

PATRICIO NICOLÁS SABADINI

DE ENTROPÍA Y ENEMIGOS

**Un ensayo sobre derivas hobbesianas, modernidad
y discursos de la exclusión**

RESISTENCIA, CHACO

2014

Sabadini, Patricio Nicolás

De entropía y enemigos: un ensayo sobre derivas hobbesianas, modernidad y discursos de la exclusión / Patricio Nicolás Sabadini; con prólogo de Eduardo Demetrio Crespo. - 1a ed. - Resistencia: ConTexto Libros, 2014.

410 p. ; 23x15 cm.

ISBN 978-987-1885-68-8

1. Derecho Penal. I. Crespo, Eduardo Demetrio , prolog. II. Título
CDD 345

Fecha de catalogación: 05/05/2014



ConTexto

Librería | Editorial

de Rubén Duk

Yrigoyen 399 - C.P. 3500

Teléfono (0362) 4449652

Resistencia - Chaco

www.libreriacontexto.com.ar

info@libreriacontexto.com.ar

Diseño Gráfico: Paula Delvalle

Diagramación: Pablo Garcia

Hecho el depósito de ley 11.723

Derechos reservados

Prohibida su reproducción parcial o total

*A mis hijos Uriel y Ummiita, por las risas y las
lágrimas, por hacer la vida más bella...*



ÍNDICE

Abreviaturas	11
Prólogo	13
Introducción	17

Capítulo I:

El discurso penal del enemigo como espasmo a la crisis del derecho penal

1. Expectoración previa	30
2. De la comunicación de la pena a la inocuización de peligros	34
2.1. El 11-s como ratificación del punto de quiebre	38
2.2. Características	41
2.2.1. Anulación del estado de persona y la caracterización de estos como enemigos	41
2.2.1.1. ¿Grados de seguridad cognitiva?	47
2.2.1.2. La definición de “persona”: ¿competencia del Estado o aspecto innato al individuo?	57
2.2.2. Amplio adelantamiento de la punición respecto a la lesión de un bien jurídico	66
2.2.2.1. Los delitos de organización	67
2.2.2.2. Delitos de contenido discursivo moralizante	71
2.2.3. Carencia de una reducción proporcional con relación a la pena	74
2.2.3.1. Apunten... ¡fuego! Dignidad y necesidad extrema.....	75
2.2.4. Supresión de garantías procesales	77
2.2.4.1. Interceptaciones telefónicas	89
2.2.4.2. Encarcelamiento preventivo, pero... ¿qué debe prevenirse?	96
3. El DPE en el marco internacional	101
3.1. “To protect and to serve”. Modelo de exportación a las periferias	102

4. Terrorismo 108

Capítulo II:

El sistema del derecho y la influencia del sistema económico. ¿Un discurso económico del enemigo?

1. La inflación punitiva y el derecho penal del enemigo: ¿relación de género a especie? 121

2. Videocámaras, descentralización de mecanismos informales de control y mass media. ¿Un discurso de enemigo atribuible a los medios? 123

3. El derecho penal del enemigo y el capitalismo salvaje 133

 3.1. Operación Katrina 136

 3.2. Operación “Sri Lanka” 138

 3.3. El sistema económico y su influencia en el sistema político. El ejemplo “Irak” 141

 3.3.1. La tortura como especial herramienta del trato de no persona 157

4. Abstrayendo la conclusión: la existencia de un discurso económico del enemigo 163

5. Colofón 171

Capítulo III:

Derecho penal del enemigo como franquicia de un producto milenario. Del contrato social a la crisis del Estado de Derecho

1. El contrato como ficción 173

2. El contrato social según Thomas Hobbes 177

 2.1. Hobbes y el hombre malo por naturaleza 183

 2.2. ¿Es posible la moral en el estado de naturaleza? 184

3. Kant y la utopía de la paz perpetua 189

 3.1. Estado civil: ¿un remedio al caos de la guerra? 195

4. El enemigo según Carl Schmitt 198

 4.1. La situación del quiebre de la República de Weimar como tabla rasa 198

 4.2. Schmitt y la interpretación del Hobbes “malo” 202

 4.2.1. El pesimismo antropológico en Schmitt 208

 4.3. Schmitt y su crítica al liberalismo 212

 4.3.1. Schmitt y el liberalismo unidos por un punto en común. El pesimismo antropológico 215

 4.4. Patrón de decisión: ¿nihilismo? La cuestión del poder 219

5. La idea marco schmittiana en el campo de juego de la historia 223

**Capítulo IV:
Modernidad y crisis del Estado-Nación en la sociedad del riesgo**

1. Los nuevos desafíos y las jerarquías cuestionadas	227
2. El Leviathan débil ante la revolución tecnológica. Sectores anárquicos	235
2.1. La era tecnológica y su influencia en la comunicación	240
2.1.1. Mass media y descentralización política.....	244
3. La complejidad del mundo y sus modos de comprenderla	247
3.1. Complejidad y su incidencia en el sistema político	251
4. Religión y Estado	257

**Capítulo V:
¿Muerte o metamorfosis del Leviathan?
La compleja sociedad funcionalmente diferenciada y sus modos de comprenderla. Algunas consideraciones sobre la teoría de los sistemas sociales de Niklas Luhmann**

1. La sociedad humanoide. La teoría de los sistemas según Niklas Luhmann	261
1.1. Achtung! Selección y decisión	265
1.2. Acción y autopoiesis	270
1.3. En cuanto a las teorías de la acción y la estabilidad del disenso	277
2. Sobre el sentido y la comunicación en el esquema de Luhmann	279
2.1. Nuevamente el factor “lenguaje”	286
3. La sociedad moderna y sus funciones diferenciadas	286
3.1. Unidad y diferencia	293

**Capítulo VI:
El derecho y las demás funciones diferenciadas. “Pensando-en-redes” con Ladeur y el modelo Teubner/Willke**

1. Las “redes” de K. H. Ladeur	297
2. La globalización y su incidencia en el sistema de justicia. ¿Y la ética judicial?	302
3. El derecho como subsistema	307
4. La concepción de Neves	310
5. Modelo Teubner-Willke.....	314
6. Post estado social en Europa, especialmente en Alemania, soberanía y derecho penal	321

Capítulo VII:

Excursus. La teoría de los sistemas y su influencia en el derecho penal 329

Capítulo VIII:

Prisión preventiva y terrorismo

1. Introducción	339
2. Expansión del derecho penal y discurso penal del enemigo, límites tenues	343
3. Prisión preventiva: la <i>prima donna</i> del viejo y nuevo proceso penal	348
4. Crítica: ¿hacia qué proceso penal nos encaminamos?	350
Epílogo	359
Bibliografía	361
Recensión del Dr. dr. h.c. mult. Eugenio Raúl Zaffaroni	387
Recensión del Dr. dr. h.c. mult. Francisco Muñoz Conde	393
Recensión de Miguel Díaz y García Conlledo	397
Recensión de Pablo Galain Palermo	403
Recensión de Eduardo Saad Diniz	407

ABREVIATURAS

- AA VV: Autores varios.
- ACLU: American Civil Liberties Union (Unión Americana de Libertades Civiles).
- ADPCP: Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales.
- AIDP: Asociación Internacional de Derecho Penal.
- AöR: Archiv des öffentlichen Rechts (revista).
- BGH: Bundesgerichtshof (Tribunal Supremo Federal alemán).
- BverfG: Bundesverfassungsgericht (Tribunal Constitucional Federal).
- BverGE: Entscheidungen des Bundesverfassungsgericht (Sentencias del Tribunal Constitucional Federal).
- CADH: Convención Americana de Derechos Humanos.
- CDJP: Cuaderno de Doctrina y Jurisprudencia Penal.
- Cfr: Confróntese.
- Comps: Compiladores.
- DUDH: Declaración Universal de los Derechos del Hombre.
- Dir: Director.
- DPE: Derecho Penal del Enemigo.
- Eds: Editores.
- EUI: European University Institute.
- FCE: Fondo de Cultura Económica.
- FS: Festschrift (libro homenaje).
- GA: Goldammer's Archiv für Strafrecht (revista).
- Hrsg: Herausgeber (Editor).
- HRRS: Online-Zeitschrift für Höchstgerichtliche Rechtsprechung im Strafrecht (revista).

- ILANUD: Instituto Latinoamericano de las Naciones Unidas para la prevención del delito y el tratamiento del delincuente.
- ITESO: Universidad jesuita de Guadalajara.
- JZ: Juristische Zeitung (revista).
- LO: Ley Orgánica.
- NDP: Nueva Doctrina Penal.
- NJW: Neue Juristische Wochenschrift (revista).
- Ob. cit.: Obra citada.
- PIDCP: Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos.
- RAF: Rote Armee Fraktion (fracción del ejército rojo).
- RECPC: Revista electrónica de Ciencia Penal y Criminología.
- StGB: Strafgesetzbuch (Código Penal).
- StPO: Strafprozessordnung (Ordenanza Procesal Penal).
- TEDH: Tribunal Europeo de Derechos Humanos.
- TUE: Tratado de la Unión Europea.
- UAM: Universidad Autónoma de Madrid.
- UEC: Universidad Externado de Colombia.
- UP: University Press.
- ZIS: Zeitschrift für Internationale Strafrechtsdogmatik (revista).
- ZstW: Zeitschrift für die gesamte Strafwissenschaft (revista).

PRÓLOGO

Conocí a Patricio Sabadini en enero del año 2008 con motivo de mi participación en los cursos de postgrado en Derecho de la Universidad de Salamanca, en los que se me encomendó el tema, en ese momento, en pleno apogeo del “derecho penal del enemigo”. Inmediatamente surgió una suerte de empatía intelectual que se tradujo en conversaciones posteriores acerca de esta y otras cuestiones. En muy escasas ocasiones surgen casos en la vida académica en los que se tiene la satisfacción de encontrar a personas que contagian sus ganas de saber, hasta tal punto que desde entonces seguimos en estrecho contacto, lo que me confiere la grata oportunidad de prologar la presente monografía.

En primer lugar conviene despejar una cuestión previa. El objeto de estudio al que se ha enfrentado Patricio Sabadini es uno de máxima dificultad, que requiere haber profundizado en las claves del pensamiento metodológico del derecho penal contemporáneo y de la filosofía política. Algo que ni resulta fácil, ni puede hacer cualquiera. A esto habría que añadir que, a mi modo de ver, pese al “vendaval” bibliográfico de los últimos años acerca del “derecho penal del enemigo”, todavía no se ha dicho la “última palabra”, sino que se seguirá discutiendo ampliamente sobre este fatídico concepto acuñado por Günther Jakobs.

La teoría de este autor ha marcado buena parte del debate, circunstancia que ha tenido como consecuencia que se pierda de vista frecuentemente el verdadero problema. Este no tiene que ver con el aspecto puntual de si este pensador confiere carácter descriptivo o legitimador al concepto, lo cual, siendo importante, afecta sobre todo al análisis metodológico en el contexto científico y a sus consecuencias. Por el contrario, se trataría de saber hasta qué punto la realidad a la que se refiere es, valga la redundancia, “real”, y, en segundo término, descubrir si, como tantas veces ha pasado en la historia, se utiliza (e incluso manipula) políticamente aquella parte del conocimiento que conviene en un determinado momento para legitimar prácticas inadmisibles.

Pero, por otro lado, este libro, como el propio título sugiere, no se circunscribe a la mencionada teoría, sino que la toma como pretexto para aportar una visión mucho más amplia. La palabra “entropía” puede entenderse como la medida del desorden de un sistema y está muy bien traída a colación mediante su yuxtaposición con las derivas hobbesianas en la modernidad y los discursos de la exclusión. Ya solo el índice despertará de manera inusitada el interés del lector. Este comienza con un primer capítulo introductorio referido al *discurso del derecho penal del enemigo en el contexto de la crisis del derecho penal*, en el que además de un exhaustivo análisis de las características del llamado “derecho penal del enemigo” se analiza igualmente su relevancia en el marco internacional y la vinculación con el fenómeno del terrorismo. Pero lejos de detenerse en estos aspectos iniciales sumamente interesantes, el autor despliega a partir de ahí un potente aparato ideológico-conceptual para mostrar en toda su dimensión la importancia del tema que nos ocupa.

Así, en el capítulo segundo trata de responder a la *pregunta acerca de si existe un discurso económico del enemigo*, y en el tercero muestra las raíces que esta “invención” (en palabras de Roxin) tiene en el *marco de la teoría política y la crisis del Estado de Derecho*.

En el capítulo cuarto el análisis anterior se amplía a la propia crisis del Estado-Nación en la sociedad de riesgo. Por si fuera poco, Patricio Sabadini decide profundizar en los aspectos relativos al pensamiento filosófico-jurídico que hace posible el correspondiente análisis metodológico serio y riguroso que caracteriza este trabajo. El autor nos regala sendos capítulos referidos respectivamente a la “sociedad funcionalmente diferenciada” y al “derecho y las demás funciones diferenciadas”, en los que analiza los modelos de pensamiento de Luhmann, Ladeur y Teubner/Willke. La monografía se cierra con un último capítulo dedicado a algunos aspectos procesales sobre la “prisión preventiva”, siempre problemática desde la perspectiva del modelo penal del Estado de Derecho.

La detallada y documentada reflexión crítica que hace Sabadini no solo es rica desde la perspectiva teórica, sino que contiene multitud de referencias útiles y poco citadas generalmente en la literatura académica para comprender la trascendencia y envergadura en la práctica de los problemas subyacentes. Entre ellos, la interrelación entre el sistema económico (instrumento nada inocente y menos aún ideológicamente neutro) y el sistema político a la luz de los episodios más aberrantes de la historia contemporánea, tales como la invasión de Irak o las torturas de Abu Ghraif, por solo citar dos ejemplos.

Entre las preguntas todavía no resueltas en torno a las condiciones de la juridicidad se sitúa de modo prototípico la de la propia *estructura de la excepción* que representan estos “espacios biopolíticos” como áreas en las que desa-

parece el derecho: ¿es la excepción la que se sustrae a la regla, o es la regla la que, suspendiéndose, da lugar a la excepción? ¿Tiene razón Agamben cuando evocando a Foucault denuncia el vínculo secreto que une el poder a la nuda vida en el Estado moderno o es esta una visión nihilista del propio concepto de democracia que equivocadamente interpreta el fascismo como la forma más extrema del capitalismo tardío? La semántica de la guerra, en particular la que se libra “contra el terrorismo”, ha trastocado, como es sabido, los límites del derecho, negándolo al amparo de sí mismo. Se ha dicho por ello que el llamado “derecho penal del enemigo” es en realidad un “no derecho”.

La paradoja reside, sin embargo, en que hasta ahora nadie ha discutido la dimensión descriptiva (o cuando menos explicativa) de la teoría formulada por Günther Jakobs. Sin embargo, como decía más arriba, esta no es la pregunta decisiva, sino más bien, si un tal “derecho o no derecho” es legítimo en el Estado de Derecho, pregunta que debe responderse sin margen de error negativamente, al menos para todos aquellos que nos negamos a admitir la distinción (“normativa”) entre personas y no personas. Y en segundo lugar, si el Estado de Derecho precisa algo así para su propia supervivencia, o por el contrario, como creo correcto, lo amenaza en una medida incomparablemente mayor que aquello de lo que trata de defenderse. Por último, otra debilidad no menos importante del “constructo” que nos ocupa radica en que mientras que la guerra establece una serie de reglas establecidas por el derecho internacional que reconoce ciertos derechos fundamentales al “combatiente” de acuerdo a la *razón jurídica*, el “derecho penal del enemigo” se mueve teórica y prácticamente en un espacio de no juridicidad que empieza por la propia indefinición acerca de qué debe entenderse por “enemigo” de acuerdo a la más ruda *razón de estado*.

Cuando Patricio Sabadini me consultó su idea de adentrarse en el estudio de este tema todavía no era consciente de su enorme capacidad intelectual, aunque ya entonces podía intuirse un entusiasmo inusual. Este último le llevó hasta Friburgo para estudiar alemán y llevar a cabo una estancia en el Instituto de Derecho Penal extranjero e internacional. Recientemente ganó la plaza de Fiscal Federal de Resistencia-Chaco en Argentina, al tiempo que editaba el libro “Estudios críticos del derecho penal moderno” y redactaba esta obra. De lo dicho puede deducirse el honor que representa para mí prologar la primera monografía de este autor, de cuya pluma a buen seguro han de salir en el futuro otros magníficos trabajos.

Toledo, 9 de febrero de 2012

Eduardo Demetrio Crespo

Catedrático de Derecho Penal de la Universidad de Castilla-La Mancha