

INTERDISCIPLINARIA

EN RELACIÓN A LA HIPERTROFIA DEL DERECHO. UN ALEGATO EN FAVOR DEL ACERCAMIENTO ENTRE CIENCIA Y PRAXIS*

THOMAS ROTSCH**

I. INTRODUCCIÓN

Está de moda lamentarse por la relación entre la ciencia del Derecho penal y su praxis, y no solamente en tiempos recientes. Ya en su “System des heutigen römischen Rechts” [Sistema del Derecho romano actual] de 1840 señala von Savigny que “La principal causa del estado de nuestro Derecho yace en una separación entre la teoría y la praxis en constante aumento”¹. También en el último tiempo ha habido elocuentes quejas al respecto. Ya se han referido a esta problemática tres famosas clases inaugurales: Así, en 1957, *Thomas Würtemberg* escruta de manera muy crítica la “situación espiritual de la ciencia penal alemana”²; en el 2000, *Lutz Meyer-Großner* distingue una “teoría sin praxis y praxis sin teoría [...]”³; y *Volker Erb*, sólo un año después, indica que “la ciencia del Derecho penal, la jurisprudencia del Tribunal Superior y la práctica del Derecho penal que hacen los tribunales de instancia” se encuentran en una “indisoluble tensión”⁴. Otros artículos especializados sobre

* Esta es una versión más breve y anotada de la clase inaugural realizada por el autor el 26.10.2007 en la Universidad de Augsburg (vid. Zur Hypertrophie des Rechts – Plädoyer für eine Annäherung von Wissenschaft und Praxis, en ZIS, 2008, 1). El estilo de conferencia se ha mantenido. Traducción de Jaime Winter Etcheberry.

** Catedrático de Derecho penal y Derecho procesal penal, Derecho penal económico y Derecho penal internacional de la Universität de Gießen, Alemania.

1 Savigny, *System des heutigen Römischen Rechts*, tomo 1, Berlin 1840, p. XXV.

2 Würtenberger, *Die geistige Situation der deutschen Strafrechtswissenschaft*, 2a ed., 1959.

3 Meyer-Goßner, ZRP 2000, 345.

4 Erb, ZStW 113 (2001), 1.

el tema provienen de *Fritz Loos*⁵, *Hans Joachim Hirsch*⁶, *Björn Burkhardt*⁷ y *Rainer Zaczyk*⁸. Hace poco, en el año 2007, *Henning Radtke* atacó el fenómeno bajo el título “Interacción Trastornada”⁹. Incluso *Wolfgang Naucke* en su exposición en la Jornada sobre la Ciencia del Derecho Penal, realizada en 1972 en Kiel, lo formuló de este modo: “La separación entre ciencia y praxis ya es decisiva desde 1850 y de ahí en adelante sólo ha seguido tomando forma sutilmente”.¹⁰

Sin embargo, esta separación no se trata de un fenómeno circunscrito a nuestro tema. Así todos conocen la expresión: “Eso posiblemente sea correcto en la teoría, pero no sirve para la práctica”, que también, como es sabido, Kant usó como título de uno de sus escritos, con el que en 1793 se defendió de los ataques a su filosofía moral¹¹. ¿Estará, entonces, el intento de superar el aquí constatado abismo entra la teoría y la práctica probablemente condenado al fracaso desde un principio? No me parece que así sea. Por eso en mi presentación, luego de un breve inventario (bajo el II), me referiré, primero, a la búsqueda de causas para el aquí constatado déficit de comunicación (bajo el III). Que yo veo estas causas sobre todo como un *crecimiento excesivo de carácter patológico* de la dogmática penal alemana es algo que queda probablemente claro desde el título de este artículo. En virtud de ello, en esta tercera parte, me gustaría exigirlos con un ejemplo concreto de la hipertrofia del Derecho y de la dogmática jurídico penal (bajo el 1). Las causas profundas de esta hipertrofia son, por su parte, todavía desconocidas. De ello me ocuparé, con ustedes, bajo el punto 2. En la cuarta parte (IV) me gustaría, finalmente, describir ciertas vías de aproximación, antes de que, bajo el V, resuma brevemente los resultados.

II. INVENTARIO: ¿ABISMO PROFUNDO, INTERACCIÓN TRASTORNADA O UNA RELACIÓN FRUCTÍFERA ENTRE LA CIENCIA Y LA PRAXIS?

En su contribución al libro en homenaje a *Tröndle*, *Hirsch* constató que habría pocos Estados en que el contacto profesional entre la ciencia jurídica y la jurisprudencia es tan estrecho como en Alemania¹². También *Schünemann* advierte que una

5 Loos, en: Immenga (coord.), *Rechtswissenschaft und Rechtsentwicklung*, 1980, p. 261 y ss.

6 Hirsch, en: Jescheck/Vogler (coord.), *Festschrift für Herbert Tröndle zum 70. Geburtstag am 24. August 1989*, 1989, p. 19 y ss.

7 Burkhardt, en: Eser/Hassemer/Burkhardt, *Die deutsche Strafrechtswissenschaft vor der Jahrtausendwende*, 2000, p. 111 y ss.

8 Zaczyk, en: Widmaier/Lesch/Müssig/Wallau (coord.), *Festschrift für Hans Dahs*, 2005, p. 33 y ss.

9 Radtke, *ZStW* 119 (2007), 69.

10 Naucke, *ZStW* 85 (1973), 399 (424).

11 S. Zaczyk (nota al pie 8), p. 33.

12 *Hirsch* (nota al pie 6), p. 19.

agobiante presión controladora (*Kontrolldruck*) como la que enfrentan los tribunales alemanes por parte de la ciencia no tiene parangón en Inglaterra o Francia¹³. Y Radtke finalmente responde negativamente al título –formulado como pregunta– de su ya mencionado trabajo sobre la “interacción trastornada”: su impresión general sería positiva, la armonía predomina y cubre las inevitables alteraciones¹⁴.

No se puede negar que al interior del Tribunal Supremo Alemán (en adelante BGH), en general, se da una discusión de opiniones provenientes de la ciencias jurídico-penal. Y, en la práctica, en otros países la referencia a opiniones científicas son algo realmente poco común¹⁵. Sin embargo, para el Derecho penal alemán y para la ciencia penal alemana la situación es que es evidente que la jurisprudencia *indudablemente* discute y dialoga con la ciencia. Frente a este contexto, es posible constatar una corrosión de la relación entre la ciencia jurídico penal y la práctica que me recuerda la metáfora del “sapo hervido”¹⁶: Si uno coloca un sapo en una olla con agua caliente, el animal intentará inmediatamente saltar fuera de ella. Sin embargo, si uno deja el mismo sapo en agua fría y va subiendo de a poco la temperatura, el animal se dejará cocinar hasta la muerte, sin defenderse en lo absoluto. Este fenómeno me parece que también es correcto para la situación actual de las ciencias jurídico-penales: ¡Nos damos cuenta hace décadas como el agua está cada vez más caliente y, sin embargo, no nos movemos!Burckhardt, en su extraordinariamente “distinto” y crítico artículo sobre “Dogmática jurídico-penal exitosa y sin efectos”, resaltó con exactitud la problemática de las relaciones entre ciencia y praxis y, a partir de ello, llegó a una deprimente conclusión: “El breve listado de razones para esta desagradable situación de la ciencia jurídico-penal, llevan a que la esperanza de una mejora se vaya, más bien, desvaneciendo.”¹⁷

III. DERECHO Y TIEMPO – EN LA BÚSQUEDA DE RAZONES PARA EL DÉFICIT COMUNICATIVO ENTRE CIENCIA Y PRÁCTICA

La fobia al contacto que existe entre la teoría y la praxis tienen distintas razones, que no pueden ser aquí ampliamente abordadas¹⁸. Sin embargo, me gustaría

13 Schünemann, en: Schünemann/Achenbach/Bottke/Haffke/Rudolphi (coord.), *Festschrift für Claus Roxin zum 70. Geburtstag am 15. Mai 2001*, 2001, p. 5.

14 Radtke, *ZStW* 119 (2007), 90

15 También el Tribunal Europeo de Derechos Humanos (en adelante TEDH) renuncia a desarrollar referencias, vid., por ejemplo, TEDH NJW 2006, 3117; TEDH NJW 2004, 2209.

16 Un referencia al “principio del sapo hervido” (*boiling frog principle*) puede ser encontrado también en Burckhardt (nota al pie 7), p. 137, notal al pie 90.

17 Burckhardt (nota al pie 7), p. 156.

18 Vid. particularmente en Burckhardt (nota al pie 7), *passim*.

intentar mostrar dos grandes grupos que parecen ser los principales responsables de la precaria relación de la teoría y la práctica. Se trata de la hipertrofia del Derecho (a continuación bajo el número 1) y el *Zeitgeist* o espíritu de los tiempos (bajo el número 2).

1. Sobre la hipertrofia del Derecho

El concepto de hipertrofia es principalmente utilizado en la medicina y en ese contexto describe el crecimiento anormal de un órgano a través del crecimiento de sus células¹⁹. Bajo el concepto de *hipertrofia compensatoria* se entiende una adaptación desmesurada a una saturación patológica²⁰. Me parece que con este par de conceptos²¹ se puede describir perfectamente bien la situación actual de la dogmática alemana: ningún otro sistema jurídico-penal del mundo se configura con una interdependencia de normas, teorías y decisiones judiciales en tal medida compleja y complicada como el alemán. Y tampoco en ningún otro sistema jurídico-penal los académicos del ámbito penal son tan meticulosos para perseguir el continuo refinamiento de teorías que no tienen ninguna relevancia práctica. Es evidente, sin embargo, que esta “especificación”²² –practicada hasta el exceso– de la dogmática no alcanza a una praxis cuyas necesidades se dirigen en un sentido completamente distinto. Por otro lado, este fenómeno tiene un aspecto más actual y urgente: en un mundo europeizado y globalizado, en el que ya existe una búsqueda de una dogmática del Derecho penal internacional y probablemente pronto un concepto jurídico-penal común europeo, no queda espacio para un sistema jurídico tan hipertrofiado²³. Y ninguno de nosotros quiere que el temor de *Burkhardt* se convierta en algún momento en realidad, esto es, que en algunos años, los dogmáticos jurídico-penales estarán empeñados en lograr la mera sobrevivencia de la dogmática penal alemana²⁴.

19 *Psyhyrembel Klinisches Wörterbuch*, 259. ed. 2002, entrada Hypertrophie, p. 753 y s.

20 *Psyhyrembel Klinisches Wörterbuch* (nota al pie 19) entrada Kompensation, p. 885. Igualmente Aktivitätshypertrophie, p. 35.

21 Cabe considerar que la inflación del Derecho penal ha causado también excrescencias dogmáticas incluso fuera del sistema original, por lo que también se puede hablar de hiperplasia compensatoria. Vid. *Rotsch*, ZIS 2007, 260 (263). Para una diferenciación en sentido médico, vid. *Psyhyrembel Klinisches Wörterbuch* (nota al pie 19), entrada Hyperplasie, p. 749.

22 *Roxin, Täterschaft und Tatherrschaft*, 8a ed., 2006, p. 80., con referencia a *Busch*, *Moderne Wandlung der Verbrechenslehre*, 1949.

23 Vid., al respecto, extensamente *Rotsch*, en: *Hattenhauer/Hoyer/Meyer-Pritzl/Schubert* (coord.), *Gedächtnisschrift für Jörn Eckert*, 2008, pp. 711 y ss.

24 *Burkhardt* (nota al pie 7), p. 157.

No me malentiendan: yo no pretendo abogar por una dogmática demasiado *simplificada*. Pero sí quiero enlazar esta presentación con un llamamiento a despedirnos de una dogmática jurídico-penal sobre-complicada y volver a reflexionar sobre un sistema de responsabilidad penal –no demasiado simplificado, sino que– suficientemente simple y con la claridad necesaria, así como con la capacidad de estar abierto a hacer concesiones y, a la vez, que permita una discusión de contenidos entre la teoría y la práctica. La famosa oración de Albert Einstein “Cada teoría debiera ser tan simple como sea posible, ¡pero no más simple que eso!”, puede perfectamente invertirse: “Cada teoría científica puede ser tan compleja como sea necesario, ¡pero no más compleja que eso!”.

Me gustaría mostrarles en lo que sigue, de la mano de algunos ejemplos, que la situación actual es completamente distinta a lo propuesto en esta última oración (bajo el literal a). Luego se aventurará una mirada comparativa sobre temas más allá de los límites del Derecho penal (bajo el literal b), antes de que (bajo el número 2) vayamos al segundo grupo de razones que he hecho responsable por el déficit comunicativo entre ciencia y práctica.

a) Hipertrofia del Derecho penal

El ya centenario²⁵ déficit comunicativo entre la teoría y la ciencia en el derecho penal continúa profundizándose²⁶. Mientras la ciencia jurídico-penal se pierde en teorías cada vez más refinadas y en discusiones jurídico-teóricas y jurídico-filosóficas, además de intentar “europeizar” e “internacionalizar” sus resultados; el practicante hace el esfuerzo de no ahogarse en un mar de actas y documentos y se alegra si logra que su departamento no se termine por hundir. Es evidente que no tiene a su disposición el tiempo ni los medios para transportar los conocimientos científicos a una sentencia probablemente justa, a una extensa acusación o a un convincente escrito. Por lo demás, frecuentemente no existe en la práctica la necesidad de tal trabajo científico.

En la revista ZIS²⁷ describí la evolución actual como *difuminación de la dogmática jurídico-penal* e intenté analizarla con la ayuda de las conceptualizaciones de la economía. La descripción de las tendencias hacia la difuminación que distinguí como *diferenciación*, *diversificación* y *divisionalización* tienen, a mí entender, varias ventajas: Por un lado, probablemente se pueden aplicar a este asunto los conocimientos de la economía sobre los riesgos que los respectivos ámbitos traen apareja-

25 Vid. nota al pie 1.

26 Vid., junto con los trabajos citados en la notas al pie 1 a 9, Vogel en: *Schünemann/Achenbach/Bottke/Haffke/Rudolphi* (nota al pie 13), p. 105.

27 Rotsch, ZIS, 2007, 260.

dos²⁸. Por otro lado, esta clasificación podría representar una base para la reflexión sobre el camino para reducir el abismo entre ciencia y práctica. No quiero detallar esto aquí, sino que quiero circunscribirme a hacer una breve presentación de algunos ejemplos actuales de la hipertrofia de la dogmática jurídico-penal.

aa) Un llamativo ejemplo de la tendencia a la difuminación hipertrófica de la dogmática de la parte general del Código Penal Alemán (en adelante StGB) es la discusión sobre el autor mediato en virtud del “dominio de la organización”²⁹. El ejemplo muestra definitivamente que el BGH también sabe tomar parte de la difuminación de la dogmática jurídico-penal. Mientras que Roxin originalmente (1967) quiso penar al comúnmente llamado “autor detrás del escritorio” como autor y creó para ello la, para muchos, iluminadora figura jurídica del dominio de la organización –es autor quien domina de tal manera a los dependientes de un aparato organizado de poder que funciona fuera del Derecho, que el resultado que él desea se alcanzará con seguridad–, el BGH³⁰ 3 décadas después (!) supuestamente³¹ adaptó esta figura jurídica para poder condenar como autores (y no como inductores) a los miembros del “Consejo de Defensa Nacional” (*Nationalen Verteidigungsrates*) de la ex Alemania del Este, en virtud de los disparos hechos desde el muro interno que separaba Alemania. Sin embargo, posteriormente, a través de una inusualmente honesta declaración de *Armin Nack*³², en ese entonces miembro de la 5ª Sección Penal y hoy presidente de la 1ª Cámara Penal del BGH, quedó absolutamente claro que el BGH, a pesar de haber citado reiteradamente a Roxin, tenía en mente, sin embargo, una construcción completamente distinta y mucho más pragmática: El jefe de una empresa debía ser hecho responsable como autor y una autoría semejante –detrás de un autor absolutamente responsable (originalmente los guardias del muro, después los trabajadores o dependientes)– parecía ajustarse bien, al menos en lo básico, a este grupo de casos del llamado “autor detrás del autor”. Sin embargo, la jurisprudencia se ha alejado a todas luces, y de diversas maneras, de la idea de Roxin y ha aplicado tantos parámetros de fundamentación distintos que de manera absolutamente pragmática, en todos aquellos casos en que han considerado que el “hombre de atrás” es el verdadero malhechor, lisa y llanamente lo han condenado como si fuera autor. Roxin, por su parte, ha modificado de tal manera su idea inicial en virtud de las críticas de la literatura, que ya no tiene casi nada que ver con enfoque original en relación a las teorías organizativas. La discusión científica sobre este tema, que naturalmente ha seguido adelante y a la que admito haber contribuido,

28 En extenso, *Rotsch*, ZIS 2007, 260 (264)

29 *Rotsch*, ZIS 2007, 260 (263)

30 BGHSt 40, 218.

31 Ya tratado hace poco en *Rotsch*, ZIS 2007, 260 (262)

32 *Nack*, GA 2006, 342.

es desde un punto de vista práctico tanto más incomprensible, considerando que el marco sancionatorio del autor y el inductor es idéntico. ¡Simplemente vea la ley!*

Eso es hipertrofia del Derecho penal.

bb) En una de las más discutidas sentencias del BGH, la 5ª [quinta] Sala Penal en el caso del árbitro de fútbol Robert Hoyzer creo un nuevo concepto de perjuicio con los llamados “perjuicios de cuota” (*Quotenschaden*). Este no es el lugar para explicar por qué semejante construcción es completamente innecesaria. En nuestro contexto nos interesa la potencia de la sentencia para la difuminación del derecho penal: hasta ahora, tanto la doctrina mayoritaria como el BGH asumen que hay una estafa consumada en –solamente, pero al menos– en dos casos: El delito de resultado que constituye la estafa está de todas maneras y obviamente consumado cuando el daño al patrimonio como perjuicio para la víctima realmente ha sucedido y, además, la víctima no ha recibido por la entrega de un objeto patrimonial la correspondiente contraprestación. En este caso se trata al mismo tiempo de un delito de resultado y de lesión, ya que con la producción del resultado típico se lesiona el bien jurídico protegido por el tipo penal, que es el patrimonio. Hay casos en los que existe un llamado “perjuicio de peligro”³³, en que las prestaciones a cuyo cumplimiento se han obligado las partes del contrato –por ejemplo, en la suscripción de un contrato de compraventa– no han sido todavía cumplidas³⁴, pero el patrimonio de la víctima está tan fuertemente amenazado por el compromiso a realizar obligaciones contractuales, que, en la práctica, ya está perdido³⁵. Dogmáticamente se presupone que sea seguro que el peligro se vaya a concretar, con lo que la estafa se mantiene como delito de resultado, pero se convierte en un delito de peligro concreto. Este adelantamiento de la punibilidad es aceptado por la doctrina mayoritaria.

Con la situación en sí misma ya suficientemente compleja –seguramente cada estudiante de Derecho que prepara el examen estatal tiene un par de cosas que decir al respecto–, el BGH, con su aceptación del perjuicio de cuota mediante la supuesta creación de una tercera categoría de perjuicio, generó definitivamente una difuminación de la dogmática jurídico-penal, a través de una diversificación innecesaria. En ella el tribunal, a pesar de su nuevo criterio del perjuicio de cuota, abiertamente

* § 26 StGB: “Como inductor se castigado igual que el autor, que dolosamente ha determinado a otro a la realización dolosa de un hecho antijurídico.” (*nota del traductor*).

33 La expresión “peligro patrimonial similar al daño” es incorrecta, vid. *Rotsch, ZStW* 117 (2005), 577 (584 y ss.).

34 En la práctica es suficiente que al menos una de las prestaciones no haya sido todavía cumplida. Correctamente *Krack, ZIS* 2007, 103 (109 y ss.).

35 En este sentido, el BGH hace poco en *NJW* 2007, 782 (786), con reparos sobre BGHSt 34, 294; BGH NStZ 2004, 264; BGHSt 21, 112.

se basa en una *estafa de suscripción de contrato* (*Eingehungsbetrug*)³⁶, tergiversándose la relación entre estafa de suscripción de contrato y *estafa de cumplimiento de contrato* (*Erfüllungsbetrug*): mientras que hasta ahora sólo era posible recurrir a la estafa de suscripción de contrato cuando no se llegaba a un efectivo intercambio de prestaciones, el perjuicio de cuotas ya no permite ser construido –contrario a lo que pretendía el BGH³⁷– como una “fase de transición” hacia daño en el cumplimiento del contrato. Entonces, si el perjuicio de cuota se encuentra en la modificación de las probabilidades de ganar –así lo cree el BGH³⁸–, estas probabilidades o ya cambiaron al momento de la suscripción del contrato o no han cambiado. Si uno reconoce la existencia de dicha modificación, esta no se puede “profundizar” con el pago de los dividendos en caso de ganar³⁹. Si, sin embargo, el perjuicio al momento de la celebración del contrato y el perjuicio al momento del cumplimiento del mismo son equivalentes, el perjuicio de cumplimiento no puede tener ya ninguna función. El tipo de estafa ha mutado en un mero delito de peligro concreto.

Esa es la hipertrofia del Derecho penal.

cc) En el caso “*Kanther*”⁴⁰, decidido poco antes del caso “*Hoyzer*”⁴¹, el BGH consigue escapar –algo considerado abiertamente como necesario– del reconocimiento de la responsabilidad jurídico-penal del acusado mediante una modificación del tipo subjetivo, que definitivamente debe ser considerada. La objeción del ex ministro del interior Kanther, consistente en que él no pretendía perjudicar al partido, sino que, por el contrario, protegerlo, es manejada por el BGH, a pesar de la exigencia dogmática y de que el tipo objetivo supone la mera asunción de un peligro patrimonial, estableciendo la exigencia de un dolo “definitivamente” dirigido a generar el perjuicio. Cuando la 2ª Sala no desea conformarse con un dolo de peligro, se empeña en limitar el alcance del tipo de administración desleal (*Untrueue*), algo que es en principio y a grandes rasgos digno de reconocimiento. Esto se logra, sin embargo, sólo a través de generar una incongruencia entre el tipo objetivo y subjetivo, algo que es advertido por los jueces, pero tenido por irrelevan-

36 Vid. BGH *NJW* 2007, 782 (785).

37 BGH *NJW* 2007, 782 (786).

38 BGH *NJW* 2007, 782 (785).

39 En este sentido el BGH *NJW* 2007, 782 (786), que, sin embargo, al mismo tiempo no se refiere a ello con claridad: el perjuicio de cuota representarían “una considerable parte de los perjuicios proyectados con seguridad por el corredor de apuestas”.

40 BGH *wistra* 2007, 136.

41 El caso “Hoyzer” fue decidido el 15.12.2006 (5 StR 181/06), mientras que el caso “Kanther”, que sorprendentemente ha generado menos atención hasta ahora, es de 18.10.2006 (2 StR 499/05; vid. *Ransiek*, *NJW* 2007, 1727).

te⁴². Independiente de si esta manera de proceder es dogmáticamente convincente, es una nueva prueba, al mismo tiempo, de la difuminación de la administración desleal y la dogmática del dolo.

Eso es hipertrofia del Derecho penal.

dd) Según el § 2 [parágrafo dos] del Código Procesal Penal Alemán (en adelante StPO), casos penales que estén interrelacionados pueden ser “reunidos” por razones de economía procesal⁴³. La interrelación que establece el § 2 StPO como presupuesto está regulada en el § 3 [parágrafo 3] StPO. Una, así llamada, “interrelación fáctica” se da, según el § 3 StPO, segunda hipótesis, cuando, entre otros casos, varias personas son imputados como autores o cómplices de un hecho. La opinión hasta ahora unánime⁴⁴ acepta que el concepto de autor está en sentido jurídico-material y que, por el contrario, se tiene que entender cómplice en el sentido de un concepto independiente jurídico-procesal⁴⁵. No pretendemos aquí discutir sobre el contenido de este asunto⁴⁶, sino que nos contentamos con visualizar una nueva tendencia a la difuminación.

Eso es hipertrofia del Derecho penal.

ee) Mientras que nosotros le inculcamos a nuestros alumnos durante el primer semestre de sus estudios que sólo habría un desistimiento de delitos en grado de tentativa y que la acreditación de un desistimiento en un delito consumado representa un error tan grave como como la construcción incorrecta de la tentativa, debemos también aclararles a quienes están prontos a dar el examen estatal que el impulso normativo del legislador moderno, por ejemplo, en Derecho penal económico, lleva a que en la práctica también nos sea conocido el desistimiento de un delito *culposo* (!) *consumado* (!) (Corresponde revisar el § 330b [parágrafo trescientos treinta b] inciso 1° [primero] en relación el § 330a [trescientos treinta a] inciso 5° [quinto] del StGB).

Eso es hipertrofia del Derecho.

ff) Hay un desarrollo dogmático que me parece particularmente fatal. En la práctica ya no es posible hablar del “Derecho penal” como una rama del Derecho

42 BGH *wistra* 2007, 136 (142).

43 Vid. Rotsch, en: Krekeler/Löffelmann (coord.), *Anwaltkommentar zur StPO*, 2007, § 2 número marginal 1 y ss.

44 Una visión contraria ahora en Rotsch/Sahan, *ZIS* 2007, 142.

45 Wendisch, en: Rieß (coord.), Löwe/Rosenberg, *Die Strafprozessordnung und das Gerichtsverfassungsgesetz*, 25a ed., 1999, § 3 número marginal 6; Pfeiffer, en: el mismo. (coord.), *Karlsruher Kommentar zur Strafprozessordnung und zum Gerichtsverfassungsgesetz*, 5a ed. 2003, § 3 número marginal 3; Lemke, en: Lemke et al (coord.), *Heidelberger Kommentar zur Strafprozessordnung*, 3a ed. 2001, § 3 número marginal 4.

46 En extenso, Rotsch/Sahan, *ZIS* 2007, 142.

unida y homogénea. Hace ya tiempo que se produjo una suerte de desintegración en distintas divisiones que se pueden caracterizar a través de una dialéctica particular. Posiblemente el mejor ejemplo de nuestro tiempo es la bien aspectada discusión introducida principalmente por *Jakobs* entre los dos conceptos jurídicos contrapuestos de Derecho penal del ciudadano y Derecho penal del enemigo⁴⁷. Es posible nombrar también otros contrastes sin mayor dificultad. Así, hace ya algunos años que hablamos de Derecho penal “moderno” que manifiestamente se separa del, hasta ahora no descrito como “arcaico”, sino que como “tradicional” (que debiera significar: basado en el imperio del Derecho y liberal⁴⁸). El Derecho penal preventivo (en oposición al Derecho penal represivo) se puede concretizar como un particular desarrollo del Derecho penal moderno; quien comparte la impresión aquí expresada de la existencia de un abismo entre ciencia y jurisprudencia, seguramente destacará la discrepancia entre derecho penal “teórico” y “práctico”. Nosotros hablamos de Derecho penal nuclear y Derecho penal periférico y tampoco nos es desconocida la dicotomía entre Derecho penal de las clases altas y de las clases bajas. En el futuro, el par de conceptos más decisivos serán, posiblemente los de Derecho penal nacional e internacional (también europeo).

¿No es evidente que a un Derecho penal en tal medida difuso no le será accesible la construcción de conceptos y que será disgregado, inabarcable y –principalmente para la *praxis*– poco creíble?

Eso es hipertrofia del derecho penal.

b) La hipertrofia del Derecho

Este fenómeno no se limita al ámbito del Derecho penal. Permítanme dar un breve vistazo, dentro de lo que me es posible, al Derecho constitucional.

Bernhard Schlink tituló su artículo publicado en febrero del año 2007 en el *Juristenzeitung* como “Despedida a la dogmática. Jurisprudencia constitucional y ciencia jurídico-constitucional en transformación”⁴⁹. En dicho artículo *Schlink* se da el trabajo de mostrar la vinculación de las decisiones del Tribunal Constitucional Alemán (en adelante indistintamente BVerfG) con sus propias decisiones previas. Una abierta y creciente difuminación también en derecho constitucional lleva a

47 Vid. ya *Rotsch*, ZIS 2007, 265, con más elementos en la nota al pie 53.

48 Esto permite, sin embargo, una deducción sobre el significado del término “moderno”. Esta evolución tiene obviamente su origen en un cambio del clima político-criminal –incluso cuando dicho cambio, al menos en Alemania, no suele ser verbalizado por la ciencia–. Una excepción es *Sack*, en: Obergfell-Fuchs/Brandenstein (Hrsg.), *Nationale und internationale Entwicklungen in der Kriminologie: Festschrift für Helmut Kury zum 65. Geburtstag*, 2006, p. 35.

49 *Schlink*, JZ 2007, 157.

una al aumento de la auto enmienda de sus decisiones, esto es, la modificación de decisiones jurídico-constitucionales previas, a través de nuevas sentencias del propio BVerfG. “Luego de que el BVerfG primero notara las similitudes entre los parlamentarios y los funcionarios públicos (BVerfGE 40, 296, 311 y ss.), viéndolo más de cerca, no obstante, descubre las diferencias existentes (BVerfGE 76, 256, 341 y ss.); luego de que el BVerfG fuera reiteradamente criticado por no haber liberado de impuestos al monto mínimo para la supervivencia familiar (BVerfGE 43, 108, 121 y ss.), se hartó de las críticas y cambió de opinión (BVerfGE 82, 60, 85 y s.); luego de que el BVerfG insistiera en que la protección jurídico-penal de la vida del que está por nacer ha perdido su relevancia social y política (BVerfGE 39, 1, 45 y ss.), el BVerfG prefirió no insistir más (BVerfGE 88, 203, 264); luego de negarse a ver que bajo su concepto amplio de reunión (BVerfGE 69, 315, 343) también cabían como objetos protegidos por él el Derecho constitucional de libertad de reunión los eventos de diversión, entretenimiento y promoción, optó por cambiarse a un nuevo y más estrecho concepto de reunión (BVerfGE 104, 92, 104); y para la apreciación constitucional del financiamiento de partidos se muestra completamente desorientado y vacilante (BVerfGE 8, 51, 63; 20, 56, 97; 73, 40, 84 y ss.; 85, 264, 285 y ss.), tal como variadas son las posibles soluciones del problema.”⁵⁰ Estas correcciones llevan a una pérdida del valor vinculante de la jurisprudencia: No sólo el Tribunal Constitucional Alemán no se ve vinculado por su propia jurisprudencia, sino que también de manera cada vez más frecuente, los tribunales, en general, se niegan a seguir la jurisprudencia de los tribunales superiores⁵¹.

La “des-dogmatización” que trae aparejada esta jurisprudencia lleva a una des-racionalización del proceso judicial de toma de decisiones. Esto provoca la sobre-especialización de algunos y la impotencia de muchos. Lo que se oculta bajo el manto de la dogmática científica, lleva en la práctica a la hipertrofia de la dogmática constitucional.

Eso es la hipertrofia del Derecho.

Me doy por satisfecho con este breve paseo por territorio ajeno. Cada uno de los juristas y practicantes presentes podría preguntarse si en su área no es posible observar tendencias similares. En virtud de consideraciones hasta ahora meramente superficiales, me parece que hay una evolución equivalente en otras áreas —por ejemplo, en propiedad intelectual, Derecho tributario y Derecho internacional privado—.

Antes de poder buscar posibles caminos de solución, corresponde preguntarse por las causas profundas de la situación actual de nuestro sistema jurídico:

50 *Schlink, JZ 2007, 157 (159).*

51 *Schlink, JZ 2007, 157 (158).*

2. Sobre el espíritu de los tiempos

No corresponde que discutamos hoy día sobre la unidad entre teoría y práctica —como, por ejemplo, *Binding*⁵² y los autores del S. XIX con él, creían que debía ser—, ya que ella no existe, no se puede crear y que ni siquiera vale la pena hacerlo⁵³. Ambas tareas y condiciones de trabajo son demasiado distintas⁵⁴. La jurisprudencia, como parte del aparato social de poder, debe preocuparse de tomar una decisión justa en el caso particular. Ella se encuentra especialmente obligada a generar seguridad jurídica. La jurisprudencia no sale a buscar los problemas que debe resolver, sino que se le presentan. Se encuentra bajo la presión de tener la obligación de resolver el asunto y, además, hacerlo en un espacio limitado de tiempo⁵⁵. Por el contrario, la ciencia es libre. Ella misma selecciona sus objetos de investigación, se involucra con ese objeto por su originalidad y se involucra con él por tanto tiempo y con tanta intensidad como desee. Su asunto es la perfección del sistema jurídico⁵⁶. Es otra historia si mientras se hace eso hay espacio para intereses profesionales o manipulativos⁵⁷. La ciencia lo sabe todo, pero no más que eso⁵⁸.

a) *El espíritu de la práctica*

La escasez de tiempo y recursos de quienes practican el Derecho son ampliamente lamentados, queja que no corresponder repetir aquí. Permítaseme sólo mencionar un ejemplo de la *praxis* de la jurisprudencia penal, la cual también ha generado gran controversia y ha sido discutido intensamente por el público no jurídico. Se trata del —ahora terminado— caso “Mannesmann”. Como es sabido, el Tribunal Regional de Düsseldorf sobreseyó el caso a través de un acuerdo entre las partes del proceso en virtud del § 153a [parágrafo ciento cincuenta y tres a] inciso 2° [segundo] en relación al inciso 1° [inciso primero] del Código Procesal Penal Alemán (en adelante StPO)⁵⁹. En el caso del más conocido de los acusados, el portavoz de la junta directiva del Deutsche Bank, el Dr. Ackermann —con un ingreso anual de entre 15 [quince] y 20 [veinte] millones de euros (no fue capaz de nombrar la cifra exacta) —, el sobreseimiento se vinculó a la condición del pago

52 *Binding*, ZStW 1 (1881), 4 (29).

53 En el mismo sentido, *Erb*, ZStW 113 (2001), 18.

54 *Burkhardt* (nota al pie 7), p. 116, con mayor desarrollo en notas al pie 19-21.

55 La muy criticada presión del tiempo en que las sentencias deben ser entregadas, tiene, sin embargo, la importancia de servir al interés del imputado. Vid., por ejemplo, *Radtke*, ZStW 119 (2007), 83.

56 *Röhricht*, ZGR 1999, 445 (463).

57 *Mertens*, ZGR, 1998, 386.

58 *Paul Montel*.

59 Vid. el comunicado de prensa N° 09/2006; N° 01/2007; www.lg-duesseldorf.nrw.de.

3,2 [tres coma dos] millones de euros, que él entretanto pagó. Por supuesto, este no es lugar para pronunciarse sobre la procedencia y necesidad de los acuerdos procesales. Sin embargo, el caso nos muestra con sorprendente claridad a dónde lleva la tensa relación de la hipertrofia de la ciencia jurídico-penal, por un lado, y, si se quiere, la atrofia de la práctica jurídico-penal, por otro lado: Desde el punto de vista dogmático, este caso se trata de los problemas más complejos del tipo penal de administración desleal y problemas complejos sobre el error y sobre la formas de participación criminal⁶⁰. El BGH⁶¹ tomó posición de manera muy clara sobre estos asuntos en su sentencia de revisión y le indicó al Tribunal Regional, sin duda alguna, su opinión jurídica (punibilidad en virtud de administración desleal). El Tribunal Regional no controvertió esto. Se considera que el interés público en la persecución penal desaparece con la imposición del pago de dinero. ¡Incluso se sostiene que a través de la sentencia del BGH se aclaran importantes preguntas jurídicas que exceden lo acaecido en el caso concreto! El Tribunal Regional asume –tal como el BGH– la existencia de una conducta punible merecedora de pena, sin embargo, asumen al mismo tiempo que la culpabilidad es tan escasa, que ella –como lo formula el § 153a [ciento cincuenta y tres a] inciso 1° [primero] StPO– no se opone al sobreseimiento. Parece comprensible que esta posición no logre ser completamente convincente, a la vista del interés público involucrado y del inmenso perjuicio de 57 [cincuenta y siete] millones de euros que se produjo. Y cuando el Tribunal Regional de manera conciliatoria sostiene que el sobreseimiento del procedimiento no le resta importancia a la sentencia del BGH, parece no comprender la terrible impresión que deja no sólo en el grueso de la opinión pública⁶², sino que también en las ciencias jurídico-penales. En su reciente contribución publicada en ZIS 12/2007, *Frank Saliger* y *Stefan Sinner* distinguen adecuadamente la dicotomía entre “derecho abstracto” y “voluntad concreta”⁶³: El interés por la aclaración de preguntas jurídicas abstractas y fundamentales se declara satisfecho sin vacilaciones, la voluntad concreta de los partícipes en el sentido de terminar el proceso se considera prioritario. Una desconexión semejante con la jurisprudencia del tribunal supremo no nos es desconocida: Ya la hemos visto cuando nos hemos referido a la jurisprudencia del Tribunal Constitucional Alemán. Es evidente que esta cultura de creación jurídica es vista con la mayor preocupación por la ciencia jurídico-penal. Puede ser que desde un punto de vista práctico y pragmático la decisión sobre el

60 Vid., recientemente, *Saliger/Sinner*, ZIS 2007, 476 (477)

61 BGH NJW 2006, 522 con comentario de *Hohn*, wistra 2006, 161; *Ransiek*, NJW 2006, 814; *Rönau*, NStZ 2006, 218; *Schünemann*, NStZ 2006, 196.

62 Vid. la revisión de la información publicada por los medios de comunicación que hacen *Saliger/Sinner*, ZIS 2007, 476 nota al pie 1.

63 *Saliger/Sinner*, ZIS 2007, 476 (479, 481).

sobreseimiento de Tribunal Regional de Düsseldorf esté justificada, pero desde un punto de vista dogmático es una catástrofe.

b) *El espíritu de la ciencia*

Por supuesto, la praxis no es la única culpable de esta evolución. Dado que las ciencias jurídico-penales logran cada vez menos hacer que sus conocimientos trasapables a la práctica de manera comprensible y utilizable, han ido perdiendo su más noble objetivo, se mantienen “ajenas al mundo y a la vida” y “no pueden ser una teoría del Derecho”⁶⁴. Así contribuyen con su parte a la situación actual del sistema penal⁶⁵.

Las causas profundas de este fenómeno son de los más variadas, todas tiene que ver con la situación actual de las ciencias humanas; la manera cómo se puede hacer carrera al interior de las instituciones de educación superior; un inmenso flujo de publicaciones que nos inunda, causado por la presión a los jóvenes académicos por publicar cada vez más y con mayor originalidad; con un aumento constante de los conocimientos, que –no sólo para los estudiantes– cada vez es menos posible de dominar. *Burkhardt* lo formuló de manera exacta: “A los problemas con los que se encuentra la nueva generación de dogmáticos pertenecen las propuestas de solución de las antiguas generaciones”⁶⁶.

De esto se sigue un alto grado de inseguridad de la ciencia. La inseguridad jurídica no es sólo el resultado de jurisprudencia contradictoria, sino que tiene como punto de partida en gran medida unas teorías científicas de contornos finamente dibujados, altamente controvertidas y sólo posibles de diferenciar por especialistas. Todos muestran un interés en los conocimientos científicos, pero es imposible formarse cualquier tipo de idea acabada, lo que da como resultado la consiguiente pérdida de seguridad. Diciéndolo en palabras de *Arzt*: La diversidad se convierte en el daño primario⁶⁷. Eso permite que aparezca comprensible cuando, por ejemplo, el BGH no se deja impresionar demasiado por la discusión jurídico penal y encuentra su propio *Derecho*.

Los esfuerzos de la ciencia jurídico-penal son cuestionables, si se considera que desde hace tiempo que está comprobado que asumir una teoría de las ciencias jurídico-penales, cuando ella es especialmente convincente desde un punto de vista

64 *Zaczyk* (nota al pie 8), p. 41.

65 Sin embargo, la sentencia de revisión del BGS en el caso Mannesmann haia una declaración absolutamente clara sobre la aplicación del Derecho; sobre esto advierten correctamente Saliger/Sinner, *ZIS* 2007, 476 (481).

66 *Burkhardt* (nota al pie 7), p. 148.

67 *Arzt*, en: Donrseifer *et al* (coord.) *Gedächtnisschrift für Armin Kaufmann*, 1989, p. 839 (867 y ss., 873).

dogmático, no logra nada en la jurisprudencia del Tribunal Supremo, sino que simplemente cuando se dirige a una necesidad político-criminal existente. Recordemos por un momento la recepción que hace el BGH de la figura jurídica de Roxin del dominio de la organización, de la que ya hemos hablado aquí.

En el ya referido Derecho penal “moderno” la discusión científica se ve caracterizada por otro fenómeno. Cuando en gran medida ya no se trata de la reacción respecto del pasado, sino de configurar el futuro⁶⁸, el Derecho degenera en un instrumento de control y manejo de riesgos y nos vemos confrontados con la dificultad de que debemos resolver problemas cada vez más complejos en plazos cada vez más breves. Esto tiene repercusiones inmediatas en la calidad de una ciencia que ya no encuentra el tiempo para asegurarse a sí misma.

Esta evolución tiene, sin embargo una consecuencia preocupante, pero contradictoria: Es claro que especialmente las editoriales científicas consideran cada vez más que las ciencias jurídicas (y penales) sólo pueden ofrecerse en forma simplificada. Mientras que libros magistralmente redactados —como la propia parte General del Derecho Penal de *Roxin*— han llegado a venderse más en el extranjero que en Alemania, uno se encuentra con grandes ventas de sucintas obras colectivas tituladas como “Breve Introducción al Examen de Grado”. Hacerle un reproche a las editoriales sería absurdo; son empresas privadas que deben conseguir maximizar sus utilidades para las que el éxito de ventas de sus libros ocupa, obviamente, la primera posición en su plan de negocios.

c) *El espíritu del tiempo*

Todos nosotros somos un reflejo del espíritu de nuestro tiempo o *Zeitgeist*⁶⁹. Este enunciado es trivial y, sin embargo, cierto. Muchos le atribuyen —equivocadamente— a *Johann Gottfried Herder* la idea, proveniente, en realidad, de una obra redactada en 1760 por el filólogo *Christian Adolf Klotz*, de determinar las particularidades de una época determinada con la ayuda del traslape de instrumental y criterios de medición de distintos tiempos⁷⁰. El concepto alemán “*Zeitgeist*”, proveniente de una traducción del latín, ha sido adoptado como concepto idiomático global, utilizándose incluso en el inglés (y en español). Este “espíritu de los tiempos”⁷¹ es tentador: Este concepto, anónimo, sin imágenes⁷² y nebuloso, nos entrega falsa justificación para la facilidad que tenemos para sentirnos cómodos conformándonos

68 Hassemer, *Produktverantwortung in modernen Strafrecht*, 1994, p. 9 y ss.

69 Hiery, para una introducción: Der Historiker und der Zeitgeist, abrufbar unter www.uni-bayreuth.de/departments/neueste/ZeitgeistEinleitung.htm.

70 Hiery (nota al pie 69)

71 Vid. *Goethe, Fausto*, primer aparte, noche.

72 Konersmann, en: *unizeit* v. 8.01.2005, p. 2.

con las circunstancias de nuestro tiempo. Uno se sirve de un concepto fantasma para ahuyentar el fantasma del desamparo. A pesar de ello, a veces nos permite una iluminadora mirada al clima intelectual y cultural de nuestra época.

Un ejemplo actual: Desde hace años, incluso en los llamados “medios de comunicación serios”, se puede observar un retorno a la superficialidad. Hoy día incluso el honorable FAZ⁷³ ha roto su dogma y nos presenta junto con sus titulares una foto en colores, lo cual se intentó justificar por la redacción señalando que una homogeneidad sería castigada por la distorsionada realidad del día a día. Sea cuál sea la opinión que uno tenga de esta banalización de la presentación del periódico: la nueva diagramación implica necesariamente que un tercio del texto que hasta ahora había en la primera página desaparece. El lector moderno, eufemísticamente llamado “lector rápido”, es degradado a la calidad de lector discapacitado. En un mundo digitalizado, en el que ya no existen las distancias, no sólo la difusión, sino que la presentación y recepción de noticias se han acelerado y reducido de tal manera que los antiguos siervos de la fidelidad a su medio tradicional se han convertido en siervos del tiempo⁷⁴. Por ejemplo, la supuesta bendición del moderno tráfico de correos electrónicos se ha convertido para muchos en una maldición y no pocos desearían volver a tiempos pasados menos frenéticos.

La universidad, sin embargo, ha sido desde siempre el lugar más destacable donde a esa tendencia de “renunciar al pensamiento”⁷⁵ se le opone el gusto por la reflexión. Con esto, intento ahora referirme al acercamiento entre ciencia y praxis.

IV. ALEGATO EN FAVOR DE UN ACERCAMIENTO ENTRE LA CIENCIA Y LA PRAXIS

¿Cómo puede congeniarse la descripción aquí sostenida de la hipertrofia del Derecho, la exigencia de la vuelta a un sistema jurídico “simplificado” y al mismo tiempo la apelación por una reflexión más profunda?

El intento por llevar a cabo la liberación del Derecho de su carga de hipertrofia no debe malentenderse como un intento de minimización del problema⁷⁶. Por el contrario: la universidad puede y debe ser un lugar para la resolución de problemas profundos y científicos. El arte de la docencia no está en la minimización de asuntos jurídicos complejos, sino que en la reducción a estructuras fundamentales básicas

73 Se refiere al periódico de corte conservador “Frankfurter Allgemeine Zeitung”, de circulación nacional en Alemania. Hoy en día cuenta, además, con un sitio de internet y una versión de papel digital para iPad. (*nota del traductor*)

74 Hiery (nota al pie 69)

75 Zaczyk (nota al pie 8) p. 41.

76 Ver Erb, ZStW 113 (2001), 18, quien considera imposible una autorreducción de la ciencia.

y la facilitación de su aprendizaje, sin simplificaciones inoportunas. Para ello, no debe perderse de vista la utilidad práctica de la educación. Está en nuestras manos hacer de los jóvenes estudiantes de nuestras facultades juristas críticos y reflexivos; que no degeneren en autómatas de la subsunción, en el sentido de *Montesquieu*, sino que desarrollen una comprensión del sistema jurídico y competencias sociales. Esto requiere tiempo y exige un método de facilitación del Derecho que debe diferenciarse de los “repetidores”⁷⁷ comerciales. No debemos subestimar al estudiante de Derecho de hoy, pero tampoco debemos dejar que se ahoguen en un flujo de conocimientos sin relevancia práctica y sólo importante al interior de la academia. Está en nosotros preocuparnos de que un buen candidato al examen estatal también pueda ser, en el mejor sentido de la palabra, un buen practicante de la profesión.

La Universidad de Augsburg, me parece, ya ha encauzado correctamente, y de diversas formas, la educación para futuras generaciones de juristas. Así, el estudiantado está incluido desde hace algún tiempo en el proceso de nombramiento de profesores, por ejemplo, mediante la consideración de evaluaciones estudiantiles. En Augsburg existe un “*Examinatorium sin Rep*”, que representa una alternativa de primera clase a los repetidores comerciales y que ha servido como ejemplo para otras universidades bávaras. No es necesario referirse al equipamiento de la universidad, incluso cuando estudiantes que no han conocido otras universidades todavía no han aprendido a apreciarlo.

Tengamos mayor confianza en nuestros estudiantes: con clases interesantes se puede superar el prejuicio de que los en las mañanas de los lunes todavía no están realmente presentes y que al mediodía de los viernes ya no es posible encontrarlos en la universidad.; un prejuicio que también existe respecto de los profesores. No pocos estudiantes agradecen cuando se les hacen recomendaciones de lecturas fuera de los insípidos manuales del *Repetitorium*⁷⁸, la popularidad de los libros delgados se produce no pocas veces simplemente, porque nadie les ha hablado de la literatura más sofisticada y en el tumulto de ofertas se aferran a aquellas más baratas. Y definitivamente no se le debe aconsejar a cada mente filosófica entre los estudiantes que dejan atrás los estudios de Derechos lo más rápido que puedan en los ocho semestres supuestamente presupuestados.

En virtud de que una clase inaugural debe servir también para esbozar el trabajo actual y futuro del ponente, permítaseme presentar algunas modestas propuestas para superar el déficit descrito en el ámbito del Derecho penal, que ya está en movimiento, en parte gracias a la valiosa ayuda de muchos colegas.

77 Un *Repetitor* es un tutor, normalmente pagado, que prepara a los estudiantes en las habilidades y conocimientos para superar los exámenes estatales. Similar, en Chile, a los llamados “interrogadores” para el examen de grado. (*nota del traductor*).

78 Época de estudio para el examen estatal (*nota del traductor*).

Hace ya dos años fundamos la publicación on-line ZIS –Zeitschrift für Internationale Strafrechtsdogmatik⁷⁹–. Se ha definido como su meta –si se quiere, contrario al *Zeitgeist*– darle nuevamente espacio a las ideas científicas más profundas. En contra de los medios impresos tradicionales, tiene la ventaja de no sucumbir a ningún tipo de límite de espacio. También se suprime la tradicional y poco atractiva –para el autor y el lector– espera de meses para la publicación. Luego de la excelente recepción tanto en el mundo científico como en la praxis, se logró, bajo la dirección del renombrado profesor de Derecho penal internacional *Kai Ambos*, poner en funcionamiento un Consejo de Redacción Internacional, responsable por la buscar y evaluar contribuciones extranjeras. A dicho consejo pertenecen más de 25 renombrados profesores de todo el mundo.

El éxito de dicha revista nos ha alentado, a partir del 1° de febrero de 2008, a iniciar la publicación de otra revista on-line igualmente gratuita pensada en los estudios de Derecho. Desde el principio de dicho año que están disponibles para todas las ramas del Derecho relevantes para el examen la amplia Zeitschrift für das Juristische Studium (ZJS)⁸⁰, con una periodicidad bimensual.

Matthias Jahn y *Armin Nack* han producido con el Karlsruher Strafrechtsdialog [Diálogo Jurídico-Penal de Karlsruhe], organizado por primera vez el año pasado, una valiosa contribución al acercamiento entre científicos del Derecho penal y jueces del BGH. De este congreso se llegó a la idea de que este acercamiento debiera ser también algo práctico. Desde entonces, junto con algunos jóvenes colegas penalistas, *Armin Nack* y seis jueces penales del BGH, hemos fundado el Arbeitsgruppe Wissenschaft und Praxis (WuP)⁸¹ o Grupo de Trabajo de la Ciencia y la Práctica. Dicho grupo representa el intento de hacer participar a la ciencia del Derecho penal en la creación jurídica del Tribunal Supremo en materia penal *antes* de la dictación de los fallos. Por ellos se han puesto en la página principal de la ZIS la descripción de problemas jurídicos en asuntos que conocerá el BGH; cada científico tiene así la oportunidad para, de antemano, tomar una posición desde un punto de vista científico sobre un problema de importancia práctica y relevante para una sentencia⁸².

Y, por supuesto, nos corresponde traer conocimientos prácticos a la universidad. En Augsburg ya se han conseguido varios académicos de Derecho penal extranjeros para dar conferencias –el 5.11.2007, por ejemplo, habló, por iniciativa de *Henning Rosenau* el Profesor *Taguchi* de Tokio sobre “Prozessgegenstand in japanischen Strafprozessrecht” [Objeto del proceso en el Derecho procesal pe-

79 Aparece mensualmente a mediados de mes y está disponible en www.zis-online.com.

80 Disponinle en www.zjs-online.com.

81 Grupo de trabajo ciencia y praxis (*nota del traductor*).

82 La primera contribución de *Gössel* se encuentra en ZIS 2007, 557.

nal japonés]⁸³; *Claus Roxin* ya nos habló sobre proceso penal, *Kristian Kühl* se ha comprometido a una conferencia sobre Derecho penal material y para el semestre de verano hemos planeado un evento conjunto con *Armin Nack*, en el cual intentaremos iluminar la figura jurídica del autor mediato en virtud de dominio de la organización desde un punto de vista teórico y práctico.

V. CONCLUSIÓN

No sólo el Derecho penal se caracteriza por una creciente difuminación de la dogmática que lleva a una hipertrofia del Derecho. Esta hipertrofia diluye la sistematización de los conceptos de la ciencia jurídica alemana; representando, por último, una causa esencial para un creciente distanciamiento entre ciencia y praxis. Quien quiera reducir dicho distanciamiento deberá preocuparse de dos cosas: Deberá preocuparse en la enseñanza de que la *ciencia* deba presentarse a los estudiantes con vista a su necesidad práctica y debe aprovechar y ampliar las posibilidades que se le ofrecen para intensificar en contacto con la *praxis*.

83 Aparecido en *ZIS* 2/2008.

LECTURA JURÍDICO-PENAL DE UN PASAJE CERVANTINO: DON QUIJOTE Y LOS GALEOTES

MIGUEL POLAINO-ORTS*

I. LA PICARESCA CERVANTINA: FICCIÓN Y REALIDAD

El 23 de abril de 2016 se conmemoró el cuarto centenario de la muerte del alcalaíno Miguel DE CERVANTES SAAVEDRA (1547-1616) y, con ese motivo, se han multiplicado en todo el mundo los festejos en torno al autor y a su obra. En estas páginas rendimos homenaje a uno y a otra analizando, desde la óptica jurídico-penal, un conocido pasaje de su obra más conocida: *El ingenioso Hidalgo Don Quijote de la Mancha*. El libro se publicó originariamente en dos partes: la primera en 1605, la segunda en 1614, y pronto se convertiría en la obra cumbre de toda la amplia bibliografía de su autor. Rica en tantos matices, esta obra constituye un verdadero tratado sociológico lleno de encanto costumbrista y de belleza literaria. Ofrece un completo retablo de la Sociedad de la época, en numerosos aspectos de la realidad, también, claro es, en el ámbito del Derecho. Sabido es que CERVANTES, recaudador de impuestos, tuvo sus más y sus menos con la Justicia, y varios fueron los procesos seguidos en su contra. En eso seguía, al parecer, una desgraciada pertinacia familiar. Los problemas judiciales de la familia CERVANTES fueron, según se ha documentado, harto frecuentes: el abuelo paterno, Don Juan DE CERVANTES protagonizó, durante el ejercicio de su cargo de abogado del Real Fisco de la Inquisición de Córdoba (al que accedió en 1502), no menos de doce juicios, en alguno de los cuales fue perseguido por impago y por prevaricación; y otros veintiuno durante el año y medio que vivió en Cuenca, donde fue acusado de injurias y de deudas impagadas; la madre de CERVANTES, Doña Leonor DE CORTINAS, se disfrazó al parecer de viuda para engañar al Consejo de Castilla, gracias a lo cual pudo recibir 24 mil maravedís, una fortuna en la época, con que el Consejo de la Cruzada le premiaba, en calidad de fondo de redenciones, para pagar el supuesto rescate de su hijo; su mismo padre, Don Rodrigo DE CERVANTES, también dio con sus huesos en cárceles

* Profesor de Derecho Penal de la Universidad de Sevilla, España.

castellanas, por impago de una cantidad de dinero...¹. Tampoco el inquieto Miguel se libraría de la cárcel. Sometido a varios procesos, huido de la Justicia, fue perseguido penalmente y condenado, entre otras penas, “a que con berguença publica le fuese cortada la mano derecha y en destierro de nuestros Reynos por tiempo de diez años”, según reza la orden de busca y captura dictada en su contra en Madrid con fecha 15 de septiembre de 1569². Tras varias peripecias por caminos internacionales (Italia, Argel, etc.) terminó por cumplir condena en la prisión de Sevilla, donde el Príncipe de los Ingenios concibió la idea de su obra más inmortal, principió su escritura y redactó no pocas de las andanzas de su caballero andante. Para entonces ya era CERVANTES un hombre maduro, curtido en mil batallas (no sólo literarias), y con suficientes vivencias a sus espaldas como para redactar con sosiego³, con ironía y con realismo las andanzas de un caballero errante, extravagante y enamorado.

Familiarizado como estaba con el argot judicial, no es de extrañar que trasladara a su héroe novelesco las vivencias y frustraciones propias de su vida como condenado. Menudean en *Don Quijote de la Mancha* —o, por no limitarla a este libro, en toda la obra cervantina; ahí están para demostrarlo las *Novelas Ejemplares*, desde *La Gitanilla* hasta *Rinconete y Cortadillo*, tan poco ejemplares en ocasiones— pasajes en los que describe usos forenses⁴, procesos penales y sanciones punitivas de la época⁵, mostrándose en sus obras cada vez como “un psicólogo más clarividente

-
- 1 De estos y otros datos informa, por ejemplo, ARRABAL, Fernando. *Un esclavo llamado Cervantes*, Espasa Calpe S.A., Madrid, 1996, pp. 69-73.
 - 2 Puede leerse la reeproducción y la transcripción del original en ARRABAL, Fernando. *Un esclavo llamado Cervantes*, cit., pp. 11-13.
 - 3 Cualidad ésta que también se transmite a pesar de todo, según algún estudioso, a su personaje. Vid. GARCÍA VALDECASAS, Alfonso. *El hidalgo y el honor*, Revista de Occidente, Madrid, 1948, p. 27: “Don Quijote, desaforado en sus locas empresas, como la de los molinos o la de los leones, es, sin embargo, en su manifestación normal, un ejemplo impecable de sosiego”.
 - 4 Un estudioso del tema, POLAINO ORTEGA, ha resaltado en dos valiosos estudios la existencia por aquellos tiempos —y aun por éstos— de un “Derecho vivido” por el pueblo al lado de un Derecho escrito: ese Derecho consuetudinario vivido, “no siempre coincidente en un todo, cuya versión real es la que nos dan las obras literarias”, engloba “costumbres locales, usos fori y hasta corruptelas procesales” y su existencia “dificulta aún más el intento de la determinación de la norma jurídico-penal o jurídico-procesal operante en cada supuesto literario concreto”. Vid. POLAINO ORTEGA, Lorenzo. *La delincuencia en la picaresca*, Discurso de ingreso en la Real Academia Sevillana de Buenas Letras y contestación de Faustino GUTIÉRREZ-ALVIZ Y ARMARIO, Sevilla, 1964, p. 31. Ya antes, Id. *El Derecho procesal en el «Libro de Buen Amor»*, Imprenta Orellana 7, Madrid, 1948, pp. 6 y ss.
 - 5 Breves pero precisas consideraciones a propósito de ciertos pasajes forenses de la obra cervantina (en especial, el capítulo de los galeotes a que nos referimos en el texto) pueden

de la vida nacional”⁶. Truhanes, pícaros y rufianes de la más variada condición ladronesca transitan por sus páginas, con vida propia, recreando magistralmente la vida literaria y social de los Siglos XVI y XVII con su peculiar germanía y el hampa circundante⁷. No pocos de sus protagonistas son reprimidos judicialmente por sus “pecados nefandos”, tal como lo fue, en la realidad, su mismo autor, y no pocos de ellos viven en carnes propias las prisiones a que también se vio abocado el autor de sus días. Ello hace que sus descripciones picarescas y forenses estén transidas de elevadas dotes de un realismo nada mágico. Como diría el médico y estudioso Rafael SALILLAS, “(m)uchas pruebas concurren á la demostración de que Cervantes, por influencias literarias y por contacto íntimo con el medio social y con el medio específicamente picardeado de la cárcel, conocía la personalidad picaresca como si la hubiera vivido”⁸. Realidad y práctica, vivencia y ficción, se funden, de ese modo, con magistral realismo, en la obra cervantina, donde no faltan pinceladas irónicas sobre el mundo judicial, como si el autor hubiera querido burlarse literariamente de ese modo de sus propios tormentos judiciales.

II. EL CAPÍTULO CERVANTINO DE LOS GALEOTES COMO FUNDAMENTO EPISTEMOLÓGICO DEL DERECHO PENAL DEL ENEMIGO

De todo el amplio y sugerente retrato costumbrista que ofrece la obra y aun la vida cervantinas (desde su ingente producción hasta su vida novelesca misma y aun su muerte), sin duda el pasaje que más jugo ofrece desde el punto de vista jurídico es el pasaje quijotesco de los galeotes. En ese capítulo, uno de los más vibrantes y más sugerentes de todo el libro (sugerente también, especialmente, desde la perspectiva del jurista), el XXII de la primera parte, describe CERVANTES el encuentro de DON QUIJOTE y de SANCHE PANZA con un grupo de presos, una cuerda de galeotes que habían sido condenados a la pena de galeras, consistente en la obligación de remar en embarcaciones al servicio de Su Majestad el Rey.

verse en el ensayo de ARROYO ZAPATERO, Luis. “Delitos y penas en el Quijote”, en *Añil. Cuadernos de Castilla-La Mancha*, núm. 1, 1993, pp. 49 y ss. (accesible también en internet: http://portal.uclm.es/pls/portal/PORTAL_IDP.PROC_FICHERO.DOWNLOAD?p_cod_fichero=F2010424982).

- 6 Como lo califica el estudioso SALILLAS, Rafael. *El delincuente español. Hampa (Antropología picaresca)*, Librería de Victoriano Suárez, Madrid, 1898, p. 116.
- 7 Sobre ese ambiente picaresco sigue siendo de interés el clásico estudio de DELEITO Y PIÑUELA, José. *La mala vida en la España de Felipe IV*, Prólogo de Gregorio Marañón, Espasa-Calpe S.A., Madrid, 1948, pp. 113 y ss. También, las sugerentes reflexiones de BRÍOSIO SANTOS, Héctor. *Sevilla en la prosa de ficción del Siglo de oro*, Diputación de Sevilla, Sevilla, 1998, pp. 261 y ss., con particular y exhaustiva referencia a la delincuencia sevillana en el Siglo de Oro.
- 8 SALILLAS, Rafael. *El delincuente español. Hampa (Antropología picaresca)*, cit., p. 150.

DON QUIJOTE, ávido de una justicia *sui generis* y de mostrar ante quien quisiera verle su capacidad de sacrificio en favor de su amada, se interesa por la causa de las condenas de aquellos desdichados, iniciándose un curioso diálogo entre DON QUIJOTE, los guardianes y algunos de los reos. La escena se centra, especialmente, en el último de ellos, un delincuente reincidente, pícaro, locuaz e ingenioso, de nombre GINÉS DE PASAMONTE. La descripción que de él ofrece CERVANTES es por menorizada y deliciosa: después de referirse más o menos detenidamente a cinco presos anteriores (de los doce presos que, en total, integraban ese grupo), figuras secundarias que representan un rol de contextualización, afirma el narrador que “*tras todos estos venía un hombre de muy buen parecer, de edad de treinta años, sino que al mirar metía el un ojo en el otro un poco*”⁹, señal ésta —el estrabismo— que entonces se tomaba por desventura y que representaba inequívocamente el mal fario atribuido al personaje. GINÉS, no siendo de raza gitana, imitaba con habilidad la germanía y hasta el *modus vivendi* que CERVANTES atribuía a los gitanos, al decir de él que “por vender el asno, se había puesto en traje de gitano, cuya lengua y otras muchas sabía hablar como si fueran naturales suyas”¹⁰. Cabe añadir, entre paréntesis, que para CERVANTES la condición gitana no era precisamente garantía de seguridad colectiva. Al comienzo de su novela ejemplar *La Gitanilla*, y a propósito de la raza gitana, escribe CERVANTES unas palabras que hoy no merecerían precisamente el calificativo de políticamente correctas: “(p)arece que los gitanos y gitanas solamente nacieron en el mundo para ser ladrones; nacen de padres ladrones, críanse como ladrones, estudian para ladrones, y, finalmente, salen con ser ladrones corrientes y molientes á todo ruedo; y la gana de hurtar y el hurtar son en ellos como accidentes inseparables que no se quitan sino con la muerte”¹¹.

A continuación, y esto es lo que más nos interesa en este ensayo, describe CERVANTES la forma —especialmente agravada— en que llevaban apresado al pícaro delincuente: “*Venía diferentemente atado que los demás, porque traía una cadena al pie, tan grande, que se la liaba por todo el cuerpo, y dos argollas a la garganta, la una en la cadena y la otra de las que llaman guardaamigo o pie de amigo, de la cual descendían dos hierros que llegaban a la cintura, en los cuales se asían dos esposas, donde llevaba las manos, cerradas con un grueso candado, de manera que ni con las manos*

9 DE CERVANTES Y SAAVEDRA, Miguel. *Quijote del Centenario. El ingenioso Hidalgo Don Quijote de la Mancha*, tomo segundo, con 689 láminas de J. Jiménez Aranda, y 111 de Alpérez, Bilbao, García Ramos, Jiménez (Luis), L. Cabrera, Moreno Carbonero, Sorolla, Sala y Villegas, y con un juicio crítico de la obra, de D. José R. Mérida, Editor: R. L. Cabrera (oficinas: Lagasca 30), Madrid, 1906, p. 10.

10 DE CERVANTES Y SAAVEDRA, Miguel. *Don Quijote de la Mancha*, cit., p. 124.

11 DE CERVANTES Y SAAVEDRA, Miguel. *La Gitanilla*, en ID., *Obras completas*, recopilación, estudio preliminar, prólogos y notas por Ángel VALBUENA PRAT, 12ª. edic., Aguilar, Madrid, 1962, p. 774.

*podía llegar a la boca ni podía bajar la cabeza a llegar a las manos*¹². DON QUIJOTE, curioso ante la diferencia de trato entre el último preso y los anteriores galeotes, interroga a los guardianes por qué *“iba aquel hombre con tantas prisiones más que los otros”*¹³. La respuesta es, según mi parecer, todo un compendio completo de modernísimo filosofía político-criminal: cuenta CERVANTES que, según la guarda, la razón estribaba en que *“tenía aquel solo más delitos que todos los otros juntos y que era tan atrevido y tan grande bellaco que, aunque le llevaban de aquella manera, no iban seguros dél, sino que temían que se les había de huir”*¹⁴. Por sus varios delitos, el desdichado GINÉS DE PASAMONTE, también conocido como GINESILLO DE PARAPILLA, había sido condenado anteriormente a cuatro años de pena de galeras, y ahora por otros delitos ulteriores a otra decena de años: *“(v)a por diez años —replicó la guarda—, que es como muerte civil”*¹⁵, tiempo que GINÉS quiere aprovechar para completar su libro biográfico, *La vida de Ginés de Pasamonte*, que se trae entre manos y que ha dejado empeñado en la cárcel por doscientos reales: *“Para servir a Dios y el rey, otra vez he estado cuatro años, y ya sé a qué sabe el bizcocho y el corbacho —respondió Ginés—; y no me pesa mucho de ir a ellas, porque allí tendré lugar de acabar mi libro, que me quedan muchas cosas que decir, y en las galeras de España hay más sosiego de aquel que sería menester, aunque no es menester mucho más de lo que yo tengo de escribir, porque me lo sé de coro”*¹⁶. Qué enseñanzas podemos extraer de este pasaje literario para el Derecho penal lo vemos a continuación.

III. LAS ENSEÑANZAS PENALES DEL PASAJE CERVANTINO DE LOS GALEOTES

El caso de GINÉS DE PASAMONTE constituye uno de los primeros y más claros y bellos ejemplos de Derecho penal del enemigo en la literatura española. Pero no sólo eso. De él puede inferirse toda una teoría jurídica del delito: autor, delito y pena se delimitan de manera extraordinariamente precisa, moderna y sugerente en el pasaje cervantino. Y es más: a nuestro juicio, ese ejemplo resume, con la precisión y la belleza plástica cervantinas, el punto central de ese fenómeno delictivo de criminalidad especialmente grave, a saber: la erosión de la *seguridad cognitiva* de los ciudadanos (“personas en Derecho”) en la vigencia de la norma, por mor del comportamiento socialmente desestabilizador de un sujeto cuya conducta se muestra especialmente peligrosa (“enemigo”)¹⁷. Revisemos, pues, someramente, el mencio-

12 DE CERVANTES Y SAAVEDRA, Miguel. *Don Quijote de la Mancha*, cit., p. 10.

13 DE CERVANTES Y SAAVEDRA, Miguel. *Don Quijote de la Mancha*, cit., p. 10.

14 DE CERVANTES Y SAAVEDRA, Miguel. *Don Quijote de la Mancha*, cit., p. 10.

15 DE CERVANTES Y SAAVEDRA, Miguel. *Don Quijote de la Mancha*, cit., p. 11.

16 DE CERVANTES Y SAAVEDRA, Miguel. *Don Quijote de la Mancha*, cit., p. 12.

17 Mayor información en POLAINO-ORTS, Miguel. *El Derecho penal del enemigo ante el Estado de Derecho*, Flores Editor y Distribuidor, México D.F., 2013, passim. Ya antes:

nado pasaje literario con la lente de la enseñanza moderna del Derecho penal. Para ello nos centraremos en varios aspectos de teoría jurídica del delito referente tanto al autor, como al delito y a la pena.

1. GINÉS DE PASAMONTE como foco destabilizador (enemigo)

Podemos comenzar con un dato objetivo y trascendental, que asimismo llamó la atención a DON QUIJOTE: la confrontación de los sujetos (los primeros presos, por un lado; GINÉS DE PASAMONTE, por otro) mediante la constatación y el análisis de los diversos tratamientos que se les concede. En el ejemplo cervantino se pone de manifiesto la existencia real de dos clases de delincuentes, o –por mejor decir– de dos formas de lesión de la norma: en primer lugar, se encuentran aquellos delincuentes en los que, al margen de haber cometido un hecho punible o aun después de haberlo cometido, puede la Sociedad confiar en su comportamiento respetuoso en la norma (llamémosles, ya, de entrada, “ciudadanos”, aunque sólo sea de manera intuitiva: por lo general rezuman “civilidad”) y, en segundo término, aquellos otros en los que, luego de la comisión de un hecho delictivo, no presentan la garantía suficiente de comportarse como personas en Derecho, esto es, de respetar mínimamente las reglas de convivencia social, sino antes bien lo contrario: constituyen un peligro para la seguridad de los ciudadanos, un cuestionamiento permanente y latente de la norma como fuente orientación social y de protección, y –con ello– un impedimento para el normal desenvolvimiento de la vida social. A estos últimos les llamaremos “enemigos” precisamente porque ejercitan cotidianamente inseguridad, incivilidad, ausencia de sociabilidad, urbanidad o respeto al otro: en una palabra, *barbarie*.

El concepto de enemigo no es una noción moral, ni religiosa, ni ética, ni política ni bélica, sino meramente sociológica o –por mejor decir– *funcionalista* (en el sentido propio de la prestación que coadyuva al mantenimiento de un sistema¹⁸,

ID., *Lo verdadero y lo falso en el Derecho penal del enemigo*, Editora Jurídica Grijley, Lima, 2009, *passim*.

18 No escasa incertidumbre reina en torno al concepto de *funcionalismo*, en el ámbito del Derecho penal, que es el que a nosotros nos interesa. En aras de la clarificación terminológica, y para dejar sentado el sentido en que empleamos el término, diremos, ya *ab initio*, que acogemos el sentido canónico, ortodoxo o propio del término. Según esa corriente, “función” designa todas aquellas “prestaciones que, desde el punto de vista de su aportación, (resultan necesarias) para el mantenimiento de un sistema social” (así, la definición del término “función” ofrecida por LUHMANN, Niklas. “*Sub voce* Funktion IV”, en *Historisches Wörterbuch der Philosophie*, compilado por Joachim RITTER, nueva edición ampliada del «Wörterbuch der Philosophischen Begriffe» de Rudolf EISLER, tomo 2: D-F, Wissenschaftliche Buchgesellschaft, Darmstadt, 1972, p. 1141, y a la que se remite expresamente JAKOBS, Günther. “Das Strafrecht zwischen Funktionalismus und ‘alteuropäischem’ Prinzipiendenken. Oder Verabschiedung des

en este caso: el mismo grupo social): indica la oposición sistemática o frontal a la noción de “personalidad en Derecho” que es representada por los “ciudadanos” y que se verifica por el cumplimiento de los mínimos deberes de civilidad exigibles, esto es, por medio de un comportamiento personal que, en lo general, se mantiene dentro de los límites del riesgo permitido, posibilitando que los ciudadanos puedan vivir con un mínimo grado de confiabilidad en la vigencia de la norma.

El capítulo de los galeotes esboza, pues, una pareja de conceptos (“persona en Derecho” / “enemigo”), sobre los que el Funcionalismo ha llamado la atención¹⁹. Ambos conceptos tienen un sentido semántico antagónico: *persona en Derecho es quien normalmente se orienta por la norma, aunque eventual o puntualmente la infrinja; enemigo es quien, con su comportamiento infractor de la norma y especialmente peligroso, imposibilita o dificulta que los demás se orienten por la norma. El primero deja intacta la personalidad ajena, aunque atente contra alguno de sus bienes. El segundo supone un impedimento para el desarrollo de la personalidad de los demás.*

Desde luego que el esquema que, nítidamente, se advierte en el pasaje cervantino encuentra correlatos en la realidad. No sólo en la administración de la justicia de aquella época sino —*servata distantia*— en la época actual se observa una diferencia de trato entre los delincuentes y otros, al margen de la denominación que queramos

‘alteuropäischen’ Strafrechts?’, ZStW 107 (1995), pp. 843 y ss.; ID., *Sociedad, norma y persona en una teoría de un Derecho penal funcional*, traducción de Manuel CANCIO MELIÁ y Bernardo FEIJÓO SÁNCHEZ, Cuadernos de conferencias y artículos n.º 13, Centro de Investigaciones de Derecho Penal y Filosofía del Derecho, Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 1996, p. 10).

Se trata, por tanto, de cualquier elemento que *en sí* cumple un cometido estabilizador del sistema, y por ello —en ese sentido— resulta funcional para el mismo. Así, resalta LUHMANN que “las Ciencias sociales, en especial la Sociología y la Antropología, con apoyo en los métodos de investigación de la Biología, han desarrollado un concepto de función libre de finalidad: funcional es una prestación en tanto que sirve para el mantenimiento de una unidad compleja estructurada de un sistema”. Vid. LUHMANN, Niklas. “Funktion und Kausalität” (1962), en ID., *Soziologische Aufklärung. Aufsätze zur Theorie sozialer Systeme*, Westdeutscher Verlag, Köln / Opladen, 1970, p. 10. Ese es el concepto —canónico, ortodoxo, propio— del que nosotros partimos y del que parte asimismo el funcionalismo *jakobsiano*, mal llamado “funcionalismo radical”, por supuesta oposición a un “funcionalismo moderado” (que sería representado por ROXIN), siendo así que éste último no tiene nada que ver con el funcionalismo, al menos desde la perspectiva de esa denominación clásica aludida. Al respecto, más ampliamente, CARO JOHN, José Antonio / POLAINO-ORTS, Miguel. *Derecho penal funcionalista. Aspectos fundamentales*, Flores Editor y Distribuidor, México D.F., 2009, pp. XIII y s.

19 Con mayor detalle y referencias bibliográficas adicionales, POLAINO-ORTS, Miguel. *Funcionalismo normativo. Bases dogmáticas para el nuevo Sistema de Justicia penal*, tomo 1, *Fundamentos y función del Derecho penal*, Cescijuc, México D.F., 2014, pp. 109 y ss.

darles. Es evidente que en el momento presente no se imponen penas corporales o de trabajos forzados, como la pena de galeras que describe el bello episodio de los galeotes. Pero la amplia diversidad de la tipología penológica actual ilustra pluralmente sobre los diferentes tratamientos, desde uno básico y estrictamente asistencial (medidas asistenciales, penas en beneficio de la comunidad, etc.) a otros más elaborados y tendencialmente asegurativos con que se trata a delincuentes especialmente peligrosos (prisión duradera, incomunicación, órdenes de alejamiento, por ejemplo).

Pero además, de la escena descrita por CERVANTES en el episodio de los galeotes pueden extraerse otras enseñanzas que nos interesen a la luz del tiempo presente. Por un lado, las normas de Derecho penal del ciudadano (con que se trata a todos los presos menos al último) y las normas de Derecho penal del enemigo (con que se combate a GINÉS DE PASAMONTE) conviven naturalmente entre sí, sin que perturbe su aplicación social ninguna voz discordante. De hecho, y al margen de la terminología (que resulta rechazable para algunos autores suspicaces), las normas especialmente agravadas de Derecho penal del enemigo son aceptadas generalizadamente por los miembros de la comunidad social como único medio para mantener la seguridad de los ciudadanos, esto es, como un instrumento para materializar la justicia social. Por ello, el tratamiento más contundente se justifica en atención a la magnitud del concreto peligro que un sujeto representa. Entre ese tratamiento y el sujeto a quien se combate existe una relación, convencionalmente aceptada y jurídicamente necesaria, de proporcionalidad. Se trata de corresponder proporcionalmente con mayor contundencia a la conducta que más frontalmente cuestiona el pacto social: *a mayor peligro, mayor sanción*.

Si se acepta algo tan básico como la necesidad de mantener una relación de proporcionalidad en atención al riesgo existente o a la entidad de la lesión causada, entonces ha de concluirse que un delincuente especialmente peligroso (“enemigo”) que se oponga por sistema a la norma merece un tratamiento penal diferente –más contundente– que el que corresponde a un delincuente cuyo delito sea incidental y que, por tanto, respete por regla general la norma jurídica: *el primero es “enemigo” porque es un foco de peligro en el que la Sociedad no puede confiar; el segundo es “ciudadano” porque, aunque haya cometido un error en forma de delito, es un sujeto en líneas generales confiable*.

El combate del enemigo como enemigo no sólo guarda una relación de proporcionalidad con el peligro causado. Al mismo tiempo, constituye una forma de restablecer la vigencia de la norma quebrada, esto es: una forma de proteger el derecho de los ciudadanos a no ser lesionados por sujetos peligrosos que les sitúan, por su comportamiento peligroso, en una situación de inseguridad permanente. El trato del enemigo como sujeto peligroso no solo es un modo mantener de estructura social sino también una exigencia de justicia. El combate del enemigo se lleva a cabo mediante una norma que mantiene su vigencia precisamente porque subsiste

la actualidad de la expectativa que la sustenta: hasta tanto la expectativa que da vida y sentido a una norma (en ese caso: la norma por la cual los sujetos peligrosos como GINÉS DE PASAMONTE son combatidos con medios más agravados que el resto de infractores) mantenga su vigencia, será aceptada como una norma socialmente estabilizadora y habrá de seguir siendo combatida como así se establezca comúnmente, esto es, en el seno del grupo social. Y mantiene su vigencia mientras sigue representando la institucionalización de unas expectativas sociales necesarias para la conformación de la vida comunitaria.

Una expectativa básica socialmente estatuida, que como tal queda reflejada en las normas jurídicas, es el respeto a los demás como ciudadanos fieles a la norma. Los ciudadanos, las personas en Derecho, se rigen cotidianamente por la norma, aunque incidentalmente puedan infringirla. Es el caso de los primeros galeotes del episodio cervantino. Su pasado (puntualmente) delictivo no representa mayor problema para que la estructura social mantenga su conformación. El delito se concibe en ellos como un desliz reparable, dicho coloquialmente: como una “metedura de pata”. Por ello, puede estabilizarse comunicativamente el error en que el delito consiste de una manera comunicativa y no excesivamente drástica. El caso de GINÉS DE PASAMONTE es muy otro, a saber: la estabilización de su “error” no puede hacerse de la manera usual, por el simple hecho de que su apartamiento de la norma no es una simple metedura de pata, un simple error ni un mero desliz reparable, sino una oposición frontal a un proyecto de vida de los demás. O lo que es mismo: *el enemigo genera inestabilidad social e impide que los ciudadanos sean personas en Derecho, que ejercen sus derechos y cumplen sus obligaciones dentro de parámetros de normalidad democrática.*

Ésa es la razón explícita del trato diferente a GINÉS DE PASAMONTE: porque “*no iban seguros dél*”, esto es, porque representaba un impedimento, un foco de peligro, para el desenvolvimiento de la personalidad de los demás (en el sentido *hegeliano*: “sé persona y respeta a los demás como personas”), porque temían que “*se les había de huir*”, esto es, temían que había de cometer más delitos (de quebrantamiento de condena, o atentados contra la integridad o propiedad de los guardianes, o del resto de compañeros, o de la Sociedad en su conjunto). En dos palabras: porque se *despersonalizó* parcialmente comportándose como un “enemigo” frente a los demás “ciudadanos”. Esa la razón por la cual GINÉS DE PASAMONTE es combatido de manera diferente, más agravada, que el resto de galeotes. Y ese tratamiento se justificaba entonces –y, salvando las distancias, se justifica ahora– como un medio de realización de la Justicia.

2. Inseguridad cognitiva y concepto de norma: los fundamentos de una orientación real

Aun así, cabe preguntarse: ¿Qué función tiene, en el pasaje del Quijote, el combate de GINÉS DE PASAMONTE como sujeto especialmente peligroso? Si se parte

de la idea básica de que cada ciudadano ha de aportar un determinado grado de seguridad para que el proyecto social sea una realidad tangible (y no una mera quimera), no es difícil llegar a la conclusión de que, ante el foco desestabilizador por parte de un sujeto peligroso, reacciona el ordenamiento jurídico con medidas que suponen un tratamiento especialmente agravado frente a dicho sujeto y lo hace para compensar el déficit de socialidad de los enemigos, esto es, para neutralizar la producción de inseguridad cognitiva por parte de un miembro del grupo social que manifiesta tal grado de asocialidad o exclusión. La razón estriba no tanto en que ya ha lesionado, efectivamente, bienes jurídicos (a saber, los bienes cuya lesión motivó la condena de GINÉS DE PASAMONTE), sino que *de facto* representa un *peligro real y latente* para la normal realización del concepto de persona y –con él– del proyecto de vida social que caracteriza a cada ciudadano: a pesar de haber sido ya condenado, “*no iban seguros dél*”, temían que “*se les había de huir*”, etc. GINÉS DE PASAMONTE es, pues, un foco desestabilizador que, con su conducta exteriormente manifestada, genera inseguridad, peligro, desprotección. Su combate más drástico tiene el fin de proveer a los ciudadanos una protección mínima frente a dichos ataques.

No es de extrañar que persona tan perspicaz e intuitiva como CERVANTES ofrezca en su descripción el *quid* de la cuestión, a saber: que para que la norma pueda desplegar los cometidos que le son propios se requiere un determinado caldo de cultivo: que todos los ciudadanos *colaboren activamente* a ello: si colaboran, magnífico; si no colaboran, se les *fuerza* jurídicamente a ello. A nadie se le escapa, y a CERVANTES tampoco, que determinadas conductas de determinados sujetos (como el pícaro e inteligente GINÉS DE PASAMONTE) erosionan de manera socialmente intolerable la seguridad cognitiva de los ciudadanos en la norma. Ante ello, la norma jurídica no puede reaccionar *como si nada*, sino que ha de ser sensible al ataque contundente con que se compromete su vigencia. Y ello porque el contenido del concepto de norma, como instrumento de orientación social y como mecanismo de protección jurídica, no es sólo el *quebrantamiento* de lesión de los bienes jurídicos (esto es: su aspecto negativo), sino también la *confianza* de los ciudadanos en la vigencia y en la actualidad de la tutela jurídica a sus bienes (es decir: su aspecto positivo). Ello explica que, para mantener un criterio de proporcionalidad y de justicia, las conductas de los “enemigos” –aquellos que no reconocen a los demás como personas en Derecho– han de ser combatidas, reprimidas o neutralizadas de manera especialmente asegurativa. Si no es así, decae la norma, decae la Justicia, y decae el Derecho, porque no sería *social* ni *normativamente* realizable el concepto de persona ni tampoco la plena juridicidad.

La función de la norma jurídica es, pues, brindar *seguridad*: el Derecho crea seguridad poniendo en acción su arsenal de medidas jurídicas. Para que la norma y el Derecho (o, en general, para que cada institución normativa) pueda existir se requiere un determinado *caldo de cultivo*, esto es, una situación de mínima seguri-

dad en que la norma mantiene su vigencia y es, por tanto, un instrumento idóneo de protección de los ciudadanos. La norma, pues, requiere de una cierta *seguridad cognitiva* que posibilite su aplicación real. Los ciudadanos tienen el cometido de brindar, con su conducta, esa seguridad cognitiva, favoreciendo que la norma pueda ser aplicada en la realidad y pueda desplegar su cometido de protección. El sujeto especialmente peligroso (como es considerado GINÉS DE PASAMONTE) no sólo no brinda esa mínima seguridad sino lo contrario: ofrece *inseguridad cognitiva*, impidiendo que los demás ciudadanos puedan seguir confiando razonablemente en la protección que el Derecho les depara. El Derecho penal del enemigo reacciona frente a esas situaciones delictivas donde se crea una inseguridad cognitiva mayor. O lo que es lo mismo: a un mayor impedimento de la vigencia real de la norma sigue un mayor aseguramiento de las fuentes de peligro (y a eso se le llama Derecho penal del enemigo). La erosión de la seguridad cognitiva de la Sociedad de los ciudadanos en la vigencia de la norma se ve, pues, compensada —en aplicación de un criterio de justicia y de proporcionalidad— por un especial aseguramiento del foco desestabilizador. De esa manera se mantiene viva la posibilidad de que los ciudadanos se orienten por la norma, esto es, se hace de la norma algo real y no algo meramente hipotético.

En efecto, las normas jurídicas son meros postulados mientras no se lleven a la práctica, y para que se lleven a la práctica ha de exigirse una colaboración mínima por parte de los ciudadanos. La juridicidad real exige que los ciudadanos se sientan libres para enfrentarse a la norma en un sentido o en otro: el ciudadano puede adecuar su comportamiento a la norma o quebrantarla. En ambos casos responde de su decisión: en el primer caso, satisfará las expectativas que la Sociedad tiene depositadas en él como ciudadano, como persona en Derecho; en el segundo caso, la libertad de elección tiene como contrapartida la responsabilidad por las consecuencias: las consecuencias de la infracción de la norma pueden llegar a ser la degradación personal del enemigo peligroso, esto es, su personalización parcial. Con su actitud rebelde y de creación de una situación de inseguridad, GINÉS DE PASAMONTE no sólo se está enfrentando a un proyecto social, sino que se está situando a sí mismo en una posición de despersonalización parcial: está sentando las bases para que el Estado se arrogue parte de su personalidad y la administre personalmente a efectos de exigirle lo que él no ofrece, a saber: *un mínimo de seguridad para que los ciudadanos puedan orientar fiablemente sus conductas en la norma jurídica*. Ello significa que la orientación real pasa por que los destinatarios de las normas (los ciudadanos, las personas en Derecho) co-constituyan el sentido de la norma aportando algo sin lo cual la norma quedaría en mero postulado: corroboración cognitiva de ese sentido normativo.

Con ello quiere decirse lo siguiente: si GINÉS DE PASAMONTE hubiera sido tratado de manera exactamente igual que el resto de galeotes, esto es, con las normas

usuales del Derecho penal del ciudadano, se hubiera mantenido la *inseguridad cognitiva* que su presencia representaba. En esas circunstancias, los guardianes, el resto de galeotes, los viandantes con que se topara en su camino, los mismos DON QUIJOTE y SANCHO, en fin: la Sociedad en su conjunto, no se hubieran sentido mínimamente seguros, sino antes bien al contrario: hubieran dudado de que la norma pudiera cumplir su función de orientar fiablemente conductas y de asegurar mínimamente sus expectativas. En esa circunstancia, teniendo la fiable sospecha de que la vigencia de la norma iba a sufrir alteraciones (no iban seguros de él, temían razonablemente que GINÉS fuera a cometer más delitos: contra la Administración de Justicia, contra sus propios bienes o sus personas), no podían confiar en el concepto de norma. Ésta ya no podía seguir siendo un indicador, un foco de guía para la ciudadanía. El mantenimiento de la vigencia de esa norma que GINÉS DE PASAMONTE, con su conducta, cuestiona, pasa por cimentar esa vigencia con una corroboración especial: la que proporciona la parcial heteroadministración de la conducta del foco desestabilizador. Heteroadministración quiere decir que el Estado se hace cargo, personalmente, de la gestión de un sector de la personalidad del sujeto que él mismo ha malogrado, dando muestras de que no ha sabido o querido administrarlo de manera respetuosa para los demás. De esa manera, combatiendo al enemigo se repone la virtualidad de la vigencia de la norma, y posibilita que la misma siga integrando parte del sistema social, esto es, favoreciendo que los ciudadanos puedan desarrollar sus vidas de manera normal teniendo las normas como foco de guía en el que pueden confiar razonablemente y al que pueden asociar su bienestar.

3. La reincidencia como enemistad al Derecho

Hasta ahora hemos visto que GINÉS DE PASAMONTE es tratado de una manera más agravada que los demás (como enemigo y no como ciudadano) y también que así debe ser si se quiere mantener viva la llama de la Justicia. Pero ahora nos queremos preguntar qué es lo que hace de GINÉS DE PASAMONTE un delincuente especialmente peligroso, o por mejor decir: cómo sabe el legislador que nos encontramos ante alguien que ya no nos ofrece seguridad de respeto a los demás, y –por tanto– ante un sujeto de cuya fidelidad a la norma es necesario desconfiar. Y este aspecto también nos lo ofrece el propio relato cervantino. Como se recordará, GINÉS DE PASAMONTE es reincidente en su carrera criminal y en esa figura de la reincidencia o de habitualidad delictiva hemos de centrar la atención, al constituir una forma fenomenológica de Derecho penal del enemigo. Veamos por qué.

La reiteración delictiva constituye un indicio de enemistad jurídica reconocido de manera muy difundida y frecuente en los ordenamientos jurídicos actuales. La reincidencia –y su versión más agravada: la habitualidad– constituyen figuras clásicas empleadas desde antiguo en los ordenamientos jurídico-penales, y –en tan-

to tales— han merecido la atención tradicional de la mejor doctrina²⁰. En la legislación española, por ejemplo, han sido normas recurrentes en la legislación española desde el primer Código penal (de 1822) hasta la actualidad²¹, y que en los últimos tiempos han generado una discusión sobre su aceptación o su rechazo como normas de Derecho penal del enemigo que son: en España, por ejemplo, fue admitida la constitucionalidad de la reincidencia por STC 150/191, de 4 de julio²², y en el momento presente se discute la conveniencia de la reincidencia cualificada del art. 66.1.5ª CP —también llamada multirreincidencia²³— introducida en la legislación penal por obra de la LO 11/2003, de 29 de septiembre, además de nuevos proyectos legislativos en esta materia²⁴; en el Perú también se ha debatido intensamente sobre la cuestión, siendo admitida materialmente la constitucionalidad de las reincidencia y la habitualidad por obra de una reciente STC: la 0014-2006-PI/TC de 19 de enero de 2007²⁵.

-
- 20 Vid., por todos, el clásico y excelente libro de MIR PUIG, Santiago. *La reincidencia en el Código Penal. Análisis de los arts. 10.14, 10.15, 61.6 y 516.3*, Bosch Casa Editorial, Barcelona, 1974, passim. Más recientemente, de manera monográfica, la detallada exposición de GUIASOLA LERMA, Cristina. *Reincidencia y delincuencia habitual (Regulación legal, balance crítico y propuesta de lege ferenda)*, Tirant lo blanch, Valencia, 2008, passim.
- 21 Evolución histórica en los textos legislativos decimonónicos ASÚA BATARRITA, Adela. *La reincidencia: su evolución legal, doctrinal y jurisprudencial en los Códigos penales españoles del Siglo XIX*, Universidad de Deusto, Bilbao, 1982. Preciso resumen histórico en María José JIMÉNEZ DÍAZ, *Seguridad ciudadana y Derecho penal*, Dykinson, Madrid, 2006, pp. 25 y ss.
- 22 Sobre la doctrina jurisprudencial y su adecuación a la Constitución, MIR PUIG, Santiago. “Sobre la constitucionalidad de la reincidencia en la Jurisprudencia del Tribunal Supremo y del Tribunal Constitucional”, en *ADPCP*, sept.-dic., 1993, pp. 1139 y ss.
- 23 Vid. un estudio reciente sobre dicha figura en JIMÉNEZ DÍAZ, María José. *Seguridad ciudadana y Derecho penal*, cit., pp. 25 y ss., 44 y ss.; y en AGUADO LÓPEZ, Sara. *La multirreincidencia y la conversión de faltas en delito. Problemas constitucionales y alternativas político-criminales*, Iustel, Madrid, 2008, p. 17 y ss.
- 24 Al respecto, sobre el Proyecto de CP de 2007, GUIASOLA LERMA, Cristina. *Reincidencia y delincuencia habitual*, cit., pp. 110 y ss.
- 25 Críticos con la solución constitucional de admitir dichas figuras se han mostrado mis colegas y amigos Felipe VILLAVICENCIO TERREROS y Eduardo Arsenio ORÉ GUARDIA (Vid. sus artículos en *JuS-Constitucional. Doctrina & Práctica*, 2/2008, Editora Jurídica Grijley, Lima, 2008; el artículo de ORÉ también se publica en su libro *Temas de Derecho penal*, Editorial Reforma S.A.C., Lima, 2009, pp. 181 y ss.). Por mi parte, considero que el Alto Tribunal peruano acierta al declarar la constitucionalidad de ambas figuras, aunque yerra al catalogar superficialmente al Derecho penal del enemigo como un Derecho antidemocrático. Más ampliamente, POLAINO-ORTS, Miguel.

¿Qué razón (jurídica) de ser tienen la reincidencia y la habitualidad en la Dogmática penal? ¿Por qué a quien tiene una dilatada carrera criminal se le sanciona más gravemente que al primodelincuente? La respuesta es clara, al menos lo es para los legisladores penales de muchos países: del mismo modo que el injusto sistémico o colectivo (el que se comete *en grupo*) tiene un mayor desvalor que el injusto individual, y de la misma manera que el legislador sanciona anticipadamente determinadas posesiones de objetos peligrosos (delitos de posesión o tenencia ilícita), también el legislador concede un mayor desvalor de injusto a los hechos delictivos cometidos por un *delincuente reincidente o habitual* que al mismo hecho cometido por un *delincuente principiante, ocasional, puntual o incidental*. Y es normal que así sea. ¿Por qué? Pues muy sencillo: por una distinción que no se le escapa en general a los legisladores penales de países democráticos del mundo, a saber: *que el primero es enemigo, y el segundo es individuo* (esto es, persona en Derecho que comete un desliz reparable, un error en forma de delito, pero no deja de respetar *substancialmente* el estatus de los demás como personas). Esta idea la desarrollamos más ampliamente a continuación.

El delincuente reincidente o habitual tiene, frente al delincuente ocasional o incidental, un *poder de desestabilización normativa y social incomparablemente mayor*. Vean si no, qué afecta más la seguridad o tranquilidad pública y la paz de los ciudadanos (bienes constitucionalmente dignos y merecedores de protección²⁶): si una agresión sexual cometida por un individuo o quince agresiones sexuales cometidas por un violador en serie; si un hurto aislado o un asedio de veinte hurtos en un breve espacio de tiempo²⁷, y eso sin aludir siquiera a formas de criminalidad especial-

“Reincidencia y habitualidad: Poniendo caras al enemigo”, en *JuS-Constitucional. Doctrina & Práctica*, 2/2008, Editora Jurídica Grijley, Lima, 2008, pp. 45 y ss.

26 SCHROEDER, Friedrich-Christian. *Der Schutz von Staat und Verfassung im Strafrecht*, Münchener Universitätschriften, Reihe der Juristischen Fakultät Band 9, C.H. Beck'sche Verlagsbuchhandlung, München, 1970, pp. 388 y ss.

27 Como señalan SILVA SÁNCHEZ y varios de sus discípulos, “(l)a criminalidad patrimonial leve no da lugar, *per se*, a una sensación social de inseguridad. Esta, sin embargo, surge –y de modo especialmente intenso– ante la repetición cotidiana de tales conductas delictivas (...) lo que genera alarma e inquietud a propósito de la criminalidad no es su existencia, sino su reiteración”. *Vid.* SILVA SÁNCHEZ, Jesús-María / FELIP I SABORIT, David / ROBLES PLANAS, Ricardo / PASTOR MUÑOZ, Nuria. “La ideología de la seguridad en la legislación penal española presente y futura”, en Cándido DA AGRA *et al* (eds.), *La seguridad en la Sociedad del riesgo. Un debate abierto*, Atelier, Barcelona, 2003, p. 114. Al respecto, ampliamente, MILLÁN GARRIDO, Antonio. “Terrorismo y reincidencia internacional”, en Manuel COBO DEL ROSAL (Dir.), *Comentarios a la legislación penal*, tomo XI, Edersa, Madrid, 1990.

mente grave *per se*, como puede ser el terrorismo²⁸. La respuesta es evidente. Tal es el poder de desestabilización de que hace gala el delincuente reincidente o habitual que llega a cuestionar la vigencia de la norma hasta el punto en que la misma queda, ante el asedio delictivo del infractor, *prácticamente paralizada*. Ante la ofensiva reiterada y permanente del delincuente habitual el ciudadano respetuoso de la norma queda desamparado, no puede confiar más en la vigencia de la norma, pues ésta se ve desvirtuada por la permanente y latente peligrosidad que conlleva el sujeto. Ese *no –dejar– desarrollarse como persona* es, ni más ni menos, el Derecho penal del enemigo: esto es, *generación de inseguridad cognitiva*, de manera que nos encontramos ante “ciertas conductas pasadas tan gravemente desviadas (multirreincidencia) que ya no permiten confiar en que no se repetirán en el futuro”²⁹.

Es exactamente lo mismo que sucede con el desdichado GINÉS DE PASAMONTE, que “tenía [él] solo más delitos que todos los otros juntos” y que, precisamente por eso, lo combaten de manera más contundente y asegurativa. Ello quiere decir que su reiteración delictiva, su oposición integral a la norma, su asedio persistente a la vigencia de la norma, desbaratan de un plumazo la confianza que los demás ciudadanos tenían depositada en él y en todos los ciudadanos, de manera que atentan ya, *de facto* y realmente, la paz de los ciudadanos, esto es, la tranquilidad pública, que constituye también, y primordialmente, un bien jurídico tutelable, como han reconocido expresamente los Tribunales Constitucionales en diferentes países³⁰. En cambio, el resto de galeotes no generan ese temor, porque –aun habiendo infringido la norma– siguen siendo acreedores a una mínima confianza de respeto de los derechos de los ciudadanos.

De esta forma, el pasaje cervantino constituye un preciso retrato de la legislación penal actual, en el que el delincuente reincidente y peligroso puede llegar a ser *sacado de circulación* durante un tiempo (se trata del modelo americano conocido con el lema beisbolístico “*Three strikes and you are out*”³¹: *a la de tres, eliminado*). En

28 Al respecto, detenidamente, MILLÁN GARRIDO, Antonio. “Terrorismo y reincidencia internacional”, cit.

29 ZIFFER, Patricia S. *Medidas de seguridad. Pronósticos de peligrosidad en derecho penal*, Prólogo de Marcelo A. SANCINETTI, Hammurabi José Luis Depalma Editor, Buenos Aires, 2008, p. 375.

30 En España, por ejemplo, la temprana STC 33/1982, de 8 de junio, resaltaba la importancia de la *seguridad ciudadana*, a la que definía como “actividad dirigida a la protección de bienes y personas y al mantenimiento de la tranquilidad y el orden ciudadanos”.

31 Acerca del cual ilustra extensamente HERRERA MORENO, Myriam. *Publicidad y control social. Nuevas estrategias inocuizadoras en la post-modernidad penal*, Prólogo de Miguel POLAINO NAVARRETE, Biblioteca de Autores extranjeros 8, Editora Jurídica Grijley, Lima, 2002, pp. 58 y ss.

suma, a quien delinque reiteradamente se le combate con una *medida proporcional de especial aseguramiento que supla el déficit de seguridad y restablezca el poder de vigencia de la norma jurídica que el reincidente ha originado*. Desde luego, este trato especialmente agravado pierde su sentido si el sujeto a quien se dirige ofrece seguridad. Como dice acertadamente ROBLES PLANAS, “sólo la *garantía de no peligrosidad* impide la intervención coactiva”, de manera que la “suficiente seguridad sólo queda garantizada si la puesta en libertad del autor sólo acontece cuando no exista ningún riesgo (más) de reincidencia”³².

En resumen: el sujeto que comete un hecho aislado genera externamente un riesgo de desestabilización de la norma jurídica (y, por tanto, de lesión de la personalidad de los demás) *mucho menor* que el sujeto que reitera su conducta criminal. Por ello, el primero es reprendido (incluso penalmente) por su comportamiento, de manera liviana como persona en Derecho que es y que, incidentalmente, “metió la pata”, cometiendo un *desliz reparable* en forma de falta o de delito leve. Pero el segundo, debido a su *habitualidad* y a su *reincidencia delictivas*, y siempre que se pruebe su peligrosidad criminal, es un sujeto merecedor (como enemigo que es) de unas medidas que *suplan por la coacción legítima la seguridad que él debiera prestar pero que no presta*, al “expresar una *actitud de mayor desprecio y rebeldía* frente a los valores jurídicos”, como reconocen incluso autores, como Cristina GUIASOLA³³, críticos con un incremento punitivo de la reincidencia y la habitualidad frente a la primodelincuencia. En definitiva, la reincidencia y la habitualidad, como formas fenomenológicas de Derecho penal del enemigo, suponen un intento del legislador de *poner caras al delincuente* que, GINÉS DE PASAMONTE, *se muestra especialmente peligroso comportándose socialmente como un enemigo*.

4. La pena al enemigo ¿muerte civil?

La escena de los galeotes, tan sugerente para el penalista, plantea aun una ulterior cuestión desde la óptica del Derecho penal y, en particular, del Derecho penal del enemigo, a saber: cuál sea el alcance y la intensidad del tratamiento punitivo que el Estado de Derecho conceda a un delincuente peligroso (enemigo) con cuyo comportamiento desestabiliza la Sociedad y el reconocimiento de los derechos de los demás. GINÉS DE PASAMONTE, delincuente reincidente, ya ha purgado condenas

32 ROBLES PLANAS Ricard. “*Sexual Predators*». Estrategias y límites del Derecho penal de la peligrosidad”, en *InDret* 4/2007, p. 15 (accesible en internet: http://www.indret.com/pdf/478_es.pdf).

33 GUIASOLA LERMA, Cristina. *Reincidencia y delincuencia habitual*, cit., p. 63; también en p. 69: “Es innegable que en el reincidente se aprecia una actitud de rebeldía y desprecio hacia el ordenamiento, pero también lo es (...) que dicha actitud es insuficiente para agravar la pena”.

anteriores (él mismo habla de una de cuatro años en galeras) y ahora se dispone a cumplir otra –más larga– que multiplica la anterior: “(v)a por diez años (...) que es como muerte civil”³⁴, sentencia el guardián ante la curiosidad de DON QUIJOTE.

La pena de galeras, sanción propia de la época, consistía –en esencia– en trabajos forzados y se reservaba para delitos que se tenían por graves. Su propia consideración como pena infamante la asemejaba, en la práctica, a la muerte civil, una figura punitiva que también tuvo carta de naturaleza propia, como pena autónoma, en la legislación española y foránea de la época, y que contó, además, con el refrendo de muchos pensadores del momento. Veamos, brevemente, algunos rasgos esenciales de ambas figuras.

El castigo a galeras obligaba al sujeto a permanecer remando coactiva y forzadamente en embarcaciones reales al servicio de la Corona. En tanto pena corporal, la pena de galeras³⁵ constituía una de las más características sanciones penales del momento. Se imponía como consecuencia de delitos graves o denigrantes, así como en casos de reincidencia en que se presuponía la inidoneidad resocializadora del penado. Sin perjuicio de que en determinados supuestos pudiera imponerse como pena principal, su virtualidad práctica se producía por vía substitutoria: atendiendo a las circunstancias de los hechos así como a los condicionantes personales del penado, la pena de muerte prevista para delitos esencialmente patrimoniales (robos, salteamientos en caminos o campos, fuerzas y daños en cosas, etc.) podría substituirse por la pena de galeras no inferior a dos años. Se excluían de dicha substitución aquellos delitos graves, generalmente contra las personas (lesiones, homicidios, asesinatos) que hubieran de ser reprendidos con la muerte del delincuente (como muestran al respecto, ejemplificativamente, las leyes 1ª, 2ª, 4ª y 6ª, tít. X, lib. XII

34 DE CERVANTES Y SAAVEDRA, Miguel. *Don Quijote de la Mancha*, cit., p. 11.

35 Sobre la pena de galeras, para más detalles acerca de su previsión y su evolución histórica, SEVILLA Y SOLANAS, Félix. *Historia penitenciaria española (La galera)*, Tipografía del Adelantado de Segovia, Segovia, 1917; RODRÍGUEZ RAMOS, Luis. “La pena de galeras en la España moderna”, en *Estudios Penales. Libro Homenaje al Prof. Dr. José Antón Oneca*, Ediciones Universidad de Salamanca, 1982, pp. 523 y ss.; LLORENTE DE PEDRO, Pedro-Alejo. “Modalidades de la ejecución penitenciaria en España hasta el siglo XIX”, *ADPCP*, tomo 57, fasc. I, Madrid, 2004, pp. 311 y ss. Una amplia contextualización histórica en TOMÁS Y VALIENTE, Francisco. *El Derecho penal de la Monarquía absoluta (siglos XVI-XVII y XVIII)*, 2ª. edic., Editorial Tecnos, Madrid, 1992 (1ª. edic., 1969), pp. 390 y ss.; DE LAS HERAS SANTOS, José Luis. *La Justicia penal de los Austrias en la corona de Castilla*, Salamanca, 1991, pp. 304 y ss.; ID., “Los galeotes de Monarquía Hispánica durante el Antiguo Régimen”, *Studia historica. Historia Moderna*, núm. 22, 2000, pp. 283 y ss. Contexto internacional en André ZYSBERG / René BURLET, *Gloria y miseria de las galeras*, Aguilar D.L., Madrid, 1989.

de la Novísima Recopilación). La pena de galeras consistía, pues, en una suerte de trabajos forzados, mediante la cual se pretendía una suerte de reconciliación del delincuente con su patria, mediante la obligación de prestar estos servicios no remunerados en embarcaciones reales a modo de purgamiento por sus delitos. Por Pragmática de 12 de Marzo de 1771 se decreta la extinción de la pena de galeras y su substitución por la de arsenales (que había de cumplirse en arsenales de El Ferrol, Cádiz y Cartagena). Años más tarde, catorce en concreto, por Real Cédula de 16 de Febrero de 1785, se restablece la pena de galeras, que apenas volvería ya a aplicarse, produciéndose su extinción por desuso.

Por su parte, la muerte civil se contemplaba también como pena autónoma con substantividad propia, aunque por regla general adquiría en la práctica del carácter de pena accesoria a una principal. La muerte civil tenía el efecto de privar al condenado del ejercicio de sus derechos cívicos y, consecuentemente, de su participación en la Sociedad civil. Tenía como destinatario al sujeto especialmente peligroso y desestabilizador que, por representar un foco –latente y manifiesto– de peligro, es considerado enemigo. Esta es la idea imperante en numerosos ordenamientos jurídicos y en muchos pensadores de la época: para ellos, el combate del enemigo significa su muerte civil. En la legislación española de la época, por ejemplo, se contemplaba la muerte civil como una modalidad de pena. Veamos, brevemente, ambas recepciones: la legislativa y la doctrinaria.

Por un lado, las Partidas de Alfonso X El Sabio (en concreto, la Ley II del Título XVIII de la Cuarta Partida³⁶, bajo el limitado epígrafe de “*Como se tuelle el poder que ha el padre sobre el fijo por juyzio de desterramiento, a que llaman en latin*

36 Ley II, Título XVIII, Partida Cuarta: “Ciuil muerte es dicha, vna manera que y ha de vna pena, que fue establecida en las leyes, contra aquellos que fazen tal yerro, porque merescen ser judgados o dañados por auerla. E esta muerte atal, que es llamada ciuil, se departe en dos maneras. La vna dellas es, como si diesen juyzio contra alguno para siempre, que labrasse las obras del Rey: assi como sus lauores de sus castillos, o para cauar arena: o traerla a sus cuestras, o cauar en las minas de sus metales, o seruir para siempre a los que han de cauar o de traer: o en otras cosas semejantes destas, e este atal es llamado sieruo de pena. La otra manera es quando destierran a alguno por siempre, e lo embian en algunas islas, o en algund otro lugar cierto onde nunca salga: e le toman, demas todos los bienes: e este atal es llamado en latin deportatus. E por qualquier destas maneras sobredichas, que es alguno judgado o dañado a esta muerte, que es llamada ciuil, desatase por ella por ella el poder que este atal ha sobre sus fijos: e salen por ende de su poder. E como quier que el que es deportado, non sea muerto naturalmente: tienen las leyes, que es lo quanto a la honrra, e a la nobleza e a los fechos deste mundo. E por ende, non puede fazer testamento e aun si lo ouiesse ante fecho non valdria”. Vid. su texto en MARTÍNEZ ALCUBILLA, Marcelo. *Códigos antiguos de España. Colección completa de todos los Códigos de España desde el Fuero Juzgo hasta la Novísima Recopilación*, Administración, Arco de Santa María 41 triplicado, principal, Madrid, 1885, p. 509.

muerte civil”), contempla la muerte civil como pena autónoma que se impone a delinquentes que cometen un delito de gran entidad (“tal yerro” que “merescen ser juzgados o dañados por auerla”, dicen las Partidas alfonsinas), previéndose dos modalidades diferentes:

- La primera de ellas, una especie de trabajos forzados a modo de esclavitud, de por vida, labrando las obras del Rey, cuidando de las labores de sus castillos, cavando arena o minas, portando arena a cuestras o sirviendo perpetuamente a quienes caven o porten tales productos, entre otras cosas similares. Tal degradación de estatus confería esta sanción que las Partidas alfonsinas llamaban al penado con este castigo “siervo de pena”.
- La segunda modalidad de la muerte civil era el destierro, pena de alejamiento conocida, en diversas modalidades (desde el *exilium* a la *deportatio*, desde el *destierrum* a la *relegatio*³⁷), ya en el Derecho romano. El destierro tenía, según las Partidas, carácter perpetuo y podía consistir en confinar a alguien a algún lugar, enviarlo a alguna isla remota o a algún otro lugar de donde no pueda salir. Esta modalidad de muerte civil acarrea también, según las Partidas, la pérdida del dominio de todos los bienes así como también la imposibilidad de que el sujeto pudiera hacer testamento y si lo hubiera hecho con anterioridad devendría nulo o inexistente. Esta última prescripción patrimonial de la imposibilidad de testar sería atemperada por las Leyes de Toro, cuya Ley IV reconocía al condenado a muerte civil el derecho de disponer en última voluntad su testamento³⁸.

La muerte civil no sólo halló un amplio reconocimiento positivo en las leyes históricas sino también un refrendo teórico casi unánime por parte de los pensadores de la época. Así lo considera, por ejemplo, un filósofo tan “liberal” como Jean-Jacques ROUSSEAU, fundador del concepto moderno de Estado, quien en su famoso libro *El contrato social o principios de Derecho político*, de 1762, llega a semejante conclusión partiendo de su conocido planteamiento del pacto social: “todo malhechor, atacando el Derecho social, conviértese por sus delitos en rebelde y traidor a

37 Significado y alcance de estas figuras, y otros hitos del desarrollo de la pena de deportación en el Derecho español, en POLAINO-ORTS, Miguel. *El Derecho penal del enemigo ante el Estado de Derecho*, Flores Editor y Distribuidor, México, 2013, pp. 332 y ss., con bibliografía.

38 Decía así esa Ley IV de Toro: “Mandamos que el condenado por delito á muerte civil, ó natural, pueda facer testamento y codicilos, ó otra qualquier ultima voluntad, ó dar poder á otro que lo faga por él, como si no fuese condenado: el qual condenado, y su comisario puedan disponer de sus bienes, salvo de los que por el tal delito fueran confiscados, ó se ovieren de confiscar, ó aplicar á nuestra cámara, o á otra persona alguna”.

la patria; *cesa de ser miembro de ella* al violar sus leyes y le hace la guerra”³⁹. También parte del esquema contractualista, llegando a una conclusión equiparable, el pensador alemán Johann Gottlieb FICHTE, quien en su obra *Fundamentos de Derecho natural según los principios de la teoría de la Ciencia*, aparecida originariamente en alemán el año 1796, afirma categóricamente que “quien lesiona el contrato ciudadano en un punto donde en el contrato se contaba con su prudencia, sea voluntariamente o por imprevisión, *pierde estrictamente de ese modo todos sus derechos como ciudadano y como ser humano, y queda completamente privado de derechos*”⁴⁰.

Repárese que FICHTE distingue los conceptos de “ciudadano” y de “ser humano”, como hacía, por ejemplo, y para no ir más lejos, la propia *Declaración de derechos humanos del hombre y del ciudadano*. Ello quiere decir que, para esos autores y para tales ordenamientos, había derechos —llamémosles— innatos y otros derechos adquiridos, los que le corresponden den manera “natural” y los que le “atribuye” la Sociedad o el Estado y que, en todo caso, el ejercicio incorrecto, excesivo o perturbador de tales derechos podía acarrear la heteroadministración de los mismos. En otras palabras, la vida en Sociedad tiene sus ventajas y también sus servidumbres; quien no esté dispuesto a cumplirlas cabalmente es invitado, incluso forzosamente, a respetar la norma o a abandonar la vecindad, como disponía, por ejemplo, el filósofo alemán Immanuel KANT en su obra titulada significativamente *Zum ewigen Frieden. Ein philosophischer Entwurf* (*Hacia la paz perpetua. Una propuesta filosófica*)⁴¹.

39 ROUSSEAU, Jean-Jacques. *Du contrat social ou principes du Droit politique*, Rey, Amsterdam, 1762; ID., *El contrato social o principios de Derecho político*, traducción y notas de Jorge CARRIER VÉLEZ, Colección Fontana, Edicomunicación S.A., Barcelona, 1998, Libro II, Cap. V, p. 51. Cursivas añadidas.

40 FICHTE, Johann Gottlieb. *Grundlage des Naturrechts nach Prinzipien der Wissenschaftslehre*, Verlag von Felix Meiner in Hamburg, 1960, § 20 (“Über die peinliche Gesetzgebung”), p. 253. Cursivas añadidas.

41 Estas son las palabras de KANT: “El ser humano (o el pueblo) que se halle en un estado natural me subtrae esa seguridad (*scil.* seguridad necesaria para el mantenimiento del estado de Derecho) y me lesiona por el solo hecho de encontrarse, junto a mí, en ese estado, si bien no de forma activa (*facto*) pero sí por la ausencia de legalidad de su estado (*stato iniusto*), mediante la cual resulto constantemente amenazado, *de manera que puedo instarle a que se incorpore conmigo a un estado comunitario-legal, o a que abandone mi vecindad*”. KANT, Immanuel. *Zum ewigen Frieden. Ein philosophischer Entwurf*, en ID., *Werke in sechs Bänden*, compilados por Wilhelm WEISCHDEL, tomo VI, Wissenschaftliche Buchgesellschaft, Darmstadt, 1964, p. 203, nota al pie. Cursivas añadidas.

Esta obra ha sido traducida al castellano, en diferentes versiones, con el título *Sobre la paz perpetua*, omitiendo por lo común el subtítulo. Lo cierto es que ambos miembros de la titulación son significativos. En relación al título propiamente dicho, la proposición

También para los autores contractualistas mencionados, ROUSSEAU y FICHTE, el contrato social se funda en el pacto moral de la fidelidad a la norma. Los ciudadanos únicamente pueden participar del contrato en tanto mantengan su compromiso moral de cumplimiento y de respeto de los demás asociados siga estando vigente. El delincuente que infringe el contrato, situándose al margen de él, es claro que ya no puede participar de los beneficios del mismo⁴², pues se ha quebrado la relación jurídica que mediaba entre los asociados y que representaba el fundamento del pacto social. “A partir de ese momento —dice JAKOBS— (el individuo) ya no vive con los demás dentro de una relación jurídica”⁴³. Por el contrario, esa relación jurídica se ve substituida por una declaración de guerra, que se dirige no tanto contra el ciudadano (que, propiamente, ya no está presente en la relación jurídica, pues ha dejado de serlo) cuanto contra el enemigo: esto es, contra el hombre “inmoral” que no sabe cumplir su palabra ni prestar la seguridad que se comprometió a prestar y que, como ciudadano, le correspondía prestar. Esa nueva situación de guerra pone de manifiesto dos voluntades enfrentadas (la del Estado y la del rebelde), ante las cuales es necesario erradicar una de ellas —la del individuo que ha osado traicionar al Estado— a fin de salvaguardar la idea de seguridad colectiva que encarna el contrato social: cuando el rebelde viola el pacto social, dice ROUSSEAU, “(*la conservación del Estado es entonces incompatible con la suya; es preciso que uno de los dos perez-*

Zum (zu + dativo) no indica meramente *sobre* sino propiamente *hacia* o *para*. El matiz significativo de la expresión resalta especialmente dos aspectos: de un lado, que los Estados se hallan *en continuo movimiento* y no en una situación de parálisis estatal, jurídica o administrativa; y que la paz no es simplemente la materia sobre la que versa la obra, sino una aspiración realista a la que se tiende (la paz perpetua como aspiración que, gracias a la naturaleza y a la Historia, *se va a conseguir*). Por lo demás, el subtítulo (la *propuesta filosófica*) resalta propiamente que la paz ha de ser un imperativo ético. En este sentido, resaltando con precisión la incorrección de la traducción usual del título, CONTRERAS PELÁEZ, Francisco José. *Kant y la Guerra. Una revisión de La Paz Perpetua desde las preguntas actuales*, Tirant lo blanch, Valencia, 2007, p. 15. Este autor añade que en la primera parte de la obra, la paz es para KANT un “imperativo ético-jurídico”, mientras que en la segunda pasa a ser un “pronóstico histórico-naturalista”, donde KANT “intenta demostrar que la consecución final de la paz perpetua viene *garantizada* por la naturaleza y la Historia. Es decir: no ya que la paz *deba ser*, sino que *va a ser*” (p. 23).

- 42 Cfr. JAKOBS, Günther. “Derecho penal del ciudadano y Derecho penal del enemigo”, traducción de Manuel CANCIO MELIÁ, en Günther JAKOBS / Manuel CANCIO MELIÁ, *Derecho penal del enemigo*, 2003, p. 26 (2ª. edic., Thomson - Civitas, Madrid, 2006, p. 28).
- 43 JAKOBS, Günther. “Derecho penal del ciudadano y Derecho penal del enemigo”, cit., p. 26 (2ª. edic., 2006, p. 28).

*ca, y al aplicarle la pena de muerte al criminal, es más como a enemigo que como a ciudadano*⁴⁴.

El combate del enemigo, pues, representaba el más alto grado de despersonalización social, lo cual entrañaba la supresión de todos sus derechos ciudadanos, su eliminación como ser social, en definitiva: su muerte civil, que para estos autores incluía además su muerte física. En el pasaje cervantino, por la muerte civil del desdichado PASAMONTE se decanta uno de los guardianes, y aunque su condena a una decena de años en galeras no incluía explícitamente la pena de muerte, no puede desconocerse que dicha pena se convirtió *de facto* en una sanción perpetua o en una implícita pena de muerte, porque los frecuentes enfrentamientos bélicos del momento, unidos a las epidemias y catástrofes naturales, hacían harto complicado que los penados regresaran, sanos y salvos, a la tierra firme que los vio partir. En otras palabras, la muerte civil conllevaba la supresión al sujeto de sus derechos cívicos, de sus derechos como ciudadano, y –por ello– la eliminación del sujeto como titular de derechos, esto es: en tanto persona entendida como “persona en Derecho” (*Rechtsperson*), como se le denomina, con propiedad y certeza, la terminología alemana.

Que históricamente se combatiera al enemigo con muerte civil, esto es: excluyéndole de la Sociedad, no significa que ahora tenga que procederse de la misma manera ni que la exclusión sea definitiva ni absoluta. Por ello, el tratamiento del enemigo no es, en sentido funcionalista, equiparable a la muerte civil del sujeto a quien se impone. Antes al contrario: la postura funcionalista defiende como inexcusable el mantenimiento de un *status civitatis* mínimo del sujeto que no demuestra garantía alguna de comportamiento de respeto de la norma, en el que, faltaría más, se protegen a rajatabla los principios constitucionales y los derechos fundamentales de la persona. La muerte civil significa despersonalización absoluta, pérdida irreparable de la personalidad en Derecho. Sin embargo, frente a esa muerte civil propugnada por no pocos ordenamientos penales de antaño y aun de la actualidad, el funcionalismo propugna que la despersonalización no sea completa, esto es, que únicamente se trate de una *depersonalización*, la cual significa una puerta abierta al *renacimiento civil*. “Civil” deriva de “cives” y éste es el habitante de la “civitas”, esto es: *quien ejerce cotidiana y civilmente la civilidad*. El sujeto que no ofrece garantía de civilidad ha de ser combatido como foco de peligro en tanto no presta esa garantía, pero esa depersonalización no afecta a todo el amplio marco de su personalidad, sino únicamente a aquellos fragmentos de la misma en la que demuestre fehacientemente su incapacidad para respetar los derechos de los demás. Por ejemplo: el hecho de que GINÉS DE PASAMONTE faltara al respeto sistemáticamente a la propiedad ajena, haciendo la vida imposible a los habitantes de su población, posibilita, pongamos por caso, que se le condene a mantenerse alejado de sus convecinos durante un

44 ROUSSEAU, Jean-Jacques. *El contrato social*, cit., Libro II, Cap. V, p. 51.

lapso de tiempo, pero no faculta a que se le prive de sus derechos paterno-filiales, impidiéndole que pudiera disfrutar de la paternidad de sus hipotéticos hijos. En resumen: la depersonalización no sólo es parcial sino además *temporal* y materialmente limitada, pues únicamente puede operar en tanto el sujeto peligroso demuestre (y jurídicamente se pruebe) incapacidad para autogestionar sus derechos, pero quedará inmediatamente sin efecto si el sujeto regresa a su anhelada personalidad en Derecho, esto es: si vuelve cotidianamente a brindar con su comportamiento personal la seguridad que de todo ciudadano —enemigos incluidos— se espera. Por ello, el Estado es el principal interesado en que el sujeto peligroso retorne al estado de respeto de los derechos fundamentales, dejando para ello las puertas del Estado y de la personalidad completas abiertas de par en par.

De todo ello se deriva, además, una idea adicional. El Derecho penal del enemigo no sólo es perfectamente compatible con la idea de reinserción social del delincuente (incluso del delincuente más peligroso: el enemigo), sino que además se basa en ella. El enemigo en sentido funcionalista, y el propio GINÉS DE PASAMONTE es un excelente ejemplo al respecto, *no es un ser socialmente acabado*, sino un *ser socialmente útil* cuya reinsertabilidad social jamás llega a perder. De hecho, frente a la “muerte civil” que propugna el guardián, el mismo GINÉS se tiene por tal, extrañando él mismo una enseñanza —un aprendizaje— penal de su encierro combativo: terminar de escribir su libro autobiográfico, a buen seguro sugerente, conociendo al personaje tal como, según la descripción de CERVANTES, le conocemos.

IV. SÍNTESIS: SOBRE LA ACTUALIDAD DE LA CONCEPCIÓN CERVANTINA DE JUSTICIA PENAL

El pasaje de los galeotes, según ha sido esbozado líneas atrás, constituye una brillante metáfora de la discusión actual sobre el Derecho penal del enemigo. En esa descripción parabólica se contienen resumidamente los puntos esenciales que hoy en día siguen siendo objeto de debate en torno de esta materia. Por un lado, se menciona el *fundamento* que desencadena el fenómeno de Derecho penal del enemigo, a saber: la producción de *inseguridad cognitiva* como foco de desestabilización social; por otro lado, se explicita la *consecuencia* de dicho fenómeno, esto es: la existencia y justificación de un *trato jurídico diverso* para unos delincuentes y para otros; y además se menciona un *indicio* clarísimo de enemistad jurídica consistente en la reiteración delictiva que produce pérdida de confianza ciudadana, y se alude al *alcance* que ha de tener la depersonalización del enemigo: muerte civil o puerta abierta a la ciudadanía completa.

En el capítulo de los galeotes se abocetan o sugieren también otros aspectos de gran actualidad en el debate presente, tales como la *compleja estructura de la norma jurídica*, la realidad viva, palpitante de las *expectativas* que justifican la norma, la *aceptación social* de esa convención, etc. Es decir, se pone de manifiesto que la ma-

nera de combatir y neutralizar un foco de desestabilización social es recurrir a una medida especialmente asegurativa que permita restablecer mínimamente el caldo de cultivo donde los ciudadanos puedan desarrollar sus vidas dentro de parámetros de normalidad (*vivibilità* – “habitabilidad” – según gráfica expresión italiana⁴⁵, *tranquilidad pública* o *seguridad ciudadana*, que según expone JIMÉNEZ DÍAZ con precisión “es aquel estado en el cual los ciudadanos gozan de una situación de tranquilidad y estabilidad tal que les permite ejercer de forma libre y responsable los derechos y libertades reconocidos constitucionalmente”⁴⁶).

Es francamente admirable que una obra escrita hace más de cinco siglos consiga compendiar tan precisamente el pensamiento actual en la presente materia. Ello hace que el pasaje cervantino de los galeotes presente una radical modernidad y un vivo realismo y constituya un material de primerísima utilidad en el mundo presente. En el fondo de aquélla, como tratado costumbrista que es la obra de CERVANTES, cuyo manejo de la terminología forense ha sido evidenciado por estudiosos del tema, se relacionan con precisión y sabiduría los conceptos básicos de *norma*, *persona* y *Sociedad*, que constituye la tríada de elementos básicos en el Funcionalismo normativo de JAKOBS.

Por ello, el capítulo de los galeotes, y –como queda dicho– el trato especialmente asegurativo que recibe el pícaro GINÉS DE PASAMONTE, constituye un fundamento epistemológico extraordinariamente sólido en el que podremos asentar la exposición de los puntos de discusión en torno del Derecho penal del enemigo, entendido éste como reacción jurídica (normativa) de los Estados democráticos actuales frente a especiales focos de desestabilización social por parte de delincuentes que muestran acentuadas cotas de peligro para bienes jurídicos de la vida social o comunitaria. De ese modo, el pasaje quijotesco significa algo más una simple escena literaria: significa una alegoría afortunada de conceptos tan esenciales como el *norma jurídica* (cuya estructura y significación es preciso reformularse para aprehender su compleja estructura y su polivalente funcionalidad) o como las nociones contrapuestas de *persona* y *enemigo*, entendiendo por persona aquel sujeto que, por respetar a los demás, crea seguridad jurídica, y como enemigo aquel individuo que, por enfrentarse por principio a los demás o a la Sociedad, crea inseguridad jurídica.

45 Que resalta expresamente MOCCIA, Sergio. “Seguridad y sistema penal”, traducción de Pablo GUÉREZ TRICARICO, en Manuel CANCIO MELIÁ / Carlos GÓMEZ-JARA DÍEZ (Coord.), *Derecho penal del enemigo. El discurso penal de la exclusión*, vol. 2, Edisofer - B de F, Buenos Aires, 2006, p. 302.

46 JIMÉNEZ DÍAZ, María José. *Seguridad ciudadana y Derecho penal*, cit., pp. 19 y s. *Cfr.*, también, DÍEZ RIPOLLÉS, José Luis. “El nuevo modelo penal de la seguridad ciudadana”, en *RECPC*, 06-r3 (2004), pp. 1 y ss. (<http://criminet.ugr.es/recpc/06/recpc06-03.pdf>).

En definitiva, una enseñanza, modernísima por demás, se extrae del capítulo de los galeotes, y en especial del trato que recibe GINÉS DE PASAMONTE: la idea, básica en todo Estado Moderno, de que el Estado de Derecho no es fruto del azar sino una conquista de la civilización: algo que no surge por generación espontánea, sino algo que únicamente se alcanza si todos los ciudadanos contribuyen a ello, prestando a través de sus conductas cotidianas la civilidad que de ellos, en tanto ciudadanos (personas en Derecho), se espera. En otro caso, para mantener el Estado de Derecho, han de ser combatidos como focos de peligro desestabilizadores de la convivencia social, esto es: como enemigos.

