





## **AUTORIDADES 2012**



**LOS PRESUPUESTOS FILOSÓFICOS  
DEL DERECHO PENAL CONTEMPORÁNEO**

**CONVERSACIONES CON GÜNTHER JAKOBS**



# LOS PRESUPUESTOS FILOSÓFICOS DEL DERECHO PENAL CONTEMPORÁNEO

CONVERSACIONES CON GÜNTHNER JAKOBS

Esteban Mizrahi



Universidad  
Nacional de  
La Matanza

© Universidad Nacional de La Matanza, 2012  
Florencio Varela 1903 (B1754JEC)  
San Justo | Buenos Aires | Argentina  
Telefax: (54-11) 4480-8900  
<http://www.unlam.edu.ar>

Hecho el depósito que marca la ley 11.723  
Prohibida su reproducción total o parcial  
Derechos reservados



# ÍNDICE

---

<b>PALABRAS PRELIMINARES</b> .....	11
<b>PRESENTACIÓN</b>	
Estado, derecho y pena .....	15
<b>CONVERSACIONES CON GÜNTHER JAKOBS</b>	
Los presupuestos filosóficos del derecho penal contemporáneo	
<b>PRIMERA PARTE</b>	
<i>Sobre el funcionalismo penal y el pensamiento viejo-europeo....</i>	39
<b>SEGUNDA PARTE</b>	
<i>Acerca de la categoría de persona.....</i>	57
<b>TERCERA PARTE</b>	
<i>Acerca del concepto de enemigo.....</i>	69



## PALABRAS PRELIMINARES

---

El libro que aquí presentamos se convertirá en un hito fundamental para nuestro Departamento de Derecho y Ciencia Política. Ello por varias razones. Por un lado, además del interés evidente que despierta la reconocida figura de Günther Jakobs para quienes nos preocupamos por las relaciones entre el Estado, el derecho y la pena en las sociedades contemporáneas, con él pretendemos iniciar una serie de discusiones de actualidad referidas a la filosofía del derecho penal. En este sentido, *Los presupuestos filosóficos del derecho penal contemporáneo. Conversaciones con Günther Jakobs* del Dr. Esteban Mizrahi permite acceder de un modo ameno y coloquial al pensamiento del reconocido jurista alemán, quien tras los sucesos del 11 de septiembre de 2001 y el evidente estado de guerra instalado con posterioridad, avanzó en la fundamentación de su concepto «derecho penal del enemigo» urgido por la necesidad de los ciudadanos de obtener un mínimo de seguridad frente a aquellos que se proponen destruir el ordenamiento jurídico. Así, en el concepto «derecho penal del enemigo» anidan múltiples interrogantes filosóficos que merecen ser discutidos a la luz de los cambios en las sociedades actuales. Y en esto radica, sin duda, el gran valor de estas conversaciones.

Por otro lado, la tarea desarrollada por el Dr. Esteban Mizrahi merece un especial reconocimiento. Pues mantener una serie de encuentros en Bonn con Günther Jakobs no es un hecho casual o fortuito; por el contrario, es el resultado de un arduo trabajo personal y colectivo desarrollado durante años. Tanto su investigación doctoral como sus trabajos previos o los realizados en el marco de la cátedra de Filosofía del Derecho que dirige en este Departamento, lo constituyen en uno de los jóvenes profesores de nuestro medio mejor formados en su área de especialidad, como se observa en el estudio introductorio de esta obra. De igual modo, quiero reconocer su compromiso con el trabajo colectivo en la universidad, especialmente en lo que hace a la formación de recursos humanos. Quienes recorremos a diario la Universidad Nacional de La Matanza conocemos muy bien todos sus lugares, aún los más ocultos. Fue en uno de ellos, el laboratorio 7 de nuestro Departamento de Derecho y Ciencia Política, en donde por más de un año y cada quince días, el Dr. Mizrahi se estuvo preparando junto a su equipo de cátedra, los profesores Andrés Di Leo y Martín D'Ascenzo, y a un grupo de estudiantes para entrevistar al jurista alemán. Ello se plasma también en la calidad del resultado que aquí presentamos y da origen a una línea de investigación que comenzaremos a desarrollar a partir de este año.

Para que esto fuera posible, además de reconocer el apoyo brindado por nuestra universidad, cabe destacar el valioso aporte de la Fundación Konrad Adenauer en Argentina, la cual respaldó a nuestro profesor con una beca de investigación en Alemania que le permitió la concreción de estas conversaciones durante el mes de junio de 2011. Vaya a ella nuestro reconocimiento con la convicción de que la cooperación entre instituciones y la internacionalización de la investigación, lineamientos ambos prioritarios para nuestro rector Daniel Martínez, son elementos fundamentales en la producción de conocimientos en un mundo globalizado.

Es por todo ello que este libro resulta un gran aporte en los varios sentidos indicados, pero especialmente en los deseos de ampliar la reflexión sobre el derecho y, particularmente, la dimensión internacional del proyecto que representa nuestra universidad.

**DR. EDUARDO ROLLERI**

Decano

Departamento de Derecho y Ciencia Política  
Universidad Nacional de La Matanza (UNLaM)

\* \* \*

Toda aspiración a la acción social y política responsable requiere de una base axiológica y filosófica que la anime y sostenga. Este imperativo se vuelve aun más acuciante ante la complejidad de la sociedad actual donde la inmediatez de las comunicaciones hace que todo adquiera carácter transnacional.

En este marco es que, desde su creación, la Fundación Konrad Adenauer ha trabajado con el fin de promover la institucionalidad democrática, la justicia social, la economía social de mercado y el estado de derecho sobre los principios del Humanismo Cristiano. Dichos objetivos también han ido adquiriendo carácter global y la Fundación, nacida en la Alemania de posguerra, está hoy presente en más de 120 países.

Su actividad concreta siempre estuvo acompañada por el análisis y la reflexión. Los filósofos y la obra que aquí presentamos forman parte de este acervo. Las conversaciones del Dr. Esteban Mizrahi con el destacado jurista alemán Dr. Günther Jakobs hacen patente el valor de fomentar el intercambio tanto de experiencias como de pensamientos en un mundo globalizado.

La extensa trayectoria del Dr. Mizrahi como asesor científico de la Fundación Konrad Adenauer en Argentina motivó nuestro firme respaldo a su beca de investigación que se desarrollara en Alemania. Los resultados de esa experiencia, plasmados en parte en este libro, refuerzan nuestra convicción de estar apoyando un inapreciable aporte al debate filosófico-jurídico en la Argentina. Sabemos que estas páginas encontrarán atenta recepción en los ámbitos académicos, profesionales y políticos del país.

**DR. BERND LÖHMANN**

Representante de la Fundación  
Konrad Adenauer en Argentina

## ESTADO, DERECHO Y PENA

*Esteban Mizrahi (UNLaM)*

### I

Muy temprano en la tradición occidental, el castigo y su administración aparecen asociados a una fundamentación filosófica. Para la gran mayoría de los pensadores de esta tradición resulta evidente que la simple acción de penar necesita de una elaboración discursiva específica que la distinga de un puro ejercicio de violencia. Cuando se trata de castigar, no basta con que un acto violento haya sido suscitado por otro semejante para que sea considerado justo. La justicia de la acción no está en la acción misma, porque las acciones de delinquir y castigar pueden ser idénticas (por ejemplo, quitarle la vida a un ser humano), sino que depende del dispositivo discursivo que la enmarca, otorgándole un significado social determinado: pena.

No hay razones para delinquir pero sí para castigar.<sup>1</sup> Y aun cuando estas razones apelen a órdenes discursivos muy diversos, según las épocas y las preferencias teóricas de los autores, son filosóficas en la medida en que exceden el registro de lo meramente estableci-

---

<sup>1</sup> Esto se debe a que todo discurso legitimatorio conlleva una pretensión de universalidad que volvería contradictoria la justificación del delito, cuyo presupuesto necesario es la vigencia de la norma.

do, lo tornan problemático y a partir de allí dan lugar a una fundamentación que contribuye a la legitimación social de la pena.

Para hacerlo, estas elaboraciones teóricas deben recurrir a una serie de nociones cuyos significados no están fijados de una vez y para siempre. Categorías tales como las de derecho, norma, persona, sociedad o Estado, por nombrar algunas de las más relevantes, no sólo adquieren matices específicos en función del marco conceptual en que se encuentran, sino que a raíz de estos matices dan lugar a diferentes concepciones de la libertad humana, de la pertenencia ciudadana, del origen de la autoridad, de los límites en el ejercicio del poder, etc. Estas concepciones filosóficas están presupuestas de manera inevitable en toda teoría de la pena y su examen resulta necesario toda vez que el derecho se vuelve problemático. Y este parece ser el caso en la actualidad, porque ya no es posible dar por sentada aquella condición que para el amplio arco del pensamiento secular moderno obraba como punto de partida para la fundamentación del castigo, a saber: la eficacia simbólica del Estado.

El derecho en general y el derecho penal en particular son mucho más antiguos que el Estado moderno como forma institucional. Pero en occidente han estado íntimamente vinculados al menos desde mediados del siglo XVII hasta comienzos del siglo XX. Básicamente porque la estructura estatal, entendida como un ordenamiento socio-político que reclama para sí el monopolio de la violencia legítima en un territorio determinado, no puede desvincularse de la pretensión de administrar justicia en ese territorio ni de fundamentar la legitimidad de su ejercicio punitivo. Esta vinculación está presente, con variados énfasis y resoluciones distintas, en las teorías de Hobbes, Locke, Rousseau, Kant, Fichte, Hegel, etc. Pero también estuvo inscrita en la experiencia social de los hombres y mujeres que llevaron adelante sus vidas en el marco de los diferentes Estados a lo largo de casi tres siglos.

La imbricación entre Estado y derecho ha sido tan profunda que Hart llega a afirmar que el término «Estado» no refiere a nada por



fuera del derecho en la medida en que expresa, primero, «que una población que habita un territorio vive bajo aquella forma de gobierno ordenado establecido por un sistema jurídico con su estructura característica de legislatura, tribunales y reglas primarias; y, en segundo lugar, que el gobierno goza de un grado de independencia vagamente definido».<sup>2</sup> Con todo, no se puede pasar por alto que este gobierno se constituye en *gobierno de esa población* sólo en la medida en que sus decisiones son efectivamente vinculantes. Y que, para que esto suceda, resulta igualmente necesario que ellas cuenten con un grado relevante de aceptación social, incluyendo también la aceptación del uso de la fuerza para sancionar al resistente. Y para que estas dos cosas estén suficientemente legitimadas no basta con que estén jurídicamente establecidas, sino que el Estado debe recurrir a un vasto repertorio de operaciones materiales y discursivas con el fin de asegurar su eficacia simbólica. Esta eficacia consiste, precisamente, en la expandida creencia, arraigada en un colectivo social específico, de responder a cierta unidad de dominación que, constituida en ordenamiento jurídico, pretende y alcanza validez efectiva en un tiempo determinado y en el marco de un territorio bien definido.

Dicha creencia en una unidad de dominación fue, precisamente, el elemento que le permitió al Estado garantizar la convergencia de las diferentes esferas de vida cuyas dinámicas respectivas comienzan a divorciarse en la modernidad. O al menos, para decirlo con mayor precisión, garantizar la posibilidad de esta coherencia, tanto desde el punto de vista institucional como desde el subjetivo. Porque fue la custodia activa del Estado lo que permitió la convergencia entre las diversas instituciones que, de manera correspondiente, producía subjetividades tendientes también a la coherencia en sus trayectorias de vida. Como explica Lewkowicz, el Estado

---

<sup>2</sup> Hart, H.L. A. (1961), *The Concept of Law*, Oxford University Press, Oxford, 1961. En español: *El concepto de derecho*, traducción de Genaro R. Carrio, (Abeledo-Perrot) Buenos Aires, 1963, p. 273.

moderno supo establecer las condiciones para la vigencia armónica de tres dimensiones distintas de la ley entendida en su significación más general: 1) *ley simbólica* en tanto estructurante de la subjetividad; 2) *normas jurídicas* en cuanto vertebradoras del cuerpo político, y 3) *reglas sociales* como articuladoras de las relaciones intersubjetivas. El Estado moderno garantizaba, con todo lo que esto significa, la concordancia posible de estos tres órdenes: simbólico, jurídico y social. En el universo moderno, «el Estado se instituye a sí mismo y a sus individuos específicos desde la constitución jurídica de los términos de relación. La operatoria del Estado instituye a los agentes del cuerpo colectivo como ciudadanos». <sup>3</sup> La fuerza del Estado fue lo que le permitió al derecho instituir ciudadanía a partir del principio de legalidad para transformarse así en *Estado de derecho*. <sup>4</sup>

En el universo moderno, el sujeto era pensado de múltiples maneras por el Estado y la existencia de los individuos, tenida literalmente *en cuenta* desde el principio y hasta el fin de sus días: partidas de nacimiento, documentos de identidad, pasaportes, cambios de domicilios y actas de defunción, son algunos ejemplos eloquentes de este continuo ejercicio de control contable en manos de la estructura estatal. Pero al mismo tiempo, y como contrapartida de este ejercicio de control, el Estado se las arreglaba no sólo para velar por la seguridad civil y social <sup>5</sup> de sus ciudadanos sino también para componer un universal integrando las diferencias propias de los diversos grupos de interés que estaban en pugna dentro

---

<sup>3</sup> Lewkowicz, I. (2006), *Pensar sin Estado*. La subjetividad en la era de la fluidez, (Editorial Paidós) Buenos Aires, 2006, p. 191.

<sup>4</sup> También Hegel ubicó críticamente en el marco de lo que denomina «Derecho abstracto» una discusión acerca de la teoría de la pena que atiende sólo a cuestiones relativas a su fundamentación o a su legitimidad, pero por fuera de la estructura del Estado.

<sup>5</sup> Cfr. Castel, R. (2003), *L'insécurité sociale*. Qu'est-ce qu'être protégé?, Éditions du Seuil et la République des Idées, Paris, 2003. En español: *La inseguridad social*. ¿Qué es estar protegido?, traducción de Viviana Ackerman, (Manantial), Buenos Aires, 2004.

de su espacio vital. Por esta razón, Hegel pensó al Estado como distinto de la sociedad civil e irreducible a su esfera. Esta lógica de funcionamiento estatal condujo a la creación del Estado de bienestar o providencial a mediados del siglo XX. Como afirma Alain Supiot: «La invención del Estado providencial permitió controlar el doble movimiento de individualización y de interdependencia que actúa en las sociedades industriales [...] El Estado logró así recobrar su legitimidad asumiendo el rostro de un Soberano benévolo que tolera la discusión y es capaz de responder a todas las expectativas y remediar todos los males». <sup>6</sup> Y tal vez éste haya sido el último intento histórico del Estado moderno por recobrar su legitimidad y la fe en su soberanía tras las experiencias nefastas de los Estados totales tanto de índole fascista como comunista.

Sin embargo, a causa de múltiples y complejos fenómenos de orden económico, político, científico y tecnológico cuya interacción y aceleración recíproca se resumen comúnmente con el nombre de globalización, al Estado no le fue posible estabilizarse por mucho tiempo en su rol providencial. En la actualidad, ha dejado de ser lo que era y ya no consigue compensar a sus ciudadanos por las desventajas que pudieran experimentar al participar de la vida social en el marco de organizaciones previamente establecidas, ni logra garantizar la convergencia institucional, ni menos aún la posibilidad de una coherencia subjetiva. Con un Estado debilitado en su eficacia material y simbólica, las diversas instituciones quedan libradas a sus dinámicas respectivas y la convergencia entre sus lógicas funcionales apenas si se produce. O bien, cuando ello sucede, ocurre sólo de manera contingente por lo que la coherencia en la trayectoria de vida de un sujeto pierde cada vez más posibilidades de realización y paulatinamente deja de ser tenida también como un mandato social.

---

<sup>6</sup> Supiot, A. (2005), *Homo juridicus*. Essai sur la fonction anthropologique du Droit, Éditions du Seuil, Paris, 2005. En español: *Homo juridicus*. Ensayo sobre la función antropológica del derecho, traducción de Silvio Mattoni, (Siglo Veintiuno Editores) Buenos Aires, 2007, p. 219.

## II

Con toda probabilidad fue Niklas Luhmann quien, desde la teoría sociológica, supo dar cuenta de la manera más acabada de este proceso de rápidas y profundas transformaciones que alcanzaron todas las dimensiones de la vida humana.<sup>7</sup> Para hacerlo retomó con renovados instrumentos categoriales la vieja pretensión sociológica de presentar una visión de lo social en su conjunto.

El funcionalismo sistémico de Luhmann concibe a la sociedad como un sistema autopoietico, autorreferente y operativamente clausurado, provisto de una pluralidad de subsistemas. No existe posibilidad de acción directa entre los distintos sistemas, ni entre los sistemas y los subsistemas: ellos cuentan únicamente con un dispositivo de observación para reajustarse reflexivamente. Con el término observación se describe específicamente la operación por la cual los sistemas autorreferentes y autopoieticos se observan a sí mismos y observan su entorno. Esta actividad le permite al sistema establecer mecanismos de selección para reducir la complejidad de su entorno que es siempre mayor que la suya propia en tanto fija los límites de lo posible al interior del sistema mismo: "todo orden identificable se sostiene sobre una complejidad que deja ver, pues, que pudiera ser también de otra manera".<sup>8</sup> O, para decirlo con otras palabras, la complejidad del entorno, en tanto plexo de posibles relaciones entre todos y cada uno de sus elementos está virtualmente presente a cada instante, pero estas relaciones sólo pueden ser actualizadas por el sistema al adoptar algún principio de

---

<sup>7</sup> Cfr. Luhmann, N. (1971a), *Politische Planung*, Aufsätze zur Soziologie von Politik und Verwaltung, Westdeutscher Verlag, Opladen, 1971. Y sobre todo: Luhmann, N. (1981), *Politische Theorie im Wohlfahrtsstaat*, Günther Olzog Verlag, München, 1981. En español: *Teoría política en el Estado de bienestar*, traducción e introducción de Fernando Vallespín, (Alianza Editorial) Madrid, 1993.

<sup>8</sup> Luhmann, N. (1997), *Die Gesellschaft der Gesellschaft*, Suhrkamp Verlag, Frankfurt/M, 1997. En español: *La sociedad de la sociedad*, traducción de Javier Torres Nafarrate bajo el cuidado conceptual de Darío Rodríguez Mansilla, y estilístico de Marco Ornelas Esquinca y de Rafael Mesa Iturbide, (Editorial Herder) México, 2006, p. 102.

selección. Por ello es que la organización selectiva de la autopoiesis del sistema es la forma de la complejidad. El sentido (Sinn) es una estrategia determinada de comportamiento selectivo bajo condiciones de alta complejidad y los sistemas sociales son sistemas identificados a través del sentido. Por eso sus límites no son de naturaleza física, aunque determinadas marcas físicas puedan simbolizarlos.<sup>9</sup>

Luhmann presenta, entonces, una visión descentrada de lo social, en la que la sociedad no está compuesta por hombres, individuos o grupos de interés sino por comunicación. La relación de los seres humanos con la sociedad deja de estar interpretada según el esquema parte/todo de vieja data en la tradición occidental y en su lugar se introduce el esquema sistema/entorno. Esto significa que el hombre ya no es concebido como parte del sistema social sino como un elemento de su entorno problemático. En los términos drásticos de Luhmann: «queda excluido que el individuo puede formar parte de la sociedad. No hay comunicación entre individuo y sociedad, ya que la comunicación es siempre sólo una operación interna del sistema de la sociedad. La sociedad no puede salir de sí misma con sus operaciones y tomar al individuo; con sus propias operaciones sólo puede reproducir sus propias operaciones [...] Lo mismo vale también a la inversa, es decir, para la vida y la conciencia del individuo. También aquí permanecen las operaciones reproductoras del sistema dentro de los límites de éste. Ninguna idea puede salirse de la conciencia que reproduce».<sup>10</sup> Individuos y sociedad están, sin embargo, estructuralmente acoplados. Esto signi-

---

<sup>9</sup> Cfr. Luhmann, N. (1971b), „Moderne Systemtheorien als Form gesamtgesellschaftlicher Analyse“, in: Habermas, J.; Luhmann, N., *Theorie der Gesellschaft oder Sozialtechnologie – Was leistet die Systemforschung?*, Suhrkamp Verlag, Frankfurt/M, pp. 11-12.

<sup>10</sup> Luhmann, N. (1990), *Soziologische Aufklärung, Beobachtungen der Moderne, Paradigm lost: Über die ethische Reflexion der Moral*, Suhrkamp Verlag, Frankfurt/M, 1990. En español: *Complejidad y modernidad: De la unidad a la diferencia*, edición y traducción de Josetxo Berian y José María García Blanco, (Editorial Trotta) Madrid, 1998, p. 62.

fica que los individuos, en tanto sistema de conciencia, constituyen una parte de los presupuestos factuales que el sistema social requiere de su entorno para realizar su autopoiesis: sin conciencias no sería posible la comunicación pero no por eso la comunicación es pensamiento o viceversa.<sup>11</sup>

Por esta razón, Luhmann sostiene que en una sociedad funcionalmente diferenciada, todos sus sistemas parciales y organizaciones excluyen de su propia identidad al hombre como un todo. Ningún ser humano está contenido en ellos por completo. Al respecto, resulta ilustrativo que el único ejemplo de *sistema total* que, en la actualidad, absorbe por completo a un ser humano maduro es el manicomio.<sup>12</sup> Esto quiere decir que en las sociedades contemporáneas las personas están incluidas y al mismo tiempo excluidas. Por un lado, cuentan con la posibilidad de participar en la comunicación de todos los diferentes sistemas parciales, organizaciones e interacciones. Pero, por el otro, no les es posible ajustarse íntegramente a ninguno de ellos: no es posible ser sólo empresario, sólo científico, sólo gobernante, novio o amigo.

En este contexto, la forma «persona» constituye una pieza clave no sólo para comprender la conceptualización luhmanniana de la sociedad, sino también las teorías funcionales de la pena que están inspiradas en sus desarrollos. El concepto de persona no refiere ni identifica primariamente a individuos ni aun a sistemas psíquicos. En realidad, «persona» no hace referencia a ningún tipo de sistema porque no se relaciona con ningún modo de operación. Refiere más bien a roles o a posiciones dentro de diferentes contextos de interacción. Por esta razón, la habitual sinonimia entre hombre, sujeto, individuo y persona, lejos de ser acertada oculta distinciones de singular relevancia para la comprensión contemporánea de lo social. En este caso, un tipo especial de distinción que en tanto

---

<sup>11</sup> Cfr. Luhmann, 1997, p. 75.

<sup>12</sup> Cfr. Luhmann, 1971a, p. 37.

*forma* dirige la observación de objetos tales como, por ejemplo, individuos humanos.

La forma «persona» surge, según Luhmann, para resolver el problema social de la doble contingencia: «En una situación con doble contingencia, en la que cada participante hace depender su comportamiento frente a los otros, de que ellos actúen frente a él satisfactoriamente, reside una necesidad compulsiva para limitar el campo de juego de las posibilidades. Es esta situación menesterosa, circular e inestable de doble contingencia la que provoca el surgimiento de personas». <sup>13</sup> La forma «persona» limita el repertorio de comportamientos posibles de los participantes y de esta manera sirve a la auto-organización de los sistemas sociales. Como forma que consiste en establecer una *limitación* tiene dos caras: distingue e identifica tanto lo que pertenece a la persona como lo que no. Una vez establecido este límite los sistemas psíquicos pueden experimentar en el propio yo las restricciones con que habrán de contar en el trato social, al tiempo que dan por descontada la aprobación general en los casos normales. Por tal razón, las personas sirven al acople estructural entre sistemas psíquicos y sociales.

Ahora bien, a diferencia de la sociedad estratificada, la sociedad funcionalmente diferenciada está provista de una serie de subsistemas especializados en su función y clausurados en su operación. El derecho es uno de ellos, al igual que otros como la política y la economía a los que está estructuralmente acoplado. Dado que se trata de un subsistema social, el derecho no es otra cosa que un sistema de comunicación orientado por un código específico: legal/ilegal. Esto quiere decir que la función del derecho consiste en estabilizar expectativas de comportamiento de modo tal que en caso de conflicto pueda encuadrárselo dentro de un esquema de decisiones de tipo binario: conforme-a-derecho/no-conforme-a-derecho.

---

<sup>13</sup> Luhmann, N. (1995), „Die Form ‘Person’“, in: *Soziologische Aufklärung*. Bd. 6. Die Soziologie und der Mensch, Westdeutscher Verlag, Opladen, 1995, p. 149.

Y aquello que no es posible ordenar según este esquema, no pertenece al sistema jurídico sino a su entorno interno o externo.

El derecho define, entonces, sus propios límites al establecer qué es lo que acepta y qué lo que rechaza. Esto supone la diferenciación progresiva del derecho positivo en tanto sistema autopoiético que delimita a través de normas específicas aquello que cabe esperar del comportamiento de los participantes en la comunicación social al fijarles restricciones a sus posibilidades futuras de acción según un programa condicional del tipo *si... entonces...*: «La fijación de la forma del programa condicional se relaciona con la función del derecho, es decir, con la estabilización de las expectativas contrafácticas. Precisamente para el caso en que no se cumplan, la expectativas se plasman en la forma de normas».<sup>14</sup>

Un programa condicional permite alcanzar una cierta seguridad de tipo, precisamente, condicional. No se trata de asegurar en el presente que en el futuro las expectativas normativas no serán defraudadas. Esto siempre puede ocurrir. Pero sí de establecer que *si* esto de hecho sucede, *entonces* habrá que contar con determinadas consecuencias ya previstas en códigos jurídicos. Por eso, el derecho en tanto subsistema social está referido a la dimensión temporal de la comunicación que opera institucionalizando expectativas de comportamiento y no conductas. Y, en tanto introduce a la sociedad en un futuro que está abierto en sus posibilidades y también lo integra en la forma de expectativas, puede ser considerado como su sistema inmunológico. En efecto, como explica Luhmann, «el sistema inmunológico no requiere del conocimiento del entorno: solamente registra conflictos internos y elabora soluciones generalizables para conflictos que se presenten caso por caso; es decir, el sistema inmunológico estatuye una

---

<sup>14</sup> Luhmann, N. (1993), *Das Recht der Gesellschaft*, Suhrkamp Verlag, Frankfurt/M, 1993. En español: *El derecho de la sociedad*, traducción de Javier Torres Nafarrate con la colaboración de Brunhilde Erker, Silvia Pappe y Luis Felipe Segura, (Editorial Herder) México, 2005, p. 258.



capacidad remanente para casos futuros». <sup>15</sup> Sin embargo, debe aclararse que la sociedad desarrolla un sistema inmunológico no porque observa un déficit de adaptación respecto de su entorno sino porque ha renunciado a adaptarse a él.

Por lo tanto, si desde una concepción sistémica de la sociedad el derecho puede ser interpretado en términos de *sistema inmunológico* y la formulación de normas, como la creación de *anticuerpos* en función de los casos conflictivos que tuvieron lugar en el pasado, <sup>16</sup> el derecho penal en particular puede ser entendido como uno de sus principales *mecanismos de defensa*. Ciertamente, no el único. Pero esta sola consideración habilita y hasta alienta un re-elaboración funcionalista del derecho penal.

### III

Günther Jakobs es quien de manera más clara y decidida ha llevado adelante el proyecto de elaborar una teoría funcionalista del derecho penal contemporáneo. Para ello se ha valido de elementos de la teoría de los sistemas sociales de Luhmann aunque, como él mismo se ha encargado de aclarar, <sup>17</sup> no pretende seguirlo consecuentemente ni realizar una aplicación específica al derecho penal actual. La teoría de Luhmann funciona más bien como un horizonte conceptual que le permite a Jakobs elaborar su propio sistema funcionalista, cuyo propósito no consiste en llevar adelante una *ilustración sociológica* del derecho penal contemporáneo sino en establecer, a partir de la evolución misma en materia de

---

<sup>15</sup> Luhmann, 1993, pp. 642-643.

<sup>16</sup> Cfr. Luhmann, 1993, p. 644.

<sup>17</sup> Jakobs, G. (1995), „Das Strafrecht zwischen Funktionalismus und ‘alteuropäischem’ Prinzipiendenken. Oder: Verabschiedung des ‘alteuropäischen’ Strafrechts?“, ZStW (*Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft*) 107 (1995), pp. 843-876. En español: *Sociedad, norma y persona en una teoría de un Derecho penal funcional*, traducción de M. Cancio Meliá y B. Feijóo Sánchez, (Civitas) Madrid, 2000, p. 20.

legislación penal, una interpretación adecuada tanto de las normas como de las categorías centrales que allí entran en juego. Jakobs es un jurista y no un sociólogo. Y como jurista que reflexiona acerca de los presupuestos del derecho penal vigente sin perder de vista su historia dogmática ni la influencia decisiva que tuvieron los pensadores más destacados de la tradición occidental, también es un filósofo del derecho. Por eso, desde el comienzo su interés se ha concentrado en elucidar los fundamentos del derecho penal, los fines de la pena, el concepto jurídico penal de culpabilidad y la doctrina de la imputación, de modo tal que conformen un sistema consistente.

Jakobs considera que la función del derecho penal está enderezada a garantizar la identidad normativa de la sociedad. Al igual que Luhmann, entiende que la sociedad no está compuesta por individuos sino por comunicación y que el derecho penal, no es sino parte de un subsistema social en tanto especialización del derecho. La expresión «identidad normativa» no hace referencia aquí a ningún tipo de sustancia metafísica ni entidad inmutable sino a la unidad dinámica de expectativas de comportamiento asentadas como normas en la constitución de un Estado y en los demás códigos jurídicos. El derecho penal se constituye así en un *mecanismo de defensa* necesario puesto que, al decir de Jakobs, «la sociedad es la construcción de un contexto de comunicación que en todo caso podría estar configurado de otro modo a como está configurado en el caso concreto (de no ser esto así no se trataría de una construcción)». <sup>18</sup> Las normas son las reglas de configuración de este contexto de comunicación, que debe contar con algún mecanismo de estabilización para evitar que cualquier divergencia sea el comienzo de una evolución hacia una configuración alternativa.

Sobre esta base funcionalista, Jakobs reelabora la justificación hegeliana de la pena con prescindencia de su trasfondo metafísi-

---

<sup>18</sup> Jakobs, 1995, p. 25.

co. Según Jakobs, lo que define al delito es el incumplimiento de las expectativas sociales institucionalizadas que expresan las leyes positivas como modelos de orientación que guían el contacto social. El delito es un quebrantamiento de la norma que socava su fuerza orientadora al desautorizarla como modelo. La pena rechaza esta desautorización y restituye la confianza en su fuerza vinculante. Por lo tanto, la pena *contradice la contradicción* de la norma que representa el delito y con ello reestablece la confianza en su vigencia.<sup>19</sup> Por ello, lo que el derecho penal protege es la vigencia de la norma y no los bienes jurídicos.<sup>20</sup> O para decirlo con términos más precisos: en tanto el derecho es la estructura de las relaciones interpersonales, el derecho penal protege la expectativa de que una persona no ataque estos bienes y no a los bienes mismos.<sup>21</sup> El derecho penal confirma, entonces, la identidad normativa de la sociedad y sólo de esta manera puede establecerse una relación necesaria, es decir, racional, entre el delito y la pena.

Esta interpretación comunicativa del delito y la pena presupone, según Jakobs, la diferenciación entre dos esquemas diversos de comunicación y orientación del comportamiento: individualidad (Individualität), por un lado,<sup>22</sup> y normatividad (Normativität), por el otro.<sup>23</sup> Cada uno cuenta con su propio código: la individualidad se orienta por el código placer/displacer mientras que la normatividad lo hace por el código deber/espacio-de-libertad. Cada uno con-

---

<sup>19</sup> Jakobs, G. (1993), *Strafrecht. Allgemeiner Teil*. Die Grundlagen und die Zurechnungslehre, 2. Auflage, Walter de Gruyter, Berlin-New York, 1993, p. 9 ss.

<sup>20</sup> Cfr. Jakobs, G. (2003), „Was schützt das Strafrecht: Rechtsgüter oder Normgeltung?“, in: *Aktualität und Entwicklung der Strafrechtswissenschaft*. Festschrift für Seiji Saito, 2003, p.18 ss. En español: «¿Qué protege el derecho penal. Bienes jurídicos o la vigencia de la norma?», traducción de Manuel Cancio Meliá, en *Cuadernos de doctrina y jurisprudencia penal* N° 11, Buenos Aires, 2001, p. 23 ss.

<sup>21</sup> Cfr. Jakobs, 2003, p. 25.

<sup>22</sup> Cfr. Jakobs, G. (2008a), *Norm, Person, Gesellschaft*. Vorüberlegungen zu einer Rechtsphilosophie, Duncker & Humboldt, Berlin, 2008, p. 9 ss.

<sup>23</sup> Cfr. Jakobs, 2008a, p. 28 ss.

forma un sistema y observa al otro como parte de su entorno. Se trata de dos mundos distintos: el primero centrado en la figura del individuo y el segundo en la categoría de persona. La persona no requiere necesariamente de un cuerpo o de una conciencia, si bien se le puede atribuir ambas cosas,<sup>24</sup> sino que, como explica Jakobs, «la persona se determina [...] mediante su relación con otras personas, es decir, a través de su rol. Una sola persona es una contradicción en sí misma».<sup>25</sup> Por eso no es posible deducir la sociedad a partir del primer esquema de orientación, es decir, a partir del individuo ni del consenso entre individuos. Precisamente, éste es el déficit que Jakobs encuentra en las teorías contractualistas que, como las de Rousseau, Kant o Fichte, despliegan la lógica inmanente del individualismo metodológico para fundar el Estado,<sup>26</sup> a saber, que presuponen aquello a lo que deben arribar: la existencia de algún tipo de vínculo normativo que obligue a los contratantes sin el cual el contrato tampoco tendría el menor sentido.<sup>27</sup>

Por ello, basta con constatar que hay sociedad en sentido propio cuando existe comunicación personal, es decir, cuando tiene lugar un orden fundado en normas que guían las expectativas de comportamiento. Tales expectativas son de dos tipos: normativas o cognitivas. Las primeras son aquellas que frente a una decepción del comportamiento esperado son mantenidas igualmente por válidas; las segundas, en cambio, se dejan de lado y dan lugar a un proceso de aprendizaje en el que son sustituidas por otras. Y dado que este esquema de orientación personal siempre coexiste con otro de tipo individual al que nunca logra desactivar por completo, resulta necesario que las expectativas normativas estén cognitivamente cimentadas. De lo contrario, no tendrían los individuos nin-

---

<sup>24</sup> Cfr. Jakobs, 2008a, pp. 41-42.

<sup>25</sup> Jakobs, 2008a, 37.

<sup>26</sup> Cfr. Jakobs, G. (1999), „Zur Genese von Rechtsverbindlichkeit“, in: Höver, G. (Hg.), *Verbindlichkeit unter den Bedingungen der Pluralität*, Theos, Hamburg, 1999, p. 33 ss.

<sup>27</sup> Cfr. Jakobs, 2008a, p. 21 ss.

guna certeza de poder subsistir dentro de ese ordenamiento normativo.<sup>28</sup> Con palabras de Jakobs: «Cada institución normativa sólo puede brindar una verdadera orientación bajo una cierta cimentación cognitiva, de tal manera que no sólo determina la comunicación la contradicción de la pena respecto de la contradicción de la norma que lleva adelante el delincuente sino también la cimentación cognitiva mediante el dolor penal».<sup>29</sup>

El dolor penal añade una cimentación cognitiva a las expectativas normativas, institucionalizadas en las leyes positivas, de vivir en un orden social en el que cada uno, en tanto persona, puede autoadministrarse libremente a condición de permanecer fiel a las normas.<sup>30</sup> Quien así no lo hace sigue siendo persona pero sólo de manera formal y su acción también conserva un sentido que la sociedad interpreta como una declaración de rechazo de su estructura normativa, frete a la cual la acción delictiva se propone como un modelo de orientación alternativo.<sup>31</sup> Con la pena la sociedad reacciona frete a esta provocación y confirma su estructura normativa desautorizando el comportamiento del delincuente como un modelo de orientación válido. De esta manera, la pena expresa la restitución de la plena vigencia del derecho y, en principio, está justificada sólo ante el fracaso de la pretensión disuasiva contenida en las mismas leyes, es decir, *post factum* y no *ex ante*. Así, el marco teórico funcionalista le sirve a Jakobs para elaborar una teoría de la pena en la que mediante la comunicación se restituye al derecho como tal.<sup>32</sup>

---

<sup>28</sup> Cfr. Jakobs, 2008a, p. 61 ss.

<sup>29</sup> Jakobs, G. (2004a), *Staatliche Strafe: Bedeutung und Zweck*, Nordrhein-Westfälische Akademie der Wissenschaften, Vorträge G-390, Verlag Ferdinand Schöningh, Paderborn, 2004, pp. 24-25.

<sup>30</sup> Cfr. Jakobs, G. (2005), „Individuum und Person. Strafrechtliche Zurechnung und die Ergebnisse moderner Hirnforschung“ in: ZStW 117 (2005) Heft 2, p. 261.

<sup>31</sup> Cfr. Jakobs, G. (2008b), *Rechtswang und Personalität*, Nordrhein-Westfälische Akademie der Wissenschaften, Vorträge G-418, Verlag Ferdinand Schöningh, Paderborn, 2008, pp. 30-34.

<sup>32</sup> Cfr. Morguet, G. (2009), *Feindstrafrecht. Eine kritische Analyse*, Duncker & Humboldt, Berlin, 2009, p. 26.

## IV

En los últimos años Jakobs ha modificado en parte su teoría de la pena debido a la necesidad de explicar e integrar las grandes y veloces transformaciones que tuvieron lugar en la legislación penal contemporánea. Dichas transformaciones son la respuesta del sistema penal a los múltiples desafíos derivados de la creciente complejidad que fueron adoptando las redes de crimen organizado, el narcotráfico y el terrorismo internacional. Asimismo, las posibilidades tecnológicas disponibles han habilitado también toda una gama de nuevos delitos contra la seguridad del Estado. El abanico de posibilidades delictivas se ha incrementado tanto como la percepción de vulnerabilidad de la sociedad frente a ellas. Ante la emergencia de estas nuevas formas de criminalidad, la cimentación cognitiva de la pena se torna trivial o irrelevante si meramente acontece como reacción, es decir, *post factum*. Esta evolución específica del delito generó modificaciones en la legislación penal que fueron consolidando lo que hoy se conoce como el paradigma de la prevención.<sup>33</sup>

Ya en 1985 Jakobs señala la insuficiencia de las herramientas conceptuales disponibles para describir adecuadamente las significativas variaciones que estaban teniendo lugar en la legislación penal alemana. Es entonces cuando reintroduce el polémico concepto de *enemigo* en la teoría penal para dar cuenta de una cierta propensión en la legislación hacia *la criminalización en el estadio previo a la lesión de un bien jurídico*.<sup>34</sup> Precisamente, en la penalización de los actos preparatorios puede advertirse que se

---

<sup>33</sup> Cfr. Cancio Meliá, M. (2006), «¿Derecho penal' del enemigo?» en: Jakobs, G.; Cancio Meliá, M., *Derecho penal del enemigo*, 2ª Ed., (Editorial Civitas) Madrid, 2006, pp. 85-152.

<sup>34</sup> Cfr. Jakobs, G. (1985), „*Kriminalisierung im Vorfeld einer Rechtsgutsverletzung*“, in: *Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft*, 97 (1985), pp. 751-785. En español: «Criminalización en el estadio previo a la lesión de un bien jurídico», en: *Estudios de Derecho penal*, traducción de Enrique Peñaranda Ramos, (Civitas) Madrid, 1997.

está reconociendo al autor no como a un ciudadano, es decir, como a una persona fiel al derecho, sino como a una fuente de peligro, esto es, como a un enemigo. Al mismo tiempo, Jakobs se muestra como un crítico severo de esta evolución en materia de legislación penal que lejos de fortalecer un Estado de libertades constituye un signo indeleble de su retracción; por lo cual concluye que un derecho penal del enemigo «sólo se puede legitimar como un derecho penal de emergencia que rige excepcionalmente».<sup>35</sup>

Esta actitud crítica apenas si se percibe en su famosa conferencia del año 1999 presentada en el marco de una Jornada de la Academia de Ciencias de Berlín-Brandenburg.<sup>36</sup> Y no es porque de aquí en más Jakobs se declare conforme con el giro que han adoptado los sistemas penales, sino más bien porque como científico comprometido con su tiempo intenta pensar los presupuestos de la juridicidad penal contemporánea haciéndose cargo de sus limitaciones.<sup>37</sup> En este sentido, Jakobs retoma la senda trazada por Hegel cuando afirma en el prólogo a la *Filosofía del Derecho* que la filosofía no es sino su época aprehendida en pensamientos. En este contexto, Jakobs vuelve a utilizar la distinción entre un *derecho penal del ciudadano* y un *derecho penal del enemigo* para describir los cambios en la legislación penal alemana, pero de aquí en adelante los incorpora también a su teoría como dos

---

<sup>35</sup> Jakobs, 1985, p. 238.

<sup>36</sup> Jakobs, G. (2000), „Selbstverständnis der Strafrechtswissenschaft vor den Herausforderungen der Gegenwart (Kommentar)“, in: Eser, A.; Hassemer, W.; Burkhardt, B. (Hg.), *Die deutsche Strafrechtswissenschaft vor der Jahrtausendwende. Rückbesinnung und Ausblick*, Beck, München, pp. 47-56. En español: «La ciencia del derecho penal ante las exigencias del presente», en: *Dogmática de derecho penal y la configuración normativa de la sociedad*, traducción de Teresa Manso Porto, (Civitas) Madrid, 2004, pp. 27-50.

<sup>37</sup> Cfr. Jakobs, G., (2006), „Feindstrafrecht? Eine Untersuchung zu den Bedingungen von Rechtllichkeit“, in: HRRS 8/2006, p. 289 ss. En español: «¿Derecho penal del enemigo? Un estudio acerca de los presupuestos de la juridicidad», en: Cancio Meliá, M.; Gómez-Jara Diez, C. (Coord.) (2006), *Derecho penal del enemigo*. El discurso penal de la exclusión, (Euro Editores) Buenos Aires, 2006, p. 95.

tipos ideales o tendencias que se verifican en un mismo contexto jurídico-penal.<sup>38</sup>

El derecho penal del enemigo surge ante la necesidad de brindar a los ciudadanos una cierta garantía cognitiva respecto de la validez del derecho en un Estado que comienza a ser percibido como crecientemente vulnerable. Como es sencillo constatar, a la gran mayoría de los ciudadanos no les basta para sentirse seguros con saber que determinadas acciones están penadas por ley sino que además requieren contar con alguna certeza respecto de la improbabilidad de su ocurrencia. Por ello, el derecho penal del enemigo surge como un dispositivo de defensa frente a posibles agresiones futuras y no para castigar acciones pasadas. Como ejemplo de esta evolución, Jakobs menciona numerosas leyes e institutos penales –que resulta ocioso enumerar aquí en detalle– pero que comparten las siguientes características: 1) anticipación de la punibilidad, 2) ausencia de reducción de pena para dicha anticipación, 3) pasaje hacia una legislación de *lucha* para combatir la delincuencia, y 4) supresión de determinadas garantías procesales.<sup>39</sup> Todos ellos resultan impropios del trato del Estado para con sus ciudadanos en plena vigencia de un *estado de derecho*. Como observa Jakobs: «Con este lenguaje –adelantando la punibilidad, combatiendo con penas más elevadas, limitando las garantías procesales–, el Estado no habla con sus ciudadanos, sino que amenaza a sus enemigos».<sup>40</sup>

El término ciudadano es utilizado aquí como sinónimo de persona jurídica o de persona. Una sociedad puede considerar ciudadano sólo a aquel que justifica una expectativa de comportamiento conforme al derecho, es decir, a quien orienta su conducta en ge-

---

<sup>38</sup> Cfr. Jakobs, G. (2004b), „Bürgerstrafrecht und Feindstrafrecht“, in: HRRS 3/2004, pp. 88-95. En español: Jakobs, G.; Cancio Meliá, M., *Derecho penal del enemigo*, 2ª Ed., traducción de Manuel Cancio Meliá (Editorial Civitas) Madrid, 2006, pp. 21-56.

<sup>39</sup> Cfr. Jakobs, 2000, pp. 43-44.

<sup>40</sup> Jakobs, 2000, pp. 44.



neral por las normas establecidas y en esa medida es parte de la sociedad misma. Si en un caso específico no lo hace y delinque, la sociedad reacciona con la pena ante el quebrantamiento de la norma, de tal manera que el contenido comunicativo de la sanción penal consiste en que el acto delictivo no debe ser tenido como modelo y que la norma violada sigue siendo vinculante. Pero esta confirmación de la configuración normativa de la sociedad sólo tiene sentido si su identidad ha sido impugnada desde adentro, es decir, por uno de sus miembros. Distinto es el caso cuando las normas son quebrantadas por individuos que están afuera de la sociedad, porque para ellos esas normas no son vinculantes a causa, precisamente, de su no pertenencia. Aquí ya no es posible alcanzar mediante la pena una rehabilitación del reconocimiento de las normas ni la confirmación de la identidad normativa de la sociedad. Estas alteraciones sólo pueden ser resueltas de manera cognitiva, eliminando, neutralizando o disminuyendo la fuente de peligro.<sup>41</sup> Para los autores de dichas alteraciones, de quienes, a diferencia de los ciudadanos, no cabe esperar ninguna cimentación cognitiva de su fidelidad al derecho, y que en esa medida representan una fuente de peligro constante para la sociedad, Jakobs tiene reservado el término de «enemigo».

La distinción entre «ciudadano» y «enemigo» aparece también reflejada en dos dimensiones diversas de la pena en tanto coacción. Por un lado, la coacción penal porta un significado comunicativo: contradice el quebrantamiento de la norma a manos del autor y con ello lo toma en serio como persona, al tiempo que reafirma la configuración normativa de la sociedad. Por otro lado, produce un efecto físico de aseguramiento frente al autor al confinarlo como individuo peligroso.<sup>42</sup> Esto último supone un grado parcial de despersonalización en la medida en que el autor resulta heteroadministrado por el Estado; heteroadministración que, en

---

<sup>41</sup> Cfr. Jakobs, 2008a, pp. 116-117.

<sup>42</sup> Cfr. Jakobs, 2004b, pp. 24-25.

casos extremos, puede conducir incluso a la pérdida completa de su estatus de persona.<sup>43</sup> No obstante, debe tenerse presente que esta es la necesaria consecuencia de la divergencia de propósitos que persiguen ambas modulaciones del derecho penal: si el propósito del derecho penal del ciudadano consiste en garantizar la vigencia del ordenamiento jurídico; el derecho penal del enemigo apunta, en cambio, a afianzar la seguridad con medidas de defensa frente a riesgos.<sup>44</sup>

## V

Ahora bien, como puede observarse, la percepción ciudadana de una creciente vulnerabilidad del Estado frente al nuevo panorama delictivo, que resulta de -y a su vez redundando en- su creciente pérdida de eficacia material y simbólica, impulsa en los estados democráticos contemporáneos una transformación de la legislación penal que mina las bases del *estado de derecho* con el fin de garantizar su vigencia. Dado que ya no puede ser una prestación del Estado brindar una cimentación cognitiva de las normas, sino que queda en manos de cada ciudadano ofrecer una garantía suficiente de su fidelidad al derecho, de modo tal que pueda ser considerado como persona y no como una fuente de peligro, se verifica una cierta inversión del principio de presunción de inocencia: «todos somos sospechosos a menos que demostremos lo contrario». Pero no todos lo somos en igual medida. Un individuo educado con un trabajo estable que proviene de una familia acaudalada, lo es menos que otro con escasa instrucción, sin trabajo

---

<sup>43</sup> Cfr. Jakobs, 2008b, pp. 16-17.

<sup>44</sup> Cfr. Jakobs, G. (2005), „Terroristen als Personen im Recht“, in: ZStW 117, 839-851. En español: «¿Terroristas como persona en derecho?», en: Cancio Meliá, M.; Gómez-Jara Diez, C. (Coord.) (2006), *Derecho penal del enemigo*. El discurso penal de la exclusión, traducción de M. Cancio Meliá, (Euro Editores) Buenos Aires, 2006, pp. 85-86.

reconocido y que vive en una zona marginal. Algo semejante ocurre con las verdaderas diferencias culturales que imperan en sociedades sometidas a procesos de inmigración masiva: resultan menos sospechosos quienes se guían por los valores, usos y costumbres socialmente establecidos, que quienes conservan los patrones de comportamiento propios de su cultura de origen, aún cuando al hacerlo no quebranten ninguna norma vigente. Esto último implica un grave problema de difícil resolución: los individuos menos favorecidos en la distribución de bienes materiales y simbólicos son aquellos que más dificultades tienen en brindar garantías cognitivas suficientes de su fidelidad al derecho y, en consecuencia, acceder al estatus de ciudadano. Paradójicamente, estos mismos sectores de la población son los que, en general, alientan y apoyan a los partidos políticos que bregan por la introducción de legislaciones penales más duras y preventivas, porque a causa de su vulnerabilidad están mucho más expuestos a los estragos del narcotráfico, la criminalidad organizada y el terrorismo.

Desde el punto de vista teórico, la mera introducción de la distinción entre «ciudadano» y «enemigo» para describir las nuevas tendencias en la legislación penal, revela hasta qué punto en una problemática estrictamente jurídica se despliegan cuestiones profundamente filosóficas como la legitimidad del aparato de administración del Estado para intervenir en la esfera de privacidad de los ciudadanos, si con ello se optimiza la protección de bienes jurídicos como la seguridad ciudadana. También pone de manifiesto que en el paradigma de la prevención quedan socavadas ciertas pretensiones de universalidad relativas al carácter intangible de la privacidad y autonomía de las personas que subyacen a un estado de derecho democrático. Sin embargo, la utilización del concepto de derecho penal del enemigo para describir una serie de regulaciones penales que ya forman parte de cierta «normalidad» institucional -y no meramente como un derecho de emergencia-

invita a reflexionar sobre la relación que mantienen las sociedades jurídicamente organizadas según los lineamientos de un estado de derecho democrático con quienes no forman parte de ellas y se resisten a hacerlo, sean éstos terroristas ideológicamente motivados, marginales económicamente excluidos o delincuentes recurrentes que adoptaron la criminalidad como forma de vida. Esto no sucede cuando uno se enfrenta a discursos que reniegan obstinadamente de este concepto por su connotación bélica, sin que ello de lugar a una explicación alternativa de la realidad socio-jurídica que su introducción permite describir de manera satisfactoria. En este sentido, las posiciones principistas que se empeñan en defender a *ultranza* los valores que están a la base del moderno estado de derecho liberal, lejos de resolver los problemas que aquejan a los Estados democráticos actuales, renuncian de plano a pensarlos seriamente.

Por todo lo dicho, la obra de Jakobs se presenta como una referencia ineludible para el abordaje problemático de estos tópicos. En ella se asume de manera conciente el desafío de reflexionar acerca de las inevitables presuposiciones filosóficas que constituyen el fundamento contrafáctico de la pena, incluyendo la tipificación de los actos punibles, teniendo en cuenta que estos presupuestos determinan en última instancia la manera de concebir al derecho penal en general y los límites de su juridicidad en particular. Al mismo tiempo, permite tomar conciencia de las diferentes tendencias y modelos teóricos que operan en la legislación penal contemporánea, lo que habilita una comprensión más compleja y fecunda de los problemas que deben enfrentar no sólo los diversos sistemas jurídico-penales en la actualidad sino también los estados de derecho democráticos en condiciones estructurales de vulnerabilidad estatal.

\* \* \*

Las conversaciones que se presentan a continuación tuvieron lugar en la primavera boreal del 2011 en el marco de una estadía de investigación que, gracias al apoyo financiero de la Fundación Konrad Adenauer, tuve oportunidad de desarrollar en el Seminario de Filosofía del Derecho de la Universidad de Bonn. Deseo agradecer muy especialmente al Prof. Dr. Günther Jakobs su excelente predisposición para discutir conmigo estos temas así como su autorización para que nuestro intercambio de ideas pueda ser publicado. También debo un agradecimiento especial al actual director del Seminario, Prof. Dr. Rainer Zaczek, quien me ha ofrecido condiciones de trabajo inmejorables y a Nathalia Bautista Pizarro por su amable colaboración durante la estadía. Quiero expresar además mi gratitud para con Ezequiel Malarino y Daniel Pastor por haberme alentado y apoyado en este proyecto, como así también para con Andrés Di Leo Razuk, Martín D'Ascenzo, Alejandro Bonomo, Mariela Pareta y Noelia Juárez, que son mis interlocutores permanentes para discutir estas cuestiones en la cátedra de Filosofía del Derecho de la Universidad Nacional de La Matanza.

*San Justo, 24 de febrero de 2012.*



## LOS PRESUPUESTOS FILOSÓFICOS DEL DERECHO PENAL CONTEMPORÁNEO

### PRIMERA PARTE

#### Sobre el funcionalismo penal y el pensamiento viejo-europeo

*Bonn, 14 de junio de 2011*

Mizrahi: Le formulo mi primera pregunta: ¿Por qué considera que el derecho penal actual se comprende y fundamenta mejor desde una teoría sistémica de la sociedad que a partir del iusnaturalismo, de la ética discursiva o bien del mero positivismo? ¿Cuál es el aporte singular del funcionalismo al respecto?

Jakobs: En realidad no creo que el funcionalismo al estilo de Luhmann, o la teoría de los sistemas al estilo de él, ofrezca gran cosa para el derecho penal. Si lee las obras de Luhmann, la *Sociología del derecho*, de su obra temprana, o más tarde *El derecho de la sociedad*, y por último *La sociedad de la sociedad*, verá que de derecho penal habla poco y nada. De manera que no creo que el funcionalismo sea tan importante para la comprensión del derecho penal. Muchas cuestiones del derecho, incluyendo el derecho penal,

---

\* La desgrabación y traducción al español de las conversaciones estuvieron a cargo de Lorenzo Langbehn.

se pueden exponer muy bien a partir de la concepción tripartita de la *Filosofía del derecho* de Hegel: el «Derecho abstracto», la «Moralidad», es decir, la teoría de la imputación, y por último la «Eticidad» en donde se presenta una teoría de la pena muy similar a la de la prevención general, que se encuentra en los parágrafos 209 y siguientes, allí Hegel explica que una sociedad que se siente segura de sí misma puede aplicar penas más leves. Esto produce la curiosa paradoja de que mirar el delito como un acto dirigido contra el Estado puede llevar a la indulgencia y no a la severidad. De modo que hay que dejar claro que el derecho cumple una función en la sociedad, que en el fondo constituye la estructura normativa de la sociedad, y que el acto delictivo pone en peligro esa estructura. Y que, si se interpreta comunicativamente el acto delictivo, la pena es una respuesta a él. Pero en este caso, queda por explicar por qué la respuesta se realiza mediante el dolor, mediante algo ingrato. Eso es lo que intenté hacer en mi artículo «La pena estatal: significado y finalidad»,<sup>45</sup> usted lo conoce. Me objetaron que eso era incorrecto desde el punto de vista de la teoría de los sistemas, porque la pena, en la medida en que sea interpretada como dolor, no constituye una comunicación. Yo no creo que sea así. El hecho de que para la teoría de los sistemas de Luhmann la sociedad sea comunicación no implica que solo pueda haber comunicación acerca de la comunicación. También puede haber comunicación acerca de cosas silenciosas, como por ejemplo: que llueve o, precisamente, que la pena duele.

M: Le iba a hacer otra pregunta acerca de su enfoque que partiría de la teoría de los sistemas, pero ahora resulta que...

J: ... que lo de la teoría de los sistemas no es tan así.

M: Sí. Así que reformulo esa pregunta. En 1995 usted escribió un artículo titulado «El derecho penal entre el funcionalismo y el pen-

---

<sup>45</sup> Cfr. Jakobs, 2004a.



samiento 'viejo-europeo'. O: ¿Una despedida del derecho penal 'viejo-europeo'?». <sup>46</sup> Cuando leí el artículo no me quedó claro en qué sentido se estaría produciendo una despedida del pensamiento 'viejo-europeo', de sus conceptos y categorías.

J: Efectivamente, la despedida no es tan enérgica y definitiva. A mi entender, lo único que mostré en esa conferencia es que aplicando el pensamiento funcionalista se obtienen algunos resultados interesantes en lo que concierne a la pena. Y que, por ejemplo, la doctrina de la conducta prohibida, como parte de la doctrina de la imputación, recibe una explicación mejor desde el funcionalismo. Se la explica como una distribución de la responsabilidad relativa a determinados fines. Y lo que sostengo con absoluta convicción es que el concepto de culpabilidad es un concepto funcional. Concretamente, que el concepto de culpabilidad resume la posibilidad de resolver el conflicto mediante la pena, y no de otro modo. Eso lo escribí en uno de mis primeros artículos, «Culpabilidad y prevención», <sup>47</sup> y lo mantengo hasta ahora. No se puede explicar el concepto de culpabilidad psicologizándolo, y tampoco de manera puramente filosófica. Es necesario considerar la función de la condena de un culpable en una sociedad concreta. Por ejemplo, podemos disculpar al que hace algo por necesidad –artículo 35 del Código Penal alemán: estado de necesidad disculpante, necesidad existencial–. <sup>48</sup> Pero si todo un pueblo sufre necesidad existencial, no hay disculpa. ¿Por qué? Porque en ese caso se volvería imposible administrar a ese pueblo, la disculpa solo es posible en casos aislados. El único modo de explicar esto es con una teoría funcional. En esto no coincido con Roxin, cuando afirma que también se lo puede explicar de otro modo. En ese sentido pienso que el funcionalismo es útil. Pero fíjese, Mizrahi, siem-

---

<sup>46</sup> Cfr. Jakobs, 1995.

<sup>47</sup> Cfr. Jakobs, G. (1976), *Schuld und Prävention*, Mohr, Tübingen, 1976. En español: «Culpabilidad y prevención», traducción de C. Suárez González, en Jakobs, Günther, *Estudios de derecho penal*, traducción y estudio preliminar de Peñaranda Ramos, E., Suárez González, C. y Cancio Meliá, M., (Civitas) Madrid 1997.

<sup>48</sup> StGB (Strafgesetzbuch) § 35 Entschuldigender Notstan.

pre es así con todo trabajo interdisciplinario: no se puede simplemente tomar el pensamiento de otra disciplina y transferirlo, hace falta recortarlo y repensarlo para hacerlo encajar en el propio sistema.

M: Sí, seguro. Pero por ejemplo: la teoría de la pena de Hegel sin su trasfondo metafísico, ¿es la misma o se transforma en algo completamente diferente?

J: Todo el trasfondo metafísico no es necesario, pero sí es necesaria una valoración positiva del Estado. De lo contrario, Hegel no sirve para nada. O sea, si decimos: llegamos hasta la sección «sociedad civil», en tanto que sociedad adquisitiva, y lo que viene después sobre el Estado, es decir, que el Estado es el reino de la libertad realizada, ya no lo consideramos, entonces puede tirar a Hegel a la basura.

M: Entonces usted toma algo de Hegel, algo de Kant y algo de...

J: ... de Kant poco.

M: Pero sí utiliza la distinción entre *homo phaenomenon* y *homo noumenon*, ¿no es cierto?

J: Sí, correcto, eso sirve para explicar algunas cosas, pero veo menos puntos que se puedan retomar de Kant que de Hegel. Hay que ver que Kant tampoco tuvo mucho éxito en lo que se refiere a la teoría penal. Feuerbach hace referencia a él, pero modifica completamente la teoría kantiana de la pena. Hace una teoría de la intimidación penal, y de ningún modo está dispuesto a defender la ley del Talión como medida para la pena. Últimamente hay una discusión iniciada por Joachim Hruschka, por ejemplo en el último número de la ZStW,<sup>49</sup> y según él,

---

<sup>49</sup> Cfr. Hruschka, J. (2010), „Die ‘Verabschiedung’ Kants durch Ulrich Klug im Jahre 1968: Einige Korrekturen“, ZStW 122, N° 3 (2010), pp. 493-503.

si se entiende correctamente a Kant, la ley del Tali3n solo representa una oposici3n al pensamiento utilitario de la Ilustraci3n, pero Kant no habr3a dicho que debe colmarse la medida del Tali3n, sino 3nicamente que no debe superarse. Yo no lo creo as3. Sin duda, Hruschka es un gran conocedor de la literatura de la Ilustraci3n, de manera que no se puede tomar a la ligera lo que 3l diga. Pero cuando Kant dice: «Mas si ha matado, debe morir, pues no hay sustituto para la justicia», no dice «a lo sumo debe morir», sino precisamente «debe morir». Pero es as3 como usted dice: si se elimina toda la metaf3sica, la teor3a cambia.

M: Con esto podemos pasar a la pregunta que sigue. Me refiero a su interpretaci3n de la categor3a de persona. Usted dice: «Quien infringe la ley no realiza el acto porque es persona, sino porque ha permanecido subdesarrollado como persona, vale decir, de manera 3nicamente formal»...

J: S3. La persona se define en base a deberes y derechos, y si no se cumple con los deberes, en ese punto no se es persona. Se es persona solo en sentido formal, pero no materialmente.

M: ¿Qu3 quiere decir eso? ¿Significa que para usted la persona puede desarrollarse en tanto persona? ¿No se trata acaso de una construcci3n normativa? Quiero decir: no 3nicamente... Pero s3 en tanto destinataria de expectativas normativas que se dirigen al portador de un rol. ¿O es que «formal» se refiere finalmente a un error de la sociedad, que ha tratado como persona a un individuo que no deber3a haber sido tratado como tal?

J: No, la sociedad puede incluso haber contado con que 3ste infringiera la norma. No necesariamente tiene que haber un error. Por ejemplo, en el caso de los reincidentes, muchas veces uno se equivoca cuando en un momento dado *dejan de reincidir*, mientras que por lo general no se comete una equivocaci3n al presumir que

continuarán reincidiendo. El delincuente contradice la norma, y una persona que es materialmente tal, es decir, una persona que se conduce como persona, no contradice la norma.

M: O sea que la persona para usted es meramente una máscara.

J: La persona es una atribución, sí. El caso donde se ve más claro es en la persona jurídica, que es una pura construcción del derecho.

M: Pero ¿cuál es la relación con el sujeto? ¿Éste se desarrolla para devenir persona, o la persona no es más que una mera atribución?

J: Sí, el sujeto puede devenir persona en el sentido de que acepta ser tratado como persona. De hecho, si así no lo hace no lo llamaría sujeto. Cuando la persona que actúa es, a la vez, alguien que acepta ser tratado como persona, yo le aplico la denominación de sujeto. Pero esta terminología no es uniforme, es sumamente variable. Si la persona no acepta ser tratada como tal, le aplico el nombre de individuo. En este caso, la persona es formal, no pasa de ser una mera atribución que no tiene efecto sobre la conducta.

M: ¿Entonces la persona no es un esquema interpretativo?

J: Sí, también lo es.

M: ¿Completamente diferente del individuo?

J: El individuo es el ser humano como entidad biológica. Se es persona cuando se tiene algún tipo de derechos y de deberes, es decir, a partir de concluido el nacimiento. Esa es la definición de persona en nuestro orden jurídico. Y la persona puede ser más o menos amplia. Por ejemplo, un niño de seis años es una persona en tanto que otros no deben lesionarlo. Es persona en la medida en que tiene derecho a

que sus padres se ocupen de su educación. También es persona en la medida en que no debe lesionar a otros, si bien no es una persona desde el punto de vista penal ya que no puede recibir una pena. Se le puede impedir que actúe, si anda atacando a otros con un cuchillo, pero no puede recibir una pena. Y ante todo, no es todavía una persona política, un ciudadano con derecho a voto. Eso vendrá más adelante. La personalidad que se desarrolla puede ser más o menos amplia. Por ejemplo, la canciller de la república tiene muchos atributos personales que yo no tengo. Yo la puedo votar o no, mucho más no puedo hacer. Ella puede realizar actos de gobierno. Yo, en cambio, cuando estaba en actividad, podía tomar exámenes: eso la canciller no puede hacerlo. Éramos personas de diferente amplitud, cada cual en un ámbito diferente. Hay personas muy grandes y muy pequeñas, y también personas que son puros artificios jurídicos. Y para el caso de la persona jurídica se suscita el problema de que, en realidad, solo es persona formalmente. Hubo una larga discusión, en la teoría del Estado como persona jurídica, acerca de cómo concebir un acto antijurídico del Estado. En los años 20, y también antes de la Primera Guerra Mundial, se discutió mucho ese tema, porque se decía que si el acto era antijurídico, el órgano estatal no tenía competencia para realizarlo. Pero si no ha sido realizado por un órgano competente, no es un acto del Estado. Finalmente el problema se resolvió diciendo «dejemos de lado toda esta discusión, pero supongamos que, a los fines de la responsabilidad civil, se trata de un acto del Estado». Y así es que en el artículo 839 del Código Civil alemán<sup>50</sup> tenemos la responsabilidad civil del Estado por los actos ilícitos de sus funcionarios, y en el artículo 31 la responsabilidad de las personas jurídicas por los actos ilícitos de sus órganos.<sup>51</sup> No obstante, jurídicamente sigue sin aclararse si efectivamente se trata de actos de la persona jurídica, o si ésta solamente asume la responsabilidad civil, como si se dijera «si tienes

---

<sup>50</sup> BGB (Bürgerliches Gesetzbuch) § 839 Haftung bei Amtspflichtverletzung.

<sup>51</sup> BGB § 31 Haftung des Vereins für Organe.

algo tan peligroso como un órgano, debes responder por sus faltas». Sin embargo, no deja de ser difícil sostener que se trata de actos del órgano, porque el órgano no es competente para realizarlos.

M: Ahora le voy a hacer una pregunta bastante polémica. Muchos argentinos que conozco, estudiosos del derecho, consideran que su teoría del derecho penal desde un punto de vista ideológico es demasiado conservadora, por no decir directamente fascista. En contra de esta descripción, a mi entender superficial y falsa, cabe responder que si se habla de la pena como afirmación de la identidad normativa de la sociedad que permite mantener determinadas expectativas normativas, o si se habla del enemigo como fuente de peligro que cognitivamente no ofrece garantías mínimas, esto no define ideológicamente un contenido de las normas o de los valores prevalecientes en la convivencia social. Ambas definiciones se ajustan tanto a un Estado liberal como a uno totalitario. ¿Su teoría del derecho penal se podría describir, por consiguiente, como una teoría pura del derecho penal?

J: Sí, efectivamente. Mi definición la puede aplicar tanto a un estado liberal como a uno totalitario. Pero fíjese Mizrahi, eso lo puede hacer también con la doctrina de la protección de los bienes jurídicos. En este sentido, muchos están bastante desorientados. En la época del fascismo había una teoría, de Klee, un importante nazi, que dijo: «apliquemos la doctrina de la protección de los bienes jurídicos al fascismo». El bien jurídico supremo pasó a ser la vida del Führer y la pervivencia del partido nacionalsocialista. Esto también se puede hacer. Decir, como Hassemer, que la protección de los bienes jurídicos es intrínsecamente liberal, mientras que la protección de las normas puede tener cualquier contenido, es falso. Es sencillamente falso. Eso es una trivialidad.

M: ¿Y usted, en este sentido, describiría su teoría del derecho penal como una teoría pura del derecho penal? ¿Aspira a tener validez más allá de toda ideología?

J: No, la teoría del derecho penal también contiene una porción de política jurídica. Una teoría del derecho penal puramente formal no sirve de nada. Yo hago teoría del derecho penal para un ordenamiento jurídico que tenga una estructura relativamente similar al de la República Federal de Alemania. Por otra parte, también es lo que hace Knut Amelung. Amelung ha dicho en su libro *Protección de bienes jurídicos y protección de la sociedad*<sup>52</sup> que su punto de partida es el marco de nuestra constitución, y que define lo que es pernicioso para la sociedad en función de ese marco. Yo diría que hago aproximadamente lo mismo. Por mi parte, no tomaría la constitución como algo tan fijo como lo hace Amelung, sino más bien como fluctuante, pero esa sería mi posición. En ese sentido, la doctrina de la protección de los bienes jurídicos no aporta nada, y por el contrario, no hay que perder de vista que también bajo el nacionalsocialismo estaba en parte aceptada. Una cuestión completamente diferente es la que se refiere al derecho penal del enemigo. El derecho penal del enemigo apunta a lo siguiente: nosotros hemos establecido determinadas instituciones normativas. La canciller de la república. El rector de la universidad. Un profesor. Y también cualquier norma es una institución normativa. La prohibición de matar. Pero también es una institución normativa la persona como portadora de derechos y deberes. Y ahora se trata de entender que el derecho no es sólo una cosa pensada, sino algo que tiene que ser practicado realmente en la sociedad presente. Es lo que yo llamo la fuerza orientadora del derecho. Y el derecho no tiene fuerza orientadora simplemente por ser normativo, sino que además necesita lo que yo llamo una cimentación cognitiva. O sea, si un tribunal se deja sobornar una y otra vez, nadie va a iniciar una causa en ese tribunal. Si la canciller de la República se la pasa durmiendo, nadie se va a guiar por los actos de esa canciller, y se va a terminar eligiendo a otro. Si una norma es

---

<sup>52</sup> Cfr. Amelung, K. (1972), *Rechtsgüterschutz und Schutz der Gesellschaft*, Athenäum, Frankfurt/M, 1972.

infringida una y otra vez, nadie confía en la validez de esa norma. Por ejemplo, en Alemania prácticamente nadie confía en que una bicicleta que usted deja en la estación de tren no será robada. Todas las bicicletas tienen candados tan robustos que salta a la vista que se las está asegurando cognitivamente, no solo normativamente. Nadie dice: «basta con que esté prohibido robar», sino que hay que ocuparse de que además no sea posible robar. Yo tengo tres hijos, así que he pagado suficientes bicicletas para poder decírselo. Y la persona también es una institución normativa. Si la persona no se conduce como persona, no se la puede tratar como tal. El ejemplo más claro en nuestro ordenamiento jurídico es la custodia de seguridad. Pero en general, nadie va a andar por la vida viendo la cosa de manera puramente normativa. Si sé que una persona ha malversado dinero en dos ocasiones, no la contrato como tesorero. Le daré trabajo de jardinero o de chofer, pero no le voy a decir «administra mi dinero».

M: Usted varias veces citó el ejemplo del pedófilo.

J: Sí.

M: ¿Y qué pasa con el ejemplo de la Iglesia católica? Hay escándalos con curas pedófilos en todo el mundo, y sin embargo la gente sigue confiando...

J: Pero el Papa, muy justamente, dijo que no era admisible que aquellos que han tenido episodios de pedofilia simplemente cambien de institución y sigan trabajando con niños. Eso no puede ser así. Dicho sea de paso, en Alemania no fue solo la Iglesia católica, sino también la evangélica, y en especial estuvieron involucrados algunos colegios muy renombrados. Por ejemplo el Odenwaldschule. El Odenwaldschule, junto con el colegio Salem, es seguramente uno de los más famosos de Alemania, y ahí la cosa fue particularmente grave.



M: ¿Y cómo funciona en estos casos la cimentación cognitiva y el mantenimiento de las exigencias normativas?

J: Esas personas deben ser excluidas de la institución en la que tienen trato con niños. Y además, como demostración de la validez de la prohibición del estupro, deben ser castigadas. El director del Odenwaldschule vivía junto con el pedagogo más conocido de Alemania, Hartmut von Hentig; ellos mantenían una relación, y el resto puede imaginárselo. Todo eso no lo sabían quienes les confiaban a sus hijos. Pienso que el que no ofrece una garantía cognitiva mínima no puede ser tratado como persona, en un determinado punto, aunque ciertamente puede tratarse de un aspecto parcial. Si por eso hay que llamarlo enemigo, es otra cuestión. Pero sí puede afirmarse que se trata de un enemigo, cuando es necesario reaccionar como en el caso de la custodia de seguridad, o como con los miembros de organizaciones terroristas. O también, justamente, en el caso de algunos delincuentes sexuales múltiples, violadores reincidentes. En el caso de un ladrón reincidente yo no necesariamente hablaría de enemigo. Es una cuestión opinable.

M: No quería entrar ahora en esta discusión acerca del derecho penal del enemigo. He leído tanto al respecto que creo que su posición me queda bastante clara. Quizá en otro momento...

J: A mí lo que me fastidia es que haya gente que pretende que esas son consecuencias que surgen del funcionalismo. Los otros tampoco pueden eludir esas consecuencias, a lo sumo pueden darles otro nombre.

M: Hablemos de Argentina. Usted ha estado en Argentina, por lo menos dos veces, hasta donde yo sé...

J: Más. La primera vez que estuve fue con Enrique Bacigalupo, en un homenaje a Jiménez de Azúa. Y después fui dos veces a visitar a

Marcelo Sancinetti, y estuve en Mendoza en lo de Ricardo Basílico. Pero además estuve en Santa Fe, en lo de Enrique García Vitor, que falleció hace poco, y en Corrientes. Así que en total estuve en Argentina como mínimo cuatro veces, y probablemente más.

M: Entonces sabe que nuestra realidad es completamente diferente de la de aquí. El 70% de los presos pertenecen a los estratos más bajos de la sociedad. Aproximadamente el 67% se encuentran con prisión preventiva. Si un sistema penal funciona así, ¿qué consecuencias pueden esperarse para la sociedad? ¿Cómo describiría usted, desde el punto de vista de la teoría de los sistemas, una eficacia del derecho como esa?

J: Bueno, la alemana tampoco es tan brillante, por eso es que no está presa la clase media, sino mayormente la clase baja, y cada tanto algún famoso que cometió un delito económico grave. Pero estimo que aquí también el 70% de los presos provienen de las capas más bajas, en eso no hay mucha diferencia.

M: Solo que en nuestras cárceles el 67% de los presos está con prisión preventiva, que puede durar años.

J: Eso sí es diferente aquí. La prisión preventiva es más breve, tiene plazos estrictos, si no, el preso queda en libertad. Y además la clase baja es menos indigente que allá. Ustedes tienen gente más pobre y menos instruida de la que hay acá. De manera que pienso que lo que allá se llama clase baja es otra cosa que lo que aquí se llama así. Pero también nuestra clase baja está en las prisiones.

M: Ahora, la pregunta es, con un sistema penal así, cuál es el efecto sobre la sociedad.

J: Luhmann lo calificaría de exclusión.

M: ¿Eso quiere decir que a los pobres hay que excluirlos y meterlos en prisión? (risas)

J: Hay un lindo artículo de Luhmann sobre la inclusión y la exclusión. También dice algo parecido en *La sociedad de la sociedad*. Lo que dice Luhmann es que aquel que es excluido radicalmente en un punto, que no tiene dinero, pronto se queda sin vivienda, deja de tener pareja, sus hijos no pueden asistir a la escuela... la exclusión tiene la tendencia a ir en aumento, diría Luhmann. Y creo que tiene razón.

M: ¿Y cuál sería la fuerza orientadora de la norma en el contexto de esa exclusión masiva?

J: Yo hablaría de exclusión únicamente cuando a alguien se le quita un derecho sin que ello sea justificable frente a esa persona. Si no, hablaría solo de despersonalización. Pero es debatible, es una cuestión terminológica. Pero le doy la razón a Luhmann cuando dice que la exclusión tiene tendencia a aumentar.

M: Una pregunta más sobre Argentina. Argentina, si se me permite esta descripción de mi país, es un país donde todo es «más o menos así, pero no del todo». Es muy problemático en cuanto al sistema jurídico y al poder de orientación de las normas que la brecha entre las normas escritas y la realidad socialmente vigente...

J: Es mayor que aquí.

M: Así es. No obstante, cuando alguien es damnificado a raíz de una transgresión de las normas, para la justicia penal solo debería tener validez la norma escrita, que la mayoría de las personas conoce pero no acata. Entonces la pregunta es: ¿un sistema jurídico semejante puede ofrecer una cimentación cognitiva? ¿Las normas positivas, habitualmente vigentes, conservan su potencial orientador?

J: Esa es la cuestión. Cuando estoy en Argentina, mis colegas siempre me advierten que no tome un taxi yo solo. Dicen que suele ocurrir que a los cien metros el taxi se detiene, se suben dos individuos o más y le roban a uno la tarjeta de crédito, etc. Entonces mis colegas siempre me aconsejan que solo tome taxis en compañía de un argentino, sin excepción. Ahí falta la cimentación cognitiva. Eso es evidente. Pero que falte la cimentación cognitiva solo significa que uno no puede tomar la norma como orientación. Pero no que la norma como tal deje de tener vigencia. Solo que no vale en la vida práctica. Aquí, por ejemplo, uno no puede tomar como orientación que si deja una bicicleta sin candado no será robada. Pero si, no obstante, la dejo sin candado y el ladrón es apresado, recibe un castigo. No está permitido llevarse una bicicleta por más que esté sin candado. Solo que nadie toma eso como orientación.

M: Cada vez me resulta más difícil entender cómo funciona eso, es decir, el poder de orientación de la norma.

J: Hace veinte años el consumo de cocaína era absolutamente corriente en los círculos artísticos. Sin embargo, si los pescaban, recibían un castigo. Hubo un caso famosísimo de un pintor muy conocido en Dusseldorf que armó una fiesta con mucha cocaína. Recibió un castigo. Era un hombre anciano, enfermo, de manera que recibió una pena leve, pero desde luego que recibió una pena. Aunque nadie tuviera la expectativa de que los artistas no se drogaran.

M: Una última pregunta. ¿Un sistema de derecho penal puede alcanzar la justicia conmutativa en una realidad social en la que no hay justicia social distributiva?

J: No. Es decir, Hegel diría que no. Y yo también. En ese caso, en parte, el derecho penal se aplica de manera completamente externa sobre individuos que no tienen ninguna posibilidad de designarse a sí mis-

mos como personas. En el siglo XIX los Sinti y los Rom –que son pueblos oriundos en parte de Hungría y en parte de otros países del Este– eran llamados gitanos. Los gitanos no eran sedentarios, tenían casas rodantes y se movían de un sitio a otro, y siempre se decía que los gitanos robaban todo lo que se les ponía al alcance. Y en efecto, los gitanos robaban todo lo que podían, porque no tenían el sentimiento de estar robando en su sociedad; les robaban a extraños. Porque no todos los que viven en un territorio tienen la chance de reconocer el orden jurídico como justo. Un niño que fue golpeado por sus padres, que no tuvo ningún tipo de sostén social, que por esa razón fracasó en la escuela ¿cómo va a comprender de pronto, a los dieciséis o diecisiete años, que las normas de la sociedad deben ser acatadas por los sujetos? Para ese niño todo eso es pura coacción, coacción externa, y en cuanto advierte que no será atrapado, se escurre de la coacción y roba, lesiona a otros, hace lo que le dé la gana.

M: ¿Y en el caso de los individuos que en Argentina se crían en las enormes villas miseria? ¿Cómo funciona el sistema jurídico en ese caso?

J: Solo exteriormente. En ese caso el sistema jurídico solo puede actuar exteriormente.

M: ¿Y eso qué significa?

J: Para las personas se trata de pura coacción. Vale decir, no solo sin que ellos se conciban como personas, sino sin que hayan tenido siquiera la oportunidad de concebirse como personas. Es pura coacción, pura domesticación. Ese problema también lo tenemos nosotros, especialmente con personas que vienen de países muy diferentes y que también viven aquí sujetos a una pura coacción. Pero no es tan grave como en su país. Especialmente el problema de las desventajas económicas está mitigado por el hecho de que aquí ofrecemos una garantía mínima para cualquier ser humano.

Cualquiera que esté en Alemania tiene derecho a unos 400 euros, más dinero para una vivienda, para la calefacción, una asignación por hijo, etc. En total recibe aproximadamente lo mismo que un estudiante con beca. No es mucho, es poco. Pero eso sí lo garantizamos, y eso en Argentina no está tan implementado. Tampoco en Estados Unidos, y por eso es que allí tienen una clase baja de la que a nadie se le ocurre esperar que de pronto digan «vamos a participar». En cambio nosotros a todas las clases les podemos decir «en principio podrías tratar de participar».

M: ¿Y usted piensa que estos individuos, pese a todo, deben ser concebidos como personas?

J: Sí, exteriormente actuamos como si fuesen personas, pero sabemos que no tienen chance de concebirse como tales. Al fin y al cabo no podemos decirles «a partir de ahora pueden hacer lo que quieran». Eso en la práctica es imposible. Y por eso el derecho tiene que imponerse también frente a esos individuos, aunque ellos solo puedan percibir esto como coacción. Así como la población judía en la época del fascismo no podía percibir el derecho del fascismo sino como una coacción brutal.

M: Pero éstos eran tratados como enemigos.

J: Eran no-personas. Había una ley de ciudadanía del Reich (*Reichsbürgergesetz*) que les quitaba el estatuto de ciudadanos plenos, se los trataba como...

M: Como ganado, al decir de Fichte.

J: ¿Como ganado? ¡Peor que al ganado se los trataba! Se los mataba sin que hubieran cometido ningún hecho. Fichte califica de ganado al asesino. Pero los judíos no eran asesinos, se los mataba por su

«raza». Eso... no era un orden jurídico: no se los trataba como personas, sino como un trozo de carne con vida. Espantoso. Y los asesinos que pudieron escapar se fueron a Argentina...

M: Eichmann, Priebke... También a Brasil.

J: Y en Brasil, pero también en Argentina, se encontraban con los judíos emigrados.

M: Sí, esa historia la conozco muy bien.

J: Una vez estaba en el Rotary Club de San Pablo y se me presenta un hombre de contextura delicada, muy elegante, que me dice en perfecto alemán: «Goldstein, de la ciudad de Essen». Me sentí avergonzado, avergonzado por mi país. Él había logrado hacerse una buena posición en San Pablo, y tuvo la gran delicadeza de no hacerme notar la injusticia que había sufrido. Desprecio a las personas que dicen que no sabían nada de esa injusticia. Yo al final de la guerra tenía ocho años y sabía. No sabía de la existencia de Auschwitz, a los ocho años, pero sí sabía que les ocurría una injusticia. Por ejemplo, yo vengo de la ciudad de Mönchengladbach, y ahí había una gran hilandería que se llamaba Stern. Y un día dejó de llamarse Stern. Le pregunté a mi madre, veníamos en el ómnibus o en el tranvía: «¿por qué ahí ya no dice *Stern*?». Su respuesta fue: «Callate la boca». Claro, los Stern eran judíos. Mi madre era una evangélica observante, jamás hubiera discriminado a un judío. Pero sabía que no estaba permitido tener contacto con ellos. Y yo, con ocho años al final de la guerra, sabía que a los judíos les ocurrían injusticias, como mínimo que les quitaban sus propiedades. Y después vienen personas adultas a decir que no sabían nada. ¡Por supuesto que todos los adultos sabían que estaba ocurriendo una injusticia! Cualquier adulto conocía, en su entorno más o menos lejano, matrimonios que eran disueltos porque uno de los cónyuges era judío. Eso se sabía.

M: Esas experiencias se parecen mucho a lo que yo he vivido con respecto a la dictadura militar en Argentina. Yo tenía unos once años en 1978, cuando la selección nacional ganó el mundial de fútbol. La gente festejaba en la calle, pero mi padre no quería ir. Yo, muy serio, le pregunté «¿por qué no?», y él me dijo «¡Basta! No hay nada que festejar». No me podía explicar nada, eso habría representado un cierto riesgo.

J: ¿Eso fue en la época de Perón?

M: ¡No, no! Perón fue elegido democráticamente en todos los casos y siempre gobernó democráticamente. Estoy hablando de la época de la Junta Militar.

J: A propósito, hay un musical muy bueno sobre la mujer de Perón.

M: Sí. Con Madonna.

J: Haciendo de Evita, claro. Está muy bien hecho. Claro que es una cosa muy acaramelada, no tiene nada que ver con la realidad.

M: Bueno...

J: ¿Vamos a la ciudad?

M: Vamos a la ciudad.



## SEGUNDA PARTE

### Acerca de la categoría de persona

*Bonn, 16 de junio de 2011*

M: Si lo he entendido bien, para el concepto de persona usted parte de las obligaciones y solo en segunda instancia aparecen los derechos. En *Norma, persona, sociedad*,<sup>53</sup> dice, lo cito: «La constitución de la persona implica derechos solo en forma secundaria, a saber, en la medida en que la persona los necesita para cumplir sus obligaciones».

J: Eso lo escribí de manera muy polémica. Es más bien recíproco: con los derechos vienen las obligaciones, y con las obligaciones vienen los derechos. Yo lo escribí así porque en la filosofía del derecho alemana se habla solamente de los derechos. Entonces me dije: «yo lo voy a definir a partir de las obligaciones». Pero naturalmente la definición correcta siempre incluye derechos y deberes.

M: ¿Y en lo que se refiere a su división tajante entre individuo y persona?

J: Siempre hablo de persona en sentido jurídico, no teológico.

M: Sin duda, pero en lo que se refiere a esa división veo una dificultad: ¿cómo unir las posiciones kantiana y hegeliana?

---

<sup>53</sup> Cfr. Jakobs, 2008a. No hay traducción española. No confundir con la obra que en español lleva el título: *Sociedad, norma y persona en una teoría de un Derecho penal funcional*.

J: Es que Hegel en el capítulo «Derecho abstracto» dice: «sé una persona y trata a los otros como personas». Pero uno bien puede hacer lo contrario. Dicho de otro modo: Hegel concibe una obligación de ser persona. Yo no. Se puede permanecer en estado de naturaleza. Eso lo veo como Hobbes. La obligación de ser persona se encuentra en varios lugares, en Hegel. Por un lado, en el famoso *dictum* «sé una persona». Luego, siempre dentro del Derecho abstracto, en la prohibición del suicidio. Porque el suicidio para Hegel es contrario a derecho; para Kant solo es contrario a la virtud. Y luego, en el capítulo «Moralidad», cuando habla del estado de necesidad. Allí dice: «si está en juego la existencia, puedo tomar un bien menor de otro». Se ve allí que para Hegel hay una obligación de preservarse. Yo pensaría que no es obligación preservarse. Solo si se vive en una situación jurídicamente ordenada es obligación acatar el derecho, que no quiere decir otra cosa que cumplir con las obligaciones que se tienen. Pero a mi entender no existe una obligación de permanecer en este estado. Se puede salir de él, uno puede suicidarse o emigrar a un país donde no haya ningún tipo de derechos.

M: Claro. Pero para Hegel eso sería contrario a derecho.

J: Para Hegel eso no es admisible. Para él, ser persona ya es una obligación, y por consiguiente, hay una obligación de hacerse persona: «sé una persona, concíbete como persona». En Kant la persona es aquel al que se le puede imputar. El concepto de Kant es casi el mismo que el del derecho moderno: el destinatario de la imputación.

M: En Hegel el concepto de persona es un campo de tensión, es decir, encierra una tensión entre la generalidad o indeterminación de la persona y la plena determinación del individuo. Dice: «la persona es lo más alto y lo más bajo». Porque precisamente es esta

unidad de lo infinito y lo finito. Ambos polos pertenecen a la persona, se encuentran entrelazados en el concepto de persona. Y la persona es capaz de soportar esta contradicción. Pero usted se aleja de este concepto hegeliano de la persona, ¿no es así?

J: Sí, sí. La persona indica un destinatario, un destinatario para la atribución. Como en Luhmann. Él incluso llega a hablar de la persona como «forma». Es exagerado lo que dice, también tiene un contenido. Pero yo diría que se trata de un destinatario para la atribución de derechos y deberes. Eso se ve con gran claridad en el hecho de que, además de las personas naturales pueden existir las personas morales, como dicen ustedes, o sea, lo que nosotros llamamos personas jurídicas.

M: Es decir que la persona jurídica viene desde fuera.

J: Es una construcción. Una construcción a los fines de la atribución.

M: Sí, así es como lo había entendido... Al leerlo me parece muy convincente esto de seguir reflexionando acerca de los conceptos de la tradición viejoeuropea.

J: Y es que a mí Kant, Hegel y Fichte me parecen mucho más estimulantes que Dworkin o Rawls.

M: Sin ninguna duda.

J: Aunque estos dos son buenos. No sé si en Alemania tenemos algún filósofo de esa estatura. Quizá Habermas...

M: Yo alguna vez incluso escribí un artículo sobre Rawls, y no creo que se pueda encontrar nada profundo en su obra. Recién en los

años ochenta descubrió la filosofía kantiana. Y lo que trató de hacer con ella...

J: Sí, ése es justamente el problema con Rawls, que cree que a partir de la filosofía kantiana puede fundar solidaridades, ¿no es cierto? Usted conoce el concepto del *veil of ignorance*, del velo de la ignorancia: eso hay que entenderlo críticamente. Además, no estoy seguro de que las decisiones que según él se toman bajo el velo de la ignorancia serían tomadas de la misma manera por todos. Porque me imagino que debe de haber más de uno que diga: «o bien alcanzo la posición del dominador, o bien perezco. No me interesa quedar en el medio».

M: Es una crítica que también se puede formular diciendo que las personas que se encuentran bajo el velo de la ignorancia en el fondo son una sola persona. No hay intersubjetividad, no hay intersubjetividad posible – solo una solución racional. Donde no puede haber disenso, no hay lugar para un consenso.

J: Sí. Lo mismo vale para la teoría del discurso de Habermas.

M: Exacto.

J: Habermas siempre adelanta cuál será el resultado del discurso. ¿Por qué? Porque supone que todos los que actúan discursivamente están dotados de razón habermasiana. Pero en ese caso, podemos prescindir perfectamente del discurso.

M: Claro, un orden trascendental... Y lo mismo en el caso de Apel con su pragmática trascendental.

J: Sí, Karl-Otto Apel intentó dar un fundamento absoluto, sin recurrir a procesos psíquicos. Apel no es muy conocido en Alemania en

este momento. En una época fue muy conocido por su intento. Y sí... Habermas está viejo, Luhmann está muerto...

M: Hace unos doce años, cuando llegué a Münster, quería sin falta conocer a Luhmann. Ya que Bielefeld queda cerca de Münster... Justo al otro día leo en los diarios que había muerto. Salió en las tapas: «Murió Luhmann». Me llevé una gran desilusión.

J: De todas maneras ya no estaba aquí, vivía mayormente en Italia. Alguna universidad de allá le había puesto un instituto, con secretaria y todo. En Bielefeld no contaba con muchos recursos, de manera que pasaba la mayor parte de su tiempo en Italia. Debe de haber hablado bastante bien el italiano. En general era un hombre muy hábil, manejaba el inglés a la perfección, el francés también.

M: Pasando a otro tema, si usted considera la pena como una respuesta... para Hegel un acto es a la vez una afirmación. ¿Y para usted?

J: Yo eso lo veo igual que Hegel, salvo que Hegel no fundamentó por qué la pena tiene que ser dolorosa. En mi manual<sup>54</sup> tampoco lo fundamenté, eso lo formulé más tarde, en una disertación para la Academia<sup>55</sup> sobre el sentido y la finalidad de la pena. En Hegel no va a encontrar gran cosa sobre eso. Es que Hegel de todas maneras no es muy bueno en la teoría penal. De hecho, tiene varias teorías de la pena. Una es la que dice que el delincuente con su acción establece una ley.

M: Sí, eso lo tengo claro.

J: ¡Pero por favor, Mizrahi! ¡Hegel diciendo «el hombre individual establece una ley»! Y eso ¿cómo se supone que sea?

---

<sup>54</sup> Cfr. Jakobs, 1993.

<sup>55</sup> Cfr. Jakobs, 2004a.

M: Es más bien kantiano. Si se es un ser humano, entonces cada acto debe estar referido a una ley.

J: ¡Desde luego que es más bien kantiano!

M: Pero solo el delincuente reconoce la ley que ha establecido con su acto.

J: Para mí, esa proposición, «el delincuente establece una ley», sólo sirve, a lo sumo, como justificación del hecho de que el delincuente tiene que *admitir* la pena. Pero no puede justificar el hecho de que el Estado tiene que aplicarla. El Estado no aplica una ley establecida por un individuo. Y es que la ley establecida por un individuo no es la ley general. El Estado no puede aplicarla.

M: Pero Hegel también da otra justificación: la pérdida de reconocimiento. Porque sostiene que el delincuente no ha reconocido a la persona como tal. Y eso significa que mediante su acción ha vulnerado el vínculo de reconocimiento recíproco constituido por el derecho. Por eso el Estado, mediante la pena, tiene que restablecer la validez de la persona.

J: Esa solución es mejor.

M: ¿Y usted? ¿Cómo ve usted la relación entre pérdida de reconocimiento y pena? ¿La sostendría?

J: Yo la sostendría pero fundamentándola de una manera algo diferente. Diría que el acto es, primeramente, una contradicción a la norma. «La norma no me importa», dice el delincuente. Y entonces el Estado, como respuesta, dice: «Sí debe importarte. Sí debes cumplir la norma». Y para que no se desvanezca la cimentación cognitiva de la norma, la pena tiene que ser dolorosa. El dolor es algo

cognitivo. Es lo que escribí en esa disertación para la Academia, y pienso que es correcto. Lo dejaría así.

M: Pero Hegel se opondría. Él dice, en esa famosa observación, que cuando uno hace un mal y se le responde con un mal...

J: ... es como cuando se amenaza a un perro con un garrote. Sí, así dice. Pero lo único que quiere decir con eso es que se aplica un mal porque hay un mal en el mundo. Y continúa diciendo que no se trata de la fuente del mal, sino de que haya justicia. Pero con su teoría no puede justificar por qué hay que infligir dolor. A mí también me llevó cuarenta años. Hasta que me dí cuenta de que hay que juntar el lado normativo con el cognitivo. Hay que ver que la norma sólo orienta si está cimentada cognitivamente. Y después de una transgresión a la norma, es necesario restablecer la cimentación cognitiva.

M: ¿Se trata de temor? Digo, no en el sentido de la teoría de la intimidación y demás, pero cuando se habla de dolor... la gente en general le teme al dolor.

J: Sí. Pero no es cuestión de... no se trata de que el delincuente le tema al dolor, sino de que tenga una desventaja cognitiva. Y esta tiene que ser tan grande como para que la media de la población diga: «no vale la pena delinquir».

M: O sea que sí es una doctrina de la intimidación.

J: Sí, algo de temor es cognitivo: implica una desventaja física y psíquica. Sí, sin duda.

M: ¿Y se honra a los ciudadanos como personas al tratarlos así? Es decir, no como a seres de razón.

J: En la medida en que se le infringe un dolor contra su voluntad, se despersonaliza al delincuente. Pero él mismo es la causa de esa despersonalización. Y el hecho de que él mismo sea la causa de la despersonalización prueba que no se trata de una exclusión. Sino que, por ser persona, su personalidad tiene que ser disminuida parcialmente.

M: Parcialmente. O sea que no se trata de una impersonalización<sup>56</sup> total.

J: Eso se puede graduar. Kant también lo dice así. Hegel no se manifiesta sobre ese punto, que yo sepa. En Kant dice con todas las letras que el ladrón pasa a un estado de esclavitud. Se le quita su personalidad civil y le queda solamente la personalidad natural, innata. La personalidad civil en Kant puede ser retirada parcial o totalmente.

M: Una pregunta más sobre este polémico concepto de impersonalización. Algunos colegas lo consideran...

J: Impersonalización en sentido propio hay solo con la pena de muerte, o con la expulsión de un Estado. Todos los demás casos que tenemos son de despersonalización, es decir, de disminuciones del estatuto de persona. Ciertamente eso puede ir tan lejos que uno diría que no queda casi nada. Desde un punto de vista teórico se puede decir que una persona de ochenta, o digamos, setenta años que es condenada a cadena perpetua por un homicidio, probablemente no salga más. Pero no está totalmente impersonalizada. Tiene derecho a la salud, al alimento, a un trato decente, pero está encerrada y no puede hacer mucho con sus derechos. En especial, no tiene derecho a la vida social.

---

<sup>56</sup> Los términos alemanes son «Depersonalisierung», que traducimos por «despersonalización», y «Entpersonalisierung», que traducimos por «impersonalización». Se trata de una distinción terminológica artificial, también en la lengua de origen; su sentido queda explicado en el texto.



M: ¿Y obligaciones?

J: Ok, veamos las obligaciones. Tiene la obligación de no matar a sus guardiacárceles, de no matar a los otros internos... de no cometer alta traición... pero son todas obligaciones bastante teóricas. En la práctica no puede, ¿cómo va a matar un hombre de setenta años a su guardiacárcel? A ver, yo tengo más de setenta, un guardiacárcel de cincuenta años, ¿cómo lo voy a matar? Es imposible. En todo caso, aunque lo que queda de derechos en esa situación es poco, no deja de ser algo. Por eso en general se trata de una despersonalización.

M: Sí. Formulo un ejemplo hipotético, aunque hay ejemplos reales, también: supongamos que un hombre, a raíz de las declaraciones de un testigo, es erróneamente considerado culpable. Toda su vida acató las normas y ofreció una cimentación cognitiva de su conducta, pero llega la policía y lo pone en prisión preventiva. Consideremos que es un error involuntario de la policía.

J: El lunes pasado justamente hablé de eso: la condena errónea.

M: Exacto.

J: A mi entender se trata de una exclusión.

M: ¿Una exclusión?

J: Pienso que sí. Hay otros que piensan que solo es una despersonalización. La diferencia está en que la exclusión es una despersonalización que no se puede justificar frente a la víctima. Cuando la despersonalización no es exclusión, es posible justificar por qué se despersonaliza al individuo, y éste tiene que aceptar esa razón. En el caso de la exclusión no hay ninguna razón que él tenga que aceptar. Yo y los otros tenemos nuestras razones, nos decimos que

debe de ser un delincuente. Pero usted sabe que no lo es, y por lo tanto, frente a usted no hay razón. Por eso, pienso que se trata de una exclusión más que de una despersonalización.

M: ¿Y si el que fue excluido va preso y mata a alguien a causa de este sentimiento de injusticia? ¿Es responsable? ¿Qué piensa usted de ese caso?

J: La exclusión no es representable jurídicamente. La exclusión no es representable, porque si lo fuera, habría que decir: «no lo vamos a excluir». El caso problemático sería el siguiente: mata a alguien para evadirse, lo vuelven a capturar, y después se demuestra que la primera condena había sido errónea. En ese caso se puede representar jurídicamente el hecho de que estaba excluido. Es un caso muy, muy difícil de resolver.

M: ¿Y a otros internos? Es decir, no con el objetivo de evadirse, sino sencillamente por ira.

J: En ese caso habría que decir: solo si la exclusión lo ha colocado en un estado de naturaleza hobbesiano. Pero hay que ver que en el estado de naturaleza hobbesiano los otros también saben que están en estado de naturaleza. Por eso este concepto no encaja demasiado. En el caso de la condena errónea, los guardiacárceles y el juez no saben que lo han devuelto al estado de naturaleza. Por lo tanto habría que preguntarse si un estado de naturaleza del que solo uno sabe que es un estado de naturaleza acarrea todas las libertades del de Hobbes. No tengo un juicio formado al respecto.

M: Es un caso difícil, pero bastante frecuente en los países latinoamericanos...

J: ¿Condenas erróneas?

M: Condenas erróneas o casos de personas pobres que van presas sencillamente porque se da crédito a la versión de algún testigo.

J: En Alemania también ocurre. Cierto que hay más absoluciones erróneas que condenas erróneas, pero también hay condenas erróneas. Hay un libro famoso de Karl Peters, *Fuentes de error en el proceso penal*, de tres tomos.<sup>57</sup> ¡Es para agarrarse la cabeza, todos los casos que refiere! Testigos que mienten, policías desprolijos, jueces que malentienden algún elemento... casos horribles.

M: Hubo un caso en Argentina, un alumno ejemplar, todo diez en el boletín, que tenía unos dieciséis años. Vivía en una villa miseria, su nombre era el equivalente de Hans Müller en alemán, un nombre muy común.<sup>58</sup> La policía lo confundió con un vecino de la misma edad que se llamaba igual. Así que estuvo preso más de un año, el juez no lo quería dejar en libertad.

J: Tremendo.

M: Por eso preguntaba...

J: ¿Volvemos a encontrarnos la semana que viene?

M: Con mucho gusto.

---

<sup>57</sup> Cfr. Peters, K. (1995), *Fehlerquellen im Strafprozess: Eine Untersuchung der Wiederaufnahmeverfahren in der BRD*. (Unter Mitarb. von Heinrich Foth), in 3 Bänden, Verlag Müller, Karlsruhe, 1995.

<sup>58</sup> Se trata del caso de Brian Barrera detenido en noviembre de 2008 por el crimen del ingeniero Ricardo Barrenechea. La denuncia por denegación de justicia llegó a ser analizada por la Comisión Interamericana de Derechos Humanos (CIDH).



## TERCERA PARTE

### Acerca del concepto de enemigo

*Bonn, 21 de junio de 2011*

M: En *Norma, persona, sociedad* usted afirma: «La sociedad no puede concebirse como la adición de los procesos de conciencia de individuos particulares». Y un poco más adelante: «Al comienzo de la sociedad no se encuentra un consenso, sino la certeza de lo sagrado», y sigue la hermosa cita de Goethe acerca de qué es lo sagrado. ¿Podría explicarme eso un poco mejor?

J: No se puede tratar de un consenso, y por lo tanto de una unión entre procesos de conciencia individuales, porque en la situación inicial faltan las condiciones para ello. Como mínimo desde Durkheim sabemos que un contrato tiene también condiciones no contractuales. Y la condición no contractual más importante es la conciencia generalizada de que es posible regular las cosas de determinada manera mediante un contrato. Eso es previo a cualquier contrato. Por eso pienso que al comienzo no hay un contrato, sino la conciencia de una unión, por muy leve que esta sea: «Tenemos que hacer algo en común». Eso es previo al contrato. Todavía no hemos celebrado ningún contrato, pero Mizrahi y Jakobs tienen que ponerse de acuerdo de un modo u otro. Y eso es la conciencia de lo sagrado: que de algún modo tenemos una pertenencia común. Después viene el contrato. Todavía no lo hemos celebrado. A mi entender la teoría del contrato, la teoría contractual del Estado es errónea de cabo a rabo, y siempre he dicho que el contrato de Hobbes no es un contrato, sino un signo de que los individuos no

perturbarán al Estado en su proceso de formación. La frase más maliciosa acerca de la teoría contractualista la escribió Gierke, un famoso jurista que escribió un libro sobre Althusius.<sup>59</sup> Althusius es el primer representante de la teoría contractualista en Alemania. Y Gierke en su libro dice: «Althusius introduce la teoría contractualista, una teoría que por siglos dominará tiránicamente el pensamiento».

M: Cierto. Nosotros también vemos... esta paradoja: si es necesario el contrato, entonces es imposible; y si es posible, entonces es innecesario. Pero esta certeza de lo sagrado, expresada de esa manera...

J: Lo sagrado como certeza de un vínculo. Como en Goethe.

M: Es decir que no tiene un trasfondo teológico.

J: No, no, lo sagrado de la religión es lo reservado para Dios, por ejemplo, lo sagrado en el sacramento. En contraste con eso yo cito a Goethe –la conciencia de un vínculo–. Como la conciencia de pertenencia recíproca en la familia. Eso es un pequeño lazo sagrado en el sentido de Goethe.

M: Sí, sin duda. Le formulo otra pregunta, en este caso, sobre el concepto de enemigo. Es claro que el enemigo es percibido como peligro y tratado como tal. Lo que no queda claro en cambio es quién define o juzga a un ser humano como enemigo, y en qué condiciones lo hace. Eso suscita cierta polémica, porque al fin y al cabo, ningún terrorista anda con un letrado que anuncie «Estoy planificando un atentado».

---

<sup>59</sup> Cfr. Von Gierke, O. (1880), *Johannes Althusius und die Entwicklung der naturrechtlichen Staatstheorie*, Berlin, 1880.

J: Veá, Mizrahi, por lo pronto tiene toda la razón, muchos enemigos no llegan a ser descubiertos. Los llamamos lobos disfrazados de corderos. Y otro grupo de gente, otras personas, son declaradas erróneamente como enemigos. Se cree que son peligrosos, se cree que se dedican a actividades terroristas, pero es un error. Y el tercer grupo es el de los que se identifican correctamente: se cree que son enemigos, y lo son. Cómo se determina eso no queda claro. Lo hace principalmente el servicio secreto. El servicio secreto, pero aquí también puede hacerlo la policía, es decir, no un servicio secreto especializado, la policía de investigaciones criminales, que infiltra informantes en grupos de los que se sospecha que tramán cosas graves, *undercover agents*, que trabajan bajo identidad falsa e informan a la policía. Prácticamente son tareas de un servicio de inteligencia, pero están reguladas por nuestro Código de Procedimiento Penal.<sup>60</sup>

M: He leído un artículo en castellano con un título del tipo «Jakobs, el enemigo del derecho penal».

J: Sí, sí. Hay gente que escribe cosas de las que no puede dar cuenta de ninguna manera. Es increíble la liviandad con la que escriben algunos...

M: ¿Y cuál sería el rol del juez penal, si es que le cabe un rol?

J: Aquí los jueces penales juegan un papel en la medida en que un individuo es declarado enemigo una vez que ha cometido una serie de delitos. Nosotros tenemos la custodia de seguridad, cuando se trata de casos graves. La custodia de seguridad en realidad es parte del derecho administrativo, pero aquí el derecho penal se encarga de ella. Es una parte del derecho administrativo que se ha

---

<sup>60</sup> StPO (Strafprozessordnung).

transferido al derecho penal en razón de las garantías que ofrece el derecho penal. Hay un pequeño libro de un discípulo mío, Michael Pawlik, *El terrorista y su derecho*.<sup>61</sup> Pawlik dice allí que eso habría que revertirlo, que habría que introducir procedimientos administrativos garantizados, es decir, no procedimientos penales, para que quede claro que no se trata de penas, sino de peligrosidad. Y la peligrosidad en nuestro ordenamiento es algo que corresponde a la policía, no al proceso penal. Porque el enemigo está definido y es tratado de determinada manera en razón del peligro de acciones futuras. El delincuente, en cambio, está definido y es tratado de determinada manera en razón de acciones pasadas. Las acciones futuras son asunto de policía, y Pawlik argumenta que el derecho debería dejar eso en claro. Y ante todo, eso permite proceder con mucha más dureza que la que admite el proceso penal con su rígido anclaje al principio de culpabilidad. Es decir, no necesariamente estos temas tienen que ser regulados por el derecho penal. Ante la pregunta de si esto es compatible con un estado de derecho, la respuesta es que el estado de derecho no está desarrollado de manera óptima. Pero podría ser que un estado de derecho desarrollado óptimamente no fuera capaz de subsistir.

M: Es decir, si todos los ciudadanos conservan su derecho a una esfera privada...

J: ... si lo conservaran radicalmente, seríamos el lugar ideal para terroristas. Hasta que cometan un acto, tendríamos que tratarlos como personas plenas. Yendo al extremo, habría que preguntarse si es aceptable pedirles el pasaporte en la frontera, ¿o no es una insolencia eso, para con una persona? Nosotros aquí en Europa ya no nos pedimos los pasaportes, hemos decidido dejar eso de lado.

---

<sup>61</sup> Cfr. Pawlik, M. (2008), *Der Terrorist und sein Recht*, C.H. Beck, München, 2008. En español de Enrique Bacigalupo: «El terrorista y su derecho: sobre la posición teórico jurídica del terrorismo moderno», en *Circunstancia*, N° 16 (mayo), 2008.



Solo nos pedimos los pasaportes en casos extremos. En efecto, en ese caso el estado de derecho no está desarrollado al máximo. Pero no en todas las situaciones puede estar desarrollado al máximo. Imagínese, hoy en día no es muy probable, pero imagínese que se produjera un ataque contra nuestro territorio. Nos sobrevuelan aviones iraníes. En ese caso se declararía el estado de sitio. El estado de sitio nunca es una situación en que el estado de derecho se desarrolle al máximo. El ejecutivo puede ejercer determinadas competencias sin intervención del parlamento, queda vedado para las personas el acceso a determinadas áreas, etc.

M: Un estado de excepción.

J: Sí, el estado de excepción. No hay ninguna proposición que diga «el estado de derecho siempre puede existir en su máxima expresión». A causa del contexto en el que existe, algunas veces tiene que desarrollarse de manera no óptima, pero si se desarrollara más allá, perecería. La mayoría de los estudiosos eso no lo ven. Por ejemplo, Matthias Jahn o Katrin Gierhake, jóvenes colegas muy serios... Cuando Gierhake señala que el estado de derecho no siempre puede ser máximo,<sup>62</sup> debería añadir cómo debe procederse con los enemigos, pero eso ella no lo dice.

M: He leído la respuesta que usted le da en su artículo del año pasado: «Sobre la teoría del derecho penal del enemigo».<sup>63</sup>

---

<sup>62</sup> Cfr. Gierhake, K. (2008), „Feindbehandlung im Recht? Eine Kritik des sogenannten, Feindstrafrechts‘ und zugleich eine Auseinandersetzung mit der Straftheorie Günther Jakobs“, ARSP (*Archiv für Rechts- und Sozialphilosophie*), t. 94, N° 3, 2008, pp. 337-361.

<sup>63</sup> Cfr. Jakobs, G. (2010), „Zur Theorie des Feindstrafrechts“, in: Rosenau – Henning – Kim – Sangyun (Hg.), *Straftheorie und Strafgerichtsbarkeit. Deutsch-Japanischer Strafrechtsdialog*, Peter Lang, Frankfurt/M, 2010, pp. 167-182. En español: «Sobre la teoría del Derecho penal del enemigo», traducción de Miguel Polaino-Orts, en: Jakobs, G. – Polaino-Otrs, M., *Persona y enemigo. Teoría y práctica del Derecho penal del enemigo*, ARA Editores, Lima, 2011, pp. 33-55.

J: Es bastante atrevida, ¿no es cierto? En especial la última nota al pie. Ahí se me colmó la paciencia: oír siempre las mismas objeciones sin que los críticos desarrollen una alternativa. Bueno, y vamos llegando a Carl Schmitt, ¿no es así?

M: Sí. He leído varios artículos suyos en los que se enfrenta a la objeción de que usted toma el concepto de enemigo de Carl Schmitt.

J: No. Mi enemigo es simultáneamente un delincuente. El enemigo de Carl Schmitt no lo es. Tomando las palabras latinas, el enemigo de Carl Schmitt es el llamado *hostis*, mientras que el mío es *inimicus*. Es simultáneamente un delincuente y se vuelve enemigo a raíz de los delitos que planea. Para Carl Schmitt se vuelve enemigo por acciones políticas que planea, no por planear delitos. No es que para Carl Schmitt haya una enemistad entre el partido demócrata cristiano y el partido socialista o algo así. No tiene nada que ver con esta diferenciación en la política interna, sino que para Schmitt, que por lo demás cambia varias veces su definición, el enemigo es el absolutamente otro en política.

M: ¿Pero si un terrorista, por ejemplo, lleva adelante una guerra santa contra el capitalismo...?

J: Claro, según el punto de vista de ellos, son *hostes*, pero desde nuestro punto de vista son *inimici*. Puede ser –en eso usted tiene razón– que los islamistas se consideren a sí mismos enemigos en el sentido de Carl Schmitt. Pero nosotros no los vemos como enemigos en ese sentido, sino que les decimos: «ustedes amenazan nuestro territorio, y lo hacen sin razón, y nosotros les damos a ustedes la libertad de vivir aquí si lo desean, por eso, ustedes si nos atacan son *inimici*». No admitimos la definición de los atacantes. Si no, cualquier terrorista podría decir eso. Nosotros en un tiempo tuvimos al grupo terrorista Baader-Meinhof, ellos tam-

bién querían ser *hostes*. ¡Pero de ningún modo! ¡Eran *inimici*, y de los peores!

M: En cuanto al trasfondo teológico de Carl Schmitt, me queda claro que usted está muy lejos de él. Pero sin embargo –esto es opinión mía– con esta diferencia entre derecho penal del ciudadano y derecho penal del enemigo usted busca evitar la neutralización de lo político en el derecho penal, ¿no es así?

J: ¿De lo político en el sentido de Carl Schmitt?

M: Sí, digámoslo así.

J: El derecho penal siempre es también política ordenada, pero política ordenada en la configuración propia del estado de derecho. Y desde luego, si escribimos en nuestro código penal que el que fundare una asociación terrorista será castigado, estamos haciendo un enunciado político. No queremos tolerar en nuestro territorio los gérmenes de futuros actos terroristas.

M: Es decir que usted intenta diferenciar los dos ámbitos.

J: Yo diría que el derecho casi siempre es también política ordenada. Zaczyk lo negaría y diría que el derecho es pura razón. A mí eso no me convence. Veá, el derecho civil alrededor de 1900 era un derecho civil conforme a la máxima de la autonomía privada. Luego, en los años 60 del siglo pasado, vino una gran oleada de protección al más vulnerable. Este movimiento entonces dijo: «Para los contratos preformulados hay revisión judicial. Para los negocios hechos en la puerta de calle, con agentes de venta, hay derecho de rescisión. Para los pedidos por vía postal hay derecho de rescisión», etc. Es decir que la autonomía privada de pronto no corría más. Ya no se dice: «él realizó esa compra», sino que se dice

«no, él es más vulnerable, debes darle derecho a rescindir esa compra». Eso evidentemente es un desarrollo político, un desarrollo que pasa de la autonomía privada a un mayor paternalismo. Y por esa razón no me parece convincente decir que todo el derecho pueda explicarse a partir de la razón. La razón siempre supone también un cierto contexto social, que en un momento puede ser muy liberal, y en otro, muy paternalista. En el derecho penal eso no se nota tanto, pero también es así. Se nota muy claramente en el derecho administrativo, y naturalmente en todo el derecho social. Por ejemplo, qué se hace con las personas socialmente muy vulnerables, o qué se hace con una persona que ya no puede valerse por sí misma. Hay países que no tienen verdaderas regulaciones para eso, como los Estados Unidos en algunas áreas, o como muchos países en desarrollo. Resulta difícil negar que eso también es político.

M: Si alguien es apartado como enemigo, con ello a la vez se transforma en una no-persona. ¿Esto se produce como despersonalización o como impersonalización?

J: Yo diría que Guantánamo está muy cerca de la impersonalización. Aunque incluso allí recibían un tratamiento médico si se enfermaban.

M: Para que los pudieran seguir torturado...

J: Puede ser, pero no los dejaban morir. Claro que los torturaban. Yo diría que Guantánamo estaba muy cerca de una impersonalización. Una custodia de seguridad en Alemania es una despersonalización muy grande, diría que el resto que queda es menos que lo que se quita. Pero uno no se transforma en una no-persona, en eso usted tiene razón. En un estado de derecho estimo que siempre es una despersonalización, a no ser que el estado de derecho todavía tenga la pena de muerte, que eso sí es una impersonalización. Y

con respecto a lo que usted preguntaba: sí, es correcto. La diferencia con un delincuente normal es que el delincuente normal es encerrado por un acto cometido.

M: No como delincuente futuro.

J: No como hombre peligroso. El enemigo es tratado en virtud de los actos futuros. Si se piensa por ejemplo en la conformación de una asociación terrorista, todavía casi no se han producido actos. Quizá en la asociación todavía no se hayan puesto de acuerdo acerca de los actos que quieren cometer. Quieren secuestrar a alguien, pero no saben a quién, a un ministro, a un industrial, a la canciller de la república... no lo saben. Y sin embargo eso es punible, para los cabecillas con hasta quince años. Quince años aquí es la pena máxima para un homicidio simple. Solo en casos excepcionales se da cadena perpetua, pero para eso el hecho tiene que asimilarse a un asesinato. Un homicidio simple sin agravantes tiene como máxima quince años. Al cabecilla se le impone esta misma pena aunque puede ser que ni siquiera se haya planeado todavía una acción concreta. Allí se nota la diferencia entre un delincuente y un enemigo.

M: Volvamos a los países latinoamericanos. En especial, en lo que se refiere a la recepción de su teoría del derecho penal, me gustaría saber: ¿qué ocurre con los individuos que están excluidos por razones económicas? Mientras no puedan procurarse un sustento, no se los puede concebir como personas. ¿O sí? Es decir, permanecen afuera, pero ciertamente no del todo. Y este tipo de individuos también representan una fuente de peligro para la sociedad. ¿Deben ser tratados como enemigos ellos también?

J: En *Norma, persona, sociedad* escribo algo sobre los excluidos económicos en el penúltimo apartado. Es un problema apremiante.

Yo diría que aún si los que son pobres en sentido económico reciben un sustento suficiente del Estado, eso no representa una solución genuina. Hegel lo vio con precisión –parágrafos 241 y siguientes de la *Filosofía del derecho*– y según su formulación es algo que atenta contra el honor. Ciertamente no es así en el caso de una persona anciana, o enferma, o que todavía es un niño, o cosas así. Pero si uno no encuentra un empleo y tiene que dejarse mantener por otros, eso es contrario al honor y conduce, como lo expresa el mismo Hegel, a una suerte de dejadez que ya no se corresponde con una persona libre. Es uno de los mejores pasajes de la *Filosofía del derecho*, el tratamiento del problema de los pobres.

M: De la plebe.

J: Del problema de la plebe. Porque se van *convirtiendo* en plebe, pueden ser personas pobres pero cultas. Una persona que estudió y no consigue empleo. Pero el que nunca consigue empleo, que siempre es rechazado, a la larga se transforma en plebe. No todos, pero en muchos casos ocurrirá así.

M: ¿Y esos deberían ser tratados como enemigos?

J: No, no podemos decir que todo aquel que recibe ayuda social sea una fuente de peligro. Algunos de los que la reciben son bastante holgazanes, eso hoy en día se sabe y se puede decir. Tenemos una proporción, no sé de cuántos se trata, que trabajan en negro. Con la ayuda social y el trabajo en negro de pronto están mejor situados que si tuvieran un empleo normal. Se trata especialmente de personas jóvenes que tienen habilidades pero no han tenido una capacitación formal, que pueden realizar tareas manuales sencillas. Por ejemplo, trabajos de pintura simples, o mantenimiento de jardines, son cosas que con frecuencia se hacen en negro.

M: Mi pregunta se refiere a la criminalización de la pobreza, o de los pobres, los que viven en las villas miseria. En nuestros países algunas cosas se dan por sobreentendidas, por ejemplo, que los pobres, por no tener educación y no tener otros modos de procurarse su subsistencia...

J: ... que se pongan a robar. Es decir, que se diga que se ponen a robar. Es el caso que antiguamente se daba aquí con los gitanos.

M: Sí, ése puede ser un caso similar.

J: De los gitanos se decía que robaban todo lo que podían, y en efecto robaban, y con buena conciencia, porque se daban cuenta de que, de todas maneras, no pertenecían a la sociedad de los ciudadanos. Eran como extraños.

M: ¿Pero el caso de los ciudadanos que no pueden procurar su subsistencia no es el mismo, no?

J: Yo diría que un ciudadano que desde su juventud no ha podido ganarse el sustento... si fuera yo, yo también robaría sin cargos de conciencia. No me daría cargos de conciencia si fuera ladrón de coches. Si verdaderamente nunca tuve la chance de ganar mil quinientos euros mensuales, me volvería un delincuente. Muy probablemente me volvería un enemigo. Como delincuente, como delincuente consuetudinario, soy un enemigo. Pero la mera circunstancia de la pobreza no me transforma en enemigo. Yo conozco a muchas personas que no consiguieron trabajo, ningún tipo de trabajo, por mucho tiempo. Personas cultas, que están muy lejos de volverse enemigos del Estado. El problema de la pobreza es muy grave, porque no es que el pobre sea enemigo del Estado, pero el pobre fácilmente se vuelve un enemigo.

M: Exacto. No todos, desde luego, inclusive diría que muy pocos. No obstante, la gran mayoría son percibidos como enemigos.

J: Sí, como era con los gitanos. Seguramente había muchos que se portaban muy bien, pero a todos se los expulsaba, se los deportaba. El procedimiento habitual era ponerlos en la frontera, que se fueran al país vecino. Y había dos problemas, por un lado, había un grupo entre los gitanos que quería trashumar. Y por otro lado, un grupo que no tenía ningún interés en irse, pero que no tenían otra posibilidad, porque nadie los quería aceptar.

M: Sí, bueno, es un tema muy complicado. Le agradezco mucho la posibilidad conversar largamente sobre estas cuestiones.