



***PERSONA Y ENEMIGO:  
FUNDAMENTOS DOGMÁTICOS Y  
CONSECUENCIAS PARA EL DERECHO PENAL***

**Tesis Doctoral que presenta el Doctorando  
EDUARDO SAAD-DINIZ  
para la obtención del Grado de Doctor en Derecho  
por la Universidad de Sevilla,  
bajo la dirección del  
Prof. Dr. Dr. *h.c. mult.* MIGUEL POLAINO NAVARRETE**

**Universidad de Sevilla  
Curso 2016/2017**



## ÍNDICE

<b>Introducción</b> .....	9
<b>Capítulo I – El problema del sentido operacional</b> .....	21
1. El problema .....	21
2. La observación sociológica .....	32
3. La observación de la decisión .....	39
3.1. La economía de la sociedad .....	43
3.2. La política de la sociedad .....	48
3.3. El derecho de la sociedad .....	52
4. La diferenciación del derecho .....	56
5. La función del derecho .....	63
6. Represividad y el sentido operacional de la intervención punitiva.....	75
7. Riesgo y peligro: un capítulo olvidado de la teoría de los sistemas ...	82
7.1. Riesgo, seguridad y peligro .....	89
8. Resumen y delimitación de la hipótesis de trabajo .....	93
<b>Capítulo II – Sistema funcionalista normativo</b> .....	97

1. Cuestiones fundamentales del modelo jurídico-penal de Günther Jakobs.....	95
2. El concepto de pena .....	97
2.1. Quiebra de la norma y confirmación de la norma válida .....	97
2.1.1. Más Hegel que Luhmann .....	103
2.2. El reconocimiento y la prevención general positiva .....	110
2.2.1. Problemas del reconocimiento y la reposición del ideario retribucionista .....	116
2.3. Legitimación material, legitimidad formal y bien jurídico .....	123
2.3.1. El estado de la cuestión en la literatura jurídico-penal .....	129
 <b>Capítulo III – Persona y enemigo</b> .....	 137
1. Persona: breve historia del problema en materia penal .....	137
1.1. La evolución del concepto .....	142
1.2. La evolución del concepto de individuo a persona .....	146
1.3. Persona y sujeto empírico .....	151
2. La evolución del concepto de enemigo .....	154
2.1. Los orígenes de la discusión en 1985 .....	157
2.2. La autocomprensión del derecho penal frente a la sociedad .....	161
2.3. Derecho penal de ciudadano y derecho penal del enemigo .....	166

2.4.	El terrorismo, la persona y el enemigo .....	172
2.5.	La descripción de las ideas rectoras del derecho penal del enemigo .....	176
3.	El plan teórico-conceptual del derecho penal del enemigo .....	181
3.1.	La incompreensión en torno al pensamiento de Carl Schmitt .....	181
3.2.	¿Cuál es la fundamentación filosófica del concepto de enemigo? ..	191
3.3.	¿La normatividad del ciudadano y la facticidad del enemigo? .....	195
3.3.1.	Consecuencias de la escisión entre ciudadano y enemigo..	195
4.	La recepción en la literatura jurídico-penal .....	201
4.1.	La tesis de Heiko Lesch .....	201
4.2.	La tesis de Michael Pawlik .....	204
4.2.1.	La problemática del enemigo .....	206
4.2.2.	Criterios para una elaboración racional de un “nuevo derecho de prevención” .....	215
5.	La oposición al modelo en Bernd Schünemann, Luís Greco e Claus Roxin .....	221
5.1.	La oposición al modelo en Bernd Schünemann .....	221
5.2.	La oposición al modelo en Luís Greco .....	224
5.3.	La oposición al modelo en Claus Roxin .....	227
6.	Resumen y observación .....	229

<b>Capítulo IV – Repercusiones</b> .....	233
1. Repercusiones en el ámbito penal .....	233
1.1. El problema de los delitos de asociación .....	238
1.2. Elementos esenciales de los delitos de posesión .....	244
1.2.1. Estructuras normativas propias de un derecho penal del enemigo .....	255
1.2.2. Especificaciones de los delitos de posesión y manifestaciones en el ordenamiento jurídico-penal brasileño .....	260
1.3. Otras percepciones sobre la interpretación normativa .....	267
1.3.1. Verificación de constitucionalidad y refuerzo de los límites de legitimación .....	277
1.3.2. Nuevas posibilidades para la interpretación normativa .....	283
2. Tendencias de naturaleza político-criminal .....	286
2.1. Repercusión en el combate a los delitos económicos y la laguna en cuanto a la punibilidad de las personas jurídicas .....	290
2.2. Repercusión en el combate al tráfico de estupefacientes y criminalidad organizada .....	296
2.3. Repercusión en el combate a los delitos sexuales .....	299
2.4. Repercusión en el combate al terror .....	302

2.4.1. La cuestión del <i>targeted killing</i> .....	305
2.4.1.1. El concepto de <i>targeted killing</i> .....	309
2.4.1.2. <i>Targeted killing</i> y sus límites de legitimación .....	312
2.5. La experiencia colombiana de Alejandro Aponte .....	317
2.6. Paralelos en la experiencia británica (Garland y el <i>Terrorism Act</i> ).....	320
3. Los horizontes del concepto de enemigo .....	324
3.1. El futuro del enemigo en el derecho penal: el retorno al concepto de persona como alternativa al concepto de enemigo .....	330
<b>Conclusiones</b> .....	<b>335</b>
<b>Bibliografía</b> .....	<b>343</b>





## INTRODUCCIÓN

“Lucha” y “combate” son marcos cada vez más recurrentes en las estructuras normativas penales<sup>1</sup>, sugiriendo al sistema jurídico un sentido operacional típico a los casos de anticipación de la intervención punitiva en las conductas indiciarias de peligro futuro. La expansión de esas estructuras normativas manipula el sentido de la evolución de la represividad, aparentemente rebasadas por la seducción sibilina de la intervención punitiva frente al enemigo.

Así entendido como nuevo estatuto del derecho penal de la sociedad, ¿él resistiría a la observación de los niveles de estabilidad normativa instaurados por esas estructuras? ¿Atingiría padrones de consistencia categorial más allá de la identidad del sentido del concepto de persona? ¿Estaría apto para resolver la diferenciación del derecho penal?<sup>2</sup> O, así como el discurso jurídico-penal dominante, ¿estaría restringido a la intolerable infra-complejidad de naturaleza político-criminal, incapaz de resolver la expresión de la ecuación entre represividad e intervención punitiva?

Parece que no, que el sentido operacional sugerido por el concepto de enemigo en materia penal no resiste a la ambiciosa semántica de la

---

<sup>2</sup> “Diese Differenzierung wird vielmehr erst erklärlich, wenn man einen anderen Gesichtspunkt mit in die Erwägungen einbezieht. Er findet sich ansatzweise schon bei Hegel. Im Zusatz zu § 218 der ‘Grundlinien der Philosophie des Rechts’ heißt es, dass ‘ein Kriminalkodex nicht für alle Zeiten gelten könne. Eine ‘Gesellschaft’, die ‘ihrer selbst sicher ist’, könne auf das Verbrechen mit mildereren Strafen reagieren als eine ‘in sich wankende’. Diese von Hegel klar erfasste Voraussetzung für eine mildere strafende Sanktion trifft heute auf weite Bereiche der Kriminalität zu. Ihr gegenüber fühlt sich die Gesellschaft relativ sicher. Diese Form der Kriminalität wird, das ist das gemeinsame Gefühl der Gesellschaft, auch durch milde und mildere Strafen im Wesentlichen eingedämmt. Dass Milderungen hier keinen wesentlichen Anstieg der Kriminalität zur Folge haben, belegt der internationale Vergleich ebenso wie der Blick auf die Folgen bisheriger Milderungen. Es entspricht zudem kriminologischen Erkenntnissen. Zur Aufrechterhaltung des Rechtsbewusstseins und zugleich zur Prävention ist es danach im Allgemeinen ausreichend, dass nur überhaupt durch Strafe reagiert wird”. FRISCH, Wolfgang. Wandlungen des Strafrechts als Folge gesellschaftlichen Wandels. In: COSTA ANDRADE, Manuel da; ANTUNES, Maria João; AIRES DE SOUSA, Susana (org.) *Estudos em homenagem ao Prof. Doutor Jorge de Figueiredo Dias*, 2009, pp. 352-353.

sociedad; el sentido operacional que despierta la auto-comprensión de la lucha contra el enemigo por el derecho penal sucumbe a la vaguedad<sup>3</sup> y a la ambigüedad<sup>4</sup> del concepto<sup>5</sup>.

Esta investigación no se presenta como una defensa del derecho penal del enemigo. Es decir, no es una tesis en defensa del recrudecimiento de la intervención punitiva, ni una apología al totalitarismo penal o a modelos de Estado leonino, en el sentido común que adquirió el concepto en el debate penal.

---

<sup>3</sup> En relación a la fase de maduración científica de los conceptos, *Hassemer* llega a sostener los efectos positivos de la vaguedad: “Vagheit kann in Frühphasen des wissenschaftlichen Nachdenkens fruchtbar sein, weil sie Suchprozesse anregt”, HASSEMER, Winfried. *Das Selbstverständnis der Strafrechtswissenschaft gegenüber den Herausforderungen ihrer Zeit*. In: ESER, Albin; HASSEMER, Winfried; BURKHARDT, Björn (org.) *Die deutsche Strafrechtswissenschaft vor der Jahrtausendwende*, 2000, p. 27.

<sup>4</sup> Asimismo, parece conveniente delimitar el repertorio conceptual de enemigo en materia penal descrito en *Jakobs*: “Typische Kennzeichen des Feindstrafrechts sind: 1. weite Vorverlagerung der Strafbarkeit, also Wendung des Blicks von der geschehenen auf eine kommende Tat, beispielhaft seien die Tatbestände der Bildung krimineller oder terroristischer Vereinigungen (§ 129, 129a StGB) oder des bandenmässigen Anbaus von Betäubungsmitteln (§ 30 Abs. 1 Nr. 1, 31 Abs. 1 Nr. 1 BtMG) genannt; 2. keine der Vorverlagerung proportionale Reduktion der Strafe, beispielhaft, die Strafe für den Rädelsführer einer terroristischen Vereinigung ist gleich der Strafe eines Mordversuchstäters, allerdings bei gegebener Versuchsmilderung (§ 129, Abs. 2, 211, Abs. 1, 49 Abs. 1, Nr. 1 StGB), und übersteigt die gemilderten Versuchsstrafen der ansonsten bei terroristischen Vereinigungen genannten Delikte überwiegend erheblich; 3. Übergang von der Strafrechtsgesetzgebung zur Bekämpfungsgesetzgebung, wobei etwa Wirtschaftskriminalität, Terrorismus, organisierte Kriminalität, aber auch – unter Verlust mancher Konturen – Sexualdelikte und andere gefährliche Straftaten sowie – alles überwölbend – überhaupt das Verbrechen bekämpft werden sollen; 4. Abbau prozessualer Garantien, wobei die Kontaktsperre (§ 33 ff. EGGVG) das mittlerweile geradezu klassische Beispiel bildet”, JAKOBS, Günther. *Das Selbstverständnis der Strafrechtswissenschaft vor den Herausforderungen der Gegenwart*. In: ESER, Albin; HASSEMER, Winfried; BURKHARDT, Björn (org.) *Die deutsche Strafrechtswissenschaft vor der Jahrtausendwende*, 2000, pp. 51-52.

<sup>5</sup> Curiosamente, el diagnóstico y los presupuestos teóricos adoptados en esa investigación ascienden al plano de la teoría constitucional: “Tendo em vista que estão envolvidos termos intensamente ambíguos (no plano conotativo) e extensamente vagos (no plano denotativo), também aqui persiste o risco de cair-se em ‘falácias da ambigüidade’, como também ‘o perigo do uso inflacionário e da perda de contorno’. Relacionado a isso, vem-se desenvolvendo, mais recentemente, a concepção de que a Constituição consiste em uma metáfora do discurso ou da retórica política. A ela poderia recorrer-se discursivamente em contextos estruturais os mais diversos. Essa abordagem, que, de certa maneira, está vinculada aos modelos pós-modernos e ao desconstrutivismo, parece-me pouco frutífera para o tratamento dos problemas jurídico-políticos da sociedade moderna (mundial), na qual a semântica constitucionalista relaciona-se com mudanças na estrutura social”. NEVES, Marcelo. *Transconstitucionalismo*, 2009, pp. 01-02. En el ámbito penal, discutiendo el problema de la polisemia, de la utilización indiscriminada y de la pérdida del rigor analítico de los conceptos, MIRÓ-LLINARES, Fernando. *La imputación penal: enseñanzas del modelo kantiano para la superación (sistemática) de la teoría de la imputación objetiva*. In: MIRÓ-LLINARES, Fernando; POLAINO-ORTS, Miguel. *La imputación penal a debate: una confrontación entre la doctrina de la imputación kantiana y la imputación objetiva en Jakobs*, 2010, pp. 13 y ss.

Asimismo, el gigantismo de la problemática del enemigo, hacia donde van a dar los caminos de la represividad penal, exige los muchos metalenguajes que vienen en el trabajo bajo la forma de resultados intermediarios, condensados en resumen. Y es por eso que la investigación renueva los esfuerzos para conocer los dominios del tema e investigar, desde su sentido operacional, “lo verdadero y lo falso en el derecho penal del enemigo”<sup>6</sup>.

La toma preliminar de posición es de antemano una auto-defensa, una medida de inmunización del trabajo delante de las dificultades de aprehensión del sentido de la tesis, que no deja de convivir con el elevado nivel de abstracción de los modelos trabajados y la propia insolvencia del discurso jurídico-penal tradicional. Como si la defensa de la tesis, en acto de voluntad propia, externalizase la intención de resguardarse a sí misma.

La dificultad de síntesis históricas definitivas<sup>7</sup> del pensamiento de nuestro tiempo impone la vía trascendental<sup>8</sup> que se anuncia; en la estera de la modernidad, la investigación académica asume las facciones de la ensayística. En el estilo pionero de Montaigne<sup>9</sup>, el campo vasto en que menea el sentido operacional del sistema jurídico es en verdad una estrategia de reducción de la complejidad en la abstracción. Porque con esa reducción de la ambiciosa semántica del derecho de la sociedad, tal como en los grandes temas que desafían

---

<sup>6</sup> Desde la instigante investigación de POLAINO-ORTS, Miguel. *Lo verdadero y lo falso en el derecho penal del enemigo*. Lima: Grijley, 2009.

<sup>7</sup> En que consiste el empeño de la actividad científica, según el penalista brasileño Juarez Tavares: “A ciência jurídica sempre buscou uma solução definitiva para seus problemas, mediante fórmulas certas e irretocáveis. É a perseguição constante da estabilidade como superação do complexo, do contraditório e do desconhecido. Este fenômeno não lhe é, porém, exclusivo. É a extensão do significado da ciência em geral, que se desenvolve com maior rigor na modernidade”. TAVARES, Juarez. *Teoria do injusto penal*, 2. ed., 2002, p. 03.

<sup>8</sup> Atribuyendo a esa vía trascendental la condición *a priori*, TAVARES, Juarez. *Teoria do injusto... Op. cit.*, p. 103: “a idéia da universalidade dos conceitos e das leis, como já se disse, corresponde à expectativa da obtenção de estabilidade. Isto vale tanto nas ciências naturais quanto nas ciências jurídicas. Nas ciências naturais, a estabilidade foi perseguida tanto pelo racionalismo quanto pelo positivismo. O primeiro com a introdução dos juízos sintéticos *a priori*, o segundo pela idéia de leis naturais. Desses dois grandes sistemas não se libertaram nem a hermenêutica nem as teorias procedimentais, pois buscam fundamentar sua estabilidade, respectivamente, numa já configurada pré-compreensão ou num instrumento ideal de raciocínio argumentativo”.

<sup>9</sup> MONTAIGNE. *Ensaíos*, 1996; sobre el “ensayo como forma”, ADORNO, Theodor. *Notas de Literatura I*, 2003.

el entendimiento humano, tal vez se le permita adivinar qué puede realmente la semántica de la sociedad informar a su investigador.

Para aprehender la ecuación entre represividad e intervención punitiva, estas variantes serán apañadas en sus interacciones simbólicas y reducidas al sentido de la lógica de la operación en cadenas semánticas. Las delicadas cuestiones de cuño filosófico en el derecho penal – por qué, cómo y a quién atribuir responsabilidad penal –, reciben el tratamiento de los métodos propios al modelo sociológico pós-tradicional luhmanniano, completándole la consistencia teórica y sus límites de legitimación para una teoría de la represividad.

Así, quién sabe, podría el derecho aprender algo de la sociología, valiéndose de la conceptualización. Conceptos que se reportan e interaccionan simbólicamente con otros conceptos, desde una inusitada cadena de recursividad. En el modelo luhmanniano, esa recursividad produce claridad por medio de la repetición y esclarece el movimiento paradójico del enfrentamiento de la pérdida de la identidad histórica del pensamiento dominante entre los penalistas.

Los primeros pasos de esa tesis son marcados por la observación del sentido operacional de los conceptos de persona y enemigo y por la evaluación de las posibilidades de incremento de la auto-comprensión del sistema jurídico-penal. El propósito esencial de la investigación es conocer los límites de la teoría de la construcción del sentido de la intervención punitiva relativa a la persona y al enemigo, conducidos a la aprehensión de su consistencia y equilibrio por las demarcaciones propias a la metodología descriptiva, más propiamente en los moldes de la observación sociológica referenciada a Niklas Luhmann.

Inseridos esos conceptos en el sistema jurídico, la mayor o menor medida de equilibrio y consistencia será revelada por los índices de previsibilidad semántica y la capacidad de orientar medidas de naturaleza preventiva – juicio anticipatorio de peligros futuros –, hacia estabilidades de las

referenciales estructurales de grandeza normativa o síntomas legislativos, así como revelada por la comprensión que despierta y sugiere al sistema jurídico, los *topoi* de argumentación típicos de la intervención punitiva y la significación de sus formas en la comunicación de la represividad.

Todavía, las cifras promovidas en el trato con la realización paradójal del derecho en Niklas Luhmann no se concilian con el sentido operacional sugerido por los conceptos de persona y enemigo sin la marca de la contradicción. Por eso Günther Jakobs – y entre sus alumnos las originales ideas de Michael Pawlik – se esfuerza tanto por reinsertar el sujeto en el discurso jurídico-penal con base en las directivas de la filosofía práctica. Es, como mínima, controvertida la oposición entre comunicación y persona, como se vendrá en varias oportunidades en adelante.

El esfuerzo de tratamiento sociológico de problemas filosóficos carga en sí la contradicción de los límites filosóficos del comportamiento sociológico. La resolución metodológica de la observación sociológica colisiona en la filosofía del sujeto. Esa clásica oposición se repone, una vez más, en ese trabajo, que se propone justamente a observar con las lentes del sentido operacional la recepción de dos categorías esenciales de construcción subjetiva – persona y enemigo – en la dogmática jurídico-penal propuesta por Günther Jakobs.

Se entiende, fuertemente inspirado por las críticas de Michael Pawlik en su “El terrorista y su derecho”, que el retorno al concepto de persona es la solución para la problemática del enemigo, porque permite reposicionar la filosofía del sujeto en las ideas penales, a un sólo tiempo en que viabiliza una comprensión adecuada del lugar de la persona en la sociedad.

Desde ese sentimiento se propone producir conocimiento. Someter los sentimientos a criterios científicos de verdad/falsedad, depurándoles la consistencia y la coherencia de sentido operacional de sus conceptos, llevó a cabo una tesis que viene llena de negativas. Que no hay Luhmann en Jakobs, que

no hay Carl Schmitt en Jakobs, que el derecho penal del enemigo aún sigue absorbo en niveles de inestabilidad conceptual frente a la decisión jurídica. Que entre el enemigo y la persona no hay relación de identidad/no-identidad. Así como en Pawlik, esa problemática sibilina no se resuelve por el concepto de enemigo, haciendo valer el retorno al concepto de persona como camino preferencial para un “nuevo derecho de prevención”.

Todo indica que poco hay de Luhmann en Jakobs. El modelo jurídico-penal de Jakobs se orienta por otros campos de auto-comprensión, alineados a estudios de naturaleza jusfilosófica que guardan remota referencia con la sociología; es decir, que hay más Hegel que Luhmann en Jakobs. Todo indica también que las posibilidades de empleo de la orientación luhmanniana en el derecho penal son bastante escasas, limitándose casi exclusivamente a las investigaciones en torno de los conceptos de acción e imputación.

Tampoco se debe reconocer derivación de Carl Schmitt en Jakobs, mucho menos que haya apología del recurso al concepto de enemigo en materia penal a las variadas (e imprecisas) pretensas comprobaciones del modelo (a ejemplo del siempre actual caso Guantánamo).

El problema parece incluso ser la inconsistencia operacional del concepto de enemigo, cuya validación de sentido indica niveles de perversión de la función propia al derecho penal, sin mencionar la insostenible ambigüedad y vaguedad del concepto cuando operacionalizado en el comportamiento decisorio en materia penal. Un problema, todavía, que trae las asperezas de la paradoja entre seguridad y libertad individual, al que se apega Jakobs para auto-describir y auto-comprender el derecho penal y el recrudecimiento de la represividad en el combate al enemigo.

Interpretado el concepto de enemigo como la salida teórica para la consolidación del modelo normativista – que rompe toda la representación secular de las ideas penales –, la estrategia de Jakobs podría encontrar mayor éxito si se limita a la fundamentación del concepto de persona como centro de

imputación y atribución de responsabilidad y atracción de sentido operacional del derecho penal para prevención de peligros futuros. Igual que Pawlik, la recomposición del concepto de persona es la llave para reconfigurar las posibilidades jurídico-penales de prevención, con acento en el combate al terror.

La crudeza de las inflexiones en el campo de las repercusiones es consecuencia de la perspectiva meramente indiciaria del discurso del enemigo en materia penal, porque la comprensión del problema no alcanza reflexiones más allá del mero juego retórico y parece no superar el sentido normativo sugerido por la manipulación de las estructuras del derecho penal del enemigo.

En lugar de la elocuencia, es preferible reposicionar al sujeto y las posibilidades de su protección en el plano de las instituciones. Pero ¿cuál es el mejor camino para el sentido operacional del sistema jurídico-penal? ¿La meta-teoría, auto-descripción de la estabilización normativa, crítico a la subjetividad en la descripción reflexiva de la sociedad? ¿A la hegeliana, en el reencuentro con el sujeto, la interpersonalidad y la eticidad<sup>10</sup>? ¿O buscar un tercero para el sentido operacional, con exposición sociológica de problemas filosóficos simultáneamente a los interrogantes filosóficos de problemas sociológicos<sup>11</sup>?

---

<sup>10</sup> Para la idea de superación de la subjetividad relacionada con las condiciones de vida objetiva, SIEP, Ludwig. *Aktualität und Grenzen der Praktischen Philosophie Hegels*, 2010, pp. 293 y ss.

<sup>11</sup> La composición de un tercero, “entremado”, además, parece ser una tendencia del pensar dogmático actual: “Ainda hoje, há mais interrogações que propriamente respostas; o tema ganhou outras colocações, aspectos que o tornam muito mais rico do que a perspectiva daquele meu colega, no começo da década de 1970, segundo a qual a dogmática se resumia na lei, jurisprudência e opinião, ponto-final. Hoje podemos ter esse tipo de preocupação, que aliás é muito mais fecunda e mais rica exatamente porque as coisas foram se revelando “entremeadas”. Talvez um dos mistérios seja mostrar como se dá esse “entremear”, se é que podemos usar essa palavra; no fundo, as classificações não são nem têm a pretensão – estou falando uma linguagem do século 18 – de ser classificações reais; talvez sejam retoricamente úteis para lidar com situações. A verdade é que a distinção entre zetética e dogmática é uma classificação que me permite lidar com esse tema. De um lado, a hipótese de um pensamento em que os pontos de partida não podem ser negados – esse conceito é de Luhmann -, de outro lado, a hipótese de uma forma de pensar em que você pode efetivamente alterar as suas premissas, começar tudo de novo, sem ter nenhuma vinculação ou compromisso com pontos de partida. Essa liberação que dá a zetética – essa é uma formulação de Viehweg. Retomando a dogmática jurídica a partir desses dois enfoques (Luhmann e Viehweg), percebemos que o direito talvez seja uma estrutura muito complexa, em que está tudo junto, ou, se preferirem, não está tão nitidamente separado, embora às vezes fique muito separado, na forma como você ensina o direito – mas isso é outra coisa, é um problema pedagógico. A idéia jurídica do entrelaçamento pode existir até por outras

Con toda la severidad del discurso, esa tesis caminó hasta el dibujo siguiente. El Capítulo I, “El problema y el curso teórico de la observación sociológica del derecho penal”, cuida de la presentación del problema de la pérdida de la identidad histórica de la tradicional representación del discurso jurídico-penal, inadecuada a la comprensión de la paradoja entre seguridad y libertades individuales.

La observación sociológica (de matriz *luhmanniana*, sintetizando teórico-conceptualmente observación sociológica, diferenciación del derecho y función del derecho) surge como resolución metodológica para evaluar la auto-comprensión del derecho penal y sugestionar padrones más allá de la infra-complejidad político-jurídica para la estabilización del derecho penal. La evaluación del sentido operacional sugerido por los conceptos de persona y enemigo delimita la hipótesis del trabajo.

En el Capítulo II, “Cuestiones fundamentales del modelo de Günther Jakobs”, es discutido como itinerario necesario para permitir el avance sobre el sentido operacional de los conceptos de persona y enemigo. Se hizo necesaria la síntesis teórico-conceptual del modelo jurídico-penal propuesto en Jakobs. Derivados del concepto de pena, la comprensión de la cadena operacional de la quiebra a la confirmación de la norma válida, la cuestión del reconocimiento y la prevención general positiva y también los criterios para legitimación material y formal y la acepción que se hace de bien jurídico son desarrollados como las categorías nucleares del normativismo de Jakobs, permitiéndosele evaluar “confianza”, “fidelidad” y “aceptación de las consecuencias” como presupuestos de entendimiento de la reacción penal. En ese capítulo el equivocado cotejo en la literatura entre Jakobs y Luhmann es finalmente esclarecido, reconduciendo, en lugar de eso, a los límites de comprensión a los fundamentos de la filosofía del derecho de Hegel.

---

razões não pedagógicas, mas, quando observamos a *práxis*, a distinção não é tão nítida”. FERRAZ JR., Tercio Sampaio. Posfácio. In: RODRIGUEZ, José Rodrigo; COSTA, Carlos Eduardo Batalha da Silva; BARBOSA, Samuel Rodrigues (org.). *Nas fronteiras do formalismo: a função social da dogmática jurídica hoje*, 2010, p. 380.



El Capítulo III, “Persona y Enemigo”, avanza en el tema con respecto a la posición de Jakobs. El concepto de persona es tomado como descripción de la evolución del sentido operacional del concepto, buscando informar al sistema jurídico-penal cuanto puede aprender de la sociedad que determina su entorno.

La transición de individuo a la persona y la caracterización del “sujeto empírico” consolidan la observación del concepto, indicando las posibilidades para determinación del sentido operacional como estructura de imputación. La evolución del concepto de enemigo es determinada por la evaluación del desarrollo cronológico del concepto en Jakobs, observada la manipulación de sentido de las estructuras normativas paralelamente a la problemática del enemigo.

Luego de la cronología y la crítica a las dificultades de operacionalización del concepto de enemigo, la investigación del sentido operacional asciende a la elaboración teórico-conceptual del modelo y da continuidad a la observación de las alteraciones propuestas por los alumnos de Jakobs, así como de la oposición científica al modelo.

En el Capítulo IV, sobre las “Repercusiones” del modelo en el ámbito penal, la manipulación del sentido de las estructuras normativas y las interpretaciones sugeridas por la problemática del enemigo son observadas en capítulos analíticos (combate al tráfico de estupefacientes, combate a los delitos sexuales, combate a los delitos económicos y la laguna en cuanto a la punibilidad de las personas jurídicas, y, con especial énfasis, en el combate al terror y en las discusiones del *targeted killing*).

Las experiencias más significativas apuntadas en la literatura jurídico-penal, como la colombiana y la británica, acompañan la perspectivación de la problemática en el estado actual de discusión de las ideas penales, autorizando al mismo tiempo la crítica a las dificultades de operacionalización

del concepto de enemigo y la presentación de las posibilidades de solución al problema, repensado el sentido operacional del concepto de persona.

De modo incidente, la perspectiva brasileña aparece reflexivamente en inferencias sobre el sentido operacional de los conceptos de persona y enemigo. Todo indica, todavía, la aparente superficialidad de la cuestión en el caso brasileño, cuyas referencias teóricas de comprensión del problema no superan la crítica a los marcos normativos “indiciarios” y dislocado empleo del “expansionismo de medidas inculpativas” como fuera dotado de la misma complejidad semántica de la problemática del enemigo.

En la observación del caso brasileño parece haber una falsa percepción<sup>12</sup> del problema de la represividad y de los términos de resolución para la paradoja seguridad/libertad sugeridos<sup>13</sup> por los conceptos ahora investigados, evidenciando comportamiento legiferante y decisorio espontáneo e irreflejado.

---

<sup>12</sup> “Já em relação às críticas dirigidas ao chamado “direito penal do inimigo”, passa já da hora de tratar do tema em seus devidos termos, a fim de se evitar um inaceitável processo de *demonização do não-alinhado* teoricamente (inimigo?). Não aderir às conseqüências extraídas de semelhante modelo, como é o nosso caso, é uma coisa; outra, muito diferente, é repudiar *a priori* a idéia, apenas pelo que aparentemente ela sugere, sem o exame mínimo de sua fundamentação”. OLIVEIRA, Eugênio Pacelli de. Apresentação. In JAKOBS, Günther. *Tratado de Direito Penal: teoria do injusto penal e culpabilidade*, 2009, p. xxiii.

<sup>13</sup> Cuestión más propiamente presentada por Feijoo-Sánchez: “El denominado derecho penal del enemigo plantea una cuestión que preocupó de forma esencial a los grandes teóricos del surgimiento del Estado moderno: Qué hacer con aquéllos que no aceptan ser ciudadanos y no se someten a la soberanía del Estado?”. FEIJOO-SÁNCHEZ, Bernardo. *Normativización del derecho penal y realidad social*. 2009, p. 145.



## **CAPÍTULO I**

### **EL PROBLEMA DEL SENTIDO OPERACIONAL**

## 1. El problema

El problema del sentido operacional de los conceptos de persona y enemigo es el de la insuficiencia del derecho penal para la estabilización normativa frente a la sociedad moderna, altamente compleja<sup>14</sup>: *la sociedad insegura busca seguridad*. Con recurso a la observación sociológica del derecho<sup>15</sup>, el propósito es analizar el proceso histórico de diferenciación de la represividad y del sentido operacional de la intervención punitiva, e interpretar las posibilidades de estabilización normativa y auto-comprensión del derecho penal sugerida por los conceptos de persona y enemigo.

Las apelaciones de funcionalidad a la intervención punitiva en materia penal agitan el torbellino social y traen nuevo aliento al debate más amplio de la seguridad<sup>16</sup>, como si las ideas penales estuviesen fuera de época. Una ganancia para la seguridad denota una pérdida para la libertad individual, causando desasosiego al imaginario penalista<sup>17</sup>, amenazado por la reposición de la tradición punitivista secularmente puesta en desuso por el discurso jurídico-penal. Pero el penalista se ve realmente aturdido cuando una ganancia para la libertad individual puede significar una pérdida para la seguridad.

---

<sup>14</sup> LUHMANN, Niklas. *Soziologische Aufklärung*, 1970, pp. 132-145. “Sociedade” foi termo adotado para todas as demais referências à sociedade moderna, altamente complexa. LUHMANN, Niklas. *Die Gesellschaft der Gesellschaft*, 1997; VILLAS BÔAS FILHO, Orlando. *Teoria dos sistemas e o direito brasileiro*, 2009, pp. 90 y ss.; para a crítica da concepção sistêmica da sociedade, NARR, Wolf-Dieter. (Nicht: Die) Theorie der Theorie - Beobachtungen zur Summa Luhmanniana: Die Gesellschaft der Gesellschaft in Theoretisierten stimulierender Absicht. In: DEMIROVIC, Alex (org.) *Komplexität und Emanzipation: kritische Gesellschaftstheorie und die Herausforderung der Systemtheorie Niklas Luhmanns*, 2001, pp. 53 y ss.; BUBLITZ, Hannelore. Der “Schatten der Wahrheit”: Gesellschaft als dasjenige, von dem man später sagen wird, dass es existiert hat. In: DEMIROVIC, Alex (org.) *Komplexität und Emanzipation: kritische Gesellschaftstheorie und die Herausforderung der Systemtheorie Niklas Luhmanns*, 2001, pp. 73 y ss.

<sup>15</sup> LUHMANN, Niklas. *Die soziologische Beobachtung des Rechts*, 1986.

<sup>16</sup> GÓMEZ-JARA DÍEZ, Carlos. ¿Constitución Europea y Derecho penal: hacia un derecho penal federal europeo? In: BACIGALUPO, Silvina; CANCIO-MELIÁ, Manuel (org.) *Derecho penal y política transnacional*, 2005, pp. 204 y ss.

<sup>17</sup> HILGENDORF, Eric. Beobachtungen zur Entwicklung des deutschen Strafrechts. In: HILGENDORF, Eric; WEITZEL, Jürgen (org.) *Der Strafgedanke in seiner historischen Entwicklung*, 2007, p. 205.

Esa paradoja entre seguridad y libertad individual<sup>18</sup> provoca euforia entre los teóricos del derecho y estimula la producción científica en búsqueda de alternativas (viabiles)<sup>19</sup> al problema del derecho penal de la sociedad, despuntando como una de las principales tendencias<sup>20</sup> de investigación el refugio a la teoría de los sistemas autopoieticos auto-referenciales<sup>21</sup>.

Parece razonable que la diferenciación de la represividad y del sentido operacional de intervención punitiva se deje orientar por la diferenciación

---

<sup>18</sup> Ya desde el aporte original de ISENSEE, Josef. *Das Grundrecht auf Sicherheit: Zu den Schutzpflichten des freiheitlichen Verfassungsstaates*. Berlin: Walter de Gruyter, 1983.

<sup>19</sup> Sobre la viabilización de las condiciones del jurídicamente posible: “ao criar critérios para o relacionamento das relações de aplicação do Direito, a Dogmática nos permite chegar ao jurídicamente possível. Para entender essa função em termos sociais é preciso localizá-la dentro da própria sociedade”, FERRAZ JR., Tercio Sampaio. *A função social da dogmática jurídica*, 1998, p. 100.

<sup>20</sup> AMELUNG, Knut. *Rechtsgüterschutz und Schutz der Gesellschaft: Untersuchungen zum Inhalt und zum Anwendungsbereich eines Strafrechtsprinzips auf dogmengeschichtlicher Grundlage. Zugleich ein Beitrag zur Lehre von der “Sozialschädlichkeit” des Verbrechens*, 1972; CALLIESS, Graf-Peter. *Theorie der Strafe im demokratischen und sozialen Rechtsstaat: Ein Beitrag zur strafrechtsdogmatischen Grundlagen-diskussion*, 1973; OTTO, Harro. Sozialadäquanz als Auslegungsprinzip. In: BÖSE, Martin et. al. (org.) *Straf- und Strafverfahrensrechts: Festschrift für Knut Amelung zum 70. Geburtstag*, 2009, pp. 225 y ss.; BLECKMANN, Frank. *Strafrechtsdogmatik - wissenschaftstheoretisch, soziologisch, historisch*, 2002; GÓMEZ-JARA-DÍEZ, Carlos. *La culpabilidad penal de la empresa*, 2005; GÓMEZ-JARA DÍEZ, Carlos (org.) *Teoría de Sistemas y Derecho Penal: fundamentos y posibilidades de aplicación*, 2005; DE GIORGI, Rafaella. *Della azione alla imputazione*, 1984; LÜDERSEN, Klaus Systemtheorie und Wirtschaftsstrafrecht. In: BÖSE, Martin et. al. (org.) *Straf- und Strafverfahrensrechts: Festschrift für Knut Amelung zum 70. Geburtstag*, 2009, pp. 67-80; THEILE, Hans. *Wirtschaftskriminalität und Strafverfahren: Systemtheoretischen Überlegungen zum Regulierungspotential des Strafrechts*, 2009, p. 315: “Ein reflexives Strafrecht hat demnach stärker dem Charakter des Strafverfahrens als eigenständigem sozialem System Rechnung zu tragen. Dementsprechend ist das formelle prozessuale Programm als maßgeblichen Medium struktureller Kopplung im Vergleich zum Rechtszustand de lege lata in einer Weise zu formulieren, die tatsächlich eine Reduktion wirtschaftlicher Komplexität erwarten lässt”. Para una crítica a la construcción sistémica del derecho penal: POLAINO-ORTS, Miguel. Vigencia de la norma: potencial de sentido de un concepto. In: JAKOBS, Günther; POLAINO-NAVARRETE, Miguel; POLAINO-ORTS, Miguel. *Bien jurídico, vigência de la norma y daño social*, 2010, pp. 85 y ss. Lugar-común entre los penalistas, aproximaciones entre el sistema jurídico-penal de Jakobs y el modelo sociológico de Luhmann, por todos, SACHER, Mariana. Systemtheorie und Strafrecht. In: *Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft*, n. 118, 2006, pp. 574-619. Recorriendo a la teoría de los sistemas para analizar una de las tres modalidades de manifestación del derecho penal del enemigo, APONTE, Alejandro. *Krieg und Feindstrafrecht*, 2004, pp. 221-255. Crítico al concepto de riesgo luhmanniano en materia penal, PRITTWITZ, Cornelius. *Strafrecht und Risiko*, 1992.

<sup>21</sup> Se atribuye el concepto de autopoieticos auto-referenciales a los “sistemas cujas operações referem-se a si mesmos, que não produzem referência exterior sem que produza auto-referência, e cujos elementos que os constituem reproduzem-se a si mesmos pelos próprios elementos”. LUHMANN, Niklas. *Die soziologische Beobachtung... Op. cit.*, p. 12.

del derecho y también de la sociedad. O al menos que una diferenciación sea contigua a la otra, justamente porque es ahí, en la intervención punitiva, que el derecho acciona sobre la realidad la violencia de Estado. Es consecuente también deducir que la imputación de la responsabilidad penal estimula el uso legítimo de la fuerza del aparato de Estado y, por supuesto, vehicula las finalidades preferenciales al acto de represión.

Pero la diferenciación del derecho no es la diferenciación de la intervención punitiva y con ella no se confunde. La observación sociológica del derecho reposiciona la violencia física, la aplicación (legítima) de la norma o la coercibilidad, les afastando de la elaboración empírico-racional del concepto de derecho, se apegando en lugar de eso a la “creación de expectativas normativas” como la calidad esencial que le define. Todavía ambos estén permanentemente relacionados, el derecho apenas transmite sentido a la intervención punitiva, encargándole prestaciones específicas y socialmente establecidas<sup>22</sup>. La pena no es el derecho<sup>23</sup>, pero no prescinde de él.

A diferencia de las modalidades dominantes de representación del discurso jurídico-penal, la observación sociológica evidenciará las posibilidades de ecuación entre a diferenciación del derecho y la diferenciación de la intervención punitiva. A través de esa resolución de método será averiguada la expresión de sentido operacional del derecho y la reacción que él despierta. La idea es evaluar el nivel de complejidad entre las variables de esa ecuación como medida de estabilidad normativa y comprender, de esa forma, el modo por el que el derecho gana o pierde complejidad en la creación de expectativas normativas al comunicar la reacción al no-derecho.

---

<sup>22</sup> Werner *Krawietz* entiende la violencia de Estado como expectativa de consecuencias específicas. KRAWIETZ, Werner. El concepto sociológico del derecho. In: *Doxa: Cuadernos de filosofía del derecho*, v. 5, 1988, p. 261 y ss.

<sup>23</sup> LUHMANN, Niklas. *Das Recht der Gesellschaft*, 1993, pp. 98 y ss.

Más allá de ese problema, otro desafío que se figura es frecuentar la tertulia luhmanniana<sup>24</sup>, y aprender de ella al caminar por la teoría de los sistemas sociales, esclarecer en la medida en que se hace esclarecido. Esa confluencia de factores es decisiva para concebir los límites del objeto que será sometido a la observación sociológica. El enfrentamiento de ese monumento teórico, el arrojado modelo sociológico de Niklas Luhmann, tiene el especial deseo de ofrecer la observación sociológica – y el arsenal de las categorías sistémicas – como consejo ponderado al derecho penal de la sociedad; bajo la perspectiva de la observación sociológica, el que el sentido operacional de los conceptos de persona y enemigo pueden dedicar a la auto-comprensión del derecho penal de la sociedad.

En ese contexto situacional se desarrolla la observación sociológica del derecho bajo la influencia de esa variante de la teoría de los sistemas. Donde las señales de insuficiencia de los modelos tradicionales de derecho se rinden a la ambiciosa semántica que se debe a la realización de la sociedad<sup>25</sup>, “una sucesión de sístoles y diástoles que hacen del mundo un corazón de buey en expansión constante”<sup>26</sup>. El grado de diferenciación de la sociedad afronta directamente la tradición jurídico-penal de matriz liberal, denunciándole la naturaleza del anacronismo y la pérdida de la identidad histórica.

Una primera aproximación al modelo se acomoda a la teoría de los sistemas como teoría de la sociedad, la cual es comunicación y es concebida en un proceso histórico de evolución. De esa aproximación derivan tres campos diversos de orientación: 1. teoría de los sistemas como teoría de la

---

<sup>24</sup> “El esfuerzo del concepto, la dureza de la abstracción, la dificultad de la teoría”, IZUZQUIZA, Ignacio. *La sociedad sin hombres: Niklas Luhmann o la teoría como escándalo*, 1990, p. 313.

<sup>25</sup> LUHMANN, Niklas. Die soziologische Beobachtung... *Op. cit.*, p. 10. IZUZQUIZA, Ignacio. *La sociedad sin hombres...* *Op. cit.*, pp. 56 y ss.

<sup>26</sup> FERRAZ JR., Tercio Sampaio. Sociólogo alemão e metafísico inconfessado. In: *Folha de S. Paulo*, p. H-7, 29.set.1990: “Toda sociedade é, no fundo, uma conexão de ações, cujo sentido está na seleção de algumas possibilidades e na exclusão de outras. Uma exclusão, porém, não significa uma eliminação. Ao contrário, as possibilidades excluídas pressionam o sistema social que se defende aumentando sua própria complexidade. Com isso, porém, o próprio mundo se torna cada vez mais problemático”.



diferenciación; 2. teoría de los sistemas como teoría de la comunicación; y 3. teoría de los sistemas como teoría de la evolución<sup>27</sup>.

En la calidad de teoría de la diferenciación, la teoría de los sistemas cuida de describir la sociedad concomitante a la descripción del derecho, captando la auto-regulación operacional con que el derecho se pone, y elige observación y sentido relacional entre las observaciones como vía de comprensión. Si bien que las elaboraciones teóricas esten centradas en la observación sociológica del derecho, la observación cuida de la auto y también de la hetero-observación, entendiendo las prestaciones recíprocas inter-sistémicas como “capacidad de aprendizaje”<sup>28</sup>.

Como teoría de la comunicación, la perspectiva sistémica recae sobre la dogmática jurídico-penal para extraerle las posibilidades de aplicación adecuada<sup>29</sup> a la sociedad, describiéndole los contornos y la disposición de sus elementos estructurales.

Ya la teoría de la evolución, en el particular del sistema jurídico, trata del proceso de diferenciación histórica del derecho. De esa prospección histórica deriva la posibilidad de llevar el derecho a la confrontación de la diferenciación de la sociedad y describir cómo soluciones jurídicas reaccionaran históricamente a los problemas sociales<sup>30</sup>, observar el problema como la historia del problema. La descripción de la evolución del derecho es la percepción de la evolución del sentido del derecho relativa al desarrollo del sentido social.

Las afinidades semánticas de esa observación sociológica priorizan la teoría de los sistemas como teoría de la diferenciación, a fin de elaborar la advertencia al sentido operacional del derecho penal de la sociedad.

---

<sup>27</sup> BLECKMANN, Frank. Derecho Penal y Teoría de Sistemas. In: GOMÉZ-JARA-DÍEZ, Carlos (org.) *Teoría de Sistemas y Derecho Penal: fundamentos y posibilidades de aplicación*, 2005, pp. 341-383.

<sup>28</sup> BLECKMANN, Frank. Derecho Penal... *Op. cit.*, p. 342. También, NEVES, Marcelo. *A constituição simbólica*, 2006, p. 288.

<sup>29</sup> BLECKMANN, Frank. Derecho Penal... *Op. cit.*, p. 342.

<sup>30</sup> BLECKMANN, Frank. Derecho Penal... *Op. cit.*, p. 343.

El recurso a la teoría de la evolución instruye históricamente el desarrollo del problema y conduce al delicado interrogante de los mitos que permean el discurso jurídico-penal<sup>31</sup>. Sobre todo en ese caso la evolución del derecho permitirá reconocer en qué medida hay evolución conceptual entre los conceptos de persona y enemigo, si esa evolución sería capaz de operar la manipulación de las estructuras contradictorias del derecho, y, si reconocidos esos conceptos como idóneos para estimular la operacionalidad con que se realiza el derecho, en qué medida preservan la diferenciación funcional.

A su modo, la teoría de la comunicación (y las influencias que carga de la epistemología constructivista cuando es llevada a la materia penal) apenas incide sobre esa observación<sup>32</sup>, ocupando un espacio privilegiado solamente en la comprensión del sentido operacional sugerido por los conceptos de persona y enemigo con respecto a los procesos de atribución de responsabilidad y creación de expectativas normativas<sup>33</sup>.

Los campos de orientación de la teoría de los sistemas, aunque diversos, no son excluyentes entre sí. Por el contrario, tanto mayor la capacidad de conjugación de esas variantes, tanto más elevada la capacidad cognitiva del sistema. Por la congruencia de esos campos diferenciación/comunicación/evolución, esa observación sociológica se propone

---

<sup>31</sup> Sobre el mito de los avances y conquistas históricos del derecho penal, BLECKMANN, Frank. Derecho Penal... *Op. cit.*, p. 349.

<sup>32</sup> Que es llevada en mayor consideración por BLECKMANN, Frank. Derecho Penal... *Op. cit.*, pp. 341-383; GOMÉZ-JARA DÍEZ, Carlos. Teoría de Sistemas y Derecho Penal. In: GOMÉZ-JARA DÍEZ, Carlos, *Teoría de Sistemas y Derecho Penal: fundamentos y posibilidades de aplicación*, 2005, pp. 385-434. BLECKMANN, Frank, *Strafrechtsdogmatik... Op. cit.*, 2002. En profundidad, KRAWIETZ, Werner. Recht als Information und Kommunikation in der modernen Informationsgesellschaft: Normen- und Handlungstheorien im Übergang. In: BRAND, Jürgen (org.) *Soziologie des Rechts: Festschrift für Erhard Blankenburg zum 60. Geburtstag*, 1998, pp. 175 y ss.

<sup>33</sup> Para comprensión de los procesos de acción e imputación, CHANOS, A. Recht verstehen: Zur systemtheoretischen Rekonstruktion hermeneutischen Sinnverstehens im Bereich des Rechts. In: ATIENZA, Manuel *et al.* (org.) *Theorie des Rechts und der Gesellschaft: Festschrift für Werner Krawietz zum 70. Geburtstag*, 2003, pp. 697-705; DE GIORGI, Rafaella. Della azione alla imputazione, 1984; específicamente sobre o âmbito de “aplicação à análise do direito”: VILLAS BÔAS FILHO, Orlando. Teoria dos sistemas e o direito brasileiro... *Op. cit.*, pp. 127 y ss.

elaborar caminos (viables) al aumento del grado de comprensión del derecho penal frente a la sociedad<sup>34</sup>.

Es en esa medida es que se alcanzan los momentos más elevados de abstracción idóneos a transmitir sentido operacional al derecho, a conducir cognitivamente los “mecanismos de selección de las soluciones de problemas capaces de estabilizar el sistema jurídico”<sup>35</sup>.

Sin embargo, no cabe a la observación sociológica *luhmanniana*, así como insiste en hacer entender el sentido común, sustituir la dogmática jurídico-penal, ni tampoco aventurarse a escalar funcionalmente la teoría del delito<sup>36</sup>. A saber, el objetivo de la observación sociológica no es montar arreglos dogmáticos o recombinar el sentido normativo del derecho a fin de que le sirvan para la resolución casuística de problemas específicos<sup>37</sup>, sino abrir los caminos del entendimiento para la realización del sentido operacional del derecho.

En lugar de “rehacer” la dogmática jurídica, de muñir la técnica jurídica de instrumentos de trabajo, observar sociológicamente el derecho es dotarle de capacidad de auto-comprensión, es incrementar el grado de referencialidad con que se auto-realiza el derecho. En otros términos, la observación sociológica acentúa las posibilidades de organización racional del derecho para el cumplimiento de su planeamiento funcional en la sociedad<sup>38</sup>, sin que para eso deba dedicarse a elaborar una dogmática jurídica<sup>39</sup>.

---

<sup>34</sup> En los últimos tiempos, sin embargo, diferentemente de la simple reflexividad por ahora analizada, hubo mayor preocupación entre los penalistas por la aplicación práctica de los conceptos, PAWLIK, Michael. *Das Unrecht des Bürgers*, 2012.

<sup>35</sup> DE GIORGI, Rafaella. *Ciencia del derecho y legitimación*, 1998, p. 273.

<sup>36</sup> LUHMANN, Niklas. *Die soziologische Beobachtung...* *Op. cit.*, p. 09. Bleckmann propone verificar el sentido que la dogmática jurídica produce, BLECKMANN, Frank. *Strafrechtsdogmatik...* *Op. cit.*, pp. 03-04.

<sup>37</sup> A despecho de los esfuerzos de BLECKMANN, Frank. *Derecho penal...* *Op. cit.*, pp. 350-376.

<sup>38</sup> El campo de “aplicación” de la teoría de los sistemas es observado en el plano de las interacciones, organizaciones y sociedad, LUHMANN, Niklas. *Die Moral der Gesellschaft*, 2008, pp. 209-227.

<sup>39</sup> Luhmann sugiere, incluso, una excepcionalidad del derecho penal en la elaboración funcional del problema del derecho de la sociedad: “Läge die Funktion des Rechts in der macht- und sanktionsgedeckten Sicherstellung des vorgeschriebenen Handelns oder Unterlassens, hätte es

Bien porque no se puede esperar de la sociología que construya laboriosamente una teoría del delito o que deje a disposición del jurista una invencible teoría de la pena. La observación sociológica es válida en sí<sup>40</sup>, limitándose a orientar la aprehensión de los procesos cognitivos y las posibilidades de sentido operacional que de ellos deriva. Al menos pensada con referencia a la teoría luhmanniana de los sistemas.

El curso teórico para una observación sociológica es bien otro de la dogmática jurídica convencional. La auto-comprensión del derecho entiende la diferenciación, observa la propia observación, capta el sentido de la evolución y de la función del derecho, establece los criterios con que se realiza la clausura operacional y la abertura cognitiva, trabaja los parámetros de selectividad, aumento y reducción de complejidad, e indica, en ese particular, cómo la represividad conduce (cognitivamente) el sentido de la intervención punitiva, observándole y dejando esclarecer el sentido operacional de los conceptos para la estabilización normativa.

En Brasil la discusión de la problemática del enemigo presenta dificultades de comprensión, sosteniendo un debate ligado a modelos de comprensión político-criminal que sufren de infra-complejidad al desviar el objeto de aprehensión específica del concepto de enemigo. Se ha analizado el uso indiscriminado de los conceptos aludidos<sup>41</sup>.

---

der faktische Rechtsbetrieb ständig, ja vorwiegend mit dem eigenen Nichtfunktionieren zu tun. Recht liefe auf eine Abwicklung der eigenen Defekte hinaus; oder vielleicht besser: es hätte mit der Unzulänglichkeit der Realisierung politischer Pläne zu tun. Und wieso dann ein binärer Code Recht/Unrecht? Und wieso dann eine Entscheidung, die Rechtsdurchsetzung, vom Strafrecht abgesehen, der Initiative eines privaten Klägers überlassen? Und wieso der bedeutende Bereich von Erlaubnisnormen, die die Rechtsgestaltung dem Relevanz seines etwaigen Verhaltens ermöglichen?“, LUHMANN, Niklas. *Das Recht der Gesellschaft...* *Op. cit.*, p. 152.

<sup>40</sup> LUHMANN, Niklas. *Die soziologische Beobachtung...* *Op. cit.*, p. 44. Ni mismo se presta a delimitar entre sí la consciencia del injusto y de la culpabilidad, LUHMANN, Niklas. *Die soziologische Beobachtung...* *Op. cit.*, p. 76.

<sup>41</sup> FEIJOO-SANCHEZ, Bernardo, *Normativización del derecho penal...* *Op. cit.*, pp. 161-162: “Concretando en el concepto de enemigo, éste añade cierta confusión al análisis jurídico-penal y dentro del derecho penal para enemigos se vienen mezclando cuestiones muy diversas. Por ejemplo, en los trabajos de Jakobs posteriores a su cambio de rumbo de 1999 sobre el derecho penal del enemigo se van encontrando de forma creciente a partir del atentado del 11 de

El trato indiscriminado de la discusión, especialmente en la interpretación doctrinaria brasileña, extiende, en regla, la amplitud del concepto de enemigo a cualquier manifestación de expansión del derecho penal como medida de combate a la criminalidad<sup>42</sup>, cuya llave de comprensión vale más para los movimientos de recrudescimiento de las legislaciones en exceso punitivista e hinchazón de tipos penales inculpativos que propiamente para el así llamado derecho penal del enemigo<sup>43</sup>.

Llevado a las últimas consecuencias, un derecho penal de prevención de riesgos acarretaría la expansión de la criminalización, la erosión de las garantías individuales y la demonización del delincuente en un derecho penal

---

septiembre de 2001 referencias puntuales al fenómeno del terrorismo globalizado de origen islámico. Es estos casos dentro de su teoría se ven entremezclados en un mismo plano la condena de una persona en la Audiencia Nacional o en el Tribunal Superior de Hamburgo por colaborar con una organización que prepara atentados terroristas más allá de las fronteras, fenómenos como el de Guantánamo o el bombardeo de países como Afganistán. Todo acaba metido en el mismo saco si se considera que con los enemigos se trata de combatir riesgos en la medida de lo necesario, por lo que optar por unos instrumentos violentos u otros para combatir al enemigo no es más que una cuestión de conveniencia. Por ello no es extraño que al hilo de sus más recientes trabajos sobre el derecho penal del enemigo aparezcan referencias a la persecución de delitos mediante la guerra. El derecho penal del enemigo puede canalizarse como tal a través de un proceso o transformarse sin problemas en algo complementario al derecho penal (e, incluso, al derecho en general). Ello es indiferente en la medida en que lo único que importa es la prevención del delito y la reflexión sobre los instrumentos para conseguir dicho objetivo pierde importancia”.

<sup>42</sup> Desde otro plano teórico-conceptual que no lo de la problemática del enemigo, el estado actual de las ideas penales en Brasil parece encontrar mejor respaldo en TAVARES, Juarez. A globalização e os problemas da segurança pública. In: HOLLENSTEINER, Stephan (org.) *Estado e sociedade civil no processo de reformas no Brasil e na Alemanha*, 2004, p. 64: o cenário atual do discurso jurídico-penal “a) é próprio de um contexto econômico, onde as privatizações de setores estratégicos do aparelho público tornam confusa a separação entre Estado e empresas; b) fomenta a orientação repressiva extremamente autoritária para com a criminalidade de rua; c) amplia a orientação preventiva, incluindo como criminosas as pessoas de contacto com os indiciados, ou aquelas suscetíveis de causarem perdas econômicas; d) estimula a extensão e a diversificação das sanções penais e extrapenais”. Similar diagnóstico, ALBRECHT, Peter-Alexis. Vom Präventionsstaat zur Sicherheitsgesellschaft. In: HERZOG, Felix; NEUMANN, Ulfried (org.) *Festschrift für Winfried Hassemer zum 70. Geburtstag*, 2010, pp. 07 y ss.; TAVARES, Juarez. A crescente legislação penal e os discursos de emergência. In: *Discursos sediciosos: crime, direito e sociedade*, 1997, pp. 55.

<sup>43</sup> Mejor orientación con respecto a ese movimiento de expansión del derecho penal, SILVA SÁNCHEZ, Jesus- Maria. La expansión del derecho penal, 2. ed., 2001; HIRSCH, Hans Joachim. Strafrecht als Mittel zur Bekämpfung neuer Kriminalitätsformen? In: KÜHNE, Hans Heiner; MIYAZAWA, Koichi (org.) *Neue Strafrechtsentwicklungen im deutsch-japanischen Vergleich*, 2000, pp. 10 y ss.

del enemigo. Ahí la problemática del enemigo baja a poca profundidad y viene confinada en estrechas márgenes de perversión hiperbólica de los conceptos<sup>44</sup>, que metaforiza las propias metáforas<sup>45</sup> que rompen con la inercia frente al problema. La comprensión brasileña del problema, como será descrito, sufre con la incapacidad de generalización simbólica y no logra elaborar estrategias de comunicación de la represividad y prevención de peligros, más afectas al ejercicio de influencia de los *media*<sup>46</sup> de lo que propiamente comprometida con padrones jurídicos de representación. Reproduciendo los niveles de investigación comparada, la observación sociológica del caso brasileño apunta para la insuficiencia de la ecuación entre seguridad y libertades individuales, cuya manifestación revela niveles de inestabilidad normativa.

Así parece que esa matriz sociológica tiene algo a enseñar al derecho. Él puede aprender de ella la capacidad de elaboración funcional de sus problemas<sup>47</sup>, la sugestión de equivalentes funcionales<sup>48</sup>, hacer llegar al sistema

---

<sup>44</sup> PRITTWITZ, Cornelius. Feindstrafrecht. Zu einem (untauglichen) Versuch gemanagter Kriminalitätskekämpfung durch Diabolisierung des Kriminellen. In: PILGRAM, Arno; PRITTWITZ, Cornelius (org.) *Kriminologie: Akteurin und Kritikerin gesellschaftliche Entwicklung*, 2005, pp. 217-218. Más sobre esa perversión hiperbólica, PRANTL, Heribert. Diabolische Potenz, ein neues fatales Denken: Das Feindstrafrecht von Jakobs. In: *Süddeutsche Zeitung*, 05-06.03.2005; PRANTL, Heribert. Mein Feind, der Terrorist. In: *Süddeutsche Zeitung*, 26.03.2004; WALTER, Tonio. Jetzt wird es Ernst. In: *Süddeutsche Zeitung*, 22.04.2008. Contra la perversión del problema, PAWLIK, Michael. Terrorist und sein Recht, in *Schriften der Juristischen Studiengesellschaft Regensburg e. V.*, v. 31, 2008, p. 41.

<sup>45</sup> El enemigo sería una metáfora para la anticipación del juicio de punibilidad, SCHROEDER, Friedrich-Christian. Missglückte Metaphern im Strafrecht. In: PAWLIK, Michael; ZACZYK, Rainer (org.) *Festschrift für Günther Jakobs zum 70. Geburtstag*, 2007, pp. 631-633. En el plano de la teoría constitucional, la metáfora es entendida en el dominio de las posibilidades de “relacionar as crises na semântica com problemas emergentes no plano das estruturas. De fato, há tensões entre a semântica desenvolvida no nível da autodescrição ou reflexão da sociedade e o plano estrutural da delimitação seletiva das operações possíveis, mas é evidente que mudanças na estrutura influenciam mudanças do artefato semântico e vice-versa. Cabe observar não só que as inovações semânticas relacionam-se com transformações estruturais, mas também que a obsolescência de semânticas específicas pode estar associada ao esgotamento das estruturas respectivas, pois, se ‘o nível de complexidade da sociedade modifica-se, a semântica orientadora do vivenciar e agir precisa adequar-se a ele, porque, senão, ela perde a conexão com a realidade’”. NEVES, Marcelo. Transconstitucionalismo... *Op. cit.*, pp. 02-03.

<sup>46</sup> Cfr. en relación a la influencia midiática, SIMÕES, Maria João. Terrorismo(s) e usos das tecnologias da informação e da comunicação. In: MOREIRA, Adriano (org.) *Terrorismo*, 2. ed., 2004, pp. 507-519.

<sup>47</sup> DE GIORGI, Rafaella. Ciencia del derecho... *Op. cit.*, p. 265.

<sup>48</sup> Para un concepto de equivalente funcional, LUHMANN, Niklas. Die Moral der Gesellschaft... *Op. cit.*, p. 123 y ss.

jurídico la potencia cognitiva que le falta para incrementar los niveles de auto-comprensión y ofrecer reacción en complejidad compatible con la sociedad.

Por esa razón la observación sociológica del derecho parece también revelarse como una de las respuestas posibles al *cui bono* de la teoría de los sistemas<sup>49</sup> y al necesario *quid novi* del derecho penal. Con esa adquisición de potencial cognitivo para la auto-comprensión del derecho, el recurso a la observación sociológica tiende a alinear el derecho a una perspectiva más amplia, a reposicionar semánticamente la normatividad en el contexto de las estructuras de la sociedad<sup>50</sup>, en simultáneo con la elaboración de medios refinados de representación de la así llamada realidad del derecho (*Rechtswirklichkeit*)<sup>51</sup>.

Como si fuera una renovada provocación a las pasiones<sup>52</sup> y a las alegorías que habitan la evolución de las ideas penales<sup>53</sup>, la serventía del proemio combina las variables sistémicas de la diferenciación, comunicación y evolución, entendiéndole para descifrarle las ventajas operacionales y conocerle los límites. Porque si es cierto que esa matriz sociológica puede auxiliar el aprendizaje del derecho<sup>54</sup>, es también cierto que el estudio y la investigación responsable no

---

<sup>49</sup> HABERMAS, Jürgen; LUHMANN, Niklas. *Systemtheorie oder Sozialtechnologie: Was leistet die Systemforschung*, 1972.

<sup>50</sup> JAKOBS, Günther. *Norm, Person, Gesellschaft*, 2.ed., 2008, p. 56.

<sup>51</sup> DE GIORGI, Rafaella. *Handlung als historisch- evolutives Artefakt*. In: ATIENZA, Manuel *et al.* (org.) *Theorie des Rechts und der Gesellschaft: Festschrift für Werner Krawietz zum 70. Geburtstag*, 2003, p. 719.

<sup>52</sup> “El estado de la cuestión es que, con excepción de algunos de sus discípulos, la doctrina se ha colocado en una posición radicalmente contraria al desarrollo de un derecho penal del enemigo en los términos planteados por Jakobs e, incluso, se puede percibir una generalizada y apasionada posición de beligerancia contra las peligrosas consecuencias que para el Estado democrático de derecho puede acarrear este proyecto teórico del autor alemán (y no sólo entre los foros que se dedican a discutir habitualmente sobre las ocurrencias de los penalistas)”. FEIJOO-SANCHEZ, Bernardo. *Normativización del derecho penal... Op. cit.*, p. 146.

<sup>53</sup> “Este proyecto teórico de gran calado que parte de la distinción entre un derecho penal de ciudadanos y un derecho penal de enemigo obliga ineludiblemente a los penalistas a posicionarse a favor o en contra al igual que hace unos años todo teórico del derecho penal se veía compelido a pronunciarse sobre la posición del dolo dentro de la teoría jurídica del delito”. FEIJOO-SANCHEZ, Bernardo. *Normativización del derecho penal... Op. cit.*, p. 146.

<sup>54</sup> LADEUR, Karl-Heinz. *Superamento della complessità attraverso la capacità di apprendimento del diritto, l'adeguamento del diritto alle condizioni del Postmoderno: una critica alla teoria giuridica del discorso di Jürgen Habermas*. In: *Rivista Internazionale di Filosofia del Diritto*, v. 73, n. 3, 1996, pp. 483 y ss.

pueden prescindir de la reflexión sobre los problemas y las consecuencias de la teoría<sup>55</sup> en realidad.

## 2. La observación sociológica

La observación sociológica en *Luhmann* es la descripción de un sistema social funcionalmente diferenciado. La observación elabora la identidad del sistema por la descripción del sentido resultante de las identidades puestas en diferenciación. Ella informa el sentido de la identidad internamente diferenciada y, simultáneamente, para construir el propio sentido determina el sentido de la no-identidad que le caracteriza el ambiente<sup>56</sup>.

Entonces, la observación sociológica se torna esencial para comprender el sentido operacional del sistema, cómo él opera. En cuanto juicio descriptivo, la observación sociológica es también una diferenciación – una operación –, que simultáneamente devela en el proceso descriptivo el sentido de la operacionalidad con que se realiza el sistema. Es la observación sociológica que permite apurar el sentido operacional común a los sistemas autopoieticos auto-referenciales y por eso mismo posibilita al modelo sociológico luhmanniano diferenciarse en relación a las modalidades tradicionales de representación en la teoría de los sistemas<sup>57</sup>.

---

<sup>55</sup> El propio Jakobs advierte contra la “limpieza del pensamiento” (Sauberkeit des Denkens) de Luhmann, acompañando críticas de la tradición sociológica, evidenciando cierta inadecuación del modelo a la teoría jurídica, sobre todo en que dice respecto a las tesis de acoplamiento estructural. JAKOBS, Günther. “Ein Gespräch mit Herrn Professor Dr. Günther Jakobs”. In: [http://fhi.rg.mpg.de/Gespraech/0810schmoeckel\\_mayenburg\\_jakobs.htm](http://fhi.rg.mpg.de/Gespraech/0810schmoeckel_mayenburg_jakobs.htm). Para la comprensión del acoplamiento política/derecho, LUHMANN, Niklas. *Das Recht der Gesellschaft...* *Op. cit.*, pp. 150 y ss.

<sup>56</sup> En la sociología luhmanniana hay extenso debate sobre la diferenciación entre auto-observación y observación externa. Específicamente sobre el sistema jurídico, LUHMANN, Niklas. *Das Recht der Gesellschaft...* *Op. cit.*, pp. 496-549; LUHMANN, Niklas. *Die soziologische Beobachtung...* *Op. cit.*, pp. 18-19; didacticamente, HUBER, Thomas. *Systemtheorie des Rechts. Die Rechtstheorie Niklas Luhmanns*, 2007, pp. 154-157.

<sup>57</sup> En la transición de sistemas biológicos para sistemas de construcción de sentido, BARALDI, Cláudio; CORSI, Giancarlo; ESPOSITO, Elena (org.) *Glossar zu Niklas Luhmann Theorie sozialer Systeme*, 1997, pp. 123-124.



La observación de la construcción de sentido en cadena de operaciones y sucesivas diferenciaciones enaltece la contemporaneidad de la teoría de los sistemas frente a la sociedad moderna, altamente compleja. Sin la operación de observación, que describe e indica el sentido correspondiente a cada operación, no sería permitido caracterizar la combinación de estructuras del sistema, ni tampoco especificar su diferenciación funcional.

La indicación del sentido de las operaciones les confía el contenido, pero también le establece los límites del conocimiento. Como la observación no deja de ser una operación, ella propia produce diferenciaciones<sup>58</sup> y refleja paradojas, contraponiendo identidades. Cada observación atiende a un padrón particular de comunicación, todavía limitado al alcance de la propia comunicación. Un ejemplo bastante explicativo: una observación que se orienta por los códigos lícito e ilícito no puede observar el lado del lícito o siquiera del ilícito. Esa observación no es capaz de observarse a sí misma, ella no reflexiona sobre sí<sup>59</sup>.

Precisamente donde la observación no puede ultrapasar los propios límites es el momento en que irrumpe la observación de la observación, la así llamada observación de segunda orden. La observación de segunda orden observa lo que no puede más ser observado por la observación de primera orden<sup>60</sup>.

---

<sup>58</sup> El presupuesto de la observación es en sí una diferenciación entre observador y observado, LUHMANN, Niklas. *Einführung in die Systemtheorie*, 1993, p. 142: “Es geht um Operationen, und dies in einem zweifachen Sinne. Einerseits beobachtet der Beobachter Operationen, aber um das tun zu können. Wenn er nicht beobachtet, dann beobachtet er eben nicht. Und wenn er es tut, dann muss es tun. Insofern ist er innerhalb der Welt, die er in der einen oder anderen Weise zu beobachten oder zu beschreiben versucht“.

<sup>59</sup> El ejemplo en BARALDI, Cláudio; CORSI, Giancarlo; ESPOSITO, Elena (org.) Glossar zu Niklas Luhmann... *Op. cit.*, p. 126. El derecho controla “exclusivamente” el código-diferencia “lícito/ilícito” y esa exclusividad excluye sistemáticamente los otros sistemas, viabilizando el cierre operacional que diferencia el derecho, NEVES, Marcelo. A constitucionalização simbólica... *Op. cit.*, p. 135.

<sup>60</sup> En detalles, con referencia al lugar de la observación de segunda orden en la génesis del constructivismo, BARALDI, Cláudio; CORSI, Giancarlo; ESPOSITO, Elena (org.) Glossar zu Niklas Luhmann... *Op. cit.*, p. 126. En esa misma cadencia, donde la observación de segunda orden no más ultrapasa a los propios límites irrumpe también la “observación de tercera orden”.

Así se plantea el rigor del método de la observación sociológica, la resolución inopinada de Luhmann para encontrar el sentido operacional de los sistemas y fijar lugar en la teoría social. Los sistemas funcionales en el modelo *luhmanniano* determinan su autopoiesis por la observación de segunda orden<sup>61</sup>.

En el particular del derecho de la sociedad, la observación de la observación es el que permite al derecho la auto-regulación. Para auto-regularse perante la sociedad, crear expectativas normativas en niveles idóneos de estabilidad, el derecho demanda elevado grado de auto-comprensión. Es por la

---

Con la resalva de que esa observación de tercera orden “es una reflexión sobre las condiciones de posibilidad de la observación de segundo orden”, LUHMANN, Niklas. *Die Gesellschaft der Gesellschaft...* *Op. cit.*, p. 1117; HUBER, Thomas. *Systemtheorie...* *Op. cit.*, p. 50.

<sup>61</sup> LUHMANN, Niklas. *Einführung in die Systemtheorie...* *Op. cit.*, p. 160. Aprofundizar discusión en LUHMANN, Niklas. *Die Gesellschaft der Gesellschaft...* *Op. cit.*, pp. 607 y ss. La clausura operacional aproximaría *Kelsen de Luhmann*, PAWLIK, Michael. *Die Lehre von der Grundnorm als eine Theorie der Beobachtung zweiter Ordnung*. In: *Rechtstheorie*, n. 25, 1994, pp. 451-471. “Die Grundnormlehre wird ihres ontologischen Ballasts und ihrer damit eng verbundenen Selbstisolation gegenüber der sozialen Umwelt des Rechts ledig; und die Theorie von der Autopoiesis im Recht findet Anschluß an eine rechtstheoretische Konzeption, deren innere Geschlossenheit und begriffliche Stringenz nach wie vor beispielhaft sind” (p. 452). La propia teoría de la norma fundamental, como meta-teoría, sugiere la referencialidad del derecho (p. 455). Jakobs opina de modo distinto sobre Kelsen: “Aunque la posición de Kelsen no es susceptible de ser objeto de una crítica intrasistémica, su fuerza explicativa es muy pobre. El contexto de inferencia formal que conforme a esta concepción debe constituirse en objeto exclusivo de la ciencia del Derecho nada dice acerca de los contenidos del Derecho: cierto; y los valores no pueden ser objeto de prueba: igualmente cierto. Pero esto no significa que no pueda decirse absolutamente nada sobre los contenidos del orden normativo de una sociedad de un determinado estadio de desarrollo; y si aquello que puede decirse solo es correcto de modo relativo, precisamente de modo relativo a esa sociedad que ha tenido una determinada evolución, esa formulación puede ser más valiosa que la mera referencia al vacío existente de proposiciones absolutas. El nominalismo es tan inevitable como la muerte; pero de ello no cabe deducir que no exista una identidad en la comprensión del mundo en el que los argumentos, incluido el argumento normativista de Kelsen, se convierten siquiera en argumentos. Ciertamente, un intento de describir el estadio del desarrollo de la sociedad no es ciencia en el sentido de la lógica de las ciencias naturales; por el contrario, de lo que se trata es de obtener sobre la base de múltiples conclusiones singulares una interpretación de conjunto, incluso de determinar ya desde un principio con ayuda de una interpretación anticipada qué es lo que hay que destacar como suceso, proceso en el que – como se expuso al principio – siempre sigue existiendo la posibilidad de llevar a cabo a interpretaciones distintas”. JAKOBS, Günther. *Ciencia del Derecho: técnica o humanística*, 1996, p. 18. Aún sobre esa relación: “encontra-se em Luhmann, reproduzida de uma maneira quase não modificada, a proposição de Kelsen de que qualquer conteúdo pode ser direito. Ao contrário de Kelsen, Luhmann vê esta proposição válida não para ‘todos os mundos do direito’, mas apenas para o mundo do direito da modernidade. Sua sociedade é, segundo Luhmann, uma ‘sociedade econômica’ e esta sociedade, a sucessora da sociedade política (*societas civilis*), produz nisto uma tão ‘grande carência de variabilidade do direito’ que somente pode ser satisfeita através de uma constante positivação do direito e isto também quer dizer: através de uma *institucionalização da aleatoriedade de modificações do direito*”, HÖFFE, Otfried. *Justiça política*, 3. ed., 2006, p. 151.

adquisición y refinamiento del sentido operacional que esa auto-compreensão se viabiliza e traz para si as atribuições de una sofisticada semántica. A la observación del sistema jurídico interesa solamente el sentido normativo reconocido de las interacciones simbólicas propias de la operacionalidad del derecho, en el procedimiento de construcción de sentido “jurídico” hasta la decisión judicial que chancela la norma – el sentido normativo.

Sólo a partir de esas calidades es que el derecho se diferencia y puede ser llevado globalmente en consideración a la hetero-referencia sistema/ambiente con los otros sistemas funcionalmente diferenciados. La observación sociológica es la resolución que transforma la capacidad de representación del nuevo sentido social.

Para observar el derecho es preciso sonarle las unidades semánticas de distintas órdenes que carga. Lo que realmente importa a la realización del derecho es la verificación de su contrario. Es decir, que el derecho afirme la propia identidad al comunicar su reacción, de tal forma que el derecho es también derecho por el no-derecho<sup>62</sup>. Dimensionar la realización del derecho como auto-posición de la propia identidad revela la calidad esencial de la reacción al no-derecho: su expresión no es exterior al derecho, es dada por la referencialidad, es auto-descriptiva<sup>63</sup> y habla apenas del propio contenido para desautorizar lo que no le pertenece.

---

<sup>62</sup> “O código abrange o direito e o não-direito. As dificuldades de trad. do alemão para as demais línguas dos termos Recht/Unrecht são notórias. De modo aproximativo, pode-se falar em direito/não-direito, legal/ilegal, lícito/ilícito, como equivalentes a Recht/Unrecht. Mas essas traduções podem conduzir a um equívoco. Sugerem que o “não-direito” seja algo contrário ou postado fora do sistema jurídico. Não é essa, definitivamente, a perspectiva de Luhmann. O não-direito integra o sistema jurídico. Analogamente, para Kelsen, o ilícito não é o comportamento contrário ao direito, mas a condição – inerente ao direito – para a imputação de uma sanção. Enfim, enquanto código do sistema jurídico, direito/não-direito interpenetram-se num conjunto complementar. Formam a unidade de uma diferença. Integram o paradoxo constitutivo do direito moderno”. CAMPILONGO, Celso. Política, Sistema Jurídico e Decisão Judicial, 2002, p. 159.

<sup>63</sup> Por rigor conceptual, descripción es la construcción de un sentido (texto) a partir de una observación (que no deja de ser una observación). HUBER, Thomas. Systemtheorie... *Op. cit.*, pp. 156-158; LUHMANN, Niklas. Das Recht der Gesellschaft... *Op. cit.*, pp. 496-549.

Esa auto-regulación confía al derecho la medida teórico-formal de la reacción al comportamiento desviante, esclareciendo la conducta que no confirma la expectativa normativa, para entonces afirmarse como derecho y asegurarle los padrones de estabilidad normativa.

Así referencialmente<sup>64</sup> se comunica el sentido del derecho, y el derecho se regula a sí propio para eliminar lo que de él no se trata. La producción y la reproducción del derecho en la sociedad le afirman y reafirman la identidad semántica, aislando (cognitivamente) el sentido que reconoce y califica como su no-identidad. Cada proceso auto-descriptivo representa nueva diferenciación en relación al objeto de la descripción y tiene como objetivo restablecer o recuperar el sentido de esa identidad como contrapunto a la no-identidad, remontando a un “complejo”.

Es de esa forma que se comprende la evolución de las estructuras normativas y se reconoce la mutabilidad del derecho. La observación sociológica exhibe la faz mutable del derecho, en la exacta medida en que la mutabilidad actualiza las estructuras ya acometidas por el anacronismo, cuya unidad de sentido carece de resonancia frente al sentido social.

El derecho manipula la comprensión que tiene de sí para conquistar la estabilidad en relación a su ambiente, reproduciendo la misma lógica de adquisición de complejidad interna al sistema para la reducción de la complejidad de que es compuesto su entorno. De modo que la estabilidad normativa no presupone estructuras jurídicas estanques, antes presupone la dinámica a partir de que el derecho se modifica estructuralmente<sup>65</sup>, admite

---

<sup>64</sup> La “relectura” que el derecho de las determinantes ambientales promueve en relación al sistema autopoiético, NEVES, Marcelo. A constitucionalização simbólica... *Op. cit.*, p. 146.

<sup>65</sup> Para el examen del contraste con la teoría estructural-funcional, BOBBIO, Norberto. Dalla struttura alla funzione; nuovi studi di teoria generale del diritto, 1976; FERRAZ JR., Tercio Sampaio. *Introdução ao estudo do direito*, 3. ed., 2001, pp. 72-82; para el análisis estructural, MERTON, Robert. *Soziologische Theorie und soziale Struktur*, 1995; el análisis funcional en SCHELSKY, Helmut (org.) *Die Soziologen und das Recht*, 1980. Em matéria penal, SCHNEIDER, Hendrik. *Kann die Einübung in Normanerkennung die Strafrechtsdogmatik leiten? Eine Kritik des strafrechtlichen Funktionalismus*, 2004.

redefiniciones y revisiones de contenido con la finalidad de organizar racionalmente la creación de expectativas normativas.

Como se fuera una prospección, la observación sociológica capta la movilidad del sentido del derecho, y describe cómo el derecho se realiza y se modifica en sus operaciones cerradas, sin embargo cognitivamente abiertas a la interacción con el ambiente. Entonces, observar el derecho de la sociedad es verificarle la mutabilidad de sus condiciones semántico-operacionales. Eso permite evidenciar la medida con que el derecho comunica sus expectativas normativas frente a la sociedad, cómo el derecho trata de reacondicionar el propio sentido para llevar a cabo sus expectativas normativas.

Un poco más precisamente, cómo el derecho comunica su reacción frente a la sociedad, qué medidas de auto-organización manipula el derecho para preservar la propia especificidad. Es decir, observar la manipulación del derecho que le preserva la diferenciación funcional, y también, observar el manejo de sentido del derecho en la creación de expectativas normativas a fin de asegurarle la estabilización y garantizarle las condiciones de comunicar la reacción al no-derecho.

Por la problematicidad que carga como condición inmanente, elemento integrante de la propia esencia contradictoria, el derecho se acaba desdoblado en una profusión de posibilidades. La evolución del derecho describe el desarrollo de las estructuras normativas y la dinámica particularmente diacrónica con que la dogmática jurídica trabaja para asegurar la consistencia de las decisiones jurídicas<sup>66</sup>.

Donde el mérito de la observación sociológica *luhmanniana*, que atinge padrones de complejidad aptos a captar las interacciones simbólicas en la extensión de su problematicidad. La observación sociológica provee al derecho del arsenal necesario para organizar racionalmente la profusión creciente de

---

<sup>66</sup> HUBER, Thomas. Systemtheorie... *Op. cit.*, p. 138.

posibilidades (para la decisión jurídica), de recursividad y de redundancia; de paradojas.

La observación sociológica de los conceptos de persona y enemigo será la resolución metodológica para describir el sentido operacional sugerido por los conceptos. La descripción permitirá evaluar la identidad semántica y la diferenciación funcional del modelo propuesto por *Jakobs*, más allá de viabilizar los límites de la auto-comprensión de la capacidad operacional y complejidad del derecho penal frente a la sociedad.

### 3. La observación de la decisión

El ingenio de la observación sociológica, como se tiene insistido en esa tesis, está en ofrecer mejores condiciones cognitivas para comprender y describir el sistema jurídico en su relación con los sistemas político y económico, a partir de la conceptualización de la decisión, por la clave de lectura de la sociología de la decisión que nos parece estar sugerida en el modelo de Niklas Luhmann. Como se pretende demostrar *supra*, el análisis específico de la función del derecho de la sociedad, bien como el concepto de riesgo tienen alto potencial de rendimiento para las ideas penales.

La capacidad de abstracción asimilada y desarrollada por la comunicación (comunicación como operación cognitiva auto-observadora) en la teoría de los sistemas, sumada a la perspectiva de la dimensión temporal y a las estructuras de sentido ingeniosamente construídas, revelan el genio creativo del modelo sociológico propuesto por Niklas Luhmann. Como se demostró *supra*, son esas, en verdad, las condiciones necesarias para la diferenciación funcional en la sociedad altamente compleja.

Aprehenderlas descriptivamente<sup>67</sup> ya es una tarea bien exigente. Sin embargo, las intenciones asumen proporciones aún más delicadas al dedicarse a la conceptualización de la decisión, el proceso comunicativo constituyente del sentido de cada subsistema en su individualidad y del sistema en su globalidad.

---

<sup>67</sup> El ingenio de la observación sociológica, como se tiene insistido en esa tesis, está en ofrecer mejores condiciones cognitivas para comprender y describir el sistema jurídico en su relación con los sistemas político y económico, a partir de la conceptualización de la decisión, por la clave de lectura de la sociología de la decisión que nos parece estar sugerida en el modelo de Niklas Luhmann. Como se pretende demostrar *supra*, el análisis específico de la función del derecho de la sociedad, bien como el concepto de riesgo tienen alto potencial de rendimiento para las ideas penales.

Precisamente, la decisión conjuga capacidad de abstracción, dimensión temporal y construcción de sentido. La decisión siempre se refiere a una *alternativa*, a la multiplicidad de posibilidades (complejidad). Al cosechar la alternatividad de alternativas un tercero (*Dritte*), en el estilo de la *Aufhebung* hegeliana, construye la diferencia entre las variadas identidades puestas en decisión; o mejor dicho, la decisión es la comunicación de la diferenciación funcional de las alternativas, producida por la unificación (es decir, superación) de sus diferencias. Es ella la piedra angular de la diferenciación funcional.

El monumento teórico luhmanniano, movido por las contradicciones advenidas de la sociedad moderna, se dedica a la concepción de una teoría global de la sociedad. Eso no significa, sin embargo, que procure regulación universal de un sistema global (*Gesamtsystem*); cada contexto constituye una comunicación singularizada y hace referencia de modo particular, relacionando con los demás componentes del sistema, adquiriendo, cognitivamente, condiciones de universalidad.

En el plano semántico, el sistema global siempre prevalece en la condición de contenido referencial<sup>68</sup>, oscilando entre mayor o menor grado de consistencia simbólica. La relativa integración intersistémica faculta ganancia de potencial cognitivo (capacidad de abstracción) e incrementa las posibilidades de observación y descripción – en la forma de *modus* de observación de segundo orden.

“Observar lo que observa” sería la observación de “segundo orden” en el modelo luhmanniano, la opción metodológica distintiva en relación a la sociología tradicional. Observar lo que observa es la medida de comprensión de la nueva diferenciación del objeto de diferenciación. Es decir, según el modelo sistémico de Luhmann, cada observador emplea nueva diferenciación en relación al que describe.

---

<sup>68</sup> El contenido referencial estructurante del sentido.



El método presupone la ponderación entre relaciones de causalidad irregulares y verificación empírico-racional de las múltiples probabilidades, influenciando (racionalmente) la ponderación sobre las elecciones. Nada más que la búsqueda de una “nueva observación” (el “segundo orden”) o de la recomposición del contenido significativo de la primera descripción, con vistas a la comunicación de decisión. Esa resolución metodológica le confiere a él, al observador del que observa, la calidad de posicionarse de uno u otro modo sobre aquello que ya fuera descripto, dicidiendo.

Esa toma de posición implica, necesariamente, un complejo semántico-operacional (y, por supuesto, las estructuras temporales de sentido) de doble-vía – eso sería la reproducción de uno de los aspectos más favorables de la primera descripción, reforzándole las estructuras de identidad; eso sería ir más allá de los límites del primer aspecto, inaugurando una nueva cadena semántico-operacional con respecto al segundo aspecto.

Eso no configura necesariamente “abandono” o “substitución” de la teoría de la sociedad. Por el contrario, privilegia el tratamiento diferenciado de cada contexto social, y, simultáneamente, los observa en comparación y movimiento autorreferencial. Es decir, pone en evidencia lo uno en la diferencia y lo diverso en la unidad.

La observación del concepto de decisión en el modelo sociológico de Niklas Luhmann obedecerá a la aprehensión objetiva de lo que llamamos una sociología de la decisión, a partir de la cual serán descriptos los momentos teóricos más esenciales, captándolos y haciendo revelar su sentido. El percurso teórico se extiende desde el análisis específico de la decisión económica en “Aspectos sociológicos del comportamiento decisorio” en la economía de la sociedad<sup>69</sup>, pasando por la decisión política en “La decisión política” en la

---

<sup>69</sup> Todas las referencias a la economía de la sociedad remontan al capítulo 8 “Soziologische Aspekte des Entscheidungsverhaltens” (Aspectos sociológicos del comportamiento decisorio) de LUHMANN, Niklas. *Die Wirtschaft der Gesellschaft*, 1988, pp. 272-302.

política de la sociedad<sup>70</sup>, hasta la decisión jurídica en “El lugar de los tribunales en el sistema jurídico” en el derecho de la sociedad<sup>71</sup>.

---

<sup>70</sup> Todas las referencias a la política de la sociedad remontan al capítulo 8 “Politisches Entscheiden” (La decisión política), LUHMANN, Niklas. *Die Politik der Gesellschaft*, 2002, pp. 140-170.

<sup>71</sup> Todas las referencias al derecho de la sociedad remontan al capítulo 7 “Die Stellung der Gerichte im Rechtssystem” (El lugar de los tribunales en el sistema jurídico), LUHMANN, Niklas. *Das Recht der Gesellschaft... op. cit.*, 1993, pp. 297-337.

### 3.1. La economía de la sociedad

Aunque se pueda concebir al hombre sin la facultad de decidir y comunicar decisiones, la teoría social dice poco sobre el comportamiento decisorio. Mejor que eso sería la investigación especializada del concepto del acto de decidir, diferente del mero comportamiento, o incluso de la simple contraposición entre acción y comportamiento. ¿Cuál sería entonces la diferencia entre acción y decisión? El camino preferible indica la evaluación de sentido de las elecciones entre alternativas y de los criterios que orientan racionalmente la comunicación de la decisión<sup>72</sup>.

El problema de la decisión se verticaliza por la observación de la organización racional de las informaciones (simbólicas), construyendo el sentido tan caro a las disciplinas normativas, como es el caso de las ciencias económicas. Ese sería el momento determinante de la sociología de la decisión, superando las modalidades tradicionales de representación de la teoría de la acción. El sentido adquirido de la racionalidad de la decisión posibilita la especialización funcional del sistema, serviéndole de punto de partida y frontera cognitiva. Racionalidad que se presupone al concepto de decisión frente a una selección de múltiples posibilidades (selectividad y complejidad). Lo difícil, problema sin solución, es averiguar la *plusvalía (Mehrwert)*: ella debe dirigir la construcción del concepto en su unidad, que se modela por las múltiples posibilidades, extrayendo del acto decisorio el sentido final y dejándose realizar (comunicativamente) por él<sup>73</sup>. Esa plusvalía es la causa de la necesidad de elección (*choice*). Lo difícil, porque se

---

<sup>72</sup> LUHMANN, Niklas. *Die Wirtschaft der Gesellschaft...* *op. cit.*, p. 272. Luhmann remite las limitaciones del behaviorismo y del psicologismo expuestos en detalles en la teoría de la acción de Talcott Parsons. En la teoría de la acción en Max Weber, la articulación entre fines y medios tendría conducido a contradicción entre la tipología por él propuesta y el concepto de acción, adstrito a “voluntarismo”. En detalles, LUHMANN, Niklas. *Die Wirtschaft der Gesellschaft...* *op. cit.*, pp. 273-274. La interlocución con Parsons se da extensamente en LUHMANN, Niklas. *Die Wirtschaft der Gesellschaft...* *op. cit.*, pp. 291-297.

<sup>73</sup> LUHMANN, Niklas. *Die Wirtschaft der Gesellschaft...* *op. cit.*, p. 275.

encuentra sin solución, es que apenas recrea las condiciones de indicación simbólica del problema, pero no lo resuelve. La sociología de la decisión transfiere al acto decisorio el status de unidad de la preferencia (*Einheit der Präferenz*). La decisión expresa preferencia y al hacerlo caracteriza la unidad<sup>74</sup>. En materia económica, es este el caso del valor agregado, sometido al cálculo y a la racionalidad de costos<sup>75</sup>.

La observación de las preferencias, especificadas en un contexto comunicativo, no se deja aislar ni se desintegra del conjunto referencial del sistema. Del mismo modo, es en su esencia una operación cognitiva auto-observadora, que se globaliza en la medida en que se orienta por la diferenciación funcional del subsistema en que se circunscribe. Y, al hacerlo, construye estructuras de sentido y ofrece los límites del subsistema (cierre operacional), coronando su circularidad. “La unidad se produce en la forma de un acontecimiento (*Ereignis*), que reitera sus manifestaciones (*Auftreten*), pero jamás admite la pérdida de sus propiedades estructurales, jamás sometidas a la duración”<sup>76</sup>. La decisión toma por base una dimensión temporal en la forma de expectativas de realización, pero no se compromete a otro vínculo que no sea el de un futuro incierto. Las estructuras que componen el subsistema no se permiten cambiar, pero sus formas contradictorias e inestables son manipulables y absorben las condiciones de incerteza advenidas del entorno. Todo eso con el intuito de preservación de la diferenciación funcional.

Luhmann aconseja atribuir a toda acción el carácter de decisión siempre que ella sea una reacción a la expectativa especificada<sup>77</sup>; al menos que sea observada en cuanto reacción a la expectativa. Cada acción detiene la expectativa de resultado o la reacción esperada que le sea correlata y puede ser valorada o

---

<sup>74</sup> Discusión en detalles sobre “la orientación por las preferencias como tentativa de racionalización de la decisión”, LUHMANN, Niklas. *Die Wirtschaft der Gesellschaft... op. cit.*, pp. 287-290.

<sup>75</sup> LUHMANN, Niklas. *Die Wirtschaft der Gesellschaft... op. cit.*, pp. 275-276.

<sup>76</sup> LUHMANN, Niklas. *Die Wirtschaft der Gesellschaft... op. cit.*, p. 277.

<sup>77</sup> LUHMANN, Niklas. *Die Wirtschaft der Gesellschaft... op. cit.*, p. 278.

recibir el calificativo de la normatividad. Las elecciones se aproximan de la elección por lo mejor, al menos por la expectativa de lo que sería mejor<sup>78</sup>.

La expectativa, sea de naturaleza cognitiva o normativa, no deja de ser “espera fundada en probabilidad”, es contingente<sup>79</sup>, puede ser atendida y corresponder a la realidad o simplemente frustrada. La contingencia remite a las condiciones de realización del futuro, anticipándolo para formar el juicio conductor de la decisión.

El vínculo con el futuro no corresponde a cálculos de probabilidades o de reducción de plusvalías con base en experiencia; por el contrario, la contingencia se refiere a la expectativa de que la decisión pondera sobre la plusvalía, instruyéndola de acuerdo con los límites programados por el subsistema de lo posible y de lo deseable. Las expectativas se diferencian de las experiencias: son estructuras de sentido orientadas por la dimensión temporal<sup>80</sup>. Las estructuras de sentido incorporadas a la expectativa advienen del proceso de las informaciones cognitivas cogidas simbólicamente de cada proceso comunicativo. La observación de la expectativa es ella misma la exigencia lógica para la observación de la decisión<sup>81</sup>.

Esas variantes adelante articuladas sobre las formas de comunicación – y manifestación fenoménica – de la decisión, en la lectura de una supuesta sociología de la decisión, llevan a creer que en la sociedad moderna las condiciones de toma de decisión asumen características más complejas do que en las formaciones sociales que la anteceden, aunque los mismos criterios de

---

<sup>78</sup> LUHMANN, Niklas. *Die Wirtschaft der Gesellschaft...* *op. cit.*, p. 280-281.

<sup>79</sup> La contingencia se divide en dos formas de verificación: 1) diferenciación antes/despues, remetiendo a las múltiples posibilidades de elección y condiciones de incerteza; 2) diferenciação pelo recurso à condição “também-poderia-ter-sido-diferente-se” (*Auch-anders-möglich-Sein*). Em detalles, LUHMANN, Niklas. *Die Wirtschaft der Gesellschaft...* *op. cit.*, p. 282.

<sup>80</sup> Las expectativas se delimitan por el proceso de reproducción del sistema, como correlatos de datos de la realidad, y proyectan la esencialidad y la temporalización del sistema. Esa “reproducción de los elementos (sistémicos) a partir de los elementos” confiere a la expectativa el *status* de realidad, determinando la reproducción autopoietica. Así desde Humberto Maturana. LUHMANN, Niklas. *Die Wirtschaft der Gesellschaft...* *op. cit.*, p. 283 y nota 16.

<sup>81</sup> LUHMANN, Niklas. *Die Wirtschaft der Gesellschaft...* *op. cit.*, p. 284. Sobre la racionalidad de la decisão, LUHMANN, Niklas. *Die Wirtschaft der Gesellschaft...* *op. cit.*, pp. 284-287.

observación de expectativas y decisiones sean también válidos. “En la sociedad altamente compleja se crió inevitablemente la consciencia de la contingencialidad, la preferencia por lo novedoso, la búsqueda por alternativas de reproducción”<sup>82</sup>.

La sociedad moderna toma para sí una racionalidad específica, diferenciada conforme la propia diferenciación germinada en la sociedad. La expresión de la comunicación de expectativas y decisiones, en nuevas formas de canalización y cognición, corresponde a la actualización de los procesos de organización racional del pensamiento y capacidad de representación humanos de la sociedad, sin lo que no habría formas posibles de ejercicio racional<sup>83</sup>. En materia económica, lo relevante pasa a ser la incorporación de la duda (las condiciones inciertas del futuro) a la comunicación mercantil. La plusvalía de las múltiples posibilidades de comportamiento económico es introducida en la autodescripción sistémica y revertidas en expectativa de lucro, el valor universal que pasa a conducir la toma de decisión económica<sup>84</sup>.

La decisión económica absorbe las condiciones de incerteza, típicas de la economía de la sociedad altamente compleja, agriegandolas en el estado de máxima producción y reproducción de valores. Las condiciones cognitivas de selección, análisis y motivación en el sistema económico se traducen por el refinamiento y optimización de la racionalidad para una obtención del valor universal del lucro en la sociedad altamente compleja<sup>85</sup>. La racionalidad lucrativa del sistema se vale de la conjugación de los fines, valores y preferencias que le son propios para la determinación de la expectativa de lucro. La decisión económica bajo contingencialidad, si es procesada en complejidad compatible, es

---

<sup>82</sup> LUHMANN, Niklas. Die Wirtschaft der Gesellschaft... *op. cit.*, p. 297. La configuración de una sociedad compleja es objeto de observación específica (v. *supra* en detalles) en LUHMANN, Niklas. *Soziologie des Risikos*, Berlin, 2003, 247 p. Los principios de regulación de esa “sociedad moderna” son discutidos en LUHMANN, Niklas. *Ökologische Kommunikation*. Wiesbaden, 4.ed., 2004, 265 p.

<sup>83</sup> Luhmann rechaza las tesis weberianas de que habría una racionalidad del destino, del ocaso, de la ruína, como contrapartida del progreso social. LUHMANN, Niklas. Die Wirtschaft der Gesellschaft... *op. cit.*, p. 297.

<sup>84</sup> LUHMANN, Niklas. Die Wirtschaft der Gesellschaft... *op. cit.*, p. 297-298.

<sup>85</sup> Deducidos de LUHMANN, Niklas. Die Wirtschaft der Gesellschaft... *op. cit.*, pp. 300-301.

aquella que comunica la mejor eficiencia (reversión en lucros). A su modo, el costo social derivado de la decisión económica, reverberando en el entorno, abre cognitivamente el sistema económico, pero no afecta las calidades esenciales y específicas de la decisión económica.

### 3.2. La política de la sociedad

La decisión política se firma por la disposición de decidir en carácter colectivamente vinculante. La discusión encuentra su fundamento en la autoridad política, que torna colectivamente exigible la decisión que deriva del sistema político. Así como la decisión económica atiende a los principios de diferenciación funcional del sistema económico, el sistema político ofrece las directrices funcionales para la decisión política.

La observación de la decisión política carece de actualización, históricamente evolucionada y compuesta de elementos complejos y relacionados entre sí. Incluso las cuestiones de grandeza moral (*Moralschema*)<sup>86</sup> deben ser alejadas como integrantes de la naturaleza de las decisiones, si la perspectiva adoptada es la de una sociología de la decisión. Además de las discusiones tradicionales que se alternan entre arbitrariedad y limitación de la arbitrariedad<sup>87</sup>, la inserción del sujeto en el proceso comunicativo apunta al intérprete auténtico de las finalidades, motivaciones, preferencias e intereses de la decisión. La percepción del sujeto indica el proceso comunicativo, pero aún es el sistema que promueve la selectividad de las múltiples posibilidades del proceso político, disciplinando las contingencias.

La decisión política obedece, igualmente, a la lógica de la elección entre múltiples y complejas posibilidades. Y el problema surge exactamente en la delimitación de los criterios de racionalidad de la decisión – optimización de las

---

<sup>86</sup> Si mucho, la moral servirá de imperativo metafísico, tangenciando la decisión política. Desde Maquiavel, la cuestión es puesta en los términos del poder instituido – autoridad necesaria a la garantía del orden y de la paz, *prudentia* y razones de Estado. Excurso histórico en LUHMANN, Niklas. *Die Politik der Gesellschaft... op. cit.*, pp. 140-142.

<sup>87</sup> Con base en esos presupuestos Luhmann revé la organización de los estados constitucionales y la promoción de derechos fundamentales. LUHMANN, Niklas. *Die Politik der Gesellschaft... op. cit.*, pp. 141-142.



finalidades y preservación de la función de la política – y la elaboración de una dimensión temporal.

Tiempo y decisión son interesantes para la política. La decisión solamente es posible por la tensión entre pasado y futuro. La decisión toma del pasado los elementos simbólicos para la proyección de realización del futuro, condicionando la construcción cognitiva de las expectativas por la base simbólica que le comunica el pasado: finalidad, motivación, preferencias, todas introducidas como dimensión temporal, guardando sus diferencias específicas.

La capacidad de previsión – proyección – del futuro se tornó la piedra de toque del proceso decisório<sup>88</sup>. En la diferenciación funcional propia del sistema político, la decisión política debe lidiar con la inestabilidad de las preferencias. Ejemplo de eso serían los efectos de la apertura cognitiva promovida por variaciones del sistema económico. La situación política se desestabiliza por la pérdida de liquidez financiera de determinadas opciones, provocando necesidad de coaliciones para manutención del vínculo y exigibilidad colectiva de la decisión.

La fidelidad a “promesas” políticas, bajo la noción de ética política, no tiene, por tanto, lugar en la sociedad altamente compleja<sup>89</sup>. Si se pretende la preservación de la diferenciación funcional de la política es necesario manipular las estructuras contradictorias e inestables de la preferencia en el sistema político. Incluso la noción de *clausula rebus sic stantibus* padece, no dejando de ser ficción irrazonable<sup>90</sup>.

La pérdida de referencial ético es natural a la funcionalidad de la política, así concebida desde su génesis, e integra, según Luhmann, el costo de los valores ético-sociales. Esa sería la realización paradójal de la política: la falta de

---

<sup>88</sup> Cualidad específica de la sociología de la decisión en Luhmann es esa de *estructuración simbólica del futuro*. El desarrollo de la relación temporal en LUHMANN, Niklas. *Die Politik der Gesellschaft...* *op. cit.*, pp. 145-148 e 150-152.

<sup>89</sup> LUHMANN, Niklas. *Die Politik der Gesellschaft...* *op. cit.*, p. 149.

<sup>90</sup> LUHMANN, Niklas. *Die Politik der Gesellschaft...* *op. cit.*, p. 149.

contenido ético-social representa la esencia de la democracia en el sistema político<sup>91</sup>. La decisión política es un acontecimiento de elevada repercusión simbólica en la sociedad. Aclara u oscurece el movimiento de la sociedad, en la medida en que se deja manipular cognitivamente<sup>92</sup>.

Las condiciones de incerteza absorbidas por esa decisión política, tienden a la imprecisión aún más compleja por la diferenciación interna del sistema político en instituciones y organizaciones, también ellas sujetas a las manipulaciones de las estructuras políticas por los intercambios en el poder político – a su modo inducido a variaciones de la diferenciación interna gobierno/oposición. La decisión substituye el estado de incerteza, diluyéndose; la elección aleja la duda, absorbiéndola; el observador externo, para determinar cognitivamente el proceso de comunicación de la decisión, cuida de aprehender las irregularidades de los cursos causales y atribuirles sentido. Con mayor o menor precisión, el observador se torna apto a indicar las posibles expectativas que carga la comunicación de la decisión<sup>93</sup>.

Es ese mismo observador quien verifica empírico-racionalmente la retórica política, manipulación de las estructuras políticas en torno de las finalidades y motivos. La legitimación procedimental de la comunicación política en la sociedad altamente compleja solamente se alcanza por el control cognitivo de las informaciones simbólicas, sometiéndolas a la retórica pluridimensional (*mehrdimensional*); en ese complejo es que se crea la decisión política<sup>94</sup>, ya un

---

<sup>91</sup> Próximamente, Raffaele de Giorgi entiende la democracia como *manutención de la complejidad*. Apud CAMPILONGO, Celso. Política, Sistema Jurídico e Decisão Judicial... *op. cit.*, p. 72.

<sup>92</sup> LUHMANN, Niklas. Die Politik der Gesellschaft... *op. cit.*, p. 154. Luhmann se dedica en detalles a la conceptualización de los *Skripts*, códigos específicos de la psicología cognitiva que traducen la relación entre política y memoria. LUHMANN, Niklas. Die Politik der Gesellschaft... *op. cit.*, pp. 155-159. Más sobre en LUHMANN, Niklas. Die Politik der Gesellschaft... *op. cit.*, pp. 170-188. Próximamente, DE GIORGI, Raffaele. Direito, Tempo e Memória, São Paulo, 2006, 256 p.

<sup>93</sup> LUHMANN, Niklas. Die Politik der Gesellschaft... *op. cit.*, p. 160. El procesamiento sistémico del mito de la autoridad promueve la revisión de la re-inserción (*re-entry*) del tiempo *en el* tiempo, como integración artificial (simbólica) entre pasado y futuro o como construcción de alternativas para el futuro. LUHMANN, Niklas. Die Politik der Gesellschaft... *op. cit.*, pp. 163-168.

<sup>94</sup> LUHMANN, Niklas. Die Politik der Gesellschaft... *op. cit.*, pp. 167-168.

resultado diferenciado de la tensión entre las variadas identidades políticas – intereses políticos, combinados y articulados simbólicamente por las finalidades y motivos contradictorios entre sí.

### 3.3. El derecho de la sociedad

De la misma forma que el sistema económico y también el sistema político, la diferenciación funcional del sistema jurídico presupone, simultáneamente, diferenciación intra-dinámica – diferenciación interna – e inter-sistémica – diferenciación externa –, sin que una prescinda de la otra. Todo lo que no pertenece al sistema se constituye en su entorno<sup>95</sup>. La diferenciación funcional del derecho recibe nuevos contornos a ser pensados en su forma específica de diferenciación: la diferenciación funcional de los tribunales.

Otros parámetros de diferenciación funcional interna para el sistema jurídico no parecen soportar la complejidad de la sociedad. Las clásicas distinciones entre derecho público y derecho privado, derecho del autor y derecho del hecho, incluso en la tradición romanística de *res/persona/actio*, o aún equivalentes funcionales<sup>96</sup> no acompañan la complejidad semántica de la sociedad, ni fornecen al derecho códigos apropiados al cierre operativo que le asegure la capacidad de diferenciación funcional.

Por tanto, comunicar una interpretación jurídica, someter las estructuras de sentido a las ideaciones y a la semántica particulares de las operaciones jurídicas, presupone decodificar la naturaleza de la decisión. El problema hermenéutico se presta al ejercicio de sucesión de interpretaciones hasta la interpretación final, que es la decisión; final, pero no la última, porque se deduce de la imposición de autoridad.

---

<sup>95</sup> LUHMANN, Niklas. *Das Recht der Gesellschaft...* *op. cit.*, p. 297.

<sup>96</sup> LUHMANN, Niklas. *Das Recht der Gesellschaft...* *op. cit.*, p. 298. Para evolución histórica de los equivalentes funcionales de la diferenciación intra-dinámica del sistema jurídico, LUHMANN, Niklas. *Das Recht der Gesellschaft...* *op. cit.*, pp. 299-305.

El fundamento de la autoridad y la naturaleza de la decisión serían las bases para la construcción de una teoría científica de la interpretación del derecho. Hans Kelsen, en su Teoría Pura del Derecho, clasifica la interpretación en auténtica y doctrinaria y lo que las diferencia es exactamente la referencia a la cualidad esencial de competencia para decidir. Se atribuye normatividad a todo acto que se refiera a la autoridad competente, es decir, si la interpretación no proviene de la “trama de competencias”, será deber-ser destituido del carácter de norma<sup>97</sup>. Quien determina el sentido, en última instancia, son los órganos de competencia superior.

Las estructuras de sentidos se confirman por la decisión. Eso significa que, partiendo de un acto de voluntad, la interpretación definitiva, que limita las múltiples posibilidades de sentido normativo, es propiamente la de los órganos de competencia superior. Por lo tanto, “la decisión de naturaleza jurídica integra una lógica propia diferenciada, de acuerdo con el cierre operativo típico del sistema jurídico, no admitiendo más la argumentación jurídica tradicional<sup>98</sup>”.

Significa entonces que se abandona la idea de que el derecho es meramente un texto normativo a ser interpretado, porque la sociedad del derecho sería marcada por la irregularidad de los cursos causales, sin espacio para garantías de naturaleza estrictamente lógicas o de deducciones. Ese cierre operativo es consagrado por principio del *non liquet*: los tribunales son obligados a decidir, como ninguna otra de las demás programaciones sistémicas”.

El sistema jurídico distingue legislación de jurisdicción, distingue acto de voluntad cognitivamente integrado a la decisión política de la aplicación del

---

<sup>97</sup> Kelsen admite las hipótesis de equivocidad del acto interpretativo. Y por eso defiende el método, un saber científico riguroso que limita la multiplicidad de posibilidades. La doctrina actuaría como ciencia no porque se deduce de acto competente, sino porque sería camino para descripción de la equivocidad resultante de la plurivocidad. Todo lo demás sería propio del campo de la política, falseado bajo pretensa científicidad. Ya aquí se puede hablar en lenguaje propiamente jurídico, bajo lógica rigurosa y métodos puramente científicos, distinguiéndose de criterios de naturaleza político-jurídica. KELSEN, Hans. *Teoria Pura do Direito*. Coimbra, 1984, 6. ed., pp. 463-474.

<sup>98</sup> Sobre la argumentación jurídica, LUHMANN, Niklas. *Das Recht der Gesellschaft...* op. cit., pp. 338-406.

derecho al caso concreto por la decisión judicial<sup>99</sup>. La sociología de la decisión jurídica se ocupa del carácter de excepcionalidad con el que se tratan a los jueces en la creación del derecho, sin que los privilegios se extiendan a la figura del legislador<sup>100</sup>.

La caracterización de la decisión judicial como fuente del derecho<sup>101</sup> indica la gnoseología jurídica: “derecho crea derecho por el derecho”<sup>102</sup>. La producción normativa atiende a un régimen de circularidad, volviéndose hacia el propio derecho, con renovación de su contenido referencial. Incluso en los supuestos en que los jueces no “encuentran el derecho aplicable” la decisión se hace obligatoria por el *non liquet* y el juez, y aún así produce normatividad, determinando sentido jurídicamente válido.

Con la decisión judicial, el sistema jurídico se preserva operativamente cerrado. Pero el cierre, al reconocer la necesidad de respuesta contrafáctica<sup>103</sup> a la complejidad del entorno, se permite abrir cognitivamente, acoplando las informaciones simbólicas cosechadas de la interacción sistema/entorno. “Las informaciones provenientes del ambiente de un sistema son seleccionadas a partir de operaciones internas en el sistema”<sup>104</sup>. La prohibición de la denegación de decisión judicial se desarrolla en la teoría de los sistemas en condiciones distintas de las modalidades tradicionales de representación del derecho. La máxima kantiana, que apone experiencia y conocimiento, queda preterida por los juicios

---

<sup>99</sup> LUHMANN, Niklas. *Das Recht der Gesellschaft...* *op. cit.*, pp. 305-306. Luhmann indica también la diferenciación funcional centro y periferia, Tribunales y leyes y contratos, objeto merecedor de estudio adecuado. LUHMANN, Niklas. *Das Recht der Gesellschaft...* *op. cit.*, pp. 320-325.

<sup>100</sup> LUHMANN, Niklas. *Das Recht der Gesellschaft...* *op. cit.*, pp. 306-307, nota n. 19.

<sup>101</sup> Sobre la positivación del derecho, FERRAZ JR., Tercio Sampaio. *Introdução ao estudo do direito*. São Paulo, 3. ed., 2001, pp. 73-74. También en LUHMANN, Niklas. *Das Recht der Gesellschaft...* *op. cit.*, pp. 328-333.

<sup>102</sup> Sobre eso, hay expresa polémica con el realismo jurídico de Alf Ross.

<sup>103</sup> La demanda por reacción del sistema jurídico se deduce también del carácter de la diferenciación funcional del derecho, que toma para sí la función de estabilización de expectativas normativas por la regulación de las generalizaciones temporales, contrafácticas y sociales, determinados en contexto social altamente complejo, selectivo y contingencial. LUHMANN, Niklas. *Das Recht der Gesellschaft...* *op. cit.*, pp. 124-164.

<sup>104</sup> CAMPILONGO, Celso. *Política, Sistema Jurídico e Decisão Judicial...* *op. cit.*, p. 157. En detalles sobre la naturaleza de la decisión, LUHMANN, Niklas. *Das Recht der Gesellschaft...* *op. cit.*, pp. 305-310.

teóricos y deducciones cognitivas formulados por el estado de consciencia de las complejas estructuras de la sociedad moderna. El estado de especulación de la hermenéutica jurídica es limitado, reducido y solucionado por la decisión. La sociedad moderna no se presta a juicios puramente lógico-causales y a ejercicios interminables de hermenéutica jurídica.

La denegación de decisión judicial demanda operaciones cuya complejidad sea equivalente a aquella de la sociedad<sup>105</sup>. Si el proceso legislativo es desordenado y complejo, lleno de lagunas frente a la incompatibilidad comunicativa sistema/entorno, al derecho no le queda otra alternativa más que posicionar en la figura del juez la necesidad de decisión, preservándole su diferenciación funcional. La decisión es tanto más especializada cuanto más se vale de las prestaciones comunicadas por la decisión económica o política. La impotencia de la prestación jurídica, subjuzgada por el non liquet, apela a la compensación funcional y busca en su entorno elementos para la comunicación jurídica específica y funcional, decidiendo jurídicamente un problema jurídico.

La sociedad moderna es altamente compleja. Y problemas de complejidad condicionan la perfectibilización de la diferenciación funcional, cuyos criterios de decidibilidad son tanto más específicos cuanto más se prestan a prestaciones sistema/entorno, tanto más operacionalmente enclausuradas cuanto mayor su involucramiento con la apertura cognitiva. La representación compleja de la sociedad diferencia centro de periferia<sup>106</sup> (no en el sentido griego, en el que el centro representaría unidad del sistema, o principio rector de la elevación de los individuos), sino que se orienta por la realización paradójica (*Entfaltung der Paradoxie*) del sistema y de la tensión de identidades cosechadas cognitivamente de la irritación centro/periferia<sup>107</sup>.

---

<sup>105</sup> LUHMANN, Niklas. Das Recht der Gesellschaft... *op. cit.*, pp. 312-313. Luhmann desarrolla estudio sobre el rol de la retórica jurídica en el génesis de la decisión judicial, LUHMANN, Niklas. Das Recht der Gesellschaft... *op. cit.*, pp. 314-325.

<sup>106</sup> Para el problema de la posición de los tribunales en la periferia de la sociedad mundial, CAMPILONGO, Celso. Política, Sistema Judicial e Decisão Jurídica... *op. cit.*, pp. 165-174.

<sup>107</sup> LUHMANN, Niklas. Das Recht der Gesellschaft... *op. cit.*, pp. 328-329.

#### 4. La diferenciación del derecho

La observación de la diferenciación funcional<sup>108</sup> toma como presupuesto “la unidad (o la producción de la unidad) de la diferencia” y se caracteriza por la captación de niveles de abstracción aptos a determinar el sistema por los procedimientos. La procedimentalización que modela la diferenciación atraviesa un juicio de relevancia semántica para la constitución del sistema, es decir, no todo lo que se diferencia conviene a la construcción de los sistemas sociales<sup>109</sup>. El resultado final del procedimiento es una identidad en contraposición a una no-identidad<sup>110</sup>.

Significa para *Luhmann* que los procedimientos formuladores de la diferenciación deben responder al sentido operacional específico de los sistemas sociales y atender a la producción de recursividad en cadena semántico-operacional. La diferenciación orientada en esos términos despierta la

---

<sup>108</sup> LUHMANN, Niklas. Die soziologische Beobachtung... *Op. cit.*, 21. Analíticamente, la diferenciación se subdivide en cuatro formas diversas: a. diferenciación segmentaria; b. diferenciación centro/periferia; c. diferenciación en extractos; d. diferenciación funcional. LUHMANN, Niklas. Die Gesellschaft der Gesellschaft... *Op. cit.*, p. 613. Didacticamente, HUBER, Thomas. Systemtheorie... *Op. cit.*, pp. 30-32. Elencando los diferentes puntos de vista para observación de la diferenciación del derecho, LUHMANN, Niklas. Die soziologische Beobachtung... *Op. cit.*, pp. 14-16; LUHMANN, Niklas. *Ausdifferenzierung des Rechts*, 1981.

<sup>109</sup> Así como moral y amoral no constituyen unidades relevantes a la construcción de un sistema. LUHMANN, Niklas. Die Moral der Gesellschaft... *Op. cit.*, pp. 56-162. LUHMANN, Niklas. Die soziologische Beobachtung... *Op. cit.*, p. 42. En la discusión sobre el problema de la moral y el procedimiento, aquella no constituye en sí un sistema, pudiendo influenciar determinados comportamientos decisivos en variados sistemas desde el modelo luhmanniano; no hay inclinación a criterios de justicia, porque la realización del derecho es procedimental, LUHMANN, Niklas. *Legitimation durch Verfahren*, 1969; ZIPPELIUS, Reinhold. *Rechtsphilosophie*, 2. ed., 1989, pp. 180-181. En la filosofía, se interpreta Luhmann como “vigência somente por força da decisão” y “vigência exclusivamente pelo procedimento”, HÖFFE, Otfried. Justiça política... *Op. cit.*, p. 147. En el campo del procedimiento penal, crítico a la eliminación eficiente del contenido material del proceso penal, FERNANDES, Fernando. *O processo penal como instrumento de política criminal*, 2001, pp. 154-155.

<sup>110</sup> LUHMANN, Niklas. Die Gesellschaft der Gesellschaft... *Op. cit.*, p. 595.



construcción, en relación de simultaneidad, de la unidad interna del sistema y también del ambiente que le ¿determina la forma? el entorno<sup>111</sup>.

Todo proceso de diferenciación resulta en la producción simbólica de dos variantes, la diferenciación en sí, en línea vertical, y la indicación, en línea horizontal<sup>112</sup>. Esas dos líneas delimitan hasta dónde la observación sociológica puede alcanzar: la cadena recursiva del sistema se produce a sí misma y al ambiente en el proceso de diferenciación<sup>113</sup>, de forma tal que “el sistema *es* la diferencia entre el sistema y el ambiente”<sup>114</sup>.

De la misma forma, la diferenciación funcional permite al derecho ascender al grado de abstracción necesario a la adquisición de la capacidad operativa que lo distingue como sistema autopoietico auto-referencial. La diferenciación funcional tiene que ver con la identidad semántica que asume el derecho en el proceso de organización racional de su concepción sistémica y que mueve la comunicación simbólica de una cadena operativa y procedimental hasta la decisión judicial.

Pero si la diferenciación funcional ofrece las condiciones necesarias para la realización referencial del derecho, es también la propia

---

<sup>111</sup> La ausencia de referencia interna del derecho al derecho le retira el sentido de la operabilidad, sin permitir que el derecho establezca relaciones de vínculo con el ambiente sin que el lo haga se referenciándose a si propio; no hay referencia externa sin referencia interna. LUHMANN, Niklas. Die soziologische Beobachtung... *Op. cit.*, p. 11. Longamente sobre el tema, LUHMANN, Niklas. Das Recht der Gesellschaft... *Op. cit.*, 496-594.

<sup>112</sup> LUHMANN, Niklas. Einführung in die Systemtheorie... *Op. cit.*, p. 74.

<sup>113</sup> La discusión es densa: el sistema produce, con igual simultaneidad, otros sistemas y se diferencia en sistemas parciales para los cuales todo el restante del sistema se torna un ambiente. Pero no significa que el sistema puede ser “despedazado”; en dinámica, cada parte refuerza el sentido global del sistema al producir diferenciación de la diferenciación, LUHMANN, Niklas. Die Gesellschaft der Gesellschaft... *Op. cit.*, pp. 597-599, como fuera la reproducción del sistema habilitada a “reconstruir (o sentido) da própria unidade pela diferenciação interna”, LUHMANN, Niklas. Die Gesellschaft der Gesellschaft... *Op. cit.*, p. 614. La sucesión de diferenciaciones, en última análisis, genera los filamentos de una operación en relación a la operación subsecuente, amarrando la construcción del sentido sistémico en recursividad. LUHMANN, Niklas. Einführung in die Systemtheorie... *Op. cit.*, p. 77. “A diferenciação é a forma reiterada das diferenciações interna sistema/ambiente”, HUBER, Thomas. Systemtheorie... *Op. cit.*, p. 30; LUHMANN, Niklas. *Vertrauen*, 4. ed., 2000, pp. 103 y ss.

<sup>114</sup> LUHMANN, Niklas. Einführung in die Systemtheorie... *Op. cit.*, p. 66.

referencialidad lo que permite la especificación funcional del sistema<sup>115</sup>. El sentido operacional del derecho sólo se realiza cuando es puesto en movimiento el sentido que atinge el proceso decisorio, cuando es comunicada la decisión judicial<sup>116</sup>. Así es que el derecho liga las dos puntas elementares de su comprensión, la realización autopoietica está volcada hacia la diferenciación funcional y la función específica del derecho se conduce por la autopoiesis.

Las cadenas de sentido cuidan de la indicación de sentido normativo al largo del procedimiento que lleva al *non liquet*<sup>117</sup>. La decisión judicial da el contorno de esa identidad semántica del sistema jurídico, a saber, “calidad normativa de sus decisiones”<sup>118</sup>.

La participación en el procedimiento decisorio hasta la decisión final contribuye para la construcción de sentido normativo. Quiere decir entonces que el sentido del derecho es construido por los propios agentes – operadores – que operan en el sistema, desde el legislador hasta los tribunales, en la retórica de los abogados o en la ruta policial, extendiéndose a todo tipo de comunicación que se opere en los límites de los códigos lícito/ilícito por que se orienta la regulación del derecho. Esa autopoiesis del derecho no es más do que la reproducción de las posibilidades del sentido del derecho<sup>119</sup>, que siente las manipulaciones de la

---

<sup>115</sup> LUHMANN, Niklas. Rechtssoziologie... *Op. cit.*, p. 217.

<sup>116</sup> En ese particular, la organización del procedimiento asume la importancia de garantizar la realización específica del derecho, una vez que instrumentaliza la reacción en cadena que comunica la decisión judicial, llave para el suceso de la autopoiesis. En detalles, LUHMANN, Niklas. Rechtssoziologie... *Op. cit.*, p. 218. Con la necesaria resalva “a função legitimadora do procedimento não está em se produzir consenso entre as partes, mas em tornar inevitáveis e prováveis decepções em decepções difusas: apesar de descontentes, as partes aceitam a decisão. Um comportamento contrário é possível, mas a parte que teima em manter sua expectativa decepcionada acaba pagando um preço muito alto, o que a força a ceder. Neste sentido, a função legitimadora do procedimento não está em substituir uma decepção por um reconhecimento, mas em *imunizar* a decisão final contra as decepções inevitáveis”, FERRAZ JR., Tercio Sampaio. Prefácio à Legitimação pelo Procedimento. In: LUHMANN, Niklas. A legitimação pelo procedimento, 1980, p. 04.

<sup>117</sup> En detalles, CAMPILONGO, Celso. Direito, Sistema Político e Decisão Judicial, 2002.

<sup>118</sup> En Luhmann interesa la “calidad normativa”, no la norma, una vez que ella no se deja definir por el texto normativo, sino por el sentido normativo aferido de la decisión judicial. LUHMANN, Niklas. Die soziologische Beobachtung... *Op. cit.*, p. 20.

<sup>119</sup> LUHMANN, Niklas. Die soziologische Beobachtung... *Op. cit.*, p. 20. La autopoiesis del derecho extrae las condiciones de validez del derecho de la cadena semántico-operacional “da comunicação jurídica da comunicação jurídica” (*von Rechtskommunikation auf*

interpretación de sentido normativo inducidas por la argumentación jurídica al sabor de los intereses hacia la producción en definitivo del *non liquet*<sup>120</sup>.

El reconocimiento del derecho como sistema diferenciado y portador de función específica enriquece la comprensión de sentido normativo con la capacidad de abstracción. La abstracción de los sentidos desarrolla la comprensión de las múltiples posibilidades de resolución del problema. El problema comunicado al sistema suscita la elaboración de equivalentes funcionales y esos equivalentes instruyen la conveniencia del juego de los elementos que estructuran el sistema. Es en esa altura metodológica que Luhmann ofrece las posibilidades de adecuada composición de las acciones fácticas llenas de sentido para la diferenciación del sentido global del sistema<sup>121</sup>. Simplificando el raciocinio luhmanniano, implica entender que los sistemas resuelven los problemas de elaboración funcional por la manipulación de sus estructuras.

La capacidad de abstracción dinamiza el alcance del sentido normativo y desarrolla el derecho diferenciado en niveles de complejidad compatibles a los del ambiente. La diferenciación del derecho es, por tanto, el camino preferencial para la estabilización normativa<sup>122</sup> en la sociedad.

Así está inscrita la opulencia con que Luhmann ofrece a los sistemas sociales los elevados índices de abstracción de una así llamada hermenéutica pos-ontológica<sup>123</sup>. El sentido operacional del derecho es producir

---

*Rechtskommunikation*), cuja operacionalidade é determinada pela produção de recursividade do sentido captado das estruturas normativas (normas, regras e textos), CALLIES, Graf-Peter. Systemtheorie: Luhmann/Teubner. In: BUCKEL, Sonja; CHRISTENSEN, Ralph; FISCHER-LESCANO, Andreas (org.) *Neue Theorien des Rechts*, 2. ed., 2009, pp. 56-57.

<sup>120</sup> Para la comprensión de la decisión judicial, LUHMANN, Niklas. *Das Recht der Gesellschaft...* *Op. cit.*, p. 297-337.

<sup>121</sup> LUHMANN, Niklas. *Soziologische Aufklärung...* *Op. cit.*, p. 42.

<sup>122</sup> LUHMANN, Niklas. *Soziologische Aufklärung...* *Op. cit.*, p. 123.

<sup>123</sup> LUHMANN, Niklas. *Die soziologische Beobachtung...* *Op. cit.*, pp. 12 y ss.: “Diese hochabstrakte, postontologische Systemtheorie läßt sich verbinden mit einer Theorie der modernen Gesellschaft. Man kann zeigen, daß die Ausdifferenzierung großer gesellschaftlicher Funktionssysteme, also eine, wenn nicht *die* Besonderheit der modernen Gesellschaft, diesem Systemmodell folgt. Funktionssysteme werden als selbstreferentielle Systeme ausdifferenziert, denn nur so läßt sich ihre gesellschaftliche Autonomie verwirklichen. In dieser Eigentümlichkeit

redundancia<sup>124</sup>, es construir dinámicamente el propio sentido en circularidad. La realización autopoietica del derecho de la sociedad es una sucesión de resoluciones tautológicas y paradójales que rigen destautologizaciones y desaparadojizaciones<sup>125</sup>; cuanto más autónomo en su diferenciación, más dependiente el sistema se torna del ambiente, en niveles de abstracción y complejidad de evolución continua.

Solamente a partir de esas calidades es que el derecho se diferencia – y puede ser llevado globalmente en consideración a la hetero-referencia en relación a otros sistemas diferenciados que le sirven de ambiente. La diferenciación proporciona movilidad<sup>126</sup> al derecho y permite que él constituya vínculos, que acople las estructuras internas con las estructuras del ambiente.

La diferenciación funcional procesa las estructuras del derecho en niveles de compatibilidad con la complejidad del ambiente; el derecho así concebido en su especificidad reposiciona la auto-comprensión en el mismo nivel de la sociedad, como si aumentase la complejidad interna para reducir la complejidad del ambiente.

Desde esa dinámica de movimiento y equilibrio entre sistema y ambiente durante la sucesión de cadenas que realizan la diferenciación funcional habita el símbolo de comprensión del modelo luhmanniano, porque la asimetría entre sistema y ambiente es la constante que determina la propia sociedad<sup>127</sup>.

---

liegen das strukturelle Risiko der modernen Gesellschaft und ihre evolutionäre Unwahrscheinlichkeit: *In der Einrichtung selbstreferentieller, autonomer, operativ geschlossener Systeme für jeweils nur eine spezifische Funktion*”; VILLAS BÔAS FILHO, Orlando. Teoria dos sistemas... *Op. cit.*, pp. 33 y ss.; entre los penalistas, AMELUNG, Knut. Der frühe Luhmann und Gesellschaftsbild bundesrepublikanischer Juristen. In: PRITTWITZ, Cornelius *et al.* (org.). *Festschrift für Klaus Lüderssen zum 70. Geburtstag*, 2002, pp. 07-16.

<sup>124</sup> Producir seguridad por medio de la producción de seguridad, LUHMANN, Niklas. Die soziologische Beobachtung... *Op. cit.*, p. 13.

<sup>125</sup> LUHMANN, Niklas. Die soziologische Beobachtung... *Op. cit.*, pp. 16-17.

<sup>126</sup> LUHMANN, Niklas. Die Gesellschaft der Gesellschaft... *Op. cit.*, p. 603. En el mismo sentido, la diferenciación en cadena es factor de incremento de la selectividad del sistema, porque resuelve el problema de la complejidad interna del sistema, BARALDI, Cláudio; CORSI, Giancarlo; ESPOSITO, Elena (org.) *Glossar zu Niklas Luhmann*... *Op. cit.*, p. 28.

<sup>127</sup> BARALDI/CORSI/ESPOSITO. *Glossar*... *Op. cit.*, pp. 198.

Justamente esa asimetría hace de la sociedad moderna una sociedad altamente compleja. Como fuera una “mole de tautologías y paradojas que confiere movilidad a las interacciones sociales y promueve el desarrollo de los sistemas. Una mole que no para, porque ‘la reducción de complejidad es la condición para el aumento de complejidad’”<sup>128</sup>.

A la producción de esa redundancia *Luhmann* atribuye el nombre de “realización tautológica”, vale decir, la resolución del circuito auto-referencial del sistema jurídico en identidades diferenciables<sup>129</sup>.

Al sistema jurídico diferenciado vale más la operacionalidad de esa tautología que la resolución de un conflicto en sí. Lo que importa al derecho de la sociedad es auto-regularse, es alzarse a planos de complejidad que atan su propia comprensión a la comprensión de las relaciones sociables<sup>130</sup>. La auto-comprensión equivale incluso a la condición de estabilización normativa del derecho. Comprender a sí se torna comprender la sociedad que está en su entorno, crear diferenciadamente la propia identidad del sistema jurídico es depender de la identidad del ambiente.

En lo particular del modelo propuesto por Jakobs, esta tesis evidenciará la medida de la diferenciación funcional del sistema jurídico-penal a partir de la observación del sentido normativo sugerido por los conceptos de persona y enemigo, en la medida en que ponen el movimiento operacional con que se realiza la intervención punitiva. Más específicamente, que operacionalidad indica los conceptos hasta la comunicación de la decisión, y en ese proceso decisorio se preserva la clausura operativa y abertura cognitiva del tipo sistema/ambiente.

---

<sup>128</sup> POLAINO-NAVARRETE, Miguel. El valor de la dogmática en el derecho penal. In: JORGE BARREIRO, Agustín *et al.* (org.) *Homenaje al Profesor Dr. Gonzalo Rodríguez Mourullo*, 2005, p. 849.

<sup>129</sup> LUHMANN, Niklas. *Das Recht der Gesellschaft...* *Op. cit.*, p. 125.

<sup>130</sup> LUHMANN, Niklas. *Soziologische Aufklärung...* *Op. cit.*, pp. 186-188.

La consecuencia más significativa de esa observación sociológica es autorizar la reflexión sobre la mayor o menor complejidad del modelo de Jakobs para la auto-comprensión del derecho penal de la sociedad, avalando la elaboración funcional de la problemática del enemigo y las críticas de la filosofía práctica que le son pertinentes.

## 5. La función del derecho

La operacionalidad propia que distingue la diferenciación funcional del derecho<sup>131</sup> abarca dos momentos determinantes y esenciales al ingenio de Luhmann para la superación de las formas tradicionales de representación del fenómeno jurídico: por un lado la elevada capacidad de abstracción; por otro la adquisición de dimensión temporal, con recurso a las expectativas normativas.

La comprensión de la función específica del derecho no se da sin referencia a la escisión entre la identidad del derecho en cuanto tal y el ambiente que lo cerca. La especificidad es tomada en la medida de la diferenciación promovida por las normas jurídicas, forjando un sistema igualmente especializado y unitario. Las formas tradicionales de representación del derecho, antes ligadas a la cuestión del ser y deber-ser, ceden lugar a la observación de la diferenciación, de la evolución, y de la comunicación en el modelo sociológico luhmanniano.

Eso imprime la diferencia del derecho en relación a los sistemas psíquicos o antropológicos<sup>132</sup>, desconsiderando los meros juicios de probabilidad que se derivan de ellos, trabajando forzosamente con las limitadas referencias empírico-rationales del individuo o de la consciencia, demasiado insuficientes para crear el cuerpo teórico exigido por las demandas de control social<sup>133</sup>.

---

<sup>131</sup> “(...) Funktionsverständnisses im Kontext von funktionaler Differenzierung und damit indirekt im Kontext einer Beschreibung der modernen Gesellschaft”. LUHMANN, Niklas. *Das Recht der Gesellschaft... Op. cit.*, p. 154.

<sup>132</sup> LUHMANN, Niklas. *Das Recht der Gesellschaft... Op. cit.*, p. 124.

<sup>133</sup> La cuestión se resuelve en el plano de la institucionalización, cuya procedimentalización establece la correlación entre los sistemas psíquicos y sociales, tomando el sentido y la complejidad de un para el otro, en simbiosis, LUHMANN, Niklas. *Institutionalisierung, Funktion und Mechanismus im sozialen System der Gesellschaft*. In: SCHELKY, Helmut

El control social, todavía, no se confunde con el proceso de socialización de las relaciones sociales. La cuestión de la “sociedad sin sujetos”<sup>134</sup> es problema que se pretende resolver por las interacciones simbólicas entre sistema y persona como ambiente del sistema. “En el sistema jurídico compete al sujeto sobre todo la función de imputación a una acción”<sup>135</sup>. El sujeto, considerado en sí sólo en cuanto un epicentro de diferenciación, es dislocado de la centralidad del sistema, cediendo esa posición a las redes de relaciones anónimas erigidas por los procesos comunicativos<sup>136</sup>.

Cada observación de la comunicación constituye un sistema particular y altamente complejo de interacciones simbólicas, pero ofrece, cada una de ellas, elementos suficientes para la caracterización y generalización de un sistema. Sólo se diferencia aquél sistema cuyas operaciones remiten al núcleo semántico del ambiente que lo cerca, adquiriendo sentido específico a partir de la función que ejerce en la sociedad.

Esa capacidad de abstracción y combinación simbólica entre sistema y ambiente es la llave de comprensión del modelo *luhmanniano*. Comprenderlo significa revelar el sentido de la diferenciación funcional del derecho en relación al ambiente, explicada por otras categorías que no las del derecho mismo. Así es que el derecho habla del derecho y se auto-regula independientemente de los conceptos de la representación jurídica tradicional.

---

(org.) *Zur soziologischen Theorie der Institution*, 1970, pp. 41 y ss. El problema del control social como función del derecho no es, para nada, negligenciado por Luhmann: “Das Recht garantiere soziale Kontrolle und Inklusion der Individuen in die Gesellschaft (vor allem über die Norma der Gleichheit). Dasselbe Problem bricht auf andere Weise wieder auf, wenn man heute die Vorstellung einer wenn auch beschränkten Steuerung der Gesellschaft durch Recht (statt nur: einer Selbststeuerung des Rechtssystems) zu retten versucht; oder wenn man meint, einen Wandel des Rechtssystems nicht nur auf Ebene seiner Programme und seiner Dogmatik sondern auch und vor allem auf der Ebene seiner Funktion beobachten zu können”. LUHMANN, Niklas. *Das Recht der Gesellschaft... Op. cit.*, pp. 154-155.

<sup>134</sup> En entendimiento contrario, la comprensión de la complejidad de los hombres excede a la competencia de la teoría de los sistemas, LÜDERSEN, Klaus. *Muss Strafe sein? Das Strafrecht auf dem Weg in die Zivilgesellschaft*. In: HERZOG, Felix; NEUMANN, Ulfried (org.) *Festschrift für Winfried Hassemer zum 70. Geburtstag*, 2010, p. 480.

<sup>135</sup> LADEUR, Karl-Heinz. *Postmoderne Rechtstheorie: Selbstreferenz, Selbstorganisation, Prozeduralisierung*, 2. ed., 1995, p. 143.

<sup>136</sup> LADEUR, Karl-Heinz. *Postmoderne Rechtstheorie... Op. cit.*, p. 143.



Al lado de la capacidad de abstracción, que alcanza horizontes más allá del anacronismo de los conceptos del discurso jurídico convencional y reposiciona el grado de auto-comprensión del derecho, la dimensión temporal es el momento de superación de los modos tradicionales de representación de la función del derecho. Ya no entre los individuos, ahora en la perspectiva socio-sistémica: se comunican expectativas de funcionalidad del derecho en la presencia del futuro.

En esa trama semántico-operacional que revela la función del derecho, el concepto de expectativa asume sentido social bastante significativo. Las antiguas formas de representación de la función del derecho, así como control social o integración, exponen la consistencia teórica y la auto-comprensión del sistema jurídico al peligro de pérdida de especificidad, pues habría una sobrecarga funcional del derecho, sumándose a la función – “primaria” – un contingente de equivalentes funcionales, bajo pena, incluso, de astringir la diferenciación del derecho al ámbito de las modalidades técnico-profesionales o distintas formas de organización<sup>137</sup>.

Antes, las operaciones sociales recurren a la dimensión temporal. Cada proceso comunicativo, incluso aquellos más particularizados, se articula en una red recursiva de comunicaciones. El proceso comunicativo es, de la misma forma, una red de interacciones que forja las posibilidades de realización del futuro, porque cada comunicación contiene en ella misma las condiciones sistémicas (semántico-operacionales) de la comunicación que le seguirá, en cadena (semántico-operacional). Como en Luhmann: la “auto-producción semántica del sistema de comunicación”<sup>138</sup>.

La capacidad recursiva de la comunicación adviene de la re-utilización (renovación) del proceso comunicativo. Ese re-empelo del sentido expande el potencial semántico de la comunicación fija y refuerza determinados sentidos a partir de la interacción simbólica de palabras, conceptos o juicios de

---

<sup>137</sup> LUHMANN, Niklas. *Das Recht der Gesellschaft...* *Op. cit.*, p. 126.

<sup>138</sup> LUHMANN, Niklas. *Das Recht der Gesellschaft...* *Op. cit.*, p. 127.

verdad, y se enriquece conforme producidas y reproducidas las circunstancias en que se desarrolla efectivamente el proceso de comunicación. Consecuentemente, el re-empelo del sentido va a distinguir también el sentido operacional del sistema como la capacidad de producir recursividad, a punto de afirmar que la regulación jurídica se concentra en la producción de redundancias.

El resultado del proceso de comunicación es siempre fruto de una doble contingencia<sup>139</sup>. Eso significa condensar la significación empleada, determinándole precisamente el sentido, a fin de que en nuevo contexto transmita el mismo referencial semántico, de un lado; y, de otro, la confirmación del sentido reemplado<sup>140</sup>, a partir de su verificación en otro contexto<sup>141</sup>. La comunicación, por tanto, conjuga la re-identificación de invariables con la selección del sentido en cada contexto<sup>142</sup>.

Siguiendo los mismos presupuestos de la génesis del sentido, la regulación normativa (el orden estructural construido a partir de la función ejercida por el derecho) establece los parámetros<sup>143</sup> comportamentales, cual sería

---

<sup>139</sup> “A dupla contingência do mundo social exige a construção de novas estruturas de expectativas estabilizadas em termos de expectativas de expectativas. O comportamento social, em termos de vivência e ação, tem, pois, dupla relevância: a dimensão da expectativa imediata de comportamento e a dimensão da avaliação do que significa o próprio comportamento para a expectativa do outro. Na integração destas dimensões é que se coloca o problema sociológico do Direito. Os sistemas sociais são, em suma, reduções de garantidas de complexidade. Esta garantia é dada pela dupla seletividade. Vamos denominar a situação instaurada pela dupla seletividade de estrutura de um sistema. Na comunicação humana, o emissor, ao transmitir mensagens, realiza uma seleção de possibilidades que o receptor recebe não como seleção mas como um fato, isto é, como premissa para sua própria seleção. Isto, de certo modo, alivia o receptor que pode deixar de lado a complexidade primária, ou, pelo menos, encará-la em confronto com uma seleção já feita. É justamente este alívio que é potenciado pela estrutura, na medida em que ela relaciona uma seleção a outra seleção. (...) As estruturas nascem, portanto, num processo de interações, a partir das presunções comuns (primeira seleção), que vão permitir novas seleções (seleção potenciada)”. FERRAZ JR., Tercio Sampaio. A função social da dogmática jurídica... *Op. cit.*, p. 105.

<sup>140</sup> Sobre la lógica de la condensación y confirmación, CALLIESS, Graf-Peter. Systemtheorie... *Op. cit.*, p. 59.

<sup>141</sup> LUHMANN, Niklas. Das Recht der Gesellschaft... *Op. cit.*, p. 127.

<sup>142</sup> LUHMANN, Niklas. Das Recht der Gesellschaft... *Op. cit.*, p. 127.

<sup>143</sup> LUHMANN, Niklas. Das Recht der Gesellschaft... *Op. cit.*, p. 130.

la comunicación adecuada para el contexto, si son respetados los padrones de comunicación, aunque se admita el desrespeto<sup>144</sup>.

En la compleja – y ambiciosa – semántica de la teoría de los sistemas, la norma delimita la contingencia<sup>145</sup> de la contingencialidad de la delimitación de contingencias<sup>146</sup>. Los polos verdadero/falso; permitido/prohibido; regular/excepcional; o, finalmente, lícito/ilícito, integran, ambas las variantes, la dinámica intra-sistémica. Ambas son comunicables – se someten, necesariamente, a proceso de comunicación – y corresponden a la gestión de las condiciones temporales, contra que o a partir de que se construye y opera el sistema jurídico.

La comprensión del desvío y la perspectivación de las contingencias es realizada y soportada en el sistema jurídico, pero sin que haya negligencia frente a su ambiente, porque es el ambiente el que le empresta la carga simbólica. Eso también porque el sistema no se atiene a la simple valoración de la comunicación, pero ofrece a la comunicación los elementos suficientes para la construcción de las modalidades de comportamiento pasibles de normatividad y sobre que la dimensión temporal debe transmitir contrapartida de estabilización y corrección<sup>147</sup>.

En Luhmann la normatividad debe ser posicionada con especial atención<sup>148</sup>. La recepción de los códigos lícito/ilícito<sup>149</sup>, antes de referirse a la

---

<sup>144</sup> LUHMANN, Niklas. Das Recht der Gesellschaft... *Op. cit.*, p. 128. Así entonces la génesis de la sanción. Entre la expectativa de la observancia de la norma y la inobservancia, el modo operacional de la sanción se orienta por las imperfecciones del proceso de comunicación: la sanção es la auto-corrección del sistema.

<sup>145</sup> El problema de la contingencia en la filosofía hegeliana remonta al movimiento conceptual de existencia de un ser que podría también no-ser, LARDIC, Jean-Marie. *Comment le sens commun comprend la philosophie suivi de 'la contingence chez Hegel'*, 1996.

<sup>146</sup> LUHMANN, Niklas. Das Recht der Gesellschaft... *Op. cit.*, pp. 128-129.

<sup>147</sup> LUHMANN, Niklas. Das Recht der Gesellschaft... *Op. cit.*, p. 129. Aunque Luhmann acoja la teoría de la anomía de Émile Durkheim para la fundación teórica de la normatividad, no lo hace sin la debida conjugación con los postulados de la teoría de los sistemas. La estabilización vía normatividad es comprendida en Huber también como fator de evolución del derecho, HUBER, Thomas. *Systemtheorie...* *Op. cit.*, p. 99.

<sup>148</sup> LUHMANN, Niklas. Die Moral der Gesellschaft... *Op. cit.*, pp. 25-55.

afirmación/negación del derecho, obedece a la producción semántica del tipo identidad/diferencia<sup>150</sup>. Importantes, en ese aspecto, observaciones de la teoría de la norma en la perspectiva sociológica<sup>151</sup>.

La formación de la identidad del derecho categorialmente es plasmada por sucesivos procesos de generalización simbólica – y consecuente condensación de sentido –, que permiten la realización autopoietica y el aumento de complejidad. El problema aparece en el momento en que el derecho de la sociedad se depara con la inestabilidad. El problema del derecho es garantizar las dimensiones temporales de la función del derecho, proteger, planear o hasta ofrecer viabilidad a la implementación de expectativas, sobre todo si ellas, las expectativas, fueran lastreadas en falsa percepción de la realidad social. O sea, la expectativa que presupone un equívoco o adviene de una incomprensión causa problema social, afectando la funcionalidad del sistema – comprometiendo, en última instancia, la diferenciación del sistema jurídico en relación al ambiente.

La referencia necesaria a la realización del futuro permite la comprensión de la carencia simbólica inherente a todo ordenamiento jurídico. Estructuras normativas y la correspondente generalización simbólica de expectativas, generalizaciones sobre el cierto y el incierto, esperado e inesperado, inclusive sobre el futuro<sup>152</sup>. La orientación al futuro es el hilo conductor del sentido operacional a partir de que se realiza el derecho.

Esa referencia temporal del derecho no prescinde de los cuadrantes de validez de la norma jurídica. Vale la referencia temporal en cuanto tiene validez la norma. Eso no significa que la aprehensión del comportamiento humano, fenómeno esencial a la normatividad jurídica, esté necesariamente modulada por criterios espacio-temporales. La determinación de la normatividad

---

<sup>149</sup> Longamente, LUHMANN, Niklas. *Das Recht der Gesellschaft...* *Op. cit.*, pp. 165-213. Didáticamente, HUBER, Thomas. *Systemtheorie...* *Op. cit.*, pp. 92-94.

<sup>150</sup> BARALDI, Cláudio; CORSI, Giancarlo; ESPOSITO, Elena (org.) *Glossar zu Niklas Luhmann...* *Op. cit.*, pp. 72-75.

<sup>151</sup> Profundizar en LUHMANN, Niklas. *Die Moral der Gesellschaft...* *Op. cit.*, pp. 55 y ss.

<sup>152</sup> La generalización se torna posible por la combinación entre las demandas de estabilidades específicas y análisis de susceptibilidades específicas.

se da por la función normativa, desde la producción de expectativas hasta la más genuina percepción de un futuro incierto<sup>153</sup>, condición inherente a dicha sociedad altamente compleja.

La así llamada función del derecho de “estabilización de las expectativas normativas vía regulación de las generalizaciones temporales, materiales y sociales”<sup>154</sup> asume espacio privilegiado en la construcción del sentido operacional del sistema jurídico, en detrimento de las determinaciones de voluntad conforme oportunidad, adecuación, interés o conveniencia social. La expansión o intensificación de las condiciones temporales de la norma (diferenciación de la normatividad) confiere a la dimensión comunicativa consenso/disenso relevancia significativa para la sociabilidad del sistema, integrando la naturaleza del procedimiento que mueve la operacionalidad del derecho hasta la decisión judicial.

En ese grado de auto-comprensión, la función del derecho pasa a ser la de decidir frente al futuro y esa decisión se generaliza en la estabilización de las expectativas indicadas por la norma. En otros términos, la convivencia social toma la forma de una bifurcación<sup>155</sup>: ¿cuál el camino a ser seguido, a proporcionar la mejor funcionalidad?

Por consiguiente, no hay decisión sobre el futuro, no hay sistema jurídico orientado al futuro, que no comporte elevado costo social<sup>156</sup>. Dimensión

---

<sup>153</sup> La elaboración teórica del futuro incierto alcanza sus mayores consecuencias en la observación sociológica del riesgo, así como se pretende en “el futuro como riesgo”. La decisión, obtenida a partir de proceso comunicativo, se coloca en el sistema jurídico en condición de incerteza y la expectativa se produce en bases inestables, LUHMANN, Niklas. *Soziologie des Risikos*, 1991. La dimensión temporal de la función del derecho asume nueva forma y nueva tipificación frente al riesgo. LUHMANN, Niklas. *Das Recht der Gesellschaft...* *Op. cit.*, p. 141.

<sup>154</sup> LUHMANN, Niklas. *Das Recht der Gesellschaft...* *Op. cit.*, p. 131.

<sup>155</sup> LUHMANN, Niklas. *Das Recht der Gesellschaft...* *Op. cit.*, pp. 130-131.

<sup>156</sup> TEUBNER, Günther. *Selbstsubversive Gerechtigkeit: Kontingenzformel oder Transzendenzformel des Rechts*. In: TEUBNER, Günther (org.) *Nach Jacques Derrida und Niklas Luhmann: Zur (Un-)Möglichkeit einer Gesellschaftstheorie der Gerechtigkeit*, 2008, pp. 14-16, observando la ausencia de criterios para determinación de la “justicia”, en el caso un proyecto para la política (política de la sociedad): “Gesetzgebung, die von Überlegungen der politischen Gerechtigkeit beherrscht wird, unternimmt die juristische gerechtigkeit der

temporal y dimensión social, aunque diferenciadas bajo la perspectiva analítica, no resisten a la verificación empírico-racional y no se conciben aisladas una de la otra<sup>157</sup>; es propio del concepto de derecho en una sociedad altamente compleja. Cómo y en qué medida se produce el costo social merece un estudio apropiado<sup>158</sup>.

A través del derecho se permite conocer – tomar ciencia de – las expectativas por él protegidas o no, qué expectativas se encuentran estabilizadas, cuáles concentran mayor foco de comportamientos arriesgados. Se admiten, todavía, las más variadas posibilidades, cada cual como nueva posibilidad de una posibilidad, desde que se preserve la credibilidad y la confianza en la expectativa por el derecho.

Confianza<sup>159</sup> y credibilidad en el derecho operan semánticamente como mecanismos de reducción de complejidad, una vez que en una sociedad altamente compleja la racionalidad sistémica es ella misma insuficiente para dar cuenta de las carencias de mecanismos de garantía de confianza. Así el derecho refuerza su calidad de estabilización simbólica de las crisis de confianza<sup>160</sup>.

La función se desdobra, se ramifica y se subdivide. Si una pluralidad de funciones o una simple analítica de equivalentes funcionales, el problema de la función pasa a ser el de la funcionalidad de la función del

---

Gerichtsverfahren”; “(...) nos termos da concepção luhmanniana da positividade do direito, isto é, fechamento normativo e abertura cognitiva do direito moderno, o problema da justiça é reorientado para a questão da complexidade adequada do sistema jurídico e da consistência das suas decisões”. NEVES, Marcelo. Entre Têmis e Leviatã: uma relação difícil, 2008, p. 85. Abordando a “justiça *luhmanniana*” como “complexidade social adequada”, BLECHER, Michael. Reclaiming the common. In: CALLIESS, Galf-Peter; FISCHER-LESCANO, Andreas; WIELSCH, Dan (org.) *Soziologische Jurisprudenz: Festschrift für Günther Teubner zum 65. Geburtstag*, 2009, pp. 10-11.

<sup>157</sup> LUHMANN, Niklas. Das Recht der Gesellschaft... *Op. cit.*, p. 131.

<sup>158</sup> Todo indica que en el modelo luhmanniano el ambiente de que proviene el costo social es bien capaz de abrir cognitivamente el sistema, pero no llega a corromper la especificidad de la decisión.

<sup>159</sup> La confianza permite establecer formas de cooperación, incluso incrementando la racionalidad de los propios intereses, LUHMANN, Niklas. Vertrauen... *Op. cit.*, p. 27.

<sup>160</sup> LUHMANN, Niklas. Das Recht der Gesellschaft... *Op. cit.*, p. 132.

derecho<sup>161</sup>, pues la propia función del derecho es determinada por la función referenciada, o semántico-operacionalmente apurada en el proceso de comunicación entre el sistema y el ambiente. En ese escenario, incluso la técnica forense, el “gana-pan”<sup>162</sup> del jurista, asumiría función propia en el derecho.

Pero Luhmann rechaza la multiplicidad funcional del derecho. Cada variante sería apenas respuesta parcial u obscura o imprecisa al fenómeno jurídico. La definición funcional del derecho trae consecuencias y rige la consistencia en la construcción del concepto de norma (“el modo normativo de la expectativa” – la normatividad de la expectativa)<sup>163</sup>, estableciendo el marco de diferenciación entre las posibilidades de comportamiento y los casos de ruptura de la expectativa. La definición funcional del derecho y el concepto de norma decurrente es precisamente el límite entre la expectativa meramente cognitiva y la expectativa normativa.

El concepto funcional de la norma, como expectativa estable y contrafáctica de comportamiento, presupone la toma de decisión sobre la obediencia o no de la norma, si ella llena adecuadamente o no su función regulativa. De ahí devienen las demás características esenciales de la norma, como la derivación procedimental de legitimidad o la composición de elementos de grandeza moral, además de, parece claro, de las expectativas de sanción y todas las consecuencias (simbólicas) decurrentes, sea para la estabilización del incierto, o para dimensionar el futuro. La cuestión de la imperatividad de las normas, por su parte, depende de la misma trama semántico-operacional, vigorando tanto más cuanto más fuerte el código semántico obtenido de las condiciones de estabilidad sistémica<sup>164</sup>, porque estabilidad y expectativa están semánticamente articuladas.

---

<sup>161</sup> Concebida como concepto o símbolo pleno de significación.

<sup>162</sup> “In diesem Sinne hat das Recht dann schließlich auch die Funktion, den Juristen ihr täglich Brot zu beschaffen”. LUHMANN, Niklas. *Das Recht der Gesellschaft...* *Op. cit.*, p. 133.

<sup>163</sup> LUHMANN, Niklas. *Das Recht der Gesellschaft...* *Op. cit.*, p. 133.

<sup>164</sup> Luhmann da a ese conjunto el nombre de proyección de la expectativa normativa. LUHMANN, Niklas. *Das Recht der Gesellschaft...* *Op. cit.*, p. 135.

Sin la correspondiente observancia, aunque en contrariedad a la norma, caen por tierra la exigibilidad de la norma y la consistencia funcional del derecho – en permanente crisis de disfuncionalidad. Mismo se admitiese la conformación de comportamientos como función secundaria del derecho, la teoría funcional del derecho perdería consistencia en un sin-número de equivalentes funcionales y sería destituida de su propiedad autopoiética y encadenamiento semántico-operacional.

Dimensionada jurídicamente, asumiendo los padrones comunicativos propios del sistema jurídico, la norma es refuerzada a cada proceso comunicativo, caso a caso, se renovando e llenando su carga semántica de normatividad<sup>165</sup>.

Sólo es norma aquella producida por el derecho, diferenciada sistémicamente y concebida en el mismo movimiento operacional de la función que le confiere la especificidad. Norma se produce por el recurso y referencialidad a la expectativa normativa, en permanente cadena de operaciones de diferenciación, orientandose al futuro por la composición de las alternativas de producción/creación cognitiva de certeza y normalidad.

Esa validación del sentido operacional de la reproducción normativa del derecho califica la funcionalidad del sistema jurídico. El derecho dimensiona las condiciones cognitivas de realización del futuro y permite la elaboración del juicio de normalidad y de los cuadrantes que indican la mayor o menor capacidad operacional y estabilización de las expectativas normativas.

Entonces, es así que la efectividad de la norma, en una sociedad tenida como compleja, es la fusión modal entre normalidad y normatividad<sup>166</sup>. Esa concepción bipolar de la función del derecho (normalidad/normatividad) se extiende conforme el concepto de regulación de conflictos adoptado, quiere decir, dependiendo de la dinámica de los conflictos que se propone regular. Eso

---

<sup>165</sup> LUHMANN, Niklas. *Das Recht der Gesellschaft...* *Op. cit.*, pp. 136-7.

<sup>166</sup> LUHMANN, Niklas. *Das Recht der Gesellschaft...* *Op. cit.*, p. 138.



hace del derecho, en verdad, un complejo normativo de regulación y estabilización normativa del flujo continuo de interacciones simbólicas o comportamiento<sup>167</sup>, volcado a la auto-regulación: derecho es sistema funcional apenas en la medida en que se le garante la diferenciación – autonomía sistémica y clausura semántico-operacional – y se le reserva la función específica de estabilización contrafáctica<sup>168</sup>.

Manteniendo la coherencia y la unidad lógica de la teoría de los sistemas, el modelo sociológico diferencia los problemas, y, al diferenciarlos, promueve la propia diferenciación de la dimensión del futuro, como condición de movilidad (flexibilización) y reproducción – autopoietica – del sistema jurídico de la sociedad<sup>169</sup>.

Las investigaciones sobre los problemas de la multiplicidad de funciones, y adecuada delimitación de los parámetros de comprensión de la pérdida de la especificidad funcional y una consecuente elaboración funcional del *wer soll entscheiden* (quién debe decidir)<sup>170</sup> serían los próximos pasos del esclarecimiento de la teoría sistémica. En esta tesis, sin embargo, el objeto de investigación no va más allá de la aprehensión de la función que es propia al derecho, por fuerza de la hipótesis de llevarle a la confrontación con la “seguridad cognitiva” en *Jakobs*<sup>171</sup>.

---

<sup>167</sup> LUHMANN, Niklas. Das Recht der Gesellschaft... *Op. cit.*, p. 139-140. La regulación necesariamente es regulación jurídica, bajo pena de pérdida de la especificidad del sistema jurídico, fenómeno recurrente en la práctica técnico-jurídica.

<sup>168</sup> LUHMANN, Niklas. Das Recht der Gesellschaft... *Op. cit.*, p. 141. Desde que el propio sistema social le garantice las condiciones de diferenciación.

<sup>169</sup> LUHMANN, Niklas. Das Recht der Gesellschaft... *Op. cit.*, pp. 142-143.

<sup>170</sup> LUHMANN, Niklas. Das Recht der Gesellschaft... *Op. cit.*, pp. 143-164. La cuestión del “quien debe decidir” puede ser incluso desdoblada en *wer soll entscheiden, was Sinn hat* (“quien debe decidir en que hay sentido”), cuestión inconclusa en la observación del así llamado derecho penal del enemigo: “In dieser Sprache – vorverlagernd, mit harter Strafe bekämpfend, prozessuale Garantien einschränkend – spricht der Staat nicht mit seinem Bürgern, sondern droht er seinen Feinden, und es bleibt die Frage, wer als Feind angesehen wird”, JAKOBS, Günther. Das Selbstverständnis der Strafrechtswissenschaft vor den Herausforderungen der Gegenwart... *Op. cit.*, p. 52.

<sup>171</sup> En materia penal, se distingue esa función en latente y manifiesta, JAKOBS, Günther. Das Selbstverständnis der Strafrechtswissenschaft vor den Herausforderungen der Gegenwart... *Op.*

Además de eso, expresar con exactitud y rigor conceptual la función específica del derecho desprende la validación de la capacidad de orientación al futuro y prevención de la comunicación de la decisión jurídica, que será también llevado a la confrontación con los elementos normativos y con las posibilidades de interpretación sugeridas por los conceptos de persona y enemigo. La especificidad funcional y la generalización congruente de las expectativas normativas traen aún consigo una última complicación, el comportamiento decisorio esencial a la comprensión crítica de los conceptos de persona y enemigo: cómo y quién define normativamente la persona o el enemigo.

---

*cit.*, p. 50; POLAINO-ORTS, Miguel. ¿Comunicación versus coacción? Consideraciones críticas... *Op. cit.*, pp. 121 y ss.

## 6. Represividad y el sentido operacional de la intervención punitiva

El sentido operacional indicado por la reacción penal revela niveles de inestabilidad normativa frente a la sociedad moderna<sup>172</sup>. La pérdida de estabilidad deviene de modelos impropios de ecuación entre represividad e intervención punitiva. El discurso jurídico-penal tradicional se estrecha por una empedernida retórica, excesivamente elogiosa a la aplicación del así conocido “garantismo penal”<sup>173</sup>, cuyo campo simbólico de formalización de libertades no reconoce las formas objetivas de existencia que disuelven los requisitos mínimos de seguridad de la sociedad<sup>174</sup>.

La observación sociológica del sentido operacional del derecho penal tiende a desmanchar las formas tradicionales de representación de la reacción penal y de los instrumentos de intervención punitiva a que recurre la

---

<sup>172</sup> Aunque si no nos permita la verificación empírico-racional de los niveles de inestabilidad del sentido operacional indicado por la reacción penal, lugar-común entre los penalistas el presupuesto de “indefinición” y de “fragilidad” de la formalización de la pena en le cotidiano, tal cual HASSEMER, Winfried. *Warum Strafe sein muss*, 2009, p. 49. Sobre o caráter normativo do senso comum, HERZOG, Felix. *Die Leute und ihre normative gesellschaftliche Verständigung: Post-naturrechtliches Naturrecht im (straf)rechtstheoretischen Denken von Winfried Hassemer*. In: HERZOG, Felix; NEUMANN, Ulfried (org.) *Festschrift für Winfried Hassemer zum 70. Geburtstag*, 2010, pp. 49-56. De Georgi describe ese estado más amplio de “crisis” del derecho como “consecuencia de la incapacidad de los protagonistas de profundizar la reflexión sobre la ciencia y por tanto como una involución no-refleja de la reflexión originaria (sobre las posibilidades de la epistemología jurídica), y por tanto como necesidad de abrirse a todos los estímulos perceptibles y hundirles en una mezcla, capaz de organizarse y sobrevivir”, DE GIORGI, Rafaella. *Ciencia del derecho... Op. cit.*, p. 230.

<sup>173</sup> FERRAJOLI, Luigi. *Diritto e Ragione: teoria del garantismo penale*, 1989. APONTE, Alejandro. *Krieg und Feindstrafrecht... Op. cit.*, pp. 351 y ss. La cuestión de las garantías en *Jakobs* opera en campo calitativamente distinto, como “protección cognitiva de la condición de pessoa”, que espera será tratada en cuanto tal, caso contrario estará para el derecho como “enemigo”, JAKOBS, Günther. *Das Selbstverständnis der Strafrechtswissenschaft vor den Herausforderungen der Gegenwart... Op. cit.*, p. 51.

<sup>174</sup> “Reside aí a raiz provável do paradoxo de uma sociedade, de um lado, obsessivamente preocupada em definir e proclamar uma lista crescente de direitos humanos, mas impotente, de outro, para fazer descer esses direitos do plano de um formalismo abstrato e inoperante e levá-los a uma efetivação concreta nas instituições e práticas sociais”. FERRAZ JR., Tercio Sampaio. Prefácio. In: VILLAS BÔAS FILHO, Orlando. *Teoria dos sistemas e o direito brasileiro*, 2009, p. XIX.

legislación penal<sup>175</sup>. Esa reacción penal tradicional no se muestra más capaz de elaborar equivalentes funcionales aptos a correlacionar antecedentes y consecuentes frente a la acción<sup>176</sup> (jurídico-penalmente relevante), sobre la que se impone el proceso de atribución de responsabilidad. Consecuentemente, la reacción penal sufre *déficit* de comunicación al no encontrar parámetros de comprensión a una altura compatible de complejidad, atada a modelo de derecho anacrónico en relación a la dinámica de la sociedad.

Esa inestabilidad normativa, al lado de las deficiencias de represividad, imposible de acceder por la teoría dominante del derecho penal, abre espacio tanto para la exasperación punitivista cuanto para la retórica colocación de la *ultima ratio*, cada cual a su modo prejudicial a la construcción racional del sistema jurídico-penal.

Con base en esa preocupación, la descomposición de las formas tradicionales de reacción penal pasa a ser reconstituida y asume el sentido de problema bajo recomendación de una observación sociológica. La incapacidad de comunicar los equivalentes funcionales de la acción que provoca la reacción penal marca el sentido del problema como inadecuación de la represividad.

De la dimensión semántica del problema se desprenden la determinación del sentido de la intervención punitiva que ella motiva y aún un nuevo sentido más, la consecuente solución sistemática del problema, o sea, estimula la necesidad de recomposición del sentido operacional con que se realiza el sistema y la recombinación de los elementos que le autorizan la

---

<sup>175</sup> Em el ámbito de la legislación constitucional, *Neves* atraye la atención para el “carácter simplista e ilusório” de una concepción instrumental del derecho. Citando *Lenk*, afirma que “há um grande de leis que servem apenas para codificar juridicamente ‘normas sociais’ reconhecidas”, acrescentando a ressalva quanto à acentuada “complexidade do ambiente social dos sistemas jurídico e político (...) para que a atuação do Estado através da legislação possa ser apresentada como instrumento de controle social”. NEVES, Marcelo. A constituição simbólica... *Op. cit.*, pp. 29-30.

<sup>176</sup> Para la crítica al método, LUHMANN, Niklas. *Soziologische Aufklärung...* *Op. cit.*, pp. 25-27. En materia penal, la crítica a la insuficiencia de la doctrina tradicional para la comprensión de la complejidad y irregularidad de los cursos causales, CHAVES CAMARGO, Antonio Luís. *Imputação objetiva e direito penal brasileiro*, 2002.

reproducción operacional<sup>177</sup>. La búsqueda de equivalentes funcionales requiere reorganización de los criterios y de los procesos de comunicación de la represividad, carentes de operacionalidad por cuenta de cierta negligencia con las estructuras esenciales del derecho que se generalizan para el funcionamiento de la vida social.

La funcionalidad de la comunicación de la represividad depende del reacomodamiento de los elementos estructurales del derecho penal. El restablecimiento de los niveles de equilibrio entre represividad e intervención punitiva demanda la reorientación de la auto-comprensión de la reacción penal<sup>178</sup>, de las medidas de interacción simbólica que despiertan la vena sancionatoria de la decisión jurídica. Es justamente ese mecanismo sancionatorio que indica el carácter simbólico de la represividad<sup>179</sup> y la comprensión de la prevención general positiva<sup>180</sup>.

---

<sup>177</sup> Didácticamente sobre el método del análisis funcional, BARALDI, Cláudio; CORSI, Giancarlo; ESPOSITO, Elena (org.) *Glossar zu Niklas Luhmann...* *Op. cit.*, pp. 61-62.

<sup>178</sup> Para análisis de las modificaciones estructurales en materia penal, SCHÖNEBORN, Christian. Schuldprinzip und generalpräventiver Aspekt. In: *Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft*, n. 88, 1976, pp. 349-364; HASSEMER, Winfried. Über die Berücksichtigung der Folgen der Auslegung der Strafgesetze. In: *Europäisches Rechtsdenken in Geschichte und Gegenwart Festschrift für Helmut Coing zum 70. Geburtstag*, v. 1., 1982, p. 493.

<sup>179</sup> Necesario ajustar que ese carácter simbólico de la represividad no se confunde con la “legislación simbólica”. Para fines de elucidación, Neves se posiciona contrariamente a una orientación meramente simbólica del derecho y elabora la crítica a la “legislación simbólica” como crítica a la “concepción instrumental” del derecho positivo. El direito, sólo un “momento estrutural da sociedade dentre outros”, no sería dotado de la potencia de alcanzar a determinados “fins desejados pelo legislador”; la complejidade del ambiente social impide que “a atuação do Estado através de legislação possa ser apresentada como instrumento seguro de controle social”. Neves A constitucionalização simbólica... *Op. cit.*, p. 29. Se apoiando en Kindermann, describe la tipología de la legislación simbólica: “a) confirmar valores sociais; b) demonstrar a capacidade de ação do Estado; c) adiar a solução de conflitos sociais através de compromissos dilatatórios”, NEVES, Marcelo. A constitucionalização simbólica... *Op. cit.*, p. 33; VOB, Monika. *Symbolische Gesetzgebung: Fragen zur Rationalität von Strafgesetzgebungsakten*, 1989; FÜHR, Martin. *Symbolische Gesetzgebung: verfassungswidrig?* In: *Kritische Vierteljahresschrift für Gesetzgebung und Rechtswissenschaft*, 2003, pp. 05-21; FUNCKE-AUFFERMANN, Niklas. *Symbolische Gesetzgebung im Lichte der Positiven Generalprävention: Eine Untersuchung am Beispiel des ,Gesetzes zur Änderung der Vorschriften über die Straftaten gegen die sexuelle Selbstbestimmung und zur Änderung anderer Vorschriften vom 27. Dezember.2003, 2007;* CALLIESS, Gralf-Peter. Die Steuerungskrise. In: CALLIESS, Gralf-Peter; FISCHER-LESCANO, Andreas; WIELSCH, Dan (org.) *Soziologische Jurisprudenz: Festschrift für Günther Teubner zum 65. Geburtstag*, 2009,

La represividad debe cuidar en verdad de la creación de expectativas para producción del sentido jurídico vía comunicación de la decisión judicial<sup>181</sup>. Parece valioso para una observación sociológica que esas expectativas sean concebidas en otro plano de observación: como “expectativa de la expectativa” (*Erwartungserwartungen*)<sup>182</sup>.

Significa que la represividad es responsable por la comunicación de las interacciones simbólicas – la reacción – al ambiente<sup>183</sup>, es el medio por el que el derecho facilitaría la observancia de las expectativas, viabilizando la selección de expectativas de comportamiento. La selección de esas expectativas se orienta por la comunicación de la solución del conflicto con la variación menos deseable de perturbación social.

La represividad y la selección de expectativas de comportamiento se operan por la necesidad de control<sup>184</sup> y estabilización que el sistema demanda en relación a sí mismo. Control y estabilización del sistema son las contraseñas para llegar al conocimiento de la inteligencia de la comunicación de la represividad, selectividad y juicio de necesidad de reacción. El sentido de la

---

p. 470; GÜNTHER, Klaus. Die symbolisch-expressive Bedeutung der Strafe. In: PRITTWITZ, Cornelius et al. (org.). *Festschrift für Klaus Lüderssen zum 70. Geburtstag*, 2002, p. 207.

<sup>180</sup> En profundidad, ZIEGLER, Rolf. Norm, Sanktion, Rolle: Eine strukturelle Rekonstruktion soziologischer Begriffe. In: *Kölner Zeitschrift für Soziologie und Sozialpsychologie*, n. 36, 1984: “Mit Hilfe dieses in ein Netz von faktischen Bedingungen und Funktionen eingebauten Normbegriffs kann die Soziologie viel mehr sehen und formulieren, als im Rechtssystem selbst verwendbar ist (p. 24)”; VOGEL, Joachim. *Norm und Pflicht bei unechten Unterlassungsdelikten*, 1993.

<sup>181</sup> La producción de sentido jurídico realiza la paradoja de la decisión judicial, que revigora el lugar del Judiciario en el juicio de percepción de futuro y orientación de los resultados, LUHMANN, Niklas. Die soziologische Beobachtung... *Op. cit.*, pp. 30-31. En detalles, LUHMANN, Niklas. Das Recht der Gesellschaft... *Op. cit.*, pp. 124-164.

<sup>182</sup> La discusión se aprofundiza en LUHMANN, Niklas. Einführung in die Systemtheorie... *Op. cit.*: “Da Kontingenz durch Negation von Unmöglichkeit und Notwendigkeit definiert wird, kann man auch von negative Kontingenz sprechen” (pp. 66 y ss.).

<sup>183</sup> Peculiar a la evolución del derecho (LUHMANN, Niklas. Das Recht der Gesellschaft... *Op. cit.*, pp. 239-298), las interacciones simbólicas distinguen proceso en permanente cadena semántico-operacional, nunca definitiva, porque el ambiente continuamente impuliona la manipulación sistema/ambiente y sistema frente a sí mismo (en doble vía), LUHMANN, Niklas. Soziologische Aufklärung... *Op. cit.*, p. 43.

<sup>184</sup> BAECKER, Dirk ¿Por qué una teoría de sistemas? In: GÓMEZ-JARA-DÍEZ, Carlos (org.) *Teoría de sistemas y derecho penal: fundamentos y posibilidades de aplicación*, 2005, pp. 03 y ss.

represividad consiste en comunicar lo que escapa al contenido referencial del derecho, lo que no carga sentido propio a la identidad semántica del sistema jurídico, cuyo movimiento, de la represividad, se realiza en ese movimiento operacional y por esa referencialidad se permite orientar.

Pero no significa igualmente que sea ella en sí os instrumentos<sup>185</sup> de que se vale el derecho para contraponerse al no-derecho y asegurarle, al mismo tiempo, la identidad y su configuración en la sociedad, diferenciando el sistema jurídico en relación a los demás sistemas de la sociedad, en la relación sistema/ambiente. Antes de eso, la reacción penal (apenas) indica cognitivamente los instrumentos para la auto-regulación jurídica y ofrece el sentido con que se debe operar esa auto-regulación y realizar la función que le es propia<sup>186</sup>. La represividad ocupa el lugar de conductor del sentido operacional de la intervención punitiva, orientando la construcción de sentido entre identidad y no-identidad del derecho para la estabilización normativa.

La construcción del sentido del sistema jurídico, perspectivado por específica reproducción semántico-operacional, oscila entre mayor o menor grado de reducción o aumento de complejidad. La consistencia del proceso auto-regulatorio varía conforme la capacidad de generalización simbólica, de condicionar cognitivamente las “situaciones sociales allí prescriptas, con todas sus condicionantes racionales”<sup>187</sup>, manipulando las posibilidades de sentido y combinación de las estructuras jurídicas. La institucionalización de las reglas jurídicas es relación continua y torna disponible la calibración funcional de la complejidad<sup>188</sup> del derecho en relación al ambiente.

El problema de la generalización simbólica pasa por garantizar las dimensiones temporales de la función del derecho, proteger, planear o incluso ofrecer viabilidad a la implementación de expectativas, sobre todo si ellas, las

---

<sup>185</sup> Sobre la diferencia entre represividad e violencia física, LUHMANN, Niklas. *Rechtssoziologie*, 3. ed., 1987, pp. 218-219.

<sup>186</sup> En la línea luhmanniana, “la generalización congruente de expectativas normativas”.

<sup>187</sup> FERRAZ JR., Tercio Sampaio. *Introdução ao estudo do direito... Op. cit.*, p. 69.

<sup>188</sup> LUHMANN, Niklas. *Rechtssoziologie... Op. cit.*, p. 117.

expectativas, fueran lastradas en falsa percepción de la realidad social. O sea, la expectativa que presupone un equívoco o adviene de una incompreensión o es causada por un problema social, afectando la funcionalidad del sistema y la capacidad de reacción o comunicación de la represividad.

Así se justifica el recurso a la abstracción. La auto-comprensión del derecho permite no sólo la ganancia en auto-comprensión, sino que dinamiza las posibilidades de regulación y los mecanismos de intervención punitiva en el proceso de comunicación de la represividad “en niveles de abstracción suficientes para colocar en movimiento los mecanismos de selección de las soluciones de problemas capaces de estabilizar el sistema jurídico”<sup>189</sup>.

La intervención punitiva se opera en creciente complejidad y el surgimiento de contingencias es un constante desafío a la represividad y a la comunicación de la decisión. Todavía, justamente la contingencialidad es que motiva la mutación de las estructuras de sentido para que el derecho no pierda de vista la función que le es específica. En esa línea de paradojas, es en la contingencialidad que el derecho busca la estabilidad normativa, es la contingencia el motor de la racionalidad jurídica<sup>190</sup>. La estabilización del derecho sigue la vía de la legalización (positivación) de su mutabilidad, en proceso reglado por el principio de la contingencia<sup>191</sup>.

Las formulaciones sistemáticas de los conceptos de persona y enemigo deben corresponder a sentido jurídico-normativo que actúe directamente en el aumento de comprensión del derecho y desencadenar la operacionalidad que le preserve la diferenciación funcional y mantenga los cuadrantes de estabilización normativa alineados al sentido de la organización social.

---

<sup>189</sup> DE GIORGI, Raffaella. Ciencia del derecho... *Op. cit.*, p. 273.

<sup>190</sup> DE GIORGI, Raffaella. Ciencia del derecho... *Op. cit.*, p. 272: “La única estrategia posible y segura de estabilización que el sistema puede desarrollar debe pasar inmediatamente a través de la consideración de la contingencia. Estabilización del sistema del derecho significa estabilización de una estructura normativa caracterizada por una contingencia extremadamente alta”.

<sup>191</sup> DE GIORGI, Raffaella. Ciencia del derecho... *Op. cit.*, p. 273.



Dados esos presupuestos, a despecho de la infra-complejidad de la tradicional representación del derecho penal, ¿estaría el sentido operacional indicado por la reacción penal en Jakobs apto a solucionar el problema de la inestabilidad normativa frente a la sociedad moderna, pronto a expresar la ecuación entre la represividad y la intervención punitiva? La finalidad de esa observación sociológica es justo discutir el campo simbólico de operación de la intervención punitiva y el mecanismo de ajuste y calibración de la paradoja entre seguridad y libertades individuales, con motivación en la necesidad de ofrecer análisis complementares a las actuales discusiones de la teoría dominante de bases principiológicas político-criminales. Quién sabe así esa investigación pueda lograr ofrecer otras posibilidades de abordaje del sistema jurídico-penal al cuestionar la elaboración funcionalista de los problemas del derecho penal y al enfrentar los límites racionales de esa funcionalización.

## **7. Riesgo y peligro: un capítulo olvidado de la teoría de los sistemas**

Para aprehender el contenido del concepto de riesgo, se hará la observación de la recomposición elementos esenciales. Ese sería el primer paso para determinar cómo el riesgo se funcionaliza en relación a la propia configuración del sistema social y en qué medida él integra, categorialmente, la dinámica conceptual en todo y relativamente a las ramificaciones especializadas del sistema social. El problema del riesgo, o del concepto de riesgo, es precisamente el de la comprensión de los límites y posibilidades de la racionalidad y de la tecnología para la realización del futuro. Problematizar el riesgo es investigar el sentido (y las dimensiones de ese sentido) del sistema social y la capacidad operacional (regulatoria) frente al acaso o a lo desconocido.

Eso significa decidir frente a lo incierto, que es ajustar un alargado consenso social como condición de existencia del futuro y de la modernidad. A partir de ese carácter eminentemente decisorio, la comunicación de una decisión asume la consciencia del riesgo como categoría de mediación entre lo probable y lo improbable, ofreciéndole el marco semántico necesario para forjar consenso, para avanzar en la modernidad.

La comunicación del riesgo deriva de una operación conceptual (trama de conceptos semánticamente autorreferenciados) dirigida a la preservación de la funcionalidad de la técnica y de las condiciones de racionalidad, sobre todo en lo que respecta al poder decisorio frente al futuro. La reproducción del riesgo, y de su concepto, no se opera aisladamente. El contexto esencial de las operaciones arriesgadas es el sistema social. Concebir el riesgo es evaluar cómo y en qué medida la comunicación del riesgo interseca semánticamente el contenido significativo del sistema social. Entonces, el

concepto de riesgo es tomado en la misma medida hermenéutica del sistema social.

Vale el concepto de riesgo conforme el modelo de sistema social. Y el sistema social contemporáneo se mueve por la concreción de una posibilidad fundada en una extrema improbabilidad, que trae consigo, sin embargo, la marca de las catástrofes. Superada la sociología tradicional, la tentativa de gestión racional de las decisiones no solamente es insuficiente, sino que también impacta en el propio juicio sistémico, o la capacidad de un pensamiento racionalmente organizado. Si la razón es precaria, el entendimiento es falible y las consecuencias son desconocidas, debe deducirse que el riesgo representa la categoría central del proceso comunicativo y elemento referencial de su retroalimentación semántica. De forma que alterando las dimensiones significantes del riesgo, se recompone, necesariamente, lo que se comprende del sistema social.<sup>192</sup>

Sobre el riesgo ya fueron organizados múltiples discursos, percibidos en las más diversas modalidades de pensamiento teórico-científico. Por más diversas o supuestamente nuevas que sean las cadenas de sentido presentadas, las divergencias entre ellas son aún bastante poco significativas desde el punto de vista científico<sup>193</sup>. Desde Fichte, vale la premisa mayor de optimización de la lógica de la rentabilidad por medio de la función de la absorción de las incertezas<sup>194</sup>. Paralelamente a los esfuerzos de verificación empírico-racional del riesgo, y a otras tendencias marginales de técnicas de decisión, surgieron nuevas líneas de investigación sobre la subjetivación del riesgo y del modo como se relaciona con la determinación de las expectativas y de las elecciones sociales. Esas perspectivas subjetivistas, influenciadas por

---

<sup>192</sup> Cf. lectura introductoria de LUHMANN, Niklas. *Soziologie des Risikos... op. cit.*, pp. 1-7.

<sup>193</sup> Las investigaciones originales sobre el tema se limitaban al confronto de estadísticas sobre el “cálculo del riesgo”, más detalles en KNIGHT, Frank. *Uncertainty and Profit*, Boston 1921.

<sup>194</sup> Luhmann resalta que Fichte no fue capaz, sin embargo, de extender el concepto a la Macro- y a la Micro-Economía, LUHMANN, Niklas. *Soziologie des Risikos... op. cit.*, p. 9.

elementos psíquicos y psicosociales, apuntan hacia la dificultad de los sujetos en establecer criterios racionales de decisión en vista de la necesidad de ponderaciones de carácter valorativo. Por tanto, un modelo que toma por base el cálculo del riesgo orientado por las expectativas subjetivas de su aplicación<sup>195</sup>.

Sin embargo, no prescindir de especulaciones valorativas, o dejarse conducir por ellas, convierte al proceso de cuantificación racional (cálculo) aún más intrincado – ¿cómo cuantificar racionalmente valores? Y esa deficiencia no se limita a la esfera exclusivamente individual, porque las organizaciones, con sus complejas estructuras y su elevado potencial decisorio-regulatorio, se deparan con la incapacidad de calcular cuantitativamente el riesgo, o de tomar posición frente a las actividades arriesgadas.

En el límite, la “amenaza de potencial catástrofe” está implícita en la percepción del riesgo e integra el cálculo, es decir, la propia cuantificación racional presupone la amenaza (la probabilidad de lo improbable) para la determinación del consentimiento societario frente a la modernidad arriesgada. El cálculo del riesgo, tornándose aún más complejo al pensarse en los casos de modernidad periférica y de déficit de estabilidad en el desarrollo, genera situaciones-problema que afectan el proceso de producción de consenso<sup>196</sup>.

Luhmann admite que la evaluación del problema del riesgo releva el carácter comportamental del sistema social. Se comporta así en caso de expectativa socialmente relevante, en la manera en cómo los sujetos están sociabilizados. Constatada la sociabilidad del problema del riesgo a partir del comportamiento de los sujetos, cosechada de las investigaciones en antropología sociocultural y en la politología, las ciencias sociales dieron un importante paso para la comprensión de su sentido y para la evolución de su concepto: estimativa

---

<sup>195</sup> LUHMANN, Niklas. *Soziologie des Risikos...* *op. cit.*, p. 9-10.

<sup>196</sup> LUHMANN, Niklas. *Soziologie des Risikos...* *op. cit.*, p. 11.

del riesgo, por un lado, aceptación del riesgo, por otro; no es solamente un problema de naturaleza psíquica, antes que eso es un problema social<sup>197</sup>. Un problema social, cuyas consecuencias son socialmente percibidas. De ahí la necesidad de la selectividad del riesgo, de lo que merece o no los cuidados de la investigación sistémica. En el proceso de selección, la investigación sistémica se ocupa de funcionalizar las demandas sociales. Eso se da por la evaluación, desde contextos ordinarios hasta los más inusitados, de la relevancia o no de un comportamiento arriesgado, y, en contrapartida, por la determinación de la comunicación adecuada a aquel sistema. Esto es, incluir determinado contexto social y las operaciones a él correspondientes en el proceso comunicativo<sup>198</sup>, de modo que le asegure a la comunicación correspondencia semántica con las diferentes reacciones sociales percibidas por los sujetos.

¿Es cierto que teoría sociológica se ocupa en seleccionar el riesgo y que es preciso conocer por qué y cómo se da ese proceso?<sup>199</sup> El método apto no prescinde de los componentes “autológicos”, siempre necesarios cuando “observadores observan observadores”, o sea, lo que el sistema social concibe por comportamiento es lo que entiende sobre sí mismo. Él no opera fuera de la sociedad, sino dentro de la misma, produciendo su sentido social y la configuración de los elementos estructurales. Lo que falta, sin embargo, es una teoría de la selectividad del riesgo (teoría del concepto de selectividad del riesgo) de las operaciones sociosistémicas, que circunscribe la observación de esas observaciones, circunscribiendo también las propias estructuras (de sentido) que determinan esas operaciones<sup>200</sup>. Interpretar (captar las estructuras de sentido) el sistema social a partir de sí mismo (autorreferencia) es en Luhmann la superación

---

<sup>197</sup> LUHMANN, Niklas. *Soziologie des Risikos...* *op. cit.*, p. 12.

<sup>198</sup> Comunicación entendida como “comunicación de una decisión individual”. LUHMANN, Niklas. *Soziologie des Risikos...* *op. cit.*, p. 13.

<sup>199</sup> Luhmann rechaza las posiciones “anti-capitalistas” preconcebidas por la sociología del riesgo (referencias a BECK, Ulrich. *Die Risikogesellschaft: Auf dem Weg in eine andere Moderne*, Frankfurt 1986), que veem en la modernidad solamente como momento oportuno para “alarmar” la sociedad. LUHMANN, Niklas. *Soziologie des Risikos...* *op. cit.*, p. 13.

<sup>200</sup> Razón por que Luhmann concluye que el problema del riesgo integra categorialmente la teoría de la sociedad moderna, dándole unidad de sentido por medio de su “aparato conceptual”. LUHMANN, Niklas. *Soziologie des Risikos...* *op. cit.*, p. 14.

de la sociología tradicional. La construcción del concepto de riesgo depende del método transdisciplinar de investigación, porque ninguna disciplina aisladamente podría dar cuenta de tal concepción. Antes que la complementariedad de los discursos científicos, se exige que cada una de sus ramificaciones investigue la extensión del concepto (y de sus dimensiones de sentido), cada una de ellas sometiéndolo a su lógica interna y extrayendo las consecuencias intradinámicas necesarias. El concepto de riesgo depende del discurso constituido internamente; porque del entorno (ambiente externo) nada se puede esperar sobre riesgo, diferenciación, expectativa, evaluación o cálculo de probabilidad: se trata de la delimitación interna de la capacidad del sistema autorreferenciado, en contraposición al ambiente intradinámico de otro sistema<sup>201</sup>; el sistema se especializa en la medida en que se diferencia internamente del ambiente externo.

El concepto de riesgo evoluciona en la larga transición de la Edad Media hasta la modernidad reciente. Incluso las culturas antiguas más elevadas no enfrentaron problemas análogos en cuanto a la acepción del riesgo tomada por lo que hoy se tiene de él. En verdad, dado el increíble avance tecnológico de los días actuales (el dominio del hombre sobre la naturaleza), la historia del concepto de riesgo es la historia de su desacralización<sup>202</sup>. Lo que caracteriza al riesgo es el vínculo entre la decisión y la realización del futuro, aunque poco se pueda saber (racionalmente) del futuro. Importa llegar a una decisión cierta, aunque de ella pueda advenir un futuro incierto. O mejor, captar el grado de diferenciación de determinado sistema social para evitar, lo más posible, la falibilidad de los criterios racionales. Los daños deben ser minorados por las probabilidades<sup>203</sup>; “arriesgar” obedece al principio de la evitabilidad del daño, lo que significa, en

---

<sup>201</sup> “No hay concepto de riesgo que sea científicamente suficiente. Quien propone una definición del concepto de riesgo se encuentra desde el principio en medio de una nebulosa, o tiene rápidamente la impresión de no ir más allá del propio paragolpes”. LUHMANN, Niklas. *Soziologie des Risikos... op. cit.*, p. 15.

<sup>202</sup> El propio Luhmann reconoce que la etimología de la palabra o la historia del concepto de riesgo poco contribuye para una inequívoca toma de posición, carente de un juicio racional más preciso sobre la condición espacio-temporal del hombre en la sociedad, LUHMANN, Niklas. *Soziologie des Risikos... op. cit.*, p. 21. En detalles, BERNSTEIN, Peter. *Wider die Götter: die Geschichte der moderne Risikogesellschaft*, Hamburg 2004.

<sup>203</sup> LUHMANN, Niklas. *Soziologie des Risikos... op. cit.*, p. 22.

otros términos, el control racional de las operaciones intra-sistémicas, irrumpidas por una decisión (comunicación del riesgo).

El método a partir de que cada observador genera una nueva diferenciación al que describe (véase en detalles *supra*) presupone la ponderación entre relaciones de causalidad y verificación empírico-racional de las probabilidades, influenciando (racionalmente) las elecciones. Nada más que la búsqueda de una “nueva observación” (el “segundo orden”) o de la recomposición del contenido significativo de la primera descripción, con vistas a la comunicación de decisión. Esa resolución metodológica le confiere, al observador de lo que observa, la posibilidad de posicionarse de un u otro modo sobre lo que ya fuera descripto.

Esa toma de posición implica, necesariamente, un complejo semántico-operacional (y, por supuesto, las estructuras temporales de sentido) de doble-vía – eso sería la reproducción de uno de los aspectos más favorables de la primera descripción, reforzándole las estructuras de identidad; esto significaría ir más allá de los límites del primer aspecto, inaugurando nueva cadena recursiva con respecto al segundo aspecto<sup>204</sup>. Eso no implica una reducción del método a la lógica binaria, o a una nueva interpretación del observador de primer orden, apuntando entre un “lado positivo” y otro “lado negativo”. Más que eso, se trata de la reconstrucción del fenómeno del riesgo y todo su potencial contingente, que forja en cada observador una perspectiva y un juicio diferenciados<sup>205</sup>. *Ergo*, partiendo de la observación de segundo orden, el momento presente establece, vía operaciones de naturaleza semántica, los criterios racionales de decisión para el futuro (incierto). El daño evitable, contingente en su esencia, se deduce de una compleja cadena de sentidos construida a partir de las diferentes observaciones y perspectivas de las observaciones, si la decisión debe asumir el riesgo o no. Por

---

<sup>204</sup> LUHMANN, Niklas. *Soziologie des Risikos... op. cit.*, p. 23.

<sup>205</sup> LUHMANN, Niklas. *Soziologie des Risikos... op. cit.*, p. 25

ese motivo se habla de decisión como comunicación del riesgo, porque presupone el riesgo como resultado (contingente).

El concepto de riesgo, por tanto, depende de una sofisticada trama de contingencias<sup>206</sup>. La contingencia no es un hecho (¡no es una realidad concreta!). Las contingencias temporales provocan contingencias sociales, y esa pluralidad (de sentidos) no se deja superar (*aufheben*) por simples consideraciones existenciales. Por supuesto que se admite o no asumir una decisión (comunicarla), sin que ella sea fruto de conocimiento, derivada necesariamente del entendimiento. Resuelta en su diferenciación temporal, y también social, se veda el regreso a la “inocencia del conocimiento” de las condiciones ambiente. Así como en Luhmann, “el portal del Paraíso sigue lacrado por la palabra riesgo”<sup>207</sup>. Explicar el desempeño operacional del riesgo aún dice poco sobre el contenido significativo del concepto. El significado del problema del riesgo y su modernidad (actualidad y potencialidad) bien específica no deben ser subestimados. Su comprensión no debe ser un capítulo olvidado porque justamente es lo que permite comprender a la modernidad.

---

<sup>206</sup> Al acercarse de la metafísica kantiana, Luhmann acoge la expresión “esquema de contingencias”. LUHMANN, Niklas. *Soziologie des Risikos... op. cit.*, p. 25.

<sup>207</sup> LUHMANN, Niklas. *Soziologie des Risikos... op. cit.*, p. 26.



## 7.1. Riesgo, seguridad y peligro

Se suele considerar la seguridad como contrapunto del concepto de riesgo. Eso proviene del discurso retórico-político: “una actividad arriesgada despierta en nuestros corazones el valor de la seguridad”<sup>208</sup>. Esa implicación entre riesgo y seguridad sugiere la decisión entre alternativas arriesgadas o seguras, sin que, necesariamente, e independiente de circunstancias, exijan una decisión. La distinción no resiste a la demostración de su realizabilidad. El calificativo “seguro” se revela solamente como “apariencia de seguridad”; en verdad, el proceso semántico presupone “doble-seguridad”, la seguridad en sí (o su apariencia) y “otra seguridad”, que se ocupa de las eventuales posibilidades de realización del riesgo. O sea, la “alternativa segura” no se muestra efectivamente segura.

La decisión sobre el riesgo, a su modo, lleva en consideración la comunicación del riesgo en su globalidad y en la multiplicidad de sus aspectos. En vista de un juicio incierto, no hay cómo hallarse en seguridad. Entonces, el proceso comunicativo se deja conducir por la diferenciación del riesgo<sup>209</sup>. Distinguir, o mejor, diferenciar riesgo de peligro presupone dos planes distintos en términos de “perspectiva de observación”, a partir del contenido referencial, sea cual sea, la creación (o expectativa de) de incerteza en relación a daños futuros. Riesgo es consecuencia lógica de una decisión. Se imputa el riesgo a la comunicación de una decisión. El riesgo es el riesgo de una decisión. De un modo diferente, el peligro proviene del plan externo, y debe ser imputado a ese ambiente exterior (entorno)<sup>210</sup>. Esa distinción admite, también como presupuesto, el interés por la seguridad, sea como aversión al riesgo, sea por la evitabilidad del

---

<sup>208</sup> LUHMANN, Niklas. *Soziologie des Risikos...* *op. cit.*, p. 28.

<sup>209</sup> LUHMANN, Niklas. *Soziologie des Risikos...* *op. cit.*, p. 30.

<sup>210</sup> LUHMANN, Niklas. *Soziologie des Risikos...* *op. cit.*, p. 31.

peligro. Sin embargo, el proceso de diferenciación no admite la distinción<sup>211</sup> de la seguridad, puesto que la tiene como característica intrínseca. La diferenciación, a pesar de eso, permite que se distinga riesgo y peligro. La distinción del riesgo pone en segundo plano las estructuras de sentido del peligro; distinguir el peligro, por su parte, expone las limitaciones de la comunicación del riesgo (y de la decisión). La optimización de las oportunidades de elección, tomada como factor de evolución en relación a los períodos históricos precedentes, permite la mejor distinción del riesgo, realzando la especialidad del sistema social moderno<sup>212</sup>.

Sin embargo, es precisamente en el problema de la correcta imputación que los esquemas lógicos de definición riesgo/seguridad y riesgo/peligro encuentran su punto de apoyo<sup>213</sup>. Se puede observar cómo y bajo qué condiciones un observador imputa (atribuye sentido), pero sin perder de vista que la imputación es también contingente, entonces la imputación a una decisión solamente se hace posible cuando es deducida de elección entre alternativas reconocibles y aquel que decide tiene conocimiento tanto del riesgo cuanto de la alternativa. Aún en esa misma distinción, vale la salvedad de que no hay actividad libre de riesgo; no hay absoluta seguridad. Y, por tanto, no hay decisión libre de riesgo<sup>214</sup>, compitiendo a la investigación sistémica el limitado rol de situar la consciencia del riesgo: cuanto más se sabe del riesgo, menos arriesgada es la decisión; mayor es la seguridad y la garantía del consentimiento. La moderna sociedad de riesgo no es solamente el resultado de la percepción de las

---

<sup>211</sup> *Distinción (Markierung)* en el sentido luhmanniano de “medio para conducir las atenciones del discurso para el punto en que se concentra el problema”. LUHMANN, Niklas. *Soziologie des Risikos...* *op. cit.*, p. 33, nota 53.

<sup>212</sup> LUHMANN, Niklas. *Soziologie des Risikos...* *op. cit.*, p. 34.

<sup>213</sup> Luhmann concibe el problema de la imputación en el plan de la observación de segundo orden y remonta a los orígenes históricos de las investigaciones de atribución sociopsicológicas en la post-guerra, LUHMANN, Niklas. *Soziologie des Risikos...* *op. cit.*, p. 35.

<sup>214</sup> “Por supuesto que en el mundo moderno incluso la no-decisión es una decisión”. LUHMANN, Niklas. *Soziologie des Risikos...* *op. cit.*, p. 37.

consecuencias de la tecnología, sino una construcción social de las posibilidades (de investigación sistémica) del conocimiento<sup>215</sup>.

Entre la decisión y el riesgo, se posiciona (categorialmente) la prevención, que es la previa preparación para daños eventuales (futuros) e inciertos. La prevención vale tanto para los casos de peligro cuanto para los casos de riesgo. Incluso para los casos de peligro, que se realizan independientemente de decisiones, se crean estrategias de seguridad como proyección de eventos futuros: la prevención es motivada por los casos de inseguridad cogidos del ambiente. Por el contrario, cuando se trata de riesgo, la prevención pierde su carácter prospectivo y asume nuevos contornos, inmanentes a las propias condiciones (necesarias) de percepción de los daños<sup>216</sup>.

Prevención del riesgo es también el riesgo primario, el estado inicial de la valoración del riesgo y el primer criterio para la aceptación o no del riesgo. Solamente por una cuestión de antedecencia lógica, pues el riesgo no deja de ser un fenómeno complejo y de pronóstico (racional) precario. La prevención permanece igualmente compleja, hasta porque se deduce de la misma dinámica semántica. La cuestión de la prevención del riesgo despierta discusiones de grandeza política. La decisión de la primaridad del riesgo, comunicar un juicio de aceptación (permisión) del riesgo de la tecnología, ejerce un rol considerable en la composición (significativa) del sistema social.

Se trata, por tanto, de una decisión obtenida a partir del debate de opiniones diferenciadas sobre esta primaridad. “La política permanece, sin embargo, en un terreno escurridizo”<sup>217</sup>, porque cada decisión (comunicación) sobre el riesgo mantiene vínculos con determinado contexto social. La politización del riesgo no se da solamente por las vías del juicio valorativo acerca

---

<sup>215</sup> LUHMANN, Niklas. *Soziologie des Risikos... op. cit.*, pp. 37-38.

<sup>216</sup> LUHMANN, Niklas. *Soziologie des Risikos... op. cit.*, p. 39.

<sup>217</sup> LUHMANN, Niklas. *Soziologie des Risikos... op. cit.*, p. 40.

del contexto arriesgado, de lo que sería o no controlable, sino por la función del planeamiento de ese contexto para attingir determinadas metas. El carácter político se revela en contenidos significativos abstractos: preferencia o no por el riesgo<sup>218</sup>. Lo que sigue abierto es que el contexto social (el sistema social en específico) puede conducir a otro riesgo que no es aquél comunicativamente celebrado<sup>219</sup>. En una renovada reflexión sobre la diferenciación entre riesgo y peligro, la prevención convierte la omisión frente a un peligro (sobre todo en casos supuestos de catástrofe natural) en prevención al riesgo<sup>220</sup>.

Distinguir entre riesgo y peligro, también en caso de la prevención, exige igual una dinámica semántica, al determinar si las estructuras de sentido del “problema primario” configuran riesgo o peligro (como consecuencia práctica, la probabilidad de daños sería mayor en los casos de peligro, además de prescindir de mayores interrogantes sobre costo, típicos de situaciones de riesgo). De cualquier forma, la comunicación no abandona el trazo político, al concebir determinados casos como riesgo o como peligro<sup>221</sup>.

---

<sup>218</sup> LUHMANN, Niklas. *Soziologie des Risikos...* *op. cit.*, p. 40.

<sup>219</sup> Eso sería, así lo interpretamos, la condición de flexibilidad del sistema social, por la imposibilidad de determinación *a priori* del riesgo.

<sup>220</sup> Un estudio de caso puede ser extraído de OKRENT, David. *Comment on Societal Risk*, *Science*, 208/1980, pp. 372-375: el riesgo industrial y el riesgo de inundación en los *canons* americanos.

<sup>221</sup> LUHMANN, Niklas. *Soziologie des Risikos...* *op. cit.*, p. 40.

## 8. Resumen y delimitación de la hipótesis de trabajo

La orientación sociológica enseña el derecho a elaborar soluciones a los problemas, transmitiéndole el instrumental teórico necesario para dimensionar la auto-comprensión y el lugar del derecho de la sociedad. La observación sociológica define el alcance de la complejidad de la comunicación de la decisión jurídica y le atesta la capacidad de mayor o menor estabilización normativa.

El anacronismo de la tradición liberal y la pérdida de la identidad histórica frente al grado de desarrollo de la sociedad exponen las contradicciones del sistema jurídico-penal. Ese es un reclamo que da nuevo fôlego a la discusión sobre la función del derecho penal, paralelamente al estado evolutivo incorporado por la expansión de las potencialidades humanas y relativamente al sentido social reflejado por la facticidad estructural de la sociedad.

Las ideas penales tradicionales padecen, luego, de infra-complejidad y la investigación del modelo de *Jakobs* es más una búsqueda por la funcionalidad del derecho penal. Si el criterio que vale es mismo el de la manipulación técnica del sistema jurídico para comunicar decisión, cuales son los parámetros de comprensión de ese sentido operacional que permiten formular la represividad? Es posible que los conceptos de persona y enemigo puedan sugerir soluciones regulatorias a la paradoja de la intervención punitiva?

La resolución metodológica de la observación sociológica viene para hacer la descripción del sentido operacional sugerido por los conceptos de persona y enemigo y descubrir la identidad semántica y la diferenciación funcional del modelo de *Jakobs*. El fruto más proficuo de esa observación sociológica del sentido operacional de los conceptos de persona y enemigo puede ser la propuesta de un modelo jurídico-penal en niveles preferenciales de

estabilización normativa, más afecto a la dinámica de la sociedad, un modelo cuya consecuencia sería estimular nuevos caminos de comprensión de la paradoja entre seguridad y libertades individuales.

Como auto-explicación que reconoce los propios límites de la investigación, la aprehensión del sentido como categoría central de la observación sociológica<sup>222</sup> colige las posibilidades de problematización y elaboración funcional de la operacionalidad del sistema jurídico, viabilizando la reflexión sobre la variación, congruencia y estabilidad de la represividad comunicada. Los conceptos de persona y enemigo son trazados al repertorio por medio de que se produce y reproduce el derecho, de tal forma que la restricción de análisis de objeto quiere saber que finalidades de la pena y la mayor o menor perversión de las funciones del derecho penal, si de hecho la problemática persona/enemigo ofrece llaves de resolución de la paradoja seguridad/libertad y para llenar el hiato de la represividad penal.

---

<sup>222</sup> LUHMANN, Niklas. Sinn als Grundbegriff der Soziologie. In: HABERMAS, Jürgen; LUHMANN, Niklas (org.) *Theorie der Gesellschaft oder Sozialtechnologie: Was leistet die Systemforschung?*, 1974, pp. 25 y ss.

## CAPÍTULO II

### SISTEMA FUNCIONALISTA NORMATIVO

#### 1. Cuestiones fundamentales del modelo jurídico-penal de Günther Jakobs

La evolución de las ideas penales toma la apariencia y el modo característico de un movimiento pendular, oscilando entre los polos de matrices teóricas más afectas al ontologismo o elaboradas en la línea del normativismo<sup>223</sup>. Reflexivamente ese debate traduce en teoría jurídico-penal las modificaciones estructurales y la manipulación del sentido operacional de la represividad, ora enalteciendo la capacidad de generalización simbólica, ora desviando la auto-comprensión del derecho penal a criterios racionales de organización del pensamiento de baja complejidad y dudosa funcionalidad, sintetizados en fórmula genérica de “política criminal”.

Posicionándose contrariamente a los vínculos estructurales entre política y derecho penal, el coloso<sup>224</sup> del modelo jurídico-penal de Günther Jakobs se situaría en el polo de la radicalidad normativa, plasmado más a la extrema de la abstracción normativa. Para evidenciarle el sentido operacional y la

---

<sup>223</sup> SCHÜNEMANN, Bernd. Strafrechtsdogmatik als Wissenschaft. In: SCHÜNEMANN, Bernd (org.) *Festschrift für Claus Roxin zum 70. Geburtstag*, 2001, pp. 14 y ss.; SCHÜNEMANN, Bernd. Zum gegenwärtigen Stand der Lehre von der Strafrechtsschuld. In: DÖLLING, Dieter (org.) *Jus humanum: Grundlagen des Rechts und Strafrecht – Festschrift für Ernst-Joachim Lampe*, 2003, pp. 541 y ss. En Naucke se desarrolla análisis de la teoría de la prevención general positiva de Winfried Hassemer como allena a la querela de las escuelas penais, NAUCKE, Wolfgang. *Schulenkstreit*. In: HERZOG, Felix; NEUMANN, Ulfried (org.) *Festschrift für Winfried Hassemer zum 70. Geburtstag*, 2010, pp. 560 y ss.

<sup>224</sup> Un “coloso con piés-de-barro”?, SCHÜNEMANN. *Strafrechtsdogmatik... Op. cit.*, pp. 01-32.

extensión de la complejidad del normativismo de Jakobs, la observación sociológica de las cuestiones fundamentales recorrerá el siguiente trayecto de descripción: quiebra de la norma y confirmación de la norma válida; el reconocimiento y la prevención general positiva, la legitimación material, la legitimación formal y la cuestión del bien jurídico.

Al analizar esas cuestiones fundamentales, esa observación no se limita a rescatar el sentido operacional sugerido por esos conceptos, pero también y sobre todo la elucidar algunas de las cuestiones fundamentales controvertidas en la literatura, bien como orientar la toma de posición sobre los fundamentos teóricos en Jakobs: la supuesta filiación al modelo luhmanniano y el probable guiño de inspiración hegeliana.

Si la comparación entre los modelos cede lugar a la observación, conseguimos alcanzar la recuperación del sentido operacional del modelo jurídico-penal de Jakobs y llevarle al confronto de las afinidades con el derecho de la sociedad. Casi una exhortación, en qué medida la propuesta de Jakobs permite incrementar la operacionalidad del derecho penal frente a la sociedad, sin propiamente rendirse a las intrigas que envuelven ese modelo en el discurso jurídico-penal.

A partir de esas cuestiones fundamentales, lo que interesa es evaluar si en el perímetro trazado por Jakobs hay posibilidad idónea de manipulación de las estructuras contradictorias del derecho para preservar la diferenciación funcional, si el sentido operacional de la represividad por él entendido como “seguridad cognitiva” alcanza atributos teóricos más indicados para la estabilización normativa.



## 2. El concepto de pena

### 2.1. Quiebra de la norma y confirmación de la norma válida

En Jakobs, la violencia de Estado es determinada por el orden (*Ordnung*) y el sentido que ese orden históricamente transmite. Cualquiera haya sido la composición de los hechos o época, la manutención del orden significa la garantía de la existencia del Estado por el uso de la fuerza, más o menos legítimo, a variar conforme las exigencias de efectividad: en tiempos de guerra, recrudescimiento de la intervención punitiva; la paz permite moderar el ardor<sup>225</sup>.

Cualquiera sea el caso, para Jakobs el concepto de pena estuvo siempre ligado al orden<sup>226</sup>. Todo orden delinea un conjunto de normas, que deben conservar cierta estabilidad para permitir la realización de las interacciones sociales libre de perturbaciones. El problema de la pena aporta en Jakobs como un problema de naturaleza normativa, que se direcciona a la reposición del orden perturbado. La pena demuestra la medida necesaria a la preservación de la estabilidad normativa afectada<sup>227</sup>, lo que permite conceptualizarla “reacción a la quiebra de la norma (*Normbruch*)”<sup>228</sup>.

El trazo distintivo de la pena en el modelo de Jakobs es la “demostración de la validez normativa a las costas de una responsabilidad”<sup>229</sup>. La representación tradicional de la pena como “mal por el mal” evoluciona y es obtenida en su estado positivo. Por más que de esa demostración (afirmación positiva o confirmación) de la validez normativa se despliegue la imposición de un

---

<sup>225</sup> Jakobs delimita la aprehensión del concepto de pena estatal, sin todavía determinar los conceptos de Estado y orden a que se refiere, JAKOBS, Günther. *Strafrecht... Op. cit.*, p. 05.

<sup>226</sup> JAKOBS, Günther. *Schuld und Prävention*, 1976, pp. 03 y ss.

<sup>227</sup> JAKOBS, Günther. *Strafrecht... Op. cit.*, p. 06; JAKOBS, Günther. *Schuld und Prävention... Op. cit.*, pp. 03 y ss.

<sup>228</sup> JAKOBS, Günther. *Strafrecht... Op. cit.*, p. 05.

<sup>229</sup> JAKOBS, Günther. *Strafrecht... Op. cit.*, p. 06.

mal, no es ese mal o los efectos de esa violencia de Estado los que especifican la pena, sino la “estabilización de la norma cuestionada en su validez.”

Así, de modo conciso, lo que marca la dinámica del modelo de Jakobs: la quiebra de la norma presupone una responsabilidad correlativa y demanda la reacción de la violencia de Estado, de la defraudación a la confirmación de la norma.

La quiebra de la norma adviene del comportamiento de un ser humano, cada cual portador de responsabilidad. Ese comportamiento del ser humano es dimensionado en contacto social, de un ser humano con otro ser humano (o agregado o también su organización). Las recíprocas interacciones de comportamiento se armonizan por expectativas de comportamiento y determinan las condiciones de existencia de la sociabilidad<sup>230</sup>.

La sociabilidad sólo adquiere condiciones de existencia<sup>231</sup> en un meta-plano (*Metaebene*)<sup>232</sup>, en la medida en que un comportamiento espera determinado otro comportamiento. Si un comportamiento falta con atención con respecto a expectativa de otro, precisamente en ese momento es que “se origina el conflicto que presenta la necesidad de reacción”<sup>233</sup>. La falta de atención a la expectativa del otro impone la revisión de los esquemas que determinan las expectativas, porque siendo así habría una incoherencia entre el plano (cognitivo) del esperado y el desarrollo de las interacciones sociales.

Las relaciones de interacción y de contacto social entre seres humanos presuponen que los agentes sólo “esperan que el interlocutor observe las normas jurídicas (*Rechtsnormen*)”<sup>234</sup>. En Jakobs, esa expectativa es de naturaleza cognitiva<sup>235</sup> y compete a la norma jurídica elaborar estrategias de reacción a partir del conflicto originado por la decepción cognitiva. La reacción

---

<sup>230</sup> JAKOBS, Günther. *Strafrecht...* *Op. cit.*, p. 06, nota 5a.

<sup>231</sup> JAKOBS, Günther. *Norm, Person, Gesellschaft...* *Op. cit.*, p. 48.

<sup>232</sup> VOß, Monika. *Symbolische Gesetzgebung...*, p. 37, com base em *Schütz*.

<sup>233</sup> JAKOBS, Günther. *Strafrecht...* *Op. cit.*, p. 06.

<sup>234</sup> JAKOBS, Günther. *Strafrecht...* *Op. cit.*, p. 07.

<sup>235</sup> JAKOBS, Günther. *Norm, Person, Gesellschaft...* *Op. cit.*, p. 61.

penal toma la experiencia de desilusión como un correctivo para recobrar el respecto a las normas (válidas) y no comprometer la armonía de la sociabilidad.

La experiencia de la desilusión es un acontecimiento pretérito, ella no pasa de fuente para la reacción jurídica a un conflicto que permanece en el presente. Ese conflicto generado por la expectativa frustrada da sentido a la represividad y es él también, en Jakobs, el que conduce el juicio de necesidad de intervención punitiva: “se trata entonces de la reacción del presente perturbado por el pasado”<sup>236</sup>.

Cabe a la reacción penal resguardar la validez de las normas indispensables a la identidad social, alejando las perturbaciones que el pasado trae para el presente. Es apenas en último análisis y en el particular de la reacción penal que ese modelo de derecho penal se apoya en los conceptos de acción y de culpabilidad para establecer *pro futuro* la diligencia en cuanto a la observancia de la norma<sup>237</sup>, tomando del pasado el conjunto de sentidos para restablecer la estabilización (normativa) del presente.

---

<sup>236</sup> En detalles, JAKOBS, Günther. *Vergangenheitsbewältigung durch Strafrecht?* In: ISENSEE, Josef (org.) *Vergangenheitsbewältigung durch Recht: Wissenschaftliche Abhandlungen und Reden zur Philosophie, Politik und Geistgeschichte*, v. 16, 1992, pp. 37-64”, pp. 37-38. Crítico à juridificação do conflito, TEUBNER, Günther. *Verrechtlichung: Begriff, Merkmale, Grenzen, Auswege*. In: KÜBLER, Friedrich (org.) *Verrechtlichung von Wirtschaft, Arbeit und soziale Solidarität*, 1984, pp. 289-344. Llevando la interpretación de Teubner al ámbito penal: “A juridificação aparece descrita como um processo pelo qual os conflitos humanos são inteiramente despojados da sua dimensão existencial própria através do formalismo jurídico, e desnaturados em virtude da respectiva submissão a processos de resolução de natureza jurídica: assim entendida, a juridificação surge como expropriação do conflito’. Na linguagem criminológica assinala-se que nessa perspectiva o processo penal formal subtrai o conflito do âmbito da vítima e do autor; o processo, afirma-se, faz invisível esse conflito, despersonaliza a vítima, impede o seu encontro pessoal com o autor e converte-a numa ‘não-pessoa’. Uma maior legitimidade alcançou esse roubo do conflito da esfera privada efectuado pelo Estado, levando-se em conta que os próprios envolvidos no conflito não só lhe outorgaram a competência exclusiva para dirimir os conflitos como também acreditaram na sua capacidade de resolução. A crítica subjacente é a de que, dessa forma, ‘a juridificação não resolve os conflitos, mas simplesmente aliena-os: ou seja, mutila os conflitos sociais, reduzindo-se a um mero caso judicial, e deste modo exclui qualquer possibilidade de uma resolução socialmente adequada e prospectivamente orientada’. Uma vez mais evidenciada a erosão provocada no objectivo de funcionalidade”. FERNANDES, Fernando. *O processo penal...* *Op. cit.*, 2001, p. 94.

<sup>237</sup> JAKOBS, Günther. *Strafrecht...* *Op. cit.*, p. 07; JAKOBS, Günther. *Vergangenheitsbewältigung...* *Op. cit.*, pp. 37-38.

Quiere decir que una conducta irresponsable indica cognitivamente la mayor o menor medida de perturbación del orden.

La organización racional de esos elementos en la dogmática jurídico-penal<sup>238</sup> supera el problema de que no todo aquél que quiebra la norma es responsable. Así pues la dogmática jurídico-penal recurre a la culpabilidad para construir el sentido técnico de la pena, delimitando los contornos que modelan la responsabilidad<sup>239</sup> y comunica al derecho globalmente considerado medidas adecuadas de intervención. La represividad puede, por lo general, comunicar reacciones alternativas<sup>240</sup>.

Superadas los resalvos de carácter eminentemente técnico, lo que realmente importa para esa observación, todavía, es asimilar cognitivamente el sentido que la responsabilidad transmite al comportamiento. Hasta este punto es

---

<sup>238</sup> Referenciándose a los mismos presupuestos desarrollados en esas “cuestiones fundamentales”, la construcción de la dogmática jurídico-penal en *Jakobs* se compone de las variantes acción-sociedad-derecho penal: “(...) un concepto jurídico-penal de acción debe combinar sociedad y Derecho penal. Sob pena de degenerar hasta quedar convertido en un concepto de mera utilidad didáctica que describa un escalón inicial del delito, debe contener una teoría lo más completa posible del comportamiento jurídico-penalmente relevante. El concepto de acción, en cuanto concepto jurídico-penal, debe garantizar que la definición de los comportamientos jurídico-penalmente imputables no sea una mezcolanza de elementos heterogéneos agrupados de cualquier manera, sino *una* unidad conceptual. Puesto que en momento actual es opinión casi unánime la de atribuir el concepto de acción exclusivamente a la teoría del injusto, se plantea la cuestión acerca de qué es lo que supone este concepto para el conjunto, es decir, para el injusto y la culpabilidad”. JAKOBS, Günther. *El concepto jurídico-penal de acción*, 1996, pp. 09-10.

<sup>239</sup> Más precisamente, acción y culpabilidad fornecen al derecho penal la capacidad de operacionalizar los criterios para atribución de responsabilidad y observancia de la norma; JAKOBS, Günther. *Vergangenheitsbewältigung...* *Op. cit.*, pp. 38-40 y ss.; el manejo técnico entre acción y culpabilidad constituye el momento central de comprensión de la teoría del delito: “forma la responsabilidad por culpabilidad parte de la acción?”, JAKOBS, Günther. *El concepto jurídico-penal...* *Op. cit.*, p. 10.

<sup>240</sup> Esa posibilidad de comunicar reacciones alternativas refuerza la tesis de que la represividad no se confunde con la pena. Bajo criterios de observación peculiares a la epistemología constructivista, se especifica: “Es un error identificar la función del derecho penal con la función de la pena. La función del sistema jurídico-penal, de estabilización de expectativas, no sólo se verifica cuando se impone una pena (o medida de seguridad) sino también cuando no se aplica ninguna de ellas, por ejemplo, por haber operado alguna de sus estructuras de legitimidad. Es decir, tanto la pena (P), como la no-pena (~P), forman parte de la función del sistema jurídico penal”. PIÑA-ROCHFORT, Juan Ignacio. Algunas consideraciones acerca de la (auto) legitimación del derecho penal: es el problema de la legitimidad abordable desde una perspectiva sistémico-constructivista? In: GÓMEZ-JARA-DÍEZ, Carlos (org.) *Teoría de Sistemas y Derecho Penal: fundamentos y posibilidades de aplicación*, 2005, p. 267.

posible sostener que cada comportamiento corresponde a un indicador de responsabilidad. Incluso que la responsabilidad carga en sí la fundamentación del modelo de Jakobs, porque es ella que establece el conjunto de condiciones sobre que se fundamenta la cognición de las expectativas.

Es decir, se espera que otro se comporte de esa o de aquella manera porque este otro será responsable por la observancia de la norma que regla este comportamiento. Justamente por esperar que se atribuya a otro responsabilidad por la observancia de las normas, por respetar las normas válidas, es que se constituye la trama de las relaciones sociables<sup>241</sup>. Así es que se justifica la propia constitución del mundo, los seres humanos le dan forma y se proponen a organizarle racionalmente, elaborando incluso estructuras institucionales de control y manutención del orden.

De las interacciones comportamentales a la desilusión cognitiva, la expectativa del respecto a la norma es esencial a la comprensión del concepto de pena en Jakobs. Reduciendo esa demostración conceptual a un esquema lógico, se tiene que: un ser humano espera de otro un comportamiento (expectativa); cada comportamiento carga una responsabilidad por la fidelidad a la norma que dispone sobre la realización de una conducta (responsabilidad); si la expectativa cae en decepción, se trata de un comportamiento irresponsables y luego se hace necesaria una reacción institucional<sup>242</sup> – contrafáctica<sup>243</sup> (pena).

Jakobs también se preocupa en dimensionar el carácter público del derecho penal, que por obvio no se adstringe a meras relaciones entre los seres humanos y se reporta a la figura del Estado. El Estado también es portador de responsabilidad en la trama de relaciones sociables. Toda quiebra de la norma,

---

<sup>241</sup> Aquí se evidencia ya el *hegelianismo* de Jakobs, de tal forma que la sociedad no se constituiría de una simple somatoria de los individuos en estado contractual, sino de una densa articulación normativa de esos individuos en interpersonalidad, dentre otros, JAKOBS, Günther. *Das Strafrecht zwischen Funktionalismus und 'alteuropäischem' Prinzipiendenken: Oder Verabschiedung des 'alteuropäischen' Strafrechts?* In: *Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaften*, n. 107, 1995, pp. 843 y ss.

<sup>242</sup> La legitimación de la intervención punitiva estatal deriva del sentido comunicado por la acción personal, SCHNEIDER, Hendrik. *Kann die Einübung...* *Op. cit.*, p. 57.

<sup>243</sup> JAKOBS, Günther. *Strafrecht...* *Op. cit.*, p. 07.

sean las que sean las circunstancias de la expectativa desilusionada, impone confirmación válida por la fuerza de Estado, porque al revés habría el retroceso a la venganza privada. Más específicamente, “toda quiebra de normas jurídicas penalmente garantizadas se torna un conflicto de naturaleza pública”<sup>244</sup> y el conflicto debe ser sometido a la institucionalización.

El mejor ejemplo de eso es la protección penal de la propiedad<sup>245</sup>. Aunque cada ser humano la estime de modo diverso, atribuyendo valor conformado a la propia mundividencia, la generalización de las normas penales desconoce el carácter variado de las opiniones individuales y se concentra en la protección penal en el “sentido socio-global de la propiedad”<sup>246</sup>. Aunque la percepción de la propiedad oscile en relación a cada ser humano, es una percepción procesada en un sentido global, cuyas determinantes forjan las expectativas de comportamiento. Es posible incluso interpretar que esa es la marca de la sociabilidad.

A esa altura el ejemplo de Jakobs sobre la protección penal de la propiedad reconduce a un plano de entendimiento aún más significativo, por bien evidenciar cómo la sociabilidad prevalece sobre la concepción del ser humano para la garantía del orden. Desde ahí la identidad del sistema penalmente protegido sugiere sólo especulativamente su no-identidad, qué orden entonces habría que no fuera públicamente garantizada la propiedad individual<sup>247</sup>.

---

<sup>244</sup> JAKOBS, Günther. *Strafrecht... Op. cit.*, p. 08.

<sup>245</sup> En la historia de las ideas penales, la crítica a la protección penal de la propiedad en MARX, Karl. *Debatten über das preußische Holzdiebstahlgesetz*. In: VORMBAUM, Thomas (org.) *Strafrechtsdenker der Neuzeit*, 1998, pp. 403-414.

<sup>246</sup> JAKOBS, Günther. *Strafrecht... Op. cit.*, pp. 08-09: de se ponderar que “essa perspectiva pública não exclui de questão a consideração da afetação individualizada da vítima em delitos contra a propriedade, mas essa afetação deve ser submetida ao crivo público (como o efeito coativo do furto), ao menos quando deva influenciar a medida penal”.

<sup>247</sup> Evidenciando la condición esencialmente conservadora de la protección jurídico-penal, KINDHÄUSER, Urs. *Gefährdung als Straftat*, 1989, pp. 157 y ss.

### 2.1.1. Más Hegel que Luhmann

Para un análisis riguroso, hay mucho a ser desvendado sobre la relación entre Luhmann y Jakobs<sup>248</sup>. A cada modelo le corresponde una universalidad propia, cada cual atiende a categorías cualitativamente distintas entre sí<sup>249</sup>. En ese caso, antes de someter los modelos a mera relación de comparación (son universos muy diversos, uno operando en el campo de la sociología, otro más arraigado a principios de la filosofía del derecho), más vale para la auto-comprensión del derecho penal de la sociedad someter Jakobs a la observación luhmanniana, ya bajo el estado de observación de tercera orden<sup>250</sup> y, a su tiempo, evidenciar que hay mucho más Hegel do que Luhmann en Jakobs<sup>251</sup>.

Ese capítulo pretende evidenciar las imprecisiones teórico-conceptuales recurrentes en el discurso jurídico-penal, que tributan al modelo jurídico-penal de Jakobs una inequívoca<sup>252</sup> matriz luhmanniana<sup>253</sup>. Mariana

---

<sup>248</sup> Aunque la relevancia de la cuestión sea minorada por Daniel Pastor (PASTOR, Daniel. El derecho penal del enemigo en el espejo del poder punitivo internacional. In: CANCIO-MELIÁ, Manuel; GÓMEZ-JARA-DÍEZ, Carlos (org.) *Derecho penal del enemigo: el discurso penal de la exclusión*, v. 2, 2006, pp. 475-522), la intención parece ser aislar a Jakobs del debate. Al longo de esa investigación, la cuestión se nos afiguró más do que un *verbosa in re facile*, para afirmarse en la calidad de problema de fondo en el confronto de las posibilidades de ecuacionar justicia y funcionalidad, sistemas filosóficos y observación sociológica.

<sup>249</sup> Para un análisis crítico de las distinciones categoriales, PORTILLA-CONTRERAS, Guillermo. Los excesos del formalismo jurídico neofuncionalista en normativismo del derecho penal. In: JORGE BARREIRO, Agustín *et al.* (org.) *Homenaje al Profesor Dr. Gonzalo Rodríguez Mourullo*, 2005, p. 857 y ss.

<sup>250</sup> Pawlik analiza la hipótesis de aproximación del punto de partida del funcionalismo de Jakobs como observación de segundo orden, PAWLIK, Michael. *Das unerlaubte Verhalten beim Betrug*, 1999, pp. 62-64.

<sup>251</sup> “Hegels Rechtsphilosophie bietet ein System, in dem man auch heute noch sehr gut rechtsphilosophisch arbeiten kann. Aber man darf sich nicht sklavisch daran halten. Bei Luhmann ist der Zwang zur Sauberkeit des Denkens ungemein ernüchternd, insoweit, wie gesagt, vergleichbar mit Kelsen. Freilich habe ich, das merkt jeder meiner Leser, mit Luhmann auch meine Schwierigkeiten. Das gilt aber auch für viele Soziologen, und zwar meistens in demselben Punkt, nämlich der Behandlung der strukturellen Kopplungen bei Luhmann. Mit dem, was er dazu sagt, kommt man im Recht nicht aus“. JAKOBS, Günther. “Ein Gespräch mit Herrn Professor Dr. Günther Jakobs”. In: [http://fhi.rg.mpg.de/Gespraech/0810schmoeckel\\_mayenburg\\_jakobs.htm](http://fhi.rg.mpg.de/Gespraech/0810schmoeckel_mayenburg_jakobs.htm).

<sup>252</sup> SACHER, Mariana. Systemtheorie und Strafrecht... *Op. cit.*, p. 574-575. Frommel, ao que tudo indica mais ponderada do que Sacher, entende que a estabilização normativa em Jakobs tão-somente “lembração Luhmann”, apenas uma “casca”. A crítica de Frommel, baseada em

Sacher, sin considerar las diferenciaciones de fondo entre los modelos y hasta cierto punto con negligencia la ardua percepción categorial de los movimientos conceptuales, reduce lo que así entiende como derecho penal del enemigo a un esquema excesivamente simplificador: la persona sería determinada por el rol que desempeña en relación a la sociedad, y aquellos que ahí ningún rol representan serían “no-personas”<sup>254</sup>. Y por entender que Jakobs depende de estructuras de la sociedad para la construcción de un modelo autopoiético de derecho penal, además de otras coincidencias puramente nominales, Sacher afianza el luhmannianismo de Jakobs<sup>255</sup>.

Hay estudios más ponderados, que sugieren haya apenas aproximaciones entre el modelo jurídico de Jakobs y el modelo sociológico de Luhmann, como en Frommel<sup>256</sup>. Aunque recurrentes las referencias a la sociología luhmanniana en el manual de derecho penal publicado por Jakobs en 1993, en 1995 los estudios “Derecho penal entre el funcionalismo y pensamiento principiológico”<sup>257</sup> ya se anuncia la clara intención del autor en posicionarse contrariamente a la teoría de los sistemas en materia penal. En los estudios

---

Schumann, atravessa o método funcional, porque Jakobs mesmo intencionando elaborar descrição (da problemática do inimigo), no lugar disso veicula “princípios normativos”, FROMMEL, Monika. Rebellen, Räuber und Intriganten. In: UWER, Thomas (org.) *Bitte bewahren Sie Ruhe: Leben in Feindrechtsstaat*, 2006, p. 60, nota 2.

<sup>253</sup> Como ejemplo más significativo de la “derivação da teoria dos sistemas” en Jakobs, SACHER, Mariana. Systemtheorie und Strafrecht... *Op. cit.*, pp. 574-619; acogido por PFAEFFGEN, Hans-Ullrich. Bürgerstrafrecht, Vorbeugungsstrafrecht, Feindstrafrecht... *Op. cit.*, p. 84, nota 18; el análisis de Aponte no deja de ser igualmente dudosa, por afirmaciones del tipo “Luhmann é um tipo particular de humanista: é um humanista porque é um grande observador. Ele é um observador de uma sociedade humana, hoje uma sociedade que convive com o temor e assombro em todas as utopias e mesmo nos piores vaticínios sobre o futuro”, APONTE, Alejandro, Krieg und Feindstrafrecht... *Op. cit.*, pp. 222-224.

<sup>254</sup> SACHER, Mariana, Systemtheorie und Strafrecht... *Op. cit.*, p. 578.

<sup>255</sup> SACHER, Mariana, Systemtheorie und Strafrecht... *Op. cit.*, p. 611.

<sup>256</sup> La discriminación de los Rebellen y la “fórmula de Radbruch” sobre el delincuente por convicción, apenando individuo que carga determinado *ethos* de un universo, FROMMEL, Monika. Rebellen, Räuber und Intriganten... *Op. cit.*, pp. 59-76. En Aponte se vehicula discurso sobre moralización del enemigo y radicalización de la eficiencia que ocurre como consecuencia de la calificación de enemigo en el derecho penal, APONTE, Alejandro. Krieg und Feindstrafrecht... *Op. cit.*, pp. 312-313.

<sup>257</sup> JAKOBS, Günther. Strafrecht zwischen Funktionalismus und Prinzipiendenken... *Op. cit.*, pp. 843-876.



recientes el distanciamiento entre los modelos se hace sentir más clara y vivamente en los trabajos de Jakobs y su discípulo Pawlik<sup>258</sup>.

Ese capítulo se dedica a comprender por qué se esfuerzan tanto los penalistas para reprimir a Jakobs en el campo de la sociología luhmanniana. La premisa mayor viene de la circularidad del normativismo de Jakobs, de la quiebra a la confirmación de la norma, el derecho penal crearía un mecanismo semejante a la retro-alimentación<sup>259</sup>.

Con efecto, en Jakobs el orden mantiene el orden y se mueve por sentido normativo que es el símbolo y el goze de si propio. Todavía, la expectativa en Jakobs opera en el plano de la acción y en el terreno de la culpabilidad. La sociología no comprende los hechos sociales a partir de los elementos constituyentes del derecho. Puede observarles, captarles incluso sentido operacional, pero para ella la facticidad es la norma.

Las aproximaciones al modelo luhmanniano se operan por el recurso a la idea de expectativa y de legitimidad. Hay de hecho referencias y marcos teóricos que posibilitarían avvicinar la teoría de la pena de Jakobs a la perspectiva sistémica. Todavía, esa crítica que apunta tal o cual semejanza no está allá del mero nominalismo<sup>260</sup>, no basta para identificar universalidades tan distintas como en Jakobs y en Luhmann.

Otro problema a ser desarrollado es la confusión entre expectativa normativa y cognitiva. Pero eso no significa que Jakobs sea luhmanniano. Los conceptos utilizados para indicar la pena, “quiebra de la

---

<sup>258</sup> PAWLIK, Michael. Strafwissenschaftstheorie. In: PAWLIK, Michael; ZACZYK, Rainer (org.) *Festschrift für Günther Jakobs zum 70. Geburtstag*, 2007.

<sup>259</sup> Esa retro-alimentación instigaría un pernicioso contexto consecuencialista de preservación de la forma social, SCHÜNEMANN, Bernd. Kritische Anmerkungen zur geistigen Situation der deutschen Strafrechtswissenschaft. In: *Goldammer's Archiv*, 1995, pp. 201-229; SCHÜNEMANN, Bernd. Aporien der Straftheorie in Philosophie und Literatur: Gedanken zu Immanuel Kant und Heinrich von Kleist. In: PRITTWITZ, Cornelius *et al.* (org.) *Festschrift für Klaus Lüderssen*, 2002, p. 328.

<sup>260</sup> Así también indiscriminadamente en ALCÁCER-GUIRAO, Rafael. Facticidad y normatividad. In: *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales*, v. 52, 1999, pp. 211 y ss.

norma” y “responsabilidad”<sup>261</sup>, oscilan de acuerdo con la complejidad del comportamiento de los integrantes de la sociedad, son conceptos que se procesan de acuerdo con el contexto<sup>262</sup>. La represividad comunica el sentido de la pena al aprehender el sentido del comportamiento responsable. La reafirmación de la norma válida, en esa trama de sentidos, no se da de modo aleatorio, antes se orientando por la finalidad de preservación del orden y generalización de la prevención cognitiva de comportamientos.

Toda aquella acción que perturba la normalidad de las expectativas recibe legítima reacción, como si el derecho penal validase la propia condición, visando alcanzar formas cognitivas de compensación al orden perturbada<sup>263</sup>. Jakobs se fija especialmente en la aprehensión contrafáctica de la expectativa vía reacción penal. El comportamiento que provoca la defraudación de la expectativa es problematizado por esas formas cognitivas de compensación, y en cuanto tal, vale para el derecho.

La atribución de responsabilidad por medio de los procesos de imputación, o sea, imputar responsabilidad a autor, no tiene valor en sí; la imputación vale por la “afirmación de la imputación al comportamiento desviante, nada más allá de un símbolo (representativo) de la seriedad de la imputación”<sup>264</sup>. Este entonces el nivel que atinge la abstracción del modelo de Jakobs: la imputación no es por el autor, sino por la imputación<sup>265</sup>.

La pena produce apenas la impresión de que la irresponsabilidad no es alternativa viable para las relaciones sociables, rechazando la condición de

---

<sup>261</sup> La cuestión de la responsabilidad en Jakobs es desarrollada con base en los principios de la filosofía del derecho hegeliana, en la combinación de los elementos centrales de comprensión libertad/responsabilidad.

<sup>262</sup> JAKOBS, Günther. *Strafrecht...* *Op. cit.*, pp. 05-06.

<sup>263</sup> Así en JAKOBS, Günther. *Schuld und Prävention...* *Op. cit.*, pp. 09-10, de esa vez con referencia expresa a Luhmann.

<sup>264</sup> JAKOBS, Günther. *Schuld und Prävention...* *Op. cit.*, p. 10. Originalmente, Jakobs intencionaba dar andamento al procedimiento luhmanniano: “a sanção é a possibilidade de expressão de apreensão da expectativa apesar da frustração” (nota 23, p. 10).

<sup>265</sup> En ese momento se torna clara la recuperación de una circularidad en el sentido hegeliano de la acepción, al desarrollar la capacidad de imputación como presupuesto del injusto, LESCH, Heiko. *Der Verbrechensbegriff: Grundlinien einer funktionalen Revision*, 1999, p. 213 y ss.

sociabilidad de ese comportamiento que atrajo el proceso de imputación<sup>266</sup>. Pero ella no pretende intimidar, sino generalizar “la afirmación de la confianza en el derecho”<sup>267</sup>. Lo que Jakobs pretende con el recurso a la expectativa es operacionalizar el ciclo de confianza de las relaciones sociables, que un ser humano accione de acuerdo con la expectativa conforme a la norma, orientando la represividad para el futuro. La imputación monitorea y coordina la represividad, sin la cual no se opera la estabilización normativa<sup>268</sup>.

Jakobs trabaja con centro de imputación de responsabilidad, persona<sup>269</sup> y reconocimiento interpersonal en trama de solidaridad<sup>270</sup>, en la realización del espíritu objetivo<sup>271</sup> y eticidad<sup>272</sup>. Su base teórico-conceptual para

---

<sup>266</sup> JAKOBS, Günther. *Schuld und Prävention...* *Op. cit.*, p. 10.

<sup>267</sup> JAKOBS, Günther. *Schuld und Prävention...* *Op. cit.*, p. 10.

<sup>268</sup> Por la estabilización del orden vía imputación, condición necesaria a todo sistema, Jakobs, citando Luhmann, JAKOBS, Günther. *Schuld und Prävention...* *Op. cit.*, p. 13.

<sup>269</sup> “La juridicidad empieza con la personalidad: “Sé una persona y respeta a los demás como personas (§ 36). La persona se da una existencia en el mundo ostentando propiedad, como por ejemplo su cuerpo, sus recursos etc. Puede trasladar esa propiedad, por medio de contrato, y puede ser perturbada en el disfrute de esa propiedad, por medio de actos ilícitos o incluso delitos. Este Derecho abstracto puede considerarse un Derecho natural mínimo; contiene – excepción hecha del Estado – aquello que normalmente es necesario para una convivencia ordenada”. JAKOBS, Günther. *Ciencia del derecho...* *Op. cit.*, p. 22.

<sup>270</sup> JAKOBS, Günther. La omisión: estado de la cuestión. In: ROXIN, Claus; JAKOBS, Günther; SCHÜNEMANN, Bernd; *et alli. Sobre el estado de la teoría del delito*, 2000, pp. 129-153.

<sup>271</sup> “Al llevar a cabo la transición a la tercera parte, la eticidad, Hegel resume lo aquí esbozado del siguiente modo: “Lo jurídico y lo moral no pueden existir para sí, y tiene que tener lo ético como portador y como base, pues el Derecho carece del momento de la subjetividad, que la moral a su vez tiene para sí misma, y de este modo ambos momentos no tienen realidad para sí. Sólo lo infinito, la Idea, es real: el Derecho solo existe como rama de un todo, como planta trepadora que se apoya en un árbol firme en sí y para sí”. JAKOBS, *Ciencia del Derecho...* *Op. cit.*, p. 23. Pawlik a su modo, sitúa la realización del espíritu objetivo en la crítica al contractualismo, PAWLIK, Michael. La crítica de Hegel a la filosofía política de Jean-Jacques Rousseau. In: PAWLIK, Michael. *La libertad institucionalizada*, 2010, pp. 62 y ss.; en sentido semejante, WESTPHAL, Kenneth R. Objektive Gültigkeit zwischen Gegebenem und Gemachtem: Hegels kantischer Konstruktivismus in der praktischen Philosophie. In: *Jahrbuch für Recht und Ethik*, n. 11, 2003, pp. 188 y ss.

<sup>272</sup> “La eticidad no es algo ajeno, algo que se lleva hacia la persona desde fuera, sino que constituye la persona, es su libertad. Es este el contenido humanístico de la filosofía del Derecho de Hegel. De acuerdo con la opinión de Hegel, la eticidad y el Derecho no deben ser entendidos como limitaciones de una persona ilimitadamente libre; sería este un entendimiento exclusivamente negativo, precisamente, um entendimiento limitador”. Al que sigue discurso de inequívoca radicalidad: “Por el contrario, son la eticidad y el Derecho los que delimitan aquel ámbito en el que la persona que se entiende y entiende a los demás puede ser siquiera como persona libre, de modo que – como ya sucedía en Aristóteles – solo puede vivir fuera de esta comunidad ordenada si se encuentra por encima de tal orden – entonces es Dios – o si no

la imputación de responsabilidad es filosófica, con recurso a la interpretación psicologizante de los fundamentos de la filosofía del derecho de Hegel. La pena es tomada en el sentido hegeliano de la contradicción a la quiebra de la norma, cuyo sentido es manipulado técnicamente por las categorías de la dogmática jurídico-penal<sup>273</sup>, tarea que no cumple a la teoría de los sistemas<sup>274</sup>.

Al final de ese capítulo, para ganar consistencia y dejar sin vuelta el equívoco sobre los modelos, este capítulo recibirá los estudios sobre la delicada cuestión de eventuales influencias filosóficas en Luhmann, aunque el presupuesto sea incluso que la teoría de los sistemas es una teoría sociológica destinada a la observación de las cadenas semántico-operacionales por las cuales se realiza (autopoieticamente) la sociedad. Luhmann arroga para sí el status de sociología e ironiza los sistemas filosóficos, que dan “señales de fatiga”, “apegándose sobre el modo al análisis de la historia de los propios textos y del empleo del lenguaje”<sup>275</sup>. Asimismo, necesaria mayor acuidad en la evaluación de los fundamentos de la teoría de los sistemas relativamente a la dialéctica de Hegel y a la fenomenología de Husserl<sup>276</sup>.

---

entiende tal orden – entonces es animal”. JAKOBS, *Ciencia del Derecho... Op. cit.*, p. 23; dentre los hegelianos: „Sob esse título Hegel compreende a totalidade das situações da vida humana; a moral ou o direito constituem apenas os seus momentos abstratos. No conceito de ‘eticidade’ pensa-se a totalidade das figuras nas quais a vida social se explicita”. JAESCHE, Walter. *Direito e eticidade*, 2004, p. 10.

<sup>273</sup> JAKOBS, Günther. Strafecht zwischen Funktionalismus und Prinzipiendenken... *Op. cit.*, p. 845.

<sup>274</sup> Que interesaría al derecho penal apenas en la condición de “parte de la sociedad”, JAKOBS, Günther. Strafecht zwischen Funktionalismus und Prinzipiendenken... *Op. cit.*, p. 844.

<sup>275</sup> El enfrentamiento filosofía analítica y teoría de los sistemas, dentre otros, en: PECZENIK, Alexander. The Clash of Legal Doctrine with Analytical Philosophy? In: ATIENZA, Manuel *et al.* (org.) *Theorie des Rechts und der Gesellschaft: Festschrift für Werner Krawietz zum 70. Geburtstag*, 2003, pp. 365 y ss.

<sup>276</sup> Referencias para el aprofundamiento de la cuestión, sobre todo, en HUBER, Thomas. Systemtheorie... *Op. cit.*, p. 20, nota 16. Bastante dudoso – y significativo para la comprensión de eventual relación Luhmann-filosofía: “Beobachtung stellt keine privilegierte Erkenntnisform (im Sinne eines Zugangs zu einer objektiven Realität) dar”, BARALDI, Cláudio; CORSI, Giancarlo; ESPOSITO, Elena (org.) *Glossar zu Niklas Luhmann... Op. cit.*, p. 126. Otras sopostas matrices teóricas del modelo luhmanniano serían la división del trabajo en Durkheim (como aporte para la comprensión de la diferenciación social), la teoría de la acción social y el concepto de sujeto en Weber, la teoría de la acción y el concepto de funcionalismo en Parsons y los conceptos de *Lebenswelt*, sentido y horizonte en la fenomenología de Husserl, conforme IZUZQUIZA, Ignacio. La sociedad sin hombres... *Op. cit.*, pp. 53-54. Atrelando Luhmann a Helmut Schelsky, “verdadero fundador de imperios sociológicos”, IZUZQUIZA, Ignacio. La

Hasta incluso en el derecho penal del enemigo se admiten elementos de fundamentación hegeliana. Al desarrollar la hipótesis del derecho penal del enemigo como teoría ciudadana de la (pos-) modernidad, condensada en un concepto, Müssig recurre a la conceptualización de la persona, lo que dejaría los conceptos en polaridad de identidad y no-identidad<sup>277</sup>.

---

sociedad sin hombres... *Op. cit.*, p. 23. La preocupación original en Schelsky es la superación de la dicotomía consciencia/inconsciencia, de la diferenciación sujeto/institución, en la búsqueda de la “procedimentalización institucional de la libertad subjetiva”, SCHELKY, Helmut. *Zur soziologischen Theorie der Institution*. In: SCHELKY, Helmut (org.) *Zur Theorie der Institution*, 1970, p. 26; elaborado en Luhmann, “cuanto más compleja la sociedad, más llena de presuposiciones e improbabilidades los procesos de institucionalización”, LUHMANN, Niklas. *Institutionalisierung, Funktion und Mechanismus...* *Op. cit.*, 1970, p. 37.

<sup>277</sup> MÜSSIG, Bernd. Derecho penal del enemigo: concepto y fatídico presagio. : concepto y fatídico presagio. Algunas tesis. In: CANCIO-MELIÁ, Manuel; GÓMEZ-JARA-DÍEZ, Carlos. *Derecho penal del enemigo: el discurso penal de la exclusión*, v. 2., 2006, p. 372.

## 2.2. El reconocimiento y la prevención general positiva

Para Jakobs la pena es la piedra de toque de la estabilidad normativa, es ella quien maneja el calibre más apropiado a la conservación de la identidad social, constituida en una trama de relaciones sociables que va del reconocimiento del otro - que comparte esa misma identidad - hasta la autoafirmación. En Jakobs ella reivindica para sí el sentido operacional de la reacción.

El blanco de la pena es la perturbación<sup>278</sup> generada por el desprecio a la expectativa de comportamiento, una infidelidad a la norma que afecta la manutención del orden y pone en cuestionamiento el sentido que construye la identidad de la sociedad.

La pena es la reacción al conflicto<sup>279</sup>, se operacionaliza y gana sentido a partir de la quiebra de la norma. Sin embargo, un análisis más acertado deja evidenciar que la pena demuestra la incapacidad del autor (*Täter*) organizarse correctamente, suscitando la contradicción con la prescripción normativa<sup>280</sup>. Sólo hay necesidad de pena si el autor despierta la incompatibilidad con las expectativas normativas, si el autor desencadena el conflicto con la quiebra de la norma. Esa quiebra de la norma puede ser entendida como la quiebra de la sociabilidad normativamente mediada.

---

<sup>278</sup> VOß, Monika. *Symbolische Gesetzgebung... Op. cit.*, p. 117.

<sup>279</sup> JAKOBS, Günther. *Strafrecht... Op. cit.*, p. 9. Concepto de reacción a la perturbación en JAKOBS, Günther. *Norm, Person, Gesellschaft... Op. cit.*, pp. 87-118; ZACZYK, Rainer. *Das Subjekt der objektiven Zurechnung und die Lehre von Günther Jakobs*. In: PAWLIK, Michael; ZACZYK, Rainer (org.) *Festschrift für Günther Jakobs zum 70. Geburtstag*, 2007, pp. 785-800; SILVA-SÁNCHEZ, Jesus Maria. *Strukturen der Zurechnung bei den Straftaten gegen die Umwelt*. In: HASSEMER, Winfried; KEMPF, Eberhard; MOCCIA, Sergio (org.) *Festschrift für Klaus Volk zum 65. Geburtstag*, 2009, pp. 755-770.

<sup>280</sup> JAKOBS, Günther. *Strafrecht... Op. cit.*, p. 9.

La captación del sentido del comportamiento no es estricta. La conducta del ser humano está más allá de la mera externalización del comportamiento, intentando clarificar el sentido del acto (u omisión), tentativa o preparación<sup>281</sup>.

La extensión de las condiciones de entendimiento de la acción humana permitirá a Jakobs cuestionar la misión de la pena y las posibilidades de legitimación material del derecho penal<sup>282</sup>. Situar la pena en el plano de sentido operacional de reacción a la quiebra de la norma conducirá la tarea de protección penal para la necesidad de confirmación (revalidación) de la norma (defraudada)<sup>283</sup>, y no simplemente evitar la afectación de bienes jurídicos<sup>284</sup>.

Para Jakobs la tradicional representación de la protección a bienes jurídicos representa astringencia al concepto de pena. La reacción a la quiebra de la norma penal como afirmación positiva de las normas válidas tiene la calidad de equiparar validez de la norma con el reconocimiento<sup>285</sup>. Desencadenando ese sentido operacional, los efectos de la pena adquieren mayor repercusión en el propio orden, porque reconocimiento es también refuerzo de la identidad.

La validez de la norma como reconocimiento expande las posibilidades de asentimiento al orden. La afirmación positiva da ocasión a la consciencia de la defraudación de la norma y, por consiguiente, la pena toma cuenta de la orientación fáctica de las relaciones sociables<sup>286</sup>, al reforzar (contrafácticamente) la cognición de las expectativas por el reconocimiento de la

---

<sup>281</sup> JAKOBS, Günther. *Strafrecht... Op. cit.*, p. 9.

<sup>282</sup> Para la crítica a la legitimación material en Jakobs, GÜNTHER, Klaus. *Schuld und kommunikative Freiheit: Studien zur Personalen Zurechnung strafbaren Unrechts im demokratischen Rechtsstaat*, 2005, pp. 37 y ss.

<sup>283</sup> JAKOBS, Günther. *Strafrecht... Op. cit.*, p. 09-10.

<sup>284</sup> JAKOBS, Günther. *Strafrecht... Op. cit.*, p. 10.

<sup>285</sup> JAKOBS, Günther. *Strafrecht... Op. cit.*, p. 10.

<sup>286</sup> “La misión de la pena es la manutención de la norma como padrón de orientación al contacto social”. JAKOBS, Günther. *Strafrecht... Op. cit.*, p. 10.

responsabilidad y al mover la contradicción a la defraudación de la norma contra aquél que la practica<sup>287</sup>.

La operacionalidad de la pena en Jakobs se hace, por tanto, sentir en el reconocimiento<sup>288</sup>. Todavía el reconocimiento no se basta por sí, la reacción penal no es una operación automática, que se presta aleatoriamente a confirmar el orden en todos los casos de quiebra de la norma<sup>289</sup>. La pena atiende a una teleología propia y actúa como si fuera dotada de una inteligencia inmanente, cuyo sentido es estimulado por el reconocimiento del reconocimiento<sup>290</sup>.

Se explica por qué la pena en Jakobs no puede renunciar al orden. La respuesta a la defraudación de la norma se da por el juicio de necesidad de contradicción a ella, pero contradecirle sólo cuando reconocido el desrespeto a los padrones de orientación al contacto social<sup>291</sup>. Paradojalmente, el reconocimiento del desrespeto atestigua el reconocimiento del respecto.

Por su vez, el reconocimiento del respecto ata las expectativas de relaciones sociables, y construye simbólicamente el sentido de la represividad. Este sentido deriva de proceso cognitivo que consiste en “una prevención general en el sentido de garantía de aquellas expectativas, de cuya resistencia a la desilusión a orden necesita para su manutención”<sup>292</sup>. Con el mismo pulso que protege la interacción entre los seres humanos, la pena afirma la responsabilidad

---

<sup>287</sup> JAKOBS, Günther. *Strafrecht... Op. cit.*, p. 10.

<sup>288</sup> Lo que introduce su pensamiento en la tradición de los principios de la filosofía del derecho de Hegel, con el trazo distintivo de las interacciones simbólicas. Divergiendo específicamente cuanto a las interacciones simbólicas, PAWLIK, Michael. *Person, Subjekt, Bürger*, 2004, p. 66 y ss.

<sup>289</sup> Crítico a la “automación”, SCHÜNEMANN, Bernd. *Grundfragen des modernen Strafrechts*, 1984.

<sup>290</sup> “A função da pena como prevenção geral positiva que visa ao exercício de reconhecimento da norma é exposta com os seguintes aspectos: confiança na vigência da norma, apesar de sua eventual violação; exercício da fidelidade ao Direito, que é a conexão entre o comportamento e o dever de assumir seus custos e, exercício da aceitação de suas conseqüências penais, apesar de apreendida pela sua violação. Estes aspectos caracterizam o que se denomina prevenção geral mediante o exercício do reconhecimento da norma, ou seja, a prevenção geral positiva, não intimidatória”. CHAVES CAMARGO, Antonio Luis. *Imputação objetiva e direito penal brasileiro... Op. cit.*, p. 85.

<sup>291</sup> JAKOBS, Günther. *Strafrecht... Op. cit.*, p. 13.

<sup>292</sup> JAKOBS, Günther. *Schuld und Prävention... Op. cit.*, p. 24.



cargada por todo humano de obedecer a las normas y extiende sus efectos hasta generalizar positivamente la prevención de la cognición del comportamiento.

Así se pone el germen de la prevención general positiva<sup>293</sup>, así lo es porque Jakobs afirma la función del derecho penal como garantía de la seguridad cognitiva<sup>294</sup>.

La represividad comunica la reacción penal en la medida de la generalización positiva de la prevención de la cognición del comportamiento. Solo hay sentido para la reacción penal si ella viene delimitada por comportamiento responsable y la consecuente necesidad de prevención<sup>295</sup>. Hay pena si la irresponsabilidad transmite el sentido de necesidad de prevención, si el comportamiento desencadena relaciones de finalidad para la reacción penal. Reproduciendo el mismo sentido operacional, la represividad comunica la finalidad a la pena y la finalidad dota la pena de sentido<sup>296</sup>. “Sólo la finalidad establece el contenido del concepto de culpabilidad”<sup>297</sup>, pero sólo la culpabilidad presta sentido a la finalidad<sup>298</sup>.

Definitivamente, parece que las operaciones cíclicas distinguen el modelo de Jakobs de las modalidades tradicionales de representación del

---

<sup>293</sup> PAWLIK, Michael. Strafrechtswissenschaftstheorie... *Op. cit.*, pp. 480 y ss.; FEIJOO-SANCHEZ, Bernardo. Positive Generalprävention: Gedanken zur Straftheorie Günther Jakobs. In: PAWLIK, Michael; ZACZYK, Rainer (org.) *Festschrift für Günther Jakobs zum 70. Geburtstag*, 2007, pp. 84 y ss. Para a crítica à teoria da prevenção geral positiva em Jakobs, SCHÜNEMANN, Bernd. Zum Stellenwert der positiven Generalprävention in einer dualistischen Straftheorie. In: SCHÜNEMANN, Bernd *et al.* (org.) *Positive Generalprävention: Kritische Analysen im deutsch-englischen Dialog*, 1996, pp. 119 y ss.

<sup>294</sup> JAKOBS, Günther. Staatliche Strafe... *Op. cit.*, 2004, pp. 31 y ss.

<sup>295</sup> Allena a esa combinación entre comportamiento responsable y necesidad de prevención, la pena padece de ineffectividad e ineffectiva no más comunica el sentido de la prevención, JAKOBS, Günther. Schuld und Prävention... *Op. cit.*, p. 6.

<sup>296</sup> Analizando la identidad estructural entre delito y pena, remontando a los principios de la filosofía del derecho hegeliana, POLAINO-ORTS, Miguel. Vigencia de la norma... *Op. cit.*, pp. 104 y ss.

<sup>297</sup> JAKOBS, Günther. Schuld und Prävention... *Op. cit.*, p. 14.

<sup>298</sup> Lobo da Costa se opone a la formulación de la culpabilidad en Jakobs, por interpretar que hay en sus teorías falta de consideración frente al “princípio da dignidade humana”, LOBO DA COSTA, Helena Regina. *A dignidade da pessoa humana: teorias da prevenção geral positiva*, 2008.

sistema jurídico-penal<sup>299</sup>. Así también porque el sentido de la finalidad es lo que le transmite la propia represividad, que para Jakobs no es otro sino la manutención del orden<sup>300</sup>. El orden se mantiene porque apenas determinados comportamientos que desorientan la confianza en la expectativa de cognición de comportamientos, atribuyendo responsabilidad<sup>301</sup>.

Entonces la operacionalidad de la reacción penal en Jakobs requiere también otro elemento: la confianza. La pena es la protección de la confianza en la confianza normativa<sup>302</sup>, por la reafirmación de la validez de la norma que le inspira, la confianza. La pena pesa sobre aquél comportamiento que defrauda la norma y ennoblece esta misma confianza, porque reduce las posibilidades de discusión de comportamientos alternativos al derecho.

Por ese motivo es que la protección penal no pasa de ejercicio de confianza, que actúa en los límites de los padrones de orientación al contacto social y revela, cara a cara, confianza y también fidelidad<sup>303</sup> al derecho<sup>304</sup>, una implicando sobre la otra; se confía en la fidelidad, se torna fiel por la confianza.

---

<sup>299</sup> La representación tradicional de la culpabilidad se mantiene crítica en relación a las tesis de Jakobs: “Esta concepção deve ser rechaçada, uma vez que do conceito de culpabilidade ela conserva unicamente o nome; em verdade, ela já o abandonou, fundamentando a imputação subjetiva unicamente nas necessidades de prevenção geral. Como ainda pretendo explicar, não nego que a imputação subjetiva seja influenciada *também* por exigências de prevenção geral. É inaceitável, porém, reduzi-la a esta dimensão, admitindo a culpabilidade e a punição unicamente porque, para dizê-lo com *Jakobs*, tal pareça socialmente útil para um ‘exercício de fidelidade ao direito’, pois o indivíduo não é mais tratado segundo a medida de sua própria personalidade, mas unicamente enquanto instrumento dos interesses sociais. Tal instrumentalização viola a dignidade humana, não podendo já por este motivo fornecer uma concepção de culpabilidade bem fundada”. ROXIN, Claus. A culpabilidade e sua exclusão no direito penal. In: ROXIN, Claus. *Estudos de direito penal*, 2006, p. 144.

<sup>300</sup> JAKOBS, Günther. Schuld und Prävention... *Op. cit.*, p. 07.

<sup>301</sup> Esa también la fundamentación de la teoría de la imputación, JAKOBS, Günther. Schuld und Prävention... *Op. cit.*, pp. 08 y ss.

<sup>302</sup> JAKOBS, Günther. Strafrecht... *Op. cit.*, p. 13.

<sup>303</sup> “Lo que caracteriza la concepción normativa de Jakobs es que en su teoría del derecho penal nunca ha dejado de estar latente la concepción de que el sistema social exige una cierta cooperación o prestación positiva a sus ciudadanos que tiene que ver con la fidelidad al derecho”. FEIJOO-SANCHEZ, Bernardo. Normativización del derecho penal... *Op. cit.*, p. 155.

<sup>304</sup> JAKOBS, Günther. Strafrecht... *Op. cit.*, p. 13. Aí também atua a responsabilidade, que atrai para si a finalidade e o sentido de estabilização da confiança normativa perturbada pela conduta delitativa. JAKOBS, Günther. Schuld und Prävention... *Op. cit.*, p. 31 y ss.

Esta relación de implicación, en Jakobs, exonera la pena de las modalidades tradicionales de persecución individual. En lugar de acobardar a un delincuente (o potencial delincuente) ante la defraudación de la norma, de replicar conductas individuales, la pena se irradia para todos los seres humanos, para todo aquél destinatario de las relaciones sociables, a fin de que reconozcan lo que de ellos se espera en sociabilidad<sup>305</sup>. Así entendido y demostrado el movimiento de tautología conceptual, el sentido operacional de la pena es lo de la reacción que reconoce el reconocimiento.

Dotada de ese sentido operacional, la pena refuerza la reciprocidad de la confianza y la entereza de la fidelidad al derecho. Más allá de eso, un último elemento encierra el modelo. Resta un conector entre la responsabilidad y el comportamiento, algo que le confiera, incluso, legitimidad: la aceptación de las consecuencias<sup>306</sup>.

Al final, es ese asentimiento que señala la resolución de la contradicción impuesta por la pena a la perturbación de la norma. Aceptar las consecuencias cierra la cadena de por qué se operacionaliza la generalización positiva de la prevención. Observada bajo esos presupuestos de demostración teórico-conceptual, se confirma el sentido operacional de la pena como reacción del derecho que reconoce el reconocimiento.

Para una síntesis definitiva de la teoría de la pena de *Jakobs*: (1) confianza en la norma; (2) fidelidad al derecho; (3) aceptación de las consecuencias; en operación corresponden al modelo de la pena como “prevención general por el ejercicio del reconocimiento de la norma”<sup>307</sup>.

---

<sup>305</sup> De se notar los efectos secundarios de la pena: el apenado y mismo los terceros, como destinatarios no-principales de la pena, pueden sentir esos efectos e incluso provocar temor que disuade la quiebra de la norma. *Jakobs* afasta la relevancia de esos efectos y reafirma como misión de la pena “a persuasão cognitiva da norma para a estabilizaçã de sua validez”. JAKOBS, Günther. *Strafrecht... Op. cit.*, p. 13.

<sup>306</sup> JAKOBS, Günther. *Strafrecht... Op. cit.*, p. 14.

<sup>307</sup> JAKOBS, Günther. *Strafrecht... Op. cit.*, p. 14.

### 2.2.1. Problemas del reconocimiento y la reposición del ideario retribucionista

Presupuesto teórico para observación del sentido operacional sugerido por los conceptos de persona y enemigo, en este capítulo serán desarrollados los estudios “Norma, Persona y Sociedad” de Jakobs sobre la temática del reconocimiento<sup>308</sup> y las críticas desarrolladas por Pawlik al problema de la pluralidad de sentido de la categoría del reconocimiento en materia penal<sup>309</sup>, remontando al curso teórico por él desarrollado de la crítica de la intersubjetividad<sup>310</sup> a la determinación de la filosofía práctica<sup>311</sup>.

A diferencia del elevado grado de abstracción en las ideas de Jakobs, en Pawlik el curso de la intersubjetividad al concepto de sujeto empírico intenta ofrecer las críticas a la prevención general positiva, campo más amplio en que operan los conceptos de persona y enemigo, y sedimentar el plano teórico al que Pawlik recurre para la reposición del ideario retribucionista en el discurso jurídico-penal.

La preservación de la identidad social, aún con referencia al modelo de Jakobs, algo distante de cualquier aproximación a la sociología de los

---

<sup>308</sup> JAKOBS, Günther. Norm, Person, Gesellschaft... *Op. cit.*, pp. 34-37, bajo manifiesta influencia hegeliana.

<sup>309</sup> PAWLIK, Michael. *Person, Subjekt, Bürger*, 2004; SCHNEIDER, Hendrik. *Kann die Einübung in Normanerkennung die Strafrechtsdogmatik leiten?* 2004; SEELMANN, Kurt. *Anerkennungsverlust: Hegels Straftheorien*, 1995; SEELMANN, Kurt. *Anerkennung, Person, Norm*. In: PAWLIK, Michael; ZACZYK, Rainer (org.) *Festschrift für Günther Jakobs zum 70. Geburtstag*, 2007, pp. 635-644; remontando al origen categorial del reconocimiento en Fichte, MÜSSIG, Bernd. *Zurechnungsformen als gesellschaftliche Praxis: Zu den normativen Grundlagen der objektiven Zurechnung im Strafrecht*. In: PAWLIK, Michael; ZACZYK, Rainer (org.) *Festschrift für Günther Jakobs zum 70. Geburtstag*, 2007, pp. 413 y ss.; momentos de referência na tradição filosófica, SIEP, Ludwig. *Anerkennung als Prinzip der Praktischen Philosophie: Untersuchungen zu Hegels Jenaer Philosophie des Geistes*, 1976; HONNETH, Axel. *A luta por reconhecimento: a gramática moral dos conflitos sociais*, 2003.

<sup>310</sup> Günther idealiza modelo procedimental de reconocimiento de la persona paralelamente a los conceptos de libertad y justicia, GÜNTHER, Klaus. *Schuld und kommunikative Freiheit*, 2005.

<sup>311</sup> PAWLIK, Michael. *Das unerlaubte Verhalten beim Betrug*, 1999, 294 p.

sistemas luhmanniana<sup>312</sup>, sólo actualiza<sup>313</sup> la elaboración de la razón penal hegeliana<sup>314</sup>, de que “el delito es el irracional, y la pena repone la razón. Ella no es entonces un mal, pero sí la propia razón, o sea, definida positivamente”<sup>315</sup>, además de una “determinidad real puesta idealmente”<sup>316</sup>.

Apropiándose del sentido informado por los principios de la filosofía del derecho hegeliana, es así que la identidad social – en Jakobs la identidad normativa de la sociedad – recupera el sentido que le es propio por la reacción racional a la quiebra de la norma. Luego se tornan elementales para el sentido operacional de la reacción penal tres momentos distintos: un primer momento de racionalidad, el sentido social determinado por la identidad normativa, un momento de irracionalidad, la quiebra de la norma – el delito –, y un último momento de reposición de la racionalidad, la reacción penal.

A la hegeliana, la represividad en Jakobs va de lo racional a lo irracional por el irracional. Así como en la elaboración conceptual en Hegel, la afirmación del derecho por el reconocimiento es positiva, racional. La recuperación del sentido social y de la validez de la norma coloca individualidades en situación relacional de intersubjetividad, las cuales refuerzan las identidades y diferencias entre sí en la formación del reconocimiento<sup>317</sup>.

---

<sup>312</sup> En mayores detalles, el problema de las interacciones simbólicas y de la objetividad en Hegel, PAWLIK, Michael. Person, Subjekt, Bürger... *Op. cit.*, p. 67.

<sup>313</sup> PAWLIK, Michael. Person, Subjekt, Bürger... *Op. cit.*, p. 63.

<sup>314</sup> En profundidad sobre el tema: SCHILD, Wolfgang. Die Aktualität der Hegelschen Strafbegriffes. In: HEINTEL, Erich (org.). *Philosophische Elemente der Tradition des politischen Denkens*, 1979, pp. 199-233.

<sup>315</sup> PAWLIK, Michael. Person, Subjekt, Bürger... *Op. cit.*, p. 58.

<sup>316</sup> “Com o crime encontra-se em absoluta conexão a justiça vingadora. É a necessidade absoluta que os liga, pois um é o oposto do outro, um é a subsunção oposta do outro. O crime, enquanto vitalidade negativa, enquanto conceito que se constitui em intuição, subsume o universal, o objectivo, o ideal; inversamente, a justiça vingadora, enquanto universal, enquanto objectivo, subsume de novo em si essa negação que se constitui em intuição”, HEGEL, G. W. F. *O sistema da vida ética*, 1991, p. 43.

<sup>317</sup> JAKOBS, Günther. Strafrecht... *Op. cit.*, p. 10. Sob os mesmos pressupostos teóricos, GÜNTHER, Klaus. Anerkennung, Verantwortung, Gerechtigkeit. In: FORST, Rainer (org.) *Sozialphilosophie und Kritik*, 2009, p. 271.

En esa relación de reconocimiento se encuentran distintas identidades, cuya mayor o menor integración forja la naturaleza del conflicto<sup>318</sup>. Como en la aprehensión de la propia letra *hegeliana*, las relaciones sociables puestas en intersubjetividad traen a la confrontación las consciencias externalizadas: “Como (la consciencia) es algo de interior, de incompleto, impele por eso para una totalidad. Trae, revela y trabaja por sí misma hasta que vea delante suyo, amenazando exteriormente su realidad y como su enemigo, la reacción o inversión ideal. Comienza entonces a satisfacerse, porque divisa en el enemigo el comienzo de su realidad. Produce contra sí un ataque de modo que pueda defenderse y, por la resistencia al ataque, quietarse en virtud de, frente a la negación amenazadora, defender la exigencia más universal, la indiferencia y la totalidad, a saber, la vida, de la que también la consciencia moral es una determinidad”<sup>319</sup>.

La perturbación de las relaciones sociales entre las intersubjetividades recomienda la relevancia jurídico-penal del reconocimiento de la estabilización normativa rota. Esa relación establece la limitación determinada de la responsabilidad penal en el campo del reconocimiento interpersonal. Para el sistema jurídico, la interpersonalidad y el reconocimiento recíproco recomiendan el especial sentido de construcción de la represividad.

---

<sup>318</sup> La crítica a los conflictos del reconocimiento tiene en las ideas de Axel Honneth referencial teórico de “lucha por reconocimiento”: “As idéias que permeiam a reconstrução desenvolvida por Honneth podem ser resumidas em cinco pontos: 1. Analisar de forma integrada complexos interativos de ação e história; 2. Desenvolver um arcabouço teórico capaz de apreender tanto processos de comunicação como de interação; 3. Elaborar um conceito material de necessidades humanas; 4. Criticar teorias da sociedade que pressupõem elementos de ação baseados em relações sem sujeitos ou que sejam concebidas sistemicamente; 5. Criticar teorias da sociedade que supõem a existência de organizações de ações livres de normatividade e de esferas de comunicação privadas de poder”, SAAVEDRA, Giovanni Agostini. A teoria crítica de Axel Honneth. In: SOUZA, Jessé de; MATTOS, Patrícia (org.) *A teoria crítica no século XXI*, 2007, p. 101.

<sup>319</sup> HEGEL, G. W. F. Sistema da vida ética... *op. cit.*, p. 45.

Con base en ese entendimiento, sería por las recíprocas interacciones entre ofensor y ofendido<sup>320</sup> que se apura el contenido objetivo de la eticidad. Esa interacción simbólica, todavía, no reduce la reacción penal a mera cuantificación del reconocimiento. La eticidad se constituye en el campo penal en un plano meta-teórico de categorías esencialmente propias a los cuestionamientos filosóficos de la legitimación de la intervención punitiva<sup>321</sup>. En ese plano, la reacción a la quiebra del reconocimiento recíproco “debe ser legitimada”<sup>322</sup>, imponiéndosele elementos con criterios aún más racionales de delimitación y precisión objetiva de la eticidad.

La comunicación de la intervención punitiva deja de ser entendida como aislamiento conceptual, asumiendo para sí la potencia empírica de la eticidad. De esa forma, intervención punitiva solo puede ser la intervención punitiva legítima, al sabor de los criterios lógico-racionales informados por la valoración de la filosofía práctica.

La idea preventiva dota la pena de estructuras temporales de sentido, indicando la represividad por una orientación de futuro. La dimensión semántica de la prevención, en esa “plusvalía”<sup>323</sup> de sentido, recalifica la reacción penal en operación para el futuro. En el plano meta-teórico de

---

<sup>320</sup> El estado evolucionado de esas interacciones simbólicas remonta a los marcos históricos de la acción final: “Bei Welzel kurz nach seiner Habilitation bezeichnete das höchstwahrscheinlich nicht den privaten Sinn, sondern den sozialen Sinn. In diesem Verständnis heißt “Handeln” “einen sozialen Sinn verwirklichen”: Darin liegt das ganze moderne Strafrecht!”. JAKOBS, Günther. “Ein Gespräch mit Herrn Professor Dr. Günther Jakobs”. In: [http://fhi.rg.mpg.de/Gespraech/0810schmoeckel\\_mayenburg\\_jakobs.htm](http://fhi.rg.mpg.de/Gespraech/0810schmoeckel_mayenburg_jakobs.htm).

<sup>321</sup> Así Pawlik, a partir de la crítica específica a la teoría de la pena en E. A. Wolff (“An späterer Stelle präzisiert Wolff seinen Abgrenzungsvorschlag: Verbrechen sei eine solche Anerkennungsverletzung, “auf die der Einzelne sich nicht so einstellen kann, daß er sie in einem selbstorientierten Leben aus eigener Kraft zu bewältigen vermag”), PAWLIK, Michael. Person, Subjekt, Bürger... *Op. cit.*, p. 70. En la misma línea de E. A. Wolff, KÖHLER, Michael. *Der Begriff der Strafe*, 1986, pp. 28 y ss.

<sup>322</sup> PAWLIK, Michael. Person, Subjekt, Bürger... *Op. cit.*, p. 70. “Erneut bricht die anerkennungstheoretische Analyse hier oberhalb der Straftheorie ab; sie verbleibt auf der Ebene allgemeiner rechtsphilosophischer Kategorienbildung”, PAWLIK, Michael. Person, Subjekt, Bürger... *Op. cit.*, p. 71; PAWLIK, Michael. Eine Theorie des entschuldigenden Notstandes. In: *Jahrbuch für Recht und Ethik*, n. 11, 2003, p. 298.

<sup>323</sup> HÖFFE, Otfried. Proto-Strafrecht: Programm und Anfragen eines Philosophen nutzte. In: ESER, Albin; HASSEMER, Winfried; BURKHARDT, Bjorn (org.) *Die deutsche Strafrechtswissenschaft vor der Jahrtausendwende*, 2000, p. 329.

producción de sentido, la calidad esencial de las recíprocas relaciones de sentido y de la eticidad comunica una “tercera instancia”<sup>324</sup> de representación y orientación del sistema jurídico-penal, más allá de la mera contraposición entre ofensor y ofendido.

La “tercera instancia” en que se opera el juicio legitimante de la reacción penal informa sentido operacional de dos grandezas<sup>325</sup>: reposiciona la estabilidad normativa en régimen de prevención y restituye retributivamente la normalidad rota<sup>326</sup> de las interacciones interpersonales.

Especialmente en lo que dice respecto a la operación de estabilización normativa, inserida en el contexto situacional de preservación de la identidad social, se propone a restringir el campo de existencia de la amenaza al sentido social<sup>327</sup>, de suerte a mover la reacción a la quiebra de la norma como una estrategia de reducción de peligros futuros. Quiere decir que el sentido operacional de la finalidad preventiva es la organización racional de las estructuras de sentido de la represividad contra el peligro, cuya cognición es dimensionada y perspectivada en relación al futuro.

---

<sup>324</sup> PAWLIK, Michael. Person, Subjekt, Bürger... *Op. cit.*, p. 71.

<sup>325</sup> De notarse que la dogmática jurídico-penal de *Roxin* no operacionaliza el movimiento de superación dialéctica de un “tercero”: “A categoria sistemática da responsabilidade aqui desenvolvida possui, então, um potencial de inovação. Também ela alcança aquilo que no âmbito do injusto através da proteção subsidiária de bens jurídicos e da imputação objetiva já tinha sido alcançado: um justo equilíbrio entre o poder de sancionar e a garantia da liberdade. Afinal, a possibilidade de punição que se abre após a realização do injusto pelo autor é limitada duplamente: por meio da culpabilidade e de sua extensão de um lado e por meio da exigência de necessidade preventiva de punição por outro”. ROXIN. Reflexões sobre a construção sistemática... *Op. cit.*, p. 46.

<sup>326</sup> “A teoria da prevenção geral positiva, antes mesom de teses como de Jakobs ou Roxin, parece identificar-se, ao menos por sensações, com a visão retributiva, tendo em vista que não acresceta postura alguma de necessidade concreta ou utilidade da pena, dentro de uma ótica de constatação prática. A sanção aqui, apesar de todo o discurso não ser neste sentido, resume-se na ocorrência do delito antecedente. Afinal, pune-se porque deslinqüiu. O abalo e a reafirmação do ordenamento são pressupostos, aperfeiçoam-se como conceitos metódicos”. VELLUDO SALVADOR NETO, Alamiro. *Finalidades da pena: conceito material de delito e sistema penal integral*, 2009, p. 238.

<sup>327</sup> PAWLIK, Michael. Person, Subjekt, Bürger... *Op. cit.*, pp. 69 y ss.: “Daraus folgt ein vornehmlich instrumentales Weltverhältnis, das sich im Ausgang von der Naturbemächtigung verallgemeinert“.



Sin embargo, no hay prevención que no esté vinculada a una retribución<sup>328</sup>. Aunque la idea rectora proponga o establezca esquemas de operacionalización y recuperación de la estabilidad normativa, la necesidad de intervención surge de un momento inicial de quiebra de la normalidad interpersonal. El sentido operacional de la intervención punitiva se reporta a los comportamientos pasados<sup>329</sup>, para en un momento posterior orientar la reacción penal para la prevención de riesgos futuros<sup>330</sup>.

La ambivalencia de ese sentido permite reposicionar el ideario retribucionista. Toda intervención preventiva presupone una reacción retributiva. Así comprendido, el problema del reconocimiento recíproco y de la interpersonalidad reserva a la reacción penal la capacidad de producción de sentido simultáneamente retributivo y preventivo. Las relaciones de interpersonalidad jurídico-penalmente relevantes atraen para sí sentido social afuera de la esfera estrictamente personal<sup>331</sup>, transitando de la normalidad a la normatividad por la eticidad, encontrando ahí los elementos referenciales de legitimación de la intervención punitiva.

El significado valorativo de la retribución, al despertar comunicación de la represividad, estimula también la retro-alimentación operacional del derecho. El sentido de la retribución se mueve en sucesivas

---

<sup>328</sup> PAWLIK, Michael. Strafrechtswissenschaftstheorie... *Op. cit.*, p. 479.

<sup>329</sup> Más precisamente sobre las consecuencias penales de ese juicio: “Nach dem geltenden Konzept des Tatschuldprinzips ist die Strafe eine retrospektive *Reaktion*, eine *Antwort* auf eine tatbestandlich umrissene, *geschehene Tat*. Was diese *geschehene Tat* angeht, ist es aber, wenn die Strafe in Aktion tritt, für jede Art von Prävention, scil. für jede *Vorbeugung* und *Verhütung* immer schon zu spät. Angesichts der damit konstatierten ‘Macht’ und ‘Sprachlosigkeit’ der präventiven ‘Strafe’ in bezug auf die *geschehene Tat* lassen sich die Momente *dieser Tat* auch nicht durch präventive Gesichtspunkte definieren”, LESCH, Heiko. Der Verbrechensbegriff... *Op. cit.*, pp. 170-171.

<sup>330</sup> Próximo: “Der Vorwurf und die auf ihn gestützte Strafsanktion beziehen sich nämlich auf die *vergangene Tat* und nicht – wie es nach der Ausrichtung des Modells eigentlich geboten wäre – auf das Erfordernis *künftiger Prävention*”, PAWLIK, Michael. Strafrechtswissenschaftstheorie... *Op. cit.*, p. 480.

<sup>331</sup> “Inwiefern soll die Sanktion ‘Strafe’, die namens der Allgemeinheit verhängt wird und zur Heilung der Wunden des konkreten Opfers nichts beiträgt, dessen intersubjektives Rechtsverhältnis zum Täter wiederherstellen können”, PAWLIK, Michael. Person, Subjekt, Bürger... *Op. cit.*, p. 73.

relaciones de reconocimiento, evolucionando de la necesidad del reconocimiento al sentido de prevención de peligros futuros.

### 2.3. Legitimación material, legitimidad formal y bien jurídico

En el modelo de *Jakobs*, la legitimación material consiste en la manutención del modelo de Estado y de sociedad por las normas penales. Las normas penales se insertan en un conjunto normativo más amplio y están (formalmente) escalonadas por el estatuto constitucional. La legitimación material garante la validez de la legitimación formal y la legitimación formal da condición de regularidad a la legitimación material<sup>332</sup>.

La legitimación camina en esa doble vía procedimental, es material y es formal. Materialmente toma de la sociedad el substrato (proto-forma) que le forma la identidad. De la sociedad capta el sentido para preservarlo<sup>333</sup>. En el plano formal, cuida de la observación de la validez de las normas que elaboran (normativamente) los padrones de orientaciones de comportamiento. Y así ambas las vías se alimentan, conjugando percepción de estímulos (de sentido) con protección de identidad.

El derecho penal se presta a la garantía de la combinación de las reglas que determinan las relaciones sociales. La sociedad saca provecho de esa protección para llevar a cabo las expectativas de funcionalidad. Solamente porque el derecho penal sostiene la validez de las normas al contradecir la quiebra de la norma, por negar la desilusión de las expectativas, es que la sociedad adquiere condiciones de identidad y reproducción de esa misma identidad.

---

<sup>332</sup> Según *Jakobs*, varía conforme la combinación de reglas (*Regelungszusammenhang*). Importa apenas que se regulen por la “relação entre as regras, as quais englobam as realidades da vida social e as normas – sobretudo as de natureza constitucional”. JAKOBS, Günther. *Strafrecht...* *Op. cit.*, p. 35.

<sup>333</sup> Crítico: “Não apenas a teoria do bem jurídico, mas outro pilar fundamental do Direito Penal é questionado por *Jakobs*: o princípio da culpabilidade, que acaba sendo esvaziado. A culpabilidade é deixada como algo apenas formal, o que é muito perigoso, pois pode levar a que se faça a dosimetria da pena não em função da culpabilidade, mas sim em função da desordem que o delito causa na sociedade, conforme constitua uma ameaça maior ou menor à norma como orientação de conduta”. SHECAIRA, Sérgio Salomão. *Criminologia*, 2. ed., 2008.

Quiere decir entonces que el derecho penal formalmente válido garante materialmente la identidad y el sentido social. Los padrones de orientación de comportamiento ofrecen el substrato para la creación de las expectativas garantidas por las normas. Pero la condición de existencia de la expectativa normativa es su desilusión. Esa tensión entre identidades (expectativa normativa y quiebra de la norma) genera un constructo con identidad propia, cuya importancia consiste en viabilizar que un ser humano mantenga contacto con otro ser humano de acuerdo con determinados padrones de comportamiento. La identidad de esa identidad es el verdadero objeto de protección del derecho penal en Jakobs<sup>334</sup>.

La dinámica con que se opera la protección penal asciende al plano de la producción de sentido (*Bedeutung*), al plano de sentido de la conducta (delictiva) como negación del sentido de la norma y la afirmación de la confianza en el sentido normativo<sup>335</sup>. La reacción penal tiene más que ver e con la cohesión del sentido de las normas válidas, sin que para eso decline sobre conductas exteriorizadas<sup>336</sup>. Así se mantiene la dinámica cíclica de operaciones, de forma tal que el sentido operacional de la protección penal en Jakobs es la protección del sentido normativo.

Jakobs no construye su modelo a partir de resultados o experiencias concretas. La relevancia de la conducta está en la captación de sentido por ella transmitido y no propiamente en qué ella desencadena en concreto. El sentido transmitido por la conducta – y no la conducta objetivamente considerada – permite a Jakobs verticalizar la acción como contenido referencial que gerencia el sentido operacional de la reacción penal<sup>337</sup>.

---

<sup>334</sup> JAKOBS, Günther. Strafrecht... *Op. cit.*, p. 35.

<sup>335</sup> JAKOBS, Günther. Strafrecht... *Op. cit.*, p. 36.

<sup>336</sup> JAKOBS, Günther. Strafrecht... *Op. cit.*, p. 37.

<sup>337</sup> Jakobs escinde la conducta (objeto) del sentido de la conducta. La valoración de la conducta ni siempre es positiva, pudiendo enseñar también sentido negativo cuando el caso de objeto de afectación al bien (*Angriffsobjekt*). JAKOBS, Günther. Strafrecht... *Op. cit.*, p. 37. La reacción penal confiere el sentido de la quiebra de la norma y la represividad en Jakobs determina los momentos de captación de la normatividad permitido/prohibido, cuya dinámica de manutención

El modelo de pena de Jakobs cierra definitivamente con la idea de protección y toda actividad estatal llevada a la institucionalización asume la condición de bien jurídico<sup>338</sup>. La calificación jurídica del bien depende de la valoración positiva que recae sobre la acción, acarreando la protección jurídica como consecuencia necesaria. A indiferencia del modelo de Estado, compete a la pena defender el bien jurídico, cuyo sentido se expande dentro de los límites de la validez normativa, al sabor de los padrones de orientación de comportamiento dictados por la identidad que la sociedad ofrece<sup>339</sup>.

Hay, sin embargo, criterios para elección y elaboración del juicio de relevancia sobre la calificación jurídica del bien. Lo institucional no es necesariamente esencial a las relaciones sociables. Ni todo es llevado a la institucionalización, sino sólo lo que interesa a la preservación de las relaciones sociables. La operación, como fue dicho, no es derivación automática, antes no prescinde del sentido que transmite a la identidad de la sociedad. El bien a ser protegido es la norma, sino que solamente aquella cuyo sentido normativo presta relación de relevancia al reconocimiento de la trama de comportamientos de un ser humano con otro.

Hay incluso normas que no se refieren al concepto tradicional de bien jurídico. Tradicionalmente el derecho se constituye a partir de expectativas negativas de comportamiento, se espera del autor que no afecte la integridad de determinado bien jurídico mediante su comportamiento. La implicación negativa del concepto procura controlar el ataque a determinados bienes y valores que dan la línea existencial de la sociedad. El sentido operacional negativo del concepto de bien jurídico sería entonces limitar el comportamiento en favor de los intereses de la sociedad.

---

de la identidad normativa constituye el núcleo de la sociedad, JAKOBS, Günther. Der Kern der Gesellschaft ist betroffen. In: *Kritische Vierteljahresschrift für Gesetzgebung und Rechtswissenschaft*, n. 79, 1996, pp. 320 y ss.

<sup>338</sup> JAKOBS, Günther. Strafrecht... *Op. cit.*, p. 39.

<sup>339</sup> JAKOBS, Günther. Strafrecht... *Op. cit.*, p. 39. La protección jurídica extiende el significado tradicional del concepto de bien jurídico, no solo material, sino también en “condiciones” y “evoluciones”.

Pero “la afectación al bien jurídico no puede afirmarse como el núcleo de todos los delitos”<sup>340</sup>. A ejemplo de las obligaciones especiales, la relación entre autor y bien jurídico no es simplemente negativa. En Jakobs ella asume carácter positivo; la expectativa de comportamiento se articula con la obligación especial y pasa a ser la atribución de un rol (*Rolle*) prescrito en las urdiduras institucionales que componen las relaciones sociales<sup>341</sup>. Cada ser humano debe ejercer su comportamiento conforme el rol social que le atribuye la vida institucional, cada ser humano es responsable por la realización de ese rol social para la realización de la institución como un todo.

Sólo por medio del reconocimiento del interés social en la protección del bien es que se convencionaliza la calificación jurídica. Jakobs se queja abiertamente contra el “pobre”<sup>342</sup> concepto de bien jurídico: el bien sólo es un bien por cuenta de la sociedad. La protección penal no se permite definir por los bienes jurídicos, mucho menos exclusivamente por los bienes jurídicos; una suma de bienes jurídicos no corresponde necesariamente al “orden social”. Ella simplemente adhiere al reconocimiento del interés en la preservación del bien<sup>343</sup>, cultivando una capacidad operacional que va un tanto más allá de los límites funcionales del bien jurídico.

La comprensión de bien jurídico en ese grado de abstracción, como aprensión de significados para determinar la protección penal, ocupa lugar privilegiado en la función de estabilización normativa<sup>344</sup>. La norma como bien a

---

<sup>340</sup> JAKOBS, Günther. Strafrecht... *Op. cit.*, p. 42.

<sup>341</sup> JAKOBS, Günther. Strafrecht... *Op. cit.*, p. 42.

<sup>342</sup> JAKOBS, Günther. Strafrecht... *Op. cit.*, p. 44.

<sup>343</sup> JAKOBS, Günther. Strafrecht... *Op. cit.*, p. 44.

<sup>344</sup> Precisamente lo que es criticado por Shecaira: “E é exatamente na esteira do pensamento de Luhmann que aparece o pensamento do polêmico penalista alemão, Günther Jakobs, segundo o qual “o fato, como ato de uma pessoa racional, significa algo, significa uma desautorização da norma, um ataque a sua vigência, e a pena também significa algo; significa que a afirmação do autor é irrelevante e que a norma segue vigente sem modificações, mantendo-se, portanto, a configuração da sociedade. Essas são as premissas que lhe levarão a perigosamente sustentar que a infração da norma penal não representa um problema por suas conseqüências externas – por lesão a bens jurídicos -, mas porque constitui desautorização da norma. A missão da pena não é evitar lesão a bens jurídicos, mas reafirmar a vigência da norma como modelo de orientação de condutas”. SHECAIRA, Sérgio Salomão. Criminologia... *Op. cit.*, pp. 237-238.

ser protegido vincula los intereses sociales al reconocimiento (normativo) de la relevancia de esos intereses.

Apegado a la protección de la validez de la norma, según Jakobs el sentido operacional del derecho penal pasa a ser testigo del reconocimiento del interés social en proteger los intereses de la sociedad<sup>345</sup>. Consecuentemente, la observación de ese modelo admite que se exponga la protección penal como preservación de los intereses que elaboran el sentido de la identidad social.

Ese elevado nivel de abstracción alcanzado por Jakobs es incentivado por la percepción de los intereses que envuelven la construcción de sentido del bien. Sentido cuya condición es la sociabilidad, cuyas consecuencias se hacen percibir en las relaciones sociales. Sin esa calidad de percepción, el derecho penal estaría dislocado de la dinámica de las relaciones sociales, a saber, la dinámica de los intereses que componen el sentido social globalmente considerado. Jakobs liga la pena a la realización del interés a la protección de interés. El sentido del comportamiento que se debruza sobre el interés es el elemento estructurante de la reacción a la falta de observancia de la expectativa normativa.

La capacidad de abstracción mantiene en ese punto la coherencia de Jakobs en cuanto a la indisociable relación entre pena e interacciones sociales. La percepción del sentido del comportamiento desencadena el sentido operacional del derecho penal. El reconocimiento de la necesidad de protección del bien jurídico por la norma atraviesa el reconocimiento de la relevancia del bien para el desenvolvimiento de los roles sociales. El bien jurídico recibe un atestado de funcionalidad para la realización de las interacciones de comportamiento, como si el ser (*Dasein*) del bien protegido fuera un “ser-en-función” (*In-Funktion-Sein*), aprehendido del sentido transmitido por las relaciones sociales<sup>346</sup>.

---

<sup>345</sup> JAKOBS, Günther. *Strafrecht... Op. cit.*, pp. 40-41.

<sup>346</sup> JAKOBS, Günther. *Strafrecht... Op. cit.*, p. 45.

Lo que hace Jakobs es dislocar el contenido referencial de la norma, no más situado en los límites funcionales del bien jurídico. Más allá de eso, la reacción penal es entendida como respuesta a la recepción del sentido operacional de los roles sociales. No siempre un comportamiento puede ser entendido como perturbación social, porque perturba sólo aquél comportamiento cuyo sentido amenaza la funcionalidad de los roles sociales globalmente considerados – en trama.

Así pues el “bien jurídico penal es la validez fáctica de la norma”<sup>347</sup>, que garantiza las posibilidades de expectativa de respecto a los bienes jurídicos, a los roles (sociales) y a la estabilización normativa<sup>348</sup>. El sentido operacional de la pena es abstraído de la percepción axiológica *per se*<sup>349</sup> y Jakobs se rinde a una inequívoca inclinación funcional.

En esos términos es que se permite afirmar el “funcionalismo normativista de Jakobs”, pues el sentido de la pena es la protección contra la afectación de las relaciones sociables. Es decir, la observación del sentido operacional de la pena en Jakobs permite una interpretación funcional de orientación normativa, en la medida en que estructura normativamente el derecho penal en torno a una orientación de sentido: la de proteger las expectativas de comportamiento contra los daños sociales<sup>350</sup>, que perturban la estabilización normativa y colocan en peligro la sociabilidad.

---

<sup>347</sup> JAKOBS, Günther. *Strafrecht... Op. cit.*, p. 46. La validez fáctica de la norma (penal) se extiende del comportamiento del autor al de la víctima: “el autor debe observar la norma; a la víctima se debe asegurar la expectativa de que el autor observará la norma”, JAKOBS, Günther. *Strafrecht... Op. cit.*, p. 47.

<sup>348</sup> JAKOBS, Günther. *Strafrecht... Op. cit.*, p. 46.

<sup>349</sup> JAKOBS, Günther. *Strafrecht... Op. cit.*, p. 46.

<sup>350</sup> JAKOBS, Günther. ¿Daño social? Anotaciones sobre un problema teórico fundamental en el derecho penal. In: JAKOBS, Günther; POLAINO-NAVARRETE, Miguel; POLAINO-ORTS, Miguel. *Bien jurídico, vigencia de la norma y daño social*, 2010, pp. 23 y ss.



### 2.3.1. El estado de la cuestión en la literatura jurídico-penal

Más allá de la línea dominante de producción del discurso jurídico-penal con base en una idea apriorística de la “protección subsidiaria al bien jurídico”, que se aleja de alguna forma de los procesos de comprensión de la racionalización de la intervención punitiva, el mayor rechazo a las cuestiones fundamentales expuestas con respecto al modelo de Jakobs se concentra en las críticas elaboradas por Claus Roxin<sup>351</sup>, las cuales se verticalizan en la idea de

---

<sup>351</sup> Así Roxin: “a) o desvalor de um comportamento delitivo não está na produção de uma lesão abstrata da norma, mas na lesão real a bens. Jakobs inverte as coisas quando, por exemplo, enxerga a relevância social de um homicídio não na “lesão do corpo da vítima” ou no “extermínio de sua consciência”, mas na afirmação do autor de que “o corpo e a consciência não devem ser respeitados”. Não é já a opinião do autor a respeito da norma que é socialmente lesiva, mas apenas a lesão levada a cabo. b) tampouco o fim do direito penal e da execução da pena está apenas no reforço da norma. Afinal, se se tratasse apenas do reforço da norma, seria possível renunciar a outras consequências e se contentar com uma desaprovação pública do fato. O reforço da norma é inútil se não vier acompanhado de uma redução de novos fatos puníveis. Dessa forma, quando Jakobs considera as finalidades preventivo-gerais e preventivo-especiais da pena como “não essenciais” para o fim por ele proposto, acaba por ignorar a tarefa de condução social que cabe ao Direito Penal. c) a equiparação entre injusto e culpabilidade viola o direito positivo e nivela a diferença material existente entre infração da norma proibitiva e necessidade de punição. (...) O argumento de que não poderia proibir algo a um sujeito que ele não esteja em condições de seguir, que sempre surge em favor da fusão entre injusto e culpabilidade, é falso. Também o doente mental acaba por violar a proibição de matar – seria equivocado supor que ele mata em conformidade ao direito. O que ocorre é que ele não pode ser punido por isso. Apenas como argumento adicional poder-se-ia mencionar que o nivelamento das duas categorias sistemáticas ao Direito Penal não merece aplauso, pois a premissa de que parte, a saber, da compreensão do fato punível como agressão à validade da norma, é errônea. d) Por fim, não posso aceitar a tese de que a culpabilidade deve ser avaliada não segundo as capacidades individuais do autor, mas sim segundo necessidades estatais (a “tarefa de ordenação social da norma”). Isso porque assim se resolve a relação entre tensão existente entre direitos de intervenção do Estado e a liberdade dos cidadãos unilateralmente em favor dos interesses estatais em estabilizar a norma. O Direito Penal no seio de um Estado de Direito funda-se, no entanto, no dever de respeito do Estado para com a autonomia e direitos fundamentais de seus cidadãos, como está disposto na Constituição alemã. O Tribunal Constitucional alemão reconduziu, com razão, o princípio da culpabilidade à dignidade humana (art. 1 da Lei Fundamental alemã). Na medida em que um sistema de Direito Penal viole essa disposição, não pode pretender ter qualquer validade”, ROXIN, Claus. Reflexões sobre a construção sistemática do direito penal. In: *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, n. 82, 2010, pp. 36-37.

delimitación político-criminal del bien jurídico sobre que recae el juicio de relevancia jurídico-penal en la concepción político-criminal del delito<sup>352</sup>.

La representación funcional del normativismo de Jakobs ofrece necesario contrapunto reflexivo al pensarse en la literatura jurídico-penal tradicional sintomática del agotamiento de la racionalidad penal, sobre todo en las ideas recientes de Claus Roxin, que van cediendo a la “flexibilización” de los fundamentos de la teoría del bien jurídico<sup>353</sup>. El anacronismo de las ideas penales ya se hace sentir en la literatura bajo el estado latente de “relativización teórica”<sup>354</sup>.

Semejante relativización, por consiguiente, lleva a interpretaciones más contundentes en la doctrina penal, que indican la pérdida de consistencia del referencial sistémico<sup>355</sup>, autorizando la crítica a la infra-complejidad de la comprensión político-criminal<sup>356</sup>.

---

<sup>352</sup> “Minha concepção de sistema fundada político-criminalmente baseia-se na consideração de que o injusto é definido a partir do fim do Direito Penal (proteção subsidiária de bens jurídicos), mas que a categoria sistemática posterior ao injusto apenas se define a partir do fim da pena a ser aplicada concretamente. Esse fim é a prevenção limitada da culpabilidade (*schuldbegrenzte Prävention*). Quando esse for o caso, a punição, cuja elaboração sistemática cabe a essa categoria da teoria do delito, pressupõe duas ordens de considerações: a culpabilidade do autor, imprescindível para possibilitar uma punição e cuja extensão determina os limites da sanção, e adicionalmente a necessidade preventiva de uma punição. Segundo minha teoria, a categoria sistemática que se segue ao injusto não é apenas a ‘culpabilidade’, como supõe a doutrina tradicional, mas também a ‘necessidade preventiva de uma punição’. Eu englobo esses dois pressupostos da punição num conceito superior: a “responsabilidade”. ROXIN, Claus. Reflexões sobre a construção sistemática... *Op. cit.*, p. 44.

<sup>353</sup> Las ponderaciones de Miguel Polaino-Navarrete se sitúan moderadamente entre esas posiciones, entendiendo la “tutela dos bens jurídicos e a proteção da vigência da norma” como “tarefas compatíveis e complementárias”, POLAINO-NAVARRERE, Miguel. ¿Protección de bienes jurídicos y confirmación de la vigencia de la norma: dos funciones excluyentes? In: JAKOBS, Günther; POLAINO-NAVARRERE, Miguel; POLAINO-ORTS, Miguel. *Bien jurídico, vigencia de la norma y daño social*, 2010, pp. 54-55; “Nesse ponto, porém, pensamos não haver como fugir de pelo menos uma constatação: a exigência de lesão a bens jurídicos, para fins de legitimação de uma norma penal, parece oferecer maior segurança ao cidadão, enquanto se puder qualificar como tal (bem jurídico) somente aquele objeto de valoração socialmente reconhecida”, PACELLI, Eugenio. Apresentação... *Op. cit.*, p. xxiii.

<sup>354</sup> ROXIN, Claus. *Strafrecht...* *Op. cit.*, p. 29 y ss.; DÍEZ-RIPOLLÉS, José Luis. De la sociedad del riesgo a la seguridad ciudadana: un debate desenfocado. In: CANCIO-MELIÁ, Manuel; GÓMEZ-JARA-DÍEZ, Carlos (org.) *Derecho penal del enemigo: el discurso penal de la exclusión*, v.1, 2006, pp. 553-599.

<sup>355</sup> La representación sistémica del discurso jurídico-penal tradicional estaría inmersa en “terminologías de fachada”, cuyo rendimiento sería insuficiente para la organización racional y

Eso porque coge su auto-comprensión en campo casi ilimitado de percepciones y combinaciones de poca precisión teórico-conceptual, estando ausente alguna referencia con criterios racionales<sup>357</sup> que oriente el sentido operacional del sistema jurídico-penal<sup>358</sup>. La crítica a la infra-complejidad se reporta a los niveles intolerables de indeterminación e identificación de la “política criminal”, cuyo sentido se opera con la misma vaguedad y ambigüedad del propio concepto de enemigo en materia penal. ¿Qué sería esa política criminal?<sup>359</sup> ¿La política ella misma considerada en cuanto sistema diferenciado? ¿Una política pública, que conjuga referencial axiológico a programa político de seguridad? ¿O aún una política jurídica, en el sentido *kelseniano* de la acepción, que implementa<sup>360</sup> la interpretación del derecho?<sup>361</sup>

---

construcción científica del sistema del derecho penal, PAWLIK, Michael. *Strafrechtswissenschaftstheorie... Op. cit.*, pp. 473-474.

<sup>356</sup> PAWLIK, Michael. *Strafrechtswissenschaftstheorie... Op. cit.*, p. 480.

<sup>357</sup> Las ideas para una racionalización de los criterios científicos de auto-comprensión de la diferenciación entre política y derecho penal en HASSEMER, Winfried. *Das Selbstverständnis der Strafrechtswissenschaft ... Op. cit.*, pp. 40 y ss.

<sup>358</sup> “Não há dúvida de que as questões de política criminal são, na atualidade, normalmente relegadas a um segundo plano pelos operadores do Direito. Assiste-se, assim, a uma política criminal transmutada em política de segurança. Nesse contexto, a crescente produção legislativa em matéria penal, fundada em discursos de emergência, demonstra claramente que a norma incriminadora deixou de representar o poder coercitivo estatal voltado indistinta e igualmente aos membros do grupo social, a partir de uma vontade soberana, para materializar a hegemonia de interesses de grupos de pressão sobre o Poder Público. As diversas contrariedades técnicas e vícios teóricos verificados nesses diplomas penais extravagantes não permitem falar de harmonia ou qualquer pretensão unitária da legislação especial, conforme há tempos e de forma reiterada se vem denunciando, seja na esfera acadêmica, seja no próprio universo prático dos operadores do Direito”. LIBERATORE S. BECHARA, Ana Elisa. Discursos de emergência e política criminal: o futuro do Direito Penal brasileiro. In: *Revista da Faculdade de Direito da USP*, 2008, p. 427.

<sup>359</sup> En perspectiva “trans-sistemática”, para una aproximación conceptual y sincronización entre las instancias de poder, “com vista à obtenção da necessária estrutura operativa para a eficácia dos modelos cientificamente elaborados”, FERNANDES, Fernando. *O processo penal... Op. cit.*, pp. 47 y ss.

<sup>360</sup> ROXIN, Claus. *Die Strafrechtswissenschaft vor den Aufgaben der Zukunft*. In: ESER, Albin; HASSEMER, Winfried; BURKHARDT, Björn (org.) *Die deutsche Strafrechtswissenschaft vor der Jahrtausendwende*, 2000, pp. 387-388.

<sup>361</sup> KELSEN, Hans. *Teoria pura do direito... op. cit.*, pp. 387 y ss. Roxin procura evitar la objeción contra la indeterminación de la política jurídica que orienta el comportamiento decisorio, sin diferenciar, todavía, el texto del sentido normativo: “No que concerne à crítica da indeterminação, é evidente que o intérprete não pode impor a sua própria política criminal àquela que subjaz ao direito vigente. Sua tarefa é muito mais trazer à tona as intenções político-criminais do legislador, a serem extraídas do ordenamento jurídico e principalmente do Código

La falta de consistencia sistémica<sup>362</sup> de la consagrada tesis de la “apertura a principios” para “solución justa y adecuada a casos concretos”<sup>363</sup> de naturaleza política criminal afecta el sentido operacional de la represividad. En lugar de abertura cognitiva a dinamizar el cierre operacional del sistema jurídico-penal, la abertura a la política.

La indeterminación de la política criminal genéricamente<sup>364</sup> concebida se arregla en medidas operacionales esencialmente simbólicas. Las dificultades combinatorias de las estructuras normativas y de la comunicación de la represividad afectan la diferenciación funcional (en relación al ambiente) y el perfeccionamiento del sistema jurídico-penal, pervirtiéndole las finalidades<sup>365</sup> y la potencia de intervención punitiva por la “corrupción”<sup>366</sup> de los códigos que distinguen la reacción penal.

---

Penal, e aproveitá-las no trabalho interpretativo”, ROXIN, Claus. *Estudos de direito penal*, 2006, p. 64.

<sup>362</sup> Así como en la crítica de Shecaira: “Vê-se, pois, que Luhmann, além de tornar bastante complexo aquele raciocínio iniciado em Durkheim, acabou, no âmbito penal, possibilitando que seus seguidores viessem a modificar seu pensamento com uma construção extremamente autoritária. Jakobs conduz o ideário funcionalista às suas últimas conseqüências. Seu pensamento, por ser extremo, e de certo modo isolado, não pode ser utilizado como instrumento de ataque genérico ao funcionalismo. Muitos autores funcionalistas trataram de incorporar às suas teorias o respeito aos princípios mais caros ao Direito Penal. Podemos citar, por exemplo, toda a escola de pensamento liderada na Alemanha por Claus Roxin, que é tido como um penalista com uma visão “funcionalista moderada”. Valores funcionalistas hauridos de Luhmann, como por exemplo, a função da pena, convivem com um ideário democrático de preservação do bem jurídico, algo que será suprimido por Jakobs. Daí deduzir-se que a norma penal somente se justificará na medida da sua proteção das condições de vida de uma sociedade estruturada sobre a base da liberdade e da dignidade humana”. SHECAIRA, Sérgio Salomão. *Criminologia... Op. cit.*, p. 238.

<sup>363</sup> La idea de una “solución justa y adecuada al caso concreto” promovería situación de inestabilidad normativa, pues el comportamiento decisorio apenas acumularía soluciones justas, sin embargo apenas parciales en relación al sistema (*Teilsystemgerechtigkeit*), o que puede ser relevante na compreensão da complexidade do discurso político-criminal, DREIER, Ralf. Zu Luhmanns systemtheoretischer Neuformulierung des Gerechtigkeitsproblems. In: *Rechtstheorie*, 5, 1974, pp. 189 y ss.; específicamente sobre la polémica entre Luhmann y Dreier, OSTERKAMP, Thomas. *Juristische Gerechtigkeit*, 2004, pp. 132 y ss.

<sup>364</sup> Como parece ser el caso de CAMPOS, Marcelo da Silveira. *Crime e Congresso Nacional: uma análise da política criminal aprovada de 1989 a 2006*. Monografía vencedora do 14º concurso Ibccrim de monografias de ciências criminais, 2010.

<sup>365</sup> Bastante problemática la percepción de Aponte con respecto de la política criminal y el “derecho penal político”, APONTE, Alejandro. *Krieg und Feindstrafrecht... Op. cit.*, p. 115.

<sup>366</sup> NEVES, Marcelo. Muito barulho para nada? In: *Folha de S.Paulo*, 27.06.2007, p. A3.

El riesgo es conducir la represividad penal a decisiones de naturaleza política<sup>367</sup>; al asistencialismo social<sup>368</sup>; a la indiscriminada expansión de medidas punitivas que sólo simbolizan reacción a los enredos sociales<sup>369</sup>, a los “gestores atípicos de la moral”<sup>370</sup> o “gestores de la moral colectiva”<sup>371</sup>; o aún abriendo las puertas a la perversión de los principios o de la propia manipulación de intereses particularistas o “a intereses directos del Estado”<sup>372</sup> en la dinámica interna del sistema jurídico-penal. Peor que esto es la producción de discurso jurídico-penal que vulnerabiliza la auto-comprensión del derecho penal, rehén de sus propios principios y de la estructura política y social del País<sup>373</sup>.

---

<sup>367</sup> TREVES, Renato. *Giustizia e giudici nella società italiana*, 1973, pp. 59 y ss.

<sup>368</sup> Como parece ser el caso de las nuevas tendencias de conceptualización de la seguridad en la ciencia política: “Para entender melhor e dar resposta às realidades militares, políticas, económicas, sociais e ambientais da nova ordem internacional, foi desenvolvido o conceito de segurança humana, que entrou em voga rapidamente e adquiriu um lugar de destaque na agenda internacional. As idéias que sustentavam esse conceito já vinham de trás, desde pelo menos a fundação da Cruz Vermelha Internacional, da Declaração Universal dos Direitos Humanos ou das Convenções de Ginebra, mas o termo em si é frequentemente associado ao Relatório de Desenvolvimento Humano de 1994 do Programa das Nações Unidas para o Desenvolvimento (PNUD), que considera a segurança humana a soma de sete elementos distintos: a segurança económica, alimentar, salutar, ambiental, pessoal, comunitária e política (PNUD, 1994). Exemplos recorrentes de segurança nesses domínios são, respectivamente, o fim da pobreza endêmica, o acesso à comida, o acesso a cuidados de saúde, a proteção contra a degradação ambiental, a proteção física contra tortura ou violência doméstica, a sobrevivência da identidade cultural de um grupo ou a proteção dos direitos e das liberdades fundamentais”, CRAVO, Teresa de Almeida. O conceito de segurança humana: indícios de uma mudança paradigmática? In: NASSER, Reginaldo Mattar (org.) *Os conflitos internacionais em múltiplas dimensões*, 2009, p. 70.

<sup>369</sup> Sobre la complejidad de semejantes procesos de producción legislativa, VOß, Monika. *Symbolische...* *Op. cit.*, pp. 171 y ss. e 181 y ss.

<sup>370</sup> MELLO JORGE SILVEIRA, Renato. *Direito penal supraindividual...* *Op. cit.*, p. 32.

<sup>371</sup> POLAINO-NAVARRETE, Miguel. La controvertida legitimación del derecho penal en las sociedades modernas: más derecho penal? In: JAKOBS, Günther; POLAINO-NAVARRETE, Miguel. *El derecho penal ante las sociedades modernas: dos estudios de dogmática penal y política criminal*, 2006, pp. 77 y ss.

<sup>372</sup> “Primeiramente cuidemos de Roxin. Mesmo que se possa dizer que aqui procura ele superar o conceito clássico, tanto no âmbito da concepção psicológica quanto da normativa, não pode evitar, no entanto, de associar o direito penal às medidas punitivas que prevê, em vez de contraditar-lhe os fundamentos. Nesse passo, mostra-se apenas dogmático e não crítico. Por outro lado, afastar da investigação do conteúdo da culpabilidade o dado referente à liberdade de vontade leva a subordinar o direito penal aos interesses diretos do Estado. Dizer-se, com efeito, que o que significa sujeitar o direito penal a servir de instrumento exclusivamente sancionatório e não garantista, (...) sem deixar preso o aplicador da lei a esquemas repressivos de ordem político-criminal”, TAVARES, Juarez. *Teoria do crime culposo*, 3. ed., 2009, p. 187.

<sup>373</sup> COMBLANT, Joseph. *A ideologia da segurança nacional*, 1978. Sobre la seguridad urbana como “nueva ropaje” de la seguridad nacional, “os actores políticos, procurando clientela eleitoral, elaboram leis repressivas, longe de qualquer contexto ideológico coerente, mesclando

Pero es verdad que la precipitación de la infra-complejidad de la literatura dominante en materia penal no puede servir de álibi para la hiper-abstracción. No se pueden extraer los niveles de auto-comprensión operacional sugeridos por los conceptos de persona y enemigo por la insuficiencia de sus contrapuntos, ni tampoco se debe prescindir de apurar empíricamente la observación sociológica luhmanniana. Sería por demás anti-científico tomar la suficiencia racional de los elevados niveles de abstracción de los modelos de Luhmann o incluso de Jakobs por la infra-complejidad de las formas tradicionales de representación del discurso jurídico-penal<sup>374</sup>.

La identidad de sentido construida por la hiper-abstracción de esos modelos de referencia no encuentra correspondiente en complejidad en la doctrina dominante. Por ese motivo, no solo la comprensión adecuada del mayor o menor distanciamiento entre Luhmann y Jakobs se hace necesaria, pero también la precisión que viene a ser la no-identidad de la elevada abstracción.

La evaluación del sentido operacional de los conceptos no se disocia de ese contexto, ampliando las combinaciones posibles y la ecuación de las alternativas de auto-comprensión del derecho de la sociedad. Esas combinaciones son el reflejo del movimiento de los conceptos punible/no-

---

argumentos moralistas, perigosistas e de segurança nacional. A sociedade de comunicação contemporânea e as cruzadas nacionais e internacionais, o medo, as reações perante a quebra do estado de bem-estar e a redução do espaço político para providenciar soluções reais para os conflitos sociais favorecem uma transferência do poder, que, na época da ideologia da segurança nacional, levava à hegemonia das forças armadas e que, na versão da ideologia da segurança urbana, passa para as polícias”, ZAFFARONI, Eugenio Raúl; PIERANGELI, José Henrique. *Manual de direito penal brasileiro*, v. 1., 7. ed., 2007, p. 314.

<sup>374</sup> Se apoyando en la interpretación de António Castanheira Neves, Fernando Fernandes no desprecia la funcionalidad del modelo autopoietico para la teleología y la mutabilidad del sistema jurídico-penal: “À indagação de se uma interpretação jurídica teleológica, orientada para as conseqüências reais, tem perspectivas de futuro enquanto método universalmente aplicável e se ela oferece um fundamento para a compreensão dogmática da *ratio legis*, responde Luhmann que ‘a interpretação teleológica do direito põe ao serviço das classificações do input uma orientação às conseqüências extremamente simplificada’; do ponto de vista técnico, ‘a metódica de racionalização de decisões programadas segundo um fim não opõe resistência à sua limitação jurídica mediante proibições ou condicionamentos’. Já tendo sido doutrinariamente questionada, de modo satisfatório, a pertinência de uma ‘teleologia técnica’, baseada num finalismo tecnológico’, talvez seja mais adequado reconhecer uma ‘teleologia prática’, fundada numa prática normatividade material, na qual os fins são intenções práticas a sustentarem juízos práticos”. FERNANDES, Fernando. O processo penal... *Op. cit.*, 2001, p. 23.

punible<sup>375</sup> y de la extensión de su campo de comunicación de la represividad, esto es, en la aplicación de la pena. Es con base en esas referencias que la operacionalidad de los conceptos nos conduce a otras posibilidades para los padrones de comprensión del derecho penal y para la revisión necesaria de sus presupuestos de regulación<sup>376</sup>.

Tanto la consistencia de la resolución metodológica de la observación sociológica cuanto la poderosa hermenéutica de los movimientos de sentido en cadena serán llevados a la confrontación de los límites prácticos de las relaciones jurídicas. De suerte que la observación de esa consistencia se constituye como la observación de los límites del sentido operacional del derecho relativamente a su contrario: a la concretud realizada por la filosofía del sujeto.

La centralidad del sujeto en la construcción del derecho penal crea nuevos niveles de diferenciación entre injusto y responsabilidad<sup>377</sup>, justamente porque la representación dogmática de la responsabilidad acoge los principios rectores caros a la política criminal, en los puntos de convergencia de las consecuencias de la represividad: el juicio de reproche de la conducta y el juicio de merecimiento de pena. Más alineadas al normativismo que las ideas de

---

<sup>375</sup> “A definição do injusto neste contexto, embora não esteja filiada a uma lei natural que se pudesse constatar empiricamente, não se afasta de um procedimento cognitivo, porque só adquire relevância na medida em que se veja inserida, como forma diferenciada da função jurídica de estabilização, num sistema autopoietico, que produz seus próprios elementos e sobre eles sua própria estrutura, quer dizer, redundando numa definição tautológica”. TAVAREZ, Juarez. Teoria do injusto... *Op. cit.*, p. 64.

<sup>376</sup> Así como apuntado en SILVA-SÁNCHEZ, Jesus-Maria. La expansión del derecho penal... *Op. cit.*, p. 166.

<sup>377</sup> Contra que no se deja resignar Roxin, en manifiesto contra Jakobs y sus alumnos: “O fato realizado por um doente mental não é um questionamento da validade da norma, mas, como afirma Jakobs, uma consequência ‘da pessoa como natureza, e não como participante competente da comunicação’. Também os seus alunos se manifestam nesse sentido. Lesch afirma; ‘injusto penal é a própria culpabilidade jurídico-penal’, e ‘culpabilidade é o injusto penal’. Também Pawlik: ‘partindo-se de um conceito de crime que coloca em primeiro plano a contradição entre a vontade do autor e da vontade geral (...), não há espaço para um injusto independente da culpabilidade’”. ROXIN, Claus. Reflexões sobre a construção sistemática... *Op. cit.*, p. 35.

política criminal, las operaciones dogmáticas del derecho penal asumirían como principal objeto el injusto<sup>378</sup>, en detrimento de la responsabilidad.

---

<sup>378</sup> La consecuencia dogmática de esa concepción elevaría el estatuto del concepto de persona como la referencia de construcción de sentido del sistema jurídico-penal, incluso como proyección al futuro de carácter preventivo: “(...) la categoría de un injusto independiente de la culpabilidad tiene su relevancia en primer término allí donde no se trata de la consecuencia jurídica ‘pena’ – es decir, del castigo de un hecho ya cometido -, sino donde se está ante la cuestión de si frente a un autor, que se dispone a poner en peligro bienes jurídicos ajenos, se deben tomar medidas de defensa, es decir, donde la meta del acto coactivo de que se trate es de naturaleza *preventiva*”, PAWLIK, Michael. ¿El paso más importante de la dogmática de la última generación? Reflexiones para la diferenciación entre injusto y culpabilidad en derecho penal. In: PAWLIK, Michael. *La libertad institucionalizada*, 2010, p. 129.



## CAPÍTULO III

### PERSONA Y ENEMIGO

#### 1. Persona: breve historia del problema en materia penal

Las ideas penales en Alemania de la Pos-guerra<sup>379</sup> fueron ampliamente revistas y sometidas a una profunda redefinición ideológica y conceptual<sup>380</sup> por la necesidad de superación del terror impuesto por el régimen totalizador de Adolf Hitler y por el empeño en diagramación de nuevo modelo de Estado de Derecho, ancorado por garantías fundamentales y tratados internacionales de protección a los derechos humanos<sup>381</sup>.

---

<sup>379</sup> HASSEMER, Winfried. As idéias penais na Alemanha do pós-guerra. In: *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, n. 6, 1994, pp. 36-71; SCHÜNEMANN, Bernd. Kritische Anmerkungen... *Op. cit.*, pp. 201-229.

<sup>380</sup> SCHNEIDER, Hendrik. Kann die Einübung... *Op. cit.*, p. 25, que restó del régimen nazi fue el neokantismo orientado a valores. Esa “nueva orientación” de la dogmática jurídica, todavía, retoma los estudios de *Welzel* aún en 1935, se pautando por la elaboración de los conceptos “a partir das estruturas ônticas essenciais dos individuos” (*durch die ontische Wesensstruktur des Menschen*), WELZEL, Hans. *Naturalismus und Wertphilosophie im Strafrecht: Untersuchungen über die ideologischen Grundlagen der Strafrechtswissenschaft*, 1935, pp. 75 y ss. La valoración neokantiana que orienta los esquemas interpretativos de naturaleza político criminal atiende a finalidades concretas de intervención punitiva, a que se referencian todas las otras cuestiones fundamentales de derecho penal, sobre todo la disposición de los escalones del delito. Curiosamente, en la historia de las ideas penales el neokantismo transmitió las directrices del derecho penal nacional-socialista.

<sup>381</sup> En ese mismo contexto, Luhmann comprende los derechos humanos como “inmunización” del sistema jurídico, que le preserva la diferenciación funcional, protegiendo contra perversión del sistema político, LUHMANN, Niklas. *Die Moral der Gesellschaft...* *Op. cit.*, pp. 228-252; LUHMANN, Niklas. *Grundrechte als Institution*, 1965, pp. 43 y ss. En el entendimiento de la teoría de los sistemas, la evolución de las constituciones revela el sentido histórico de control de la multiplicidad de diferenciaciones sociales con inclinaciones para la dominación, TEUBNER, Günther. *Globalización y constitucionalismo social*. In: GÓMEZ-JARA-DÍEZ, Carlos (org.) *Teoría de Sistemas y Derecho Penal: fundamentos y posibilidades de aplicación*, 2005, p. 98. Entre los penalistas, APONTE elogia la concepción *luhmanniana* de los derechos humanos como institución, APONTE, Alejandro. *Krieg und Feindstrafrecht...* *Op. cit.*, pp. 232-238.

Ese reacomodamiento estructural permitió consolidar la dominancia en el ideario penal del “derecho penal del resultado”. Atentar para el resultado reposiciona las estructuras normativas en detrimento de las calidades subjetivas del autor del delito. La preocupación mayor es guarnecer el derecho penal del necesario para proteger la dignidad humana<sup>382</sup>, orientándolo por principios rectores de naturaleza político-criminal.

Alineando el derecho penal a la política criminal<sup>383</sup>, la organización racional de un sistema teleológico de interpretación de las leyes penales encontró grande receptividad entre los penalistas, permitiendo la introducción de criterios objetivos de atribución de responsabilidad en el injusto.

Diferentemente del modelo dominante, por la manipulación de los sentidos de la represividad, la técnica de los tipos penales de autor, capítulo ya olvidado entre los penalistas<sup>384</sup>, parece, sin embargo, reemplazado en la descripción de Jakobs<sup>385</sup>.

---

<sup>382</sup> Cfr. mejores referencias para la centralidad de la dignidad humana en el derecho, en los enfoques publicista y privatista, respectivamente, BERCOVICI, Gilberto. *Constituição econômica e dignidade da pessoa humana*. In: *Revista da Faculdade de Direito da USP*, v. 102, 2007, pp. 457-467; AZEVEDO, Antonio Junqueira. *Caracterização jurídica da dignidade da pessoa humana*. In: *Revista da Faculdade de Direito da USP*, v. 97, 2002, pp. 107-125.

<sup>383</sup> La integración entre derecho penal y política criminal, antes concebidos de manera estanque en el proyecto lisztiano, traduce la ousada iniciativa de Claus Roxin, rendiéndole la dominancia de la moderna teoría de la dogmática jurídico-penal, ROXIN, Claus. *Kriminalpolitik und Strafrechtssystem*, 2. ed., 1973; FIGUEIREDO DIAS, Jorge de. *Questões fundamentais de direito penal revisitadas*, 1999.

<sup>384</sup> La resolución teórica de los tipos penales de autor en la fórmula *lisztiana* estaba para calibrar algunas insuficiencias de la abstracción extremada de los tipos penales de resultado, KÖHLER, Michael. *Einführung*. In: VON LISZT, Franz. *Der Zweckgedanke im Strafrecht*, (1. ed. 1882/1883), 2002, p. XI.

<sup>385</sup> GÓMEZ-MARTIN, Víctor. *El derecho penal del autor*, 2007. Jakobs prefiere otros términos para externalizar su posición sobre el moderno derecho penal: “El Derecho penal se encuentra condicionado de manera ineludible por su vinculación con el Estado social y democrático de Derecho. Ello imprime carácter y determina exactamente los elementos imprescindibles del Derecho penal democrático, propio de ese Estado de Derecho. Esos elementos son, a mi juicio, los siguientes: en primer lugar, la soberanía y legitimidad de la Constitución política, dada libremente a los ciudadanos; en segundo lugar, la determinación legal y típica de las figuras delictivas, con todo su arsenal de garantías; en tercer lugar, el principio de culpabilidad y, finalmente, la existencia de un proceso penal justo. Estos cuatro elementos representan, en mi opinión, la quintaesencia del Derecho penal democrático del moderno presente”. JAKOBS, Günther. “Consideraciones a el Derecho Penal Moderno”. In: *Entrevista al Prof. Günther*

La construcción histórica del problema de los conceptos de persona y enemigo remonta a ese debate más amplio, a la querrela entre un derecho penal de autor<sup>386</sup> y un derecho penal de resultado<sup>387</sup>. Justamente esa manipulación de sentidos permite identificar procesos de diferenciación histórica del derecho penal y su mayor o menor capacidad funcional.

Una observación sociológica del derecho penal en la Pos-guerra da ocasión al estudio de la evolución de sentido operacional de la represividad y de las modalidades de intervención punitiva. Así de modo general, revela momentos de reconsideración del método y de la concepción de sujeto y de sociedad como los caminos del refinamiento teórico-científico y mecanismos de perfectibilización de la comunicación de la represividad.

En vista del resurgimiento de estructuras normativas que recurren a la técnica de tipos penales de autor<sup>388</sup>, supuestamente retomadas por la insolvencia de la paradoja entre la seguridad y la libertad individual, el problema

---

Jakobs, Trad. Miguel Polaino-Orts.  
<http://www.derechopenalenlared.com/docs/entrevistajakobsconsideraciones.pdf>.

<sup>386</sup> “Die Dinge ändern sich, soweit es um Taten geht, von denen die Gesellschaft sich massiv bedroht fühlt und vor denen sie bei Verhängung milder Strafen keineswegs im Großen und Ganzen sicher sein kann. Das ist der Fall bei Taten der organisierten Kriminalität, bei Drogenhandel, schwerer Gewaltkriminalität, gefährlichen Sexualtäter usw. Gegenüber diesen Tätern erwartet die Gesellschaft wirksamen Schutz“. FRISCH, Wolfgang. Wandlungen des Strafrechts als Folge gesellschaftlichen Wandels... *Op. cit.*, 2009, p. 353. Estendendo a idéia à ideologia de repulsa ao estrangeiro, DAVOLO, Eser. Fremdenfeindlichkeit: Rassismus und Gewalt, 2000, p. 33 y ss.

<sup>387</sup> Para la discusión en torno del pensamiento de *Von Liszt*, MUÑOZ-CONDE, Francisco. Das Erbe Franz von Liszts. In: HERZOG, Felix; NEUMANN, Ulfried (org.) *Festschrift für Winfried Hassemer zum 70. Geburtstag*, 2010, pp. 535 y ss. “Von Liszt contextualiza o problema do criminoso habitual como uma das questões mais complicadas de sua época, utilizando-se, a título ilustrativo, de várias pesquisas que demonstram, em diversos países, as altas taxas de reincidência. O autor identifica esta criminalidade com uma verdadeira enfermidade social, caracterizando os indivíduos que se reúnem sob esta designação como os mendigos, os vagabundos, as prostitutas e os degenerados. Termina seu curioso rol com bastante contemporânea e criticada expressão: *‘Todos eles formam o exército dos inimigos, por princípio, da ordem social’*”. VELLUDO SALVADOR NETO, Alamiro. Finalidades da pena... *Op. cit.*, pp. 230-231. Para a compreensão dos limites dogmáticos da incriminação do autor perigoso habitual, KÖHLER, Michael. Die Aufhebung der Sicherungsmaßregeln durch die Strafgerechtigkeit. In: PAWLIK, Michael; ZACZYK, Rainer (org.) *Festschrift für Günther Jakobs zum 70. Geburtstag*, 2007, pp. 286 y ss.

<sup>388</sup> La idea evolucionada de las imputaciones con base en la figura del autor (*an den Täter zentrierten*) relativamente a las teorías preventiva y retribucionista en PAWLIK, Michael. Strafrechtswissenschaftstheorie... *Op. cit.*, p. 81.

de la represividad se torna el problema de las estructuras de imputación y atribución de responsabilidad.

Lo que lleva Jakobs a reposicionar persona y enemigo como centros de imputación<sup>389</sup> en el derecho penal es el reconocimiento de los niveles de incompatibilidad entre un “derecho penal iluminista” y una “sociedad no-iluminista”<sup>390</sup>, la necesidad de orientar la intervención punitiva a la prevención y combate de peligros futuros, cuyo ápice determina, en tesis, la escisión entre derecho penal del ciudadano y derecho penal del enemigo.

Todavía, la evolución del sentido de la tipificación de autor sugiere que el problema de ese derecho penal del autor sería el derecho penal del autor peligroso.

El estado de incongruencia<sup>391</sup> entre la represividad comunicada por el derecho penal del resultado, en niveles de inestabilidad normativa, se refleje en la renovación de la pauta de la subjetividad en el discurso jurídico-penal, particularmente en los casos de anticipación de la intervención punitiva previamente a la afectación del bien jurídico.

---

<sup>389</sup> “Der Mensch ist ein Phänomen, betrachtet unter Naturgesetzen, die Person in der Gesellschaft ein anderes: ein Adressat bestimmt unter Zurechnungsgesichtspunkten”. JAKOBS, Günther. “Ein Gespräch mit Herrn Professor Dr. Günther Jakobs”. In: [http://fhi.rg.mpg.de/Gespraech/0810schmoeckel\\_mayenburg\\_jakobs.htm](http://fhi.rg.mpg.de/Gespraech/0810schmoeckel_mayenburg_jakobs.htm).

<sup>390</sup> JAKOBS, Günther. *Strafrecht... Op. cit.*, p. 44.

<sup>391</sup> “A congruência entre os mecanismos de controle de expectativas, contudo, não é um dado; ao contrário, mais comum é a incongruência. Nas sociedades modernas, isto é visível pelo fato de que nelas há mais expectativas normativas que possibilidades de institucionalização. Mesmo entre as normas jurídicas, muitas delas não podem ser institucionalizadas, ou porque os juízes não as aplicam, ou porque na vida quotidiana não se espera que sejam cumpridas. Por sua vez, sabemos que nem todo valor nos conduz a normas, nem toda norma concretiza integralmente valores. Além disso, se de um lado os valores são relativamente fáceis de se institucionalizar, de outro são muito abstratos para se porem nas normas de modo tecnicamente informativo, uma vez que abarcam muitas possibilidades de comportamento. (...) Primariamente, o Direito aparece na desilusão e na reação do desiludido, de modo imediato como uma explosão de ira. Em sociedades de alta complexidade, porém, esta congruência tem de ser veiculada. E é aqui que aparece a função social da Dogmática Jurídica. Ela é, a nosso ver, uma instância instrumental de viabilização do Direito, na medida em que atua como veículo de alta abstração capaz de proporcionar uma congruência estável entre os mecanismos de controle social, mesmo quando, aparentemente, eles não se afinam. Neste sentido, ela viabiliza as condições do juridicamente possível”, FERRAZ JR., Tercio Sampaio. *A função social da dogmática jurídica... Op. cit.*, pp. 115-116.

Como si el derecho penal no diese cuenta de la ambiciosa semántica con que se realiza la sociedad, aturdido en medio a la infra-complejidad de un sistema afligido en busca de un *pathos* político-criminal. Dicha semántica de la sociedad que emprestó sentido a la evolución de las ideas penales en el modelo de Jakobs asume como presupuesto la necesidad de expresar la ecuación de las condiciones para la estabilización normativa, de elevarla a condiciones de regulación aptas a la dinámica entre la represividad comunicada por la reacción penal y el costo a las libertades individuales que devienen de la intervención punitiva.

La observación sociológica en ese caso se delimita con la descripción de la evolución de la noción de los conceptos de persona y enemigo cogidos de la sociedad por el derecho penal, y a partir de esa descripción, evidenciar si las estructuras normativas sugeridas por los conceptos ofrecen sentido operacional idóneo a elaborar estructuras de imputación más afectas a la semántica de la sociedad.

## 1.1. La evolución del concepto

Para precisar el entendimiento del sentido operacional del concepto de persona, antes se presume describir la evolución del concepto a partir de la noción de individuo<sup>392</sup>.

Jakobs, todavía, rechaza expresamente la idea sistémica de evolución<sup>393</sup> para la transición entre los conceptos de individuo y persona<sup>394</sup>. Aunque justamente esa evolución de sentido sea la condición indispensable para comprender los vínculos entre el sentido operacional del concepto de persona y la sociedad, Jakobs no concibe la cobertura cognitiva y la estructuración normativa de individuo a la persona como evolución de sentido. Distante de la percepción luhmanniana del lugar de individuo y subjetividad, la idea de Jakobs es

---

<sup>392</sup> En Luhmann la diferenciación de “sujeto” a la “persona” es esencial para la comprensión de los fenómenos sociales, para la descripción del sentido y función de los roles sociales y atribuciones de expectativas de un sistema social. Esa descripción es fundamental para acoplar los sistemas psíquicos a los sistemas sociales, para informar prestación simbólica del ambiente al sistema, en el mismo sentido de la selección de textos organizada en BRASSER, Martin. *Person: philosophische Texte von Antike bis zur Gegenwart*, 1999, pp. 194-198; LUHMANN, Niklas. *Das Recht der Gesellschaft...* *Op. cit.*, p. 574; LUHMANN, Niklas. *Soziologische Aufklärung Op. cit.*, pp. 141 y ss. A partir de la delimitación conceptual de persona como constructo de enderezamiento de procesos de comunicación del ambiente del sistema es problematizado uno de los aspectos más controvertidos y polémicos del modelo luhmanniano: “Porém, o anti-humanismo metodológico foi mal compreendido. Não se trata de ua categoria ética, mas antes lhe subjaz um humanismo ético ao não incluir o homem como parte da sociedade. Ele é um problema para a sociedade, que deve ser enfrentado ao se considerar a autonomia do sistema psíquico e biológico nele envolvido. É evidente que não pode haver sociedade (pois não pode haver comunicação) sem o homem. Ele é uma condição de possibilidade da comunicação e da sociedade. A sociedade depende do homem como condição ambiental para existir, assim como o homem precisa de determinadas condições atmosféricas para viver, mesmo que a atmosfera não faça parte do homem. A consciência precisa de certos processos neuronais para reproduzir-se como sistema com sentido, mas esses processos não são parte dela. Ou seja, sociedade e homem são interdependentes, mas se diferenciam um do outro”, NEVES, Marcelo. Niklas Luhmann: eu vejo o que tu não vês. In: ALMEIDA, Jorge de; BADER, Wolfgang (org.) *Pensamento alemão no século XX: grandes protagonistas e recepção das obras no Brasil*. v. 1., 2009, p. 262.

<sup>393</sup> Para un análisis crítico del concepto de evolución, BRUNKHORST, Hauke. *Machtbarkeitillusionen*. In: CALLIESS, Graf-Peter; FISCHER-LESCANO, Andreas; WIELSCH, Dan (org.) *Soziologische Jurisprudenz: Festschrift für Günther Teubner zum 65. Geburtstag*, 2009, p. 457 e 462, nota 57.

<sup>394</sup> JAKOBS, Günther. *Norm, Person, Gesellschaft...* *Op. cit.*, p. 49.

desarrollar la evolución conceptual de persona a partir de interpretación psicologizante del idealismo hegeliano<sup>395</sup>.

Mismo frente al rechazo expreso, la aprehensión del sentido operacional de los conceptos apunta para un camino evolutivo, en que la transición es descripta por la conducción de significado y atribución de calidad normativa de un concepto para el otro.

En el caso de la observación sociológica del derecho penal, el lugar del sujeto y la evolución de la transición de individuo a la persona<sup>396</sup> fijan los parámetros de comprensión de la represividad<sup>397</sup>. Sin esa resolución de método, la auto-comprensión de la persona como estructura normativa de imputación se pierde en el análisis psicologizante de Jakobs<sup>398</sup>, obscureciendo el camino del entendimiento.

Evolución es la descripción de la evolución de sentido operacional<sup>399</sup>, permitiéndosele aprehender la diferenciación funcional de los

---

<sup>395</sup> JAKOBS, Günther. Norm, Person, Gesellschaft... *Op. cit.*, prefácio e p. 47. A despecho de eso, Ambos insiste en la aproximación con el concepto luhmanniano de persona, afirmando Jakobs valerse de un “subsistema físico-psíquico”, AMBOS, Kai. Feindstrafrecht... *Op. cit.*, p. 20, nota 132. En contra, “a prevenção geral positiva sempre esteve interligada com outras formas de punição, ganhando autonomia na quase que unicamente teoria de Jakobs, onde está desapegada de qualquer fator psicológico social”, VELLUDO SALVADOR NETTO, Alamiro. Finalidades da pena... *Op. cit.*, p. 239.

<sup>396</sup> Se acentúa la distancia con Luhmann, HUBER, Thomas. Systemtheorie... *Op. cit.*, pp. 50 y ss.

<sup>397</sup> “(1) Die Eigenschaft des Zurechnungssubjekts als natürliche Person, (2) die physische Fähigkeit zur Normbefolgung (...) sowie (3) die intellektuelle Fähigkeit zur Normbefolgung” são os pressupostos para a comunicação da imputação à pessoa, LESCH, Heiko. Der Verbrechensbegriff... *Op. cit.*, p. 214.

<sup>398</sup> En plano conceptual distinto, Seelmann procura fundar el concepto de persona en términos concretos. Persona sería la dignidad de la persona, cuya auto-representación de esa calidad sería válida apenas en interacción. Ese carácter relacional referenciaría persona a individuo concretamente considerado, SEELMANN, Kurt. Menschenwürde zwischen Person und Individuum. In: DÖLLING, Dieter (org.) *Jus humanum: Grundlagen des Rechts und Strafrecht – Festschrift für Ernst-Joachim Lampe*, 2003, pp. 301-316.

<sup>399</sup> BARALDI, Cláudio; CORSI, Giancarlo; ESPOSITO, Elena (org.) Glossar zu Niklas Luhmann... *Op. cit.*, p. 52. Para la crítica al concepto de evolución relativamente al concepto de desarrollo, WEINGARTEN, Michael. System, Entwicklung, Evolution: Warum Luhmanns Theorie sozialer Systeme keine Entwicklungstheorie ist. In: DEMIROVIC, Alex (org.). *Komplexität und Emanzipation: kritische Gesellschaftstheorie und die Herausforderung der Systemtheorie Niklas Luhmanns*, 2001, pp. 299 y ss.

conceptos con vista a la estabilización normativa<sup>400</sup>. La operacionalidad del concepto de persona esta puesta en la medida en que se vincula al concepto de sociedad<sup>401</sup> y de estructuración normativa de un orden a partir de indicaciones simbólicas de naturaleza subjetiva, en la forma de acoplamiento estructural sistema y ambiente.

Decididamente, la descripción de la evolución del concepto de persona tende a informar al sistema jurídico cuanto puede aprender de la sociedad que le configura el entorno<sup>402</sup>. La descripción del concepto de persona, al contrario de lo que recomienda Jakobs<sup>403</sup>, se apega a la idea de evolución individuo/persona<sup>404</sup>, para finalmente alcanzar la medida con que esa distinción conceptual comunica estratégicamente al derecho de la sociedad reacción penal a

---

<sup>400</sup> LUHMANN, Niklas. *Das Recht der Gesellschaft...* *Op. cit.*, pp. 249 y ss.

<sup>401</sup> Porque para el modelo luhmanniano, “la sociedad es el sujeto de la historia, es la portadora del proceso evolutivo”, MEURER, Bärbel. *Kritische Bemerkungen zur Systemtheorie: Das Beispiel Niklas Luhmann*. In: *Das Argument: Zeitschrift für Philosophie und Sozialwissenschaften*, n. 83, 1973, p. 903.

<sup>402</sup> Aunque desconsidere la “co-evolución” de los conceptos de persona y sociedad, *Jakobs* reconoce que la realidad de la norma (*Normwirklichkeit*) sufre alteraciones en la relación con el ambiente social (*gesellschaftliche Umwelt*), JAKOBS, Günther. *Norm, Person, Gesellschaft...* *Op. cit.*, p. 56; próximo, JAKOBS, Günther. *Strafrecht zwischen Funktionalismus und Prinzipiendenken...* *Op. cit.*, pp. 846-847. SILVA-SÁNCHEZ informa que Schünemann critica Jakobs, contudo, porque “no pretende interpretar un conjunto de normas legales; por el contrario, desarrolla primero su concepto de sociedad, que constituye una especie de punto de Arquímedes iusnaturalista, desde el que se procede a concebir el Derecho. En su opinión, por así decirlo, Jakobs no necesitaría ningún Código penal, sino que podría construirlo a partir de su filosofía de la sociedad”. SILVA-SÁNCHEZ, Jesús-Maria. Informe sobre las discusiones. In: ROXIN, Claus; JAKOBS, Günther; SCHÜNEMANN, Bernd *et al.* (org) *Sobre el estado de la teoría del delito*, 2000, pp. 197-198. Con bastante originalidad, Chaves Camargo resuelve la cuestión con base en ideas sobre el pluralismo y la acción comunicativa habermasiana: “A sociedade moderna tem como característica básica uma pluralidade de idéias, interesses e valores, o que determina que os bens jurídicos tenham formas diversas que refletem os direitos subjetivos de cada um. (...) O pluralismo, característica do estado atual, determina que o bem jurídico protegido, no âmbito de uma norma, esteja de conformidade com as características pessoais dos atores da comunicação, tendo um referencial semântico decorrente da interpretação da norma, que se concretiza no momento em que há uma divergência relevante entre esta atuação pública e a legitimidade da pretensão estabelecida na norma questionada”. CHAVES CAMARGO, Antonio Luis. *A imputação objetiva...* *Op. cit.*, pp. 127-128.

<sup>403</sup> Dentre los penalistas funcionalistas, se entiende que “es la propia Sociedad la que crea la persona, asignándole un rol, el cumplimiento de ciertas expectativas”, POLAINO-ORTS, Miguel. *Vigencia de la norma...* *Op. cit.*, p. 98.

<sup>404</sup> Los sistemas serían funcionales por sí o referenciados a la persona (personal-funcional). Con base en la tipología de *Schelsky*, todavía, se afirma que *Jakobs* sería pensador “sistémico” independentemente del plano argumentativo, SCHNEIDER, Hendrik. *Kann die Einübung...* *Op. cit.*, pp. 56 y ss.



determinadas conductas, formulando juicios de reproche delimitados por la incidencia de la responsabilidad.

## 1.2. La evolución del concepto de individuo a persona

Lo que importa al sentido operacional de la reacción penal es que las informaciones cogidas por esos conceptos – advenidos de la captación de interacciones simbólicas del ambiente del sistema jurídico – sirven al proceso de estructuración normativa y auto-comprensión del derecho frente a la sociedad. Así vale también para la observación del sentido operacional sugerido por el modelo jurídico-penal de Jakobs. La base cognitiva para la elaboración del sistema jurídico-penal es producida por la aprehensión del individuo y de la subjetividad, al recibir las prestaciones simbólicas que desenvuelvan el sentido operacional con que se realiza y evoluciona el derecho penal.

La evolución del concepto de persona está para Jakobs como la superación del concepto de individuo, porque los individuos no tienen la facultad de constituir una “sociedad normativamente estructurada”<sup>405</sup>. Para si llegara al entendimiento del sentido operacional de los conceptos, el camino aconsejado es la evolución del sentido que indica la construcción de las estructuras normativas de la transición del individuo a la persona.

Ese proceso de transición se inicia en el momento en que el individuo<sup>406</sup> es puesto en relaciones sociables, y de esa red de interacciones de comportamiento se elaboran las cogniciones de expectativa. Las percepciones de individuo e individualidad son puestas lado a lado a otras percepciones de individuo e individualidad<sup>407</sup>, la observación de un comportamiento no se da sin

---

<sup>405</sup> JAKOBS, Günther. Norm, Person, Gesellschaft... *Op. cit.*, p. 05.

<sup>406</sup> La conceptualización de individuo atiende al esquema (voluntad/no-voluntad) *Lust/Unlust*, JAKOBS, Günther. Norm, Person, Gesellschaft... *Op. cit.*, pp. 09 y ss.

<sup>407</sup> También aquí se revelan aproximaciones al problema *hegeliano* del reconocimiento y de la eticidad: “A totalidade ou a efetividade, que se apresenta como a verdade do mundo ético, é o Si da *peessoa*. Seu ser-aí é o *ser-reconhecido*. Como a *peessoa* é o Si vazio-de-substância, esse seu ser-aí é igualmente a efetividade abstrata: a *peessoa vale* e de certo, imediatamente; o Si é o ponto que repousa imediatamente no elemento do seu ser. Não se separa de sua universalidade; por isso, a universalidade e o Si não estão mutuamente em movimento e relação. No Si, o universal está sem diferenciação: nem é conteúdo do Si, nem é o Si preenchido por si mesmo. (...) O espírito moral é, em unidade imediata, essência *moral que se efetiva*; e a ação é figura

la acción opuesta del otro<sup>408</sup>. La cognición de la expectativa entre los individuos implica “recíproca influencia” y resulta en estímulo a comportamiento<sup>409</sup>. Esa influencia, sin embargo, puede encontrar los límites de los intereses individuales y reflejar conflicto entre “preferencias”<sup>410</sup>, en relación a las estructuras mentales ligadas al comportamiento criminoso y racionalizadas al largo del proceso de constitución de la persona. Como resultado de esas relaciones sociables mediadas normativamente, se construye el concepto de “persona-en-derecho”<sup>411</sup>.

El conflicto de preferencia quiebra la estabilidad cognitiva de las expectativas de comportamiento. Esa inestabilidad afecta la normalidad de las relaciones sociables y cuestiona la identidad social.

El contexto situacional inestable desencadena el sentido de la necesidad de reacción, para volver al estado de coordinación de la comunicación

---

moral inmediatamente *concreta*”. HEGEL, G. W. F. Fenomenologia do Espírito. 5. ed., 2002, pp. 431-432. En Jakobs, todavía, la efectividad abstracta de la persona parece no externalizar la concreción de sus elementos constitutivos de identidad en la acción, recurriendo antes al plano de las interacciones simbólicas para la construcción del sentido de la persona y de la relevancia penal de la acción comunicada.

<sup>408</sup> Para la comprensión del comportamiento personal como referenciado a las funciones y roles integrados al ambiente en que interaccionan, MARSAL, Eva. Person: Vom alltagsprachlichen Begriff zum wissenschaftlichen Konstrukt, 2006, p. 322; da organização desses papéis surge a institucionalização dos interesses e direitos dos indivíduos e a origem da polaridade entre a pessoa e a organização social, SCHELSKY, Helmut. Systemfunktionaler, anthropologischer und personfunktionaler Ansatz der Rechtssoziologie, 1970, pp. 80-81. Esclarecedor a respeito da relação entre pessoa e função: “Die personale Relation ist keine Funktion, sondern Selbstwert (...). Als solche ist sie insofern unverfügbar, als mit ihrer Funktionalisierung die Grundlage jeglichen Wertens, die Person (...) angegriffen würde. Vom Typus unterscheidet sich die Rolle insofern, als sie die sozialen Bezüge einer Person in einer konkreten realen Situation mitbeinhaltet. Dagegen ist der Typus eine aus der realen Situation herausgeschälte Abstrahierung und damit ein normatives Gebilde, das nicht offenlegt, auf welcher Grundlage es entstanden ist. Während das von der personalen Relation verkörperte Verhältnis von Person und Rolle eine in sich ruhende Einheit von Innen und Aussen darstellt, sind Funktion und Typus als Einheit abhängig von einer fremdbestimmten externen Grösse. Beide Begriffe sind daher offen für jede Art von offenen oder versteckten heteronomen Wertungen. Genau hierin liegt das Gefahrenpotential des Typus, wenn man ihn als tertium comparationis für den Analogieschluss verwenden wollte”, DÖPFER, Ute. Die Ontologie der sozialen Rolle als Grundlage strafrechtlicher Entscheidungen, 1994, p. 103. Crítico às condições de unidade, QUANTE, Michael. Person, 2008, pp. 80 y ss.

<sup>409</sup> JAKOBS, Günther. Norm, Person, Gesellschaft... *Op. cit.*, p. 14.

<sup>410</sup> JAKOBS, Günther. Norm, Person, Gesellschaft... *Op. cit.*, p. 18.

<sup>411</sup> JAKOBS, Günther. Personalidad y exclusión en derecho penal. In: MONTEALEGRE-LYNETT, Eduardo (org.). El funcionalismo en derecho penal: libro homenaje al Profesor Günther Jakobs, 2003, p. 74.

de preferencias. En Jakobs ese juicio de necesidad funda la legitimidad material de la intervención punitiva, la “oportunidad fáctica” que autoriza la respuesta normativa con el fin de “obligar (la observancia de) comportamiento de otro individuo”<sup>412</sup>.

Quiere decir entonces que *Jakobs* fundamenta el restablecimiento de la coordinación, en lugar del conflicto de preferencias, por el reconocimiento del orden normativa. La constitución del orden, en verdad, está para resolver contrafácticamente<sup>413</sup> el control de las relaciones sociables entre los individuos.

El control de las interacciones entre los individuos estructura normativamente las relaciones sociables, construyendo un sentido normativo de identidad entre las preferencias de los individuos, como en Jakobs, “la identidad normativa del grupo”<sup>414</sup>. Esa identidad es el conjunto referencial para la derivación (cognitiva) de la estructura normativa de la sociedad. En esa sociedad, la repartición de los roles y la disposición de la esfera de libertad y de las obligaciones constituyen los atributos que califican la persona<sup>415</sup>.

En esa transición del individuo a la persona<sup>416</sup>, las relaciones interpersonales se objetivan también de una persona para otra persona<sup>417</sup>, pero, a

---

<sup>412</sup> JAKOBS, Günther. Norm, Person, Gesellschaft... *Op. cit.*, p. 27.

<sup>413</sup> Las aproximaciones entre los conceptos de “facticidad”, “normalidad” o “normatividad” no traducen categorías propiamente *luhmannianas*. *Jakobs* hace incursiones en el plano del contractualismo y también en ese punto evoca interpretación nominalista del “Tractatus Theologico-Politicus” de *Spinoza* para presentar la contrafacticidad de las normas, *Jakobs* Norm, Person, Gesellschaft... *Op. cit.*, pp. 26-27.

<sup>414</sup> JAKOBS, Günther. Norm, Person, Gesellschaft... *Op. cit.*, p. 29.

<sup>415</sup> Atendiendo al código binario deber/esfera libre (de determinación de la libertad) (*sollen/Freiraum*), JAKOBS, Günther. Norm, Person, Gesellschaft... *Op. cit.*, p. 32. La interacción entre persona y la funcionalidad para la constitución de la sociedad, JAKOBS, Günther. Strafrecht... *Op. cit.*, p. 41.

<sup>416</sup> Y el concepto de persona atiende a la descripción binaria deber/esfera libre (*sollen/Freiraum*), JAKOBS, Günther. Norm, Person, Gesellschaft... *Op. cit.*, p. 48.

<sup>417</sup> “Person, so heißt es in einem berühmten Text John Lockes, ist ein juristischer Ausdruck. Nach der Einleitungsbestimmung des Preußischen Allgemeinen Landrechts wird der Mensch, insofern er gewisse Rechte in der bürgerlichen Gesellschaft genießt, eine Person genannt. Person bin ich demnach niemals für mich allein, sondern stets nur in meinem praktischen Verhältnis zu anderen Personen. Weil das Dasein einer Person in ihrem Anerkanntsein besteht, kann Hegel das grundlegende Rechtsgebot auf die Formel bringen: "Sei Person und respektiere

diferencia de las relaciones entre individualidades, se referencian por los roles que se les atribuyen<sup>418</sup>. El concepto de persona gana operacionalidad al indicar obligación frente a la sociedad y la auto-descripción de la persona es la descripción del sentido de la obligación que ella carga en sí y del significado que ella representa para la constitución de la sociedad<sup>419</sup>.

Pero la constitución de la sociedad se auto-mantiene por la constitución de la persona. La creación de centros de atribución de sentido normativo de comportamiento es la condición de la estructuración normativa de la sociedad. En el modelo de Jakobs la persona atrae para sí el sentido de la sociedad, que le empresta un rol social<sup>420</sup>, indicativo de obligaciones, despertando un ciclo que se resuelve en sí mismo.

Esquemáticamente, se crea un orden normativa, la sociedad, que atribuye sentido (normativo) al comportamiento del individuo, calificándole (normativamente<sup>421</sup>) a partir de entonces como comportamiento de persona<sup>422</sup>.

La evolución del concepto de persona representa el punto de convergencia de la observación del sentido operacional del concepto de enemigo<sup>423</sup>. De la manipulación de los sentidos en el plano de las estructuras de imputación deviene la reconfiguración de las estructuras tradicionales de

---

die anderen als Personen”, PAWLIK, Michael. Scharfsinn im Kleinen, Blindheit im Großen. In: *Frankfurter Allgemeine Zeitung*, 18.02.2008.

<sup>418</sup> JAKOBS, Günther. Norm, Person, Gesellschaft... *Op. cit.*, p. 37.

<sup>419</sup> Jakobs considera el concepto de persona una contradicción en sí, una vez que la construcción del sentido de persona presupone necesariamente la construcción de un sentido de sociedad, JAKOBS, Günther. Norm, Person, Gesellschaft... *Op. cit.*, pp. 37-38.

<sup>420</sup> JAKOBS, Günther. Norm, Person, Gesellschaft... *Op. cit.*, p. 57; JAKOBS, Günther. Strafrecht zwischen Funktionalismus und Prinzipiendenken... *Op. cit.*, p. 859.

<sup>421</sup> PAWLIK, Michael. Unerlaubte Verhalten..., pp. 60 y ss.

<sup>422</sup> JAKOBS, Günther. Norm, Person, Gesellschaft... *Op. cit.*, p. 50.

<sup>423</sup> JAKOBS, Günther. Feindstrafrecht... *Op. cit.*, p. 290. En la literatura también se reconoce esa evolución conceptual como la “auténtica raíz del problema”, FEIJOO-SÁNCHEZ, Bernardo. El derecho penal del enemigo y el Estado democrático de derecho. In: CANCIO-MELIÁ, Manuel/GÓMEZ-JARA-DÍEZ, Carlos (org.) *Derecho penal del enemigo: el discurso penal de la exclusión*, v. 1, 2006, pp. 810-817. SILVA-SÁNCHEZ, Jesus Maria. Los indeseados como enemigos: la exclusión de seres humanos del *status personae*. In: CANCIO-MELIÁ, Manuel; GÓMEZ-JARA-DÍEZ, Carlos (org.) *Derecho penal del enemigo: el discurso penal de la exclusión*, v. 2, 2006, pp. 985-1010; VAN-WEEZEL, Alex. Persona como sujeto de imputación y dignidad humana. In: CANCIO-MELIÁ, Manuel; GÓMEZ-JARA DÍEZ, Carlos (org.) *Derecho penal del enemigo: el discurso penal de la exclusión*, v. 2, 2006, pp. 1057-1072.

comunicación de la represividad, que deja las marcas de su evolución en la continua interacción con las estructuras sociales<sup>424</sup>. De ese punto adelante<sup>425</sup>, Jakobs interviene en el proceso evolutivo y reclama el sentido operacional del concepto de enemigo en virtud de la ausencia de funcionalidad del concepto de persona<sup>426</sup>.

---

<sup>424</sup> Lo que dividiría Jakobs entre “un primero” y “un segundo”, PIÑA-ROCHEFORT, Juan Ignacio. La construcción del ‘enemigo’ y la reconfiguración de la ‘persona’. In: CANCIO-MELIÁ, Manuel; GÓMEZ-JARA-DÍEZ, Carlos (org.) *Derecho penal del enemigo: el discurso penal de la exclusión*, v. 2, 2006, pp. 571-590.

<sup>425</sup> GÓMEZ-MARTÍN, Víctor. Sobre la distinción entre derecho penal del ciudadano y derecho penal del enemigo en la concepción de Günther Jakobs. In: CANCIO-MELIÁ, Manuel; GÓMEZ-JARA-DÍEZ, Carlos (org.) *Derecho penal del enemigo: el discurso penal de la exclusión*, v. 1, 2006, pp. 1003-1050.

<sup>426</sup> JAKOBS, Günther. Feindstrafrecht... *Op. cit.*, p. 291.

### 1.3. Persona y sujeto empírico

Las estructuras de sentido que componen la identidad se constituyen y se afirman en la construcción de la individualidad. La evolución de sentido de la identidad en la semántica de la sociedad alcanza el sentido del concepto de persona. En el movimiento de transición de la identidad<sup>427</sup> a la persona, esa evolución incorpora a la identidad las calidades normativas<sup>428</sup> de la persona, centro de imputación del sistema jurídico.

La constitución de la persona se da en el desarrollo valorativo de la individualidad: la racionalidad, el sentido estético y la capacidad de formulación de juicio ético<sup>429</sup>. Todavía, el individuo aislado de un contexto relacional poco tiene a contribuir para la dinámica con que se realiza el derecho, ensayando la inserción de la individualidad en el derecho como referenciada en la tradición de la filosofía práctica: el “sujeto empírico” y la “identidad del yo”,

---

<sup>427</sup> TAYLOR, Charles. *Die Quellen des Selbst: Die Entstehung der neuzeitlichen Identität*, 1996, pp. 54 y ss. En distinto universo categorial, la analítica de Peter Strawson supera la “pureza del Yo” y reducción de la persona a mera consciencia, anunciando en su “metafísica descriptiva” la “unidad corpo-consciencia” para la afirmación de la individualidad de la persona, STRAWSON, Peter. *Individuals: an Essay in Descriptive Metaphysics*, 2003, pp. 246 y ss.

<sup>428</sup> Desarrollando analíticamente esas calidades normativas en “condiciones de personalidad”, DENNETT, Daniel C. Bedingungen der Personalität. In: SIEP, Ludwig (org.) *Identität der Person*, 1983, pp. 21 y ss. Marsal desarrolla la construcción analítica del concepto de persona a partir de predicados P-personales y compleción biológica determinada por los predicados M-materiales, elaborando un concepto de persona de principios normativos, todavía empíricamente determinado, MARSAL, Eva. Person: Vom Alltagssprachlichen Begriff... *Op. cit.*, p. 321.

<sup>429</sup> La persona como referencial de fundamentación del juicio ético, QUANTE, Michael. Person... *Op. cit.*, pp. 163 y ss. La constitución moral de la persona es la condición de legitimación normativa y de representación de la calidad de ciudadano, definiendo una tipología propia para la referencialidad del derecho: “*Staatsbürgerschaft* ist vor diesem Hintergrund ein komplexer Begriff, denn er muss ethisch-kulturelle Differenz, rechtliche Gleichheit und politische Gemeinsamkeit zugleich umfassen. Bürger müssen sich als *ethische Personen*, als *Rechtspersonen* und *Mitbürger*, in ihrer Verschieden- wie auch ihrer Gleichartigkeit anerkennen. Staatsbürgerrechte umfassen somit subjective Rechte auf persönliche Autonomie und Handlungsfreiheit, politische Teilnahme- und soziale Teilhaberechte, die den Status eines vollwertigen Mitglieds der politischen Gemeinschaft ermöglichen. ‘Staatsbürgerschaft’ kann daher einerseits als über gewisse Rechte definierter *Status* verstanden werden, andererseits jedoch als *Prozess* der Erlangung und Ausweitung von Rechten”. FORST, Rainer. *Kontexte der Gerechtigkeit: Politische Philosophie jenseits von Liberalismus und Kommunitarismus*, 1996, p. 214.

esenciales para delimitar la auto-comprensión del sujeto en el sistema jurídico y el campo de irradiación de la libertad (auto-determinación)<sup>430</sup>, son llevados a las prácticas de vida objetivas en sociabilidad.

De esa forma el individuo recibe los calificativos de la persona, saliendo de la abstracción de una autonomía individual para la empírica representación de las determinaciones jurídicas. Es de ahí que surge la idea de “persona-en-derecho” y se concretiza la evolución de sentido de la constitución de la noción moral de la ipseidad (*Ich-Identität*) para la determinación ética de la identidad de la persona en relaciones de reconocimiento<sup>431</sup> mediadas por el derecho.

La representación del concepto de persona en Pawlik obedece a plano distinto de argumentación, ocupando un lugar anterior en la escala del alto grado de abstracción del normativismo del maestro Jakobs. El curso teórico de que se vale Pawlik para fundamentar el concepto de persona, con larga incursión en la filosofía práctica, forja los conceptos a partir de la noción de “sujeto empírico”<sup>432</sup>.

El contenido referencial que legitima el concepto de persona como sujeto empírico deriva del concepto de libertad<sup>433</sup>, por cierto, libertad como auto-determinación<sup>434</sup>. La concepción de persona referenciada por la libertad indica al ordenamiento los límites de su construcción teórica y expresa la

---

<sup>430</sup> PAWLIK, Michael. Person, Subjekt, Bürger... *Op. cit.*, p. 62; PAWLIK, Michael. Unerlaubte Verhalten... *Op. cit.*, pp. 15 y ss.

<sup>431</sup> QUANTE, Michael. Person... *Op. cit.*, p. 166.

<sup>432</sup> PAWLIK, Michael. Das unerlaubte Verhalten... *Op. cit.*, pp. 07-64.

<sup>433</sup> La centralidad de la libertad y determinación racional para la caracterización de la persona encuentra resonancia también en la fenomenología de *Husserl*: “Vor allem ist aber gegenüber dem allgemeinen und einheitlichen empirischen Subjekt die “Person” in einem spezifischen Sinne abzugrenzen: das Subjekt der unterm dem Gesichtspunkt Vernunft zu beurteilen Akte, das Subjekt, das “selbst-verantwortlich” ist, das Subjekt, das frei und geknechtet, unfrei, ist; Freiheit im besonderen Sinne genommen, und wohl im eigentlichen machen und Dritten gegenüber vertreten. Nur in diesem Sinn werden Personen “wahrgenommen”. Alles Sollen gründet in solcher Wahrnehmung”, BRASSER, Martin. Person... *Op. cit.*, pp. 108-109. Libertad y racional-determinación serían calidades aprehendidas fenoménicamente de la persona, pertinentes a ella em cuanto tal (en sí), a la distinción de la posición práctica de los contextos relacionales de interpersonalidad y eticidad.

<sup>434</sup> PAWLIK, Michael. Person, Subjekt, Bürger... *Op. cit.*, p. 76.



ecuación de los límites de su operacionalidad: la intervención punitiva no ultrapasa la libertad a quien es enderezada a comunicación de intervención.

## 2. La evolución del concepto de enemigo

En la afamada conferencia de mayo de 1985<sup>435</sup> en Frankfurt am Main, Günther Jakobs anuncia el problema del enemigo en el debate de las ideas penales, asemejándose a un derecho de emergencia contra las “fuentes de peligro” al bien jurídico<sup>436</sup>. Allí ya surgía la escisión entre un derecho penal de protección del bien jurídico contra el enemigo y un derecho penal de protección de la libertad del ciudadano.

En un momento posterior, en el año 2000, Jakobs describe la discusión de la despersonificación y reconoce la identidad de una “no-persona”, sobre la que debería recaer reacción penal ostensiva, ya sin equivalencia funcional al derecho de emergencia. En 2004, incentiva la especialización del derecho penal contra enemigos: no se debe reconocer la calidad de persona (la no-persona) que ponga en peligro otra persona, elaborando diferenciación entre una personalidad real y un potencial fáctico de peligro. En sus estudios más recientes, 2006 y 2008, Jakobs describe por definitivo que la reacción penal informa combate al enemigo<sup>437</sup>.

---

<sup>435</sup> Central en la historia de las ideas penales la conferencia de *Jakobs* en el *Strafrechtslehrertagung* de Mai.1985, em Frankfurt a.M., JAKOBS, Günther. Kriminalisierung im Vorfeld einer Rechtsgutsverletzung. In: *Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft*, 1985, pp. 751-785.

<sup>436</sup> Es reconocido desde los orígenes del concepto el carácter de crítico a la “utilización ilegítima” del derecho penal, FEIJOO-SANCHEZ, Bernardo. Normativización del derecho penal... *Op. cit.*, p. 151.

<sup>437</sup> Las manifestaciones de Jakobs reafirman el sentido evolucionado: “El Derecho penal del enemigo surge cuando el legislador no mira - o no sólo mira a hechos ya cometidos sino que tiene en cuenta preferentemente una peligrosidad futura. Un ejemplo muy claro de institución de Derecho penal del enemigo es la llamada “custodia de seguridad” (*Sicherungsverwahrung*), medida de carácter securativo, prevista en el § 66 del Código penal alemán, y que se impone de manera adicional a penas de prisión superiores a dos años cuando el sujeto sea especialmente peligroso y de la valoración conjunta del autor y de sus hechos se infiera un peligro futuro para la colectividad. En este caso, se le mantiene encerrado, mediante esa custodia de seguridad, con lo cual no se reconoce al sujeto propiamente como persona en Derecho sino que se le combate con coacción jurídica para prevenir riesgos futuros: esto es, en ese sentido, se le trata como enemigo y no como persona en Derecho”. JAKOBS, Günther. “Consideraciones a el Derecho

La idea rectora del derecho penal del enemigo es incluso la de anticipación de la reacción penal como combate o defensa a los peligros futuros, operándose por la retirada de las calidades esenciales del individuo que le confieren el *status personae*. En términos abstractos, Jakobs escinde normatividad y facticidad, indicando aquella al ciudadano, aquellos que se dignan al estado de persona, y direcciona tratamiento puramente fáctico, selectivo y contingente – “hostil” – al enemigo, aquél que no más debe ser encarado como persona por el sistema jurídico-penal.

La reacción penal se opera por medio de interacción simbólica<sup>438</sup>, en un proceso enteramente cognitivo. El “estímulo” obtenido del sistema jurídico-penal es producido por la quiebra de la fidelidad (también una entidad abstracta) a la vigencia de la norma o del ordenamiento jurídico. En el derecho penal del enemigo esa interacción simbólica debe desencadenar un combate.

El problema del enemigo, en verdad, es el problema de la propia concepción normativa<sup>439</sup> del derecho penal. La fidelidad a la norma carece de corroboración cognitiva para convertirse en persecución real. El derecho penal del enemigo se concentra en la evaluación comportamental, de la actitud o postura con que se orienta y se pone en accionar determinada persona (o equivalente funcional, como el caso de las organizaciones corporativas<sup>440</sup>), para entonces discriminarle y retirarle semejante condición.

---

Penal Moderno. Entrevista al Prof. Günther Jakobs. Trad. de Miguel Polaino-Orts. <http://www.derechopenalenlared.com/docs/entrevistajakobsconsideraciones.pdf>.

<sup>438</sup> “El derecho penal del enemigo es concepto y símbolo de su (de una) época: en cuanto concepto, significa la retirada de posiciones jurídicas (ciudadanas) de fundamentación universal, y ello en unos tiempos en los que las quiebras sociales de una globalización económica alcanzan las ciudadelas de la riqueza en forma de inhumanos atentados terroristas y de olas migratorias impresionantes. Entonces, el Derecho Penal del enemigo es (también) el símbolo de un Derecho penal ciudadano en crisis; en el plano intraestatal, el Derecho penal del enemigo se refiere a un escándalo en términos de derechos humanos que ya ha encontrado su premonición fatídica: Guántanamo”. MÜSSIG, Bernd. *Derecho Penal del Enemigo... Op. cit.*, p. 370.

<sup>439</sup> “(...) convirtiéndose en un elemento estructural de la teoría del derecho penal y de la pena de Jakobs”. FEIJOO-SANCHEZ, Bernardo. *Normativización del derecho penal... Op. cit.*, p. 151.

<sup>440</sup> GÓMEZ-JARA-DÍEZ, Carlos. *The Emergence of the Corporate Actor as a Requirement for Corporate Criminal Liability*. In: CALLIESS, Graf-Peter; FISCHER-LESCANO, Andreas;

La destitución de la personalidad mueve reacción penal cuyo sentido operacional es la salvaguardia de la identidad social frente a la cognición del peligro. De eso deviene la función específica de seguridad cognitiva<sup>441</sup>, la dimensión temporal y abstracta del comportamiento, que sirve de referencia para la construcción del sentido del derecho penal.

---

WIELSCH, Dan (org.) *Soziologische Jurisprudenz: Festschrift für Günther Teubner zum 65. Geburtstag*, 2009, pp. 261-274.

<sup>441</sup> JAKOBS, Günther. Staatliche Strafe... *Op. cit.*, pp. 31y ss. También en BUNG, Joachen. Feindstrafrecht als Theorie der Normgeltung und der Person. In: *Höchstrichterliche Rechtssprechung im Strafrecht*, n. 2, 2006, pp. 67 y ss.

## 2.1. Los orígenes de la discusión en 1985

Aunque se le atribuyan un par de calificativos de las más diversas naturalezas, que atraigan equívocos y malversaciones de toda suerte, las tesis de Jakobs resisten al debate y se revisten de actualidad por la singular capacidad de suscitar problemas. La capacidad de diagnosticar problemas permite situarlas en lugar privilegiado en la historia de las ideas penales<sup>442</sup>.

Esa primera manifestación sobre el así llamado derecho penal del enemigo pretende denunciar una aparente regresión evolutiva de las ideas penales basada en la insuficiencia de la protección del bien jurídico de inspiración liberal.

Lo que hace Jakobs es percibir el avance de la simbolización del “enemigo del bien jurídico”<sup>443</sup> en las estructuras jurídico-penales. La orientación por tipos penales de autor percibida en las legislaciones incriminatorias<sup>444</sup> – en contraposición a los tipos de resultado – refleja la tendencia a la personalización del ilícito<sup>445</sup>, desconsiderando las esferas privadas del autor. En lugar anterior a la afectación material del bien jurídico, más vale que el derecho penal se ocupe del autor como fuente de peligro al bien jurídico, porque el autor es justamente el enemigo del bien jurídico<sup>446</sup>.

---

<sup>442</sup> JAKOBS, Günther. *Kriminalisierung...* *Op. cit.*, pp. 751-785.

<sup>443</sup> JAKOBS, Günther. *Kriminalisierung...* *Op. cit.*, p. 753.

<sup>444</sup> DÍEZ-RIPOLLÉS, José Luis. De la sociedad del riesgo a la seguridad ciudadana. In: JORGE BARREIRO, Agustín *et al.* (org.) *Homenaje al Profesor Dr. Gonzalo Rodríguez Mourullo*, 2005, p. 291.

<sup>445</sup> JAKOBS, Günther. *Kriminalisierung...* *Op. cit.*, p. 752. O problema é discutido a partir da proteção da internalidade no § 30, StGB e da máxima ulpiana do *cogitationis poenam nemo patitur*, daí porque o temor pela incriminação de condutas que tradicionalmente não receberiam juízo de relevância penal, JAKOBS, Günther. *Kriminalisierung...* *Op. cit.*, pp. 752 y ss.

<sup>446</sup> JAKOBS, Günther. *Kriminalisierung...* *Op. cit.*, pp. 752-753.

La generalización simbólica de los tipos incriminatorios se opera mediante la anticipación de la reacción penal a la realización de la conducta típica. Entonces lo que hace Jakobs es identificar ese cambio de los elementos estructurales que especifican el sentido de la intervención punitiva para anticipar la comunicación de la reacción penal. Desde esos primeros estudios ya es posible afirmar que el sentido de la represividad penal es reconducido para comunicar estrategias de combate a los indicios de peligro apurados en la figura del autor, sin que el bien jurídico reste indefenso<sup>447</sup>.

Un diagnóstico que atestigua el enflaquecimiento de las formas tradicionales de representación del derecho penal de matriz liberal. Los parámetros de comprensión de la legitimación<sup>448</sup> de la intervención punitiva en la esfera individual son abalados por la anticipación de la protección penal. Por esos nuevos términos de entendimiento, la construcción dogmática se concentra en la figura del daño social para la comunicación del sentido de la reacción penal y se vuelve para la identificación del autor que causa los daños sociales en vez de averiguar el daño en sí.

Esa recuperación de la identidad semántica del autor como enemigo del bien jurídico carga una no-identidad, que es la identidad del ciudadano. El ciudadano se diferencia del enemigo porque se le garantiza la libertad de la esfera privada, pero es destituido de esa calidad esencial cuando el comportamiento del ciudadano se entrelaza en interacción sociable peligrosa al bien jurídico. El sentido de esa diferencia entre ciudadano y enemigo se regula por el sentido comunicado por la protección del bien jurídico y el costo de la libertad para la esfera privada.

Es decir, que la comunicación de la reacción penal despierta sentido operacional pertinente a circunstancias de naturaleza puramente personalista y formula los tipos penales por la distinción de caracteres esenciales al enemigo.

---

<sup>447</sup> VOß, Monika. *Symbolische Gesetzgebung...* *Op.cit.*, p. 145.

<sup>448</sup> JAKOBS, Günther. *Kriminalisierung...* *Op. cit.*, p. 773.

La identidad del enemigo es la identidad del ciudadano despiada de la protección subjetiva de las libertades individuales<sup>449</sup>. Esa diferenciación entre las identidades es captada de los indicios que informan la persecución de enemigos, en que la protección del bien jurídico contra enemigos se torna el argumento *per se* de la incriminación<sup>450</sup>, independientemente del resultado material. En estilo categórico, Jakobs anuncia que “el derecho penal del enemigo optimiza la protección del bien jurídico y el derecho penal del ciudadano optimiza la libertad de la esfera individual”<sup>451</sup>.

El sentido de la protección al ordenamiento, observado ese primero diagnóstico de Jakobs, no está puesto en el daño materialmente apurado, sino en la posibilidad del peligro reconocida en el comportamiento de determinados autores. Eso significa que el derecho pasa a operar la reacción penal orientado por una expectativa negativa de comportamiento. Y la diferencia entre las identidades del ciudadano y del enemigo no pasa de una diferencia semántica. Importa para la distinción el sentido informado por el comportamiento relativamente a la base cognitiva que mantiene la validez normativa<sup>452</sup>.

Operando en el plano de las expectativas de expectativa, el problema de la protección de bienes jurídicos asume la condición de prevención de la integridad de las relaciones sociables por la anticipación de peligros de

---

<sup>449</sup> JAKOBS, Günther. *Kriminalisierung...* *Op. cit.*, p. 773.

<sup>450</sup> JAKOBS, Günther. *Kriminalisierung...* *Op. cit.*, pp. 756-757.

<sup>451</sup> JAKOBS, Günther. *Kriminalisierung...* *Op. cit.*, p. 756.

<sup>452</sup> Por reiteradas veces Jakobs concluye por la necesidad de protección de la “seguridad cognitiva”. JAKOBS, Günther. *Kriminalisierung...* *Op. cit.*, p. 778. Próximo, BUNG, Joachen. *Feindstrafrecht...* *Op. cit.*, pp. 67 y ss. Todo indica que la generalización simbólica de la figura del enemigo es artificio que compone la estratagema del normativismo en materia penal.

perturbación. La reacción penal se comunica en relación al futuro<sup>453</sup> – en relación a la plausibilidad del peligro ofrecido por el comportamiento<sup>454</sup>.

Esa composición de expectativas de peligro genera, paradójicamente, el peligro de atribuir responsabilidad a comportamientos que no demuestran inmediata relevancia penal y permite afirmar que la protección del bien jurídico no se libra de paradojas.

---

<sup>453</sup> La realizabilidad funcional de la reacción penal es discutida en Fernando *Fernandes* ya en el plano de las consecuencias del comportamiento decisorio: “é do sector da *tecnologia social* que vem a constatação da ocorrência de uma mudança da orientação social básica do *passado* para o *futuro*, cujo resultado é que as decisões jurídicas em último termo somente podem justificar-se pelas suas conseqüências e não a partir do acervo de dados de tipo normativo ou fáctico. Esta orientação para as conseqüências também se impôs ao Direito”. FERNANDES, Fernando. O processo penal... *Op. cit.*, p. 143.

<sup>454</sup> JAKOBS, Günther. *Kriminalisierung...* *Op. cit.*, p. 770.



## 2.2. La auto-comprensión del derecho penal frente a la sociedad

En esa práctica de maduración conceptual, la evolución de la operacionalidad de los conceptos manipula el sentido auto-descriptivo original del enemigo en orientación especialmente crítica<sup>455</sup>, en exposición vigorosa para el reconocimiento del derecho penal del enemigo como “derecho” y también por la exclusión del autor en ese derecho penal del enemigo<sup>456</sup>. En el debate sobre la auto-comprensión del derecho penal<sup>457</sup> y los desafíos de su tiempo<sup>458</sup>, *Jakobs* permanece en observación de la evolución de sentido<sup>459</sup> de las estructuras

---

<sup>455</sup> JAKOBS, Günther. Zur gegenwärtigen Strafrechtstheorie. In: KODALLE, Klaus Michael (org.) *Strafe muss sein! Muss Strafe sein?*, 1998, pp. 29-40.

<sup>456</sup> AMBOS, Kai. Bericht über die Diskussion zum Thema ‚Das Selbstverständnis der Strafrechtswissenschaft gegenüber den Herausforderungen ihrer Zeit‘. In: ESER, Albin; HASSEMER, Winfried; BURKHARDT, Björn (org.) *Die deutsche Strafrechtswissenschaft vor der Jahrtausendwende*, 2000, pp. 106-107: „Wie Amelung meine auch er, dass die Strafrechtswissenschaft eine durchaus produktive Rolle spielen könne; schon frühzeitig habe er versucht, eine Art ‚rationalen Umgangs mit dem Irrationalen‘ zu entwickeln, denn die Strafrechtswissenschaft habe auch Irrationales zur Kenntnis zu nehmen“.

<sup>457</sup> JAKOBS, Günther. Das Selbstverständnis der Strafrechtswissenschaft vor den Herausforderungen der Gegenwart.... *Op. cit.*, pp. 47-56. “A auto-compreensão da ciência do direito penal é separá-lo do que atualmente circula sob o nome de direito penal”, DURÁN-MIGLIARDI. El derecho penal del enemigo: formulación y observaciones críticas en el contexto del debate sobre la modernización y expansión del derecho penal. In: CANCIO-MELIÁ, Manuel; GÓMEZ-JARA-DÍEZ, Carlos (org.) *Derecho penal del enemigo: el discurso penal de la exclusión*, v. 1, 2006, p. 753.

<sup>458</sup> HASSEMER, Winfried. Das Selbstverständnis der Strafrechtswissenschaft... *Op. cit.*, pp. 21-46.

<sup>459</sup> Esclareciendo recientemente esa cuestión, Jakobs contesta la pregunta de Mathias Schmoeckel sobre la progresión evolutiva del derecho penal del enemigo: “Das Max-Planck-Institut in Freiburg, damals war Herr Eser einer der Direktoren, veranstaltete in Berlin einen Kongress über die Strafrechtswissenschaften im 21. Jahrhundert. Ein Hauptreferat hielt Herr Hassemer und ich wurde für eines der Co-Referate eigeteilt; dafür hatte ich 10 Minuten Zeit. Ich habe bemerkenswert viele schlechte Eigenschaften, aber an Zeitvorgaben pflege ich mich zu halten. Deswegen habe ich auch in nur 10 Minuten diagnostiziert, immer mehr entwickle sich ein Strafrecht, das nicht auf eine vergangene Tat bezogen sei, sondern auf eine zukünftige. Dazu ein Beispiel! Als Rechtshistoriker kennen Sie, Herr Schmoeckel, die Affaire um Bismarck und Duchesne: Der belgische Kesselschmied Duchesne hatte sich 1874 gegenüber dem Jesuitenprovinzial von Brüssel und dem Erzbischof von Paris erboten, für 40.000 Franc Bismarck zu ermorden. In Preußen wollte man dagegen strafrechtlich vorgehen, aber man konnte bei der bestehenden Gesetzeslage vor der Begehung der Tat nichts tun. Deswegen schuf Preußen die Strafbarkeit der Verbrechensverabredung, und wie vieles alles, was man in Preußen

normativas sugeridas en el derecho penal, reafirmando la existencia de esa problemática del enemigo y la necesidad de auto-comprensión en otros parámetros que no los convencionales del pensamiento tradicional.

La demanda de un abordaje científica diferenciada de la auto-comprensión del derecho se desarrolló a partir de las manifestaciones de Winfried Hassemer aún en el año 2000. En esa oportunidad fue externalizada la preocupación en recuperar los parámetros científicos de la “ciencia del derecho penal”, buscando elementos, criterios de racionalización y referenciales seguros de descripción de los desafíos del derecho penal en los tiempos actuales.

Ese repertorio descriptivo, todavía, envuelto en la intensa actividad de evaluación de las posibilidades de comprensión científica del derecho penal y a seguir el entendimiento de Hassemer, no se agotan en la mera auto-descripción<sup>460</sup>, para sí, volviéndose antes a la consolidación de una

---

machte, führte man das einigermassen korrekt aus: Für die Verabredung allerschwerster Verbrechen wurde Gefängnis – nicht Zuchthaus – bis zu 5 Jahren angedroht; für weniger schwere, wie etwa Straßenraub, Gefängnis bis zu drei Jahren. Dagegen lässt sich kaum etwas einwenden; denn Pläne wie diejenigen von Duchesne stören die öffentliche Sicherheit. Warum soll man darauf nicht mit einer Gefängnisstrafe von, sagen wir, drei bis vier Jahren reagieren? In der Nazizeit wurden diese Störungen der Sicherheit in Bestrafungen von Vorbereitung umgewandelt, indem die Strafe an die Versuchsstrafe des geplanten Delikts gebunden wurde. Wenn ein Ehepaar im Schlafzimmer verabredet, demnächst den Erbonken ermorden zu wollen, kann das mit einer Freiheitsstrafe von bis zu 15 Jahren geahndet werden. Die geplante Tötung Bismarcks dagegen sollte höchstens eine 5jährige Gefängnisstrafe einbringen. Aus dieser Differenz habe ich gefolgert, dass es sich hier um „Feindstrafrecht“ handle, um dies mit weiteren Beispielen belegt, etwa mit der Strafbarkeit der kriminellen Vereinigung, der terroristischen Vereinigung, mit der Sicherungsverwahrung, und ich habe einige prozessuale Institutionen genannt, - damit waren die 10 Minuten vorbei. Mein Fehler war wohl, das gebe ich zu, dass ich das alles in einem sehr fröhlichen Ton, ohne pflichtgemäße Bekümmernis, vorgetragen habe. Mir war es auch gelungen, zwei- oder dreimal das gesamte Auditorium zum Lachen zu bringen. Zunächst geschah nahezu nichts; es blieb bei einer verspäteten (nach den Diskussionen im Schlusswort formulierten) Bemerkung von Eser. Später wurde beim Begriff „Feind“ sofort Carl Schmitt assoziiert, also ein Nazi, und daraus wurde gefolgert, dass auch Jakobs ein Nazi sein müsse. Eine andere Gruppe stellte auf die Menschenwürde ab: Man darf niemanden zum Feind machen, das ist rechtsstaatswidrig. Wenn ich zurückfragte, wie der in Sicherungsverwahrung Befindliche zu nennen sei, dann kam keine Antwort. Es hat dann tatsächlich ein Anwalt und Professor in Frankfurt fertig gebracht zu schreiben, man brauche kein “Feindstrafrecht”, sondern ein “Freundstrafrecht”. Erst nach 5 Jahren weitgehend niveauloser Schimpfereien kamen Anfänge einer ordentlichen Diskussion auf”. JAKOBS, Günther. “Ein Gespräch mit Herrn Professor Dr. Günther Jakobs”. In: [http://fhi.rg.mpg.de/Gespraech/0810schmoeckel\\_mayenburg\\_jakobs.htm](http://fhi.rg.mpg.de/Gespraech/0810schmoeckel_mayenburg_jakobs.htm).

<sup>460</sup> HASSEMER, Winfried. Das Selbstverständnis der Strafrechtswissenschaft... *Op. cit.*, p. 31.

“concordancia” (*Konkordanz*) de los términos teórico-científicos, viabilizando “la aplicación de ‘ciencia práctica’”<sup>461</sup>.

La practicidad ahí pensada parece ser una medida no solo de delimitación de las posibilidades de la observación científica del discurso jurídico-penal<sup>462</sup>, sino también un receptáculo para la superación de los “desafíos” en el campo de la política y de la política del derecho penal. Así genéricamente considerados, Hassemer reclama el estrechamiento de la comunicación entre política y derecho penal<sup>463</sup>. La idea es reposicionar el derecho penal más allá de la práctica científica astricta allena a las agitaciones políticas que permean el discurso punitivo<sup>464</sup>.

Pero Jakobs, ocupando la posición de debatedor en esa ocasión, propone justamente lo contrario para la mejoría de los niveles preferenciales de auto-comprensión del sistema jurídico-penal. Los esquemas de armonización y acoplamiento estructural entre ciencia, derecho, política – y también educación – expuestos por Hassemer serían “casi idílicos”, una vez que “la dominancia del sistema de la economía, y en su razón la internacionalización de todas las instituciones, sería el mayor desafío del presente y presentaría a la fuerza un nuevo orden”<sup>465</sup>.

---

<sup>461</sup> HASSEMER, Winfried. Das Selbstverständnis der Strafrechtswissenschaft... *Op. cit.*, p. 31.

<sup>462</sup> Hassemer transita curiosamente por la teoría de los sistemas *luhmanniana* para la aferición de la cientificidad del derecho penal, como fueran los límites de esa observación científica un “problema de processamento da complexidade”, HASSEMER, Winfried. Das Selbstverständnis der Strafrechtswissenschaft... *Op. cit.*, p. 36. Más allá de eso, Jakobs acrescenta a la discusión un otro acoplamiento estructural más, con el sistema da educação, JAKOBS, Günther. Das Selbstverständnis der Strafrechtswissenschaft vor den Herausforderungen der Gegenwart... *Op. cit.*, p. 47.

<sup>463</sup> HASSEMER, Winfried. Das Selbstverständnis der Strafrechtswissenschaft... *Op. cit.*, p. 45.

<sup>464</sup> “Heute pflegen Strafrechtswissenschaftler, wenn sie ihre Erkenntnisse rechtfertigen und für sie werben, nicht nur, wie immer, Rechnung zu legen über begriffliche Sauberkeit oder inhaltlichen Reichtum, sondern auch über Vereinbarkeit mit ausserstrafrechtlichen Instrumenten der sozialen Kontrolle oder über günstige Folgen für die Strafrechtspolitik”. HASSEMER, Winfried. Das Selbstverständnis der Strafrechtswissenschaft... *Op. cit.*, p. 40.

<sup>465</sup> Una vez más puntuando la oposición Jakobs y Luhmann, “die Wirtschaft honoriert nicht Wissen per se, sondern einzig verwertbares Wissen, und zwar verwertbar für sie selbst, also für eine international agierende Wirtschaft. Für diese aber, die gewohnt ist, jährlich oder gar häufiger zu bilanzieren, ist nur ein Strafrechtswissen davon verwertbar, wie man einigermaßen kurzfristig die Lage der Gütersicherheit verbessert oder doch hält”. JAKOBS, Günther. Das

Muy a diferencia de la interpretación luhmanniana de los vínculos entre los sistemas sociales, es en ese momento de la maduración teórica del concepto de enemigo que Jakobs da señales de percepción sensible de la realidad de la sociedad. El desafío de auto-comprensión del derecho penal en los tiempos actuales no deja de ser el desafío frente a la sociedad. Y es en ella que está inserida la persona-en-derecho portadora de obligaciones y protegida en sus derechos, que construye trama de interpersonalidad que da sentido a la identidad de la sociedad por las mediaciones normativas<sup>466</sup>.

Entonces el desafío de la auto-comprensión del derecho penal frente la sociedad pasa a ser, al mismo tiempo, el de la protección de la sociedad por el derecho penal. Al lado de la persona-en-derecho que es cognitivamente abrigada por la norma, hay también aquella persona contra quien la sociedad direccionó reacción a la rebeldía de esa protección cognitiva. La persona cognitivamente desabrigada es calificada como enemigo frente y por la sociedad<sup>467</sup>. En ese movimiento conceptual, es posible observar que el enemigo es dotado de al menos una “personalidad en potencial”<sup>468</sup>, para solamente luego de la reacción positiva de la sociedad recibir la negación de su personalidad, descalificado de persona para enemigo.

Jakobs apunta ese movimiento conceptual como un problema (desafío) instalado en el interior de la dinámica social, desconfirmando el simple nominalismo<sup>469</sup>, sin que restaría incompleta o mismo inviable la auto-

---

Selbstverständnis der Strafrechtswissenschaft vor den Herausforderungen der Gegenwart... *Op. cit.*, p. 49.

<sup>466</sup> La evolución del sentido operacional de auto-comprensión mantiene en ese aspecto coherencia con la observación de las cuestiones fundamentales del modelo jurídico-penal de *Jakobs*: “die Strafe ist Bestätigung der Identität der Gesellschaft, also des Normbestands, und mit der Strafe ist dieser – wenn man so will – Strafzweck stets erreicht”, JAKOBS, Günther. Das Selbstverständnis der Strafrechtswissenschaft vor den Herausforderungen der Gegenwart... *Op. cit.*, p. 49.

<sup>467</sup> JAKOBS, Günther. Das Selbstverständnis der Strafrechtswissenschaft vor den Herausforderungen der Gegenwart... *Op. cit.*, p. 51.

<sup>468</sup> JAKOBS, Günther. Das Selbstverständnis der Strafrechtswissenschaft vor den Herausforderungen der Gegenwart... *Op. cit.*, p. 51.

<sup>469</sup> JAKOBS, Günther. Das Selbstverständnis der Strafrechtswissenschaft vor den Herausforderungen der Gegenwart... *Op. cit.*, p. 55.

comprensión del derecho penal, incluso porque las estructuras normativas típicas del “derecho de combate al enemigo” (*Feindbekämpfungsrecht*) fueron traídas a la realidad jurídico-penal<sup>470</sup> y sugieren una tendencia en el discurso jurídico-penal cuya evolución de sentido tiende a persistir en el tiempo.

---

<sup>470</sup> JAKOBS, Günther. Das Selbstverständnis der Strafrechtswissenschaft vor den Herausforderungen der Gegenwart... *Op. cit.*, p. 54.

### 2.3. Derecho penal del ciudadano y derecho penal del enemigo

A esa altura Jakobs trabaja con dos “tipos ideales”: el ciudadano y el enemigo<sup>471</sup>. Esa división polariza las dos tendencias entre aquellos autores que reciben el tratamiento de persona y los enemigos, fuentes de peligro o medios para la intimidación de terceros. El derecho penal del ciudadano reacciona a la desestabilización normativa que forma la sociedad; el derecho penal del enemigo acciona el combate al peligro.

En esa práctica, Jakobs pretende alejar las equivocidades y la carga “peyorativa” que sus opositores impusieron sobre los conceptos. Ahí la maduración del problema atinge los fundamentos no sólo de la legitimidad de la intervención punitiva, sino también y sobre todo del propio modelo de Estado (o democrático)<sup>472</sup>: ¿más razonable una auto-comprensión del derecho penal del enemigo o insistir en mantener la insostenible “mezcla” de todos los “derechos penales” para el combate al enemigo, cuyo peligro ofrecido a la sociedad silencia cotidianamente el discurso jurídico-penal?<sup>473</sup>

---

<sup>471</sup> Sobre tipos ideales en la acepción weberiana, SCHNEIDER, Hendrik; MORGUET, Geraldine. *Gefährliches Strafrecht: Zu den Grenzen avantgardistischer Strafrechtsdogmatik*. In: UWER, Thomas (org.) *Bitte bewahren Sie Ruhe*, 2006, pp. 335-352. La supuesta inspiración *weberiana* es posteriormente desarrollada en MORGUET, Geraldine. *Feindstrafrecht: Eine kritische Analyse*, 2009.

<sup>472</sup> Polaino-Orts pondera que un derecho penal del enemigo tendría condiciones de existencia tanto en regímenes tiránicos cuanto en modelos de Estado democráticos: “En definitiva, mientras en las dictaduras todas las normas (las del enemigo y de las del ciudadano) son *ilegítimas per se*, en las democracias todas las normas (las del enemigo y las del ciudadano) son *legítimas per se*, y tendrán esa presunción de legitimidad formal y material hasta tanto no se declare, por el Tribunal imparcial legítimamente establecido para ello, lo contrario. En última instancia, ahí, en la posibilidad de un control de legalidad objetivo e imparcial, reside la diferencia entre una dictadura y una democracia”. POLAINO-ORTS, Miguel. *Realidad y ficción en el Derecho penal del enemigo... Op. cit.*, p. 518.

<sup>473</sup> JAKOBS, Günther. *Bürgerstrafrecht und Feindstrafrecht*. In: *Höchstrichterliche Rechtssprechung im Strafrecht*, n. 3, 2004, pp. 93 y ss. Sobre la “mistura dos direitos penais”, cuestión debe ser profundizada para evaluar el “movimiento de expansión indiscriminada de las ideas penales”, desde una engañada lectura del pensamiento de Silva Sanchez. Esa absorción del

De ahí que Jakobs se dedique a la elaboración teórica de un derecho penal que sea apropiado al combate del enemigo. El problema que en principio parecía una regresión evolutiva de las estructuras normativas penales parece ahora consolidado para Jakobs como una evolución progresiva. Es en ese momento en que las propiedades descriptivas y las posibilidades conceptuales pasan a sugerir un empleo prescriptivo, ensayando una estrategia de cierta forma revisionista de la problemática del enemigo y de la función de la intervención punitiva<sup>474</sup>.

La reacción penal en el derecho penal del ciudadano es la “contradicción” a la quiebra de la norma; en el derecho penal del enemigo, reaccionar penalmente es “superar un peligro”<sup>475</sup>.

De se ver que, mismo en la contramano, la orientación normativista persiste en el tiempo. Importa a la reacción penal comunicar las interacciones simbólicas que refuerzen la validez de la norma y mantenga la forma de las relaciones sociables. A esa altura, Jakobs propone que la reacción penal asuma, más allá de la comunicación, una efectiva coacción psíquica en el individuo que ofrece peligro a la estabilidad de las relaciones sociables<sup>476</sup>, porque así el derecho penal lanza efectos inibidores para el futuro, de tal forma que la interacción simbólica de la pena debe desencadenar un “combate a perigo”<sup>477</sup>. Al

---

combate al enemigo no significa la pérdida de la diferenciación funcional, una vez que Jakobs apunta claramente la diferencia entre la comunicación de la pena y la distorsión que se tiene de ella en el empleo de la violencia de Estado.

<sup>474</sup> CANCIO-MELIÁ, Manuel. Feind“strafrecht”? In: *Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft*, v. 117, 2005, pp. 286 y ss.

<sup>475</sup> En Jakobs no se pretende sea tan simplista la separación entre esos “tipos ideales”, una vez que el propio reconoce la inviabilidad práctica de una pureza tipológica, JAKOBS, Günther. *Bürgerstrafrecht und Feindstrafrecht... Op. cit.*, p. 88.

<sup>476</sup> Esclareciendo didácticamente la función de la pena en relación al derecho penal del ciudadano y al derecho penal del enemigo: “En el primer caso, la pena es comunicación y cumple una función de contradicción del quebrantamiento de la norma, mientras que en el segundo la pena desempeña una función manifiesta de eliminación del peligro que presenta y manifiesta de eliminación del peligro que representa y manifiesta en su conducta el enemigo, de manera que éste no emite comunicación sino únicamente genera peligros en la Sociedad”. POLAINO-ORTS, Miguel. *Comunicación versus coacción? Consideraciones críticas... Op. cit.*, p. 120.

<sup>477</sup> JAKOBS, Günther. *Bürgerstrafrecht und Feindstrafrecht... Op. cit.*, pp. 89-90.

contrario del enemigo, que perturba los padrones de normatividad, el ciudadano, una persona conforme el derecho, conserva y refuerza la forma de la sociedad.

El enemigo no se viste con las mismas garantías del ciudadano. El enemigo debe ser guerroado por la reacción penal. Esa reacción parece legítima, porque toma prestado el sentido de la protección de los derechos del ciudadano para operacionalizar esa guerra al enemigo, para “excluir” aquél que no posee más el *status personae* por perturbar la estabilidad de las relaciones sociables mediante su comportamiento peligroso.

La exclusión<sup>478</sup> de la personalidad<sup>479</sup> es el curso de la superación del peligro. De ahí porque el discurso jurídico-penal se acostumbra a afianzar que

---

<sup>478</sup> El problema de la exclusión es más un de los muchos marcos teóricos de diferenciación entre Jakobs y Luhmann. “El concepto moderno de exclusión tiene su origen en la teoría de los sistemas, aunque allí no se opone al concepto de personalidad, sino al de inclusión. Dado que la persona ha de ser entendida como ‘restricción de posibilidades de comportamiento atribuida individualmente’, es decir, como una construcción comunicativa relativa a expectativas sociales, con la exclusión también debería producirse siempre como resultado una despersonalización. Sin embargo, Luhmann habla también de ‘personas no integrables’, eso sí, utilizando un concepto de persona normativamente decolorido: persona ‘como señas de identidad que se toman como referencia en el proceso de comunicación’; parece que para él no se trata tanto de dotación normativa de la persona como de su delimitación con el sistema de la conciencia. Es por esto que en Luhmann las personas pueden ser excluidas sin que pierdan el ser-personas, como, por ejemplo, cuando en sociedades estratificadas pierden el estatus de pertenencia a una determinada capa social, aunque no puede excluirse, al menos como supuesto límite, la pérdida de la personalidad, como en el caso del condenado a perder la paz. En las sociedades modernas, diferenciadas funcionalmente, cualquiera puede en principio elegir sus inclusiones (formación, economía, religión, etc.), lo cual, por razón de las mezclas – nadie puede estar siempre incluyendo en todas partes -, conduce a perfiles de personalidad no asegurados, faltos de esclarecimiento. Un mínimo de inclusión es indispensable para poder seguir incluyéndose (al que teniendo escasa formación carezca de vivienda y dinero le resultará difícil imponer su derecho); los que están fuertemente excluidos pierden su rol de personas y son devueltos a su corporalidad. En el esquema presentado aquí, el concepto de persona se limita al de persona en derecho”. JAKOBS, Günther. Personalidad y exclusión en derecho penal... *Op. cit.*, pp. 73-74; em sentido semelhante, POLAINO-ORTS, Miguel. Vigencia de la norma... *Op. cit.*, pp. 97 y ss.; Neves, en crítica: “A ideia de ‘direito penal do inimigo’ foi disseminada a partir da obra de Jakobs. Este autor relacionou equivocadamente a sua noção normativa de ‘inimigo’ (sem as garantias penais do cidadão) ao conceito luhmanniano de exclusão (lado negativo da diferença inclusão/exclusão), que, antes, se refere a um problema empírico da sociedade mundial do presente, cuja expansão põe em perigo a própria diferenciação funcional. Não tem nada a ver com ‘terrorismo’ organizado, que, a rigor, no sentido da teoria dos sistemas, pertence, em grande parte, ao setor de inclusão da sociedade hodierna”, NEVES, Marcelo. Transconstitucionalismo... *Op. cit.*, p. 214, nota 253. Para la observación del sentido que es atribuido por Luhmann, STICHWEH, Rudolf. Inklusion/Exklusion, funktionale Differenzierung und die Theorie der Weltgesellschaft. In: *Soziale Systeme: Zeitschrift für soziologische Theorie*, n. 3, 1997, pp. 123 y ss.; críticamente, BRUNKHORST, Hauke. Globale



Jakobs apuesta en la pura facticidad de la personalidad del autor-enemigo. Sin embargo, al colocar en peligro la seguridad cognitiva, la persona pierde la propia protección cognitiva<sup>480</sup>, como se el enemigo abre mano de la normatividad por la no-reconocimiento. La validez del ordenamiento es puesta en cuestión, a la hegeliana, porque la persona deja de ser un que reconoce el otro como persona.

La opción por la exclusión en esa ausencia de reconocimiento de la interpersonalidad es mediada normativamente, de tal forma que en la relación interpersonal una persona deja de ser persona también por juicio normativo. El rompimiento de la estabilidad normativa deja de ser exclusivamente cognitivo y pasa a inducir modelos de comportamiento visando a la recuperación de la normalidad de las relaciones interpersonales<sup>481</sup>.

---

Solidarität: Inklusionsprobleme der modernen Gesellschaft. In: WINGERT, Lutz; GÜNTHER, Klaus (org.) *Die Öffentlichkeit der Vernunft und die Vernunft der Öffentlichkeit: Festschrift für Jürgen Habermas*, 2001, pp. 605 y ss.; con bastante originalidad sobre el tema de la exclusión en la sociedad brasileña, VILLAS BOAS FILHO, Orlando. *Teoria dos sistemas e o direito brasileiro... Op. cit.*, pp. 333 y ss.

<sup>479</sup> Aún sobre la exclusión de la personalidad, SILVA-SANCHEZ, Jesus Maria. Die Unerwünschten als Feinde: Die Exklusion von Menschen aus dem *status personae*. In: *Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaften*, n. 118, 2006, pp. 547-573 La escisión entre ciudadano y enemigo, bien como la negación de la personalidad, son aceptas por Pérez del Valle, adquiriendo un sentido operacional semejante a de un derecho de prevención de peligros, cuya finalidad sería la retribución frente al infractor de la norma social, PÉREZ-DEL VALLE Derecho penal de enemigo: ¿escárnio o prevención peligro? In: CANCIO-MELIÁ, Manuel; GÓMEZ-JARA-DÍEZ, Carlos (org.) *Derecho penal del enemigo: el discurso penal de la exclusión*, v. 2., 2006, p. 569.

<sup>480</sup> JAKOBS, Günther. Bürgerstrafrecht und Feindstrafrecht... *Op. cit.*, p. 91. Jakobs no deja de revidar la incoherencia del pensamiento dominante, que o trata ciudadanos como enemigos o termina por repersonificar enemigos, JAKOBS, Günther. Bürgerstrafrecht und Feindstrafrecht... *Op. cit.*, pp. 93-95; “La razón de ser de ese combate más agravado estriba en que dichos sujetos (“enemigos”) comprometen la vigencia del ordenamiento jurídico y dificultan que los ciudadanos fieles a la norma o que normalmente se guían por ella (“personas en Derecho”) puedan vincular al ordenamiento jurídico su confianza en el desarrollo de su personalidad. Esa explicación se basa en el reconocimiento básico de que toda institución normativa requiere un mínimo de corroboración cognitiva para poder orientar la comunicación en el mundo real”. POLAINO-ORTS, Miguel. Realidad y ficción en el Derecho penal del enemigo. In: COSTA ANDRADE, Manuel da; ANTUNES, Maria João; AIRES DE SOUSA, Susana (org.) *Estudos em homenagem ao Prof. Doutor Jorge de Figueiredo Dias*, v. 1., 2009, pp. 494-495.

<sup>481</sup> “Die Normstruktur ist damit im Wesentlichen nicht imperativ, sondern richtungsweisend. Sie weist die Wege, auf denen Bürger vernünftigerweise verkehren. Und nach diesem normativen Ideal orientieren sich Personen an den Normen nicht nur, weil sie – wie sie wissen – ihre Pflichten erfüllen sollen, sondern vor allem, weil ihnen bewusst ist, dass sie nur bei einer grundsätzlichen und breiten Beachtung strafrechtlicher Normen auch ihre eigenen Rechte mit

Miguel Polaino-Orts, discípulo de Jakobs, es responsable por la elaboración de los criterios de explicación normativa del concepto de enemigo en materia penal, con recurso a raciocinio de semejante estructuración lógica. La idea de Polaino-Orts es justificar la existencia de un derecho penal del enemigo por la investigación de la *ratio essendi* de las estructuras normativas de combate relativamente a la “erosión de la seguridad cognitiva de la norma”<sup>482</sup>.

La existencia de ese derecho penal del enemigo encuentra su *ratio essendi* en las estructuras latentes de peligrosidad representadas por determinados agentes<sup>483</sup>. Sin embargo, la peligrosidad de esos agentes no deriva de determinación abstracta. En la explicación del concepto de Polaino-Orts la latencia del peligro que afecta la seguridad cognitiva es dada como contrapunto de la vigencia de las normas para las demás personas-en-derecho<sup>484</sup>. Mantiene la misma trama de interpersonalidad del maestro, de tal forma que la diferenciación en el trato de las personalidades – enemigo y persona-en-derecho – encuentra razón de ser en la defensa de la propia manutención del modelo de Estado y también de las demás personas-en-derecho<sup>485</sup> en estado de peligro.

La depuración normativa del concepto de enemigo en derecho penal se da con base en la presuposición de un “mínimo deber de civilidad”<sup>486</sup> de

---

einer Mindestgewissheit, gleichsam: in Ruhe genießen können“, POLAINO-NAVARRETE, Miguel. Die Funktion der Strafe beim Feindstrafrecht. In: PAWLIK, Michael; ZACZYK, Rainer (org.) *Festschrift für Günther Jakobs zum 70. Geburtstag*, 2007, p. 532.

<sup>482</sup> POLAINO-ORTS, Miguel. Realidad y ficción en el Derecho penal del enemigo... *Op. cit.*, pp. 512 y ss.

<sup>483</sup> Que en determinado momento para *Jakobs* representa incluso la protección de la seguridad cognitiva de los derechos humanos, JAKOBS, Günther. Personalidad y exclusión en derecho penal... *Op. cit.*, pp. 88-89.

<sup>484</sup> POLAINO-ORTS, Miguel. Realidad y ficción en el Derecho penal del enemigo... *Op. cit.*, p. 513.

<sup>485</sup> POLAINO-ORTS, Miguel. Realidad y ficción en el Derecho penal del enemigo... *Op. cit.*, p. 513.

<sup>486</sup> POLAINO-ORTS, Miguel. Realidad y ficción en el Derecho penal del enemigo... *Op. cit.*, pp. 513-516. Desarrollando la idea, “en definitiva, no son más que las condiciones de ejercicio de una libertad real del ciudadano, ‘la libertad de convivir razonablemente en sociedad’, lo que el Estado procura garantizar mediante las normas del derecho penal del enemigo en cumplimiento de su deber de garante respecto del mantenimiento de la vigencia del ordenamiento jurídico, y, por ende, de la libertad misma del ciudadano. Se trata de una libertad real, y no meramente deseada, la misma que sólo es posible cuando la seguridad del ciudadano es garantizada estatalmente por medio de los mecanismos legítimos y propio del Estado de

las personas<sup>487</sup> y en la quiebra de ese deber como comunicación de la necesidad de reacción penal<sup>488</sup>. Llevada a la observación de la operabilidad de la reacción penal de enemigo, la conceptualización de Polaino-Orts parece ser la que ofrece niveles de mayor congruencia, sugiriendo la operabilidad siguiente: procedimentalización de la ley y el consecuente control judicial del empleo del concepto de enemigo.

La cuestión del quién debe decidir sobre el enemigo se difunde en esa realización auto-referencial del derecho, como si el propio sistema crease las condiciones de identificación del enemigo. Rigurosamente, todavía, aunque Polaino-Orts haya alcanzado el estatuto de la procedimentalización del derecho penal del enemigo, las fricciones entre el proceso de producción de las leyes de combate y las deficiencias de la juridificación del enemigo aún no inmunizan los conceptos de toda suerte de perversión; asimismo, la elaboración funcional del problema parece aún en estado de inestabilidad operacional.

---

Derecho”, CARO JOHN, José Antonio. Normativismo e imputación jurídico-penal: estudios de derecho penal funcionalista, 2010, pp. 125-126.

<sup>487</sup> Polaino-Orts acoge la concepción normativa del derecho penal y de la sociedad en relación de interpersonalidad elaborada por Jakobs, POLAINO-ORTS, Miguel. Derecho penal del enemigo... *Op. cit.*, pp. 115 y ss.

<sup>488</sup> “Si el sujeto no cumple con su mínimo deber de colaboración (*mitmachen*), entonces se despersonaliza parcialmente, siendo tratado por el ordenamiento jurídico como un enemigo (maltratador familiar) y no como un ciudadano (autor de delito de lesiones). Y ello porque la falta de cumplimiento de su mínima obligación como ciudadano (“sé persona y respeta a los demás como personas”) es desvalorada, según el criterio axiológico-normativo oficial (estatal, de acuerdo a su estructura normativa), por el ordenamiento jurídico, estableciendo para esos casos medidas más agravadas, mediante las cuales se pretende *forzar* lo que *debió prestarse, pero no se prestó*, a saber: la seguridad cognitiva y la garantía mínima de respeto de la estructura social y de la personalidad de los ciudadanos fieles a la norma. El forzamiento de la seguridad cognitiva mediante medidas especialmente asegurativas contra enemigos se hace, según el legislador, necesario, porque la seguridad cognitiva es *condicio sine qua non* para el ejercicio de la personalidad. Ya sabemos que la norma tiene una estructura compleja, en la que no sólo se tiene en cuenta el aspecto del quebrantamiento (del autor) sino también el de la víctima (su confianza en que la norma sigue vigente: esto es, la seguridad cognitiva en que el Derecho le ampara). Por eso, la erosión de la seguridad cognitiva dificulta e, incluso, imposibilita el desenvolvimiento de la vida social”. POLAINO-ORTS, Miguel. Realidad y ficción en el Derecho penal del enemigo... *Op. cit.*, p. 516.

## 2.4. El terrorismo, la persona y el enemigo

El discurso jurídico-penal del enemigo persiste en el tiempo y la observación de las manipulaciones de las estructuras jurídicas de anticipación de la punibilidad permanece en la condición de abordaje descriptiva. *Jakobs* persiste en la evaluación de la evolución de sentido de las estructuras normativas sugeridas por el concepto de derecho penal del enemigo, dedicando especial atención al lugar del combate al peligro del terrorismo y la operacionalidad sugerida por los conceptos de persona y enemigo.

La creación del Tribunal Penal Internacional<sup>489</sup> expone a la vista, en su comprensión, una más de las contradicciones de la pena y del combate al enemigo en el plano internacional<sup>490</sup>. La persecución de la criminalidad internacional<sup>491</sup> debería recibir combate a la ofensa a los derechos humanos,

---

<sup>489</sup> Sobre el contexto de creación del Tribunal Penal Internacional: “La dimensión jurisdiccional de principio de justicia universal permite que todo Estado, o grupo de Estados, actuando en nombre de la comunidad internacional, persiga los delitos tipificados por aquella no importa donde se hayan producido, ni quienes sean sus autores o víctimas, una vez que hayan sido introducidos en sus respectivas normativas penales internas. Se trata en definitiva de una extensión material y espacial del *ius puniendi* del Estado a consecuencia de la inacción de la comunidad internacional que puede ser ejercitada bien a través de los propios órganos jurisdiccionales nacionales, bien a través de una jurisdicción interestatal creada a tales efectos por un grupo de Estados”. OLÁSULO-ALONSO, Héctor; PÉREZ-CEPEDA, Ana Isabel. Terrorismo internacional y conflicto armado, 2008, pp. 174-175.

<sup>490</sup> Crítico al derecho penal del enemigo en la guerra al terror, ASUA-BATARRITA, Adela. El discurso del enemigo y su infiltración en el derecho penal: delitos de terrorismo, ‘finalidades terroristas’ y conductas periféricas. In: CANCIO-MELIÁ, Manuel; GÓMEZ-JARA-DÍEZ, Carlos (org.) *Derecho penal del enemigo: el discurso penal de la exclusión*, v. 1, 2006, pp. 239-276. Em tom de repúdio, CALLEGARI, André Luiz; DUTRA, Fernanda de Arruda. Derecho penal del enemigo y derechos fundamentales. In: CANCIO-MELIÁ, Manuel; GÓMEZ-JARA-DÍEZ, Carlos (org.) *Derecho penal del enemigo: el discurso penal de la exclusión*, v. 1., 2006, pp. 336 y ss.

<sup>491</sup> KREß, Claus. Staateneigenüberweisungen an den Internationalen Strafgerichtshof und die Rolle des Chefanklägers: Kursorische Anmerkungen zu ersten Verfahrenspraxis des Internationalen Strafgerichtshof. In: NEUBACKER, Frank; KLEIN (org.) *Vom Recht der Macht zur Macht des Rechts?*, 2006, pp. 103-110; AMBOS, Kai. Möglichkeiten und Grenzen völkerstrafrechtlichen Rechtsgüterschutzes. In: NEUBACKER, Frank; KLEIN (org.) *Vom Recht der Macht zur Macht des Rechts?*, 2006, pp. 111-116; SCHNEIDER, Hendrik. *Bellum justum*

muñendo la reacción penal de “seguridad cognitiva” en grandeza normativa de alcance mundial.

Pero en Jakobs el sentido operacional de la represividad penal en escala internacional traería seguridad cognitiva sólo de modo aparente<sup>492</sup>, porque desencadenaría sanción contra la comunicación de un sujeto que se produce fuera del ámbito de protección de la norma. Aquél que abre a la fuerza la identidad de los derechos humanos, amenazándole, no es propiamente una persona, sino enemigo<sup>493</sup>. La relación entre la guerra al terror y el principio de la justicia universal (*Weltrechtsprinzip*) se presenta como futuro preunciado del concepto de enemigo, casi un vaticinio de las posibilidades de auto-comprensión<sup>494</sup> del futuro combate al terror<sup>495</sup> por la preservación de la identidad de la sociedad (mundial).

Las intenciones moralizantes del discurso jurídico-penal quedan fuera del combate al terror así como entiende Jakobs, porque “la punición de los

---

gegen den Feind im Inneren? In: *Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft*, n. 113, 2001, pp. 499 y ss.

<sup>492</sup> Más en JAKOBS, Günther. Staatliche Strafe... *Op. cit.*, pp. 47 y ss.; JAKOBS, Günther. Personalität und Exklusion im Strafrecht. In: *Libro en Homenaje a Dionysios Spinellis*, 2001, pp. 447 y ss.

<sup>493</sup> Sobre la repercusión del concepto de enemigo en materia penal internacional, analizando los marcos indiciarios de la lógica del enemigo en la jurisdicción de los tribunales penales internacionales, FRONZA, Emanuela. Feindstrafrecht und Internationale Strafgerichtsbarkeit. In: *Journal Juristische Zeitgeschichte*, n. 4, 2007, pp. 121 y ss.

<sup>494</sup> Todavía, “a pesar de que la CPI presenta grandes potencialidades como instrumento de respuesta al fenómeno del terrorismo internacional, el papel que puede jugar a día de hoy es ciertamente limitado, de manera que será necesario esperar un tiempo para ver si la comunidad internacional se decide finalmente a aprovechar todas sus posibilidades. Por ello, entendemos que, a pesar de ciertos intentos por limitar la actuación de las jurisdicciones nacionales sobre la base del principio de justicia universal, este último sigue constituyendo en la actualidad un elemento esencial en la persecución de un fenómeno como el del terrorismo internacional que afecta a los valores superiores de la comunidad internacional en cuanto que su esencia no es otra que la de aterrorizar a la población civil como estrategia política”. OLÁSOLO-ALONSO, Héctor; PÉREZ-CEPEDA, Ana Isabel. Terrorismo internacional... *Op. cit.*, pp. 177.

<sup>495</sup> “A.R.: Podría explicarle a aquellas personas que no han adentrado en la lectura de su obra ¿a qué refiere el binomio guerra-proceso penal dentro del derecho penal del enemigo? Jakobs: En la Guerra rige la conveniencia, la utilidad, la oportunidad (esto es, la adecuación a un fin); en el proceso penal prepondera la legitimidad, esto es, adecuación a la legalidad. El modelo del Derecho penal del enemigo, tal como ha sido y es empleado por los legisladores modernos, responde a la primera idea. El Derecho penal del ciudadano responde, en cambio, a la segunda”. JAKOBS, Günther. “Consideraciones a el Derecho Penal Moderno”. In: Entrevista al Prof. Günther Jakobs, Trad. de Miguel Polaino-Orts. <http://www.derechopenalenlared.com/docs/entrevistajakobsconsideraciones.pdf>.

terroristas es apenas un objetivo intermediario, y no la preocupación principal del legislador; es evidente que por medio de la punición de los terroristas es el terrorismo como un todo que debe ser combatido”<sup>496</sup>. En ese punto Jakobs logra alcanzar la conceptualización del autor, generalizando las formas de combate no a la punibilidad del terrorista, sino “al terrorismo como un todo”. Así es que mantiene coherencia con la positividad de la reacción penal, manejándose la prevención a la generalidad del ordenamiento que comunica la represividad contra el terror.

La protección de la norma se operacionaliza en el momento en que la seguridad cognitiva es perturbada, generando una inteligencia penal que ataca la perturbación “en cuanto perturbación”<sup>497</sup>. Aún en ese grado de especialización – y generalizaciones – la reacción penal asume para sí la estrategia de anticipación del juicio de posibilidad – esto es, la conducta antes de la conducta, orientando la temporalidad de la reacción apenas por el sentido de posibilidad<sup>498</sup> –, es operada en esas situaciones la anticipación de la punibilidad a sus actos preparatorios jurídico-penalmente relevantes<sup>499</sup>, con la finalidad de evitar la “proliferación”<sup>500</sup> y asegurar la efectividad normativamente considerada<sup>501</sup>.

---

<sup>496</sup> JAKOBS, Günther. Terroristas como pessoa..., p. 02; contrariamente, entendiendo tratar-se de “demokratische Transformation der Moral in ein positiviertes System der Rechte mit rechtlichen Verfahren ihrer Anwendung und Durchsetzung”, GÜNTHER, Klaus. Kampf gegen das Böse? Zehn Thesen wider die ethische Aufrüstung der Kriminalpolitik. In: *Kritische Justiz*, n. 2, 1994, p. 144. Valendo-se da especulação “What’s wrong with negative liberty” na idéia de “liberdade negativa” em *Charles Taylor, A. P. Pires* procura demonstrar o estado de degradação dos ideais morais na teoria da pena, PIRES, Álvaro P. La “línea Maginot” en el derecho penal. In: *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, n. 46, 2004, pp. 13 y ss.

<sup>497</sup> JAKOBS, Günther. Terroristas como pessoa... *Op. cit.*, p. 02.

<sup>498</sup> “Presunção de comportamento futuro”, JAKOBS, Günther. Terroristas como pessoa... *Op. cit.*, p. 03.

<sup>499</sup> JAKOBS, Günther. Terroristas como pessoa... *Op. cit.*, p. 02.

<sup>500</sup> JAKOBS, Günther. Terroristas como pessoa... *Op. cit.*, p. 02.

<sup>501</sup> “A finalidade do Estado de direito não é a maior segurança possível de bens, mas a vigência efetiva do direito e, especificamente na modernidade, a vigência efetiva de um direito que torna a liberdade possível. A vigência efetiva torna-se aqui a contraposição a uma validade apenas postulada, mas não realizada, ou seja, a uma vigência que não seja orientadora (*Orientierungsleistung*). Esta orientação também pode manter-se sustentada no caso de uma violação da norma. Quando a violação da norma é tratada precisamente como tal, a norma serve

Situada en el contexto de combate al terror, la pena permanece con la calidad esencial de preservación de la congruencia normativa del ordenamiento, comunicando reacción “a déficit anterior de seguridad cognitiva a ser suplido”<sup>502</sup>. Ni tampoco acá Jakobs prescinde de la positividad de la prevención penal<sup>503</sup>. Parece que el camino preferencial para la represividad para él sería la elaboración de un sistema jurídico-penal estabilizador, llevando las medidas de seguridad al plano de la comunicación, de forma tal que a los reclamos de la sociedad insegura se correspondería con la posibilidad de cognición de la seguridad, la verdadera fuerza de contención de las organizaciones para el crimen<sup>504</sup>.

En conceptualización bastante singular de la reacción del derecho penal, es apenas en ese nivel de abstracciones que el sentido operacional del así llamado derecho penal del enemigo consigue atingir esas ideaciones de “protección contra el peligro”<sup>505</sup>.

---

como modelo de orientação, vigorando efetivamente”. JAKOBS, Günther. Terroristas como pessoa... *Op. cit.*, p. 02.

<sup>502</sup> “Inteiramente independente da resposta à questão até aqui quase não levantada – como se exige a culpa ao menos daqueles terroristas que foram socializados em uma das culturas hostis à cultura dominante”. JAKOBS, Günther. Terroristas como pessoa... *Op. cit.*, p. 03.

<sup>503</sup> Jakobs no da conta de las críticas tradicionales y ni de las no-convencionales al sentido de la reacción penal: “estas penas não se explicam por aqui que já ocorreu – a segurança pública afetada -, mas somente pelo perigo existente”. JAKOBS, Günther. Terroristas como pessoa... *Op. cit.*, p. 03.

<sup>504</sup> “Em suma, o direito penal especificamente volta contra terroristas tem antes a tarefa de garantir a segurança do que manter a vigência do direito, a qual é inferível da finalidade da pena e dos tipos penais correspondentes. O direito penal do cidadão, que é garantia da vigência do direito, transforma-se em um – segue agora o conceito ‘repulsivo’ – direito penal do inimigo, em proteção contra o perigo. Com isso se responde a questão colocada no início: o combate ao terror não é só uma palavra, mas um conceito; trata-se de uma operação contra o inimigo”. JAKOBS, Günther. Terrorista como pessoa... *Op. cit.*, p. 04.

<sup>505</sup> JAKOBS, Günther. Terrorista como pessoa... *Op. cit.*, p. 04.

## 2.5. La descripción de las ideas rectoras del derecho penal del enemigo

La profusión de estructuras normativas y las frecuentes interpretaciones en la línea de un combate al enemigo mantuvieron la actualidad del problema. La compleja realización del crimen en la sociedad parece no retirar de pauta al endemoniado Jakobs<sup>506</sup>. Incluso aproximadamente veinte años después de la afamada conferencia de Frankfurt am Main en 1985, bajo el chascarrillo de “Derecho penal del enemigo – fantasma que ronda el Estado de Derecho”, en 2006, fue realizado otro congreso en Frankfurt am Main<sup>507</sup>.

No interesa más a Jakobs el “*political correctness*”; lo que importa es dimensionar el modo como opera un derecho penal del enemigo y si ese derecho encuentra condiciones de juridicidad<sup>508</sup>, “fronteras que el políticamente correcto desconoce”, al contrario del “mundo real”<sup>509</sup>.

La manipulación de los sentidos y de las estructuras normativas típicas al modelo del enemigo es conducida por Jakobs a la evaluación de las posibilidades de descripción científica. La discusión fue dislocada para el campo

---

<sup>506</sup> Recusándole el *status* jurídico, Schönemann, Greco y Roxin, debate *infra* analizado en detalles. Antes de la solene recusa a las tesis, que el problema del enemigo sea enfrentado en sus dimensiones objetivas, PFAEFFGEN, Hans-Ullrich. Bürgerstrafrecht, Vorbeugungsstrafrecht, Feindstrafrecht... *Op. cit.*, p. 123; HEINRICH, Bernd. Die Grenzen des Strafrechts bei der Generalprävention: Brauchen wir oder haben wir ein ‘Feindstrafrecht’? In: *Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft*, n. 121, 2009; GONZÁLES-CUSSAC, José Luis. “Feindstrafrecht”: Die Wiedergeburt des autoritären Denkens im Schoße des Rechtsstaats, 2007, p. 48.

<sup>507</sup> En esa ocasión, el foco de la discusión fueran las concepciones valorativas y la filosofía del derecho penal que perpasan el tema, en atención a la manifestación de SALIGER, Frank. Feindstrafrecht: Kritisches oder totalitäres Strafrechtskonzept? In: *Juristische Zeitung*, 2006, pp. 756 y ss. En 2006, *Jakobs* publica aún un último artículo sobre el tema, JAKOBS, Günther. Die Schuld der Fremden. In: *Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft*, n. 118, 2006, pp. 831-854.

<sup>508</sup> “Ein Zustand der Rechtlichkeit ist ein Zustand der Geltung des Rechts”, JAKOBS, Günther. Das Selbstverständnis der Strafrechtswissenschaft vor den Herausforderungen der Gegenwart... *Op. cit.*, p. 51.

<sup>509</sup> JAKOBS, Günther. Feindstrafrecht? Eine Untersuchung zu den Bedingungen von Rechtlichkeit? In: *Höchstrichterliche Rechtssprechung im Strafrecht*, n. 8, 2006, p. 289.



de la cientificidad del derecho penal del enemigo, porque se puede suponer que la preocupación no es la radical ruptura con la representación tradicional del derecho penal, sino la búsqueda de criterios científicos para la elaboración y organización racional de los conceptos en materia penal. *Jakobs* quiere “argumentar por parte del sistema científico” y “describir” los comportamientos del enemigo, conjeturando las posibilidades de reconocimiento de ese rol (de enemigo)<sup>510</sup>.

Sostener un modelo normativista frente a la sociedad es la preocupación central de ese modelo – y no legitimar una intervención punitiva contra el enemigo a cualquier costo. La demanda por auto-comprensión es motivada por la demanda de seguridad en la sociedad insegura. El derecho procura ordenarse en auto-descripción para comprender como una persona pierde su *status* y se comporta como no-persona<sup>511</sup>. O sea, como ese comportamiento afronta la propia constitución de la sociedad y despierta la necesidad de combate – y superación del peligro.

La calificación jurídica de los individuos huye también a lo “políticamente correcto” en el discurso de protección de los derechos humanos<sup>512</sup>. La indistinta protección a los derechos humanos de todos es interpretada por *Jakobs* como la indistinta protección a todos los que cumplan la obligación conforme el modelo de sociedad<sup>513</sup>. Aquellos que no se comportan de

---

<sup>510</sup> JAKOBS, Günther. *Feindstrafrecht... Op. cit.*, p. 289; *Jakobs* separa o sistema científico para descrever o sistema jurídico, o que em definitivo o divorcia de uma observação sociológica *luhmanniana*. A interação entre os sistemas jurídico e científico seria possível apenas pelo acoplamento estrutural, LUHMANN, Niklas. *Die Wissenschaft der Gesellschaft*, 1990.

<sup>511</sup> SILVA-SANCHEZ, Jesus Maria. *Die Unerwünschten als Feinde... Op. cit.*, pp. 547-573; DONINI, Massimo. El derecho penal frente al enemigo. In: CANCIO-MELIA, Manuel; GÓMEZ-JARA-DÍEZ, Carlos (org.) *Derecho penal del enemigo: el discurso penal de la exclusión*, v. 1., 2006, pp. 646 y ss.; FEIJOO-SANCHEZ, Bernardo. Normativización del derecho penal... *Op. cit.*, p. 152.

<sup>512</sup> Contra, MUÑOZ-CONDE, Francisco. De nuevo sobre el derecho penal del enemigo. In: CANCIO-MELIA, Manuel; GÓMEZ-JARA-DÍEZ, Carlos (org.) *Derecho penal del enemigo: el discurso penal de la exclusión*, v. 2., 2006, pp. 366 y ss.

<sup>513</sup> JAKOBS, Günther. *Feindstrafrecht... Op. cit.*, p. 290. Una vez más *Jakobs* se distancia de Luhmann en la observación sociológica de los derechos humanos, una paradoja que se opera en el campo de las plausibilidades entre los sistemas político y el jurídico, LUHMANN, Niklas. *Die Moral der Gesellschaft... Op. cit.*, pp. 228-252.

acuerdo con los padrones de relaciones sociables de determinado modelo de sociedad merecen el reproche, pero aún no pierden la protección cognitiva del derecho porque no comprometen la constitución de la sociedad; lo intolerable es el peligro al futuro de la sociedad<sup>514</sup>.

El comportamiento peligroso a la constitución de la sociedad es el momento de diferenciación entre aquél que permanece como ciudadano y aquél otro que es calificado como enemigo. La semántica que distingue y descalifica jurídicamente el enemigo es la semántica del peligro a la sociedad. Es el sentido del peligro que crea la identidad del enemigo y estimula la represividad.

Jakobs clasifica dos variantes que condicionan esa reflexión. La “persona-en-derecho”, que se somete a una protección cognitiva, siempre que el comportamiento no ofrezca peligro a la forma de la sociedad, y también la división entre la capacidad postuladora de un derecho y el derecho a que el autor realmente se somete<sup>515</sup>. Ese derecho es entendido como la validez del derecho, que establece cognitivamente los padrones de comportamiento que determinan las relaciones sociables, de una persona para con otra. De tal forma que el sentido operacional del derecho es obtenido de una “pura normatividad”<sup>516</sup>.

El peligro a la sociedad acarrea la pérdida de la condición de persona, porque en Jakobs la única garantía necesaria es la garantía de la confianza en el derecho; la condición de persona sólo es asegurada a aquél que no amenaza la estabilidad de la sociedad<sup>517</sup>.

Ese estado de privación cognitiva parece incluso indicar, en última instancia, una exclusión<sup>518</sup>. Pero la exclusión no se opera fuera de la

---

<sup>514</sup> JAKOBS, Günther. Feindstrafrecht... *Op. cit.*, p. 290.

<sup>515</sup> Jakobs supone que esa clasificación sea presupuesto de la evaluación de la calidad jurídico-filosófica de la discusión y le coloca a la distancia de la reflexión política. JAKOBS, Günther. Feindstrafrecht... *Op. cit.*, p. 290.

<sup>516</sup> JAKOBS, Günther. Feindstrafrecht... *Op. cit.*, p. 290.

<sup>517</sup> JAKOBS, Günther. Feindstrafrecht... *Op. cit.*, pp. 290-291.

<sup>518</sup> SILVA-SANCHEZ, Jesus Maria. Die Unerwünschten als Feinde... *Op. cit.*, pp. 547-573.

sociedad. Así elabora Jakobs, que “en una sociedad liberal la exclusión sólo puede ser entendida como auto-exclusión”<sup>519</sup>. Es decir, que ese derecho penal no sería una “ilimitada destrucción” –anulación –, sino una medida de auto-comprensión de las condiciones excepcionales en que la forma de la sociedad es puesta en peligro; el derecho penal del enemigo no es la regla, sino la excepción – la *ultima ratio* –, una respuesta racional del Estado de Derecho<sup>520</sup> a la necesidad de comunicación de la auto-defensa.

Como si fuera lo políticamente correcto una evasiva para el sentido-común, Jakobs saca provecho de lo incómodo que cerca el problema para remplazar la postura normativista. La delicada cuestión del trato adecuado a un ciudadano (a la “persona-en-derecho”) que excede a los padrones de normalidad de las relaciones sociables es en Jakobs terreno fértil para puntuar el derecho penal del enemigo, para alargar el juicio de merecimiento de pena<sup>521</sup> que comunica la represividad.

La operacionalidad que sugiere ese concepto en la formulación de leyes de combate y extensión de las posibilidades de interpretación de la reacción penal remonta al lugar del enemigo en la evolución de las ideas penales. Conocer el lugar del enemigo en esa evolución autoriza reconocer que ese

---

<sup>519</sup> JAKOBS, Günther. Feindstrafrecht... *Op. cit.*, pp. 293-294. En otra oportunidad, todavía, Jakobs dava otras vistas a la sociedad “pluralista”, comprometiendo, de alguna forma, la coherencia argumentativa: “Y además – por prestar una atención constante a las condiciones de la actividad económica (el Estado de la actualidad) – ha destruído o vaciado de contenido real determinadas formas de vida históricamente generadas, ello con la consecuencia de que todos ven lo que hace y deja de hacer el outro, y todos lo toleran, porque cada uno, a su vez, hace lo que su albedrío le indica; pero nadie tiene el comportamiento del otro en algún modo por importante, significativo, necesario. Es habitual disfrazar esta desintegración parcial de la sociedad bajo el nombre de una sociedad “pluralista” o incluso ‘multicultural’; sería más sincero si se hablara de una sociedad marco con distintas sociedades parciales en ella contenidas”. JAKOBS, Günther. Ciencia del Derecho: técnica o humanística... *Op. cit.*, p. 27; JAKOBS, Günther. Das Selbstverständnis der Strafrechtswissenschaft vor den Herausforderungen der Gegenwart..., *Op. cit.*, pp. 52-53; “Recientemente Jakobs ha tratado de sintetizar los rasgos principales de la moderna sociedad occidental y la actitud del derecho penal ante la misma: a su juicio, el actual sistema penal se caracteriza por una progresiva anonimidad de los contactos sociales, por la uniformidad de comportamientos en masa, por el predominio de la Economía, por la conciencia del riesgo y por una uniformidad del sistema punitivo”, POLAINO-NAVARRETE, Miguel. La controvertida legitimación del derecho penal... *Op. cit.*, pp. 68 e 74-77.

<sup>520</sup> JAKOBS, Günther. Feindstrafrecht... *Op. cit.*, p. 294.

<sup>521</sup> JAKOBS, Günther. Feindstrafrecht... *Op. cit.*, p. 296.

problema parece más un recurso de Jakobs para prolongar en el tiempo la postura normativista y la función de seguridad cognitiva. “Mundo ideal” y la “vida en el mundo real”, así la distinción con que Jakobs maniobra contra los “ímpetus”<sup>522</sup> de naturaleza político-jurídica y da nuevo aliento a los esfuerzos de auto-comprensión científica del derecho penal, al coger en la sociedad elementos para la recuperación de su sentido operacional.

La intención de ese concepto de enemigo parece sugerir el aumento de complejidad de la auto-comprensión del derecho penal, paralelamente a la descripción de la baja complejidad de la tradicional política jurídica, visando dar cuenta del problema del combate al peligro. Resta saber si el sentido operacional sugerido reúne consistencia semántica suficiente para comunicar la represividad, o si las estructuras normativas descritas por el concepto soportan la verificación de ambigüedad y vaguedad de sentido. Además de eso, en el capítulo de las “Repercusiones” será investigado en qué medida esas prestaciones advenidas del ambiente preservan o no la diferenciación funcional.

---

<sup>522</sup> JAKOBS, Günther. Feindstrafrecht... *Op. cit.*, p. 297.

### 3. El plan teórico-conceptual del derecho penal del enemigo

#### 3.1. La incompreensión en torno al pensamiento de Carl Schmitt

El desarrollo de las incompreensiones<sup>523</sup> en torno al pensamiento de Carl Schmitt<sup>524</sup> y el concepto de enemigo en materia penal<sup>525</sup> evidencia cierta inadecuación en la aproximación de Jakobs con la teología política<sup>526</sup>. Pawlik orienta la comprensión del tema, frente a los dislocados influjos literatos sobre

---

<sup>523</sup> Jakobs sería “aprendiz de brujo” al aproximarse de Schmitt, Donini “El derecho penal...”, p. 639. Schmitt como el “espíritu rector”, KALECK, Wolfgang. Sin llegar al fondo: la discusión sobre el derecho penal del enemigo. In: CANCIO-MELIA, Manuel; GÓMEZ-JARA-DÍEZ, Carlos (org.) *Derecho penal del enemigo: el discurso penal de la exclusión*, v. 2., 2006, pp. 127-132; PORTILLA-CONTRERAS, Guillermo. La legitimación doctrinal de la dicotomía *schmittiana* en el derecho penal y procesal penal del ‘enemigo’. In: CANCIO-MELIA, Manuel; GÓMEZ-JARA-DÍEZ, Carlos (org.) *Derecho penal del enemigo: el discurso penal de la exclusión*, v. 2., 2006, p. 657-686.

<sup>524</sup> SCHMITT, Carl. *Der Begriff des Politischen*, 1933; SCHMITT, Carl. *Das internationalrechtliche Verbrechen des Angriffskrieges und der Grundsatz “nullum crimen, nulla poena, sine lege”*, 1994; SCHMITT, Carl. *Totaler Feind, totaler Krieg, totaler Staat, Positionen und Begriffe im Kampf mit Weimar-Genf-Versailles, 1923-1939*, 1940, pp. 235-239; SCHMITT, Carl. *Der Nomos der Erde*, 1950. La teoría del Estado de derecho los presupuestos teóricos del decisionismo en Carl Schmitt remontan a la interpretación que elabora sobre Hobbes, (SCHMITT, Carl. *Der Leviathan in der Staatslehre des Thomas Hobbes*, 1938), desocultando, en plena Alemania-1938, la quiebra de la protección de los ciudadanos en face de la *autorictas*. Específicamente en que dice respecto a la influencia *hobbesiana* en el derecho y en la teoría del Estado, parece tema desacreditado por los penalistas, tomado por “obsoleto”, SCHÜNEMANN, Bernd. Derecho penal del enemigo? Crítica a las insoportables tendencias erosivas en la realidad de la administración de justicia penal y de su insoportable desatención teórica. In: CANCIO-MELIA, Manuel; GÓMEZ-JARA-DÍEZ, Carlos (org.) *Derecho penal del enemigo: el discurso penal de la exclusión*, v. 2., 2006, p. 980. Todo indica que dicha obsolescencia viene para justificar un modelo supra-estatal de persecución penal, a se pensar la realidad de la Unión Europea, que, todavía, no refleje la percepción crítica de los publicistas: “Com a constituição europeia, o constitucionalismo parece ter chegado ao final de sua tarefa. A constituição europeia é uma constituição do mercado, elaborada em um contexto de estado de exceção permanente, sem Estado e sem poder constituinte do povo”, BERCOVICI, Gilberto. *Soberania e constituição: para uma crítica do constitucionalismo*, 2008, p. 341.

<sup>525</sup> En evaluación de la historia del concepto de enemigo en Carl Schmitt y la recepción en Jakobs, PAEFFGEN, Hans-Ullrich. *Bürgerstrafrecht, Vorbeugungsrecht, Feindstrafrecht... Op. cit.*, pp. 85 y ss.

<sup>526</sup> JAKOBS, Günther. *Feindstrafrecht... Op. cit.*, pp. 294-295.

las “afinidades electivas”<sup>527</sup> entre ambos, bastante recurrentes en la retórica jurídico-penal. Entre los penalistas se difundió la cultura del estado de excepción<sup>528</sup>, en sucesivos y renovados esfuerzos de prospección de los presupuestos del modelo descrito por Jakobs. La teoría del decisionismo expresada en la proposición de la teología política en Carl Schmitt como teoría de la soberanía, determina la coexistencia del orden político-jurídico con la violencia<sup>529</sup>, y cómo se opera el poder, desde la fácil resolución “quien opera el poder<sup>530</sup> político opera también las decisiones jurídicas”.

Así entendida la supuesta derivación schmittiana de Jakobs, Aponte supone que el comportamiento decisorio en el sistema jurídico sobre el concepto de enemigo sería una radicalización del decisionismo del concepto político de enemigo<sup>531</sup>. Esa resolución de Aponte sobre Schmitt crea una curiosa evolución de sentido de la máxima *hobbesiana auctoritas, non veritas facit legem* para una idea de verdad como eficiencia<sup>532</sup>. El fenómeno de la soberanía es presentado como un “problema de la decisión”<sup>533</sup>, pero siendo el decisionismo soberano manipulado por el poder político, criterios de racionalidad y eficiencia

---

<sup>527</sup> PRIETO-NAVARRO, Evaristo. Ciudadanos y enemigos: Günther Jakobs, de Hegel a Schmitt. In: BACIGALUPO, Silvina; CANCIO-MELIÁ, Manuel (org.) *Derecho penal y política transnacional*, 2005, pp. 79 y ss.

<sup>528</sup> APONTE, Alejandro. *Krieg und Feindstrafrecht...* *Op. cit.*, pp. 77 y ss.

<sup>529</sup> “De todo modo, a expressão *inimigo* parece-nos inadequada, particularmente no âmbito de uma teoria essencialmente jurídica como ocorre no sistema penal. Aliás, pode-se estimar que a força *beligerante* de seu sentido mais usual é responsável pela maioria das objeções que suscitou. Daí a associação do *não-cidadão* à guerra, ao totalitarismo e outras intolerâncias”. PACELLI, Eugenio. *Apresentação...* *Op. cit.*, p. xxiv.

<sup>530</sup> Carl Schmitt diferencia *autoritas* de *potestas*, SCHMITT, Carl. *Der Hüter der Verfassung*, 1931, p. 136. Además, “In diesem Satz (*autoritas, non veritas facit legem*) bedeutet *autoritas* nicht etwa eine vorstaatliche Ordnungs-Autorität; auch die sonst (z. B. bei Bodinus) damals noch lebendige Unterscheidung von *auctoritas* und *potestas* geht ganz in der souveränen Entscheidung unter. Sie ist *summa auctoritas* und *summa potestas* in Einem. Wer die Ruhe, Sicherheit und Ordnung herstellt, ist Souverän und hat alle Autorität”. SCHMITT, Carl. *Über die drei Arten des rechtswissenschaftlichen Denkens*, 1934, p. 23.

<sup>531</sup> APONTE, Alejandro. *Krieg und Feindstrafrecht...* *Op. cit.*, pp. 142 y ss.

<sup>532</sup> APONTE, Alejandro. *Krieg und Feindstrafrecht...* *Op. cit.*, p. 102 e 110 y ss.

<sup>533</sup> APONTE, Alejandro. *Krieg und Feindstrafrecht...* *Op. cit.*, p. 102.

difícilmente limitarían el comportamiento decisorio, justamente porque “eficiencia *non facit legem*”<sup>534</sup>.

Más precisamente, el problema decisorio en Carl Schmitt no es mera derivación de acto de poder político, antes consecuencia de sincretismo entre decisionismo y normativismo. La idea de Carl Schmitt centraliza la comprensión del orden normativa en el primado de la política: la configuración política del Estado se sobrepone al derecho<sup>535</sup>.

A partir de eso presupuesto que posteriormente desarrolla los tres tipos de pensamiento jurídico: a. el “normativismo”, pensamiento atado a la norma y validez normativa, “que jamás se referencia al poder concreto”<sup>536</sup>; b. el “decisionismo”, pensamiento movido a la soberanía y a la autoridad del comando decisorio<sup>537</sup>; c. el sincretismo “decisionismo y positivismo”, influenciado por la enseñanza y por la técnica jurídicos orientadas a la solución de conflictos<sup>538</sup>, en que el decisionismo político conduce la realización de la norma y la concreción

---

<sup>534</sup> Esa discusión, en verdad, está más para encontrar la racionalidad de la escisión entre positivismo y naturalismo jurídico, en la medida en que permite elaborar racionalmente los criterios de limitación del poder, HÖFFE, Otfried. *Sed auctoritas, non veritas, facit legem*: Zum Kapitel 26 des Leviathan. In: KERSTING, Wolfgang (org.). *Leviathan oder Stoff, Form und Gewalt eines kirchlichen und bürgerlichen Staates*, 2. ed., 2008, pp. 193 y ss. Distintamente, “Seit Hobbes wird diese Differenz von Recht und Politik formuliert als Opposition von (soveränem) Staat und (vorstaatlich gegebenen, also ‘natürlichen’) individuellen Rechten. Das reicht jedoch nicht aus. Dogmengeschichtlich gesehen ist dies Idiom der “natürlichen” Rechte nur eine zeitgeistbedingte Überleitungssemantik, nur ein Symbol für *politisch nicht kontrollierte Rechtsentstehung*, das entbehrlich wird, sobald für diesen Tatbestand ausreichende Formen des positiven Rechts entwickelt sind”. LUHMANN, Niklas. *Das Recht der Gesellschaft... Op. cit.*, p. 151.

<sup>535</sup> CATTANEO, Mario. *Recht und Gewalt: Ein problematisches Verständnis*, 2009, p. 23. Conviene marcar que la distinción también entre el comportamiento decisorio en Luhmann y Carl Schmitt: “Luhmann sempre se referiu à autonomia operacional do direito perante a política como uma conquista da modernidade. Isso é totalmente incompatível com o modelo decionista de Schmitt. Para este, o direito é necessariamente subordinado à política”. NEVES, Marcelo. Niklas Luhmann: eu vejo o que tu não vêes.... *Op. cit.*, pp. 55-56.

<sup>536</sup> “O primado da *lex* subordina o *rex*”, “um juguete da *lex* contra o *rex*”, SCHMITT, Carl. *Über die drei Arten... Op. cit.*, p. 13.

<sup>537</sup> SCHMITT, Carl. *Über die drei Arten... Op. cit.*, p. 21.

<sup>538</sup> El conflicto instaura la desorden y permite la evolución “da desordem à ordem pela decisão”, SCHMITT, Carl. *Über die drei Arten... Op. cit.*, p. 25.

del orden, pero apenas en la medida en que esa norma y ese orden estén conformes a la validez<sup>539</sup>.

La opción por el modelo jurídico normativista-decisionista determina el llenamiento del esquema normativo con la concepción de político, en esa forma sincrética entre normativismo y decisionismo. Y así “el positivismo es positivo”<sup>540</sup>.

Carl Schmitt mantiene inequívoca consistencia teórica al desarrollar el concepto de enemigo como derivación del concepto de político. “La diferenciación específicamente política (...) es la diferenciación entre *amigo* y *enemigo*”<sup>541</sup>, de tal forma que el uso de la violencia de Estado pierde sentido operacional en detrimento del “monopolio de la decisión última sobre la distinción amigo/enemigo”<sup>542</sup>.

Aunque él mismo entienda que la conceptualización sea apenas llave teórica<sup>543</sup>, la representación del esquema amigo/enemigo permite una elaboración funcional del comportamiento decisorio. La determinación conceptual, el “quien debe decidir”<sup>544</sup>, es explicitado en la obra de Carl Schmitt en la condición de

---

<sup>539</sup> SCHMITT, Carl. Über die drei Arten... *Op. cit.*, p. 29.

<sup>540</sup> CATTANEO, Mario. Recht und Gewalt... *Op. cit.*, p. 25, cuya interpretación revela el “pré-totalitarismo” del “supra-ordenamiento” del poder en *Carl Schmitt*.

<sup>541</sup> SCHMITT, Carl. O conceito de político. Teoria do partisan, 2008, p. 27.

<sup>542</sup> BERCOVICI, Gilberto. Carl Schmitt e a tentativa de uma revolução conservadora... *Op. cit.*, p. 85.

<sup>543</sup> Se trata de “definição conceitual no sentido de um critério, não como definição exaustiva ou expressão de conteúdo”, SCHMITT, Carl. O conceito de político. Teoria do partisan... *Op. cit.*, p. 27.

<sup>544</sup> “A unidade política, para Schmitt, era a unidade suprema por decidir por si mesma e ser capaz de impedir todos os demais grupos sociais opostos de se dissociarem diante do antagonismo extremo (guerra civil). Onde existisse a unidade política, os conflitos sociais poderiam ser objeto de uma decisão, com o estabelecimento de uma situação normal, de uma ordem”, BERCOVICI, Gilberto. Carl Schmitt e a tentativa de uma revolução conservadora... *Op. cit.*, p. 74. Esos presupuestos teóricos mantienen preservada la calidad teórica de Carl Schmitt para la observación de los problemas de la sociedad actual, sobre todo en que dice respecto a los movimientos de desespecificación de los ordenamientos internos en confronto con la idea del supranacional: “Onde o monopólio do político se dissolve, torna-se impossível que a unidade jurídico-política denominada Estado tome decisões e exercite sua soberania. A crise da soberania e a perda do monopólio do político são, para Carl Schmitt, dois aspectos do mesmo fenômeno de perda de substância política por parte do Estado. E é a perda do monopólio do político e a desagregação da soberania estatal que colocam em crise o *jus publicum europeu*”,



consecuencia de acto de soberanía política del Estado, que “en cuanto unidad política normativa concentró en sí mismo una inmensa competencia: la posibilidad de *hacer* guerra y, así, de disponer abiertamente sobre la vida de las personas”<sup>545</sup>. Pero nada que ver con Jakobs, cuya captación de las identidades ciudadano/enemigo opera en el ámbito de las imbricaciones exclusivamente normativas<sup>546</sup>, cuyas mediaciones son reconocidas y comunican procesos de imputación a las personas<sup>547</sup>.

Asimismo, Aponte parece confundir “suspensión de derechos fundamentales” con la suspensión de derecho peculiar al estado de excepción<sup>548</sup>, confunde suspensión de derechos<sup>549</sup> con derecho penal del enemigo y confunde la fundamentación de la teología política con la fundamentación del combate a peligros futuros, como se propiamente el concepto<sup>550</sup> de estado de excepción<sup>551</sup>

---

BERCOVICI, Gilberto. Carl Schmitt e a tentativa de uma revolução conservadora... *Op. cit.*, p. 86.

<sup>545</sup> SCHMITT, Carl. O conceito de político. Teoria do partisan... *Op. cit.*, p. 49; evidenciando ese sincretismo, de la decisión política que conduce a realización de la norma y la concreción del orden, “die Entscheidung über die militärische Antwort auf einen terroristischen Angriff beinhaltet juristisch die Qualifikation der Gefahr als Ernstfall”, DEPENHEUER, Otto. *Selbstbehauptung des Rechtsstaates*, 2007, p. 54.

<sup>546</sup> Jakobs demuestra él mismo la diferenciación entre los universos propio y lo de Carl Schmitt: “Bei Carl Schmitt ist der Begriff des Politischen ein säkularisierter theologischer Begriff, der eher Gottesfürchtige von Gottlosen scheidet als politische Gegner im heute geläufigen Verständnis. Der Schmittsche Begriff handelt nicht von einem Verbrecher, sondern vom hostis, vom anderen; im Staat kommt es erst bei einem Bürgerkrieg zu einer politischen Konfrontation im Sinne Schmitts. Der Feind des Feindstrafrechts ist hingegen ein Verbrecher der vermutlich nachhaltig gefährlichen Sorte, ein inimicus. Er ist nicht ein anderer, sondern er sollte sich als gleicher benehmen, und deshalb wird ihm auch Strafrechtsschuld zugeschrieben, anders als dem hostis Schmitts. Hätte ich mich bei meinen Darlegungen auf Carl Schmitt bezogen, so wäre das ein einigermaßen krasses Fehlzitat gewesen”, JAKOBS, Günther. Feindstrafrecht: Eine Untersuchung... *Op. cit.*, p. 294. La densidad teórica del pensamiento de Carl Schmitt hasta llega a alcanzar el problema penal, pero en otra oportunidad en plan teórico-categorial calitativamente diverso, SCHMITT, Carl. *Schuld und Schuldarten: Eine terminologische Untersuchung*, 1910.

<sup>547</sup> “Geht es ihm (Carl Schmitt) doch in der *Politischen Theologie* gerade nicht um die Fälle, in denen eine generell anerkannte Norma durch zurechnungsfähige Menschen verletzt wird und durch Strafe ihre Bekräftigung erfährt, wie verschiedene moderne Straftheorien jenen Zusammenhang erklären, wodurch ebenfalls die Ausnahme die Regel bestätigt”, KAUFMANN, Matthias. Wie Absolut ist der Ausnahmezustand? In: DIERKSMEIER, Claus (org.) *Die Ausnahme denken*, 2003, p. 153.

<sup>548</sup> APONTE, Alejandro. Krieg und Feindstrafrecht... *Op. cit.*, pp. 106 y ss.

<sup>549</sup> SCHMITT, Carl. *Politische Theologie*, 1934, p. 11.

<sup>550</sup> “A situação normal (...) é o requisito para que as normas jurídicas possam ter eficácia absoluta, pois toda norma pressupõe uma situação normal e nenhuma norma pode ter validade para uma situação que lhe é plenamente anormal”, SCHMITT, Carl. O conceito de político. Teoria do partisan... *Op. cit.*, p. 49.

fuera argumento suficiente para demonizar Carl Schmitt<sup>552</sup> e inviabilizar las posibilidades de incremento de la auto-comprensión del sistema jurídico por la observación del universo teórico por él desarrollado<sup>553</sup>.

Incluso porque las manifestaciones reconocidas en el debate como filiadas a la tradición genéricamente entendida “progresista”, así como en pensamiento filosófico de Giorgio Agamben<sup>554</sup>, se alinean a las ideas de Carl Schmitt, cuya receptividad incluso en Brasil sigue en la misma dirección<sup>555</sup>, sin hablar en la pródiga herencia schmittiana adquirida por el constitucionalismo moderno y por las teorías de la constitución económica<sup>556</sup>. En la teología política de Carl Schmitt, “soberano es aquél que decide sobre el estado de excepción”<sup>557</sup>.

En la concepción de Carl Schmitt, dicha diferenciación entre “amigo” y “enemigo” sirve de contenido referencial para la construcción de la fundamentación política<sup>558</sup>. Más allá de las intersecciones entre la política y la teoría jurídica, el concepto de enemigo político en Carl Schmitt, en el rigor

---

<sup>551</sup> Todavía, contrariamente al decisionismo político de Carl Schmitt, más razonable someter el juicio de excepción al esclarecimiento racional de los criterios y de las condiciones de excepcionalidad. La fundamentación del estado de excepción es también derivada de juicio ético. “Jede Moralphilosophie, die ernst genommen werden will, muß rational die Notwendigkeit von Ausnahmen erklären, und darüber hinaus sogar anerkennen, daß es Normen gibt, die nur unter bestimmten Bedingungen ihren Sinn verlieren”. HÖSLE, Vittorio. *Praktische Philosophie in der modernen Welt*, 1992, p. 24.

<sup>552</sup> Un teórico cuyas contribuciones a la historia del pensamiento y también a la evolución histórica del derecho aún están lejos de atingir algún consenso, HABERMAS, Jürgen. Apresentação. In: SCHMITT, Carl. *O conceito de político. Teoria do partisan*, 2009, pp. VII y ss.

<sup>553</sup> Como es el caso de la teoría de la constitución en SCHMITT, Carl. *Legalität und Legitimität*, 17. ed., 2005, pp. 33 y ss.; o como el caso de la teoría de los partisans en PAWLIK, Michael. *Terrorist und sein Recht... op. cit.*; mayores desarrollos sobre la operacionalidad del estado de excepción merecen estudio apropiado.

<sup>554</sup> AGAMBEN, Giorgio. *Ausnahmestand*, 2004.

<sup>555</sup> BERCOVICI, Gilberto. *Soberania e constituição... Op. cit.*, 2008.

<sup>556</sup> Relativamente a la teoría constitucional, la función de protección atribuyida al decisionismo es eminentemente política, y no exclusivamente jurídica, SCHMITT, Carl. *Der Hüter der Verfassung... Op. cit.*, pp. 96 y ss.; PAPIER, Hans Jürgen. *Das Bundesverfassungsgericht als Anreger und Hüter der Verfassungsentwicklung*, In: HERZOG, Felix; NEUMANN, Ulfried (org.) *Festschrift für Winfried Hassemer zum 70. Geburtstag*, 2010, pp. 185 y ss.; BERCOVICI, Gilberto. *Soberania e constituição... Op. cit.*, 2008, p. 29.

<sup>557</sup> APONTE, Alejandro. *Krieg und Feindstrafrecht... Op. cit.*, p. 79; SCHNEIDER, Peter. *Ausnahmestand und Norm*, 1957.

<sup>558</sup> RÜTHERS, Bernd. *Entartetes Recht*, 1988, p. 113.

esquemático amigo/enemigo<sup>559</sup>, parece no guardar ninguna relación con el concepto de enemigo en Jakobs<sup>560</sup>, no sea por la “infelicidad<sup>561</sup> de la metáfora”<sup>562</sup>.

En la observación del modelo teórico de Jakobs no se permite identificar externalización de la política en las ideas de funcionalidad y normativismo, ni mismo en el intento teórico de descripción de la problemática del enemigo<sup>563</sup>, haciendo de cualquiera afinidad o vínculo entre ambas las teorías jurídicas mera casualidad.

Carl Schmitt opera su plan categorial en otro dominio del conocimiento y las aproximaciones con Jakobs, por las cuestiones fundantes cualitativamente tan distintas entre ambos pensamientos, no podrían pasar de una metáfora. El desengaño de Jakobs en el empleo del esquema amigo/enemigo tal vez consista en el salto de la hipótesis a la conclusión<sup>564</sup> sin mayores mediaciones, recurriendo a la figura del enemigo como mera explicación

---

<sup>559</sup> Concepto de “político” y no de “Política” abre todavía la posibilidad de relativización (y arbitrariedad) de ese rigor conceptual; la no diferenciación material o adjetiva del esquema amigo/enemigo hace del concepto de político “todo” y también “nada”, RÜTHERS, Bernd. *Entartetes Recht... Op. cit.*, p. 113. También por la imprecisión del concepto de político, HAECKER, Theodor. *Was ist der Mensch?* 2. ed., 1949, p. 75.

<sup>560</sup> MORGUET, Geraldine. *Feindstrafrecht... Op. cit.*, pp. 32 e 33.

<sup>561</sup> SCHROEDER, Friedrich-Christian. *Missglückte Metaphern im Strafrecht*. In: PAWLIK, Michael; ZACZYK, Rainer (org.) *Festschrift für Günther Jakobs zum 70. Geburtstag*, 2007, pp. 631-633.

<sup>562</sup> “Um sugestivo e eficaz mecanismo de linguagem”, RÜTHERS, Bernd. *Entartetes Recht... Op. cit.*, p. 166. Incluso Rütters reconoce que la poética de los conceptos de Schmitt cargan “em si plausibilidade e fascinação”, que todavía pecan por la “absolutização” (*Verabsolutierung*) de la diferenciación amigo/enemigo, “elementos necessários do conflito político”, RÜTHERS, Bernd. *Entartetes Recht... Op. cit.*, pp. 113-114, justificando la normalidad de la excepción.

<sup>563</sup> Eso afasta cualquier correspondencia con el plano explicativo elaborado por Ernst Fraenkel en FRAENKEL, Ernst. *Der Doppelstaat*, 2. ed., 2001, para quien vigia una escisión entre un ordenamiento normativo para los ciudadanos y otros discriminatorio y políticamente selectivo en relación a los enemigos del modelo de Estado. En otro sentido, MAUS, Ingeborg. *Bürgerliche Rechtstheorie und Faschismus: Zur sozialen Funktion und aktuellen Wirkung der Theorie Carl Schmitts*, 2. ed., 1980.

<sup>564</sup> En alusión a la antológica definición de García Lorca: “La metáfora une dos mundos antagónicos por medio de un salto ecuestre que da la imaginación. El cinematógrafo Jean Epstein dice que ‘es un teorema en que se salta sin intermediario desde la hipótesis a la conclusión’. Exactamente”. GARCÍA LORCA, Federico. *La imagen poética de Don Louis de Góngora*. In: *Obras Completas*, 1957, p. 72.

discursiva. Pero esa imperfección estética<sup>565</sup> ni la dudosa consistencia filosófica<sup>566</sup> de los argumentos ajenos al dominio del discurso jurídico-penal no descalifican *per se* la tesis de Jakobs.

Por la simple ornamentación del estilo, al que parece equivocado cuanto a la obliteración de la fuerte connotación negativa de la metáfora del enemigo, introduzco en el discurso jurídico-penal un elemento figurado que produce la síntesis temporaria de la “necesidad de reacción penal a la amenaza”, como fuera una estrategia de comunicación para perfeccionar la propuesta normativista con la generalización cognitiva de la prevención, más que causa enorme desconfort al imaginario penalista y produce todo tipo de relaciones mistificadas y aproximaciones tetrícas a los regímenes totalitarios.

Se así lo fuera, sería igualmente de causar vergüenza la bastante difundida y – asimismo comprometedor – influencia metodológica de Karl Larenz<sup>567</sup> en la formulación de la moderna dogmática jurídico-penal, de cuya influência no prescindió Richard Hömig<sup>568</sup> para la elaboración de la teoría de la

---

<sup>565</sup> En la poética el lenguaje metafórico es temática controversa: “Éste es, indudablemente, el más difundido de los errores sobre el estilo. Si la noción de que ser vívido es ser vulgar es la herejía del hombre superior, la herejía del hombre de la calle – y de pocos que se jactan de vivir varios pisos sobre su nivel – es la de que tener estilo es escribir bonito: una mísera procesión de jadeantes y patizambas metáforas que arrastran un cruel cargamento de pesados e inexpresivos polisílabos”. Entretanto, “desde los tiempos de Aristóteles se ha sostenido – con diversos grados de convicción y énfasis – que la literatura de más alta calidad se distingue por el dominio de la metáfora. La metáfora, vista por ojos prosaicos, o analizada por una mente que haya perdido cierta agudeza de intuición, tiende, en efecto, a aparecer como adorno. Parece cosa añadida o sobrepuesta, como una joya cosida en fuerte trama de la narración, de tal manera que si se la quitara seguiría ésta siendo tan útil y duradera como antes (...) La facultad de emplearla es em sí tan sencilla y directa como la facultad de decir “azul” es para cualquiera cuando ve un cielo de verano”. MIDDLETON MURRY, J. *El estilo literario*. 2. ed., 1956, pp. 16-17.

<sup>566</sup> Mészáros opone la crítica ideológica a la sintaxe de las metáforas y de los símiles, con reflexión específica a los peligros inherentes a los recursos de predicación metafórica de la filosofía heideggeriana, MÉSZÁROS, István. *Filosofia, Ideologia e Ciência Social: ensaios de negação e afirmação*, 1993, pp. 237-256.

<sup>567</sup> LA TORRE, Massimo. Karl Larenz, jurista nacionalsocialista: delito y castigo en la “Volksgemeinschaft” (comunidad del pueblo). In: *Revista Mexicana de Justicia*, n. 2, v. VII, 1989, pp. 305 y ss.

<sup>568</sup> HÖNIG, Richard. Kausalität und objektive Zurechnung. In: HEGLER, A. (org.) *Festgabe für Reinhard v. Frank*, 1930, pp. 174 y ss. El análisis de la recepción de las ideas de Hömig en FRISCH, Wolfgang. La imputación objetiva: estado de la cuestión. In: ROXIN, Claus; JAKOBS, Günther; SCHÜNEMANN, Bernd *et al.* (org.) *Sobre el estado de la teoría del delito*, 2000, p. 23. La relevancia de Karl Larenz, jurista no menos afinado al nacional-socialismo do

imputación objetiva<sup>569</sup> y otras ideas esenciales<sup>570</sup> a la evolución histórica del sentido operacional del sistema jurídico-penal.

Las críticas que aproximan Jakobs de Carl Schmitt nos parecen mucho más mistificadas<sup>571</sup> que propiamente vinculadas a la observación orientada por criterios científicos.

---

que Carl *Schmitt*, es hecho incontroverso entre los penalistas: “coube ao civilista e jusfilósofo Karl Larenz o mérito de redescobrir o conceito de *imputação* para o Direito”, chegando mesmo a afirmar que “é pouco sabido, mas nem por isso menos verdadeiro, que a primeira formulação da teoria finalista da ação, de 1931, foi marcadamente influenciada pela teoria da imputação de Larenz. Welzel, o pai do finalismo, inclusive chega a apontar para a identidade de resultados entre sua teoria e a de Larenz. Por mais inacreditável que pareça, é bem possível afirmar que a teoria finalista da ação e a imputação objetiva tal como a conhecemos hoje são irmãs, ambas filhas da teoria da imputação de Larenz”. GRECO, Luis. Imputação objetiva: uma introdução. In: ROXIN, Claus. *Funcionalismo e imputação objetiva no direito penal*, 2002, p. 15 e pp. 19-20.

<sup>569</sup> CHAVES CAMARGO, Antonio Luis. Imputação objetiva... *op. cit.*; VELLUDO SALVADOR NETTO, Alamiro. *Tipicidade penal e sociedade de risco*, 2006, pp. 137 y ss.

<sup>570</sup> Significativamente, la teoría del tipo (LARENZ, Karl. *Über Gegenstand und Methode des völkischen Rechtsdenken*, 1938, pp. 45 y ss.), a que se recorrió en el pós-guerra como “Erkenntnismittel zur Erfassung und Beschreibung komplexer und vielgestaltiger räumlicher oder geistiger Lebenswirklichkeiten durch vergleichende Betrachtung und begriffliche zusammenfassung oder auch Idealisierung bestimmter wirklicher oder vorgestellter Erscheinungsformen”, RÜTHERS, Bernd. *Entartetes Rechts... Op. cit.*, p. 199.

<sup>571</sup> Así como la relación de Mezger. La ponderación es elaborada por Rodríguez: “Mezger foi um dos maiores penalistas de todos os tempos. Sua produção literária alcançou auge de originalidade, em grande medida abrindo caminho para o finalismo, como em algum momento aqui se demonstrará, daí que sua posição será comentada em outros trechos deste trabalho. Bem verdade, entretanto, que seu (incontestável) envolvimento tanto com a teoria nazista como com o próprio Reich hitlerista tem posto em xeque a validade teórica de seus escritos. Não vamos ignorar o fato (que talvez seja sobrevalorado ultimamente), mas há como separar um e outro aspecto, tendo em conta que seus escritos mais recentes não demonstram – ao menos ao que me consta – anuência a idéias totalitárias. (...) Na obra de Mezger, aqui utilizada à exaustão, não serão poucos os momentos em que se realçará a relevância das garantias penais, a exemplo da medida da culpabilidade. Mas aqui, em nota de rodapé, posso frisar que muitos outros autores produzem boas obras e as contrariam em sua prática de vida. É o evidente caso de Karl Larenz, cuja obra, neste capítulo sobre metodologia científica, é de consulta obrigatória, sob pena de se desconsiderar o que há de mais completo (produzido, pensado e publicado) sobre o tema. E, dando uma volta a outro campo e posicionamento político, mas com conseqüências idênticas, também posso citar a obra de Ernest Hemingway. Se seu *Por quem os sinos dobram* demonstra uma técnica narrativa que pouquíssimos livros conseguem igualar (em que também seu vínculo com a Espanha republicana fica evidente), não é menos verdade que recentemente aspectos de sua vida foram descobertos que desmentem seu espírito leal e democrático, revelando faceta cruel. Nada que literalmente, creio, comprometa sua obra, se não transportada a lição de vida, mas a atividade narrativa”. RODRÍGUEZ, Víctor Gabriel. *Fundamentos de Direito Penal Brasileiro: lei penal e teoria geral do crime*. 2010, p. 46 e p. 47 (nota 71). Em estudo monográfico, MUÑOZ-CONDE, Francisco. *Edmund Mezger e o direito penal de seu tempo: estudos sobre o direito penal no nacional-socialismo*, 2005; ZAFFARONI, Eugenio Raul. *Sobre Edmund Mezger y el derecho penal de su tiempo*, de Francisco Muñoz Conde. In: *Revista de*

Así, la vulgata “*el esquema amigo/enemigo de Carl Schmitt es nazista,/Jakobs se apropia de eso esquema,/Luego Jakobs es nazista*” parece ser más un argumento con todas las estructuras lógicas de un sofisma. Porque, por el contrario, a rigor estaría entonces el nacional-socialismo presente en toda la teoría moderna de la imputación objetiva de inspiración en las ideas de Larenz.

---

*Derecho Penal*, n. 14, 2004, pp. 479 y ss. Lo que curiosamente no lo impidió de capitanear los movimientos de Reforma de la legislación penal alemana en el Post-guerra.

### 3.2. ¿Cuál es la fundamentación filosófica del concepto de enemigo?

La fundamentación filosófica del concepto de enemigo en Jakobs<sup>572</sup> no podría despertar menos polémica, ni parece inmune a toda suerte de distorsiones y trato indiscriminado de las cuestiones filosóficas de fondo<sup>573</sup>. La densidad de la discusión exige que en esta oportunidad sean apenas delineadas las principales fuentes<sup>574</sup> asumidas por Jakobs para justificar la depersonificación del ciudadano: Rousseau<sup>575</sup>, Leibniz, Fichte<sup>576</sup>, Hobbes<sup>577</sup>.

---

<sup>572</sup> “A lo largo de toda la época de la Ilustración una idea difundida era equiparar al delincuente con el enemigo. Nadie o casi nadie defendería hoy eso. Pero entonces, en las concepciones de contractualismo estricto y clásico, todo delincuente es un enemigo. Esto lo sostenían renombrados pensadores de la talla de Rousseau o Fichte. Pero también en la época hubo algunos filósofos que se apartaron de esa idea totalista (todo delincuente es enemigo), y se decantaron por mantener el estatus de ciudadano para aquellos delincuentes que no se desvían por principio del Estado. Esta es la idea de Hobbes o Kant, donde ya se observa una delimitación entre un Derecho penal del enemigo y un Derecho penal del ciudadano, que coexisten al mismo tiempo y que tienen ambos cabida en una concepción democrática del Estado. En todo caso, queda una idea básica: el concepto de persona es una institución normativa, y una institución tal únicamente puede brindar orientación cuando se encuentra cimentada cognitivamente. Esa cimentación cognitiva de la vigencia de la norma falta, en cambio, cuando nos hallamos un autor con elevada probabilidad de que se va a seguir comportando de manera delictiva. El sujeto no solamente no da seguridad de comportarse como persona en Derecho (lo que supone respetar a los demás como tales personas, así como respetar los derechos de los demás) sino lo contrario: crea inseguridad cognitiva acerca de que la norma va a seguir desplegando su vigencia protectora de los derechos de los demás. JAKOBS, Günther. “Consideraciones a el Derecho Penal Moderno”. In: Entrevista al Prof. Günther Jakobs, Trad. de Miguel Polaino-Orts. <http://www.derechopenalened.com/docs/entrevistajakobsconsideraciones.pdf>.

<sup>573</sup> Como se podría notar en: “Surge, então, o Jakobs (...) partindo de filósofos contratualistas, no conceito de que ‘qualquer pena’ e ‘qualquer legítima defesa’ se dirigem contra um inimigo (Rousseau, Fichte, Hobbes e Kant fundamentam o Estado em um contrato: que o não cumprir, está cometendo um delito e, por conseguinte não participa mais dos seus benefícios)”, GRECO, Alessandra; RASSI, João Daniel. *Crimes contra a dignidade sexual*, 2009, p. 124.

<sup>574</sup> Hay mismo quien remonte a la filosofía antigua griega, GRACIA-MARTÍN, Luis. El trazado histórico iusfilosófico y teórico-político del derecho penal del enemigo. In: JORGE BARREIRO, Agustíndie c *et al.* (org.) *Homenaje al Profesor Dr. Gonzalo Rodríguez Mourullo*, 2005, pp. 455 y ss. Otros remontan a la *Constitutio Criminalis Carolina* (1532), JEROUSCHEK, Günter. Die Carolina: Antwort auf ein ‘Feindstrafrecht’? In: HILGENDORF, Eric; WEITZEL, Jürgen (org.) *Der Strafgedanke in seiner historischen Entwicklung*, 2007, pp. 79-99. Inclusive dentre os clássicos da literatura universal se reconhece a figura do combate ao inimigo “Ginés de Pasamonte”, no Dom Quixote de *Cervantes*: “tenía aquel solo más delitos que todos los otros juntos y que era tan atrevido y tan grande bellaco que, aunque le llevaban de aquella manera, no iban seguros dél, sino que temían que se les había de huir” (...)

Müssig se dedica a la aproximación con Hegel<sup>578</sup>. Schünemann a su vez conserva la oposición a Jakobs y manifiesta su aversión a los fundamentos filosóficos de ese derecho penal del enemigo, en estado de “desatención teórica”<sup>579</sup>. De una u otra forma, todo indica que la diversidad de fuentes<sup>580</sup> contribuye para la ambigüedad y vaguedad prescriptiva del concepto de enemigo. La coherencia interna de los estudios de Jakobs no siempre se corresponde con

---

“precisamente porque ‘no iban seguros dél’, esto es, para asegurar que con ese combate agravado se pueda mantener, en esencia, el proyecto social y la confianza de las personas en Derecho en la norma”. POLAINO-ORTS, Miguel. Realidad y ficción... *Op. cit.*, pp. 486 y ss.

<sup>575</sup> JAKOBS, Günther. Norm, Person, Gesellschaft, 2008; KERSTING, Wolfgang. Die politische Philosophie des Gesellschaftsvertrags, 2005. Afastando a incidencia del contractualismo *rousseauiano*, FEIJOO-SANCHEZ, Bernardo. Normativización del derecho penal... *Op. cit.*, p. 145, nota 3.

<sup>576</sup> Se atribuye a *Jakobs* tentativa de radicalización de teorías contractualistas, con referencia a *Fichte*, NEUMANN, Ulfried. Feindstrafrecht. In: UWER, Thomas (org.) *Bitte bewahren Sie Ruhe*, 2006, p. 312. Sobre *Fichte*, JAKOBS, Günther. Norm, Person, Gesellschaft... *Op. cit.*, pp. 32-34.

<sup>577</sup> SCHMITT, Carl. Der Leviathan in der Staatslehre des Thomas Hobbes, 3. ed., 2003. La interpretación de *Hobbes* recompone los elementos “estado de naturaleza”, “contracto”, “Estado y sociedad” y les combina en “Koexistenzzeichnung der Menschen bei Abwesenheit aller gesetzlichen Sicherheit und aller institutionellen Verhaltenssteuerungen und Erwartungsstabilisierungserungen überprüft”, justificando así la existencia del Estado para complementar las condiciones de existencia y legitimación del poder político. KERSTING, Wolfgang. Die politische Philosophie... *Op. cit.*, p. 33.

<sup>578</sup> Se concentrando en matriz *hegeliana*, problematizando dedicar un tratamiento de enemigo a la persona racional, MÜSSIG, Bernd. El Derecho Penal de Enemigo... *Op. cit.*, pp. 371 y ss.; reproduzindo a vulgata do “hegelianismo de direita”, GARCIA-AMADO, Juan. El obediente, el enemigo, el derecho penal y *Jakobs*. In: CANCIO-MELIA, Manuel; GÓMEZ-JARA-DÍEZ, Carlos (org.) *Derecho penal del enemigo: el discurso penal de la exclusión*, v. 1, 2006, p. 924.

<sup>579</sup> SCHÜNEMANN, Bernd. ¿Derecho penal del Enemigo? Crítica a las insostenibles tendencias erosivas en la realidad de la administración de justicia penal y de su insostenible desatención teórica. In: CANCIO-MELIA, Manuel; GÓMEZ-JARA-DÍEZ, Carlos (org.) *Derecho penal del enemigo: el discurso penal de la exclusión*, v. 1, 2006, pp. 963-984; SCHÜNEMANN, Bernd. Feindstrafrecht ist kein Strafrecht! In: GRIESBAUM, Rainer *et al.* (org.) *Strafrecht und Justizgewährung: Festschrift für Kay Nehm zum 65. Geburtstag*, 2006, pp. 219-227. Esa desatención teórica, si assim lo sea, parece todavía ser un lugar-común al discurso jurídico-penal, al que todo indica sea también el caso de la excéntrica fundamentación filosófica de *Roxin*, un tríptico amálgama entre principios de la filosofía del derecho hegeliana, neokantismo y “fenomenología”, ROXIN, Claus. Normativismus, Kriminalpolitik und Empirie... *Op. cit.*, p. 429.

<sup>580</sup> La delimitación del empleo del concepto tería la utilidad de precisar el reconocimiento del enemigo, evitando el sin-número de perversiones que podría traer la extensión ilimitada de su alcance. Dentre los publicistas, se procura excluir determinadas situaciones, “Ursächlich für diese Reaktionen kann nicht die Sache sein: der Feind ist nicht intellektueller Gegner, wirtschaftlicher Konkurrent oder künstlerischer Rivale”, recorriendo ao conceito de “inimigo da constituição” (*Verfassungsfeind*): “So definiert das Grundgesetz der Sache nach diejenigen, die die Grundrechte ‘zum Kampf gegen die freiheitliche demokratische Grundordnung mißbrauchen’ (Art. 9, Abs. 2, 21 Abs. 2 GG.)”, DEPENHEUER, Otto. Selbstbehauptung des Rechtsstaates... *Op. cit.*, p. 56.



las críticas doctrinarias, lo que lleva a toda suerte de conjeturas sobre el modelo<sup>581</sup>.

Se atribuye al modelo penal del enemigo la radicalización de las ideas del estado de naturaleza<sup>582</sup>, en alusión a la filosofía política contractualista. El regreso a la condición natural de las personas, ya despersonalizadas, destituidas de la cognición normativa, deviene de la oposición del enemigo a las relaciones jurídicas que configuran la sociabilidad. Así, el derecho penal del enemigo estaría próximo al *ius naturalis hobbesiano*, conquistando condiciones de juridicidad de pura manifestación de poder, rebelándose al modelo de Estado de Derecho, generando incluso una indeseable sobreposición de la represividad por la imposición de medidas de seguridad a los “delincuentes potenciales puedan venir a retroceder al estado de naturaleza”<sup>583</sup>.

Esa relación con el estado de naturaleza en Jakobs, sin embargo, remonta a la metafísica kantiana<sup>584</sup>. Semejante regresión al estado de naturaleza reduciría la reacción penal a mera instrumentalidad, en la que sería comunicada una reacción por la simple situación fáctica del “individuo peligroso” al proceso de esclarecimiento normativo de la optimización jurídica de la seguridad<sup>585</sup>.

---

<sup>581</sup> Hay incluso quien recurra a la lógica *fuzzy* para comprensión del derecho penal del enemigo, DONINI, Massimo. El derecho penal... *Op. cit.*, p. 608; FIANDACA, Giovanni. Diritto penale del nemico: una teorizzazione da evitare, una realtà da non rimuovere. In: DONINI, Massimo (org.) *Delitto politico e diritto penale del nemico: nuovo revisionismo penale*, 2007, pp. 164 y ss. *Fuzzy* es término que la filosofía del derecho toma prestado de la lógica para designar al “obscurantismo”, FARALLI, Carla. *La Filosofia del diritto contemporanea: I temi e le sfide*, 2. ed., 2005. En la tradición italiana, la lógica *fuzzy* es comúnmente asociada al totalitarismo, ECO, Umberto. *Cinque Scritti Morale*, 1997.

<sup>582</sup> “Der Naturzustand ist eben ein Zustand der Normlosigkeit, also exzessiver Freiheit wie exzessiven Kampfes”, JAKOBS, Günther. Bürgerstrafrecht und Feindstrafrecht... *Op. cit.*, p. 92.

<sup>583</sup> KUTALIA, Lasha-Giorgi. “Feindstrafrecht”: Naturzustand vs. Rechtsbeziehung?, 2007, pp. 16-17. Kutalia, no entanto, não deixa de apresentar o entendimento do próprio *Jakobs* a respeito: “Trotz Deskriptionsansprüche des ‘Feindstrafrechts’ geht es also um rechtlich verfaßte Gesellschaft, um keinen Naturzustand”, KUTALIA, Lasha-Giorgi. Feindstrafrecht... *Op. cit.*, p. 17.

<sup>584</sup> JAKOBS, Günther. Bürgerstrafrecht und Feindstrafrecht... *Op. cit.*, p. 88. Em detalhes, MORGUET, Geraldine. Feindstrafrecht... *Op. cit.*, p. 30.

<sup>585</sup> KUTALIA, Lasha-Giorgi. Feindstrafrecht... *Op. cit.*, pp. 20-21.

Schünemann concentra las críticas a las concepciones filosóficas del concepto de enemigo al vacío en la continuidad histórica de la recepción de las ideas kantianas de enemigo justo o injusto, que, además de eso, estarían más afectadas a la doctrina escolástica cristiana y a la noción de guerra justa en Tomás de Aquino<sup>586</sup>. La apropiación del ideario kantiano estaría desavisada en Jakobs, no sólo porque trata de los conceptos sin mayores incursiones en la metafísica de Kant, sino sobre todo por existir cierta inadecuación<sup>587</sup> en cuanto a la aplicación del concepto de enemigo en relación, así genéricamente, a las teorías iluministas del Estado<sup>588</sup>.

La dificultad de aprehensión de los movimientos de racionalización a la hegeliana, bajo que Jakobs monta su modelo jurídico-penal

---

<sup>586</sup> SCHÜNEMANN, Bernd. Derecho penal del enemigo? Crítica a las insostenibles tendencias... *Op. cit.*, p. 978.

<sup>587</sup> En Kant la condición de enemistad tiene estatuto proto-jurídico; una vez jurídicamente calificada la persona, a ella solamente puede corresponderle un derecho penal del ciudadano. Pérez del Valle se concentra en la distorsión puesta en la interpretación del “Zum Ewigen Frieden”, de Kant. Apoyándose en la interpretación de Jakobs, el estado de naturaleza (“antes del estado jurídico”, por lo tanto) no ofrece seguridad, ya que se realiza en un “estado de ausencia de normas”, “tanto de una libertad excesiva como de una excesiva confrontación”. Y remata: “pero además la custodia de seguridad (Sicherungsbewahrung), de la que habla Jakobs como alternativa a la expulsión para los enemigos, no sería posible en el estado de ausencia de derecho, y menos aun una pena que no fuese de carácter absoluto”. Pérez del Valle rechaza las críticas al Kant leído por Jakobs, reforzando la tesis de que el estado de naturaleza es equivalente al estado de inseguridad, así como en Hobbes. Esa inseguridad, según Pérez del Valle, es esencial para definir el delicado interrogante sobre “quién es el enemigo?”, que no trae ninguna otra solución, que no sea una criteriosa indicación previa de los tipos penales de enemigo, justamente porque es la inseguridad lo que caracteriza al concepto, PÉREZ DEL VALLE, Carlos. “Zur rechtsphilosophischen Begründung des Feindstrafrechts”. In: PAWLIK, Michael; ZACZYK, Rainer (org.) *Festschrift für Günther Jakobs zum 70. Geburtstag*, 2007, 2009, pp. 517 y ss.

<sup>588</sup> “Acerca de la posibilidad citada por Jakobs de la expulsión de la sociedad, Kant, curiosamente, no hace referencia a ella cuando se refiere a la rebelión, que sería el clásico equivalente del actual terrorismo. Sin embargo, justamente a la inversa, hace referencia a la expulsión de la sociedad cuando se refiere a las relaciones sexuales con animales, las que no lesionan los derechos de otros y, por tanto, no pueden representar una enemistad con el Derecho. Según Kant, la comisión de un delito convierte a ‘quien lo comete en incapaz de ser ciudadano del Estado’. Pero en su concepción, el Estado no reaccionaría con la expulsión o con alguna medida protectora de la sociedad, es decir, dirigida a un fin, sino exclusivamente con la pena retributiva. Por tanto, en mi opinión, las expresiones de Kant sobre el enemigo justo o injusto tienen sentido sólo en relación con la pregunta acerca de la guerra justa”, SCHÜNEMANN, Bernd. Derecho penal del enemigo? Críticas a las insostenibles tendencias... *Op. cit.*, p. 979.

“transpersonalista socialmente interactivo”<sup>589</sup>, demanda mayores esfuerzos de delimitación de la fundamentación filosófica del enemigo en Jakobs y, en muchos casos, acaba, de cualquier forma, por comprometer la elaboración funcional de la problemática y afectando la propia integridad del sentido operacional sugerido por el concepto de persona<sup>590</sup>, a punto tal que el comportamiento decisorio del “quién debe decidir” se torna rehén de esta inestabilidad teórica y de la incongruencia de las referencias de producción de sentido normativo.

### **3.3. ¿La normatividad del ciudadano y la faticidad del enemigo?**

#### **3.3.1. Consecuencias de la escisión entre ciudadano y enemigo**

Para demostrar la impropiedad de la escisión entre ciudadano y enemigo, en un primer momento se rescata la idea de finalidad de la pena en Jakobs: la pena reacciona ante la quiebra de la norma. En ese movimiento demostrativo, se intenta desenvolver la evolución del sentido de esa finalidad a

---

<sup>589</sup> POLAINO-ORTS, Miguel. Vigencia de la norma: el potencial de sentido de un concepto... *Op. cit.*, pp. 98 y ss.

<sup>590</sup> Didácticamente: “En esta construcción, el individuo se mueve en el ámbito de la naturaleza, y no denota comunicación social; por ello, mientras la persona es fiel al Derecho, porque acepta las normas como integrantes de la identidad de la Sociedad, la naturaleza (el entorno, el ambiente) no delinque, porque no expresa comunicación social (caso de inimputables: niños, locos, etc.). El delito, como comunicación defectuosa, significa que el sujeto infringe su rol de persona en Derecho; es decir, *materialmente* se comporta como individuo, expresando su disconformidad con una norma penal, y proponiendo un mundo alternativo, pero *formalmente* sigue siendo persona en Derecho, y – imponerse la pena – se restablece la vigencia de la norma, y se pone de manifiesto que ese contraproyecto social carece de validez, y que la norma sigue manteniendo su vigencia como esquema de ordenación social. Por ello, la estabilidad de la Sociedad se mantiene con independencia del quebrantamiento de expectativas sociales, al margen de la infracción de la norma”, POLAINO-ORTS, Miguel. Vigencia de la norma: el potencial de sentido de un concepto... *Op. cit.*, pp. 102-103.

partir de la figura del ciudadano, “persona-en el-derecho” sobre el cual recae la confianza en la norma y el sentido de reconocimiento normativo<sup>591</sup>.

En Jakobs queda clara la contraposición identidad/no-identidad entre persona y enemigo<sup>592</sup>. “El precepto correcto debe ser: ‘todo aquel que al menos de alguna forma realiza fidelidad segura al derecho tiene la pretensión de ser tratado como persona’”, y quien no de pruebas de esa realización será entonces hetero-administrado (*fremdverwaltet*), o sea, no será tratado como persona<sup>593</sup>.

Para el ciudadano, se mantiene la interacción simbólica como el reconocimiento de la validez de la norma, como contradicción al comportamiento que la desconfirma, la norma. Para el enemigo, la interacción simbólica despierta la necesidad de combate al peligro<sup>594</sup>. Esa idea, en principio, sugiere un cambio de sentido comunicado por la regresividad en el modelo de Jakobs, como la prevención general positiva en el derecho penal del ciudadano se diferencia<sup>595</sup> de las formas de prevención especial atribuidas a las “repercusiones” del derecho penal del enemigo, suscitando el problema del carácter simbólico de la reacción penal<sup>596</sup>. El problema del simbolismo es

---

<sup>591</sup> JAKOBS, Günther. Staatliche Strafe... *Op. cit.*, pp. 30 e ss.

<sup>592</sup> Pero el propio Jakobs presenta la salvedad de que esa diferenciación vale apenas en cuanto ideación, una vez que el sentido operacional sugerido por esos “dos ordenamientos” no permitiría deducir la especificidad de uno y de otro cuando son llevados a la aplicación en el “mundo real”, JAKOBS, Günther. Bürgerstrafrecht und Feindstrafrecht... *Op. cit.*, pp. 20 e ss.

<sup>593</sup> JAKOBS, Günther. Terrorista como pessoa... *Op. cit.*, p. 03.

<sup>594</sup> De acuerdo con la terminología adoptada por *Silva-Sánchez*, el derecho penal de los ciudadanos correspondería a la primera y a la segunda velocidad, al paso que el derecho penal del enemigo sería la hipótesis equivalente a la tercera velocidad, SILVA-SÁNCHEZ, Jesús-María. La expansión del derecho penal... *Op. cit.*, p. 164; DÍEZ-RIPOLLÉS, José Luís. De la sociedad del riesgo a la seguridad ciudadana. In: JORGE BARREIRO, Agustín *et al.* (org.) *Homenaje al Profesor Dr. Gonzalo Rodríguez Mourullo*, 2005, pp. 293-294.

<sup>595</sup> Para la crítica a esa doble dimensión de las finalidades de la pena, SCHÜNEMANN, Bernd. Die deutsche Strafrechtswissenschaft vor der Jahrtausendwende. In: *Goldammer's Archiv*, 2001, pp. 205-225. Contrariamente: „El derecho penal del enemigo se ha convertido en una parte fundamental o estructural de su teoría de la pena como complemento necesario del derecho penal de la persona orientado a la prevención general positiva”, FEIJOO-SANCHEZ, Bernardo. Normativización del derecho penal... *Op. cit.*, p. 152.

<sup>596</sup> Como se observa, por ejemplo, en BARATTA, Alessandro. Jenseits der Strafe: Rechtsgüterschutz in der Risikogesellschaft. Zur Neubewertung der Funktion des Strafrechts. HAFT, Fritjof (org.) *Strafgerechtigkeit: Festschrift für Arthur Kaufmann zum 70. Geburtstag*, 1993, pp. 37 e ss.; HASSEMER, Winfried. Symbolisches Strafrecht und Rechtsgüterschutz. In:

confrontado con la separación, en Jakobs, entre reacción penal y actividad policial<sup>597</sup>.

Sin embargo, la congruencia de ese cambio de sentido de la regresividad debe ser observada en el campo de la operacionalidad de los conceptos. Así como en relación a la persona, a quien la represividad destina la comunicación de lo lícito y de lo ilícito<sup>598</sup>, parece que el enemigo también es interlocutor de un proceso comunicativo de reacción penal estatal. Independientemente de la forma como se manifiesta el comportamiento peligroso, “con el combate al enemigo se posibilita que las personas-en el-derecho puedan seguir orientándose por la norma”<sup>599</sup>. Quiere decir que la represividad adquiere sentido no sólo por la identidad del enemigo, sino que se constituye en la medida en que tiene como función permitir la vigencia de la norma también para la no-identidad del enemigo, la persona-en el-derecho<sup>600</sup>.

---

*Neue Zeitschrift für Strafrecht*, 1989, pp. 553-559. ROXIN, Claus. Que comportamentos pode o estado proibir sob ameaça de pena? Sobre a legitimação das proibições penais. In: ROXIN, Claus. *Estudos de derecho penal*, 2006, pp. 47 y ss. A respecto del simbolismo en la experiencia argentina, EDUARDO-ABOSO, Gustavo. El llamado Derecho penal del enemigo y el ocaso de la política criminal racional: el caso argentino. In: CANCIO-MELIA, Manuel; GÓMEZ-JARA-DÍEZ, Carlos (org.) *Derecho penal del enemigo: el discurso penal de la exclusión*, v. 1, 2006, pp. 65-66.

<sup>597</sup> La búsqueda por “eficiencia” es recusada por los críticos, como si “en la lucha contra la amenaza, el derecho penal se convierte, el mismo, en gran amenaza”. APONTE, Alejandro. ¿Derecho penal de enemigo o derecho penal del ciudadano?, 2005, pp. 25.

<sup>598</sup> JAKOBS, Günther. Das Selbstverständnis der Strafrechtswissenschaft vor den Herausforderungen der Gegenwart... *Op. cit.*, p. 50.

<sup>599</sup> POLAINO-ORTS, Miguel. ¿Comunicación versus coacción? Consideraciones críticas... *Op. cit.*, p. 131.

<sup>600</sup> “La pena que se impone al sujeto que comete un delito incidentalmente es, pues, comunicación para él, pero lo es también para toda la Sociedad, pues todos los componentes del grupo social advierten que la norma sigue teniendo vigencia, de manera que la Sociedad les está comunicando que la vigencia quebrada de la norma sigue manteniendo vigencia, y que ese quebrantamiento por parte del incidental delincuyente ha quedado aislado en su sentido comunicativo. Lo mismo ocurre con el enemigo. Cuando se impone una pena (especialmente asegurativa, en función de la idoneidad lesiva del sujeto) al enemigo, no sólo se está dirigiendo el Estado contra él (o contra su contenido comunicativo: también el enemigo, al menos en tanto persona potencial, comunica), sino también está dirigiendo a toda la Sociedad. (...) El combate del enemigo (eliminación de un peligro) tiene un efecto directo (función) que afecta substancialmente no sólo al propio enemigo sino también a los ciudadanos (personas en derecho)”, POLAINO-ORTS, Miguel. ¿Comunicación versus coacción? Consideraciones críticas... *Op. cit.*, pp. 131-132.

El simple intercambio entre los términos “combate” y “comunicación”<sup>601</sup> no refleja el potencial semántico-operacional de los conceptos, ni tampoco prestigia los axiomas de la pragmática de la comunicación<sup>602</sup>: no comunicarse es comunicarse que no se comunica, de tal forma que no existiría una no-comunicación, de forma tal que el combate no deja de ser una modalidad de comunicación.

En este capítulo serán ponderadas las contradicciones de la escisión<sup>603</sup> entre normatividad y facticidad, sobretodo a partir de la idea de aplicación de la pena en estado natural (según la hipótesis de Jakobs de que estaría fuera de los cuadrantes del ordenamiento aquel que actúa contra los derechos humanos). La crítica tiende a afirmar que el concepto de enemigo derivaría de un sentido puramente fáctico, como en Gómez-Jara Díez<sup>604</sup>, mas es normativo<sup>605</sup>.

El estudio de esa escisión introduce una nueva categorización que diferencia el ciudadano de un subciudadano: genera dualidad<sup>606</sup> y

---

<sup>601</sup> BATISTA-FREIXEDO, Xacobe. Los bárbaros en el umbral: fundamentos filosóficos del derecho penal del enemigo. In: CANCIO-MELIA, Manuel; GÓMEZ-JARA-DÍEZ, Carlos (org.) *Derecho penal del enemigo: el discurso penal de la exclusión*, v. 1., 2006, p. 280.

<sup>602</sup> WATZLAWCKI, Paul. *Vom Unsinn des Sinns oder vom Sinn des Unsinns*, 1992.

<sup>603</sup> Sobre las dificultades de un proceso para el ciudadano y otro para el enemigo, MAIER, Julio. In: HERZOG, Felix; NEUMANN, Ulfried (org.) *Festschrift für Winfried Hassemer zum 70. Geburtstag*, 2010, p. 491.

<sup>604</sup> GÓMEZ-JARA-DÍEZ, Carlos. Normatividad del ciudadano *versus* facticidad del enemigo: sobre la necesaria autoorientación de la normativización jurídico-penal In: CANCIO-MELIA, Manuel; GÓMEZ-JARA-DÍEZ, Carlos (org.) *Derecho penal del enemigo: el discurso penal de la exclusión*, pp. 977-1002.

<sup>605</sup> “En mi opinión (Jakobs) obtiene su fuerza expresiva sobre todo a través de las contraposiciones de ‘sentido’ o ‘naturaleza’ y de comunicación personal o instrumental. La opción en favor del sentido y de la comunicación personal está vinculada al concepto de sujeto orientado en atención al rol, y de ello deriva entonces una determinada ‘identidad de la sociedad’. Ésta es completamente normativa, y el sujeto es secundario”. LÜDERSSSEN, Klaus. El derecho penal entre el funcionalismo y el pensamiento vinculado a los principios “europeos tradicionales”. O: ¿adiós al derecho penal ‘europeo tradicional’? In: *Cuadernos de doctrina y jurisprudencia penal*, n. 9, 1999, p. 67.

<sup>606</sup> “A separação entre a validade do direito e a segurança de bens, é contudo, somente meia verdade, pois é necessário considerar também a conexão entre ambas. Uma expectativa contrafática só resiste caso a perda de partes significativas do bem-estar não seja de fato iminente, pois, caso contrário, o tratamento do ilícito como ilícito para aqueles que têm expectativas só se realiza caso esses assumam a postura de um herói ou de um mártir; heróis e mártires são, contudo, escassos. Quanto maior o peso de um bem, maior também de ve ser sua

consecuencias operacionales<sup>607</sup>. Sin embargo, esa operacionalidad de los conceptos ciudadano y enemigo retira toda la coherencia teórica y la consistencia de los argumentos de esa escisión entre un derecho penal del ciudadano y un derecho penal del enemigo<sup>608</sup>. Trasciende el campo del derecho penal y resbala en el trato de legitimidad y delimitación restrictiva<sup>609</sup> de la materia, con discusiones de la proporcionalidad y fronteras constitucionales de operación del

---

segurança se a capacidade de orientação da norma que lhe é correspondente não se esfacelar. En ese caso, tal esfacelamento mostra-se na passagem da orientação da expectativa normativa para uma expectativa apenas cognitiva: recorre-se à autoproteção na medida em que, por medo de ser assaltado, não se vai mais passear em determinadas regiões ou quando, por medo de furto, se passa a corrente três vezes na bicicleta. Além disso, um Estado de direito também não estaria na situação de sempre tratar massas transbordantes de violações de normas como ilícito; a coerção necessária à averiguação dos atos e à imposição de penalidade é um recurso muito escasso para isso”. JAKOBS, Günther. Terroristas como pessoa... *Op. cit.*, pp. 02-03.

<sup>607</sup> “Mas também a expectativa de comportamento correto não é mantida simplesmente de modo contrafático; além disso, ela não pode ser simplesmente mantida porque o Estado tem que zelar pela validade efetiva do direito e, por causa disso, proceder contra as violações do direito que se esboçam contra ele. Uma expectativa normativa que se dirige a uma determinada pessoa perde sua força de orientação quando lhe falta o embasamento cognitivo dessa pessoa. Em contrapartida, a orientação cognitiva assume seu lugar, ou seja, a pessoa – a endereçada na expectativa normativa – transforma-se em foco de perigo, em problema de segurança cognitivo potencial. Com isso, o dever de comportamento conforme à lei não fica, de certo modo, extinto – é evidente que um dever não desaparece porque é persistentemente transgredido. O que ocorre é que o cumprimento do dever, a auto-administração (*Selbstverwahrung*) da pessoa de acordo com o ordenamento, não é mais esperado, de modo que o elemento central da personalidade orientadora – a suposição da fidelidade ao direito e com isso o “fundamento” (*Geschäftsgrundlage*) da auto-administração (*Selbstverwahrung*) livre – está agora ausente. Isto é trivial; ninguém, por exemplo, confia o caixa a um fraudador; a relação desta conclusão simples, observável no cotidiano, fica logo nítida com o tratamento dos terroristas, assim que ela é nomeada de modo abstrato: o fraudador é excluído do círculo de pessoas para as quais vigoram, na administração do caixa, expectativas normativas efetivas, ou seja, que dirigem a orientação; até aqui, e só até aqui, ele é um foco de perigo. Segundo a formulação do ditado popular “não se deve confiar nada a ele”, o que significa “fique longe das expectativas normativas, concentre-se nas cognitivas”. JAKOBS, Günther. Terroristas como pessoa... *Op. cit.*, p. 03.

<sup>608</sup> POLAINO-ORTS, Miguel. ¿Comunicación versus coacción? Consideraciones críticas... *Op. cit.*, p. 31.

<sup>609</sup> “Urge, pues, una *racionalización restrictiva del Derecho penal del enemigo* en el uso de las normas penales, evitando una disimetría entre Dogmática penal y Política criminal, de manera que se reserve ese Derecho excepcionalmente para conductas realmente peligrosas y desestabilizadoras de la Sociedad. Sólo así podremos salvar el Derecho penal del ciudadano (y, con él, el Estado de Derecho) frente a las contaminantes influencias del Derecho penal del enemigo a que nos conducen directamente los actuales vientos de la Política criminal española”. POLAINO-NAVARETE, Miguel. ¿Para dónde soplan actualmente los vientos del Derecho penal? In: COSTA ANDRADE, Manuel da; ANTUNES, María João; AIRES DE SOUSA, Susana (org.) *Estudos em homenagem ao Prof. Doutor Jorge de Figueiredo Dias*, v. 1., 2009, p. 484.

sistema jurídico-penal<sup>610</sup> y defensa del modelo de Estado<sup>611</sup>, justamente porque, como se pretende precaver Gómez-Jara-Díez, es preciso limitar las posibilidades de contaminación del derecho penal del enemigo en relación al derecho penal del ciudadano, sobretodo en vista de los movimientos punitivistas que parecen no encontrar término<sup>612</sup>.

---

<sup>610</sup> LAGODNY, Otto. *Strafrecht vor den Schranken der Grundrecht: Die Ermächtigung zum strafrechtlichen Vorwurf im Lichte der Grundrechtsdogmatik dargestellt am Beispiel der Vorfeldkriminalisierung*, 1996; APPEL, Ivo. *Verfassung und Strafe: Zu den verfassungsrechtlichen Grenzen staatlichen Strafens*, 1998.

<sup>611</sup> Una toma de posición entre los publicistas procura recuperar el sentido de la auto-determinación y de la expectativa del modelo de Estado de Derecho: “Die Eskamotierung des Feindes aus dem Staatsrecht beruht indes ebenso wie die völkerrechtliche Hegung des Feindes auf zwei Voraussetzungen: daß es im Staat - aufs Ganze gesehen – auch wirklich keine Feinde gibt, sondern Bürger, die die Sekularität des Staates achten und das Verbot privater Gewaltanwendung sich zu Eigen machen; ferner, daß der äußere Feind sich den Regeln des Kriegsrechts unterwirft. Beiden korrespondierenden ‘Staatservartungen’ wird und will der islamistische Feind nicht gerecht werden: er kämpft innerstaatlich um seine religiöse Wahrheit und praktiziert als Privater terroristische Gewalt. Er ist damit weder staatlicher Feind, der nach Maßgabe des Kriegsvölkerrechts ‘rechtsmäßig’ kämpft, noch kann er innerstaatlicher Feind sein, weil das Staatsrecht den Feind entpolitisiert hat. Hier öffnet sich eine Kluft, die das Staatsrecht vor ein epochales Dilemma stellt”, DEPENHEUER, Otto. *Selbstbehauptung des Rechtsstaates... Op. cit.*, p. 60.

<sup>612</sup> GÓMEZ-JARA-DÍEZ, Carlos. *Normatividad del ciudadano versus facticidad del enemigo... Op. cit.*, pp. 999.



## 4. La recepción en la literatura jurídico-penal

### 4.1. La tesis de Heiko Lesch

Los alumnos de Jakobs no se dedican directa o exclusivamente al derecho penal del enemigo. La polémica es situada de modo incidente en las tesis<sup>613</sup>, aunque los alumnos transfieran semejante sentido operacional al sistema jurídico-penal, manipulando el mismo universo categorico de persona, ciudadano, individuo, subjetividad y existencia natural-“animal”. Las variaciones y las divergencias serán demostradas en los capítulos que siguen.

Lesch no aborda directamente el discurso del enemigo en materia penal, apenas aproximándose al universo categorial de Jakobs<sup>614</sup>. Lesch desenvuelve una concepción igualmente normativista y acompaña el diagnóstico de Jakobs en lo que respecta a la tendencia a un derecho que defiende el bien jurídico contra el peligro<sup>615</sup>.

La originalidad de Lesch es la tentativa de incrementar el sentido operacional del derecho penal del enemigo por las vías procesales: más allá de Jakobs, Lesch propone inclusive ampliar las modalidades de prisión procesal<sup>616</sup>,

---

<sup>613</sup> A excepción de POLAINO-ORTS, Miguel. *Derecho penal del enemigo: fundamentos, potencial de sentido y límites de vigencia*, 2009.

<sup>614</sup> MORGUET, Geraldine. Feindstrafrecht... *Op. cit.*, p. 74.

<sup>615</sup> Necesaria la demostración de la divergencia em cuanto a las particularidades de algunos casos en que Lesch extiende la cobertura del derecho penal del enemigo, alejándose de La escisión originaria entre ciudadano y enemigo. LESCH, Heiko. Zur Einführung in das Strafrecht: Über den Sinn und Zweck staatlichen Strafens. In: *Juristische Arbeitsblätter*, 1994, pp. 590-599; LESCH, Heiko. Unrecht und Schuld im Strafrecht. In: *Juristische Arbeitsblätter*, 2002, pp. 602-610. Todavía sobre La delimitación de los campos de actuación del derecho penal Del ciudadano y del enemigo, GARCÍA DE PAZ, Isabel Sanchez. Alternativas al derecho penal del enemigo desde el derecho penal del ciudadano. In: CANCIO-MELIA, Manuel; GÓMEZ-JARA-DÍEZ, Carlos (org.) *Derecho penal del enemigo: el discurso penal de la exclusión*, v. 2., 2006, pp. 844-891.

<sup>616</sup> Mejor ejemplo de eso es la flexibilización del *nemo tenetur* (la prhoibición de producción de prueba contra si mismo), LESCH, Heiko. *Strafprozessrecht*, 2. ed., 2001. “Die genannten Prinzipien können Grundrechtseingriffe durch Strafverfolgungstätigkeit beschränken und stehen folglich in einem latenten Konflikt zu den Interessen des Staates bzw. der Gesellschaft”,

en la tentativa de informar un comportamiento decisorio que no se deje obstruir por las inviabilidades procedimentales de persecución<sup>617</sup>.

La construcción del sentido operacional (*operational* en *Lesch*), aun cuando no mantenga defensa explícita ni admita la escisión entre ciudadano y enemigo, se orienta por el sentido sugerido por Jakobs<sup>618</sup>. Todo indica que la representación de combate en Lesch sufre de extrema ambigüedad, movida por variaciones de ampliación/reducción sin mayores referencias sistemáticas, sobretodo en cuanto al desorientado recrudescimiento de las posibilidades de prisión, cuestionándole la operacionalidad y la desespecificación de la identidad de la estructura procesal.

Ese trato indiscriminado da procedimentalización de la represividad, mismo que apoyado en acepción de Estado de Derecho<sup>619</sup>, en verdad, revela que esas ideas penales de exasperación del proceso penal en vista de la peligrosidad del agente estarían de cierta forma descoladas de la racionalización de la teoría del delito desarrollada por él, en la misma medida en

---

SCHNEIDER, Hendrik. Kann die Einübung... *Op. cit.*, p. 61. Posicionándose contrariamente a un derecho procesal penal Del enemigo, DAMIÁN-MORENO, Juan. ¿Un derecho procesal de enemigos? In: CANCIO-MELIA, Manuel; GÓMEZ-JARA-DÍEZ, Carlos (org.) *Derecho penal del enemigo: el discurso penal de la exclusión*, v. 1., 2006, pp. 457-472; PORTILLA-CONTRERAS, Guillermo. Fundamentos teóricos del derecho penal y procesal penal del enemigo. In: *Jueces para la Democracia*, n. 49, 2004, pp. 44 e ss.; RAGUÉS I VALLÈS, Ramon. Prisión provisional y prevención de delitos: ¿legítima protección de bienes jurídicos o derecho penal del enemigo? In: CANCIO-MELIA, Manuel; GÓMEZ-JARA-DÍEZ, Carlos (org.) *Derecho penal del enemigo: el discurso penal de la exclusión*, v. 2., 2006, pp. 713-733; crítico a la “erosión del *nemo tenetur*”, JAHN, Matthias. Gute Folter – schlechte Folter? In: *Kritische Vierteljahresschrift für Gesetzgebung und Rechtswissenschaft*, 2004, pp. 26-49.

<sup>617</sup> “Se pronuncian hoy en día cada vez más decisiones jurisprudenciales que de un modo u otro evadan las dificultades probatorias que se derivan del *nemo tenetur* y se elaboran teorías que cuestionan o debilitan en parte las estrictas prohibiciones probatorias, incluso las derivadas de la práctica de la tortura, en determinados casos y supuestos (principalmente terrorismo y delincuencia organizada), que se alegan para justificar la creación de lo que el profesor alemán Günther Jakobs ha llamado con expresión que ha hecho fortuna ‘Derecho Penal del enemigo’ y que aquí con más propiedad podríamos llamar ‘Derecho procesal penal del enemigo’”. MUÑOZ-CONDE, Francisco. De la prohibición de autoincriminación al derecho procesal penal del enemigo. In: COSTA ANDRADE, Manuel da; ANTUNES, Maria João; AIRES DE SOUSA, Susana (org.) *Estudos em homenagem ao Prof. Doutor Jorge de Figueiredo Dias*, v. 3., 2009, p. 1021.

<sup>618</sup> MORGUET, Geraldine. Feindstrafrecht... *Op. cit.*, p. 75.

<sup>619</sup> LESCH, Heiko. Gewalt als Tatbestandsmerkmal des § 240 STGB. In: PAWLIK, Michael; ZACZYK, Rainer (org.) *Festschrift für Günther Jakobs zum 70. Geburtstag*, 2007, p. 331.

que desconsidera la preocupación de él mismo en la construcción de un concepto de persona como hombre ético-jurídico destinatario de adscripción normativa<sup>620</sup>.

---

<sup>620</sup> LESCH, Heiko. Gewalt als Tatbestandsmerkmal des § 240 STGB... *Op. cit.*, p. 331.

## 4.2. La tesis de Michael Pawlik

La concepción de Pawlik renuncia en gran medida al grado de abstracción del modelo de Jakobs, concentrándose en la idea de persona como un “sujeto empírico”, centro de imputación y atribución de responsabilidad<sup>621</sup>.

Esos movimientos teóricos del concepto de persona y del sentido operacional sugerido por él a la reacción penal lo sitúan como revisor de finalidad preventiva y crítico de la reposición del ideario retribucionista, cuya originalidad otorga a las ideas penales de Pawlik lugar privilegiado y bastante original en la querrela de las escuelas penales.

Alejado cualquier equívoco, ahí tampoco hay nada que se aproxime al modelo luhmanniano. Sin embargo, las colocaciones vigorosas y la osadía de la crítica al pensamiento dominante determinan la necesidad de observar el sentido de la reacción penal en Pawlik, del concepto de persona al enfrentamiento de la problemática del enemigo. Es tal vez el alumno que demuestra mayor afinidad teórica a las tesis de Jakobs, no deja de analizar el problema de la ampliación *de lege lata* del campo semántico del derecho penal del enemigo<sup>622</sup>. Él ostenta discusión sobre la legitimidad de la intervención punitiva – contra el autor, mero individuo sin la cognición de la normatividad –, casi una limitación al incremento del derecho penal en el Estado de Derecho que pide redefinición en busca de un denominador común entre seguridad y libertades individuales.

---

<sup>621</sup> El elemento central de comprensión de construcción de la dogmática jurídico-penal em Pawlik consiste en: “(...) Ist das Verbrechen als ein gesellschaftliches Phänomen, nämlich als Beeinträchtigung der bestehenden Daseinsordnung von Freiheit aufzufassen, so müssen die einzelnen Kategorien der Verbrechenslehre so gebildet werden, daß sie diese Bedeutung des Täterverhaltens angemessen reflektieren. Es muß mit anderen Worten durchgängig dem Umstand Rechnung getragen werden, daß es sich bei den strafrechtlich interessierenden Konflikten um Auseinandersetzungen zwischen Rechtspersonen handelt und daß diese Konflikte sich nicht in einem abstrakt-farblosen Rechtsuniversum abspielen, sondern in einem konkreten, bereits in vielfältiger Weise normativ vorstrukturierten sozialen Raum“, PAWLIK, Michael. Strafrechtswissenschaftstheorie... *Op. cit.*, p. 486.

<sup>622</sup> Assim desde PAWLIK, Michael. Das unerlaubte Verhalten... *Op. cit.*, 1999.

A diferencia de Lesch, se mantiene apegado a la formulación originaria que escinde derecho penal del ciudadano y derecho penal del enemigo, aunque no conciba persona y enemigo como identidad y no-identidad. A cierta distancia de su maestro, la originalidad de Pawlik se centra en el sentido operacional del concepto de persona, conduciendo a la comprensión y elaboración de modelos estratégicos de prevención penal para reacción a las modernas formas de representación del terrorismo, fundamentando el movimiento exacerbado de punición o causando extrema impunidad.<sup>623</sup>

---

<sup>623</sup> “O fenômeno da ‘juridificação da sociedade pode ter repercussões desastrosas no próprio Direito e, frequentemente, as exigências de regulamentação provindas do sistema político e social acabam por colocar aquele perante os limites da sua própria eficácia’; antes de ser a própria implementação prática do Direito inadequada, são os esforços de aumento da sua eficácia que determinam repercussões negativas na estrutura interna do sistema jurídico”. FERNANDES, Fernando. O processo penal... *Op. cit.*, p. 98.

#### 4.2.1 La problemática del enemigo

En “El terrorista y su derecho”, Pawlik describe el presente escenario de insuceso de las representaciones tradicionales del derecho penal delante del sentido social asumido por el “moderno terrorismo”<sup>624</sup>. La inoperancia de la reacción penal da por vencida la comprensión secular de la legitimidad de la intervención punitiva. Por el contrario, las estrategias de reposición de medidas radicales de prevención especial<sup>625</sup> escandalizan el discurso jurídico-penal: “la relación del derecho penal del ciudadano con el fenómeno del terrorismo rompió el corsé de los tradicionales principios de legitimación e hizo de un derecho penal del enemigo”<sup>626</sup>.

En la concepción de Pawlik, la identidad del enemigo no mantiene relación de no identidad con la persona. La despersonalización no es el factor que diferencia la persona del enemigo. Esa controvertida cuestión de la privación de la personalidad del combatido por la reacción penal no autoriza afirmar forzosamente que el enemigo es la persona despersonalizada. Ni tampoco que el recurso a una idea radical de prevención especial tenga como igual consecuencia la despersonalización. Semejantes distorsiones impiden la descripción del problema e inducen al error de equiparar funcionalmente derecho de guerra con derecho de combate al enemigo<sup>627</sup>.

---

<sup>624</sup> Variaciones jurídico-conceituales en torno del concepto de enemigo, OLÁSULO-ALONSO, Héctor; PÉREZ-CEPEDA, Ana Isabel. Terrorismo internacional... *Op. cit.*, pp. 34-45.

<sup>625</sup> ALBRECHT, Peter-Alexis. Spezialprävention angesichts neuer Tätergruppen. In: *Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaften*, n. 97, 1985, pp. 831 e ss.

<sup>626</sup> PAWLIK, Terrorist und sein Recht... *Op. cit.*, p. 36, admitiendo el intento de Jakobs para describir el actual estado del derecho penal (con especial referencia a la interpretación del parágrafo 129 “a”, del StGB, Código Penal alemán) Es también un guiño del combate al terror a medidas radicales de prevención especial negativa. Pawlik recurre a un universo categorial semejante al del maestro (ciudadano, persona y enemigo), a ejemplo de JAKOBS, Günther. Das Selbstverständnis... *Op. cit.*, pp. 55 e ss.; JAKOBS, Günther. Staatliche Strafe... *Op. cit.*, pp. 45 e ss.

<sup>627</sup> PAWLIK, Michael. Terrorist und sein Recht... *Op. cit.*, pp. 40 e ss.

Para alzarse a semejante plano argumentativo, Pawlik recurre a otros dominios del conocimiento, especialmente derecho internacional – cuyas repercusiones inmediatas y más adelante marcadas entre los horizontes de esa pesquisa autorizan la calidad y la consistencia del sentido operacional sugerido por el novel derecho de prevención –, la ciencia política y la filosofía práctica hegeliana<sup>628</sup>. El tránsito por otros dominios del conocimiento enseña al derecho nuevos caminos de auto-comprensión, en Pawlik delimitados en la búsqueda de la diferenciación funcional terrorismo/reacción militar convencional.

Eso justifica el itinerario de análisis de la diferenciación funcional de las estructuras lógico-rationales de la guerra desde el *locus classicus* de la guerra<sup>629</sup> y “guerra absoluta”<sup>630</sup> en Clausewitz. La guerra absoluta no encuentra precedentes en ninguna otra forma de organización social<sup>631</sup>,

---

<sup>628</sup> PAWLIK, Michael. *La libertad institucionalizada*, 2010.

<sup>629</sup> GALLIE, W. B. *Os filósofos da paz e da guerra: Kant, Clausewitz, Marx, Engels e Tolstoy*, 1978, p. 55.

<sup>630</sup> La idea de guerra absoluta en Clausewitz consiste en: “1. Lutar significa tentar infligir a um oponente ativo, alterações fisicamente prejudiciais ou mutiladoras. Mais precisamente, golpes, torções, quedas e todas as agressões que provocam incapacidade; 2. Conforme a intensidade com que golpeamos, mais intolerável se torna a situação para o nosso oponente; e, se os golpes forem dados com suficiente intensidade, nos lugares certos, acabarão com seu desejo de prosseguir lutando. Dois exemplos extremos – no primeiro caso, ele é morto; no segundo, rende-se incondicionalmente; 3. A perspectiva ou temos de tal resultado pode levar nosso oponente a parar de lutar muito antes que o próprio resultado seja obtido. Mas esta possibilidade não pode afetar a única forma lógica pela qual devemos conduzir a luta (ou guerra), que é aplicar, desde o começo e durante todo o tempo necessário, toda a força que pudermos usar; 4. Tudo o que foi dito sobre “o nosso lado” vale também para o nosso oponente. Qualquer facção, se usar de lógica, deve lutar usando todos os meios que possam aumentar sua chance de vencer por completo, mesmo que isto ultrapasse seu verdadeiro objetivo, e sempre com a consciência que o oponente, se agir com lógica, também fará o mesmo; 5. Este é o princípio da guerra absoluta. O principal problema de Clausewitz foi harmonizar ou subordinar este princípio à lógica da política, que é calculista e freqüentemente comprometedor”. GALLIE, W. B. *Os filósofos da paz e da guerra... Op. cit.*, p. 63.

<sup>631</sup> “A guerra pertence ‘ao campo da vida social. É um conflito de grandes interesses, decidido pelo derramamento de sangue, e só sob este aspecto é que difere dos outros. Seria melhor, ao invés de compará-la com outras artes, equipará-la à competição nos negócios, que também é um conflito de interesses e atividades humanas; e se assemelha ainda mais à política, que também pode ser considerada como uma espécie de competição em grande escala... A diferença essencial reside no fato de que a guerra não é uma atividade exercida pela vontade sobre a matéria inanimada, como acontece com as artes mecânicas, ou sobre um objeto animado, ou sobre um objeto animado, mas passivo e complacente, como a mente e os sentimentos humanos, no caso das Belas-Artes – mas sim contra uma força viva e contrária’. Em outras palavras, os interesses, conflitantes, objetivos, recursos e mudanças – nos quais consiste a guerra – estão sempre se afetando mutuamente; em particular, as contínuas tentativas das duas facções para esconder suas intenções, enganar, surpreender e manobrar o oponente para, no ponto mais

atrayendo para sí “el empleo de la violencia para la victoria completa a cualquier costo, o sea, para la completa destrucción o desarmamiento de las fuerzas del enemigo”<sup>632</sup>. El uso de la fuerza para la superación del enemigo presupone esa disparidad de armas, por la suposición de que la violencia de Estado dispone de estrategia y potencial de guerra en relación de superioridad al enemigo combatido, generando asimetría<sup>633</sup>.

El primer y más significativo aspecto de esta asimetría es la delimitación esencialmente simbólica y el increíble potencial estratégico-comunicativo de las estructuras latentes de inseguridad típicas del moderno terrorismo. Las organizaciones terroristas (y Pawlik lo hace específicamente con referencia al terrorismo islámico<sup>634</sup>) absorben el estado psíquico de las

---

crucial da luta, sobrepujá-lo em força. Considerando estes fatos, assim como a inevitável escassez e imperfeição de real informação na guerra, Clausewitz conclui (contrariando certos teóricos de sua época e alguns teóricos militares de nossa época, tecnicamente sofisticados, mas de teorização banal), que é uma completa ilusão ao dilema de uma ‘solução’ definitiva e satisfatória para qualquer problema bélico. Mas isso não significa que não possa haver teoria nem regras sobre a guerra”. GALLIE, W. B. Os filósofos da paz e da guerra... *Op. cit.*, p. 51. En esa percepción de Clausewitz parece ficar superada la máxima “quien quiere paz promueve la guerra”, incluso porque de ponderarse que, al menos em el campo semántico de la sociedad moderna, la ausencia de guerra no significa la paz, no tomándose una como la no-identidad de la otra.

<sup>632</sup> GALLIE, W. B. Os filósofos da paz e da guerra... *Op. cit.*, p. 59.

<sup>633</sup> Específicamente sobre el carácter asimétrico em la conducción del combate al terror, PAWLIK, Michael. Der Terrorist will nicht resozialisiert werden. In: *Frankfurter Allgemeine Zeitung*, 25.02.2008, p. 40.

<sup>634</sup> La especificidad del terrorismo islámico transnacional en Pawlik ES em regla distorciónada (e indiscriminadamente) por la crítica, como en HERZOG, Felix. Der Staat als Sniper: Targeted killings zerstörtes Rechtsdenken als Reaktion auf den Terrorismus. In: COSTA ANDRADE, Manuel da; ANTUNES, Maria João; AIRES DE SOUSA, Susana (org.) *Estudos em homenagem ao Prof. Doutor Jorge de Figueiredo Dias*, 2009, p. 373 e ss.; crítico a la idea de transnacionalidad en Jakobs: “A disseminação do chamado ‘direito penal do inimigo’ relaciona-se exatamente com a noção de que essa ordem (a ordem transnacional da Al-Qaeda) ‘deslocalizada’ é análoga a um Estado inimigo em guerra. Nesse caso, no só se supera a política em nome da ‘guerra’, mas suspende-se internamente o constitucionalismo e a *rule of Law* em nome da guerra ‘ao inimigo combatente’”, NEVES, Marcelo. Transconstitucionalismo... *Op. cit.*, pp. 214-215.



sociedades occidentales<sup>635</sup>, manipulando el sentido objetivo de su actuación con base en la inestabilidad cognitiva vivenciada por el mundo occidental<sup>636</sup>.

La gran diferencia del *locus classicus*, la evolución de sentido de ese moderno terrorismo no visa más a la persuasión (política) del adversario, sino en la destrucción de toda la identidad estructural del enemigo<sup>637</sup>. Las estrategias comunicativas, en verdad, se orientan por la difusión del miedo y del temor. Miedo y temor determinan el segundo aspecto del moderno terrorismo, una sofisticada racionalidad que se vale de las patologías subjetivas de la moral occidental para invertir los polos de *asimetrización* del conflicto, haciendo una nueva asimetría de la asimetría: el terrorista es un enemigo invisible, global y omnipresente<sup>638</sup>.

La mayor preocupación de Pawlik es situar el problema de la legitimación de la reacción penal contra el terror como un problema de limitación de esa reacción<sup>639</sup>. “El legislador no recibe una *carte blanche*”<sup>640</sup>, la

---

<sup>635</sup> Crítico a la idea de “terrorismo como globalización del mal”, SCHEERER, Sebastian. *Terrorismus: Die Globalisierung des Bösen?* In: PRITTWITZ, Cornelius *et al.* (org.). *Festschrift für Klaus Lüderssen zum 70. Geburtstag*, 2002, pp. 521-522.

<sup>636</sup> No se confunden multiculturalismo y combate al enemigo. La idea de una sociedad plural presupone intercambio socio-cultural de “reconocimiento recíproco”, sin cualquier relación con cuestionamiento con La destrucción de la identidad Del otro o “pretensiones de homogeneización”, PÉREZ-CEPEDA, Ana Isabel. *Globalización, Tráfico internacional ilícito de personas y derecho penal*, 2004, p. 324. Para la comprensión del multiculturalismo, TAYLOR, Charles. *Multikulturalismus und die Politik der Anerkennung*, 1993.

<sup>637</sup> Cf. INSOLERA, Gaetano. *Internationaler Terrorismus zwischen Verbrechen und Feindstrafrecht*. In: VORMBAUM, Thomas (org.) *Kritik des Feindstrafrechts*, 2009, p. 117.

<sup>638</sup> La ubicuidad difundida por esa nueva asimetrización demanda nuevo salto cualitativo del comportamiento decisorio, inclusive en lo que respecta a la delimitación del estado de excepción: “Im Zeitalter asymmetrischer Bedrohungslagen fehlt der ‘Entscheidung über den Ausnahmezustand’ die tatbestandliche Anknüpfung, da kein gegnerischer Staat die Grenzen überschreitet (‘wird das Bundesgebiet mit Waffengewalt angegriffen’) und es nicht zum Krieg als außenpolitischen Konflikt äußerster Intensität kommt. Wenn wie im ‘langen Krieg gegen den Terror’ die Normallage latent von terroristischen Bedrohungslagen als den ‘kleinen’ Ausnahmelagen flankiert wird, kann es die eine große Entscheidung nicht mehr geben. Die Entscheidung über den Ausnahmezustand fällt nicht mehr generell, sondern im Einzelfall”, DEPENHEUER, Otto. *Selbstbehauptung des Rechtsstaates... Op. cit.*, pp. 53-54.

<sup>639</sup> PAWLIK, Michael. *Terrorist und sein Recht... Op. cit.*, p. 40.

<sup>640</sup> PAWLIK, Michael. *Terrorist und sein Recht... Op. cit.*, p. 40. En ese punto Pawlik alude a la limitación de la autoridad soberana en *Hobbes*, tal cual en HÖFFE, Otfried. *Sed authoritas... Op. cit.*, p. 202.

reorganización racional de la reacción penal contra el terror impone límites a la operabilidad del derecho penal.

El problema de la legitimación de ese nuevo derecho limita la estrategia de prevención de peligros al combate al terror, no admitiendo conflictos análogos, como ejemplo del combate al crimen organizado. La producción de sentido normativo no se operacionaliza en otro campo que el del combate al terror, destinando sentido operacional bastante preciso y delimitado.

Esa “limitación de la legitimidad” representa los propios límites de la especificidad funcional del derecho, estableciendo las condiciones de manipulación del sentido de la prevención de peligros en los límites del sistema jurídico. Más que eso, esa limitación de legitimidad determina la llave de inmunización del sistema jurídico-penal en vista de la perversión de los sentidos tensionados en el ambiente del derecho.

La propuesta de Pawlik para la composición de un derecho de prevención contra el terror traza una tangente al universo categorial de *Jakobs*, huyendo a la diferenciación entre ciudadano y enemigo como dos polos de normatividad<sup>641</sup>. La represividad al terror demanda sentido operacional que indique la elaboración de una nueva especie de derecho de prevención<sup>642</sup>, representando una forma mejor acabada de contraposición a la problemática del enemigo.

La novedad de ese derecho de prevención es que Pawlik, en lugar de “despersonalizar”, “reconoce al terrorista como persona”<sup>643</sup>. El reconocimiento resurge en la construcción del modelo normativista para elevar la capacidad comunicativa y recuperar el sentido operacional de la represividad

---

<sup>641</sup> La idea de dos polos de normatividad es indiscriminadamente reproducida en el debate como “normatividad del ciudadano” e “faticidad del enemigo”.

<sup>642</sup> PAWLIK, Michael. Terrorist und sein Recht... *Op. cit.*, p. 41.

<sup>643</sup> PAWLIK, Michael. Terrorist und sein Recht... *Op. cit.*, p. 41.

contra el terrorismo. En ese modelo de Pawlik, el enemigo es persona reconocida por el derecho<sup>644</sup>.

Pawlik no toma persona y enemigo como elementos que establecen entre sí implicación de identidad y no-identidad. No hay unidad en la diferencia, sino mera diferenciación provocada por la ausencia de reconocimiento cognitivo de la cualidad esencial de enemigo<sup>645</sup>.

Lo que informa el sentido de ese derecho de prevención es el concepto de persona, “alguien que pertenezca de modo permanente a la organización peligrosa”<sup>646</sup>. La solución presentada a la problemática del enemigo no está construida, para Pawlik, en el sentido operacional del concepto de enemigo, una promiscua combinación entre estructuras normativas de derecho de guerra y derecho penal<sup>647</sup>, cuyos atributos no admiten equivalencia funcional<sup>648</sup>. Pawlik también desconoce el estado policial<sup>649</sup>; la represivida es la comunicación

---

<sup>644</sup> Constatación en la misma dirección, “a partir del reconocimiento de una condición específica del infractor de la norma, *enemigo*, reivindica su valor de persona, como categoría jurídica se haría universal, cuyo reconocimiento es una condición necesaria para la legitimación de cualquier forma de ejercicio del poder punitivo del Estado”, GROSSO-GARCIA ¿Qué es y qué puede ser el ‘derecho penal del enemigo’? In: CANCIO-MELIÁ, Manuel; GÓMEZ-JARA DÍEZ, Carlos (org.) *Derecho penal del enemigo: el discurso penal de la exclusión*, v. 2, 2006, p. 50.

<sup>645</sup> Todo indica que la determinación *sollen/Freiraum* es determinante para indicar (simbólicamente) la diferenciación entre individuo, persona y enemigo. En la crítica a *Quante* elaborada en PAWLIK, Michael. Scharfsinn im Kleinen, Blindheit im Großen. In: *Frankfurter Allgemeine Zeitung*, 18.02.2008, es expuesta la ausencia de comprobación empírica de la decisión de autodeterminación de la esfera personal. En lo particular del terrorista, esa autodeterminación asume la configuración siguiente: “aquel que es combatido por el derecho es tomado (por el derecho) tal cual el se presenta al derecho”, PAWLIK, Michael. Terrorist und sein Recht... *Op. cit.*, p. 41. En ese sentido se evidencia una diferenciación categorial más de Jakobs y de la problemática del enemigo en el ámbito penal en relación al concepto de enemigo de Carl Schmitt, porque ese no necesita ser moralmente malo y “pode até mesmo parecer vantajoso fazer negócios com ele”, SCHMITT, Carl. O conceito de político. Teoria do partisan... *Op. cit.*, p. 28.

<sup>646</sup> PAWLIK, Michael. Terrorist und sein Recht... *Op. cit.*, p. 41.

<sup>647</sup> PAWLIK, Michael. Terrorist und sein Recht... *Op. cit.*, p. 40.

<sup>648</sup> PAWLIK, Michael. Terrorist und sein Recht... *Op. cit.*, p. 22. En sentido contrario, PAEFFGEN, Hans-Ullrich. Bürgerstrafrecht, Vorbeugungsrecht, Feindstrafrecht... *Op. cit.*, pp. 88 e ss.

<sup>649</sup> Largamente, DENKOWSKI, Charles. La protección estatal en los conflictos asimétricos: ¿continúa el derecho policial de los *Länder* alemanes, tras el 11 de septiembre, con el derecho penal político antiliberal? In: CANCIO-MELIÁ, Manuel; GÓMEZ-JARA DÍEZ, Carlos (org.) *Derecho penal del enemigo: el discurso penal de la exclusión*, v. 1, 2006, pp. 511-552.

de la reacción penal y lo que se hace de ella es ya problema de la manipulación de la violencia policial<sup>650</sup>.

La originalidad de Michael Pawlik se concentra en esas dos posiciones definidas: el enemigo reconocido y el nuevo derecho de prevención. El análisis de la diferenciación entre las clásicas representaciones de la guerra y el moderno terrorismo, cuyos trazos de distinción captan la evolución del sentido<sup>651</sup> de las “crecientes posibilidades técnicas en nuevas dimensiones de destrucción”.

La solución parece venir de una esquematización concreta en Pawlik, que va de la suprasunción de lo simbólico – e inconsecuente – potencial de instituciones represoras a la racionalidad práctica de la potencia preventiva del derecho.

El derecho que cabe al terrorista es justo la realización de ese esquema. A partir de la identificación del objeto, desvendándole las estrategias semánticas envueltas en todo proceso de diferenciación de la clásica teoría de los *partisans* a las modernas organizaciones terroristas, Pawlik inaugura en “El Terrorista y su derecho” los criterios lógico-rationales para el nuevo sentido de la represividad, recurriendo a la inteligencia de la filosofía práctica para dar cuenta

---

<sup>650</sup> Pawlik no deja de defender la limitación del poder policial, PAWLIK, Michael. Terrorist und sein Recht... *Op. cit.*, pp. 22 e ss.

<sup>651</sup> Preocupación del propio Carl Schmitt en vista de la configuración telúrica de la estrategia y del combate al *partisan*: “(...) O *partisan* moderno combate com pistolas automáticas, granadas de mão, bombas de explosivo plástico e, talvez em breve, também com armas atômicas táticas. Ele está mecanizado e conectado a uma rede de notícias, com emisoras secretas e radares. É abastecido por aviões, jogando do ar armas e gêneros alimentícios. Mas ele também é combatido, como no ano de 1962 no Vietnam, com helicópteros e com um cerco, cujo objetivo é sua capitulação pela fome. Tanto ele quanto seus oponentes acompanham a rápida evolução da técnica moderna e de sua espécie de ciência”. SCHMITT, Carl. O conceito de político. Teoria do partisan... *Op. cit.*, pp. 225-226. Carl Schmitt, sin embargo, parece entender que la técnica no está aislada de las relaciones de poder global: “Ao se mecanizar, o *partisan* perde sua base e cresce sua dependência dos meios técnico-industriais, dos quais necessita para sua luta. Com isto também aumenta o poder do terceiro interessado, de modo a alcançar, finalmente, proporções planetárias. Todos os aspectos, sob os quais consideramos até então o *partisan* hodierno, parecem, assim, ficar absorvidos pelo aspecto técnico que tudo domina”. SCHMITT, Carl. O conceito de político. Teoria do partisan... *Op. cit.*, 2009, p. 225.

de las demandas preventivas sin privar al derecho de los límites que le son impuestos por la protección de la subjetividad.

“El terrorista y su derecho” evidencia otras dificultades operacionales de las estructuras normativas penales de despersonalización, pues “lo que significa la despersonalización según los criterios de *un* régimen jurídico no tiene necesariamente esa significación aplicando los criterios de *otro*”<sup>652</sup>. Ese comportamiento decisorio de calificación y descalificación jurídica de la persona despierta índices elevadísimos de inestabilidad normativa, manteniendo el sujeto al poder de los intereses que conducen la represividad penal, en lo que consiste el mayor defecto operacional del concepto de enemigo, la irresolución de la elaboración funcional del “quién debe decidir”<sup>653</sup>.

El cotejo con las ideas penales de Pawlik, en verdad, tienen el mérito de readmitir el problema de la confrontación de la filosofía práctica y del concepto de “sujeto empírico” con el rigor de la observación sociológica. El sentido operacional levantado en Pawlik repone la discusión de la finalidad retribucionista a la pena, mas abre la vista para el régimen de necesidad de prevención.

Parece necesario entonces ponderar que incluso la inexpresividad del ideario preventivo delante de la operacionalidad de la reacción penal no lleva en cuenta que la represividad no está aislada de la reproducción del derecho: ella comunica una decisión. La crítica retribucionista revista por Pawlik podría ser observada en relación al sentido operacional de la reacción

---

<sup>652</sup> PAWLIK, Michael. Der Terrorist und sein Recht... *Op. cit.*, p. 32.

<sup>653</sup> En crítica a Jakobs y también a Pawlik, Paeffgen repone el ideario de Carl Schmitt para delimitar el “quién debe decidir”: “Manches klingt dann freilich wieder so, als wollten sich Jakobs und Pawlik mit Formulierungen C. Schmitts wieder treffen: ‘Die legale Regierung entscheidet darüber, wer der Feind ist’ (‘gegen den die Armee zu kämpfen hat’). ‘Wer für sich in Anspruch nimmt, den Feind zu bestimmen, nimmt eine ‘neue Legalität’ für sich in Anspruch, wenn er sich der Feindbestimmung der bisherigen legalen Regierung nicht fügen will”. PAEFFGEN, Hans-Ullrich. Bürgerstrafrecht, Vorbeugungsrecht, Feindstrafrecht... *Op. cit.*, p. 91.

penal, que en sí es una decisión, y que en esas condiciones cierra operacionalmente el sistema, necesariamente orientándolo al futuro<sup>654</sup>.

---

<sup>654</sup> Acentuando el carácter preventivo de la combinación de las finalidades de la pena: “Die Möglichkeit einer Mischtheorie setzt voraus, dass dieser für die Strafzumessung relevante Gesichtspunkt mit der angeblichen Wiedervergeltung des ‘Abstrakten Rechts’ kompatibel ist. (...) Eine Hegelsche Mischtheorie der Strafe muss in der Wirklichkeit so wenig eine echte Mischtheorie sein wie die Kantische Mischtheorie”, MERLE, Jean-Christophe. Was ist Hegels Straftheorie? In: *Jahrbuch für Recht und Ethik*, n. 11, 2003, p. 155.

#### 4.2.2 Criterios para una elaboración racional de un “nuevo derecho de prevención”

Tomados los presupuestos teóricos de formación de las ideas penales en Pawlik, la comprensión de los criterios para una elaboración racional de un “nuevo derecho de prevención” recomienda una previa determinación de la síntesis teórica definitiva de la evolución teórico-conceptual en Pawlik<sup>655</sup>. Incluso cuando ese “nuevo derecho” sea todavía incipiente en la propia concepción de “El terrorista y su derecho”, ya se nos permite la observación de la capacidad de incremento de la auto-comprensión de la reacción penal al terrorismo, esto es, de los criterios racionales de elaboración de medidas de represividad contra una eventual capitulación del derecho penal en el combate al terror<sup>656</sup>.

La concepción de combate en Pawlik parece ser una forma más pulida que la descripción sugerida por el concepto de enemigo en Jakobs. La precisión conceptual es cuidadosa en el examen de los presupuestos de la reacción sancionadora, sea en el entendimiento del “paradigma de la guerra”<sup>657</sup> que presta las interacciones simbólicas para la construcción de sentido del derecho penal.

La fundamentación de la pena en Pawlik se consolida con base en la orientación siguiente: en un primer momento, cuida de la congruencia entre la estructura axiológica y las cuestiones fundamentales que prestan el sentido de fundamentación a la pena; determinada conceptualmente esa congruencia,

---

<sup>655</sup> Crítico hacia el “derecho de prevención con elementos de guerra”, PFAEFFGEN, Hans-Ullrich *Bürgerstrafrecht, Vorbeugungsstrafrecht, Feindstrafrecht... Op. cit.*, pp. 88-91. Em rejeição às modalidades de reação penal à guerra ao terror, PRITTWITZ, Cornelius. *Krieg als Strafe, Strafrecht als Krieg?* In: PRITTWITZ, Cornelius *et al.* (org.). *Festschrift für Klaus Lüderssen zum 70. Geburtstag*, 2002, pp. 512 e ss.

<sup>656</sup> ZABEL, Benno. *Rezension Terrorist und sein Recht*. In: *Höchstrichterliche Rechtssprechung im Strafrecht*, n. 7, 2009, p. 298.

<sup>657</sup> PAWLIK, Michael. *Terrorist und sein Recht... Op. cit.*, p. 41.

procesa el sentido substancial que ofrecerá el contenido material del ordenamiento jurídico, para sólo entonces esclarecer el sentido operacional atribuido a las especificaciones teóricas del delito y las consecuencias jurídicas de ella<sup>658</sup>. Con base en esas rigurosas etapas de formación y maduración teóricas descritas por Pawlik, se crea referencial seguro de observación de la consistencia teórico-científica de la represividad.

Esa identidad de observación del sentido operacional del derecho, particularmente referenciada en los criterios de elaboración del así llamado “nuevo derecho de prevención” expone las fragilidades de la auto-comprensión del derecho penal en lo que respecta al sentido social del terrorismo internacional<sup>659</sup>. La moderna lógica de la guerra y del terror se manifiesta en sofisticada cualidad estratégica, una “estrategia comunicativa”<sup>660</sup> que apura una identidad semántica de “lucha en el campo simbólico”<sup>661</sup>. Eso provoca la desestabilización de los padrones de normatividad del sistema jurídico-penal, pendiente de apertura cognitiva para comprender el ambiente en ese nivel de complejidad.

La filosofía práctica se posiciona en el epicentro de la construcción del sentido de la reacción penal. Todo su empeño en consagrar el derecho con una efectiva función preventiva – el “nuevo derecho de prevención”

---

<sup>658</sup> “Eine adäquate Strafbegründung – die ja von seiten der Strafrechtswissenschaftstheorie niemals *sub specie aeternitatis*, sondern stets nur als Legitimationsmodell für eine bestimmte reale Rechtsordnung in den Blick genommen wird -, eine solche Strafbegründung also muß drei Anforderungen erfüllen. *Erstens* muß sie von ihrer axiologischen Struktur her zu den übrigen zentralen Lehrstücken des von dem betreffenden Autor konzipierten Systems passen. *Zweitens* muß sie ihrer inhaltlichen Substanz nach überzeugen. Und *drittens* muß sie erklärungsmächtig in dem Sinne sein, daß ihre verbrechenstheoretischen Ausprägungen den vorgefundenen empirischen Rechtsstoff im großen und ganzen zu erfassen vermögen”, PAWLIK, Michael. Strafrechtswissenschaftstheorie... *Op. cit.*, p. 478.

<sup>659</sup> MÜNKLER, Herfried. Die neuen Kriegen, 5. ed., 2003, pp. 175 e ss.; MÜNKLER, Herfried. Asymmetrische Gewalt: Terrorismus als politisch-militärische Strategie, 2002.

<sup>660</sup> PAWLIK, Michael. Terrorist und sein Recht... *Op. cit.*, p. 12.

<sup>661</sup> PAWLIK, Michael. Terrorist und sein Recht... *Op. cit.*, p. 22. Analizando el papel central ocupado por la red de televisión CNN. En ese “espaciode resonancia” simbólica del 11 de septiembre, BARISCH, Kai Thorsten. Die Bekämpfung des internationalen Terrorismus durch § 129b StGb: Verfassungswidrig politisiertes symbolisches Feindstrafrecht zum Schutze eines Scheinrechtsgutes oder sinnvolles Strafanwendungsrecht eines streitbaren demokratischen Rechtsstaates in der Weltgesellschaft?, 2009, pp. 23-27.



– es, en verdad, una crítica contundente al uso ilimitado de la violencia<sup>662</sup>. Los límites impuestos por la filosofía práctica constituyen en Pawlik la fuente de legitimidad de la intervención punitiva.

Por eso el enemigo debe ser reconocido como persona, para adquirir idoneidad normativa y ofrecer al individuo contra quien se dirige la represividad los criterios legitimantes de la intervención punitiva, sin que de la violencia de Estado derive la despersonalización, la inocuización<sup>663</sup>, la hostilización, o cualquier equivalente funcional de las medidas seculares de prevención especial radical.

Sin embargo, así como originalmente despertó en *Jakobs* la necesidad de descripción científica del así llamado derecho penal del enemigo, la función social de la nueva dogmática que se va presentando no parece coincidir con las estructuras normativas de anticipación de la intervención punitiva percibidas en la legislación represora alemana, sobre todo en lo que respecta a los instrumentos de combate – lucha – al terror.

La anticipación de la punibilidad en estado previo al delito recibió los mismos cuidados analíticos de Pawlik. El inicio preciso de la peligrosidad produce serias indeterminaciones en la fundamentación de la intervención punitiva, sea recomendando incontrolada exasperación, sea por las posibilidades de interpretación que optan por verdadera impunidad de actos preparatorios de terrorismo.

Un diagnóstico que no retira la razón de la descripción elaborada por *Jakobs*, sino que, así como Pawlik, demanda otros parámetros de superación, si fuera el caso de una resolución definitiva a esa problemática.

Hay enorme preocupación por el costo social de las medidas de anticipación de la punibilidad. Pawlik impone moldura rígida contra las

---

<sup>662</sup> En lo que consiste la preocupación mayor de *Schünemann* contra el derecho penal del enemigo, SCHÜNEMANN, Bernd. *Derecho penal del enemigo... Op. cit.*, p. 969.

<sup>663</sup> FEIJOO-SANCHEZ, Bernardo. *Normativización del derecho penal... Op. cit.*, pp. 164 e ss.

perversiones de la *carte blanche* de los legisladores, delimitando el nuevo derecho de prevención específica y concretamente al fenómeno del moderno terrorismo. Sin embargo, de ponderarse que esas modernas manifestaciones de las organizaciones terroristas se inmiscuyen con las organizaciones del crimen organizado, dificultando el rigor analítico y la precisión conceptual que conducen las modalidades penales de represión, con bastante énfasis en la observación del caso brasileño.

Una extensión analógica del derecho de prevención tal vez debiese alcanzar la específica intervención punitiva también en las modalidades típicas de crimen organizado y especificidades en las reglas de imputación a los delitos de organización<sup>664</sup>, si es el caso de una observación de las particularidades del caso brasileño. Incluso porque no se puede estudiar la criminalidad organizada, en red, sin la debida comprensión de sus relaciones con la corrupción extrañada en la esfera pública<sup>665</sup>. Combate a la criminalidad organizada sería extender los brazos de monopolio de las corporaciones que centralizan los mercados, cuya composición de los intereses no escapa a la observación del carácter asimétrico<sup>666</sup>.

De cualquier forma, se trata de estudio en oportunidad y rigor de observación apropiados<sup>667</sup>, mas cuyo potencial semántico podría invertir el

---

<sup>664</sup> FEIJOO-SANCHEZ, Bernardo. Normativización del derecho penal... *Op. cit.*, p. 177.

<sup>665</sup> Con todo, el mayor impás del combate a la corrupción tal vez sea que “aquí nos encontramos nuevamente con un peligro concreto para la libertad individual, ya que las organizaciones políticas que persiguen una modificación de las relacionales estatales o sociales con medios políticos permitidos y, por eso, su actividad no puede ser de ningún modo penada”, SCHÜNEMANN, Bernd. Derecho penal del enemigo... *Op. cit.*, p. 974.”

<sup>666</sup> “Symmetrische Konfrontationen schlossen nicht nur die Möglichkeit eines dauerhaften Friedens auf der Basis rationales Interessenausgleichs ein, sondern auf ihnen begründeten sich auch sämtliche Perspektiven der Kriegsprävention innerhal einer globalen Friedensordnung. Das gilt für asymmetrische Konfliktkonstellationen gerade nicht: Auf Grund fehlender Reziprozität ist die Chance des Interessenausgleichs in ihnen sehr beschränkt, gegenseitige Anerkennung wird von den einen als Sieg, von den anderen als Niederlage wahrgenommen, und so erwächst die Bedrohlichkeit asymmetrischer Kriege weniger aus ihrer Intensität als aus den fehlenden Mechanismen zu ihrer Beendigung”. MÜNKLER, Herfried. Wandel der Weltordnung durch asymmetrische Kriege. In: SCHRÖFL, Josef; PANKRATZ, Thomas (org.) *Asymmetrische Kriegführung: neue Phänomen Internationaler Politik?*, 2004, p. 93.

<sup>667</sup> “Não existe um conceito de criminalidade organizada juridicamente claro com uma mínima capacidade de consenso”, ROXIN, Claus. Problemas de autoría y participación en la

referencial auto-explicativo de la problemática e hacer de un tema antes manchado por el “políticamente correcto” algo que aguzaría los deseos de los que pretenden ver principios de justicia operacionalizados en el combate a la corrupción<sup>668</sup> y a la lógica facinerosa del, por ahora genéricamente considerado, crimen organizado.

Esa temática reenciende la polémica que permea toda la investigación, apuntando para futuros desenvolvimientos sobre los mismos presupuestos meta-teóricos de fundamentación, creando mecanismos de inmunización en relación a los efectos colaterales de la represividad. En esos casos de elevado estresamiento de las relaciones sociales, sin perder de vista el modelo de Estado y el modelo de Derecho que informan la identidad normativa nacional y las prácticas de subjetivación y constitución moral de los individuos consagrados en la sociedad brasileña.

Bastante coherente con el conjunto teórico y con los presupuestos metodológicos de esa investigación, nos parece igualmente necesario que la solución preferencial encaminada a la problemática en Pawlik – reconociendo al enemigo como persona en la proposición de un “nuevo derecho de prevención” – incluso cuando conceptualmente demostrada en el sistema hegeliano y centrada en la racionalidad práctica de la libertad, no puede prescindir de la observación de la operacionalidad, ni tampoco a la delicada delimitación del quién debe decidir<sup>669</sup>.

---

criminalidad organizada. In: *Revista Penal*, n. 2, 1972, p. 65. Las dificultades de conceptualización a respecto de la criminalidad organizada persisten en el tiempo, HEFENDEHL, Roland, *Organisierte Kriminalität als Begründung für ein Feind- oder Täterstrafrecht?* In: *Strafverteidiger*, n. 3, 2005, pp. 156-161.

<sup>668</sup> Incluso la legislación sobre la corrupción internacional se estructura por marcos normativos de “combate”, tal como en la *Gesetz zur Bekämpfung internationaler Bestechung* (IntBestG, 1998). En detalles, sin embargo crítico a la “Konfusion innerhalb der nationalen Rechtsordnungen“ y a la “aufgepfropften internationalen Regelungen in unsystematischer Weise”, WEIGEND, Thomas. *Internationale Korruptionsbekämpfung: Lösung ohne Problem?* In: PAWLIK, Michael; ZACZYK, Rainer (org.) *Festschrift für Günther Jakobs zum 70. Geburtstag*, 2007, pp. 749 e ss. e 760 e ss.

<sup>669</sup> En lo que consiste de alguna forma la crítica elaborada en HERZOG, Felix. *Der Staat als Sniper...* *Op. cit.*, p. 377: “So stellt sich schon vor allen näheren Überlegungen zu dem Pawlikschen Projekt eines ‚neuartiges Präventionsrechts‘ die Frage, wo eigentlich die

---

Strukturen der Entscheidung über und Ausführung von Tötungen (...) auch außerhalb konkreter Kampfhandlungen' wohl angesiedelt werden sollten".

## 5. La oposición al modelo en Bernd Schünemann, Luís Greco y Claus Roxin

### 5.1. La oposición al modelo en Bernd Schünemann

La oposición científica más robusta al así llamado derecho penal del enemigo es entablada por Schünemann y la impactante sentencia *Feindstrafrecht ist kein Recht!* (“¡el derecho penal del enemigo é ningún derecho!”)<sup>670</sup>.

El caso Guantánamo es tenido como bastante emblemático con respecto a la aplicación del derecho penal del enemigo<sup>671</sup>. Inclusive ha sido el epicentro de las polémicas: Schünemann habla de las prisiones de Guantánamo como de un “lugar sin derecho”, o de la “concreta representación del así llamado derecho penal del enemigo”. Contra la “perversión del poder” sugerida por el sistema jurídico de Jakobs, Schünemann prefiere un “camino humanista” para el sistema jurídico-penal a los moldes de la tradición liberal<sup>672</sup>.

---

<sup>670</sup> SCHÜNEMANN, Bernd. Rechtsfreier Raum und eigenverantwortliche Entscheidung. In: NEUMANN, Ulfried; HASSEMER, Winfried; SCHROTH, Ulrich (org.) *Verantwortetes Recht: Die Rechtsphilosophie Arthur Kaufmanns*, 2005, pp. 145-156; SCHÜNEMANN, Bernd. Feindstrafrecht... *Op. cit.*, pp. 175-183.

<sup>671</sup> “Un penalista alemán, Günther Jakobs, suministró la teoría para esa práctica”, SCHÜNEMANN, Bernd. Derecho penal del enemigo... *Op. cit.*, p. 969.

<sup>672</sup> SCHÜNEMANN, Bernd. Rechtsfreier Raum... *Op. cit.*, pp. 155-156. Con respecto a eso, Jakobs procura reposicionar la cuestión del humanismo en otros términos: “Ya no pueden formularse contenidos humanísticos inamovibles de la ciencia del Derecho: el Derecho moderno es Derecho positivo y no contiene ni más ni menos humanidad que el tiempo en el que es creado y – más importante aún – aplicado. En este sentido, el Derecho de la actualidad no garantiza tantos contenidos fijos, sino más bien condiciones de funcionamiento de una sociedad pluralista. Pero una ciencia del Derecho que sea algo más que una mera técnica jurídica forma a la sociedad en la comprensión de ella misma. Em esa medida, y solo en esa medida, también puede llamarse en una época de pobreza una disciplina humanística”, JAKOBS, Günther. Ciencia del Derecho... *Op. cit.*, 1996, p. 30.

Schünemann, procurando el golpe de misericordia al derecho penal del enemigo<sup>673</sup>, entiende que el problema no es despersonificar individuos o crear una nueva institución de control, sino crearle condiciones de desenvolvimiento a la dogmática jurídico-penal, refinándola y optimizándola, tomando como presupuesto de su crítica la necesidad de elevar la capacidad de comunicación de la represividad del derecho penal.

Contra Jakobs pesa la crítica de una tentativa de naturalización de los individuos (“los animales salvajes”), sometiéndolos al dominio de la fuerza del Estado – cuyo modelo, además, debería ser jurídico-políticamente concebido por las mismas funciones de represión y de exclusión social. El recelo mayor sería el regreso a la utilización jurídicamente ilimitada del poder armado<sup>674</sup>, promoviendo la anulación – selectiva – de los individuos.

Aunque rechace la fundamentación filosófica del modelo de Jakobs, la contribución de Schünemann nos parece de gran valor para la superación del déficit deliberativo percibido en el ámbito institucional. Véase que esa descripción elaborada por Schünemann también reconoce los niveles de anacronismo e inestabilidad normativa instalados en el discurso jurídico-penal, exigiendo la “incorporación de instrumentos de persecución penal elaborados por la moderna tecnología”, más propios “de la dinámica comunicación interna de la criminalidad organizada”<sup>675</sup>.

---

<sup>673</sup> Con todo, “cuando Schünemann afirma que el sistema de Jakobs no interesa ‘el individuo entendido como un sujeto aislado, sino la sociedad concebida como un sistema social autopoietico para el que los hombres no sólo adquieren relevancia en tanto que ‘personas’, es decir, en tanto que ‘estructuras’ o portadores de roles’, a pesar del tono crítico con que lo hace Schünemann, más que una crítica se trata de una aproximación descriptiva”. FEIJOO-SANCHEZ, Bernardo. *Normativización del derecho penal... Op. cit.*, p. 155.

<sup>674</sup> SCHÜNEMANN, Bernd. *Rechtsfreier Raum... Op. cit.*, p. 156; “la sustitución completa del derecho por el mero poder militar”, SCHÜNEMANN, Bernd. *Derecho penal del enemigo... Op. cit.*, p. 980.

<sup>675</sup> Salvando el hecho de que “ese amplio control de la comunicación social entraña, al mismo tiempo, peligros imprevisibles para la libertad del individuo. Por eso, deben ser establecidos controles que actúen ya, incluso, en un momento en el que el afectado no pueda ser aún informado de la investigación iniciada en su contra, si es que no se quiere perder de entrada el éxito de las investigaciones. Por eso es necesario, como ya lo he propuesto anteriormente para la persecución penal europea, una nueva institución dentro de la persecución penal estatal que

En lugar de recusa categórica del concepto de enemigo en materia penal, las críticas de Schünemann valen por la inteligencia integradora y armonizante del derecho penal relativa a la modernización de las instituciones<sup>676</sup> de combate a la criminalidad, destinando recomendación “específica” para la reacción penal en vista del peligro ofrecido por el “delito organizado”<sup>677</sup>.

La crítica de Schünemann, con todo, bien inserta en la secular querrela de las ideas penales, debería ser reconocida más como “complementariedad” de ideas que propiamente como oposición de identidades teóricas. Debajo de la observación sociológica, al captarles el sentido operacional, parece que Jakobs está concentrado en la depuración normativa de las estructuras de anticipación de la punibilidad, al paso que Schünemann, antes de contradecir el potencial descriptivo del derecho penal del enemigo, ofrece elementos de institucionalización de combate a la criminalidad. En sentido operacional complementar, uno se dedica al campo normativo y otro a la esfera institucional.

---

haga valer los derecho de la futura defensa, en cierto modo como fiduciario y – de modo diferente el juez de instrucción del procedimiento penal tradicional – que no esté encargado de ordenar y realizar las medidas investigadoras, sino exclusivamente de controlarlas críticamente”, SCHÜNEMANN, Bernd. Derecho penal del enemigo... *Op. cit.*, pp. 972 e 973.

<sup>676</sup> Se trata del “problema de la modernización de la justicia penal” como “respuesta a la modernización del delito”, SCHÜNEMANN, Bernd. Derecho penal del enemigo... *Op. cit.*, p. 971. La perfectibilización institucional en el combate global a la criminalidad, en detalhes, SOUZA, Alfredo José. *A criminalidade transnacional europeia: um Ministério Público europeu?* 2005. En materia comparada, FIJNAUT, Cyrille; PAOLI, Letizia. *Organised Crime in Europe: concepts, patterns and control policies in the European Union and Beyond*, 2004.

<sup>677</sup> “En efecto, el enemigo no se combate con amenazas de pena formuladas previamente e intensas medidas procesales penales, por ser enemigo, sino porque el peligro específico, que es el del delito organizado, hace necesarias acciones de estas características. Por consiguiente, no se trata, de modo alguno, de la clase especial de individuos, sino del peligro específico del delito organizado como causa necesaria de una reacción específica del Estado”, SCHÜNEMANN, Bernd. Derecho penal del enemigo... *Op. cit.*, pp. 970-971.

## 5.2. La oposición al modelo en Luís Greco

A pesar del esfuerzo de Jakobs en comunicar el carácter no prescriptivo del concepto de enemigo, que sería en vez de eso a toda prueba descriptivo<sup>678</sup>, es posible observar en L. Greco<sup>679</sup> una analítica poderosa, que desmonta el repertorio teórico de Jakobs en tres fases de maduración en la cronología del concepto de enemigo. Esos tres momentos revelarían cualidades distintas entre sí, de las cuales derivaría siempre una tipología diversa.

Una primera tipología para el concepto de enemigo sería (1) “descriptiva”<sup>680</sup>, preocupado apenas con el diagnóstico del avance de elementos normativos que recomiendan la anticipación de la intervención punitiva, tanto en la dogmática penal de origen alemán, como en el derecho comparado. En la evolución del concepto, Jakobs sería entonces el responsable por una conceptualización (2) “denunciatorio-crítica”, una toma de posición negativa sobre los movimientos de expansión de la dogmática penal. Una última tipología sería (3) “legitimatorio-afirmativa”<sup>681</sup>, en la que Jakobs revisa algunos de los presupuestos teóricos del sistema jurídico-penal por el presupuesto y apunta a la

---

<sup>678</sup> JAKOBS, Günther. Feindstrafrecht... *Op. cit.*, p. 290.

<sup>679</sup> La rigurosa analítica de L. Greco se mantiene en GRECO, Luis. Feindstrafrecht, 2010.

<sup>680</sup> Semejante plan de argumentación, de la “descripción” a la “prescripción” HÖRNLE, Tatjana. Deskriptive und normative Dimensionen des Begriffs ‘Feindstrafrecht’. In: *Goltdammer’s Archiv*, 2006, pp. 80-95. Ambos entiende que se trata de una descripción convertida en programa político, AMBOS, Kai. Feindstrafrecht... *Op. cit.*, pp. 18-20.

<sup>681</sup> Defendiendo la posición contraria: “Llama poderosamente la atención la existencia de una extraña unanimidad en la doctrina contraria a la legitimidad de las reflexiones jakobsianas en torno al Derecho penal del enemigo. Pero no menos extraño resulta que los críticos de Derecho penal del enemigo no propongan correlativa y coherentemente la desaparición de las normas concretas del Derecho penal del enemigo la que Jakobs califica como pertenecientes a tal fenómeno. Porque, desde luego, no puede explicarse coherentemente que se califique el Derecho penal del enemigo *in totum* como ilegítimo, pero se defienda la legitimidad del delito de asociación para delinquir, los delitos de pertenencia a banda armada, las medidas de alejamiento contra delincuentes peligrosos, las medidas de seguridad, etc., u otras figuras como el bloqueo de contacto entre acusado peligroso y otras personas). POLAINO-ORTS, Miguel. Realidad y ficción en el Derecho penal del enemigo... *Op. cit.*, p. 519.



*hostilización del enemigo*<sup>682</sup> como alternativa para la moderna dogmática jurídico-penal.

La analítica de L. Greco es expresamente recusada por Jakobs<sup>683</sup>, a pesar de que el apego al purismo descriptivo afectaría a la propia entereza del modelo normativista<sup>684</sup>, cediendo razón a las ponderaciones de L. Greco. Aun cuando en esa medida ponderada, la rigurosa analítica que separa las tres fases de maduración de la evolución del sentido del concepto de enemigo en materia penal parece, con todo, no dar cuenta de la paradoja entre seguridad y libertad individual, faltándole una salida resolutive para los problemas del derecho penal. Semejante constatación hace del “derecho penal del enemigo es ningún derecho” una formulación de índole retórica<sup>685</sup>, que no puede convencer el abandono de la observación del sentido operacional de los conceptos en el ámbito penal.

---

<sup>682</sup> En sentido distinto: “O *enemigo* a que se refere Jakobs, ao contrário de muito quanto já se alegou, não perde a sua humanidade. Não receber o tratamento de pessoa (social e jurídica, portanto) significa dizer apenas que determinados comportamientos, em razão de sua peculiar natureza, poderiam revelar o completo abandono de uma sociedade com a qual não só não se compartilha valor algum, mas também da qual não se respeitam as condições fundamentais de sua existência. É para essa situação que, segundo o autor, se justificaria o incremento das proteções penais e processuais penais”. PACELLI, Eugenio. Apresentação... *Op. cit.*, p. xxiv.

<sup>683</sup> JAKOBS, Günther. Norm, Person, Gesellschaft... *Op. cit.*. También en: „Mit aller Deutlichkeit: deskriptiv. Zwar habe ich mehrfach gesagt, und ich werde das auch weiter sagen, ich könne mir heute schwer vorstellen, wie ein Staat ganz ohne Feindstrafrecht auskommen soll. Nicht zufällig gibt es eine europäische Vorgabe, dass die Bestrafung terroristischer Vereinigungen des In- und Auslandes in jedem europäischen Land gewährleistet sein muss. Aber diese Äußerung ist nicht legitimatorischer Natur, sondern nur eine – vielleicht falsch prophezeiende – Meinung darüber, welche Maßnahmen gegen die Gefährdung des Staates erforderlich sein werden. Anders als nicht wissenschaftlich arbeitende Juristen es sich in ihren innerrechtlichen Omnipotenzphantasien ausmalen, bin ich nicht der Meinung, alle Konflikte ließen sich rechtlich lösen. Der Abschuss von Flugzeugen, eventuell Rettungsfolter – das sind Probleme, die man rechtlich nicht lösen kann, sondern nur in den Griff bekommt, wenn man einige Personen entpersonalisiert. Ich behaupte hiermit nicht, dass man das tun soll, sondern nur: Wenn man solche Konflikte steuern und nicht nur ihren Ausgang abwarten will, kommt man ohne Entpersonalisierungen nicht aus. Es gibt ja mittlerweile eine Weiterführung der Diskussion durch Herrn Pawlik, der sagt, man solle die Konfliktlösung ehrlich betreiben, aus dem Strafrecht herausnehmen und polizeirechtlich regeln; das wäre gewiss eine saubere Lösung, was die “Sparten” des Rechts angeht”. JAKOBS, Günther. “Ein Gespräch mit Herrn Professor Dr. Günther Jakobs”. In: [http://fhi.rg.mpg.de/Gespraech/0810schmoeckel\\_mayenburg\\_jakobs.htm](http://fhi.rg.mpg.de/Gespraech/0810schmoeckel_mayenburg_jakobs.htm).

<sup>684</sup> “Sin embargo, aunque intenta destacar los aspectos descriptivos de su construcción, no puede renunciar totalmente a los elementos normativos ya que un cambio de rumbo radical le exigiría ir soltando un lastre que acabaría afectando a elementos básicos de su teoría general del derecho”. FEIJOO-SANCHEZ, Bernardo. Normativización del derecho penal... *Op. cit.*, p. 153.

<sup>685</sup> Daniel Pastor también cree que la rigurosa analítica de L. Greco, aunque no es capaz de evitar la persistencia de la problemática del enemigo en tempo, PASTOR, Daniel. El derecho

---

penal del enemigo... *Op. cit.*, pp. 520 y ss.; na mesma direção, MORGUET, Geraldine. Feindstrafrecht... *Op. cit.*, pp. 284-285.

### 5.3. La oposición al modelo en Claus Roxin

Claus Roxin acoge enteramente los estudios de su alumno Luís Greco, concluyendo que, por cualquiera de las tipologías (descriptiva, denunciatorio-crítica, legitimatorio-afirmativa) presentadas por él, vale más la plena recusación a un derecho penal sobre bases antiliberales<sup>686</sup>, reforzando la polaridad de la querrela de las escuelas penales<sup>687</sup>.

Un derecho penal especializado, dirigido a determinados grupos o personas (terroristas o criminosos tradicionales), negándoseles la cualidad esencial de persona, aniquilaría una serie de principios e protecciones constitucionales fundamentales: dignidad humana, principio de la culpabilidad<sup>688</sup>,

---

<sup>686</sup> ROXIN, Claus. *Strafrecht...* *Op. cit.*, p. 56.

<sup>687</sup> Observando los términos de la querrela: “En el prólogo a la edición argentina de su libro con Cancio Melia (...) fechado en junio de 2005, Jakobs afirma que ‘si el lector tuviera dudas acerca de si alguna de mis consideraciones se utiliza con intención descriptiva o normativa, me comprenderá mejor si elige la variante descriptiva, es decir, si intenta mirar conmigo en el espejo de la sociedad de libertades. Las pocas acotaciones normativas sólo sirven para redondear la imagen. Agradezco ya desde este momento las correcciones de eventuales percepciones visuales erróneas’. En fase de corrección de pruebas ha llegado a mis manos el texto de su conferencia de Jakobs con el título *¿Derecho penal del enemigo? Un estudio acerca de los presupuestos de la juridicidad*, donde cambia el enfoque que le venía dando al derecho penal del enemigo. Este trabajo ratifica la impresión de que nos encontramos en una tercera fase en la elaboración teórica del derecho penal del enemigo por parte de Jakobs en la que resulta llamativa su insistencia en el enfoque descriptivo de los presupuestos de la juridicidad. Así, por ejemplo, en la nota preliminar responde a las críticas de Roxin y Greco que ‘no lleva a cabo la legitimación quien describe lo necesario’ y en las primeras líneas del trabajo insiste en que lo que él intenta es solo ‘describir a quién el sistema jurídico trata como enemigo, y pronosticar a quién atribuirá en el futuro ese papel. No se trata de crear normas, mucho menos, de postulados políticos, sino de llevar a cabo constataciones, y de sus prolongaciones hacia el futuro’. Añade en el apartado I.B. que ‘repetiré que mis consideraciones se formulan con intención descriptiva, no prescriptiva (...) y por ello intento conocer y dar a conocer lo que pasa, aunque sea detestable’. Sin embargo, el último apartado de esta conferencia está dedicado a cuestiones que, evidentemente, no son puramente descriptivas porque la mera descripción no agota la cuestión: ¿‘Es legítimo un derecho penal del enemigo? Y, si se contesta afirmativamente: ¿Hasta qué punto?’”, FEIJOO-SANCHEZ, Bernardo. *Normativización del derecho penal...* *Op. cit.*, p. 153, nota 25.

<sup>688</sup> Desde la perspectiva del repertorio dogmático del modelo jurídico-penal de *Jakobs*, el principio de la culpabilidad presentaría su mayor fragilidad: “En el sistema de *Jakobs* acaban conviviendo dos concepciones paralelas de la culpabilidad: no hay una sola culpabilidad.

o principio de Estado Democrático de Derecho, presunción de inocencia o la consolidación de un derecho penal del resultado<sup>689</sup>.

Roxin atestigua el abuso como consecuencia lógica y natural de un derecho penal del enemigo: ¿quién define quién es el enemigo?<sup>690</sup>. Sea en el plano legiferante de las estructuras normativas, o, extendiéndose las rayas de la problemática, en el comportamiento decisorio que comunica la reacción penal, el *wer soll entscheiden* abala la consistencia del concepto de enemigo y la capacidad de comunicación de la reacción penal. Las dificultades de precisión del sentido operacional comprometen la especificidad funcional del derecho penal y causan estados latentes de inseguridad cognitiva, acreditando a *Roxin* la crítica de la vulnerabilidad que el recurso a la técnica de tipificación de enemigo puede sufrir de las influencias ajenas al derecho penal de toda suerte.

---

Curiosamente la responsabilidad penal de los enemigos es una incoherencia con las bases del sistema funcional jakobsiano hasta la época, destrozando entre otras cuestiones elementos básicos de su teoría como la distinción entre expectativas normativas y cognitivas. En el ámbito del derecho penal del enemigo de lo que se trata básicamente es de la defraudación de expectativas cognitivas como, por otro lado, Jakobs reconoce: ‘las personas no sólo necesitan la certeza de estar en derecho, sino también de que podrán salir más o menos adelante con sus intereses, con su bienestar’. FEIJOO-SANCHEZ, Bernardo. Normativización del derecho penal... *Op. cit.*, p. 160.

<sup>689</sup> ROXIN, Claus. Strafrecht... *Op. cit.*, p. 56.

<sup>690</sup> ROXIN, Claus. Strafrecht... *Op. cit.*, p. 56. Ambos también se preocupa em cuanto a la indeterminación del enemigo, cuyo sentido operacional podría resultar emn procesos indiscriminados de despersonalización, um “terrorista e potencia” sería u “enemigo cierto”, AMBOS, Kai. Feindstrafrecht... *Op. cit.*, p. 15.

## 6. Resumen y observación

La infra-complejidad de la tradicional representación político-criminal se rinde ante las evidencias de la pérdida de la identidad histórica y de la evolución del sentido normativo observada en la ampliación de medidas de anticipación de la intervención punitiva, supuestamente vinculadas a la paradoja entre seguridad y libertades individuales. Pero es la ausencia de referencias y síntesis teóricas más precisas lo que conducen la discusión a retomar el concepto de persona, en detrimento del concepto de enemigo.

El todavía vago y ambiguo sentido operacional sugerido por la problemática del enemigo, despertando entre los penalistas toda suerte de interpretaciones e incomprensiones con respecto a la problemática del enemigo en derecho penal<sup>691</sup>, apunta al concepto de persona – centro de imputación – como camino preferencial para la manipulación de las estructuras normativas del derecho penal, elaboradas teórico-conceptualmente en niveles de complejidad más estables y compatibles a la dinámica de la sociedad y a la demanda por funcionalidad en la prevención de peligros futuros.

Exceptuando el contexto de confrontación de ideas penales, los conceptos de persona y enemigo resisten a las duras<sup>692</sup> acusaciones que se les imputan, y parecen encontrar resonancia en estructuras normativas y posibilidades de interpretación, cuya mayor o menor consistencia teórica serán

---

<sup>691</sup> Mencionadas vaguedad y ambigüedad afectan la percepción de los penalistas, en regla embotados por una visión simplista de la problemática del enemigo: “A pesar de lo que digan algunas críticas simplistas, no se trata de definir a todo delincuente como enemigo, sino de si hay personas que deben ser excluidas del trato normal que el Estado dispensa a sus ciudadanos, con sus consiguientes principios y garantías”. FEIJOO-SANCHEZ, Bernardo. *Normativización del derecho penal... Op. cit.*, pp. 145-146.

<sup>692</sup> ZAFFARONI, Eugenio Raúl. ¿Es posible un derecho penal del enemigo no autoritario? In: JORGE BARREIRO, Agustín *et al.* (org.) *Homenaje al Profesor Dr. Gonzalo Rodríguez Mourullo*, 2005, pp. 1077-1091.

validez más adelante. Eso tanto por la singular capacidad de Jakobs de abordar los problemas del sistema jurídico-penal como por la necesidad de auto-comprensión y estabilización normativa de un “derecho penal iluminista” en vista de una “sociedad no-iluminista”.

La observación del sentido operacional de los conceptos es válida para recuperar para el sistema jurídico-penal la capacidad de auto-comprensión y sugerir alternativas operacionales al anacronismo inscripto en los seculares presupuestos del derecho penal. La orientación sociológica procura precisamente la viabilidad de ese sentido operacional, inmunizando la investigación de los conceptos en carácter descriptivo.

La expresividad del concepto de enemigo parece concentrarse justamente en la generalización de identidad de esa disputa entre la tradicional representación del derecho penal y la captación de valores más propios de la seguridad cognitiva promovidas por el modelo funcional-normativista de *Jakobs*. Lo que al principio fue diagnóstico de la exasperación de la violencia penal de Estado, se tornó recurso apelativo de comunicación de sentido operacional en la búsqueda de alguna represividad en niveles preferenciales de auto-comprensión, dado el historial de insucesos del discurso jurídico-penal tradicional.

Los síntomas preferenciales de auto-comprensión, todavía, según lo que todo indica, no resisten a la crítica de la inestabilidad de juridificación de los conceptos, cuya operacionalidad apunta a descripciones que repercuten en pluralidad de sentido y en niveles de incongruencia normativa. La inestabilidad del concepto – que constituye el elemento central de esta tesis – es apenas el inicio del problema, el cual se arrastra por un proceso de ideologización<sup>693</sup> que se hace del enemigo.

---

<sup>693</sup> Las propias críticas “ideológicas” del concepto de enemigo no conciertan el blanco de la crítica, como se nota, a título ejemplificativo, en: “Hay que reconocer finalmente la dificultad que entraña elaborar una crítica a la tesis sistémica en general y al neofuncionalismo penal en particular. La causa de tal dificultad reside en que al reproche que inicialmente puede hacerse por el abandono del ideal de justicia, del olvido de los valores éticos, de los derechos humanos, de los bienes colectivos, etc., se le refutará que son cuestiones que no se deciden en el ámbito

La propia representación del discurso tradicional, al demonizar la problemática del enemigo, deja de lado los cuidados de auto-comprensión al apenas rozar de forma tangencial los problemas para solventar las deficiencias de la propia coherencia interna de sus argumentos. Incluso porque se olvida también de que antes del discurso del enemigo y de medidas represoras de incriminación en estado previo ya evolucionadas por casi tres décadas, se dieron los presupuestos que le permitieran la condición objetiva de existencia y maduración.

Teóricamente, se puede hasta entender que hubo evolución de sentido *prescriptivo* del concepto de enemigo, mas eso significaría que de hecho hubo evolución y un sentido histórico que consagran el enemigo como un punto de máxima irritación de la paradoja entre seguridad y libertad. Siendo así, se constata que el concepto de enemigo es de inequívoca serventía en calidad de *descripción* del estado paradójal de la intervención punitiva.

Además del potencial descriptivo del concepto, la operabilidad prescriptiva no supera la vaguedad y ambigüedad operacional. Al paso que la fundamentación de la eticidad en el derecho en las prácticas de vida objetiva mediadoras de la normatividad jurídico-penal permite la elaboración y la delimitación de intervención específica, cuyas consecuencias serían la elevación del potencial estratégico de comunicación de la represividad enfrente al enemigo reconocido.

Parece que el camino preferencial recomienda una combinación de desenvolvimientos teórico-conceptuales, “mezclados”, de un lado con padrones de incorporación y generalización de identidades y de otro informando los límites de legitimación y preservación estratégica de esas mismas identidades. Quiere decir que la observación sociológica aumenta los índices de auto-comprensión, pero la filosofía práctica le da el contorno de eticidad y la potencia

---

del subsistema del derecho sino en el terreno del subsistema político”. PORTILLA-CONTRERAS, Guillermo. Los excesos del formalismo jurídico neofuncionalista... *Op. cit.*, pp. 870-871.

realizadora es objetificante del concepto: “la racionalidad de lo real”<sup>694</sup>.

---

<sup>694</sup> PAWLIK. Michael. Hegel y la racionalidad del real. In: PAWLIK, Michael. *La libertad institucionalizada: Estudios de Filosofía jurídica y derecho penal*, 2010, p. 16.



## **CAPÍTULO IV**

### **REPERCUSIONES**

#### **1. Repercusiones en el ámbito penal**

Ya experimentada la orientación sociológica de matriz luhmanniana, la síntesis teórica definitiva de las ideas penales en Günther Jakobs, diferenciando uno del otro, según lo que todo indica, la observación de los conceptos de persona y enemigo sugiere como punto de partida el sentido operacional de descripción de las estructuras normativas de anticipación de la incriminación de comportamientos que autorizan la destitución (cognitiva) de la personalidad, como medida tanto de auto-comprensión del derecho ante la sociedad cuanto de comunicación de represividad típica de prevención de peligros futuros.

El diagnóstico evolucionado de Jakobs es dispuesto en elecciones decisorias y formas de sentido en función del rendimiento semántico que el sentido reconocido por el sentido común indica.

La práctica de desarrollo de la pesquisa apunta a cierto desequilibrio funcional del concepto de enemigo, que revela ciertas incongruencias en la repercusión del concepto y que no lleva la libertad a la institucionalización o cuya extensión de la paradoja puede mismo atingir la impunidad de un culpado (pune de más, o favorece la impunidad). La mera suposición de sentido elaborada por el sentido común conduce la capacidad operacional del concepto a niveles intolerables. La inestabilidad operacional

puede ser extendida de modo ilimitado, como fuera más una entre las múltiples posibilidades.

En la descripción de las repercusiones será llevada adelante la verificación de la reflexividad de la síntesis teórica obtenida en los capítulos anteriores con el empleo corriente de los conceptos observados. En esa descripción, se torna más evidente la terminología común a las leyes de combate<sup>695</sup>, apegándose primeramente a las estructuras normativas de la experiencia alemana, seguida de descripciones incidentes de las hipótesis o brasileña u otra comparada a la cual la literatura jurídico-penal haya atribuido cierta relevancia.

Por lo que se puede levantar en esta pesquisa, la repercusión de los conceptos, si no es jugada en el campo político, se traduce en el mero levantamiento de indicios legislativos<sup>696</sup>. La aparente imprecisión en el empleo del concepto<sup>697</sup> es la primera muestra efectiva de la fragilidad del sentido operacional del concepto de enemigo, que vale más para la descripción del estado de la actual insolvencia del discurso jurídico-penal que propiamente como estrategia para refundar la comprensión normativista del derecho penal<sup>698</sup>.

---

<sup>695</sup> MORGUET, Geraldine. Feindstrafrecht... *Op. cit.*, p. 105; HETTINGER, Michael. *Entwicklungen im Strafrecht und Strafverfahrensrecht der Gegenwart: Versuch einer kritischen Bestandsaufnahme*, 1997.

<sup>696</sup> Como ejemplo del caso peruano, GARCÍA-CAVERO, Percy. ¿Existe y debe existir un derecho penal del enemigo? In: CANCIO-MELIÁ, Manuel; GÓMEZ-JARA DÍEZ, Carlos (org.) *Derecho penal del enemigo: el discurso penal de la exclusión*, v. 1, 2006, p. 925-948 (aunque al final tome partido por la idea de “renuncia de ciudadanía” por parte de los delinquentes que comprometen la convivencia ciudadana, sin con todo renunciar a la cualidad de persona). El caso argentino es interpretado en la línea de las *tragic choices* en ORCE, Guillermo. Derecho penal del enemigo: influencia de una idea negativamente cargada en la solución de casos límites. In: CANCIO-MELIÁ, Manuel; GÓMEZ-JARA DÍEZ, Carlos (org.) *Derecho penal del enemigo: el discurso penal de la exclusión*, v. 2, 2006, pp. 411-436.

<sup>697</sup> HÖRNLE, Tatjana. Deskriptive und normative... *Op. cit.*, pp. 89-90. Hamm, sin embargo, entiende que a descripción de *Jakobs* se limita a apuntar casos de anticipación de tutela todavía en fase de internalidad, HAMM, Rainer. Feindstrafrecht, Bürgerstrafrecht, Freundstrafrecht. In: RODE *et al.* (org.) *Neue Lust aufs Strafen*, 2005, pp. 105-132. Las repercusiones también hasta la imposición de penas patrimoniales, llevando el concepto de enemigo em materia penal a la extensión casi irrestricta del uso.

<sup>698</sup> Se afirma que la concepción del enemigo y la descripción de las estructuras normativas de anticipación de la punibilidad se dan como crítica sistemático-inmanente a la teoría del bien jurídico dominante, MORGUET, Geraldine. Feindstrafrecht... *Op. cit.*, p. 73.

Las estructuras normativas que se aproximan a los orígenes históricos de la discusión<sup>699</sup> y la interpretación que seguirán la evolución del sentido sugerido por el concepto de enemigo serán observadas en capítulos analíticos, buscando delimitar la manipulación de sentido normativo de esa modificación estructural del derecho penal, particularmente en la anticipación de la reacción penal, en los problemas de proporcionalidad, extensión del juicio de punibilidad y limitación de las tradicionales garantías procesales<sup>700</sup>.

La descripción obedece al mismo plano de la observación sociológica y visa aprender la especificidad funcional en cada uno de los capítulos sobre la repercusión en el combate a los delitos económicos y la laguna en cuanto a la punibilidad de las personas jurídicas, al tráfico de drogas, a los delitos sexuales y, con especial interés, en el combate al terror<sup>701</sup>.

La experiencia colombiana de Aponte y los paralelos en la experiencia británica con David Garland también serán objeto de observación. El análisis del comportamiento decisorio en esos casos permite avalar el sentido operacional adquirido por los conceptos, cuya procedimentalización puede indicar de un lado la mayor o menor especificidad funcional del derecho penal y

---

<sup>699</sup> JAKOBS, Günther. *Kriminalisierung... Op. cit.*, pp. 756-757.

<sup>700</sup> De modo general, la síntesis conceptual de la problemática y de las repercusiones de ella es elaborada como “tercera velocidad del derecho penal”, SILVA-SANCHEZ, Jesús-María. *La expansión del derecho penal... Op. cit.*, 162-163: “Ahora bien ¿significa esto que no debe quedar espacio alguno para un Derecho penal de *tercera velocidad*? Esto es ya más discutible, si tenemos en cuenta la existencia, al menos, de fenómenos como la delincuencia patrimonial profesional, la delincuencia sexual violenta y reiterada, o fenómenos como la criminalidad organizada y el terrorismo, que amenazan con socavar los fundamentos últimos de la sociedad constituida en Estado. Sin negar que “la tercera velocidad” del Derecho penal describe un ámbito que debería ser deseablemente reducido a la mínima expresión, aquí se acogerá con reservas la opinión de que la existencia de un espacio de Derecho penal de privación de libertad con reglas de imputación y procesales menos escritas menos estrictas que las del Derecho penal de la primera velocidad es, seguramente, en algunos ámbitos *excepcionales* y por tiempo limitado, inevitable”.

<sup>701</sup> Las repercusiones del modelo reciben tratamiento cualitativamente diverso en la rigurosa monografía del alumno de Jakobs, Polaino-Orts (POLAINO-ORTS, Miguel. *Derecho penal del enemigo... Op. cit.*, 2009), de la cual resulta nuevo *topoi* de argumentación para la operacionalidad del concepto en un “derecho penal del enemigo nuclear” (*Kernfeindstrafrecht*), compuesto por el análisis reflexivo de la constitución de cuadrillas o bandos armados, criminosos o terroristas, de los delitos de posesión y determinadas medidas de seguridad, POLAINO-NAVARRETE, Miguel. Por donde soplan actualmente los vientos del Derecho penal... *Op. cit.*, p. 483.

de otro medir el incremento o pérdida de la auto-comprensión del sistema jurídico-penal al comunicar la represividad en la decisión judicial.

Las pocas referencias sobre la materia<sup>702</sup> no superan los marcos normativos “indiciarios”: torturas y prácticas afines de investigación; creación de equivalentes a campos de concentración de hostilización a los enemigos (en alusión al caso Guantánamo); detención policial ostensiva y abusiva; penas excesivas, penas de muerte y proliferación de tribunales de excepción, atentatorios a los derechos humanos e derechos fundamentales. El propósito es traer una última inferencia sobre el sentido operacional de los conceptos de persona y enemigo reflexivamente al caso brasileño.

En Brasil parece existir una confusión del discurso de flexibilización de garantías, del discurso de la expansión<sup>703</sup> punitivista, con la legislación indiciaria de combate, sin hablar sobre el vacío en relación a la auto-comprensión, al incremento de la capacidad de prevención del derecho penal y estrategias de combate a peligros futuros, viabilizando el sentido operacional para la represividad, todos aspectos que serán en mayor o menor medida evidenciados en las repercusiones en subcapítulos.

Como hemos visto, en Jakobs la descripción de estructuras normativas propias de un derecho penal del enemigo correspondería a: (1) anticipación de la punibilidad de la conducta; (2) ausencia de proporcionalidad de la pena prevista entre la conducta anticipada y la conducta en sí considerada; (3) introducción de elementos de “combate” y “lucha” en los marcos legislativos; (4) flexibilización de garantías procesales<sup>704</sup>. Dos de las principales estrategias de

---

<sup>702</sup> A exemplo de GOMES, Luis Flávio; BIANCHINI, Alice. “Derecho penal” del enemigo y los enemigos del derecho penal. CANCIO-MELIÁ, Manuel; GÓMEZ-JARA-DÍEZ, Carlos (org.) *Derecho penal del enemigo: el discurso penal de la exclusión*, v. 1., 2006, pp. 949-976.

<sup>703</sup> O discurso da eficiência geraria uma racionalidade penal de *prima ratio*, APONTE, Alejandro. *Krieg und Feindstrafrecht... Op. cit.*, pp. 310 y ss.

<sup>704</sup> JAKOBS, Günther. “Das Selbstverständnis der Strafrechtswissenschaft vor den Herausforderung der Gegenwart”. In: ESER, Albin *et al* (org) *Die Deutsche Strafrechtswissenschaft vor der Jahrtausendwende*. München: Beck, 2000, pp. 51-52.

antecipación de la punibilidad de la conducta se identifican con los delitos de asociación y la técnica de los delitos de posesión, en adelante especificados.

## 1.1. El problema de los delitos de asociación

En Brasil, dos recientes reformas legislativas introdujeron una nueva configuración a los delitos de asociación. En la Ley 12.694/2012 se presentó una definición del delito de “organización criminal” en el ordenamiento brasileño, considerada como “asociación de 3 (tres) o más personas, estructuralmente ordenada y bajo división de tareas, aunque informalmente, con el objetivo de obtener ventaja de cualquier naturaleza, para la práctica de injustos penales cuya pena máxima abstracta prevista sea igual o superior a 4 (cuatro) años o que presenten un carácter transnacional. La ley, sin embargo, hecha muy a la sazón de las contingencias, dejó de concibir las normas sancionadoras, limitando el alcance de su aplicación a los procedimientos penales.

Un año después, la normativa brasileña finalmente definió “organização criminosa” (art. 1º, § 1º, Ley n. 12.850/2013), considerando organización criminal la asociación de cuatro o más personas, siempre que estén bajo ordenación estructural y tengan división de tareas. Se extiende el concepto a la organización informal, desde que con el objetivo de obtener – directa o indirectamente – ventaja de cualquier naturaleza, a partir de la práctica de injustos penales cuya pena máxima abstracta prevista sea superior a 4 (cuatro) años, o que de ellos se permita evidenciar su carácter transnacional. Esa definición vino para suplir las deficiencias en su configuración, referida al Tratado de Palermo<sup>705</sup>.

La innovación legislativa trajo, por tanto, elementos típicos, a partir de que se torna posible diferenciar la antigua figura “quadrilha ou bando” del art. 288, Código Penal. Es decir, no solo que el injusto tenga previsión de pena máxima abstracta superior a 4 años o carácter transnacional, exigencia formal de cuatro o

---

<sup>705</sup> Especialmente en los debates de la Suprema Corte brasileña, por fuerza del HC 97.006-STF (Rel Min Marco Aurelio, 12.06.2012), se discutieron cuestiones de legalidad en la internalización del Tratado y sus límites en la innovación típica del “crimen organizado”.

más personas – y no solamente tres –, especificación de la finalidad delictiva (no solamente cometer delitos, sino también obtener ventaja, además de ordenación y división de tareas. La descripción de la conducta típica (art. 2º, Ley n. 12.850/2013) pasa a ser “promover, constituir, financiar o integrar, personalmente o por persona interpuesta, una organización criminal”, con pena de reclusión, de 3 (tres) a 8 (ocho) años.

Pero es desde las Reformas introducidas por la Ley Orgánica LO 5/2010 en España, cuando las consecuencias y la interpretación doctrinaria gana mayor repercusión en términos de observación del sentido operacional de los conceptos de enemigo y persona. El nuevo capítulo del Código Penal español configuró, según la interpretación doctrinaria de Polaino-Orts, una nueva “faz” de los delitos de organización: “Desde el punto de vista dogmático reciben la denominación de delitos de organización aquellas figuras consistentes en la agrupación de varias personas (generalmente: dos o más, o tres o más, según los ordenamientos) con el fin de cometer un delito ulterior. Se les llama delitos de organización porque el injusto consiste, precisamente, en la conformación de una organización idóneamente delictiva, esto es: de una empresa idónea para cometer delitos y cuya finalidad es la comisión de futuros injustos. A estas figuras se les denomina también delitos de estatus, pues en ellos se sanciona a unos sujetos por el hecho de pertenecer a la organización, o sea: por tener el estatus de ser miembros de la mencionada organización”<sup>706</sup>.

Los delitos de organización en la legislación española se han dividido tradicionalmente en asociaciones ilícitas y en bandas armadas o terroristas. Además del mantenimiento y actualización de los delitos de reunión,

---

<sup>706</sup> “Al margen de la reunión y la manifestación ilícita (que no constituyen propiamente tipos de organización, sino más bien supuestos de extralimitación o abuso en el ejercicio del derecho constitucional de reunión), podríamos decir, en una resumida visión de conjunto, que coexisten en esta sede, al menos, cuatro modelos de delitos de organización: Asociación ilícita (art. 515); Organización criminal (art. 570 bis); Grupo criminal (art. 570 ter) y; Organización o grupo terrorista (art. 571)”. Polaino-Orts añade una quinta opción, la macroorganización criminal y macrogrupo criminal, una figura poco o nada determinada que en que agrupamientos serían conformados por un “elevado número de personas”. POLAINO-ORTS, Curso de derecho penal del enemigo, lección 9.

manifestación y asociación ilícita, para esta tesis lo que más importa son las novedades en lo que concierne a los posibles vínculos entre las organizaciones y grupos terroristas.

Según la crítica de Polaino-Orts, los elementos básicos de la figura (elementos asociativos y la orientación subjetiva por la práctica delictiva) son insuficientes para dimensionar las múltiples posibilidades de observación del injusto de asociación, ya que esos elementos serían neutrales *per se*. Lo que les performa en sentido jurídicos es el hecho de que se trata de un “grupo socialmente desestabilizador que ya genera, *de facto*, una conmoción de las bases del Estado”, es decir, comunican una “lesión actual de la seguridad cognitivo-normativa”. Desde esa observación es que se reconoce el contenido del injusto de asociación, la cual, a partir de esa construcción social de sentido, tendría que ser identificada por el derecho penal como un “foco de peligro” al “ciudadano que ejerce sus derechos y cumple sus obligaciones”.

Polaino-Orts, siguiendo las estructuras normativas descritas por Jakobs como siendo propias de un derecho penal del enemigo, capta ahí también la lógica de la antelación de la intervención punitiva. En una síntesis de “síntomas objetivos de peligrosidad criminal”, o peligro manifiesto. Si se le llega a añadir a su concepción la noción de peligro latente, la justifica para la “restricción (parcial) de la esfera de personalidad” en función de la preservación de la “mínima seguridad colectiva” y “confianza en la vigencia de las normas”.

Conceptualmente, la desestabilización social provocada por determinar las variaciones de la imputación normativa. No de otra forma, Polaino-Orts se vale de eso para fundar una interpretación funcionalista del injusto de asociación criminosa: “(...) el fundamento de la agravación no debe provenir de la naturaleza del delito perseguido (esto es: del hecho de que atente contra un bien personalísimo) sino de la gravedad del delito, o más concretamente: del efecto desestabilizador que ese delito cause en la Sociedad. En consecuencia, el legislador crea en este tipo ultraagravado más focos de peligros de los que



realmente hay, de manera que hace un uso indiscriminado y antigarantista del Derecho penal del enemigo, tratando al fin y al postre a sujetos como enemigos cuando no lo son. La propuesta funcionalista (JAKOBS, POLAINO-ORTS) de reducir ese ámbito de Derecho excepcional y limitarlo a aquellos casos (como el de los violadores o el de los sicarios) en los que conste fehacientemente la realidad de sus propósitos criminales es incomparablemente más garantista y acorde al Estado de Derecho que la solución indiscriminada por la que opta el legislador español de 2010. Por ello, y en buena lógica debería limitarse la aplicación de este tipo ultraagravado exclusivamente a aquellos delitos graves que causen, por su especial gravedad, una acentuada desestabilización social. En los demás supuestos, esta norma más agravada es excesiva y desproporcionada”.

El recurso a la técnica del derecho penal del enemigo para las organizaciones criminales, según la interpretación de Polaino-Orts, debería estar limitado a casos en que efectivamente se identifica la figura de alguien que rechaza, comunicativamente, la identidad normativa de la sociedad. Es decir, el derecho penal del enemigo no está autorizando el empleo indiscriminado de las asociaciones criminales como figuras de combate a un enemigo. Antes de eso, lo que propone Polaino-Orts es echar la mirada a una interpretación funcional que viabilice la consolidación de medidas que se anticipan a las etapas de la progresión criminosa para prevenir peligros futuros, “afianzando la seguridad cognitiva de los ciudadanos en la función orientadora de la norma”, y que pueden llevar a prácticas institucionales más cercanas a lo que Günther Jakobs describió como derecho penal del enemigo.

Definir el sentido normativo de lo que representa una falta de reconocimiento de la identidad normativa de la sociedad sigue siendo, sin embargo, un ejercicio delicado de atribución de sentido operacional a los conceptos. En la mayoría de los casos, la vaguedad y ambigüedad del concepto de organización criminal no ofrece un rechazo a la identidad de la sociedad, sino que más bien reflejan una subcultura, una derivación de esa identidad establecida en las comunicaciones de la sociedad que no necesariamente llega a representar

una negativa de la identidad que le caracteriza a las comunicaciones de una sociedad.

Con base en ese nivel de consciencia cualitativamente distinta a la de Jakobs, los límites de legitimación de la intervención penal conducen las ideas de Pawlik, como hemos demostrado *supra*, a una categorización diferenciada: el “enemigo reconocido” y la elaboración racional de un “nuevo derecho de prevención”<sup>707</sup>. En las ideas de Pawlik, discípulo más preminente de Jakobs, ese nuevo derecho de prevención no permite ultrapasar el paradigma de la guerra a otros ámbitos conflictivos, como en el caso de la asociación criminosa.

El recurso a la técnica de los delitos de asociación, caso haya que reconocerles sus estructuras normativas propias de un derecho penal del enemigo, no solamente deben someterse a la intensiva verificación de sus límites de legitimación, sino también de su adecuación a la lógica de un nuevo derecho de prevención que no reduzca la personalidad del enemigo, si es el caso de mantener cierta fidelidad a la propuesta desarrollada por Pawlik. Para superar la limitación vista por Pawlik de no admitir la relación entre asociación terrorista y asociación criminosa, tendríamos que conectar esa propuesta extendida de una dogmática de un nuevo derecho de prevención válido para asociaciones terroristas y criminales a un sofisticado sistema de inteligencia de información y seguridad internacional.

En lugar de la mera derivación de un paradigma de desestabilización social o inseguridad cognitiva, lo que no solamente dejaría poroso el concepto de enemigo, sino que también abriría las posibilidades para un indeseable “mal uso” del concepto”, Pawlik preserva una firme convicción de que la anticipación de la intervención punitiva recomienda un intenso trabajo dogmático de búsqueda de sus finalidades legítimas y con medios legítimos. Pawlik proporciona críticas incisivas al universo abstracto de la seguridad de la sociedad, que pueden dejar abierto un espacio para medidas preventivas que vulneran los límites concretos

---

<sup>707</sup> En apreciación crítica a la posición de Pawlik, JAKOBS, Günther. Sobre la teoría... *op. cit.*, pp. 42-44.

de la dogmática jurídico-penal<sup>708</sup>. Así como se critica en la técnica de los delitos de posesión, aquí también vale que “la mera adquisición en sí de habilidades peligrosas no está en el mismo nivel de realización de riesgo que corresponda a una conducta apta a convertirse indiscriminadamente en un peligro concreto o en lesión a otros”<sup>709</sup>.

---

<sup>708</sup> “La función que para el derecho penal material cumple el principio de la culpabilidad – expresión de respecto al *status* de ciudadano del apenado – es desempeñada en el derecho procesal penal por el principio de la *proporcionalidad*”, PAWLIK, Michael. O terrorista... *op. cit.*, p. 130.

<sup>709</sup> PAWLIK, Michael. O terrorista... *op. cit.*, p. 132.

## 1.2. Elementos esenciales de los delitos de posesión

La relevancia de una descripción objetiva de la técnica de los delitos de posesión se justifica no solamente porque allí se discute la necesidad de sistematización de la teoría del delito, diferenciándola conforme distintos sectores específicos del derecho penal, sino también porque se afronta el régimen de necesidad de intervención penal con recurso a la anticipación de la tutela punitiva. Aunque haya manifestaciones remotas en la historia de las ideas jurídicas<sup>710</sup>, el tema sigue siendo actual y merece consideraciones respecto a su desarrollo teórico e interpretación jurisprudencial, especialmente de algunos problemas situados en la anticipación punitiva en relación a las progresiones propias de la tentativa punible.

Asumiendo la necesidad de introducir en los ordenamientos jurídicos medidas de carácter esencialmente preventivo, la injerencia en el itinerario del delito ha provocado modificaciones estructurales profundas en el sistema jurídico-penal, afectando directamente la condición jurídica de la persona y la revisión del dogma de la acción. Esas medidas preventivas frecuentemente recomiendan técnicas como las de delitos de *status* y de *condición*, sin ofensa a la culpabilidad o con mera referencia abstracta al peligro de conducta, las cuales, incluso en la práctica, resultan en soluciones cómodas a la mentalidad de investigación y a la garantía incondicional de seguridad de la sociedad. El estudio de la técnica de los delitos de posesión se posiciona en la misma línea de preocupación con las exageraciones y la falta de comprensión de la institucionalización de la violencia, en la exacta medida en que se hace necesaria

---

<sup>710</sup> En detalles sobre las referencias históricas, ECKSTEIN, Ken. “Grundlagen und aktuelle Probleme der Besitzdelikte: EDV, EU, Strafrechtsänderungsgesetze, Konkurrenzen”. In: *Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft*, n. 117, 2005, p. 107. SCHROEDER, Friedrich-Christian. “La posesión como hecho punible”. Trad. Miguel Polaino-Orts. In: SCHROEDER, Friedrich-Christian (org.). *Fundamentos y dogmática penal*. Buenos Aires: Ad Hoc, 2013, p. 98-99.

la crítica al discurso de combate a la impunidad que está en el epicentro de la “policialización”<sup>711</sup> de la sociedad, tal cual lo señala Jakobs.

Aunque no exista propiamente la denominación “delitos de posesión”, determinados elementos expresan una tendencia a la tipificación orientada por medios para cometerse un delito, antes incluso del alcance de determinados resultados o que esos medios sean efectivamente empleados para provocar una lesión. Eberhard Struensee califica como delitos de posesión aquellos que “describen expresamente la conducta punible como ‘poseer’ una cosa incriminada (= objeto corporal)”, además de que “vinculan materialmente la punibilidad a la mera posesión de una cosa” o aun vinculando esa posesión a “un cierto uso para esos objetos (...), ‘exponer a la venta’, ‘tener en disponibilidad’ o ‘tener en custodia’”<sup>712</sup>.

En lugar de la tradicional distinción entre normas de comportamiento (precepto primario) y normas de sanción (precepto secundario), hay una formulación de tipos penales en la que la intimidación propia de las normas de sanción deja de vincularse a un precepto primario que identifica una conducta. La técnica de la tipificación de la posesión lleva en consideración los efectos conexos que la posesión de determinados objetos puede adquirir, alcanzando un nivel normativo delicado. La atribución de responsabilidad penal puede significar tanto la incriminación de un mero juicio de probabilidad (ingresa en el ámbito de la tipicidad subjetiva, incidiendo sobre la voluntad objetivamente no realizada)

---

<sup>711</sup> Así como en la crítica elaborada por Günther Jakobs, las apelaciones por seguridad en relación a peligros futuros acaban introduciendo mecanismos de prevención especial – medidas de seguridad – en relación a eventos futuros, en manifiesta “policialización” del derecho penal, JAKOBS, Günther. “Sobre la teoría del derecho penal del enemigo”. Trad. Miguel Polaino-Orts. In: JAKOBS, Günther; POLAINO-ORTS, Miguel (org.). *Persona y enemigo: teoría y práctica del derecho penal del enemigo*. Lima: Ara, 2011, p. 41. Silva-Sánchez también es crítico de ese modelo de “Estado vigilante” o “Estado de la prevención”: “en ese contexto policial-preventivo, la barrera de intervención del Estado en las esferas jurídicas de los ciudadanos se adelanta de modo substancial. En efecto, las intervenciones de inspección (supervisoras, de control) pueden ser puramente ‘rutinarias’: de hecho, para iniciar una inspección no se exige la justificativa de la existencia de indicios concretos de peligro para el orden administrativo-policial”, SILVA-SÁNCHEZ, Jesús María. *A expansão do direito penal: aspectos da política criminal nas sociedades pós-industriais*. Trad. L. O. Oliveira Rocha. 3. ed. São Paulo: RT, 2013, p. 165.

<sup>712</sup> STRUENSEE, Eberhard. “Os crimes de posse”. Trad. José Danilo Tavares Lobato. In: *Revista Liberdades*, n. 12 (en/abr.2013).

como la redundancia de determinadas ofensas, al considerar punible la mera desobediencia (la punibilidad de la posesión se agota en la propia infracción de deber).

En un principio, la clasificación de los delitos de posesión estaba limitada a describir el simple hecho de poseer un objeto, independiente de su uso o de la verificación empírica del peligro, como comportamiento punible. Sin embargo, para calificar un delito de posesión no es necesario que haya mención literal a las expresiones “posesión” o “poseer”. “Lo decisivo”, así en Ken Eckstein, “es si hay creación de una situación de punibilidad en que una persona de hecho manifestaba el dominio sobre un objeto”<sup>713</sup>. Esa situación de dominio punible de un objeto es presupuesto tanto para acciones en que hay expresa previsión de la “posesión” o del “poseer” cuanto en elementos normativos del tipo que describen otras formas posibles de relación punible con el objeto, incorporando en las estructuras típicas una condición de dominio efectivo de objetos vinculados a contextos delictivos.

Eckstein ofrece una serie de ejemplos a partir del derecho alemán: “empleo de violencia de hecho”, “conducir”, “mantener a la disposición”, “guardar”, “almacenar”<sup>714</sup>. “Ofrecer” o “exponer a la venta” son expresiones usualmente utilizadas en textos legislativos, pero no siempre establecen vínculos lógicos con una acción, mínimamente para justificar la alteración en la comprensión de la tentativa punible, sin reducirla a mera condición de posesión<sup>715</sup>.

---

<sup>713</sup> ECKSTEIN, Ken. *Grundlagen... op. cit.*, p. 108. Claus Roxin critica expresamente la tesis de Eckstein: “mucho menos será necesario, como hace Eckstein, partir exclusivamente del *dominio subjetivo fundamentador del juicio de reproche de la culpabilidad*. Aunque esa construcción satisfaga los parámetros del Tribunal Constitucional Federal alemán, profundizándose la cuestión, queda claro que se trata apenas de saber si una amenaza penal es compatible con el principio de la culpabilidad. Debe aclararse que la detención voluntaria del poder del hecho criminoso es un injusto objetivo que únicamente justifica un juicio de reproche de la culpabilidad caso estén presentes todos los presupuestos generales vigentes”. ROXIN, Claus. “Os crimes de posse”. Trad. José Danilo Tavares Lobato. In: *Revista Liberdades*, n. 12 (jan/abr.2013).

<sup>714</sup> ECKSTEIN, Ken. *Grundlagen... op. cit.*, p. 108.

<sup>715</sup> ECKSTEIN, Ken. *Grundlagen... op. cit.*, p. 109.

La tesis de Eckstein, por lo tanto, abarca la técnica de los delitos de posesión más para allá de una mera transformación del paradigma de la acción. Aunque antes de la acción ya se justifique una intervención propiamente en el ámbito de actos preparatorios<sup>716</sup>, sus parámetros de legitimación no se encuentran en la mera detención de objetos indispensables a la comisión de determinado delito, sino que en un concepto de alcance lógico más amplio (*Oberbegriff*), interpretado<sup>717</sup> en función del contexto de la acción y de las circunstancias que permiten ecuacionar la extensión del peligro que el objeto representa para la comisión de delitos.

Por lo tanto, el concepto de delitos de posesión se refiere a incriminaciones a partir de la introducción de la técnica de la descripción del tipo con base en la reprobación penal de la posesión de instrumentos para el cometimiento de delitos, tomando la referencia semántica de que determinado resultado socialmente dañoso puede llegar a ocurrir, en la mejor acepción de los delitos de peligro abstracto<sup>718</sup>.

La introducción de esa técnica de tipificación penal de la posesión acaba generando padrones legislativos (*standards*) de repercusión internacional. Por eso, la estandarización de la anticipación de la intervención punitiva también puede ser comprendida como un momento de expansión del derecho penal, al forzar contextos de adopción de padrones internacionales con amplia aceptación en varios ordenamientos, con énfasis en el recurso a delitos de peligro abstracto<sup>719</sup>. En esa íntima relación entre la técnica de tipificación de la posesión

---

<sup>716</sup> “(...) La posesión no constituye más que ‘la preparación de un delito propio o la participación en uno ajeno que todavía se halla en fase preparatoria’”, NESTLER, Cornelius. “El principio de protección de bienes jurídicos y la punibilidad de la posesión de armas de fuego y de sustancias estupefacientes”. In: *La insostenible situación del derecho penal*. Granada: Comares, 2000, p. 66. Schroeder discuerda de ese posicionamiento, recobrando la necesidad de establecer los límites en que se opera la intencionalidad de posterior perpetración del delito y la manifestación “exclusivamente del peligro” de la posterior perpetración de delitos, SCHROEDER, Friedrich-Christian. *La posesión... op. cit.*, p. 103.

<sup>717</sup> ECKSTEIN, Ken. *Grundlagen... op. cit.*, p. 109.

<sup>718</sup> SCHROEDER, Friedrich-Christian... *op. cit.*, pp. 100-101.

<sup>719</sup> SILVA SANCHEZ, Jesús-María. *A expansão do direito penal: aspectos da política criminal nas sociedades pós-industriais*. Trad. Luiz Otavio de Oliveira Rocha. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013, pp. 97 e ss., 106 e ss.; diferenciando la noción de expansión extensiva

y los delitos de peligro abstracto, Cornelius Nestler se contrapone no apenas a la renuncia a la materialidad del daño o a los déficits de prueba de causalidad, sino también a la “promesa de utilidad” que el potencial semántico de esos delitos aportan a la persecución penal<sup>720</sup>.

Por otro lado, se puede atestar la poca funcionalidad de las normas penales si la respuesta penal deja de intervenir en el curso del delito, esperando el momento oportuno de reacción hasta que la utilización de objeto peligroso efectivamente se realice. Eso ocurre porque el límite entre la utilidad de la incriminación de la posesión y la capacidad de prevención racional con recurso a la debida precaución es bien sutil. Muchas veces se confunde el potencial semántico de la prevención del peligro<sup>721</sup> con la retórica del miedo y la formulación populista de leyes del pánico<sup>722</sup>. Es necesario un poco más de cuidado para restablecer las relaciones de confianza en la sociedad con base en

---

(nuevos campos de incriminación) e intensiva (nuevos instrumentos dogmáticos), David. FELIP I SABORIT, David. “Observaciones a la expansión diez años después”. In: ROBLES PLANAS, Ricardo *et al* (org). *La crisis del derecho penal contemporáneo*. Barcelona: Atelier, 2010. p. 64-65. Intenté discutir la formulación de *international legal standards* en SAAD-DINIZ, Eduardo. “Fronteras del normativismo: a ejemplo de las funciones de los programas de *compliance*”. In: *Revista da Faculdade de Direito da USP*, n. 108, 2013, pp. 422 e ss.

<sup>720</sup> NESTLER, Cornelius. El principio de protección... *op. cit.*, p. 64.

<sup>721</sup> En otra ocasión, pude discutirse esa cuestión del potencial semántico del peligro despertado por la conducta en la técnica de los tipos penales cumulativos, que “implica reconsideraciones en el ámbito de la objetividad de la conducta (la conducta es la conducta y su sentido) y de la aprehensión de los cursos causales que despiertan el juicio de responsabilidad (...). La captación del sentido social se sirve de la construcción ‘artificial de la discontinuidad’ del sentido de la conducta, creando una trama de responsabilidad en solidaridad. Esa captación de sentido de los cursos casuales resuelve la ausencia de complejidad de la reacción penal. Ella facilita la superación de comportamientos aparentemente insignificantes, pero cuyas estructuras latentes informan el grado de inestabilidad normativa producido por la conducta aparentemente inofensiva”. SAAD-DINIZ, Eduardo. “Uma posição sobre os tipos penais cumulativos”. In: SAAD-DINIZ, Eduardo; POLAINO-ORTS, Miguel (org). *Teoria da pena, bem jurídico e imputação*. São Paulo: LiberArs, 2012, p. 154. En una crítica a los delitos cumulativos, más próxima a un derecho de intervención (W. Hassemer) o incluso de dos velocidades (J. M. Silva Sánchez), OLIVEIRA, Ana Carolina Carlos de. “A tutela (não) penal dos delitos de acumulação”. In: *Revista Liberdades*, n. 14 (set/diez 2013). Nestler aproxima la lógica de la acumulación a la técnica de tipificación de la posesión en la suposición del peligro de “desobediencia en masa” de comportamientos prohibidos, NESTLER, Cornelius. El principio de protección... *op. cit.*, p. 76.

<sup>722</sup> SUNSTEIN, Cass. *Laws of Fear: Beyond the precautionary principle*. Cambridge: Cambridge University Press, 2005, pp. 13 e ss.



límites de legitimación<sup>723</sup>. De cualquier forma, la idea rectora de prevención que justificaría la anticipación de la punibilidad recibe contornos dogmáticos específicos dependiendo del ámbito de incidencia de la norma penal.

Sin embargo, la tipificación de la posesión como elemento punible no representa apenas una anticipación de la tutela punitiva. Friedrich-Christian Schroeder reconoce en la técnica de los delitos de posesión una dupla expansión y anticipación: “una primera expansión se produce en la punibilidad de la mera utilización de objetos peligrosos sin llevar en cuenta su resultado, como, por ejemplo, la utilización ilegal de explosivos y armas de fuego. La segunda ampliación consiste en someter la pena ya a una mera posesión de determinados objetos”<sup>724</sup>.

Esa cuestión de la anticipación de la tutela también recibió un análisis específico en Miguel Polaino-Orts<sup>725</sup>, pero con la mirada a medidas que se anticipan a las etapas de la progresión criminosa para prevenir peligros futuros, “afianzando la seguridad cognitiva de los ciudadanos en la función orientadora

---

<sup>723</sup> También en relación a los tipos penales cumulativos, fue tomada una posición en sentido semejante: “No es que la represividad se dedique a comunicar reacción penal a la insignificancia de modo indiscriminado. La lógica de la cumulatividad es estimulada por el sentido social de la confianza y calibra la reacción penal en la medida del comportamiento de los ‘portadores de confianza’. El derecho penal orientado a la prevención busca la reducción de la complejidad de los efectos de la cumulatividad, rescatando posibilidades viables de reacción frente a conductas que el discurso tradicional calificaría irrelevantes, pero que están clavadas en la dinámica de la sociedad y carecen de respuesta jurídico-penal. La viabilidad de esa construcción de sentido no se da por mecánica absorción de incertezas o ‘sensaciones’ de la sociedad. La lógica de la cumulatividad no escapa a la lógica de la razonabilidad ni opera los procesos de atribución de responsabilidad libre de criterios dogmáticos definidos, exigiendo de la represividad el juicio de reprobación penal de la conducta”, SAAD-DINIZ, Eduardo. *Uma posição... op. cit.*, pp. 154-155.

<sup>724</sup> SCHROEDER, Friedrich-Christian. *La posesión... op. cit.*, p. 100.

<sup>725</sup> “Las diversas técnicas de anticipación penal (esto es, la tentativa delictiva, la incriminación autónoma de actos preparatorios o de tentativa como delitos consumados, la configuración de tipos de emprendimiento, de delitos obstáculo, etc. (...); todas ellas criminalizan comportamientos que se alejan del paradigma de la lesión de un bien jurídico *individual*, introduciendo – de manera proporcional a ese alejamiento – una *perspectiva social o general*”, POLAINO-ORTS, Miguel. *Lo verdadero y lo falso en el derecho penal del enemigo*. Lima: Grijley, 2009, p. 351.

de la norma”, y que pueden llevar a prácticas institucionales más cercanas a lo que Günther Jakobs describió como derecho penal del enemigo<sup>726</sup>.

Tal vez por eso Polaino-Orts prefiera la clasificación como “anticipación triple” o “relajamiento flexibilizador” de su estructura normativa, que da mayor énfasis a la peligrosidad y a las modificaciones estructurales de las normas penales: (a) el paradigma de lesión verificada es sustituido por el paradigma de la imputación de peligrosidad *iuris et de iure*, a la indiferencia del empleo del objeto; (b) reformulación del concepto de acción; (c) reformulación del concepto de resultado, con referencia a delitos de peligro abstracto, tipos de mera desobediencia, con incriminación de posesión no autorizada de objetos, o aun tipos de mera actividad<sup>727</sup>.

En todos esos casos, vale la identificación de determinados objetos que representan focos de peligro, que semánticamente indican la exposición de bienes jurídicos a riesgos específicos que recomiendan estrategias de naturaleza político criminal legislativa, o riesgos genéricos à seguridad, como interpretado en la línea normativista de Polaino-Orts y Jakobs, que justifican la misma lógica de criminalización del peligro representado por la posesión.

Partiendo desde la perspectiva eminentemente político-criminal, Schroeder desarrolló una clasificación didáctica que permite comprender la técnica de los delitos de posesión en relación a su utilidad práctica y en función de los varios tipos de punibilidad da detención de objetos: (1) tipificación de delitos “puros” de posesión, centrados en incriminaciones a partir de determinados “objetos de por si peligrosos”; (2) posesión con “intención de utilización”, que se refieren a sospecha de peligro despertada cuando de la posesión de algunos objetos<sup>728</sup>; (3) posesión como “preparación”, en que “se

---

<sup>726</sup> POLAINO-ORTS, Miguel. Lo verdadero y lo falso... *op. cit.*, p. 352.

<sup>727</sup> POLAINO-ORTS, Miguel. Lo verdadero y lo falso... *op. cit.*, p. 408.

<sup>728</sup> En ese caso, Schroeder ilustra con la “posesión de documentos peligrosos” tipificada en Alemania, que evidencia la intención de utilización como “tendencia interna transcendente” para utilización propia o para que tercero lo utilice, SCHROEDER, Friedrich-Christian. La posesión... *op. cit.*, p. 101.

circunscribe la posesión de objetos a un estado de realización del delito”, reportándose más propiamente a la intervención directa en tentativas punibles justificada por la detención de objetos necesarios a la práctica del delito, hipótesis en que se opera la anticipación a un “estado delictivo amplio y peligroso de la preparación mediante una concreción” de la acción<sup>729</sup>; (4) posesión como incentivo de producción, en que la posesión de objetos de dudosa legitimación moral en la sociedad significaría un estímulo a la propia producción de esos objetos, como si pudiesen ser incentivados por la creación de demanda<sup>730</sup>.

Respecto de la indiferencia del nivel de punibilidad de la tentativa y de la legitimidad de la anticipación de la tutela penal, Schroeder puntúa que la técnica de los delitos de posesión manifiesta una finalidad netamente práctica de facilitación de los medios de prueba, dejando exenta la exigibilidad de prueba de la adquisición de los objetos<sup>731</sup>. Sin embargo, se entiende que el manejo práctico de las pruebas en la persecución penal demanda una restricción necesaria de las formas de actuación del Estado en el proceso de producción de pruebas, en que las acusaciones generan “alta probabilidad de no corresponder a la hipótesis fáctica”<sup>732</sup>.

---

<sup>729</sup> Schroeder tampoco deja de reconocer la preparación como delito de intención, ya que es igualmente necesaria la comprobación del planeamiento previo de un delito concretamente especificado.

<sup>730</sup> SCHROEDER, Friedrich-Christian. La posesión... *op. cit.*, pp. 101-103. Nuria Pastor Muñoz propone otra clasificación: (1) delitos de posesión peligrosa de objetos peligrosos; (2) delitos de posesión de objetos que pueden ser utilizados peligrosamente; (3) delitos de posesión con intención de practicar delitos; (4) delitos de posesión de objetos idóneos para la práctica de delito; (5) delitos de *status*, en que los delitos de posesión se vinculan a delitos de asociación criminal; (6) delitos de posesión con proveniencia delictiva, PASTOR MUÑOZ, Nuria. *Los delitos de posesión y los delitos de status: una aproximación político-criminal y dogmática*. Barcelona: Atelier, 2005, pp. 48 e ss. Polaino-Orts también analiza las consecuencias dogmáticas de esa clasificación, diferenciando las cinco primeras como “lógica de anticipación” y la última como “lógica post-consumación”, POLAINO-ORTS, Miguel. *Lo verdadero y lo falso... op. cit.*, pp. 406-407.

<sup>731</sup> SCHROEDER, Friedrich-Christian. La posesión... *op. cit.*, p. 104.

<sup>732</sup> Pastor encuentra en los mecanismos procesales argumentos incisivos contra la técnica de los delitos de posesión: “Ante el temor de que posibles imputaciones penales se construyan de modo apócrifo, se debe reconocer que los crímenes de posesión integran un ámbito particularmente apto a la manipulación de la prueba. Para que haya un fraude en términos probatorios, basta imaginar la posibilidad de que un servidor público desleal, de cualquiera de las agencias de persecución penal, disponga, además del dolo, de todos los medios necesarios para montar una escena con rastros “criminales”, lo que será corroborado por el surgimiento de

Esas distinciones técnicas de formulación político-criminal, cada vez más frecuentes en legislaciones alrededor del mundo, fueron verificadas por Eckstein a partir de sus consecuencias dogmáticas. Si lo que importa deja de ser un comportamiento humano (acción/omisión), el manejo dogmático de esa situación de posesión genera una serie de dificultades: la punibilidad de la posesión do objeto debe tomar como presupuesto la acción u omisión en él fundada o por él condicionada<sup>733</sup>. Esa fórmula, en principio, remetería a un delito de resultado y en carácter de permanencia. Sin embargo, como ya había sido demostrado por Schroeder, la noción de posesión ganó terreno en el derecho penal justamente por facilitar los mecanismos de persecución penal.

La aplicación práctica de los delitos de posesión se alinea a la indicación abstracta de la posesión, de tal forma que la punibilidad se extiende de un comportamiento humano a la “condición creada por un individuo”<sup>734</sup>. Con base en esas razones, Eckstein demarca los límites dogmáticos en que es instrumentalizada la técnica de la posesión: aunque los tipos penales de posesión sean delitos de estado o situación (*Zustandsdelikte*) y no estén necesariamente vinculados al paradigma de la acción/omisión, la interpretación de su punibilidad no deja de tomar como referencia dogmática el comportamiento humano relacionado a la posesión del objeto<sup>735</sup>, además de las conexiones posibles entre la posesión como fuente de peligro y el comportamiento permiten evidenciar al intérprete sus elementos subjetivos, reforzando la diferenciación entre la

---

testigos “idóneos” y por la implantación, en la escena delictiva, de instrumentos o sustancias de gran movilidad, cuya mera posesión ya constituya un delito de per se, como, por ejemplo, armas de fuego, drogas, objetos aptos a la falsificación de moneda, documentos, cosas robadas etc. (...) Es cierto que la mera invocación de un supuesto peligro, incluso, abstracto, es cotidianamente apta a fundamental la intervención del violento y desafortunado aparato represivo estatal, luego, con mucha más razón, la posibilidad de que ocurra una manipulación probatoria debe servir para que se descarte el uso de esa modalidad de intervención represiva”. PASTOR, Daniel. “Problemas processuais dos crimes de posse”. Trad. José Danilo Tavares Lobato. In: *Revista Liberdades*, n. 12 (jan/abr.2013). Lobato sigue en el mismo sentido: “no se puede aceptar que la tipificación de la posesión se convierta en una productiva aproximación entre el Poder Legislativo, la Policía Judicial y la Fiscalía, con fines de facilitar la cosecha de material probatorio incriminador”, LOBATO, José Danilo Tavares. “Panorama dos crimes de posse”. In: *Revista Liberdades*, n. 12 (jan/abr.2013).

<sup>733</sup> ECKSTEIN, Ken. *Grundlagen... op. cit.*, p. 110.

<sup>734</sup> ECKSTEIN, Ken. *Grundlagen... op. cit.*, p. 112.

<sup>735</sup> ECKSTEIN, Ken. *Grundlagen... op. cit.*, p. 112.

posesión punible y la mera posesión<sup>736</sup>, en si “neutral”<sup>737</sup> y que puede apenas reportarse a objetos peligrosos necesariamente utilizados para viabilizar la propia dinámica de la vida en sociedad.

Claus Roxin, a su modo, apoyándose en un precedente del Tribunal Constitucional Federal alemán (caso de posesión no permitida de hachís<sup>738</sup>) y en la fundamentación de la posesión (detención del poder de hecho) como manifestación de la personalidad suficiente para el concepto jurídico-penal de comportamiento (cfr. *supra* nota 4), no encuentra objeciones dogmáticas ni constitucionales a la técnica de los delitos de posesión<sup>739</sup>; el problema estaría concentrado apenas en su legitimación político-criminal y en la vulneración o exposición (inmediata) de bienes jurídicos<sup>740</sup>.

Con mayores detalles, Otto Lagodny recobra la carencia de aplicación de garantías constitucionales en la aplicación de la técnica de los delitos de posesión<sup>741</sup>. En otro sentido, además de imponer los límites dogmáticos propios del derecho penal, Eckstein también lleva la técnica de los delitos de posesión a

---

<sup>736</sup> ECKSTEIN, Ken. Grundlagen... *op. cit.*, p. 114. Según Schroeder, no se trata de violación de deber, sino de violación de posesión. SCHROEDER, Friedrich-Christian. La posesión... *op. cit.*, p. 111. Roxin critica expresamente la noción de Schroeder, por entender que acción es manifestación de la personalidad, ROXIN, Claus. Os crimes de posse... *op. cit.*

<sup>737</sup> NESTLER, Cornelius. El principio de protección... *op. cit.*, p. 65.

<sup>738</sup> “El Tribunal Constitucional Federal alemán puntuó también que: ‘no es algo que pueda ser extraído de la Ley, ya a nivel del mero Derecho Penal, que el concepto jurídico-penal de acción exija un movimiento corporal causado por acto voluntario y, por consiguiente, la posesión vaya a ser considerada como un estado vacío de acción. Se trata, por lo tanto, de la elaboración, por la dogmática jurídica, de un concepto que, por su parte, es debatido hace mucho tiempo en la Teoría del Derecho Penal, que dispone de otros conceptos de acción. (...) Nada induce a creer que el constituyente, con la formulación del art.103, II, quiso asumir un concepto de acción tan discutible (...)’. Por esa razón, no se impide que el legislador ‘amenace con una pena un estado no vinculado a movimientos corporales y ni a la manutención de una situación prohibida, como, por ejemplo, la posesión indebida o el almacén de objetos peligrosos’. Sin embargo, falta a la decisión del Tribunal Constitucional la definición del que deba existir para que se impute un proceso o estado como “hecho” o “acción” a un individuo”. ROXIN, Claus. Os crimes de posse... *op. cit.*

<sup>739</sup> “Se puede concluir que los crímenes de posesión no encuentran como obstáculo cualquier imposibilidad de construcción típica y, mucho menos, una eventual inconstitucionalidad”. ROXIN, Claus. Os crimes de posse... *op. cit.*

<sup>740</sup> ROXIN, Claus. Os crimes de posse... *op. cit.* En síntesis, el problema de legitimación político-criminal, según Roxin, debería ser verificado en función de su adecuación a cada caso concreto.

<sup>741</sup> LAGODNY, Otto. Strafrecht vor den Schranken... *op. cit.*, pp. 318 e ss.

la confrontación de sus límites constitucionales: “la responsabilidad jurídico-penal gracias al estado o condición es inadmisibles”<sup>742</sup>, ello se atribuye al hecho, y no a la condición. Precisamente bajo esos presupuestos se basan los mecanismos de intensiva verificación de la aplicación de los derechos fundamentales en cada una de las relaciones jurídicas de posesión, sobre todo en esas que recomiendan expansión del derecho penal provocada por anticipación de la intervención y modificaciones estructurales en la tentativa punible.

A partir de la interpretación de los límites constitucionales de los delitos de posesión, la verificación de proporcionalidad ejerce un rol decisivo, en línea semejante a la de Eckstein<sup>743</sup>: no es que el delito de posesión “per se” sea inconstitucional, lo importante es que sean delineados los contornos de la prevención justamente con base en criterios de idoneidad, necesidad y adecuación de los medios para la protección de bienes jurídicos. En la mayoría de las hipótesis, la reacción *desproporcional* adviene de exceso intimidatorio en los preceptos secundarios (normas de sanción). El exceso de intimidación en la previsión abstracta de penas es injustificado al considerarse que la intervención en la posesión del objeto ya habría dado por cumplida la finalidad de evitar el resultado. Y por eso la punibilidad de la posesión demanda, como imperativo lógico, una pena menor de que la prevista para la concretización del resultado delictivo.

---

<sup>742</sup> ECKSTEIN, Ken. Grundlagen... *op. cit.*, p. 113.

<sup>743</sup> ECKSTEIN, Ken. Grundlagen... *op. cit.*, p. 116.

### 1.2.1. Estructuras normativas propias de un derecho penal del enemigo

Polaino-Orts también se alinea a la tesis de que los delitos de posesión promueven redefiniciones bien delicadas en la doctrina penalista, justamente por colocar en cuestionamiento los principios del hecho y de la ofensividad, además de manejar una técnica sancionatoria de dudosa legitimidad, ya que permiten la anticipación de la punibilidad en estado previo a la práctica delictiva<sup>744</sup>.

Esa redefinición de los conceptos puede prestigiar tanto medidas de prevención especial radical cuanto medidas de refuerzo de la prevención general positiva, en la medida en que “la posesión *de facto* es peligrosa a los ciudadanos de la sociedad”<sup>745</sup>, encontrando allí los argumentos necesarios para la anticipación de la intervención punitiva<sup>746</sup>. En el abordaje original de Polaino-Orts, el problema consiste en determinar si la despersonalización del enemigo, vehiculada por las técnicas de prevención especial radical – o el refuerzo de padrón mínimo de seguridad cognitiva de la sociedad frente a focos de peligro por la posesión de instrumentos para la práctica de delitos – representaría las estructuras normativas propias de un derecho penal del enemigo.

Para demostrar esa hipótesis, Polaino-Orts se vale de dos argumentos centrales: el análisis de la posesión como fuente de peligro y la confrontación de

---

<sup>744</sup> POLAINO-ORTS, Miguel. Lo verdadero y lo falso... *op. cit.*, p. 400.

<sup>745</sup> POLAINO-ORTS, Miguel. Lo verdadero y lo falso... *op. cit.*, p. 399.

<sup>746</sup> “Es cierto que la denominación ‘anticipación’ de la punibilidad indica adelantamiento respecto al paradigma de la lesión material consumada del bien individual. Desde ese punto de vista, la criminalización de la tentativa está en la anticipación de la barrera de punición, pues ésta tiene como paradigma el delito consumado. Pero ello no excluye que la anticipación tenga *necesariamente* un injusto autónomo: la lesión de la seguridad, (...) el caldo de cultivo mínimo en que puede desarrollarse comunitariamente la vida dentro de parámetros de normalidad”. Según la interpretación de Polaino-Orts, incluso la cuestión del bien jurídico no deja de ser relevante en ese caso: “la *lesión del bien jurídico empieza en este caso antes* (no cuando se lesiona el bien individual, sino cuando se lesiona el bien jurídico colectivo seguridad) pero *ya desde entonces es lesión a un bien jurídico digno y necesita de protección*”, POLAINO-ORTS, Miguel. Lo verdadero y lo falso... *op. cit.*, p. 411.

las características de los tipos de posesión con lo que por convención se llama derecho penal del enemigo. De un lado, el análisis de las fuentes de peligro requiere subdivisión entre peligrosidad objetiva y subjetiva. Polaino-Orts se opone a la tesis de que apenas la *posesión peligrosa de objetos peligrosos* podría ofrecer una peligrosidad objetiva, al paso en que en los casos de incriminación de la posesión de objetos que pueden ser utilizados peligrosamente habría mera sospecha de que una peligrosidad subjetiva vaya a manifestarse objetivamente, retirando la legitimidad del tipo penal<sup>747</sup>. La distinción tiene muy poco sentido cuando se reporta a padrones de imputación de riesgo (como fuente de peligro) a la posesión de objetos, de tal forma que, siendo la posesión arriesgada, ya se caracteriza una efectiva lesión a la seguridad cognitiva esperada por los ciudadanos en relación a la vigencia de la norma<sup>748</sup>.

En ese caso, la distribución de libertades organizada por las normas penales es llevada a las máximas consecuencias de atribución de responsabilidad por la posesión, alcanzando un plan comunicativo casi exclusivamente semántico del peligro por ella ofrecido. Y por eso cualquier limitación de legitimidad perdería razón de ser, al pensarse que la posesión peligrosa *siempre* estaría asociada a la “idoneidad lesiva de la seguridad cognitiva de la vigencia de la norma” y a la inestabilidad de las expectativas sociales<sup>749</sup>.

Por otro lado, Polaino-Orts asume la posición de que las características propias de un derecho penal del enemigo *jakobsiano* son confirmadas en la técnica de los delitos de posesión, más allá de la anticipación de la intervención punitiva: (a) se identifica tratamiento del delincuente como fuente de peligro; incluso para los autores más apegados a la peligrosidad

---

<sup>747</sup> Precisamente en ese punto reside la controversia entre Polaino-Orts y Nuria Pastor Muñoz. Cfr. más sobre en PASTOR MUÑOZ, Nuria. Los delitos de posesión... *op. cit.*, pp. 78 e ss.

<sup>748</sup> Es interesante notar que en la polémica con Pastor Muñoz, ambas posiciones parten de presupuestos esencialmente normativistas: “No es el caso de Nuria Pastor, quien acertadamente se adscribe a planteamientos normativistas, de manera que imputa al poseedor una responsabilidad por la posesión equivalente a la del garante en la comisión por omisión. Pues bien, a ese comportamiento, que es – diríamos – una *unidad social de sentido*, el legislador asocia un peligro, un riesgo: el riesgo de desestabilizar la seguridad colectiva”, POLAINO-ORTS, Miguel. Lo verdadero y lo falso... *op. cit.*, pp. 412-413.

<sup>749</sup> POLAINO-ORTS, Miguel. Lo verdadero y lo falso... *op. cit.*, pp. 413-414.



subjetiva (sospecha de utilización peligrosa) (b) habría mayor inclinación al combate a la peligrosidad *subjetiva del autor*, y no del hecho; (c) manifiesta selectividad penal de comportamientos que provocan la inestabilidad y causan inseguridad en la sociedad, afectando las normas de contención de la perturbación social<sup>750</sup>.

Si bien es cierto que la metodología descriptiva de Polaino-Orts es inequívoca para el reconocimiento de un derecho penal del enemigo en los delitos de posesión<sup>751</sup>, el problema de fondo parece de hecho ser la toma de posición en cuanto a sus límites de legitimación de la anticipación de la punibilidad en estado previo de la progresión criminal. En ese sentido asume particular relevancia la crítica desarrollada por Michael Pawlik. Incluso cuando su posición esté restringida al ámbito del terrorismo islámico transnacional, asciende a un nivel de consciencia sofisticado del problema: “la prevención especial radical significa, según los criterios legitimadores del derecho penal, despersonalización; por esa razón el concepto de ‘derecho penal del enemigo’ no es adecuado como categoría normativa y desde esa perspectiva vale la crítica basada en la confusión del derecho penal con el derecho penal de guerra o en la estilización del derecho penal como derecho de lucha”<sup>752</sup>.

Lo que lleva a la introducción de estructuras normativas propias de un combate a enemigos es el régimen de necesidad de intervención, la tarea inevitable de buscar funcionalidad a la sanción penal en vista del ideario preventivo. “De esa forma no estaría de modo alguno decidido si el mismo se rige incluso según los criterios de derecho preventivo de guerra orientado a la prevención, cuyo reconocimiento – no como deseable, sino como inevitable – no

---

<sup>750</sup> POLAINO-ORTS, Miguel. Lo verdadero y lo falso... *op. cit.*, pp. 416-418.

<sup>751</sup> Bien explica su toma de posición: “en los textos penales actuales todos los poseedores de un objeto peligroso son tratados como enemigos, recortándose en ellos el derecho a poseer determinados objetos, en algunos casos sin un control previo sobre el *real grado de lesividad* de su posesión, sino presumiendo que la interacción poseedor-objeto ya genera, de por sí, esa lesividad (*presunción iuris et de iure* de lesividad). Por ello, todos los poseedores son peligrosos y todos son reprimidos anticipadamente como enemigos”. POLAINO-ORTS, Miguel. Lo verdadero y lo falso... *op. cit.*, p. 419.

<sup>752</sup> PAWLIK, Michael. Der Terrorist... *op. cit.*, p. 136.

puede ser alejado, al menos de acuerdo con mis impresiones. No se trata, por tanto, de una nueva rúbrica para determinado material jurídico, sino de un problema de *legitimación* y, al mismo tiempo, de un problema de *limitación*”<sup>753</sup>.

Con base en ese nivel de consciencia cualitativamente distinta a la de Jakobs, los límites de legitimación de la intervención penal conducen las ideas de Pawlik, como hemos afirmado *supra*, a una categorización diferenciada: el “enemigo reconocido” y la elaboración racional de un “nuevo derecho de prevención”<sup>754</sup>. Esa nueva modalidad de derecho de prevención, sin embargo, no puede ser confundida como una *carte blanche* al legislador: “no puede actuar sin límites, ni queda autorizado a transponer el paradigma de la guerra a otros ámbitos conflictivos (como, por ejemplo, la criminalidad organizada). Por el contrario, estará vinculado por la específica lógica de la fundamentación del derecho de prevención que por ahora presentamos”<sup>755</sup>.

Entonces, si la técnica de los delitos de posesión pudiera ser interpretada en la misma línea de las estructuras normativas propias de un derecho penal del enemigo, se torna indispensable la verificación no menos intensiva de sus límites de legitimación. En lugar de la mera derivación de un paradigma de seguridad de la sociedad, la anticipación de la intervención punitiva debe ser interpretada conforme finalidades legítimas y con medios legítimos. Más allá del universo abstracto de la seguridad de la sociedad, las medidas preventivas deben tomar por base los límites concretos de la dogmática jurídico-penal<sup>756</sup> y apoyarse en función del contexto constitucional, a partir de que sea posible verificar con exactitud la medida en que determinada progresión de acciones preparatorias puede extender el juicio de punibilidad de la tentativa: “la mera adquisición en sí de habilidades peligrosas no está en el mismo nivel de

---

<sup>753</sup> PAWLIK, Michael. Der Terrorist... *op. cit.*, p. 136.

<sup>754</sup> En apreciación crítica a la posición de Pawlik, JAKOBS, Günther. Sobre la teoría... *op. cit.*, pp. 42-44.

<sup>755</sup> PAWLIK, Michael. Der Terrorist... *op. cit.*, p. 136.

<sup>756</sup> “La función que para el derecho penal material cumple el principio de la culpabilidad – expresión de respecto al *status* de ciudadano del apenado – es desempeñada en el derecho procesal penal por el principio de la *proporcionalidad*”, PAWLIK, Michael. Der Terrorist... *op. cit.*, p. 130.

realización de riesgo que corresponda a una conducta apta a convertirse indiscriminadamente en un peligro concreto o en lesión a otros”<sup>757</sup>.

---

<sup>757</sup> PAWLIK, Michael. Der Terrorist... *op. cit.*, p. 132.

## 1.2.2. Especificaciones de los delitos de posesión y manifestaciones en el ordenamiento jurídico-penal brasileño

Aunque haya una serie de manifestaciones distintas que remontan a la técnica de los delitos de posesión<sup>758</sup>, en esta ocasión la discusión se delimita en solamente tres ámbitos específicos de incidencia: (1) posesión de armas, (2) posesión de drogas, (3) posesión de material pornográfico infantil.

En lo que respecta a la posesión de armas, Nestler describe la vinculación de la incriminación de la posesión a las políticas públicas de seguridad y de control público, limitando el acceso a las armas solamente a quien esté autorizado o habilitado a hacerlo. El sistema de seguridad de armas pretende, por tanto, “asegurar que los objetos de que se ocupa el derecho de armas pueda caer apenas en pocas manos, y que esas sean de confianza”<sup>759</sup>. Además de las repercusiones eminentemente procesuales, flexibilizando los rigores probatorios<sup>760</sup> según parámetros de seguridad pública, la idea es que las armas no

---

<sup>758</sup> Además de la relación que la técnica de los delitos de posesión puede mantener con otros delitos de *status* y de anticipación a estado previo de práctica delictiva, como los tipos de asociación criminal, Eckstein evalúa los problemas actuales envolviendo los sistemas de protección de datos y dispositivos informáticos, ECKSTEIN, Ken. Grundlagen... *op. cit.*, pp. 116 e ss. Schroeder discute la posesión de medios fraudulentos, la condición de “estar listo para práctica de delitos”, mantener relaciones con gobiernos o personas (en el caso brasileño, las normativas administrativas reconocen la figura de la “persona políticamente expuesta”), promover juegos de azar, entre otros, SCHROEDER, Friedrich-Christian. La posesión... *op. cit.*, p. 113. Roxin discute otras manifestaciones recientes de los delitos de posesión en la legislación alemana: la criminalización de la posesión de medios de *doping* deportivo y de la posesión de instrucciones para la construcción de bombas. ROXIN, Claus. Os crimes de posse... *op. cit.*; Pastor añade otros ejemplos significativos, como la posesión de instrumentos para falsificación de moneda, y, más recientemente, de dispositivos para estafas informáticas y hasta incluso de perros peligrosos, PASTOR, Daniel. Problemas processuais... *op. cit.* Lobato menciona críticamente la interpretación del art. 229, CP brasileño, LOBATO, José Danilo Tavares. Panorama... *op. cit.*

<sup>759</sup> NESTLER, Cornelius. El principio de protección... *op. cit.*, p. 68.

<sup>760</sup> “La punibilidad de la posesión de armas no sólo supone la imposición de una pena por la sospecha sino que, a la vez, se fundamenta sobre todo en dificultades de prueba, pues la adquisición ilegal, por lo general, es difícil de probar”, NESTLER, Cornelius. El principio de protección... *op. cit.*, p. 69.

se prestan a ser el instrumento de los “delincuentes”, constituyéndose antes instrumentos para que el propio “ciudadano medio” no venga a delinquir por infracción de deber de cuidado: “(...) en las manos de la población, cuanto menos armas, mejor”<sup>761</sup>. Distinción semejante es elaborada por Polaino-Orts, afirmando que “(los ciudadanos) no podrían salir a las calles confiando en la integridad de sus bienes con la misma seguridad, precisamente porque el hecho de que los ciudadanos porten esos objetos peligrosos les impide vincular normativamente su bien-estar”<sup>762</sup>.

Desde esa perspectiva, con base en que la tipificación de la posesión de armas se orienta por una política pública de seguridad y control de armas, Nestler no retira la legitimidad en la calidad de norma de comportamiento (precepto primario), pero pone en duda la intimidación vehiculada en las normas de sanción (precepto secundario)<sup>763</sup>. La intimidación comunicada en los preceptos secundarios bien podría, según Nestler, ser pensada a partir de medidas de carácter administrativo, como la confiscación de bienes, o incluso la composición alternativa, a partir de la imposición de multas<sup>764</sup>.

Si bien es verdad que la sospecha de los efectos conexos de la posesión de armas podría inclusive justificar medidas preventivas y el recurso a las normas penales, el límite entre lo punible y lo no-punible aún no queda claro. La sensación de inseguridad despertada por la posesión de armas, en principio irrefutable, reclamaría, sin embargo, mayores interrogantes en cuanto a (a) eventuales restricciones en el derecho de legítima defensa de los ciudadanos, a (b) la adecuación social de su uso (como sería el caso de exposiciones, de

---

<sup>761</sup> NESTLER, Cornelius. El principio de protección... *op. cit.*, p. 68.

<sup>762</sup> POLAINO-ORTS, Miguel. Lo verdadero y lo falso... *op. cit.*, p. 413. En eso la posición de Roxin mucho no se distingue, al justificar político-criminalmente la punibilidad de la posesión de armas en sanción a planes criminales del autor, una “fuente de peligro”: “(...) se pune, sí, la apertura de una fuente de peligro que puede traer inúmeros riesgos para la vida. No hay duda de que eso es legítimo. Por medio de los tipos especiales de permisión a distintos grupos (§ 13 y siguientes de la Ley de Armas alemana) se percibe la legitimidad de esa incriminación. Esa legitimidad reside en la relevancia de los contra-intereses – basados en valores reconocidos – a la posesión de armas”. ROXIN, Claus. Os crimes de posse... *op. cit.*

<sup>763</sup> NESTLER, Cornelius. El principio de protección... *op. cit.*, p. 70.

<sup>764</sup> NESTLER, Cornelius. El principio de protección... *op. cit.*, p. 70.

coleccionadores, o mismo de su uso en festividades o manifestaciones culturales tradicionales, p. ej., en las “cavalhadas” en Brasil), o a (c) la verificación de la ofensividad y de la proporcionalidad (como en el ordenamiento brasileño, en la hipótesis de porte ilegal de arma sin munición, a partir de que la interpretación jurisprudencial, con base en argumentos de prevención y de tutela de la seguridad pública, acaba reconociendo tratarse de instrumento contundente potencialmente apto a vulnerar la integridad física de la víctima o intimidarla, en la condición de crimen de mera conducta peligrosa – art. 14, de la Ley bras. 10.826/2003, el “Estatuto del Desarmamento”<sup>765</sup>).

Es, sin embargo, en la distinción entre los ámbitos de incidencia en las armas y en las drogas que se puede situar, ya en plan bastante práctico de aplicación de la técnica de los delitos de posesión, la diferenciación entre la posesión punible y la posesión no-punible. En la posesión de armas, “basta con que sea empleada el arma de fuego para que los terceros se vean puestos en peligro (posición de peligro ajena), en cuanto que en la posesión de

---

<sup>765</sup> En la interpretación jurisprudencial brasileña, “(...) el porte ilegal de arma de fuego es crimen de peligro abstracto, consumándose por la objetividad del acto en sí de alguien llevar consigo arma de fuego, desautorizadamente y en desacuerdo con determinación legal o reglamentar, donde la irrelevancia del arma estar con munición o no, pues el crimen de peligro abstracto es así designado por prescindir de la demostración de ofensividad real”, RHC 91.553/DF-STF, Rel. Min. Ayres Britto, 21.08.2009; ARE 670878 AgR/PR – STF, Rel. Min. Dias Toffoli, 09.04.2014; HC 117.206/RJ-STF, Rel. Min. Carmen Lúcia, 05.11.2013; RHC 117.566/SP-STF, Rel. Min. Luiz Fux, 24.09.2013; HC 103.359/RS-STF, Rel. Min. Rosa Weber, 17.04.2012; bajo el argumento de la prevención, a “anticipar la punición de hechos que presentan potencial lesivo a la población”, HC 95.073/MS-STF, Rel. Min. Teori Zavascki, 19.03.2013; recurriendo expresamente a la tutela de la “seguridad pública” y de la “paz social”, HC 107.957/RS-STF, Rel. Min. Luiz Fux, 25.06.2013; HC 112.762/MS-STF, Rel. Min. Carmen Lúcia, 02.04.2013; reconociendo la legitimidad de los delitos de peligro abstracto en los mandatos de criminalización de la Constitución Federal (art. 5º, XLI, XLII, XLIII, XLIV; art. 7º, X; art. 227, § 4º), de tal forma que la proporcionalidad sea también un postulado de protección (prohibición de protección insuficiente), sin que se limite a prohibiciones de intervención (prohibición del exceso), de tal forma que la anticipación preventiva – abstracta – al potencial lesivo “muchas veces, termina siendo la mejor alternativa o la medida más eficaz para la protección de bienes jurídico-penales supraindividuales o de carácter colectivo”, una vez que, por ser el “arma de fuego, diferentemente de otros objetos y artefactos (navaja, vidrio, etc.) tiene, inherente a su naturaleza, la característica de la lesividad. La dañiosidad es intrínseca al objeto”, “hay en el contexto empírico legitimador de la vehiculización de la norma, aparente lesividad de la conducta, ya que se tutela la seguridad pública (art. 6º e 144, CF) e indirectamente la vida, la libertad, la integridad física y psíquica del individuo etc. Hay inequívoco interés público y social en la proscripción de la conducta”, HC 104.410/RS-STF, Rel. Min. Gilmar Mendes, 06.03.2012.

estupefacientes, aun después de haber abandonado la esfera del poseedor, apenas se presenta riesgo si el tercero decide ponerse a sí mismo en peligro por medio del consumo”<sup>766</sup>.

Roxin no reconoce la incriminación de la posesión de drogas como medio idóneo para vulnerar la lógica del tráfico. Desde su perspectiva político-criminal, “el motivo de sancionarse la posesión de drogas no puede ser el consumo para sí propio. Al contrario del autoconsumo que de manera alguna es punible, el peligro del fornecimiento de drogas a terceros, que pueden sufrir daños por el consumo de estupefaciente, permite que se puna la posesión de drogas. (...) El *background* de la criminalización de toda posesión de droga es, probablemente, la creencia de que de esa manera se pueda luchar contra la criminalidad organizada que domina el mercado internacional de las drogas. Sin embargo, para alcanzar ese fin, no es adecuado, desde el punto de vista de la eficiencia, criminalizar unos tres o cuatro millones de consumidores ocasionales de productos derivados del *cannabis*”<sup>767</sup>. En esas situaciones, la verificación de constitucionalidad de la pérdida de relevancia penal en los casos de consumo se ampara en el “derecho fundamental a la auto-colocación en peligro”<sup>768</sup>.

En el derecho brasileño, orientada por la dudosa ideología del recrudescimiento al tráfico de drogas, a partir de la Ley bras. n. 11.343/2006 quedó establecida la distinción entre usuario (consumidor) y traficante. En ambas se hace presente la técnica de los delitos de posesión: en el art. 28, la descripción típica alcanza a “quien adquiera, guarde, tenga en depósito, transporte o traiga consigo” drogas sin autorización o en desacuerdo con la determinación legal o reglamentar, con la finalidad de (“para”) “consumo personal”; a su vez, en el art. 33, queda caracterizada la figura del traficante como aquel que

---

<sup>766</sup> NESTLER, Cornelius. El principio de protección... *op. cit.*, p. 76.

<sup>767</sup> ROXIN, Claus. Os crimes de posse... *op. cit.*. “Pero la explicación de los inmensos márgenes de beneficio que alimentan el especial interés criminal se encuentra precisamente en la prohibición del acceso legal a los estupefacientes. Según esto, constituirían un fundamento añadido de la pena por el quebrantamiento de la prohibición las consecuencias mediatas negativas derivadas precisamente de la prohibición misma, lo cual es sencillamente absurdo”, NESTLER, Cornelius. El principio de protección... *op. cit.*, p. 77.

<sup>768</sup> NESTLER, Cornelius. El principio de protección... *op. cit.*, p. 74.

“importe, exporte, remeta, prepare, produzca, fabrique, adquiera, venda, exponga a la venta, ofrezca, tenga en depósito, transporte, traiga consigo, guarde, prescriba, ministre, entregue a consumo o fornezca drogas, aunque sea gratuitamente”<sup>769</sup>.

En la aplicación práctica de la ley, la diferenciación entre la posesión para consumo y la posesión para el tráfico adquiere poca estabilidad normativa, reducida a criterios de política jurídica que ofrecen margen indeterminado al juez, en el art. 28, § 2º: “para determinar si la droga era destinada a consumo personal, el juez atenderá a la naturaleza y a la cantidad de la sustancia aprehendida, al local y a las condiciones en que se desarrolló la acción, a las circunstancias sociales y personales, bien como a la conducta y a los antecedentes del agente”. Las consecuencias de esa diferenciación expresan mecanismos de selectividad penal también en la formulación de los preceptos secundarios, prestigiando aquel que disfruta de autonomía individual para el consumo en detrimento de aquel que depende de la cadena productiva de las drogas: en la posesión para consumo personal, la respuesta penal consiste en advertencia sobre los efectos de las drogas, prestación de servicios a la comunidad, medida educativa de presencia a programa o curso educativo; para el traficante, pena de reclusión de 05 a 15 años y pago de multa.

Específicamente en relación a la posesión de material pornográfico infantil, surge el problema de la “posesión como incentivo de la producción”, tal como clasifica Schroeder. La pornografía infantil encuentra sus fundamentos en la adquisición de material, generando una demanda a que otras grabaciones sean producidas para realimentar el negocio, como “causa de otros hechos que

---

<sup>769</sup> “Art. 33 - § 1º: En las mismas penas incurre quien: I - importa, exporta, remete, produce, fabrica, adquiere, vende, expone a la venta, ofrece, fornece, tiene en depósito, transporta, trae consigo o guarda, aunque gratuitamente, sin autorización o en desacuerdo con determinación legal o reglamentar, materia-prima, insumo o producto químico destinado a la preparación de drogas; II - siembra, cultiva o hace la cosecha, sin autorización o en desacuerdo con determinación legal o reglamentar, de plantas que se constituyan en materia-prima para la preparación de drogas; III - utiliza local o bien de cualquier naturaleza de que tiene la propiedad, posesión, administración, guarda o vigilancia, o consiente que otro de él se utilice, aunque gratuitamente, sin autorización o en desacuerdo con determinación legal o reglamentar, para el tráfico ilícito de drogas”.



vulneran los menores”<sup>770</sup>. En ese caso, también la necesidad práctica de los procesalistas estimula la legitimación de la técnica de tipificación de la posesión, ya que supera las cuestiones de prueba de la adquisición del producto, sugiriendo medidas semejantes a la estructura de los delitos de receptación o de favorecimiento real. La finalidad de la persecución penal incidiría no apenas bajo tutela de la vulnerabilidad, sino que atacaría la dañosidad provocada por el mercado de la pornografía infantil, anticipando la punibilidad a estado previo con la finalidad de afectar el mercado que se alimenta de la explotación sexual infantil<sup>771</sup>.

Roxin entiende, sin embargo, que “al contrario de lo que ocurre en la posesión de drogas, cuando la finalidad de aflojar el ‘mercado’ provoca la equivocada legitimación de la punibilidad del individuo, aquí no se trata del obscuro y vago propósito de emprender una lucha contra redes comerciales inaccesibles, sino de impedir que ocurran casos concretos gravísimo de violencia sexual contra niños y adolescentes”<sup>772</sup>. Incluso reconociendo en cierta medida el “incentivo a la producción”, Roxin rechaza esa fundamentación con base en dos argumentos principales: (a) las representaciones de pornografía infantil tienden a la divulgación o reproducción, que justifican la punición apenas conforme a una lógica de los tipos penales cumulativos y que se suponga que todos los demás adquirentes del producto también lo hagan; (b) aplicación del principio de la autorresponsabilidad, que llevaría a la no punibilidad de posesión de material pornográfico sin solicitud de remesa o si adquirida de buena-fe, situaciones en las que no habría “incentivo a la producción” ni “adquisición de beneficios indirectos oriundos del delito”<sup>773</sup>. En el ordenamiento brasileiro, la cuestión fue acogida en el Estatuto del Niño y del Adolescente (Ley n. 8.069/90) en 2008, con la tipificación de la conducta de “exponer a la venta”, art. 241, *caput*, o “poseer o almacenar, por cualquier medio”, art. 241-B, material pornográfico infantil

---

<sup>770</sup> SCHROEDER, Friedrich-Christian. La posesión... *op. cit.*, p. 107.

<sup>771</sup> En relación a los problemas de la posesión de material pornográfico infantil como crimen informático, cfr. en detalles ECKSTEIN, Ken. Grundlagen... *op. cit.*, pp. 121 e ss.

<sup>772</sup> ROXIN, Claus. Os crimes de posse... *op. cit.*

<sup>773</sup> ROXIN, Claus. Os crimes de posse... *op. cit.*

(fotografía, video, u otro registro que contenga escena de sexo explícito o pornográfica envolviendo niño o adolescente).

El entendimiento que busca disociar la autonomía privada de la lógica del mercado, encontrando justificaciones morales para desautorizar la incriminación, parece aún poco adecuado al modelo brasileño de Estado de Derecho. Tal vez sea necesario reflexionar más concretamente sobre las propias condiciones de ejercicio de esa autonomía en la sociedad brasileira. Sea como sea, los argumentos que parecen ser tan dispares acaban muchas veces atingiendo el mismo terreno en su aplicación práctica, algunas tesis de naturaleza político-criminal llegan curiosamente a frecuentar la misma línea de argumentación de combate al enemigo. En una como en la otra, una cosa es cierta: los postulados tradicionales deben ser al menos revistos, pero apenas en la medida de la verificación de su constitucionalidad.

### 1.3. Otras percepciones sobre la interpretación normativa

Friedrich-Christian Schroeder, con elevado potencial analítico, discutió algunas percepciones posibles sobre lo que sería la “interpretación normativa”. Valiéndose de su extraordinaria sensibilidad sobre la “cotidianeidad de las formas jurídicas”, Schroeder acentúa que “son poco frecuentes y bastante imprecisas las definiciones de la interpretación normativa. Según *Roxin*, la interpretación normativa significa una interpretación a partir de la teoría de los fines de la pena, una valoración de acuerdo con medidas valorativas y orientadas a la perspectiva político-criminal. Según el BGH, ‘la configuración normativa de la interpretación está dada por el orden de valores del derecho penal’. Para Jakobs y Pawlik, en la normativización los conceptos jurídicos representan ‘grados de competencia’, que contribuyen con la delimitación de los ámbitos de competencia”<sup>774</sup>.

Basado en las provocantes críticas sobre el empleo de ese método – que todavía “no se encuentra entre los cánones clásicos”<sup>775</sup> –, será presentado en adelante un par de reflexiones para dejar “aún más imprecisa” – pero no menos promisoro – la interpretación normativa, desde su revisión, pasando por problemas tradicionales de la teoría de las normas y la necesidad de verificación constitucional como refuerzo de límites de legitimación, hasta algunas breves reflexiones sobre nuevas posibilidades de “interpretación normativa”.

---

<sup>774</sup> Luego de la aprehensión de esos criterios, Schroeder transita por casos actuales de “interpretación normativa”: voluntariedad del desistimiento, reprochabilidad y sensibilidad de la amenaza de un mal en el constreñimiento, alevosía, evitabilidad del error de prohibición, interpretación de un comportamiento tácito en el fraude, supuesto de hecho en la estafa, custodia en el hurto, injuria, además del empleo de la amenaza y peligro. SCHROEDER, Friedrich-Christian. *Fundamentos... op. cit.*, p. 42 y ss.

<sup>775</sup> Schroeder analiza el concepto de “normativo” en cinco posiciones: reguladora (vinculante); referida a los deberes; referida a las normas; referida a los valores; con exigencia de valoración en el caso concreto, donde se debe distinguir, nuevamente, entre las valoraciones preestablecidas y la propia valoración del juez, SCHROEDER, Friedrich-Christian. “La interpretación normativa”. In: SCHROEDER, Friedrich-Christian. *Fundamentos... op. cit.*, p. 39 y ss.

Se pretende demostrar cómo la filosofía del derecho y la teoría de las normas jurídicas pueden acercarse un poco más a las necesidades cotidianas del penalista. El problema surge cuando esta búsqueda por una reorientación de la interpretación de las normas jurídicas se depara con la rearticulación de sus presupuestos, menos vinculados a la filosofía moral y más atentos a su refuerzo desde los cánones de la filosofía política. Lo esencial parece ser identificar con precisión la contribución de la interpretación normativa para la consolidación del concepto de persona.

El diálogo con la teoría kelseniana puede ser realizado precisamente en el ámbito normativo, donde se puede identificar la esencia del derecho y de su relación con los individuos en la concreta dinámica de la sociedad. ¿Por qué el derecho vincula? ¿Cuál debe ser nuestra relación con el deber jurídico o por qué la persona debe orientarse conforme a las normas? Al mismo tiempo en que parece bueno confiar en las normas, que haya expectativas de que ellas funcionen efectivamente en la sociedad, ellas, las normas, también pueden ser reducidas a un instrumento de imposición y sumisión de las personas. Esta ambigüedad de sentido encuentra sus fundamentos en la delicada ecuación entre la imputación de responsabilidad y la distribución de libertad individual en la sociedad. Lo difícil es resolver cómo se opera esta ecuación según la que quien obedece a un deber jurídico puede ser libre. O lo que es aún peor, identificar las determinantes a partir de lo que es posible restringir la libertad de uno.

Desde una perspectiva estrictamente práctica, los dominios dogmáticos de la norma jurídica hacen posible la elaboración de las formas de representación de los deberes jurídicos. La tarea de la dogmática es sistematizar el delito y la imputación de responsabilidad vinculados a la libertad real de las personas, verificados en cada una de las relaciones jurídico-penales a partir de las *condiciones concretas* para la autónoma realización del deber en la

sociedad<sup>776</sup>. Con base en esos presupuestos, la dogmática jurídica cumple la función de organizar ese sistema de imputación, estructurando los criterios y los conceptos que delimitan los contornos de la responsabilidad y permiten poner en evidencia la adecuación de uno de ellos al conjunto del ordenamiento jurídico. Sin embargo, hay muchos interrogantes centrales para una comprensión más densa del problema: ¿qué tipo de racionalidad es necesaria? ¿Por qué uno debe ser racional? ¿Qué riesgos aporta la racionalidad?

Ser racional permite, por ejemplo, *relacionar*. Si allí fuera estuviera lloviendo, es racional permanecer aquí dentro, con cobertura, salvo si uno tiene como propósito mojarse, y entonces disfrutar de la lluvia es mucho más provechoso que estar en un ambiente cerrado. Estructuras jurídicas totalitarias pueden ser comparadas con estructuras jurídicas democráticas, de ahí que ya no haya dudas de que relacionar es tomar posición. Nuestras posiciones son ante todo movidas por juicios morales. Ser racional, por lo tanto, indica que puedo verificar por qué alguien debe ser moral, qué tipo de moral él ostenta y cuáles son las consecuencias de su comportamiento moral (frente a él mismo, los otros o en otras mediaciones posibles, como el propio Estado).

En ese mismo plan reflexivo, relacionar también puede ser comprendido como diferenciar, fijar la identidad y la no-identidad de las cosas. Por ejemplo, puedo atribuir calidad moral a un comportamiento y desde ese momento ya queda estipulado lo que es amoral. Independientemente de su contenido, solamente considerando los aspectos formales, mi posición de atribuir a otro cualidades (o la ausencia de ellas) morales atesta mi superioridad moral en relación a quien estoy juzgando.

Es justamente ahí, en el límite de la racionalización de los juicios morales, que se encuentra el problema de la fundamentación de la autoridad y de la legitimación de la restricción de las libertades individuales. Esta capacidad de identificar los contornos morales de la aplicación de las normas y el peso que ejercen sobre la distribución de las libertades personales fue la

---

<sup>776</sup> Pawlik lo concibe como “ordenamiento existente da libertad”. PAWLIK, Michael. *Unrecht des Bürgers... op. cit.*, 2012.

invitación que recibí para iniciar las reflexiones de esta exposición. Luego de la recomposición del diálogo sobre el concepto de norma penal (pasando por Kelsen, Mayer y Binding), la idea es presentar los límites de legitimación de las normas penales, y proponer una interpretación legítima en función de un contexto, un tanto más alineada a las reales condiciones de la sociedad brasileña.

Esas tres referencias son suficientemente significativas para conducir la discusión: Hans Kelsen, Karl Binding y Max Ernst Mayer. En la perspectiva kelseniana, el derecho es un conjunto de normas, un orden coactivo. Las normas, por su estructura, establecen sanciones. Cuando una norma prescribe una sanción a un comportamiento, ese comportamiento será considerado un delito. Su opuesto, el comportamiento que evita la sanción, será un deber jurídico. El propio concepto de derecho en Kelsen no deja de tener como protagonista la norma penal, ya que las normas que prescriben sanciones estatúan los deberes jurídicos, y su no observancia permite caracterizar un ilícito.

El esfuerzo metodológico para la elaboración de la ciencia del derecho se concentra precisamente en el momento en que todo conocimiento normativo debe pertenecer a un sistema posible. Kelsen<sup>777</sup>, como hemos visto *supra*, en su Teoría Pura del Derecho lleva adelante la doctrina de inspiración kantiana de que el sistema es la construcción de la unidad de conocimiento bajo una idea. Eso convierte ese conocimiento en una ciencia, en la medida en que construye la unidad del conocimiento del derecho en torno de la noción de deber jurídico y verificación de su validez.

Conocer la norma jurídica y su construcción racional en torno de un raciocinio sistemático, es, por tanto, el proceso de conocimiento del derecho y lo que hace de él una ciencia normativa. Hacer ciencia en Kelsen no tiene que ver con la fundamentación de un pensamiento a partir de una realidad concreta, él opera en el campo de la observación de la “realidad de las normas”. Aunque

---

<sup>777</sup> KELSEN, Hans. Teoria pura... *op. cit.*, p. 86.

no esté empeñada en la realidad efectiva de la sociedad, la racionalización sirve como poderoso instrumento para depurar la calidad jurídica de la interpretación normativa. Solamente a partir de ese esfuerzo científico – de método – es que se puede empezar el confronto relacional de las formas jurídicas, y, particularmente en eso, Kelsen también es decisivo con su principio democrático.

En Kelsen, todo deber jurídico es deber de obediencia, deber de orientarse por determinada conducta. Sin embargo, es en las proposiciones jurídicas que encontramos el punto de encuentro entre ilícito y sanción. La proposición jurídica conecta entre sí dos elementos: “cuando A es, B *debe ser*”, a diferencia de las leyes naturales de causalidad, “cuando A es, B es”. Establecida la conexión entre ilícito y sanción, bajo determinados presupuestos, fijados por el orden jurídico, debe efectivarse un acto de coerción por el mismo orden jurídico establecido. Así como en Kelsen<sup>778</sup>: “La ciencia jurídica no puede expresar esta conexión producida por medio de la norma jurídica, especialmente la conexión del ilícito con la consecuencia del ilícito, sino por la cópula ‘deber-ser’”; y “[...] el deber-ser tiene, en la proposición jurídica, un carácter simplemente descriptivo”; y “[...] la proposición jurídica no es un imperativo: es un juicio, la afirmación sobre un objeto dado al conocimiento”.

Desde el normativismo kelseniano, pues, la imputación establece la conexión entre el ilícito y la consecuencia del ilícito, sin buscar una explicación causal, pero a partir de la elaboración de un verdadero sistema de imputación que viabiliza una diferenciación cualitativa de las causalidades.

De esa forma, es bien posible que pueda haber un delito sin que de él derive una pena. En las causas excluyentes, como en la legítima defensa – o inclusive sin alteración en el mundo de los hechos: caso en que el delincuente haya atravesado la frontera y esté forajido del País, obstruyendo las condiciones institucionales de ejecución de la pena -, una causa que justifica los motivos jurídicos que una sociedad determinada tiene para *tolerar* un comportamiento

---

<sup>778</sup> KELSEN, Hans. Teoría pura... *op. cit.*, p. 87, 89.

que atenta contra intereses ajenos<sup>779</sup>. El agredido defiende su propia esfera de libertad, que es, al final, esencial para su reconocimiento en la sociedad y que afirma el hecho de que su libertad es respetada frente a los demás.

A su vez, Max Ernst Mayer consolidó la idea de que todo deber jurídico es un deber jurídicamente relevante. Con su libro *Rechtsnormen und Kulturnormen*, publicado en 1903, Mayer repone la filosofía neokantiana (una idea que reconoce la relevancia de determinados fenómenos de la vida sensible) en otros términos en las ideas penales. Las normas penales deben ocuparse de la descripción adecuada de comportamientos relevantes (situaciones de la vida cotidiana) y son justamente esos factores sociales que determinan la aceptación de conductas.

Según Mayer, son las normas de cultura que permiten la construcción de la legitimidad de las normas penales y que identifican el conjunto de bienes jurídicos relevantes, conceptuándolos como “[...] situaciones [...] de la vida social – conjunto de deberes y prohibiciones que se aproximan del individuo como exigencias religiosas, morales y convencionales de sus relaciones y oficios.”<sup>780</sup> En otros términos, es la referencia a la cultura de la sociedad que justifica/legitima el derecho, ofreciendo las bases originarias de que más tarde Hans Welzel acuñó como teoría de la adecuación social, para formulación de juicio de desvalor (negativo, de limitación de conductas; positivo: como método general de interpretación) de las reglas que atentan contra la “civilidad”.<sup>781</sup> Las normas de cultura identifican los intereses sociales y direccionan las conductas conforme a lo que sea relevante para la protección de determinadas situaciones de la vida cotidiana.

---

<sup>779</sup> Véase, por ejemplo, PERDOMO TORRES, Jorge Fernando. ¿Las relaciones familiares y análogas como límites al derecho de legítima defensa? InDret: Revista para el Análisis del Derecho, Barcelona, v. 1, p. 5-23, 2008.

<sup>780</sup> MAYER, 1903, nota 6, p. 17 *apud* JAKOBS, Günther. As normas de Binding e a sociedade. In: POLAINO-ORTS, Miguel; SAAD-DINIZ, Eduardo. (Org.). Teoria da pena, bem jurídico e imputação. São Paulo: LiberArs, 2012a. p. 15.

<sup>781</sup> En detalles, SILVEIRA, Renato de Mello Jorge. Fundamentos da adequação social no direito penal. São Paulo: Quartier Latin, 2010.



Mayer, sin embargo, no explica normas morales ni incluso el hecho de que la adecuación social de la conducta no justifica un acto de voluntad del Estado, o, como es criticado por el propio Binding, que traería espacios de “aceptación general de un derecho no-positivo”. En última instancia, el problema es que la propia sociedad, en autorregulación, acabaría por decidir sobre las formas jurídicas<sup>782</sup>, algo discutible en términos penales (traigo a colación solamente la norma constitucional que confiere exclusivamente a la Federación la competencia para legislar en materia penal, art. 22, I, CF).

Ya Karl Binding, con su *Die Normen und ihre Übertretung: Eine Untersuchung über die rechtmäßige Handlung und die Arten des Delikts*, de 1890, desarrolla la moderna teoría del comportamiento no-permitido: “[...] el delincuente no infringe la norma penal, sino que acciona en la medida de la descripción del tipo penal”, de tal forma que la norma penal prescribe los límites del comportamiento conforme al derecho. Surge aquí la noción de que violar el derecho es violar la norma.

Además de esto, establece la imposición de tutela, direccionada al juez, responsable por la *función sancionadora frente a la violación* (fundamenta la norma en relación a la lógica ‘conceptual’ de la norma: “[...] no es la punibilidad de comportamientos contrarios a la norma lo que separa el derecho de la moralidad, sino la *coercibilidad* de los comportamientos conforme a la norma”), permitiendo que se construya, al final, un ordenamiento racional (*Ordnung der Vernünftigkeit*) que permita depurar los fines sociales atendidos por las normas penales – ¿por qué? ¿para qué? –. Desde esos presupuestos teóricos, Binding permite vincular las normas del ordenamiento a la realidad del mundo exterior.<sup>783</sup>

---

<sup>782</sup> Ese es un debate recurrente en la interpretación jurisprudencial brasileña. En el HC 104.467/RS, Carmen Lúcia, fue negada la adecuación social en la aplicación del art. 229 (casa de prostitución), inclusive bajo el alegato de que el “[...] carácter criminoso do fato estaria superado, por força dos costumes.” En el HC 98.898/SP, Lewandowski, en sentido muy semejante, negó la adecuación social en la aplicación del art. 184, § 2º, CP (violación de derechos autorales), aunque bajo alegación de que “a coletividade não recrimina o vendedor de CDs e DVDs.”

<sup>783</sup> Así como en la crítica de Jakobs: “Quien pretende razonablemente comunicar un comando (capaz de comunicación) debe integrar en el comando la estructura normativa de la sociedad. [...] Silva Sanchez investigó la compatibilidad de las concepciones dogmáticas de la norma con

El modelo de Binding es también consagrado por la escisión entre normas primarias y normas secundarias, o normas de conducta y normas de sanción. A la norma primaria competiría el juicio hipotético a respecto de la voluntad del Estado de incriminar determinado comportamiento. A su vez, competiría a la norma secundaria la confirmación concreta de amenaza en abstracto de la norma de comportamiento, siendo su concretización determinante para proveer a las normas jurídicas la capacidad de direccionar comportamientos. Según Binding, sería inconcebible la culpa sin la conciencia de los efectos característicos de los actos, de tal forma que la conminación de las sanciones “[...] sea la única cabeza de Gorgona apta para disuadir a los hombres de comportarse criminalmente.” Es decir, el “[...] miedo a la pena es la única motivación de la conducta conforme al derecho.” ¿Pero qué significa al final violar la norma? Que robe o mate hace con que la norma siga valiendo, es la refutación de Hans Kelsen.

Según Kelsen, el problema estaría entre el ser de la norma y el deber ser de la norma; en el confronto de la lógica óntica con la lógica deóntica. Kelsen también critica que la determinación de los fines no puede ser resultado de interpretación teológica (ambivalencia de los intereses a ser protegidos, como en la eutanasia, individuo o tabú de la muerte), dejando la interpretación vulnerable a los fines sociales que propone, en manifiesta indeterminación, depender de subjetivismo decisorio. Binding haría mera referencia a las consecuencias o a efectos jurídicos que solamente refuerzan el carácter intimidatorio, al paso que para Kelsen la naturaleza normativa no se limitaría a

---

las de la expectativa social, y alcanzó los siguientes resultados: ‘de mi parte, entiendo que los conceptos de norma [...] son compatibles’. Yo lo formulo de forma un poco más cautelosa: genuinamente, esas concepciones no son compatibles, pero ellas se tornan cuando se secciona artificialmente la teoría de las normas en Binding relativamente a lo que ella puede rendir en las expectativas institucionalizadas, a saber, en la comprensible semántica de comportamiento.” (JAKOBS, 2012a, op. cit.). Más sobre, véase SILVA SANCHEZ, Jesús-Maria. Normas y acciones en derecho penal. Buenos Aires: Hammurabi, 2003. p. 19-22.

la forma gramatical de las normas jurídicas. ¿Para qué al final ordenar una pena, si ella ocurriría sin la necesidad de eso?<sup>784</sup>

Sin embargo, el modelo de Binding persiste en el tiempo por el carácter esencialmente didáctico de sus proposiciones. Es suficientemente fácil – práctico – manejar las normas penales cuando en ellas se evidencia bien claramente lo que se refiere a la descripción de comportamientos y elementos del tipo y qué límites abstractos son previstos para la aplicación de las sanciones. Para Kelsen, interesa solamente lo esencial a la norma jurídica. Y aunque sea una teoría que bien conoce el lugar del poder en las relaciones jurídicas, arriesgo (insisto que no tomo esa reflexión como definitiva) que sería un estímulo a la obediencia independientemente de la amenaza penal, por el simple hecho de que para los individuos es racional comportarse conforme a las normas; significaría decir, más allá de Kelsen, que es racional estructurar normativamente la sociedad. Si es o no una alternativa a las normas penales, es algo que se debe seguir investigando.

Además de la tarea de incrementar los niveles de autocomprensión de la propia ciencia – normativa – del derecho penal, a partir del ingenio kelseniano también se pueden establecer los marcos en los que son dadas las varias interpretaciones posibles y empezar un trabajo criterioso de reducción de sus indeterminaciones de sentido. El punto de llegada de la Teoría Pura del Derecho puede convertirse en un punto de partida bien interesante: en qué medida es viable observar la formación del libre convencimiento – la política jurídica – en el comportamiento decisorio.

Sin embargo, yendo en la dirección diametralmente opuesta, la tarea de identificar cómo se llena el sentido normativo en el derecho penal ha cedido espacio a frecuentes movimientos de apropiación política del derecho penal. Convengamos que es un tanto más confortable, desde la perspectiva de la técnica jurídica, aplicar las normas cuando la descripción de conductas típicas (norma de comportamiento) atiende a meras *preferencias* determinada por los

---

<sup>784</sup> Todas las referencias en KELSEN, Hans. Problemas capitales de la teoría del Estado. México: Porrúa, 1982.

fines de disciplina social (norma de sanción). En esta exposición solamente me limito a sugerir una mejor incidencia de la intimidación (normas de sanción), seguida de la redefinición del potencial comunicativo de las normas.

### 1.3.1. Verificación de constitucionalidad y refuerzo de los límites de legitimación

La producción dogmática de las formas jurídicas no se limita a la construcción del sistema jurídico. El dogma debe encontrar la vida concreta en el momento de su aplicación, a partir de una decisión jurídica. Para alcanzarse la decisión jurídica, es necesario un comportamiento decisorio que califica lo que es derecho, diferenciándolo de lo que no tiene validez jurídica. Kelsen, en la Teoría Pura del Derecho, no alcanza las fronteras normativas además de la interpretación de la norma. Al ganar operacionalidad, las normas penales establecen comunicaciones sobre la estructura normativa de la propia sociedad<sup>785</sup>, prestigiando la libertad personal en la exacta medida en que se realiza como comportamiento responsable.

Y eso, como hemos visto *supra*, no es Kelsen: situar el comportamiento libre en la dinámica de la sociedad – es decir, encontrar el lugar del derecho en la sociedad. Como hemos visto, se trata, más que nada, de la observación sociológica según el modelo de Luhmann. ¿Qué modelo de Estado sería preferible<sup>786</sup> y bajo qué límites puede operar el Estado penal? El legado kantiano del principio de la moralidad formal acomodó en el sistema jurídico

---

<sup>785</sup> JAKOBS, Günther. *System der strafrechtlichen Zurechnung*. Frankfurt: Vittorio Klostermann, 2012, p. 14. En otra oportunidad, investigué parcialmente las condiciones de ejercicio efectivo del deber jurídico: “El desafío, sin embargo, permanece, especialmente en lo que toca a los fundamentos, al contenido y a la legitimación de deberes especiales en la omisión penalmente relevante. Tiendo a pensar que la infracción de deber de solidaridad no siempre revela personas moralmente desestructuradas – *bad actors* –, sino que en una parte considerable de los casos les faltan las condiciones necesarias para cumplir con los deberes impuestos en función del contexto en que se encuentran. Justamente por tratarse de acciones cotidianas, es razonable que en algunas situaciones la persona no tenga reales condiciones de determinarse de otra manera sino participando de algo sobre lo que efectivamente tiene conocimiento, sin todavía tener oportunidad de, incluso queriendo cumplir con su deber, tomar una decisión en sentido contrario a la recomendación normativa”, SAAD-DINIZ, Eduardo. “Posfácio a João Daniel Rassi”. In: RASSI, João Daniel. *Imputação de ações neutras e o dever de solidariedade no direito penal*. São Paulo: LiberArs, 2014, p. 245.

<sup>786</sup> FERNANDES, Fernando Andrade. “Sobre uma opção jurídico-política e jurídico-metodológica de compreensão das ciências jurídico-criminais”. In: COSTA ANDRADE, Manuel da *et al* (Org.). *Liber discipulorum* para Jorge de Figueiredo Dias. Coimbra: Coimbra, 2003. p. 53-83.

soluciones apenas parcialmente legítimas. Para repensar los dominios de la dogmática jurídica, la institucionalización de sus formas necesita repositionar el problema moral y las dimensiones socio-políticas en que se realiza la libertad individual. En el enunciado de Wolfgang Kersting, construir la identidad y la recuperación de la realización (práctica) del comportamiento personal como categoría filosófica.<sup>787</sup> En una propuesta ambiciosa, es aquí que la construcción social de sentido de las normas penales alcanza sus límites de legitimación filosóficos, de tal forma que los límites de la intervención penal serían los límites de la realización de la libertad personal.

En otra línea, los postulados de política criminal, tradicionalmente, desarrollaron la noción de bien jurídico como criterio restrictivo para formulación y aplicación de las normas penales. Igualmente tradicional se tornó el concepto en Claus Roxin: “[...] realidades imprescindibles a la convivencia libre y pacífica de las personas.”<sup>788</sup> Sin incurrir en el lugar común de cuestionar la propia percepción de “realidad” e inestable noción de “libre” y “pacífico” (ya desde la crítica de Knut Amelung se conocen los problemas de instrumentalización de la protección penal de determinados intereses en favor de determinadas preferencias particularistas), el juicio de valoración entre lo prescindible y lo imprescindible confiere demasiada abertura a los límites de legitimación del derecho penal.

A partir de la cuestión sobre el substrato digno de tutela penal (la realidad imprescindible), surge un problema práctico, ¿en qué medida alguien (otra Persona) debe ser responsable por la integridad de ese bien? Es, como en Pawlik, un concepto superestimado y de dudoso potencial crítico<sup>789</sup>, abriendo de forma poco determinada los vínculos de la teoría del bien jurídico con la política. Tal vez por esa razón el rendimiento del concepto de bien jurídico se vea tan limitado por la necesidad de establecer los contornos de la intervención

---

<sup>787</sup> KERSTING, Wolfgang. *Macht und Moral: Studien zur praktischen Philosophie der Neuzeit*. Paderborn: Mentis, 2010. p. 210.

<sup>788</sup> ROXIN, Claus. “El nuevo desarrollo de la dogmática jurídico-penal en Alemania”. In *Dret* 4/2012, p. 5.

<sup>789</sup> PAWLIK, Michael. *Unrecht des Bürgers... op. cit.*, p. 127.

penal, en la tentativa de ofrecer una barrera al creciente proceso de criminalización de comportamientos. Sin embargo, sin mayores preocupaciones con el referencial “bien jurídico”, los *standards* penales han oscilado entre una ilimitada expansión – con absorción de presiones sociales – o cedido la tolerancia frente a determinadas situaciones en que podrían ejercer efectiva capacidad regulatoria.

Partiendo para otro plano conceptual, la teoría de los deberes podría sugerir perspectivas distintas al lugar ocupado por las normas penales, especialmente en su relación de refuerzo de las libertades constitucionales. En la doctrina publicista, desde Georg Jellinek se tiene la noción de derechos fundamentales como derecho público subjetivo, que vincula la actuación del Estado a la esfera de organización de los individuos. Jellinek concibe tres categorías distintas (derechos de *status negativus*, *positivus* y *activus*), pero con el fin de establecer la combinación normativa entre las normas penales y las normas constitucionales recurrimos al esquema teórico propuesto por Dimitri Dimoulis y Leonardo Martins<sup>790</sup>, centrando la discusión en los derechos de *status negativus* y *positivus* y las relaciones posibles con los deberes fundamentales.

Las relaciones entre individuo y Estado son pensadas como “*dos esferas en interacción*”: “[...] los derechos fundamentales garantizan la autonomía de la esfera individual y, al mismo tiempo, describen situaciones en que un determinado tipo de contacto es obligatorio.” En el primer caso, tenemos los derechos de *status negativus* (o pretensión de resistencia a la intervención estatal), que ofrecen protección al individuo al mismo tiempo en que limitan las posibilidades de actuación del Estado – una “[...] obligación negativa destinada al Estado para *dejar de hacer algo*.” En el segundo, aún a partir de Dimoulis y Martins, el *status positivus* garantiza las condiciones materiales para la realización de la libertad (incluyendo ahí las propias libertades de *status negativus*): pueden ser prestaciones materiales del Estado, concediendo a

---

<sup>790</sup> DIMOULIS, Dimitri; MARTINS, Leonardo. *Teoria geral dos direitos fundamentais*. São Paulo: RT, 2007.

individuos bienes o servicios u ofreciendo servicios universales de monopolio del Estado, como es el caso de la seguridad pública.<sup>791</sup>

El problema se da precisamente cuando la verificación de constitucionalidad enfrenta la legitimación de las normas penales y sus instituciones. Ya fue demostrado que las normas no solamente protegen la libertad de los individuos, ellas van más allá y recomiendan la imputación de responsabilidad. Si pensamos en los deberes fundamentales que son correlatos a esos derechos subjetivos, especialmente en relación a los “deberes de criminalización del Estado”<sup>792</sup>, como es el caso del art. 5º, XLIII, Constitución Federal brasileña, que pune como crítica la práctica de tortura, estamos frente a imputación de responsabilidad que, al proponer proteger la libertad de alguien, acaba por restringir la libertad de otro. Dimoulis y Martins también ponen ese problema en evidencia, resaltando las “[...] repercusiones sobre los derechos de los posibles agresores que, evidentemente, no pierden sus derechos fundamentales por el hecho de la agresión.” La verdad es que muchas veces resolver problemas con recurso a las normas penales acaba creando un problema aún mayor.

Dimoulis y Martins – citando al “políticamente incorrecto” Carl Schmitt – hablan de las “garantías de organización” (*Einrichtungsgarantien*), que se reportan al deber estatal de implementar las instituciones que dan soporte a la realización de los derechos fundamentales. Así, por ejemplo, el derecho fundamental a la seguridad pública (véase sobre todo, Josef Isensee) no tendría sentido práctico se no hubieran las instituciones “policía” o “Tribunal de Justicia” (también constitucionalmente reglamentadas) que permiten su efectivación concreta en la sociedad. No otro que Günther Jakobs criticó la “policialización” de la sociedad para tutelar el “derecho fundamental a no ser víctima”, legitimando nuevas fuentes de incriminación<sup>793</sup>. En esa misma línea, la investigación de implementación de las instituciones puede ser un importante

---

<sup>791</sup> Ibid., p. 63-65.

<sup>792</sup> En detalles, RODRÍGUEZ, Víctor Gabriel. *Fundamentos... op. cit.*, p. 96-98.

<sup>793</sup> JAKOBS, Günther. Sobre la teoría del derecho penal del enemigo. In: JAKOBS, Günther; POLAINO-ORTS, Miguel (Org.). *Persona y enemigo*. Lima: ARA, 2011. p. 41 et seq.



paso para comprender la génesis de las razones populistas que manipulan las normas penales y las instituciones que le dan soporte real.

En lo que a mí me gustaría insistir por ahora es solamente en el hecho de que los abusos no son idóneos para deslegitimar la institucionalización racional y constitucionalmente verificada de la libertad. No es por ahí que debería ir la crítica a las normas penales. Un importante camino es la elaboración de mecanismos dogmáticos que viabilicen el control racional (la contención) del abuso. La proporcionalidad es uno de esos mecanismos, pero los penalistas aún no se decidieron sobre cuál sería su lugar en la teoría del delito, si en lo injusto (en la antijuridicidad o tipicidad) o en la responsabilidad (momento propio del reproche o del merecimiento de pena), o mismo si ella estaría vinculada a la propia teoría de la pena o aún a la ejecución penal.

Curioso es que las menudencias teóricas no alejan un imperativo de naturaleza eminentemente práctica: la pena debe ser proporcional al delito. Es de menor importancia el sobre-cultivo teórico si se piensa en la necesidad de verificación intensiva de los derechos fundamentales en la aplicación das normas penales. Sin incurrir en un pragmatismo sin teoría, sino al contrario de eso, Matthias Jestaedt propone que esa verificación sea realizada *en función de un contexto*, de tal forma que ese positivismo relativista se “[...] relativice en la medida de su contextualización”<sup>794</sup> (entre los penalistas y también con referencia a Wittgenstein, véase también Miguel Polaino Navarrete<sup>795</sup>). Esto lleva a recordar, de alguna forma, la noción de Roscoe Pound, que escindía la comprensión del *law in books* y del *law in action*: importa lo que *de facto* puede ser verificado desde la perspectiva constitucional<sup>796</sup>.

---

<sup>794</sup> JESTAEDT, Matthias. Phänomen Bundesverfassungsgericht: was das Gericht zu dem macht, was es ist. In: JESTAEDT, Matthias; LEPSIUS, Oliver; MÖLLERS, Christoph. *Das entgrenzte Gericht: Eine kritische Bilanz nach sechzig Jahren Bundesverfassungsgericht*. Frankfurt: Suhrkamp, 2011.

<sup>795</sup> POLAINO NAVARRETE, Miguel. *Acción, omisión y sujetos en la teoría del delito*. Lima: Grijley, 2009.

<sup>796</sup> En otra ocasión, pero sin hacer referencia a Wittgenstein, intenté comprender la dinámica de la interpretación proporcional, SAAD-DINIZ, Eduardo. “Reglas de proporcionalidad y oportunidad en la interpretación penal”. In: *Revista de Derecho Penal*, 1/2012, p. 224 y ss.

---

Referencia en los estudios de proporcionalidad, AGUADO CORREA, Teresa. *El principio de la proporcionalidad en el derecho penal*, 1999.

### 1.3.2. Nuevas posibilidades para la interpretación normativa

La importancia de la idea de proporción se diferencia funcionalmente en la medida en que es manejada en la interpretación y atribución de sentido a las normas penales. En un esquema básico, la proporción debería ser ecuacionada entre la confianza que los individuos tienen en relación a determinados comportamientos y la consecuente restricción de libertad determinada por la frustración de esa expectativa. A partir de esa idea de proporción, sería posible comprender la tensión entre restricción y ampliación generada por la aplicación de las normas penales: que la restricción de esa libertad de una persona signifique en verdad ampliación de la seguridad de la sociedad; que la libertad de uno sirva a la libertad de otros. Al elevarla a la abstracción de un concepto, la idea de proporción ganaría entonces mayor fuerza de aplicación práctica para verificar cómo la realidad de la aplicación de las normas penales cumple la misión de proteger las libertades subjetivas frente a terceros o para positivamente permitir que esta libertad encuentre condiciones materiales de realización.

En el ámbito de discusión más específicamente penal, la estructuración de deberes negativos viene formulada con base en el *neminem laedere*. Desde la doctrina kantiana, los deberes negativos inciden sobre la organización defectuosa de la propia libertad que impacta la esfera de libertad personal de otro. La imputación de deberes negativos debe igualmente ser orientada por criterios materiales, o bien refiriéndose a situaciones en que la persona asume un rol de garante o no controla adecuadamente la fuente de peligro que está bajo su responsabilidad. Incluso la autonomía de las libertades personales no subsiste sin el “deber mínimo de solidaridad”. La imposición de deberes no se limita a condiciones negativas; la libertad tiene sus presupuestos positivos, mantenidos por las instituciones, reclamando de todos los ciudadanos el deber de colaboración para la manutención de esas instituciones, bajo pretexto de la

vida en sociedad. Esos deberes pueden ser dimensionados interpersonalmente, como la tutela de los padres en relación a sus hijos, o adquirir la naturaleza de deberes esencialmente estatales (poder de policía, administración de Justicia). En ambos casos, lo determinante es que establezcan relaciones de confianza especial, de tal forma que en los deberes especiales se atribuyan determinadas funciones especiales a los individuos.<sup>797</sup>

Sea como fuere, actualmente, esos referenciales teóricos poco se confirman en la aplicación práctica de las normas penales y hay mucho para investigar sobre la capacidad de interacción funcional y los vínculos posibles entre los deberes constitucionales y penales. Algunos ejemplos podrían ser suficientemente explanatorios. En los delitos contra el honor, es posible establecer mecanismos triviales de ponderación, poniendo en la balanza en qué medida el derecho al libre ejercicio de la crítica ultrapasa o no la intimidad del ofendido.<sup>798</sup>

Ya en el caso de la tipificación penal del autoaborto, en la que hay interrupción voluntaria de la gestación, la perspectiva normativista, si se supera la cuestión de la tutela del bien jurídico vida por la protección del derecho a la vida (originalmente el análisis del “derecho a la vida” se puede encontrar en Miguel Polaino-Orts<sup>799</sup>) permitiría bien situar la libertad personal de la mujer-gestante, ponderando sobre su autonomía sexual y reproductiva<sup>800</sup>. Más allá del concepto básico y estanque del bien jurídico vida – donde se puede penetrar muy tranquilamente la influencia política o la moral religiosa para reconocerse la lesión a un tercero –, los nuevos dominios dogmáticos posibilitan acentuar la

---

<sup>797</sup> KUBICIEL, Michael. *Die Wissenschaft vom Besonderen Teil des Strafrechts: ihre Aufgaben, ihre Methoden*. Frankfurt: Vit. Klostermann, 2013. p. 179.

<sup>798</sup> CARO-JOHN, José Antonio. “A ponderação entre o direito à honra e o direito à liberdade de expressão”. Trad. Camila Salles. In: SAAD-DINIZ, Eduardo; POLAINO-ORTS, Miguel (org) *Teoria da pena, bem jurídico e imputação*. São Paulo: LiberArs, 2012. p. 253-278.

<sup>799</sup> POLAINO-ORTS, Miguel. *Lo verdadero y lo falso en el derecho penal del enemigo*. Lima: Grijley, 2009, p. 245 y ss.

<sup>800</sup> El ordenamiento jurídico-penal brasileño llegó a enfrentar la cuestión de la ADPF-54, en la que se creó otra hipótesis permisiva, calificando como conducta atípica la anticipación terapéutica del aborto en caso de anencefalia, admitiendo la protección de la libertad personal de la mujer en caso de riesgo a la salud de la gestante, además de sopesar que la protección de la vida extrauterina del anencéfalo podría generar una situación aún más gravosa.

real libertad personal de la mujer en un supuesto caso de interrupción del embarazo.

## 2. Tendencias de naturaleza político-criminal

Las tendencias de naturaleza político-criminal se apoyan en la crítica a la función de seguridad cognitiva<sup>801</sup> propuesta por el modelo de *Jakobs*, a la extensión de la legitimidad de calibración de la funcionalidad<sup>802</sup> y auto-comprensión del sistema jurídico-penal, a la reposición de la técnica de los tipos penales de autor<sup>803</sup> y al ideario político de expansión de las medidas incriminatorias y creación de un “derecho penal policial”<sup>804</sup>. Según esas ideas de política criminal genéricamente consideradas, esos serían los indicios que más aproximarían la aplicación del derecho penal a un derecho penal del enemigo.

Así como recomienda Morguet<sup>805</sup>, a partir de la observación de las recientes repercusiones y del comportamiento decisorio en Alemania, supuestamente relacionados con el imaginario del enemigo, como es el caso del recurso a la biometría (identificación del ADN), para los programas de control de informaciones de los agentes y los límites de legitimación de la tortura y amenaza<sup>806</sup>, las medidas moralizantes de las *shame sanctions*<sup>807</sup>, además del

---

<sup>801</sup> CAVALIERE, Antonio. Può la sicurezza costituire un bene giuridico o una funzione del diritto penale? In: HASSEMER, Winfried; KEMPF, Eberhard; MOCCIA, Sergio (org.) *Festschrift für Klaus Volk zum 65. Geburtstag*, 2009, pp. 111-127.

<sup>802</sup> FRISCH, Wolfgang. Rechtsphilosophie und Strafrecht in Europa. In: *Goldammer's Archiv*, 2007, pp. 266 y ss.

<sup>803</sup> GÓMEZ-MARTÍN, Víctor. El derecho penal del autor... *Op. cit.*, p. 335.

<sup>804</sup> “El Estado se arroga en el Derecho penal posibilidades de intervención ilimitadas de forma que, para los ciudadanos, la moderna legislación penal resulta absolutamente misteriosa. El deseado efecto preventivo se pierde en la maleza del lenguaje legal hinchado e incomprensible (no hay más que leer una vez las normas de la “Segunda Ley para la lucha contra la criminalidad económica”). La clara llamada de la norma nunca acaba resistiendo el mercado de intereses de las comisiones de mediación legislativa”, ALBRECHT, Peter-Alexis. El derecho penal en la intervención de la política populista. In: *La insostenible situación del derecho penal*, 2003, pp. 473-475.

<sup>805</sup> MORGUET, Geraldine. Feindstrafrecht... *Op. cit.*, pp. 137-151.

<sup>806</sup> Como ejemplo de GRECO, Luis. Die Regeln hinter der Ausnahme: Gedanken zur Folter in sogenannten *ticking-time bomb* Konstellationen. In: *Goldammer's Archiv*, 2007, pp. 628 y ss.; AMBOS, Kai. Terrorismo, tortura y derecho penal: respuestas en situaciones de emergencia,

controvertido problema de los programas de combate al terror, cuya observación tiende a la calificación de medidas de naturaleza política que incorporan la finalidad de combate a las fuentes de peligro.

El comportamiento decisorio investigado por Morguet refleja la inestabilidad del referencial teórico del concepto del enemigo, reflejando decisiones judiciales sin mayores cuidados en relación al sentido operacional sugerido por la problemática del enemigo. Morguet observa los casos siguientes, válidos apenas a título ilustrativo, aunque carentes de inmersión exacta incluso en relación a su obra: (1) el caso *Mounir al Motassadeq*, paradigma de comportamiento decisorio “anti-derecho penal del enemigo”, una vez que la decisión no la destituye de la protección cognitiva de persona-no-derecho; (2) el caso “große Lauschangriff”, la gran interceptación y monitoreo de diálogos intradomiciliarios que determina la afectación de la esfera de intimidad; (3) penas patrimoniales intimidatorias y desproporcionales; (4) el caso *Daschner*; (5) los problemas de determinación y ponderación de la vida advenidos de la interpretación de la ley de seguridad aérea (*Luftsicherheitsgesetz*); (6) anticipación preventiva de la punibilidad de acciones neutras; (7) la técnica del “agente provocador” (*agent provocateur*); (8) la técnica del “agente infiltrado”, especialmente en el campo de la criminalidad organizada (*V-Leuten*); (9) el juez de instrucción como testigo, especialmente en los delitos sexuales y crimen organizado<sup>808</sup>.

Aunque Morguet se haya dedicado a comprobar la recepción del concepto de enemigo por el comportamiento decisorio en Alemania, lo que significaría superar la discusión del carácter descriptivo/prescriptivo de las ideas de Jakobs, el sentido operacional parece tan multifacético cuanto indeterminado,

---

2009; ZIEGLER, Ole. Das Folterverbot in der polizeilichen Praxis. Der Fall Daschner als Beleg für die rechtsstaatliche Absolutheit des Folterverbotes. In: *Kritische Vierteljahresschrift für Gesetzgebung und Rechtswissenschaft*, 87, 2004, pp. 50-66; MERKEL, Reinhard. Folter und Notwehr. In: PAWLIK, Michael; ZACZYK, Rainer (org.) *Festschrift für Günther Jakobs zum 70. Geburtstag*, 2007, pp. 375 y ss.

<sup>807</sup> KUBICIEL, Michael. Shame sanctions: Ehrenstrafen im Lichte der Straftheorie. In: *Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft*, n. 118, 2006, pp. 44-75.

<sup>808</sup> MORGUET, Geraldine. Feindstrafrecht... *Op. cit.*, pp. 152-173.

basado en simples apuntamientos sobre síntomas de aplicación de un derecho penal del enemigo que bien poco dicen sobre el sentido operacional del concepto y los límites de legitimación de la represividad.

En Brasil esas tendencias de naturaleza político-criminal también parecen tener lugar como meros síntomas de aplicación de un “juicio de elevado peligro del autor”<sup>809</sup>, ley del abate (decreto n. 5144, de 16 de julio de 2004)<sup>810</sup>, que apenas reflejaron el torbellino político nacional, sin que de eso devinieran mayores esfuerzo de auto-comprensión de la problemática ni fuese resultado de demostraciones teórico-conceptuales del juicio de necesidad de reacción penal.

A observación de esas tendencias tiene el propósito de reanimar la crítica a la infra-complejidad de la representación político-criminal, cuyas indeterminaciones obstaculizan la auto-comprensión de la manipulación del sentido operacional de la represividad (comúnmente confundida con medidas de represión) y la dejan absorta en condiciones operacionales de perversión política en el sistema jurídico-penal, en condiciones de co-evolución estructural de apropiación del sistema jurídico por el sistema político<sup>811</sup>.

Esos vínculos estructurales entre derecho, política y política criminal claudican desde la dignificante demarcación de procesos históricos de constitucionalización del derecho penal, vivenciado en disputa y modificación de

---

<sup>809</sup> Incluso con Morguet, en la síntesis que ofrece en relación a esas tendencias: “Mittels ‘Hochgefährlichkeits- Terminologie’ wurden bestimmte Straftäter zu Nicht-Bürgern degradiert und damit Feindstrafrecht umgesetzt”, MORGUET, Geraldine. *Feindstrafrecht... Op. cit.*, p. 175.

<sup>810</sup> Para A. Greco, “mesmo não vivenciando atos terroristas, o país apresenta um cenário semelhante no tocante ao medo e insegurança. Nos últimos anos diversos fatos apontados pela mídia demonstraram a incapacidade do Estado em lidar com o problema da criminalidade (...)”, a exemplo da Lei 8072/90 – Lei dos crimes hediondos –, a Lei 10792/2003 –, além da citada Lei do abate. “Diante desses exemplos, o que se verifica é a ocorrência de fatores que, em muito contribuem para a aplicação para a aplicação de uma ideologia punitiva nos moldes do derecho penal do enemigo desenvolvido por Jakobs”, GRECO, Alessandra Orcesi Pedro. *Derecho penal do enemigo e criminalidade econômica*. In: FARIA COSTA, José de; MARQUES DA SILVA, Marco Antonio (org.) *Derecho penal especial, processo penal e derechos fundamentais: visão luso-brasileira*, 2006, pp. 739-740. Para la comprensión de esa discusión, ISENSEE, Josef. *Leben gegen Leben: Das grundrechtliche Dilemma des Terrorangriffs mit gekapertem Passagierflugzeug*. In: PAWLIK, Michael; ZACZYK, Rainer (org.) *Festschrift für Günther Jakobs zum 70. Geburtstag*, 2007, pp. 207 y ss.

<sup>811</sup> Más sobre, BLECKMANN, Frank. *Strafrechtsdogmatik... Op. cit.*, pp. 124 y ss.



posicionamientos decisorios hegemónicos en defensa de la historia constitucional, hasta incluso a la expansión de medidas incriminatorias de carácter urgente<sup>812</sup>, en vista de la insuficiencia racional de las teorías de la persecución y de la prueba en materia penal<sup>813</sup>.

---

<sup>812</sup> MOCCIA, Sergio. La perenne emergenza. Tendenze autoritarie nel sistema penale, 2. ed., 1997.

<sup>813</sup> Lo que significa una “negación frontal de los principios políticos o socio-económicos básicos de nuestro modelo de convivencia (...). Conviene subrayar que el Derecho penal de la tercera velocidad (cfr. o direito penal do inimigo) no puede manifestarse sino como el instrumento de abordaje de hechos ‘de emergencia’, siendo expresión de una especie de ‘derecho de guerra’ en el que la sociedad, ante la gravedad de la situación excepcional de conflicto, renuncia de modo cualificado a soportar los costes de la libertad de acción”. SILVA-SÁNCHEZ, Jesús María. La expansión del derecho penal... *Op. cit.*, pp. 166-167.

## 2.1. Repercusión en el combate a los delitos económicos y la laguna en cuanto a la punibilidad de las personas jurídicas

En los delitos económicos la principal referencia recogida en la experiencia alemana es la “Segunda ley de combate a la criminalidad económica”, de 1986<sup>814</sup>. Jakobs también reconoce la tendencia en los delitos de falsificación y también en la ampliación de la punibilidad de los delitos de fraude e informáticos en el *StGB* (Código Penal alemán). En las descripciones se apuntan desde estructuras típicas básicas relacionadas a contextos más amplios del orden económico penalmente tutelado, tales como delitos de falsificación de documentos o moneda, pero también se abarcan delitos fiscales<sup>815</sup> o campos más especializados, como ejemplo el fraude en criminalidad informática. En todos los análisis realizados, los indicios de anticipación de la punibilidad *interna-autor*<sup>816</sup> serían sintomáticos de una legislación penal del enemigo.

Esos síntomas de estructuras típicas son procesados siempre en relación a determinados contextos legislativos de “lucha”. La idea de combate a la criminalidad económica no se disocia completamente de la protección específica y autónoma del orden económico, un análisis sistemático de los delitos conduce a la observación de las formas de daño al terror en los delitos de financiamiento de las asociaciones criminosas y terroristas<sup>817</sup>.

---

<sup>814</sup> *Zweite Gesetz zur Bekämpfung der Wirtschaftskriminalität*, WiKG 2, 15.5.1986.

<sup>815</sup> Steuerhinterziehung sozial gefährlich. In: *Die Zeit*, 04.05.2009.

<sup>816</sup> MORGUET, Geraldine. Feindstrafrecht... *Op. cit.*, pp. 94-95.

<sup>817</sup> GABRIEL-ORSI, Omar. Asociaciones ilícitas terroristas y financiación del terrorismo: análisis de la ley 26.238, 2008, pp. 142 y ss. Específicamente en lo que dice respecto a la asociación, surgen algunos problemas operacionales, que van de la restricción de la responsabilidad a los agentes o transpersonalización a la organización colectivamente considerada, lo que acarrearía efectos indeseables de punición indiscriminada a asociados sin involucramiento directo o efectivo con la conducta penalmente relevante, BÖSE, Martin. Die Strafbarkeit von Verbänden und das Schuldprinzip. In: PAWLIK, Michael; ZACZYK, Rainer (org.) *Festschrift für Günther Jakobs zum 70. Geburtstag*, 2007, pp. 15-26.

Ese capítulo también permite observar la laguna sentida en la literatura en lo que dice respecto a la punibilidad de las personas jurídicas, con base en la tesis de Gómez-Jara Díez<sup>818</sup>, un tanto más afectada a la teoría de los sistemas luhmanniana que a las ideas de Jakobs. El estudio del cambio de las modalidades sancionadoras en el campo de las personas jurídicas<sup>819</sup> acompaña la misma necesidad de auto-comprensión del derecho penal<sup>820</sup>.

Sin mayores innovaciones en el campo teórico, todo lleva a creer que la aprehensión de las repercusiones del sentido operacional de las estructuras normativas de enemigo, típicas de combate y prevención de peligros futuros presenta una laguna en relación a la punibilidad de las personas jurídicas. Eso será desenvuelto como evolución de sentido en relación al concepto de persona<sup>821</sup>, en contramano de las ideas de “transpersonalización” e incluso del pronóstico elaborado por el discurso jurídico-penal tradicional<sup>822</sup>.

---

<sup>818</sup> GÓMEZ-JARA-DÍEZ, Carlos. Grundlagen des konstruktivistischen Unternehmensschuldbegriffes. In: *Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft*, n. 119, 2007, pp. 290-333; JAKOBS, Günther. Strafbarkeit juristischer Person? In: PRITTWITZ, Cornelius et al. (org.). *Festschrift für Klaus Lüderssen zum 70. Geburtstag*, 2002, pp. 559 y ss.

<sup>819</sup> JAKOBS, Günther. Norm, Person, Gesellschaft... *Op. cit.*, pp. 15-16 e 42-43. Refractario a la idea, a favor de un derecho sancionador de empresas vinculado al derecho tradicional para los casos de participación de “personas individuales”, ABANTO-VÁZQUEZ, Manuel Artidoro. El llamado Derecho penal del enemigo. Especial referencia al derecho penal económico. In: CANCIO-MELIÁ, Manuel; GÓMEZ-JARA-DÍEZ, Carlos (org.) *Derecho penal del enemigo: el discurso penal de la exclusión*, v. 1, 2006, p. 45.

<sup>820</sup> ABANTO-VÁZQUEZ, Manuel Artidoro. El llamado Derecho penal del enemigo... *Op. cit.*, p. 45.

<sup>821</sup> FABRICIUS, Dirk. Gehör, Verständnis, Einsicht. In: HERZOG, Felix; NEUMANN, Ulfried (org.) *Festschrift für Winfried Hassemer zum 70. Geburtstag*, 2010, p. 48: “Der Ansatzpunkt ist nicht das schuldige Individuum, sondern die organischen Bedingungen des jeweiligen Umfelds. Viele scheinbar menschliche Fehler sind Fehler im System”.

<sup>822</sup> “As sanções a pessoas jurídicas desempenharão um grande papel no futuro. Afinal, as formas mais socialmente lesivas da criminalidade econômica e ambiental têm sua origem nas grandes e poderosas empresas; também a venda dos mais diversos produtos lesivos à saúde será um problema cada vez maior para o direito penal. Quando, nestes casos, se realiza um tipo penal, é frequentemente difícil, senão mesmo impossível, descobrir os responsáveis na empresa, pois a responsabilidade distribui-se por várias pessoas, e a culpabilidade de uma delas dificilmente pode ser provada. Também não se consegue enfrentar de modo eficaz os perigos que emanam de uma grande empresa – p. ex., para o meio ambiente – através da punição de um indivíduo substituível. Pelo contrário, sanções que se acoplem a uma falha da organização (independentemente de quem, individualmente, seja o culpado), podem ter intensos efeitos preventivos. Elas devem abranger desde consideráveis pagamentos em dinheiro até o fechamento da empresa. (...) Uma pessoa jurídica só pode agir e tornar-se culpável em um sentido análogo, através de uma construção jurídica. Para tanto, será necessário desenvolver

La observación del comportamiento de la persona jurídica recomienda la captación de sentido informada como “política de empresa defectuosa”<sup>823</sup>, las cuales tapan esquemas de poder y comunican al derecho programas de desdiferenciación sistémica altamente perniciosos a las prácticas de subjetivación que constituyen la organización social.

Para suplir esa laguna en la evolución de sentido de responsabilidad en el ámbito transpersonal, se ha observado en la interpretación doctrinaria entendimientos sobre la diferenciación entre la mera absorción de las penalidades a los costos de la actividad empresarial, estableciendo relaciones de preferencia a la confiscación de los lucros, a la eliminación de subvención de las empresas o medidas restrictivas de derechos<sup>824</sup>, delimitando la extensión de la represividad a fin de evitar lesión a intereses de terceros, acreedores y sobretodo de los empleados<sup>825</sup>. El sentido operacional recomendado por la equivalencia funcional de la responsabilidad penal a las corporaciones abarca también la recuperación de los daños causados, con fuerte tendencia a la determinación de restricción de la libertad de los socios-empresarios con poder de gestión

---

regras especiais de imputação”. ROXIN, Claus. Tem futuro o direito penal? In: ROXIN, Claus. *Estudos de direito penal*, 2006, pp. 27-28. El pronóstico de *Schünemann* es el mismo: “Frente al enorme *déficit de sanción* en el área de la criminalidad económica – déficit, cuya existencia permanece en la actual discusión doctrinal prácticamente indiscutido-, frente al característico *tratamiento desigual* en el ámbito del derecho penal patrimonial – tratamiento desigual que afirman serias investigaciones criminológicas en los últimos tiempos y que se realiza a través de una selección desventajosa para las capas sociales bajas”, SCHÜNEMANN, Bernd. *Delincuencia empresarial: cuestiones dogmáticas y de política criminal*, 2004, p. 21; SCHÜNEMANN, Bernd. *Die Strafbarkeit der juristischen Personen aus deutscher und europäischer Sicht*. In: SCHÜNEMANN, Bernd *et al.* (org.) *Bausteine des europäischen Wirtschaftsstrafrechts*, 1994, pp. 267 y ss.

<sup>823</sup> ZUÑIGA-RODRIGUEZ, Laura. Bases para un modelo de imputación de responsabilidad penal a las personas jurídicas, 2000, p. 238.

<sup>824</sup> ZUÑIGA-RODRIGUEZ, Laura. Bases para un modelo de imputación de responsabilidad penal a las personas jurídicas... *Op. cit.*, p. 240.

<sup>825</sup> La inmunitación de los derechos de los empleados debe extenderse a los cuidados con medidas sancionatorias de extrema gravedad, tales como disolución de la empresa. La medida sería equivalente a la “muerte de las personas físicas”, reservada apenas para los casos de estricto reconocimiento de lo ilícito de la asociación. ZUÑIGA-RODRIGUEZ, Laura. Bases para un modelo de imputación de responsabilidad penal a las personas jurídicas... *Op. cit.*, p. 240.

negociante<sup>826</sup>, tener en cuenta el desarreglo en el equilibrio de las fuerzas en competencia económica<sup>827</sup>.

En Brasil, incluso sin el asentimiento de determinadas interpretaciones doctrinarias<sup>828</sup>, limitando los procesos de imputación penal a las personas físicas<sup>829</sup>, se acoge la introducción en el ordenamiento de la responsabilidad penal de la persona jurídica por la Constitución brasileña de 1988, en los artículos 173, § 5º, e 225, § 3º<sup>830</sup>. Incluso así, la juridificación de los conflictos de la empresa enfrenta dificultades operacionales para la persecución penal de los delitos económicos de responsabilidad de corporaciones<sup>831</sup>. La emergencia de los agentes corporativos y su significancia para la dinámica de mercado recomiendan la necesidad de superación del estado de irresponsabilidad penal<sup>832</sup> generalizada, una vez que esos agentes no son sujetos de intervención punitiva, inviabilizando la extensión de la comunicación de la represividad.

---

<sup>826</sup> ZUÑIGA-RODRIGUEZ, Laura. Bases para un modelo de imputación de responsabilidad penal a las personas jurídicas... *Op. cit.*, p. 240.

<sup>827</sup> WEIGEND, Thomas. Internationale Korruptionsbekämpfung... *Op. cit.*, p. 764.

<sup>828</sup> PRADO, Luiz Regis. Crimes contra o ambiente, 2001, pp. 30 y ss.

<sup>829</sup> DOTTI, René Ariel. A incapacidade criminal da pessoa jurídica: uma perspectiva do direito brasileiro. In: *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, n. 11, 1995, p. 201.

<sup>830</sup> Shecaira integra la responsabilización penal de la persona jurídica al derecho infraconstitucional por el recurso dogmático al concurso de personas, SHECAIRA, Sérgio Salomão. Responsabilidade penal da pessoa jurídica: de acuerdo con la Ley 9.605/98, 1998, p. 149. Mello Jorge Silveira admite con reservas: “A partir da compreensão de que nas sociedades pós-industriais, sociedades de risco que são, grande parte das condutas criminosas econômicas e ambientais são praticadas por pessoas jurídicas, por uma questão de coerência sistêmica, torna-se necessário um certo grau de reprovação penal destas. No entanto, essa construção se encontra dentro de um espectro penal, o qual, já visto, é cercado de dúvidas quanto à sua eficácia no campo dos interesses difusos”, MELLO JORGE SILVEIRA, Renato. Derecho penal supraindividual: intereses difusos, 2003, p. 198.

<sup>831</sup> Distintamente, “no plano da aplicação, está evidente no Brasil a escolha da atividade econômica de porte, industrial, comercial, de serviços e agrícola, como alvo de ações, no mínimo discriminatórias e espalhafatosas, em verdadeira escolha do enemigo propiciada pela amplitud de los tipos incriminadores e por outros motivos tais como a luta de poder e prestigio. O princípio da imparcialidade e da impessoalidade tem sido colocado de lado para das passagem a verdadeiras perseguições de grande divulgação pela imprensa com motivação oculta que pode ser desde simplesmente a vaidade da fama até o ódio político contra a atividade econômico ostensiva”. GRECO, Alessandra Orcesi Pedro. Derecho penal do enemigo e criminalidade econômica... *Op. cit.*, p. 742.

<sup>832</sup> Gómez-Jara Díez describe el estado de irresponsabilidad penal a pesar de la emergencia del agente corporativo, sujeto no pasible de real punición. La construcción de la punibilidad de la empresa presupone la diferenciación entre corporaciones “capable” e “non-capable”, GÓMEZ-JARA-DÍEZ, Carlos. The Emergence of the Corporate Actor... *Op. cit.*, pp. 261 y ss. e 270-271.

Esa laguna en el entendimiento de las repercusiones de las modalidades de intervención punitiva indiciarias de “combate al enemigo” parece ser una laguna de auto-comprensión del derecho penal y de las modalidades de intervención punitiva que generan *déficit* de represividad, constituyéndose en una traba para la evolución del sentido de la reacción penal.

La hipótesis de Gómez-Jara-Díez elabora funcionalmente el problema de la punibilidad de las corporaciones, partiendo del presupuesto de que habría equivalencia funcional entre la auto-reflexión de las empresas con la consciencia de la persona física, permitiéndosele, de todos modos, la condición de centro de imputación de responsabilidad y la capacidad de portarse como destinatario de procesos comunicativos y expectativas normativas<sup>833</sup>.

La construcción del concepto establece la identidad semántica entre la auto-referencialidad de la consciencia del sistema psíquico – persona – y la auto-referencialidad de los procesos comunicativos asimilados en las organizaciones, evidenciándose en esa relación de identidad la demostración de que consciencia y comunicación se operacionalizan en recursividad y auto-reflexión<sup>834</sup>.

La propuesta semántica de identidad entre persona y organización se refleja en la composición del repertorio jurídico en la medida en que informa expectativas de organización<sup>835</sup>, fundamentado en el estatuto jurídico del “ciudadano corporativo fiel al derecho”<sup>836</sup>.

---

<sup>833</sup> GÓMEZ-JARA-DÍEZ, Carlos. Grundlagen des konstruktivistischen Unternehmensschuldbegriffes... *Op. cit.*, pp. 290-333.

<sup>834</sup> GÓMEZ-JARA-DÍEZ, Carlos. La culpabilidad... *Op. cit.*, pp. 114-115: “tanto el ser humano como la organización empresarial son sistemas autopoieticos que construyen su propia identidad sobre la base de sus propias operaciones autorreferenciales”.

<sup>835</sup> Esa elaboración conceptual es atribuida a W. Bottke, GÓMEZ-JARA-DÍEZ, Carlos. La culpabilidad..., p. 132. La depuración de las consecuencias dogmáticas de reconocimiento de la identidad semántica entre persona y organización, con especial atención a las directrices programáticas y los efectos penales de la *compliance* empresarial GÓMEZ-JARA-DÍEZ, Carlos. La culpabilidad..., pp. 258 y ss.; En la perspectiva sistémica, el reconocimiento de la punibilidad de la persona jurídica como equivalente funcional de la persona traería efectos de doble contingencia, de forma tal que la reacción penal obligaría también el reconocimiento de la necesidad de comportamiento auto-regulatorio de la empresa. En sentido semejante:

Incluso en vista de la larga amplitud de las repercusiones e incidencia de los síntomas de combate, la observación del sentido operacional sugerido por el concepto de enemigo parece presentar una laguna en lo que dice respecto de las estructuras normativas que viabilicen la construcción de la responsabilidad penal de las personas jurídicas y de la consecuente observación del comportamiento corporativo de violación a la norma<sup>837</sup>.

A semejanza de las mediaciones normativas dedicadas a la persona, nos parece bastante significativo que sean suscitados las posibilidades y los límites de legitimación de la observación de las corporaciones como fuente de peligro. Una incongruencia que la problemática del enemigo parece ignorar, comprometiendo la propia evolución de sentido operacional y la auto-comprensión del derecho penal.

---

LÜDERSEN, Klaus. 'Systemtheorie' und Wirtschaftsstrafrecht... *Op. cit.*, p. 73. Para una conceptualización de reflexión: "Na reflexão, que pressupõe auto-referência elementar e reflexividade, é ao próprio sistema como um todo que se atribuí a operação auto-referencial, não apenas aos elementos ou processos sistémicos. Definida também como autodescrição, significa a 'exposição da unidade do sistema no sistema'. En cuanto 'teoria do sistema no sistema', ela implica a elaboração conceitual da 'identidade do sistema em oposição ao seu ambiente'. Se trata, pues, de 'uma forma concentrada de auto-referência', que possibilita la problematización de la propia identidad del sistema". NEVES, Marcelo. A constituição simbólica... *Op. cit.*, pp. 132-133.

<sup>836</sup> GÓMEZ-JARA-DÍEZ, Carlos. La culpabilidad... *Op. cit.*, pp. 289 y ss. e 296 y ss.

<sup>837</sup> "(...) se deduce que las organizaciones empresariales tienen competencia para organizar los contactos sociales de modo conforme o no conforme a las expectativas de organización que salvaguarda el derecho penal. Caso de no organizar los contactos sociales conforme a dicha expectativa, resulta lógico afirmar que deben ser responsables por las consecuencias que se deriven de dicha organización", GÓMEZ-JARA-DÍEZ, Carlos. La culpabilidad... *Op. cit.*, p. 133.

## 2.2. Repercusión en el combate al tráfico de estupefacientes y criminalidad organizada

El combate al tráfico también siente la repercusión de la discusión en torno del derecho penal del enemigo, que recorre las incriminaciones con base en cualidades subjetivas de los agentes como estrategia de defensa delante del peligro suscitado por el tráfico de estupefacientes y criminalidad organizada<sup>838</sup>.

La tendencia observada en la experiencia alemana es la de un indiscriminado recrudescimiento de los textos normativos, con el consecuente enriquecimiento del sentido aplicado por los tribunales y aceptación de restricciones de derechos<sup>839</sup>, a ejemplo del retorno del principio de la prohibición total<sup>840</sup> y extensión de la punibilidad para los casos de vínculo con la criminalidad organizada<sup>841</sup>. En 1994, la “Ley de combate al crimen” declara “guerra al crimen organizado”<sup>842</sup>, y poco después, en 1998, la “Sexta ley de reforma del derecho penal”<sup>843</sup> mantuvo esa orientación. En ese campo, las observaciones de las estructuras normativas indican repercusión puramente simbólica y causa amplio debate sobre la privación de garantías en el combate al tráfico de estupefacientes<sup>844</sup>, sobretudo en las incriminaciones que desconsideran

---

<sup>838</sup> HEFENDEHL, Roland. Organisierte Kriminalität als Begründung... *Op. cit.*, pp. 156 ss. Crítico, MELLO JORGE SILVEIRA, Renato de. Drogas e política criminal: entre o direito penal do inimigo e o direito penal racional. In: REALE JR., Miguel (org.) *Drogas: aspectos penais e criminológicos*, 2005, pp. 25-52.

<sup>839</sup> El análisis de la restricción de derechos em relación al caso portugués, VALENTE, Manuel Monteiro Guedes. Terrorismo: fundamento da restrição de direitos? In: MOREIRA, Adriano (org.) *Terrorismo*, 2. ed., 2004, pp. 421-457.

<sup>840</sup> KÖHLER, Michael. Freiheitliches Rechtsprinzip und Betäubungsmittelstrafrecht. In: *Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaften*, n. 104, 1992, pp. 03 y ss.

<sup>841</sup> HASSEMER, Winfried. Prävention im Strafrecht. In: *Juristische Schulung*, 1987, pp. 257-266.

<sup>842</sup> *Verbrechensbekämpfungsgesetz*, 28.10.1994.

<sup>843</sup> *Sechstes Gesetz zur Reform des Strafrechts*, 26. 1.1998.

<sup>844</sup> Más allá de ese problema, A. Greco receña la ocurrencia de “verdadera ‘aberratio ictus’”, una vez que el problema del enemigo “não está somente nas próprias medidas violadoras das



los límites del riesgo penalmente relevante entre los comportamientos de consumo propio y autocolocación en peligro y los de circulación para otras personas<sup>845</sup>.

En un contexto más amplio, las repercusiones del discurso del enemigo atingieron transformaciones estructurales en combate al tráfico de estupefacientes<sup>846</sup> y en la criminalidad genéricamente concebida como “organizada”<sup>847</sup>, con énfasis en la estrategia de fusión entre estrategias de seguridad internas y supranacionales, recorriendo la experiencias de naturaleza militar, policial y también de servicios secretos de investigación.

Uno está atraillado al blanqueamiento de capitales<sup>848</sup>, consecuencias en el tratamiento dogmático de esos delitos<sup>849</sup>: (1) primacía de los delitos de peligro abstracto antecedentes del lavaje de dinero; (2) responsabilidad por el peligro o inversión del gravamen de la prueba en detrimento de la culpa; (3) inclusión de los particulares en los procesos de investigación penal, creando “mecanismos de solidaridad”; (4) separación de las medidas de investigación policial de los indicios concretos e introducción de estrategias de persecución independientes de indicios necesarios a la investigación. En Brasil, la observación de esas repercusiones vienen bajo la forma de “política

---

garantias individuais, mas também e especialmente na escolha do inimigo. Assim, por exemplo, no caso da Lei chamada do Abate escolheu-se como inimigo o tráfico ilícito de drogas que pode servir de pretexto para outras situações ou intenções ou ensejar verdadeira ‘aberratio ictus’”. GRECO, Alessandra Orcesi Pedro. Derecho penal do inimigo e criminalidade econômica... *Op. cit.*, p. 742.

<sup>845</sup> MORGUET, Geraldine. Feindstrafrecht... *Op. cit.*, p. 95.

<sup>846</sup> ALBRECHT, Hans-Jörg. *Criminalidad transnacional, comercio de narcóticos y lavado de dinero*, 2001, p. 69: “un ejemplo de esta situación es, a no dudarlo, la Convención de Viena de 1988, en la que domina el ímpetu jurídico-penal en el control de estupefacientes, toda vez que los contenidos de la convención se concentran en la cooperación internacional para asuntos penales, la formulación de tipos penales, controles al lavado de dinero y medidas de retiro de circulación y embargo de las ganancias de procedencia ilícita”.

<sup>847</sup> HEFENDEHL, Roland. Organisierte Kriminalität als Begründung... *Op. cit.*, pp. 156 y ss.

<sup>848</sup> “Una vez obtenida la sustancia ilegal, se ponen en funcionamiento los mecanismos de distribución mayorista y minorista, que sucesiva o paralelamente, transforman la mercancía ilegal en dinero sucio. Los traficantes pretender dar al dinero sucio una apariencia de legitimidad mediante el blanqueo”. FUENTES-GONZÁLES. Gabriel. El proceso económico del tráfico de drogas. In: ZARAGOZA-AGUADO *et al.* (org.) *Prevención y represión del blanqueo de capitales*, 2000, p. 19.

<sup>849</sup> ALBRECHT, Hans-Jörg. *Criminalidad transnacional, comercio de narcóticos y lavado de dinero*, 2001, p. 69.

prohibicionista de represión a las drogas”, extendiendo sus efectos a la Ley 11.343/06 como reflejo de la ideología de defensa social<sup>850</sup>.

Además de eso, no diverge en gran medida del trato indiscriminado de las estructuras indiciarias de “combate al enemigo” en lo que dice respecto a la criminalidad organizada y produce todavía las indeseables consecuencias de la extensión y anticipación de los campos de incidencia de la punibilidad a contextos de pura descalificación subjetiva de los agentes y alijado de los resultados criminosos, reprobando conductas neutras<sup>851</sup> y ampliando los efectos meramente simbólicos<sup>852</sup> a los daños a la población civil.

---

<sup>850</sup> Para la comprensión de esa política prohibicionista, CARVALHO, Salo de. A política criminal de drogas no Brasil: estudo criminológico e dogmático da Lei 11.343/06, 5. ed., 2010, p. 300; KARAM, Maria Lucia. A Lei 11.343/06 e os repetidos danos do proibicionismo. In: *Boletim do IBCCRIM*, 2006, n. 167, p. 07.

<sup>851</sup> MORGUET, Geraldine. Feindstrafrecht... *Op. cit.*, p. 97.

<sup>852</sup> SEELMANN, Kurt. Risikostrafrecht: Die “Risikogesellschaft” und ihre “symbolische Gesetzgebung” im Umwelt- und Betäubungsmittelstrafrecht. In: *Kritische Vierteljahresschrift für Gesetzgebung und Rechtswissenschaft*, 1992, pp. 455 y ss.

### 2.3. Repercusión en el combate a los delitos sexuales

En la experiencia alemana, las principales repercusiones observadas remontan a la “Vigésima séptima modificación de la legislación penal”, de 1993, la cual extendió el juicio de punibilidad para la pornografía infantil con base en criterios de naturaleza subjetiva. La “Sexta ley de reforma del derecho penal” (1998) también recomendaba la persecución de los autores de abusos sexuales a partir de determinadas condiciones subjetivas<sup>853</sup>. En 2003, una nueva alteración – por la “Ley de la auto-determinación sexual” – enunció medidas de combate al peligro contra la capacidad de auto-determinación sexual incluso en el campo de la intencionalidad (proyectando el peligro futuro de afectación al bien jurídico).

En los delitos sexuales se siente acentuada tendencia del retorno a las tesis de inocuización de los delincuentes peligroso, determinada precipuamente por la falta de creencia generalizada en las teorías de resocialización y cierta obsesión por el ideario de seguridad<sup>854</sup>. Con base en esas líneas rectoras se forjaron esas estructuras normativas específicamente destinadas al combate de la peligrosidad del autor<sup>855</sup>, en estado previo al resultado delictivo.

---

<sup>853</sup> ALBRECHT, Hans Jörg. Die Determinanten der Sexualstrafrechtsreform. In: *Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaften*, v. 111, 1999, pp. 863-888. Críticamente, MELLO JORGE SILVEIRA, Renato. *Crimes sexuais*, 2008, pp. 184-194. Acogendo las tesis de Mello Jorge Silveira, GRECO, Alessandra; RASSI, João Daniel. Crimes contra a dignidade sexual... *Op. cit.*, pp. 125-126. En los supuestos de abusos sexuales, las condiciones subjetivas que despertan la necesidad de reacción penal llevan en consideración el problemático “peligro de reiteración” de la conducta, LAUBENTHAL, Klaus. Sexualstraftaten, 2000; ROSENAU, Henning. Tendenzen und Gründe der Reform des Sexualstrafrechts. In: *Strafverteidiger*, 1999, pp. 388-398; SCHÖCH, Heinz. Das Gesetz zur Bekämpfung von Sexualdelikten und anderen gefährlichen Straftaten vom 26.1.1998. In: *Neue Juristische Wochenschrift*, 1998, pp. 1257 y ss.; PFAEFFGEN, Bürgerstrafrecht, Vorbeugungsstrafrecht, Feindstrafrecht. In: BÖSE, Martin et. al. (org.) *Straf- und Strafverfahrensrechts: Festschrift für Knut Amelung zum 70. Geburtstag*, 2009, pp. 104-105.

<sup>854</sup> SILVA-SANCHEZ, Jesús María. *Estudios de derecho penal*, 2000, pp. 235-236.

<sup>855</sup> “La pretensión de esta reducción es doble: de una parte, desvincular a la institución de su ligamen tradicional con la habitualidad, o a la sucesión de hechos delictivos, de manera que, en

Se observa en materia de combate a la criminalidad sexual una “contra-reforma incriminatoria – sentida en términos genéricos mundiales en cuanto a la pedofilia, asedio sexual o tráfico de personas”<sup>856</sup>. Las repercusiones en el ámbito normativo del combate a los delitos sexuales son percibidas también con relación al intenso tráfico nacional e internacional de personas, promovido con la finalidad de explotación sexual de toda clase<sup>857</sup>.

Más es en lo que respecta a la reacción penal contra la violencia de género que los indicios de normatividad del tipo enemigo despiertan mayor interés, no solo por los elevados índices de selectividad contingencialidad, sino primordialmente por la creación de un “sistema de prevención situacional”<sup>858</sup>.

---

la nueva regulación, es posible imponerla ya con ocasión de la primera condena del sujeto; de otra parte, eliminar su ya limitada vinculación con un criterio de proporcionalidad, al ser posible su duración indeterminada (...) en casos de que exista un riesgo de violencia”, SILVA-SANCHEZ, Jesús María. Estudios de derecho penal... *Op. cit.*, pp. 241-242.

<sup>856</sup> MELLO JORGE SILVEIRA, Renato de. Crimes sexuais... *Op. cit.*, p. 194.

<sup>857</sup> No raramente el tráfico nacional e internacional de personas para exploración sexual está atraillado a los fluxos migratorios clandestinos y al tráfico ilícito de personas para la explotación del trabajo, ensayando repercusiones también en lo que respecta a un “derecho penal del enemigo-inmigrante”, colocado en oposición a un “derecho penal multicultural”: “El enemigo puede ser considerado el inmigrante irregular, en la medida en que al encontrarse en esa situación de irregularidad, ha abandonado el Derecho no de forma incidental sino duradera, por lo que reúne las características cognitivas imprescindibles para actuar como personas”, PÉREZ-CEPEDA, Ana Isabel. Globalización, Tráfico internacional ilícito de personas y derecho penal... *Op. cit.*, p. 336; Scheffer especula sobre legislações de combate ao trabalho clandestino ou mesmo de controle de estacionamento em locais proibidos (*Falschparker*), SCHEFFER, Uwe. Freund- und Feindstrafrecht. In: FELTES, Thomas; PFEIFFER, Christian; STEINHILPER, Gernot (org.) *Kriminalpolitik und ihre wissenschaftlichen Grundlagen: Festschrift für Professor Dr. Hans-Dieter Schwind zum 70. Geburtstag*, 2006, pp. 139 y ss. A crítica *habermasiana* teme por la irrestricta incriminación de los ciudadanos: “(...) con la definición de violencia de los juristas, es suficiente para la distinción autoritario-legalista entre el derecho y la violencia para convertir en criminales a los ciudadanos comprometidos que emplean su imaginación en luchar contra su mediatización a manos de unos medios de comunicación taimados. Entre despreciar las motivaciones político-morales del que quebranta la norma y aislar descalificándolo a un enemigo interior no hay más que un paso”, HABERMAS, Jürgen. *Ensayos políticos*, 2. ed., 1994, p. 74.

<sup>858</sup> En profundidad, HERRERA-MORENO, Myriam. *Publicidad y control social: nuevas estrategias inocuizadoras en la post-modernidad penal*, 2002; en derecho comparado, WATZINGER, Margit. *Sexualstrafrecht: Ein deutsch-amerikanischer Rechtsvergleich*, 2004; discurrendo sobre la experiencia norteamericana del *Sexually Violent Predators Act, 1990*, POLAINO-NAVARRETE, Miguel. La controvertida legitimación del derecho penal... *Op. cit.*, pp. 112 y ss.; a respecto de los *Sexual Psychopath Acts*, SILVA-SANCHEZ, Jesus Maria. Estudios de derecho penal... *Op. cit.*, pp. 236 y ss.

En la experiencia española, el problema de los malos-tratos intrafamiliares presionó la promulgación de la “Ley Orgánica 16/2003” y posteriormente de la “Ley Orgánica 1/2004”, en la cual vienen prescritas medidas de protección a la violencia de género, cuyo sentido operacional, sin mencionar el retroceso de la discriminación positiva acarreada a la figura de la mujer, recomienda el recrudecimiento de la regresividad, medidas con vistas a tornar “inofensivo al sujeto peligroso”<sup>859</sup>.

La recuperación del sentido histórico de las prácticas de inocuización fue impulsada por fuerza de iniciativas puramente cognitivas – sin base de normatividad jurídico-penal –, tales como la prohibición de visitar o residir en determinado lugares, instalación de cámaras de seguridad o hasta la exposición pública de la lista de los condenados a malos tratos<sup>860</sup>. La baja complejidad de los códigos jurídicos allí empleados condena el combate a la violencia de género al mero simbolismo<sup>861</sup> y a “dudoso”<sup>862</sup> sentido operacional.

---

<sup>859</sup> POLAINO-NAVARETE, Miguel. La controvertida legitimación del derecho penal... *Op. cit.*, p. 102.

<sup>860</sup> POLAINO-NAVARETE, Miguel. La controvertida legitimación del derecho penal... *Op. cit.*, p. 103.

<sup>861</sup> Precisando la idea del simbolismo en ámbito de los delitos sexuales: “Es steht zu befürchten, dass zu schnell von mangelnder Effizienz auf einen blossen Symbolgehalt geschlossen wird und dass der Vorhalt mangelnder Effektivität voreilig bei der Hand ist. Das sich zumindest die wichtigsten Sexualstraftatbestände einer gewissen Effektivität rühmen können, sind andere Parameter symbolischer Gesetzgebung zu ermitteln. Insbesondere weil das Sexualstrafrecht letztlich auch im strafprozessualen Alltag effektive Anwendung findet, lässt sich hieran trefflich eine konstruktive Kritik entwickeln: Der Gesetzgeber hat einem ausufernden Strafrecht entgegenzuwirken, wobei dieser dabei auch Instrumentalität wahren kann, ohne der gelegenen symbolischen Effekte verlustig zu gehen. Neben dem instrumentellen Inhalt (effektive Strafverfolgung des Täters) existiert also noch ein symbolischer”. FUNCKE-AUFFERMANN, Niklas. Symbolische Gesetzgebung im Lichte der positiven Generalprävention... *Op. cit.*, p. 59.

<sup>862</sup> POLAINO-NAVARETE, Miguel. La controvertida legitimación del derecho penal... *Op. cit.*, p. 107. La representación y la crítica al paternalismo en combate a la violencia de género en Brasil, con énfasis en discusión de la así llamada “Lei Maria da Penha”, MELLO JORGE SILVEIRA, Renato. Tipificação criminal da violência de gênero: paternalismo legal ou moralismo penal. In: *Boletim IBCCRIM*, n. 166, 2006, pp. 07-08.

## 2.4. Repercusión en el combate al terror

Aparte de la evolución histórica y el sentido global del problema<sup>863</sup>, en 1976, con la edición de la “Décima cuarta alteración de la legislación penal”<sup>864</sup>, diez años más tarde con la “Ley de combate al terrorismo”<sup>865</sup>, el derecho penal absorbió el discurso de combate a los agentes cuyo comportamiento representa fuente de peligro para el ordenamiento. La repercusión también se hace sentir en la “Trigésima cuarta ley de modificación de la legislación penal”<sup>866</sup> y desde entonces la guerra al terror se tornó la piedra de toque del derecho penal del enemigo, inclusive en el discurso de combate a las organizaciones así entendidas como terroristas en Brasil<sup>867</sup>.

---

<sup>863</sup> “Ya en el pasado la lucha contra el terrorismo interno había llevado a limitar – también fuertemente – las libertades civiles en el interior del Estado en su particular lucha contra el terrorismo. Después se han desarrollado formas bilaterales y plurilaterales de lucha internacional contra el terrorismo, porque SUS raíces económicas habían sabido sacar ventaja de la globalización económica. Finalmente, tres continentes se han involucrado en la mayor empresa bélica organizada después de la Segunda Guerra Mundial: primero Afganistán, luego Irak han sido objeto de una guerra informal, porque se les ha considerado las bases del terrorismo mundial. Y es probable que las ‘guerras preventivas’ no se limiten a estos dos Estados. ¿Qué puede hacer el Derecho en esta situación de conflicto no sólo social e interno, sino armado e internacional? ¿Cómo se puede encontrar un punto de equilibrio entre los derechos fundamentales y la seguridad colectiva? Estas cuestiones se las han planteado ya todos los Estados que han conocido el fenómeno del terrorismo interno, pero, sin embargo, tras las guerras de Afganistán e Irak están adquiriendo el valor de una piedra de toque para el Ordenamiento jurídico singular. En particular, los prisioneros de la base cubana de Guantánamo no son prisioneros de guerra, porque la guerra no ha sido declarada: son ‘enemy combatants’ a ser sometidos a especiales ‘military commissions’”. LOSANO, Mario. Europa y América Latina. El „viejo Occidente“ y el “otro Occidente”. In: LOSANO, Mario; MUÑOZ CONDE, Francisco. El Derecho ante la Globalización y el Terrorismo: *cedant arma togae* – Actas del Coloquio Internacional Humboldt, Montevideo abril 2003, 2004, pp. 21-22.

<sup>864</sup> *Vierzehnte Strafrechtsänderungsgesetz*, 22.4.1976.

<sup>865</sup> *Gesetz zur Bekämpfung des Terrorismus*, TerrorBG, 19.12.1986.

<sup>866</sup> *TerrorismusBekG*, 22.12.2003. Especialmente, el análisis del artículo 129, del StGB, Código penal alemán, PAWLIK, Michael. Terrorist und sein Recht... *Op. cit.*, pp. 26 y ss.; WEIßER. Über den Umgang des Strafrechts mit terroristischen Bedrohungslagen. In: *Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft*, n. 121, 2009, pp. 131-161; en detalles, BARISCH, Kai Thorsten. Die Bekämpfung des internationalen Terrorismus durch § 129b StGb... *Op. cit.*, pp. 92 y ss.

<sup>867</sup> El rechazo a la discusión envolviendo “enemigo y terror en Brasil” parecen basarse en mera impresiones sobre los vínculos nacionales con el terrorismo transnacional: “Documento elogia

El análisis jurídico-sociológico de *Schulte* orienta el entendimiento de la tipología de la legislación de combate del terror, con referencias precisas para la comprensión de los conceptos de acto político simbólico, de la erosión de las libertades individuales, legislación simbólica, legislación-coartada y comunicación estratégica, además de la propia polisemia del concepto de combate<sup>868</sup> y de la reelaboración funcional del problema de la seguridad como “la libertad de uno pasa a afectar a libertad de otro”<sup>869</sup>. La recepción de esas ideas apunta para el aumento en escala creciente de la complejidad del combate al terror, cuyo sentido social continuará demandando sucesivas diferenciaciones de las modalidades de intervención punitiva.

Sin prescindir de la deuda en relación al carácter especulativo de esa afirmación, todo indica que la desorientación teórica de la problemática del

---

actuación brasileña. La actuación de Brasil en combate al terrorismo, principalmente en São Paulo e áreas de frontera, fue blanco de elogio en el relatorio de los EUA. El texto dice que los serviços de seguridad del país trabajaron “eficazmente” com agencias americanas en investigaciones. El documento mantiene la sospecha de que en la región de la Tríplice Fronteira (que divide Brasil, Argentina y Paraguay) haya participación de los grupos Hizbollah (libanês) e Hamas (palestino) en actividades ilícitas y busca de fondos. Pero “não há informação corroborada de que esses ou outros grupos extremistas islâmicos tenham presenã operacional” (militar e de planejamento direto de ataques) na área. Diz ainda que as forças nacionais conseguiram impedir que terroristas usassem o território brasileiro para apoiar ataques terroristas, domésticos ou em outros países”. In: *FOLHA DE S. PAULO*. Mundo, 06.08.2010. Mas allá de la cuestión de la “Tríplice Frontera”, la integración brasileña en esa problemática se hace comprobar en la última década con el *Andean Counterdrug Initiative (ACI)*: “A administração W. Bush significou uma mudança não apenas de ênfase, mas, sobretudo, de direção do tratamento da questão colombiana à medida que o conflito passou a ser visto mais como questão global que algo limitado à região andina e aos vizinhos colombianos. Concretamente, em 2001 a administração W. Bush, em uma evolução do Plano Colômbia, implementou a Iniciativa Regional Andina, que direcionava fundos não apenas para a Colômbia, mas também para outros países andinos, além do Brasil e Panamá”, VILLA, Rafael Duarte. A securitização, o *overlapping* das guerras às drogas e ao terror na agenda de segurança dos Estados Unidos: caso Colômbia. In: NASSER, Reginaldo Mattar (org.) *Os conflitos internacionais em múltiplas dimensões*, 2010, p. 196. En el plano institucional, en 2009 fue creado en Brasil el “Núcleo do Centro de Coordenação das Atividades de Prevenção e Combate ao Terrorismo”, integrado simultáneamente a los Ministérios da Justiça, Defesa e Relações Exteriores, con la finalidad de control del “peligro de terror” y promoción de medidas de naturaleza preventiva. En la legislación brasileña, el tipo penal de terrorismo, todavía concebido como norma penal en blanco, integra la estructura normativa de la Ley 9.613/1998, modificada por la Ley 10.701/2003.

<sup>868</sup> SCHULTE, Phillip. *Terrorismus und Anti-terrorismus-Gesetzgebung: Eine rechtssoziologische Analyse*, 2008, pp. 225-237.

<sup>869</sup> BALDUS, Manfred. Freiheit und Sicherheit nach dem 11. September 2001: Versuch einer Zwischenbilanz? In: *Kritische Vierteljahresschrift für Gesetzgebung und Rechtswissenschaft*, 2005, pp. 371.

enemigo traerá repercusiones de percepción incluso más compleja, haciendo de la manipulación de estructuras normativas penales de incriminación previa un estado de crisis permanente para o discurso jurídico-penal.



### 2.4.1. La cuestión del *targeted killing*

La elaboración teórico-conceptual de medidas de reacción penal para la prevención de peligros futuros provocó la reposición en el debate la figura de los *targeted killings*, recomendaciones de asesinato dirigidas a determinadas personas que exponen a peligro la integridad de la sociedad. Se trata de una autorización de muerte con la finalidad específica de combate y eliminación de persona envuelta en contexto situacional de guerra o análogo<sup>870</sup>, de extrema gravedad para la seguridad de la sociedad.

La comprensión de la represividad penal en esos casos exige nuevos esfuerzos de compatibilización y crítica en relación a elementos más afectos al derecho de guerra y al derecho internacional, que, todavía, no admiten la plena diferenciación entre los tradicionales conflictos armados (entre Estados) y los conflictos civiles delimitados territorialmente, mucho menos entre civiles y combatientes, una vez que el terrorismo se infiltra en el seno de la población civil. Asumiendo esas características de la así llamada “guerra moderna”<sup>871</sup> (véase *infra* en detalles) y de las nuevas combinaciones estratégicas del combate al terror, la intervención punitiva en el ámbito internacional penal recomienda dimensión más apropiada de la norma fundamental de prohibición de la violencia<sup>872</sup>.

---

<sup>870</sup> KREß, Claus; NOLTE, Georg. Im ungleichen Krieg. In: *Frankfurter Allgemeine Zeitung*, 30.12.2009, p. 01.

<sup>871</sup> Los elementos estructurales marchantes de esa “guerra moderna” serían, en principio: (1) desestatización de la guerra; (2) asimetrización; (3) autonomización de las consecuencias de la guerra”, MÜNKLER, Herfried. *Die neuen Kriege*, 5. ed., 2003, pp. 10-11; MÜNKLER, Herfried. *Wandel der Weltordnung durch asymmetrische Kriege*. In: SCHRÖFL, Josef; PANKRATZ, Thomas (org.) *Asymmetrische Kriegführung: ein neues Phänomen der Internationalen Politik?*, 2004, pp. 85-93.

<sup>872</sup> Ese escenario afecta la auto-comprensión del propio derecho internacional, reintroduciendo la politización del comportamiento decisorio en ámbito internacional, en oposición directa a la prohibición de violencia recomendada por la Carta de las Naciones Unidas de 1945. El problema se concentra precisamente en la decisión que define el “agresor” a ser combatido, lo que genera una “zona gris” (*Grauzone*) de indeterminación para la prohibición de violencia y para la normativa internacional penal, sobre todo en que respecta al concepto de “agresión”,

Lo que no significa necesariamente un desmedido relajamiento de los criterios de comunicación de la intervención punitiva, revertiendo estudio de caso complejo y repleto de delicadas mediaciones a mero “escándalo”, donde el discurso jurídico-penal más parece encontrar un lugar-común do que propiamente una demostración lógica de la fundamentación de la pena. Antes de eso, se impone rigurosa delimitación racional del comportamiento decisorio, realizando la relevancia de esa investigación inicial sobre las implicaciones penales del *targeted killing*.

En el debate internacional, interpretación bastante significativa con respecto a eso se dio aún en finales de 2006, cuando la Suprema Corte de Israel fue llamada a decidir en el caso *H CJ 769/02 – The Public Committee against Torture in Israel v. The Government of Israel*. En ese caso, se comunicó la “política israelita de *targeted killings*”, que “acarea la muerte del terrorista que planear, lanzar o cometer ataque terrorista en Israel, en la área da Judeia, Samaria y Faja de Gaza, sea contra civiles, quiere contra combatientes”<sup>873</sup>. Esa decisión ya no más duda de la exigibilidad del *targeted killing*, sino que solamente se preocupa cuanto al problema de los civiles inocentes e incapaces de ofrecer peligro en el conflicto armado.

El dilema decisorio en ese caso buscó orientar el sentido normativo precisamente en esas zonas de indeterminación y posibilidades de interpretación de la norma que comprometen los contornos de diferenciación funcional del derecho para las perversiones políticas – y mismo las económicas<sup>874</sup>.

---

KREß, Claus. Wann eine Agression strafbar ist. In: *Frankfurter Allgemeine Zeitung*, 23.06.2010, pp. 02-03. Relacionando ese escenario de “un topos difuso, de una elaboración conceptual, se trata de un caso de uso del derecho penal en situaciones de guerra o de conflicto armado interno, y de violencias difusas que se retroalimentan entre sí”, con la evolución a elevados índices de selectividad y contingencia del derecho penal, APONTE, Alejandro. Guerra y política: dinámica cotidiana del derecho penal del enemigo. In: *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, n. 64, 2007, pp. 17 y ss.

<sup>873</sup> “Summary of Israeli Supreme Court Ruling on Targeted Killings”, In: *Jewish Virtual Library*, 14.12.2006, p. 01 (trad. livre do inglês).

<sup>874</sup> Bastante revelador con respecto a eso, UESSELER, Rolf. *Guerra como prestação de serviços: a destruição da democracia pelas empresas militares privadas*, 2009.

Todavía, la cuestión gana mayor complejidad cuando la muerte direccionada es concebida más allá de situaciones concretas de guerra, promoviendo verdadero traslado de la excepcionalidad a la permanencia, o “situación continua de conflicto armado”<sup>875</sup>, así como calificó la Suprema Corte de Israel. Para superar las dificultades de interpretación del problema, la Suprema Corte de Israel elaboró un “tercero” para la determinación del sujeto de los *targeted killings*, innovando en relación al discurso penal internacional convencional. Además de la diferenciación combatientes/civiles, reconoció la categoría de los “combatientes ilegales” (*unlawful combatants*)<sup>876</sup>. Se es cierto que los asociados a las organizaciones terroristas no se alinean categorialmente a la figura de los combatientes reconocida en el derecho internacional – y ni mismo a las reglas internacionales del derecho de guerra –, también es verdad que su conducta no equivale al comportamiento de los civiles. Entre uno y otro, el elemento de captación de la normatividad es decurrente de la interpretación del sistema de protección a los civiles y derecho inherente a la autodefensa del Protocolo Adicional I a la Convención de Ginebra de 1977, especialmente no artículo 51 (3)<sup>877</sup>: “*Los civiles deben gozar de la protección asegurada en esa sección, salvo y en cuanto durar que tomen parte en hostilidades*”.

El sentido normativo se orienta por la verificación objetiva del comportamiento de los civiles, cuya conducta “tomar parte en hostilidades”<sup>878</sup> puede significar la opción por la pérdida de la protección cognitiva de la normativa internacional. Es decir aún, siguiendo el entendimiento de la Suprema Corte de Israel, el civil que decide por integrar organización terrorista recibirá la calificación “combatiente ilegal” y en cuanto tal asumirá la responsabilidad por sus actos. Mejor dicho, la observación de comportamiento hostil afloja la

---

<sup>875</sup> Summary of Israeli Supreme Court Ruling on Targeted Killings... *Op. cit.*, p. 01 (trad. livre do inglês).

<sup>876</sup> Summary of Israeli Supreme Court Ruling on Targeted Killings... *Op. cit.*, p. 01 (trad. livre do inglês).

<sup>877</sup> Originalmente, *Artigo 51 (3)*: “*Civilians shall enjoy the protection afforded by this section, unless and for such a time as they take a direct part in hostilities*”.

<sup>878</sup> Para una definición de “hostilidades”: “*Hostilities are acts which are intended to harm the army or civilians. A civilian takes part in hostilities when he is engaged in such acts, or when he prepares himself for such acts. It is not required that he carries or uses arms*”. Summary of Israeli Supreme Court Ruling on Targeted Killings... *Op. cit.*, p. 02.

protección de la esfera de la libertad individual en vista de la integridad de la sociedad.

Semejantes medidas de recomposición de la atribución de responsabilidad en el combate al terror produjeran diferenciación interna en las propias reglas de derecho internacional, creando un “según plan de reglamento” (*Zweite Regelungsebene*)<sup>879</sup> para viabilizar el ejercicio del derecho de auto-defensa y determinar la persona a quien es enderezada la represividad. Asimismo, el establecimiento de las reglas, todavía, esbara aún en otra serie de complicaciones. Ni siempre los conflictos se dan de forma clara y delimitada. Y ni mismo los oponentes son fácilmente perceptibles y determinados, exigiendo de ese según plano de reglamento nuevas diferenciaciones y extensiones de analogía, así como es la figura de las “circunstancias similares a la guerra” (*kriegsähnlichen Zuständen*)<sup>880</sup>, en que la única certeza es la necesidad de autoprotección y autodefensa en vista de hostilidad concreta o inminente.

La especialización del comportamiento decisorio en materia de combate al terror parece ser la alternativa preferencial para superar el estado de incongruencia de la normativa tradicional. Y sobre todo en esos casos extremos, en que la defensa de la sociedad viene acompañada de un juicio de necesidad de “muerte direccionada”, la imposición de los límites de fundamentación ética del derecho penal no puede ser desconsiderada.

---

<sup>879</sup> KREß, Claus. Wann eine Agression strafbar ist... *Op. cit.*, p. 02.

<sup>880</sup> KREß, Claus; NOLTE, Georg. Im ungleichen Krieg... *Op. cit.*, p. 01.

### 2.4.1.1. El concepto de *targeted killing*

Como presentado, los *targeted killings* surgen en contextos en que el discurso jurídico-penal tradicional enfrenta dificultades para ofrecer respuestas a la criminalidad, sobre todo en el que respecta al combate a la red de terrorismo islámico transnacional. Más allá de las fronteras de Israel, se recurre con cada vez mayor frecuencia a la muerte autorizada, habiendo ya atingido Paquistán, Yemen y Somalia<sup>881</sup>. La fundamentación más precisa y la imposición de los límites de legitimación de la intervención punitiva externalizan una actitud un tanto más responsable de que la recusa retórica del uso ilimitado de la violencia penal<sup>882</sup>, permitiendo incluso ofrecer nuevos elementos de interpretación a la observación del caso brasileño en el combate al terror.

La normativización de las estrategias de combate al terror por las prácticas de muerte direccionada también es conocida como *named killing*<sup>883</sup>. Eso permite identificar determinadas calidades subjetivas vinculadas a conductas de hostilización que justificarían “nombrar” a los destinatarios de la comunicación de muerte. De acuerdo con Michael L. Gross, los *named killings* se basan, entonces, “(1) compilación de listas de ciertos individuos que comprometen acuerdos específicos y (2) comando de asesinato cuando se presente la oportunidad en conflicto armado”<sup>884</sup>. Esa noción se adstringe a los contextos situacionales de conflictos armados, sin desconsiderar la evolución de sentido estratégico desarrollado por las propias organizaciones terroristas, que se embreñan en el cotidiano de la población civil. La negligencia a la diferenciación

---

<sup>881</sup> KREß, Claus; NOLTE, Georg. Im ungleichen Krieg... *Op. cit.*, p. 02.

<sup>882</sup> HERZOG, Felix. Der Staat als Sniper: targeted killings zerstörtes Rechtsdenken als Reaktion auf den Terrorismus. In: COSTA ANDRADE, Manuel; ANTUNES, Maria João; AIRES DE SOUSA, Susana (org.) *Estudos em homenagem ao Prof. Doutor Jorge de Figueiredo Dias*, 2009, v. 1, pp. 377 y ss.

<sup>883</sup> GROSS, Michael L. Assassination and Targeted Killing: Law Enforcement, Execution or Self-Defence? In: *Journal of Applied Philosophy*, n. 3, v. 23, 2006, pp. 324.

<sup>884</sup> GROSS, Michael L. Assassination and Targeted Killing... *Op. cit.*, p. 324.

de los combatientes ilegales (*unlawful*) significaría la pérdida de especificidad de los *named killings* en relación a la complejidad con que se organiza el terror.

La discusión de los *targeted killings* debe remontar a un contexto más amplio de contraposición de la vida contra la propia vida (*Leben gegen Leben*<sup>885</sup>); al extraerse la vida de un, queda protegida la de otro. Al entenderse que determinadas hostilidades comprometen la identidad de la sociedad – aún a ejemplo de la decisión de la Suprema Corte de Israel –, la muerte finalística es introducida en la praxis jurídica para legitimar el combate a adversarios<sup>886</sup>, mismo que estuviesen sólo indirectamente vinculados a acción concreta de guerra. En casos de extrema necesidad de autodefensa frente a amenaza terrorista, la manutención del orden legítimo, la destrucción del adversario por medio del recurso al *targeted killing*<sup>887</sup>, produciendo un cierto relajamiento de la normativa internacional para la específica eliminación de fuentes de hostilidad.

Esa auténtica eliminación de fuentes de peligro está un tanto más allá de los homicidios comunes. Sin olvidar las delicadas dificultades de categorización de esa, así genéricamente considerada, práctica de homicidio de la guerra moderna, el que se tiene a partir de la política de *targeted killing* es la autorización específica de la muerte inevitable de determinados combatientes, extendida aquellos otros calificados como “ilegales”. De esa forma, la captación de la normatividad (civil/combatiente/ilegales) no es cuestión de simples categorización o mera determinación de una idea de combate específico a determinados agentes envueltos con los ataques terroristas, sino que demanda la elaboración de la represividad del comportamiento decisorio “a quien será destinado el *targeted killing*” con base en los límites de ponderación entre la

---

<sup>885</sup> En profundidad sobre los límites constitucionales del dilema del abate de aviones en sospecha de ataques terroristas, ISENSEE, Josef. *Leben gegen Leben: Das grundrechtliche Dilemma des Terrorangriffs mit gekapertem Passagierflugzeug*. In: PAWLIK, Michael; ZACZYK, Rainer (org.) *Festschrift für Günther Jakobs zum 70. Geburtstag*, 2007, pp. 205.

<sup>886</sup> Se acostumbra entender que en esos casos no son los adversarios que se combaten, sino las adversidades; no el terrorista, sino el terrorismo, JAKOBS, Günther. *Terroristas como pessoas no direito?* In: *Novos Estudos Cebrap*, n. 83, 2009, disponível em: [scielo.br/scielo.php?pid=S0101-33002009000100003&script=sci\\_arttext](http://scielo.br/scielo.php?pid=S0101-33002009000100003&script=sci_arttext), pp. 01-02.

<sup>887</sup> Monográficamente, STRÜWER, Elisabeth. *Zum Zusammenspiel von humanitärem Völkerrecht und den Menschenrechten am Beispiel des Targeted Killings*, 2010; SCHMITZ-ELVENICH, Heiko. *Targeted Killing*, 2008; MELZER, Nils. *Targeted Killing*, 2007.

identidad de la sociedad y las posibilidades de subjetivación que se destinan a los individuos. Para atingirse la construcción racional de un derecho de prevención contra el terror, parece que la idea realizada en concepto normativo debe ser orientada por la interpretación de la filosofía práctica.

#### 2.4.1.2. *Targeted killing* y sus límites de legitimación

El desafío traído por el *targeted killing* consiste en la capacidad de distinción entre la represividad penal y el combate a peligros futuros, que nos permite conocer las operaciones de que se vale la intervención punitiva internacional para alcanzar padrones cualitativos de control social. Esos son los presupuestos de fundamentación teórica para la elaboración de los componentes de funcionalidad que incrementan la racionalidad penal en ámbito supranacional.

La nominación de personas a quien se destina una “autorización de muerte” estimula verdadera recomposición de las posibilidades de atribución de responsabilidad. Y por eso la comunicación de la represividad penal de la “muerte direccionada” requiere la especialización de las posibilidades de interpretación penal, no solo para la delimitación de los contornos en que se opera la excepcionalidad del comando para matar a una persona en defensa de la sociedad, sino también para que la excepción no contamine la regla de la intervención punitiva tradicional, se prestando a la condición de “legislación-álibi”<sup>888</sup> para justificar los abusos y medidas ilimitadas de violencia de Estado.

La interpretación de la hostilidad que legitima el reconocimiento de la muerte direccionada de una persona no puede ser admitida sin una convincente determinación del concepto relativamente a la teoría de la pena, con especial destaque para la proporcionalidad de la reacción penal<sup>889</sup>. El comportamiento hostil, aún así, no deja de ser referencial interpretativo excesivamente difuso y de difícil percepción. La falta de un reglamento inmune a

---

<sup>888</sup> SCHULTE, Phillip. *Terrorismus und Anti-terrorismus-Gesetzgebung... op. cit.*, 2008, pp. 225 y ss.

<sup>889</sup> La Convención Europea para la Protección de los Derechos Humanos y Libertades Fundamentales, Protocolo nº 02 de 06.05.1963, discrimina, en el art. 2º, algunos criterios para verificación de la proporcionalidad de la reacción que determina la privación de la vida de otra persona. Que la reacción sea (1) para la defensa de otra persona; (2) como medida de efectivación de una prisión legal o para prevenir la fuga de persona legalmente detenida; (3) para controle en vista de actos de extrema insubordinación.



la ambigüedad y a la vaguedad operacional debe acarear la deslegitimación del concepto de *targeted killing*.

Una responsable observación sociológica del concepto de “muerte direccionada” combina la verificación empírico-racional del caso concreto a la orientación de la filosofía de la pena para viabilizar el juicio sancionatorio<sup>890</sup> y reconocer, de modo específico y concretamente determinado, el comportamiento de una persona que le expone a la pérdida de la propia vida. En el plano de la verificación empírico-racional, algunas precauciones son esenciales a la autorización del *targeted killing*. La recomendación judicial de la muerte direccionada es, primeramente, medida complementaria al servicio de inteligencia e informaciones procesado en instituciones especializadas. Apenas después de la comunicación institucional sobre la práctica de hostilidades es que se inicia la juridificación del *targeted killing*<sup>891</sup>.

La decisión judicial antes pondera sobre otros medios de intervención. La interpretación investiga las múltiples posibilidades de reacción para conocer aquella menos gravosa a la esfera individual, de tal forma que solamente será autorizada la “muerte direccionada” en la ausencia de otro medio eficaz o menos lesivo (*less harmful means*) a la persona<sup>892</sup>. De la misma forma, el procedimiento operacional padrón (*standard operating procedure*) es preferencial, caso sea viable el control de hostilidades con las vías procedimentales de la prisión, interrogatorio y juzgamiento<sup>893</sup>. Y en cualquier caso, el conflicto debe ser sometido a la revisión judicial de las Cortes

---

<sup>890</sup> En precisa exposición sobre los límites de la intervención punitiva y la sistematización filosófica de los principios de la reacción penal en ámbito internacional, PAWLIK, Michael. Strafe oder Gefahrenbekämpfung? Die Prinzipien des deutschen Internationalen Strafrechts vor dem Forum der Straftheorie. In: *Zeitschrift für Internationale Strafrechtsdogmatik*, n. 07, 2006, pp. 275 y ss.

<sup>891</sup> Summary of Israeli Supreme Court Ruling on Targeted Killings... *Op. cit.*, p. 03.

<sup>892</sup> Summary of Israeli Supreme Court Ruling on Targeted Killings... *Op. cit.*, p. 03. “Utility demands that belligerents do not cause more harm than the good they hope to achieve while proportionality limits *excessive* harm so that even important or necessary goals may not be secured at any cost”, GROSS, Michael L. Assassination and Targeted Killing... *Op. cit.*, p. 325.

<sup>893</sup> Eso porque “arrest, investigation, and trial are not means which can always be used. At times the possibility does not exist whatsoever; at times it involves a risk so great to the lives of the soldiers, that it is not required”, Summary of Israeli Supreme Court Ruling on Targeted Killings... *Op. cit.*, p. 03.

Internacionales, se preservando la concreción de los derechos humanos, que el conflicto en que estén envueltos los combatientes sea jurídicamente admitido como “legal”, incluso sometiendo todas las prácticas militares de combate y autodefensa de la sociedad a un examen judicial *ex post*<sup>894</sup>.

La auto-comprensión del combate a peligros futuros y de la elaboración de criterios racionales para la construcción de un “nuevo derecho de prevención”<sup>895</sup> provoca, en grande parte da literatura, toda suerte de distorsiones y malversaciones al embotar el juicio investigativo por la reducción de la problemática a las polémicas<sup>896</sup> que envuelven lo que así se observa en el concepto de enemigo<sup>897</sup>. Más allá de las críticas de índole meramente retórica, la orientación filosófica de la intervención punitiva extiende a los *targeted killings* la noción de protección a los civiles que no toman parte de las hostilidades – quien sabe los mayores rehenes de la insolvencia del discurso jurídico-penal convencional –, con recurso a la limitación al “duplo efecto” (*double effect*)<sup>898</sup>, los daños colaterales a la población civil<sup>899</sup>.

La preservación de la identidad de la sociedad es determinada en las prácticas de vida objetivamente determinadas, que pueden ser observadas en

---

<sup>894</sup> Summary of Israeli Supreme Court Ruling on Targeted Killings... *Op. cit.*, p. 03.

<sup>895</sup> PAWLIK, Michael. Der Terrorist... *op. cit.*, pp. 41 y ss. Crítico al “nuevo derecho de prevención”, PAEFFGEN, Hans-Ullrich. Bürgerstrafrecht, Vorbeugungsrecht, Feindstrafrecht? In: BÖSE, Martin *et al.* (org.) *Straf- und Strafverfahrensrechts: Festschrift für Knut Amelung zum 70. Geburtstag*, 2009, pp. 88-91; también en HERZOG, Felix. Der Staat als Sniper: targeted killings... *Op. cit.*, pp. 375 y ss.

<sup>896</sup> “La ciencia del derecho internacional ha extraído de esta comprobación la correcta conclusión de que el esquema de clasificación tradicional es insuficiente y ha comenzado a elaborar un tercer régimen jurídico adecuado a la nueva especie de conflictos. La discusión interna en Alemania tiene amplias dificultades con esta comprensión del problema. La responsabilidad por esta situación corresponde, y no en último lugar, a la discusión sobre el ‘derecho penal del enemigo’, que en su polémica ha ahogado literalmente todo intento de un análisis diferenciado del problema”, PAWLIK, Michael. Prólogo. Traducción de Enrique Bacigalupo. In: PAWLIK, Michael. *La libertad institucionalizada*, 2010, p. 12.

<sup>897</sup> Para la crítica a la “lógica del enemigo” en la jurisdicción penal internacional, FRONZA, Emanuela. Feindstrafrecht und Internationale Strafgerichtsbarkeit. In: *Journal der Juristischen Zeitgeschichte*, n. 4, 2007, pp. 124 y ss.

<sup>898</sup> GROSS, Michael L. Assassination and Targeted Killing... *Op. cit.*, p. 324. Esa limitación es reconocida en el § 11, párrafo 1, n. 3, del Código Penal Internacional alemán (*Völkerstrafgesetzbuch*).

<sup>899</sup> ROCKEL, Stephen; HALPERN, Rick. *Inventing collateral damage: civilian casualties, war and empire: between the lines*, 2009; crítico a la noción de efectos colaterales a los civiles, DEPENHEUER, Otto. *Selbstbehauptung des Rechtsstaates*, 2008, p. 80.

las relaciones interpersonales mediadas por la norma. De persona para persona, en interacción, se produce la mediación normativa que da el sentido de la sociedad<sup>900</sup>. Los límites de legitimación a la especialización del comportamiento decisorio en el derecho penal no pierden de vista el modelo de sociedad para que el derecho fue concebido, ni mismo se apega a padrones de represividad que pueden tanto comunicar una exasperación descontrolada de la violencia penal cuanto crear mecanismos de verdadera impunidad en nombre de valores multiculturales<sup>901</sup> y de tolerancia que silencian frente a los peligros futuros.

Asumida la filosofía práctica como referencial de la interpretación de la represividad, la crítica penal al terrorismo, especialmente el islámico transnacional, principia por la propia perspectiva de sociedad por él transmitida, la cual, también genéricamente considerada, inviabiliza prácticas de subjetivación y constitución de la persona.

En otro plano, la mediación normativa de persona para persona parece indicar niveles preferenciales de estabilidad normativa en relación a las indeterminaciones de política criminal que embotan el comportamiento decisorio en materia penal, sobre todo en el que dice respecto al combate al terror, lo que puede auxiliar la observación del caso brasileño. Las medidas de combate al

---

<sup>900</sup> Justificando la fundamentación del “mínimo deber de civilidad” en las relaciones interpersonales, *Polaino-Orts* recurre aún a la máxima hegeliana, “sé persona y respeta a los demás como personas”, interpretación del § 36 de los “Fundamentos da Filosofia do Direito” de *Hegel*, POLAINO-ORTS, Miguel. Realidad y ficción em el Derecho penal del enemigo. In: COSTA ANDRADE, Manuel; ANTUNES, Maria João; AIRES DE SOUSA, Susana (org.) *Estudos em homenagem ao Prof. Doutor Jorge de Figueiredo Dias*, 2009, v. 1, p. 514.

<sup>901</sup> En las ideas penales, la comprensión del multiculturalismo no puede servir para encubrir prácticas de obliteración, sobre todo si el entrecchoque cultural no visa al convencimiento del otro ni siquiera a la realización de medidas de inclusión y potencialización de las culturas por medio de políticas de reconocimiento (TAYLOR, Charles. *Multikulturalismus und die Politik der Anerkennung*, 1993). “Dessa forma, em termos estritamente criminais, em que o exercício do poder sancionatório é previamente dado, um aspecto parece ser inegável: o que diz respeito sobre os limites da tolerância (de uma maioria face de posicionamento minoritário-cultural) dados pela presença multicultural, principalmente tendo-se em conta o choque de culturas em termos de concessões de vida. Não se trata de uma pregação conservadora, mas de aceitar-se a genérica vigência global da lei, com limites hermenêuticos em casos excepcionais. Portanto, o multiculturalismo, com a defesa do direito cultural dos povos, nada mais faz do que, em larga medida, garantir o culturalismo como forma de interpretação penal. Essa herança cultural não deve se postar em termos de restrição de direitos, mas de garantia de conservação ancestral dos indivíduos”, MELLO JORGE SILVEIRA, Renato. *Fundamentos da adequação social... op. cit.*, p. 328.

terror en Brasil aún parecen astrictas a niveles de infra-complejidad, cuya relevancia repercute en los tantos proyectos legislativos para la tipificación de los delitos de terrorismo que se encuentran en la Comisión de Seguridad Pública. Sin embargo, vez que en la observación del caso brasileño asociación terrorista tienen menor repercusión que las asociaciones criminosas, sería mucho interesante que la delimitación de un agenda futura de investigación pudiera reflejar un derecho de prevención frente a las organizaciones criminales.

## 2.5. La experiencia colombiana de Alejandro Aponte<sup>902</sup>

La hipótesis de trabajo de Aponte se ocupa de un diagnóstico más amplio de la sensación de impunidad<sup>903</sup> sentida en la sociedad colombiana, como en la idea del juez sin rostro y el papel central ocupado por el juez penal<sup>904</sup>, cuyas consecuencias revelan cierta tendencia al “eficienticismo” y a la sobreposición del estado de excepción al principio de la libertad, “a la sombra de Leviatan”<sup>905</sup>. En este capítulo será observada la experiencia colombiana en esa tesis de Aponte, que estudia las leyes de combate en Colombia y sugiere el carácter eminentemente simbólico de la legislación.

Aponte ya describía la insuficiencia del derecho penal del enemigo, cuando se le valida la posibilidad concreta de aplicación o mismo cuando se le cuestiona la funcionalidad. Las prácticas en aquel país, reveladoras de un cotidiano agresivo y de compromiso en el combate a las formas para-estatales de organización de la violencia, confirmaron la inviabilidad de la expansión del derecho penal como medida eficaz de reducción de la criminalidad. Los efectos producidos por la aplicación de las leyes de combate en Colombia, en el análisis de Aponte, cuando mucho, quedaron limitados al plano de la selectividad social<sup>906</sup>.

---

<sup>902</sup> En la línea del carácter puramente simbólico de las leyes de combate al enemigo, con estudio del caso colombiano, APONTE, Alejandro. *Krieg und Feindstrafrecht*, 2004; APONTE, Alejandro. *Feind oder Bürger? Günther Jakobs und das Dilemma eines feindlichen Strafrechts*. In: UWER, Thomas (org.) *Bitte bewahren Sie Ruhe*, 2006, pp. 131-163; APONTE, Alejandro. *Krieg und Politik: Das politische Feindstrafrecht im Alltag*. In: *Höchststrichterliche Rechtssprechung im Strafrecht*, n. 8-9, 2006, pp. 297-303.

<sup>903</sup> APONTE, Alejandro. *Krieg und Feindstrafrecht... Op. cit.*, p. 20.

<sup>904</sup> APONTE, Alejandro. *Krieg und Feindstrafrecht... Op. cit.*, pp. 118-123 e 342-348.

<sup>905</sup> Com referencia a los comentarios de *Hobbes* elaborados por *Schmitt* em *Leviathan*: “O Estado é uma máquina neutra”, APONTE, Alejandro. *Krieg und Feindstrafrecht... Op. cit.*, pp. 96-97. Más adelante *Aponte* se apoya en la crítica de *Baratta* a la “eficiência do contrato social”, APONTE, Alejandro. *Krieg und Feindstrafrecht... Op. cit.*, pp. 351-352.

<sup>906</sup> APONTE, Alejandro. *Guerra y política: dinámica cotidiana del derecho penal del enemigo*. In: *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, n. 64, 2007.

El cuadro institucional desorganizado y los problemas estructurales de la experiencia colombiana lo llevan a apostar en la crítica a la ideologización del eficientismo en la persecución penal, porque la eficiencia sería una “forma determinada de eficiencia”<sup>907</sup>.

La tesis de Aponte supuestamente anuncia la búsqueda por niveles preferenciales de estabilización del sistema jurídico – y también del político. El culto al estado de excepción (projeta) un camino operacional por la persecución penal supuestamente eficiente afrontaría el universo de garantías y libertades, introduciendo en la semántica del sistema jurídico el desprecio a los “costos sociales de la sentencia penal”<sup>908</sup>.

En ese grado de auto-comprensión, la función del derecho pasa a ser decidir enfrentando el futuro y esa decisión se lastra en la estabilización de las expectativas indicadas por la norma. En otros términos, la convivencia social toma la forma de una bifurcación<sup>909</sup>: ¿cuál es el camino a seguir para proporcionar la mejor funcionalidad? En el transcurso de eso, no hay decisión sobre el futuro, no hay sistema jurídico orientado a futuro, que no comporte elevado costo social<sup>910</sup>.

---

<sup>907</sup> APONTE, Alejandro. Krieg und Feindstrafrecht... *Op. cit.*, p. 20. No texto de Aponte não se identifica observação científica do quadro institucional nem dos problemas estruturais do caso colombiano que justificariam “especificidade” em relação às demais experiências de “ideologia do eficientismo”.

<sup>908</sup> Como no caso das vítimas, APONTE, Alejandro. Krieg und Feindstrafrecht... *Op. cit.*, p. 334, vítimas anónimas, consecuencias sociales que poco tienen de criterios racionales para elaboración de un sistema jurídico-penal. También en APONTE, Alejandro. Krieg und Feindstrafrecht... *Op. cit.*, p. 246 y ss. En la observação de los problemas del ejercicio de la violencia de Estado y de la desdiferenciación funcional del sistema jurídico-penal colombiano del que propiamente del derecho penal del enemigo, que redujo los plantadores de coca a condición de víctimas necesarias del combate al crimen organizado. El desorden institucional colombiano mejor podría ser observado en el campo del autoritarismo y del déficit de ejecución, lo que no parece guardar relación con el sentido operacional del concepto de enemigo en materia penal.

<sup>909</sup> LUHMANN, Niklas. Das Recht der Gesellschaft... *Op. cit.*, pp. 130-131.

<sup>910</sup> TEUBNER, Günther. Selbstsubversive Gerechtigkeit... *Op. cit.*, pp. 14-16.

Las tentativas de especialización del combate a la criminalidad organizada conducirán a la creación de un “estado de excepción permanente”<sup>911</sup> en la Colombia<sup>912</sup>. Observar el caso colombiano a partir de los estudios de Aponte, sin embargo, permite más una vez reconocer la indiscreta inclinación a sentencias impactantes, típica al ideario penalista, revelando cierto descompromiso científico en la contraposición de una pluralidad de fuentes al sentido del concepto sugerido por Jakobs.

Parece reforzar, incluso, la hipótesis de infra-complejidad de la política criminal<sup>913</sup> para la auto-comprensión del derecho penal. La tipología del “eficienticismo”<sup>914</sup> sugiere más usurpación de la función del derecho, en sucesivas muestras de desdiferenciación funcional, del que propiamente contribuyen para categorizar el lugar de la política criminal, indeterminada entre política y derecho.

---

<sup>911</sup> APONTE, Alejandro. *Krieg und Feindstrafrecht...* *Op. cit.*, p. 19. Igual, MAIER, Julio. *Die Zukunft des Strafrechts...* *Op. cit.*, p. 487; GRACIA-MARTIN, Luis. *Prolegómenos para la lucha por la modernización y expansión del derecho penal y para la crítica del discurso de resistencia*, 2003. Entre los publicistas, la cuestión del “estado de excepción permanente” recibe distintas consideraciones: “so ort- und zeitlos die terroristische Bedrohung, so permanent die Ausnahmelage. In der Konsequenz können Normal- und Ausnahmelage nicht mehr eindeutig voneinander abgegrenzt werden”, DEPENHEUER, Otto. *Selbstbehauptung des Rechtsstaates...* *Op. cit.*, p. 51.

<sup>912</sup> APONTE, Alejandro. *Krieg und Feindstrafrecht...* *Op. cit.*, p. 76.

<sup>913</sup> Más sobre, APONTE, Alejandro. *Krieg und Feindstrafrecht...* *Op. cit.*, pp. 114-125. También VORMBAUM, Thomas. “Politisches” Strafrecht. In: *Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft*, n. 107, 1995, pp. 734; ALBRECHT, Peter-Alexis. *El derecho penal en la intervención de la política populista...* *Op. cit.*, pp. 473 y ss.

<sup>914</sup> (1) Medidas de dramatización de la violencia, en la línea de Walter Benjamin e René Girard; (2) Criminalización de los problemas sociales, económicos y políticos, en curiosa interpretación *luhmanniana*; (3) Militarización de la función policial. APONTE, Alejandro. *Krieg und Feindstrafrecht...* *Op. cit.*, p. 353.

## 2.6. Paralelos en la experiencia británica (Garland y el *Terrorism Act*)

La influencia de las tesis de David Garland<sup>915</sup> reverbera en la comprensión de la relación entre prevención y el discurso de la inseguridad como aspecto de control social y en las estrategias británicas de combate al terror. En este capítulo serán observadas diferencias y (tentativas de) aproximación entre Jakobs y Garland.

El *Terrorism Act 2000* torna público el régimen de emergencia en la guerra contra el terror. La excepción es vista como exigencia de la prevención de peligros futuros<sup>916</sup>. A pesar de eso, en la experiencia histórica de combate al terror en Gran Bretaña, este es el primer (de tantos otros que se sucedieron como “reacción a los ataques del 11 de septiembre”, tales como el *Crime and Security Act 2001*, *Prevention Terrorism Act 2005*, *Terrorism Act 2006*) marco legislativo con plazo indeterminado de vigencia y lo que más afecta su idoneidad es la irrestricta extensión de los efectos colaterales en la población civil, ampliando indiscriminadamente el espacio de persecución policial y la intervención del controle social en la esfera de la persona que representen las cualidades de una *dangerous severe personality disorder*<sup>917</sup>.

---

<sup>915</sup> GARLAND, David. *The culture of control: crime and social order in contemporary society*, 2001.

<sup>916</sup> O *Terrorism Act* invertería la lógica de la excepción, como “permanencia de la emergencia”, CORNACCHIA, Luigi. La moderna *hostis iudicatio* entre norma y estado de excepción. In: CANCIO-MELIÁ, Manuel; GÓMEZ-JARA-DÍEZ, Carlos (org.) *Derecho penal del enemigo: el discurso penal de la exclusión*, v. 1, 2006, pp. 429 y ss. Sobre la experiencia estadounidense, DUBBER, Markus. Guerra y paz: Derecho penal del enemigo y el modelo de potestad de supervisión policial del derecho penal estadounidense. In: CANCIO-MELIÁ, Manuel; GÓMEZ-JARA-DÍEZ, Carlos (org.) *Derecho penal del enemigo: el discurso penal de la exclusión*, v. 1, 2006, pp. 685-724; MANNA, Adelmo. Erosión de las garantías individuales en nombre de la eficacia de la acción de lucha contra el terrorismo. In: CANCIO-MELIÁ, Manuel; GÓMEZ-JARA-DÍEZ, Carlos (org.) *Derecho penal del enemigo: el discurso penal de la exclusión*, v. 2, 2006, pp. 257-298.

<sup>917</sup> MORGUET, Geraldine. Feindstrafrecht... *Op. cit.*, p. 185.



De esa personalidad peligrosa deriva la ampliación de la incidencia y de los efectos de las sospechas de involucramientos con organizaciones volcadas al terror, generando estructuras normativas de anticipación de la punibilidad que justificarían cierta aproximación al universo categórico elaborado por Jakobs<sup>918</sup>, inclusive en lo que respecta a los operacionales de esas medidas de prevención al peligro del terror, llevando la experiencia del combate al enemigo más allá de las fronteras de Alemania, dotado de una fuerza imaginativa “supranacional”<sup>919</sup>.

Ya en los que dice respecto a las derivaciones criminológicas del derecho penal del enemigo, las afinidades teóricas entre Garland y Jakobs parecen no representar una relación de identidad. Geraldine Morguet<sup>920</sup> entiende que los esfuerzos de auto-comprensión y preservación de la función seguridad cognitiva representarían equivalentes funcionales de los reclamos neo-populistas del *public must be protected*<sup>921</sup>, reflejándose en disputas de política legislativa y

---

<sup>918</sup> En mayor detalle: “Die britische Anti-Terror-Gesetzgebung (...) bereits aus, welchen Straftaten energisch entgegen getreten werden soll. Terroristische Taten und Täter sollen bekämpft, Sicherheit effektiviert werden, so dass es sich bei den genannten Gesetzen um den britischen Ableger der Bekämpfungsgesetzgebung handelt. Materiell-rechtlich werden Vorfeldnormen erlassen (*Part 1* des *Terrorism Act 2006*), denen mit vergleichsweise harten Strafen begegnet wird. Besonders ausgeprägt sind die prozessualen Einschränkungen durch Maßnahmen, die auch im Vorfeld einer Rechtsgutsverletzung und partiell verdachtsunabhängig zulässig sind (z.B. ss. 42-44 des *Terrorism Act 2000*), massiv Freiheitsrechte des Betroffenen beschränken und dessen Intimsphäre kaum berücksichtigen (z.B. Haft, *control orders*) sowie teilweise ohne richterliche Überprüfung angeordnet werden dürfen. Die Maßnahmen, gerade die *control orders* nach *section 1* des *Prevention Terrorism Act 2005*, dienen überwiegend der Prävention, sind also zukunftsorientiert. Die Wesensmerkmale des Feindstrafrechts, wie sie von *Jakobs* formuliert wurden, liegen damit allesamt vor“. MORGUET, Geraldine. Feindstrafrecht... *Op. cit.*, p. 187.

<sup>919</sup> MORGUET, Geraldine. Feindstrafrecht... *Op. cit.*, pp. 189; ALBRECHT, Peter-Alexis. Krieg gegen den Terror: Konsequenzen für ein rechtsstaatliches Strafrecht. In: *Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft*, n. 117, 2005, pp. 859-860.

<sup>920</sup> MORGUET, Geraldine. Feindstrafrecht... *Op. cit.*, pp. 187 y ss.

<sup>921</sup> “Today, there is a new and urgent emphasis upon the need for security, the containment of danger, the identification and management of any kind of risk. Protecting the public has become the dominant theme of penal policy. In the last few decades, the prison has been reinvented as a means of incapacitative restraint, supposedly targeted upon violent offenders and dangerous recidivists, but also affecting masses of more minor offenders. (...) Community notification laws publicly mark released offenders, highlighting their past misdeeds and possible future dangers. (...) The call for protection *from* the state has been increasingly displaced by the demand for protection *by* the state (...) There is now a distinctly populist current in penal politics that denigrates expert and professional elites and claims the authority of ‘the people’, of

expansión institucional de la justicia criminal para la “prevención de la criminalidad”<sup>922</sup>.

Morguet procura demostrar que las estructuras típicas descritas en la *criminology of every day life* (o *criminology of the self*) y en la *criminology of the other* corresponde al proceso de evolución de sentido entre persona y enemigo. La criminología del cotidiano, del *self*, describe la faticidad del ciudadano (*Bürger*), en contraposición a la criminología del *other*, enfáticamente los delincuentes sexuales, los viciados en estupefacientes y los criminosos de carrera<sup>923</sup>, todos fuentes de peligro a quien *Morguet* calificaría como “moralmente destituidos de la capacidad de comunicación”<sup>924</sup>, para los cuales serían destinadas estructuras normativas típicas de un derecho penal del enemigo, “retirándolos de circulación para la protección de la población”<sup>925</sup>.

Esa coincidencia descriptiva<sup>926</sup>, con todo, no sería argumento idóneo ni tampoco estaría apta para demostrar rigurosamente que una teoría

---

common sense, of ‘getting back to basics’”. GARLAND, David. The culture of control... *Op. cit.*, pp. 12-13.

<sup>922</sup> “(...) a whole new infra-structure has been assembled at the local level that addresses crime and disorder in a quite different manner. Developed under the tutelage of the Home Office in Britain, and largely by private enterprise and local government in the USA, this network of partnership arrangements and inter-agency working agreements is designed to foster crime prevention and to enhance community safety, primarily through the cultivation of community involvement and the dissemination of crime prevention ideas and practices (...). Today’s most visible crime control strategies may work by expulsion and exclusion, but they are accompanied by patient, ongoing, low-key efforts to build up the internal controls of neighbourhoods and to encourage communities to police themselves”. GARLAND, David. The culture of control... *Op. cit.*, pp. 16-17.

<sup>923</sup> MORGUET, Geraldine. Feindstrafrecht... *Op. cit.*, p. 188.

<sup>924</sup> MORGUET, Geraldine. Feindstrafrecht... *Op. cit.*, p. 188. Recurriendo a *New Penology*, *Silva-Sanchez* introduce en el debate la gradación *low risk offenders/medium risk offenders/high risk offenders*, SILVA-SANCHEZ, Jesus Maria. Estudios de derecho penal... *Op. cit.*, pp. 234 y ss.

<sup>925</sup> MORGUET, Geraldine. Feindstrafrecht... *Op. cit.*, p. 188.

<sup>926</sup> “Allerdings hieße es das Präventions- und Kontrollparadigma der heutigen Kriminalpolitik – keineswegs nur in den USA und in Großbritannien, sondern auch hierzulande – zu unterschätzen, würde man in ihm vorrangig eine Verkörperung der Nachtseite der neoliberalen Ideologie sehen. Es wurzelt tiefer, nämlich im normativen Selbstverständnis des modernen Staates, der seit *Hobbes* seinen Gehorsamsanspruch auf die von ihm erbrachte Leistung der Schutzgewährung stützt und sich deshalb durch eine ubiquitär gewordene Kriminalität im Kern seiner Identität herausgefordert sehen muss”. PAWLIK, Michael. Buchrezension: David Garland, Kultur der Kontrolle. In: *Zeitschrift für Internationale Strafrechtsdogmatik*, 2009, n. 3, p. 124.

social de las instituciones de represión<sup>927</sup> corresponde funcionalmente a la observación de las estructuras normativas de anticipación de la punibilidad.

La verificación criminológica de Garland opera en el plano de las expectativas cognitivas, en la observación de la repercusión de la punibilidad en la sociedad, quiere decir, como la represividad tiene influencia en el comportamiento de los individuos y como “la sociedad reacciona a la criminalidad”<sup>928</sup>. En gran medida, es esa operación de verificación empírico-racional del comportamiento de los individuos que informa la formulación de juicios de apertura cognitiva a la auto-comprensión del sistema jurídico-penal, pero sin atribuir razón a la comparación de Morguet, el plano de las expectativas cognitivas debe ser diferenciado del plano de las expectativas normativas.

Más que el potencial descriptivo que informa, la teoría social del crimen en Garland vale precisamente por la crítica a los padrones de destrucción de la libre formación de la individualidad en la sociedad moderna<sup>929</sup>, dejando que la evolución de la persona esté excogitada a la mera conceptualización: “la libertad real es un privilegio”, “un precio por el que debe pagar la sociedad occidental”<sup>930</sup>.

---

<sup>927</sup> GARLAND, David. *Punishment and modern society: a study in social theory*, 1990, p. 277.

<sup>928</sup> PAWLIK, Michael. Buchrezension: David Garland, *Kultur der Kontrolle...* *Op. cit.*, p. 124.

<sup>929</sup> La crítica a las estructuras represoras en RUSCHE, Georg; KIRCHHEIMER, Otto. *Sozialstruktur und Strafvollzug*, 1974. A título ilustrativo, no debe olvidarse de que *Kirchheimer* es un de los protagonistas del así llamado “schmittianismo de izquierda”, responsable por la crítica al modelo parlamentarista y a las ideas pluralitas, KIRCHHEIMER, Otto. *Legalität und Legitimität*. In: *Die Gesellschaft*, v. 2., n. 7, 1932.

<sup>930</sup> Cuya percepción crítica es acompañada por *Pawlik* como contradicción inscrita en la sociedad: “Der Präokkupation der gegenwärtigen politischen Philosophie mit Gleichheitsfragen zum Trotz schwingt das Pendel unerbittlich zur weltgeschichtlichen Normallage zurück: Reale Freiheit wird zum Privileg der Wohlhabenden, die übrigen Bürger werden, so gut es geht, ruhig gehalten. *Garland* bietet eine faszinierende Schilderung des Prozesses, der zu dieser vorerst letzten Volte in der Dialektik der Aufklärung geführt hat”. PAWLIK, Michael. Buchrezension: David Garland, *Kultur der Kontrolle...* *Op. cit.*, p. 125.

### 3. Los horizontes del concepto de enemigo

Las medidas operacionales de anticipación de la punibilidad<sup>931</sup> en las cuales se desenvuelve la dogmática jurídico-penal<sup>932</sup> generan incomprendiones del sentido operacional con repercusiones no sólo en el discurso jurídico-penal, cuyas consecuencias van desde la anticipación y la ampliación de medidas punitivas en el ámbito administrativo<sup>933</sup>, extendiéndose también al plano de la técnica jurídica adoptada, que reproduce de modo desavisado las distorsiones irreflejadas y sólo hace llegar más agua al molino de la inestabilidad normativa.

Las incomprendiones en relación al modelo elaborado por *Jakobs* toman para sí los más variados contextos y son indiscriminadamente manipuladas para distintas “realidades sociales”. De la misma forma que las perversiones funcionales del derecho penal percibidas en la modernidad periférica y en lo particular del caso latinoamericano, tales como la absorción de anhelos sociales o incluso comunicación de sentido de regulación de conflictos sociales<sup>934</sup>, son expresamente alejadas por *Jakobs*<sup>935</sup>, caracterizando cualquier

---

<sup>931</sup> Extendiendo el problema para el ámbito del tipo: “o que por hora tem relevância no direito penal do inimigo é exatamente sua relação com o tipo penal, uma vez que das postulações residentes sob esta nomenclatura extraem-se importantes decorrências para a antecipação da tutela penal, o que significa reduzir ainda mais os requisitos necessários para a incidência da tipicidade. (...) O direito penal do inimigo insere-se num movimento de tipificação abrangente, aumentando a infiltração do sistema penal nos círculos de organização ‘privados’ do cidadão-inimigo”. VELLUDO SALVADOR NETTO, Alamiro. Tipicidade penal e sociedade de risco... *Op. cit.*, p. 148 e 148, nota 240.

<sup>932</sup> “Schmoeckel: Inwieweit begreifen Sie dieses Feindstrafrecht als deskriptive Beschreibung eines Zustandes, der sich nicht nur in Südamerika ergibt, aber dort vielleicht sogar noch stärker -, ebenso in den USA, aber auch hier in Deutschland – etwa wenn man an den Abschuss von Flugzeugen aus präventiver Gründen denkt -, ...: ... das wäre kein Feindstrafrecht, aber eine Depersonalisierung der Passagiere...” JAKOBS, Günther. “Ein Gespräch mit Herrn Professor Dr. Günther Jakobs”, In: [http://fhi.rg.mpg.de/Gespraechе/0810schmoeckel\\_mayenburg\\_jakobs.htm](http://fhi.rg.mpg.de/Gespraechе/0810schmoeckel_mayenburg_jakobs.htm).

<sup>933</sup> DEPENHEUER, Otto. Selbstbehauptung des Rechtsstaats... *Op. cit.*, pp. 70 y ss.

<sup>934</sup> A respecto de la criminalización de los problemas sociales, económicos y políticos, APONTE, Alejandro. Krieg und Feindstrafrecht... *Op. cit.*, pp. 331 y ss.

otro fenómeno<sup>936</sup> en vez de que propia y adecuadamente la captación normativa de la represividad de “lucha y combate”.

Por otro lado, se evidencia en la discusión brasileña<sup>937</sup> de la problemática del enemigo cierta tendencia a la ideologización<sup>938</sup> del discurso

---

<sup>935</sup> “En varias ocasiones hemos tenido la fortuna de contar con su presencia en estas tierras latinoamericanas, por lo cual ha podido palpar, aún someramente, nuestros logros pero también nuestras crudas realidades, altos índices delictivos y desigualdades sociales. ¿Considera Ud. que un Derecho penal del enemigo ayudaría a estabilizar esas variables? *Jakobs*: No puede pretenderse que el Derecho penal (ni siquiera el Derecho penal del enemigo) lo consiga todo. Las desigualdades sociales, por ejemplo, son algo que excede de un simple problema jurídico-penal. Dicho de otra forma: para combatir desigualdades es preciso arbitrar otras normas de carácter social, asistencial, reparador, etc., pero no necesariamente se consigue eso mediante el Derecho penal. En mi opinión, el Derecho penal del enemigo no se halla en situación (ni tendría por qué) de resolver esos problemas. Por el contrario, el Derecho penal del enemigo cumple la función de llamar la atención, de delimitar aquel ámbito en que el legislador soberano de Estados sociales y democráticos de Derecho decide tratar a un delincuente con mayor gravedad que a otros, de manera proporcional a su peligrosidad manifestada al exterior. Por eso, yo he resaltado la conveniencia de delimitar nítidamente el Derecho penal del enemigo (más contundente) del Derecho penal del ciudadano (más garantista). Eso es lo mejor y lo más garantista para el Estado de Derecho. La otra solución, esto es, entremezclar el Derecho penal del enemigo con el del ciudadano, conlleva el riesgo de que el primero contamine al segundo, y al final se traten a los ciudadanos también como enemigos, incluso cuando no se ha demostrado su especial peligrosidad. Es lo que ha sucedido en no pocos casos recientes, como ha expuesto con amplitud el Dr. Miguel Polaino-Orts en su tesis doctoral sobre el tema, que acabo de prologar”. JAKOBS, Günther. “Consideraciones a el Derecho Penal Moderno”. In: Entrevista al Prof. Günther Jakobs, Trad. de Miguel Polaino-Orts. <http://www.derechopenalened.com/docs/entrevistajakobsconsideraciones.pdf>.

<sup>936</sup> Común entre los penalistas es aproximar derecho penal del enemigo/derecho penal de emergencia: “A partir desse discurso de emergência, soaria adequado, inclusive, defender o Direito Penal do Enemigo, na linha de Günther Jakobs, aplicável àqueles que, por não revelarem lealdade ao sistema e, assim, confiabilidade, deixam de ser considerados pessoas para se converterem em inimigos, merecendo tratamento excepcional ao próprio ordenamento jurídico destinado aos cidadãos. A punição do agente, nesse contexto, dá-se conforme sua periculosidade, a partir da seletividade de um sistema sujeito, inclusive, a critérios político-sociais diversos”. LIBERATORE S. BECHARA, Ana Elisa. Discursos de emergência e política criminal..., p. 424; LIBERATORE S. BECHARA, Ana Elisa. Derechos humanos y límites de la intervención penal en Brasil. In: *Revista Brasileira de Ciências Criminales*, n. 85, 2010, p. 136.

<sup>937</sup> “As concepções (porque creio que não se pode hoje falar em uma teoria do Direito penal do inimigo) terão todas uma forma racional de, todavia, galgar a um extremo inaceitável”. RODRIGUEZ, Víctor Gabriel. Fundamentos de Direito Penal... *Op. cit.*, p. 15.

<sup>938</sup> MUÑOZ-CONDE, Francisco. As origens ideológicas do direito penal do inimigo. In: *Revista Brasileira de Ciências Criminales*, n. 83, 2010, pp. 93-119. Incluso acogiendo la perspectiva pretensamente ideológica de *Muñoz Conde*, “de toda forma, a crítica ao direito penal dos inimigos não pode destituir toda a capacidade do pensamento de Jakobs concernente aos instrumentos da imputação objetiva, à forma como este relaciona a tipicidade penal com o sistema penal em geral e, por fim, à finalidade de manutenção de expectativas das normas”, VELLUDO SALVADOR NETTO, Alamiro. Tipicidade penal e sociedade de risco... *Op. cit.*, p. 149. Crítico às acepções de *Muñoz Conde*, GRACIA-MARTÍN, Luis. Consideraciones críticas sobre el actualmente denominado ‘derecho penal del enemigo’. In: *Revista electrónica de ciencia penal y criminología*, 2005, pp. 31 y ss.; aproximando el concepto de enemigo en

punitivo y de los riesgos “para la aceptación de discursos totalitarios excluyentes”<sup>939</sup>, “neo-absolutistas”<sup>940</sup>.

La descripción elaborada por Jakobs ofrece inequívoca consistencia teórico-conceptual para la auto-comprensión del problema de la proliferación de estructuras normativas de anticipación de la punibilidad<sup>941</sup>. A

---

derecho penal a la reposición de la ideología da seguridad nacional: “Se trata, en definitiva, de una nueva aplicación de la antigua ‘doctrina de la seguridad nacional’ como una guerra permanente contra enemigos pequeños y invisibles, que reconoce un papel prioritario y esencial al poder penal estatal como consecuencia la inseguridad en la convivencia social”. OLÁSOLO-ALONSO, Héctor; PÉREZ-CEPEDA, Ana Isabel. Terrorismo internacional... *Op. cit.*, pp. 55-56. En sentido contrario, POLAINO-NAVARRETE, Miguel. El valor de la dogmática en derecho penal. In: JORGE BARREIRO, Agustín *et al.* (org.) *Homenaje al Profesor Dr. Gonzalo Rodríguez Mourullo*, 2005, p. 852.

<sup>939</sup> “Ao afirmá-lo, eu tampouco deixo de a mim mesmo suscitar a questão de que é natural que toda – essa afirmação está na obra de Penella, ao introduzir um estudo sobre a Falange (p. 13), e coincide com a assertiva de Adorno (p. 54) que, a seu tempo, dizia-se mais preocupado com as organizações de ultradireita infiltradas na democracia que propriamente os sectarismos neonazistas –. Tentarei evitar ao máximo, em Direito penal, cuidar de posicionamentos de esquerda ou de direita, também porque não me vinculo a ningún deles, porque o totalitarismo a nada conduz: um direito penal que tampouco tome qualquer providência no sentido de reprimir o criminoso e, em casos extremos, afastá-los do convívio social, dentro do plano democrático, a médio prazo *abre margem* para a aceitação de discursos totalitários excludentes. Isso também tenho claro”. RODRIGUEZ, Víctor Gabriel. Fundamentos de Direito Penal... *Op. cit.*, p. 15, nota 48.

<sup>940</sup> LIBERATORE S. BECHARA, Ana Elisa. Discursos de emergência... *Op. cit.*, p. 423. Refiriéndose a la optimización práctica de la eficiencia del Estado de derecho como un pensamiento “para-totalitario”, una vez que el costo social de la guerra al terror llevaría a una “guerra contra la civilización”, HERZOG, Felix. Terroristische Netzwerk und paratotalitäres Strafrechtsdenken. In: *Kritische Vierteljahresschrift für Gesetzgebung und Rechtswissenschaft*, 2006, p. 348.

<sup>941</sup> “Por fim, se é verdade que não se pode pensar em identidade normativa em uma sociedade tão fragmentada como a brasileira, na qual tão poucos ainda determinam o horizonte de existência de tantos, de outra parte, porém soa bastante proveitoso pensar-se em níveis de convergência valorativa, não (ou, ainda não) em termos sociais, mas no âmbito mesmo do Direito, quando nada para a confirmação das desigualdades diversas, a reclamar soluções jurídicas distintas de casos aparentemente (ou formalmente) idênticos, mas, também, para a revelação das comunhões básicas e gerais (vida, integridade física e psíquica, liberdade sexual, de pensamento e tanto mais se façam presentes no correr histórico nacional). PACELLI, Eugenio. Apresentação... *Op. cit.*, p. xxv. Las renitencias del pensamiento jurídico-penal brasileño en *Chaves Camargo* fueron objeto de crítica – “a crise deste sistema foi sentida de forma acentuada, determinando várias mudanças legislativas, relacionadas, no geral, com o sistema de penas, sem abandonar o tecnicismo-jurídico, aplicando, em muitos casos, as fórmulas do positivismo jurídico neokantiano, com a conseqüente jurisprudência de interesses, para aproximar a lei à realidade dos fatos. (...) Superada a fase de um sistema penal fechado, o direito penal brasileiro poderá voltar-se ao estudo de uma dogmática jurídico-penal consentânea com a realidade atual” (CHAVES CAMARGO, Antonio Luis. Sistema de penas, dogmática jurídico-penal e política criminal, 2002, pp. 178-179) – y osadia, “Superada a fase do positivismo jurídico, podemos pensar num direito penal que, não só simbolicamente, como vem ocorrendo, no momento, mas com fundamentos modernos, de um sistema aberto, possa fazer frente à

pesar de eso, lo que de hecho parece ser la mayor desventaja es mismo la inexpresividad del concepto, la cual despierta sentido operacional vago y ambiguo. En lugar de eso, las recomendaciones se encaminan en la revalidación del sentido social del principio de la justicia universal (*Weltrechtsprinzip*<sup>942</sup>)<sup>943</sup> y tiene como horizonte la elaboración de criterios racionalmente legitimados de combate al terror: el enemigo *debe ser* reconocido como persona, en el caso de ofrecer reacción penal a las transformaciones de la violencia organizada y comunicar represividad de combate al negocio de la guerra<sup>944</sup>.

Así, parece que el camino preferencial para el derecho penal es reelaborar los padrones de su auto-comprensión, teniendo en vista la profusión de sentido, la mezcla de motivaciones y las causas legitimadoras que nos permiten observar los distintos valores e intereses de naturaleza privada, estatal e paraestatal de la guerra moderna.

En un primer esfuerzo de observación de la guerra moderna<sup>945</sup>, se perciben algunos nuevos rasgos: “(1) desestatización, con la consecuente

---

criminalidade desta sociedade de risco. (...) O primeiro passo a ser dado é uma postura crítica diante dos institutos de Direito Penal, para, ao enfrentarmos os problemas concretos, ficarmos diante de alternativas capazes de indicar uma solução coerente com as características de cada grupo social que integra a sociedade brasileira”, CHAVES CAMARGO, Antonio Luis. Imputação objetiva e direito penal brasileiro... *Op. cit.*, p. 191.

<sup>942</sup> PAWLIK, Michael. Strafe oder Gefahrenbekämpfung? Die Prinzipien des deutschen Internationalen Strafrechts vor dem Forum der Straftheorie. In: HOYER, Andreas; MÜLLER, Henning; PAWLIK, Michael (org.) *Festschrift für Friedrich-Christian Schroeder*, 2006, pp. 357-386. Crítico à internacionalização da intervenção punitiva, PRITTWITZ, Cornelius. Internationales Strafrecht: Die Zukunft eine Illusion? In: *Jahrbuch für Recht und Ethik*, n. 11, 2003, pp. 486-487.

<sup>943</sup> KREß, Claus. Im ungleichen Krieg. In: *Frankfurter Allgemeine Zeitung*, 30.12.2009. Las posibilidades de comunicación de la represividad en ámbito internacional reproduce la oposición entre terrorismo y los modelos democráticos de la sociedad occidental, delimitando a la legitimación de la intervención punitiva en la idea de combate al terrorismo como defensa de la libertad.

<sup>944</sup> El negocio de la guerra, las estrategias y métodos de organización sólo pueden ser entendidos por fundamentos económicos, por una especificación de la economía de la guerra, en creciente diferenciación y adquisición de nuevo sentido social: “Angesichts der Unübersichtlichkeit der Konfliktgründe und Gewaltmotive bevorzuge ich den unscharfen, aber offenen Begriff der neuen Kriege”, KALDOR, Mary. *Neue und alte Kriege: Organisierte Gewalt im Zeitalter der Globalisierung*, 2000; una profunda crítica al respecto, UESSELER, Rolf. *Guerra como prestação de serviços: a destruição da democracia pelas empresas militares privadas*, 2009.

<sup>945</sup> Para una tipología de la guerra moderna, OSIANDER, Andreas. Plädoyer für die Abschaffung des Krieges. In: *Initial*, n. 6, 1995, pp. 23-26.

privatización del poderío militar; (2) asimetrización del poder bélico<sup>946</sup>; (3) autonomización de las formas de poder militar, esto es, las fuerzas regulares perdieron el control de las consecuencias<sup>947</sup> y efectos colaterales de las modalidades de guerra<sup>948</sup>, sobretudo con las iniciativas criminosas de inclusión de los civiles en las prácticas delictivas<sup>949</sup>, creando trama de solidaridad que vincula la represividad a indeseables efectos colaterales. A eso se suma que el costo de la guerra moderna es bastante reducido (no solo el costo del equipamiento, sino también de formación de cuadros para la guerra), pero las consecuencias son increíblemente sentidas en el mercado.

Las múltiples combinaciones posibles y la creciente diferenciación y adquisición de nuevo sentido social por la especialización de las estrategias comunicativas dificultan la observación y la delimitación de las condiciones de estabilidad normativa y soluciones alternativas para el proceso de pacificación<sup>950</sup>. Es en ese contexto que se desenvuelven los horizontes de aprehensión del concepto de enemigo<sup>951</sup> y las posibilidades de superación del anacronismo de las ideas penales. No habría más guerra como en el *locus classicus* de comprensión, ni incluso en un recurso ilimitado de la violencia penal<sup>952</sup>. Se trata, por el contrario, de regulación de un espacio de anomia<sup>953</sup>,

---

<sup>946</sup> Esa asimetrización del poder bélico prevalece al menos en tesis, suponiéndose la prevalencia de la organización racional de las fuerzas estatales en detrimento de las organizaciones privatísticas.

<sup>947</sup> MÜNKLER, Herfried. *Die neuen Kriege... Op. cit.*, pp. 10-11.

<sup>948</sup> “Esto es especialmente preocupante en una época histórica en la que se han difuminado las fronteras entre seguridad interior y seguridad exterior, entre lucha contra el delito y la guerra (incluso entre la guerra y la paz), donde el ejército realiza labores de policía y donde ya no cabe distinguir entre investigaciones policiales y actividades de servicios secretos (que, en muchos casos, quedan convertidas sin más en sumarios judiciales)”, FEIJOO-SANCHEZ, Bernardo. *Normativización del derecho penal... Op. cit.*, p. 162.

<sup>949</sup> Crítico a lo que identifica como “tabús” con respecto del lugar de las víctimas en la comprensión del derecho público, DEPENHEUER, Otto. *Selbstbehauptung des Rechtsstaats... Op. cit.*, p. 80.

<sup>950</sup> MÜNKLER, Herfried. *Die neuen Kriege... Op. cit.*, p. 16.

<sup>951</sup> Uno de los horizontes de combate transnacional del terror sería la creación de una identidad de mercado, POWELL, Charles T.; REINARES, Fernando. *Las democracias occidentales frente al terrorismo global*, 2008.

<sup>952</sup> Todo indica que la relación entre las tesis del estado de excepción y la repressivade penal deveríam ser repensadas. Se cree que el fortalecimiento de poderes punitivos sería forma de control social delante de resgo permante, de tal forma que el estado de excepción sería modalidad de intervención permanente para la restauración de la orden. Parece que se trata de



indisociable de la urgencia del derecho internacional público y del poder de intervención del derecho en nombre de la orden.

---

falsa percepción del problema, merecedora de cuidadosa investigación en apartado, una vez que el control social existe independientemente del estado de excepción. De cualquier forma, la idea de estado de excepción no encuentra correspondencia en la descripción de Jakobs sobre la problemática del enemigo.

<sup>953</sup> Se identifican espacios de anomia, *déficit* de ejecución normativo y fallas e la prevención instrumental en lo que respecta a la guerra al terror, ROELLECKE, Gerd. Der Rechtsstaat im Kampf gegen den Terror. In: *Juristische Zeitung*, 2006, pp. 265.

### 3.1. El futuro del enemigo en el derecho penal: el retorno al concepto de persona como alternativa al concepto de enemigo

El concepto de enemigo transporta toda esa carga semántica para el futuro. Al ver si el sentido operacional de ese “nuevo derecho de prevención” va más allá de la infra-complejidad de las formas tradicionales de combate al terrorismo, los criterios de Pawlik serán confrontados con el discurso jurídico-penal tradicional, el cual todavía se mantiene como refractario a la semántica del “moderno terrorismo”<sup>954</sup>.

Lo mismo vale para la comprensión de las posibilidades de ampliación del concepto para las organizaciones criminosas<sup>955</sup>, que se

---

<sup>954</sup> Como parece ser el caso de Sebastian Scheerer y las críticas contra la “patologización” y la “mitologización” del combate al terrorismo, SCHEERER, Sebastian. *Die Zukunft des Terrorismus: Drei Szenarien*, 2002, 146 p. O mesmo parece valer para MUÑOZ CONDE, Francisco. *Der Kampf gegen den Terrorismus und das Feindstrafrecht*. In: HASSEMER, Winfried; KEMPF, Eberhard; MOCCIA, Sergio (org.) *Festschrift für Klaus Volk zum 65. Geburtstag*, 2009, pp. 495-506. Crítico a la semántica del terror, CANCIO MELLIÁ, Manuel. *De nuevo: ¿Derecho penal del enemigo?... Op. cit.*, p. 368.

<sup>955</sup> Crítico al concepto como vocablo abstrato de amenaza y palabra de moda del autoritarismo en política criminal, ALBRECHT, Peter-Alexis. *Organisierte Kriminalität: Das Kriminaljustizsystem und seine konstruierten Realitäten*. In: *Kritische Vierteljahresschrift für Gesetzgebung und Rechtswissenschaft*, 1997, pp. 230 y ss. En sentido contrário, FÖPPEL EL HIRECHE, Gamil. *Análise criminológica das organizações criminosas: da inexistência à impossibilidade de conceituação e suas repercussões no ordenamento jurídico pátrio. Manifestação do derecho penal do enemigo*, 2005, pp. 33 y ss. Posicionando-se sobre el problema conceptual del crimen organizado y las directrices de la Convención de Palermo: “o legislador nacional somente aderiu à Convenção de Palermo (...) nos estritos termos de seu texto que (...) contém pautas programáticas para o exercício do poder (dever) de legislar na matéria do grupo criminoso organizado, não tendo, a referida Convenção criado, diretamente, em nosso direito positivo um conceito de organização criminosa”, ESTELLITA, Heloisa. *Criminalidade de empresa, quadrilha e organização criminosa*, 2009, p. 72. En sentido amplio, “(...) há um consenso. A existência do crime organizado é uma demonstração de um poder paralelo não legitimado pelo povo, que ocupa lacunas deixadas pelas deficiências do Estado Democrático de Direito e demonstra a falência do modelo estatal de repressão à macro-criminalidade. A importância da repressão à macro-criminalidade decorre da real ameaça que representa ao Estado Democrático de Direito” (...) “não há tipificação legal, embora o Brasil, como signatário da Convenção de Palermo (Decreto 5015/2004), tenha se comprometido a tipificar as organizações ilícitas que objetivam lucro como modalidade criminosa”, GOMES, Rodrigo Carneiro. *O crime organizado na visão da convenção de Palermo*, 2008, p. 03 e 19. Todavía sobre la delimitación del problema en el derecho brasileño, “parece-nos, assim, num nível

inmiscuyen con las actividades terroristas, con los cuidados debidos<sup>956</sup> y la limitación de la filosofía práctica<sup>957</sup>.

Esa nueva diferenciación<sup>958</sup> – las organizaciones inmiscuyéndose con las organizaciones terroristas – es resolución inconclusa, carente de especializada investigación para la delimitación funcional de las organizaciones criminosas y de las organizaciones terroristas. Una primera aproximación crítico-reflexiva al problema ahora suscitado nos permite afirmar que la ausencia de actividad lucrativa por parte de esas organizaciones y la consecuente ampliación de las asimetrías sociales agravan la situación de pobreza, dependencia y subyugación humana, limitando las posibilidades prácticas de subjetivación y auto-determinación individual.

---

conceitual, não ter mais razão para equiparar, por força da Lei 9.034/1995, as organizações criminosas à definição dada pelo art. 288, do CP (...). O conceito consagrado pela Convenção de Palermo atende ao princípio da legalidade, harmoniza a nossa legislação a dos demais países e não fecha, com rigor, os contornos do que vem a ser uma organização criminosa, por se tratar de definição aberta”. La definición de criminalidad organizada para fines penales es objeto del Proyecto de Ley 150/2006, con la siguiente redacción: “Considera-se organização criminosa a associação, de três ou mais pessoas, estruturalmente ordenada e caracterizada pela divisão de tarefas, ainda que informalmente, com objetivo de obter, direta ou indiretamente, vantagem de qualquer natureza, mediante a prática de crimes cuja pena máxima seja igual ou superior a quatro anos ou que sejam de caráter transnacional”, LEMOS JÚNIOR, Arthur Pinto de. Crime organizado e o problema da definição jurídica de organização criminosa. In: *Revista dos Tribunais*, n. 901, 2010, pp. 445 e 446.

<sup>956</sup> Específicamente sobre el problema del ejercicio policial, APONTE, Alejandro. *Krieg und Feindstrafrecht...* *Op. cit.*, pp. 272 y ss.

<sup>957</sup> En verdad, la complejidad del tema exige que no sea atribuída la competencia regulatoria exclusivamente al Tribunal Penal Internacional, fiándose por la constatación de que “máxime en un contexto internacional en el que, dado el papel limitado que la CPI puede jugar como instrumento de respuesta al terrorismo, y en particular frente terrorismo internacional, la actuación de las jurisdicciones nacionales sobre la base del principio de justicia universal constituye a día de hoy un elemento esencial de la respuesta penal a dicho fenómeno”. OLÁSULO-ALONSO, Héctor; PÉREZ-CEPEDA, Ana Isabel. *Terrorismo internacional...* *Op. cit.*, p. 204.

<sup>958</sup> En otro sentido, rechazando, sin embargo, la idea de *overlapping* en el contexto guerra a las drogas/guerra al terror en vista de la autonomía funcional entre ambos, una vez que “(...) empíricamente, essa não é tarefa simples porque, embora o terrorismo já tenha mostrado seu potencial de ameaça existencial com o 11 de Setembro, ainda assim não o fez o narcotráfico. Aliás, pode-se pensar que, temporalmente, o narcotráfico já teve percepções mais intensas de ameaça em setores da sociedade civil americana na década de 1990 via ativismo dos cartéis de Cali e Medellín e de figuras como Carlos Leder e Pablo Escobar. Mesmo se pensarmos o narcotráfico em seu potencial de desagregação e fragmentação do Estado colombiano, teríamos que concluir que o narcotráfico já foi mais ameaçador quando, nos anos 90, a Colômbia chegou a ser um Estado altamente fragmentado e quando sua elite estatal era socialmente deslegitimada e até acusada de vínculos com o tráfico de drogas”, VILLA, Rafael Duarte. *A securitização, o overlapping das guerras às drogas e ao terror...* *Op. cit.*, pp. 200-201.

Ya no parece haber más la pureza semántico-distintiva entre esas organizaciones (la publicidad del terror y los comandos organizados que operan ocultamente). Ninguna de ellas opera mecanismos, ni al menos informales, de generación de renta o empleo, ni facilitan la distribución de lucros, arruinando el mercado interno<sup>959</sup> y realimentando las fábulas de la clandestinidad internacional<sup>960</sup>. El carácter esencialmente reaccionario socialmente destructivo de esas organizaciones provoca la erosión de la legitimidad de sus banderas.

Antes de eso, en la inversión de los polos de observación de la asimetría en el combate al terror, parece más razonable que el combate específico y estrictamente limitado por la filosofía práctica adquiera las condiciones de legitimidad, indicando un camino en mayores niveles de congruencia a la comprensión del sistema jurídico. La consistencia del proceso auto-regulatorio depende del grado de interacción con la sociedad, con el contexto situacional en el cual se desenvuelve el proceso de comunicación de la represividad.

La ideología externalizada en forma específica de estado de excepción parece quedar adstringida a la especificidad de la especulación. Intentar justificar el anacronismo de las ideas penales por el recurso a las

---

<sup>959</sup> Para un análisis crítico-reflexivo de la diferenciación entre las asociaciones criminales del tipo terror y del tipo crimen organizado, con base en la observación del comportamiento criminoso y en las formas de integración a las estructuras sociales, GAYRAUD, Jean-François. *Le monde des mafias: géopolitique du crime organisé*, 2008.

<sup>960</sup> Para un análisis de la clandestinidad y la dinámica de los negocios: “Sem controle, só resta ao comércio ilícito prosseguir em sua já avançada transformação. Há ampla evidência de que oferece aos terroristas e outros malfeitores meios de sobrevivência e métodos de troca e transferência financeira. Seu efeito na geopolítica vai além. Nos países em desenvolvimento e naqueles que fazem a transição do comunismo, as redes criminosas freqüentemente constituem o capital investido mais poderoso que confronta o governo. Em alguns países, seus recursos e capacidade até mesmo superam aqueles dos governos. Essas capacidades traduzem-se em geral em influência política. Os traficantes e seus sócios controlam os partidos políticos, dominam importantes meios de comunicação e são os maiores filantropos por trás das organizações não-governamentais. Esse é um resultado natural em países onde ninguna atividade econômica pode igualar-se, em tamanho e lucros, ao comércio ilícito e onde, portanto, os traficantes tornam-se o “grande empresariado” nacional. E, quando seus negócios se expandem e estabilizam, as redes de tráfico ficam propensas a fazer as mesmas grandes operações em outros lugares, diversificando suas atividades e investindo na política. Afinal, a conquista de acesso e influência e a procura de proteção governamental sempre foram parte integrante dos grandes negócios. Daí não só as redes ilícitas entrelaçaram-se intimamente com as atividades lícitas do setor privado, como também estarem profundamente entranhadas no setor público e no sistema político”, NAÏM, Moisés. *O ilícito*, 2006, p. 13.

justificaciones de naturaleza política del problema, lo que podría generar cierta confusión en el entendimiento y en la extensión del estado de excepción. La elaboración funcional de la problemática, por el contrario, procura informar medidas de aumento de la auto-comprensión del sistema jurídico-penal, las cuales ocupa otro lugar en la evolución de las ideas, más idóneas a incrementar la estabilidad normativa y ofrecer estrategias (racionalmente limitadas) de represividad en niveles compatibles con la complejidad del ambiente, sin, a pesar de eso, perder de vista la fuerza empírica sugerida por el concepto de persona.



## CONCLUSIONES

La demostración teórico-conceptual de “El sentido operacional de los conceptos de persona y enemigo en materia penal” atingió los principales resultados:

(1) El transcurso teórico de la observación sociológica del derecho autorizó la pesquisa al afirmar la autonomía categorial y metodológica entre Luhmann y Jakobs. La evolución del sentido de la problemática del enemigo fue inserida en un contexto situacional de mayor alcance, integrando la paradoja seguridad/libertad individual (como afirmando, “una ganancia para la seguridad denota una pérdida para la libertad individual (...) pero el penalista se ve realmente aturcido cuando una ganancia para la libertad individual puede significar una pérdida para la seguridad”). El abordaje diferente del problema le permitió la elaboración funcional y la observación del sentido operacional de los conceptos de persona y enemigo;

(2) La observación de ese sentido operacional fue autorizada por el enfrentamiento de las cuestiones fundamentales de la protección a la quiebra de la norma como finalidad de la comunicación de la intervención punitiva y determinante de la prevención general positiva y de la función de seguridad cognitiva. La teoría de la pena en Jakobs junta legitimación formal y material, de tal forma que una produce la identidad de la otra en un movimiento marcado por tres momentos distintos: (1) confianza en la norma; (2) fidelidad al derecho; (3) aceptación de las consecuencias;

(3) Jakobs construyó un modelo de representación del derecho penal con base en la posición de una “prevención general por el ejercicio del reconocimiento de la norma”. Ese reconocimiento es concebido en las relaciones sociables, comunicando reconocimientos recíprocos y de interpersonalidad. Esa estructura

relacional entre personas atestiguó en la pesquisa la influencia hegeliana en Jakobs. Ahí, sin embargo, la mediación normativa de la interpersonalidad recurre, a diferencia de Hegel, al “plano de interacciones simbólicas para la construcción del sentido de persona y de la relevancia de la reacción penal comunicada”;

(4) La evolución de sentido del propio concepto de persona coloca el proceso de racionalización del sujeto empírico como marco teórico esencial para la construcción de un sistema de imputación penal dotado de los límites de legitimación de la libertad del individuo, sin mostrar así, peyorativamente al individuo en cuanto tal;

(5) La cronología del concepto de enemigo, por su parte, permitió concluir por el potencial descriptivo de las estructuras normativas de anticipación de la reacción penal a la realización de conducta típica, en frente de la “fuente de peligro” – el enemigo del bien jurídico, u objeto de protección normativa. La evolución de sentido del concepto de enemigo se mantiene fiel a la propuesta normativista de Jakobs, porque la persona, en tales condiciones, pierde la protección cognitiva al colocar en peligro la seguridad cognitiva, transmitiendo un juicio normativamente mediado al proceso de conversión de persona en enemigo (como se dice, “la opción por la exclusión es mediada normativamente, de forma tal que en la relación interpersonal una persona deja de ser persona también por juicio normativo”). En ese mismo sentido, no se establece, apriorísticamente, un rótulo negativo violador de lo que se puede tener por “protección normativa” de la subjetividad;

(6) La rigurosa analítica de L. Greco, la cual determina la cualidad prescriptiva del concepto de enemigo, no ofrece, sin embargo, resolución para la problemática de la incriminación en estado previo ella persiste en el tiempo. La crítica de Schünemann parece más complementar las modalidades de intervención punitiva del tipo combate en el plano institucional, en lugar de contradecir la identidad normativa descrita por Jakobs. Roxin identifica las dificultades de



determinación conceptual de la problemática del enemigo en materia penal, en esa pesquisa desarrollado como *wer soll entscheiden* (“quién debe decidir”);

(7) La pesquisa alcanzó posiciones sobre algunas incomprendiones más recurrentes en relación al objeto de investigación, entre ellos los más significativos: el sofisma Carl Schmitt/Günther Jakobs/esquema amigo-enemigo y la escisión entre la normatividad del ciudadano y la faticidad del enemigo. Además, se apuntaron lagunas conceptuales, sobretodo en relación a la equivalencia funcional en el ámbito de la culpabilidad de las empresas;

(8) Las repercusiones (combate a los delitos económicos, combate al tráfico de estupefacientes, combate a los delitos sexuales, combate al terror, entre otras cuestiones incidentes) en cuanto a las supuestas aplicaciones y consecuencias teóricas del modelo todavía son meramente indiciarias de la problemática del enemigo, sin mayores referencias o fidelidad al sentido construido por *Jakobs*, sin admitirse, pues, establecer tales repercusiones como contrapunto al concepto de enemigo;

(9) A diferencia de *Jakobs*, *Pawlik* no concibe persona y enemigo como identidad y no-identidad. Recurriendo a la explicación basada en interdisciplinaridad con la ciencia política y el derecho internacional, *Pawlik* propone especificación de la idea de intervención preventiva, restringiendo las estructuras normativas de combate a “combate al terror” y reconociendo al enemigo como persona. La solución presentada por él admite el retorno al concepto de persona (“el enemigo reconocido como persona”) y la posibilidad de elaboración de los criterios racionales para un “nuevo derecho de prevención”, fundamentado en los límites de legitimación de la libertad, en forma más pulida de representación del concepto.

Esos resultados pueden influenciar la discusión en el ámbito brasileño en la medida en que contribuyen para el debate de los siguientes *topoi* de argumentación:

(a) Los elementos de comprensión de la observación sociológica de matriz luhmanniana para referenciar la elaboración funcional del problema de la represividad penal y observar el comportamiento decisorio en materia penal, en lugar de un “rehacer de la dogmática jurídico-penal desde una construcción sistémica”, permite incrementar la capacidad de auto-comprensión del sistema jurídico-penal, bien como ofrece los límites de la filosofía práctica a esa auto-comprensión;

(b) Más allá de eso, el posicionamiento de modo inequívoco por la no derivación “teoría de los sistemas de Niklas Luhmann/modelo jurídico-penal de Günther Jakobs”, concluyendo que “hay más Hegel que Luhmann” em Jakobs;

(c) La descripción de la problemática del enemigo con fidelidad al modelo propuesto por Günther Jakobs, avaliendo críticamente los límites de legitimación del concepto de enemigo bajo criterios de consistencia de variación, congruencia y estabilidad normativa;

(d) La superación de incomprensiones (la más emblemática de ellas, la aproximación Carl Schmitt/Günther Jakobs) y lagunas teóricas, como la de la punibilidad de la persona jurídica, del mismo modo como procura cuestionar la insuficiencia de las repercusiones percibidas en la literatura jurídico-penal;

(e) Los caminos para un futuro desarrollo de la problemática, en los términos del reconocimiento del enemigo como persona, recuperando el potencial de sentido del concepto de persona para el sistema jurídico-penal, y en la elaboración de criterios racionales para un “nuevo derecho de prevención”, abriendo las posibilidades de investigación no sólo en el ámbito del combate al terror, sino también en lo que respecta a la mencionada criminalidad organizada e incluso a la corrupción.

Así es que la pesquisa llega a una conclusión, motivada por la tensión interna de las expectativas de sentido del derecho penal y enfrentamiento de polémicas ampliamente difundidas, pero inmersas en universo categorial

profuso y de cuestionable recepción en la literatura<sup>961</sup>, sobretodo aquella especializada en el discurso jurídico-penal. Ese itinerario de investigación bastante in común movió conceptos y exigió demostraciones de consciencia de los presupuestos del apasionado debate penal, queriendo hacer esclarecer incluso cuando las complicaciones de clarezas de la tesis advengan de los equívocos coleccionados en el enfrentamiento de la literatura.

El mayor desafío, más allá de la abstracción y del alto grado de especulación conceptual, fue incluso contornar esos equívocos de las tradicionales representaciones del discurso dominante, muchas veces equívocos comprometidos con la recusa *a priori* de una idea genérica sobre la problemática del enemigo<sup>962</sup>.

El movimiento conceptual en el cual fue creada la identidad de esta investigación procuró acompañar un esquema lógico de consecuencias. Del anacronismo de las ideas penales dominantes a la irresolución del derecho penal

---

<sup>961</sup> Además, todo el itinerario de investigación embarcó “um arcabouço teórico tão abstrato exige mais tempo para ser digerido e aplicado. Mas para aqueles interessados na aplicação da teoria luhmanniana, cabe uma advertência: a teoria de Luhmann não é uma teoria de chegada, um projeto acabado e fechado, mas sim uma teoria de partida, aberta a novas incursões e alternativas. Esse é o verdadeiro espírito de Luhmann”, NEVES, Marcelo. Niklas Luhmann: eu vejo o que tu não vês... *Op. cit.*, p. 270.

<sup>962</sup> “La prevención es una tarea del Derecho de no menos importancia que la retribución. Según la concepción tradicional, los peligros internos del Estado deben ser combatidos por la policía y la defensa de las amenazas externas corresponde a las fuerzas armadas; la mezcla de ambos ámbitos, según el entendimiento dominante en Alemania, es un mal que debe ser necesariamente evitado. El terrorismo transnacional ha puesto claramente de manifiesto los límites de esta manera de considerar esta cuestión: un ataque como el que tuvo lugar el 11 de septiembre de 2001 no es un peligro cuya conjura corresponda a la policía en el sentido habitual, así como el conflicto en Afganistán no se corresponde ni con la imagen tradicional de la guerra entre Estados (los llamados conflictos internacionales armados) ni con el de una guerra civil (los llamados conflictos armados no internacionales). La ciencia del derecho internacional ha extraído de esta comprobación la correcta conclusión de que el esquema de la clasificación tradicional es insuficiente y ha comenzado a elaborar a un tercer régimen jurídico adecuado a la nueva especie de conflictos. La discusión interna en Alemania tiene amplias dificultades con esta comprensión del problema. La responsabilidad por esta situación corresponde, y no en último lugar, a la discusión sobre el ‘derecho penal del enemigo’, que en su polémica ha ahogado literalmente todo intento de un análisis diferenciado del problema. Una vez que el humo de este debate se ha retirado un poco, queda la idea de que se ha tomado conocimiento de los desafíos al pensamiento jurídico resultantes de la transformación de la situación amenazante – con indiferencia de las consecuencias que de allí se esté dispuesto a extraer (...). En el contexto existente, una huida como ésta sería, sin embargo, literalmente responsable”, PAWLIK, Michael. Prólogo. In: PAWLIK, Michael. *La libertad institucionalizada: estudios de filosofía jurídica y derecho penal*, 2010, p. 12.

en frente del obstáculo seguridad/libertades individuales, surgió la búsqueda de especialización semántica de la descripción de las estructuras normativas y del incremento de la capacidad de auto-comprensión del derecho penal. La investigación del sentido operacional de los conceptos pretendía extraer la expresividad de los símbolos “personas” y “enemigo” para solucionar el estado de infracomplejidad que dejaba irresoluto el problema.

Integrado en un contexto más amplio, la paradoja que envuelve las ideas penales fue elevada a la calidad de problema funcional y, como tal, sometido al cuestionamiento de los límites de legitimación. La tesis marcó posición delante de las posibilidades de efectos colaterales de una elaboración funcional a la rebeldía de la filosofía práctica: la ausencia de libertad no habilita la fundamentación de un juicio ético para el derecho penal, porque “eticidad y libertad, que se configura en la efectividad de un mundo”<sup>963</sup>.

La expresividad del concepto de persona oriundo de la filosofía práctica<sup>964</sup> despuntó como la alternativa preferencial para orientar sentido operacional del combate a peligros futuros, cuyo concreto entendimiento estimula represividad en niveles de estabilidad normativa más afectos a la sociedad del que aquellos recomendados por la tradición de las ideas rectoras de política criminal. A diferencia del concepto de enemigo, como en Pawlik, el reconocimiento del enemigo como persona procura evitar la ambigüedad y la

---

<sup>963</sup> JAESCHKE, Walter. Direito e eticidade... *Op. cit.*, p. 18; “se o desenvolvimento de figuras éticas fosse um desenvolvimento do direito, que o acompanha em postura abstrator e reflexiva, também não seria uma história da liberdade, mas da ausência da liberdade”, JAESCHKE, Walter. Direito e eticidade... *Op. cit.*, p. 25.

<sup>964</sup> La reinscripción de las tesis hegelianas en el debate jurídico-penal también reconoce los límites: “Wer bei Hegel entsprechende Argumentationshilfen sucht, wird aber letztlich immer wieder auf die spekulativ-begriffslogischen Grundlagen seiner Willensmetaphysik verwiesen. Man ist daher auch bei der Aneignung der Hegelschen Straftheorie stets mit zwei methodischen Problemen konfrontiert. Zum einem stellt sich die Frage, ob man aus Begriffsverhältnissen, zumal solch in einer spekulativ-dialektischen Kategorienlogik entwickelten, normativ fundierte Richtlinien für soziale, insbesondere rechtliche Institutionen und deren philosophische und politische Legitimierung gewinnen kann. (...) Zum anderen die Frage, inwieweit die Argumente und Ergebnisse der Hegelschen Straftheorie von der spekulativen Begriffssystematik abgelöst und allein aufgrund ihrer internen Schlüssigkeit vertreten werden können”. MOHR, Georg. Unrecht und Strafe. In: SIEP, Ludwig (org.) *Grundlinien der Philosophie des Rechts*, 2005, pp. 122-123.

vaguedad del sentido operacional, lastrado en los límites de legitimación del modelo y en la preservación de la diferenciación funcional del derecho penal.

Exhibir la sustancia del contenido de Luhmann<sup>965</sup> y Jakobs al mismo tiempo, concentrándose para conocer la progresión inmanente de las paradojas presentes en uno y en el otro también, en la captación del automovimiento de los conceptos, eso fue un desafiante modo de investigación que nos permitió conocer el dominio de la mediación de los conceptos y la puerta de acceso a la operacionalidad del derecho. En redundancia de Luhmann, los conceptos crean conceptos en el infinito (el principio de un concepto le es también el fin<sup>966</sup>). Y valen sólo en cuanto concepto, en cuanto instrumento de la consciencia. Su naturaleza conceptual está enteramente correlacionada y acoplada a la manera del análisis de las múltiples combinaciones posibles, que hablan cada una de sí mismas y de todo en lo cual están sistematizadas.

En la tesis, de esa lógica de los conceptos derivó la demostración de las suposiciones del problema de la comunicación de la represividad penal en vista de la evolución de sentido social. El *cui bono* de la teoría de los sistemas se enfrentó con los límites de la filosofía práctica, y la prevención contra peligros futuros se consolidó como el *quid novi* del derecho penal. Una toma de posición definitiva en relación a la problemática del enemigo concluye por la todavía vaga y ambigua determinación del concepto, perjudicándole el sentido operacional y

---

<sup>965</sup> “Una teoría cuyas explicaciones de lo contingente incluyen la contingencia de las propias explicaciones”, GARCIA-AMADO, Juan Antonio. *La filosofía del derecho de Habermas y Luhmann*, 1997, p. 191.

<sup>966</sup> La estética de la temporalidad en Borges captó el infinito del principio que también es fin: “Pensé en un laberinto de laberintos, en un sinuoso laberinto creciente que abarcara el pasado y el porvenir y que implicara de algún modo los astros. Absorto en ilusorias imágenes, olvidé mi destino de perseguido. Me sentí, por un tiempo indeterminado, percibidor abstracto del mundo. (...) Antes de exhumar esta carta, yo me había preguntado de qué manera un libro puede ser infinito. No conjeturé otro procedimiento que el de un volumen cíclico, circular. Un volumen cuya última página fuera idéntica a la primera, con posibilidad de continuar indefinidamente. Recordé también esa noche que está en el centro de las 1001 Noches, cuando la reina Shahrazad (por una mágica distracción del copista) se pone a referir textualmente la historia de las 1001 Noches, con riesgo de llegar otra vez a la noche en que la refiere, y así hasta lo infinito (...). Casi en el acto comprendí; el jardín de los senderos que se bifurcan era la novela caótica; la frase varios porvenires (no a todos) me sugirió la imagen de una bifurcación en el tiempo, no en el espacio”. BORGES, Jorge Luis. *El jardín de los senderos que se bifurcan*.

distanciando el así llamado derecho penal del enemigo del que sería el “derecho penal deseado”<sup>967</sup>. Esa interpretación, a pesar de marcadamente presente en la literatura, se muestra fuera del alcance de la realidad, denotando una exposición más de los problemas políticos del concepto del que propiamente un lastre dogmático.

Quedó demostrado que la seducción sibilina de la problemática del enemigo nada más es del que una descripción del problema del derecho penal. Antes de ella, el concepto de persona, que tiene en *Jakobs* el paradigma teórico en el derecho penal, recomienda expresividad más atrayente a la comunicación de la represividad, en la forma específica del enunciado “el enemigo reconocido como persona”. Mucho se cuestiona sobre la “legitimidad” de esa construcción, pero poco se construyó al respecto. Tal vez porque construir los padrones de un derecho penal fundamentado en la libertad sea la tarea más delicada del “sentido operacional del derecho penal”, sugiriendo la racionalización de los criterios de elaboración de un “nuevo derecho de prevención”<sup>968</sup> como forma de institucionalización de la libertad.

---

<sup>967</sup> Observando as condições para a futura evolução do sentido operacional do direito penal “deseado”, POLAINO-NAVARRETE, Miguel. “Puede decirse que el derecho penal se caracteriza por un anhelo o una tendencia progresiva (a veces conseguida y otras veces no) a la *racionalización de la intervención penal*. En este contexto, el programa que ofrece el Derecho penal deseado (el sistema penal del futuro) puede resumirse, muy someramente, en las siguientes perspectivas *de lege ferenda*: a. la necesidad de una intervención limitada y limitadora del sistema punitivo: minimización de los costes sociales que la pena comporta); b. la ampliación de las garantías para los ciudadanos: maximización de la prevención (es decir, maximización de los beneficios); c. la eliminación de medios coercitivos inidóneos para la prevención del crimen”. POLAINO-NAVARRETE, Miguel. La controvertida legitimación del derecho penal... *Op. cit.*, p. 64.

<sup>968</sup> “É preciso mostrar que a razão não constitui um princípio meramente abstrato, sem mediação com a realidade efetiva, mas que ela só é razão quando já estiver sempre mediada com a realidade efetiva”, JAESCHKE, Walter. Direito e eticidade... *Op. cit.*, p. 37.

## **BIBLIOGRAFÍA**

- ABANTO-VÁZQUEZ, Manuel Artidoro. El llamado Derecho penal del enemigo. Especial referencia al derecho penal económico. In: CANCIO-MELIÁ, Manuel; GÓMEZ-JARA-DÍEZ, Carlos (org.) *Derecho penal del enemigo: el discurso penal de la exclusión*, v. 1, 2006.
- ADORNO, Theodor. *Notas de Literatura I*, 2003.
- AGAMBEN, Giorgio. *Ausnahmezustand*, 2004.
- ALBRECHT, Hans Jörg. Die Determinanten der Sexualstrafrechtsreform. In: *Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaften*, v. 111, 1999.
- \_\_\_\_\_. *Criminalidad transnacional, comercio de narcóticos y lavado de dinero*, 2001.
- ALBRECHT, Peter-Alexis. El derecho penal en la intervención de la política populista. In: *La insostenible situación del derecho penal*, 2003.
- \_\_\_\_\_. Krieg gegen den Terror: Konsequenzen für ein rechtsstaatliches Strafrecht. In: *Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft*, n. 117, 2005.
- \_\_\_\_\_. Organisierte Kriminalität: Das Kriminaljustizsystem und seine konstruierten Realitäten. In: *Kritische Vierteljahresschrift für Gesetzgebung und Rechtswissenschaft*, 1997.
- \_\_\_\_\_. Spezialprävention angesichts neuer Tätergruppen. In: *Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaften*, n. 97, 1985.

\_\_\_\_\_. Vom Präventionsstaat zur Sicherheitsgesellschaft. In: HERZOG, Felix; NEUMANN, Ulfried (org.) *Festschrift für Winfried Hassemer zum 70. Geburtstag*, 2010.

ALCÁCER-GUIRAO, Rafael. Facticidad y normatividad. In: *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales*, v. 52, 1999.

AMBOS, Kai. Bericht über die Diskussion zum Thema ‚Das Selbstverständnis der Strafrechtswissenschaft gegenüber den Herausforderungen ihrer Zeit‘. In: ESER, Albin; HASSEMER, Winfried; BURKHARDT, Björn (org.) *Die deutsche Strafrechtswissenschaft vor der Jahrtausendwende*, 2000.

\_\_\_\_\_. Möglichkeiten und Grenzen völkerstrafrechtlichen Rechtsgüterschutzes. In: NEUBACKER, Frank; KLEIN (org.) *Vom Recht der Macht zur Macht des Rechts?*, 2006, pp. 111-116; SCHNEIDER, Hendrik. *Bellum justum gegen den Feind im Inneren?* In: *Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft*, n. 113, 2001.

\_\_\_\_\_. *Terrorismo, tortura y derecho penal: respuestas en situaciones de emergencia*, 2009.

AMELUNG, Knut. Der frühe *Luhmann* und Gesellschaftsbild bundesrepublikanischer Juristen. In: PRITTWITZ, Cornelius *et al.* (org.). *Festschrift für Klaus Lüderssen zum 70. Geburtstag*, 2002.

\_\_\_\_\_. *Rechtsgüterschutz und Schutz der Gesellschaft: Untersuchungen zum Inhalt und zum Anwendungsbereich eines Strafrechtsprinzips auf dogmengeschichtlicher Grundlage. Zugleich ein Beitrag zur Lehre von der "Sozialschädlichkeit" des Verbrechen*, 1972.

APONTE, Alejandro. *¿Derecho penal de enemigo o derecho penal del ciudadano?*, 2005.



- \_\_\_\_\_. Feind oder Bürger? Günther Jakobs und das Dilemma eines feindlichen Strafrechts. In: UWER, Thomas (org.) *Bitte bewahren Sie Ruhe*, 2006.
- \_\_\_\_\_. Guerra y política: dinámica cotidiana del derecho penal del enemigo. In: *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, n. 64, 2007.
- \_\_\_\_\_. *Krieg und Feindstrafrecht*, 2004.
- \_\_\_\_\_. Krieg und Politik: Das politische Feindstrafrecht im Alltag. In: *Höchstrichterliche Rechtssprechung im Strafrecht*, n. 8-9, 2006.
- APPEL, Ivo. *Verfassung und Strafe: Zu den verfassungsrechtlichen Grenzen staatlichen Strafens*, 1998.
- ASUA-BATARRITA, Adela. El discurso del enemigo y su infiltración en el derecho penal: delitos de terrorismo, ‘finalidades terroristas’ y conductas periféricas. In: CANCIO-MELIÁ, Manuel; GÓMEZ-JARA-DÍEZ, Carlos (org.) *Derecho penal del enemigo: el discurso penal de la exclusión*, v. 1, 2006.
- AZEVEDO, Antonio Junqueira. Caracterização jurídica da dignidade da pessoa humana. In: *Revista da Faculdade de Direito da USP*, v. 97, 2002.
- BAECKER, Dirk ¿Por qué una teoría de sistemas? In: GÓMEZ-JARA-DÍEZ, Carlos (org.) *Teoría de sistemas y derecho penal: fundamentos y posibilidades de aplicación*, 2005.
- BALDUS, Manfred. Freiheit und Sicherheit nach dem 11. September 2001: Versuch einer Zwischenbilanz? In: *Kritische Vierteljahresschrift für Gesetzgebung und Rechtswissenschaft*, 2005.
- BARALDI, Cláudio; CORSI, Giancarlo; ESPOSITO, Elena (org.) *Glossar zu Niklas Luhmann Theorie sozialer Systeme*, 1997.
- BARATTA, Alessandro. Jenseits der Strafe: Rechtsgüterschutz in der Risikogesellschaft. Zur Neubewertung der Funktion des Strafrechts.

- HAFT, Fritjof (org.) *Strafgerechtigkeit: Festschrift für Arthur Kaufmann zum 70. Geburtstag*, 1993.
- BARISCH, Kai Thorsten. *Die Bekämpfung des internationalen Terrorismus durch § 129b StGb: Verfassungswidrig politisiertes symbolisches Feindstrafrecht zum Schutze eines Scheinrechtsgutes oder sinnvolles Strafanwendungsrecht eines streitbaren demokratischen Rechtsstaates in der Weltgesellschaft?*, 2009.
- BATISTA-FREIXEDO, Xacobe. Los bárbaros en el umbral: fundamentos filosóficos del derecho penal del enemigo. In: CANCIO-MELIA, Manuel; GÓMEZ-JARA-DÍEZ, Carlos (org.) *Derecho penal del enemigo: el discurso penal de la exclusión*, v. 1., 2006.
- BERCOVICI, Gilberto. Carl Schmitt e a tentativa de uma revolução conservadora. In: ALMEIDA, Jorge de; BADER, Wolfgang (org.) *Pensamento alemão no século XX: grandes protagonistas e recepção das obras no Brasil*. v. 1., 2009.
- \_\_\_\_\_. Constituição econômica e dignidade da pessoa humana. In: *Revista da Faculdade de Direito da USP*, v. 102, 2007.
- \_\_\_\_\_. *Soberania e constituição: para uma crítica do constitucionalismo*, 2008.
- BLECHER, Michael. Reclaiming the common. In: CALLIESS, Galf-Peter; FISCHER-LESCANO, Andreas; WIELSCH, Dan (org.) *Soziologische Jurisprudenz: Festschrift für Günther Teubner zum 65. Geburtstag*, 2009.
- BLECKMANN, Frank. Derecho Penal y Teoría de Sistemas. In: GOMÉZ-JARA-DÍEZ, Carlos (org.) *Teoría de Sistemas y Derecho Penal: fundamentos y posibilidades de aplicación*, 2005.
- \_\_\_\_\_. *Strafrechtsdogmatik - wissenschaftstheoretisch, soziologisch, historisch*, 2002.

- BOBBIO, Norberto. *Dalla struttura alla funzione; nuovi studi di teoria generale del diritto*, 1976.
- BORGES, Jorge Luis. *El jardín de los senderos que se bifurcan*, 1944.
- BÖSE, Martin. Die Strafbarkeit von Verbänden und das Schuldprinzip. In: PAWLIK, Michael; ZACZYK, Rainer (org.) *Festschrift für Günther Jakobs zum 70. Geburtstag*, 2007.
- BRASSER, Martin. *Person: philosophische Texte von Antike bis zur Gegenwart*, 1999.
- BRUNKHORST, Hauke. Globale Solidarität: Inklusionsprobleme der modernen Gesellschaft. In: WINGERT, Lutz; GÜNTHER, Klaus (org.) *Die Öffentlichkeit der Vernunft und die Vernunft der Öffentlichkeit: Festschrift für Jürgen Habermas*, 2001.
- \_\_\_\_\_. Machtbarkeitillusionen. In: CALLIESS, Graf-Peter; FISCHER-LESCANO, Andreas; WIELSCH, Dan (org.) *Soziologische Jurisprudenz: Festschrift für Günther Teubner zum 65. Geburtstag*, 2009.
- BUBLITZ, Hannelore. Der "Schatten der Wahrheit": Gesellschaft als dasjenige, von dem man später sagen wird, dass es existiert hat. In: DEMIROVIC, Alex (org.) *Komplexität und Emanzipation: kritische Gesellschaftstheorie und die Herausforderung der Systemtheorie Niklas Luhmanns*, 2001.
- BUNG, Joachen. Feindstrafrecht als Theorie der Normgeltung und der Person. In: *Höchstrichterliche Rechtssprechung im Strafrecht*, n. 2, 2006.
- CALLEGARI, André Luiz; DUTRA, Fernanda de Arruda. Derecho penal del enemigo y derechos fundamentales. In: CANCIO-MELIÁ, Manuel; GÓMEZ-JARA-DÍEZ, Carlos (org.) *Derecho penal del enemigo: el discurso penal de la exclusión*, v. 1., 2006.

- CALLIES, Graf-Peter. Systemtheorie: Luhmann/Teubner. In: BUCKEL, Sonja; CHRISTENSEN, Ralph; FISCHER-LESCANO, Andreas (org.) *Neue Theorien des Rechts*, 2. ed., 2009.
- \_\_\_\_\_. Die Steuerungskrise. In: CALLIESS, Graf-Peter; FISCHER-LESCANO, Andreas; WIELSCH, Dan (org.) *Soziologische Jurisprudenz: Festschrift für Günther Teubner zum 65. Geburtstag*, 2009.
- \_\_\_\_\_. *Theorie der Strafe im demokratischen und sozialen Rechtsstaat: Ein Beitrag zur strafrechtsdogmatischen Grundlagen-diskussion*, 1973.
- CAMPILONGO, Celso. *Política, Sistema Jurídico e Decisão Judicial*, 2002.
- CAMPOS, Marcelo da Silveira. *Crime e Congresso Nacional: uma análise da política criminal aprovada de 1989 a 2006 – monografia vencedora do 14º concurso Ibccrim de monografias de ciências criminais*, 2010.
- CANCIO-MELIÁ, Manuel. Feind“strafrecht”? In: *Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft*, v. 117, 2005.
- CARO JOHN, José Antonio. *Normativismo e imputación jurídico-penal: estudios de derecho penal funcionalista*, 2010.
- CARVALHO, Salo de. *A política criminal de drogas no Brasil: estudo criminológico e dogmático da Lei 11.343/06*, 5. ed., 2010.
- CATTANEO, Mario. *Recht und Gewalt: Ein problematisches Verständnis*, 2009.
- CAVALIERE, Antonio. Può la sicurezza costituire un bene giuridico o una funzione del diritto penale? In: HASSEMER, Winfried; KEMPF, Eberhard; MOCCIA, Sergio (org.) *Festschrift für Klaus Volk zum 65. Geburtstag*, 2009.
- CHANOS, A. Recht verstehen: Zur systemtheoretischen Rekonstruktion hermeneutischen Sinnverstehens im Bereich des Rechts. In: ATIENZA,

- Manuel *et al.* (org.) *Theorie des Rechts und der Gesellschaft: Festschrift für Werner Krawietz zum 70. Geburtstag*, 2003.
- CHAVES CAMARGO, Antonio Luis. *Imputação objetiva e direito penal brasileiro*, 2002.
- COMBLANT, Joseph. *A ideologia da segurança nacional*, 1978.
- CORNACCHIA, Luigi. La moderna *hostis iudicatio* entre norma y estado de excepción. In: CANCIO-MELIÁ, Manuel; GÓMEZ-JARA-DÍEZ, Carlos (org.) *Derecho penal del enemigo: el discurso penal de la exclusión*, v. 1, 2006.
- CRAVO, Teresa de Almeida. O conceito de segurança humana: indícios de uma mudança paradigmática? In: NASSER, Reginaldo Mattar (org.) *Os conflitos internacionais em múltiplas dimensões*, 2009.
- DAMIÁN-MORENO, Juan. ¿Un derecho procesal de enemigos? In: CANCIO-MELIA, Manuel; GÓMEZ-JARA-DÍEZ, Carlos (org.) *Derecho penal del enemigo: el discurso penal de la exclusión*, v. 1., 2006.
- DAVOLO, Eser. *Fremdenfeindlichkeit: Rassismus und Gewalt*, 2000.
- DE GIORGI, Raffaele. *Ciencia del derecho y legitimación*, 1998.
- \_\_\_\_\_. *Della azione alla imputazione*, 1984.
- \_\_\_\_\_. Handlung als historisch- evolutives Artefakt. In: ATIENZA, Manuel *et al.* (org.) *Theorie des Rechts und der Gesellschaft: Festschrift für Werner Krawietz zum 70. Geburtstag*, 2003.
- DENKOWSKI, Charles. La protección estatal en los conflictos asimétricos: ¿continúa el derecho policial de los *Länder* alemanes, tras el 11 de septiembre, con el derecho penal político antiliberal? In: CANCIO-MELIÁ, Manuel; GÓMEZ-JARA DÍEZ, Carlos (org.) *Derecho penal del enemigo: el discurso penal de la exclusión*, v. 1, 2006.

- DENNETT, Daniel C. Bedingungen der Personalität. In: SIEP, Ludwig (org.) *Identität der Person*, 1983.
- DEPENHEUER, Otto. *Selbstbehauptung des Rechtsstaates*, 2007.
- DÍEZ-RIPOLLÉS, José Luís. De la sociedad del riesgo a la seguridad ciudadana: un debate desenfocado. In: CANCIO-MELIÁ, Manuel; GÓMEZ-JARA-DÍEZ, Carlos (org.) *Derecho penal del enemigo: el discurso penal de la exclusión*, v. 1, 2006.
- \_\_\_\_\_. De la sociedad del riesgo a la seguridad ciudadana. In: JORGE BARREIRO, Agustín *et al.* (org.) *Homenaje al Profesor Dr. Gonzalo Rodríguez Mourullo*, 2005.
- DONINI, Massimo. El derecho penal frente al enemigo. In: CANCIO-MELIA, Manuel; GÓMEZ-JARA-DÍEZ, Carlos (org.) *Derecho penal del enemigo: el discurso penal de la exclusión*, v. 1., 2006.
- DÖPFER, Ute. *Die Ontologie der sozialen Rolle als Grundlage strafrechtlicher Entscheidungen*, 1994.
- DOTTI, René Ariel. A incapacidade criminal da pessoa jurídica: uma perspectiva do direito brasileiro. In: *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, n. 11, 1995.
- DREIER, Ralf. Zu Luhmanns systemtheoretischer Neuformulierung des Gerechtigkeitsproblems. In: *Rechtstheorie*, 5, 1974.
- DUBBER, Markus. Guerra y paz: Derecho penal del enemigo y el modelo de potestad de supervisión policial del derecho penal estadounidense. In: CANCIO-MELIÁ, Manuel; GÓMEZ-JARA-DÍEZ, Carlos (org.) *Derecho penal del enemigo: el discurso penal de la exclusión*, v. 1, 2006.
- DURÁN-MIGLIARDI. El derecho penal del enemigo: formulación y observaciones críticas en el contexto del debate sobre la modernización y

- expansión del derecho penal. In: CANCIO-MELIÁ, Manuel; GÓMEZ-JARA-DÍEZ, Carlos (org.) *Derecho penal del enemigo: el discurso penal de la exclusión*, v. 1, 2006.
- ECO, Umberto. *Cinque Scritti Morale*, 1997.
- EDUARDO-ABOSO, Gustavo. El llamado Derecho penal del enemigo y el caso de la política criminal racional: el caso argentino. In: CANCIO-MELIA, Manuel; GÓMEZ-JARA-DÍEZ, Carlos (org.) *Derecho penal del enemigo: el discurso penal de la exclusión*, v. 1, 2006.
- ESTELLITA, Heloisa. *Criminalidade de empresa, quadrilha e organização criminosa*, 2009.
- FABRICIUS, Dirk. Gehör, Verständnis, Einsicht. In: HERZOG, Felix; NEUMANN, Ulfried (org.) *Festschrift für Winfried Hassemer zum 70. Geburtstag*, 2010.
- FARALLI, Carla. *La Filosofia del diritto contemporânea: I temi e le sfide*, 2. ed., 2005.
- FEIJOO-SÁNCHEZ, Bernardo. El derecho penal del enemigo y el Estado democrático de derecho. In: CANCIO-MELIÁ, Manuel/GÓMEZ-JARA-DÍEZ, Carlos (org.) *Derecho penal del enemigo: el discurso penal de la exclusión*, v. 1, 2006.
- \_\_\_\_\_. *Normativización del derecho penal y realidad social*. 2009.
- \_\_\_\_\_. Positive Generalprävention: Gedanken zur Straftheorie Günther Jakobs. In: PAWLIK, Michael; ZACZYK, Rainer (org.) *Festschrift für Günther Jakobs zum 70. Geburtstag*, 2007.
- FERNANDES, Fernando. *O processo penal como instrumento de política criminal*, 2001.
- FERRAJOLI, Luigi. *Diritto e Ragione: teoria del garantismo penale*, 1989.

- FERRAZ JR., Tercio Sampaio. *A função social da dogmática jurídica*, 1998.
- \_\_\_\_\_. Posfácio. In: RODRIGUEZ, José Rodrigo; COSTA, Carlos Eduardo Batalha da Silva; BARBOSA, Samuel Rodrigues (org.). *Nas fronteiras do formalismo: a função social da dogmática jurídica hoje*, 2010.
- \_\_\_\_\_. *Introdução ao estudo do direito*, 3. ed., 2001.
- \_\_\_\_\_. Prefácio à Legitimação pelo Procedimento. In: LUHMANN, Niklas. *A legitimação pelo procedimento*, 1980.
- \_\_\_\_\_. Prefácio. In: VILLAS BÔAS FILHO, Orlando. *Teoria dos sistemas e o direito brasileiro*, 2009.
- \_\_\_\_\_. Sociólogo alemão e metafísico inconfessado. In: *Folha de S. Paulo*, p. H-7, 29.set.1990.
- FIANDACA, Giovanni. Diritto penale del nemico: una teorizzazione da evitare, una realtà da non rimuovere. In: DONINI, Massimo (org.) *Delitto politico e diritto penale del nemico: nuovo revisionismo penale*, 2007.
- FIGUEIREDO DIAS, Jorge de. *Questões fundamentais de direito penal revisitadas*, 1999.
- FIJNAUT, Cyrille; PAOLI, Letizia. *Organised Crime in Europe: concepts, patterns and control policies in the European Union and Beyond*, 2004.
- FÖPPEL EL HIRECHE, Gamil. *Análise criminológica das organizações criminosas: da inexistência à impossibilidade de conceituação e suas repercussões no ordenamento jurídico pátrio. Manifestação do direito penal do inimigo*, 2005.
- FORST, Rainer. *Kontexte der Gerechtigkeit: Politische Philosophie jenseits von Liberalismus und Kommunitarismus*, 1996.
- FRAENKEL, Ernst. *Der Doppelstaat*, 2. ed., 2001.



- FRISCH, Wolfgang. La imputación objetiva: estado de la cuestión. In: ROXIN, Claus; JAKOBS, Günther; SCHÜNEMANN, Bernd *et al.* (org.) *Sobre el estado de la teoría del delito*, 2000.
- \_\_\_\_\_. Rechtsphilosophie und Strafrecht in Europa. In: *Goldammer's Archiv*, 2007.
- \_\_\_\_\_. Wandlungen des Strafrechts als Folge gesellschaftlichen Wandels. In: COSTA ANDRADE, Manuel da; ANTUNES, Maria João; AIRES DE SOUSA, Susana (org.) *Estudos em homenagem ao Prof. Doutor Jorge de Figueiredo Dias*, 2009.
- FROMMEL, Monika. Rebellen, Räuber und Intriganten. In: UWER, Thomas (org.) *Bitte bewahren Sie Ruhe: Leben in Feindrechtsstaat*, 2006.
- FRONZA, Emanuela. Feindstrafrecht und Internationale Strafgerichtsbarkeit. In: *Journal Juristische Zeitgeschichte*, n. 4, 2007.
- FUENTES-GONZÁLES. Gabriel. El proceso económico del tráfico de drogas. In: ZARAGOZA-AGUADO *et al.* (org.) *Prevención y represión del blanqueo de capitales*, 2000.
- FÜHR, Martin. Symbolische Gesetzgebung: verfassungswidrig? In: *Kritische Vierteljahresschrift für Gesetzgebung und Rechtswissenschaft*, 2003.
- FUNCKE-AUFFERMANN, Niklas. *Symbolische Gesetzgebung im Lichte der Positiven Generalprävention: Eine Untersuchung am Beispiel des ‚Gesetzes zur Änderung der Vorschriften über die Straftaten gegen die sexuelle Selbstbestimmung und zur Änderung anderer Vorschriften‘ vom 27. Dezember.2003*, 2007.
- GABRIEL-ORSI, Omar. *Asociaciones ilícitas terroristas y financiación del terrorismo: análisis de la ley 26.238*, 2008.

- GALLIE, W. B. *Os filósofos da paz e da guerra: Kant, Clausewitz, Marx, Engels e Tolstoy*, 1978.
- GARCÍA DE PAZ, Isabel Sánchez. Alternativas al derecho penal del enemigo desde el derecho penal del ciudadano. In: CANCIO-MELIA, Manuel; GÓMEZ-JARA-DÍEZ, Carlos (org.) *Derecho penal del enemigo: el discurso penal de la exclusión*, v. 2., 2006.
- GARCÍA LORCA, Federico. La imagen poética de Don Louis de Góngora. In: *Obras Completas*, 1957.
- GARCIA-AMADO, Juan Antonio. *La filosofía del derecho de Habermas y Luhmann*, 1997.
- \_\_\_\_\_. El obediente, el enemigo, el derecho penal y *Jakobs*. In: CANCIO-MELIA, Manuel; GÓMEZ-JARA-DÍEZ, Carlos (org.) *Derecho penal del enemigo: el discurso penal de la exclusión*, v. 1, 2006.
- GARCÍA-CAVERO, Percy. ¿Existe y debe existir un derecho penal del enemigo? In: CANCIO-MELIÁ, Manuel; GÓMEZ-JARA DÍEZ, Carlos (org.) *Derecho penal del enemigo: el discurso penal de la exclusión*, v. 1, 2006.
- GARLAND, David. *Punishment and modern society: a study in social theory*, 1990.
- \_\_\_\_\_. *The culture of control: crime and social order in contemporary society*, 2001.
- GAYRAUD, Jean-François. *Le monde des mafias*, 2008.
- GOMES, Luis Flávio; BIANCHINI, Alice. “Derecho penal” del enemigo y los enemigos del derecho penal. CANCIO-MELIÁ, Manuel; GÓMEZ-JARA-DÍEZ, Carlos (org.) *Derecho penal del enemigo: el discurso penal de la exclusión*, v. 1., 2006.

GOMES, Rodrigo Carneiro. *O crime organizado na visão da convenção de Palermo*, 2008.

GÓMEZ-JARA DÍEZ, Carlos (org.) *Teoría de Sistemas y Derecho Penal: fundamentos y posibilidades de aplicación*, 2005.

\_\_\_\_\_. ¿Constitución Europea y Derecho penal: hacia un derecho penal federal europeo? In: BACIGALUPO, Silvina; CANCIO-MELIÁ, Manuel (org.) *Derecho penal y política transnacional*, 2005.

\_\_\_\_\_. Teoría de Sistemas y Derecho Penal. In: GÓMEZ-JARA DÍEZ, Carlos, *Teoría de Sistemas y Derecho Penal: fundamentos y posibilidades de aplicación*, 2005.

\_\_\_\_\_. Grundlagen des konstruktivistischen Unternehmensschuldbegriffes. In: *Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft*, n. 119, 2007.

\_\_\_\_\_. *La culpabilidad penal de la empresa*, 2005.

\_\_\_\_\_. Normatividad del ciudadano *versus* facticidad del enemigo: sobre la necesaria autoorientación de la normativización jurídico-penal In: CANCIO-MELIA, Manuel; GÓMEZ-JARA-DÍEZ, Carlos (org.) *Derecho penal del enemigo: el discurso penal de la exclusión*, v. 2, 2006.

\_\_\_\_\_. The Emergence of the Corporate Actor as a Requirement for Corporate Criminal Liability. In: CALLIESS, Graf-Peter; FISCHER-LESCANO, Andreas; WIELSCH, Dan (org.) *Soziologische Jurisprudenz: Festschrift für Günther Teubner zum 65. Geburtstag*, 2009.

GÓMEZ-MARTIN, Víctor. *El derecho penal del autor*, 2007.

\_\_\_\_\_. Sobre la distinción entre derecho penal del ciudadano y derecho penal del enemigo en la concepción de Günther *Jakobs*. In: CANCIO-MELIÁ, Manuel; GÓMEZ-JARA-DÍEZ, Carlos. *Derecho penal del enemigo: el discurso penal de la exclusión*, v. 1, 2006.

- GONZÁLES-CUSSAC, José Luis. *“Feindstrafrecht”*: Die Wiedergeburt des autoritären Denkens im Schoße des Rechtsstaats, 2007.
- GRACIA-MARTÍN, Luis. Consideraciones críticas sobre el actualmente denominado ‘derecho penal del enemigo’. In: *Revista eletrónica de ciencia penal y criminología*, 2005.
- \_\_\_\_\_. El trazado histórico iusfilosófico y teórico-político del derecho penal del enemigo. In: JORGE BARREIRO, Agustín *et al.* (org.) *Homenaje al Profesor Dr. Gonzalo Rodríguez Mourullo*, 2005.
- \_\_\_\_\_. *Prolegómenos para la lucha por la modernización y expansión del derecho penal y para la crítica del discurso de resistencia*, 2003.
- GRECO, Alessandra Orcesi Pedro. Direito penal do inimigo e criminalidade econômica. In: FARIA COSTA, José de; MARQUES DA SILVA, Marco Antonio (org.) *Direito penal especial, processo penal e direitos fundamentais: visão luso-brasileira*, 2006.
- GRECO, Alessandra; RASSI, João Daniel. *Crimes contra a dignidade sexual*, 2009.
- GRECO, Luis. Die Regeln hinter der Ausnahme: Gedanken zur Folter in sogenannten *ticking-time bomb* Konstellationen. In: *Goltdammer’s Archiv*, 2007.
- \_\_\_\_\_. *Feindstrafrecht*, 2010.
- \_\_\_\_\_. Imputação objetiva: uma introdução. In: ROXIN, Claus. *Funcionalismo e imputação objetiva no direito penal*, 2002.
- GROSSO-GARCIA ¿Qué es y qué puede ser el ‘derecho penal del enemigo’? In: CANCIO-MELIÁ, Manuel; GÓMEZ-JARA DÍEZ, Carlos (org.) *Derecho penal del enemigo: el discurso penal de la exclusión*, v. 2, 2006.
- GUIMARÃES, Marcelo Ovídio Lopes. *Tratamento penal do terrorismo*, 2007.

- GÜNTHER, Klaus. Anerkennung, Verantwortung, Gerechtigkeit. In: FORST, Rainer (org.) *Sozialphilosophie und Kritik*, 2009.
- \_\_\_\_\_. Die symbolisch-expressive Bedeutung der Strafe. In: PRITTWITZ, Cornelius *et al.* (org.). *Festschrift für Klaus Lüderssen zum 70. Geburtstag*, 2002.
- \_\_\_\_\_. Kampf gegen das Böse? Zehn Thesen wider die ethische Aufrüstung der Kriminalpolitik. In: *Kritische Justiz*, n. 2, 1994.
- \_\_\_\_\_. *Schuld und kommunikative Freiheit: Studien zur Personalen Zurechnung strafbaren Unrechts im demokratischen Rechtsstaat*, 2005.
- HABERMAS, Jürgen. Apresentação. In: SCHMITT, Carl. *O conceito de político. Teoria do partisan*, 2009.
- \_\_\_\_\_. *Ensayos políticos*, 2. ed., 1994.
- HABERMAS, Jürgen; LUHMANN, Niklas. *Systemtheorie oder Sozialtechnologie: Was leistet die Systemforschung*, 1972.
- HAECKER, Theodor. *Was ist der Mensch?* 2. ed., 1949.
- HAMM, Rainer. Feindstrafrecht, Bürgerstrafrecht, Freundstrafrecht. In: RODE *et al.* (org.) *Neue Lust aufs Strafen*, 2005.
- HASSEMER, Winfried. As idéias penais na Alemanha do pós-guerra. In: *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, n. 6, 1994.
- \_\_\_\_\_. Das Selbstverständnis der Strafrechtswissenschaft gegenüber den Herausforderungen ihrer Zeit. In: ESER, Albin; HASSEMER, Winfried; BURKHARDT, Björn (org.) *Die deutsche Strafrechtswissenschaft vor der Jahrtausendwende*, 2000.
- \_\_\_\_\_. Prävention im Strafrecht. In: *Juristische Schulung*, 1987.

\_\_\_\_\_. Symbolisches Strafrecht und Rechtsgüterschutz. In: *Neue Zeitschrift für Strafrecht*, 1989.

\_\_\_\_\_. Über die Berücksichtigung der Folgen der Auslegung der Strafgesetze. In: *Europäisches Rechtsdenken in Geschichte und Gegenwart Festschrift für Helmut Coing zum 70. Geburtstag*, v. 1., 1982.

\_\_\_\_\_. *Warum Strafe sein muss*, 2009.

HEFENDEHL, Roland, Organisierte Kriminalität als Begründung für ein Feind- oder Täterstrafrecht? In: *Strafverteidiger*, n. 3, 2005.

HEGEL, G. W. F. *Fenomenologia do Espírito*. 5. ed., 2002.

\_\_\_\_\_. *O sistema da vida ética*, 1991.

HEINRICH, Bernd. Die Grenzen des Strafrechts bei der Generalprävention: Brauchen wir oder haben wir ein 'Feindstrafrecht'? In: *Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft*, n. 121, 2009.

HERRERA-MORENO, Myriam. *Publicidad y control social: nuevas estrategias inocuizadoras en la post-modernidad penal*, 2002.

HERZOG, Felix. *Die Leute und ihre normative gesellschaftliche Verständigung: Post-naturrechtliches Naturrecht im (straf)rechtstheoretischen Denken von Winfried Hassemer*". In: HERZOG, Felix; NEUMANN, Ulfried (org.) *Festschrift für Winfried Hassemer zum 70. Geburtstag*, 2010.

\_\_\_\_\_. Der Staat als Sniper: Targeted killings zerstörtes Rechtsdenken als Reaktion auf den Terrorismus. In: COSTA ANDRADE, Manuel da; ANTUNES, Maria João; AIRES DE SOUSA, Susana (org.) *Estudos em homenagem ao Prof. Doutor Jorge de Figueiredo Dias*, 2009.

HERZOG, Felix. Terroristische Netzwerk und paratotalitäres Strafrechtsdenken. In: *Kritische Vierteljahresschrift für Gesetzgebung und Rechtswissenschaft*, 2006.

- HETTINGER, Michael. *Entwicklungen im Strafrecht und Strafverfahrensrecht der Gegenwart: Versuch einer kritischen Bestandsaufnahme*, 1997.
- HILGENDORF, Eric. Beobachtungen zur Entwicklung des deutschen Strafrechts. In: HILGENDORF, Eric; WEITZEL, Jürgen (org.) *Der Strafgedanke in seiner historischen Entwicklung*, 2007.
- HIRSCH, Hans Joachim. Strafrecht als Mittel zur Bekämpfung neuer Kriminalitätsformen? In: KÜHNE, Hans Heiner; MIYAZAWA, Koichi (org.) *Neue Strafrechtsentwicklungen im deutsch-japanischen Vergleich*, 2000.
- HÖFFE, Otfried. *Justiça política*, 3. ed., 2006.
- \_\_\_\_\_. Proto-Strafrecht: Programm und Anfragen eines Philosophen nutzte. In: ESER, Albin; HASSEMER, Winfried; BURKHARDT, Bjorn (org.) *Die deutsche Strafrechtswissenschaft vor der Jahrtausendwende*, 2000.
- \_\_\_\_\_. *Sed autoritas, non veritas, facit legem: Zum Kapitel 26 des Leviathan*. In: KERSTING, Wolfgang (org.). *Leviathan oder Stoff, Form und Gewalt eines kirchlichen und bürgerlichen Staates*, 2. ed., 2008.
- HÖNIG, Richard. Kausalität und objektive Zurechnung. In: HEGLER, A. (org.) *Festgabe für Reinhard v. Frank*, 1930.
- HONNETH, Axel. *A luta por reconhecimento: a gramática moral dos conflitos sociais*, 2003.
- HÖRNLE, Tatjana. Deskriptive und normative Dimensionen des Begriffs 'Feindstrafrecht'. In: *Goltdammer's Archiv*, 2006.
- HÖSLE, Vittorio. *Praktische Philosophie in der modernen Welt*, 1992.
- HUBER, Thomas. *Systemtheorie des Rechts. Die Rechtstheorie Niklas Luhmanns*, 2007.

- INSOLERA, Gaetano. Internationaler Terrorismus zwischen Verbrechen und Feindstrafrecht. In: VORMBAUM, Thomas (org.) *Kritik des Feindstrafrechts*, 2009.
- ISENSEE, Josef. Leben gegen Leben: Das grundrechtliche Dilemma des Terrorangriffs mit gekapertem Passagierflugzeug. In: PAWLIK, Michael; ZACZYK, Rainer (org.) *Festschrift für Günther Jakobs zum 70. Geburtstag*, 2007.
- IZUZQUIZA, Ignacio. *La sociedad sin hombres: Niklas Luhmann o la teoría como escándalo*, 1990.
- JAESCHE, Walter. *Direito e eticidade*, 2004.
- JAHN, Matthias. Gute Folter – schlechte Folter? In: *Kritische Vierteljahresschrift für Gesetzgebung und Rechtswissenschaft*, 2004.
- JAKOBS, Günther. ¿Daño social? Anotaciones sobre un problema teórico fundamental en el derecho penal. In: JAKOBS, Günther; POLAINO-NAVARRETE, Miguel; POLAINO-ORTS, Miguel. *Bien jurídico, vigencia de la norma y daño social*, 2010.
- \_\_\_\_\_. Bürgerstrafrecht und Feindstrafrecht. In: *Höchstrichterliche Rechtssprechung im Strafrecht*, n. 3, 2004.
- \_\_\_\_\_. *Ciencia del Derecho: técnica o humanística*, 1996.
- \_\_\_\_\_. Das Selbstverständnis der Strafrechtswissenschaft vor den Herausforderungen der Gegenwart. In: ESER, Albin; HASSEMER, Winfried; BURKHARDT, Björn (org.) *Die deutsche Strafrechtswissenschaft vor der Jahrtausendwende*, 2000.
- \_\_\_\_\_. Das Strafrecht zwischen Funktionalismus und ‘alteuropäischem’ Prinzipiendenken: Oder Verabschiedung des ‘alteuropäischen’



- Strafrechts? In: *Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaften*, n. 107, 1995.
- \_\_\_\_\_. Die Schuld der Fremden. In: *Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft*, n. 118, 2006.
- \_\_\_\_\_. Der Kern der Gesellschaft ist betroffen. In: *Kritische Vierteljahresschrift für Gesetzgebung und Rechtswissenschaft*, n. 79, 1996.
- \_\_\_\_\_. *El concepto jurídico-penal de acción*, 1996.
- \_\_\_\_\_. Feindstrafrecht? Eine Untersuchung zu den Bedingungen von Rechtlichkeit? In: *Höchstgerichtliche Rechtssprechung im Strafrecht*, n. 8, 2006.
- \_\_\_\_\_. Kriminalisierung im Vorfeld einer Rechtsgutsverletzung. In: *Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft*, 1985.
- \_\_\_\_\_. La omisión: estado de la cuestión. In: ROXIN, Claus; JAKOBS, Günther; SCHÜNEMANN, Bernd; *et alli. Sobre el estado de la teoría del delito*, 2000.
- \_\_\_\_\_. *Norm, Person, Gesellschaft*, 2.ed., 2008.
- \_\_\_\_\_. Personalidad y exclusión en derecho penal. In: MONTEALEGRE-LYNETT, Eduardo (org.). *El funcionalismo en derecho penal: libro homenaje al Profesor Günther Jakobs*, 2003.
- \_\_\_\_\_. Personalität und Exklusion im Strafrecht. In: *Libro en Homenaje a Dionysios Spinellis*, 2001.
- \_\_\_\_\_. *Schuld und Prävention*, 1976.
- \_\_\_\_\_. Terroristas como pessoas no direito? In: *Novos Estudos Cebrap*, n. 83, 2009, disponível em: [scielo.br/scielo.php?pid=S0101-33002009000100003&script=sci\\_arttext](http://scielo.br/scielo.php?pid=S0101-33002009000100003&script=sci_arttext).

- \_\_\_\_\_. Terroristen als Personen im Recht? In: *Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaften*, n. 117, 2006.
- \_\_\_\_\_. Vergangenheitsbewältigung durch Strafrecht? In: ISENSEE, Josef (org.) *Vergangenheitsbewältigung durch Recht: Wissenschaftliche Abhandlungen und Reden zur Philosophie, Politik und Geistgeschichte*, v. 16, 1992.
- \_\_\_\_\_. Zur gegenwärtigen Straftheorie. In: KODALLE, Klaus Michael (org.) *Strafe muss sein! Muss Strafe sein?*, 1998.
- \_\_\_\_\_. Strafbarkeit juristischer Person? In: PRITTWITZ, Cornelius *et al.* (org.) *Festschrift für Klaus Lüderssen zum 70. Geburtstag*, 2002.
- \_\_\_\_\_. “Ein Gespräch mit Herrn Professor Dr. Günther Jakobs”. In: [http://fhi.rg.mpg.de/Gespraech/0810schmoeckel\\_mayenburg\\_jakobs.htm](http://fhi.rg.mpg.de/Gespraech/0810schmoeckel_mayenburg_jakobs.htm).
- JEROUSCHEK, Günter. Die Carolina: Antwort auf ein ‘Feindstrafrecht’? In: HILGENDORF, Eric; WEITZEL, Jürgen (org.) *Der Strafgedanke in seiner historischen Entwicklung*, 2007.
- KALDOR, Mary. *Neue und alte Kriege: Organisierte Gewalt im Zeitalter der Globalisierung*, 2000.
- KALECK, Wolfgang. Sin llegar al fondo: la discusión sobre el derecho penal del enemigo. In: CANCIO-MELIA, Manuel; GÓMEZ-JARA-DÍEZ, Carlos (org.) *Derecho penal del enemigo: el discurso penal de la exclusión*, v. 2., 2006.
- KAUFMANN, Matthias. Wie Absolut ist der Ausnahmezustand? In: DIERKSMEIER, Claus (org.) *Die Ausnahme denken*, 2003.
- KARAM, Maria Lucia. A Lei 11.343/06 e os repetidos danos do proibicionismo. In: *Boletim do IBCCRIM*, 2006, n. 167.
- KELSEN, Hans. *Teoria pura do direito*, 6. ed., 1998.

KERSTING, Wolfgang. *Die politische Philosophie des Gesellschaftsvertrags*, 2005.

KINDHÄUSER, Urs. *Gefährdung als Straftat*, 1989.

KIRCHHEIMER, Otto. Legalität und Legitimität. In: *Die Gesellschaft*, v. 2., n. 7, 1932.

KÖHLER, Michael. *Der Begriff der Strafe*, 1986.

\_\_\_\_\_. Die Aufhebung der Sicherungsmaßregeln durch die Strafgerechtigkeit. In: PAWLIK, Michael; ZACZYK, Rainer (org.) *Festschrift für Günther Jakobs zum 70. Geburtstag*, 2007.

\_\_\_\_\_. Einführung. In: VON LISZT, Franz. *Der Zweckgedanke im Strafrecht*, (1. ed. 1882/1883), 2002.

KÖHLER, Michael. Freiheitliches Rechtsprinzip und Betäubungsmittelstrafrecht. In: *Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaften*, n. 104, 1992.

KRAWIETZ, Werner. El concepto sociológico del derecho. In: *Doxa: Cuadernos de filosofía del derecho*, v. 5, 1988.

\_\_\_\_\_. Recht als Information und Kommunikation in der modernen Informationsgesellschaft: Normen- und Handlungstheorien im Übergang. In: BRAND, Jürgen (org.) *Soziologie des Rechts: Festschrift für Erhard Blankenburg zum 60. Geburtstag*, 1998.

KREß, Claus. Staateneigenüberweisungen an den Internationalen Strafgerichtshof und die Rolle des Chefanklägers: Kursorische Anmerkungen zu ersten Verfahrenspraxis des Internationalen Strafgerichtshof. In: NEUBACKER, Frank; KLEIN (org.) *Vom Recht der Macht zur Macht des Rechts?*, 2006.

\_\_\_\_\_. Im ungleichen Krieg. In: *Frankfurter Allgemeine Zeitung*, 30.12.2009.

- KUBICIEL, Michael. Shame sanctions: Ehrenstrafen im Lichte der Straftheorie. In: *Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft*, n. 118, 2006.
- KUTALIA, Lasha-Giorgi. “Feindstrafrecht”: *Naturzustand vs. Rechtsbeziehung?*, 2007.
- LA TORRE, Massimo. Karl Larenz, jurista nacionalsocialista: delito y castigo en la “Volksgemeinschaft” (comunidad del pueblo). In: *Revista Mexicana de Justicia*, n. 2, v. VII, 1989.
- LADEUR, Karl-Heinz. *Postmoderne Rechtstheorie: Selbstreferenz, Selbstorganisation, Prozeduralisierung*, 2. ed., 1995.
- \_\_\_\_\_. Superamento della complessità attraverso la capacità di apprendimento del diritto, l’adeguamento del diritto alle condizioni del Postmoderno: una critica alla teoria giuridica del discorso di Jürgen Habermas. In: *Rivista Internazionale di Filosofia del Diritto*, v. 73, n. 3, 1996.
- LAGODNY, Otto. *Strafrecht vor den Schranken der Grundrecht: Die Ermächtigung zum strafrechtlichen Vorwurf im Lichte der Grundrechtsdogmatik dargestellt am Beispiel der Vorfeldkriminalisierung*, 1996.
- LARDIC, Jean-Marie. *Comment le sens commun comprend la philosophie suivie de ‘la contingence chez Hegel’*, 1996.
- LARENZ, Karl. *Über Gegenstand und Methode des völkischen Rechtsdenken*, 1938.
- LAUBENTHAL, Klaus. *Sexualstraftaten*, 2000.
- LE MOS JÚNIOR, Arthur Pinto de. *Crime organizado e o problema da definição jurídica de organização criminosa*. In: *Revista dos Tribunais*, n. 901, 2010.

LESCH, Heiko. Unrecht und Schuld im Strafrecht. In: *Juristische Arbeitsblätter*, 2002.

\_\_\_\_\_. Zur Einführung in das Strafrecht: Über den Sinn und Zweck staatlichen Strafens. In: *Juristische Arbeitsblätter*, 1994.

\_\_\_\_\_. *Der Verbrechensbegriff: Grundlinien einer funktionalen Revision*, 1999.

\_\_\_\_\_. Gewalt als Tatbestandsmerkmal des § 240 STGB. In: PAWLIK, Michael; ZACZYK, Rainer (org.) *Festschrift für Günther Jakobs zum 70. Geburtstag*, 2007.

\_\_\_\_\_. *Strafprozessrecht*, 2. ed., 2001.

LIBERATORE S. BECHARA, Ana Elisa. Derechos humanos y límites de la intervención penal en Brasil. In: *Revista Brasileira de Ciências Criminales*, n. 85, 2010.

\_\_\_\_\_. Discursos de emergência e política criminal: o futuro do Direito Penal brasileiro. In: *Revista da Faculdade de Direito da USP*, 2008.

LOBO DA COSTA, Helena Regina. *A dignidade da pessoa humana: teorias da prevenção geral positiva*, 2008.

LOSANO, Mario. Europa y América Latina. El „viejo Occidente“ y el “otro Occidente”. In: LOSANO, Mario; MUÑOZ CONDE, Francisco. El Derecho ante la Globalización y el Terrorismo: *cedant arma togae* – Actas del Coloquio Internacional Humboldt, Montevideo abril.2003, 2004.

LÜDERSEN, Klaus Systemtheorie und Wirtschaftsstrafrecht. In: BÖSE, Martin *et. al.* (org.) *Straf- und Strafverfahrensrechts: Festschrift für Knut Amelung zum 70. Geburtstag*, 2009.

\_\_\_\_\_. El derecho penal entre el funcionalismo y el pensamiento vinculado a los principios “europeus tradicionais”. O: adiós al derecho penal ‘europeu

tradicional'? In: *Cuadernos de doctrina y jurisprudencia penal*, n. 9, 1999.

\_\_\_\_\_. Muss Strafe sein? Das Strafrecht auf dem Weg in die Zivilgesellschaft. In: HERZOG, Felix; NEUMANN, Ulfried (org.) *Festschrift für Winfried Hassemer zum 70. Geburtstag*, 2010.

LUHMANN, Niklas. *Ausdifferenzierung des Rechts*, 1981.

\_\_\_\_\_. *Das Recht der Gesellschaft*, 1993.

\_\_\_\_\_. *Die Gesellschaft der Gesellschaft*, 1997.

\_\_\_\_\_. *Die Politik der Gesellschaft*, 2002.

\_\_\_\_\_. *Die Moral der Gesellschaft*, 2008.

\_\_\_\_\_. *Die soziologische Beobachtung des Rechts*, 1986.

\_\_\_\_\_. *Die Wirtschaft der Gesellschaft*, 1988.

\_\_\_\_\_. *Die Wissenschaft der Gesellschaft*, 1990.

\_\_\_\_\_. *Grundrechte als Institution*, 1965.

\_\_\_\_\_. Institutionalisation, Funktion und Mechanismus im sozialen System der Gesellschaft. In: SCHELSKY, Helmut (org.) *Zur soziologischen Theorie der Institution*, 1970.

\_\_\_\_\_. *Legitimation durch Verfahren*, 1969.

\_\_\_\_\_. *Rechtssoziologie*, 3. ed., 1987.

\_\_\_\_\_. Sinn als Grundbegriff der Soziologie. In: HABERMAS, Jürgen; LUHMANN, Niklas (org.) *Theorie der Gesellschaft oder Sozialtechnologie: Was leistet die Systemforschung?*, 1974.

\_\_\_\_\_. *Soziologie des Risikos*, 1991.

\_\_\_\_\_. *Soziologische Aufklärung*, 1970.

\_\_\_\_\_. *Vertrauen*, 4. ed., 2000.

MAIER, Julio. In: HERZOG, Felix; NEUMANN, Ulfried (org.) *Festschrift für Winfried Hassemer zum 70. Geburtstag*, 2010.

MANNA, Adelmo. Erosión de las garantías individuales en nombre de la eficacia de la acción de lucha contra el terrorismo. In: CANCIO-MELIÁ, Manuel; GÓMEZ-JARA-DÍEZ, Carlos (org.) *Derecho penal del enemigo: el discurso penal de la exclusión*, v. 2, 2006.

MARSAL, Eva. Person. *Vom alltagssprachlichen Begriff zum wissenschaftlichen Konstrukt*, 2006.

MARX, Karl. Debatten über das preußische Holzdiebstahlgesetz. In: VORMBAUM, Thomas (org.) *Strafrechtsdenker der Neuzeit*, 1998.

MAUS, Ingeborg. *Bürgerliche Rechtstheorie und Faschismus: Zur sozialen Funktion und aktuellen Wirkung der Theorie Carl Schmitts*, 2. ed., 1980.

MELLO JORGE SILVEIRA, Renato. *Crimes sexuais*, 2008.

\_\_\_\_\_. *Direito penal supraindividual: interesses difusos*, 2003.

\_\_\_\_\_. Drogas e política criminal: entre o direito penal do inimigo e o direito penal racional. In: REALE JR., Miguel (org.) *Drogas: aspectos penais e criminológicos*, 2005.

\_\_\_\_\_. Tipificação criminal da violência de gênero: paternalismo legal ou moralismo penal. In: *Boletim IBCCRIM*, n. 166, 2006.

MERKEL, Reinhard. Folter und Notwehr. In: PAWLIK, Michael; ZACZYK, Rainer (org.) *Festschrift für Günther Jakobs zum 70. Geburtstag*, 2007.

- MERLE, Jean-Christophe. Was ist Hegels Strafrecht? In: *Jahrbuch für Recht und Ethik*, n. 11, 2003.
- MERTON, Robert. *Soziologische Theorie und soziale Struktur*, 1995.
- MÉSZÁROS, István. *Filosofia, Ideologia e Ciência Social: ensaios de negação e afirmação*, 1993.
- MEURER, Bärbel. Kritische Bemerkungen zur Systemtheorie: Das Beispiel Niklas Luhmann. In: *Das Argument: Zeitschrift für Philosophie und Sozialwissenschaften*, n. 83, 1973.
- MIDDLETON MURRY, J. *El estilo literario*. 2. ed., 1956.
- MIRÓ-LLINARES, Fernando. La imputación penal: enseñanzas del modelo kantiano para la superación (sistemática) de la teoría de la imputación objetiva. In: MIRÓ-LLINARES, Fernando; POLAINO-ORTS, Miguel. *La imputación penal a debate: una confrontación entre la doctrina de la imputación kantiana y la imputación objetiva en Jakobs*, 2010.
- MOCCIA, Sergio. *La perenne emergenza. Tendenze autoritarie nel sistema penale*, 2. ed., 1997.
- MOHR, Georg. Unrecht und Strafe. In: SIEP, Ludwig (org.) *Grundlinien der Philosophie des Rechts*, 2005.
- MONTAIGNE. *Ensaïos*, 1996.
- MORGUET, Geraldine. *Feindstrafrecht: Eine kritische Analyse*, 2009.
- MÜNKLER, Herfried. *Asymmetrische Gewalt: Terrorismus als politisch-militärische Strategie*, 2002.
- \_\_\_\_\_. *Die neuen Kriege*, 5. ed., 2003.



- \_\_\_\_\_. Wandel der Weltordnung durch asymmetrische Kriege. In: SCHRÖFL, Josef; PANKRATZ, Thomas (org.) *Asymmetrische Kriegführung: neue Phänomene Internationaler Politik?*, 2004.
- MUÑOZ CONDE, Francisco. As origens ideológicas do direito penal do inimigo. In: *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, n. 83, 2010.
- \_\_\_\_\_. Das Erbe Franz von Liszts. In: HERZOG, Felix; NEUMANN, Ulfried (org.) *Festschrift für Winfried Hassemer zum 70. Geburtstag*, 2010.
- \_\_\_\_\_. De la prohibición de autoincriminación al derecho procesal penal del enemigo. In: COSTA ANDRADE, Manuel da; ANTUNES, Maria João; AIRES DE SOUSA, Susana (org.) *Estudos em homenagem ao Prof. Doutor Jorge de Figueiredo Dias*, v. 3., 2009.
- \_\_\_\_\_. De nuevo sobre el derecho penal del enemigo. In: CANCIO-MELIA, Manuel; GÓMEZ-JARA-DÍEZ, Carlos (org.) *Derecho penal del enemigo: el discurso penal de la exclusión*, v. 2., 2006.
- \_\_\_\_\_. Der Kampf gegen den Terrorismus und das Feindstrafrecht. In: HASSEMER, Winfried; KEMPF, Eberhard; MOCCIA, Sergio (org.) *Festschrift für Klaus Volk zum 65. Geburtstag*, 2009.
- \_\_\_\_\_. *Edmund Mezger e o direito penal de seu tempo: estudos sobre o direito penal no nacional-socialismo*, 2005.
- MÜSSIG, Bernd. Derecho penal del enemigo: concepto y fatídico presagio. : concepto y fatídico presagio. Algunas tesis. In: CANCIO-MELIÁ, Manuel; GÓMEZ-JARA-DÍEZ, Carlos. *Derecho penal del enemigo: el discurso penal de la exclusión*, v. 2, 2006.
- \_\_\_\_\_. Zurechnungsformen als gesellschaftliche Praxis: Zu den normativen Grundlagen der objektiven Zurechnung im Strafrecht. In: PAWLIK, Michael; ZACZYK, Rainer (org.) *Festschrift für Günther Jakobs zum 70. Geburtstag*, 2007.

NAÏM, Moisés. *O ilícito*, 2006.

NARR, Wolf-Dieter. (Nicht: Die) Theorie der Theorie - Beobachtungen zur Summa Luhmanniana: Die Gesellschaft der Gesellschaft in Theoretisierten stimulierender Absicht. In: DEMIROVIC, Alex (org.) *Komplexität und Emanzipation: kritische Gesellschaftstheorie und die Herausforderung der Systemtheorie Niklas Luhmanns*, 2001.

NAUCKE, Wolfgang. Schulenstreit. In: HERZOG, Felix; NEUMANN, Ulfried (org.) *Festschrift für Winfried Hassemer zum 70. Geburtstag*, 2010.

NEUMANN, Ulfried. Feindstrafrecht. In: UWER, Thomas (org.) *Bitte bewahren Sie Ruhe*, 2006.

NEVES, Marcelo. *A constituição simbólica*, 2006.

\_\_\_\_\_. Muito barulho para nada? In: *Folha de S.Paulo*, 27.06.2007, p. A3.

\_\_\_\_\_. *Entre Têmis e Leviatã: uma relação difícil*, 2008.

\_\_\_\_\_. Niklas Luhmann: eu vejo o que tu não vês. In: ALMEIDA, Jorge de; BADER, Wolfgang (org.) *Pensamento alemão no século XX: grandes protagonistas e recepção das obras no Brasil*. v. 1., 2009.

\_\_\_\_\_. *Transconstitucionalismo*, 2009.

OLÁSOLO-ALONSO, Héctor; PÉREZ-CEPEDA, Ana Isabel. *Terrorismo internacional y conflicto armado*, 2008.

OLIVEIRA, Eugênio Pacelli de. Apresentação. In: JAKOBS, Günther. *Tratado de Direito Penal: teoria do injusto penal e culpabilidade*, 2009.

- ORCE, Guillermo. Derecho penal del enemigo: influencia de una idea negativamente cargada en la solución de casos límites. In: CANCIO-MELIÁ, Manuel; GÓMEZ-JARA DÍEZ, Carlos (org.) *Derecho penal del enemigo: el discurso penal de la exclusión*, v. 2, 2006.
- OSIANDER, Andreas. Plädoyer für die Abschaffung des Krieges. In: *Initial*, n. 6, 1995.
- OSTERKAMP, Thomas. *Juristische Gerechtigkeit*, 2004.
- OTTO, Harro. Sozialadäquanz als Auslegungsprinzip. In: In: BÖSE, Martin *et al.* (org.) *Straf- und Strafverfahrensrechts: Festschrift für Knut Amelung zum 70. Geburtstag*, 2009.
- PAPIER, Hans Jürgen. Das Bundesverfassungsgericht als Anreger und Hüter der Verfassungsentwicklung, In: HERZOG, Felix; NEUMANN, Ulfried (org.) *Festschrift für Winfried Hassemer zum 70. Geburtstag*, 2010.
- PASTOR, Daniel. El derecho penal del enemigo en el espejo del poder punitivo internacional. In: CANCIO-MELIÁ, Manuel; GÓMEZ-JARA-DÍEZ, Carlos (org.) *Derecho penal del enemigo: el discurso penal de la exclusión*, v. 2, 2006.
- PAWLIK, Michael. Buchrezension: David Garland, Kultur der Kontrolle. In: *Zeitschrift für Internationale Strafrechtsdogmatik*, 2009.
- \_\_\_\_\_. *Das unerlaubte Verhalten beim Betrug*, 1999.
- \_\_\_\_\_. Der Terrorist will nicht resozialisiert werden. In: *Frankfurter Allgemeine Zeitung*, 25.02.2008.
- \_\_\_\_\_. Die Lehre von der Grundnorm als eine Theorie der Beobachtung zweiter Ordnung. In: *Rechtstheorie*, n. 25, 1994.

- \_\_\_\_\_. Eine Theorie des entschuldigenden Notstandes. In: *Jahrbuch für Recht und Ethik*, n. 11, 2003.
- \_\_\_\_\_. *Person, Subjekt, Bürger*, 2004.
- \_\_\_\_\_. Prólogo. In: PAWLIK, Michael. *La libertad institucionalizada: estudios de filosofía jurídica y derecho penal*, 2010.
- \_\_\_\_\_. La crítica de Hegel a la filosofía política de Jean-Jacques Rousseau. In: PAWLIK, Michael. *La libertad institucionalizada*, 2010.
- \_\_\_\_\_. Scharfsinn im Kleinen, Blindheit im Großen. In: *Frankfurter Allgemeine Zeitung*, 18.02.2008.
- \_\_\_\_\_. Strafe oder Gefahrenbekämpfung? Die Prinzipien des deutschen Internationalen Strafrechts vor dem Forum der Strafrechtstheorie. In: HOYER, Andreas; MÜLLER, Henning; PAWLIK, Michael (org.) *Festschrift für Friedrich-Christian Schroeder*, 2006.
- \_\_\_\_\_. Strafwissenschaftstheorie. In: PAWLIK, Michael; ZACZYK, Rainer (org.) *Festschrift für Günther Jakobs zum 70. Geburtstag*, 2007.
- \_\_\_\_\_. Terrorist und sein Recht, in *Schriften der Juristischen Studiengesellschaft Regensburg e. V.*, v. 31, 2008.
- \_\_\_\_\_. Hegel y la racionalidad del real. In: PAWLIK, Michael. *La libertad institucionalizada: Estudios de Filosofía jurídica y derecho penal*, 2010.
- \_\_\_\_\_. ¿El paso más importante de la dogmática de la última generación? Reflexiones para la diferenciación entre injusto y culpabilidad en derecho penal. In: PAWLIK, Michael. *La libertad institucionalizada*, 2010.
- PECZENIK, Alexander. The Clash of Legal Doctrine with Analytical Philosophy? In: ATIENZA, Manuel *et al.* (org.) *Theorie des Rechts und*

*der Gesellschaft: Festschrift für Werner Krawietz zum 70. Geburtstag*, 2003.

PÉREZ-CEPEDA, Ana Isabel. Globalización, Tráfico internacional ilícito de personas y derecho penal, 2004.

PÉREZ-DEL VALLE Derecho penal de enemigo: ¿escárnio o prevención peligro? In: CANCIO-MELIÁ, Manuel; GÓMEZ-JARA-DÍEZ, Carlos (org.) *Derecho penal del enemigo: el discurso penal de la exclusión*, v. 2., 2006.

\_\_\_\_\_. Zur rechtsphilosophischen Begründung des Feindstrafrechts. In: PAWLIK, Michael; ZACZYK, Rainer (org.) *Festschrift für Günther Jakobs zum 70. Geburtstag*, 2007, 2009.

PFAEFFGEN, Bürgerstrafrecht, Vorbeugungsstrafrecht, Feindstrafrecht. In: BÖSE, Martin *et. al.* (org.) *Straf- und Strafverfahrensrechts: Festschrift für Knut Amelung zum 70. Geburtstag*, 2009.

PIÑA-ROCHEFORT, Juan Ignacio. Algunas consideraciones acerca de la (auto) legitimación del derecho penal: es el problema de la legitimidad abordable desde una perspectiva sistémico-constructivista? In: GÓMEZ-JARA-DÍEZ, Carlos (org.) *Teoría de Sistemas y Derecho Penal: fundamentos y posibilidades de aplicación*, 2005.

\_\_\_\_\_. La construcción del ‘enemigo’ y la reconfiguración de la ‘persona’. In: CANCIO-MELIÁ, Manuel; GÓMEZ-JARA-DÍEZ, Carlos. *Derecho penal del enemigo: el discurso penal de la exclusión*, v. 2, 2006.

PIRES, Álvaro P. La “línea Maginot” en el derecho penal. In: *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, n. 46, 2004.

- POLAINO-NAVARRETE, Miguel. ¿Protección de bienes jurídicos y confirmación de la vigencia de la norma: dos funciones excluyentes? In: JAKOBS, Günther; POLAINO-NAVARRETE, Miguel; POLAINO-ORTS, Miguel. *Bien jurídico, vigencia de la norma y daño social*, 2010.
- \_\_\_\_\_. Die Funktion der Strafe beim Feindstrafrecht. In: PAWLIK, Michael; ZACZYK, Rainer (org.) *Festschrift für Günther Jakobs zum 70. Geburtstag*, 2007.
- \_\_\_\_\_. El valor de la dogmática en derecho penal. In: JORGE BARREIRO, Agustín *et al.* (org.) *Homenaje al Profesor Dr. Gonzalo Rodríguez Mourullo*, 2005.
- \_\_\_\_\_. La controvertida legitimación del derecho penal en las sociedades modernas: más derecho penal? In: JAKOBS, Günther; POLAINO-NAVARRETE, Miguel. *El derecho penal ante las sociedades modernas: dos estudios de dogmática penal y política criminal*, 2006.
- \_\_\_\_\_. Para dónde soplan actualmente los vientos del Derecho penal? In: COSTA ANDRADE, Manuel da; ANTUNES, Maria João; AIRES DE SOUSA, Susana (org.) *Estudos em homenagem ao Prof. Doutor Jorge de Figueiredo Dias*, v. 1., 2009.
- POLAINO-ORTS, Miguel. Comunicación versus coacción? Consideraciones críticas sobre la pretendida escisión de la función de la pena. In: JAKOBS, Günther; POLAINO-NAVARRETE, Miguel; POLAINO-ORTS, Miguel. *Bien jurídico, vigencia de la norma y daño social*, 2010.
- \_\_\_\_\_. Derecho penal del enemigo: fundamentos, potencial de sentido y límites de vigencia, 2009.
- \_\_\_\_\_. Vigencia de la norma: potencial de sentido de un concepto. In: JAKOBS, Günther; POLAINO-NAVARRETE, Miguel; POLAINO-ORTS, Miguel. *Bien jurídico, vigencia de la norma y daño social*, 2010.

- PORTILLA-CONTRERAS, Guillermo. Fundamentos teóricos del derecho penal y procesal penal del enemigo. In: *Jueces para la Democracia*, n. 49, 2004.
- \_\_\_\_\_. La legitimación doctrinal de la dicotomía *schmittiana* en el derecho penal y procesal penal del ‘enemigo’. In: CANCIO-MELIA, Manuel; GÓMEZ-JARA-DÍEZ, Carlos (org.) *Derecho penal del enemigo: el discurso penal de la exclusión*, v. 2., 2006.
- \_\_\_\_\_. Los excesos del formalismo jurídico neofuncionalista en normativismo del derecho penal. In: JORGE BARREIRO, Agustín *et al.* (org.) *Homenaje al Profesor Dr. Gonzalo Rodríguez Mourullo*, 2005.
- POWELL, Charles T.; REINARES, Fernando. *Las democracias occidentales frente al terrorismo global*, 2008.
- PRADO, Luiz Regis. *Crimes contra o ambiente*, 2001.
- PRANTL, Heribert. Diabolische Potenz, ein neues fatales Denken: Das Feindstrafrecht von Jakobs. In: *Süddeutsche Zeitung*, 05-06.03.2005.
- \_\_\_\_\_. Mein Feind, der Terrorist. In: *Süddeutsche Zeitung*, 26.03.2004.
- PRIETO-NAVARRO, Evaristo. Ciudadanos y enemigos: Günther Jakobs, de Hegel a Schmitt. In: BACIGALUPO, Silvina; CANCIO-MELIÁ, Manuel (org.) *Derecho penal y política transnacional*, 2005.
- PRITTWITZ, Cornelius. Feindstrafrecht. Zu einem (untauglichen) Versuch gemanagter Kriminalitätskekämpfung durch Diabolisierung des Kriminellen. In: PILGRAM, Arno; PRITTWITZ, Cornelius (org.) *Kriminologie: Akteurin und Kritikerin gesellschaftliche Entwicklung*, 2005.
- \_\_\_\_\_. Internationales Strafrecht: Die Zukunft eine Illusion? In: *Jahrbuch für Recht und Ethik*, n. 11, 2003.

- \_\_\_\_\_. Krieg als Strafe, Strafrecht als Krieg? In: PRITTWITZ, Cornelius *et al.* (org.). *Festschrift für Klaus Lüderssen zum 70. Geburtstag*, 2002.
- \_\_\_\_\_. *Strafrecht und Risiko*, 1992.
- QUANTE, Michael. *Person*, 2008.
- RAGUÉS I VALLÉS, Ramon. Prisión provisional y prevención de delitos: ¿legítima protección de bienes jurídicos o derecho penal del enemigo? In: CANCIO-MELIA, Manuel; GÓMEZ-JARA-DÍEZ, Carlos (org.) *Derecho penal del enemigo: el discurso penal de la exclusión*, v. 1., 2006.
- RODRÍGUEZ, Víctor Gabriel. *Fundamentos de Direito Penal Brasileiro: lei penal e teoria geral do crime*. 2010.
- ROELLECKE, Gerd. Der Rechtsstaat im Kampf gegen den Terror. In: *Juristische Zeitung*, 2006.
- ROSENAU, Henning. Tendenzen und Gründe der Reform des Sexualstrafrechts. In: *Strafverteidiger*, 1999.
- ROXIN, Claus. A culpabilidade e sua exclusão no direito penal. In: ROXIN, Claus. *Estudos de direito penal*, 2006.
- \_\_\_\_\_. Die Strafrechtswissenschaft vor den Aufgaben der Zukunft. In: ESER, Albin; HASSEMER, Winfried; BURKHARDT, Björn (org.) *Die deutsche Strafrechtswissenschaft vor der Jahrtausendwende*, 2000.
- \_\_\_\_\_. *Kriminalpolitik und Strafrechtssystem*, 2. ed., 1973.
- \_\_\_\_\_. Problemas de autoría y participación en la criminalidad organizada. In: *Revista Penal*, n. 2, 1972.



- \_\_\_\_\_. Que comportamientos pode o estado proibir sob ameaça de pena? Sobre a legitimação das proibições penais. In: ROXIN, Claus. *Estudos de direito penal*, 2006.
- \_\_\_\_\_. Reflexões sobre a construção sistemática do direito penal. In: *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, n. 82, 2010.
- \_\_\_\_\_. Tem futuro o direito penal? In: ROXIN, Claus. *Estudos de direito penal*, 2006.
- RUSCHE, Georg; KIRCHHEIMER, Otto. *Sozialstruktur und Strafvollzug*, 1974.
- RÜTHERS, Bernd. *Entartetes Recht*, 1988.
- SAAVEDRA, Giovanni Agostini. A teoria crítica de Axel Honneth. In: SOUZA, Jessé de; MATTOS, Patrícia (org.) *A teoria crítica no século XXI*, 2007.
- SACHER, Mariana. Systemtheorie und Strafrecht. In: *Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft*, n. 118, 2006.
- SALIGER, Frank. Feindstrafrecht: Kritisches oder totalitäres Strafrechtskonzept? In: *Juristische Zeitung*, 2006.
- SCHEERER, Sebastian. *Die Zukunft des Terrorismus: Drei Szenarien*, 2002.
- \_\_\_\_\_. Terrorismus: Die Globalisierung des Bösen? In: PRITTWITZ, Cornelius et al. (org.). *Festschrift für Klaus Lüderssen zum 70. Geburtstag*, 2002.
- SCHEFFER, Uwe. Freund- und Feindstrafrecht. In: FELTES, Thomas; PFEIFFER, Christian; STEINHILPER, Gernot (org.) *Kriminalpolitik und ihre wissenschaftlichen Grundlagen: Festschrift für Professor Dr. Hans-Dieter Schwind zum 70. Geburtstag*, 2006.
- SCHELSKY, Helmut (org.) *Die Soziologen und das Recht*, 1980.
- \_\_\_\_\_. *Systemfunktionaler, anthropologischer und personfunktionaler Ansatz der Rechtssoziologie*, 1970.

\_\_\_\_\_. Zur soziologischen Theorie der Institution. In: SCHELSKY, Helmut (org.) *Zur Theorie der Institution*, 1970.

SCHILD, Wolfgang. Die Aktualität der Hegelschen Strafbegriffes. In: HEINTEL, Erich (org.). *Philosophische Elemente der Tradition des politischen Denkens*, 1979.

SCHMITT, Carl. *Das internationalrechtliche Verbrechen des Angriffskrieges und der Grundsatz "nullum crimen, nulla poena, sine lege"*, 1994.

\_\_\_\_\_. *Der Begriff des Politischen*, 1933

\_\_\_\_\_. *Der Hüter der Verfassung*, 1931.

\_\_\_\_\_. *Der Leviathan in der Staatslehre des Thomas Hobbes*, 3. ed., 2003.

\_\_\_\_\_. *Der Nomos der Erde*, 1950.

\_\_\_\_\_. *Legalität und Legitimität*, 17. ed., 2005.

\_\_\_\_\_. *Politische Theologie*, 1934.

\_\_\_\_\_. *Über die drei Arten des rechtswissenschaftlichen Denkens*, 1934.

\_\_\_\_\_. *Schuld und Schuldarten: Eine terminologische Untersuchung*, 1910.

\_\_\_\_\_. *Totaler Feind, totaler Krieg, totaler Staat, Positionen und Begriffe im Kampf mit Weimar-Genf-Versailles, 1923-1939*, 1940.

SCHNEIDER, Hendrik. *Kann die Einübung in Normanerkennung die Strafrechtsdogmatik leiten? Eine Kritik des strafrechtlichen Funktionalismus*, 2004.

SCHNEIDER, Hendrik; MORGUET, Geraldine. Gefährliches Strafrecht: Zu den Grenzen avantgardistischer Strafrechtsdogmatik. In: UWER, Thomas (org.) *Bitte bewahren Sie Ruhe*, 2006.

SCHNEIDER, Peter. *Ausnahmezustand und Norm*, 1957.

- SCHÖCH, Heinz. Das Gesetz zur Bekämpfung von Sexualdelikten und anderen gefährlichen Straftaten vom 26.1.1998. In: *Neue Juristische Wochenschrift*, 1998.
- SCHÖNEBORN, Christian. Schuldprinzip und generalpräventiver Aspekt. In: *Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft*, n. 88, 1976.
- SCHROEDER, Friedrich-Christian. Missglückte Metaphern im Strafrecht. In: PAWLIK, Michael; ZACZYK, Rainer (org.) *Festschrift für Günther Jakobs zum 70. Geburtstag*, 2007.
- SCHULTE, Phillip. *Terrorismus und Anti-terrorismus-Gesetzgebung: Eine rechtssoziologische Analyse*, 2008.
- SCHÜNEMANN, Bernd ¿Derecho penal del Enemigo? Crítica a las insoportables tendencias erosivas en la realidad de la administración de justicia penal y de su insoportable desatención teórica. In: CANCIO-MELIA, Manuel; GÓMEZ-JARA-DÍEZ, Carlos (org.) *Derecho penal del enemigo: el discurso penal de la exclusión*, v. 1, 2006.
- \_\_\_\_\_. Aporien der Straftheorie in Philosophie und Literatur: Gedanken zu Immanuel Kant und Heinrich von Kleist. In: PRITTWITZ, Cornelius *et al.* (org.) *Festschrift für Klaus Lüderssen*, 2002.
- \_\_\_\_\_. *Delicuencia empresarial: cuestiones dogmaticas y de política criminal*, 2004.
- \_\_\_\_\_. Derecho penal del enemigo? Crítica a las insoportables tendencias erosivas en la realidad de la administración de justicia penal y de su insoportable desatención teórica. In: CANCIO-MELIA, Manuel; GÓMEZ-JARA-DÍEZ, Carlos (org.) *Derecho penal del enemigo: el discurso penal de la exclusión*, v. 2., 2006.

- \_\_\_\_\_. Die deutsche Strafrechtswissenschaft vor der Jahrtausendwende. In: *Goltdammer's Archiv*, 2001.
- \_\_\_\_\_. Die Strafbarkeit der juristischen Personen aus deutscher und europäischer Sicht. In: SCHÜNEMANN, Bernd *et al.* (org.) *Bausteine des europäischen Wirtschaftsstrafrechts*, 1994.
- \_\_\_\_\_. Feindstrafrecht ist kein Strafrecht! In: GRIESBAUM, Rainer *et al.* (org.) *Strafrecht und Justizgewährung: Festschrift für Kay Nehm zum 65. Geburtstag*, 2006.
- \_\_\_\_\_. *Grundfragen des modernen Strafrechts*, 1984.
- \_\_\_\_\_. Kritische Anmerkungen zur geistigen Situation der deutschen Strafrechtswissenschaft. In: *Goltdammer's Archiv*, 1995.
- \_\_\_\_\_. Rechtsfreier Raum und eigenverantwortliche Entscheidung. In: NEUMANN, Ulfried; HASSEMER, Winfried; SCHROTH, Ulrich (org.) *Verantwortetes Recht: Die Rechtsphilosophie Arthur Kaufmanns*, 2005.
- \_\_\_\_\_. Strafrechtsdogmatik als Wissenschaft. In: SCHÜNEMANN, Bernd (org.) *Festschrift für Claus Roxin zum 70. Geburtstag*, 2001.
- \_\_\_\_\_. Zum gegenwärtigen Stand der Lehre von der Strafrechtsschuld. In: DÖLLING, Dieter (org.) *Jus humanum: Grundlagen des Rechts und Strafrecht – Festschrift für Ernst-Joachim Lampe*, 2003.
- \_\_\_\_\_. Zum Stellenwert der positiven Generalprävention in einer dualistischen Straftheorie. In: SCHÜNEMANN, Bernd *et al.* (org.) *Positive Generalprävention: Kritische Analysen im deutsch-englischen Dialog*, 1996.
- SEELMANN, Kurt. Anerkennung, Person, Norm. In: PAWLIK, Michael; ZACZYK, Rainer (org.) *Festschrift für Günther Jakobs zum 70. Geburtstag*, 2007.

- \_\_\_\_\_. *Anerkennungsverlust: Hegels Straftheorien*, 1995.
- \_\_\_\_\_. Menschenwürde zwischen Person und Individuum. In: DÖLLING, Dieter (org.) *Jus humanum: Grundlagen des Rechts und Strafrecht – Festschrift für Ernst-Joachim Lampe*, 2003.
- \_\_\_\_\_. Risikostrafrecht: Die “Risikogesellschaft” und ihre “symbolische Gesetzgebung” im Umwelt- und Betäubungsmittelstrafrecht. In: *Kritische Vierteljahresschrift für Gesetzgebung und Rechtswissenschaft*, 1992.
- SHECAIRA, Sérgio Salomão. *Criminologia*, 2. ed., 2008.
- \_\_\_\_\_. *Responsabilidade penal da pessoa jurídica: de acordo com a Lei 9.605/98*, 1998.
- SIEP, Ludwig. *Aktualität und Grenzen der Praktischen Philosophie Hegels*, 2010.
- \_\_\_\_\_. *Anerkennung als Prinzip der Praktischen Philosophie: Untersuchungen zu Hegels Jenaer Philosophie des Geistes*, 1976.
- SILVA-SÁNCHEZ, Jesus- Maria. *La expansión del derecho penal*, 2. ed., 2001.
- \_\_\_\_\_. Die Unerwünschten als Feinde: Die Exklusion von Menschen aus dem *status personae*. In: *Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaften*, n. 118, 2006.
- \_\_\_\_\_. Die Unerwünschten als Feinde: Die Exklusion von Menschen aus dem *status personae*. In: *Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaften*, n. 118, 2006.
- \_\_\_\_\_. *Estudios de derecho penal*, 2000.
- \_\_\_\_\_. Los indeseados como enemigos: la exclusión de seres humanos del *status personae*. In: CANCIO-MELIÁ, Manuel; GÓMEZ-JARA-DÍEZ, Carlos

- (org.) *Derecho penal del enemigo: el discurso penal de la exclusión*, v. 2, 2006.
- \_\_\_\_\_. *Strukturen der Zurechnung bei den Straftaten gegen die Umwelt*. In: HASSEMER, Winfried; KEMPF, Eberhard; MOCCIA, Sergio (org.) *Festschrift für Klaus Volk zum 65. Geburtstag*, 2009.
- \_\_\_\_\_. *Informe sobre las discusiones*. In: ROXIN, Claus; JAKOBS, Günther; SCHÜNEMANN, Bernd *et al.* *Sobre el estado de la teoría del delito*, 2000.
- SIMÕES, Maria João. *Terrorismo(s) e usos das tecnologias da informação e da comunicação*. In: MOREIRA, Adriano (org.) *Terrorismo*, 2. ed., 2004.
- SOUZA, Alfredo José. *A criminalidade transnacional europeia: um Ministério Público europeu?*, 2005.
- STICHWEH, Rudolf. *Inklusion/Exklusion, funktionale Differenzierung und die Theorie der Weltgesellschaft*. In: *Soziale Systeme: Zeitschrift für soziologische Theorie*, n. 3, 1997.
- STRAWSON, Peter. *Individuals: an Essay in Descriptive Metaphysics*, 2003.
- TAVARES, Juarez. *A crescente legislação penal e os discursos de emergência*. In: *Discursos sediciosos: crime, direito e sociedade*, 1997.
- \_\_\_\_\_. *A globalização e os problemas da segurança pública*. In: HOLLENSTEINER, Stephan (org.) *Estado e sociedade civil no processo de reformas no Brasil e na Alemanha*, 2004.
- \_\_\_\_\_. *Teoria do crime culposos*, 3. ed., 2009.
- \_\_\_\_\_. *Teoria do injusto penal*, 2. ed., 2002.
- TAYLOR, Charles. *Die Quellen des Selbst: Die Entstehung der neuzeitlichen Identität*, 1996.

- \_\_\_\_\_. *Multikulturalismus und die Politik der Anerkennung*, 1993.
- TEUBNER, Günther. Globalización y constitucionalismo social. In: GÓMEZ-JARA-DÍEZ, Carlos (org.) *Teoría de Sistemas y Derecho Penal: fundamentos y posibilidades de aplicación*, 2005.
- \_\_\_\_\_. Selbstsubversive Gerechtigkeit: Kontingenzformel oder Transzendenzformel des Rechts. In: TEUBNER, Günther (org.) *Nach Jacques Derrida und Niklas Luhmann: Zur (Un-) Möglichkeit einer Gesellschaftstheorie der Gerechtigkeit*, 2008.
- \_\_\_\_\_. Verrechtlichung: Begriff, Merkmale, Grenzen, Auswege. In: KÜBLER, Friedrich (org.) *Verrechtlichung von Wirtschaft, Arbeit und soziale Solidarität*, 1984.
- THEILE, Hans. *Wirtschaftskriminalität und Strafverfahren: Systemtheoretischen Überlegungen zum Regulierungspotential des Strafrechts*, 2009.
- TREVES, Renato. *Giustizia e giudici nella società italiana*, 1973.
- UESSELER, Rolf. *Guerra como prestação de serviços: a destruição da democracia pelas empresas militares privadas*, 2009.
- VALENTE, Manuel Monteiro Guedes. Terrorismo: fundamento da restrição de direitos? In: MOREIRA, Adriano (org.). *Terrorismo*, 2. ed., 2004.
- VAN-WEEZEL, Alex. Persona como sujeto de imputación y dignidad humana. In: CANCIO-MELIÁ, Manuel; GÓMEZ-JARA DÍEZ, Carlos (org.) *Derecho penal del enemigo: el discurso penal de la exclusión*, v. 2, 2006.
- VELLUDO SALVADOR NETO, Alamiro. *Finalidades da pena: conceito material de delito e sistema penal integral*, 2009.
- \_\_\_\_\_. *Tipicidade penal e sociedade de risco*, 2006.

- VILLA, Rafael Duarte. A securitização, o *overlapping* das guerras às drogas e ao terror na agenda de segurança dos Estados Unidos: caso Colômbia. In: NASSER, Reginaldo Mattar (org.) *Os conflitos internacionais em múltiplas dimensões*, 2010.
- VILLAS BÔAS FILHO, Orlando. *Teoria dos sistemas e o direito brasileiro*, 2009.
- VOGEL, Joachim. *Norm und Pflicht bei unechten Unterlassungsdelikten*, 1993.
- VORMBAUM, Thomas. “Politisches” Strafrecht. In: *Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft*, n. 107, 1995.
- VOß, Monika. *Symbolische Gesetzgebung: Fragen zur Rationalität von Strafgesetzgebungsakten*, 1989.
- WALTER, Tonio. Jetzt wird es Ernst. In: *Süddeutsche Zeitung*, 22.04.2008.
- WATZINGER, Margit. *Sexualstrafrecht: Ein deutsch-amerikanischer Rechtsvergleich*, 2004.
- WATZLAWCKI, Paul. *Vom Unsinn des Sinns oder vom Sinn des Unsinn*, 1992.
- WEIGEND, Thomas. Internationale Korruptionsbekämpfung: Lösung ohne Problem? In: PAWLIK, Michael; ZACZYK, Rainer (org.) *Festschrift für Günther Jakobs zum 70. Geburtstag*, 2007.
- WEINGARTEN, Michael. System, Entwicklung, Evolution: Warum Luhmanns Theorie sozialer Systeme keine Entwicklungstheorie ist. In: DEMIROVIC, Alex (org.). *Komplexität und Emanzipation: kritische Gesellschaftstheorie und die Herausforderung der Systemtheorie Niklas Luhmanns*, 2001.



- WEIßER. Über den Umgang des Strafrechts mit terroristischen Bedrohungslagen. In: *Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft*, n. 121, 2009.
- WELZEL, Hans. *Naturalismus und Wertphilosophie im Strafrecht: Untersuchungen über die ideologischen Grundlagen der Strafrechtswissenschaft*, 1935.
- WESTPHAL, Kenneth R. Objektive Gültigkeit zwischen Gegebenem und Gemachtem: Hegels kantischer Konstruktivismus in der praktischen Philosophie. In: *Jahrbuch für Recht und Ethik*, n. 11, 2003.
- ZABEL, Benno. Rezension Terrorist und sein Recht. In: *Höchststrichterliche Rechtssprechung im Strafrecht*, n. 7, 2009.
- ZACZYK, Rainer. Das Subjekt der objektiven Zurechnung und die Lehre von Günther Jakobs. In: PAWLIK, Michael; ZACZYK, Rainer (org.) *Festschrift für Günther Jakobs zum 70. Geburtstag*, 2007.
- ZAFFARONI, Eugenio Raúl. ¿Es posible un derecho penal del enemigo no autoritário? In: JORGE BARREIRO, Agustín *et al.* (org.) *Homenaje al Profesor Dr. Gonzalo Rodríguez Mourullo*, 2005.
- \_\_\_\_\_. Sobre Edmund Mezger y el derecho penal de su tiempo, de Francisco Muñoz Conde. In: *Revista de Derecho Penal*, n. 14, 2004.
- ZAFFARONI, Eugenio Raúl; PIERANGELI, José Henrique. *Manual de direito penal brasileiro*, v. 1., 7. ed., 2007.
- ZIEGLER, Ole. Das Folterverbot in der polizeilichen Praxis. Der Fall Daschner als Beleg für die rechtsstaatliche Absolutheit des Folterverbotes. In: *Kritische Vierteljahresschrift für Gesetzgebung und Rechtswissenschaft*, 87, 2004.

ZIEGLER, Rolf. Norm, Sanktion, Rolle: Eine strukturelle Rekonstruktion soziologischer Begriffe. In: *Kölner Zeitschrift für Soziologie und Sozialpsychologie*, n. 36, 1984.

ZIPPELIUS, Reinhold. *Rechtsphilosophie*, 2. ed., 1989.

ZUÑIGA-RODRIGUEZ, Laura. *Bases para un modelo de imputación de responsabilidad penal a las personas jurídicas*, 2000.