrección normativa de una ley en virtud de su coherencia con el resto del cuerpo normativo; tampoco le corresponde al jurista evaluar los fines deseables en una sociedad ni las decisiones requeridas para conseguirlos.

Por tanto, la distinción entre *persona* e *individuo* conduce a una superposición de la perspectiva jurídica con la económico-sociológica sin que ambas lleguen a confundirse. Por un lado, la conducta del individuo puede ser evaluada desde la perspectiva del sujeto económico de acuerdo a un esquema de satisfacción/insatisfacción. Se trata, entonces, del *homo phaenomenon* kantiano: “el hombre puede y debe ser representado [...] atendiendo a la propiedad de su facultad de libertad [...] como personalidad independiente de determinaciones físicas (*homo noumenon*), a diferencia del mismo hombre, pero como sujeto afectado por tales determinaciones (*homo phaenomenon*)” (Kant 1983a, 347). Frente a este *homo phaenomenon*, es decir, frente al ser sensible cuyo arbitrio se encuentra condicionado por las inclinaciones, aparece el *homo noumenon* cuya conducta debe ser evaluada desde la perspectiva del deber.

El anonimato como experiencia cotidiana de la vida en las complejas sociedades contemporáneas impone la necesidad imperiosa de criterios orientadores para estabilizar las expectativas de conducta entre los individuos (Jakobs 2008b, 42). Dado que por sí sólo un individuo no puede brindar la seguridad necesaria para el libre desarrollo de la vida junto con todos los demás. El individuo, en tanto sujeto económico-social, está en competencia con los demás en aras de alcanzar fines propios. A esta conclusión no se llega por una observación empírica sino que es la consecuencia de una decisión teórica, a saber: la de considerar al hombre con la capacidad suficiente como para desentenderse en cualquier momento de todo tipo de normatividad moral o jurídica y dejarse guiar tan sólo por sus inclinaciones e intereses. El individuo actúa por principio según principios contingentes no aptos para una universalización. En este punto Kant sigue a Hobbes y Jakobs toma en cuenta a ambos.

En tal sentido, un sistema del derecho no puede considerar al hombre desde la perspectiva del individuo sino debe tomar como punto de partida el concepto de persona, es decir, una instancia que posibilita la imputación de palabras y acciones. Sólo la persona tiene capacidad jurídica puesto que es,

fundamentalmente, una construcción normativa. Como sobre ella recaen las expectativas normativas, su conducta admite ser evaluada según el criterio de lo lícito e ilícito. Así puede afirmarse que el derecho no se dirige al *individuo* sino a la *persona*. Dice Jakobs: “Hablando en términos kantianos, el individuo inteligente del tipo que se acaba de esbozar es el *homo phaenomenon*, el ser sensorial tal y como aparece en el mundo de la experiencia. Kant opone a ese individuo el *homo noumenon*, el ser racional ideal, cuyo código no es otra cosa que una descripción de contenido de la libertad, concretamente: el orden con base en deber y derecho. En este contexto, para Kant cualquier ser racional está en condiciones de comprender la necesidad de este código y de concretar el contenido de los deberes y derechos mediante el uso del imperativo categórico. El propio Kant habla de que se trata de sistemas distintos, que no se excluyen mutuamente, sino que, más bien, permiten explicar cosas distintas. Cuando tomamos ‘en consideración las acciones en relación a la razón,... en una palabra..., con intención práctica, encontramos una regulación y un orden completamente distintos del orden natural. Pues entonces quizás no debería haber sucedido nada de lo que sí ha sucedido de acuerdo con el curso natural y que conforme a sus razones empíricas inevitablemente debía suceder’ (KrV B 578) Por lo tanto, junto al sistema de la naturaleza, determinado por leyes causales, aparece el sistema creado ‘con intención práctica’ y configurado por leyes del deber ser” (Jakobs 2003b, 15-16).

Esta distinción kantiana le ofrece a Jakobs una estrategia para considerar la acción humana desde dos perspectivas diferenciadas que no se excluyen mutuamente y que deben ser tenidas en cuenta ambas a la hora de proponer una teoría de la pena. Si la fundamentación es filosófica y no sociológica es porque en la teoría jurídica de Jakobs se introducen consideraciones sociales pero en un nivel conceptual, no empírico: toma abiertamente de Kant una distinción filosófica que le permite entender a los sujetos como individuos económicos y como personas en derecho. Hasta aquí llega el acercamiento de Jakobs a Kant. Por lo demás, busca diferenciarse activamente de la posición kantiana ofreciendo una fundamentación de la pena centrada en la restitución

de la vigencia de la norma y no en la realización de la idea de justicia. En este sentido, Jakobs no sólo critica la pureza de la teoría absoluta de la pena de Kant sino que también señala varias inconsistencias en su planteo.

Las teorías absolutas ofrecen una fundamentación de la pena basada exclusivamente en la culpabilidad del autor del delito (Migliardi 2001, 95). La pena mira hacia el pasado y consiste sólo en la retribución del daño cometido. No puede orientarse a fines preventivos que busquen evitar la comisión de delitos futuros. La pena tiene que ser estrictamente proporcional al daño cometido y de cumplimiento efectivo. Toda disculpa lesiona nuevamente a la víctima y vulnera así la idea misma de justicia al impedir su realización. Al ofrecer una teoría de la pena en articulación con su sistema de filosofía práctica, Kant es con toda probabilidad el máximo exponente de dicha posición.

El concepto clave de la filosofía práctica kantiana es la libertad. Moral y derecho consideran a la acción humana con criterios diferentes pero los conceptos de arbitrio y ley son centrales en ambas esferas. Kant entiende que el arbitrio es la facultad de desear según conceptos a la que va unida la “conciencia de la facultad para la producción del objeto a través de la acción” (Kant 1983a, 317). El arbitrio puede estar determinado tanto por la razón como por las inclinaciones: “La libertad del arbitrio es aquella independencia de su determinación por impulsos sensibles; éste es el concepto negativo de la misma. El positivo es: la facultad de la razón pura de ser por sí misma práctica. Pero esto no es posible de otra modo más que sometiendo la máxima de cada acción a las condiciones de aptitud de la primera según leyes universales” (Kant 1983a, 318). Se es libre sólo obedeciendo a la razón. Y la razón se expresa mediante leyes, es decir, según imperativos que mandan incondicionalmente sin atender a las inclinaciones ni a los propósitos del individuo. La ley es mandato y la ley práctica no consiste en un mero imperativo hipotético, es decir, en uno que atiende a las condiciones necesarias para la realización de los fines, pasiones e intereses del individuo del tipo “si quieres emborracharte, procúrate alcohol”. Por el contrario, se trata de un imperativo categórico, esto es, incondicional. Por ejemplo, “no debes robar”, un imperativo

que exhibe su mandato incólume aún cuando la posibilidad de ser descubierto sea mínima o inexistente.

Las leyes de las que se ocupa la filosofía práctica son de dos tipos: morales y jurídicas. Las primeras son 'internas' pues están referidas al "fundamento de la determinación de las acciones" (Kant 1983a, 318). Las segundas son 'externas' en tanto sólo toman en consideración la conformidad de las acciones con la ley. De manera correspondiente, la libertad de la *moralidad* se juega en el fundamento de la determinación del arbitrio; mientras la libertad de la *legalidad* jurídica lo hace en el plano del "ejercicio externo del arbitrio" (Kant 1983a, 318-319). Todo hombre, en tanto ser racional, ha de poder vivir en relación con otros libremente. La razón encuentra cuáles son aquellas leyes exteriores mediante las cuales los arbitrios pueden coexistir de modo que la libertad de uno no menoscabe la libertad de acción del otro. Para que tal "estado de derecho" exista es necesario un estado civil en el que se creen las condiciones necesarias para una vida conforme a la ley. Kant destaca la necesidad de salir del estado de naturaleza como un imperativo categórico que manda sin atender a las inclinaciones del individuo. El derecho atiende al arbitrio, no al deseo, ni a los móviles de la acción. Se ocupa, entonces, de aquella legislación externa que permite la libre coexistencia de los arbitrios, es decir, la posible conciliación de la libertad de uno con la de todos los demás según una ley universal.

La idea misma de la libertad personal presupone ya la restricción de la ley que manda la conciliación de todos los arbitrios. Esta restricción no es otra cosa que coacción. Pues sólo coaccionando a quién impide a los demás el ejercicio de la libertad es posible la libre coexistencia de los arbitrios: "al derecho está unida a la vez la facultad de coaccionar a quien lo viola, según el principio de contradicción" (Kant 1983a, 339). El ámbito del derecho es necesario porque sólo la necesidad de la acción que obliga en conciencia no alcanza para determinar el arbitrio: "[...] cuando se dice: un acreedor tiene derecho a exigir el pago de la deuda a su deudor, esto no significa que pueda persuadirle de que su propia razón le obliga al pago, sino que una coacción que obliga a todos a hacer esto, puede muy bien coexistir con la libertad de cada cual [...]" (Kant

1983a, 339). El derecho puede representarse como un ámbito de coacción recíproca de carácter universal en el cual la coacción y la libertad son concordantes.

Por ello, Kant señala que el concepto de derecho está vinculado *a priori* con la facultad de coaccionar, aunque esto no lo convierte en derecho penal sin más. Para que eso ocurra debe existir una comunidad organizada jurídicamente bajo leyes coactivas. Esta es la razón por la que Kant se ocupa de él en los apartados dedicados al Derecho público. Allí sostiene que el derecho penal es “el derecho que tiene el que manda respecto su sometido para infringirle un dolor a causa de su delito” (Kant 1983a, 452). La justificación de la pena para el infractor radica sólo en que ha delinquido y ella debe ajustarse al principio de estricta proporcionalidad. De ahí la defensa kantiana de la ley del Talión. Con todo, debe tenerse presente que Kant se dirige a los miembros de un posible jurado que, en cuanto representantes de la justicia pública, deben basar su sentencia en el principio de igualdad en lo que concierne a la modalidad y grado del castigo. Dice Kant: “¿Cuál es el tipo y el grado de castigo que la justicia pública adopta como principio y como patrón? Ninguno más que el principio de igualdad (en la posición del fiel de la balanza de la justicia): no inclinarse más hacia un lado que hacia otro. Por tanto, cualquier daño inmerecido que ocasionas a otro en el pueblo, te lo haces a ti mismo. Si le injurias, te injurias a ti mismo; si le robas, si te robas a ti mismo; si le pegas, te pegas a ti mismo; si le matas, te matas a ti mismo. Sólo el derecho de la retribución (*ius talionis*) puede ofrecer con seguridad la cualidad y cantidad del castigo, pero bien entendido que en el seno del tribunal (no en tu juicio privado); todos los demás fluctúan de un lado a otro y no pueden adecuarse al dictamen de la pura y estricta justicia, porque se inmiscuyen otras consideraciones” (Kant 1983a, 454).

Desde luego, Kant reconoce algunas dificultades en la aplicación de este principio a los casos de injuria, robo, agresión y asesinato. Al respecto, son interesantes sus reflexiones en relación con el robo: “¿Qué significa la afirmación: ‘si tu le robas, te robas a ti mismo’? Significa que quien roba hace

insegura la propiedad de todos los demás; por lo tanto, se priva a sí mismo (según el derecho de la retribución) de la seguridad de toda posible propiedad” (Kant 1983a, 454). Y esto dicho en el contexto de una justificación de los trabajos forzados como pena para el que atenta contra la propiedad. Como quien roba niega la propiedad como tal y con ello se priva a sí mismo de la posibilidad de poseer algo, para subsistir se ve forzado a trabajar. De lo contrario, los damnificados por su robo también tendrían que hacerse cargo de su cuidado sin ninguna contribución de su parte. No obstante, este razonamiento parece entrar en tensión con aquel otro que sostiene el carácter absoluto de la pena. Ciertamente, quien roba priva a la víctima del disfrute de aquello que le pertenece, pero el modo en que se le retribuye al delincuente el daño cometido se aproxima bastante al propuesto por las teorías de la prevención general positiva, en la medida en que se considera que el autor no afecta sólo a la víctima con su acción delictiva sino que también, como Kant reconoce, “hace insegura la propiedad de todos los demás”.

Jakobs destaca estas inconsecuencias en el planteo kantiano y muestra que su planteo no es ajeno a consideraciones de tipo preventivo-generales. Así, señala que la teoría absoluta de Kant es coherente en dos puntos. En primer lugar porque desacopla *juridicidad* de *prudencia*. En efecto, los castigos aconsejados prudencialmente deben ser sometidos a los requerimientos de la juridicidad: el delincuente debe ser encontrado culpable independientemente de la utilidad que exhiba el castigo para él o el resto de sus conciudadanos. Pero también, en segundo lugar, la juridicidad manda el cumplimiento de castigos independientemente de cuestiones prudenciales o utilitarias. Aquí Jakobs recuerda el famoso ejemplo kantiano de la isla. Si un pueblo quisiese disolverse como pueblo y abandonar la isla, primero debería ejecutar hasta el último de los condenados a muerte para que no se produzca una violación pública de la justicia. Según Jakobs, “el problema no consiste, pues, en si una sociedad civil puede lícitamente disolverse antes de haber cumplido con sus deberes -ello no podría suceder con independencia de que se trate de un deber de retribuir o de castigar preventivamente en la medida que se trate de normas

de validez universal y de reacciones al delito que carecen de alternativas- sino en si la retribución *per se* fundamenta un deber de castigar y no sólo otorga una autorización para el castigo” (Jakobs 2004, 12).

Las incongruencias del planteo kantiano surgen allí cuando hace descansar el sentido mismo de la sociedad civil en su finalidad. Para el aseguramiento de la libertad en forma de juridicidad Kant tendría que haber adoptado una concepción preventiva de la pena. Pero no siguió ese camino y como “la argumentación de Kant sobre la ley penal como imperativo categórico no es suficientemente sólida” (Jakobs 2004, 14) debió ser sometida a relativizaciones fatales para su coherencia interna.

En primer lugar, se relativiza lo categórico de la aplicación de la pena cuando con ello se pone en riesgo a la comunidad misma: la permanencia del pueblo está por encima de la justicia por lo que “si el número de cómplices (*correi*) de tal acción fuera tan grande que el Estado, para librarse de semejantes criminales, tuviera que llegar casi al extremo de no tener ya ningún súbdito más, y, sin embargo, no quisiera disolverse, es decir, pasar al estado de naturaleza, que es todavía peor porque carece de toda justicia exterior [...], entonces el soberano tiene que tener también poder en este caso extremo (*casus necessitatis*) para hacer él mismo de juez (representarlo) y pronunciar una sentencia que imponga a los criminales otra pena en vez de la pena de muerte, que conserve la vida del conjunto del pueblo” (Kant 1983a, 456).

En segundo lugar, el vínculo entre el delito y la forma y grado de la pena tampoco están adecuadamente articulados pues aunque la pena tiene “carácter general, el daño social no puede ser determinado abstractamente mediante una simple observación del autor y del hecho sino que más bien depende de la fortaleza o la debilidad de la estabilidad de la estructura normativa de la sociedad: una sociedad segura de sí misma castiga de forma más suave que otra que se encuentra amenazada de disolución, etc. Con ello se echa a perder la plástica simetría del Talión -¡qué no es su ventaja menos importante!-; pues no se puede deducir el daño social a partir de la víctima individual. De esta

manera no es casualidad que Kant necesite tejer varias líneas argumentales enrevesadas para vincular el hurto y la pena de trabajos forzados” (Jakobs 2004, 18). En definitiva, el núcleo de la crítica de Jakobs al derecho penal kantiano consiste en destacar la incompatibilidad de una afirmación absoluta del ideal de justicia con la paralela admisión de múltiples modulaciones o incluso renunciadas a la realización de dicho ideal.

Por último, Jakobs destaca que en la obra de Kant está presente la idea de que el delincuente no pierde su dignidad por completo con la pena, si bien sufre un grado de despersonalización importante. *Digno* para la concepción kantiana es aquello que vale por sí mismo y que como tal se contrapone a lo que tiene un precio y puede ser objeto de intercambio. Mientras que la dignidad es absoluta, el precio siempre es relativo. Kant define una ética centrada en el valor absoluto de la persona, que nunca puede ser considerada sólo como un mero medio sino también un fin en sí misma. Al trasladar estas ideas al ámbito del derecho penal, la punición resulta limitada por el reconocimiento de algo a proteger en la humanidad del delincuente. El delincuente es una persona y no puede ser tratado como una cosa. Por ejemplo, no puede ser utilizado para hacer experimentos médicos aún cuando él preste su libre y expreso consentimiento: “¿Qué debemos pensar, pues, de la propuesta de conservar la vida a un criminal condenado a muerte, si se prestara a someterse a experimentos de por sí peligrosos y fuera tan afortunado que saliera bien librado, con lo cual los médicos obtendrían una nueva información, provechosa para la comunidad? Un tribunal rechazaría con desprecio al colegio médico que hiciera esta propuesta, porque la justicia termina allí cuando se la entrega por algún precio” (Kant 1983a, 453).

Sin embargo, el propio Kant sugiere algún tipo de despersonalización del delincuente (Kant 1983a, 452). Un hombre nunca puede ser considerado como mero medio sino también como un fin en sí mismo. Pero la persona, ya no de modo abstracto, sino como miembro de una comunidad jurídicamente organizada, es decir, en tanto súbdito puede perder algo de su condición. Esto no significa que un hombre pueda disponer desprenderse voluntariamente de

su condición de persona mediante la comisión de un delito. En caso contrario, la existencia misma del Estado se vería amenazada desde su interior debido a la fragilidad propia de la condición humana, esto es, por la tendencia de este 'leño retorcido' que es el hombre a anteponer el beneficio privado a la acción conforme al deber cuando la ocasión le es propicia.

En efecto, Kant distingue el juicio del tribunal, el del criminal y el del pueblo, esto es, el de cada uno de los individuos que lo componen. En tanto *homo phaenomenon* el individuo se encuentra con los demás en una asociación civil, en tanto *homo noumenon* la razón pura jurídico-legisladora lo somete a la ley penal como capaz de cometer crímenes. Lo que no se puede decir, por absurdo, es que quiera ser castigado porque "cuando a alguien le sucede lo que quiere no hay castigo alguno" (Kant 1983a, 457). Lo que sí se puede afirmar es que cada súbdito se somete con todos los demás a las leyes, incluso a las penales, "en caso de que haya criminales en el pueblo" (Kant 1983a, 457). El tribunal que dicta la condena es distinto del pueblo y no se le puede exigir al miembro del pueblo que se comprometa "permitir ser castigado, disponiendo así de sí mismo y de la propia vida. Porque si a la facultad de castigar tuviera que subyacer la promesa del criminal de querer dejarse castigar, a él tendría también que encomendarse la tarea de considerarse digno de castigo y el criminal sería su propio juez" (Kant 1983a, 457-458).

Por lo tanto, hay persona allí donde encontramos un sujeto con derechos y obligaciones, al que se le pueden imputar acciones de las cuales él es responsable. La comunidad civil puede quitarle al hombre su condición de persona civil pero nunca su personalidad innata, aquella que posee en tanto hombre. La persona tiene deberes frente a los otros, incluso frente a sí misma. Se verifica pues un desdoblamiento en la singularidad entre *este hombre de carne y hueso* y *la humanidad presente en él*. Según Kant, la persona tiene deberes de distintos tipos ante diferentes sujetos: frente a la familia, a la comunidad civil y a Dios. La personalidad innata o moral no está a disposición del individuo. Por ello el hombre no tiene derecho a quitarse la vida. Si bien para que haya personalidad civil es necesaria la existencia de un estado civil;

para que haya personalidad moral sólo hace falta que los hombres existan: “El hombre no puede enajenar su personalidad mientras haya deberes, por consiguiente, mientras viva; y es contradictorio estar autorizado a sustraerse de toda obligación, es decir, a obrar libremente como si no se necesitara ninguna autorización para esta acción. Destruir al sujeto de la moralidad en su propia persona es tanto como extirpar del mundo la moralidad misma en su existencia, en la medida en que depende de él, moralidad que, sin embargo, es fin en sí misma; por consiguiente, disponer de sí mismo como un simple medio para cualquier fin supone desvirtuar la humanidad en su propia persona (*homo noumenon*), a la cual, sin embargo, fue encomendada la conservación del hombre (*homo phaenomenon*)” (Kant 1983a, 555).

Por su parte, Jakobs al igual que Kant también sostiene que (1) derecho presupone facultad de coaccionar; que (2) la persona es un entramado de derechos y obligaciones; que (3) la pena supone el recorte de derechos (propiedad, movimientos, capacidad) y que (4) la pena implica un cierto grado de despersonalización. No obstante, sus críticos han insistido en acusar a Jakobs de llevar adelante una argumentación penal que va directamente en contra de los derechos humanos, de su consolidación y defensa. Según Jakobs esta crítica está injustificada ya que, por un lado, él mismo destaca que gracias a Kant hemos ganado la idea de la dignidad de la persona, lo cual ocupa un lugar central también en su propio armamento teórico. Pero, por otro lado, esta idea no puede sostenerse sin más, dado que no sería posible un derecho penal que no despersonalice en algún grado al delincuente. Eso podría funcionar tal vez en la teoría pero no en la práctica (Jakobs 2010, 169). Como se ha visto, en la teoría kantiana se puede hablar de persona tanto en términos jurídicos como en términos morales pero siempre en un contexto que presupone alteridad. Ese otro puede ser Dios, los demás hombres o uno mismo desdoblado como *homo phaenomenon* o como *homo noumenon*.

En tanto seres racionales todos estamos bajo la legalidad universal de la razón. Pero este presupuesto de la filosofía kantiana ya no es aceptado sin más en las complejas sociedades contemporáneas. Como lo demuestra el

multiculturalismo, su mera existencia niega la posibilidad de reconocer a un sujeto único para el que tengan validez normas de carácter universal. Esta racionalidad es denunciada, más bien, como eurocéntrica. Jakobs, por el contrario, al vincular derecho y sociedad también elige poner en segundo plano la relación entre derecho y moral. La dificultad para afirmar la existencia de un único sujeto-moral no impide que desde el punto de vista del derecho sí se pueda dar cuenta de la persona como *constructo* normativo. Y si bien la persona jurídica supone sujetos con capacidad de comprender el derecho, ya no se trata de la persona moral descrita por Kant sino de un sujeto socializado en las particulares condiciones actuales.

* * *

Por lo tanto, para Jakobs la persona, a diferencia del individuo, no requiere necesariamente de un cuerpo o de una conciencia para comunicar, si bien se le puede atribuir ambas cosas (Jakobs 2008a, 41-42),¹³ sino que sólo se determina “mediante su relación con otras personas, es decir, a través de su rol. Una sola persona es una contradicción en sí misma” (Jakobs 2008a, 37).¹⁴ La persona es, entonces, el resultado de una atribución. Se trata de una construcción jurídica que viene definida por el propio sistema normativo a través de la asignación a un destinatario de deberes y derechos. Esto supone también la posibilidad de que tal atribución sea aceptada o rechazada de manera parcial o total. Si un sujeto cumple con las expectativas normativas es una persona en el sentido *material* del término y ofrece seguridad cognitiva respecto de su accionar. Por el contrario, cuando abandona su actitud de fidelidad al derecho sólo puede ser considerado persona de manera *formal*.

¹³ Precisamente por ello no es adecuada una explicación del concepto de persona en Jakobs como la de Estuardo L. Montero Cruz según la cual: “Para Jakobs, el concepto de persona –siguiendo la concepción luhmanniana- no es algo natural sino una construcción social –muy distinta al individuo-. Es un concepto autorreferente, autopoietico y funcional; es un sistema psico-físico (psychophysisches System), integrante y constitutivo de la sociedad, que expresa un sentido comunicativamente relevante” (Montero Cruz 2011, 30-31).

¹⁴ También en lo que concierne a este aspecto del concepto de persona, Jakobs sigue las especulaciones de Hegel referidas al reconocimiento intersubjetivo como uno de los pilares sobre los que asienta su legitimidad (Mizrahi 1996) y se distancia de la conceptualización de Luhmann.

Con el quebrantamiento de la norma, el sujeto pierde capacidad de administrar su propio espacio de libertad porque ya no ofrece seguridad cognitiva suficiente (Mizrahi 2012, 44-45). Pero esto no quiere decir que su acción sea irrelevante desde el punto de vista comunicativo y carezca por ello de significado. Por el contrario, su accionar sigue conservando un sentido comunicativo que la sociedad interpreta como una declaración de rechazo respecto de la estructura normativa que le es inherente. En su lugar, el delincuente propone a la propia acción delictiva como modelo alternativo para la orientación del contacto social (Jakobs 2008b, 30 ss). Con la imposición de penas la sociedad rechaza este modelo alternativo propuesto por el autor con la acción que se le imputa y confirma su identidad normativa.

Por tanto, con la pena la sociedad reacciona frente a esta provocación del autor y reafirma su estructura normativa desautorizando el comportamiento del delincuente como un modelo de orientación válido. Así, por ejemplo, en el caso de un crimen, “el autor afirma que él no tiene que respetar el derecho a la vida de la víctima. A este sentido exteriorizado lo contradicen la condena y la pena; también el dolor penal es portador de un sentido: ¡Ha de mantenerse la validez de la prohibición de matar! Con esta interpretación como ‘discurso’ y ‘respuesta’, el delito y la pena han arribado al nivel de la sociedad en tanto comunicaciones acerca de la estructura normativa de la sociedad” (Jakobs 2012, 13-14).

Según Hegel, el autor de una acción delictiva obra movido por una máxima que tiene carácter de ley. Se trata de una ley que sólo el delincuente reconoce en su carácter normativo y que por eso mismo sólo a él puede aplicársele con justicia como pena: castigar no es sino subsumir al delincuente bajo la ley que él mismo pretende imponer a la sociedad (Mizrahi 2010, 231-232).¹⁵ Jakobs, por el contrario, considera que “el delincuente no puede imponerle su ley a la sociedad, ni siquiera para juzgarlo a él mismo con ella” (Jakobs 2008a, 114); y a tal efecto rescata la doble dimensión *material* y *formal* de la persona para

¹⁵ Kurt Seelmann denomina a esta línea argumentativa dentro de la estructura de justificación hegeliana de la pena “el argumento de la autosubsumción” (Seelmann 1995, 64 ss.).

poder seguir interpretando las acciones de quien abandona su posición de fidelidad al derecho como comunicación personal. De otro modo, tampoco sería posible imputarle a una autor su acción delictiva pues habría dejado de ejercer comunicación personal.

En efecto, si se partiera de la premisa de que sólo es *persona* quien se comporta como destinatario de derechos y deberes socialmente atribuidos y, consecuentemente, que ya no lo es quien no lo hace; se vería seriamente dificultado conceptualizar al delito como una acción imputable a una persona pues el autor habría dejado de serlo con el quebrantamiento de la norma. De ahí que Jakobs conceptualice este quebrantamiento como un pasaje de la dimensión material de la persona a otra meramente formal. Dicho pasaje implica también una despersonalización (*Depersonalisierung*) o, en grado extremo, incluso una impersonalización (*Entpersonalisierung*) del autor (Mizrahi 2012, 64). Pero siempre sobre el presupuesto de que existe comunicación personal, es decir, un orden fundado en normas que guía la configuración recíproca de expectativas de comportamiento entre ciudadanos.¹⁶

Ahora bien, en rigor sólo puede ser considerado “ciudadano” quien es sensible a la comunicación personal y se comporta en lo fundamental conforme a las normas. Al respecto, Geraldine Morguet señala que “Jakobs utiliza el concepto de ‘ciudadano’ como sinónimo de los términos ‘persona jurídica’ o ‘persona’”. Una sociedad puede entonces considerar ciudadano sólo a aquel que justifica la expectativa de comportamiento según la cual él ha de orientarse por las normas preestablecidas. Se requiere, por tanto, la cimentación cognitiva de que alguien va a comportarse como ciudadano también, de hecho, para poder penarlo como persona jurídica” (Morguet 2009, 21). A esto apunta,

¹⁶ Por esta razón es que tampoco resulta admisible, según Jakobs, deducir la sociedad a partir del individuo como esquema de orientación. Este es el principal déficit explicativo que encuentra en las teorías contractualistas como las de Hobbes, Rousseau, Kant o Fichte, que despliegan la lógica inmanente del individualismo metodológico para fundar el Estado (Jakobs 1999). Jakobs entiende que todas ellas presuponen aquello a lo que deben arribar: la existencia de algún tipo de vínculo normativo que obligue a los contratantes sin el cual tampoco el contrato tendría el menor sentido (Jakobs 2008a, 21).

precisamente, el dolor penal que añade una cimentación cognitiva a las expectativas normativas institucionalizadas en las leyes positivas.

Esta cimentación cognitiva resulta indispensable para que cada uno, en tanto persona, pueda administrar su propio espacio de libertad a condición de permanecer fiel al derecho (Jakobs 2006b, 293). No obstante, en el contexto de un enfoque funcionalista de la pena, también el dolor es una construcción normativa. Esto quiere decir que “sólo forma parte del concepto de la pena en la medida en que la *comunicación sobre el dolor* – no el dolor en sí – sea considerado, normativamente, como relevante” (Gómez Jara-Díez 2008, 16). Y el criterio de relevancia no es otro que la restitución del derecho como tal.

En consecuencia, el marco teórico funcionalista le sirve a Jakobs para elaborar una teoría del derecho penal en la cual la pena exprese la restitución de la plena vigencia del derecho, sin necesidad de asumir los presupuestos metafísicos que caracterizan la filosofía del derecho de Hegel. Con la pena la sociedad contradice activamente la proposición que expresa el comportamiento del autor en el mismo nivel y con la misma intensidad. De ahí que la sentencia declare que la norma quebrantada sigue vigente y con ello sostenga su validez contrafáctica; también, que su ejecución implique para el autor una sustracción o reducción de medios organizativos o de desarrollo fundamentales tales como la libertad o la propiedad (Morguet 2009, 27). Por tal motivo, la pena sólo puede estar justificada *post factum*, es decir, tras el fracaso de la pretensión disuasiva contenida en las leyes mismas; y no *ex ante*, esto es, con antelación al quebrantamiento de la norma.

Con la imposición de penas se comunica a los ciudadanos que las normas sancionadas están efectivamente vigentes, de manera que puedan sentirse seguros en el ejercicio de sus derechos y en el cumplimiento de sus obligaciones. Se trata, entonces, de confirmar su confianza en el estado de derecho de modo que puedan desarrollar sus vidas sin miedo a sus semejantes ni a los agentes del Estado. La confianza en las instituciones aparece,

entonces, como la contracara positiva del temor generalizado a la ley, es decir, al poder penal del Estado (Isensee 1983, 26).

4. Reacción penal del Estado frente al terrorismo transnacional

Ahora bien, en la actualidad existen ciertos fenómenos delictivos cuya naturaleza misma logra jaquear la pertinencia conceptual de la figura de Estado y la lógica tradicional de su ejercicio punitivo. Tal es el caso de las diferentes redes del crimen organizado y de terrorismo internacional. Estos fenómenos representan impulsos anti-estatales que descomponen sus instituciones en un movimiento corrosivo que va desde la periferia de las sociedades hacia su centro mismo y a la inversa (Nitschke 2012, 155). Con la importante salvedad de que, el terrorismo internacional, o para ser más preciso “transnacional” o “supraterroismo”, a diferencia del accionar de las redes de crimen organizado sólo tiene en su mira al Estado (o al orden internacional en su conjunto) como blanco a ser destruido.

Por el contrario, el narcotráfico, el tráfico de armas o la trata de personas buscan la cooptación de la estructura estatal para obtener con ello mayores ventajas competitivas en su campo de acción específico. Así, por ejemplo, no es de extrañar que un cartel de la droga busque la cooptación de la estructura estatal con el fin de que su aparato represivo sea utilizado para perseguir competidores dentro del territorio y al mismo tiempo desactivar toda intromisión del Estado en sus áreas específicas de interés. Si esta operación de cooptación logra su cometido, el cartel no sólo consigue monopolizar el negocio (con la consecuente facilidad para incrementar sus márgenes de rentabilidad), sino también y sobre todo una absoluta impunidad para seguir operando en el ámbito donde ha conseguido la hegemonía. En tal sentido, el crimen organizado no busca la destrucción del Estado sino que entabla una relación cínica con él: necesita la validez de su discurso y la eficacia de su estructura para poder valerse de ambas cosas con el fin de maximizar sus propios

intereses.¹⁷ Por tal motivo, Marcos Moloeznik Gruer concluye un artículo, destinado al análisis crítico de la política de combate al narcotráfico durante la administración de Vicente Fox en México, dándole el status de mito a la idea de “narcoestado” como término que describe un fenómeno político en el que el narcotráfico disputa el poder al Estado.¹⁸

Bien distinto es lo que ocurre con el fenómeno del terrorismo transnacional o “supraterroismo” (Stepanova 2008). En efecto, el terrorismo es una estrategia utilizada por el enemigo de una nación, religión, civilización o cultura para imponer miedo a través de la violencia. Su eficacia opera más en el plano simbólico que en el material. El terrorismo utiliza la infraestructura de sus posibles víctimas como arma y a los medios masivos de comunicación como amplificador de su accionar. Cuanto más espectacular son los atentados, tanto mayor es la atención dispensada por los medios y, en consecuencia, más eficaz el impacto simbólico de la acción: “en esta era de información y comunicación masiva no sólo es de una importancia crítica la escala armada de la violencia terrorista y sus costos materiales y humanos directos, sino también su efecto desestabilizador sobre la seguridad nacional, internacional, humana y pública y su capacidad de afectar a la política” (Stepanova 2008, 2). Por lo cual también el carácter imprevisible y azaroso de sus ataques busca generalizar la sensación de que nadie puede sentirse a salvo y esto multiplica el efecto simbólico del terror.

¹⁷ Si se toma como ejemplo paradigmático de hegemonía la alcanzada por el Grupo Z entre los narcotraficantes mexicanos, no es difícil concluir, revisando las cifras exorbitantes de desertión del ejército (123. 218 del año 2000 a 2006, es decir, el 65% de la plantilla total de miembros en el 2007: 191.143), que “la variación de los índices de violencia en México, se puede explicar a partir de las desertiones militares y la migración de éstos a las filas de la delincuencia organizada” (Moloeznik Gruer 2010, 9). Se trata, entonces, de un ejemplo cabal de cómo el crimen organizado necesita la estructura del Estado para poder parasitarla.

¹⁸ Según Moloeznik Gruer, “no se debe perder de vista que a los agentes ligados con los estupefacientes y sustancias psicotrópicas no les interesa la lucha por el poder político; son empresarios y, por tanto, su objetivo es maximizar las utilidades que arrojan sus actividades al margen de la ley. En todo caso, la violencia de los últimos tiempos ligada al narcotráfico, responde a los cambios cualitativos operados en el escenario político y a la inclusión de militares y ex militares en las filas de la delincuencia organizada. El enfrentamiento entre diversos grupos del tráfico de drogas ilegales por la hegemonía y el control territorial, también pone fin a la mitología popular de un ente monolítico todopoderoso y tenebroso llamado ‘crimen organizado’ e interesado en dominar al Estado y dirigirlo” (Moloeznik Gruer 2010, 11).

Tal estrategia dista mucho de ser irracional o carente de sentido, como en principio podría parecer debido al grado absurdo de violencia desatado por los atentados terroristas. Antes bien, como explica Michael Pawlik, se trata de una respuesta específica frente al veloz desarrollo de la industria armamentista en occidente que le ha permitido a sus principales potencias, sobre todo a EE.UU., llevar adelante una “guerra sin riesgo” en términos de Michael Walzer, más próxima al “combate de plagas” según la definición Herfried Münkler, que a una confrontación bélica entendida como “duelo ampliado”, tal como lo formulara Claus von Clausewitz. Porque en el caso de un duelo, ambos contendientes se ven obligados a poner su vida en juego y cuentan siempre con la posibilidad de morir en el intento, más allá de las ventajas relativas que pueda ostentar uno sobre otro. Pero el progreso en la industria bélica crea un desequilibrio de tal naturaleza entre los actores en disputa que torna plausible llevar adelante una misión moral por medio de las armas sin estar dispuesto a pagar ningún precio por ello. Y ante semejante resolución reacciona el terrorismo transnacional entablando una guerra asimétrica.

La introducción del concepto de “guerra asimétrica” en la teoría política contemporánea responde a la necesidad de pensar la lógica de una confrontación armada entre partes en la que al menos una de ellas no puede ser definida como Estado soberano. Como se trata de una definición negativa resulta necesario determinar la naturaleza positiva del concepto referido. Es posible definir una “guerra simétrica” como un conflicto armado entre dos o más Estados que se define por medio de sus ejércitos en batallas abiertas. La simetría no radica sólo en la relativa igualdad de poderío entre las partes sino en el tipo de actores que llevan adelante el conflicto: los Estados nacionales soberanos que monopolizan el ejercicio legítimo de la violencia en un territorio

determinado y que, por ello mismo, tienen capacidad para tomar decisiones colectivamente vinculantes tanto para la declaración de hostilidades como para su finalización. Este tipo de guerras permite distinguir con cierta claridad entre combatiente y no combatiente, entre frente de batalla, retaguardia y zona no afectada por el conflicto como así también entre guerra y fin de las hostilidades. Sobre estos presupuestos se ha establecido el Derecho Internacional Humanitario a partir de un conjunto de normas contenidas en las cuatro Convenciones de Ginebra de 1949 y en los Protocolos adicionales, cuyo propósito consiste en limitar el uso de métodos de guerra y la implementación de determinados medios con el fin de proteger a los que no participan activamente en el conflicto (población civil) o a los que han dejado de participar (heridos en combate o prisioneros de guerra). Por el contrario, en las guerras asimétricas las partes que se enfrentan son diametralmente desiguales no sólo en lo que concierne a su equipamiento y poder de fuego sino sobre todo en su estatuto legal. Por ello se ven obligadas a implementar diferentes medios y métodos con el fin de alcanzar sus objetivos respectivos que también son diametralmente distintos.¹⁹

¹⁹ Sibylle Scheipers en un artículo reciente cuestiona que se considere anticuado y poco adaptado a los conflictos militares en el siglo XXI al derecho de los conflictos armados bajo el supuesto de que las guerras actuales tienden a ser conflictos asimétricos entre Estados y actores no estatales, mientras que el derecho de los conflictos armados se hizo con la vista puesta en la guerra simétrica interestatal. Scheipers muestra con sobrada documentación histórica que los conflictos asimétricos no son nuevos; más bien, su existencia ha sido uno de los motores principales para la elaboración y codificación de un derecho de los conflictos armados. Su tesis central afirma que los combatientes

En los conflictos asimétricos actuales aparecen otros actores además de los ejércitos nacionales: no sólo partisanos, guerrilleros o rebeldes armados sino también organizaciones terroristas y mafiosas. Especialmente, en los países donde el Estado se encuentra debilitado en sus estructuras, emergen los señores privados de la guerra (*warlords*) que persiguen fines exclusivamente económicos. Son empresarios que buscan, por ejemplo, el control de los recursos naturales (piedras o metales preciosos) o del tráfico de drogas. Muchos de estos conflictos trascienden las fronteras y tienen un carácter transnacional pero en el que ya no participan directamente actores estatales. Por eso se habla de una suerte de privatización de la guerra como se expuso más arriba a propósito del caso mexicano.

Pero el concepto de “guerra asimétrica” se introduce especialmente para caracterizar una confrontación bélica entre un Estado nacional soberano, por

irregulares han existido en todo momento en la historia de la guerra y lo que ha variado son los objetivos estratégicos y políticos de Occidente referidos a la estabilización en los conflictos contra combatientes irregulares. Con todo, tras los ataques terroristas del 9/11 “quienes hacen políticas públicas a ambos lados del Atlántico se apresuraron a afirmar que el derecho en sí mismo, la mayoría del cual había sido redactado durante el siglo XX, no era aplicable a los campos de batalla del siglo XXI. (...) las guerras del siglo XXI serán conflictos asimétricos en los que las fuerzas regulares del Estado han de luchar contra una gran variedad de actores como terroristas, rebeldes, insurgentes, milicias, mercenarios, piratas y así sucesivamente que, que por lo general, se agrupan bajo la noción de actores no estatales. Simetría implica reciprocidad, es decir, todas las partes en un conflicto han cumplir con las mismas reglas. El concepto de las represalias bélicas, que eran una medio legítimo de guerra hasta la redacción de los Convenios de Ginebra en 1949, refleja este supuesto de la reciprocidad: si una de las partes en un conflicto rompe sistemáticamente el derecho de los conflictos armados, el oponente tiene derecho a tomar represalias en especie o en otra forma de castigo para asegurar se respete el derecho. En los conflictos asimétricos -y es importante observar que la noción de guerra asimétrica es anterior a la Guerra contra el Terror, y no abarca sólo el terrorismo sino también los conflictos en las periferias del sistema internacional etiquetado de diversas maneras como nuevas guerras, conflictos de baja intensidad, operaciones militares distintas de la guerra o guerra de cuarta generación- la reciprocidad está socavada por definición” (Scheipers 2013, 45-46)

un lado, y una organización armada no estatal, por el otro, que como estrategia deliberada ignora las regulaciones del Derecho Internacional Humanitario en todo su *modus operandi* y en el ejercicio de las hostilidades (Paulus/Vashakmadze 2009, 108-109). Este es el caso, por ejemplo, de las organizaciones terroristas transnacionales de origen islámico. De este modo, mientras que los actores estatales están en la obligación de respetar el Derecho Internacional Humanitario cuando entran en conflicto armado con grupos no estatales y sus soldados deben ser visualmente identificables, tienen prohibido explícitamente implementar métodos de lucha que no distingan entre objetivos militares y civiles e incluso las acciones armadas contra objetivos militares deben ser razonables, es decir, guardar proporción con el fin; las organizaciones terroristas transnacionales de motivación islámica renuncian por principio a todo ello: sus combatientes no están identificados como tales sino que visten de civil y se agrupan en células dispersas en diversos territorios nacionales en todo el globo; el propósito de sus acciones militares consiste en causar terror a través de la violencia de sus atentados, por lo cual la población civil es un blanco privilegiado con el fin de debilitar la estructura psíquica de su oponente; tampoco atienden al principio de proporcionalidad en sus hostilidades, dado que este principio sólo es adecuado si se asume como presupuesto que los actores involucrados en el conflicto tienen ideas similares acerca de la victoria y la derrota, cosa que en este caso no sucede.

Con todo, no sólo a partir de la desventaja que tiene una de las partes en conflicto por su sujeción a las regulaciones del Derecho Internacional Humanitario puede ser pensado el concepto de "guerra asimétrica", sino también desde su contracara, es decir, a partir de las desventajas que tendría la parte tecnológicamente menos avanzada si se atuviera a estas regulaciones. Porque debido a la acelerada implementación de nuevas tecnologías bélicas, sobre todo de misiles de crucero y drones de combate, las principales potencias de occidente (especialmente EE.UU.) están en condiciones de librar una guerra sin pérdidas humanas propias en el ejercicio de las hostilidades. En este caso, la asimetría en relación con el equipamiento tecnológico de punta conduce a que la parte más relegada pueda verse en serias desventajas si decide respetar las regulaciones del Derecho Internacional Humanitario, dado que primero se enfrenta a la dificultad de sobrevivir para poder combatir después a su enemigo.

Por ello, frente a una supremacía tecnológica de estas características una estrategia posible consiste en hacer invisibles las propias tropas para que el enemigo no pueda identificarlas, es decir, hacer que los propios combatientes no puedan distinguirse de la población civil: "desde la clandestinidad, los terroristas atacan a la sociedad occidental allí donde ésta es más débil: en su estructura psíquica, que se caracteriza por tener necesidades altamente

desarrolladas de seguridad existencial y una muy reducida disposición al sacrificio –¡post-heroísmo! es la palabra clave-” (Pawlik 2008, 16).

En efecto, según Herfried Münkler, la condición *post-heroica* que domina a la gran mayoría de las sociedades occidentales contemporáneas es una clave para comprender la lógica del conflicto asimétrico porque tanto sus dirigentes como sus ciudadanos no sólo se rehúsan a poner en riesgo la vida de población civil, sino que tampoco toleran verse afectados en lo más mínimo en el curso de sus actividades cotidianas a causa del conflicto armado. Las demandas de seguridad existencial exceden con creces la puesta en peligro de la vida y se extienden a la infraestructura material que posibilita su desarrollo según elevados estándares de confort a través del abastecimiento de agua potable, gas, electricidad y combustible; tanto como el normal funcionamiento de las redes viales, férreas, cloacales, pluviales, telefónicas, informáticas, etc. Esta circunstancia hace que sus poblaciones concentradas en grandes ciudades sean especialmente vulnerables a los ataques terroristas perpetrados desde lógicas culturales heroicas que hacen de la auto-sacrificio (ya sea en la forma de ataques suicidas o utilizando a la propia población civil como escudo) un arma fundamental para el combate asimétrico.

Por ello mismo, otra característica central del terrorismo transnacional es su carácter ubicuo: “es por definición global o por lo menos intenta tener un

alcance global y, como tal, no tiene que estar atado a ningún contexto local o nacional ni a ningún conflicto armado particulares. El supraterrorismo persigue objetivos existenciales ilimitados, no negociables, a nivel global, tales como el de desafiar y cambiar el entero orden internacional" (Stepanova 2008, 10). Sus propias organizaciones no tienen base en ningún territorio claramente definido y como tiene por blanco la estructura psíquica de las poblaciones occidentales puede atacar sin ser atacado. Todo atentado con cierto grado de espectacularidad a una metrópolis occidental es suficiente para mostrar la vulnerabilidad de todas las demás y cualquier acción militar compensatoria llevada adelante con posterioridad por un Estado (o conjunto de Estados) dentro o fuera del territorio estatal atacado, jamás consigue satisfacer las demandas acrecentadas de seguridad existencial de sus ciudadanos.

Por el contrario, las acciones compensatorias frecuentemente conducen a un recrudecimiento del conflicto armado. Esto suele fortalecer el sentimiento de vulnerabilidad de la ciudadanía en sociedades que, como las occidentales contemporáneas, están muy poco predispuestas al sacrificio. Por esta razón, la batalla simbólica está ganada por el terrorismo en cualquier caso. Así, por ejemplo, "mientras que el número de muertes causadas por los ataques terroristas del 11 de septiembre de 2001 en los Estados Unidos (casi 3000 muertes, la mayoría de ellos civiles) no es comparable con el enorme número

de víctimas militares y civiles de las guerras más importantes posteriores a la segunda guerra mundial, como la de Corea o la de Vietnam; el impacto político de los atentados del 2001 y sus repercusiones sobre la seguridad mundial, sí son comparables. Este efecto desestabilizador es el sello distintivo del terrorismo y supera con creces su daño real. (...) Esta característica hace del terrorismo tal vez la más asimétrica de todas las formas de violencia política" (Stepanova 2008, 2-3). Sobre todo si se tiene en cuenta que parte de su estrategia consiste en utilizar tanto como sea posible la infraestructura, las instalaciones y el progreso tecnológico del oponente en contra del oponente mismo.

Así, debido a su alta concentración de población y a su elevada penetración tecnológica, las grandes urbes contemporáneas están sobreexpuestas a sabotajes y atentados de todo tipo. Basta pensar que con un par de individuos bien entrenados y dispuestos a morir es posible secuestrar un avión estrellarlo, por ejemplo, contra un estadio repleto de gente. Y ello, incluso sin violar ninguna norma vigente hasta el momento mismo del atentado. Esta mera posibilidad, vuelta realidad innegable a partir de los atentados del 11 de septiembre y confirmada con los ataques terroristas del 11 de marzo de 2004 a la estación Atocha de trenes en Madrid (191 muertos y 1858 heridos), del 7 de julio de 2005 al metro de Londres (56 muertos y 700 heridos) y del 11 de julio de 2006 a los trenes de Bombay (190 muertos y 460 heridos), por sólo

mencionar los ejemplos más claros, invierte por completo la lógica tradicional de la punición tanto por los estragos que producen o pueden producir los atentados terroristas como porque ya no es posible la imposición de penas una vez que estos fueron perpetrados y, entonces, quedan impunes.

Para evitar que esto suceda, el derecho penal contemporáneo ha debido introducir numerosas leyes e institutos penales direccionados a adelantar la punición sin disminuir proporcionalmente las penas, limitar las garantías procesales y, además, a pasar de la retórica característica de la legislación penal a otra de combate. Porque a los ciudadanos de las sociedades *post-heroicas* occidentales no les basta con saber que determinadas acciones están penadas para sentirse seguros. Requieren, además, alguna certeza respecto de su improbable ocurrencia. Ya la mera posibilidad de atentados o sabotajes, como explica Kindhäuser, “alimenta los temores individuales y colectivos, los temores se apaciguan mediante la prevención y la necesidad de prevención se sacia mediante el recurso a las sanciones del derecho penal. De esta manera, el derecho penal se convierte, expresado en términos informales, en ‘arma multiusos’ del aseguramiento social” (Kindhäuser 2009, 4).

Ahora bien, frente al accionar del terrorismo transnacional, la posibilidad de estabilizar expectativas sociales de conducta mediante la imposición de penas se torna trivial o irrelevante, si meramente acontece como reacción, es decir,

post factum. Es necesario, por lo tanto, anticiparse a las acciones para ofrecer seguridad a la ciudadanía. A este desafío, el derecho penal responde también acrecentando el número de los delitos de peligro abstracto frente a los delitos de lesión y de peligro concreto (Kindhäuser 1998, 270-271; Kiss 2011, 35). Porque si bien es cierto que la tipificación de delitos de peligro abstracto tiene una causa más general vinculada con la implementación de nuevas tecnologías en la vida cotidiana,²⁰ también lo es que el progreso tecnológico habilita de hecho toda una gama de delitos contra la seguridad del Estado en manos de individuos y organizaciones criminales.

Esta evolución se explica también porque en una guerra asimétrica, los combatientes que visten de civil y no portan armas a la vista durante su participación en las hostilidades de un conflicto internacional, pierden por ello su estatuto de combatiente y todos los privilegios previstos por el Derecho Internacional Humanitario. Por tanto, en caso de ser capturados pueden ser castigado como delincuentes comunes por los crímenes cometidos o por su participación en la planificación de crímenes a cometer. Sin embargo, gozan al menos de la protección y las garantías procesales previstas por las

²⁰ Ello obedece fundamentalmente a que, como explica Kindhäuser, “la vida en las sociedades industriales modernas implica una serie de riesgos cuyo dominio no solamente supera al individuo, sino que, además, conduce a inseguridades que apenas pueden ser dominadas por el conjunto de la sociedad. Progreso técnico y riesgos crecientes van de la mano y caracterizan la sociedad actual, desde una perspectiva sociológica, como sociedad del riesgo. El único instrumentario que tiene la posibilidad de poner en relación valorándolas las ventajas y desventajas de correr riesgos, así como de conducirlos a cauces reguladores es el Derecho. De ahí que se invoque infaliblemente al Derecho penal cuando hay que asegurar mediante sanciones la observancia de los valores límite para los riesgos socialmente tolerados” (Kindhäuser 2009, 4).

disposiciones del derecho penal nacional y esto les reporta una ventaja adicional en la implementación de su estrategia.

Estas variaciones en la legislación condujeron a una expansión penal (Silva Sánchez 2011) que consolidó lo que hoy se denomina el paradigma de la prevención (Cancio Meliá 2006) o también derecho penal del enemigo (Jakobs 1985), cuyas características definitorias dan cuenta de la necesidad del Estado de brindar una respuesta eficiente frente a hechos delictivos nuevos o extraordinarios. Esta legislación se aparta de la tradición liberal por cuanto suele vulnerar los principios de intervención mínima y de legalidad mediante la introducción de normas ambiguas o tipos penales en blanco o de peligro; asimismo también vulnera los principios de culpabilidad y de proporcionalidad de las penas.²¹ Esto ha dado lugar a que renombrados penalistas se cuestionen: “¿Hasta qué punto es legítimo un 'Derecho penal del enemigo' que no se atenga a los principios del Estado de Derecho y viole preceptos constitucionales y declaraciones internacionales a favor de los derechos humanos? Y sobre todo, ¿cuáles son los límites que debe tener el mismo, si es que, por su naturaleza, admite algún tipo de límites?” (Muñoz Conde 2007, 64).

²¹ Un ejemplo de esta tendencia es la sanción de la ley 26.734 en Argentina, identificada ante la opinión pública como ley anti-terrorista. Con ella pasa a ser considerado acto terrorista aquel delito previsto en el Código Penal que hubiese sido cometido “con la finalidad de aterrorizar a la población u obligar a las autoridades públicas nacionales o gobiernos extranjeros o agentes de una organización internacional a realizar un acto o abstenerse de hacerlo.” En esos casos, se prevé un incremento de la pena en el doble del mínimo y del máximo previsto para el delito si el móvil hubiera sido distinto. Por tanto, el agravante no está en el delito en sí sino en su finalidad, con independencia de que se disponga o no de los medios idóneos para su realización.

5. El derecho penal del enemigo de Günther Jakobs

Según Jakobs la operación de distinguir entre un “derecho penal del ciudadano” y un “derecho penal del enemigo” pasa por establecer dos tipos ideales que nunca se presentan en estado puro dentro de un mismo contexto jurídico-penal (Jakobs 2003a, 93). Sin embargo, ambos se reflejan en dos maneras diversas de entender la pena como coacción. Por un lado, la coacción penal porta un significado comunicativo: contradice el quebrantamiento de la norma a manos del autor y con ello lo toma en serio como persona, al tiempo que reafirma la configuración normativa de la sociedad. Por otro lado, produce un efecto físico de aseguramiento al confinar al autor como individuo peligroso. Esto último supone un grado parcial de despersonalización en la medida en que el autor resulta heteroadministrado por el Estado. Se trata de una heteroadministración que, en casos extremos, como el de la pena de muerte, puede conducir incluso a la pérdida completa de su estatus de persona (Jakobs 2008a, 16-17).²²

Pero la diferencia esencial entre un derecho penal ciudadano y uno del enemigo radica en que en el primer caso se pena a causa de los actos cometidos en el pasado; mientras que en el segundo, en virtud de actos a cometerse en un futuro. Porque el derecho penal del enemigo apunta a afianzar la seguridad con medidas de defensa frente a aquello que se concibe

²² Ya en 1985 Jakobs señala la insuficiencia de las herramientas conceptuales disponibles para describir adecuadamente las significativas variaciones que estaban teniendo lugar en la legislación penal alemana. Es entonces cuando reintroduce el polémico concepto de *enemigo* en la teoría penal para dar cuenta de una cierta propensión en la legislación hacia *la criminalización en el estadio previo a la lesión de un bien jurídico*. Precisamente, en la penalización de los actos preparatorios puede advertirse que se está reconociendo al autor no como a un ciudadano, es decir, como a un ciudadano fiel al derecho, sino como a una fuente de peligro, esto es, como a un enemigo. Al mismo tiempo, Jakobs se muestra como un crítico severo de esta evolución en materia de legislación penal que lejos de fortalecer un Estado de libertades constituye un signo indeleble de su retracción; por lo cual concluye que un derecho penal del enemigo únicamente puede estar legitimado de manera excepcional como derecho penal de emergencia que rige en un lapso acotado mientras dure la excepción (Jakobs 1985).

como un peligro, en vez de garantizar la vigencia del ordenamiento jurídico desautorizando a la desautorización de la norma (Jakobs 2006a, 840).

Como se ha explicado más arriba, Jakobs utiliza el término ciudadano como sinónimo de persona jurídica o de persona a secas. Una sociedad puede considerar ciudadano sólo a aquel que justifica una expectativa de comportamiento conforme al derecho, es decir, que orienta su conducta en general por las normas establecidas y en esa medida es parte de la sociedad misma. Si en un caso específico no lo hace y delinque, la sociedad reacciona con la pena ante el quebrantamiento de la norma, de tal manera que el contenido comunicativo de la sanción penal consiste en que el acto delictivo no debe ser tenido como modelo y que la norma violada sigue siendo vinculante. Pero esta confirmación de la configuración normativa de la sociedad sólo tiene sentido si su identidad ha sido impugnada desde adentro, es decir, por uno de sus miembros.

Distinto es el caso cuando las normas son quebrantadas por individuos que están afuera de la sociedad, porque para ellos esas normas no son vinculantes a causa, precisamente, de su no pertenencia. Aquí ya no es posible alcanzar mediante la pena una rehabilitación del reconocimiento de las normas ni la confirmación de la identidad normativa de la sociedad. Para estos individuos de los que, a diferencia de los ciudadanos, no cabe esperar ninguna cimentación cognitiva relativa a su fidelidad al derecho, y que en esa medida representan una fuente de peligro constante para la sociedad, Jakobs tiene reservado el término "enemigo". El enemigo es aquel que no se aparta de la sociedad ni se deja coaccionar jurídicamente y, por tanto, permanece como entorno perturbador, amenazante (Jakobs 2000, 53). Los enemigos "no participan de las ventajas del estatuto de persona. No gozan de derechos ni cumplen con sus deberes, viven en un espacio no jurídico. De ahí que el Estado ya no se atenga para su persecución los procedimientos jurídicos sino que actúe con ayuda de medidas de coacción" (Viquez Azofeifa 2012, 26).

Jakobs distingue entre enemigos totales y enemigos parciales. El enemigo total es aquel que rechaza por principio la estructura normativa de una sociedad de libertades. Se trata de individuos que jamás pertenecieron a la comunidad jurídica o bien que se han excluido a sí mismos de ella. Enemigos totales son, entonces, ciertos terroristas u otros miembros de asociaciones criminales que por su modo de vida se han alejado por completo del derecho de manera perdurable (Jakobs 2006b, 293). El enemigo parcial, sin embargo, se ve privado de algunos de sus derechos aunque sus deberes permanecen intactos. De lo contrario, no podría incumplirlos y convertirse en un criminal. También en este caso, su exclusión se origina en la autoexclusión que lleva a cabo al abandonar su posición de fidelidad al derecho. Pero esa misma razón, lo lleva a Jakobs a sostener que "a través de un cambio de en su comportamiento podría el enemigo ser nuevamente un ciudadano "(Jakobs 2006b, 293).

El derecho penal del enemigo surge, entonces, como un dispositivo de defensa frente a posibles agresiones futuras. Como ejemplo de esta evolución, Jakobs menciona numerosas leyes e institutos penales con los cuales el Estado no se dirige básicamente a sus ciudadanos sino que "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" (Jakobs 2000, 52). Con esta evolución, como explica Karolina Viquez Azofeifa , la pena cambia de significado y se apoya en otra fuente de legitimidad: "El significado de la pena como eliminación de un peligro no radica aquí en el futuro comportamiento no punible del delincuente sino en la producción de seguridad. El derecho de los ciudadanos a la seguridad legitima la pena. Con la aplicación de la pena debe mantenerse un contexto vital aceptable para los ciudadanos. Como el enemigo no ofrece ni una mínima garantía cognitiva, despierta la duda en los ciudadanos respecto de la comunidad de comunicación que descansa en relaciones de confianza. Ya con sólo eso, la presencia de un enemigo lesiona la libertad de todos los miembros de la sociedad. El enemigo se transforma en una amenaza al orden jurídico" (Viquez Azofeifa 2012, 41).

Miguel Polaino-Orts resume en tres categorías a las normas incriminatorias propias de un derecho penal del enemigo presentes en los ordenamientos jurídicos actuales de la mayoría de los estados democráticos occidentales: 1) Las *medidas de corrección y seguridad*. Estas medidas se aplican tanto a sujetos inimputables como imputables que ostentan un alto nivel de peligrosidad social. Con estas medidas no sólo se heteroadministra el espacio de libertad personal del sujeto, restringiéndolo, sino que también se adelanta la punición; 2) Los *delitos de posesión* que incrimina la tenencia de objetos diversos por su peligrosidad latente (armas, químicos, maquinaria para falsificación de moneda, documentación, etc.) sin que sea necesario esperar a que se cometa el acto delictivo; 3) Los denominados *delitos de estatus* en los que la peligrosidad del sujeto radica en su pertenencia a organizaciones criminales necesidad de que lesione un bien jurídico protegido o cometa una acción punible. Por ejemplo, en el caso de una ley antiterrorista la causa de la sanción radica en la mera pertenencia a una organización terrorista y no en la participación activa en un atentado (Polaino-Orts 2007, 108-111). Con este proceder, se abandona el marco conceptual que la modernidad acuñó para pensar la reacción penal del Estado en torno a la categoría de persona, esto es, de ciudadano; en su lugar, la ley concibe al autor como una fuente de peligro que hay que mitigar, es decir, como un enemigo.

De esta manera, el derecho penal del enemigo surge con el propósito de ofrecer a la ciudadanía algunas certezas respecto de la vigencia del derecho en un Estado que comienza a ser percibido como crecientemente vulnerable;

vulnerabilidad que no se reduce sólo a la seguridad concebida en términos penales sino que, como lo muestra abundante literatura científica al respecto,²³ está referida a que en el escenario de la globalización el Estado se desplaza definitivamente, y en el mejor de los casos, de *monopolizador a manager* de la dominación. En este nuevo escenario se verifica, por lo tanto, un aumento de la tensión entre dos tendencias propias del derecho penal: optimizar la protección de bienes jurídicos, por un lado, y garantizar el pleno ejercicio de las libertades personales, por el otro. Cuando el énfasis recae sobre la primera, se prioriza la seguridad por sobre la libertad ciudadano; en el caso contrario, se garantizan libertades a expensas de la seguridad. Sin embargo, ambas tendencias comparten el presupuesto según el cual el principio de territorialidad es un componente clave de la soberanía estatal. Pero un estado de derecho democrático contemporáneo ¿sigue estando en condiciones de monopolizar el uso de la violencia dentro del territorio que le es reconocido como propio? Frente a los posibles usos bélicos de las nuevas tecnologías ¿tiene sentido seguir hablando de soberanía estatal en relación con un territorio determinado? El fenómeno de las nuevas guerras asimétricas sugiere, en principio, una respuesta negativa. Si este fuera el caso, la pérdida de soberanía estatal pone en cuestión una concepción liberal tanto de la comunidad internacional como del estado de derecho democrático. Seguridad y libertad dejan de estar en una relación complementaria pues pierden su posible punto de equilibrio.²⁴ Esto supone también dejar de lado buena parte del esquema teórico que la modernidad forjó para entender las dinámicas institucionales en que se inscriben sus prácticas políticas y sociales. De ahí que Jakobs revise los presupuestos básicos de la filosofía política hobbesiana tanto para entender los

²³ Ver sobre todo las diferentes investigaciones que forman parte de una colección de más de 15 volúmenes publicados a partir de 2006 en *Staatlichkeit im Wandel* por Campus Verlag al cuidado de Philipp Genschel, Karin Gottschall, Stephan Leibfried y Frank Nullmeier. Como así también a la discusión que mantuvo Gunnar F. Schuppert con Genschel y Leibfried en *Der Staat* durante 2008.

²⁴ Según Udo Di Fabio es este equilibrio entre seguridad y libertad lo que caracteriza a un estado de derecho: “Sin libertad no hay seguridad. Libertad y seguridad no están en las antípodas, no son una contradicción irreconciliable, en el fondo no son de ninguna manera una contradicción. Están en una relación de complementariedad: se presuponen recíprocamente y se refuerzan una a la otra” (Di Fabio 2008, 422).

puntos de anclaje de su teoría en la tradición jurídico-política moderna como para identificar los desarrollos divergentes.

Excursus II: el Hobbes de Jakobs

El principal antecedente filosófico del derecho penal del enemigo tal como lo tematiza Jakobs es Thomas Hobbes, es decir, uno de los pensadores centrales del Estado moderno. Cuando en el *Leviathan* se precisa el quinto derecho de soberanía, Hobbes sostiene que su titular tiene el derecho a “*hacer cualquier cosa que considere necesaria* de manera anticipada [*beforehand*] para la preservación de la paz y la seguridad, ya sea para evitar la discordia interna o la hostilidad desde el exterior” (Hobbes 1994, 113, *énfasis nuestro*). Como quien tiene “derecho a los fines” tiene “derecho a los medios”, en caso de extrema necesidad, esto es, cuando el soberano considere que el Estado está amenazado en su integridad, puede anticiparse para salvar a sus gobernados. Jakobs se refiere a ello del modo siguiente: “Intentaré mostrar que el cuerpo del emperador, es decir, el Estado, en algunos lugares no está cubierto por una vestimenta como es debido, propia del estado de derecho, sino que 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” (Jakobs 2006b, 290).²⁵

²⁵ Como ya mencionamos más arriba, en el contexto jurídico argentino lo que muestra tal desnudez del cuerpo del emperador es la erosión del principio de presunción de inocencia expresado en el artículo 18 de nuestra Constitución Nacional o en una versión explícita el artículo 11 de la Declaración Universal de los Derechos Humanos. La ley 26.734 sancionada en Argentina en diciembre de 2011 no es sino una muestra acabada de lo teorizado por Jakobs. Conocida como “ley antiterrorista”, en primer lugar, incorpora en el artículo 41 quinquies, un agravante genérico de cualquier delito contemplado en el Código Penal del siguiente modo: “Cuando alguno de los delitos previstos en este Código hubiere sido cometido con la finalidad de aterrorizar a la población u obligar a las autoridades nacionales o gobiernos extranjeros o agentes de una organización internacional a realizar un acto o abstenerse de hacerlo, la escala se incrementará en el doble del mínimo y el máximo”. Por otro lado, también se pena, según lo expresa la otra modificación propuesta por esta ley mediante la incorporación del artículo 306, a “quien recolectare o proveyese bienes o dinero” con la finalidad de llevar adelante el delito determinado en el artículo anterior. Pero lo más inquietante de esta última incorporación en su punto 2, donde se sostiene que “las penas establecidas se aplicarán independientemente del acaecimiento del delito”. También reaparece el problema del foro interno cuando se menciona “finalidad”, “independientemente del delito”. Esto conlleva

Esta desnudez a la que refiere Jakobs pone en cuestión la problemática distinción con la cual Hobbes inaugura la modernidad política entre *foro interno* y *foro externo*: “un delito es un pecado que consiste o en la comisión, ya sea por hechos o palabras, de lo que la ley prohíbe o la omisión de lo que ordena” (Hobbes 1994, 190). El soberano controla, castiga y premia los actos externos, no tiene soberanía sobre el foro interno, donde los “pensamientos son libres”. Proponerse cometer un acto prohibido por la ley es un pecado, tal volición queda encerrada en el foro interno. Ahora bien, cometer un acto prohibido por la ley es un delito debido a que la acción tiene un carácter público y como tal está bajo el dominio del soberano. Pero lo problemático radica en la determinación del límite que divide el foro interno del foro externo: ¿Se trata sólo de pensamientos o también implica la propiedad privada con todas las demás posesiones? ¿Tener un rifle en una propiedad es lo mismo que tener armas de guerra? Para Hobbes todo esto no está del todo claro. Pero lo que sí está claro es quién determina o juzga dónde está esa frontera: el soberano.

Jakobs, por su parte, llega a una conclusión similar. En primer lugar, revisa si el enfoque naturalista sobre el ser humano permite delimitar ambos foros. Y reconoce que desde el punto de vista penal no acarrea mayores ventajas una distinción que contemple “la piel como límite” (Jakobs 1985, 754). Por lo tanto, “por dónde discurre el límite entre lo externo y lo interno es algo que se decide de un modo diferente según la concepción que se tenga de la sociedad y, dentro de una misma sociedad según el ámbito de que se trate” (Jakobs 1985, 754). Por lo tanto, lejos de adoptar una posición naturalista u ontológica-sustancial respecto de la persona jurídica que permita deslindar el foro interno del foro externo, Jakobs concluye que estos no son datos que un observador sereno y atento pueda captar sino aspectos altamente politizados y relativos a la conformación jurídica de una sociedad. Por ello, subsiste una cierta inestabilidad entre ambos foros que se cristaliza en el legislación de todo estado de derecho democrático.

insalvables dificultades de orden probatorio. O bien habilita al Estado para inmiscuirse en la intimidad y hasta en los pensamientos de aquellos que están bajo su protección.

Jakobs destaca “las criminalizaciones anticipadas que se encuentran en el Código Penal Alemán” (Jakobs 1985, 756), entre ellas, que los actos preparatorios en el ámbito privado con finalidad criminal son considerados delito, tal como la constitución y participación en asociaciones criminales o terroristas, o la producción de documentación falsa. Del mismo modo, pone en evidencia que esto responde a una tradición dado que ya para el *Reichsgericht* “en la tentativa es la voluntad delictiva el fenómeno contra el que se dirige la ley penal” (Jakobs 1985, 759). Es decir que se pena con anterioridad a que el acto delictivo acaezca mediante una no poco problemática intromisión del Estado sobre las voluntades e intenciones privadas de los individuos. De allí que Jakobs considere que, cuando la legislación adelanta la punición a la consumación del delito y pone en cuestión la supuesta inviolabilidad del ámbito privado, está considerando al autor no ya como un ciudadano, para quien debe regir siempre el principio de inocencia, sino como un enemigo, esto es, como una fuente de peligro que debe ser neutralizada: “El Código penal, en su actual configuración, vela en no pocos puntos el desbordamiento de los límites que corresponden a un Estado de libertades” (Jakobs 1985, 784). Con esto se advierte el desequilibrio que resulta de erigir la esfera pública sobre la esfera privada o, para decirlo en otros términos, el problema netamente moderno de la mediación entre lo universal y lo particular.

En reiteradas oportunidades Jakobs afirma su tesis central sobre Hobbes, a saber: que “nominalmente, es (también) un teórico del contrato social, pero materialmente es más bien un filósofo de las instituciones” (Jakobs 2003a, 95). Poner el énfasis en que Hobbes intenta defender la institucionalidad más que en aquel artificio que presuntamente le daría origen, implica desplazar al filósofo británico de la lectura liberal originada por los trabajos de Leo Strauss (1984 y 1997) a principios del siglo XX hacia otra interpretación defensora de la estatalidad moderna, centrada en la defensa del Estado y el vínculo jurídico político común entre los ciudadanos. De este modo, Hobbes sostiene, como se mencionó más arriba, que un castigo tiene “la finalidad de que la voluntad de los hombres esté mejor dispuesta a la obediencia” (Hobbes 1994, 203). Con la

pena se busca, entonces, reforzar los vínculos jurídicos y estatales, antes que defender los bienes privados. O bien, en términos de Jakobs, mantener una determinada configuración social. De ahí que el derecho penal tenga por fin proteger la vigencia de las normas antes que bienes jurídicos (Jakobs 2003c).

A diferencia de Rousseau o Fichte para quienes todo delincuente se excluye con su acción de la protección que le ofrece el pacto y pierde por ello su condición de ciudadano, Jakobs rescata del planteo hobbesiano la distinción entre los delitos efectuados a privados, para los que existe un derecho penal del ciudadano, y los delitos efectuados al Estado, es decir, los *crimina laesae majestatis*, respecto de los cuales el soberano debe considerar al autor de un modo distinto. Si bien Hobbes no habla de un derecho penal del enemigo, sí establece esta distinción y un tratamiento diferenciado por parte de la autoridad soberana respecto de cada tipo de delito. Pues a quienes atentan contra la soberanía no se los puede seguir considerando ciudadanos; debe tratárselos directamente como enemigos: “los hechos de hostilidad contra el presente estado de la República son delitos mayores que los mismos actos cometidos contra cualquier hombre, porque el daño en el primer caso se extiende a todos. Tal como revelar al enemigo datos sobre las fuerzas armadas o secretos de la República; atentar contra la persona que representa a la República, ya sea ésta una monarquía o una asamblea o todo esfuerzo por disminuir por palabras o acciones su autoridad, ya sea en el presente momento o en tiempos posteriores. A esto delitos los latinos los comprendían bajo el concepto de *crimina laesae majestatis* y consiste en un *designio* o *acto contrario* a la ley fundamental” (Hobbes 1994, 202 *énfasis nuestro*).

Como se puede observar en este pasaje, el mismo Hobbes reconoce una intromisión en el foro interno por parte de la autoridad cuando sostiene que se debe penar un *designio* contra el Estado y con ello barre toda diferencia entre pecado y delito. Sin embargo, la manera de salir de este atolladero es coherente con toda su filosofía política: mediante la decisión soberana. En efecto, es el soberano quien decide cuándo las elucubraciones, designios y voliciones privadas atentan contra el orden público y dejan, por tanto, de

pertenecer al foro interno para volverse exteriores. Pero ello presupone ya una intromisión anticipada en el foro interno para arribar a semejante conclusión. Jakobs considera que “Hobbes en principio deja al delincuente en su rol de ciudadano: éste 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” (Jakobs 2003a, 96). Y, sumando a Kant en la misma línea que Hobbes, afirma que ambos “conocen un derecho penal del ciudadano [...] y un derecho penal del enemigo contra quien se desvía por principio; éste excluye, aquél deja incólume el status de persona” (Jakobs 2003a, 97).

Ahora bien, Hobbes distingue los delitos comunes de aquellos otros que atentan contra el sistema mismo y reconoce que los autores de estos últimos son enemigos a quienes no hay que aplicarles ningún tipo de procedimiento penal. Jakobs aclara, sin embargo, este punto dentro de su propia teoría: “Mi enemigo es simultáneamente delincuente [...]. Puede ser que los islamistas se consideren a sí mismos enemigos [...]. Pero nosotros no los vemos como enemigos en este sentido, sino que les decimos: ‘ustedes amenazan nuestro territorio, y lo hacen sin razón, y nosotros les damos a ustedes la libertad de vivir aquí si lo desean, por eso, ustedes si nos atacan son *inimici*’. No admitimos la definición de los atacantes” (Mizrahi 2012, 74). En la actualidad, las células terroristas que atentan contra el sistema son “lobos disfrazados de corderos” (Mizrahi 2012, 71), es decir, no se manifiestan abiertamente como enemigos sino que aprovechan todas las ventajas del estado de derecho -tanto legales como materiales- para atacar contra él. De esta manera, librar una guerra en su contra dista mucho de la representación de las guerras clásicas como las que tiene presente Hobbes a la hora de elaborar su teoría.²⁶ Más bien

²⁶ Cuando Hobbes sostiene que los que atentan contra el Estado son enemigos y que, por lo tanto, el soberano puede utilizar todas las herramientas que le brinda el estado de naturaleza para exterminarlos, no podía imaginar en el siglo diecisiete el nivel de conflictividad terrorista que se presenta en la actualidad, si bien podía tener presente las calamidades de la cruenta Guerra Civil Inglesa o el intento (casi concretado) de una facción católica liderada por Guy Fawkes de volar el parlamento con todos sus miembros incluido el rey en 1605. En un detallado estudio empírico sobre terrorismo, Brian Bennett (2007) enumera dieciocho casos de ataque terroristas internacionales entre 2000 y 2006, es decir, casi tres por año, e identifica, sin pretender exhaustividad, siete tipos de agrupaciones terroristas. Por eso, en este punto, las diferencias entre el filósofo de lo político y el

equivale a estar en guerra permanentemente con un enemigo que resulta muy difícil identificar e imposible sin violentar derechos y garantías de los ciudadanos.

Jakobs lee a Hobbes como un filósofo de la burguesía; más precisamente: como alguien que toma como punto de partida para pensar lo político a un burgués desnudo y, por tanto, inepto para una verdadera vida social. Su comportamiento sigue basándose en un esquema de satisfacción e insatisfacción aún en el estado civil. Jakobs pone el énfasis en un pasaje del *Tratado sobre el ciudadano* donde se insta al lector a pensar al nuevo sujeto de la modernidad como un hongo, es decir, como un ser sin ningún lazo social o vínculo jurídico. Porque el fundamento individual que le da sustento al contrato radica sólo en su necesidad para la conservación de la vida de acuerdo con los preceptos generales de la razón (Jakobs 1999). Entonces, si bien Hobbes pretende fundar una institucionalidad moderna, debido a sus premisas antropológicas, no lograr sortear el lastre individualista, lo cual hace que los sujetos sigan orientándose cognitivamente más que normativamente, es decir, que rija un esquema de satisfacción e insatisfacción utilizando al otro como objeto en una estrategia orientada a satisfacer los deseos de quien se proponga consumarlos. El súbdito hobbesiano sólo ha de cumplir la norma tras efectuar un cálculo entre beneficios y perjuicios, pero sin otra motivación considerable. Por lo tanto, su orientación es cognitiva en vez de ser normativa.

Para elucidar este tema, Jakobs propone el ejemplo del hurto: “Si el entendimiento es que el hurto es erróneo porque a todos compete reprimir los

jurista del derecho penal son más de orden coyuntural que conceptual. Pues, si bien la diferencia en el tratamiento referido a los delincuentes está presente en ambos, no así la arremetida contra el terrorismo. De este modo, el Hobbes de Jakobs si bien es moderno no es liberal. Rótulos que han sido equiparados por la tradición, pero que aquí no significan lo mismo. La posición filosófico-política de Hobbes se inscribe dentro de la modernidad porque acepta el individualismo subjetivista como la composición mínima de toda unión política o societal, tal atomización conlleva la lucha entre los hombres y el predominio del interés mundano de sus libertades. Pero no es liberal porque la posición institucional de Hobbes trata de rechazar una deuda ontológica con las partes, por la cuál éstas puedan llegar a reclamar privilegios al Estado e imponerles una agenda programática. Una vez que las partes forman el todo, el drama hobbesiano consiste en equilibrar seguridad y libertad, es decir, en no ser un Estado totalitario desprovisto de libertades individuales, ni tampoco un Estado guardián de las libertades de las clases dominantes ante la amenaza de sectores postergados.

correspondientes deseos, es la norma la que dirige el contenido de la comunicación” (Jakobs 1999, 36). Pero si “el riesgo de sufrir una pena es demasiado alto, de modo que por ello nadie debería temer un hurto, no tiene nada que ver con un entendimiento normativo, sino que es la comunicación de una orientación puramente cognitiva de un individuo” (Jakobs 1999, 36). De esta forma, la posición contractualista no logra doblegar las premisas individualistas de las que ha partido pues no puede que “los coaccionados se acostumbren de tal modo al orden que siguen las reglas sin tener en cuenta las sanciones que amenazan” (Jakobs 1999, 37). Por ello, los sujetos no pueden transformarse en personas que reconocen a los otros como pares sino que permanecen como agentes portadores de deseos que movidos por intereses estratégicos utilizan al otro como medio.

En efecto, según Jakobs: “no es cierto que una secuencia regular a grandes rasgos de conducta y sanción sea indicio de un orden normativo; por el contrario, puede que se trate de una organización coactiva plenamente cognitiva, explicable con base en las preferencias individuales (...) Por lo tanto, un orden normativo sólo es real cuando y en la medida en que dirija la comunicación” (Jakobs 1999, 36). Y esta comunicación es tal sólo cuando se entiende que el “hurto es erróneo porque a todos compete reprimir los correspondientes deseos” (Jakobs 1999, 36) y no porque el riesgo de sufrir una sanción sea perjudicial exclusivamente para quien comete el delito.²⁷

Ahora bien, la propuesta de Jakobs para que las personas se orienten normativamente en un Estado desorienta cuando parece retomar las sendas de un economicismo burgués en su forma más radical: “En la actualidad puede decirse que la economía es el generador de obligación” (Jakobs 1999, 40). Pero una justa comprensión debe entender que sólo una economía puede funcionar en un Estado que le ofrezca condiciones de posibilidad para su desarrollo. El ingreso al mercado laboral es el primer paso para luego acceder

²⁷ Hobbes, sin embargo, parece avizorar este inconveniente cuando afirma que los fundamentos por los cuales se sostiene el Estado “necesitan, más bien, ser enseñados diligente y verdaderamente, porque ellos no puede ser mantenidos por cualquier ley civil o el terror de un castigo legal” (Hobbes 1994, 220).

al mundo político. Sin el primero no es posible el segundo. En efecto, los jóvenes desempleados “que nunca tuvieron la oportunidad de aprender e internalizar la conducta de una persona que es necesaria en una profesión: a falta de deber, no son persona, y a falta de costumbre de comportarse como persona tampoco se comportan como si lo fueran, sino que se ocupan de sus intereses exclusivamente individualmente” (Jakobs 1999, 40).

De esta manera y pese a querer alejarse de Hobbes, la distancia no parece ser tan grande como Jakobs pretende. En primer lugar, más que celebres son las tres pasiones que inclinan al hombre a la paz: temor a la muerte, el deseo de una vida confortable y la esperanza de obtenerla mediante el trabajo. A su vez, la misión del representante soberano si bien estriba en procurar la seguridad al pueblo, ésta no consiste solamente en proporcionar “una mera preservación, sino también *en toda otra satisfacción de la vida*, la cual todo hombre pueda adquirir por mérito propio y mediante una actividad legal sin daño o perjuicio para la República” (Hobbes 1994, 219 *énfasis nuestro*). Así, vemos que los súbditos hobbesianos no son sólo siervos aislados que obedecen a un señor, sino activos integrantes de una comunidad regulada que permite poner en marcha su proyecto de vida pero en un horizonte común. El poco transitado capítulo XXIV del *Leviathan* sobre “La nutrición y procreación de la República” demuestra un serio interés de intervención por parte del Estado en lo que hoy llamaríamos esfera económica en cuanto a redistribución de riquezas y recursos en la comunidad. Observemos la importancia que asigna Hobbes al comercio en el siguiente pasaje: “viendo que no es suficiente para *la sustentación de una República* que todo hombre tenga una propiedad en una porción de tierra o en algunos pocos bienes [...] es necesario que los hombres distribuyan aquello que han ahorrado y que transfieran sus propiedades entre ellos por intercambios y mutuos contratos” (Hobbes 1994, 163 *énfasis nuestro*). Es decir, no sólo no es suficiente una distribución de riquezas para el mantenimiento de una República, sino también un comercio considerable donde los hombres puedan intercambiar lo que su ingenio ha podido fabricar mediante el trabajo. Así que, si bien no es plausible presentar a Hobbes como

una teórico de la mediación entre lo universal y lo particular o entre el Estado y el súbito, una pacificación adecuada no consiste únicamente en un sistema de amenazas coarctivas, sino en ir “acostumbrando” al súbdito a la obediencia mediante otros resortes que el temor. El miedo, desde luego, siempre debe estar en la base para poder comerciar con otros en un marco de reglas claras. Sin embargo, se trata de ir produciendo mediaciones para lograr una introyección de la obediencia a la ley civil mediante el uso y el aprovechamiento de espacios permitidos. Nuevamente, aquí también las diferencias entre Hobbes y Jakobs en lo que se refiere al desarrollo de la economía no son de orden conceptual.

Por otra parte, ubicar a Hobbes como un pensador de la tradición contractualista moderna no es algo difícil de sostener. En sus tres obras de teoría política presenta un retrato del *estado de naturaleza*, habitado por hombres libres e iguales en estado de guerra permanente de todos contra todos, que es posible eludir mediante un *contrato* y crear así artificialmente un *Estado civil*. Estos tres componentes, con sus dinámicas correspondientes, son los que dan señales de su inscripción en la misma tradición en la que se embarcaron Locke y Rousseau entre otros. Pero el contractualismo hobbesiano dista mucho de la versión más difundida de esta escuela, a saber, la de Locke, como también de aquella otra de los monarcómacos y de los teólogos de la Segunda Escolástica.

Sobre todo, son dos los puntos críticos por los cuales Hobbes presenta problemas para formar parte de esta tradición, a la cual el liberalismo ha identificado como una fuente apreciable, y en parte originaria, de la defensa de los derechos individuales frente a la prepotencia de cualquier poder despótico o totalitario. El primer punto es la imposibilidad de celebrar contratos en estado de naturaleza, algo que quizá sea aplicable también a Locke y a Rousseau, aunque estos pensadores asumen ese problema e intentan solucionarlo con distintas herramientas conceptuales. En cambio, en Hobbes esto se acentúa hasta el extremo debido a la ausencia casi absoluta de cualquier tipo de sociabilidad o normatividad compartida, por la cual sea posible convenir algo.

El segundo punto es la explícita anulación del derecho a resistir y, en el caso extremo, a derrocar al soberano por parte de los ciudadanos en cuanto éste no cumpla con el fin propuesto para el que se lo erigió. Ello implica que el soberano tenga el monopolio semántico de nociones tan cruciales como justo o injusto, bueno o malo.²⁸

La pregunta clave es: ¿cómo hay que entender el pacto originario por el cual se legitima el orden? Una respuesta plausible la encontramos en el capítulo XVII del *Leviathan*, donde se afirma que la única forma de lograr seguridad es hacer un pacto “como si” todos autorizarán y renunciarán a gobernarse a sí mismos a cambio de protección. Esto significa que la emancipación moderna del sujeto condiciona, a la vez que impulsa, a Hobbes a diseñar una teoría que pueda legitimar un orden. Pero para que esto último sea posible, la fuerza se debe convertir en derecho, lo cual sucede sólo si los hombres, concebidos ahora como libres e iguales, otorgan su reconocimiento a quien detenta de manera única y permanente el poder. Pues ni la naturaleza, ni la tradición, ni Dios, son ya lugares adecuados para que descansa el fundamento del poder. Por eso, la manera más eficaz que encuentra Hobbes para explicitar ese reconocimiento es la figura de un pacto originario. Se trata de un dispositivo donde se pueden leer las voluntades de los súbditos. El pacto original no es, pues, fáctico.

²⁸ A continuación transcribimos tres pasajes que ejemplifican estos aspectos del contractualismo de Hobbes. El primero correspondiente a la inviabilidad de los pactos en estado natural; el segundo y el tercero referidos a la imposibilidad de apelar a un derecho que habilite a derrocar al Estado de manera legítima: 1) “Si se realiza un convenio donde ninguna de las partes cumple en el momento, sino que sólo confían uno en el otro que será así, en condición de mera naturaleza, el cual es un estado de guerra de todos contra todos, tal convenio queda anulado en cuanto surja cualquier sospecha razonable. Pero si existe un poder común por encima de ambas partes, con derecho y fuerza suficientes para obligar a que cumplan lo que se propusieron, entonces es válido. Porque el que cumple primero no tendrá garantías que el otro cumpla después, ya que los lazos de las palabras son tan débiles para frenar la ambición, la avaricia, la cólera y otras pasiones humanas sin el miedo de algún poder coarctivo, el cual, a su vez, en condición de mera naturaleza, donde los hombres son iguales y jueces de lo que deben temer, no puede concebirse. Y por esto, el que cumple primero no hace sino entregarse a su enemigo, lo cual es contrario al derecho a defender su vida y los medios para ello, el cual nunca debe abandonar” (Hobbes 1994, 203); 2) “[L]os que están sujetos a un monarca no pueden abolir la monarquía sin su aprobación y volver a la confusión propia de una multitud desunida; tampoco pueden transferir la persona de su representante a otra persona o a otra asamblea de hombres” (Hobbes 1994, 111); 3) “[A] causa de que cada súbdito es por institución autor de todas las acciones y juicios del soberano instituido, se sigue que cualquier cosa que haga, no puede ser injuriada por ninguno de sus súbditos, ni debe ser acusado por ninguno de ellos acusado de injusticia” (Hobbes 1994, 112).

Ahora bien, el “como si” del pacto originario se esclarece con la categoría de reconocimiento. Otorgar reconocimiento a quien detenta el poder es “como si” los hombres libres e iguales pactarán. Los hombres deben sentirse autores plenos de la institución que crean, sólo así es posible la legitimidad.²⁹ Ello se pone de manifiesto sobre todo en el capítulo XIV del *Leviathan*, donde se presentan las dos primeras leyes de naturaleza y se esclarece qué significa “no hacer uso de un derecho” (*laid down*) mediante la “renuncia” (*renouncing*) o la “transferencia” (*transferring*). La segunda ley de naturaleza refiere directamente a la posibilidad de pactar, lo cual conecta con la noción de reconocimiento: para que haya pacto se necesita que las voluntades sean recíprocamente reconocidas. A su vez, para que éste sea un pacto originario, esas voluntades reconocidas tienen que expresar un consenso. Pero esto supone entender cuáles son los alcances y las limitaciones de renunciar o transferir el derecho a todas las cosas. La segunda ley natural expresa lo siguiente: “Que un hombre está dispuesto, en la medida que los otros también lo estén, y mientras lo considera necesario para la paz y su defensa, no hacer uso de este derecho a todas las cosas, así como estar satisfecho con tanta libertad en relación a otros hombres, como la libertad que él permitiría que otros hombres tengan en relación a él” (Hobbes 1994, 80).

El primer comentario del mismo Hobbes a esta ley está relacionado con las condiciones para ponerla en práctica, es decir, con los momentos requeridos para la renuncia o la transferencia. Es posible distinguir dos fases en las leyes de naturaleza enunciadas por Hobbes (Kavka 1986, 344). Una primera donde encontramos el contenido de la obligación, por ejemplo, en la primera, segunda y tercera ley: “esforzarse por la paz”, “no hacer uso del derecho a todas las cosas”, “cumplir los pactos”. Y otra fase donde encontramos en las leyes – algunas veces de manera explícita, otras veces tácita- las condiciones por las cuales se debe llevar adelante tal obligación, a saber, siempre y cuando el otro

²⁹ Según lo explica Wolfgang Kersting: “El contrato estatal de Hobbes es un contrato social que tiene por contenido el establecimiento de la estatalidad, la construcción de un esquema de soberanía. El contrato estatal de Hobbes es un contrato social en el que está inscrito un programa de fundamentación del dominio” (Kersting 2001, 108).

también la cumpla. Esta distinción se hace explícita cuando Hobbes afirma que las leyes de naturaleza obligan siempre en foro interno, es decir, en el deseo de verlas realizadas; pero no siempre en foro externo, es decir, puestas en la práctica. Lo segundo sólo es viable cuando el hombre no se convierte en presa del otro. Por lo tanto, tal condicionamiento se muestra indispensable para una vida pacífica. De algún modo, la enunciación de esta ley impulsa a preguntarse cómo se generan las condiciones aptas para la realización del pacto.

Luego de esta advertencia sobre la puesta en práctica de la ley, se aclara la diferencia entre renunciar y transferir un derecho. En el primer caso, el que renuncia no le importa a quien le toca el beneficio de aquello a lo que renuncia; en el segundo caso, el que renuncia sí le importa e intenta que ese beneficio se le asigne a cierta persona o personas elegidas. Por otro lado, la renuncia o transferencia de derechos es un acto voluntario y como todo acto voluntario el objeto es algún bien para sí mismo, de allí que Hobbes considere inalienables los siguientes derechos: 1) a resistirse a que otros lo asalten por la fuerza para matarlo; 2) a no ser herido, esclavizado o encadenado; en definitiva, 3) a la seguridad de su persona y de los medios para preservarla. (Hobbes 1994). Nunca se puede entender o interpretar que alguien quiere renunciar o transferir estos derechos puesto que viola la ley natural que impulsa a los hombres a su autoconservación.

La mutua transferencia de derechos es lo que propiamente se llama contrato; el pacto o convenio es un tipo contractual que requiere de la utilización de signos, signos del contrato (*signs of contract*) por los cuales las voluntades se manifiestan y hacen posible el acuerdo: “Los signos del contrato son o expresos o por inferencia. Los expresos son palabras dichas con el correspondiente entendimiento de lo que significan [...] Los signos por inferencia son: algunas veces la consecuencia de las palabras, del silencio, de las acciones, de las omisiones; generalmente, un signo por inferencia de cualquier contrato es aquello que da a entender suficientemente la voluntad del contratante” (Hobbes 1994, 82-83).

Hobbes aclara que existen dos modos de conformar una voluntad soberana, por institución o por adquisición. En el primer modo, los contratantes se temen mutuamente; en el segundo, el temor es de los contratantes a quien se le autorizará a gobernar. Pero, en ambos casos, se pacta por temor. Dejemos a un lado la creación del Estado por adquisición, es decir, por conquista. Porque si es posible mostrar las insuficiencias de una interpretación del contractualismo como la que venimos criticando para un Estado por institución, las mismas se hacen por demás explícitas en el otro caso.

Entonces, tratemos de hacer legible la creación de un Estado por institución considerando los signos del contrato. Lo que caracteriza al estado de naturaleza es la ausencia de una normatividad común que guíe y encamine las voluntades de los hombres a la paz, por lo tanto, tampoco es posible que exista un lenguaje compartido porque para que éste sea posible debe haber acuerdo y esto no es posible fuera del Estado. Por lo tanto, no es plausible que los hombres puedan acordar algo mediante el lenguaje cuando no hay un criterio compartido sobre el significado de las palabras, a menos que alguien monopolice el sentido de las expresiones, pero en tal estado natural no es posible encontrar ningún tipo de monopolio. De esta manera, sostener una frase como “el correspondiente entendimiento de lo que significan las palabras” dentro del estado de naturaleza viola el mismo concepto de estado de naturaleza, donde no hay “artes, letras ni sociedad” (Hobbes 1994, 76). En consecuencia, la posibilidad misma de utilizar signos expresos para la creación del Estado mediante un consenso generado exclusivamente por las partes resulta inviable.

Si ahora emprendemos el análisis de la otra forma de acuerdo que prescinde de los signos y es, por tanto, tácita o inferida, vemos que, en este caso, la distancia entre la voluntad y la interpretación es aún mayor que la que existe cuando la voluntad es expresa. Esta distancia pone en evidencia la necesidad de un poder que interprete y dé forma a esas voces. Por esta vía no sólo es posible brindar cierta coherencia interna a la teoría de Hobbes, respondiendo la famosa pregunta acerca de cómo son posibles los pactos en estado natural,

sino también retratar con gran profundidad el fenómeno político moderno que debe lidiar con un sujeto emancipado y orgulloso pero nunca tan necesitado de protección.³⁰

El consenso está presente pero es muy distinto de lo que creen aquellos que participan de él. Básicamente, la idea es que la supuesta tríada: nada-consenso-Estado es suplantada por la díada nada-Estado/consenso. Por lo tanto, para que haya consenso es necesario que ya exista poder político. De este modo, el Estado no es deudor de aquel que interprete y conforme. En palabras de Jakobs: “No se puede tratar de un consenso, y por lo tanto de una unión entre procesos de conciencias individuales, porque en la situación inicial falta las condiciones para ello. Como mínimo desde Durkheim sabemos que un contrato tiene también condiciones no contractuales” (Mizrahi 2012, 69).

Entonces, tal consenso sólo se logra en o por el Estado. Como el mismo Hobbes afirma de manera poética en la Introducción al *Leviathan*: “los pactos y los convenios por los cuales las partes de este cuerpo político fueron en un comienzo hechas, combinadas y unidas se asemejan a aquel *fiat* o al *hagamos al hombre*, pronunciado por Dios en la creación” (Hobbes 1994, 3-4). Así como Dios crea y organiza el mundo, el Estado crea y organiza el mundo político. Ahora bien, hay una gran diferencia entre Dios y el dios mortal, este último por ser limitado necesita del consenso de sus gobernados para poder gobernarlos. En cambio, Dios gobierna por su irresistible poder absoluto, en virtud del cual no necesita el consenso de los hombres. El soberano, por el contrario, lo requiere. Y como lo requiere, lo produce. El soberano es quien genera el consenso por el cual el contrato originario es, en todo caso, “un contrato de fundamentación de dominación y no un contrato de limitación de dominación” (Kersting 2001, 118).

³⁰ Kinch Hoekstra ha tratado el tema del reconocimiento en Hobbes con gran precisión y muestra las insuficiencias de tres interpretaciones sobre la obligación política en la teoría hobbesiana (realista, de facto y consensual) al tiempo que señala cómo este déficit se puede solucionar teniendo presente la noción de consenso tácito. Hoekstra sostiene que “Hobbes emplea un uso del consenso, dando posibilidad a la tentación de describir la autoridad y la obligación como categorías que surgen sin consenso” (Hoekstra 2004, 67).

La instancia contractual en Hobbes, a diferencia del contractualismo monarcómico como el de la *Vindicae contra tyrannos* o el que encontramos en los escritos de los teólogos de la Segunda Escolástica, no tiene el objetivo de recortar el poder soberano mediante la reserva de ciertos derechos por parte del pueblo que pueden ser usados cuando aquél atente contra la seguridad de éste.³¹ En este sentido, Jakobs también sostiene que “el contrato es el esquema de interpretación dentro de un dominio que se está gestando o ya existente, por lo tanto, el contrato carece de relevancia sin el hecho de aquel dominio, es mera palabrería [...] Dicho de otro modo, no es el contrato el que fundamenta las obligaciones, sino el hecho a él vinculado o previo a él del sometimiento, que es irreversible” (Jakobs 1999, 22). Y más adelante aclara que “el contrato es una metáfora de que un individuo realiza un cálculo inteligente si no se opone a un orden efectivamente establecido que le garantiza su vida” (Jakobs 1999, 22). De esta manera, sostener la inviabilidad de los pactos en estado de naturaleza, por un lado, y el establecimiento y legitimidad de un Estado mediante un convenio entre las partes, por el otro, no es ni una contradicción ni una insuficiencia de la teoría contractualista hobbesiana sino una posibilidad para comprender sus alcances filosófico-políticos.

La guerra es el fenómeno político que muestra al desnudo la condición natural del ser humano. Solamente allí el hombre es consciente de sus limitaciones, de sus miserias, en definitiva, de la necesidad de una protección que no puede recaer sólo en sus manos y por la cual ha de relegar derechos y aceptar obligaciones para obtener una vida pacífica aceptable. Hobbes, a diferencia del liberalismo que presupone el orden político y desde allí piensa una sociedad óptima, trabaja en sentido contrario: piensa desde el desorden, el caos o el conflicto y sólo desde allí estructura un orden posible.

Jakobs lee la doctrina contractualista a la luz de las consideraciones hegelianas señalando que los filósofos de esta tradición pretenden “construir lo general

³¹ Para un panorama de la tradición contractualista como una crítica a la posición de Gierke puede verse el artículo de Harro Höpfl y Martyn Thompson (1979).

con individualidades” ya sea con “base en la racionalidad (Kant) o las necesidades (Hobbes) o la representación de la libertad (Rousseau)”. Y, al hacerlo, “no se genera una obligación, puesto que en la permuta no concurre nada más que el albedrío congruente de individuos” (Jakobs 1999, 28). Según Jakobs, en el caso específico de Hobbes es nominal la transformación de los individuos en ciudadanos, pues a éstos no los une un vínculo espiritual que penetre la subjetividad para lograr una obediencia estable. La fuerza estatal no puede impedir que los ciudadanos sigan moviéndose instrumentalmente mediante un esquema de satisfacción y necesidades, donde “al súbdito le queda más espacio para la posibilidad de una existencia burguesa” (Jakobs 1999, 29). que para una vida en común. De este modo, el Estado, o mejor dicho, sus normas son vividas como algo ajeno, como un medio para lograr fines personales sin interferir con los de otros ciudadanos; un mal menor preferible a las tremendas dificultades que presenta el estado de naturaleza para lograr una vida aceptable.³²

³² Con todo, también se puede responder con los instrumentos teóricos hobbesianos a las objeciones sobre los posibles excesos que pudiera cometer un poder absoluto que no basa toda su legitimidad en sus gobernados. Con ello se muestra también de qué modo Hobbes logra ubicarse como un filósofo de las instituciones. ¿Qué es lo que les garantiza a los súbditos sin derechos de resistencia de ningún tipo que el Estado-Leviatán no obrará injustamente en su contra, no los atemorizará o hará con ellos lo que quiera? ¿Es tan sombría y amenazante la teoría hobbesiana como Kant pretende en el apartado “Contra Hobbes” que según el *De Cive* “el jefe de Estado no está vinculado en modo alguno con el pueblo y por ello no puede incurrir en injusticia contra el ciudadano (del que puede disponer como quiera)” (Kant 1983b, 161). Si esto es así, parecería cancelarse todo tipo de derechos individuales dando paso a un poder despótico o, en su versión contemporánea, totalitario. Pues el súbdito, despojado del derecho a resistir los excesos del monarca y sin poseer un conjunto de normas morales y políticas extra-estatales a las cuales apelar en momentos críticos, quedaría inerme frente a sus atropellos. Aquí es crucial la consideración de las leyes de naturaleza como verdaderos mandatos emanados de una voluntad todopoderosa de Dios y no como meros preceptos de razón o reglas procedimentales. Pues, el soberano actúa según los deberes que establecen las leyes de naturaleza y los pone en práctica tal como puede verse en los siguientes pasajes del capítulo XXX del Leviathan: “Sobre el deber (office) del representante soberano”. Uno que inicia y otro que cierra la explicación hobbesiana acerca de por qué la autoridad máxima se ha de regir por deberes y no por sus meros deseos: “El deber (office) del soberano (sea éste un monarca o una asamblea) consiste en el fin por el cual le fue confiado el poder soberano, a saber, la procuración de la seguridad del pueblo, a lo cual está obligado por ley natural y, por esto, a rendir cuenta a Dios y solamente a Él, quien es el autor de dicha ley” (Hobbes 1994, 219) ... “Y cada soberano tiene el mismo derecho, en procurar la seguridad de su pueblo, como cualquier hombre puede tener en la procuración de la seguridad de su propio cuerpo. Y la misma ley que dicta a los hombres fuera del gobierno civil lo que deben y lo que deben evitar con respecto a los demás, dicta del mismo modo a los Estados, es decir, a las conciencias de los príncipes soberanos y las asambleas soberanas” (Hobbes 1994, 233). En el primer pasaje se observa que el soberano debe comportarse según deberes emanados por la ley

Ahora bien, desde la perspectiva de Jakobs algunos rasgos del contractualismo moderno propuesto por Hobbes merecen ser destacados. En primer lugar, la insuficiencia que demuestra el pacto originario es subsanada teóricamente mediante la noción de reconocimiento. A su vez, tal reconocimiento implica la necesidad de un poder capaz de llevar adelante la tarea de producir consenso. Y el Estado es, entonces, el que crea ese consenso. En segundo lugar, los límites a la soberanía estatal, la mayor parte de las veces, sólo son intromisiones perniciosas movidas por el ansia de colonizar al Estado, el cual bajo ley natural no tendría por qué excederse en el ejercicio del poder. Tercero, la posición teórica de Hobbes fundamenta la creación de una entidad autónoma

natural, por lo tanto, el reconocimiento de Dios como autoridad es fundamental. En el segundo, la ley natural se aplica del mismo modo a los soberanos como a las personas naturales fuera del Estado, por lo tanto, obliga siempre en foro interno y en condiciones aptas en foro externo. Ahora bien, si se asume que el soberano debe guiarse por leyes de naturaleza, y que éstas sólo son aplicables cuando no se corre riesgo al hacerlo, cabe preguntarse: ¿Por qué el Estado-Leviatán no debería actuar guiado por las leyes de naturaleza? ¿Acaso no es éste el que tiene que generar las condiciones para su aplicación? Y si el Estado soberano es el que prodiga la paz, ¿qué riesgo corre al comportarse según ley natural? La respuesta es: ninguna. Pero si el soberano no prodiga la paz, es decir, no cumple con su deber, entonces puede pasar cualquier cosa. Y si eso sucede, ya no estamos hablando de un Estado-Leviatán. Así, las leyes de naturaleza conjuntamente con la voluntad de Dios, que transforma una regla en mandato a ser obedecido, son los elementos fundamentales de la lógica argumentativa hobbesiana. Esta ética estatal es la única posibilidad de salvar al Estado-Leviatán de los efectos indeseados que puede provenir desde arriba. El soberano tiene a su disposición, como los demás hombres, un conjunto de leyes naturales que lo guían en su accionar político; la única diferencia radica en que es él mismo quien debe generar las condiciones para que ellas efectivamente se cumplan. Quien considere que tal mecanismo estatal no está en condiciones de autorregularse mediante las leyes de naturaleza, argumentará que un Estado bien organizado debe contar siempre con una moral societal o a-estatal que puede activarse y juzgar en ciertas situaciones extremas al soberano. Pero esto, lejos de proteger a los ciudadanos, según la teoría de Hobbes, es tan dañino como un poder despótico o, quizá aún más. Al respecto, ha de tenerse presente el tratamiento que se le da en el *Leviathan* a la posibilidad de que sean los gobernados quienes tengan la facultad de juzgar, limitar y -en caso extremo- derrocar de manera legítima al soberano. Por un lado, la posibilidad de apelar a un conjunto de normas extra-estatales para juzgar al soberano habilita un proceso revolucionario que progresa al infinito. Por otro lado, este control, desde abajo, no tiene el rostro de una revolución permanente -aunque a eso sea a lo que se tiende-, sino la transformación del Estado en un instrumento de las clases poderosas, corporaciones, sindicatos, estamentos, etc. Esto provoca que este grupo para-estatal disponga del Estado como de un empleado, redireccionando el accionar público hacia sus propios intereses particulares y desentendiéndose de lo común, lo que fomenta desequilibrios o diferencias injustas y, lo más grave de todo, sin asumir por ello ningún costo político. La ambición hobbesiana es la creación de un Estado que exceda a las partes, sean estas la monarquía, la Iglesia, el parlamento o cualquier tipo de corporación. Hobbes ilustra esa intromisión con ejemplos históricos perniciosos como la caída de Juan, rey de Inglaterra, en la transferencia del Reino de Navarra o en la liga contra Enrique III de Francia. Y todo esto se debe a que “los hombres no puede servir a dos señores.” (Hobbes 1994, 392). En síntesis, el tal alardeado derecho de resistencia o control a-estatal al soberano no es otra cosa que el enmascaramiento de “poderes indirectos” que quieren colonizar al Estado para su propio beneficio. En este marco teórico, la apelación a la ética para una defensa de la supuesta prepotencia política no es más que el resultado de intereses egoístas y corporativos que no se ven favorecidos por una lógica estatal.

que crea el mundo político sin deudas ontológicas con sus gobernados y no para una defensa de la sociedad o de las libertades individuales. Esta entidad es el Estado, una institución que posibilita una vida compartida de manera pacífica. De esta forma, lo político no es simplemente lo que predomina por sobre otras esferas de la sociedad o lo que las anula sino aquello que las hace posibles. Por último, la evaluación que Jakobs realiza de todo el contractualismo moderno consiste en señalar sus insuficiencias. La principal radica en hacer depender el vínculo de obediencia que mantienen sus súbditos de las satisfacciones o insatisfacciones individuales. Sin embargo, también es posible recuperar a la filosofía política de Hobbes como una defensa, aunque no del todo lograda, de la institucionalidad. Como afirma Jakobs: “siempre he dicho que el contrato de Hobbes no es un contrato, sino un signo de que los individuos no perturbarán al Estado en su proceso de formación” (Mizrahi 2012, 69).

Influido por una interpretación hegeliana de la modernidad política, Jakobs desactiva la potencialidad que podría haber tenido la propuesta hobbesiana por partir de un individuo aislado. En efecto, al considerar Hobbes al hombre como un hongo, éste no está en condiciones de orientarse dentro de un orden político de manera normativa sino sólo cognitiva, es decir, según un esquema de satisfacción e insatisfacción. Pero dicho esquema en que se mueve el hombre natural hobbesiano es superado con una cultura del trabajo y de la industria con las reglas claras que propone el Estado, por medio de las cuales se acostumbra al individuo a ser ciudadano y a permanecer fiel al derecho.

En lo que concierne al derecho penal del enemigo, tanto Hobbes como Jakobs distinguen al delincuente común del delincuente político. Frente a los cuales el Estado debe reaccionar también de manera diferenciada. La distinción entre *foro interno* y *foro externo*. O para ser más precisos: la discusión en torno a dónde empieza uno y dónde termina otro, no se resuelve antológicamente sino que sólo el Estado tiene la potestad para inspeccionar el ámbito íntimo, “haciendo cualquier cosa que considere necesaria” cuando la seguridad del pueblo lo requiera. Esta inestabilidad del *foro interno*, que atenta

permanentemente contra las libertades individuales, es una falla congénita del Estado moderno y su ordenamiento jurídico. La amenaza terrorista en nuestros días no hace sino poner en evidencia esa falla originaria y la teoría de Jakobs acerca de un derecho penal del enemigo da cuenta de ello.

* * *

En Alemania, pero no sólo allí, las tesis de Jakobs respecto de la existencia de un derecho penal del enemigo se han entendido generalmente de manera prescriptiva antes que descriptiva. Esto dio lugar a múltiples críticas jurídicas, políticas y morales.³³ En un análisis de la literatura científica en Alemania sobre el tema, Martin Asholt resume de la siguiente manera las principales críticas al derecho penal del enemigo elaborado por Jakobs: “se critica: - la terminología marcial que dificulta una discusión objetiva sobre el tema; - los contornos indefinidos del concepto de enemigo; - la proximidad de contenido con modelos históricos cuestionables como Carl Schmitt, y - la incompatibilidad del programa con las representaciones de la Ley fundamental alemana” (Asholt 2011, 185).

Aún cuando mucho de ello pueda ser cierto, no han perdido ninguna vigencia los trabajos de legislación comparada en los que se verifica la presencia de todas las notas distintivas que Jakobs atribuye a un derecho penal del enemigo. Por ejemplo, Ardnt Sinn a partir de un estudio comparativo de las legislaciones penales de Estados Unidos, Gran Bretaña, Colombia y Alemania (al que hoy se le podrían sumar los casos de México, Argentina, Chile, Perú y España sin mayores inconvenientes), concluye que “el análisis de los distintos países ha mostrado que los mencionados criterios de Jakobs [para definir un derecho penal del enemigo] se pueden verificar en todos los sistemas jurídicos investigados. De la manera más clara aparece la emergencia de un vocabulario

³³ En español, el panorama más completo al respecto lo ofrece el material compilado en dos volúmenes por Manuel Cancio Meliá y Carlos Gómez-Jara Díez (Cancio Meliá/Gómez-Jara Díez 2006). Y, en lengua alemana, la compilación de Thomas Vormbaum con la colaboración de Martin Asholt (Vormbaum 2009).

de combate. La supresión de garantías procesales es posible corroborarla con total claridad en Estados Unidos, Gran Bretaña y Colombia, mientras que en Alemania, en lo que a esto se refiere, se observa un déficit menor”. Y más adelante sentencia que “no es posible afirmar que la Unión Europea se encuentre bajo el régimen de un derecho penal del enemigo; sin embargo, tampoco puede negarse que imágenes del enemigo se hayan extendido a lo largo de toda la Unión” (Sinn 2006, 112). Porque la evolución del derecho penal que ha tenido lugar en los últimos tiempos no se deja explicar por la mera introducción de la figura del enemigo en los procesos penales que caracterizan al derecho penal del ciudadano, sino que cada vez de una manera más decidida el proceso penal está orientado a combatir enemigos (Asholt 2011, 191). Y ello implica, en buena medida, la disolución del derecho penal liberal tal como ha sido concebido desde Feuerbach en adelante.

Frente a este dato resultan más que alarmantes las conclusiones a las que arriban los juristas que discuten estos temas en congresos y jornadas. Por lo general se verifica una suerte de reafirmación ideológica de la propia buena conciencia que contradice el principio de soberanía popular y se pone por sobre la voluntad democrática expresada en las legislaciones vigentes en los diferentes estados de derecho contemporáneos. Tal es el caso, por ejemplo, de los resultados arribados en la segunda comisión de trabajo “El derecho penal del enemigo. Un fantasma se cierne sobre el estado de derecho” del “30. Strafverteidigertag. Wieviel Sicherheit braucht die Freiheit?” que tuvo lugar en Frankfurt en marzo de 2006. Dicha comisión llegó a las siguientes conclusiones: “1) El derecho penal del enemigo de Jakobs muestra una evolución de su actitud originariamente crítica a una posterior fuertemente afirmativa de este tipo de derecho penal. 2) El Derecho penal del enemigo es una manifestación de un positivismo radical. 3) Resulta problemática la extendida creencia respecto de un potencial analítico-crítico del derecho penal del enemigo. 4) El derecho penal del enemigo de Jakobs porta en sus elementos teóricos centrales rasgos totalitarios contrarios a la libertad. 5) El derecho penal del enemigo se ha mostrado en la práctica como ineficaz y

contraproducente para luchar contra la criminalidad, como se ha mostrado en el ejemplo de Colombia. El enemigo en el derecho penal del enemigo es un enemigo construido. 6) Se debe prescindir del concepto de derecho penal del enemigo” (AG 2 2006).³⁴

La introducción del concepto de “enemigo” para caracterizar la lógica institucional que se esconde tras ciertas regulaciones penales invita a reflexionar sobre la relación que mantienen las sociedades jurídicamente organizadas según los lineamientos de un estado de derecho democrático con quienes se niegan a formar parte normativamente de ellas. Esto no sucede cuando se reniega del concepto de enemigo por su connotación bélica, sin ofrecer a cambio una explicación alternativa de la realidad socio-jurídica que su introducción permite describir de manera satisfactoria. Existen al respecto infinidad de ejemplos. Pero baste como muestra emblemática este párrafo de Peter-Alexis Albrecht extraído de su ponencia inaugural en unas Jornadas dedicadas a las consecuencias penales de una guerra contra el terror: “Los acontecimientos terroristas no representan el final del derecho penal propio de un estado de derecho, sino una prueba exigente para un derecho penal europeo guiado por principios, que tiene sus fundamentos históricos en la ilustración europea. Aquí el topos central es la dignidad humana, que es universal e inseparable por principio. La inseparabilidad de la dignidad humana es un principio jurídico global. Al respecto existe un consenso –prácticamente indiscutible- entre la mayoría de los estados civilizados” (Albrecht 2005, 852). Estas posiciones principistas, que se empeñan en defender a ultranza los valores que están a la base del moderno estado de derecho, renuncian de entrada a pensar seriamente los problemas que aquejan a los estados democráticos actuales; rechazan enérgicamente el síntoma y encubren con ello que aceptan silenciosamente su causa.

³⁴ Para un reporte en lengua castellana de los puntos destacados del evento en lo que concierne a este tema ver Muñoz Conde 2008, 131 y ss.

Conclusiones

A continuación se retoman a modo de conclusiones las temáticas planteadas con los interrogantes de la introducción en relación con los límites de la reacción penal del Estado y sus presupuestos.

En primer lugar, cuando las penas son concebidas como medidas de aseguramiento respecto de posibles actos delictivos futuros se presenta un problema cuya formulación sucinta es la siguiente: si estas medidas de aseguramiento pueden ser legítimamente entendidas como penas y, en consecuencia, estar reconocidas como normas en los códigos, o al menos como procedimientos legítimos, entonces, se borra prácticamente todo límite que permita distinguir la punición estatal de los actos meramente coactivos ejercidos arbitrariamente por el poder del Estado. Y si este fuera el caso, también la juridicidad de estas medidas se vería, por la misma razón, seriamente impugnada (Van Weezel 2010, 78-79).

En efecto, la puesta en riesgo general de bienes jurídicos³⁵ no parece ser suficiente razón para activar la máxima reacción coercitiva del Estado. Sobre todo cuando esto supone una notable reducción de las garantías procesales. La anticipación del castigo no parece tener un sustento sólido como función legítima del derecho penal. Con ello se exhibe una de las mayores paradojas que resultan de la creciente pérdida de eficacia material y simbólica del Estado: con el propósito de garantizar la plena vigencia del estado de derecho se impulsan reformas de la legislación penal que terminan por minar las bases iusfilosóficas en las que reside su legitimidad y queda, entonces, sin el menor sustento. Así, por ejemplo, las leyes antiterroristas, como explica Pawlik, o bien fundamentan demasiado, o bien demasiado poco. Porque si se hace pie en que la libertad de la esfera privada debe terminar allí donde su protección comienza a poner en riesgo la libertad e integridad física de los otros, se habilita una intromisión preventiva del Estado en la esfera de privacidad de las personas que no tendría por qué detenerse incluso frente a los pensamientos como

³⁵ Tal como ocurre con los delitos de peligro en los que “el injusto no radica en el menoscabo de la sustancia de un bien jurídico, sino que mediante el hecho se crea, más bien, solamente el peligro de;’ una lesión” (Kindhäuser 2009, 7). Y más aún si se trata de delitos de peligro abstracto.

materia punible, ya que la mejor manera de evitar un atentado es abortar su planificación. Límite éste que ni el propio Hobbes creyó conveniente traspasar. Pero, al mismo tiempo, este tipo de leyes suelen excluir el carácter punible de numerosos actos preparatorios, necesarios para perpetrar atentados terroristas, por lo que también demuestran ser cabalmente ineficientes para prevenirlos (Pawlik 2008, 28-29).

En segundo lugar, cabe destacar cierta inversión del principio de presunción de inocencia como otro aspecto significativo del mismo fenómeno. Esto tiene lugar cuando una sociedad toma conocimiento de que se enfrenta al accionar de una organización terrorista transnacional. Debido al carácter difuso de esta amenaza suele invertirse la carga de la prueba y queda en manos de los habitantes de un Estado ofrecer garantías suficientes de su fidelidad al derecho para que puedan ser considerados como personas (no sólo en sentido formal) y no como meras fuentes de peligro (Jakobs 2003a, 99-100). Se podría decir que en este contexto todos son sospechosos a menos que demuestren lo contrario. Sin embargo, no todos lo son en la misma medida. Un individuo educado con trabajo estable que proviene de una familia acaudalada o socialmente reconocida, lo es menos que otro con escasa instrucción, sin trabajo y que vive en una zona marginal. Algo semejante ocurre con las verdaderas diferencias culturales que imperan en las sociedades occidentales contemporáneas sometidas a procesos de inmigración masiva. De ello resultan persecuciones xenófobas ya que son menos sospechosos quienes se guían por los valores, usos y costumbres socialmente establecidos en la comunidad de destino, que quienes (aún sin quebrantar ninguna normativa vigente) conservan los patrones culturales y de comportamiento propios de su comunidad de origen. Y ello es claramente incompatible con los principios rectores de un estado de derecho.

Esto último acarrea un grave problema de difícil resolución. En las sociedades occidentales contemporáneas, los individuos menos favorecidos en la distribución de bienes materiales y simbólicos son aquellos que más dificultades tienen para ofrecer garantías cognitivas suficientes de su fidelidad

al derecho y, en consecuencia, acceder al estatus pleno de ciudadano. Sin embargo, los individuos prevenientes de estos mismos sectores de la población son los que, en general, alientan y apoyan con mayor fervor a los partidos políticos que bregan por la introducción de legislaciones penales más duras y preventivas. Y no porque sean presas fáciles de un populismo punitivo que se vale de los medios masivos de comunicación para fomentar la identificación con las víctimas de los ciudadanos decentes. Más bien porque debido a su propia vulnerabilidad están mucho más expuestos a las formas más extremas de delito, también (aunque no solamente) por vía del reclutamiento, por ejemplo, para el narcotráfico o incluso para el terrorismo.

Se advierte, entonces, que con las regulaciones penales y procesales propias del paradigma neopunitivista, la ley no se dirige prioritariamente al enemigo; éste no puede ser su destinatario principal debido a que no se encuentra vinculado de ningún modo con el horizonte normativo del Estado. Para el enemigo, todas las normas de la legislación penal no pueden ser más que obstáculos que deben ser sorteados de manera cognitiva. Estas normas carecen de fuerza vinculante. Por el contrario, sólo valen para el ciudadano del Estado en que estas regulaciones están vigentes. Y es el ciudadano mismo quien, en un estado democrático de derecho, promueve un recorte adicional de sus propias libertades y garantías a través de modificaciones en la legislación penal existente con la esperanza de enfrentar eficazmente esa fuente de peligro que lo amenaza. En tal sentido, el derecho penal expresa los límites de la tolerancia ciudadana: comunica qué riesgos están dispuestos a asumir los ciudadanos y cuáles no.

Se aprecia aquí en toda su dimensión cómo reaparece en el centro del debate penal contemporáneo la controversia en torno a dos derechos fundamentales: el derecho a la seguridad en abierta colisión con el derecho a la libertad. Porque si bien es cierto que en el marco del pensamiento liberal los derechos fundamentales ofrecen protección a los individuos frente al poder del Estado; no lo es menos, que el Estado sólo consigue legitimar ese poder que ejerce sobre sus ciudadanos en la medida en que está en condiciones de protegerlos

y permitirles el disfrute de sus bienes y libertades. Pero un Estado debilitado en el ejercicio de su soberanía no logra producir en su ciudadanía el efecto simbólico de aseguramiento que es necesario para vivir sin temor en el ejercicio de los derechos constitucionalmente consagrados y en el cumplimiento de las obligaciones vigentes. De esta manera, el fenómeno del terrorismo transnacional permite evaluar los límites y presupuestos de la reacción penal del Estado en los actuales estados democráticos de derecho contemporáneos, donde ya no parece posible asegurar el monopolio de la violencia en un territorio claramente definido.

Bibliografía

- Albrecht, A. (2005): “«Krieg gegen den Terror» – Konsequenzen für ein rechtsstaatliches Strafrecht” in: *ZstW* 117 (2005) Heft 4.
- Asholt, M. (2011): “Die Debatte über das «Feindstrafrecht» in Deutschland. Aufleben eines alten Dilemmas am Anfang des 21. Jahrhunderts?” in: *ZIS* 4/2011, 180-192.
- Bendel, K. (1993): *Selbstreferenz, Koordination und gesellschaftliche Steuerung*, Centaurus Verlagsgesellschaft, Pfaffensweiler.
- Bennet, B. (2007): *Understanding, Assessing, and Responding to Terrorism*, Wiley & Sons, Inc., Publication, New Jersey.
- Callies, G.-P. (2009): “Systemtheorie: Luhmann / Teubner” in: Buckel, S., Christensen R., Fischer □ Lescano, A. (Hg.): *Neue Theorien des Rechts*, Lucius & Lucius UTB □ Taschenbuch, Stuttgart, 57-71.
- Cancio Meliá, M. (2006): “¿'Derecho penal' del enemigo?” en: Jakobs, G. – Cancio Meliá, M., *Derecho penal del enemigo*, 2ª Ed., Editorial Civitas, Madrid, 2006, 85-152.
- Cancio Meliá, M. / Gómez-Jara Díez, C. (Coords.) (2006): *Derecho penal del enemigo – El discurso penal de la exclusión*, Edisofer, Madrid.
- Castel, R. (2004), *La inseguridad social. ¿Qué es estar protegido?*, Manantial, Buenos Aires.
- Chirino Sánchez, A. (2008): “La seguridad como un topos discursivo en la política criminal centroamericana. Perspectiva de una desesperanza” en: Reyna Alfaro, L. / Cuaresma Terán, S. (Dirs.): *Derecho penal y estado de derecho. Reflexiones sobre la tensión entre riesgo y seguridad*, Euros Editores, Buenos Aires, 17-52.
- Di Fabio, U. (2008): “Sicherheit in Freiheit” in: *NJW* 2008, 421-425.
- Frankenberg, G. (2005): “Kritik des Bekämpfungsrechts” in: *Kritische Justiz*, Heft 4 (2005), 370-386.
- Genschel, Ph. / Liebfried, S. (2008): “Schupperts Staat: Wie beobachtet man den Wandel einer Formidee” in: *Der Staat*, 47, Heft 3, 359-380.
- Genschel, Ph. / Zangl, B. (2007): “Die Zerkleinerung von Staatlichkeit und die Zentralität des Staates” in: *Aus Politik und Zeitgeschichte*, 20–21/2007, 10-16.
- (2008): “Metamorphosen des Staates – vom Herrschaftsmonopolisten zum Herrschaftsmanager” in: *Leviathan* 36 (3), 430-454.
- Gómez-Jara Díez, C. (2008): “La retribución comunicativa como teoría constructivista de la pena: ¿El dolor penal como constructo comunicativo?”, en: *Indret. Revista para el análisis del derecho Barcelona*, N° 2/2008. www.indret.com.
- Habermas, J. (1973): *Legitimationsprobleme im Spätkapitalismus*, Suhrkamp, Frankfurt/M.

- (1987): Wie ist Legitimität durch Legalität möglich? in: *Kritische Justiz*, Jg. 1987, H. 1, 1-16.
- Hennis, W. (1976): "Legitimationsprobleme im modernen Staat", in: *Legitimationsprobleme politischer Systeme*(PVS-Sonderheft 7/1976), Opladen, 9-38.
- Hobbes, Th. (1994), *Leviathan*, edited by Edwin Curley, Hackett Publishing Company, Indianapolis/ Cambridge.
- Hoekstra, K. (2004), "The *De facto* turn in Hobbes's Political Philosophy", en: Sorell, T. / Foisneau, L. (Eds.): *Leviathan after 350 years*, Oxford University Press, Oxford.
- Höpfl, H. / Thompson, M. P. (1979): "The history of Contract as a Motif in Political Thought" in: *The American Historical Review*, 84, 919-944.
- Hüning, D. (2007): "Hobbes on the Right to Punish", in: *The Cambridge Companion to Hobbes's Leviathan*, Springborg, P. (Ed.), Cambridge University Press, Cambridge, 217-242.
- Hurrelmann, A. / Leibfried, S. / Martens, K. / Mayer, P. (Hg.) (2008): *Zerfasert der Nationalstaat? Die Internationalisierung politischer Verantwortung*. Campus Verlag, Frankfurt/M.
- Isensee, J. (1982): "Die Friedenpflicht der Bürger und das Gewaltmonopol des Staates. Zur Legitimationskrise des modernen Staates" in: Müller G. et. al. (Hg.): *Staatsorganisation und Staatsfunktionen im Wandel. Festschrift für Kurt Eichenberger zum 60. Geburtstag, Helbing und Lichtenhahn*, Basel, 1982, 23-40.
- (1983): *Das Grundrecht auf Sicherheit. Zu den Schutzpflichten des freiheitlichen Verfassungsstaates*, Walter de Gruyter, Berlin-New York.
- Jakobs, G. (1985): "Kriminalisierung im Vorfeld einer Rechtsgutsverletzung" in: *ZStW 97* (1985) Heft 4, 751-785.
- (1993): *Strafrecht. Allgemeiner Teil. Die Grundlagen und die Zurechnungslehre*, 2. Auflage, Walter de Gruyter, Berlin-New York.
- (1995): "Das Strafrecht zwischen Funktionalismus und 'alteuropäischem' Prinzipiendenken. Oder: Verabschiedung des 'alteuropäischen' Strafrechts?" in: *ZStW 107* (1995) Heft 4, 843-876.
- (1999): "Zur Genese von Rechtsverbindlichkeit" in: Höver, G. (Hg.): *Verbindlichkeit unter den Bedingungen der Pluralität*, Theos, Hamburg, 5-42.
- (2000): "Selbstverständnis der Strafrechtswissenschaft vor den Herausforderungen der Gegenwart (Kommentar)" in: Eser, A., Hassemer, W., Burkhardt, B. (Hg.): *Die deutsche Strafrechtswissenschaft vor der Jahrtausendwende. Rückbesinnung und Ausblick*, Beck, München, 47-56.

- (2003a): "Bürgerstrafrecht und Feindstrafrecht" en: Yu-Hsiu Hsu (Hg.) *Foundations and Limits of Criminal Law and Criminal Procedure. An Anthology in Memory of Professor Fu-Tseng Hung*, Taiwan.
- (2003b): *Die Idee der Normativierung in der Strafrechtsdogmatik* (manuscrito) publicado en español con la traducción de Cancio Meliá, M. y Feijoo Sánchez: *Sobre la normativización de la dogmática jurídico-penal*, Civitas, Madrid.
- (2003c): "Was schützt das Strafrecht: Rechtsgüter oder Normgeltung?", in: Atsumi, Toyo u.a. (Hg.), *Aktualität und Entwicklung der Strafrechtswissenschaft. Festschrift für Seiji Saito*, Tokio.
- (2004): *Staatliche Strafe. Bedeutung und Zweck*, Nordrhein-Westfälische Akademie der Wissenschaften, Vorträge G-390, Verlag Ferdinand Schöningh, Paderborn.
- (2006a): "Terroristen als Personen im Recht" in: *ZStW* 117, 839-851.
- (2006b), "Feindstrafrecht? Eine Untersuchung zu den Bedingungen von Rechtllichkeit" in: *HRRS* 8-9/2006, 289-297.
- (2008a): *Norm, Person, Gesellschaft. Vorüberlegungen zu einer Rechtsphilosophie*, Duncker & Humboldt, Berlin.
- (2008b): *Rechtswang und Personalität*, Nordrhein-Westfälische Akademie der Wissenschaften, Vorträge G-418, Verlag Ferdinand Schöningh, Paderborn.
- (2010): "Zur Theorie des Feindstrafrechts", in: Henning Rosenau / Sangyum Kim: *Straftheorie und Strafgerechtigkeit*, Peter Lang, Frankfurt/M, 167-182.
- (2012): *System der strafrechtlichen Zurechnung*, Vittorio Klostermann, Frankfurt/M.
- Kant I. (1983a): *Die Metaphysik der Sitten* (1797/8), in: *Werke in sechs Bänden*, Weischedel, W. (Hg.), Band IV: *Schriften zur Ethik und Religionsphilosophie*, Wissenschaftliche Buchgesellschaft, Darmstadt, 303-634.
- (1983b): "Über den Gemeinspruch: Das mag in der Theorie richtig sein, taugt aber nicht für die Praxis" in: *Werke in sechs Bänden*, Weischedel, W. (Hg.), Band VI: *Schriften zur Anthropologie, Geschichtsphilosophie, Politik und Pädagogik*, Wissenschaftliche Buchgesellschaft, Darmstadt, 127-172.
- Kavka, G. (1986), *Hobbesian Moral and Political Theory*, Princeton University Press, New Jersey.
- Kersting, W. (2001): *Filosofía política del contractualismo moderno*, Plaza y Valdés, Iztapalpa.

- Kindhäuser, U. (1998): "Rationaler Rechtsgüterschutz durch Verletzungs- und Gefährdungsverbote", en: Lüderssen, K. (Hg.): *Aufgeklärte Kriminalpolitik oder Kampf gegen das Böse?*, Band I, 263 ss.
- (2009): "Estructura y legitimación de los delitos de peligro del Derecho penal" en: InDret. *Revista de derecho penal*, Barcelona, N°1/2009, 1-19. www.indret.com.
- Kiss, A. (2011): *El delito de peligro abstracto*, Ad-Hoc, Buenos Aires.
- Lewkowicz, I. (2006): *Pensar sin Estado*, Paidós, Buenos Aires.
- Luhmann, N. (1971a): *Politische Planung, Aufsätze zur Soziologie von Politik und Verwaltung*, Westdeutscher Verlag, Opladen.
- (1971b): „Moderne Systemtheorien als Form gesamt-gesellschaftlicher Analyse“ in: Habermas, J. – Luhmann, N., *Theorie der Gesellschaft oder Sozialtechnologie – Was leistet die Systemforschung?*, Suhrkamp Verlag, Frankfurt/M, 7-24.
- (1981): *Politische Theorie im Wohlfahrtsstaat*, Günther Olzog Verlag, München.
- (1995): "Die Form 'Person'" in: *Soziologische Aufklärung*, Band VI, *Die Soziologie und der Mensch*, Westdeutscher Verlag, Opladen.
- (2005): *El derecho de la sociedad*, Editorial Herder, México.
- (2006): *La sociedad de la sociedad*, Editorial Herder, México.
- Mayrhofer H. (2009): "Soziale Inklusion und Exklusion: Eine (system-) theoretische Unterscheidung als Beobachtungsangebot für die Soziale Arbeit" in: *Soziales-Kapital. Wissenschaftliches Journal österreichischer fachhochschul-studiengänge soziale Arbeit*, N° 2 (2009) / Rubrik "Nachbarschaft".
- Migliardi, M. D. (2011): "Teorías absolutas de la pena: origen y fundamentos. Conceptos y críticas fundamentales a la teoría de la retribución moral de Immanuel Kant a propósito del neo-retribucionismo y del neo-proporcionalismo en el derecho penal actual", *Revista de Derecho y Ciencias Penales*, (16), 91-116.
- Mizrahi, E. (1996): "Persona, propiedad y reconocimiento intersubjetivo. Una interpretación de los fundamentos normativos del estado de derecho hegeliano", en: *Cuadernos de Ética*, N° 21/22, 1996, 83-115.
- (2004): "La justificación hegeliana de la pena", en: *Revista de Filosofía de la Universidad Complutense de Madrid*, Vol. 29 N° 1, 2004, 7-31.
- (2010): "Die Wiederherstellung des Rechts. Zu Hegels Theorie der Strafe", in: Przylebski, A. / Wischke, M. (Hg.): *Recht ohne Gerechtigkeit? Hegel und die Grundalgen des Rechtsstaates*, Würzburg, Königshausen & Neumann, 227-241.

- (2012), *Los presupuestos filosóficos del derecho penal contemporáneo*, KAS/UNLaM, San Justo.
- Moloeznik Gruer, M. P. (2010): "Tráfico de drogas ilegales y respuesta gubernamental: balance de la gestión a cargo de Vicente Fox Quesada", en: *Criminología y Sociedad*, 2010, N° 1.
- Montero Cruz, E. (2011): *La legitimidad del derecho penal del enemigo*, Fabián J. Di Plácido Editores, Buenos Aires.
- Morguet, G. (2009): *Feindstrafrecht. Eine kritische Analyse*, Duncker & Humboldt, Berlin.
- Morin, E. (1994): "El Estado-nación" en: Delannoi, G. y Taguieff, P. (comp.), *Teorías del Nacionalismo*, Barcelona, 451-458.
- Münkler, H. (2002): *Die neuen Kriege*, Rowohlt Verlag, Reinbek bei Hamburg.
- (2007): "Asymmetrie und Kriegsvölkerrecht. Die Lehren des Sommerkrieges 2006" in: *Die Friedens-Warte* 81: 2, 59-65.
- Muñoz Conde, F. (2008): *De nuevo sobre el "Derecho penal del enemigo"*, Hammurabi, Buenos Aires.
- Nitschke, P. (2012): "Fremdverfügungen des Politischen" in: Wischke, M. (Hg.): *Freiheit ohne Recht?: Zur Metamorphose von Politik und Recht*, Peter Lang Verlag, Frankfurt/M, 145-159.
- Organisationsbüro der Strafverteidigervereinigungen (AG 2 2006): "30. Strafverteidigertag. Wieviel Sicherheit braucht die Freiheit?". Ergebnisse der Arbeitsgruppen", in: www.strafverteidigervereinigungen.org/Strafverteidigertage/Ergebnisse/30_AG_Erg.htm
- Paulus A. / Vashakmadze M. (2009): "Asymmetrical war and the notion of armed conflict: a tentative conceptualization" in: *Revue Internationale de la Croix-Rouge/International Review of the Red Cross*, Volume 91 Number 873 March 2009.
- Pawlik, M. (2008): "Der Terrorist und sein Recht" in: *Schriften der Juristischen Studiengesellschaft Regensburg e.V.*, Heft 31, München.
- Polaino-Orts, M. (2007): "Derecho penal del enemigo: ¿Qué es? ¿Existe? ¿Debe existir? ¿Por qué existe?" en: Jakobs, G. / Polaino-Navarrete, M. / Polaino-Orts, M.: *Derecho penal del enemigo. Concepto jurídico-penal de acción en la dogmática contemporánea*, Ed. Mediterránea, Córdoba, 87-126.
- Scheipers, S. (2013): "Fighting Irregular Fighters. Is the Law of Armed Conflict Outdated?" in: *Parameters* 43 (4) Winter 2013-14.
- Schuppert, G. F. (2008): "Was ist und wie misst man Wandel von Staatlichkeit?" in: *Der Staat*, 47, Heft 3, 325-358.

- Seelmann, K. (1995): *Anerkennungsverlust und Selbstsubsumtion. Hegels Straftheorien*, Verlag Karl Alber, Freiburg/München.
- Silva Sánchez, J. M. (2011): *La expansión del derecho penal*, Euros Editores, 3ª Ed., Buenos Aires.
- Sinn, A. (2006): "Moderne Verbrechenverfolgung – auf dem Weg zu einem Feindstrafrecht?" in: *ZIS* 3/2006, 107-117.
- Stepanova, E. (2008): *Terrorism in Asymmetrical Conflict. Ideological and Structural Aspects*, Oxford University Press, Oxford.
- Strauss, L. (1984): *The Political Philosophy of Hobbes*, The University of Chicago Press, Chicago, 1984
- (1997): *Spinozas 's Critique of Religion*, The University of Chicago Press, Chicago.
- Supiot, A. (2007): *Homo juridicus. Ensayo sobre la función antropológica del derecho*, Siglo Veintiuno Editores, Buenos Aires.
- Taylor, Ch. (1989): *Sources of the Self: The Making of the Modern Identity*, Cambridge University Press, Cambridge.
- Thürer, D. (1999): "The 'failed State' and international law", in: *Revue Internationale de la Croix-Rouge/International Review of the Red Cross*, 81, 731-761.
- Van Weezel, A. (2010): "Persona como sujeto de imputación y dignidad humana", en: *Revista Derecho y Humanidades*, Universidad de Chile, N° 16, vol. 1, 2010, 69-79.
- Viquez Azofeifa, K. (2012): *Die Rezeption des „Feindstrafrechts“ in Lateinamerika*. Dissertation zur Erlangung der Doktorwürde an der Fakultät für Rechtswissenschaft der Universität Hamburg, Hamburg. <http://ediss.sub.uni-hamburg.de/volltexte/2012/5577/pdf/Dissertation.pdf>
- Von Liszt, F. (1970a): "Die deterministischen Gegner der Zweckstrafe (1893)", in: *Strafrechtliche Aufsätze und Vorträge*, Bd. 2: 1892-1904, Walter de Gruyter, Berlin-New York, 1970, 25-70.
- (1970b): "Über den Einfluss der soziologischen und anthropologischen Forschung auf die Grundbegriffe des Strafrechts (1893)", in: *Strafrechtliche Aufsätze und Vorträge*, Bd. 2: 1892-1904, Walter de Gruyter, Berlin-New York, 1970, 75-93
- (1970c): "Die Forderungen der Kriminalpolitik und der Vorentwurf eines schweizerischen Strafgesetzbuchs (1893)" in: *Strafrechtliche Aufsätze und Vorträge*, Bd. 2: 1892-1904, Walter de Gruyter, Berlin-New York, 1970, 94-132.
- Vormbaum, T. (Hg.) (2009): *Kritik des Feindstrafrechts*, LIT, Berlin.
- Weber, M. (1999): *Economía y sociedad*, F.C.E., México.

Zielcke, A. (1980): *Die symbolische Natur des Rechts. Analyse der Rechtssoziologie Niklas Luhmanns*, Duncker & Humboldt, Berlin.

Producción científico-tecnológica

Artículos:

Esteban Mizrahi: "The Rabble as Ethical Un-right: Thinking about Marginalization with Hegel" en: Héctor Ferreiro, Thomas Sören Hoffmann y Agemir

Bavaresco (Comps.), *Los aportes del itinerario intelectual de Kant a Hegel - Comunicaciones del I Congreso Germano-Latinoamericano sobre la Filosofía de Hegel*,

Editora FI, Porto Alegre, 2014 / Héctor Ferreiro, Thomas Sören Hoffmann e Agemir

Bavaresco (Orgs.), *Os aportes do itinerário intelectual de Kant a Hegel – Comunicações*

do I Congresso Germano-Latinoamericano sobre a Filosofia de Hegel, Editora FI, Porto Alegre, 2014 (en prensa).

Andrés Di Leo Razuk: "Reflexiones filosóficas en torno a lo jurídico" en: RiHumSo - Revista de Investigación del Departamento de Humanidades y Ciencias Sociales Universidad Nacional de La Matanza – Año 3- Número 6 (2014) – (en prensa). ISSN: 2250-8139.

Esteban Mizrahi: "Al margen del Estado. Una relectura del estado de naturaleza hobbesiano" en: Boletín de la Asociación de Estudios Hobbesianos. N° 34 Invierno 2014. pp. 2-4. ISSN: 1853-8169.

Esteban Mizrahi: "La reacción penal del Estado frente al terrorismo transnacional" en: *Veritas*, Porto Alegre, V.58, N.2, mayo/agosto 2013, 399-417. ISSN: 0042-3955.

Esteban Mizrahi: "Identidad política, multiculturalismo y teoría de la justicia" en: RiHumSo - Revista de Investigación del Departamento de Humanidades y Ciencias Sociales Universidad Nacional de La Matanza – Año 2- Número 4 (2013) – pp. 3-27. ISSN: 2250-8139.

Andrés Di Leo Razuk: "Modernidad y liberalismo (Hobbes entre Schmitt y Strauss) en: RiHumSo - Revista de Investigación del Departamento de Humanidades y Ciencias Sociales, Universidad Nacional de La Matanza – Año 1- Número 1 (2012)– pp. 3-21. ISSN 2250-8139

Libro:

Esteban Mizrahi, *Los presupuestos filosóficos del derecho penal contemporáneo. Conversaciones con Günther Jakobs*, Universidad Nacional de La Matanza, San Justo, 2012, 80. ISBN: 978-987-1635-56-6.

Anexos

Entrevista al Prof. Dr. Urs Kindhäuser, Director del Instituto de Derecho Penal de la Universidad de Bonn, llevada a cabo por Esteban Mizrahi en la Universidad Nacional de la Matanza. San Justo, 28 de septiembre de 2012.

* * *

Mizrahi: ¿Considera Usted que, en la actualidad, el Derecho Penal contemporáneo necesita una fundamentación filosófica, no necesariamente metafísica pero sí filosófica o esto realmente no es necesario y basta con su apoyo constitucional?

Kindhäuser: La respuesta es clara. Existen profesiones y disciplinas que no necesitan ninguna legitimación, tal como la Medicina o el Derecho Civil. En la medida en que se celebren contratos o se cure a otros seres humanos no existe ninguna necesidad de una fundamentación especial. Sin embargo, ya en el Derecho Constitucional se requiere una justificación, en todo caso para justificar que ese orden es mejor que la anarquía. Y considero que al menos en Europa, mejor dicho en Occidente, siempre que se reflexiona sobre el Derecho Penal, ya desde los presocráticos, se lo piensa como un problema. Y por eso requiere de una fundamentación y ésta nunca puede ser positiva, es decir, a partir del derecho mismo. Porque esta posición supone ya una afirmación que cae por detrás del derecho. Tal fundamentación no puede sino ser filosófica ¿Cómo sería posible de otra manera?

M.: Recurriendo a la religión, por ejemplo, esa sería otra posibilidad.

K.: Originariamente eran la misma cosa, las raíces de ambas son las mismas.

M.: ¿Cuál sería, según su posición, el presupuesto filosófico más importante para una fundamentación del Derecho Penal contemporáneo?

K.: Es interesante. La primera cuestión fundamental que se plantea en relación con el Derecho Penal ya desde la época de los presocráticos es la distinción entre teorías absolutas y teorías relativas de la pena. Es verdaderamente interesante porque desde el comienzo mismo se plantea la cuestión de si la pena, más allá y antes de toda otra distinción, se trata de una pena pública o

de una pena civil. Es decir, fuera de todo eso, se plantea la cuestión de si la pena ha de tener una finalidad y hay que mirar hacia el futuro o bien si se debe mirar hacia atrás y su fundamentación debe ser retrospectiva. Es fascinante. Ya hace más de dos mil años que estamos confrontados con la pregunta: ¿miramos hacia delante o hacia atrás? Existe una bella frase que el filósofo Ludwig Wittgenstein pone como lema de su libro *Investigaciones filosóficas*, y que dice que “*el progreso parece siempre más grande de lo que en realidad es*”. Esta frase se aplica especialmente bien al Derecho Penal porque en el fondo permanecemos en el mismo lugar. Podríamos decir con Wittgenstein que en relación con el Derecho Penal la filosofía contemporánea no es otra cosa que filosofía presocrática. Ahora bien, considero que cuando se trata de filosofía contemporánea debemos diferenciar y determinar claramente en qué sector nos movemos. En lo que concierne a la separación de los dominios científicos del Derecho Penal es posible distinguir al menos cuatro ámbitos diferentes que requieren un tratamiento también muy diverso. El primer ámbito es el ámbito puramente lingüístico o analítico. La utilización del lenguaje y de reglas empleadas; la determinación, por ejemplo, de qué son las normas, qué son las reglas prescriptivas o adscriptivas, cuáles son las reglas descriptivas, es decir, el ámbito completo de las consideraciones filosóficas del lenguaje. Creo que es un ámbito puramente analítico. Y aquí debemos partir de la base que nos ofrece la moderna filosofía del lenguaje, es decir, la teoría de los actos de habla, lo que Searle y también Wittgenstein han trabajado. Ellos han establecido las bases para entender bien este ámbito.

El segundo ámbito que debemos distinguir es el puramente empírico. Este ámbito es siempre una variable en el derecho. Mi ejemplo en este contexto es el de la homosexualidad. ¿Qué se puede decir respecto de la homosexualidad? Cuando yo estudiaba en la Universidad la homosexualidad estaba penada en Alemania, era vista como algo que podía ser evitado y que, por lo tanto, era punible. Ésta es una cuestión empírica: ¿se trata de algo que puede ser evitado o está genéticamente condicionado? Hoy somos de la opinión, al menos en Alemania y visto desde la perspectiva empírica, de que se trata de una cuestión

genética. O en cualquier caso *también* genética. O por lo menos en un grado determinante desde el punto de vista psicológico. Aristóteles ha dicho que los Bárbaros eran de tal y cual manera, es decir, seres humanos que tenían este y aquel color de piel, que se comportaban de una u otra forma. En suma: todas son afirmaciones empíricas. Considero que la empiria condiciona completamente la realidad jurídica. Diferenciamos entre bueno y malo. Y sin que cambiemos en nada nuestras valoraciones podemos decir que si cambian los fundamentos empíricos entonces juzgaremos de otra manera. En la Edad Media se quemaba a las brujas en la creencia de que era lo correcto. Pero desde el momento en que se advierte que no se trata de brujas sino de mujeres totalmente normales, se comienza a juzgar distinto. O dicho de otra manera: cuando cambian las relaciones empíricas, cambian también nuestras valoraciones aún cuando se conserven las mismas reglas. Por eso considero que la cuestión empírica es realmente de enorme importancia para el derecho. Por un lado, en los dominios propiamente empíricos del Derecho como son la Criminología y la Sociología del Derecho. Pero, por otro lado, también hay que atender al estado de conocimiento de la propia época, es decir, al de la medicina, la psicología, etc. Actualmente, en Alemania se presta mucha atención al ámbito de la investigación del cerebro. Éste sería, entonces, el segundo ámbito

M.: ¿Usted se refiere a que se busca saber si para casos extremos de criminalidad habría en el cerebro algún tipo de descompensación química que conduce al criminal a actuar? ¿O al menos a no poder elegir abstenerse de cometer su acción? Si existe sobre esa base un déficit de libertad...

K.: Claro, en su momento, por ejemplo, también se medían los cráneos guiados por las ideas de Lombroso. El error es siempre una posibilidad, pero no hay manera de eludir el estándar empírico de la ciencia en cada época.

El tercer ámbito es el ámbito de la dogmática jurídica penal. Este ámbito se distingue notoriamente del ámbito puramente analítico de las Ciencias Jurídicas donde sí existen criterios para determinar la verdad y la falsedad. También en el ámbito empírico es posible distinguir las proposiciones verdaderas de las

falsas. Sin embargo, en la dogmática jurídica penal no existe nada parecido. No podemos distinguir allí proposiciones verdaderas y falsas, sino proposiciones adecuadas o inadecuadas desde el punto de vista dogmático. Es decir, aquí tenemos metas que están dogmáticamente prefijadas y luego tenemos que ver cómo mediante un pensamiento sistemático pueden ser compatibilizadas unas con otras. Y aquí hay también métodos con los cuales uno puede trabajar con criterios de prueba. Quiero decir que en la dogmática no existen las proposiciones verdaderas o falsas pero sí existen métodos de prueba. Uno tiene que exponer los argumentos en función de los cuales se procede de una manera determinada y la fuerza de persuasión depende del peso de los argumentos. Esto es: existen argumentos sistemáticos, argumentos lingüísticos, argumentos teleológicos, históricos, etc. No hay una respuesta unívoca que pueda prevalecer sino que la dogmática está siempre en movimiento. Incluso, si me es permitido expresarlo así, la dogmática puede ser también exacta en la medida en que uno puede exponer sus argumentos con exactitud. Pero nunca hay que perder de vista que aquí no se trata de verdadero/falso sino de adecuado/inadecuado.

Y en cuanto a la cuestión de la actualidad en este tercer ámbito, es decir, en el ámbito de la dogmática, considero que hubo épocas en las que hubo penalistas mejores que los de ahora. Por ejemplo, en el siglo XIX juristas como Köstlin y Hälschner –discutimos si Hälschner fue el antecesor de Jakobs o mío (risas)- tuvieron mucha más conciencia histórica de la que se tiene hoy en día. Quiero decir: Si uno hoy se retrotrae a 1950, por ejemplo, se considera que se está retrotrayendo demasiado, mientras que Hälschner siempre tuvo en mente todo el Derecho Romano. Y creo que la dimensión histórica de la dogmática es hoy en día muy débil. La dogmática actual está muy débilmente impregnada por esta dimensión histórica. En la actualidad tenemos más una interpretación económico-teleológica que una conciencia histórica. Y, lo que considero aun más grave y lamento mucho, es la falta de pensamiento sistemático. Los sistemas jurídicos que hoy tenemos, por ejemplo, el elaborado por Roxin, son edificaciones muy poco sistemáticas, son edificaciones tópicas pero que no

constituyen buenos sistemas. En este sentido, no estoy muy contento con el estándar actual del pensamiento dogmático.

Y, finalmente, el cuarto ámbito es el que yo llamaría del derecho natural en el sentido más amplio, es decir, en el sentido en que Hart señala que existe un mínimo de derecho natural en el derecho. Esto significa que debemos contar con que hay un mínimo de realidad prejurídica, una comprensión acerca de lo correcto y de lo incorrecto previa al derecho positivo. Ello es por supuesto muy importante en el derecho penal porque en este ámbito ha de ser legitimada la pena. Y aquí mi opinión no es tan negativa como en el campo de la dogmática, por el contrario, es más bien positiva. Considero que es muy actual la discusión con todos los teóricos que se han ocupado de la fundamentación de la pena. Uno puede seguir esta discusión a lo largo de varios siglos, pero ante todo hoy existe una discusión muy intensa en torno al idealismo alemán, es decir, en torno a las posiciones de Kant y Hegel, aplicadas, claro, de diversas maneras. Creo que este debate ha alcanzado un gran nivel con verdadera conciencia de los problemas. Y no sólo se ha quedado allí sino que se lo ha continuado. Quiero decir: las corrientes que se han desprendido de la filosofía de la conciencia a través de la filosofía del lenguaje, como por ejemplo la de Habermas, tienen gran importancia para el derecho actual. Desde mi perspectiva, significa que preguntas tales como: de qué forma arribamos a una sentencia justa o bien cómo podemos definir la pena en tanto que justa, deben ser encaradas teniendo en cuenta las posiciones de Kant y de Hegel, pero también atendiendo al punto de vista discursivo. Y el elemento discursivo es inseparable del elemento democrático. Mi posición es que la culpa desde el punto de vista del derecho penal tan sólo puede ser legitimada en una democracia. Fuera de una democracia el Derecho Penal es poder, puro poder. Sólo en una democracia, donde el individuo puede co-determinar cómo son sus propias normas, en la que él mismo es autor de las normas, puede aceptarse la pena como algo correcto, es decir, en la medida en que también se puede co-decidir. La pena depende entonces de una aceptación discursiva, que desde luego sólo es siempre provisoria porque nunca podemos hacer algo perfecto

con el discurso; y en las decisiones democráticas sólo hay una justicia provisoria. Aún así vamos avanzando. Lentamente. Se trata de un proceso abierto pero creo que es un proceso que en última instancia permite crear derecho a través de un efectivo reconocimiento recíproco entre los sujetos. Y sólo de esta manera puede quedar justificada la pena desde nuestra comprensión actual.

Me permito una pequeña aclaración. He separado estos cuatro ámbitos de manera artificial. Esto es claro. Por ejemplo, cuando el ámbito propio de uno es la dogmática y hace dogmática, creo que esta dogmática debe estar erigida sobre un suelo seguro desde el punto de vista analítico. Tiene que estar además sobre un suelo seguro también desde el punto de vista empírico –esto es lo menos que podemos hacer-, pero también debe contar con una fundamentación filosófica. Considero que no es posible una buena dogmática carente de fundamento filosófico.

M.: ¿Qué rol juega la idea de autonomía, y de autonomía comunicativa específicamente, en relación con la fundamentación filosófica del derecho penal?

K.: Creo que ya me he referido a algo de eso. Comienzo con un ejemplo. Cuando tenemos un Estado religioso, en el que el derecho se deduce de la revelación divina, esto sólo puede ser convincente para aquellos que comparten la misma religión. Para quienes no comparten esta convicción y se ven sometidos a una pena, sólo pueden percibirla como un mero ejercicio de poder. Si partimos de la idea de que en un Estado debemos tener un Derecho Penal justo, entonces sólo podemos tenerlo allí donde potencialmente todos puedan aceptar ese Derecho Penal. Y tal ideal sólo puede ser realizado partiendo de la idea de que cada uno puede decidir sobre sí mismo, es decir, partiendo de la idea de “autonomía del individuo”. Esto significa, desde mi punto de vista, que todo el derecho -y también el derecho penal- se puede deducir sólo a partir de este concepto. Y que no existe ninguna otra fuente de derecho que no sea la autonomía del individuo en entendimiento discursivo con el otro.

Esto también, por supuesto, puede ser valorado. Uno puede decir: es correcto que sea así porque los individuos se reconocen recíprocamente como iguales. Diría que el concepto básico de todo el derecho es, entonces, la reciprocidad. Si no hay reciprocidad, no hay derecho. Si esto es así, es decir, si ningún discurso en la sociedad puede ser sostenido de manera definitiva, si cada ley supone un acuerdo democrático, y si nunca podemos decir que una ley es efectivamente justa, sino que sólo es provisionalmente justa, entonces, no podemos exigir que el individuo que vive en un Estado la perciba como si fuera en verdad correcta. Esto significa que no podemos penar a nadie con la fundamentación: "Tu no has observado una ley correcta". Sólo podemos decir: "...una ley que es correcta de manera provisoria". Y si tienes otra opinión es aceptable y de hecho puedes tener otra opinión respecto de aquello que prescribe la ley. Pero como tú, al igual que todos los otros, vives en un Estado y tienes la posibilidad de expresar tu opinión respecto de esta ley, tienes que serle leal hasta tanto consigas la mayoría necesaria según el ordenamiento jurídico de que se trate para modificar, derogar, etcétera, una ley.

Lo que particularmente entiendo como fidelidad al derecho no tiene nada que ver con el contenido, sino sólo con la lealtad hasta que se consiga la mayoría a la que hacia referencia anteriormente. Esto es: tengo la posibilidad de manifestarme en contra de esta ley y puedo decir que la figura del robo es por completo errada, que una ley tal no tendría que haber existido nunca, pero también debo aceptarla hasta que tenga la mayoría de mi lado. Luego puedo derogar la ley que penaliza el robo. Por tanto, no se me castiga porque he hecho algo malo, sino porque no he guardado la lealtad que se espera de mí como ciudadano de un Estado en el que puedo expresarme libremente. Por eso es que culpa y democracia dependen necesariamente una de la otra. Podríamos decir con Habermas que tenemos permitido quebrantar leyes sólo de un modo discursivo pero no de modo instrumental.

M.: La última pregunta que tengo para formularle tiene que ver con el debate que mantiene con Günther Jakobs respecto del derecho penal del enemigo. ¿Cómo ve usted la posición de aquellos miembros de la sociedad que no

forman parte de la sociedad? ¿Cuál es para usted el estatuto de aquellos a los que Jakobs denomina “enemigos”, es decir, los terroristas y también quienes claramente están en contra de la constitución normativa de la sociedad y hacen un uso instrumental de sus posibilidades comunicativas?

K.: Esta cuestión es complicada. El primer problema que veo es terminológico. Tanto en Argentina como en España o en otros países como en Perú se puede utilizar la locución “enemigo” y no existen connotaciones particularmente negativas vinculadas con el término. Pero en Alemania es distinto. En el año 1934 se aprobó una Ley de Delincuentes Habituales. Una de las más nocivas leyes nacionalsocialistas, en donde aparece el término enemigo. Se combatía al enemigo. Se trata entonces de la terminología de los nazis. Y sólo por esa razón para la lengua de un alemán es difícil pronunciar esta palabra, independientemente de que en Argentina, España o Perú pueda hablarse de enemigo. En Alemania cuando uno dice “enemigo” en Derecho Penal se remite inmediatamente a la Ley de Delincuentes Habituales del año '34, aunque Jakobs no desee tener nada que ver con esto. El más nocivo nacionalsocialista fue Carl Schmitt, quien ha diferenciado al ciudadano del enemigo. En Alemania no existe prácticamente ningún autor de Derecho Penal que se permita esta terminología.

En segundo lugar, me gustaría distinguir aquí también dos ámbitos diferentes. El primero es el que se refiere a la cuestión *iusfilosófica*. Jakobs fundamenta su figura con un *dictum* de Hegel: sé persona. Es decir: la exigencia básica consiste en ser persona. Y esta exigencia debe ser satisfecha. Si uno mismo no logra satisfacerla, entonces uno puede ser despersonalizado. También la fundamenta con el apoyo histórico de autores que, como Feuerbach, veían la pena como algo que despersonalizaba al individuo, lo cual seguro que es correcto. Por lo menos en la medida en que aquel que va a prisión pierde la libertad de movimiento, y con ello un grado esencial de libertad. Pero esto es la compensación simbólica por la libertad que él le ha quitado a otro. Ahora bien, que se trate aquí de una reducción de la personalidad es, desde mi punto de vista, un malentendido. No se puede hablar de una reducción de la persona. Al

menos desde Kant esto es impensable, a la persona se la limita externamente: se la envía a la cárcel, se le confisca su dinero, etc. Esto es algo muy distinto de que se produzca una reducción en la persona. Esto es decisivo. No se trata de una despersonalización que reduce a la persona, sino de limitar simbólicamente sus posibilidades en la medida en que esa persona se ha inmiscuido en la libertad de otro. Considero que todo ser humano tiene el derecho de ser reconocido como persona sin ninguna disminución. De manera que a cada terrorista le podemos decir: “Tú te has equivocado cuando has hecho esto”. Fundamentalmente todos deben ser tomados en serio. Si luego no se atienen a lo debido, entonces pueden ser externamente limitados pero no disminuidos en su persona. No tenemos permitido jamás sustraer la dignidad que hemos reconocido al ser humano. Esto en cuanto al primer ámbito.

En cuanto al segundo ámbito, que es el ámbito de la dogmática. El concepto de enemigo proviene de la guerra. En la guerra –y creo que los alemanes sabemos algo de esto (risas)- uno intenta sorprender al enemigo, lo ataca por la noche, le cae encima y dispara. Jamás digo previamente: “escucha con atención, enemigo, aquí tenemos unas leyes, con inciso uno, inciso dos, inciso tres, cuatro...” porque para cuando termine con la enumeración él ya estará a buen resguardo. No. Llego y disparo. Éste es el enemigo. No existe un derecho penal del enemigo. Al enemigo se le dispara y no tenemos por qué avisarle que le vamos a disparar. Cuando tenemos derecho tenemos derecho. Y el derecho no es un medio para la guerra sino “derecho”. Naturalmente, no quiero aquí minimizar que tenemos grandes problemas. Tenemos terroristas, tenemos una globalización que permite ya desde el punto de vista técnico dañar las economías, las comunicaciones, etc., en una medida nunca vista. Tenemos que hacer algo. Pero ese hacer algo está necesariamente unido a limitar las libertades. No hay otra manera. No podemos permitir todo en Internet. De lo contrario, estarían disponibles las comunicaciones acerca de bombas y otras cosas por el estilo. Tenemos que limitar y encontrar otros caminos. La auténtica dificultad reside, entonces, en saber hasta dónde podemos llegar para, por un lado, disminuir preventivamente estos peligros, y por el otro, no limitar

demasiado la libertad. Se trata de un problema enorme, muy serio. Es un problema de Derecho Constitucional, de Derechos Humanos, etc. Y aquí es donde viene mi tercera crítica. Si frente a esto comienzo a hablar de derecho penal del enemigo, entonces, destruyo este muy delgado equilibrio de la proporcionalidad entre los miembros. Así estaría permitido que haya miembros para los cuales no haya ninguna proporcionalidad. No podemos permitir que esto ocurra de ninguna manera.

Todo lo que acabo de afirmar sobre el derecho penal del enemigo es válido para la discusión alemana. Estuve en la primavera de este año en Sevilla, en la Universidad donde el Dr. Miguel Polaino Orts es profesor. Allí tuve la oportunidad de dar una conferencia en la inauguración de un curso de derecho penal del enemigo. Y, por supuesto, existen muchos problemas de los que hoy tenemos como el derecho penal preventivo, las medidas de seguridad -que en Alemania se denominan custodia de seguridad-, etc. Todos ellos pueden ser abarcados con este concepto. Pero se trata de algo diferente de aquello sobre lo cual he hablado, tanto en lo que se refiere al punto de vista del derecho constitucional como en lo que hace a su fundamentación filosófica. Por eso, ya al comienzo he afirmado que puede existir en otros países una discusión sobre el derecho penal del enemigo que no tenga nada que ver con aquello a lo que yo me he referido. Mi polémica es más bien personal con Jakobs en el marco de la discusión alemana. Porque este concepto en otro contexto tiene otra connotación. Por ejemplo, la exageración en torno al aumento de los delitos de peligro abstracto y demás me parece criticable. Pero no quiero afianzarme necesariamente como contradictor en el marco de otra discusión. Mi polémica es exactamente con mi colega de Bonn.

M.: Eso quedó muy claro cuando Jakobs dio su conferencia en junio de este año en el Seminario de Filosofía del Derecho de la Universidad de Bonn.

K.: Usted estuvo allí. Claro. En otro orden de cosas, me gustaría hacerle una aclaración respecto de la conferencia que voy a dictar en unos momentos más aquí en la UNLaM, porque en lo que se refiere a la fundamentación de la pena no aparecerá ni una vez la palabra “discursivo”. ¿Por qué? Porque abordaré un

pequeño ámbito teleológico parcial. En cuanto a la posibilidad de aceptación del individuo, acaba de aparecer un libro en Buenos Aires y también en Montevideo de Juan Pablo Mañalich y mío que se llama: *Culpabilidad en el estado democrático de derecho*. Allí abordamos ampliamente las ideas de democracia, de fundamentación, y los problemas de la investigación del cerebro.

Alejandro Bonomo: Quería hacer una pregunta en relación a los presupuestos dogmáticos del derecho penal del enemigo. ¿No cree usted que quizás en Jakobs el tema del derecho penal del enemigo venga a colación de un cierto “llevar al extremo” el hecho de fundamentar el Derecho Penal no como un derecho que penaliza las acciones que ponen en riesgo bienes jurídicos sino el incumplimiento de roles, en tanto que podríamos definir al enemigo como aquella persona que justamente asume el rol de poner en riesgo la configuración social, ante la cual la sociedad tiene la necesidad de defender su configuración?

K.: No puedo sino estar de acuerdo con eso que usted dice. El Derecho, el Derecho Penal, las normas del Derecho Penal no se dirigen a roles sino a ciudadanos fieles al Derecho, a ciudadanos individuales. Y uno tampoco está en prisión como panadero o ingeniero o abogado sino como “yo”. Es decir, uno no está en prisión debido a ningún rol. La idea de rol es importante sólo en un determinado ámbito de Derecho: el de la imprudencia del saber, es decir: ¿Qué es lo que exijo del saber de alguien? De modo que pueda decirle: este saber es el que esperábamos de ti y si no tienes el saber caemos en un ámbito riesgoso. Y dado que existen ámbitos riesgosos tenemos que comportarnos de manera tal de manejar el saber necesario para dominar los riesgos. Esto está en cierta manera unido a determinados roles. Por lo demás, considero que, a diferencia de lo que piensan ambos colegas aquí presentes, el concepto de rol no tiene ninguna relevancia en el derecho. No existe ningún rol en el derecho sino el ciudadano que es fiel al derecho. Tengo que ayudar a alguien que se está ahogando más allá de quién soy o de que tenga este o aquel rol. No tengo permitido matar a nadie con total independencia del rol que yo tenga. En el

derecho no hay roles sino personas que deben ser consideradas por igual como portadoras de derechos y obligaciones. En el Código Penal Alemán las leyes están formuladas de la siguiente manera: “quien hiciera tal o cual cosa...” y las expectativas recíprocas que tenemos no son expectativas sociales sino expectativas jurídicas. Pero sobre esto podemos seguir discutiendo. Aunque soy muy optimista en cuanto a los resultados de esa discusión.

M.: Muchísimas gracias por la generosa respuesta que ha brindado a cada una de nuestras preguntas. Le propongo hacer una pequeña visita por la Universidad antes del dictado de su conferencia.

Entrevista al Prof. Kindhäuser llevada a cabo por Nicolás Camargo Lescano con la traducción de Esteban Mizrahi. Realizada en la Universidad Nacional de La Matanza, el día 13 de septiembre 2013.

<http://www.ctys.com.ar/index.php?idPage=20&idArticulo=2724URS>

KINDHÄUSER

* * *

El reconocido jurista alemán y especialista en Derecho Penal dialogó con Agencia CTyS sobre los desafíos de su campo, la importancia de que el mismo tenga una actitud moral y el rol de los medios de comunicación en los procesos penales. Por tercer año consecutivo, la Universidad Nacional de La Matanza contó con la visita del académico alemán Urs Kindhäuser, destacado jurista que brindó una conferencia sobre “El Derecho Penal de la seguridad”. Luego, en diálogo con esta agencia precisó los desafíos y alcances de su materia y destacó la importancia de que los medios no prejuzguen. Además, se refirió al delito juvenil y la necesidad de generar condiciones para que los jóvenes trabajen y estudien, en lugar de bajar la edad de imputabilidad.

¿Cuál es la definición y sistematización que usted propone para el concepto de delitos de peligro?

El punto de partida es el concepto de bien jurídico. Y depende del tipo de bien jurídico la manera en que éste puede ser lesionado. Además hay bienes jurídicos que no tienen existencia alguna. Tomemos un ejemplo muy sencillo como el de la integridad corporal. Al respecto se puede diferenciar entre delitos de lesión, delitos de peligro concreto y delitos de peligro abstracto. Los delitos de lesión son aquellos en los que el sujeto es afectado sustancialmente, es decir, cuando es atacado en su integridad corporal. Son los delitos clásicos. Y el delito de peligro concreto tiene lugar en la situación en la cual aquel al que pertenece el cuerpo, en este caso, la persona misma, no está en condiciones de excluir con seguridad que su cuerpo será lesionado; esto es, que desde su perspectiva sólo depende de la casualidad seguir estando saludable. En cambio, los delitos de peligro abstracto son aquellos en los cuales las

condiciones marco en las que me muevo aseguran que, de respetarse estas condiciones, yo no debería ser lesionado. Por ejemplo, si conduzco por una calle o por una autopista, mi seguridad depende de que los demás que no estén alcoholizados o drogados. Entonces pertenece a las condiciones marco en este ámbito que los otros conductores no estén alcoholizados o drogados. Pero esta separación entre los tres tipos de delitos tiene sentido para determinados bienes jurídicos como la integridad corporal. Distinto es el caso si tomamos otro bien jurídico como la capacidad funcional de la administración de justicia que debe ser protegida frente al perjurio o al falso testimonio. Ahí aún no tenemos en rigor ningún bien jurídico dado que la decisión correcta del juez todavía no ha sido tomada. En ese caso tampoco se puede formular un delito de lesión. Lo que aquí se debe asegurar son las condiciones marco para que el juez pueda tomar una decisión acertada, por ejemplo, que los testigos no den falso testimonio. En definitiva, no se puede dar una definición general de los delitos de peligro abstracto sino que depende de cada ámbito.

¿Por qué ha afirmado que en este momento el Derecho Penal está visto como un arma muy peligrosa?

Esta pregunta es fácil de responder. Porque el Derecho Penal en sentido tradicional contiene en la sanción un reproche ético y social. No es sólo algo negativo como cuando la policía disuelve con agua una manifestación. Esto puede ser desagradable pero no es una pena. Pena es cuando el Estado discrimina un acto y dice: esto está mal. Entonces se entromete en la personalidad misma y la puede llegar a destruir. Hay un reproche ético y una vez que está hecho el daño no se puede volver atrás. En este sentido afirmo que es peligroso.

¿Cuáles considera que son los principales desafíos del Derecho Penal en la actualidad?

Para comenzar a responder esta pregunta habría que pensar la situación de Alemania en la época de Immanuel Kant. Allí, la sociedad estaba todavía regulada por diferentes sistemas normativos: por un lado, había una religión

muy estricta y, por otro lado, también una moral social e individual que imperaba en esa época. El derecho debía ocuparse solamente de los deberes negativos, no de los positivos, porque para estos estaba la moral. No era necesario decirle al samaritano que debía ayudar a los demás en caso de necesidad. Para eso estaba la moral no hacía falta el derecho. La situación en la actual Alemania, en cambio, es muy distinta. Por ejemplo, la religión es muy débil, sobre todo la Cristiana, es muy formal. Hay 6 millones de turcos que son islamistas y, además, hay muchos grupos de inmigrantes de África y del Este de Europa. Y cada uno de estos grupos tiene diferentes representaciones de los deberes morales. No hay un consenso moral ni religioso. No comparo ni valoro qué fue mejor o peor. Esto es solo una descripción sobre los sistemas normativos que acompañaban al derecho. Por lo tanto, un ciudadano hoy no puede confiarse en que no recibirá determinadas reacciones a causa de razones morales o religiosas, al no haber un consenso moral entre los habitantes de la región. Por ejemplo, hace unos años era impensable que alguien sea asesinado por una reacción moral referida al honor, es decir, a manos de alguien que siente que su honor ha sido mancillado por un insulto. Hoy eso puede pasar. Y el único sistema normativo que quedó, en función del cual es posible ponerse de acuerdo, es el derecho. Por lo tanto, en primer lugar, tiene que haber alguna forma democrática de producir derecho, que pueda ser aceptada por todos. Un segundo problema radica en cómo encontrar sanciones que sean adecuadas dado que las diferentes culturas valoran las penas de manera distinta. No se trata sólo de los problemas propios de una moral general que puede ser formulada en términos de “no dañar al prójimo” sino que tiene que ver con la moral o las reglas válidas para ámbitos muy específicos como las que afectan a un comerciante independiente, por ejemplo. Y para que este ámbito pueda funcionar tiene que haber reglas comunes. Pero cada cultura tiene reglas distintas. Es entonces cuando el Derecho Penal empieza a expandirse o ramificarse por todos lados. Ahora tenemos en Europa una importante discusión acerca de la detención o sanción penal de personas jurídicas. Francia, Inglaterra, España ya penalizan a personas jurídicas; en

Alemania todavía no. Pero se trata de una lucha. Si efectivamente se produce la penalización de personas jurídicas y grandes empresas como Volkswagen o BMW pueden ser efectivamente penadas como empresas, entonces ya no tendremos más Derecho Penal. Tendremos nuevos tipos de sanciones. Estos son los desafíos que nosotros tenemos y no podemos cerrar los ojos. Tenemos que encontrar una solución. Mi respuesta es que dicha solución no puede ser encontrada antes del debate sino que debe estar fundamentada discursivamente. Y ser, por tanto, posterior al debate.

En cuanto al debate que usted señalaba sobre la fijación de las penas, hay sectores en Argentina que proponen penas más duras como posible solución. ¿Cuál es su opinión respecto a este tema y cuál es la situación en Alemania?

Esto es así en todos lados. Tenemos una vieja frase de Christian Morgenstern, un poeta y humorista alemán del siglo XIX, “no puede ocurrir lo que no debe ocurrir”. Y eso es típico de los políticos, que hacen una ley y creen que por eso la cosa va a funcionar. Pero después está la realidad. Y con eso no se resolvió ningún problema. En Inglaterra bajan siempre la edad de imputabilidad en relación con los jóvenes. El problema es encontrar métodos para que estos jóvenes puedan ser educados, encontrar las condiciones sociales para que puedan trabajar, tener metas en la vida, etc. Culpables no son los jóvenes que deben ser educados sino nosotros. Y los políticos, que no establecen las condiciones adecuadas de vida para ellos. En lo que se refiere a las penas y las sanciones creo que no deben hacerse apreciaciones generales sino investigar con precisión cada uno de los campos específicos. Hay un estudio del instituto Max Planck que muestra de manera muy sólida que la eficacia de las sanciones no depende del grado de la pena sino de la celeridad con que se infligen. Cuanto más rápido se produzca la sanción, más eficaz es el Derecho Penal. En lo que se refiere al delito juvenil hay que trabajar en el campo educativo, con asistencia social y con una policía especializada en ese terreno. Pero no con leyes. Y otra cosa: como hoy tenemos la situación de que el derecho es responsable por la moral general, entonces es especialmente

importante que también él se comporte de manera moral, que él mismo sea un ejemplo para la población de cómo hay que comportarse frente a los conflictos.

¿Cuál sería el rol de los medios en los procesos penales? ¿Hay alguna forma de regular esta relación de forma tal que no perjudique la libertad de expresión pero que no haya efectos negativos para la justicia?

Si atendemos a la cuestión del aspecto educativo del Derecho Penal, son los medios justamente los que vinculan el sistema jurídico penal con la población. Los medios, en ese sentido, no son malos sino buenos. Al respecto, es sumamente importante que los derechos de las personas involucradas en el proceso sean respetados y no lesionados. Por ejemplo, es central que hasta que no se sepa el veredicto, no se conozca el nombre de las personas involucradas. Ante todo de la víctima, no solo del acusado. Y también es muy importante que los medios no prejuzguen: el único que puede juzgar o fallar es el juez. Y, sobre todo, que los políticos se dediquen a hacer su trabajo y no juzguen a los jueces acerca de si estos fallaron bien o mal.

¿Cuál es la evolución de la postura del Derecho Penal frente al terrorismo?

El problema me parece que está en que el concepto del terrorismo no es claro, es muy poco preciso. En Rusia, los terroristas son los chechenios; en Siria, los terroristas son los rebeldes; en Estados Unidos, los islamistas en general son terroristas... entonces es muy difícil definir terroristas. Hay que definir al terrorismo de manera muy precisa, referida a determinados grupos que intentan de manera ilegal producir miedo en la población. En Alemania, ya están dadas las herramientas legales, lo único que hay que hacer es mantener fría la cabeza.

