

Fundamentos teóricos del Derecho penal y procesal-penal del enemigo

Guillermo PORTILLA CONTRERAS

El sistema procesal-penal contra la criminalidad organizada se ha caracterizado por una constante restricción de los principios básicos que rigen el tradicional funcionamiento tanto del Derecho penal como del Derecho procesal penal¹.

En efecto, puede afirmarse que existe un "Derecho penal y procesal" distinto y más restringido contra los que se integran en la esfera organizativa que el que se aplica a los sectores de la criminalidad no organizada². Sin embargo, esta categoría limitadora no supone novedad alguna, puesto que, como pondré de manifiesto más adelante, ha sido el método más habitual en la represión de tales delitos. Lo sorprendente no es, por tanto, la existencia de esa legislación y la constante anulación de garantías para los afectados por ella, sino la aparición de un sustento doctrinal que apoya —no sólo reconoce— la necesidad de un Derecho garantístico pa-

ra personas y otro, sin los clásicos derechos, para las no-personas.

En los últimos años, se observa una acentuada tendencia que, basándose en el modelo del "enemigo", en una legislación de guerra, justifica e intenta legitimar la estructura de un Derecho penal y procesal sin garantías³. Esta es la dirección seguida por diversos autores, destacando aquéllos que interpretan el Derecho penal material y el Derecho procesal según la óptica del estructuralismo-funcional de N. Luhmann⁴. Conforme a ella, lo que realmente importa es la conservación de los intereses del sistema, la capacidad funcional de sus órganos y la defensa del Estado a través de las garantías del propio Estado.

G. Jakobs, uno de los principales protagonistas en la discusión, defiende este modelo funcionalista bajo el megaconcepto de Derecho penal del "enemigo"⁵, una construcción que aparece esbozada inicialmente en un trabajo del autor en 1985⁶. Sin embargo, no queda claro si Jakobs ha

¹ En torno a la ilegitimidad de la razón de Estado dictada por la emergencia hobbesiana —el estado de guerra justifica políticamente la ruptura de las reglas del juego—, cfr. L. Ferrajoli, *Derecho y Razón. Teoría del garantismo penal*, Editorial Trotta, Madrid, 1995, págs. 829 y ss. En España se ha desarrollado una legislación procesal-penal (con un tránsito de la excepcionalidad a la generalización mediante su incorporación al Código penal y a la Ley de Enjuiciamiento Criminal) que ha posibilitado la exclusión de algunas garantías de los inculcados pertenecientes a la criminalidad organizada —básicamente, terrorismo y tráfico de drogas. Así, se han convertido los actos preparatorios en tipos autónomos; se ha creado la figura del terrorista "individual" (LO 7/2000, de 22 de diciembre); se ha vulnerado el criterio de proporcionalidad (LO 5/2000, de 12 de enero); se ha sancionado la libertad ideológica y la de expresión (LO 7/2000, de 22 de diciembre) e infringido, asimismo, la actual Ley General penitenciaria al imponer la dispersión de presos nacionalistas. Del mismo modo, al amparo del artículo 55.2 de la CE, que permite que una Ley Orgánica pueda suspender los derechos del plazo de detención del artículo 17.2, la inviolabilidad del domicilio y el secreto de las comunicaciones de los apartados 2 y 3 del artículo 18 respecto a aquellas personas que presuntamente se hallen vinculadas a la actuación de bandas armadas o elementos terroristas, se aprobaron Leyes Orgánicas que suprimieron garantías básicas de los detenidos y presos (LO 11/1980, de 1 de diciembre, y 9/1984, de 26 de diciembre). En cuanto al tráfico de drogas, también se ha creado un sistema procesal-penal distorsionado que ha modificado no sólo las tradicionales garantías democráticas, también ha transformado las reglas de la teoría jurídica del delito. En esta dirección, junto al sistema represivo del actual Código penal, caracterizado por los rasgos apuntados, se ha extendido la presencia del agente provocador, la usual utilización policial de confidentes o la entrega vigilada de drogas (LO 5/1999, de 13 de enero). En Alemania, entre 1992 y 1998, se ha promulgado una serie de leyes de índole procesal y policial contra las organizaciones criminales. Cabe citar la Ley contra el tráfico de drogas y otras formas de aparición de la criminalidad organizada, de 17 de julio de 1992; la Ley contra el blanqueo de capitales (sobre la investigación de las ganancias de los hechos delictivos) de 25 de octubre de 1993; la legislación de lucha contra la criminalidad (ley de reforma de los códigos penal y procesal y otras leyes, de 28 de octubre de 1994); la Ley contra la corrupción de 13 de agosto de 1997 y la Ley para la corrección de la criminalidad organizada de 1 de mayo de 1998.

² Advierte H. Schneider que la seguridad de la sociedad exige hoy la defensa no sólo frente a la amenaza externa sino también respecto del enemigo interno. Sinónimo de esta amenaza es, desde mitad de los años ochenta, el concepto de criminalidad organizada. Bajo este punto de vista, tal criminalidad es el nuevo enemigo de la sociedad, identificado con frecuencia con los antiguos adversarios en la guerra fría, las naciones del este, sin ser ahora considerados soldados o integrantes de sistemas políticos sino como "Mafia rusa, polaca o húngara". Vid. "Bellum Justum gegen den Feind im Inneren?", en ZStW, 2001, n° 3, págs. 499 y ss.

³ La presencia de una legislación penal-procesal marcada por la restricción de derechos es, con seguridad, el inicio del fin del sistema liberal democrático, pues, como señala Schulz, el sismógrafo de un Derecho penal liberal es el Derecho procesal o el proceso legal. Vid. "Die deutsche Strafrechtswissenschaft vor der Jahrtausendwende", en ZStW, 2000, n° 3, pág. 660. Al hilo de esta consideración, destaca Schneider el protagonismo, en el desarrollo actual del Derecho procesal, de posiciones dogmáticas que fomentan una continuada flexibilización de la indagación en la que se facilitan los métodos de prueba. Cfr. "Bellum Justum...", cit., pág. 502. Ello ha propiciado un clima de discusión político criminal sobre los principios procesales, aquéllos, de corte liberal, que han contribuido a la defensa de la persona: el principio de presunción de inocencia, el fundamento de un proceso legal, el principio *nemo-tenetur*, etc. El conflicto se plantea entre el interés del Estado en una lucha efectiva contra la criminalidad organizada y el derecho del inculcado a la observancia de sus garantías procesales. Vid. Schneider, op cit., pág. 501. En este contexto, la nueva legislación alemana puede lesionar principios constitucionales del Estado de Derecho —los recogidos en el art. 20, párr. 3, art. 2, párr. 1, art. 1, párr. 1 GG—, el principio *nemo tenetur se ipsum accusare* y, asimismo, el derecho a un proceso justo. Cfr. *ibid.*, pág. 502. Sin embargo, Schneider pretende demostrar, sin conseguirlo en mi opinión, que la lucha contra la criminalidad organizada puede llegar a ser justa con arreglo a determinados criterios muy estrictos, op cit., pág. 502.

⁴ Cfr. Jakobs, "Das Selbstverständnis der Strafrechtswissenschaft vor den Herausforderungen der Gegenwart" en, *Die deutsche Strafrechtswissenschaft vor der Jahrtausendwende. Rückbesinnung und Ausblick*, en, Eser/Hasemer/Burkhardt, München, 2000, págs. 47-56. Luhmann sustituye la perspectiva funcional-estructural de Parsons por la estructural-funcional.

⁵ Vid. Jakobs, "Das Selbstverständnis der Strafrechtswissenschaft vor den Herausforderungen der Gegenwart" en, *Die deutsche Strafrechtswissenschaft vor der Jahrtausendwende. Rückbesinnung und Ausblick*, München, 2000, pag. 51. Cfr. Schneider, op cit., pag. 504.

⁶ "Kriminalisierung in Vorfeld einer Rechtsgutsverletzung", en ZStW 97, págs. 751 a 785. Aquí Jakobs se refiere al empleo de la criminalización de estadios previos a la lesión de bienes jurídicos y la penalización de la esfera interna-privada del sujeto. En esta ocasión, Jakobs sólo admitía excepcionalmente un Derecho penal de enemigos y en una legislación de emergencia. El autor —aun reticente— justifica aquí ese sistema excepcional esgrimiendo el siguiente argumento: "en un Ordenamiento tal y como se encuentra establecido conforme a la Ley Fundamental, una persona es un ciudadano, es decir, un sistema que —aparte de su dotación psicofísica, que incluye hasta la piel— dispone de una esfera privada que consta, por ejemplo, de vestido, contactos sociales reservados,

modificado sustancialmente o no su posición originaria, esto es, si realmente ha transformado una tesis conforme a la cual admitía de forma excepcional un Derecho penal de enemigos, para plantear ahora, en cambio, la necesidad de su implantación de modo general⁷.

Actualmente, el autor citado sostiene que las modernas soluciones del Derecho penal y procesal adquieren un contenido diferente respecto de las tradicionales respuestas penales y procesales (en este sentido, y sólo en esa materia, prácticamente coincide con la interpretación elaborada por la Escuela de Francfort). A esta finalidad, se articula la noción del Derecho penal del enemigo como una categoría del Derecho que considera enemigo a todo aquél que ha huido de modo duradero del Derecho, frente a quien la sociedad reacciona, hasta el

vivienda y propiedad (de dinero, herramientas, etc.). Denomino este ámbito privado la esfera civil interna. Junto a ella hay una esfera externa, a la que no sólo pertenecen los Derechos de intervención en asuntos públicos, lo que aquí resulta poco relevante, sino también —y esto es lo que importa— los contactos sociales no reservados y, además, los Derechos a la utilización de bienes de uso común, a la salida y entrada en el territorio, etc.". De este modo, continúa Jakobs, "si, por ejemplo, en la ya mencionada tentativa de participación del párrafo 30 StGB se definen acuerdos previos como delitos, incluso si se realizan en condiciones de privacidad, v.gr. por personas entre las que media amistad, se priva a los intervinientes, en esa medida, de su ámbito interno y se les trata como enemigos a los que no se concede el status de ciudadano. Ciertamente esto es útil para la protección de bienes jurídicos, pero por esta protección tiene que ceder una parte de su esfera interna. Una disminución semejante del sujeto pertenece a un Derecho penal de índole peculiar que se diferencia nítidamente del Derecho penal de ciudadanos: el Derecho penal de enemigos optimiza la protección de bienes jurídicos, el Derecho penal de ciudadanos optimiza las esferas de libertad". Cfr. "Criminalización en el estadio previo a la lesión de un bien jurídico", en Estudios de Derecho penal. Traducción de Peñaranda Ramos, 1997, págs. 296-298. Formarían parte, por tanto, del mencionado Derecho penal de enemigos las criminalizaciones de actos preparatorios que se efectúan en el ámbito privado, algunos delitos contra la seguridad del Estado, las asociaciones criminales o terroristas... Concluye Jakobs su posición inicial cuestionando entonces la incriminación de fases preparatorias del delito y los delitos consistentes en la creación de un clima, ya que "las ataduras son constitutivas para el Estado de libertades; quien las desata, abandona tal modelo de Estado. La existencia de un Derecho penal de enemigos no es signo, por tanto, de la fortaleza del Estado de libertades, sino un signo de que en esa medida simplemente no existe. Ciertamente, son posibles situaciones, que quizá se dan incluso en este momento, en que las normas imprescindibles para un Estado de libertades pierden su poder de vigencia si se aguarda con la represión hasta que el autor salga de su esfera privada. Pero incluso entonces el Derecho penal de enemigos sólo se puede legitimar como un Derecho penal de emergencia que rige excepcionalmente. Los preceptos penales a él correspondientes tienen por ello que ser separados estrictamente del Derecho penal de ciudadanos, preferiblemente también en su presentación externa. Así como la regulación de la incriminación no ha sido, acertadamente incorporada a la StPO, el Derecho penal de enemigos tiene que ser también separado del Derecho Penal de ciudadanos de un modo tan claro que no exista peligro alguno de que se pueda infiltrar por medio de una interpretación sistemática o por analogía o de cualquier otra forma en el Derecho penal de ciudadanos". Cfr. *ibid.*, págs. 322-323.

⁷ Cfr. El comentario de Jakobs, "Das Selbstverständnis der Strafrechtswissenschaft vor den Herausforderungen der Gegenwart" en, *Die deutsche Strafrechtswissenschaft vor der Jahrtausendwende. Rückbesinnung und Ausblick*. München, 2000, págs. 49-54. Al respecto, Schulz recela de la idea de continuidad que afirma Jakobs entre las interpretaciones del Derecho penal del enemigo de 1985 y su ulterior planteamiento de 1999, porque ya no se trataría tanto de una categoría analítica, antes bien, ahora mantiene que no existe una alternativa al Derecho penal del enemigo. Aunque ciertamente ya en 1985 se contrastaba la figura del ciudadano y la del enemigo y, en consecuencia, se operaba con la dicotomía amigo-enemigo, cfr. "Die deutsche Strafrechtswissenschaft ..." cit., pág. 659. Dicotomía que se asemeja a la definición que de la política realizaba Carl Schmitt como la distinción entre el amigo y el enemigo. Vid. J. A. López García, "La presencia de Carl Schmitt en España". *Rvta de Estudios Políticos*, nº 91. 1996, págs. 143 y ss.

extremo de contraponer un *Derecho para ciudadanos* y un *Derecho para enemigos*.

Ahora bien, si el Derecho penal de ciudadanos se sujeta a un proceso penal garantístico, en qué términos quedará concretada la notoria restricción a que se somete el contenido del Derecho penal de enemigos. En otras palabras, ¿qué significa, en pureza, un Derecho penal del enemigo?⁸ Jakobs lo ha resumido en virtud de las siguientes directrices⁹; de un lado, un adelantamiento de la punición equivalente al estatus de un hecho consumado, sin que suponga, por tanto, una reducción de la pena; de otro, la transición de un Derecho penal a una legislación de lucha que implica la reducción de las garantías procesales. Junto a ello, Jakobs descarta otra alternativa al Derecho penal del enemigo, pues se trata de una guerra.

Pues bien, con arreglo al modelo descrito, la función del Derecho penal actual consistirá en separar el Derecho penal del enemigo del de ciudadanos, y, en esa medida, distinguir en la valoración entre las acciones de las *personas* y las de las *no-personas* (enemigos).

El enemigo es un ciudadano que por su posición, forma de vida, o quizás su pertenencia a una organización, ha abandonado el Derecho, no de forma incidental sino duradera, por lo que no garantiza la más mínima seguridad cognitiva, déficit que expresa a través de su conducta¹⁰. Si, como indica y asegura Jakobs, el número de enemigos aumenta¹¹, una sociedad que conoce tal riesgo no puede resolver el problema de la defectuosa seguridad cognitiva sólo con medios policiales. En otras palabras, no se encuentran otras alternativas al Derecho penal del enemigo¹² porque el Ordenamiento jurídico no puede integrar a ciudadanos que no reúnen las mínimas garantías cognitivas imprescindibles para actuar como personas. *Los enemigos actualmente no son personas*¹³.

Como puede observarse, el cambio cualitativo que experimenta la tesis de Jakobs se produce cuando acepta sin límites un modelo penal y procesal funcionalista en el que prima la defensa de la seguridad del Estado y la ausencia de principios liberales. Esta posición se fundamenta en la teoría de sistemas orientada a la teoría de la comunicación. En su opinión, la persona existe en función de su relación social, "la relación con al menos otro individuo no se basa solamente en las propias preferencias, sino que se define mediante al menos

⁸ Vid. Schulz, op. cit., págs. 660-661.

⁹ Cfr. Jakobs, "Das Selbstverständnis der Strafrechtswissenschaft vor den Herausforderungen der Gegenwart", cit. págs. 51-52. Las alusiones a las directrices expuestas por el autor aparecen en el trabajo de Schulz, op. cit., pág. 661.

¹⁰ Cfr. Jakobs, "Das Selbstverständnis der Strafrechtswissenschaft vor den Herausforderungen der Gegenwart", cit. pág. 51.

¹¹ Subraya Jakobs que una sociedad se asienta en la religión, la familia, propiedad y en las nacionalidades, elementos que construyen su identidad. Las diferentes culturas añaden una base legal. Sin embargo, la base legal genérica se degrada por la aparición de formas de vida secundarias. La sociedad tendrá, en consecuencia, enemigos de forma abierta o encubierta. Cfr. "Das Selbstverständnis der..." en, *Die Strafrechtswissenschaft*, cit. págs. 52-53.

¹² *Ibid.*

¹³ Cfr. Jakobs, "Das Selbstverständnis der..." en, *Die Strafrechtswissenschaft*, cit. págs. 50-52. Vid. al respecto las objeciones vertidas por Schulz, op. cit., pág. 662.

una regla independiente de tales preferencias, de tal manera que el otro puede invocar esa regla. Tal regla es una norma social en sentido estricto: si se infringe, ello significa elegir una configuración del mundo de cuya toma en consideración había sido precisamente exonerado el otro¹⁴. Serán la relación normativa (la *persona* como producto de una específica construcción normativa) y la necesidad social las que determinen la fundamentación de los intereses empíricos de los individuos¹⁵. Esta visión normativa de la persona es expresada por Jakobs cuando sostiene que, "desde el punto de vista de la sociedad no son las personas las que fundamentan la comunicación personal a partir de sí mismas, sino que es la comunicación personal la que pasa a definir los individuos como personas"¹⁶.

La integración en el proceso sistémico de semejante conformación normativa de persona ha respaldado la conversión del Derecho del "enemigo" en un Derecho de guerra, en el que el acusado se transforma en *no-persona* por haber abandonado el Derecho, aunque no sea de modo permanente¹⁷. Esto se explica porque es el complejo normativo el que define las características jurídicas del concepto persona¹⁸.

Sin embargo, no todos consideran que se ha producido un cambio en la teoría de Jakobs. Según

¹⁴ "El individuo emprende algo que sólo tiene sentido si no se encuentra solo en el mundo". Cfr. Jakobs, "Sociedad, norma y persona en una teoría de un Derecho penal funcional", trad. de Cancio Meliá/Feijóo Sánchez, 1996, pág. 79.

¹⁵ "Ante el otro se constituye el sujeto a través de la vinculación a la norma y necesita la propia autorreferencia del otro para que éste, a su vez, se convierta en sujeto". Vid. "Sociedad, norma...", cit., pág. 80.

¹⁶ Cfr. "Sociedad...", cit., pág. 81. Posteriormente, Jakobs ha precisado el concepto de persona al resaltar la importancia en la formación de "todo orden personal" de los "deberes de contribuir al mantenimiento del grupo que existe a través del orden". Cfr. "Sobre la génesis de la obligación jurídica", trad. de Cancio Meliá, en *Doxa*, n° 23, 2000, pág. 342. De ahí se deriva que el rango de persona se determina en función de los deberes sociales. En consecuencia, el estatus de persona se interrumpirá cuando el individuo no realice o no pueda cumplir su deber frente al grupo. Cfr. op. cit., pág. 343. En los casos de ausencia de participación en los deberes respecto de los demás, el individuo deja de ser persona porque "aquél al que no se necesita se le excluye de la obra común, y cuando ha entendido esto sólo le queda la retirada hacia la mera individualidad", op. cit., pág. 348.

¹⁷ La expresión Derecho penal del enemigo se presenta como una nueva versión radical del Derecho penal y procesal; su legitimación se basa en una complicada ponderación procesal —interés del Estado/interés del inculcado. Resulta difícil imaginar en quién recaerá la decisión sobre el criterio de la legitimación, ya que el Derecho penal del enemigo carece de alternativa y la totalidad de esta construcción está unida a la guerra y depende del concepto de enemigo. En definitiva, ¿quién va a proceder a la definición de enemigos?. Vid. B. Schunemann, "Die deutsche Strafrechtswissenschaft nach der Jahrtausendwende", en *GA*, 2001, pág. 212.

¹⁸ Cfr. Jakobs, "Sociedad...", cit., pág. 85. Jakobs distingue entre comunicación personal e instrumental, de modo que únicamente "en el ámbito personal existen expectativas normativas en sentido estricto y sólo ahí se encuentra excluida la vinculación a informaciones mecánicas y por informaciones mecánicas", op. cit., pág. 85.

Sin embargo, olvida que en Derecho la persona sólo se define a través de un sistema de reglas basadas en la responsabilidad individual. Vid. Schunemann, op. cit. pág. 212. Según este autor, el lenguaje del Derecho penal del enemigo representa, en el mejor de los casos, una metáfora engañosa, *ibid.* Acerca de ello, también, Schulz, op. cit., pág. 663. Las diferencias entre la comunicación personal e instrumental han modificado la tesis inicial de Jakobs que aplica la teoría sistémica de Luhmann al Derecho penal. Dado que Luhmann no emplea criterio alguno para cuestionar la legitimidad de un Ordenamiento, la existencia de una norma contara de modo inmediato con el respaldo de la teoría sistémica al identificar legitimidad con legalidad en la producción del Derecho. Por esta razón, no es de extrañar que, confirmado el desarrollo de los elementos de un Derecho penal del enemigo, la teoría sistémica sirva de base dogmática en la legitimación del mismo.

Schunemann¹⁹, el planteamiento de Jakobs se ha comportado como una bomba de espoleta retardada. La primera formulación de la categoría del Derecho penal del enemigo de Jakobs en la Maestría de Derecho penal de Francfort ya descansaba en un reconocimiento de la necesidad del Derecho penal del enemigo²⁰.

Junto a Jakobs, su discípulo H.H. Lesch, siguiendo la teoría de Stuckenberg²¹ en la que se define la presunción de inocencia como un principio opuesto a la exigencia de veracidad en el procedimiento, ha desarrollado la figura del Derecho Penal del enemigo y especificado las armas que el Estado puede y debe utilizar²². En este contexto, Lesch mantiene que el autor de una acción delictiva, como miembro de una organización criminal, modifica la estabilidad del Derecho²³. Sólo en la medida en que el individuo acepta el orden social constituido adquiere el *status* de persona; por el contrario, de no aceptarlo, se convierte en una criatura animal²⁴ y, en consecuencia, el Ordenamiento carece de razones para defender sus intereses.

Estas consideraciones propugnan un cambio absoluto en los paradigmas del Derecho procesal-penal debido no tanto a la existencia de un peligro real que tiene su origen en las organizaciones criminales, sino al desarrollo sesgado de la teoría sistémica y sus principios filosóficos²⁵.

¹⁹ Cfr. "Die deutsche Strafrechtswissenschaft...", cit., págs. 210-213. En su opinión, el argumento actual de Jakobs no difiere del inicial, pág. 211.

²⁰ Cfr. Schunemann, op. cit., págs. 210-213. Vid., sobre este debate, los comentarios de Callies, Naucke, Schroeder y Tiedeman, en el resumen de la reunión que realiza Gropp en *ZStW* 97, 1985, págs. 919 y ss.

²¹ Vid. C. F. Stuckenberg, "Untersuchungen zur Unschuldsvormutung", 1998, págs. 42 y ss. Sin embargo, Stuckenberg ha replicado a Lorenz Schulz, en un artículo cuyo título es muy clarificador de su contenido —Caballo de Troya o aspas de molinos de viento—, que su tesis sobre el registro y la presunción de inocencia representa verdaderamente un regreso al funcionalismo. Se queja Stuckenberg de que la crítica de Schulz se base exclusivamente en que la terminología empleada en su trabajo es cercana a la teoría funcionalista de Jakobs y a la teoría de los sistemas de Luhmann. Cfr. "Trojanisches Pferd oder WindmühlensLügel. Replik zu Lorenz Schulz: Grenzen prozessualer Normativierung". *GA* 2001, pág. 583. Respecto a la teoría sistémica y el derecho subjetivo a la presunción de inocencia, subraya Stuckenberg, su concepción sólo conlleva la defensa del procedimiento, por lo que el principio de presunción de inocencia no puede ser un aspecto más del principio estatal de un derecho subjetivo. Este autor denuncia que Schulz ignore su concepción del principio de culpabilidad como explicación en el fundamento de la presunción de inocencia. Cfr. *Ibid.*, pág. 590. En esa dirección, reclama que su planteamiento no se encuentre plasmado en la reducción simplista realizada por Schulz. Por el contrario, no niega que puedan llegar a encontrarse formas de defensa a través de la presunción de inocencia pero, afirma que la defensa de la posición subjetiva del imputado, basado en la presunción de inocencia, no solo es un error sino que también es muy peligrosa. Cfr. *ibid.*, pág. 593. Por estas razones concluye que la crítica al funcionalismo de Schulz no lucha contra un caballo de Troya, sino que, en realidad, lo hace contra las aspas de molinos de viento. Cfr. *ibid.*, pág. 594.

²² Cfr. "Inquisition und rechtliches Gehör in der Beschuldigtenvernehmung", en *ZGS*, n° 111, 1999, págs. 624 y ss, del mismo, "Hörfalle und kein Ende —Zur Verwertbarkeit von selbstbelastenden Angaben des Beschuldigten in der Untersuchungshaf", en *GA*, n° 147, 2000, págs. 355 y ss.

²³ El autor adopta los principios funcionalistas de la obra de Jakobs que ya se han expuesto.

²⁴ Vid. Lesch, "Hörfälle und kein Ende...", cit., págs. 355, 362.

²⁵ Vid. Jakobs, en Eser/Hassermann/Burkhardt: "Die deutsche Strafrechtswissenschaft vor der Jahrtausendwende", 2000, págs. 47-56; Lesch, "Hörfälle...", cit., pág. 355; Pawlik, "Verdeckte Ermittlungen und das Schweigerecht des beschuldigten zu den Anwendungsgrenzen der 136 Abs 1 Satz 2 und 136 a) StPO", en *GA*, 1998, pág. 378. Cfr. una crítica a esta posición en Schneider, op. cit. págs. 504-505.

La columna vertebral del modelo sistémico aplicado a la concepción del "enemigo" radica en la propia noción de persona elaborada por N. Luhmann²⁶. En la creación de esta figura, el autor emplea el concepto de "forma", entendido como marcación de un límite de la que surgen dos lados. La percepción de la forma (objetos) es posible siempre gracias a un médium (luz o aire), por ello nada en sí mismo puede integrar la forma o el médium. La separación entre ellos se manifiesta en la medida en que cada lado de la forma permanece en posición antagonica respecto del otro²⁷.

A continuación, Luhmann distingue entre sistemas psíquicos (conciencias) y personas. A su juicio, las operaciones de la conciencia son los pensamientos que se reproducen en un retículo cerrado, sin contacto con el entorno, de tal modo, que sólo puede observarse desde el exterior, no insertarse²⁸. Así surge la forma-con-dos-lados, autorreferencia/heterorreferencia²⁹, y la reiteración o el cruce

Como ha advertido con acierto García Amado a propósito de la fidelidad de Jakobs y sus discípulos a la tesis de Luhmann, o mejor, a los planteamientos sistémicos del primer Luhmann y no del último, el de la autopoiesis, "dichos autores no pueden ir más allá en la incorporación de elementos sistémicos porque tal cosa supondría o bien renunciar al cultivo de una dogmática penal estándar, o bien asumir consciente y abiertamente que su discurso tiene que desdoblarse en dos análisis distintos, que serían por un lado, la explicación de la razón de ser y el fundamento del sistema jurídico-penal, en clave de lo que podríamos denominar un punto de vista externo, y, por otro, el cultivo del discurso propio de la teoría interna de dicho sistema, haciendo abstracción de las consecuencias del análisis anterior y asumiendo que practican una comunicación que sólo puede pretenderse "verdadera" y fundamentada en el seno de dicho sistema, esto es, como si aceptaran que se trata de jugar un juego en el que todas las reglas son puramente instrumentales para el rendimiento de ese sistema que antenormente han desmitificado en cuanto a sus pretensiones últimas. El hecho de que Jakobs y sus seguidores no distingan entre esos dos niveles de su discurso o análisis y de que más bien pretendan fundar el segundo en el primero, les conduce a verdaderas aporías y a más de una inconsecuencia". Cfr. "¿Dogmática penal sistémica? Sobre la influencia de Luhmann en la teoría penal", en *Doxa*, n.º 23, 2000, pag. 233. Antes bien, en opinión de este autor, tenían que haber recurrido a las doctrinas funcionalistas, y no a la de Luhmann, que supera al funcionalismo, porque resulta incoherente seguir la teoría de sistemas afirmando que cada sujeto individual lo inventa cada sistema social, y, a la vez, sostener que el sujeto penal existe y es constitutivamente libre. En palabras de García Amado, "no me atrevería a imputar a Jakobs y su escuela ni esquizofrenia teórica ni disimulismo. Más bien creo que su loable fe de dogmáticos penales les lleva a refrenar a tiempo sus atanes sistémicos", op. cit., pag. 263. En efecto, las discordancias aludidas se extenORIZAN a la hora del examen de la conciencia del individuo, de la culpabilidad, de la legitimidad del sistema penal o de la pena, puesto que tratan como real al sujeto cuando, para la tesis sistémica, sólo es una ficción instrumental de los sistemas jurídicos actuales. El dilema en el que discurre permanentemente la obra de Jakobs es la elección entre la conciencia autónoma del individuo o su consideración como objeto del sistema. Tales incongruencias, explica García Amado, no son sino "el resultado de ser radicales en las premisas pero no querer serlo en las consecuencias", op. cit., pag. 249.

²⁶ La construcción del concepto persona se funda en la comunicación social y no en la mera individualidad. Esto lo explica Luhmann al distinguir "al individuo de la "identidad social" que, sea agradable o desagradable, en cualquier caso se le supone, se distingue el I del me, o el yo dado para sí mismo sólo fragmentaria y situativamente de aquel otro normal, redondeado, que ha de satisfacer expectativas sociales especialmente referidas al mantenimiento de la identidad de uno consigo mismo". Cfr. Luhmann, *Complejidad y modernidad de la unidad a la diferencia*, (La forma persona), 1998, pag. 231.

Vid. Luhmann, "Zeichen als Form", en *Probleme der Form*, 1993, págs. 45-69. Vid una exposición detallada del concepto "forma" en G. Corsi/E. Esposito/C. Baraldi, *Glosario sobre la teoría social de Niklas Luhmann*, 1996, págs. 84 y ss.

²⁸ Vid. Luhmann, "Die autopoiesis des Bewusstseins", en *Soziale Welt*, n.º 36, 1985, págs. 402-446. Cfr. G. Corsi/E. Esposito/C. Baraldi, op. cit., págs. 150 y ss.

²⁹ La autorreferencia significa que los sistemas pueden analizar

entre ambos³⁰. La forma de los sistemas psíquicos reside esencialmente en la distinción entre sendos planos.

A través de estos términos, el autor deslinda los sistemas psíquicos del concepto de persona, pues "Con la personalidad de lo que se trata es de la regulación de la interacción social"³¹, mecanismo que fluye cuando los individuos se perciben y seleccionan comportamientos en función de esa percepción. Como él mismo describe, por persona "no ha de entenderse un objeto especial, ni tampoco una clase de objetos o una propiedad de objetos (a los que, por poseerla, se denomina sujetos) sino un tipo específico de distinción que guía el observar como forma con dos caras. Así pues, una persona no es simplemente otro objeto como un ser humano o un individuo, sino otra forma, con la que se observan objetos como individuos humanos. Lo principal, entonces, es determinar la otra cara de esta forma; es decir, aclarar en qué específico sentido una persona puede ser no-persona, sin que por ello deje de ser hombre, individuo"³².

En virtud del mecanismo aludido, Luhmann interpreta la forma "persona" como la limitación individualmente atribuida de las posibilidades de conducta. De este modo, se pretende concretar lo que no pertenece a la persona. Esto es lo que en la tesis de Luhmann aparece inevitablemente unido al problema de los sistemas sociales en los que se condiciona la realización de los partícipes como personas a la correspondencia de los demás respecto a cada uno de ellos³³. Las personas permiten entonces la unión estructural entre sistemas psíquicos y sociales³⁴, de tal manera que "la forma "persona" sobreforma al sistema psíquico mediante una distinción adicional, justamente la representada por un repertorio de conductas restringido y, en virtud de ello, delimitado. Los dos lados de esta distinción pueden observarse psíquicamente, y es posible sacar provecho tanto de la permanencia leal en cuan-

la realidad a través del autocontacto. Además, se apela a la diferenciación entre las operaciones y el entorno. Por un lado, la autopoiesis, en la que la distinción se construye desde el interior del sistema, y, por otro, la heterorreferencia. El entorno, que es todo lo que no entra en el sistema, está conformado por las operaciones de un sistema "En cada concreta operación del sistema tiene que ser reproducida la distinción entre autorreferencia y heterorreferencia, para que él pueda indicar, entonces, una u otra cara; es decir, al sistema o a su entorno. Ninguna de ambas es posible sin la otra, por lo que, haga lo que haga, el sistema conserva su forma. En otras palabras el sistema ha de reproducir la distinción como tal distinción" Cfr. Luhmann, *Complejidad*, cit., págs. 234-235.

³⁰ Cfr. Luhmann, *Sociedad y sistema la ambición de la teoría*, 1990, págs. 87 y ss.

³¹ Cfr. Luhmann, *Complejidad*, cit., pag. 236. El concepto de persona de Luhmann no pretende expresar la singularidad individual de la naturaleza concreta del sujeto humano, sino que retiene su sentido de una idea colectiva, pag. 237. No obstante, reconoce que "Solo en la Edad Media, y debido a la necesidad de indicar al ser humano como individuo en general e independiente de sus específicas contexturas sociales, es cuando se produce una individualización general del concepto de persona. Y entonces el concepto estimula la carrera valorativa del individuo", págs. 236-237.

³² Cfr. Luhmann, *Complejidad*, cit., pag. 237; del mismo, *La realidad de los medios de masas*, 2000, pag. 50.

³³ Cfr. *ibid.*, pag. 239.

³⁴ Las personas hacen posible, según Luhmann, que los sistemas psíquicos experimenten en su propio yo las limitaciones con las que contarán en el tráfico social. "El tener conciencia de que se es persona da a los sistemas psíquicos, en el caso normal, el visto bueno social, y para el caso desviante la forma de una irritación todavía procesable en el sistema". Vid. *Complejidad*, cit., pag. 243.

to persona en uno de ellos como del cruce del límite³⁵.

Por último, junto al concepto de persona se encuentra la posibilidad de la exclusión de la *no-persona*. Las personas no son sistemas como las conciencias o los cuerpos, sino que conforman una estructura social que permite a la sociedad seleccionar una dirección para la producción de las comunicaciones³⁶. Si la persona y sus características surgen de la doble contingencia, esto es, de la elección entre lo que es actual y posible y, a su vez, lo que es posible por otros caminos y no necesario, la selección de un camino excluirá las demás posibilidades³⁷.

Si bien las sociedades modernas se fundamentan, según Luhmann, en los principios de igualdad y libertad deducidos de la teoría del contrato social —libertad para la aceptación del contrato social e igualdad de todos los que forman parte del mismo—, las diferencias se originan a partir del uso de la libertad de los concretos sistemas parciales y, particularmente, de la idea de organización formal. Las expectativas dirigidas hacia las personas se basan, ante todo, en el contraste entre pasado y futuro centrado en la biografía³⁸. Por ello, no todos pueden participar en los sistemas de modo integral pues va a depender de las formas de organización de la comunicación. De modo paralelo, esta afirmación expresa la separación entre la igualdad formal en el ámbito del sistema parcial y la desigualdad real en el espacio de organización formal. Es evidente que la exclusión de los subsistemas puede llevar al individuo a ser irrelevante como persona; esto puede ocurrir, bien por la exclusión de la organización formal o por la autoexclusión del contrato social que impide la participación en el sistema parcial.

La construcción expuesta constituye, inicialmente, el contexto del que parten tanto Jakobs como sus seguidores en la concepción del Derecho penal del enemigo³⁹. Únicamente de esta manera, puede llegar a entenderse que Lesch defiende, con la terminología conceptual de Luhmann⁴⁰, que el sujeto no actúa en Derecho como individuo, como sistema psico-psíquico de identidad humana, sino especialmente como persona (construcción normativa). Sin embargo, como la persona elige para sí misma la libre administración de un círculo organizativo, igualmente, como reverso de este derecho, puede llegar a ser excluida si opta por separarse del Derecho, manteniendo así una conexión

entre la libertad de organización y la respuesta; libertad sin responsabilidad no es realmente una libertad personal, es más una arbitrariedad subjetiva; persona, en la dirección social del concepto de Luhmann, es el garante de su propia identidad en las conductas sociales⁴¹.

Con similares fundamentos, Müssig intenta justificar la existencia de una teoría del Derecho penal y procesal⁴². Las normas legales son también normas sociales; en esa medida, la perspectiva individual va a estar condicionada por un sentido de dependencia subjetiva y el modelo de orientación también depende de la conducta de otros⁴³.

Aplicando como plataforma teórica las estrictas versiones del estructural-funcionalismo, Lesch, Müssig, Pawlik, entre otros, han intentado legitimar un Derecho procesal-penal muy restrictivo en lo que concierne a los derechos de que dispone el autor cuando pierde la condición de persona. Porque, cuando eso ocurre, sustentan un número indeterminado de medidas de investigación caracterizadas todas ellas por la infracción de alguno de los principios constitucionales y procesales del procedimiento legal⁴⁴. En definitiva, a causa del alejamiento du-

⁴¹ Cfr. Lesch, "Hörfalle...", cit., 2000, pag. 362.

⁴² Para este autor, la misión del Derecho Penal está unida a la teoría de la Prevención general positiva y al significado social de las normas, mientras que la función del Derecho depende de la estructura de la sociedad. Cfr. Müssig, "Beweisverbote im Legitimationszusammenhang von Strafrechtstheorie und Strafverfahren", en GA, 1999, págs. 121 y ss.

⁴³ Cfr. Müssig, "Beweisverbote...", cit., pag. 121. En su función social, las normas exigen un cambio de la perspectiva individual a la social porque lo que interesa no es la acción individual sino la comunicación como práctica social: la autorreferencia del proceso de comunicación como sistema social. Las acciones de los individuos son, bajo el punto de vista del contacto social, interacciones, dibujan una dependencia común comunicativa. Desde este ángulo, las normas —como esperanza de la estructura social— constituyen la fundamentación de la autodescripción y el modelo de organización de cada sistema social, construyen los fundamentos comunes de un contexto social y se ocupan de las situaciones interactivas, edifican la estructura en el proceso de comunicación y las formas —la figura de cada sistema comunicativo. Cfr. op. cit., pag. 121. Así interpretadas, las normas jurídicas formalizan el símbolo de la estructura del sistema social de comunicación, definen la figura de la sociedad.

⁴⁴ Este grupo de autores pretende justificar la necesidad de aplicar en la investigación del delito un conjunto de medidas, entre las que destacan el uso de confidentes policiales, la intervención de particulares que aporten pruebas o las medidas de vigilancia telefónica (*Hörfallen*). Como puede comprobarse, son actuaciones que, sin duda, lesionan diversos principios procesales y constitucionales. Vid. Schneider, "Bellum Justum...", cit., págs. 507-508. Afortunadamente, contrario a este movimiento legal, doctrinal y, en el menor de los casos, jurisprudencial, C. Roxin se ha manifestado en diversas ocasiones. Para él, "el Derecho procesal alemán muestra una constante lucha entre estas pretensiones contrapuestas. Así, mientras la jurisprudencia, mayoritariamente, se esfuerza en fortalecer la protección del procesado, la legislación reciente se inclina siempre a favor de autorizar una continua injerencia en el ámbito privado". Vid. "La protección de la persona en el Derecho procesal penal alemán". La evolución de la Política criminal, el Derecho penal y el Proceso penal, 2000, pag. 122. Salvo en casos justificados muy específicos, Roxin siempre ha defendido la preeminencia de los principios procesales y, como no, del principio de la no autoincriminación frente a la coacción estatal o cualquier otro tipo de medios ilegales empleados en la confesión del sospechoso.

Generalmente, la jurisprudencia alemana ha incluido dentro de la prohibición de valoración de pruebas aquellas que limitan el derecho de no autoincriminación. En este sentido, se manifiesta la sentencia BGHSt 38, 214, al establecer la prohibición de valorar todas aquellas manifestaciones que hubieran sido realizadas por el detenido ante la policía sin la debida instrucción sobre sus derechos. Por otra parte, la sentencia del BGHSt 38, 372, que versaba sobre el derecho a consultar con un abogado, considero ilícita la prueba lograda por un policía que impidió la consulta a un detenido.

Cuestiona Roxin que se aprecien sin límite las autoincriminaciones realizadas en el ámbito de las relaciones privadas

³⁵ Cfr. Complejidad... cit., pag. 244.

³⁶ Cfr. Luhmann, "Inclusión y Exclusion", traducción del manuscrito en Acta sociológica, Facultad de Ciencias Políticas y Sociales, UNAM, México, n° 12, septiembre-diciembre, 1994, citado en G. Corsi/ E. Esposito/ C. Baraldi, op. cit., págs. 92-94.

³⁷ Cfr. Luhmann, "Soziale Systeme. Grundriss einer allgemeinen Theorie", 1984, pag. 571.

³⁸ Vid. "Wie ist soziale Ordnung möglich?" en Gesellschaftsstruktur und Semantik, n° 2, 1981, págs. 208 y ss. Cfr. G. Corsi/ E. Esposito/ C. Baraldi, op. cit., pag. 93.

³⁹ La interpretación que hacen estos autores de los conceptos "no-persona" y "exclusion" de Luhmann puede incurrir en la contradicción de considerar, nuevamente, al sujeto como conciencia autónoma y no como mero objeto de un sistema.

⁴⁰ Cfr. Luhmann, en Gesellschaftsstruktur und Semantik, 1989, págs. 251 y ss. Cfr. Lesch, "Inquisition und rechtliches Gehör...", cit., 1999, pag. 637.

radero del Derecho y de la ética subjetiva del autor, se destruye la cualidad del inculpaado como persona y, al mismo tiempo, se reduce su existencia a la condición de una criatura animal sin fundamento jurídico⁴⁵.

Con esta posición estructuralista, en la que prima la razón de Estado sobre la seguridad individual, se erige un deber general de cooperación en el proceso penal, a través de cuyo ángulo se contempla una serie de supuestos en los que se afirma que el principio de prohibición de valoración de la prueba puede lesionar el concepto de verdad procesal. En esta dirección, una visión funcionalista del proceso penal no suele considerar esencial el respeto del principio *nemo-tenetur* ni de otras garantías del proceso⁴⁶.

(por ejemplo, cuando se relata el delito a terceros: amigos, otros detenidos, etc.). La ley de 15 de julio de 1992, en casos de criminalidad organizada, permite el uso de agentes encubiertos. Vid. op. cit., pág. 156.

⁴⁵ Cfr. Lesch, "Hörfälle...", cit., pág. 363. Con esos principios filosóficos, este autor considera que en el parágrafo 136.I del StPO no se reconoce un derecho general a la libertad de autodeterminación sino, exclusivamente, el derecho a la determinación sobre la clase y el modo de defensa en el proceso penal. En otras palabras, el principio *nemo tenetur seipsum accusare* se circunscribe a la libertad de declaración en el interrogatorio formal durante el proceso penal, op. cit., pág. 638. Vid. también, Lesch, "Inquisition...", cit., pags. 625 y ss. Lesch analiza varios supuestos del BGH y estudia la antijudicialidad de diversos medios, entre ellos, la investigación a través de confidentes y las escuchas ilegales, op. cit. pág. 358. En síntesis, a su juicio, este tipo de investigaciones tendentes a esclarecer la responsabilidad del autor no contradice en absoluto el parágrafo 136 a) I. 2. 2. Asimismo, tampoco debe aplicarse el 136 a), I, II a la actuación privada como medio de investigación, cfr. "Hörfälle...", cit. pág. 371. Por el contrario, si regiría el 136 a), III, 2 respecto de un medio de prueba análogo, cuando un particular obtiene la información mediante la vulneración de un precepto legal, independientemente de si la persona privada actúa con un mandato oficial de investigación o por propia iniciativa. Cfr. "Hörfälle...", cit. pág. 371.

Por último, afirma Lesch que la clandestinidad de la investigación no contraría la prohibición análoga del 136 a) III 2, op. cit., pág. 371. Cfr. las observaciones de H. Schneider a la obra de Lesch, en "Bellum Justum...", cit., pág. 505. En el trabajo de Lesch no se objetan los nuevos métodos de investigación ni se pone de relieve el perjuicio que ocasionan a los principios procesales del procedimiento legal. Es manifiesta, pues, la actitud crítica de Lesch, especialmente en el comentario que hace al caso de las "Hörfälle...", al considerar correcta la valoración de una prueba basada en la declaración no voluntaria que ha sido "arrancada" al inculpaado por un particular en el curso de una investigación oficial. Cfr. "Hörfälle...", cit., pags. 355 y ss. Vid. BGHSt. 44, 129. Cfr. Schneider, op. cit., pág. 505. En este supuesto, el inculpaado es investigado por un particular que obtiene por teléfono toda la información que sirve a la acusación en el desarrollo de una investigación oficial. Cfr. BGH NSStZ, 1995, 410 (*Anfragebeschluss*); BGH NSStZ 1966, 200 (*Vorlagebeschluss*); BGHSt., 42, 138.

⁴⁶ El parágrafo 136 a) prohíbe todos los métodos de interrogatorio que restrinjan la libre actuación voluntaria del procesado. A tenor del mismo, "la libertad de la voluntad de resolución y de la voluntad de participación del inculpaado no se pueden dañar mediante malos tratos, agotamiento, ataques corporales, suministro de drogas, tortura, engaño, hipnosis, coacciones ilegales, promesa de sentencias ilegales y la alteración de la memoria o de la capacidad de comprensión. Sólo se puede usar la violencia en tanto que el derecho del procedimiento lo permita. Están prohibidas las amenazas ilícitas y las promesas de un beneficio no previsto legalmente. No están permitidas las medidas que dañen la memoria o la capacidad de discernimiento del inculpaado". Asimismo, se establece en el citado artículo que el consentimiento del inculpaado es irrelevante y que cualquier declaración que se verifique bajo violación de tal prohibición carece de validez.

En relación con este precepto, se han pronunciado diferentes sentencias del BGH. Al respecto, es muy interesante la sentencia del BGHSt. 34, 362, que considero ilegal la prueba conseguida por un policía que se introdujo de incógnito en la celda de un detenido, logrando su confianza, y obteniendo la información sobre el delito. Sin embargo, si es lícito emplear la prueba indirecta que se consigue mediante su declaración. Tal posibilidad ha sido criticada por Roxin, ya que se trata de una autoincriminación obtenida a través de engaño; "la tesis de que su uso sería necesario para una lucha

Como ya se ha comentado⁴⁷, Müssig emprende la construcción del procedimiento penal con los criterios de la doble convergencia. Desde este punto de mira, el proceso penal debe tomar parte en la legitimación del Derecho penal, debe reflejar y garantizar, a través del Derecho penal, la estructura de la sociedad. Debe reconstruirse, por ende, con identidad de criterios y principios de organización para expresar normativamente el modelo de socie-

eficaz contra la delincuencia es insostenible; pues de este modo, podría llegar a desaparecer el mencionado principio del *nemo-tenetur*". Cfr. "La evolución de la política criminal...", cit., pág. 135. Del mismo modo, cuestiona la utilización de particulares (confidentes) en la información policial, como ya ocurrió en las sentencias del BGH 34, 362; 42, 139, cfr. "Beweisverwertungsverbot von belastenden Angaben gegenüber Wahrsagender Mitgefänger", en NSStZ, 1999, pág. 150. Desgraciadamente, el BGH no aclara, dejando abierta la cuestión, cuándo es lícita la colaboración coactiva. Lo correcto, según Roxin, será considerar prohibida la valoración de la prueba cuando un policía utilice cualquier medio ajeno al marco legal de la detención. Cfr. Roxin, "Beweisverwertungsverbot", cit., pág. 149. En el Derecho procesal-penal español, como comenta Gimeno Sendra, desde la STC 31/1981, de 28 de julio, que declaró que el atestado policial sólo tenía valor de mera denuncia, "hasta la fecha el TC ha creado toda una depurada doctrina sobre la prueba prohibida que ha pasado a imponerse en el artículo 11.1 de la LOPJ de 1985 (en cuya virtud "no surtirá efecto las pruebas obtenidas, directa o indirectamente —nótese que el precepto recoge la teoría "refleja" de la prueba prohibida— violentando los derechos fundamentales) y cuya finalidad consiste, no sólo en erradicar del proceso dicha prueba de valoración prohibida, sino también en obligar, en primer lugar, a la policía a ser respetuosa con los derechos fundamentales del detenido y, en segundo, a los juzgados y Tribunales penales acotar su ámbito cognoscitivo a la prueba practicada en el juicio oral, de tal suerte que la prueba transcurra bajo la vigencia de los principios de contradicción, oralidad, publicidad e inmediatez del Tribunal sentenciador". Cfr. Gimeno Sendra/Moreno Catena/Cortés Domínguez, "Derecho Procesal Penal", 1997, pág. 32. En consecuencia, cualquier prueba que se obtenga vulnerando alguna de las garantías constitucionales deriva en una prueba de valoración prohibida. Cfr. SSTs 17 de junio 1994 (RJ 1994, 5176), 13 de marzo de 1995 (RJ 1995 1838), 4 de abril de 1995 (RJ 1995, 2810); SSTC 309/ 1994, 22/1984, 81/1998, 2 de abril (RTC 1998,81), 49/1999, de 5 de abril (RTC 1999,49), 238 y 239 /1999, de 20 de diciembre (RTC 1999, 238 y 239). Sin embargo, como indica De Urbano Castañillo, "asistimos al surgimiento del principio de la relativización de la prueba ilícita en el que se abre paso al espacio de discrecionalidad que corresponde a los órganos judiciales —en tendencia observable en los países anglosajones—, para ponderar todas las circunstancias del caso, bienes constitucionales implicados y concreto impacto procesal de la vulneración producida". Cfr. La Prueba ilícita penal, 2000, pág. 56. Recientemente, acaba de aparecer una sentencia paradigmática, opuesta a la tendencia del funcionalismo radical sistémico que considera la presunción de inocencia como un obstáculo en la búsqueda de la verdad. Se trata de la sentencia n.º 58/2003 de 22 de enero de 2003, cuyo ponente es Perfecto Andrés Ibáñez, en la que lo que se discute es si es lícita o no la prueba obtenida por la autoinculpación del imputado cuando esta se produce mediante una información conseguida a través de la vulneración de los derechos fundamentales. La citada sentencia concluye que "incluso operando con el esquema de la llamada doctrina de la "conexión de la antijudicialidad", no puede sino concluirse que la declaración judicial autoinculpatoria de los recurrentes trae causa natural y jurídica del resultado de las diligencias constitucionalmente ilegítimas. Y también que el reconocimiento de eficacia inculpativa a esas manifestaciones relativizaria y debilitaria la protección que el ordenamiento dispensa a los derechos fundamentales concernidos, al recortar sensiblemente el alcance de la prohibición de uso de la información probatoria de cargo contaminada".

⁴⁷ Cfr. Müssig, Schutz abstrakter Rechtsgüter und abstrakter Rechtsgüterschutz, 1994, pags. 140 y ss. Con las normas de conducta que son los tipos penales, el Derecho penal garantiza los fundamentos de la sociedad; la pena, como reacción formal, demuestra simbólicamente que una norma es expresión de la concreta estructura de la sociedad. El ilícito penal y la pena se basan en una reconstrucción comunicativa dependiente de doble convergencia: la reacción penal es la contradicción a esta conducta y la simbólica autodeterminación de la figura estatal desde la perspectiva y con los medios del Derecho. El Derecho procesal, que es la parte de bosquejo de los conceptos penales, se convierte, junto al procedimiento, en la realidad práctica del Derecho penal. Cfr. Müssig, "Beweisverbote...", 1999, pág. 122.

dad⁴⁸. Se dibuja así un sistema de conexión entre la teoría del Derecho penal y el proceso penal, en el que la Prevención general positiva ocupa lugar clave para la configuración de un proceso que responde a la estructura social⁴⁹. Esa conexión de legitimación permite revisar también las claves de la doctrina de la prohibición de la valoración de la prueba⁵⁰.

Tampoco M. Pawlik se aparta de esta corriente. En su opinión, una persona adquiere la condición jurídica exclusivamente a través de la posición jurídica que se le reconoce al ser portador de derechos y obligaciones⁵¹. Como ya ocurriera con Lesch y Müssig, Pawlik sedimenta su tesis en las diferencias entre individuo y persona defendidas por Jakobs⁵². En consonancia con esta postura, el derecho a la no auto-incriminación del inculcado, jurídicamente relevante, sólo será teóricamente plausible si éste es considerado como persona. No es precisamente la remisión a los límites externos de la libertad del ciudadano afectado la que traza los contornos del deber de investigación procesal-penal en el Estado de Derecho, sino que es la realidad social la que proporciona los principios internos y externos de esta libertad⁵³. En definitiva, Pawlik asocia la asunción de responsabilidad con el concepto de personalidad jurídica, por ello, el deber de cooperación procesal-penal no implica una limitación de la libertad de los ciudadanos sino que es un principio immanente a esa libertad en el Estado de Derecho⁵⁴. Invirtiendo los términos de la relación, la existencia de un derecho del inculcado no debe interpretarse contraria a la colaboración comunicativa, siempre que el derecho de no colaboración pueda asumirse como una excepción del

deber de colaboración⁵⁵. Desde la perspectiva sociológica, la aceptación de una excepción al derecho a guardar silencio no afecta a los intereses del inculcado, sobre todo, cuando la legitimación del proceso obedece al entorno social⁵⁶.

Contrarios a este planteamiento sistémico sobre el Derecho penal-procesal del enemigo, se han pronunciado diversos autores⁵⁷ que estiman inaceptable el método funcionalista de legitimación de la ausencia de derechos⁵⁸.

Subraya especialmente Schunemann que, aunque sea punible cualquier acto de "enemistad", sí se debe mantener para el acusado de lesionar la norma un procedimiento sancionatorio y, como persona, todos los derechos ciudadanos⁵⁹ que le co-

⁴⁸ Cfr. Herrmann, "Identität und Moral", 1995, págs. 166 y ss.

⁴⁹ Vid. Pawlik, op. cit., pág. 382. Planteamientos que proceden, como ya se ha expuesto, de la tesis de Luhmann. Vid. "Legitimation durch Verfahren", 1993, págs. 55 y ss. El interés del inculcado a guardar silencio puede comprenderse sólo en una sociedad cuyos miembros no sean ciudadanos en el sentido funcionalista. Sin embargo, el deber de declarar se basa en la función social. En consecuencia, la cuestión sobre el fundamento del derecho a guardar silencio aparece como un genuino problema social. También se parte del contrato social de Rousseau en la base teórica de la excepción al derecho a la no autoinculpación. Vid. Pawlik, op. cit., pág. 383.

Cfr. Schneider, "Bellum Justum ...", cit., 2001, pág. 506. También Eser entiende que una tesis como la de Jakobs generaría un Estado de no-Derecho. Cfr. Eser/Hassemer/Burkhardt: "Die deutsche Strafrechtswissenschaft vor der Jahrtausendwende", 2000, págs. 37 y ss. Cfr. Schunemann, "Die deutsche Strafrechtswissenschaft...", cit., 2001, pág. 205; J. Wolter, "Jahre Verfahrensrechtskultur und Strafprozessverfassungsrecht in Ansehung von Freiheitsentziehung, (DNA-) Identifizierung und Überwachung," en GA, 1999, pag. 158. Aquí este autor analiza el Estado de Derecho liberal, el proceso penal del Estado social, el nuevo proceso penal, la defensa de la Constitución y el deber de defensa; asimismo, la delimitación y fundamentación de la seguridad.

Cfr. Schulz, "Die deutsche Strafrechtswissenschaft..." cit., 2000, pág. 660, nota 18. Aunque todavía Jakobs no se ha pronunciado de modo sistemático, según Schulz, sus posiciones gravitan en torno a una doctrina procesal-penal funcionalista que se agota en la existencia normativa y la dogmática de lo existente, sin acoger los elementos de la tradición científica potencialmente crítica. Vid. op. cit., pág. 660. A pesar de que este autor insiste en que se yerra al identificar a Jakobs con la doctrina totalitaria del régimen nacional socialista —op. cit., pág. 660, nota 17—, puede pensarse lo contrario. El planteamiento de Jakobs basado en la existencia de sujetos que se alejan del Derecho y con una capacidad cognitiva limitada, evoca claramente la tesis de los "extraños a la comunidad" (*Gemeinschaftsfremde*) que se refleja en el Proyecto de Ley de 17 de marzo de 1944. El artículo 1, apartado 1, define como "extraño a la comunidad" a "quien por su personalidad o forma de conducción de vida, especialmente por sus extraordinarios defectos de comprensión o de carácter es incapaz de cumplir con sus propias fuerzas las exigencias mínimas de la comunidad del pueblo". Vid. F. Muñoz Conde, "El proyecto nacionalsocialista sobre el tratamiento de los 'extraños a la comunidad'", en Revista Penal, n.º 9, 2002, pag. 54. Cita Muñoz Conde la intervención que sobre este proyecto tuvo el Dirigente del Ministerio de Justicia, Rietzsch. El representante del Gobierno alemán manifestaba que "El Proyecto después de todo sólo va a afectar en lo esencial a los asociales y antisociales, es decir, a un círculo de personas que se sustraen reiteradamente a sus deberes para con la comunidad. Pero quien se aleja tanto del fundamento de la comunidad popular, el mismo se despoja de sus derechos, se degrada al nivel de una persona de menor derecho y debe asumir de que en un proceso se le pueden imponer tan duras medidas. Y el Ministerio de Justicia no se va a oponer a esta postura básica". Cfr. Muñoz Conde, op. cit. pag. 47. A propósito, hay que reconocer el trascendental papel que está desempeñando Muñoz Conde al rescatar de un olvido, alentado por los sectores más reaccionarios de la doctrina española y alemana, la función legitimadora que cumple Mezger como ideólogo de la criminología nacionalsocialista. Cfr. Muñoz Conde, "Edmund Mezger, y el Derecho penal de su tiempo", 2001, del mismo, "El proyecto nacionalsocialista sobre el tratamiento de los 'extraños a la comunidad'", cit.

De otra parte, piensa Schneider que el modelo del Derecho penal del enemigo, legitimado en la concepción de Jakobs, al igual que reduce los principios procesales abre un indeterminado poder de intervención, cfr. "Bellum Justum ...", cit., pag. 504.

⁵⁵ El derecho de los ciudadanos es el derecho ciudadano, o co-

⁴⁸ Müssig, "Beweisverbote...", pag. 123.

⁴⁹ Cabe localizar el fundamento del trabajo de Müssig en la obra de Luhmann "Legitimation durch Verfahren", 3ª ed., 1993, págs. 55 y ss. El modelo de legitimación a través del proceso es la vertiente procesal de la legitimación material de las normas del Derecho penal. Con la teoría de Luhmann, como ya se ha expuesto, se ha esbozado la figura normativa del proceso con carácter general, sin tratar de comprenderlo como un proceso psicológico de aceptaciones individuales, sino que tiene componentes normativos, con la simbólica referencia al criterio de la identidad de la sociedad. Vid. Luhmann, Legitimation .. cit., págs. 27-33. Este componente normativo es necesario cuando la conexión de legitimación se formula como una teoría de reflexión del sistema de Derecho. Vid. Müssig, "Beweisverbote...", cit., pag. 123.

⁵⁰ Cfr. Müssig, op. cit., pag. 124.

⁵¹ Señala que el inculcado aparece en el proceso penal como persona jurídica. Cfr. "Verdeckte Ermittlungen...", cit., 1998, pag. 379.

⁵² Pawlik se basa en la obra de Jakobs *Norm, Person, Gesellschaft*, 1997, págs. 29 y ss., op. cit., pag. 379.

⁵³ Op. cit., pag. 381. De forma similar, Martin Böse, parte de la construcción del Estado sobre la base contrato social en el que el individuo se somete al poder del Estado para evitar la lucha de todos contra todos (Leviatán). En su planteamiento, el principio de *nemo tenetur se fundaria* también en la teoría del contrato. Cfr. "Die verfassungsrechtlichen Grundlagen des Satzes 'Nemo tenetur se ipsum accusare'", GA, 2002, pag. 105. Pero, al mismo tiempo, considera que un derecho al autoencubrimiento solo sería un derecho de los mas fuertes, en consecuencia, ilegítimo y representaría además un peligro para el prestigio del ordenamiento jurídico. Cfr. *ibid.*, pag. 106. Por esa razón concluye que un derecho al autoencubrimiento, sólo puede llegar a ser reconocido como una excepción. Cfr. "Die verfassungsrechtlichen Grundlagen des Satzes 'Nemo tenetur se ipsum accusare'", GA, 2002, pag. 106.

⁵⁴ Op. cit., pag. 378. A favor de la licitud de la valoración de pruebas prohibidas, arguye este autor que quien se deja inducir asume unos riesgos y, por tanto, no puede quejarse sobre una elusión de su derecho a guardar silencio, pag. 389.

responden por mor de la presunción de inocencia, algo que es totalmente ajeno a la cualidad de la conducta delictiva. En efecto, el Estado puede llegar a legislar de modo eficiente en defensa del Derecho, en virtud de la estructura de sus prohibiciones y la de los bienes jurídicos dañados. Se trata entonces de articular un proceso penal en el que se pueda compaginar la investigación hacia el autor y la acción, la lucha contra las organizaciones criminales y el respeto de los principios del proceso penal⁶⁰.

En una dirección igualmente opuesta a la tesis funcionalista del "enemigo", Schulz incide ahora, con acierto, en la interpretación del artículo 1 de la Constitución alemana. Con arreglo al mismo, cabe argüir que los enemigos son todavía potenciales personas, algo que no concuerda con el concepto defendido por Luhmann⁶¹. El precepto constitucional prohíbe un concepto teórico sistémico de persona porque el discurso jurídico no impone un método de convergencia social. En consecuencia, piensa Schulz, que de la identificación que Jakobs

establece entre el Derecho penal del enemigo y la guerra, subyace, en realidad, su indiferencia por la legalidad del procedimiento. La radicalidad del término Derecho penal del enemigo puede llegar a apoyar fenómenos que, a veces, restan importancia técnica al proceso penal⁶².

Al hilo de las objeciones que se han ido señalando frente al funcionalismo sistémico de la no-persona, sobresalen aquéllas que plasman en la extensión del poder de intervención del Estado un abandono inaceptable de los principios del proceso penal liberal. Esta tesis es defendida fundamentalmente por un grupo de profesores de Frankfurt⁶³, que observa dos tendencias peligrosas en el actual desarrollo del Derecho. De una parte, se denuncia el abuso de la técnica de anticipación de lo punible, del recurso a los delitos de peligro en la nueva criminalización; de otra, se acusa la aparición de un pragmatismo político-penal que contamina las nuevas reglas del Derecho procesal, sacrificando la libertad de los individuos para fortalecer el poder estatal⁶⁴.

mo Schunemann lo denomina, Derecho penal ciudadano, cfr "Die deutsche Strafrechtswissenschaft...", cit., pag. 211. Asimismo, en otro trabajo reciente, Bernd Schünemann repasa alguno de los problemas actuales del proceso penal, señalando que la legislación de los últimos tres años tiene graves problemas de legitimación ya que la mayor parte de las nuevas medidas procesales penales pertenecen a la legislación de combate —el combate al terrorismo y también la lucha contra la criminalidad organizada— "Wohin treibt der deutsche Strafprozess?" ZStW 114, 2002, heft, 1, pag. 12.

⁶⁰ Garantías que hay que tutelar aunque realmente sea difícil de regular debido a la modernización de la sociedad y de la criminalidad. Vid. Schunemann, *ibid.*

⁶¹ Cfr. Schulz, *op. cit.*, pag. 662.

⁶² En la misma línea garantista, Wolter erige sobre los criterios de dignidad humana y sustancialidad el fundamento de los principios, que, como mínimo, deben regir la investigación. Cita, entre otros, el derecho a no ser obligado a declarar contra sí mismo, la prohibición de escuchas ilegales, de los malos tratos, el derecho a no ser sometido a técnicas de control que, a causa de su duración o por otras razones, puedan llegar a afectar a la integridad personal.

Ahora bien, dentro del círculo de autores contrarios a una generalización de la restricción de garantías para las no-personas, alguno ha admitido excepcionalmente la anulación de garantías básicas. Así lo hace Brugger -JZ, 2000, pag. 165, citado por Schneider, *op. cit.*, págs. 506 ss. Apelando a un escenario amenazador, no descarta la posibilidad del empleo de la tortura. Tras especificar un grupo de casos en los que estaría absolutamente prohibida, toda, sin embargo, de escándalo ético la absoluta prohibición de la tortura, ya que entonces la vida del ciudadano se subordinaría a la inculpabilidad del autor. En suma, si bien la tortura no es generalmente legítima contra el enemigo de la sociedad, puede permitirse su empleo en determinados y delimitados casos excepcionales. Una posición similar mantiene el BGH, como así comenta Schneider, pag. 507.

⁶³ Cfr. Albrecht, *KritV*, 1997, pag. 229, del mismo *KritV*, 1993; del mismo, *Kriminologie*, 1999, págs. 375-386; Herzog, *StV*, 1994, pag. 166; Hassemer, *StV*, 1995, pag. 483; Naucke, *KritV*, 1993, pag. 135; Frster, *StV* 1993, p. 151; Gössner, *Mitos Sicherheit*, 1995, págs. 65-79, citados por Schneider, *op. cit.*, pag. 503. En el modelo de Derecho procesal criticado, se acentúa la defensa de los principios de la seguridad del Estado en detrimento de la libertad y seguridad de los ciudadanos. En cambio, esta otra corriente demuestra, correctamente, que esos mismos principios de seguridad pueden defenderse mediante la construcción de un proceso penal lícito.

⁶⁴ Vid. los autores señalados en la nota anterior. El inculpa-do debe tener el derecho a la defensa, y esperar del Estado la indagación (principio *nemo-tenetur*). Un sector de esta Escuela reconoce que se ha modificado la estructura general de intervención, tanto penal como procesal, en los supuestos de criminalidad organizada.