

El ente inseguritas y la inseguridad del derecho penal - Reflexiones a partir del Caso Alemán*

María Laura Böhm**

Introducción [\[arriba\]](#)

El sistema penal y el derecho penal de cada Estado por supuesto que tienen rasgos propios que no se reiteran en otros contextos. No obstante ello, es posible distinguir similitudes entre distintos ordenamientos así como entre las prácticas y los discursos en que esos ordenamientos tienen lugar, ya sea por motivos históricos (cuando, por ejemplo, un sistema ya establecido resultó modelo a importar por nuevos sistemas, como es el caso del derecho penal y la dogmática alemana en el ámbito latinoamericano) o por ponerse en marcha políticas que responden a coyunturas y necesidades que se replican en distintos contextos. Esto es, a mi entender, lo que sucede hoy con el curso que ha ido adoptando el discurso penal desde fines del pasado siglo XX en gran parte del así llamado mundo occidental. Ya sea Alemania, Estados Unidos o Argentina, una palmaria obsesión por la seguridad - con lo difuso que es este concepto y la diversidad de significados que puede adoptar en uno y otro contexto - ha reformulado los términos del discurso penal. El tema de este trabajo es cuáles son los aspectos novedosos o que cuanto menos parecen novedosos en este discurso así como el funcionamiento de los dispositivos por él construídos. La base del análisis fueron dispositivos político-criminales del ámbito alemán. Se presentan a partir de ello dos conceptos nuevos destinados a hacer más visibles estas transformaciones - con la pretensión de que la mayor visibilidad facilite la resistencia que pueda ejercerse contra ellas - : Sostengo en el presente trabajo que el derecho penal ha devenido en muchos campos en un derecho anti-inseguritas, que ya no se dirige contra potenciales o actuales ofensores, sino contra entes inseguritas[1].

Para tratar este tema se discurre en primer término sobre las (aparentemente) divergentes corrientes que pueden observarse en el ámbito del control del delito (apartado 1). Me adentraré luego en la descripción de dos construcciones recientes de la política criminal alemana, que ponen en evidencia una cierta preferencia por la implementación de técnicas fuertemente intrusivas, propias de las corrientes de perfil más bien bélico frente al delito, y que sin embargo son puestas en marcha haciendo uso de herramientas habituales en el ámbito de la administración de riesgos, lo que conlleva una amplitud y difusa actuación del derecho (apartado 2). A continuación se presentará una figura crítica en el ámbito de las políticas criminales y de seguridad alemanas - aquel destinatario considerado por las fuerzas de seguridad un Gefährder[2] - (apartado 3), para luego explicar el funcionamiento de esta nueva versión del sistema y del derecho penal que llamo derecho anti-inseguritas (no limitada al ámbito germano), que se muestra interesada en combatir la inseguridad y no en prevenir, investigar y juzgar la comisión de delitos concretos (apartado 4). El destinatario de este derecho, quien ya no es un 'criminal' o 'infractor', sino una figura difusa, construida como antítesis de la seguridad por las agencias de política criminal y de seguridad de acuerdo a parámetros de riesgo y combatida luego como enemiga, es decir, el ente inseguritas también estará delineado (apartado 5). Por último se presentarán unas breves reflexiones sobre la violencia del Derecho, el Estado de Derecho y la inseguridad del derecho penal (apartado 6).

1. La administración y el combate del delito [\[arriba\]](#)

En textos anteriores he analizado las correlaciones y diferencias existentes entre el análisis sociojurídico del inglés David Garland y la propuesta teórica del jurista alemán Günter Jakobs respecto de las políticas y legislación criminales de las últimas décadas en los ámbitos anglosajón y alemán[3]. Aquí me limitaré a repasar someramente las ideas centrales de sus trabajos a fin de facilitar el abordaje del presente texto. Garland críticamente describe una doble respuesta al crimen por parte de las agencias de control y de quienes teorizan al respecto - analiza fundamentalmente Estados Unidos y el Reino Unido - y explica una criminology of the alien other (traducida al castellano como “criminología del otro extraño”) que se contrapone a una criminology of the self o criminology of the everyday life (en castellano: “criminología de todos los días”)[4]. Mientras que en el primer caso se responde al delito tratando al criminal como un otro, extraño y peligroso que debe ser excluído del grupo social, en el segundo caso se entiende al delito como un factor más de la sociedad moderna en la que a diario se toman decisiones, se asumen y se previenen riesgos. Mientras que en el primer caso la forma de acción es definida políticamente - hay muchas emociones y por lo tanto intereses en juego cuando se hace público un hecho violento de gravedad - y tiene una fuerte carga ofensiva y emocional, en el segundo la respuesta es más bien técnico-administrativa, orientada a la prevención situacional de oportunidades de riesgo. Esta doble respuesta que Garland críticamente analiza se deja superponer parcialmente a la propuesta de Jakobs en el ámbito jurídico-penal[5]. Günther Jakobs advirtió hace ya unos años que la legislación penal alemana estaba sufriendo transformaciones de envergadura. Los ‘terroristas’ fueron uno de los grupos que le llamaron la atención, porque la legislación sancionada para ‘combatirlos’ distaba mucho de seguir los lineamientos tradicionales del derecho penal liberal[6]. A partir del estudio de ese y de otros ejemplos (autores - o sospechosos - de delitos sexuales, de delitos económicos, o involucrados en el crimen organizado, ‘traficantes’), Jakobs llegó a la conclusión de que existe una legislación con nuevas reglas, que no se dirige a ciudadanos que simplemente violan la ley, sino contra “enemigos” que por resultar un peligro para los ciudadanos y para el propio sistema jurídico y político, son “combatidos”, y “reguladamente excluidos”[7].

Esto que él llamó Derecho Penal del Enemigo (en alemán: Feindstrafrecht) significa, básicamente, recorte de garantías procesales, escalas penales desproporcionadamente altas, conversión en delito de los más remotos e imprecisos vestigios de preparación de un delito, y una comunicación “bélica” y no “jurídica”[8] con sus destinatarios, quienes, en esta lógica, son considerados individuos - o incluso llamados “peligros”[9], pero no “personas”[10]. Puede discutirse acerca del valor que Jakobs da a esta legislación[11]. Lo que no es discutible, es que esta legislación existe. Puede también discutirse acerca de qué tan novedosa es este tipo de legislación de lucha contra un ‘enemigo interno’ (de las cuales ha habido muchas[12]); lo que no es objeto de discusión es que la generalidad, ubicuidad y hasta casi podría decirse normalidad con que esta legislación viene siendo sancionada la alejan claramente de toda legislación de emergencia que pudiera haberse dado con anterioridad. Es decir, ya ni siquiera es necesario aludir en primer término a esa pretendida situación de emergencia (la que antes habilitaba la acción legislativa aparentemente contraria a los dictados del Estado de Derecho) para que la legislación penal de combate sea aceptada - aunque, como se verá, el rasgo de excepcionalidad sigue estando presente -. Pareciera bastar con decir que esa legislación o práctica es necesaria para proteger al Estado de Derecho y la Seguridad general[13]. Aquellos que siguen comportándose como ciudadanos, por otro lado, son investigados y juzgados de acuerdo con las reglas habituales

- de raigambre liberal - por el derecho penal que, en terminología de Jakobs, deviene así en un Derecho Penal del Ciudadano (en alemán: Bürgerstrafrecht).

De acuerdo con el análisis sociojurídico de Garland respecto de parte del mundo anglosajón, teniendo también en cuenta la propuesta jurídicopenal de Jakobs en cuanto a la legislación alemana,[14] y tanto en lo relativo a cómo son entendidos los destinatarios de las medidas de prevención o los destinatarios de la ley penal, como en cuanto a cómo son entendidos y definidos los campos del delito sobre los que se actúa, pareciera haber dos modelos en juego: Un primer modelo de defensa y combate de enemigos, extraños al grupo y ofensivos, para lo cual debe actuarse en forma inmediata y violenta - sin garantías, con altas penas, con reglas flexibles en el proceso penal, etc. -; el otro modelo de control y minimización de riesgos, en que el vocabulario es menos ofensivo, pero más difuso - en todo momento, en todo lugar se generan riesgos para algo o para alguien, por lo que en todo momento y en todo lugar (y respecto casi de cualquiera) se podría o debería intervenir a fin de minimizar los riesgos e impedir futuros daños.

Esta aparente dicotomía en las racionalidades de la política y del derecho penal (que en investigaciones anteriores descarté como dicotomía y presenté como complementariedad o simbiosis en las prácticas de la(s) política(s) criminal(es) actuales[15]) no sólo no es tal, sino que luego del análisis de algunos dispositivos político-criminales, puede afirmarse que en ellos se encuentran íntimamente relacionadas ambas lógicas: la del control de riesgo y aquella del combate de enemigos, lo que implica (si se me permite la metáfora) un crescendo de las facultades de intervención del sistema penal, que llega a hacer sonar al sistema penal y al derecho penal que (no) lo explica en un estridente fortísimo. Por esta razón es que considero pertinente utilizar incluso otro término para referirnos a este derecho que - como se verá - tiene un doble fin: proveer seguridad y combatir la inseguridad. En el próximo apartado describo dos dispositivos que dan cuenta de un derecho anti-inseguritas.

2. Construcciones actuales de la política criminal alemana [\[arriba\]](#)

En los documentos parlamentarios y en las decisiones del Tribunal Constitucional alemán (en alemán: Bundesverfassungsgericht) relativas a la vigilancia auditiva encubierta y a la medida de internamiento preventivo impuesto con posterioridad (es decir, con posterioridad a la sentencia condenatoria) se encuentra un espacio elocuente en cuanto a qué posibilidades discursivas alberga el derecho penal actual, y qué transformaciones implican estas posibilidades discursivas en la práctica político-criminal. Se trata de dos construcciones o dispositivos - discurso materializado en una intervención - del discurso penal que fueron motivo de fuertes discusiones tanto académicas como en la opinión pública, justamente por mostrarse algo distintos a un 'tradicional' derecho penal.

El primer caso es el internamiento preventivo impuesto tardíamente o con ulterioridad (en alemán: nachträgliche Sicherungsverwahrung), incorporado al Código Penal alemán (Strafgesetzbuch, "StGB") en 2004 previo dictamen favorable del Tribunal Constitucional en igual año, y que fue abolido en 2011, previa sentencia de 2009 del Tribunal Europeo de Derechos Humanos.

El segundo caso es el de la vigilancia auditiva domiciliaria (en alemán: akustische Wohnraumüberwachung) incorporado primeramente al Código Procesal Penal alemán

(Strafprozessordnung, “StPO”) en 1998, controlado constitucionalmente en 2004 y reformado de acuerdo a la sentencia del Tribunal Constitucional en 2005. En este segundo caso no se trató únicamente de una reforma procesal, sino también de la reforma conjunta del art. 13 de la Constitución (Grundgesetz, “GG”) que hizo posible la introducción de tal medida. En ambos casos, como se verá, los mecanismos institucionales del Estado de Derecho funcionaron con plenitud y dieron lugar a dispositivos no acordes con el derecho penal conocido, sino más bien propios de un derecho exclusivamente dirigido a procurar seguridad.

a. Internamiento preventivo impuesto con posterioridad a la sentencia condenatoria

La medida de internamiento preventivo impuesto con ulterioridad a la sentencia condenatoria que estaba prevista en el § 66b StGB, era una medida que podía imponerse al condenado poco tiempo antes de darse por cumplida su pena de prisión, es decir, justo antes de que el mismo estuviese por recuperar su libertad. Se trataba del internamiento preventivo - inmediatamente acoplado a la pena de prisión cumplida - de quienes habían sido condenados a prisión por delitos sexuales o altamente violentos (por ej. lesiones graves, homicidios con exceso de violencia etc.).

Este dispositivo fue legislado con posterioridad a su aceptación constitucional por el Tribunal Constitucional, es decir, fue primero anunciada su conformidad con el ordenamiento constitucional y luego sancionada, lo cual da cuenta de una peculiar práctica legislativa, sólo explicable si se lee en el contexto de la obsesión securitizante que, precisamente, trastoca los términos habituales del discurso y la práctica penal[16]. La medida nació con base en discutibles argumentos que llevaron a su sanción a nivel estadual como medida excepcional de emergencia, como defensa ante peligros (para lo cual se utiliza en alemán el concepto Gefahrenabwehr). Dado que no se lograba la mayoría necesaria para que la medida pudiera ser incluida en el código penal mediante sanción federal (precisamente por la violación de derechos e inconstitucionalidad que tal medida implicaría), y con el fin de evitar la soltura de ocho condenados prontos a recuperar su libertad, los Estados de Baviera y Sajonia Anhalt decidieron sancionar excepcionalmente la posibilidad del internamiento como medida de defensa para esos ocho casos concretos, lo cual se hizo precisamente mediante leyes de carácter preventivo-policial, es decir, no penales, y por tanto dentro de su competencia legislativa[17]. La medida fue inmediatamente aplicada a los condenados en cuestión, considerados de alto riesgo para la seguridad. Mediante estas leyes éstos quedaron automáticamente en custodia preventiva después de haber cumplido su condena[18].

El Tribunal Constitucional, al momento de decidir la competencia legislativa de estos Estados el 10 de febrero de 2004[19] declaró nulas tales leyes por entender que la medida de seguridad en cuestión pertenecía al ámbito del derecho penal y por tanto la competencia legislativa correspondiente era la federal. No obstante, el Tribunal Constitucional habilitó la continuidad de la vigencia de ambas leyes y fijó un plazo de más de siete meses (hasta el 30 de septiembre de 2004) al cabo del cual, en caso de no haber para ese momento legislación federal que habilitara la continuación del encierro de los sujetos en custodia, estos deberían ser dejados en libertad. Según el Tribunal Constitucional, en ambos Estados había condenados prontos a recuperar la libertad, sobre quienes existía la certeza de que eran altamente peligrosos y no debían ser dejados en libertad; la inseguridad que causaría su soltura era vista como un hecho cierto[20]. Asimismo, el Tribunal anunció que en principio

no había reparos constitucionales para la sanción de una ley que posibilitara la imposición ulterior del encierro preventivo[21].

Los legisladores del Bundestag, es decir, del parlamento federal alemán, entendieron la sentencia del Tribunal Constitucional como visto favorable e incluso como mandato: la ley es necesaria para aplicarla (retroactivamente) a sujetos altamente peligrosos y evitar así que puedan recuperar su libertad una vez cumplida su condena[22]. La ley fue sancionada el 23 de julio de 2004, incorporándose en el Código Penal el § 66b[23] con votación incluso de quienes seguían teniendo reservas acerca de la constitucionalidad de la medida[24]. El dispositivo de la nachträgliche Sicherungsverwahrung se sancionó y se aplicó retroactivamente[25].

Debido a la falta de previsibilidad de la imposición de la medida y a la falta de conexión entre hecho y decisión, y expresamente estableciendo que ni una medida de seguridad ni la agravación de sus condiciones pueden aplicarse retroactivamente, el Tribunal Europeo de Derechos Humanos condenó en diciembre del 2009 a Alemania por violación del derecho a la libertad y de la prohibición de irretroactividad de la ley penal establecidos en la Convención Europea de Derechos Humanos[26]. El 22 de diciembre de 2010 se sancionó una ley que abolió parcialmente la medida de seguridad ulterior[27]. Según la nueva normativa la medida sólo podía ser aplicada en combinación o a continuación de concluirse la medida de seguridad de internamiento en una clínica psiquiátrica, lo cual hasta la reforma estaba previsto sólo como tercera variante. Es decir que el internamiento preventivo ulterior ya no era aplicable a continuación de una pena de prisión. Finalmente, siguiendo el requerimiento del Tribunal Europeo, el 4 de mayo de 2011 el Tribunal Constitucional determinó la incompatibilidad de la normativa de la medida de seguridad ulterior con el art. 2 (2), 2da. oración - Derecho a la libertad - (y en relación con los arts. 104 y 20) de la Constitución alemana. Tanto la normativa anterior como la medida que perduró por la ley del 22 de diciembre de 2010 fueron declaradas inconstitucionales[28]. Esta última decisión del Tribunal Constitucional fue resultado directo de la sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos[29] y de la supremacía dada a su jurisprudencia, la cual debe ser entendida como ayuda interpretativa para el derecho constitucional alemán[30].

El escarpado camino desde su sanción hasta su abolición, plagado de redefiniciones y reinterpretaciones de los principios del Estado de Derecho y los derechos por él reconocidos, se explica por el avance excesivo que significaba esta medida sobre los derechos individuales. Este avance fue permanentemente justificado por parte de los actores intervinientes en las distintas instancias de construcción de la medida, que veían en ella la única posibilidad de acción contra la inseguridad generada por los sujetos destinatarios. Con este fin, la decisión e imposición con posterioridad al dictado y obtención de firmeza de la sentencia condenatoria implicaba una agudización, que sin duda llegaba a significar un salto cualitativo respecto de las viejas conocidas medidas de seguridad, cuya imposición cuanto menos está ligada en forma directa con características o actitudes observadas y valoradas respecto del hecho concreto[31]. En el caso del internamiento preventivo decidido y aplicado con posterioridad a la sentencia, en cambio, distintos factores de riesgo podían ser detectados durante el tiempo de cumplimiento de la condena y podían llevar a la imposición de la medida: el comportamiento en prisión, la relación que tuviera el condenado con los agentes del servicio penitenciario, el rechazo de un tratamiento terapéutico, etc.[32]. De esta manera, con base en un pronóstico realizado durante el encierro, se podía decidir que el detenido era altamente peligroso y que no podía ser “soltado en la sociedad” por suponerse la probabilidad de que cometería nuevos

hechos delictivos de gravedad que implicarían grave daño físico y/o psíquico a la víctima[33]. Obsérvese que al momento de la condena ni se había advertido ni se había sospechado la necesidad de imposición de la medida de seguridad, por lo que la peligrosidad pronosticada con posterioridad necesariamente tuvo que haber sido puesta de manifiesto “durante la ejecución de la pena”[34]. Por esto puede considerarse como un requisito puramente formal el que se exigiese en la ley (y también por parte del Tribunal Constitucional) que esta imposición tardía de la medida debía basarse tanto en el hecho de la causa que originara la condena como en el desenvolvimiento posterior en prisión del condenado. La pretendida “apreciación general”[35] de la situación se reducía a la observación del detenido durante su encierro. Se trataba por lo tanto de una medida de seguridad que podía imponerse sin que existiese una vinculación directa entre el hecho que había ocasionado la sentencia condenatoria (probablemente cometido varios años atrás) y los diagnósticos y dictámenes de personalidad (realizados poco tiempo antes de cumplirse el tiempo de prisión, y no basados en el hecho, sino en el comportamiento en prisión). Faltaba por lo tanto el vínculo que se exige por la normativa europea, en cuanto a que la restricción de la libertad sea consecuencia directa de un delito.

Únicamente factores de riesgo (difusos, definidos de acuerdo a parámetros emergentes de la situación de encierro) que daban cuenta de una futura inseguridad eran los que fundaban la exclusión (física), con el fin de procurar seguridad.

b. Vigilancia acústica domiciliaria[36]

La vigilancia acústica domiciliaria (en alemán: akustische Wohnraumüberwachung, también llamada “Großer Lauschangriff”[37]) había sido originariamente habilitada como medida preventiva en casos de peligro inminente para la seguridad de la población, es decir en estado de necesidad; y fue luego extendida y habilitada como instrumento de investigación en el proceso penal en 1998. Se planeó fundamentalmente para el ámbito del crimen organizado y resultó así legislada para la persecución penal en el caso de casi cien figuras penales diferentes, ya que dada la vaguedad y amplitud misma del concepto ‘crimen organizado’, y por no estar tipificado como figura penal en el código penal alemán, debieron ser considerados numerosos tipos penales que podrían verse involucrados en la forma ‘organizada’ del crimen. Para que dicha reforma procesal penal fuera posible, fue necesaria una reforma constitucional. Así, fue discutida y aprobada la reforma del art. 13 de la Constitución que establece la inviolabilidad de domicilio[38], por medio de la cual el concepto de “vivienda” y de “domicilio privado” de los habitantes, hasta entonces entendido como reducto de retiro e intimidad personal, fue reducido a su mínima expresión, y su protección fue cubierta de excepciones[39]. Tanto la reforma procesal como la ley que reformó la Constitución fueron llevadas ante el Tribunal Constitucional. El Tribunal declaró inconstitucional varias de las disposiciones de la reforma de la ley común (procesal), por entender que no eran acordes con el art. 1 de la Constitución que declara inviolable la dignidad humana, ya que la forma y casos para los cuales se regulaba dicha vigilancia no aseguraban la protección del ámbito “de intimidad más personal”[40] del individuo. El Tribunal sentó criterios indicadores (“Indikatoren”) que debían ser contemplados legislativamente a fin de resguardar ese ámbito de intimidad del individuo en el cual no puede, bajo ningún aspecto, involucrarse el Estado. A fin de que se modificaran estos aspectos, el Tribunal fijó un plazo al legislador, quien a tiempo (para evitar la nulidad de la reforma completa) cumplió formalmente con las pautas impuestas por el Tribunal Constitucional y sancionó una nueva ley el 24 de junio de 2005[41]. El Tribunal consideró en su sentencia, sin embargo, que la ley por la cual se reformaba el art.13 de la Constitución

era acorde con las exigencias de la misma en cuanto no violaba las “cláusulas de eternidad”[42] del art. 79 de la Constitución. Esto significa que según el Bundesverfassungsgericht las restricciones que constitucionalmente se introdujeron al principio de inviolabilidad del domicilio no contradicen ni sistemática, ni sustancialmente el espíritu constitucional[43]. De acuerdo con el Tribunal Constitucional, ni la dignidad humana, ni la inviolabilidad de domicilio, ni la prohibición de obligar a declarar contra sí mismo, todas garantías constitucionales, se ven afectadas por una medida que permite al Estado instalar micrófonos en la vivienda de sus habitantes a fin de investigar un delito - o a fin de esclarecer la conformación de ‘estructuras criminales’ - y obtener pruebas[44]. La inviolabilidad del domicilio, sin embargo, se relativizó y el domicilio devino violable. De este modo la diversidad y número de supuestos en que las escuchas domiciliarias son posibles implican una ampliación significativa de las facultades investigativas del Estado - no ya sólo para prevenir peligros inminentes, sino incluso para investigar a sus habitantes - durante el proceso penal, y un debilitamiento extremo de la posición del destinatario de ese sistema penal. De los argumentos vertidos por los legisladores y retomados en su mayoría por el Tribunal Constitucional se colige que el ‘crimen organizado’ atenta contra la seguridad y que por tal motivo debe ser combatido y neutralizado - sea cual fuere el lugar en que se encuentre -. Según el referente y el momento de la discusión, se ha argüido (acumulativamente) que el ‘crimen organizado’ representaría un peligro para la sociedad, para la integridad del sistema institucional y del Estado de Derecho, para la “seguridad general”, para el dedicado padre de familia, para la integridad física de los jóvenes, para el sistema económico, y un largo etcétera[45]. El ‘crimen organizado’ es presentado como una estructura riesgosa, de la cual pueden emerger todo tipo de daños, y por tanto, un cúmulo de factores de inseguridad que debe ser controlado a cualquier precio (fue incluso discutida la necesidad de incluir la vigilancia visual, lo cual sin embargo no contó con el apoyo de la mayoría). El ‘crimen organizado’ es una figura difusa, que es - literalmente reproducido en los documentos - “todo y nada”[46] y que sin embargo fue base argumentativa del Tribunal Constitucional al aceptar la constitucionalidad de la reforma constitucional.[47] Al explicar la necesidad de la reforma en la actualidad, los parlamentarios recordaron, por ejemplo, que “antes no se lavaba tanto dinero como ahora”[48], o que hay que ser conscientes del peligro que representan “las bandas rumanas”[49], o los “traficantes de tabaco vietnamitas”[50]. Para que la sociedad, para que los ciudadanos se sepan protegidos, se argumentó, se requiere la ampliación de facultades, porque no es posible que el crimen organizado “se valga del así llamado derecho a la privacidad”[51] para pergeñar sus delitos. El respeto de este espacio no puede ir en desmedro del derecho a la protección de los ciudadanos, tarea de obligatorio cumplimiento estatal[52]. El ‘crimen organizado’ fue presentado como una amenaza existencial, para cuya neutralización correspondería aplicar - vía penal - reglas especiales.

Es interesante mencionar que cuando en el año 2005 se realizaron las modificaciones exigidas por el Tribunal Constitucional al ordenamiento procesal, en los fundamentos del Proyecto del Poder Ejecutivo y en las discusiones legislativas se incorporó al terrorismo como segundo objeto y justificante de la reforma. Se dijo que estaba probado que el terrorismo podía investigarse mejor si se habilitaban las escuchas[53] (los informes a los que se hacía referencia en los documentos parlamentarios, sin embargo, explicaban más bien las dificultades de obtener pruebas para casos de terrorismo mediante escuchas domiciliarias[54]). Así, se fortalecieron los argumentos en favor de las escuchas domiciliarias sumando otro gran ámbito - el terrorismo - a los fenómenos que pondrían en peligro a la seguridad general, pero no se discutió realmente ni se fundamentó la necesidad político-criminal de tal medida. Nadie podía negar - y si podía, no lo hizo - que el

‘terrorismo’ es una amenaza a la seguridad, y dado que se había frustrado recientemente la explosión de una bomba en la ciudad de Köln, la necesidad y emergencia de la medida se justificaron por sí mismas.

3. Un antecedente: El Gefährder alemán [\[arriba\]](#)

En estos dispositivos no se investigan y sancionan criminales, sino que se combaten - en terminología alemana - Gefährder, algo así como el que pone a, o en peligro a la seguridad[55], que en inglés llamo endangerer, y en castellano sugiero denominarlo ente insecuritas[56]. El objetivo de muchas nuevas medidas de política criminal y de nuevas leyes penales y procesales no está apuntado hacia un determinado delito que quiere prevenirse y punirse, sino a la inseguridad en general, y a quienes parecen generar esa inseguridad. Estas medidas no se dirigen a ‘criminales’ o ‘infractores’, sino a un Gefährder u ente insecuritas, que es construido político-criminalmente como la negación misma de la seguridad general.

El significado del término Gefährder utilizado en el ámbito de las oficinas estatales y la Ofical Federal del Crimen (en alemán: Bundeskriminalamt) alemanas fue explicado el 21 de noviembre de 2006 en el Bundestag por el Secretario de Estado August Hanning: “Un Gefährder es una persona en la cual determinados hechos justifican pensar que, por motivos políticos, va a cometer delitos de alta gravedad, en especial aquellos previstos en el § 100a del Código Procesal Penal”[57]. De acuerdo con esta idea, es posible someter a medidas estatales a los individuos, independientemente de la comisión o intento de comisión de algún delito. En cuanto a algún tipo de normativa que regule esta posibilidad de intervención estatal, el mismo Secretario aclaró en la misma oportunidad, que no es necesario tener una base legal para determinar el contenido del concepto ni para que el mismo pueda fundar las medidas de intervención[58]. Esta definición ya había sido aceptada a nivel federal en el año 2004[59], sin embargo, ni por parte del Bundeskriminalamt ni por parte de las Oficinas del Crimen estatales se presentaron regulaciones para el uso en la práctica - ni para las consecuencias - de las distintas acepciones del concepto Gefährder[60].

A partir de la entrevista del entonces Ministro del Interior Wolfgang Schäuble con la revista de crítica política Der Spiegel, en julio de 2007, el concepto adquirió un nuevo significado[61]. Se asoció la idea del Gefährder a la de ‘musulmán extremista o fundamentalista’, de manera que de ahí en adelante comenzó a utilizarse el concepto Islamistischer Gefährder. La figura del Gefährder es pensada por Schäuble y luego así también puesta en circulación, como una amenaza que no puede ser combatida por el Estado de Derecho en la forma tradicional en que el Estado de Derecho trata con sus ciudadanos - incluso con sus ciudadanos infractores -. En la entrevista mencionada, Schäuble expresó su preocupación en cuanto a que el Estado no pueda avanzar respecto de las personas mientras que estas no han cometido - ni intentado - algún hecho penalmente relevante. Así se preguntaba: “Si, por ejemplo, potenciales terroristas, así llamados Gefährder, no pueden ser expulsados - qué hacemos con ellos? [...]. La otra pregunta, entonces, es: ¿Se puede tratar a tales Gefährder como combatientes e internarlos?”[62]. Schäuble aseguró en la entrevista, que esta inquietud no significaba que él promoviera un internamiento preventivo para musulmanes; sin embargo, aseveró que sí exigía que se aclarase “si nuestro Estado de Derecho alcanza para enfrentar las nuevas amenazas”[63]. Aparentemente estas personas tendrían un estado intermedio que sencillamente reniega de toda presunción de inocencia, pero que por otro lado no justifica una acusación concreta y

formal de acuerdo con las reglas de un proceso penal ordinario. Un Gefährder no es culpable, pero tampoco es inocente. Un Gefährder es construido y percibido como una figura que más asemeja un combatiente que un ciudadano, y es percibido lisa y llanamente como una amenaza.

El término Islamistischer Gefährder, a partir de aquella entrevista, ha sido utilizado insistentemente en el ámbito político al tratarse el tema de la ‘guerra contra el terrorismo’ en Alemania[64]. Esta guerra se dirige contra quien pone en peligro la seguridad general básicamente por ser musulmán fundamentalista, sean estos sujetos que son vistos como potencialmente peligrosos para la seguridad nacional a causa de su identidad religiosa o nacional, a causa de su relación con sujetos sospechados de participar en actividades terroristas, etc. Se argumenta que es necesario reunir tanta información como sea posible sobre estos individuos, a fin de conocer y prevenir todo posible futuro movimiento por parte de ellos: las medidas investigativas devienen de esta manera mucho más flexibles y difusas (por ejemplo en la vigilancia, la recolección de datos, etc.), mientras que las formas de intervención particular (por ejemplo la detención o el interrogatorio) se hacen más rígidos y agresivos.

La figura del Gefährder, sin embargo, no se construye únicamente en forma expresa por las agencias de seguridad y de policía, ni se utiliza exclusivamente en el ámbito político relacionado con las medidas anti-terroristas. El ‘crimen organizado’, por ejemplo, e incluso autores de delitos sexuales violentos, como se vio en el apartado anterior, han sido redefinidos implícitamente como Gefährder, como entes inseguritas, en distintas reformas legales y decisiones judiciales por lo menos durante los últimos quince años. Se los ve como figuras de alto-riesgo que amenazan la seguridad general. Por ello fue reclamado por políticos en general, y por legisladores e incluso por el Tribunal Constitucional Alemán, el privarlos de sus derechos (privacidad, libertad) incluso antes que su potencial lesividad se corporice en situaciones de daño concretas.

Una difusa seguridad y su opuesto constitutivo, la inseguridad - que debía combatirse mediante el sistema penal -, fueron ganando protagonismo en el discurso penal de los últimos años. Se invocó de esta manera, sin mención expresa, la necesidad de que el sistema penal actúe como un derecho anti-inseguritas.

4. Derecho anti-inseguritas: guerra a los riesgos [\[arriba\]](#)

Con el derecho anti-inseguritas se pone de manifiesto una nueva versión del derecho penal, que se muestra en ejemplos como los analizados de la vigilancia acústica domiciliaria y el - ya no vigente - internamiento preventivo dispuesto con ulterioridad. El difuso fin perseguido por el sistema penal en ambos casos, la ‘seguridad’, amplía y hace a su vez difusos los medios con que el sistema penal puede contar para alcanzar ese fin. El discurso penal que construyó estos dispositivos, así como la forma en que estos dispositivos fueron construidos pueden leerse más bien como una combinación de ambas racionalidades: control de riesgos y combate de enemigos, lo que presenta en el derecho penal una combinación relativamente novedosa de amplitud y dureza. La amplitud de este derecho está dada por la lógica de la administración de riesgos que empapa su funcionamiento, y la dureza está dada por estar este derecho regido a su vez por la lógica del combate. No se trata únicamente de la administración de riesgos, como se veía en muchos de los dispositivos de la criminology of the everyday life, ni se trata del directo combate de enemigos, como se manejan las

prácticas de la criminology of the alien other. En el derecho anti-insecuritas ambas lógicas se muestran no sólo complementarias la una de la otra[65], sino que están vinculadas la una a la otra en complejos campos de intervención conjunta. Ambas lógicas ya no son diferenciables en su actuación, están fundidas y actúan conjuntamente, se trata de administración de riesgos más combate al enemigo. Sin esta fusión, el funcionamiento sería bien otro, ya conocido: Administración de riesgos sin combate al enemigo sería simplemente administración y control difusos, incluso una minimización de situaciones de riesgo mediante la implementación de penas con fines preventivo-generales, mediante programas de prevención para potenciales víctimas a fin de evitarse situaciones de riesgo, etc.; El combate al enemigo sin administración de riesgos sería una intervención agresiva dirigida contra sujetos definidos en forma concreta mediante el aumento de las escalas penales para pocos tipos penales específicos, y/o mediante una ampliación definida claramente de las facultades de persecución penal para tipos penales específicos, etc. La fusión de la racionalidad del riesgo con la racionalidad de la guerra, en cambio, conduce a una ilimitada ampliación y endurecimiento del derecho penal[66]. Este derecho anti-insecuritas, como se ha dicho respecto de las pretensiones del derecho penal alemán, nunca se verá a sí mismo “lo suficientemente amplio ni estricto”[67], por lo que tiene una necesidad constante de expansión y endurecimiento. Los riesgos no sólo son administrados, sino que son neutralizados. Los enemigos no se definen concretamente, sino que son construidos ubicuamente según categorías y factores de riesgo abstractos.

4.1. ¿Riesgos?

Antes de avanzar con la aplicación de la idea del riesgo a la política criminal y el derecho penal, es necesaria una breve nota sobre la cuestión de los riesgos en general. Podría decirse que si bien la temática es realmente antigua, recién a partir de la década de 1980 comenzó a tratarse la cuestión de los riesgos en forma ubicua en distintas ciencias. El trabajo de Ulrich Beck, sin duda, tuvo mucho que ver en eso. En su obra *Risikogesellschaft* (en castellano: *La sociedad del riesgo*), el autor explica que esta sociedad es una consecuencia o continuación del proceso de la modernización, ya que los riesgos son dependientes del sistema de producción - importante en este sentido es que Beck refiere su idea de riesgos, básicamente, a las creaciones humanas (¡y no a los seres humanos en sí!). Estos riesgos son muchas veces irreversibles, generalmente invisibles, basados en interpretaciones causales, es decir, dependientes del conocimiento, y abiertos a procesos sociales de definición (lo cual pone en evidencia su potencial político). Desde una perspectiva temporal, los riesgos son a la vez reales e irreales, actuales y futuros[68]. Enseguida luego de la aparición de su trabajo, se hicieron oír las primeras críticas, de quienes destacaron que los riesgos - que Beck parecía asimilar a la idea de peligro - no son sino un peligro que se hace calculable, imputable y sancionable[69]. La aparente neutralidad de los riesgos de Beck, por lo tanto, no fue fácilmente aceptada en el ámbito de las ciencias sociales. Distintos estudios de aquella época en adelante han puesto de manifiesto que el concepto del riesgo es particularmente polisémico. Un repaso por algunas de las ideas al respecto sustenta esta afirmación: El riesgo es entendido, según el autor que lo explique - en un espectro que cubre desde una tangibilidad casi física, hasta el construcción más arbitraria - como algo: “real y objetivo”, o “subjetivamente condicionado”, o “intermediado socialmente”, o bien “transformado socialmente”, o “real y construido socialmente”, o, simplemente, “construido socialmente” (esta última perspectiva en sus dos vertientes del enfoque de la gubernamentalidad y del enfoque sistémico)[70].

Entender a los riesgos como construcciones sociales ha sido tal vez la manera más útil de pensar esta problemática y de comprender, por ejemplo, la funcionalidad que el trabajo con “riesgos” (y no con hechos delictivos) ha tenido para las agencias de intervención - volviendo a nuestro campo - en el ámbito de la política criminal.

Robert Castel lo ha dicho con mucha claridad, en dos pasajes que me permito transcribir:

“Un riesgo no es el resultado de un peligro concreto del que es portador un individuo o incluso un grupo determinado, sino que es un efecto de la correlación de datos abstractos o factores que hacen más o menos probable la materialización de comportamientos indeseables. [...] La presencia de un conjunto o de determinados factores de riesgo desencadena automáticamente una señal .”[71]

“Para ser considerado sospechoso ya no es necesario manifestar síntomas de peligrosidad o de anomalía, basta con presentar algunas particularidades que los especialistas, responsables de la definición de una política preventiva, han instituido en factores de riesgo.”[72]

Hablar de riesgo, por tanto, significa en este sentido hablar de la adscripción de una cierta calidad que, en el ámbito de la política criminal, habilita la intervención del sistema penal. Los riesgos, en este entendimiento, deben ser administrados a fin de prevenir que ocurran a futuro daños concretos - lo cual es diferente de la idea de un delito cometido, que debe ser investigado y eventualmente sancionado.

4.2. La administración de riesgos en el ámbito del control del delito

La idea de la administración de riesgos está vinculada a la lógica de los cálculos actuariales. Tanto en la justicia actuarial (actuarial justice) como en el derecho anti-insecuritas los procesos de des-subjetivación y de des-reconocimiento de derechos juegan un rol muy importante. En ambos casos la figura del ‘criminal’ se disuelve y pasa a hablarse de ‘riesgos’ y ‘peligros’. Así, ya no son hechos o acciones, sino la puesta en peligro de la seguridad, los que adquieren relevancia para el sistema penal. Todo factor que pudiera dejar presumir esta puesta en peligro es colocado en una matrix o co-construido junto a otros factores de riesgo[73]. De todas formas, “esto no significa que los individuos desaparecen en el sistema penal. Permanecen, pero cada vez más son entendidos no como sujetos coherentes, ya sea como agentes morales, psicológicos o económicos, sino como miembros de una subpoblación particular y su intersección de indicadores categoriales”[74].

Es decir, no se necesita hacer nada, para ser construido como ente insecuritas y perder los derechos más básicos. La detención preventiva impuesta con posterioridad no era una preventive detention, en el sentido de que no era un encierro previo a un primer proceso penal. De todas formas, era un encierro que, como la preventive detention, no era - formalmente - una pena. De ambas puede decirse, que su fin consiste en “proteger la ‘seguridad de la comunidad’”[75]. Por este motivo ese encierro era considerado por fuera y sin las restricciones y límites jurídicos tradicionales[76]. Se trataba, como señaló en su momento el Tribunal Constitucional alemán, de “dominar una situación de potencial peligro”[77]. En este sentido, entonces, puede hablarse de la difusión o “volatility”[78] del discurso penal. Krasmann afirma que “ya no es decisiva la infracción a la norma, sino un peligro abstracto; así como la abstracción de ese peligro por parte de personas concretas o

de acciones individuales, lo que hace que el margen de intervención sea no sólo indefinido, sino también manejable en forma variable.”[79].

Si se piensa no tanto en peligros, sino más bien en riesgos - téngase presente el carácter contingente y abstracto de la construcción de riesgos que se señaló en párrafos anteriores -, la construcción de las temidas acciones y estados que ponen en peligro la seguridad, se vuelven todavía más difusa. Precisamente la supuesta puesta en peligro de los objetos a proteger, formulados también en forma abierta y poco definida, posibilita la exclusión, que significa mucho más que una administración del riesgo. Vormbaum explica críticamente que la “flexibilización” del derecho penal lleva a la predominancia de la “idea de un fin o final” (en alemán: Zweckidee), en lugar de la “idea jurídica” (en alemán: Rechtsidee): Cada objetivo medianamente plausible, generalmente formulado como objetivo de protección u objetivo de lucha, cuenta con una alta probabilidad de recibir apoyo por parte del sistema penal[80].

Así también había sido observado tiempo antes en el ámbito estadounidense:

“La acción del gobierno contra la actividad criminal, aún cuando esté mezclada con funciones punitivas tradicionales, cada vez más está sujeta a estándares constitucionales diferentes porque en lugar de enfatizarse los fines de justicia pública, se enfatiza como objetivo la administración de riesgos. Es más preventiva que reactiva. No aspira a sancionar sino a excluir a aquellos que muestran inclinaciones criminales. No está dirigida a una norma pública general, sino a la seguridad dentro de un ámbito especializado y funcionalmente definido.” [81]

No se trata por tanto del control o administración de grupos o zonas considerados estadísticamente riesgosos, sino más bien del combate, neutralización y exclusión de estas figuras construidas como entes inseguras.

4.3. Funcionamiento del derecho anti-inseguras

Teniendo en cuenta lo anterior, puede decirse que en estos dispositivos el derecho penal devino un derecho anti-inseguras de actuación difusa e intervención agresiva. Su función ya no es perseguir y eventualmente sancionar delitos e infractores, ni crímenes y criminales, sino hacerse cargo de la previsión de fenómenos de alto riesgo, o de su construcción y, a continuación, intervenir directamente sobre esos sujetos o fenómenos que presuntamente ponen en peligro esa seguridad. El funcionamiento de este derecho anti-inseguras puede resumirse de la siguiente manera:

- i. Previsión de cada posible futuro daño para la seguridad general: por ejemplo, corrupción, economía paralela, peleas de ‘gángsters’ provocadas por el ‘crimen organizado’; crímenes violentos y/o sexuales cometidos por sujetos ya condenados;
- ii. Diseño (construcción) de patrones de riesgo: por ejemplo, en el caso del ‘crimen organizado’, la nacionalidad, la religión, el idioma, el círculo de amigos, la ocupación. En el caso de los potenciales ofensores sexuales: los crímenes cometidos, la conducta cotidiana en prisión, la relación con el personal penitenciario, etc.

iii. Intervención (por medios de un derecho pretendidamente excepcional), con el fin de neutralizar estos riesgos: El derecho a la privacidad del domicilio y el derecho a la libertad fueron rechazados a fin de proceder en casos sin crimen: la idea es evitar los daños antes que ocurran. La referencia a la obra *Minority Report*, en este contexto, resulta obligada: previsión e intervención están directamente vinculadas[82]. No son relevantes los cursos causales, porque el riesgo no es una causa, sino la adscripción de una posibilidad futura.

iv. Exclusion de los factores y entes riesgosos: Exclusión de sus derechos, exclusión de la sociedad, exclusión del aparato legal tradicional. Los entes inseguros como el ‘crimen organizado’ o los ‘ofensores sexuales altamente riesgosos’ ya no son sujetos de derecho, ya que son reconstruidos como el opuesto a la sociedad y a la ‘seguridad general’. Son, al concluir esta cadena funcional, tratados como ‘enemigos’.

4.4. Rasgos distintivos del derecho anti-inseguras

Bosquejado el funcionamiento del derecho anti-inseguras, cabe intentar reseñar algunos rasgos que lo caracterizan, antes de adentrarnos en la figura a la que él se dirige.

a. *Violento*. El derecho anti-inseguras es violento. No necesariamente en sentido físico (aunque sí lo era, por ejemplo, en el caso de los vomitivos administrados por la fuerza[83]), pero sí en el sentido de imposición de medidas severamente restrictivas de los derechos y libertades fundamentales (privacidad, libertad, protesta, circulación, etc.), que permiten sí la intervención agresiva del derecho. La división “categorial” que Günther Jakobs hace entre “Derecho penal y mera fuerza penal” (en alemán: “Strafrecht und bloße Strafgewalt”[84]) en este derecho anti-inseguras desaparece totalmente. El derecho anti-inseguras es presentado, por legisladores y jueces, como derecho[85].

b. *Inmediato*. No hay distancia ni previsibilidad en la actuación del derecho anti-inseguras: los policías deben escuchar en directo las conversaciones que tienen lugar en el domicilio a fin de decidir, de acuerdo a los indicadores dados por el Tribunal Constitucional, en qué momento detener la escucha y grabación para no violar el derecho a la intimidad[86], lo que, como se ha indicado correctamente por parte de los detractores de esta solución del Tribunal, conlleva necesariamente la violación del derecho a la intimidad, ya que en el momento en que se advierte que las acciones han pasado a tener carácter íntimo, ya es tarde; respecto de la medida de internamiento, la decisión de quedar en prisión era adoptada según informes internos tomando por base la relación cotidiana del condenado y el servicio penitenciario, es decir, sin posibilidad de evaluación externa. La inmediatez - contraria a la distancia y neutralidad - se advierte tanto en la forma en que el derecho es dicho, es decir, legislado (piénsese, por ejemplo en la medida de internamiento sancionada para ser aplicaba retroactivamente a ocho condenados ya excedidos en su tiempo de cumplimiento de la pena impuesta), como en la forma en que el derecho es aplicado (respecto del ‘terrorismo’ como ente inseguras, piénsese en la nueva figura penal que deja abierta la consideración de cuándo un acto es o no considerado preparación de acto peligroso para el Estado[87]).

c. *Policial*. Este derecho es policial, precisamente en el sentido de que no hay distancia temporoespacial (que es la que confiere previsibilidad y neutralidad al derecho en abstracto), sino que la intervención es in situ y decidida mayormente por agentes policiales, de fuerzas de seguridad, de inteligencia etc. Es la idea de policía analizada y criticada por

Walter Benjamin en su obra *Para una crítica de la violencia* (título original en alemán: *Zur Kritik der Gewalt*[88]) donde sin embargo él entendía que la policía era la encargada de hacer algo así como el trabajo sucio, que el derecho no se podía permitir[89]. Hoy vemos que es a través de este derecho y del sistema penal, que las intervenciones han perdido neutralidad y distancia. Esta característica está estrechamente relacionada con el hecho de que muchas de las medidas en cuestión tuvieron su origen precisamente en leyes excepcionales de tipo policial y de defensa, que luego fueron incorporadas y regularizadas en leyes penales ordinarias. Esa lógica policial es la que se introdujo mediante las reformas legales y constitucionales en el ordenamiento ordinario.

d. Formal. Las formas legales son mantenidas, e incluso exigidas. El Tribunal Constitucional, por ejemplo, impuso el sistema de indicadores que formalmente limitan la implementación de la vigilancia acústica domiciliaria, aunque en la realidad - tal como fue indicado por los propios agentes que deberían aplicar la medida - sean impracticables[90]; también respecto de la medida de vigilancia acústica domiciliaria se exigió formalmente por parte del Tribunal Constitucional que se considerara su aplicación exclusivamente para casos realmente severos arguyendo que esa era la voluntad restrictiva del legislador constitucional - delitos con penas máximas superiores a los cinco años -, y eso fue salteado por el legislador común (que, debe destacarse este punto, era el mismo que el legislador constitucional) al evaluar subir las penas de ciertos delitos para que pudieran ser incluidos en el catálogo de delitos afectados por la medida[91]. La forma legal, como analiza Giorgio Agamben[92], confiere muchas veces a la ley una indiscutible validez, aunque esta validez, de hecho, no tenga significado. Este derecho anti-insecuritas es emitido mediante pasos formalmente correctos y revisada su constitucionalidad (existen proyectos legislativos, sesiones parlamentarias, modificaciones constitucionales, controles de constitucionalidad), que le confieren legalidad y validez - lo que sin lugar a dudas coloca en muy incómoda posición a quienes lo criticamos.

e. Constitucional. Uno de los aspectos más interesantes, según mi criterio, es que todas estas medidas y la persecución de entes insecuritas como entes que ponen en peligro la seguridad, son co-construidos por el Tribunal Constitucional. Se trata de la institución que explica y da forma a los principios del Estado de Derecho plasmados en la Grundgesetz, es decir, que el Tribunal es el modelador último de lo que significa en concreto la idea abstracta del Estado de Derecho. Y es precisamente este Tribunal - como ha sucedido en forma similar en otros sitios, como con la Supreme Court de Estados Unidos, por ejemplo[93] - el que ha reformulado los términos de ese Estado de Derecho, haciendo posible la construcción de un derecho anti-insecuritas. Que esta instancia puede ser guardiana de la Constitución (en alemán: *Verfassungshüter*), pero no de los derechos fundamentales, queda en evidencia si se piensa en el caso del suministro de vomitivos antes mencionado, en que recién por intervención del Tribunal Europeo de Derechos Humanos se decidió no aplicar más ese método[94], lo cual volvió a reiterarse respecto del internamiento preventivo impuesto con posterioridad, que sólo fue abolido luego que el Tribunal Europeo de Derechos Humanos condenara a Alemania. Es decir, estas medidas no se han evitado o anulado apelando al Estado de Derecho, sino - en todo caso - en el ámbito del discurso y la protección de los Derechos Humanos.

f. Pretendidamente excepcional. Tanto por parte de los legisladores, como por parte del Tribunal Constitucional se pretende estar tratando con fenómenos excepcionales (el 'crimen organizado' habría adquirido dimensiones nunca antes vistas, el 'crimen organizado' está acaparando y erosionando el Estado de Derecho, la vigilancia acústica es una medida

extremadamente excepcional etc.), que sin embargo son presentados como ubicuos, presentes en todos lados, de modo que al instrumentalario (originado en medidas excepcionales policiales y de defensa ante peligros inminentes, pero que incluyen luego su aplicación, por ejemplo, a más de cien figuras penales) se lo introduce como necesario en el ordenamiento ordinario, sin límites temporoespaciales que pudieran explicar la idea de excepcionalidad o emergencia.

5. El ente inseguritas [\[arriba\]](#)

El derecho anti-inseguritas va más allá de la lógica del riesgo, y más allá de la lógica del combate. El sistema penal actúa como una peculiar cinta de Moebius[95]. Es difícil definir límites temporales, locales y temáticos[96]. Las garantías constitucionales no son reformuladas para lograr una mejor administración, sino con el único fin de la exclusión física y jurídica de aquellos que ponen en riesgo la seguridad general. Riesgos-enemigos y enemigos-riesgosos son nuevas figuras en el derecho penal: entes inseguritas.

Como se vio, los riesgos no son ‘cosas reales’, no son hechos o daños visibles ni sujetos identificables. Los riesgos son más bien formas de entender, decodificar y hacer previsible una determinada situación o un determinado estado de cosas como disparador (a partir de la acumulación de factores analizables) de eventuales daños en el futuro. Es decir, algo o alguien puede ser construido como riesgo o no, pero nada ni nadie es un riesgo en sí. Por ejemplo: haber cometido un delito es un indicador de que pueden ser cometidos nuevos delitos, por lo que es considerado como un factor a ser considerado en la “cuadrícula de cálculo de riesgos”; ser extranjero también es un factor de riesgo en las cuadrículas de construcción y previsión de riesgos relativa al ‘crimen organizado’, lo que sumado a haber cometido un delito anteriormente aumentaría el nivel de riesgo - por acumulación de factores -, y esto requeriría mayor atención y habilitaría a su vez mayor intervención del sistema penal que quiera controlar el riesgo que implica el ‘crimen organizado’. El ‘crimen organizado’ y el condenado por delitos graves son fácilmente contruidos - como se pudo advertir apartados atrás - como haces que “aúnan muchos factores de riesgo”[97], lo que permitiría construirlos a ellos mismos como riesgos serios para la ‘seguridad’ (entes-inseguritas), que (de acuerdo a la lógica del derecho anti-inseguritas) deben ser no sólo controlados, sino que incluso excluidos y neutralizados. Cuando los riesgos son meramente controlados, la intervención no es primeramente violenta[98]. Pero, como se vio, los dispositivos estudiados pusieron más bien de manifiesto que una vez que los riesgos son contruidos y clasificados, en caso de considerarse de mucha gravedad para la seguridad, terminan siendo excluidos y neutralizados. Ese es el momento en que el ciudadano común o aquellos vinculados con el fenómeno riesgoso, son contruidos como riesgo a combatir: pierden sus derechos, pierden su estatus de sujeto jurídico, y son reconstruidos como otros. Es decir, no lo eran desde un principio (como era, en cambio, pensado el ‘anormal’, el ‘individuo peligroso’ de la escuela positiva), sino que mediante la racionalidad del riesgo son re-contruidos como entes opuestos a la seguridad.

El ente inseguritas no es pensado como una figura corporal. Por la lógica de la administración de riesgos, los destinatarios del sistema penal son desobjetivizados. Ni el ‘infractor’ de la escuela clásica ni el ‘criminal’ de la escuela positiva pueden pensarse sin una vinculación directa con un individuo corporal. El ente inseguritas, en cambio, es una figura abstracta. En el derecho anti-inseguritas no hay tipos penales concretos ni la descripción de anormalidades, que podrían valer como manifestaciones de un peligro. Las figuras a las que se les pueden adscribir factores de (alto) riesgo, por lo tanto, no son vistas

como anormales, sino que son puestas a distancia de la sociedad en forma legal o física, ante la eventualidad de su dañosidad, y con el sólo fin de la seguridad. Son hechas 'extrañas', continuando con el proceso de desobjetivización: el ente inseguro se ve desobjetivado (entsubjektiviert), convertido en extraño (entfremdet), y desprovisto de sus derechos (entrechtlich)[99], ya que no se lo considera más un sujeto de derecho. Dado que los factores que pueden considerarse como riesgosos para la seguridad son incontables y pueden ser de una infinita variedad, las medidas que pueden considerarse propias de un derecho anti-inseguro se caracterizarán por la amplitud y la poca definición al momento de señalar los destinatarios de las medidas en cuestión. Es decir, no será fácil definir una relación causal entre un hecho concreto que pretende evitarse y un individuo concreto que pondría la causalidad en movimiento. Para la adscripción de factores de riesgo y la consiguiente legitimación de la intervención penal no es necesaria la atribución de un daño a quien puso en movimiento (voluntaria o culposamente) un curso causal. A un infractor de la ley penal se le atribuye - según las reglas tradicionales del derecho penal - un daño o un delito cuando ese infractor, causalmente, puede ser hecho responsable de ese daño o de la comisión o tentativa de ese delito. También es posible que quien no pueda ser considerado responsable sea considerado, sin embargo, 'peligroso' y penalmente disculpado. En el caso del ente inseguro, en cambio, no se atribuye un hecho delictivo concreto, sino que es reprochado un daño que eventualmente podría tener lugar en el futuro; se lo hace penalmente responsable de una presunta probabilidad de que se concrete tal situación. La explicación de este funcionamiento reside en la lógica del riesgo: los factores de riesgo son sólo indicadores, que deben calcularse acumulativamente, pero que por sí solos no tienen consecuencia alguna. De esta manera, para la disminución o neutralización de los riesgos calculados se pone en funcionamiento un instrumental amplio y difuso, que no cumple con los requisitos de determinación y transparencia que debería seguir el derecho y el proceso penal.

De acuerdo a lo dicho, dado que no se trata de investigar, juzgar y eventualmente condenar la comisión de un delito, sino de detectar situaciones y factores de riesgo para la seguridad, procurando - mediante el sistema penal - proveer esa seguridad, los problemas que estas construcciones acarrearán, si se las analiza con los parámetros tradicionales del derecho penal, son muchos y de diversa índole:

- a. No son figuras necesariamente físicas: por ejemplo, 'terrorismo', 'crimen organizado';
- b. No necesariamente hay relación causal entre una acción y un resultado delictivo: por ejemplo, el ser 'inmigrante ilegal' es visto como factor de riesgo que conlleva inseguridad, aunque no se cometa delito; el tener conducta difícil en la cárcel es visto como factor de riesgo que conlleva inseguridad y la continuación del encierro, aunque no se haya cometido nuevo delito;
- c. Estas figuras acarrearán (porque les fueron adscriptos) factores de riesgo[100], lo que implica la contingencia de su construcción: por ejemplo, hoy extremista musulmán, mañana extremista cristiano, hoy inmigrante vietnamita riesgoso para el mercado del tabaco, mañana inmigrante polaco riesgoso para el mercado automotriz, etc.;

d. Son construidos e investigados como figuras difusas: por ejemplo, conocidos de conocidos que podrían estar preparando actos de terrorismo o delitos vinculados con el 'crimen organizado' y son escuchados en sus domicilios.

Estos entes inseguritas, destinatarios de medidas como la vigilancia acústica domiciliar o la otrora detención preventiva impuesta con ulterioridad son presentados por las políticas criminales respectivas al mismo tiempo como un peligro a temer, como un riesgo construido, como una situación de peligro a dominar, como un extraño sin subjetividad y sin derecho, y como un enemigo a vencer. Se implementan distintos instrumentos para la construcción y combate del ente inseguritas. Se formulan fenómenos de oposición a la seguridad, se redactan cuadrículas con factores y prognosis de riesgo, se deciden restricciones de derechos, leyes inconstitucionales son declaradas válidas, e intervenciones inmediatas de intervención son ampliadas preventivamente.

6. Reflexiones sobre la violencia del Derecho, el Estado de Derecho y la inseguridad del derecho penal [\[arriba\]](#)

6.1. La violencia del Derecho

Negar o disimular la violencia propia del derecho aumenta esa violencia, ya que se recurre irreflexivamente al derecho penal y se multiplican permanentemente sus posibilidades (violentas) de intervención, lo que facilita la formación de un derecho anti-inseguritas.

No es nuevo decir que el derecho es violento. Walter Benjamin ha señalado largamente el carácter violento del derecho, con fuertes elementos de la inmediatez policial que legisla, aplica y juzga en un mismo acto e intensifica por tanto esa violencia[101]. Jacques Derrida ha retomado estas ideas y las ha aplicado al derecho en su texto Fuerza de ley[102], en que dejó en claro que el derecho requiere de la fuerza que haga posible su aplicación, y deja en claro que justamente esta cercanía entre ley y fuerza hacen imposible toda idea de justicia (idea neutra general imposible de aplicarse en un acto jurídico concreto). Michel Foucault, por su parte, resaltó la función del derecho como instrumento del poder ("la ley no puede no estar armada") y la lógica necesidad de que esa aplicación vaya de la mano con la posibilidad de aplicar o suspender ese derecho de acuerdo a la necesidad (bio)política del momento[103]. La excepción, la decisión en cuanto a esa suspensión temporal de la ley, fue estudiada también por Giorgio Agamben, quien retoma aquellas reflexiones de Foucault y las actualiza en la idea, hoy bastante expandida, de que no estamos viviendo en tiempos en que el derecho cada tanto tiene que acudir a la excepción, sino en tiempos, en que la excepción ha devenido en regla[104]. Entiendo, sin embargo, que no se trata de una excepción hecha regla, sino de una regla que se instala argumentando excepción[105].

Teniendo entonces en cuenta la violencia ínsita del derecho, como primer paso en el análisis de toda práctica jurídico-penal, debería partirse de la importancia de reducir su ámbito de aplicación e implementación, lo cual indudablemente conllevaría, entre otras consecuencias, a dificultar la construcción de más espacios de actuación del derecho anti-inseguritas (expresión máxima de la irracionalidad - en terminología zaffaroniana - del tradicional poder punitivo).

6.2. El Estado de Derecho[106]

La idea del Estado de Derecho no es suficientemente precisa como para impedir la construcción del derecho anti-inseguritas. Los dispositivos aquí analizados son completamente acordes con el Estado de Derecho (“rechtsstaatlich”) y fueron construidos por mecanismos formalmente propios del Estado de Derecho, así como legitimados (co-construidos) por el Tribunal Constitucional alemán.

Que la fusión entre la lógica del riesgo y la lógica de la guerra sea novedosa no significa que las condiciones estructurales pre-existentes y que han hecho posible este desarrollo no hayan estado ya - ¡probablemente desde siempre! - en la misma lógica interna del derecho. Ya en las redes del discurso del derecho moderno e ilustrado se encuentran las condiciones para la construcción de las figuras y las medidas de la actualidad. Hoy simplemente esta fusión hace más visibles esa lógica y sus retículos.

La cuestión es si esta forma de actuación penal, llevada adelante por las distintas políticas criminales (de seguridad), pueden ser realmente compatibles con el Estado de Derecho. Pareciera que este derecho anti-inseguritas y su lógica ponen en crisis las posibilidades del Estado de Derecho. Sin embargo, es el propio Estado de Derecho a través de sus instituciones el que reinterpreta las ideas de seguridad y libertad, lo habilita.

Una limitación del derecho anti-inseguritas únicamente será posible previa revisión de los componentes discursivos que atraviesan al derecho, y luego de una profunda revisión de la función del discurso penal en su conjunto. La relación de medio-fin que se está dando en el derecho anti-inseguritas (el derecho penal como medio para obtener el fin seguridad) debe ser dejada de lado. Sin embargo, esta eliminación no debe esperarse que tenga lugar gracias al auxilio de los principios del Estado de Derecho ni de sus actores. Precisamente estos principios (legales, constitucionales) son los que han sido reinterpretados por esos actores y han dado lugar al derecho anti-inseguritas, ya que también se encuentran atravesados y formados por el ansia securitizante[107]. Esto es, las exigencias de nuevas medidas y límites menos rígidos para tratar con los entes inseguritas y el terrorismo, con el ‘crimen organizado’ y con la violencia sexual - por mencionar sólo los ámbitos aquí tratados - se han hecho más y más fuertes en los últimos años y se han reunido incluso en derredor de un único concepto: la seguridad. La inseguridad puede acechar (o, mejor es decir, puede ser percibida/construida) en todo espacio social. Los entes inseguritas no son construidos y combatidos como situaciones de excepción ni existe estado de emergencia (aunque se alegue); no se suspende el orden constitucional con regímenes autoritarios, ni se recurre a leyes o decretos excepcionales. Todo transcurre por los canales previstos por un orden constitucional regular propio de un Estado de Derecho democrático que por vías regulares construye y combate peligros, amenazas, todo aquello que puede insegurar al Estado y/o a la sociedad.

El ministro Schäuble incluso, en la entrevista antes mencionada, llegó a plantear y preguntarse la solución para un caso hipotético, claramente violatorio de los procedimientos propios de un Estado de Derecho, pero muy ilustrativo:

“Schäuble: Supongamos que alguien supiera en qué cueva está sentado Osama Bin Laden. Se podría disparar un misil teledirigido para matarlo.

Spiegel: Probablemente el gobierno federal mandaría primero un fiscal, para detener a Bin Laden...

Schäuble: ... y mientras tanto los americanos lo ejecutarían con un misil, y la mayoría de la gente diría: Gracias a Dios. Pero seamos sinceros: las cuestiones de derecho permanecerían totalmente confusas [...]. Deberíamos intentar aclarar dichas cuestiones lo más preciso posible en nuestro derecho constitucional y crear los fundamentos jurídicos que nos den las libertades necesarias en la lucha contra el terrorismo.”[108]

Que la solución estadounidense sugerida por Schäuble en su ejemplo de 2007 se haya hecho realidad en 2011, resulta una curiosa coincidencia. O no. Más bien podría pensarse que la entrevista con el ministro del Interior alemán probablemente puso en evidencia los procesos de redefinición que vienen teniendo lugar en los últimos años. Como se vio en apartados anteriores, las reformas que el ministro exigía en 2007 para que el Estado de Derecho estuviera a la altura de las circunstancias, habían empezado a darse con anterioridad también en otros ámbitos. Tanto reformas legislativas y constitucionales como sentencias del Tribunal Constitucional, ya con anterioridad, habían empezado a delinear estas transformaciones del derecho penal que cada vez más se perfila como instrumento protector de la seguridad general, y perseguidor de toda posible inseguridad.

6.3. La inseguridad del derecho penal

Un derecho penal que tiene por fin la ‘seguridad’ o ‘el bienestar general’ se coloca en la situación de tener que actuar ilimitadamente. Cada límite (procesal, constitucional, etc.) a su actuación es leído como una renuncia a ese fin. Este es el problema nuclear del ilimitado, agresivo y difuso derecho anti-inseguritas.

El derecho penal de la actualidad está siendo re-editado en términos de seguridad. Viejas lógicas jurídicas están siendo actualizadas: La violencia, la vaguedad, la excepcionalidad, son todos aspectos inmanentes a la lógica interna del derecho moderno. El derecho anti-inseguritas, por lo tanto, no es un derecho pre-moderno, ni un derecho anti-moderno, como podría alegarse. Se trata más bien de una manifestación del derecho moderno reformulado para adecuarse a los desafíos del siglo XXI y su obsesión por la seguridad. El derecho anti-inseguritas es el derecho instrumental a los tiempos de la seguridad.

Luego de hacer esta revisión de las construcciones, los discursos y las prácticas que dentro del ámbito penal significan el desarrollo de políticas criminales guiadas por el ideal de la seguridad - lo que convierte a la política criminal en política de seguridad -, la mejor forma de sobrepasar y redireccionar estas políticas es el abandono desde el sistema penal y desde el derecho penal de la lógica de la seguridad como norte, que sólo lleva a una ilimitada necesidad de mayor amplitud, y mayor agresividad. La inseguridad del sistema penal y del derecho penal que lo piensa - o lo debería pensar -, sólo puede ir en aumento.

El sistema penal debe ocuparse - como verdadera ultima ratio - de la investigación y, eventualmente, sanción de conductas individuales gravemente lesivas, y no de la Seguridad Interior, no de la Seguridad del Estado, no de la Seguridad General. La sana convivencia, la recuperación del espacio público, la reivindicación de la seguridad como fin integral y constructivo del Estado mediante la provisión de seguridad sanitaria, educativa, laboral, ambiental, de salud, etc., así como el respeto de la libertad del otro, la intervención

preventiva y/o restauradora respetuosa de los derechos de los afectados, etc.; Todos estos términos deben recuperarse y destacarse al hablar de seguridad. La intervención penal desde las políticas criminales, desde el discurso penal, desde las instituciones penales y la dogmática penal no tienen realmente mucho para aportar en esos ámbitos.

Desplazar la idea de la seguridad del ámbito del derecho penal puede ser un primer paso para reinterpretar al derecho penal en respeto de los principios democráticos básicos del Estado de Derecho pensados, interpretados e implementados en consonancia con los Derechos Humanos. Negarse a plantear discusiones penales a partir de la necesidad de seguridad es el aporte que, a mi entender, cada académico y cada práctico puede hacer desde su lugar. Sugiero por lo tanto un rotundo basta! a la problematización de la seguridad en el campo del sistema y el derecho penales, como si de una tarea propia se tratase. De lo contrario, el derecho anti-inseguritas seguirá aumentando su campo de acción, y los entes inseguritas construidos y neutralizados seguirán proliferando.

Bibliografía

Agamben, Giorgio (2002): Homo Sacer. Die souveräne Macht und das nackte Leben, Frankfurt a.M.: Suhrkamp

Agamben, Giorgio (2004): Ausnahmezustand, Frankfurt a.M.: Suhrkamp

Agamben, Giorgio (2006): Mittel ohne Zweck, Zürich/Berlin: diaphanes.

Arnold, Jörg (2006): Entwicklungslinien des Feindstrafrechts in 5 Thesen, en: Höchstrichterliche Rechtsprechung Strafrecht -HHRs- Aug./Sept. 2006, 303-315

Ashworth, Andrew/ Lucia Zedner (2011): Just Prevention: Preventive Rationales and the Limits of the Criminal Law, en: R.A. Duff/ S. Green (comp.), Philosophical Foundations of the Criminal Law, Oxford: Oxford University Press, 279-304

Ashworth, Andrew/ Zedner, Lucia (2008): Defending the Criminal Law: Reflections on the Changing Character of Crime, Procedure, and Sanctions, en: Criminal Law and Philosophie 2, 21-51

Beck, Ulrich (1986): Risikogesellschaft. Auf dem Weg in eine andere Moderne, Frankfurt a.M.: Suhrkamp

Bender, Soledad (2007): Die nachträgliche Sicherungsverwahrung, Frankfurt a.M.: Peter Lang.

Benjamin, Walter 1965 [1921]: Zur Kritik der Gewalt, en: id., Zur Kritik der Gewalt und andere Aufsätze, Frankfurt a.M.: Suhrkamp, 29-65

Bigo, Didier (2001): Internal and External Security(ies): The Möbius Ribbon, en: M. Albert et al. (edtr.), Identities, Borders and Orders, Minneapolis: Minnesota University Press, 91-136

Böhm, María Laura (2006): Sicherheitskriminologie. Freiheitskriminologie, en: Heinrich, R./ Schulte Ostermann, J. (comp.): Im Gespräch. Zur Aktualität der Kriminologie. Tagungsband. Praxis, Forschung, Kooperation. Gegenwärtige Tendenzen in der Kriminologie, Frankfurt: Verlag für Polizeiwissenschaft, 233-251

Böhm, María Laura (2007): Komplementäre Kriminalpolitiken, en: Kriminologisches Journal, 9. Beiheft, 168-183

Böhm, María Laura (2007a): Políticas Criminales Complementarias. Una perspectiva biopolítica, en: Cuadernos de Doctrina y Jurisprudencia Penal. Colección Criminología, teoría y praxis (Ad Hoc), N° 4, 69-106 (reimpresión en Perú: Anuario de Derecho Penal Económico y de la Empresa 1/2011, 159-180)

Böhm, María Laura (2007b): Videoüberwachung und Kriminalpolitik, en: Zurawski, N. (comp) Sicherheitsdiskurse. Angst, Kontrolle und Sicherheit in einer "gefährlichen" Welt, Peter Lang, Frankfurt, 245-260

Böhm, María Laura (2008): Transformaciones en el Estado de(l) Derecho, en: Cuadernos de Doctrina y Jurisprudencia Penal. Colección Criminología, teoría y praxis 5 (Ad Hoc), N° 5/6, 15-33

Böhm, María Laura (2011): Der ‚Gefährder‘ und das ‚Gefährdungsrecht‘: Eine rechtssoziologische Analyse am Beispiel der Urteile des Bundesverfassungsgericht über die nachträgliche Sicherungsverwahrung und die akustische Wohnraumüberwachung, Göttingen: Göttingen Universitätsverlag [Obra disponible online: http://webdoc.sub.gwdg.de/univerlag/2011/GSK15_boehm.pdf]

Böhm, María Laura (2011a): Estado de derecho en Alemania. Sobre "enemigos" y "criminales" en el Parlamento y frente al Tribunal Constitucional alemán, en: Muñagorri, Ignacio y Pegoraro, Juan (coord.), Órdenes normativos y control social en Europa y Latinoamérica en la era de la globalización, Madrid: Dykinson, 151-175 2012 (reimpresión en Colombia: Ambos, Kai/ Böhm, M.L. (comp.) (2012), Desarrollos actuales de las ciencias criminales en Alemania - Primera Escuela de Verano en Ciencias Criminales y Dogmática Penal alemana - Dept. de Derecho Penal Extranjero e Internacional del Instituto de Ciencias Criminales de la Georg-August-Universität Göttingen, 5-16 de septiembre de 2011, Bogotá: Temis - en edición -)

Böhm, María Laura (2011b): Endanger Law: War on Risks in German Criminal Law, en: Duttge, Gunnar (ed.), The Law in the Information and Risk Society, Göttingen: Göttingen Universitätsverlag, 145-163

Böhm, María Laura (2013): Políticas de Seguridad y Neoliberalismo, en: Armando Fernández Steinko (comp.), Crimen y Globalización, Madrid: Centro de Investigaciones Sociológicas (en edición)

- Böhm, María Laura (2013a): Securitización, en: Revista Penal (junio 2013, en edición).
- Böhm, María Laura/ Mariano H. Gutiérrez (2007): Introducción, en: M. L. Böhm y M. H. Gutiérrez (comp.), Políticas de Seguridad. Peligros y desafíos para la criminología del nuevo siglo, Buenos Aires: Editores del Puerto, V-XXXI.
- Buzan, Barry/ Waever, Ole/ de Wilde, Jaap (1998): Security: A New Framework for Analysis, Boulder, CO: Lynne Rienner
- Castel, Robert (1986): De la peligrosidad al riesgo, en: Alvarez Uría, Fernando/ Varela, Julia (comp.), Materiales de sociología crítica, Madrid: La Piqueta, 219-243
- C. A. S. E. Collective (2006): Critical Approaches to Security in Europe: A Networked Manifesto, en: Security Dialogue vol. 37(4), 443-487
- Derrida, Jacques (1997): Fuerza de Ley - El 'fundamento místico de la autoridad', Madrid: Tecnos
- Etzel, Matthias (1992): Die Aufhebung von nationalsozialistischen Gesetzen durch den Alliierten Kontrollrat (1945-1948), Tübingen: Mohr.
- Evers, Adalbert/Nowotny, Helga (1987): Über den Umgang mit Unsicherheit - Die Entdeckung der Gestaltbarkeit von Gesellschaft, Frankfurt: Suhrkamp
- Feeley, Malcolm/ Simon, Jonathan (1994): Actuarial Justice. The Emerging New Criminal Law, en: Nelken, David (comp.): The Futures of Criminology, London [u.a.]: Thousand Oaks, 173-201
- Feeley, Malcolm/ Simon, Jonathan (1995): La nueva penología: notas acerca de las estrategias emergentes en el sistema penal y sus implicaciones, en: Delito y Sociedad, Año 4, Núm. 6-7, 33-58
- Fernández Steinko, Armando (2008): Las pistas falsas del crimen organizado. Finanzas paralelas y orden internacional, Madrid: Catarata
- Foucault, Michel (1995): La Verdad y las Formas Jurídicas, Barcelona: Gedisa
- Foucault, Michel (2002): Historia de la sexualidad I. La voluntad de Saber, Buenos Aires: Siglo XXI
- Frisch, Wolfgang (2009): Konzepte der Strafe und Entwicklungen des Strafrechts in Europa, en: Goldammer's Archiv für Strafrecht 7, 385-405
- Garland, David (1996): The Limits of the Sovereign State: Strategies of Crime Control in Contemporary Society, en: British Journal of Criminology 36(4), 445-471

Garland, David (1997): 'Governmentality' and the Problem of Crime: Foucault, Criminology, Sociology, en: Theoretical Criminology Vol. 1 (2), 173-214

Garland, David (2005), La cultura del control. Crimen y orden social en la sociedad contemporánea, Barcelona: Gedisa

Jakobs, Günther (2000): Das Selbstverständnis der Strafrechtswissenschaft vor den Herausforderungen der Gegenwart, en: Eser, Albin/ Hassemer, Winfried/ Burkhardt, Björn (comp.): Die deutsche Strafrechtswissenschaft vor der Jahrtausendwende - Rückbesinnung und Ausblick, München: Beck, p. 47-56

Jakobs, Günther (2003), Derecho Penal del Enemigo, en: Jakobs, G./ Cancio Meliá, M.: Derecho Penal del Enemigo, Madrid: Civitas, 19-56

Jakobs, Günther (2004): Bürgerstrafrecht und Feindstrafrecht, en: Höchstrichterliche Rechtsprechung Strafrecht -HRS-, März 2004, 88-95

Jakobs, Günther (2005): Carta de G. Jakobs del 7 de febrero de 2005 a los estudiantes del seminario "Sicherheit und Freiheit IV. Staat und Gesellschaft. Feindstrafrecht und Kriminologie" (Seguridad y Libertad IV. Estado y Sociedad. Derecho Penal del Enemigo y Criminología) bajo la dirección de Prof. Dr. Fritz Sack y Dr. Jürgen Kühling, en el marco del Posgrado en Criminología de la Universidad de Hamburgo

Kinzig, Jörg (2008): Die Legalbewährung gefährlicher Rückfalltäter - Zugleich ein Beitrag zur Entwicklung des Rechts der Sicherungsverwahrung, Berlin: Duncker & Humblot

Krasmann, Susanne (2007): Folter im Ausnahmezustand?, en: Krasmann, S./ Martschukat, Jürgen (comp.), Rationalitäten der Gewalt. Staatliche Neuordnungen vom 19. bis zum 21. Jahrhundert, Bielefeld: Transcript, 75-96

Kunz, Karl-Ludwig (2006): Die Sicherung als gefährlich eingestufte Rechtsbrecher: Von der Strategie der Inklusion zur strafrechtlichen Exklusion, en: Barton, Stephan (comp.): „...weil er für die Allgemeinheit gefährlich ist!“ Prognosegutachten, Neurobiologie, Sicherungsverwahrung, Baden-Baden: Nomos, 71-86

Meyer-Wieck, Hannes (2005): Der Große Lauschangriff. Eine empirische Untersuchung zu Anwendung und Folgen des § 100c Abs. 1 Nr. 3 StPO, Berlin: Duncker & Humblot

Mushoff, Tobias (2008): Strafe - Maßregel - Sicherungsverwahrung. Eine kritische Untersuchung über das Verhältnis von Schuld und Prävention, Frankfurt a.M.: Peter Lang

Opitz, Sven (2008): Zwischen Sicherheitsdispositiven und Securitization: Zur Analytik illiberaler Gouvernementalität, en: Purtschert, Patricia/ Meyer, Katrin/ Winter, Yves (comp.): Gouvernementalität und Sicherheit. Zeitdiagnostische Beiträge im Anschluss an Foucault, Bielefeld: transcript, 202-228

Pestalozza, Christian (2004): Die widerwillen sperrende Bundeslücke bei der Sicherungsverwahrung, en: Juristische Zeitung, 605-609

Pollähne, Helmut/ Kemper, Andrea (2007): Unmenschliche und erniedrigende Drogenkontrollpolitik. Brechmitteleinsätze gegen das Folterverbot - zur Entscheidung des EGMR, en: Kriminologisches Journal, 39. Jg. H. 3, 185-202

Rackow, Peter (2010): Strafrechtliche Terrorismusbekämpfung durch Ponalisierung von Vorbereitungshandlungen, en: Bloy, Rene et al. (comp.): Gerechte Strafe und legitimes Strafrecht - Festschrift für Manfred Maiwald zum 75. Geburtstag, Berlin: Duncker & Humblot, 615-641

Sack, Fritz (2007): El derecho penal del enemigo, ¿un camino hacia una política criminal diferente?, en: Cuadernos de Doctrina y Jurisprudencia Penal. Criminología (Ad Hoc), Nro. 4, 128-158

Scheerer, Sebastian/Böhm, María Laura/Viquez, Karolina (2006): Seis preguntas y cinco respuestas sobre el Derecho Penal del Enemigo, en: Cancio Melia, Manuel/Gomez-Jara Diez, Carlos (comp.): Derecho Penal del Enemigo. El discurso penal de la exclusion, Tomo II, Madrid/Montevideo: Edisofer y B. de F., 917-938

Schmitt, Carl (1963): Der Begriff des Politischen, Duncker & Humblot: Berlin

Stolle, Peer (2008): Die aktuellen Terrorismus-Verfahren und ihre Folgen, Kriminologisches Journal 40. Jg., H. 2, 123-136

Thiede, Frank (2008): Entwurf des BKA-Gesetzes, en: Kriminalistik 10/2008, 539-542

Denkowski, Charles von (2007): Einstufung als (islamistische) Gefährder und (heimliche) Folgeeingriffe, en: Kriminalistik 5/2007, 325-332

Denkowski, Charles von (2008): Das BKA im Wandel: Einst Zentralstelle, bald Bundeskriminalpolizei im Vorfeld terroristischer Gefahren - die Große Koalition leitet einen Paradigmenwechsel ein, en: Neue Kriminalpolitik 3/2008, 82-87

Vormbaum, Thomas (2009): Einführung in die moderne Strafrechtsgeschichte, Berlin: Springer

Warntjen, Maximilian (2007): Heimliche Zwangsmaßnahmen und der Kernbereich privater Lebensgestaltung, Baden-Baden: Nomos

Williams, Michael C. (1998): Modernity, Identity and Security: A Comment on the "Copenhagen controversy", en: Review of International Studies 23(3), 435-440

Zaffaroni, Eugenio Raúl (2006): El enemigo en el derecho penal, Buenos Aires: Ediar

Zedner, Lucia (2007): Pre-crime and post-criminology?, en: *Theoretical Criminology* 11(2), 261-281

Zinn, Jens (2008): Introduction: The Contribution of Sociology to the Discourse on Risk and Uncertainty, en: id. (comp.): *Social Theories of Risk and Uncertainty - An Introduction*, Oxford - Malden (MA): Blackwell, 1- 17

* *La presente versión contiene mínimas modificaciones (revisión, actualización) respecto del texto originalmente publicado en: Revista de Derecho Penal y Criminología, 2012, Año 2, Nro. 3 (abril), 156-180.*

** *Abogada (UBA), Diplomas en Criminología (UNLZ y Hamburg Universität), Doctora en Ciencias Sociales (Dr. Phil., Hamburg Universität). Investigadora post-doctoral (Georg-August-Universität Göttingen) en calidad de becaria de la Fundación Alexander von Humboldt. Miembro co-fundadora del Centro de Estudios en Política Criminal y Derechos Humanos (CEPOC, Buenos Aires), miembro co-fundadora y coordinadora del Grupo Latinoamericano de Investigación Penal Göttingen (GLIPGö, Göttingen). Todo comentario o consulta sobre el texto será bienvenido y puede enviarse a la siguiente dirección: maria-laura.boehm@jura.uni-goettingen.de.*

[1] Sobre la terminología escogida véase infra notas 54 y 55, y texto principal.

[2] Sobre este término véase infra nota 54 y texto principal.

[3] Böhm 2006, 2007, 2007a y 2007b.

[4] Cfr. Garland 1996, 1997 y 2005.

[5] En el mes de julio de 2007 se realizó en la ciudad de Frankfurt una jornada de tres días en que se trató específicamente el trabajo *The Culture of Control* de David Garland, su recepción teórica en Alemania y la utilidad del análisis para la realidad alemana. Invitado especial fue el mismo Garland, quien tuvo la oportunidad de intercambiar al respecto con los investigadores alemanes. El libro de la jornada fue publicado como número especial del *Kriminologisches Journal* (Beiheft 9, 2007) y ofrece - entre otros temas - variados enfoques sobre la concordancia/discordancia entre los estudios de Jakobs y de Garland.

[6] En el presente trabajo se presentan entre comillas dobles (“ ”) las citas textuales, como es de uso habitual, y se presentan entre comillas simples (‘ ’) los términos cuyo significado es considerado particularmente polémico, y de los cuales - aunque sería deseable - un análisis profundo escapa al ámbito temático propuesto en este artículo. Este último entrecomillado tiene por único fin destacar el carácter problemático de la terminología que circula en el discurso penal, pero que necesariamente debe ser utilizada en los textos que, como el presente, se dedican precisamente al estudio de las prácticas generadas en y por ese discurso. La utilización de cursivas, por su parte, no indica citas textuales - salvo en los casos de transcripciones del idioma original, en las notas al pie -, sino términos extranjeros y/o una idea que desea destacarse.

[7] Jakobs 2000: 53/54, 2004: 95 (“tales medidas no tienen lugar fuera del derecho, pero los acusados, en tanto son atrapados por ellas, son excluidos de su derecho: el Estado abole derechos en una forma jurídicamente ordenada” [cita original en alemán: “solche

Maßnahmen nicht außerhalb des Rechts erfolgen, aber die Beschuldigten werden insoweit, als bei ihnen eingegriffen wird, von ihrem Recht exkludiert: der Staat hebt in rechtlich geordneter Weise Rechte auf”) y 2003: passim.

[8] Jakobs 2004: 90.

[9] Jakobs 2004: 90 (“El Derecho Penal del Ciudadano procura conservar la validez de la norma, el Derecho Penal del Enemigo [...] combate peligros” [cita original en alemán: “Bürgerstrafrecht erhält die Normgeltung, Feindstrafrecht [...] bekämpft Gefahren”]).

[10] Jakobs 2000: 53 (“de momento no-personas” [cita original en alemán: “aktuell Unpersonen”]). Debo recordar en este punto (a fin de evitar las erradas lecturas que tan habitualmente se observan en los análisis del trabajo de Günther Jakobs), que el término “persona” utilizado por él no es equivalente al término ser humano. En el discurso de Jakobs el “enemigo” pierde su calidad de “persona” - en el sentido de que pierde el reconocimiento de su rol y de su capacidad de comunicación social -, pero eso no significa la pérdida de su calidad de ser humano y, por lo tanto, no implica en forma automática el desconocimiento de sus Derechos Humanos.

[11] Sobre las discusiones al respecto, pueden mencionarse como dato anecdótico las críticas sufridas por el criminólogo crítico Fritz Sack. El viejo y querido profesor es un crítico agudo de la idea del Derecho Penal del Enemigo, rescatando sin embargo en sus conferencias y textos el enorme valor descriptivo del trabajo de Günther Jakobs (véase al respecto Sack 2007). Lamentablemente muchos colegas alemanes no han sabido diferenciar la descripción y el análisis legislativos realizados por Jakobs (que lo llevaron a hablar de Derecho Penal del Enemigo ya en el año 1985, aunque con recelo) de la posterior valoración o incluso defensa que este autor realizó de tal desarrollo y de ese concepto como idea a concretarse político-criminalmente, a partir de la conocida conferencia de 1999 (cfr. Jakobs 2000). En una conversación que sostuvimos en Göttingen en septiembre de 2011, el Prof. Jakobs volvió a confirmar que su concepto del Derecho Penal del Enemigo no es meramente descriptivo, sino también prescriptivo. Normativamente, sostiene, la diferenciación por él analizada es necesaria (la conversación con el Prof. Jakobs está disponible en castellano en el Boletín Semestral GLIPGö 3/ mayo 2012, de difusión online).

[12] Cfr. sobre este punto de vista, por todos y con diversas referencias históricas, Scheerer/ Böhm/ Viquez 2006; Zaffaroni 2006.

[13] Cfr. Jakobs 2005. Aquí es interesante resaltar un punto de contacto, pero a la vez de innegable diferencia con la idea de enemigo de Carl Schmitt en El concepto de lo político (Der Begriff des Politischen, 1963 - orig. 1927). Para Jakobs, se trata de enemigos, y por tanto, se está en guerra, como lo formulaba también Schmitt. Sin embargo, la “diferenciación amigo-enemigo” (en alemán: “Freund-Feind-Differenzierung”) de Schmitt es el núcleo del concepto de lo político, mientras que para Jakobs esta distinción se realiza dentro del ámbito jurídico. El derecho penal se hace cargo de una tarea propia del ámbito político, en que la seguridad debe ser definida. El sistema penal, de esta manera, se hace cargo del fin de Seguridad que se atribuye al Estado.

[14] Es importante destacar que Jakobs, en distintas oportunidades, ha dejado en claro que su estudio se limita a la realidad jurídico-penal alemana, sin poder afirmar si el mismo es aplicable a otros contextos. Cfr. como ejemplo de esta afirmación, la entrevista antes mencionada (supra nota 11).

[15] En otros sitios ya he desarrollado el argumento, con base en distintos ejemplos, de que esta dicotomía es sólo aparente y que en realidad la actuación de ambas lógicas es complementaria. Cfr. Böhm 2006: 245, 2007: 179 ss.; 2007a: 98 ss., 2007b: 254 ss.

[16] Con el término securitizante se hace referencia aquí al concepto securitization. Este concepto fue desarrollado por Barry Buzan, Ole Waever y Jaap de Wilde en su obra Security: A New Framework for Analysis (Buzan/ Waever/ de Wilde 1998) y fue bien sintetizado por

Williams: Se trata de “procesos en los cuales el ‘acto de habla’ de etiquetar un tema en forma social y políticamente exitosa como un ‘tema de seguridad’, desplaza a este tema de seguridad del ámbito normal de la política del día a día, colocándolo como ‘amenaza existencial’, que evoca y justifica medidas extremas.” (Williams 1998: 435 - cita original en inglés: “processes in which the socially and politically successful ‘speech act’ of labelling an issue a ‘security issue’ removes it from the realm of normal day-to-day politics, casting it as an ‘existential threat’ calling for and justifying extreme measures”). Buzan, Waever y de Wilde son teóricos de las relaciones internacionales y tomaron por base de estudio y aplicación de su idea precisamente el ámbito de las relaciones exteriores entre Estados nacionales. La idea central de la securitización (término que sugiero para su uso en castellano) consiste en que si se encuentra un motivo medianamente plausible de por qué un Estado se ve amenazado por otro (lo cual incluye la posibilidad de la mera construcción de este motivo), quedando en peligro su propia existencia, el pretendido foco de la amenaza puede ser transformado en forma relativamente sencilla en un objeto a combatir, quedando habilitados los medios legales, e incluso los medios hasta el momento no legales, para la neutralización de la amenaza. De esta manera, mediante medidas de excepción lo ilegal deviene legal. Para un estudio detallado de este concepto desde distintas perspectivas académicas y nacionales véase C.A.S.E. Collective 2006. (Sobre esta temática se encuentra en edición Böhm 2013a; breves referencias sobre el tema en su relación con la economía neoliberal presento en otro texto en edición, Böhm 2013).

[17] Bayerische Gesetz zur Unterbringung von besonders rückfallgefährdeten hochgefährlichen Straftätern (BayStrUBG) vom 24. Dezember 2001 (nombre de la ley en castellano: Ley de Bavaria sobre el internamiento de infractores de alta peligrosidad en especial situación de riesgo de reincidencia); y Gesetz des Landes Sachsen-Anhalt über die Unterbringung besonders rückfallgefährdeter Personen zur Abwehr erheblicher Gefahren für die öffentliche Sicherheit und Ordnung (UnterbringungsG - UBG) vom 6. März 2002 (nombre de la ley en castellano: Ley del Estado de Sajonia Anhalt sobre el internamiento de personas en especial situación de riesgo de reincidencia con el fin de la defensa de peligros severos para la Seguridad y el Orden públicos).

[18] Detallado sobre estas reflexiones y proyectos Bender 2007, p. 26 ss.

[19] Decisión del Tribunal Constitucional alemán del 10.02.2004 (BVerfGE 109, 190).

[20] Decisión del Tribunal Constitucional alemán del 10.02.2004 (BVerfGE 109, 190), p. 236.

[21] Decisión del Tribunal Constitucional alemán del 10.02.2004 (BVerfGE 109, 190), p. 238 s.

[22] Cfr. Sesión plenaria Nro. 100 del 25 de marzo de 2004 (Plenarprotokoll 15/100, Bundestag), p. 8995, y Sesión plenaria Nro. 115 del 18 de junio de 2004 (Plenarprotokoll 15/115, Bundestag), p. 10553. Sobre la exigencia de sanción penal que significó la decisión del Tribunal Constitucional véanse los críticos comentarios de Laubenthal (2004: 744), Kinzig 2008 (“...le exigió suavemente, que sancionaran las disposiciones correspondientes...” [cita original en alemán: “...ihn sanft auffordert, die entsprechende Vorschrift zu erlassen...”], p. 48), Mushoff (2008: 40), quien describe al procedimiento de dejar a los detenidos encerrados sin base legal mientras se espera la sanción de la nueva ley como un “Novum” constitucional. Véase también Pestalozza (2004), quien ya en el título de su comentario habla de un forzado cierre de una laguna en la legislación federal mediante la medida de seguridad de aplicación posterior (cita original en alemán: “widerwillen sperrenden Bundeslücke bei der Sicherungsverwahrung”) y denomina la decisión del Tribunal Constitucional como “mala praxis” (en alemán: “Kunstfehler”) (p. 606).

[23] Gesetz zur Einführung der nachträglichen Sicherungsverwahrung del 23.07.2004 (nombre de la ley en castellano. Ley sobre la introducción del internamiento preventivo de imposición ulterior) (BGBl. I, p. 1838).

[24] Conf. Sesión plenaria Nro. 100 del 25 de marzo de 2004 (Plenarprotokoll 15/100, Bundestag), p. 8995, y Sesión plenaria Nro. 115 del 18 de junio de 2004 (Plenarprotokoll 15/115, Bundestag), p. 10553.

[25] Este discurso se vio incluso intensificado por otra sentencia del Tribunal Constitucional, también relativa a la Sicherungsverwahrung. Esta sentencia había sido dictada una semana antes de la recién expuesta (5 de febrero de 2004, BVerfG 109, 133) y en ella el Tribunal Constitucional ya había resuelto y decidido la constitucionalidad de una reforma legislativa que agravaba las condiciones de imposición de la medida de seguridad (la reforma quitaba un límite máximo de diez años para la primera imposición de la medida “Ley para combatir los delitos sexuales y otros tipos penales peligrosos” (nombre de la ley en alemán: Gesetz zur Bekämpfung von Sexualdelikten und anderen gefährlichen Straftaten”) del 26.01.1998 -) y había considerado constitucional que tal agravamiento se aplicara retroactivamente a un condenado ya sometido a la medida. El fundamento del Tribunal Constitucional fue básicamente que las medidas de seguridad no están cubiertas por el principio de irretroactividad de la ley penal, ya que se trata precisamente de medidas preventivas, y no pertenecen por tanto al campo de la “penalidad”, sí protegidas por el principio en cuestión. Problemático es sin embargo, que en una sentencia se explique la “no penalidad” de la medida, y se acepte por tanto su retroactividad, y en otra se argumente en cambio su “naturaleza penal” para establecer la competencia federal.

[26] TEDH, M. vs. Germany, Fallo del 17.12.2009 (Apelación individual Nro. 19359/04, M. / Deutschland).

[27] Gesetz zur Neuordnung des Rechts der Sicherungsverwahrung und zu begleitenden Regelungen (nombre de la ley en castellano: Ley sobre el nuevo ordenamiento del derecho del internamiento preventivo y sobre las regulaciones complementarias) del 22.12.2010 (BGBl. I, p. 2300).

[28] Decisión del Tribunal Constitucional alemán del 4.05.2011 (BVerfG, 2 BvR 2365/09 vom 4.5.2011, Absatz-Nr. (1 - 178),

http://www.bverfg.de/entscheidungen/rs20110504_2bvr236509.html).

[29] A aquella sentencia del TEDH (M. vs. Germany), siguieron a su vez en similar sentido J. v. Germany, TEDH Nro. 30060/04, Fallo del 14.04.2011; H. v. Germany, TEDH Nro. 4646/08, Fallo del 24.11.2011; y K. v. Germany, TEDH Nro. 61827/09, Fallo del 7.06.2012.

[30] Una revisión del estado actual de la legislación - confusa y aún no definida - respecto de las medidas de seguridad luego de las diversas sentencias y modificaciones legislativas es ofrecido por la revista Strafverteidiger (4/2013, pp. 227-258), en su Dokumentation sobre el StV-Symposium “Sicherungsverwahrung” realizado el 12 de octubre de 2012.

[31] Si bien la idea y las discusiones respecto a la inclusión de una medida de seguridad (tradicional) en el código penal se inician a fines del siglo XIX con Franz von Liszt, tal inclusión en el sistema penal alemán se concreta en noviembre de 1933 (Deutsches Reichsgesetzblatt Teil I 1867-1945, p. 995-999). Desde entonces no ha abandonado su lugar en el código penal alemán (sí lo abandonó en la DDR, donde paradójicamente se consideró que tal medida era de “contenido fascista” y se la abolió) (Sentencia del Tribunal Supremo de la DDR del 23 de diciembre de 1952). En los años posteriores a la Segunda Guerra Mundial los gobiernos de ocupación evaluaron seriamente quitarla del ordenamiento por entenderla contraria al derecho liberal y expresión propia y resabio del régimen nacionalsocialista (Etzel 1992), lo que nunca llegó a concretarse debido a las atenciones y dificultades políticas de mayor urgencia que requería la así llamada guerra fría. Si se aumentaron los requisitos y condiciones para su imposición, lo que llevó a disminuir las posibilidades de su aplicación. En los últimos años, sin embargo, estos requisitos fueron aliviándose paulatinamente y se llegó incluso en el año 2004 a aceptar constitucionalmente y legislar la posibilidad de la imposición tardía de la medida, reforma a

la cual me estoy refiriendo en este apartado y que, como se vio supra, ha dejado de estar vigente recientemente.

[32] Para una profundización sobre los factores de riesgo considerados, y el comentario de la doctrina y del TEDH al respecto véase Böhm 2011: 119 (en especial nota 493).

[33] Gesetz zur Einführung der nachträglichen Sicherungsverwahrung v. 23.07.2004 (BGBl. I, p. 1838).

[34] Cfr. § 66b StGB en su versión original (disposición en alemán: “während des Vollzugs der Maßregel”).

[35] Cfr. § 66b StGB (disposición en alemán: “Gesamtwürdigung”).

[36] En la descripción de esta medida retomo fundamentalmente lo expuesto en Böhm 2011a: 156 ss.

[37] Großer Lauschangriff podría ser traducido como “Gran vigilancia secreta”, pero representa a su vez un juego de palabras ya que el término “Angriff ” significa a su vez ataque, asalto, ofensiva. Se trataría entonces -para disgusto de los parlamentarios que rechazan la terminología por sus motes de ilegalidad- de un gran asalto o ataque al domicilio para escuchar secretamente lo que sucede en su interior.

[38] Véase el art. 13 de la Constitución federal alemana en su versión actual, en la que luego que es establecido el derecho fundamental de la inviolabilidad del domicilio (“1. El domicilio es inviolable”), se exceptúa clara y ampliamente tal principio por ej. en el tercer párrafo: “3. Cuando determinados hechos justifiquen la sospecha que alguien ha cometido un delito particularmente grave y específicamente así predeterminado por la ley, podrán ser utilizados en la persecución del hecho delictivo, en base a una autorización judicial, medios técnicos para la vigilancia acústica de viviendas en las cuales presumiblemente se encuentra el inculpado si la investigación de los hechos fuese de otra manera desproporcionadamente difícil o no tuviese ninguna probabilidad de éxito. La medida tiene que ser limitada en el tiempo. La autorización debe efectuarse por una sección con tres jueces. Si la demora implicare un peligro inminente, la medida podrá ser tomada por un único juez.” (Modificado 26/03/1998)

[39] Gesetz zur Änderung des Arts. 13 GG (Ley para la reforma del art. 13 de la Constitución Federal) del 26.03.98 (BGBl I 98, 610)

[40] Sobre la “teoría de las esferas” (esfera privada nuclear del desenvolvimiento íntimo de la vida, esfera privada, y esfera social) y su aplicación en este caso véase Warntjen (2007, p. 48 ss.).

[41] Gesetz zur Umsetzung des Urteils des Bundesverfassungsgerichts vom 3. März 2004 (akustische Wohnraumüberwachung) vom 24.06.2005 (nombre de la ley en castellano: Ley para la implementación de la Decisión del Tribunal Constitucional del 3 de marzo de 2004 (vigilancia acústica domiciliaria)) (BGBl. I., p. 1841)

[42] La así llamada “cláusula de eternidad” está contenida en el art. 79, tercer párrafo de la Constitución alemana, en el cual se prohíbe entre otros cambios, la modificación de los principios sentados en los arts. 1 y 20 de la Constitución. Según el voto minoritario en la sentencia del Tribunal Constitucional, dicha cláusula es claramente violada por las excepciones constitucionalmente establecidas en la reforma al art.13 en cuestión, que se encuentra directamente ligado al art.1 de la Constitución, el cual establece la inviolabilidad de la dignidad humana.

[43] Decisión del Tribunal Constitucional alemán del 3.03.2004, BVerfG 109, 279 (BVerfG 2378/98).

[44] En similar sentido el análisis en Warntjen (2007).

[45] Cfr. Sesión plenaria Nro. 197 del 9 de octubre de 1997 (Plenarprotokoll 13/197, Bundestag), p. 17704; Sesión plenaria Nr. 214 del 16 de enero de 1998 (Plenarprotokoll 13/214, Bundestag), pp. 19518, 19536, 19552.

[46] Cfr. Sesión plenaria Nro. 197 del 9 de octubre de 1997 (Plenarprotokoll 13/197, Bundestag), p. 17692; así como la Decisión del Tribunal Constitucional alemán del 3.03.2004, BVerfG 109, 279, p. 338 ss. Sobre esta idea del 'crimen organizado' como todo y nada a la vez - que parcialmente comparto - resulta sumamente informativa y esclarecedora la investigación de Fernández Steinko (2008), en la cual precisamente mitos y realidades del 'crimen organizado' son escudriñados en profundidad.

[47] El 'crimen organizado' resultaría ser una amenaza más severa para la República Federal de Alemania que la que representó el bloque soviético durante la división misma del país, o que el peligro representado en la década de 1970 por la RAF (Fracción del Ejército Rojo - Rote Armee Fraktion), por eso la reforma constitucional que restringe la inviolabilidad del domicilio no fue necesaria en su momento, y sí ahora con el fin de investigar delitos y obtener elementos de prueba.

[48] Cfr. Sesión plenaria Nro. 214 del 16 de enero de 1998 (Plenarprotokoll 13/214, Bundestag), p. 19531.

[49] Cfr. Sesión plenaria Nro. 214 del 16 de enero de 1998 (Plenarprotokoll 13/214, Bundestag), p. 19531.

[50] Cfr. Sesión plenaria Nro. 197 del 9 de octubre de 1997 (Plenarprotokoll 13/197, Bundestag), p. 17704.

[51] Cfr. Sesión plenaria Nro. 197 del 9 de octubre de 1997 (Plenarprotokoll 13/197, Bundestag), p. 17683.

[52] Cfr. Sesión plenaria Nro. 214 del 16 de enero de 1998 (Plenarprotokoll 13/214, Bundestag), p. 19549.

[53] Proyecto de Ley presentado por el Poder Ejecutivo (BT-Drs. 15/4533), p. 10 s.

[54] Meyer-Wieck 2005: 365 f. Para más fuentes sobre esta contradictoria utilización del material de los expertos véase Böhm 2011: 159 s.

[55] En idioma alemán el término Gefahr es el equivalente al término peligro en castellano. En alemán, además, existe el verbo correspondiente, gefährden, que no tiene equivalente en castellano, pero que puede traducirse como el poner a algo o a alguien en peligro. De ese término se deriva la substantivización aplicada a personas o fenómenos: Gefährder.

[56] El término que originalmente utilicé para explicar al Gefährder en castellano, fue homo insecuritas. Este término se plegaba a una terminología ya conocida en el ámbito de la criminología y la sociología (homo criminalis, homo oeconomicus, etc.), aunque no abarcaba completamente la idea de la figura bajo estudio que se caracteriza, precisamente, por la indefinición del sujeto sobre el que recae: No sólo individuos, sino también problemas o fenómenos sociales pueden ser construidos y perseguidos como Gefährder (el crimen organizado, por ejemplo). Por este motivo el término homo insecuritas fue reemplazado por el término ente insecuritas, que sí da mejor cuenta de la abstracción de la figura, así como de su contingencia. Agradezco al Prof. Armando Fernández Steinko de la Universidad Autónoma de Madrid por haber disparado esta inquietud terminológica que me permitió revisar el concepto inicial.

[57] Documento parlamentario BT-Drs. 16/3570, p. 6, pregunta 9. El §100a StPO se refiere a la posibilidad de vigilancia de las telecomunicaciones respecto de un determinado grupo de figuras penales. El siguiente catálogo entonces es el que se tiene por base para restringir (!?) la posibilidad de utilizar medidas especiales respecto de quien es considerado Gefährder: Del Código Penal se mencionan - advertencia: lo que sigue es la enumeración acorde al §100a StPO pero no se trata de una transcripción/traducción textual de la normativa -: a) Delitos de traición a la paz, de alta traición, de puesta en peligro del orden democrático de derecho, entre otros, según §§ 80 a 82, 84 a 86, 87 a 89a, 94 a 100a; b) Corrupción de legisladores según § 108e; c) Delitos contra la defensa estadual según §§ 109d a 109h; d) Delitos contra el orden público según §§ 129 a 130; e) Falsificación de dinero y de

valores según §§ 146 y 151, ambas en combinación con otras figuras; f) Delitos contra la autodeterminación sexual según §§ 176a, 176b, 177 párrafo (párr.) 2(2) y § 179 párr. 5(2); g) Difusión, adquisición y posesión de impresiones de pornografía infantil y juvenil según § 184b párrs. 1 a 3, § 184c párr. 3; h) Asesinato y homicidio según §§ 211 y 212; i) Delitos contra la libertad personal según §§ 232 a 233a, 234, 234a, 239a y 239b; j) Hurto en banda según § 244 párr. 1(2) y hurto en banda agravado según § 244a; k) Delitos de robo y extorsión según § 249 a 255; l) encubrimiento profesional, encubrimiento en banda y encubrimiento en banda profesional según §§ 260 y 260a; m) Lavado de Dinero y ocultación de valores dinerarios obtenidos ilegalmente según § 261 párrs. 1, 2 y 4; n) Estafa y estafa por computadora bajo ciertas condiciones - § 263 párr. 3, 2da. oración y § 263 párr. 5, ambos en combinación con § 263a párr. 2; o) Estafa de subvenciones fundamentalmente según § 264; p) Delitos de falsificación de documentos fundamentalmente según § 267; q) Bancarrota según las condiciones establecidas en § 283a 2da. oración; r) Delitos contra la competencia según § 298 y, bajo ciertas condiciones, § 299; s) Delitos de peligro común de acuerdo fundamentalmente a los §§ 306 a 306c, y numerales escogidos de los §§ 307 a 310, 313 a 315, 315b, 316a y 316 c; t) Cohecho pasivo y activo según §§ 332 y 334. A estos grupos de delitos se suman en el listado delitos escogidos que están previstos en leyes especiales. Así, las leyes que también están incluidas (parcialmente) en el catálogo del § 100a StPO son las siguientes: Ley del orden tributario (Abgabenordnung), Ley de Medicamentos (Arzneimittelgesetz), Ley del procedimiento de asilo (Asylverfahrensgesetz), Ley de residencia (Aufenthaltsgesetz), Ley de economía exterior (Außenwirtschaftsgesetz), Ley de estupefacientes (Betäubungsmittelgesetz), Ley de control de materias primas (Grundstoffüberwachungsgesetz), Ley sobre el control de armas de guerra (Gesetz über die Kontrolle von Kriegswaffen), Código Penal Internacional alemán (Völkerstrafgesetzbuch) y Ley de armas (Waffengesetz). Puede advertirse de este extenso catálogo, que prácticamente cualquier sujeto del que pueda sospecharse que pueda estar interesado en la comisión de un delito, puede ser considerado Gefährder.

[58] Documento parlamentario BT-Drs. 16/3570, p. 6, pregunta 10.

[59] Documento parlamentario BT-Drs. 16/3570, p. 6, pregunta 10.

[60] Documento parlamentario BT-Drs. 16/3570, p. 6, pregunta 11.

[61] Der Spiegel, Nr. 28/ 9.7.2007. Schäuble ya había utilizado - sin mayor repercusión - este concepto con anterioridad (cfr. periódico Süddeutsche Zeitung 16.12.2005; véase al respecto Krasmann 2007: 79 ss.). Para una transcripción parcial de la entrevista del Spiegel - en castellano - véase Böhm 2008: 25 ss.

[62] Der Spiegel, Nr. 28/ 9.7.2007, p. 32 [cursiva MLB].

[63] Der Spiegel, Nr. 28/ 9.7.2007, p. 32.

[64] Cfr. en detalle y críticamente von Denkowski 2007, 2008; Thiede 2008.

[65] Ver ya supra nota 15 y texto principal.

[66] En igual sentido se ha pronunciado Frisch (2009: 405), quien recientemente ha advertido sobre la “ampliación y endurecimiento de la legislación” (cita original en alemán: “Ausweitung und Verschärfung der Sanktionierung”) en el Derecho Europeo. El autor investiga “la agudización del derecho penal que combate la peligrosidad” (cita original en alemán: “Verschärfungen des Gefährlichkeit bekämpfenden Strafrechts”, p. 395 ss.), entre los que cuenta la medida de internamiento preventivo dispuesta con ulterioridad (p. 396) y la utilización de micrófonos en domicilios particulares (p. 397)

[67] Kunz 2006: 85.

[68] Cfr. Beck 1986: passim.

[69] Cfr. Evers/Nowotny 1987.

[70] Todos en Zinn 2008: 1 ss. El autor introduce la temática en la obra colectiva dedicada precisamente a las teorías sociales que trabajan el tema del riesgo y aporta cuantiosas

referencias sobre los distintos conceptos y corrientes sociológicas al respecto. Para un análisis detallado del concepto del riesgo en el ámbito de la sociología y su aplicación a la política criminal véase Böhm 2011: 44 ss.

[71] Castel 1986: 229 s.

[72] Castel 1986: 232.

[73] Estos factores pueden ser relevados y contruidos como factores de riesgo a partir de interminables catálogos de tipos penales, o a partir de la acumulación y registro de características sospechas en los registros de los servicios secretos, o del comportamiento llamativo de un condenado durante su tiempo en prisión, etc. Sobre el funcionamiento de esta lógica véase en detalle Castel 1986: passim, Feeley/Simon 1995: passim.

[74] Feeley/Simon 1994: 178 (cita original en inglés: “This does not mean that individuals disappear in criminal justice. They remain, but increasingly they are grasped not as coherent subjects, whether understood as moral, psychological or economic agents, but as members of particular subpopulations and the intersection of various categorical indicators.”).

[75] Feeley/Simon 1994: 180.

[76] En el caso Salerno (Supreme Court of the United States, United States v. Salerno, 481 U. S. 739 (1987)), explican Feeley y Simon, esto fue establecido claramente: “La detención preventiva no provoca el mismo nivel de protección de otras decisiones de detención penal, porque la soltura previa al juicio busca administrar riesgos más que sancionar” (cita original en inglés: “Preventive detention does not trigger the same level of protection as other penal detention decisions because pre-trial release is intended to manage risks rather than punish.”), Feeley/Simon 1994: 181.

[77] Decisión del Tribunal Constitucional del 5.02.2004, BVerfGE 109, 133 (BVerfG, 2 BvR 2029/01), p. 188 (cita original en alemán: “die Beherrschung einer Gefährdungslage”).

[78] Ashworth/Zedner 2008: 38. Cfr. también de estos autores, quienes analizan críticamente la dispersión del sistema y estudian las posibilidades y límites de lo que han dado en llamar “justicia preventiva” (preventive justice) en el proyecto que llevan adelante en la Universidad de Oxford, Zedner 2007 y Ashworth/Zedner 2011.

[79] Krasmann 2007: 85 (cita original en alemán: [Es] “ist jetzt nicht mehr die Verletzung einer Norm entscheidend, sondern eine abstrakte Gefahr, und es ist die Abstraktion der Gefahr von konkreten Personen und individuellem Handeln, welche die Schwelle der Intervention nicht nur unbestimmt, sondern auch variabel handhabbar macht.”).

[80] Vormbaum 2009: 273.

[81] Feeley/Simon 1994: 185 (cita original en inglés: “Government action against criminal activity, even when mixed with traditional punitive functions, is increasingly subject to a different constitutional standard because instead of emphasising the goals of public justice, it emphasis the goals of risk management. It is preventive rather than responsive. It seeks not to punish but to exclude those with criminal proclivities. It is directed not at a general public norm but at security within a specialized and functionally defined arena.”).

[82] La referencia es al relato de ciencia ficción de Philip K. Dick, *Minority Report* (1956), que fue la historia en que se basó luego la película de igual título, dirigida por Steven Spielberg y protagonizada por Tom Cruise (2002). Aunque en la versión fílmica el desenlace es distinto al del relato original, en ambos casos se presenta la idea de una unidad especial dentro de la Policía, unidad que interviene respecto de sujetos a quienes juzga y aísla, con base en el informe aportado por mutantes que perciben y pre-conocen la próxima comisión de un crimen. En la historia - como en muchos casos en la realidad jurídico-penal actual - los centros de detención están colmados de sujetos que no son culpables - puesto que no han cometido ni intentado cometer ningún delito -, pero que tampoco pueden ser tenidos por inocentes, dada la (presunta) certeza respecto de la futura comisión de delitos por

parte de ellos. Esos sujetos, de estar en libertad, como explica el protagonista de la historia, representarían una amenaza para la seguridad general.

[83] Las prácticas policiales de suministro forzado de vomitivos (en alemán: polizeiliche Brechmitteleinsätze) nunca fueron legisladas. Se trataba de operativos policiales practicados en el marco de investigaciones antidrogas en que se obligaba al presunto dealer a ingerir medios vomitivos (en caso de negación el suministro era forzado vía sonda) a fin de obtener la prueba del delito, las así llamadas “Bubbles” que contendrían la sustancia en cuestión (cfr. al respecto Pollähne/ Kemper 2007). No obstante la gravedad de la cuestión, el fallo del Tribunal Constitucional que debió expedirse sobre una apelación presentada por parte de un afectado no avanzó sobre el fondo de la causa por motivos formales, aunque sí lo hizo luego el Tribunal Europeo de Derechos Humanos, que consideró dichas prácticas asimilables a la tortura y de tipo inhumano y humillante, por lo que debieron ser suspendidas, dejando sin embargo ya dos víctimas mortales tras de sí. (Fallo del TEDH: Jalloh v. Germany, Fallo del 11.07.2006 (Az. 54810/00), disponible en inglés en: www.hrr-strafrecht.de/hrr/egmr/00/54810-00.php [estado al 3.03.2012]).

[84] Jakobs 2000: 55 [cursiva en original].

[85] En este punto debo aclarar que el uso que aquí se hace del término derecho es general y compatible con la idea de Recht en alemán. No se desconoce la diferenciación - que en otros casos he sostenido - entre sistema penal (como poder de policía) y derecho penal (como dique de contención de ese poder de policía) que plantean Zaffaroni, Alagia y Slokar (2000: 17 ss.), pero a los fines del presente texto fue recomendable, precisamente para descartar el funcionamiento “irracional” del derecho anti-inseguritas (de las agencias punitivas y del discurso jurídico-penal) evitar la diferenciación de estas categorías.

[86] Decisión del Tribunal Constitucional alemán del 3.03.2004, BVerfG 109, 279 (BVerfG 2378/98), p. 324.

[87] Estas nuevas figuras penales fueron introducidas al Código Penal alemán mediante la Ley para la persecución de la preparación de actos violentos graves que pongan en peligro al Estado (nombre de la ley en alemán: Gesetz zur Verfolgung der Vorbereitung von schweren staatsgefährdenden Gewalttaten vom 30. Juli 2009, BGBl. I, 49, S. 2437). Se trata del § 89a StGB: Preparación de un acto violento grave que ponga en peligro al Estado (nombre del tipo penal en alemán: Vorbereitung einer schweren staatsgefährdenden Gewalttat); y del § 91 StGB: Instrucción para la comisión de un acto violento grave que ponga en peligro al Estado (nombre del tipo penal en alemán: Anleitung zur Begehung einer schweren staatsgefährdenden Gewalttat). En ambos casos se legisla el adelantamiento de la punibilidad por lo que ya no se trata de la sanción de injusto y culpabilidad, sino de la prevención de una amenaza. Rackow (2011) criticó duramente esta reforma por entender que puede definirse en forma totalmente arbitraria cuándo efectivamente existió la preparación típica. En un pasaje cita los propios fundamentales de la ley y analiza la gravedad de tal ambigüedad. Los fundamentos rezan, con respecto al § 89a párr. 1 [BT-Drs. 16/11735, p. 12.]: “Generalmente la seguridad interior va a verse afectada cuando el hecho preparado, tal como se lo imagina el autor, en tales circunstancias sería apto para afectar las mallas internas del Estado. En tal sentido es suficiente cuando mediante el hecho tal vez no se vean perjudicadas la capacidad de funcionamiento del Estado y sus instituciones, sino que el hecho adquiera un carácter particular por llevar en su seno la violación de los principios constitucionales. Este puede ser por ejemplo el caso, cuando la confianza de la población se ve sacudida en cuanto a poder ser protegida por el Estado frente a conmociones de gravedad.” Sobre estos fundamentos, reflexiona Rackow que por lo tanto deberá extraerse del potencial de impacto del acto preparado - ¡y esto de acuerdo a la imaginación del autor de la preparación! -, si ya su preparación ‘afecta’ o no la seguridad interior.

[88] Benjamin 1965.

[89] Benjamin 1965: 44. Para una profundización sobre la crítica de Walter Benjamin al derecho y la policía y su aplicación a la temática aquí presentada véase Böhm 2011: 253 ss., especialmente 259 ss.

[90] Cfr. Proyecto de Ley presentado por el Poder Ejecutivo (BT-Drs. 15/4533), p. 23, 25; Cfr. Sesión plenaria Nro. 152 del 21 de enero de 2005 (Plenarprotokoll 15/152, Bundestag), p. 14291. Para la profundización de esta problemática y más referencias sobre las críticas a la sentencia del Tribunal Constitucional al respecto véase Böhm 2011: 185 ss.

[91] Cfr. Proyecto de Ley presentado por el Poder Ejecutivo (BT-Drs. 15/4533), p. 22; ver también la posición contraria en el mismo documento, p. 27.

[92] Cfr. Agamben 2002, 2006.

[93] Respecto del ya antes mencionado caso Salerno (cfr. supra nota 76), sostienen Feeley y Simon (1994: 181), que “Las Cortes son una fuerza que podría hacer mucho para ralentar el desarrollo de la justicia actuarial. [...] Sin embargo, [...] la Corte está comprometida con reformular los valores de la jurisprudencia constitucional penal desde una orientación profundamente inspirada por la justicia actuarial” (cita original en inglés: “The courts are one force that could do much to slow the development of actuarial justice. [...] However, [...] the Court is engaged in rethinking the values of constitutional criminal jurisprudence from an orientation deeply informed by actuarial justice.”). También al comentar el fallo Sokolow (Supreme Court of the United States, *United States v. Sokolow*, 490 U. S. 1 (1989)) Feeley y Simon (1994: 182) advierten sobre esta participación de la instancia judicial superior en la conformación de nuevas interpretaciones que restringen los derechos fundamentales, y afirman que la Supreme Court prescinde de exigir toda constatación formal con respecto a la forma en que la policía aseguró el material probatorio relevante que fue la base para la subsiguiente entrega de los sospechosos a la justicia: “[La Corte Suprema] pone en evidencia una nueva voluntad de permitir la expansión de las facultades de requisita y secuestro de la policía sin un correspondiente ajuste de las garantías constitucionales respecto del individuo.” (cita original en inglés: “[The Supreme Court] signalled a new willingness to allow the expansion of search and seizure powers of the police without any corresponding adjustment of constitutional protections to the individual.”).

[94] Cfr. supra nota 83.

[95] Sobre la continuidad y difusión de los límites véase Bigo (2001), quien utiliza la idea de la cinta de Moebius al explicar críticamente el funcionamiento poco diferenciable entre la seguridad interior y la seguridad exterior. Así también Opitz (2008: 204) habla del “cruce de diferenciaciones” (cita original en alemán: “Durchkreuzungen von Unterscheidungen”) en el ámbito de la seguridad, las cuales no permiten distinguir, por ejemplo, entre civil/militar, legal/ilegal, nacional/internacional, seguridad interior/ seguridad exterior, y que aún no permiten vislumbrar si se trata de una completa erosión de límites, o más bien de una nueva delimitación.

[96] Observaciones similares pueden hacerse respecto del derecho penal en el ámbito del terrorismo. Ver al respecto Stolle 2008; von Denkowski 2008.

[97] Decisión del Tribunal Constitucional del 5.02.2004, BVerfGE 109, 133 (BVerfG, 2 BvR 2029/01), p. 158 (cita original en alemán: [Ein Anteil der Probanden] “versammele eine derartige Haufung von Risikofaktoren auf sich...”).

[98] Un ejemplo lo brinda la medida adoptada por la ciudad de Hamburgo: Para ‘administrar’ el ‘riesgo’ que representaban para los pasantes los jóvenes que tomaban cerveza, consumían estupefacientes o pedían dinero en la estación central de trenes, se decidió hacer sonar música clásica a gran volumen en las entradas de la estación, donde ellos se instalaban, para provocar su hastío y que se retirasen a otro sitio, lo cual dio el

resultado esperado. Ver al respecto la nota con el sugestivo título “La dictadura de los tonos suaves” (“Die Diktatur der sanften Klänge”) que explica el efecto de la música clásica en los “drogadictos y vagabundos”, los cuales sentirían una especie de alergia por ella (<http://www.zeit.de/zeit-wissen/2005/04/Muzak.xml> [estado al 4 de marzo de 2012]).

[99] Cfr. para el análisis íntegro de acuerdo a la terminología alemana Böhm 2011: 303 ss. Cfr. en similar sentido Arnold (2006: 305), quien critica a Jakobs, porque este último presenta al “enemigo” como “sin derechos” (en alemán: “rechtlos”).

[100] En alemán es muy ilustrativo el término Gefahrenträger, que significa precisamente “el que acarrea o lleva consigo peligros”, y también ha sido muy utilizado en el ámbito de las políticas anti-terroristas. En nuestro análisis podría hablarse, en esa línea, de Risikenträger (“el que acarrea o lleva consigo riesgos”). Sin embargo, esta terminología podría dar confusamente a pensar que el sujeto en cuestión lleva en sí mismo ese riesgo, mientras que es precisamente una característica de la lógica actuarial, que los riesgos no existen en sí, sino que son resultado de adscripciones - más o menos arbitrarias - y del análisis de su acumulación: quien hoy es considerado riesgoso, puede no serlo a partir de un nuevo cálculo realizado en una nueva matrix (aunque, dicha sea la verdad, lamentablemente la experiencia indica que es más fácil ser atrapado en una matrix de factores de riesgo, que salir de ella).

[101] Benjamin 1965.

[102] Derrida 1997.

[103] Foucault 2002: 174. Esta idea está desarrollada y es siempre nuevamente pensada a lo largo de toda la obra del pensador francés. Puede sugerirse especialmente, sin embargo, la lectura de Foucault 1995 (La verdad y las formas jurídicas), en particular la tercera conferencia.

[104] Agamben 2002: 130; y 2004: passim.

[105] Sobre esta idea así como para un análisis detallado de las ideas de los cuatro pensadores referidos véase Böhm 2011: 252 ss., donde la crítica al derecho por ellos realizada es aplicada a los casos aquí en estudio (véase respectivamente sobre Benjamin p. 253 ss., sobre Derrida 266 ss., sobre Foucault p. 276 ss. y sobre Agamben p. 290 ss.).

[106] Primeras ideas sobre la problemática situación en que se encuentra el concepto del Estado de Derecho en el marco del desarrollo político-criminal de las últimas décadas fueron desarrolladas en Böhm 2008 y 2011a.

[107] Sobre la idea de securitización cfr. ya supra nota 14.

[108] Der Spiegel, Nro. 28/ 9.7.2007, p. 32.