



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>
AGRADECIMIENTOS	7
ANOTACIONES PRELIMINARES	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
PRÓLOGO	17
CAPÍTULO I. EL EQUILIBRIO ENTRE LA LIBERTAD Y LA SEGURIDAD EN LA CONSTITUCIÓN	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
CAPÍTULO II. LA JUSTICIA. LA IDEA PRELEGAL DEL DERECHO CORRECTO	35
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
CAPÍTULO III. ¿CUÁL ES EL SIGNIFICADO DE LA LIBERTAD? LOS CONCEPTOS DE LIBERTAD EN LA TEORÍA DEL DERECHO CONSTITUCIONAL	59
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
CAPÍTULO IV. LA SEGURIDAD COMO CONDICIÓN PREVIA Y TEMA CENTRAL DE LA CONSTITUCIÓN LIBERAL	87
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
CAPÍTULO V. EL DERECHO PENAL COMO MEDIO DE CUMPLIMIENTO DE LA OBLIGACIÓN ESTATAL DE PROTECCIÓN DE LOS DERECHOS FUNDAMENTALES .	113
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
BIBLIOGRAFÍA	145