

¿TRANSFORMACIONES DEMOCRÁTICAS DEL DERECHO PENAL DE LA MODERNIDAD?*

KLAUS GÜNTHER
Goethe-Universität Frankfurt am Main

SUMARIO: I. Democracia y derecho penal. II. Democracia y política criminal simbólica. III. ¿Limitación o expansión de la legislación penal democrática a través de los derechos humanos y fundamentales? IV. Legislación penal democrática y teorías comunicativas de la pena. V. Materialización de la libertad y la democracia. VI. Vulnerabilidad - ¿limitación o expansión del derecho penal? VII. ¿Virtud ciudadana y deber de consideración moral como obligación de los destinatarios de un derecho penal democrático? Bibliografía.

PALABRAS CLAVE: Teorías comunicativas de la pena, democracia, multinormatividad, vulnerabilidad.

I. DEMOCRACIA Y DERECHO PENAL

La política criminal, ya sea ampliando las conductas punibles o intensificando las penas existentes, no solo ha sido impulsada por el interés del Estado en mantener y ampliar su propio poder. A largo plazo, señala Max Weber, la autoridad del Estado depende también de la creencia que tenga la población en su legitimidad¹. Lo ideal es que esta creencia se apoye no solo en las tradiciones y el carisma de quienes ejercen la autoridad, sino que –sobre todo– en las razones que se producen en los procedimientos democráticos legalmente institucionalizados de elección, de formación de la opinión pública y de toma

* Título original: “Demokratische Transformationen des Strafrechts der Moderne?”, en *Rechtsgeschichte - Legal History Rg 28* (2020) <http://dx.doi.org/10.12946/rg28/>, pp. 120-131. Klaus Günther es profesor de derecho penal, derecho procesal penal y teoría del derecho en la Goethe-Universität Frankfurt am Main. También se desempeña como co-speaker del centro de investigación “Normative Ordnungen” de la misma universidad. Artículo traducido por Francisco Acosta Joerges, LL.M. Doctorando en derecho en la Goethe-Universität Frankfurt am Main. Becario Conicyt-DAAD. La traducción y publicación del artículo en esta revista cuenta con la autorización del autor.

¹ WEBER, MAX, *Wirtschaft und Gesellschaft*, 5ª ed. Tübingen: Mohr Siebeck (1976), pp. 122 y ss. (Capítulo III.1).

de decisiones. La creencia en la legalidad (democrática) de la autoridad es un tipo ideal separado de la creencia en la legitimidad.

En la medida que esto sea el caso, el legislador democrático no puede sencillamente ignorar los deseos de criminalización planteados públicamente y las demandas por penas más severas para ciertos delitos. En los Estados democráticos de derecho, la peculiar doble naturaleza del derecho penal se vuelve pública y, en consecuencia, política: garantiza la protección de los ciudadanos ante el ejercicio arbitrario del poder del Estado en la medida que este hace uso de los instrumentos del derecho penal, sometiendo su utilización –al menos– al principio (parlamentario) de legalidad y a los derechos fundamentales resguardados por el *habeas corpus*. Al mismo tiempo, el principio de legalidad dentro de una democracia abre también el espacio político para las demandas de naturaleza político-criminal. Por lo general, estas son planteadas por emprendedores morales que buscan mayorías políticas en el proceso democrático de elaboración de leyes penales con el objetivo de satisfacer sus deseos de criminalización –dentro de los límites constitucionales–.

Los emprendedores morales pueden remitirse a la Constitución, en particular, a los derechos fundamentales y a los derechos humanos. Estos derechos también tienen una doble función: entendidos como derechos defensivos, protegen al individuo de la intervención arbitraria del poder punitivo estatal. La protección se extiende a la legislación penal misma, a los procesos de elaboración de leyes penales y a la ejecución de las penas. Entendidos como principios objetivos, fundamentan una obligación o una responsabilidad dirigida al Estado de proteger los derechos fundamentales de cada ciudadano frente a lesiones cometidas por terceros, esto es, por actores no estatales. Ahora bien, no se ha reconocido (aún) un derecho subjetivo (*ius puniendi*) de la víctima frente al Estado para exigir la punición del autor del delito o un derecho subjetivo en favor de las potenciales víctimas para demandar la penalización del comportamiento perjudicial de terceros a través del poder punitivo estatal. Del mismo modo, la mayoría de los tribunales constitucionales otorgan al legislador una prerrogativa de gran alcance tanto para evaluar la punibilidad de comportamientos lesivos como para escoger los medios para prevenirlos (con la obligación de preferir las medidas alternativas que sean menos intrusivas)².

No obstante, la invocación de la obligación estatal de protección ha impulsado una dinámica político-criminal cuyas repercusiones, que amplían la punibilidad e intensifican las sanciones penales, comienzan a prevalecer sobre la función del derecho penal entendido como “un derecho que establece limitaciones a

² Cfr. BVerfGE [Colección oficial de sentencias del Tribunal Constitucional de Alemania] pp. 143, 53.

la lucha contra el crimen” (Wolfgang Naucke)³. Esto se vuelve especialmente evidente en el derecho penal internacional. Su objetivo explícito es proteger a las víctimas potenciales o reales de las violaciones masivas de sus derechos humanos más elementales, desde los supuestos del delito que instituye el derecho penal internacional hasta los procesos penales. En estos casos no se trata solamente de actores estatales, sino que también de actores paraestatales como ocurre, por ejemplo, en las guerras civiles. Finalmente, surge la amenaza de los derechos fundamentales por parte de terceros que ostentan un “poder privado”, por ejemplo, las grandes empresas comerciales que operan a nivel transnacional, el crimen organizado o el cibercrimen, que parecen ser tan peligrosas como la amenaza directa del poder estatal⁴.

II. DEMOCRACIA Y POLÍTICA CRIMINAL SIMBÓLICA

El miedo a la delincuencia también se instrumentaliza políticamente en el contexto de una democracia. A través del “uso simbólico de la política”⁵ se crea la apariencia de que los problemas y conflictos sociales pueden superarse mediante una reacción política supuestamente sencilla y rápida que atraiga la atención de la colectividad y una aprobación espontánea. Se considera que el derecho penal es el medio preferido para ello debido a su intensidad en la intervención, su significado expresivo y la publicidad que conlleva. De esta manera, se estabiliza, aunque sea en un corto plazo y de forma superficial, la creencia en la legitimidad de una población, que está afectada aparentemente por la delincuencia. La política criminal efectúa también un uso simbólico cuando los actores políticos redefinen los problemas sociales, al trasladarlos, por ejemplo, desde una categoría política de naturaleza social y económica a otra de naturaleza político-criminal. De este modo, los temores sociales se trasladan una y otra

³ NAUCKE, Wolfgang, “Die Kriminalpolitik des Marburger Programms 1882”, en *Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft* N° 94, 3 (1982), p. 564; GÜNTHER, Klaus, “Responsibility to Protect and Preventive Justice”, en ASHWORTH, Andrew; ZEDNER, Lucia *et al.* (eds.), *Prevention and the Limits of the Criminal Law*. Oxford: Oxford University Press (2013).

⁴ NAUCKE, Wolfgang, *Der Begriff der politischen Wirtschaftsstraftat*. Münster: LIT Verlag (2012); al respecto: BECKER, Christian; RÖNNAU, Thomas, “Freiheit, Wirtschaft, Macht-Braucht der freiheitliche Staat ein marktkritisches Strafrecht?”, en *Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft* N° 130 (2018).

⁵ EDELMAN, Murray, *The Symbolic Uses of Politics*. Urbana: University of Illinois Press (1964); HASSEMER, Winfried, “Symbolisches Strafrecht und Rechtsgüterschutz”, en *Neue Zeitschrift für Strafrecht* N° 9, 12 (1989); KUNZ, Karl-Ludwig (2010), “Zur Symbolik des Strafrechts”, en DÖLLING, Dieter; GÖTTING, Bert *et al.* (eds.), *Verbrechen-Strafe-Resozialisierung: Festschrift für Heinz Schöch zum 70. Geburtstag*. Berlín: De Gruyter (2010).

vez hacia el miedo a la delincuencia que ejercen grupos sociales marginales. En la actualidad, se trata principalmente de preocupaciones económicas, concretamente del miedo a las desventajas en la competencia por puestos de trabajo y en la competencia por el estatus entre partes de la población y del miedo a la pérdida de reconocimiento social como consecuencia de lo anterior. Así, se teme a la llamada juventud abandonada, a los extranjeros e inmigrantes o a las oscuras maquinaciones del crimen organizado transnacional.

Murray Edelman señala que la democracia tiene también una cierta afinidad con el uso simbólico de la política. Cuando hay que disputarse las mayorías políticas en la esfera pública, los emprendedores morales luchan por su agenda político-criminal, luchan por el recurso escaso de la atención pública; mientras los partidos gobernantes defienden su “recompensa política consistente en la posesión legal del poder estatal” (Otto Kirchheimer/Carl Schmitt) frente a la posibilidad de que los partidos políticos competidores ocupen su lugar tras las próximas elecciones. Todo ello contribuye a reforzar el carácter expresivo, simbólico y performativo de la actividad política con relación a su estructura estratégico-instrumental de fines y medios, y a inmunizarla frente al ámbito de deliberación pública basado en razones. La cuestión de la eficacia empíricamente verificable no es tomada en cuenta. Tampoco se considera la cuestión de la proporcionalidad y de la justificación de la intrusión en los derechos de libertad. Asimismo, un Estado democrático tiene los medios más efectivos contra los riesgos que ello conlleva.

Una esfera pública pluralista, la representación parlamentaria, la separación de poderes del Estado, los controles y equilibrios constitucionales, incluida la protección efectiva de los derechos fundamentales de las minorías ante las mayorías, procuran garantizar –cuando funcionan lo suficientemente bien– que la política criminal simbólica no se convierta en un derecho penal del enemigo contra las minorías.

No obstante, estos medios del Estado democrático, que limitan el alcance del derecho penal y controlan el poder punitivo estatal, han sido cuestionados en el último tiempo. Originalmente, la ley general e igualitaria, en la medida que era el resultado de un proceso legislativo democrático general e inclusivo, contenía una seguridad efectiva. Todo ciudadano debía poder aceptar, en su rol como colegislador, una norma solo bajo la condición de que pudiera aceptarla para sí mismo en calidad de destinatario de la norma, con sus previsibles desventajas para el afectado (Rousseau, Kant; para Beccaria el argumento central contra la pena de muerte⁶). Esta garantía *procedimental* en favor de la imparcialidad

⁶ En contra, Kant plantea la objeción de que no puede tratarse de una pena “si a uno le sucede lo que quiere, y es imposible querer ser castigado” (KANT [1797], A 203). Kant también

de un derecho penal democrático, que no discrimina ni privilegia a ningún individuo, no funcionó ni siquiera en la época de sus primeros propulsores, cuando las condiciones de vida y las relaciones sociales eran más homogéneas y abarcables en comparación con la actualidad.

El desarrollo económico de la división del trabajo y de la globalización, los procesos sociales de diferenciación funcional de los subsistemas sociales y, finalmente, los procesos culturales de individualización, pluralización y diversificación de las formas de vida han hecho que pierda eficacia la coacción inherente a la operación generalizadora de situarse como colegislador hipotético en la posición de la persona afectada por la norma y sus consecuencias de intervención. Con esto, aumentan las posibilidades de que exista una situación similar a la de *captura del regulador*, en este caso creada por el legislador y dirigida hacia sus propios intereses. Lo anterior hace posible que las minorías se *favorezcan* a expensas de la mayoría, mientras que las mayorías tienen la oportunidad de *discriminar* a las minorías para su propio beneficio⁷. Aquello tiene siempre éxito cuando uno, como colegislador, puede prever con certeza que solo los *otros* (sean una minoría o la mayoría), y no uno mismo, se verán afectados por las consecuencias negativas de una ley sobre la propia forma de vida; y cuando se logra presentar aquello pública y simbólicamente, como si el bien común se viera de esta manera incrementado.

III. ¿LIMITACIÓN O EXPANSIÓN DE LA LEGISLACIÓN PENAL DEMOCRÁTICA A TRAVÉS DE LOS DERECHOS HUMANOS Y FUNDAMENTALES?

Una respuesta temprana a este peligro fue la limitación de la legislación penal democrática por los derechos humanos y fundamentales, cuya función era proteger especialmente a las minorías. Sin embargo, este mecanismo de protección también se ha vuelto dudoso en un doble sentido: *primero*, mediante la complementación de la función de defensa con la función de protección. La función de defensa se erige frente al poder punitivo del Estado, mientras que la función de protección objetivadora se erige como una obligación que se orienta a movilizar precisamente el poder punitivo del Estado a la protección de los derechos de terceros. Una consecuencia de lo anterior es que las dos funciones pueden colisionar o incluso entrar en un juego de suma cero: cualquier forta-

señala que “yo, como colegislador”, elaboro la ley penal contra mí mismo “como alguien capaz del delito, en consecuencia, *como otra persona*” (KANT, ob. cit.; énfasis añadidos por K.G.).

⁷ GÜNTHER, Klaus, “World Citizens between Freedom and Security”, en *Constellations-An International Journal of Critical and Democratic Theory* N° 12 (2005).

lecimiento de los derechos de un (potencial) infractor y acusado es visto como un debilitamiento de los derechos de las (potenciales) víctimas⁸.

Segundo, el mecanismo de protección de los derechos fundamentales y los derechos humanos ha sido recientemente objeto de crítica, la que ha aparecido en nombre de la democracia. El derecho ha sido cuestionado como un obstáculo a la libre determinación democrática: el derecho se enfrenta a la democracia al hacer válidos los derechos de las minorías frente a las mayorías democráticas⁹. Se critica, por ejemplo, una “concepción hiperindividualista y moralizante de los derechos humanos, de la que se benefician principalmente las minorías sexuales y religiosas, pero que no responde a las demandas de igualdad y libertad de la mayor parte de los ciudadanos”¹⁰. Desde esta perspectiva, no se está lejos de la exigencia de que la forma de vida de la mayoría (es decir, sus normas de decencia, la moral, costumbres) también esté protegida por el derecho penal frente a las formas de vida desviadas de las minorías (especialmente sexuales y de ciertas religiones, pero también culturales), o que estas no deban ser “favorecidas” por una protección “excesiva” de sus derechos fundamentales y derechos humanos. Una vez que se ha conseguido disminuir cualquier tipo de protección, la criminalización es el siguiente paso.

Aparte del hecho de que una interpretación ética y unilateral de los derechos humanos y fundamentales por parte de la (presunta) mayoría, que privilegia su propia forma de vida, percibida como más significativa (sin tener en cuenta toda la heterogeneidad y diversidad incluso dentro de la mayoría) sobre otras formas de vida, pierde la razón y significado para tales derechos, la confrontación entre el derecho y la democracia conduce a otro problema. Lleva consigo el riesgo de un juego más general de suma cero, que al final acarrea a la destrucción tanto del derecho como de la democracia. En un Estado democrático constitucional, la legislación político-democrática solo puede justificarse como un proceso de desarrollo dinámico ulterior y de configuración continua de los derechos fundamentales en vista de las condiciones sociales en permanente cambio. Inversamente, nadie tiene el monopolio de la interpretación de este proceso, que solo puede realizarse a través de una política legislativa democrá-

⁸ GARLAND, David, *The Culture of Control*. Chicago: University of Chicago Press (2001), p. 11.

⁹ MATHIEU, Bertrand, *Le droit contre la démocratie?*, París: L.G.D.J. (2017). *Cfr.* GÜNTHER, Klaus, “Crisis of Democracy: Rule of Law or Rule by Law?”, en *Constellations-An International Journal of Critical and Democratic Theory* (sin publicar).

¹⁰ MATHIEU, Bertrand. “De quoi le mouvement des gilets jaunes est le révélateur?”, entrada de blog de 03.12.2018, <http://www.bertrandmathieu.fr/2018/12/de-quoi.le.mouvement-des-gilets-jaunes-est-le-revelateur.html>. (Traducido por K.G.).

tica, pública y deliberativa¹¹. Ello no excluye la posibilidad de que instituciones como los tribunales constitucionales estén facultadas para intervenir en este proceso con el poder de decisión final, pero incluso esas intervenciones siguen estando abiertas a la crítica pública y, por lo tanto, sujetas a modificaciones a largo plazo. De lo anterior se desprende que una política criminal democrática no debe involucrarse en ningún juego de suma cero, ni entre el derecho y la democracia ni, más concretamente, entre la protección jurídica del autor y la protección legitimada democráticamente de la víctima. Por consiguiente, las obligaciones de proteger a las posibles víctimas de un delito siempre incluyen obligaciones de proteger a los posibles acusados.

IV. LEGISLACIÓN PENAL DEMOCRÁTICA Y TEORÍAS COMUNICATIVAS DE LA PENA

En el último tiempo, se ha acentuado en mayor medida la función expresiva o comunicativa del derecho penal en comparación con su función preventiva. El espectro abarca desde el estudio de Joel Feinberg aparecido en 1965, *The Expressive Function of Punishment*, los trabajos de Andreas von Hirsch relacionados con la doctrina del *just desert* y el trabajo de Antony Duff, *Punishment, Communication and Community*, pasando por la contribución de Günther Jakobs inspirada en una teoría general preventiva de la pena centrada en la validez de la norma, hasta la teoría comunicativa de la pena defendida por Tatjana Hörnle centrada en el rol de la víctima¹².

El significado expresivo que se reivindica en diversas variantes puede observarse en cada uno de los niveles: desde la legislación y la aplicación de la justicia penal hasta la condena y la ejecución de la pena. En todos estos niveles se suele atribuir al derecho penal la función de comunicar convicciones sobre valores que son de carácter social. Concretamente, tiene por objeto reforzar dichos valores; en caso de infracción, debe neutralizar las irritaciones posibles o reales que pongan en entredicho su validez, restablecer por sí mismo el de-

¹¹ HABERMAS, Jürgen, *Faktizität und Geltung*, 1ª ed. Fráncfort del Meno: Suhrkamp (1992) p. 629; HABERMAS, Jürgen, “Stichworte zu einer Diskurstheorie des Rechts und des demokratischen Rechtsstaates”, en HABERMAS, Jürgen, *Im Sog der Technokratie*. Berlín: Suhrkamp (2013), pp. 67-81; GÜNTHER, Klaus, *Der Sinn für Angemessenheit*. Fráncfort del Meno: Suhrkamp (1988), p. 298.

¹² Para una visión general, *vid.* GARLAND, David; DUFF, R. Antony (eds.), *A Reader on Punishment*, 1ª ed. Oxford: Oxford University Press (1994); DUFF, R. Antony, *Punishment, Communication, and Community*, 1ª ed. Oxford: Oxford University Press (2001); para la discusión en Alemania, *vid.* GÜNTHER, Klaus, “Criminal Law, Crime and Punishment as Communication”, en SIMESTER, A.P.; DU BOIS-PEDAIN, Antje *et al.* (eds.), *Liberal Criminal Theory*. Oxford: Hart Publishing (2014), pp. 123-140; HÖRNLE, Tatjana, *Straftheorien*, 2ª ed. Tübingen: Mohr Siebeck (2017).

recho que los encarna y restituir a la víctima como miembro reconocido de la comunidad de valores compartidos.

En algunos casos, se emplea incluso para establecer primariamente un consenso social acerca de esos valores o para eliminar las dudas sobre la existencia de un consenso. Las funciones del derecho penal, que se orientan a articular, comunicar, estabilizar y generar valores; cada una de ellas con mayor o menor influencia, parecen adquirir una mayor importancia en una sociedad simultáneamente individualizada y globalizada, fragmentada y pluralista. El derecho penal funciona cada vez más como un medio de comunicación que sirve para la integración del sistema y de la sociedad, para la cohesión social en general, a causa de su dimensión expresiva y no principalmente debido a su eficacia¹³. Este es también el caso cuando la cohesión parece estar amenazada, sobre todo, en la percepción subjetiva de quienes exigen justicia penal.

El derecho penal debería entonces garantizar lo que Emile Durkheim llamó “solidaridad mecánica” de una sociedad –esa capa de valores esenciales y profundamente arraigados que son tan centrales para la identidad colectiva de una sociedad que los participantes solo toman conciencia de ellos cuando son infringidos, debiendo entonces ser afirmados por la puesta en escena del teatro de la justicia penal¹⁴. Es cierto que la situación de hoy difiere de la de finales del siglo XIX, entre otras razones porque Durkheim consideraba que la solidaridad mecánica articulada jurídico-penalmente era un hecho social dado, mientras que en la actualidad la solidaridad mecánica es –ante todo– producida a través del derecho penal.

La dimensión expresivo-simbólica de la política criminal democrática y la dimensión expresivo-simbólica del derecho penal se corresponden entre sí. Se refuerzan mutuamente. En consecuencia, existe también una afinidad especial de la democracia para el uso del derecho penal como medio de comunicación simbólico. Quien, en calidad de emprendedor moral, promueve un proyecto de criminalización en la esfera pública democrática, da a entender de manera performativa que su intención *va en serio*. La razón es que, para él, se trata de valores colectivos centrales de la comunidad amenazados por un comportamien-

¹³ Así, por ejemplo, GÄRDITZ, Klaus, *Staat und Strafrechtspflege*, Paderborn: Brill (2015) p. 23: “En una sociedad secular que ha racionalizado fríamente sus instituciones, el derecho penal continúa siendo una fuente térmica [*sic!*] persistente de simbolismo socialmente integrador que va más allá de una simple imposición de consecuencias jurídicas”. *Cfr.* también con GÄRDITZ, ob. cit., p. 87, donde se refiere a “las funciones del derecho penal para la consolidación de una comunidad”.

¹⁴ DURKHEIM, Emile, *Über soziale Arbeitsteilung*, 2ª ed. Fráncfort del Meno: Suhrkamp (1988), pp. 118 y ss. (capítulo segundo).

to desviado. El derecho penal se erige como algo necesario para restablecer el frágil consenso o para establecer primariamente un consenso.

Quien, en la discusión pública, invoca el derecho penal como argumento, está apelando a la capa profunda de la solidaridad mecánica¹⁵. Esto parece ocurrir especialmente cuando, como es habitual en las actuales sociedades pluralistas e individualistas, existe disenso, disputa y conflicto respecto de las interpretaciones apropiadas acerca de las convicciones fundamentales y comunes sobre los valores. Lo mismo ocurre cuando existe disenso en torno a las conclusiones políticas que pueden y deben extraerse para el éxito del sistema y la integración social.

Por lo tanto, el derecho penal debe afirmar, reforzar o incluso hacer valer, de manera performativa y declarativa, los valores que se consideran fundamentales en cada caso. Esto se aplica igualmente a ámbitos tan distantes entre sí como, por ejemplo, el derecho penal económico y el sexual. Aunque se trate de exigencias multinormativas –en el primer caso: el deber de gestionar correctamente una empresa comercial evitando la manipulación de las transacciones, los delitos tributarios o la corrupción; en el segundo caso: el deber de respetar la integridad psicofísica en la relación entre los sexos y de ejercer debidamente el cuidado, sobre todo, en la relación entre adultos y niños– el derecho penal funciona en ambos casos como medio de comunicación. La multinormatividad se comunica a través del derecho penal como un monólogo teatral sobre las normas básicas de convivencia, en el lenguaje de la solidaridad mecánica.

IV. MATERIALIZACIÓN DE LA LIBERTAD Y LA DEMOCRACIA

Comenzando con la crítica de Hobbes a Aristóteles, continuada por Kant y luego tematizada explícitamente por Constant en 1819 y Hegel en 1821, la democracia de la Modernidad se diferencia con la de la Antigüedad por su relación con la libertad individual¹⁶. Para el mundo antiguo, la autonomía política

¹⁵ GÄRDITZ, ob. cit., p. 84, habla en este sentido del “derecho penal en su imprecisión preracional”, que “satisface necesidades primitivas de control social”, por lo que “la positivización constitucional del derecho penal [...] hace que la ética y las expectativas que subyacen a la pena sean interesantes para un análisis teórico-constitucional”. *Interesante* aquí significa entonces que su constitucionalización y análisis constitucional no deben “cortar definitivamente [...] el cordón umbilical que conduce a la metafísica” del derecho penal (p. 85). Sobre este como respuesta secularizada y racionalizada al problema de la teodicea, (críticamente) GÜNTHER, Klaus, “Kritik der Strafe II”, en *WestEnd-Neue Zeitschrift für Sozialforschung* N° 1, pp. 131-141 (2005).

¹⁶ HOBBS, Thomas, *Leviathan*. Fráncfort del Meno: Suhrkamp (1984), p. 133 (Capítulo 17); CONSTANT, Benjamin, “Über die Freiheit der Alten im Vergleich zu der der Heutigen”, en CONSTANT, Benjamin, *Werke* BLAESCHKE, Axel; GALL, Lothar (eds.), tomo IV, 1ª ed. Berlín:

qua participación inclusiva de cada ciudadano (hombre, adulto, libre) en el proceso legislativo era compatible –sin contradicciones– con un modo de vida individual que debía someterse a la identidad colectiva, al *ethos* comunitario de la vida buena. La censura pública de la conducta moral de los individuos iba de la mano de la autonomía política. La modernidad establece el “derecho a la libertad subjetiva”¹⁷ individual e igualitario que hace posible un modo de vida autónomo. Si bien este debe estar configurado por la legislación democrática como un sistema de igualdad de derechos para todos los ciudadanos, no requiere la identificación con un *ethos* colectivo aparte del cumplimiento de las leyes. Lo que no está prohibido está jurídicamente permitido, aunque sea contrario a la vida ética común. Los autores de la legislación democrática son personas con los mismos derechos de libertad y mantienen esa calidad como destinatarios. La libertad es, primariamente, una libertad negativa frente a las injerencias arbitrarias del Estado y de terceros.

Sin embargo, la primacía de la libertad negativa no debe inducir a errores. El significado de la libertad no se agota en absoluto en la defensa contra las intervenciones y en la permanencia en la mera pasividad. Ante todo, se trata de una libertad de desplazamiento, de movimiento, una libertad de “circulación” y de actividad y activación, tanto de las personas como de las cosas¹⁸. Esto se pone de manifiesto, entre otras cosas, en la libertad comercial e industrial, la emancipación del trabajo de las ataduras feudales y, no menos importante, la libertad de propiedad sobre bienes muebles e inmuebles. Eduard Gans lo expresó con gran claridad en sus lecciones sobre la *Filosofía del Derecho* de Hegel a finales de la década de 1820: “[s]er dueño de su propiedad significa, en el sentido más elevado, ser capaz de desprenderse de ella con plena conciencia. Esta capacidad distingue a la persona humana del animal”¹⁹. Según Foucault, a través de esta libertad de circulación descentralizada, el Estado moderno y otras instituciones de control social se establecen como biopoder. Estas se apoyan en la libertad de cada ciudadano para conformar su propia vida en intercambio con otras personas libres, de tal manera que la vida de la población en su conjunto se incremente productivamente y se haga segura. Esto presupone que cada individuo está inmerso en múltiples procesos de socialización relativos

Propyläen Verlag (1972), p. 365; HEGEL, Georg Wilhelm Friedrich, *Grundlinien der Philosophie des Rechts* Obras, tomo 7. Fráncfort del Meno: Suhrkamp (1970) § 124.

¹⁷ HEGEL, ob. cit., § 124 y § 260.

¹⁸ FOUCAULT, Michel, *Geschichte der Gouvernementalität*, tomo I. Fráncfort del Meno: Suhrkamp (2004), p. 78.

¹⁹ GANS, Eduard, *Naturrecht und Universalrechtsgeschichte* LVIII. Tübingen: Mohr Siebeck (2005), p. 93.

a la subjetivación, en la red de actitudes y comportamientos que le permiten utilizar la libertad de una manera que es a la vez responsable con relación al propio sujeto y beneficiosa para la población.

Al mismo tiempo, esto revela que el derecho de libertad subjetiva depende de condiciones previas que deben ser producidas y reproducidas socialmente. Garantizar esto también se transforma en una tarea del derecho, especialmente si se trata de compensar la enorme desigualdad social que ya existía cuando el derecho igualitario a la libertad subjetiva comenzó a imponerse lentamente y, como consecuencia de la correspondiente práctica social, se agudizó sobre todo en las relaciones económicas. El siglo XIX y, al menos, la primera mitad del XX se caracterizan por las luchas políticas encaminadas a materializar el derecho formalmente igualitario a la libertad subjetiva. No obstante, esto fue conseguido a mayor escala y de forma duradera solo cuando los legisladores democráticos adoptaron este objetivo y crearon el moderno Estado social y de bienestar²⁰.

En el proceso de materialización democrática del derecho igualitario a la libertad, al derecho penal le corresponde la tarea, en concierto con otras áreas del derecho, de posibilitar los prerequisites funcionales de la libertad y de protegerla contra las alteraciones funcionales que producen los comportamientos desviados²¹. Esto sucede, sobre todo, a causa de la expansión del derecho penal hacia la protección de intereses jurídicos colectivos que van más allá de la protección existente del Estado, del dinero y, con importancia decreciente, de la religión cristiana; por ejemplo, con los intereses jurídicos vinculados al funcionamiento de los diferentes mercados, con la competencia o las modalidades individuales de pago y, finalmente, con el interés de la comunidad solidaria en la garantía de los ingresos de los medios para la seguridad social (§ 266b Código Penal de Alemania). De forma complementaria, el paradigma del Estado de bienestar produce un discurso socioterapéutico sobre el delincuente que tematiza la criminalidad como un efecto de las perturbaciones en los complejos y frágiles procesos de subjetivación y socialización a través de los cuales los individuos aprenden a organizarse de tal manera que hacen un uso biopolíticamente funcional de la libertad. Estas perturbaciones deben remediarse a través de la

²⁰ En lugar de muchos: GRIMM, Dieter, *Recht und Staat der bürgerlichen Gesellschaft*. Fráncfort del Meno: Suhrkamp (1987); BÖCKENFÖRDE, Ernst-Wolfgang, “Entstehung und Wandel des Rechtsstaatsbegriffs”, en BÖCKENFÖRDE, Ernst-Wolfgang (ed.), *Recht, Staat, Freiheit*, 1ª ed. Fráncfort del Meno: Suhrkamp (1991), p. 143.

²¹ Detalladamente, GÜNTHER, Klaus, “(Bedrohte) individuelle Freiheiten im aufgeklärten Strafrecht-Welche Freiheiten?”, en *Kritische Justiz*, Vol. 49 n. 4 (2016), p. 520.

resocialización o, al menos, reducirse hasta el punto de que el delincuente sea capaz de llevar una vida exteriormente libre de delitos en el futuro²².

El paradigma del Estado de bienestar relativo a la libertad materializada democráticamente resulta cada vez más precario en al menos dos aspectos: en primer lugar, la transformación de las sociedades modernas en sociedades de riesgo ilustra la susceptibilidad de los subsistemas sociales complejos a las perturbaciones causadas por catástrofes que atraen la atención mundial, como el grave accidente del reactor de Chernóbil en 1986. Las tecnologías complejas ya no pueden ser absorbidas por la subjetivación de las obligaciones de comportamiento en la conducta autorresponsable de los individuos y por la correspondiente expansión de las infracciones por negligencia con la misma facilidad que antes en el tráfico rodado motorizado. De este modo, el Estado se convierte cada vez más en un Estado preventivo que interviene con mucha antelación a un peligro, en nombre de una seguridad que se eleva a derecho fundamental supremo y que impulsa la expansión de la legislación penal democrática. En segundo lugar, con la creciente complejidad de las sociedades modernas de riesgo y la simultánea pluralización cultural y social de las convicciones sobre valores, el derecho de libertad subjetiva se percibe cada vez más como un riesgo. Mientras que al principio de la Modernidad la comprensión activista de la libertad se caracterizaba por la afinidad y la voluntad de asumir riesgos, especialmente en el sistema económico, como una oportunidad para la productividad innovadora con el riesgo de fracasar y perder²³, el lado destructivo se torna ahora más evidente. Los necesarios procesos de subjetivación y socialización, de comprobación y corrección constante de las propias intenciones y convicciones, se vuelven vulnerables en estas condiciones.

VI. VULNERABILIDAD - ¿LIMITACIÓN O EXPANSIÓN DEL DERECHO PENAL?

Con todo, la libertad no se convierte solamente en un riesgo social para el funcionamiento de los subsistemas sociales que, a su vez, son susceptibles de ser perturbados. Desde el punto de vista del individuo, este riesgo se experimenta de tal manera que, con el aumento de la dependencia del individuo bajo su forma de vida autónoma de la inclusión eficaz en los sistemas funcionales de la

²² FOUCAULT, Michel, *Überwachen und Strafen*, traducción por Walter Seitter. Fráncfort del Meno: Suhrkamp (1976), pp. 391 y ss.; GARLAND, David, *Punishment and Welfare. A History of Penal Strategies*, 1ª ed. Aldershot: Gower (1985).

²³ *Cfr.*, por ejemplo, HAYEK, Friedrich, *Der Weg zur Knechtschaft*. Múnich: Lau-Verlag (1944/2014), p. 131.

sociedad, aumenta simultáneamente su vulnerabilidad. A mayor pluralización e individualización dentro de una sociedad, más compleja y exigente se vuelve para cada persona la tarea de formarse a sí misma en relación con los demás y, en consecuencia, ser capaz de integrarse. Aunque la individuación y la socialización siempre van de la mano, en las condiciones actuales cada persona se hace plenamente consciente de la medida en que su propio ser depende de una cooperación social efectiva con los demás²⁴. Como ha demostrado Rudolf Stichweh, el inicio de la Modernidad está marcado por las “revoluciones de inclusión”, a través de las cuales se hace posible que cada individuo participe en todos los subsistemas sociales, al tiempo que estos sistemas se expanden globalmente. Cada individuo “se considera una dirección de inclusión”²⁵. Ahora bien, como ningún individuo puede estar incluido permanentemente en cada uno de los sistemas funcionales al mismo tiempo, es precisamente la combinación individual de inclusiones y exclusiones aquello que lo diferencia de los demás: “[t]odo individuo está incluido de acuerdo con la posibilidad dentro de cada sistema funcional; a partir de la reacción ante la multiplicidad de posibilidades de inclusión y de inclusiones efectivas resulta la forma de la individualidad moderna. Cada individuo se diferencia de otro en estas realizaciones de inclusión y debe ser reconocido como individuo por esa misma razón”²⁶. En la medida en que el individuo se hace dependiente de esas inclusiones singularmente combinadas²⁷, aumenta su vulnerabilidad, la que, en el peor de los casos, se convierte en exclusiones permanentes.

Los procesos de individuación y subjetivación bajo las condiciones de las modernas y pluralistas sociedades de riesgo, donde tiene lugar una plena inclusión en los sistemas de comunicación global, son exigentes, prolongados y precarios. Requieren de la apertura hacia los demás y la capacidad de diferenciarse; por lo tanto, son propensos al conflicto. Tanto la relación con uno mismo como la propia capacidad de acción del individuo, así como también la capacidad de enfrentarse a los conflictos, se forman solo temporalmente dentro de un proceso interminable. Esto es especialmente cierto cuando ya no se crece

²⁴ Cfr. solo con HABERMAS, Jürgen, “Individuierung durch Vergesellschaftung. Zu G.H. Meads Theorie der Subjektivität”, en HABERMAS, Jürgen, *Nachmetaphysisches Denken*. Fráncfort del Meno: Suhrkamp (1988), p. 187.

²⁵ STICHWEH, Rudolf, *Inklusion und Exklusion*, 2ª ed. Bielefeld: Transcript (2016), pp. 167, 221.

²⁶ STICHWEH, Rudolf, “Wie Inklusion und Exklusion Gesellschaften prägen”, en *Forschung und Lehre*, entrada de 11.04.2020, <http://www.forschung-und-lehre.de/zeitfragen/wie-inklusion-und-exklusion-gesellschaften-praegen-2686/>.

²⁷ Al respecto, también, RECKWITZ, Andreas, *Die Gesellschaft der Singularitäten*. Berlín: Suhrkamp (2017).

ni vive en comunidades locales y tradicionales con normas establecidas, roles y expectativas fijas y vínculos a largo plazo que guían la vida de las personas. Moverse en un mundo social caracterizado por una pluralidad de sistemas de valores, una gran diversidad de formas de vida, vínculos cambiantes o precarios y un alto grado de individualización, conduce a una experiencia latente (o manifiestamente contradictoria): una experiencia de ganancia considerable de libertad, de liberación de las expectativas de roles predeterminados y, al mismo tiempo, de intensificación de la dependencia de las condiciones previas comunicativas, sociales y económicas bajo las cuales esto solo se hace posible a través de la inclusión²⁸.

El cumplimiento de estas condiciones previas y, por tanto, el éxito de la inclusión, así como la evitación de exclusiones irreversibles, se vuelven más inciertos. Especial relevancia parece tener la dimensión social del reconocimiento de la que depende todo individuo; sin embargo, en condiciones de pluralismo no existe certeza de que esta dimensión se manifieste²⁹. Tiene lugar, por ende, una tensión paradójica y latente entre la libertad individual y la necesaria dependencia de los demás en condiciones de incertidumbre. Se trata de la incertidumbre sobre el futuro *comportamiento de los demás* (que resulta de la libertad de los otros, así como de la pluralidad de valores, de la diversidad de sus formas de vida, de su correspondiente ajenidad); sobre el *potencial conflictivo que subyace a la cooperación social necesaria* (y, por lo tanto, la incertidumbre sobre la naturaleza y el resultado del conflicto), y sobre la *apertura del futuro* (incertidumbre sobre lo venidero, especialmente en relación con los demás).

En un sentido elemental, estos tres tipos de incertidumbre se interrelacionan y son constitutivos de la convivencia humana en un entorno natural³⁰. En consecuencia, no pueden eliminarse por completo; además, la transformación de la incertidumbre en certeza supondría la pérdida de ese potencial de libertad que es inherente a la capacidad espontánea y accidental de todo ser humano para empezar de nuevo³¹. En vista del riesgo de que se conviertan en amenazas

²⁸ Sobre esta interpretación desarrollada por Anthony Giddens y Ulrich Beck, y sus consecuencias para la política criminal, vid. GÜNTHER, “(Bedrohte) individuelle Freiheiten...”, ob. cit., p. 520; GÜNTHER, Klaus, “‘Du musst dein Leben ändern’-Die ethische Produktivität und ihre Ausbeutung”, en *Blätter für deutsche und internationale Politik*, N° 58 (2013b), pp. 81-90.

²⁹ PISTROL, Florian, “Vulnerabilität. Erläuterungen zu einem Schlüsselbegriff im Denken Judith Butlers”, en *Zeitschrift für Praktische Philosophie* 3, 1 (2016); HONNETH, Axel, *Anerkennung. Eine europäische Ideengeschichte*. Berlín: Suhrkamp (2018).

³⁰ Hannah Arendt ha llamado repetidamente la atención sobre esto en sus escritos.

³¹ ARENDT, Hannah, *Die Freiheit, frei zu sein*, 1ª ed., traducción por Andreas Wirthensohn. Múnich: dtv (2018).

existenciales en cualquier momento, solo pueden hacerse más soportables mediante los vínculos sociales que son, a la vez, vínculos que se refieren al sujeto mismo, paradigmáticamente a través de la promesa.

Más recientemente, la crítica feminista ha acentuado la tensión entre la libertad y la dependencia en condiciones de incertidumbre. Esta tensión se hace tangible y visible en la vulnerabilidad básica del propio cuerpo que resulta de la exposición y dependencia simultáneas de la vida de una persona en relación con otras. Según Judith Butler, el carácter relacional de la vida humana es originario y está dado antes de cualquier individualización y conversión del sujeto en persona³². Como tal, tiene un carácter ontológico, pero no esencialista o estático. “Esta *vulnerabilidad* es ontológica, pero no se puede pensar en ella independientemente de las condiciones sociales y políticas. Es un terreno existencial de lo común, pero al mismo tiempo es relacional, histórica y geográficamente diferente. La vulnerabilidad distribuida de manera desigual tiene por lo tanto algo que separa y algo que conecta”³³. Dado que esta vulnerabilidad de cada individuo sigue siendo insuperable en última instancia, la cooperación social solo puede tener éxito si es aceptada y no suprimida. Según la crítica feminista, este es precisamente el caso dentro de sociedades que todavía están estructuradas de forma predominantemente patriarcal. El ideal social que domina hasta hoy del “yo autónomo”, en el sentido de una identidad de ego autárquica (masculina), se alimenta de la supresión de la vulnerabilidad y del carácter relacional originarios de la vida humana.

Esto también incluye el patrón reactivo de defensa agresiva y la identificación proyectiva de lo ajeno y de los otros con el criminal y el mal³⁴. De esta manera, no es correcta la suposición evidente de que la acentuación de la vulnerabilidad ontológica de la vida humana podría servir para justificar el aumento de las demandas de criminalización. Más bien, es el deseo de suprimir esta disposición básica lo que da lugar a la demanda por una mayor protección mediante el derecho penal y la pena. Para que la conciencia de la vulnerabilidad propia y recíproca no se transforme en proyecciones agresivas sobre terceros percibidos como amenazantes, peligrosos u hostiles, ni tampoco en temores paralizantes, pasividad, retraimiento y automarginación, es

³² BUTLER, Judith, “Precarious Life, Vulnerability, and the Ethics of Cohabitation”, en *Journal of Speculative Philosophy* Vol. 26 n. 2 (2012); BUTLER, Judith, “Bodily Vulnerability, Coalitions, und Street Politics”, en *Critical Studies* N° 37 (2014); *cfr.* PISTROL, ob. cit.

³³ MOSER, Geneva, “Verletzlichkeit. Alle Menschen sind verletzlich-sind es einige mehr als andere?”, en *philosophie.ch.*, entrada de blog de 5.04.2017, <http://www.philosophie.ch/philosophie/highlights/liebe-und-gemeinschaft/verletzlichkeit>.

³⁴ MOSER, ob. cit.

necesaria la confianza social. Pero la confianza no puede establecerse administrativamente, sino que solo puede ser generada por los propios implicados en condiciones marco favorables. Entre las condiciones favorables se encuentra la aplicación de normas básicas de igual consideración y respeto (en Dworkin: “*equal concern and respect*”³⁵). Esta confianza es un recurso esencial para la libertad de las personas vulnerables en condiciones de incertidumbre social. Esto se traduce en una mayor sensibilidad a la discriminación y otras formas de marginación y exclusión, es decir, la infracción del derecho a ser reconocido como un igual en su diversidad.

Si es correcta la tesis de que la tensión entre la libertad individual y la dependencia social en las sociedades pluralistas, diversas (y capitalistas) conduce a una mayor intensificación de la experiencia de vulnerabilidad en la relación del individuo con los demás en comparación con la disposición ontológica, entonces esto tiene consecuencias ambivalentes en términos de política criminal: aumenta la sensibilidad *por* e intensifica la atención *en* las lesiones causadas por el ejercicio del poder privado y, sobre todo, *en* los efectos secundarios y riesgos perjudiciales. La reacción a esto puede ser encaminada en dos direcciones opuestas. Una apunta hacia atrás, hacia el ideal distorsionado de un yo autónomo (masculino), que, con la ayuda del poder punitivo del Estado de carácter represivo y preventivo, se defiende de un mundo de extraños y enemigos. Una política criminal que amplíe e intensifique la punibilidad sería entonces el síntoma de una política regresiva y masculina del yo que se delimita y diferencia agresivamente mientras reprime su propia vulnerabilidad. La otra reacción apunta hacia una posición extrema, para la cual también hay algunos indicios: el estatus ontológico de la vulnerabilidad tiene una afinidad con el discurso de la víctima³⁶.

La “vulnerabilidad” tiene un aspecto subjetivo e irrevocable de la experiencia que se manifiesta en la afectación individual de la víctima. En el peor de los casos, esta puede llegar a ser traumática. Este aspecto solo puede generalizarse de forma limitada, solo puede compartirse entre aquellos que han sufrido un destino similar. La víctima traumatizada se caracteriza especialmente por el hecho de que sufre una pérdida fundamental de confianza, esto es, el requisito básico para una vida individual libre en las condiciones de incertidumbre social

³⁵ DWORKIN, Donald, *Law's Empire*, 1ª ed. Cambridge: Harvard University Press (1986), p. 213.

³⁶ GÜNTHER, Klaus, “Ein Modell legitimen Scheiterns-Der Kampf um Anerkennung als Opfer”, en HONNETH, Axel; LINDEMANN, Ophelia *et al.* (eds.), *Strukturwandel der Anerkennung. Paradoxien sozialer Integration in der Gegenwart*. Fráncfort del Meno: Campus Verlag (2012); RECKWITZ, ob. cit., p. 428.

antes mencionadas. En consecuencia, la condición de víctima exige una “política de proximidad”, empatía o “atención a lo particular”³⁷, que también puede tomar la forma de una reforzada movilización político-criminal. Por consiguiente, la dimensión expresivo-simbólica del derecho penal se utiliza a menudo para exigir confianza en las relaciones de reconocimiento estables en el sentido de un respeto y una consideración iguales por parte de terceros, de los demás. Cabe citar como ejemplos (heterogéneos) las más recientes reformas del derecho penal relativas al endurecimiento de la regulación de los delitos sexuales y la protección penal especial de los agentes de policía y los servicios de rescate de accidentes en Alemania, así como todas las medidas penales y procesal-penales destinadas a reforzar la protección de las víctimas. Un rasgo característico de estas circunstancias es que tienen una amplia aceptación de parte de un sector de la doctrina penal y también entre la mayoría de la población, al punto que estas reformas son muchas veces exigidas por ellos mismos³⁸.

³⁷ ROSANVALLON, Pierre, *Demokratische Legitimität. Unparteilichkeit-Reflexivität-Nähe*. Hamburgo: Hamburger Edition HIS (2010), p. 233.

³⁸ *Cfr.* sobre esto (críticamente) KÖLBEL, Ralf, “Die dunkle Seite des Strafrechts”, en *Neue Kriminalpolitik* N° 31, 3 (2019). Como tercera alternativa de reacción, especialmente frente a los delitos violentos, se reconoce un movimiento de *Justicia Transformadora*, que apunta a exigir redes de comunicación informales y de trabajo local, a partir de las experiencias específicas de vulnerabilidad vinculadas con la violencia sexual contra mujeres y personas LGBTQ, así como con la violencia racista contra la “gente de color”. El objetivo de estas redes es esclarecer los actos de violencia y asumir responsabilidades para impulsar procesos de transformación, sobre todo, entre los perpetradores, más allá del control social formalizado y de un aparato estatal sancionador. El informe sobre la experiencia del colectivo de *Justicia Transformadora* de Berlín, que se disolvió bajo la presión de las excesivas expectativas puestas en la superación informal de conflictos, es revelador en este sentido: <http://www.transformativejustice.eu/de/transformation-auch-fur-uns/>. El movimiento como tal es diverso y transnacional, con focos importantes en Norteamérica, *vid.* <http://www.whatreallymakesussafe.com/#/home>. Si se trata, y en qué medida, de un proyecto de “seguridad organizado desde la izquierda” (así, BRAZELL, Melanie, “Sicherheit von Links. Der transformative Justice-Ansatz”, en *Luxemburg online*, entrada de blog, diciembre de 2017, <http://www.zeitschrift-luxemburg.de/sicherheit-von-links-der-transformative-justice-ansatz/>) y/o de una continuación de los movimientos de reforma y abolición de las prisiones que pueden remontarse a las correspondientes tradiciones de grupos particulares del protestantismo, por ej. los cuáqueros (*cfr.* FREITAG, Sabine, *Kriminologie in der Zivilgesellschaft*. Múnich: Oldenbourg Wissenschaftsverlag (2014), p. 18), como lo ha expresado MORRIS, Ruth, *Stories of Transformative Justice*. Toronto: Canadian Scholars’ Press, (2000), esto requiere de una investigación más detallada. En una dirección similar, pero centrada en la prevención de delitos con daños concretos a las víctimas individuales, se mueve la crítica hacia la policía y la violencia policial, *vid.* solo VITALE, Alex, *The End of Policing*. London: Verso (2017) y LOICK, Daniel (ed.), *Kritik der Polizei*. Fráncfort del Meno: Campus Verlag (2018).

VII. ¿VIRTUD CIUDADANA Y DEBER DE CONSIDERACIÓN MORAL
 COMO OBLIGACIÓN DE LOS DESTINATARIOS DE UN
 DERECHO PENAL DEMOCRÁTICO?

Parte de la doctrina penal (alemana) tiende a reaccionar ante estos acontecimientos interpretando la posición normativa del destinatario de las normas de comportamiento del derecho penal. A la norma penal de comportamiento de carácter primaria se añade una norma secundaria en el sentido de una obligación general de comportamiento ajustada a derecho. Ulfrid Neumann, en su discusión con Hruschka en 1985, ya habló críticamente de una “duplicación del compromiso normativo del destinatario”³⁹. Michael Pawlik lo formula de manera muy clara cuando subraya “que un orden basado en la libertad no puede sobrevivir sin el esfuerzo constante de los ciudadanos por mantener y cumplir las reglas jurídicas”⁴⁰. Esta obligación de procurar el cumplimiento de las reglas se entiende como una “obligación de esfuerzo” de cada destinatario de la norma de comportamiento de organizarse de manera que se salvaguarden los derechos y bienes del otro. Por consiguiente, es un deber del individuo hacia sí mismo de evitar situaciones y comportamientos que puedan conducir a una vulneración de las normas de comportamiento penales. Básicamente, se trata de un deber de cuidado generalizado que se apoya en la génesis de estos conceptos, a partir de los intentos de la dogmática jurídico-penal por relativizar la distinción entre dolo e imprudencia (la imprudencia como etapa preliminar del dolo). En caso de infracción (dolosa o imprudente) de la norma de comportamiento, el “cumplimiento insuficiente de esa obligación de esfuerzo”⁴¹ puede tomarse como punto de partida para la imputación subjetiva. Frauke Rostalski señala que cada individuo ocuparía “una posición individual de obligaciones en su calidad de ciudadano”⁴², según la cual debe ajustarse a las normas de comportamiento penales para que se eviten resultados típicos.

Tatjana Hörnle habla desde la perspectiva de la segunda persona (es decir, la perspectiva de la víctima). Al respecto, afirma que, junto con la determinación de la infracción de una norma penal de comportamiento, “la persona a la

³⁹ NEUMANN, Ulfrid, “Normtheorie und strafrechtliche Zurechnung”, en: *Goldammer's Archiv für Strafrecht* (1985), pp. 389, 398; también, NEUMANN, Ulfrid, “Obliegenheiten und strafrechtliche Zurechnung”, en *Jahrbuch für Recht und Ethik (Gedächtnisschrift für Joachim Hruschka)*, vol. 27, 1ª ed. Berlín: Duncker & Humblot (2019), p. 455.

⁴⁰ PAWLIK, Michael, *Das Unrecht des Bürgers*. Tübingen: Mohr Siebeck (2012), p. 371, nota 661.

⁴¹ PAWLIK, ob. cit., p. 371.

⁴² ROSTALSKI, Frauke, “Normentheorie und Fahrlässigkeit-Zur Fahrlässigkeit als Grundnorm des Verhaltensnormverstoßes”, en *Goldammer's Archiv für Strafrecht* (2016), p. 80.

que se dirige el reproche debe ser identificada fundadamente como la que ha cometido una infracción de la norma sin haber tenido en cuenta los deberes de consideración hacia los demás”⁴³. Mientras que Pawlik y Rostalski exigen una especie de virtud ciudadana del destinatario de las normas penales, Hörnle justifica el deber de consideración desde la relación moral de la perspectiva de la segunda persona (con referencia a Jay Wallace). No importa si es una cuestión de virtud ciudadana o de un deber moral de consideración –en ambos casos se trata de una especie de deber general de solidaridad que le corresponde a cada individuo y que se superpone al derecho penal (público). De esta manera, el “modelo del buen ciudadano” se convierte en el nuevo modelo de una política criminal de la vulnerabilidad. La orientación hacia este modelo no tiene por qué acompañarse de consecuencias directas que expandan e intensifiquen la punibilidad, pero podría dar paso a un mayor control y prevención mediante la observación de las tecnologías de la información, la vigilancia, la reunión y el intercambio de datos⁴⁴.

Por último, como en todos los proyectos nuevos de política criminal, la pregunta crucial se refiere a si los objetivos, que se justifican democráticamente con buenas razones, pueden alcanzarse realmente con los medios que brinda el derecho penal. No cabe duda de que las sociedades pluralistas, que se encuentran en condiciones de capitalismo globalizado, junto con organizaciones de poder privado, que pueden intervenir profundamente y con consecuencias de gran alcance en el modo de vida de cada individuo, dependen de un alto grado de confianza social, de normas básicas de igual respeto y preocupación, de un esfuerzo de cada individuo por asegurar el cumplimiento de las reglas jurídicas (por ejemplo, el *compliance* en las empresas comerciales) y la consideración recíproca. Pero ¿puede el derecho penal, incluso un derecho penal simbólico-expresivo, asumir esta enorme tarea⁴⁵? Aparte de eso, este nuevo concepto de

⁴³ HÖRNLE, Tatjana, *Kriminalstrafe ohne Schuldvorwurf*. Baden-Baden: Nomos (2013), pp. 51-53.

⁴⁴ Cfr. BURCHARD, Christoph, “Künstliche Intelligenz als Ende des Strafrechts? Zur algorithmischen Transformation der Gesellschaft”, en JOERDEN, Jan (coord.), *Jahrbuch für Recht und Ethik (Gedächtnisschrift für Joachim Hruschka)*, vol. 27, 1ª ed. Berlín: Duncker & Humblot (2019), pp. 537 y ss.

⁴⁵ GÄRDITZ, ob. cit., pp. 83 y s. Según Gärditz, la eficacia empíricamente demostrable del derecho penal no es en absoluto importante: “La magia del derecho penal consiste (...) precisamente en el deslumbrante contraste entre la intensidad de la intervención y el llamativo saldo negativo referido a la eficacia empírica, así como también de lo que puede ser racionalizado. No necesitamos el derecho penal como reacción estatal a las vulneraciones de las normas porque se hayan probado válidamente los mecanismos funcionales o porque se haya demostrado su poder de conducción social. Lo necesitamos porque su significado social se entiende directamente como una contribución a la comunicación pública”.

derecho penal de las obligaciones también sobrecarga a los destinatarios de la norma. En condiciones de creciente desigualdad social e inseguridad dentro de un capitalismo globalizado con condiciones de vida precarias y un creciente poder privado, se espera que se organicen como sujetos morales respetuosos del deber de consideración o como sujetos-ciudadanos volcados hacia el esfuerzo por hacer cumplir el derecho. Como se ha señalado anteriormente (en el punto 5), la subjetivación de las normas de cuidado frente a las nuevas y complejas tecnologías tiene escaso éxito. En todo caso, esto solo estaría justificado si los destinatarios de las obligaciones de comportamiento a las que se refiere el derecho penal fueran también sus autores, esto es, si fueran de hecho colegisladores del derecho penal⁴⁶.

BIBLIOGRAFÍA

- ARENDETT, Hannah, *Die Freiheit, frei zu sein*, 1ª ed., traducción por Andreas Wirthensohn. Múnich: dtv (2018).
- BECKER, Christian; RÖNNAU, Thomas, “Freiheit, Wirtschaft, Macht - Braucht der freiheitliche Staat ein marktkritisches Strafrecht?”, en *Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft* N° 130 (2018), pp. 340-373.
- BÖCKENFÖRDE, Ernst-Wolfgang, “Entstehung und Wandel des Rechtsstaatsbegriffs”, en Böckenförde, Ernst-Wolfgang (ed.), *Recht, Staat, Freiheit*, 1ª ed., Fráncfort del Meno: Suhrkamp (1991), pp. 143-169.
- BRAZELL, Melanie, “Sicherheit von Links. Der transformative Justice-Ansatz”, en *Luxemburg online*, entrada de blog, diciembre de 2017, <http://www.zeitschrift-luxemburg.de/sicherheit-von-links-der-transformative-justice-ansatz/>.
- BURCHARD, Christoph, “Künstliche Intelligenz als Ende des Strafrechts? Zur algorithmischen Transformation der Gesellschaft”, en JOERDEN, Jan (coord.), *Jahrbuch für Recht und Ethik (Gedächtnisschrift für Joachim Hruschka)*, vol. 27, 1ª ed., Berlín: Duncker & Humblot (2019), pp. 527-555.
- BUTLER, Judith, “Precarious Life, Vulnerability, and the Ethics of Cohabitation”, en *Journal of Speculative Philosophy*, vol. 26 n. 2 (2012), pp. 134-5.
- _____, “Bodily Vulnerability, Coalitions, and Street Politics”, en *Critical Studies* N° 37 (2014), pp. 99-119.

⁴⁶ GÜNTHER, Klaus, *Schuld und kommunikative Freiheit*, Fráncfort del Meno: Vittorio Klostermann (2005).

- CONSTANT, Benjamin, “Über die Freiheit der Alten im Vergleich zu der der Heutigen”, en CONSTANT, Benjamin, *Werke*, BLAESCHKE, Axel; GALL, Lothar (eds.), tomo IV, 1ª ed., Berlín: Propyläen Verlag (1972), pp. 363-396.
- DUFF, R. Antony, *Punishment, Communication, and Community*, 1ª ed., Oxford: Oxford University Press (2001).
- DURKHEIM, Emile, *Über soziale Arbeitsteilung*, 2ª ed., Fráncfort del Meno: Suhrkamp (1988).
- DWORKIN, Donald, *Law's Empire*, 1ª ed., Cambridge: Harvard University Press (1986).
- EDELMAN, Murray, *The Symbolic Uses of Politics*, Urbana: University of Illinois Press (1964).
- FOUCAULT, Michel, *Überwachen und Strafen*, traducción por Walter Seitter, Fráncfort del Meno: Suhrkamp (1976).
- _____, *Geschichte der Gouvernamentalität*, tomo I, Fráncfort del Meno: Suhrkamp (2004).
- FREITAG, Sabine, *Kriminologie in der Zivilgesellschaft*, Múnich: Oldenbourg Wissenschaftsverlag (2014).
- GANS, Eduard, *Naturrecht und Universalrechtsgeschichte LVIII*, Tübingen: Mohr Siebeck (2005).
- GARLAND, David, *Punishment and Welfare. A History of Penal Strategies*, 1ª ed., Aldershot: Gower (1985).
- _____, *The Culture of Control*, Chicago: University of Chicago Press (2001).
- GARLAND, David; DUFF, R. Antony (eds.), *A Reader on Punishment*, 1ª ed., Oxford: Oxford University Press (1994).
- GÄRDITZ, Klaus, *Staat und Strafrechtspflege*, Paderborn: Brill (2015).
- GÜNTHER, Klaus, *Der Sinn für Angemessenheit*, Fráncfort del Meno: Suhrkamp (1988).
- _____, “World Citizens between Freedom and Security”, en *Constellations - An International Journal of Critical and Democratic Theory* N° 12 (2005), pp. 379-391.
- _____, “Kritik der Strafe II”, en *WestEnd-Neue Zeitschrift für Sozialforschung* N° 1, pp. 13-141 (2005).
- _____, *Schuld und kommunikative Freiheit*, Fráncfort del Meno: Vittorio Klostermann (2005).
- _____, “Ein Modell legitimen Scheiterns-Der Kampf um Anerkennung als Opfer”, en HONNETH, Axel; LINDEMANN, Ophelia *et al.* (eds.),

- Strukturwandel der Anerkennung. Paradoxien sozialer Integration in der Gegenwart*, Fráncfort del Meno: Campus Verlag (2012), pp. 185-248.
- _____, “Responsibility to Protect and Preventive Justice”, en ASHWORTH, Andrew; ZEDNER, Lucia *et al.* (eds.), *Prevention and the Limits of the Criminal Law*, Oxford: Oxford University Press (2013), pp. 69-90.
- _____, “‘Du musst dein Leben ändern’ - Die ethische Produktivität und ihre Ausbeutung”, en *Blätter für deutsche und internationale Politik* N° 58 (2013), pp. 81-90.
- _____, “Criminal Law, Crime and Punishment as Communication”, en Simester, A.P.; DU BOIS-PEDAIN, Antje *et al.* (eds.), *Liberal Criminal Theory*, Oxford: Hart Publishing (2014), pp. 123-140.
- _____, “(Bedrohte) individuelle Freiheiten im aufgeklärten Strafrecht - Welche Freiheiten?”, en *Kritische Justiz*, vol 49 n. 4 (2016), pp. 520-534.
- _____, “Crisis of Democracy: Rule of Law or Rule by Law?”, en *Constellations - An International Journal of Critical and Democratic Theory* (sin publicar).
- GRIMM, Dieter, *Recht und Staat der bürgerlichen Gesellschaft*, Fráncfort del Meno: Suhrkamp (1987).
- HABERMAS, Jürgen, “Individuierung durch Vergesellschaftung. Zu G.H. Meads Theorie der Subjektivität”, en HABERMAS, Jürgen, *Nachmetaphysisches Denken*, Fráncfort del Meno: Suhrkamp (1988), pp. 187-241.
- _____, *Faktizität und Geltung*, 1ª ed., Fráncfort del Meno: Suhrkamp (1992).
- _____, “Stichworte zu einer Diskurstheorie des Rechts und des demokratischen Rechtsstaates”, en HABERMAS, Jürgen, *Im Sog der Technokratie*, Berlín: Suhrkamp (2013), pp. 67-81.
- HASSEMER, Winfried, “Symbolisches Strafrecht und Rechtsgüterschutz”, en *Neue Zeitschrift für Strafrecht* N° 9,12 (1989), pp. 553-559.
- HAYEK, Friedrich, *Der Weg zur Knechtschaft*, Múnich: Lau-Verlag (1944/2014).
- HEGEL, Georg; WILHELM, Friedrich, *Grundlinien der Philosophie des Rechts* Obras, tomo 7, Fráncfort del Meno: Suhrkamp (1970).
- HOBBS, Thomas, *Leviathan*, Fráncfort del Meno: Suhrkamp (1984).
- HONNETH, Axel, *Anerkennung. Eine europäische Ideengeschichte*, Berlín: Suhrkamp (2018).
- HÖRNLE, Tatjana, *Kriminalstrafe ohne Schuldvorwurf*, Baden Baden: Nomos (2013).

- _____, *Straftheorien*, 2ª ed., Tübingen: Mohr Siebeck (2017).
- KANT, Immanuel, *Metaphysische Anfangsgründe der Rechtslehre*, Königsberg: Verlag Friedrich Nicolovius (1797).
- KÖLBEL, Ralf, “Die dunkle Seite des Strafrechts”, en *Neue Kriminalpolitik* N° 31, 3 (2019), pp. 249-263.
- KUNZ, Karl-Ludwig (2010), “Zur Symbolik des Strafrechts”, en DÖLLING, Dieter; GÖTTING, Bert *et al.* (eds.), *Verbrechen - Strafe - Resozialisierung: Festschrift für Heinz Schöch zum 70. Geburtstag*, Berlín: De Gruyter (2010), pp. 353-368.
- LOICK, Daniel (ed.), *Kritik der Polizei*, Fráncfort del Meno: Campus Verlag (2018).
- MATHIEU, Bertrand, *Le droit contre la démocratie?*, París: L.G.D.J. (2017).
- _____, “De quoi le mouvement des ‘gilets jaunes’ est le révélateur?”, entrada de blog de 3.12.2018, <http://www.bertrandmathieu.fr/2018/12/de-quoi.le.mouvement-des-gilets-jaunes-est-le-revelateur.html>.
- MORRIS, Ruth, *Stories of Transformative Justice*, Toronto: Canadian Scholars’ Press (2000).
- MOSER, Geneva, “Verletzlichkeit. Alle Menschen sind verletzlich - sind es einige mehr als andere?”, en *philosophie.ch.*, entrada de blog de 5.04.2017, <http://www.philosophie.ch/philosophie/highlights/liebe-und-gemeinschaft/verletzlichkeit>.
- NAUCKE, Wolfgang, “Die Kriminalpolitik des Marburger Programms 1882”, en *Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft* N° 94, 3 (1982), pp. 525-564.
- _____, *Der Begriff der politischen Wirtschaftsstrafat*, Münster: LIT Verlag (2012).
- NEUMANN, Ulfrid, “Normtheorie und strafrechtliche Zurechnung”, en: *Goldammer’s Archiv für Strafrecht* (1985), pp. 389-401.
- _____, “Obliegenheiten und strafrechtliche Zurechnung”, en *Jahrbuch für Recht und Ethik (Gedächtnisschrift für Joachim Hruschka)*, vol. 27, 1ª ed., Berlín: Duncker & Humblot (2019), pp. 455-472.
- PAWLIK, Michael, *Das Unrecht des Bürgers*, Tübingen: Mohr Siebeck (2012).
- PISTROL, Florian, “Vulnerabilität. Erläuterungen zu einem Schlüsselbegriff im Denken Judith Butlers”, en *Zeitschrift für Praktische Philosophie* 3, 1 (2016), pp. 233-2732.
- RECKWITZ, Andreas, *Die Gesellschaft der Singularitäten*, Berlín: Suhrkamp (2017).
- ROSANVALLON, Pierre, *Demokratische Legitimität. Unparteilichkeit - Reflexivität - Nähe*, Hamburgo: Hamburger Edition HIS (2010).

ROSTALSKI, Frauke, “Normentheorie und Fahrlässigkeit - Zur Fahrlässigkeit als Grundnorm des Verhaltensnormverstoßes”, en *Goltdammer's Archiv für Strafrecht* (2016), pp. 73-89.

STICHWEH, Rudolf, *Inklusion und Exklusion*, 2ª ed., Bielefeld: Transcript (2016).

_____, “Wie Inklusion und Exklusion Gesellschaften prägen”, en *Forschung und Lehre*, entrada de 11.04.2020, <http://www.forschung-und-lehre.de/zeitfragen/wie-inklusion-und-exklusion-gesellschaften-praegen-2686/>.

VITALE, Alex, *The End of Policing*, London: Verso (2017).

WEBER, Max, *Wirtschaft und Gesellschaft*, 5ª ed., Tübingen: Mohr Siebeck (1976).