



JOSEF ISENSEE

# JUSTICIA, LIBERTAD Y SEGURIDAD

FUNDAMENTOS DEL ORDEN  
ESTATAL Y JURÍDICO

TRADUCCIÓN DE JUAN CARLOS GEMIGNANI

CORTE SUPREMA BIBLIOTECA	
SIG. TOPOGRAFICA F65M	INVENTARIO 151.951

Marcial Pons

BUENOS AIRES | MADRID | BARCELONA

2020



## ÍNDICE

	<u>Pág.</u>
<b>AGRADECIMIENTOS</b> .....	7
<b>ANOTACIONES PRELIMINARES</b> .....	9
1. NOTAS SOBRE EL AUTOR .....	9
2. NOTAS SOBRE LAS CONFERENCIAS .....	11
2.1. La seguridad como valor jurídico constitucional (reflexiones sobre “El equilibrio entre la libertad y la seguridad en la constitución”) .....	11
2.2. La justicia (reflexiones sobre “La justicia. La idea prelegal del derecho correcto”) .....	12
2.3. La libertad como idea (reflexiones sobre “¿cuál es el significado de la libertad? Los conceptos de libertad en la teoría del derecho constitucional”) .....	13
2.4. La constitución como norma y como realidad, o los límites del derecho (reflexiones sobre “La seguridad como condición previa y tema central de la constitución liberal”) .....	14
2.5. La eficacia del Estado para garantizar los derechos (reflexiones sobre “El Derecho penal como medio de cumplimiento de la obligación estatal de protección de los derechos fundamentales”) .....	15
<b>PRÓLOGO</b> .....	17
<b>CAPÍTULO I. EL EQUILIBRIO ENTRE LA LIBERTAD Y LA SEGURIDAD EN LA CONSTITUCIÓN</b> .....	21

	<u>Pág.</u>
1. LA SUPERACIÓN INSTITUCIONAL DE LA GUERRA CIVIL: EL ESTADO .....	21
2. LA PROTECCIÓN CONTRA EL ESTADO: LA LIBERTAD .	22
3. EL CONCEPTO DE LIBERTAD DE LA CONSTITUCIÓN LIBERAL .....	23
4. LA SEGURIDAD COMO CONDICIÓN DE LA LIBERTAD .	24
5. EL DERECHO CIUDADANO A LA SEGURIDAD .....	26
6. EL FIN Y LOS MEDIOS .....	29
7. LA IMPOSIBILIDAD DE UNA SEGURIDAD PERFECTA ...	30
8. EL LOGRO ESPONTÁNEO DE LOS CIUDADANOS .....	31
9. EXPLOSIVOS PARA LOS CONCEPTOS Y SUSTANCIAS DEL ESTADO DE DERECHO: EL TERRORISMO .....	32
<b>CAPÍTULO II. LA JUSTICIA. LA IDEA PRELEGAL DEL DERECHO CORRECTO .....</b>	<b>35</b>
1. SISTEMA ÉTICO-SOCIAL DE NAVEGACIÓN DE LA NATURALEZA HUMANA .....	35
2. CERTEZA PRÁCTICA. INCERTIDUMBRE TEÓRICA .....	37
3. EL DERECHO COMO OBJETO Y COMO LÍMITE DE LA JUSTICIA .....	40
4. LEGITIMACIÓN Y DESLEGITIMACIÓN DEL DERECHO POR LA JUSTICIA .....	42
5. LA RESOLUCIÓN DEL DILEMA DE LA JUSTICIA EN EL ESTADO CONSTITUCIONAL .....	44
5.1. Unión en paz a pesar del disenso sobre la justicia .....	44
5.2. La exclusión de la pregunta por la justicia mediante las prevenciones del Estado constitucional .....	45
5.2.1. La legitimación democrática .....	45
5.2.2. La legitimación desde el Derecho constitucional .....	47

	<u>Pág.</u>
6. LA GARANTÍA DE LA JUSTICIA MATERIAL MEDIANTE EL ESTADO CONSTITUCIONAL .....	48
6.1. <i>Tamen usque recurret</i> (y, sin embargo, se repite) .....	48
6.2. La sustancia de la justicia positivizada: la ley constitucional	50
6.3. Los límites de la obediencia jurídica y de la prohibición del ejercicio de violencia (privada) .....	51
6.4. La metarregla de la Constitución alemana .....	53
7. LA RELATIVIZACIÓN DE LA IDEA DE JUSTICIA .....	55
7.1. Echar agua al vino de la justicia pura .....	55
7.2. La coyuntura de los postulados de la justicia .....	57
<b>CAPÍTULO III. ¿CUÁL ES EL SIGNIFICADO DE LA LIBERTAD? LOS CONCEPTOS DE LIBERTAD EN LA TEORÍA DEL DERECHO CONSTITUCIONAL .....</b>	<b>59</b>
1. LA IDEA DE LIBERTAD Y SUS CONCEPTOS .....	59
2. ESTRUCTURA DEL CONCEPTO NEGATIVO DE LIBERTAD .....	60
3. ESTRUCTURA FORMAL DE UN CONCEPTO DE LIBERTAD .....	60
4. EL HORIZONTE DE LOS CONCEPTOS JURÍDICOS DEL ESTADO .....	62
4.1. El sector de la comprensión de la libertad .....	62
4.2. Perspectivas objetivas .....	63
5. TABLA DE LOS CONCEPTOS DE LIBERTAD .....	64
5.1. Libertad externa y libertad interna .....	65
5.2. La libertad en el contexto de los derechos fundamentales y la organización del Estado .....	66
5.3. Derechos de libertad subjetivos y orden de libertad objetivo	69
5.4. Libertad natural y libertad civil .....	70
5.5. Libertad liberal y libertad democrática .....	74

	<u>Pág.</u>
5.6. Libertad negativa y libertad positiva .....	76
5.7. Libertad jurídica y libertad real .....	79
5.8. Libertad destinada al Estado y libertad destinada a terceros	81
5.9. Libertad como diferencia y libertad como unidad .....	82
5.10. Libertad verdadera o libertad soñada .....	84
<b>CAPÍTULO IV. LA SEGURIDAD COMO CONDICIÓN PREVIA Y TEMA CENTRAL DE LA CONSTITUCIÓN LIBERAL .....</b>	<b>87</b>
1. DEPENDENCIA DE LA CONSTITUCIÓN DE CONDICIONES PREVIAS .....	87
1.1. La categoría teórica constitucional .....	87
1.2. La seguridad nacional como ejemplo de la influencia de las condiciones previas .....	89
2. EL FUNDAMENTO INVISIBLE DE LA LIBERTAD CONSTITUCIONALMENTE PROYECTADA .....	90
2.1. La comunidad pacificada .....	90
2.2. La génesis del Estado constitucional .....	91
3. LA SEGURIDAD EN EL TEXTO Y EN EL CONTEXTO DE LA LEY FUNDAMENTAL .....	93
3.1. Límite de la libertad externo a la constitución .....	93
3.2. Límite de la libertad interno de la constitución .....	94
3.3. El equilibrio entre la libertad y la seguridad .....	96
4. FACTORES PERTURBADORES LEGALES Y EXTRAJUDICIALES PARA EL EQUILIBRIO ENTRE LA LIBERTAD Y LA SEGURIDAD .....	97
4.1. Peso menor de la seguridad .....	97
4.2. Peso menor de la libertad .....	100
5. CONSTITUCIONALIZACIÓN DE LA SEGURIDAD .....	103
5.1. Seguridad como objetivo y tarea del Estado .....	103

	<u>Pág.</u>
5.2. Obligaciones de protección relativas a los derechos fundamentales .....	104
6. ELEMENTOS DE SEGURIDAD EXTERNOS A LA CONSTITUCIONALIZACIÓN .....	109
6.1. Elementos normativos .....	109
6.2. Ejecución efectiva .....	109
6.3. Poderes no estatales .....	110
6.4. Confianza de la población en la seguridad .....	111
6.5. El hombre como factor de riesgo .....	111
<b>CAPÍTULO V. EL DERECHO PENAL COMO MEDIO DE CUMPLIMIENTO DE LA OBLIGACIÓN ESTATAL DE PROTECCIÓN DE LOS DERECHOS FUNDAMENTALES .</b>	<b>113</b>
1. EL DESCUBRIMIENTO DE LA OBLIGACIÓN ESTATAL DE PROTECCIÓN DE LOS DERECHOS FUNDAMENTALES .....	114
2. ¿CONSTITUCIONALIZACIÓN DEL DERECHO PENAL? .	115
3. LA POSICIÓN LEGAL DE LA VÍCTIMA EN EL DERECHO PENAL Y EN EL PROCESO PENAL .....	118
3.1. Rasgos distintivos del tipo penal .....	118
3.2. Relevancia de la víctima para la medición de la pena .....	118
3.3. Derechos en el proceso penal .....	119
4. DESARROLLO DEL DEBER DE PROTECCIÓN A TRAVÉS DEL DERECHO COMÚN .....	121
4.1. La variedad de los instrumentos legales .....	121
4.2. Reserva de ley .....	122
4.3. Antijuridicidad del injusto penal .....	124
5. IDONEIDAD DE LA PENA COMO MEDIO DE CUMPLIMIENTO DEL DEBER DE PROTECCIÓN .....	125
5.1. Perspectiva hacia el pasado .....	125

5.2. Fin de la pena .....	125
5.3. El principio de culpabilidad .....	128
5.4. Reglas de la seguridad .....	129
5.5. Derecho penal previo al hecho ( <i>Vorfeldstrafrecht</i> ) .....	130
6. INTERSECCIÓN CONJUNTA DE LOS BIENES JURÍDICO-PENALES Y CONSTITUCIONALES .....	133
7. EFECTOS DE LA CONSTITUCIÓN EN EL DERECHO PENAL .....	135
7.1. Asimetría entre las funciones de defensa y de protección de los derechos fundamentales .....	135
7.2. Legitimación constitucional de la pena .....	136
7.2.1. La protección constitucional como fin de la pena .....	136
7.2.2. <i>Ultima ratio</i> y subsidiariedad .....	137
7.3. La garantía constitucional relativa de las prescripciones penales .....	139
7.4. Ninguna revolución del Derecho penal material .....	142
7.5. La protección de la víctima en el proceso penal .....	142
8. MUTACIÓN DEL TIPO PENAL A LA TAREA POLICIAL: LA PREVENCIÓN DE LA PENA .....	143
<b>BIBLIOGRAFÍA .....</b>	<b>145</b>