

**PERSONA O ENEMIGO; VIGENCIA REAL O POSTULADA DE LAS NORMAS;
ESTADO DE DERECHO PERFECTO U ÓPTIMO EN LA PRÁCTICA. AL HILO DE
LA SEGUNDA EDICIÓN DEL LIBRO *DERECHO PENAL DEL ENEMIGO* DE
GÜNTHER JAKOBS Y MANUEL CANCIO MELIÁ¹.**

Dr. D. Fernando Miró Llinares

Profesor Titular de Escuela Universitaria interino. Universidad Miguel Hernández de Elche

Abstract

El artículo realiza un análisis crítico de las últimas tesis del autor alemán Günther Jakobs sobre el Derecho penal del enemigo, presentadas en la segunda edición de su monografía coescrita con el Profesor Manuel Cancio Meliá. Se parte de un estudio de los presupuestos teóricos utilizados por Jakobs para aceptar, en un Estado de Derecho, la intervención frente a los que no pueden ser considerados ciudadanos sino enemigos por no ofrecer seguridad cognitiva de un comportamiento conforme a Derecho. El análisis posterior, realizado metodológicamente mediante la respuesta a preguntas esenciales, trata de comprender y definir en todo su sentido la posición de Jakobs para, finalmente, criticarla rechazando sus principales presupuestos teóricos y su análisis de las consecuencias político-criminales que implicaría aceptar un Derecho penal del enemigo.

Palabras clave

Derecho penal del enemigo; expansión del Derecho penal; normativismo; funcionalismo; teoría de sistemas; prevención general positiva o integradora; seguridad cognitiva; Derecho de excepción; terrorismo.

Índice

1. Introducción.
2. Los “¿nuevos?” presupuestos teóricos para la defensa de la teoría del Derecho penal del enemigo de Günther Jakobs.
3. Algunas reflexiones sobre el Derecho penal del enemigo, desde las preguntas que plantea la defensa de Jakobs del mismo en un Estado de Derecho.
- 3.1. ¿La defensa de Jakobs del Derecho penal del enemigo ha supuesto una modificación de los presupuestos de su teoría de la pena de la prevención general positiva?

¹ Este trabajo nace debido a la petición expresa de dos amigos, los profesores Purificación Cremades y Alfonso Ortega, de que participara en el nacimiento de un proyecto tan apasionante y necesario como el de la [Revista Electrónica de la Facultad de Ciencias Sociales y Jurídicas de la Universidad Miguel Hernández de Elche](#). Quiero agradecerles su insistencia en hacerme partícipe de esta ilusionante empresa. También he puesto en sus manos el que se integre este trabajo dentro de la sección monográfica dedicada en este primer número a la inmigración. Si bien, por desgracia, y como ya he tratado en otros trabajos a los que me refiero en este artículo, los inmigrantes están siendo identificados como enemigos por muchos Estados que aplican frente a ellos auténtico Derecho penal del enemigo, no se encontrarán referencias específicas aquí a la inmigración, dado que el aquí presentado es, más bien, un estudio genérico sobre los presupuestos teóricos del denominado Derecho penal del enemigo. Me tranquiliza, sin embargo, el compartir ubicación virtual con un excelente trabajo de mi compañera Asunción Chazarra Quinto en el que sí se enlaza la cuestión del Derecho penal del enemigo con la inmigración. Por otra parte el presente trabajo se enmarca en las investigaciones de un proyecto de investigación de la Generalitat Valenciana (GV06/327) titulado “Estado de Derecho y nuevos modelos de lucha contra el terrorismo”.

- 3.2. ¿Legítima Jakobs en un Estado de Derecho la utilización de un Derecho penal del enemigo, o simplemente lo describe como intrínseco al Estado de Derecho óptimo?
- 3.3. ¿Qué implicación tiene en la justificación de Jakobs del Derecho penal del enemigo la diferenciación por él realizada entre Estado de Derecho perfecto y Estado de Derecho *óptimo en la práctica*?
- 3.4. ¿Acepta Jakobs en un Estado de Derecho cualquier forma de Derecho penal del enemigo?
- 3.5. ¿Pueden compartirse ahora, y desde los nuevos argumentos, las tesis de Jakobs sobre la aceptación del Derecho penal del enemigo dentro de un Estado social y democrático de Derecho?
4. Bibliografía.

1. Introducción.

La colección “Cuadernos Civitas” viene ofreciendo desde hace muchos años trabajos muy significativos de algunos de los autores españoles y extranjeros más relevantes del Derecho penal. Si buscáramos una nota común a los libros que conforman esta colección, la misma podría ser la de tratarse de obras que no reflexionan tanto sobre cuestiones concretas del Derecho penal sino acerca de tendencias generales que afectan a esta rama del Derecho, y que sirven para inaugurar, reanudar o importar a nuestro país importantes debates doctrinales. La monografía de Günther Jakobs y Manuel Cancio Meliá “Derecho penal del enemigo”, publicada en 2003 en este marco editorial cumplió con la citada norma, pues ayudó a la introducción en España de la que ha sido la polémica doctrinal más vivida y apasionada de los últimos años, la del Derecho penal del enemigo. En efecto, y al igual que ocurrió anteriormente con otra obra de la colección, “La expansión del Derecho penal”, de Jesús María Silva Sánchez, que resultó génesis de diversos trabajos a favor y en contra de las teorías del profesor de la Universitat Pompeu Fabra, en los tres años posteriores a la aparición del libro “El Derecho penal del enemigo” se ha polemizado sobre la cuestión en múltiples artículos y conferencias, hasta el punto de que los temas que en el libro se discuten, y en contra de lo que suele ocurrir con los debates doctrinales de carácter penal, han trascendido a otros ámbitos como la filosofía o la política.

Pues bien, tres años después de la primera edición, una vez agotada ésta y cuando casi parecía haberse agotado también el tema como fuente de polémica y discusión, los autores nos presentan una segunda edición del libro que aporta suficientes nuevos valores como para valorarla de oportuna. Las novedades son dos: la primera de ellas es la traducción, a cargo del propio Cancio Meliá, del último artículo de Jakobs sobre la materia: “¿Terroristas como personas en Derecho?”, que se suma, pues, al otro artículo del autor alemán que se incluía ya en la primera edición: “Derecho penal del ciudadano y Derecho penal del enemigo”. La segunda novedad es la ampliación y revisión del artículo del propio Manuel Cancio Meliá, titulado antes “¿«Derecho penal» del enemigo?” y re-titulado ahora “De nuevo: ¿«Derecho penal» del enemigo?”.

Al igual que en otro trabajo anterior que tomaba como base la primera edición de “Derecho penal del enemigo”², trataré en el presente estudio, quizás a caballo entre la recensión y el artículo doctrinal, de continuar reflexionado sobre el Derecho penal del enemigo desde los parámetros teóricos que marcan dos artículos que, si bien no pueden considerarse en todo opuestos, sí son claramente divergentes en cuanto al fondo del asunto: uno lo justifica y legitima como única posibilidad del Estado de Derecho de no quebrarse frente a los ataques de los enemigos³, y otro no sólo le deniega el carácter de Derecho sino que le otorga nula necesidad

² “Algunas reflexiones dogmáticas y político-criminales sobre el denominado «Derecho penal del enemigo»”, en *Revista de Estudios Penales (Universidad Cardenal Herrera-CEU)*, núm. 2, 2006 (en prensa).

³ Jakobs, G.: “¿Terroristas como personas en Derecho?”, en Jakobs, G./Cancio Meliá, M.: *Derecho penal del enemigo*, Civitas, 2006 (2ª edición) pág. 83.

política criminal en la sociedad actual pese a la tendencia legislativa en contrario⁴. Estos posicionamientos ya aparecían en la edición anterior, pero los presupuestos sobre los que fundamenta ahora Jakobs su defensa del Derecho penal del enemigo, aun no habiendo cambiado en lo esencial, se concretan y enuncian ahora de forma más clara, afectando no sólo a su justificación de la existencia de dos Derechos distintos (uno para ciudadanos y otro para enemigos) sino también, y de algún modo, a algunas de las principales tesis sobre las que se construyó su concepción funcional-sistémica del Derecho penal. Por ello mismo, el análisis crítico de Cancio Meliá también se ha modificado en parte y se ha dirigido hacia algunos de los nuevos argumentos del autor de Bonn.

Veamos, pues, cuál es la dirección que ha tomado ahora Jakobs en el camino de explicar y legitimar un Derecho penal distinto frente a los enemigos para entender lo que ello supone no sólo respecto al Derecho penal del enemigo sino, también, en cuanto a su concepción de los fines y funciones del Derecho penal.

2. Los “¿nuevos?” presupuestos teóricos para la defensa de la teoría del Derecho penal del enemigo de Günther Jakobs.

Desde que en 1985 el Profesor Jakobs hiciera referencia al Derecho penal del enemigo, el autor alemán ha desarrollado y explicado esa teoría en varios trabajos posteriores, siguiendo siempre las siguientes características o notas definitorias⁵. Junto al Derecho penal como institución que busca “garantizar la identidad normativa, la constitución y la sociedad”⁶ y que se comunica con la persona que niega ocasional o incidentalmente la norma penal desviándose de la orientación marcada por ella, mediante una reacción consistente en la aplicación de una pena que confirme que la dirección comunicativa de la norma sigue siendo la correcta, Jakobs reconoce un Derecho penal del enemigo. Éste se caracteriza por tratarse de una intervención anticipada –tanto en la definición material del comportamiento desviado como en el procedimiento jurídico establecido para la averiguación de la infracción–, desproporcionada e inoportunizada, frente al sujeto que, negando reiteradamente el Derecho, persiste en su comportamiento asocial y sobre quien, por tanto, ya no existe una expectativa seria, con efectos

⁴ Cancio Meliá, M.: “De nuevo: ¿«Derecho penal» del enemigo?”, en Jakobs, G./Cancio Meliá, M.: *Derecho penal del...*, ob. cit., pág. 138 y ss.

⁵ Jakobs, G.: “Kriminalisierung im Vorfeld einer Rechtsgutsverletzung”, en *ZStW*, núm. 97, 1985, págs. 751 – 785; publicado en castellano como Jakobs, G.: “Criminalización en el estadio previo a la lesión de un bien jurídico”, (traducción de Enrique Peñaranda Ramos), en Jakobs, G.: *Estudios de Derecho penal*, Civitas, 1997. Posteriormente Jakobs ha realizado nuevas publicaciones sobre el tema, concretamente, Jakobs, G.: “Das Selbstverständnis der Strafrechtswissenschaft vor den Herausforderungen der Gegenwart”, en Eser, A./Haseimer, W./Burkhardt, B.: *Die Deutsche Strafrechtswissenschaft vor der Jahrtausendwende*, CH Beck, 2000, págs. 47 y ss., traducido al castellano como Jakobs, G.: “La ciencia del Derecho penal ante las exigencias del presente”, (traducción de Teresa Manso Porto), en AAVV.: *Estudios de Derecho Judicial*, núm. 20, 1999, págs. 137 y ss., y publicado en forma de monografía por la Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 2000, así como en la recopilación emprendida por Jacobo López Barja de Quiroga en Jakobs, G.: *Dogmática de Derecho penal y la configuración normativa de la sociedad*, Civitas, 2004, texto por el que se cita; también en Jakobs, G.: “La autocomprensión de la ciencia del Derecho penal ante los desafíos del presente (comentario), (traducción de Teresa Manso Porto), en Eser, A./Haseimer, W./Burkhardt, B. (Coords. Versión alemana); Muñoz Conde, F. (Coord. Versión española): *La ciencia del Derecho penal ante el nuevo milenio*, Tirant lo Blanch, 2004. Por último en el libro que recensamos, en su primera edición, Jakobs, G.: “Derecho penal del ciudadano y Derecho penal del enemigo”, en Jakobs, G./Cancio Meliá, M.: *Derecho penal del enemigo*, Civitas, 2003 (1ª edición), págs. 19 – 56, trabajo traducido por el propio Manuel Cancio Meliá del original en alemán Jakobs, G.: “Bürgerstrafrecht und Feindstrafrecht”, en Hsu, F-H. (Ed.): *Foundations and Limits of Criminal Law and Criminal Procedure: an anthology in memory of professor Fu-Tseng Hung*, Taipei, 2003, págs. 41 y ss., publicado también, “coincidiendo en lo esencial” según el mismo traductor, en *HRR-Strafrecht*, núm. 3, 2004, págs. 88–95 (disponible en Internet en <http://www.hrr-strafrecht.de/>).

⁶ Jakobs, G.: *Sociedad, norma y persona en una teoría de un Derecho penal funcional*, Civitas, 1996, pág. 15.

permanentes de dirección de la conducta, de un comportamiento personal conforme a derechos y deberes⁷. El enemigo deja, así, de ser persona (ciudadano) y pasa a ser un individuo y, para la sociedad, una fuente de peligro⁸. Mientras que en el Derecho penal del ciudadano la pena “contradice el proyecto del mundo del infractor de la norma: éste afirma la no-vigencia de la norma para el caso en cuestión, pero la sanción confirma que esa afirmación es irrelevante”⁹; en el Derecho penal del enemigo se pretende contrarrestar la inseguridad que produce la falta de seguridad cognitiva de comportamiento conforme a la norma del enemigo, eliminando la fuente de peligro¹⁰.

Pese a que durante un tiempo sus referencias al Derecho penal del enemigo fueron interpretadas por un sector de la doctrina como meras descripciones de un fenómeno real y evidente aplicado desde hace muchos años a ámbitos como los de la delincuencia organizada, y popularizado ahora en las diversas leyes surgidas en todo el mundo tras el 11 de septiembre de 2001 en Nueva York, ya en trabajos anteriores se puede descubrir en las tesis del autor de Bonn la aceptación como Derecho penal de excepción en sociedades democráticas, como la alemana, de este Derecho penal del enemigo anticipatorio, desproporcionado y puramente preventivo¹¹.

En el artículo que va a ser el principal apoyo de nuestro análisis, “¿Terroristas como personas en Derecho?”¹², Jakobs se centra en uno de los ámbitos en los que ya había identificado el modelo de Derecho penal del enemigo¹³, el del terrorismo, planteando como argumento conductor del trabajo la pregunta de si ¿puede conducirse una guerra contra el terror con los instrumentos del Derecho penal de un Estado de Derecho?”. Jakobs trata de responder a esta cuestión desde el análisis de algunos preceptos de la legislación antiterrorista alemana surgida tras el 11 de septiembre de 2001, esto es, teorizando sobre el Derecho penal del ciudadano y del enemigo en términos generales, pero tomando como referencia preceptos concretos de la legislación alemana que él considera auténtico Derecho penal del enemigo. Así, y en primer lugar, Jakobs estudia las modificaciones de los §129a y §129b *StGB* que sancionan la creación de asociaciones terroristas y que, pese a tratarse de una tipificación expresa de actos preparatorios punibles, suponen la aplicación a los autores de una pena de hasta 10 años de prisión y de hasta 15 años en el caso de tratarse de los cabecillas. Por otra parte, también utiliza como ejemplo legislativo el autor alemán, el precepto de la Ley de Seguridad Aérea, recientemente declarado inconstitucional por el Tribunal Constitucional Federal, que consideraba lícito el derribo de una aeronave que pretendiera ser usada para atentar contra vidas humanas¹⁴.

⁷ Jakobs, G.: “Derecho penal del ciudadano y Derecho penal del enemigo”, en Jakobs, G./Cancio Meliá, M.: *Derecho penal del enemigo*, ob. cit., págs. 26 y 43 y ss.

⁸ Jakobs, G.: “Prólogo”, en Jakobs, G./Cancio Meliá, M.: *Derecho penal del enemigo*, ob. cit., pág. 16; Jakobs, G.: “Derecho penal del ciudadano y Derecho penal del enemigo”, en Jakobs, G./Cancio Meliá, M.: *Derecho penal del enemigo*, ob. cit., pág. 42. En el mismo sentido se ha pronunciado Lesch, discípulo de Jakobs, según el cual si el individuo no acepta su *status* de persona se convierte en un individuo, una criatura animal, y el Ordenamiento no tiene razones para defender sus intereses (Lesch, H.H.: “Hörfalle und kein Ende –Zur Verwertbarkeit von selbstbelastenden Angaben des Beschuldigten in der Untersuchungshaft”, en *GA*, núm. 147, 2000, págs. 355 y ss..

⁹ Jakobs, G.: *Sociedad, norma y persona...*, ob. cit., pág. 28.

¹⁰ Jakobs, G./Cancio Meliá, M.: *Derecho penal del...*, ob. cit., pág. 42.

¹¹ Miró Llinares, F.: “Algunas reflexiones dogmáticas y...”, ob. cit., en prensa.

¹² En Jakobs, G./Cancio Meliá, M.: *Derecho penal del...*, ob. cit., págs. 57 – 83.

¹³ Ejemplos de “enemigos del Estado” los encuentra Jakobs en los grupos terroristas, en los grupos dedicados al tráfico de drogas, de armas, de personas, esto es, en la criminalidad organizada (Jakobs, G.: “Derecho penal del ciudadano y Derecho penal del enemigo”, en Jakobs, G./Cancio Meliá, M.: *Derecho penal del enemigo*, ob. cit., pág. 39).

¹⁴ § 14, párrafo 3º de la Ley de Seguridad Aérea (Jakobs, G.: “¿Terroristas como personas en Derecho?”, en Jakobs, G./Cancio Meliá, M.: *Derecho penal del...*, ob. cit., pág. 77).

Aunque el análisis de Jakobs es a la inversa, comenzaremos por sus consideraciones respecto a este último precepto legal. Pues bien, reconoce Jakobs, que “en una sociedad que concibe al Estado como instrumento de la administración de felicidad de los ciudadanos individuales, no cuadra que algunos deban sacrificarse, renunciando así a todas sus expectativas de felicidad”¹⁵. Esto no le lleva, sin embargo, a realizar una declaración de ilegitimidad de ese tipo de medidas, sino, a una aparente “descripción” que roza, si no toca, su legitimación. Así el autor alemán, en un primer momento, se refiere a la existencia de un supuesto de extrema necesidad en el que el Estado “hace lo necesario”¹⁶, e incluso, posteriormente, llega a definir este caso como “el deber de matar a sujetos no responsables para evitar en caso de necesidad un daño muy grave”¹⁷. El hincapié lo pone Jakobs, pues, no tanto en si esta medida puede considerarse o no legítima, cosa que más bien no parece importarle, sino en la constatación de que el Estado alemán ha llegado a adoptar una norma como ésta cuando ha considerado que “necesitaba” hacerlo. Lo que interesa a Jakobs, pues, y por ello también a nosotros, más allá del debate concreto sobre un precepto que ya ha sido declarado contrario a la *GrundGesetz*, es la consideración de que si en estos supuestos el Estado actúa “haciendo lo necesario”, mucho menos podrán imponerse tabúes en el ámbito de las medidas para la evitación de esa extrema necesidad dirigidas contra quienes han generado la situación de necesidad”¹⁸. Queda clara, pues, cuál es la interpretación que realiza Jakobs sobre las disposiciones del Código procesal alemán que suponen la punición de actos preparatorios punibles con penas de hasta quince años: reconoce el autor que se trata de “contaminaciones jurídico-policiales del Derecho penal” pero las califica como intencionadas y necesarias como “duras amenazas de pena para evitar escaladas”, enmarcadas, al igual que otras disposiciones de la legislación procesal que no se orientan hacia la averiguación de hechos pasados sino a la evitación de hechos futuros, en la defensa frente a riesgos¹⁹.

Ahora bien, ¿qué es lo que lleva a Jakobs a justificar estas intervenciones que, según él mismo reconoce, “no cuadran en un Estado de Derecho perfecto”? ¿Por qué frente a los terroristas puede aceptarse la actuación penal no como reacción frente a una comunicación incorrecta, sino como prevención frente al enemigo? La razón está en la autoexclusión del enemigo como ciudadano y su conversión en fuente de peligro²⁰. Llegamos ya, pues, al argumento esencial del artículo de Jakobs así como al punto de engarce entre este artículo, centrado inicialmente en la intervención del Estado de Derecho frente al terrorismo, y los anteriores en los que trataba sobre el Derecho penal del enemigo en general. “Todo aquél que presta fidelidad al ordenamiento jurídico con cierta fiabilidad tiene derecho a ser tratado como persona, y quien no lleve a cabo esta prestación, pues será heteroadministrado, lo que significa que no será tratado como persona”, dice Jakobs²¹. En efecto, y desde la posición funcionalista respecto al fin del Derecho y la teoría de la prevención general positiva respecto al fin de la pena que sigue el autor alemán, a Jakobs le resulta imposible considerar Derecho penal en sentido estricto intervenciones anticipadas y desproporcionadas como las que, hemos visto, utilizan los Estados democráticos frente al terrorismo. En estos casos estamos ante un Derecho

¹⁵ Jakobs, G.: “¿Terroristas como personas en Derecho?”, en Jakobs, G./Cancio Meliá, M.: *Derecho penal del..., ob. cit.*,pág. 78.

¹⁶ Jakobs, G.: “¿Terroristas como personas en Derecho?”, en Jakobs, G./Cancio Meliá, M.: *Derecho penal del..., ob. cit.*,pág. 78.

¹⁷ Jakobs, G.: “¿Terroristas como personas en Derecho?”, en Jakobs, G./Cancio Meliá, M.: *Derecho penal del..., ob. cit.*,pág. 79.

¹⁸ Jakobs, G.: “¿Terroristas como personas en Derecho?”, en Jakobs, G./Cancio Meliá, M.: *Derecho penal del..., ob. cit.*,pág. 79.

¹⁹ Jakobs, G.: “¿Terroristas como personas en Derecho?”, en Jakobs, G./Cancio Meliá, M.: *Derecho penal del..., ob. cit.*,págs. 62 y 63.

²⁰ Así respecto a la autoexclusión de la condición de persona según el autor alemán, Jakobs, G.: “Personalidad y exclusión en Derecho penal” en Jakobs, G.: *Dogmática de Derecho penal y la configuración normativa de la sociedad*, Civitas, 2004, pág. 66 y 67.

²¹ Jakobs, G.: “¿Terroristas como personas en Derecho?”, en Jakobs, G./Cancio Meliá, M.: *Derecho penal del..., ob. cit.*,págs. 68 y 69.

penal que no cumple funciones de orientación funcional (el delito) y confirmación de la vigencia (la pena), sino otras tales como la prevención (el delito), y la inocuidad o intimidación (la pena). Este Derecho penal del enemigo, no ya reactivo, sino preventivo, y no ya proporcional, sino desproporcionado, debe ser aplicado por el Estado ante la falta de seguridad cognitiva que ofrece el enemigo frente a la confianza de fidelidad que da el ciudadano, de quien, aún cometiendo un delito, se puede seguir presumiendo que su próxima actuación será fiel al Ordenamiento jurídico.

Este argumento esencial de Jakobs de la “pérdida de confianza” del Estado en el enemigo, presente desde las primeras formulaciones del autor alemán sobre el Derecho penal del enemigo, ha encontrado, sin embargo, en el último escrito, una reformulación que ahonda en cierto cambio en su teoría de la prevención general positiva. Jakobs señala que el fin del Estado de Derecho no es la máxima seguridad posible para los bienes, sino la vigencia *real* de un ordenamiento jurídico que haga posible la libertad²²; y contrapone la vigencia *real*, a la vigencia *postulada*, aquella que no dirige la orientación²³. La vigencia real de la norma es la directora de la conducta, y exige un apoyo cognitivo que, según señala Jakobs, “no es una prestación del Estado, sino de los propios ciudadanos, que éstos llevan a cabo orientándose cotidianamente con base en el Derecho”²⁴. No significa esto que la comisión de un delito, y la consiguiente desautorización que ella pueda suponer, suponga la no vigencia de la norma, dado que la pena deberá servir en la mayoría de los casos para recordar la no adecuación del comportamiento delictivo y para que el Estado pueda presumir que sigue existiendo fidelidad al Ordenamiento jurídico²⁵. Pero, cuando el Estado presume lo contrario, cuando se percibe la próxima comisión de delitos, es decir, cuando una determinada persona pasa a convertirse en fuente de peligro, en un problema de seguridad que no da apoyo cognitivo de capacidad de orientación, ya no se puede esperar el cumplimiento del deber, al desaparecer la presunción de la fidelidad al Ordenamiento jurídico²⁶ y “la persona –destinataria de expectativas normativas– muta para convertirse en fuente de peligro, en un problema de seguridad que debe abordarse de modo cognitivo”.

Dejando para más adelante la cuestión de si la referencia a la vigencia real de la norma y la exigencia de un apoyo cognitivo de la conducta implica o no un cambio en su concepción normativista-funcional del Derecho penal, ya podemos afirmar la conclusión fundamental de Jakobs que le llevará a las demás, y es que el terrorista, para el autor alemán, puede no ser tratado como persona sino como peligro y, por tanto, como enemigo. El objetivo del Estado de Derecho frente al adversario activo y cuya actitud es por principio hostil, como es el terrorista, es garantizar la seguridad compensando la inseguridad que el mismo ofrece. De ahí podemos extraer, también, el primer parámetro utilizado por Jakobs para defender la legitimidad del Derecho penal del enemigo en un Estado de Derecho: la necesidad real de intervenir frente al enemigo-terrorista para garantizar la libertad de quienes dan garantías de comportamiento personal frente a quienes se han autoexcluido de tal condición. Reconoce, pues, Jakobs, de forma explícita en este caso, dos cuestiones significativas: la primera, que el Estado de Derecho puede y debe utilizar cualquier medio excepcional necesario para proteger la seguridad de los ciudadanos; la segunda, que puede haber instrumentos inaceptables y, junto a ellos, puede ser que “la inteligencia prohíba hacer uso de todo lo que es posible; y que el riesgo de abuso sea demasiado grande”. No califica de este modo, como abuso excesivo, sin embargo, la punición

²² Jakobs, G.: “¿Terroristas como personas en Derecho?”, en Jakobs, G./Cancio Meliá, M.: *Derecho penal del...*, ob. cit.,pág. 63.

²³ Jakobs, G.: “¿Terroristas como personas en Derecho?”, en Jakobs, G./Cancio Meliá, M.: *Derecho penal del...*, ob. cit.,pág. 64

²⁴ Jakobs, G.: “¿Terroristas como personas en Derecho?”, en Jakobs, G./Cancio Meliá, M.: *Derecho penal del...*, ob. cit.,pág. 65

²⁵ Jakobs, G.: “¿Terroristas como personas en Derecho?”, en Jakobs, G./Cancio Meliá, M.: *Derecho penal del...*, ob. cit.,pág. 66.

²⁶ Jakobs, G.: “¿Terroristas como personas en Derecho?”, en Jakobs, G./Cancio Meliá, M.: *Derecho penal del...*, ob. cit.,pág. 66

con extrema dureza al que participa en una asociación terrorista, y tampoco la realización sobre él de un duro interrogatorio²⁷.

El segundo parámetro utilizado por Jakobs para defender la necesidad y legitimidad del Derecho penal del enemigo, tampoco es nuevo: el riesgo de que el no reconocimiento directo de la excepción, pero su inevitable aparición, con o sin la intervención primaria del Estado, pero con el posterior “amoldamiento” del Derecho, suponga una contaminación del Derecho penal del enemigo al Derecho penal del ciudadano. El riesgo de confusión entre el Derecho penal del ciudadano y el Derecho penal del enemigo, sigue siendo utilizado, pues, y en contra de lo que algunos hemos entendido, como argumento a favor del reconocimiento de este Derecho²⁸. Entiende Jakobs, pues, que la separación de esferas permitirá tratar como personas a quienes mantengan la fidelidad al Derecho y como enemigos, a quienes no muestran una expectativa de conducta conforme a Derecho; mientras que si sólo se reconoce el Estado de Derecho permanente, se “induce al Estado real a encubrir las excepciones irremediables para su supervivencia en un mundo sucio como reglas, desdibujando así qué es regla y qué es excepción”²⁹.

Termina el artículo Jakobs respondiendo a la pregunta inicialmente planteada de si ¿puede conducirse una “guerra contra el terror” con los medios de un Derecho penal propio de un Estado de Derecho?. Por supuesto su respuesta es que no, pues debería de tratar a sus enemigos como personas y no como fuentes de peligro³⁰. Otra cosa diferente ocurre, dice Jakobs, en “el Estado de Derecho *óptimo en la práctica*”, en el cual efectivamente se lucha en el plano previo contra los peligros “y esto le da la posibilidad de no quebrarse por los ataques de sus enemigos”³¹.

3. Algunas reflexiones sobre el Derecho penal del enemigo, desde las preguntas que plantea la defensa de Jakobs del mismo en un Estado de Derecho.

La teoría de Jakobs sobre el Derecho penal del enemigo ha dado lugar, no sólo a muchos posicionamientos, casi siempre críticos con las tesis del profesor de Bonn³², sino, también, a muchas dudas sobre el auténtico sentido y alcance de las teorías del autor alemán. El artículo de Jakobs que estamos analizando y que se incluye en la nueva edición de la obra “Derecho penal del enemigo”, lejos de dar respuesta a la mayoría de las dudas que ya planteaban sus anteriores artículos, aumenta los interrogantes. Y es que, y como ya hemos visto, son varios los elementos novedosos que encontramos en este trabajo: las referencias de Jakobs a la vigencia real de la norma; su respuesta directa a las críticas vertidas contra sus tesis; su pretendido análisis de legitimidad del Derecho penal del enemigo en el marco de un Estado social y democrático de Derecho, etc.

Hasta el momento hemos tratado de recoger las ideas principales del artículo de Jakobs. No hemos profundizado, sin embargo, acerca de estas novedades que resultan, sin lugar a dudas, lo más significativo del trabajo que estamos analizando. Con la intención de sistematizar al

²⁷ Jakobs, G.: “¿Terroristas como personas en Derecho?”, en Jakobs, G./Cancio Meliá, M.: *Derecho penal del...*, ob. cit.,pág. 81.

²⁸ Miró Llinares, F.: “Democracias en crisis y Derecho penal del enemigo. Política criminal frente al terrorismo en los Estados democráticos antes y después del 11 de septiembre de 2001”, en *Cuadernos de Política Criminal*, núm. 87, 2005, pág. 219.

²⁹ Jakobs, G.: “¿Terroristas como personas en Derecho?”, en Jakobs, G./Cancio Meliá, M.: *Derecho penal del...*, ob. cit.,pág. 83.

³⁰ Jakobs, G.: “¿Terroristas como personas en Derecho?”, en Jakobs, G./Cancio Meliá, M.: *Derecho penal del...*, ob. cit.,pág. 83.

³¹ Jakobs, G.: “¿Terroristas como personas en Derecho?”, en Jakobs, G./Cancio Meliá, M.: *Derecho penal del...*, ob. cit.,pág. 83.

³² Véanse al respecto las referencias bibliográficas citadas en Miró Llinares, F.: “Democracias en crisis...”, ob. cit., pág. 217, notas 113 a 117.

máximo posible las reflexiones que el, como siempre, interesante trabajo de Günther Jakobs plantea, utilizaré el procedimiento de enunciación de las que, a mi juicio, son las cuestiones más significativas que surgen del trabajo del profesor alemán. Concretamente he seleccionado cinco cuestiones que asoman ante la lectura de “¿Terroristas como personas en Derecho?” y que auspician la reflexión acerca del auténtico significado de algunos de los postulados teóricos del autor. Además, en la última de las preguntas, la referida a la toma de postura a adoptar frente a las tesis de Jakobs sobre el Derecho penal del enemigo, será un elemento fundamental el artículo de Cancio Meliá publicado en la segunda edición de la obra que estudiamos. Y ello no sólo por tratarse de un parecer contrario al de Jakobs y, por tanto, cercano a nuestra opinión, ya postulada en otros trabajos, sino porque la ampliación realizada por Cancio de su artículo toma como referencia el estudio de Jakobs que nos está ocupando, y representa, pues, la primera respuesta en España a los, más o menos nuevos, argumentos del autor alemán.

3.1. ¿La defensa de Jakobs del Derecho penal del enemigo ha supuesto una modificación de los presupuestos de su teoría de la pena de la prevención general positiva?

La primera duda que surge tras la lectura de “¿Terroristas como personas en Derecho?” es la de si Jakobs sigue situado donde se encontraba no sólo en cuanto a la explicación y construcción de una teoría del Derecho penal del enemigo, sino, sobre todo, en cuanto al mantenimiento de sus propias bases teóricas, concretamente, su teoría de la pena denominada como “prevención general positiva”. En efecto, y aunque, como veremos después, la mayoría de los elementos de la teoría del Derecho penal del enemigo que aparecen ahora ya estaban de algún modo presentes en anteriores trabajos, una primera mirada a referencias tales como “vigencia real y no meramente postulada de la norma”, “peligrosidad individual del enemigo”, “norma directora de conductas”, o su crítica a la prepotencia normativista que “tiende a dejar en un segundo plano las condiciones de la realidad del Derecho”³³, pueden llevar a pensar que el autor no sólo ha modificado las bases legitimadoras del Derecho penal del enemigo sino que, con ello, ha acabado abandonando sus propias tesis sobre el fin de la pena. Evidentemente el propósito de este trabajo no es hacer un análisis de la evolución de la teoría de la pena en Jakobs³⁴, entre otras razones porque hay algunas referencias recientes que parecen indicar que sus tesis siguen modificándose o, cuanto menos, adaptándose³⁵. Sí que vamos a aprovechar este nuevo trabajo de Jakobs, donde el autor incorpora o profundiza en planteamientos novedosos sobre su teoría del Derecho penal, para analizar cómo puede haber afectado a su esquema teórico la defensa del Derecho penal del enemigo.

Pues bien, dentro de ese microcosmos que es la concepción funcionalista-sistémica de Jakobs³⁶, el punto fundamental sobre el que debemos realizar nuestro análisis debe ser el de la

³³ Jakobs, G.: “¿Terroristas como personas en Derecho?”, en Jakobs, G./Cancio Meliá, M.: *Derecho penal del..., ob. cit.*, pág. 69, nota 9.

³⁴ En este sentido, y junto con el resto de obras citadas por la autora, resulta especialmente interesante el reciente trabajo de Herrera Moreno, M.: “Las categorías simbólicas en el pensamiento sistémico y penológico de Günther Jakobs”, en *Cuadernos de Política Criminal*, núm. 87, 2005, págs. 7 y ss.

³⁵ Así Gómez-Jara Díez, C.: “Teoría de sistemas y Derecho penal: culpabilidad y pena en una teoría constructivista del Derecho penal”, en Gómez-Jara Díez, C. (Ed.): *Teoría de sistemas y Derecho penal. Fundamentos y posibilidades de aplicación*, Comares, 2005, pág. 416, nota 139, quien señala que la teoría de la pena está siendo objeto de una nueva reespecificación.

³⁶ Acerca de la concepción funcionalista de Jakobs, y su relación con la teoría de sistemas, véase Peñaranda Ramos, E.: “Sobre la influencia del funcionalismo y la teoría de sistemas en las actuales concepciones de la pena y del delito”, en Gómez-Jara Díez, C. (Ed.): *Teoría de sistemas..., ob. cit.*, pág. 223 y ss; el mismo texto en Peñaranda Ramos, E.: “Sobre la influencia del funcionalismo y la teoría de sistemas en las actuales concepciones de la pena y del delito”, en *Doxa. Cuadernos de Filosofía del Derecho*, núm. 23, 2000, pág. 289 y ss; quien considera la concepción del autor alemán “el intento más radical y acabado hasta ahora de construir la teoría de la pena y del delito en términos de funcionalidad para el mantenimiento del sistema social”, *ob. cit.*, pág. 225. Respecto a lo que puede denominarse o no

teoría de la prevención general positiva, sobre todo en cuanto al por qué de su no utilidad para explicar la reacción penal frente al enemigo. En efecto, Jakobs desde sus primeros enunciados sobre el Derecho penal del enemigo niega a éste el carácter de Derecho penal en sentido estricto al no otorgarle la función de confirmar la vigencia de la norma ante la negación de la misma realizada por el ciudadano³⁷. La razón es que ese Derecho penal del enemigo no cuadraba en el sistema teórico de la prevención general positiva, puesto que en aquél no se reacciona frente al delito, sino que se interviene anticipadamente luchando contra el peligro, incluso antes de que se quebrante la norma. Jakobs, sin embargo, no derivaba de esa contradicción entre Derecho penal del enemigo y prevención general positiva una negación total del carácter de Derecho penal, sino que se limitaba a decir que aquél tenía otros fines que no coincidían con los del Derecho penal del ciudadano, y que consistían en la tutela de la seguridad de las personas frente al riesgo que suponen los enemigos. Y la razón que llevaba (y lleva) a actuar de esa forma es que el sujeto no ofrecía al Estado una seguridad cognitiva de comportamiento conforme a la norma³⁸.

Lo relevante de esta argumentación es, pues, que Jakobs parecía huir de ciertos aspectos de la teoría de la prevención general positiva para poder cuadrar dentro de su sistema de Derecho penal aquél dirigido frente al enemigo en el que dicha teoría no tendría cabida. Así señalaba en su artículo “Derecho penal de ciudadanos y Derecho penal de enemigos” que “toda normatividad necesita de una cimentación cognitiva para poder ser real”; y seguía diciendo que “de esta constatación tampoco queda excluido el ordenamiento jurídico en sí mismo: sólo si es impuesto realmente, al menos a grandes rasgos, tiene una vigencia más que ideal, es decir, real”³⁹. Que duda cabe que estas referencias a la vigencia real de la norma, y a que la misma podría hacerse depender de que “fuera impuesto realmente”, planteaban algunas dudas de gran significación: ¿Estaba queriendo decir Jakobs que la finalidad de la pena es confirmar la vigencia de la norma que realmente *dirige* al sujeto? ¿Empezaba a concebir Jakobs que la norma penal tiene en parte una función de dirección de conductas⁴⁰? ¿Suponía una evolución de la teoría de la prevención general positiva en la que surge una segunda función de la pena y, por tanto, un criterio de vigencia de la norma⁴¹?

funcionalismo y al carácter funcionalista de Jakobs, véase la completa nota de Feijóo Sánchez, B.: “La normativización del Derecho penal: ¿Hacia una teoría sistémica o hacia una teoría intersubjetiva de la comunicación?”, en Gómez-Jara Díez, C. (Ed.): *Teoría de sistemas...*, *ob. cit.*, pág. 437, nota 5. También respecto a esta cuestión, Portilla Contreras, G.: “Los excesos del formalismo jurídico neofuncionalista en el normativismo del Derecho penal”, en Portilla Contreras, G. (Coord.): *Mutaciones de Leviatán. Legitimación de los nuevos modelos penales*, Akal, 2005, págs. 59 y ss.

³⁷ Así en Jakobs, G.: “La ciencia del Derecho penal...”, *ob. cit.*, pág. 43. También Jakobs, G.: “¿Terroristas como personas en Derecho?”, en Jakobs, G./Cancio Meliá, M.: *Derecho penal del...*, *ob. cit.*, pág. 72, nota 13 del texto recensionado.

³⁸ Así decía Jakobs que “el que pretende ser tratado como persona debe dar a cambio una cierta garantía cognitiva de que se va a comportar como persona. Si no existe esa garantía o incluso es negada expresamente, el Derecho penal pasa de ser una reacción de la sociedad ante el hecho de uno de sus miembros a ser una reacción contra un enemigo” (Jakobs, G.: “La ciencia del Derecho penal ante las exigencias del presente”, en Jakobs, G.: *Dogmática de Derecho penal y la configuración normativa de la sociedad*, Civitas, 2004, pág. 43; también en *Estudios de Derecho judicial, Escuela de verano del poder judicial*, Consejo General del Poder Judicial, 1999).

³⁹ Jakobs, G.: “Derecho penal del ciudadano y Derecho penal del enemigo”, en Jakobs, G./Cancio Meliá, M.: *Derecho penal del enemigo*, *ob. cit.*, pág. 50.

⁴⁰ El sistema de Jakobs, cuanto menos hasta el momento, entiende que el Derecho penal no se ocupa de la dirección de conductas, sino del aseguramiento de expectativas (Herrera Moreno, M.: “Las categorías simbólicas...”, *ob. cit.*, pág. 51). Ello es definido por Portilla Contreras como algo sorprendente, “ya que en coherencia con el modelo sistémico, el Derecho penal se sirve del conflicto para extender el respeto a las expectativas básicas” (Portilla Contreras, G.: “Los excesos del formalismo jurídico...”, *ob. cit.*, pág. 62).

⁴¹ Señala Peñaranda Ramos, con referencias a Lesch y, sobre todo, a las ideas de Müller Tuckfeld en *Integrationsprävention*, la inviabilidad de la pretensión de Jakobs de eliminar de las normas cualquier función de dirección de conductas: “el aseguramiento de expectativas puede ser considerado analíticamente como el cometido primario del Derecho, pero esa función no puede ser desgajada de la de

Esas dudas aún no se resuelven del todo con una lectura de “¿Terroristas como personas en Derecho?”, donde el autor afirma que la vigencia de la norma, en el sentido de que ésta sea real o no, depende de que la norma dirija realmente la orientación, cuanto menos como esquema de orientación. Es evidente, y así lo señala Jakobs en esos dos trabajos y en otros anteriores, que el profesor de Bonn busca ahora una constatación cognitiva de orientación en la norma⁴², pero siguen sin quedar clarificadas dos cuestiones: Primero, ¿qué es lo que ha obligado a Jakobs a salir de su “esquema sistémico *perfecto* de expectativas normativas y de mantenimiento contrafáctico de las mismas? Segundo, ¿está Jakobs asumiendo un nuevo esquema teórico de justificación de la pena distinto al que entendía la relación pena-delito en términos puramente normativos?

En cuanto a la primera de las preguntas, creemos que Jakobs se ha visto obligado a evolucionar su teoría del Derecho penal para permitir encuadrar en él el modelo de Derecho penal del enemigo y, a la vez, no quebrantar el sistema de justificación de la pena por medio de la prevención general positiva (entendida como la estabilización contrafáctica de una expectativa normativa): el que la pena es la consecuencia para la infracción de la norma vigente, pero no para la de la no vigente; y el que una pena no puede mantener la vigencia de una norma si no previene la seguridad de los ciudadanos frente a comportamientos peligrosos de sujetos que, ya desde un punto de vista cognitivo, no ofrecen seguridad de comportamiento fiel al Derecho⁴³. Porque, en efecto, y desde el esquema de la prevención general positiva, tal y como la ha definido Jakobs, no se puede explicar una intervención del Derecho penal en la que no se reacciona frente al hecho sancionando con una pena, sino que se anticipa a él luchando contra un peligro, bajo el único argumento de que la norma ha sido negada, pues es precisamente eso lo que, en su esquema, le da sentido a la pena⁴⁴. Es decir, no puede justificar Jakobs la intervención en forma de Derecho penal del enemigo por la infracción de expectativas normativas, pues ellas serían estabilizadas con la pena. Luhmann diría, y Jakobs también, que el Derecho no puede garantizar que las expectativas normativas no serán defraudadas, sino sólo que se van a mantener como expectativas⁴⁵. Pero Jakobs también quiere garantizar la seguridad de los ciudadanos, y para hacerlo, y no destruir su propia teoría de la prevención general

dirección de conductas, porque las expectativas no pueden ser (contrafácticamente) estabilizadas a la larga si la facticidad de la norma es continua y manifiestamente transgredida. Por ello la dirección de conductas ha de ser una segunda función del Derecho, de carácter derivado de la anterior. Resulta significativo como se asemejan estas palabras de Peñaranda a las de Jakobs en el artículo que estamos analizando: “la expectativa de un comportamiento correcto no puede ser mantenida contrafácticamente de modo ilimitado; más aún: no debe ser mantenida ilimitadamente, ya que el Estado ha de procurar una vigencia real del derecho”. Jakobs, G.: “¿Terroristas como personas en Derecho?”, en Jakobs, G./Cancio Meliá, M.: *Derecho penal del...*, *ob. cit.*, pág. 66. Parece como si Jakobs quisiera relacionar el que la norma dirija las conductas con su vigencia, y que por tanto, esté integrando la función directora dentro de la norma penal. Habrá que esperar a futuras aclaraciones del autor para comprobar si realmente el autor está aceptando en cierto modo una función directora de las normas, o utiliza esa referencia de la vigencia de las normas para exigir a éstas la función de prevenir riesgos, tal y como ocurre con el Derecho penal del enemigo.

⁴² “Sin algún cimiento cognitivo, la sociedad constituida jurídicamente no funciona, pues en ella no sólo confirman su identidad personas heroicas, sino que también individuos temerosos quieren encontrar su modo de supervivencia” (Jakobs, G.: “La ciencia del Derecho...”, *ob. cit.*, pág. 43).

⁴³ Habría que preguntarse si eso no estaba ya detrás de la afirmación de Jakobs que las normas son expectativas vigentes sólo cuando ellas puedan seguirse como válidas y la infracción de la norma no: “mientras ella, y no el quebrantamiento de la norma configure la estructura de la sociedad” (Jakobs, G.: “¿Qué protege el Derecho Penal: bienes jurídicos o la vigencia de la norma”, en *RPDJP*, 2000, pág. 166).

⁴⁴ Así dice Jakobs que “al concepto de pena pertenece la confirmación de la existencia de la norma, es decir, la refutación del hecho que cuestiona esta existencia” (Jakobs, G.: “La imputación jurídico-penal y las condiciones de vigencia de las normas”, en Gómez-Jara Díez, C (Ed.): *Teoría de sistemas...*, *ob. cit.*, pág. 181).

⁴⁵ Luhmann, N.: “El derecho como sistema social”, (traducción de Carlos Gómez-Jara Díez), en Gómez-Jara Díez, C (ed.): *Teoría de sistemas...*, *ob. cit.*, pág. 73.

positiva, necesita un criterio que le permita decir cuándo la pena no basta, y ése tiene que ser que no hay expectativa normativa: que la norma no está vigente por no haber seguridad cognitiva. Y lógicamente esa no vigencia no puede devenir por “algo normativo” que pudiera ser estabilizado, sino por algo fáctico relativo a la seguridad, quedándole al autor alemán únicamente el recurso a la afirmación de que hay casos en los que la norma no orienta, y en los que, por tanto, no tiene sentido sancionar con una pena sino que sólo sirve atacar el peligro. “Ya no se trata del mantenimiento del orden de personas tras irritaciones socialmente internas, sino que se trata del restablecimiento de unas condiciones del entorno aceptables, por medio de la – *sit venia verbo*–neutralización de aquellos que no ofrecen una garantía mínima cognitiva, la cual es necesaria para que a efectos prácticos puedan ser tratados actualmente como personas”⁴⁶. Así es como justifica Jakobs su temporal huída de la teoría de la prevención general positiva, responsabilizando al sujeto por demostrar *fácticamente* inseguridad y, por tanto, no ser digno de la presunción de la fidelidad del Derecho, “base del negocio jurídico de la libre autoadministración”⁴⁷

La segunda pregunta era si Jakobs ha modificado sus teorías asumiendo un nuevo esquema teórico de justificación de la pena distinto al que entendía la relación pena-delito en términos puramente normativos. Al respecto de esta cuestión y contando solamente con los datos de lo señalado por Jakobs en los trabajos citados sobre el Derecho penal del enemigo, podemos señalar lo siguiente. En primer lugar, no creemos que esta nueva forma de enunciar sus tesis sobre la función del delito suponga un cambio en su idea de que las normas penales no tienen por qué tener, cuanto menos como función principal, aquélla de “influir sobre el comportamiento de los ciudadanos”⁴⁸, puesto que ni la pena cumple dicha función, ni lo hace la intervención penal del enemigo frente al sujeto peligroso, cuyo fin es proteger la seguridad de los ciudadanos y no la de motivar a los enemigos a la no realización de comportamientos. Jakobs sigue manteniendo, pues, una concepción conforme a la cual la pena, como acto de comunicación, se dirige esencialmente no al delincuente sino “al conjunto de los ciudadanos que poseen ciertas expectativas, que la norma expresa, mostrándoles que están en lo cierto y que el defecto está en el actuar del otro”⁴⁹. Por otra parte tampoco Jakobs cree que un deber decaiga por el hecho de que sea continuamente quebrantado, pero sí sostiene que si eso ocurre, el deber

⁴⁶ Jakobs, G.: “La ciencia del Derecho penal ante las exigencias del presente”, en Jakobs, G.: *Dogmática de Derecho penal...*, *ob. cit.*, págs. 45 y 46.

⁴⁷ Jakobs, G.: “¿Terroristas como personas en Derecho?”, en Jakobs, G./Cancio Meliá, M.: *Derecho penal del...*, *ob. cit.*, pág. 67.

⁴⁸ Silva Sánchez, J.M.^a: “¿Directivas de conducta o expectativas institucionalizadas? Aspectos de la discusión actual sobre la teoría de las normas”, en AAVV.: *Modernas tendencias en la ciencia del Derecho penal y en la criminología*, Universidad Nacional de Educación a Distancia, 2001, pág. 563. Recuerda Silva que tampoco se prescinde absolutamente de la dimensión de la norma como norma de determinación, que se contempla como una función latente o efecto secundario. Al respecto véase también, Herrera Moreno, M.: “Las categorías simbólicas...”, *ob. cit.*, pág. De hecho Jakobs señala que a la ratificación de la vigencia de la norma que supone la pena pueden vincularse consecuencias psico-sociales de diversa índole, y, a alguna de estas consecuencias no se puede renunciar en la práctica si es que se quiere que la sociedad siga existiendo- por ejemplo al hecho de que la motivación de fidelidad al Derecho sea tenido en gran parte como algo obvio-; pero tales consecuencias no pertenecen al concepto de pena”, añadiendo más adelante que “la pena tiene pues una función sin que tenga que producir algo psico-socialmente” (Jakobs, G.: “Imputación jurídico-penal, desarrollo del sistema con base en las condiciones de la vigencia de la norma”, (traducción de Javier Sánchez-Vera Gómez-Trelles), en Jakobs, G.: *Dogmática de Derecho penal...*, *ob. cit.*, pág. 76). También admitiendo incluso la prevención general negativa como función latente de la pena, en Jakobs, G.: “La autocomprensión de la ciencia...”, *ob. cit.*, pág. 56. Por otro lado señala Peñaranda que en un Jakobs reciente, el mantenimiento o fortalecimiento de la fidelidad al derecho ya no se presenta como equivalente a la prevención general positiva, sino como un mero efecto secundario. Peñaranda Ramos, E.: “Sobre la influencia del...”, *ob. cit.*, pág. 231. En el mismo sentido, Soto Navarro, S.: *La protección penal de los bienes colectivos en la sociedad moderna*, Comares, 2003, págs. 27 y 28, nota 80.

⁴⁹ García Amado, J. A.: “¿Dogmática penal sistémica? Sobre la influencia de Luhmann en la teoría penal”, en *Doxa. Cuadernos de Filosofía del Derecho*, núm. 23, 2000, pág. 247.

deja de serlo normativamente y pasa a serlo únicamente en el plano cognitivo. La finalidad de la pena es confirmar la vigencia real de cualquier norma, y sirve “precisamente para que las expectativas normativamente fundadas no queden anuladas por su defraudación en el caso concreto”⁵⁰. Pero la negación constante de aquélla por parte de quien, por tanto, no ofrece expectativa de actuar conforme al mandato, destruye la expectativa normativa y la convierte en orientación cognitiva⁵¹. El Derecho penal, pues, se sigue encargando, en la concepción de Jakobs, del aseguramiento de expectativas, y no tanto de dirigir comportamientos, aunque sí pretende evitar algunos de ellos: los que hagan peligrar la seguridad de los ciudadanos⁵². Y es que dado que “la expectativa de un comportamiento correcto no puede ser mantenida contrafacticamente de modo ilimitado”, cuando una persona no presenta apoyo cognitivo a una expectativa normativa, ésta se sustituye por la orientación cognitiva.

Es evidente que Jakobs ha hecho evolucionar algunos de los parámetros de sus tesis de la prevención general positiva como fin de la pena y de la norma como comunicación de expectativa que se confirma contrafacticamente. Y lo ha hecho al otorgar a la seguridad cognitiva una función secundaria⁵³ consistente en el papel de *evaluador del sistema*, en cuanto que la constatación de que “en la realidad” la expectativa no está vigente, no es ya algo que se supera en el plano normativo mediante la aseveración de que sigue estando vigente la misma expectativa, sino que supondrá la no vigencia real de ésta y, por tanto, la apertura del sistema, no ya a sanciones que confirmen expectativas normativas que ya no existen, sino a la lucha del Estado frente a esos peligros por medio del Derecho penal del enemigo. No creemos, sin embargo, que esa “leve” huida del normativismo, ya iniciada por él y anunciada por otros desde hace tiempo⁵⁴, y declarada aquí por el propio Jakobs, sea tan significativa como puede parecer. Y ello porque si bien Jakobs exige un apoyo cognitivo prestado por la persona a la que se dirige el mandato para que haya vigencia real del Derecho, en ningún momento establece la necesidad, o por lo menos concreta ésta, de fijar criterios fácticos que reflejen cuándo se produce la pérdida de confianza (¿reincidencia?, ¿actitud criminal?), sino que deja la determinación de ésta en manos del Estado a través de la norma de Derecho penal del enemigo. Así, dice Jakobs que “la confianza en lo que no debe ser sólo supone una orientación con la que es posible sobrevivir cuando no es contradicha con demasiada intensidad por el conocimiento de lo que será”. Pero ¿cómo se puede saber lo que será? Y, es más, cómo puede atribuir Jakobs a “lo que será” el papel de árbitro que permite una intervención desproporcionada e inoportunizada como la que supone el Derecho penal del enemigo. Sobre esto volveremos más adelante cuando abordemos el análisis crítico de las tesis de Jakobs.

De todos modos, qué duda cabe de que habrá que esperar a sus próximos trabajos para comprobar cómo integra la seguridad de los ciudadanos dentro de los fines de la pena y qué papel real otorga a los elementos cognitivos. En cuanto a lo que nos interesa fundamentalmente en este trabajo, el fundamento del Derecho penal del enemigo, sigue Jakobs, a mi juicio, en

⁵⁰ Peñaranda Ramos, E.: “Sobre la influencia del...”, *ob. cit.*, pág. 233.

⁵¹ Como perfectamente explicó Silva Sánchez, la expectativa cognitiva es la que se abandona en caso de conflicto, mientras que la normativa se mantiene pese a la defraudación. “¿Directivas de conducta o...”, *ob. cit.*, pág. 565. Véase también el significado de las expectativas normativas y cognitivas en Luhmann, en Prieto Navarro, E.: “La teoría de sistemas y el problema del control de la conducta: perspectivas e imposibilidades para la dogmática penal”, en Gómez-Jara Díez, C. (Ed.): *Teoría de sistemas...*, *ob. cit.*, pág. 299 y ss, y en Feijóo Sánchez, B.: “La normativización del...”, *ob. cit.*, págs 459 y ss., sobre todo en nota 79 con importantes referencias bibliográficas.

⁵² Quizás en un sentido similar a algunos de los presupuestos de la teoría de la pena seguida por uno de sus discípulos, Lesch, H. H.: *La función de la pena*, Dykinson, 1999, pág. 46 y ss.

⁵³ Ya en Jakobs, G.: “Personalidad y exclusión en Derecho penal” en Jakobs, G.: *Dogmática de Derecho penal y la configuración normativa de la sociedad*, Civitas, 2004, pág. 66 y 67, el profesor de Bonn decía que la función primaria del Derecho penal es la garantía de la validez de las normas, pero “todo derecho penal de este tipo tendrá que atender en ciertos ámbitos a su función latente, esto es, a la garantía de la seguridad cognitiva”.

⁵⁴ Silva Sánchez, J. M.: “¿Directivas de conducta o...”, *ob. cit.*, pág. 565, nota 28.

similar sitio al que estaba cuando enunció el Derecho penal del enemigo, si bien sigue mutando su teoría de la pena⁵⁵. En “¿Terroristas como personas en Derecho?”, simplemente ha tratado de clarificar de algún modo las razones por las que frente al enemigo no tiene sentido, según el autor, responder con una pena ante la infracción de la norma. Y lo ha hecho con el único argumento que le permite separarse de la teoría de la prevención general positiva sin negarla completamente: la afirmación de que ésta deja de ser la finalidad de la pena cuando no hay norma, por haber sido negada su vigencia por un enemigo que no ofrece seguridad cognitiva. No puede negarse, sin embargo, que ha incorporado a su teoría de la prevención general positiva un nuevo elemento, a priori extraño al sistema, que puede acabar modificando los postulados principales de la misma⁵⁶. Queda patente, una vez más, el empeño del autor, aun a costa de modificar el presupuesto esencial de su teoría del delito, en explicar y dar forma al Derecho penal del enemigo.

3.2. ¿Legítima Jakobs en un Estado de Derecho la utilización de un Derecho penal del enemigo, o simplemente lo describe como intrínseco al Estado de Derecho óptimo?

En realidad con esta pregunta nos acercamos de nuevo a una de las cuestiones más discutidas en la polémica sobre el Derecho penal del enemigo, la referida a si las teorías de Jakobs son de legitimación o de mera descripción de un fenómeno ya existente⁵⁷. La evidente evolución que sufrieron las tesis del autor alemán desde que en 1985 se refiriera por primera vez al *Feindstrafrecht*, han alimentado las dudas sobre el posicionamiento de legitimidad real del autor sobre esta cuestión⁵⁸. Las dudas acerca de si Günther Jakobs describe o, también, justifica un Derecho penal de estas características, deberían quedar diluidas casi por completo con este trabajo en el que, por primera vez, el autor alemán se cuestiona expresamente la legitimidad de un Derecho penal del enemigo en un Estado social y democrático de Derecho. No puede negarse, sin embargo, que esas dudas sobre si Jakobs describe o legitima el Derecho penal del enemigo se deben fundamentalmente a las características del discurso funcionalista sistémico del autor alemán. Y nos referimos a “discurso” más en un sentido material que formal, pues si bien es cierto que el lenguaje del profesor de Bonn puede resultar en ocasiones confuso y enrevesado, la cuestión de la legitimación en Jakobs no tiene la relevancia que le otorga la doctrina dominante. Conviene, pues, hacer una precisión sobre el sistema funcionalista sistémico de Jakobs antes de responder a la cuestión de la legitimación del Derecho penal del enemigo en Jakobs.

⁵⁵ Reconoce el cambio de orientación en la teoría de la pena, Cancio Meliá, M.: “De nuevo: ¿«Derecho penal» del enemigo?”, en Jakobs, G./Cancio Meliá, M.: *Derecho penal del..., ob. cit.*, págs. 140 y 141, cita 99.

⁵⁶ Así parece que lo realiza Jakobs en *Staatliche Strafe: Bedeutung und Zweck*, citado por Cancio Meliá, M.: “De nuevo: ¿«Derecho penal» del enemigo?”, en Jakobs, G./Cancio Meliá, M.: *Derecho penal del..., ob. cit.*, pág. 88, nota 1. También se refiere a este trabajo de Jakobs Gómez Jara, C.: “Teoría de sistemas...”, *ob. cit.*, pág. 416, nota 139, señalando que en él Jakobs “le otorga una importancia todavía más acusada al aseguramiento cognitivo de tal manera que termina constituyendo una función propia de la pena”.

⁵⁷ Respecto a quienes atribuyen a Jakobs una posición de legitimación del Derecho penal del enemigo o quienes le otorgan una simple descripción o afirmación del fenómeno, véase el amplio catálogo de referencias de Cancio Meliá, M.: “De nuevo: ¿«Derecho penal» del enemigo?”, en Jakobs, G./Cancio Meliá, M.: *Derecho penal del..., ob. cit.*, págs., 112, 113 y 114, en concreto nota 41. Resulta especialmente significativo al respecto el cambio de parecer de Cancio Meliá, que había sostenido el carácter no legitimador de la posición de Jakobs sobre el Derecho penal del enemigo y sólo modifica su parecer hacia la consideración de que Jakobs legitima este Derecho penal, “al menos en algunos casos”, después de las argumentaciones del autor alemán aparecidas en su último trabajo, *Staatliche Strafe: Bedeutung und Zweck*, 2004, cuya traducción (*La pena estatal: significado y finalidad*), se encuentra en prensa para la editorial Civitas.

⁵⁸ Un interesante estudio del cambio de opinión que van experimentando las tesis de Jakobs, Prittwitz, C.: “Derecho penal del enemigo: ¿Análisis crítico o programa del Derecho penal?”, en Mir Puig, S./Corcoy Bidasolo, M. (Dirs.); Gómez Martín, V. (Coord.): *La política criminal en Europa*, Atelier, 2004, pág. 104.

Pues bien, como señala Feijóo Sánchez en su magnífico trabajo sobre la normativización en el que deconstruye el esquema teórico del funcionalismo sistémico de Jakobs, la teoría funcional del autor alemán se ha movido siempre por un interés descriptivo-funcional y no por un interés legitimante, dado que la legitimidad para Jakobs “es una cuestión ajena al Derecho que corresponde a la política”⁵⁹. De este modo, la teoría funcional de Jakobs, dice Feijóo, no legitima ningún sistema penal ni ningún sistema político, sino que “sólo explica el papel del Derecho penal en cualquier sociedad que realmente exista y esté organizada”⁶⁰. ¿Implica esto que nunca podrá afirmarse que Jakobs legitima el Derecho penal del enemigo? Y ¿supone que no puede criticarse la tesis de Jakobs sobre el Derecho penal del enemigo si ésta coincide con lo que existe en la realidad? Creo que ambas preguntas pueden responderse en sentido negativo. Es indudable lo afirmado por Feijóo respecto a la metodología funcionalista u su “neutralidad valorativa”⁶¹. Y, ciertamente, y como nos recuerda Portilla Contreras, aquí estriba la dificultad de elaborar una crítica a la tesis sistémica en general y al neofuncionalismo en particular: “en que al reproche que inicialmente puede hacerse por el abandono del ideal de justicia, del olvido de los valores éticos, de los derechos humanos, de los bienes colectivos, etc., se le refutará que son cuestiones que no se deciden en el ámbito del subsistema del Derecho penal, sino en el terreno del subsistema político”⁶². Pero, aparte de las consideraciones críticas que se pueden dirigir contra esta concepción sistémica ultra positivista del Derecho penal por su insuficiencia para ejercer las funciones que debería ejercer una dogmática jurídica⁶³, creemos que para el Derecho penal del enemigo, Jakobs está adoptando una posición algo diferente, en la que sí busca y encuentra la legitimación. Así lo demostraría, en primer lugar, y como ya hemos señalado, el que el autor alemán se pregunte directamente por esta cuestión (“¿es legítimo un Derecho penal del enemigo?) Además, y si como dice Feijóo, para Jakobs “el Derecho penal será más o menos legítimo si el sistema que ayuda a estabilizar es más o menos legítimo”⁶⁴, consecuentemente, podríamos decir que Jakobs legitima el Derecho penal del enemigo si considera que el mismo supone la estabilización de un Estado de Derecho que el autor alemán considera aceptable y legítimo. Y eso mismo es lo que hace Jakobs al referirse al Estado de Derecho óptimo en la práctica como aquél que integre e incorpore el Derecho penal del enemigo. Por último, hay que recordar que Jakobs ha acabado modificando las fronteras de la teoría de la prevención general positiva para dar cabida al Derecho penal del enemigo, y si bien es cierto que ello podría interpretarse como una necesaria adaptación del sistema para explicar una configuración social, creo que fuera del discurso sistémico de Jakobs, resulta más correcto decir que la posición de Jakobs es de legitimación o, si queremos, de aceptación del Derecho penal del enemigo. Y es que si bien el primer propósito de Jakobs pudo ser el de definirlo⁶⁵, el profesor de Bonn lo entiende y lo acepta para un Estado de Derecho al considerarlo, en contra de lo que creemos que resulta cierto, irremediable para la propia supervivencia del Estado⁶⁶. Y

⁵⁹ Feijóo Sánchez, B.: “La normativización del...”, *ob. cit.*, pág. 478.

⁶⁰ Feijóo Sánchez, B.: “La normativización del...”, *ob. cit.*, pág. 479.

⁶¹ Soto Navarro, S.: *La protección penal de...*, *ob. cit.*, pág. 30

⁶² Portilla Contreras, G.: “Los excesos del formalismo...”, *ob. cit.*, pág. 81.

⁶³ Por todos, Muñoz Conde, F.: *Derecho penal y Control social*, Fundación Universitaria de Jerez, 1985, págs. 26 y ss. En idéntico sentido, pero ocupándose en este caso del Derecho penal del enemigo, señala Muñoz Conde que “una visión puramente tecnocrática, funcionalista o descriptiva de un sistema jurídico, convierte al jurista en simple notario que constata una realidad, pero que ni la aprueba ni la desaprueba” (Muñoz Conde, F.: “El nuevo Derecho penal autoritario”, en Losano, M.G./Muñoz Conde, F.: *El Derecho ante la globalización y el terrorismo, Cedant Arma Togae, Actas del Coloquio Internacional Humboldt*, Tirant lo Blanch, 2004, pág. 173).

⁶⁴ Feijóo Sánchez, B.: “La normativización del...”, *ob. cit.*, pág. 578.

⁶⁵ Así es significativa su referencia a que “si se pretende increpar el derecho penal excluyente – abolirlo no va a ser posible- primero hay que reconocerlo algún día y llamarlo por su nombre, y en esto hasta el momento se ha hecho poco” (Jakobs, G.: “Personalidad y exclusión en Derecho...”, *ob. cit.*, pág. 69).

⁶⁶ Jakobs, G.: “¿Terroristas como personas en Derecho?”, en Jakobs, G./Cancio Meliá, M.: *Derecho penal del...*, *ob. cit.*, pág. 83.

es que, independientemente de cuestiones terminológicas, lo que debe importarnos realmente de la cuestión de la legitimidad en Jakobs del Derecho penal del enemigo no es, en absoluto, si al autor alemán le gusta o disgusta el Derecho penal del enemigo, sino si lo considera algo necesario e imprescindible dentro del Estado de Derecho, puesto que eso es acerca de lo cual vamos a estar de acuerdo o en desacuerdo. Dado que, desde los presupuestos del sistema teórico que él mismo ha construido, eso es precisamente lo que hace Jakobs cuando afirma que ese Derecho penal del enemigo es necesario para el Estado de Derecho y es incluso mejor su aceptación que su no reconocimiento expreso, podemos afirmar, por lo menos a los efectos de la discusión que nos interesa, que Jakobs acepta este Derecho penal del enemigo.

En efecto, Jakobs viene a identificar como utopía el Estado de Derecho puro y perfecto, y como realidad el Estado de Derecho óptimo en el que cabe el Derecho penal del enemigo en casos de necesidad. Señala Jakobs que un Estado que no reconozca excepciones como la incomunicación, las escuchas masivas o los agentes encubiertos, puede acercarse *en abstracto* más al ideal de un Estado de Derecho que uno que permite tales instituciones y medidas⁶⁷, pero *en concreto* “puede ser que la renuncia a estas instituciones vacíe de contenido el derecho del ciudadano a la seguridad, y este derecho a la seguridad sólo es otra denominación del derecho al Estado de vigencia real del Derecho”. Por ello, y para que el Estado de Derecho también sea real y no meramente postulado, Jakobs admite disposiciones de Derecho penal del enemigo cuando sean necesarias para proteger la seguridad de los ciudadanos. Es cierto que aquello que está reconociendo Jakobs, no parece mucho más, pues, que el Derecho de excepción⁶⁸, dentro del cual se podrían encuadrar medidas como las que permiten obligar a un terrorista a revelar información sobre riesgos para los ciudadanos, incluso más allá de los límites trazados por el Código Procesal alemán, siempre que sea necesario, y sin que ello suponga, dice Jakobs, caer ya en el campo de los métodos de tortura “llanamente inaceptables”⁶⁹. Pero, como el propio Jakobs reconoce, en ningún momento da ningún criterio acerca de qué excepcionalidad es aceptable y cuál será inaceptable, más allá de la consideración del enemigo como fuente de peligro y la referencia, demasiado ambigua para dejarla en manos de los Estados modernos, de que haya necesidad de proteger la seguridad de los ciudadanos. Y es que lo que en ningún momento puede aceptarse como mera descripción es la afirmación de que para proteger la seguridad de los ciudadanos resulta “necesario” atacar a los enemigos que no dan seguridad de comportamiento conforme a la norma. Al hacerlo, Jakobs está asumiendo como propia una valoración que hacen los Estados de una “necesidad” y, al igual que hacen en la práctica los gobiernos que dictan leyes “para proteger más a las personas”, no exige ningún tipo de estudio empírico bien que trate de demostrar que las medidas a utilizar van a ser más eficaces que las existentes para proteger la seguridad de los ciudadanos, bien que certifique la mayor peligrosidad que presentan algunos individuos, que serían enemigos, frente a otros que sí son ciudadanos.

El último dato significativo que refleja la posición de aceptación por parte de Jakobs del Derecho penal del enemigo es su referencia al “deber” del Estado de distinguir con claridad “entre aquello que sólo está dirigido al terrorista” y aquello que se dirige al ciudadano. “Hasta diez años de pena privativa de libertad por la mera pertenencia a una organización terrorista, o las investigaciones encubiertas, o las escuchas indiscriminadas, o la prisión preventiva por riesgo de reiteración delictiva, y más cosas, no son *per se* ataques al Estado de Derecho, sino que sólo serán si vienen disfrazadas de un Derecho penal del ciudadano y de la culpabilidad”⁷⁰.

⁶⁷ Jakobs, G.: “¿Terroristas como personas en Derecho?”, en Jakobs, G./Cancio Meliá, M.: *Derecho penal del...*, *ob. cit.*,pág. 75.

⁶⁸ Así lo cree también Cancio Meliá, M.: “De nuevo: ¿«Derecho penal» del enemigo?”, en Jakobs, G./Cancio Meliá, M.: *Derecho penal del...*, *ob. cit.*, págs. 149 y 150.

⁶⁹ Jakobs, G.: “¿Terroristas como personas en Derecho?”, en Jakobs, G./Cancio Meliá, M.: *Derecho penal del...*, *ob. cit.*,pág. 80.

⁷⁰ Jakobs, G.: “¿Terroristas como personas en Derecho?”, en Jakobs, G./Cancio Meliá, M.: *Derecho penal del...*, *ob. cit.*,pág. 82.

La ilegitimidad para Jakobs, pues, no estribaría en el reconocimiento de la excepción sino, más bien, en su mezcla con el Derecho penal del ciudadano.

Por todo ello, pues, no puede afirmarse, aunque él mismo así lo haya hecho, que Jakobs ejerza únicamente de mensajero⁷¹, sino que también lo hace de constructor principal de un marco de legitimación para un Derecho que, sí, ya existe, pero que no por eso no puede ser criticado. Tampoco puede decirse que Jakobs, de forma similar a como han hecho otros autores, considere el Derecho penal del enemigo como un mal menor⁷². Su utilización por el Estado de Derecho real la entiende como un deber, pero también como una oportunidad de “no quebrarse frente a los ataques de los enemigos”⁷³. Por ello creemos que para Jakobs su reconocimiento separado y su aplicación única a los ciudadanos sería un bien menor más bien que un mal menor⁷⁴.

Por otra parte, y como ya he adelantado anteriormente, no creo que esta aceptación de Jakobs del Derecho penal del enemigo pueda utilizarse como indicador de una determinada “ideología” hipotéticamente defendida por el autor de Bonn, pues podría ser que él, conforme a lo que le permite su teoría del Derecho, prefiriera contar otro Derecho penal más perfecto de una sociedad más perfecta⁷⁵. Más bien considero que la ideología que pueda tener o no Jakobs es algo irrelevante, sobre todo comparado con otros ámbitos de discusión dentro del Derecho penal del enemigo. Pero es cierto que en la sociedad en la que vivimos se puede seguir negando, quizás utópicamente, la necesidad del Derecho penal del enemigo o se puede aceptar como irremediable y necesaria su existencia. Por ello lo relevante de la posición de Jakobs es, fundamentalmente, que el autor haya construido una teoría que explica prácticamente cualquier excepcionalidad penal en un Estado de Derecho bajo presupuestos teóricos demasiado vagos e imprecisos como para dejarlos reposar sobre las manos de los gobiernos de hoy, tales como la necesidad del Estado de actuar frente a quien no ofrece seguridad cognitiva de comportamiento conforme a la norma.

3.3. ¿Qué implicación tiene en la justificación de Jakobs del Derecho penal del enemigo la diferenciación por él realizada entre Estado de Derecho *perfecto* y Estado de Derecho *óptimo en la práctica*?

Una de las principales novedades del artículo de Jakobs, frente a otros anteriores sobre la materia del Derecho penal del enemigo, es la realización de un análisis de legitimidad del mismo desde los presupuestos del Estado de Derecho. Pues bien, ya hemos indicado que dicho análisis da resultados positivos según Jakobs desde la base de la diferenciación entre dos posibles concepciones del Estado de Derecho: el Estado de Derecho perfecto o “permanente de buen tiempo”, y el Estado de Derecho real u óptimo en la práctica. Quiero dedicar una breve reflexión a esta diferenciación porque encierra muchas de las claves de los argumentos de Jakobs y, por tanto, también muchas de las debilidades de su teoría.

⁷¹ Jakobs, G.: “Prólogo”, en Jakobs, G./Cancio Meliá, M.: *Derecho penal del...*, *ob. cit.*, pág. 17.

⁷² Silva Sánchez, J.M^a.: *La expansión del Derecho Penal: aspectos de la política criminal en las sociedades postindustriales*, Civitas, 2001 (2ª edición), pág. 163 y ss. De hecho el autor muestra inquietud por los abusos que pudiera dar tal derecho penal, y proponer límites a sus contenidos tales como los principios de proporcionalidad y de subsidiariedad. Véase en este sentido también,

⁷³ Jakobs, G.: “¿Terroristas como personas en Derecho?”, en Jakobs, G./Cancio Meliá, M.: *Derecho penal del...*, *ob. cit.*, pág. 83.

⁷⁴ En sentido similar respecto al optimismo de Jakobs para con el Derecho penal del enemigo, Prittwitz, C.: “Derecho penal del...”, *ob. cit.*, pág. 104.

⁷⁵ De modo similar, y rechazando duramente algunas de las críticas a la posición de Jakobs sobre el Derecho penal del enemigo Zugaldía Espinar, J. M.: “Seguridad ciudadana y Estado social de Derecho. (A propósito del Código Penal de la Seguridad y el pensamiento funcionalista”, en Octavio de Toledo y Ubieto, E./ Gurdíel Sierra, M./ Cortés Bechiarelli, E.: *Estudios penales en recuerdo del Profesor Ruiz Antón*, Tirant lo Blanch, 2004, pág. 1129 y ss.

Ya dijimos anteriormente que para Jakobs aunque un Estado de Derecho pueda aparecer como perfecto en abstracto, en el sentido de un Estado “sin concesiones”⁷⁶ que no reconoce excepciones y trata a todos como personas, se tratará más bien de una ficción, puesto que en el Estado real siempre hay casos de extrema necesidad y, por tanto, excepciones. Si, pese a eso, no reconoce su existencia, estaremos ante un Estado de Derecho imperfecto que se representa como perfecto “a través de un léxico ideológico”, pero que sólo sirve, siempre según el autor alemán, para encubrir las excepciones irremediabiles. Frente a él sitúa Jakobs el único Estado real, el Estado de Derecho óptimo en la práctica, que utiliza el Derecho de excepción cuando es necesario para responder frente al sujeto que disiente activamente y de modo grave y permanente. De este modo, pues, y por mucho que pueda sorprender, de las argumentaciones de Jakobs se desprende que el único Estado que considera óptimo es aquél que reconozca y acepte el Derecho penal del enemigo. Ello es así por la suma de varias argumentaciones: la de que dicho Derecho es una intervención legítima frente a las fuentes de riesgo que no ofrecen expectativa de comportamiento conforme a la norma; la de que dicha intervención es legítima si es necesaria; y la de que estas fuentes de riesgo van a aparecer siempre en sociedad. Incardina, pues, Jakobs el Derecho penal del enemigo como elemento necesario del Estado de Derecho óptimo, y es ese Derecho excepcional el que le da la posibilidad de no quebrarse por los ataques de sus enemigos.

Podría decirse, recapitulando, que para Jakobs el Estado sólo es perfecto por ser el que es, o, de otro modo: el Estado perfecto sólo es el que es. El otro, el perfecto o ideal, es abstracto, no existe, y las normas, por tanto, no pueden encontrar su legitimidad o ilegitimidad en la cercanía o lejanía, respectivamente, a él, sino en la confirmación de la identidad del único que es. Por eso la cuestión de si una determinada excepción penal se acerca o se aleja del ideal del Estado de Derecho parece algo totalmente irrelevante para Jakobs, pese a que no lo enuncie así directamente y lo justifique diciendo que es posible que dicho Estado ideal no lo fuera tanto en la práctica. Lo relevante es que el Estado responda efectivamente a las necesidades de protección de la sociedad: nadie podrá deslegitimar, según Jakobs, que un Estado haga todo lo que tenga que hacer para seguir siendo lo que es.

Por otra parte para Jakobs un Estado de Derecho óptimo en la práctica debe, en cuanto al tratamiento de la excepcionalidad, actuar con una finalidad esencial: definir y separar claramente, por un lado, las regulaciones que se dirigen contra el ciudadano de, por otro, lo que se dirige al sujeto que disiente activamente y de modo grave y permanente⁷⁷. Jakobs está pensando en la creación de un Derecho del enemigo, separado del aplicable a los ciudadanos, que incluyese todas las intervenciones excepcionales necesarias por el Estado para la lucha frente a las fuentes de peligro que son los ciudadanos que no ofrecen expectativa de comportarse conforme a la norma. Defiende, pues, el autor alemán una normalización de la excepcionalidad a modo de reconocimiento del Derecho penal del enemigo para los enemigos y no para los ciudadanos. Se trata de normalización, en cuanto que al aceptarla como respuesta necesaria frente a la excepcionalidad, y al considerar Jakobs a ésta como coexistente al Estado, debería regularse de forma que permitiera responder siempre a las situaciones excepcionales y nunca a las situaciones normales: debe servir para prevenir los peligros del enemigo, pero no para afectar a los derechos del ciudadano. Respecto a esta cuestión volveremos más adelante en el momento de realizar el análisis crítico de las tesis del profesor de Bonn sobre el Derecho penal del enemigo.

3.4. ¿Acepta Jakobs en un Estado de Derecho cualquier forma de Derecho penal del enemigo?.

⁷⁶ Jakobs, G.: “¿Terroristas como personas en Derecho?”, en Jakobs, G./Cancio Meliá, M.: *Derecho penal del..., ob. cit.*,pág. 74.

⁷⁷ Jakobs, G.: “¿Terroristas como personas en Derecho?”, en Jakobs, G./Cancio Meliá, M.: *Derecho penal del..., ob. cit.*,pág. 82.

Una de las cuestiones en las que, a mi parecer, menos se ha avanzado en la discusión del Derecho penal del enemigo, y quizás sea la que más clarificaría y acercaría posiciones que ahora parecen contradictorias, ha sido la del análisis específico de la legitimidad de cada una de las medidas que pudieran considerarse integrantes de este Derecho penal del enemigo. En efecto, Günther Jakobs identifica y acepta ahora para el Estado de Derecho, igual que lo hacía antes, el Derecho penal del enemigo: una intervención anticipada y desproporcionada frente a los que no son ciudadanos sino fuentes de riesgo. Pero, ¿supone eso la legitimación de cualquier intervención anticipada y desproporcionada? La respuesta es importante, porque situará el juicio de legitimidad de Jakobs sobre el Derecho penal del enemigo en su justo punto, facilitándonos la tarea de situarnos más o menos cerca de esas consideraciones. Pero en ningún modo puede calificarse la respuesta como sencilla, fundamentalmente por dos motivos esenciales. En primer lugar por las vagas referencias que aporta el profesor alemán al respecto; en segundo lugar, porque previamente a la respuesta de si legitima Jakobs cualquier forma de Derecho penal del enemigo, habría que concretar si cualquier excepcionalidad podría ser considerada Derecho penal del enemigo. A esto último nos dedicaremos primero.

Cuando Jakobs definió el Derecho penal del enemigo lo hizo otorgándole tres características derivadas de la especial función de este Derecho de prevenir la peligrosidad del enemigo, frente a la función de la pena de confirmar la vigencia de la norma⁷⁸. Así, y frente a la reacción al delito y la consecuente sanción de los comportamientos que niegan la norma en el Derecho penal de las personas, el de los enemigos se caracteriza por la anticipación en la tutela penal en cuanto a la definición de las conductas punibles. En los fines de la pena, y frente a la prevención general positiva y el límite de la proporcionalidad entre el daño realizado y la pena aplicada, la prevención general negativa y la prevención especial inocuidadora. Y en detrimento de un proceso garantista en el procedimiento criminal que asegure la legitimidad de la intervención, un proceso que sólo busca la eficacia de la investigación⁷⁹. ¿Significa eso que cualquier intervención anticipada, desproporcionada e intimidatoria, y preventiva en lo procesal, es Derecho penal del enemigo?⁸⁰ Creemos que no, y no porque ello supondría reconocer que un altísimo tanto por cien del Derecho penal legislado en la actualidad entraría dentro del denominado Derecho penal del enemigo, cosa que no deja de ser cierta, sino porque hay argumentos derivados del análisis de las tesis del creador y defensor de ese concepto que nos llevan a pensar que tal Derecho penal del enemigo es algo más que eso. Por una parte, Jakobs ha admitido como preceptos de Derecho penal del ciudadano normas que suponen una anticipación de la tutela del Derecho penal a momentos anteriores al daño completo al bien jurídico⁸¹. Por otra parte, lo que para Jakobs configura o caracteriza al Derecho penal del enemigo no es tanto el carácter anticipatorio o no de la norma como el fin de la misma derivado del sujeto al que va dirigida: ante el sujeto que no presta la garantía cognitiva mínima que es necesaria para el tratamiento como persona, el Derecho no actúa respondiendo a la desviación, sino eliminando el

⁷⁸ Jakobs, G.: “Derecho penal del ciudadano y Derecho penal del enemigo”, en Jakobs, G./Cancio Meliá, M.: *Derecho penal del enemigo*, ob. cit., págs. 42 y 56.

⁷⁹ Al respecto de las particularidades típicas del Derecho penal de enemigos, véase Jakobs, G.: “La autocomprensión de la ciencia...”, ob. cit., pág. 58 y ss.

⁸⁰ Sí parece creerlo así, Gracia Martín, quien realiza un exhaustivo análisis de lo que él denomina las manifestaciones del Derecho penal del enemigo, identificando éstas en cada una de las características de este Derecho penal: anticipación de la punibilidad; desproporcionalidad de las penas; las leyes autodenominadas como de lucha o de combate; restricción de garantías y Derechos procesales; y algunas regulaciones de Derecho penitenciario (Gracia Martín, L.: “El trazado histórico iusfilosófico y teórico-político del Derecho penal del enemigo”, en AAVV.: *Homenaje al Profesor Dr. Gonzalo Rodríguez Mourullo*, Civitas, 2005, pág. 211, pág. 450 y ss.). También señala Silva Sánchez, J.M^a: *La expansión del Derecho penal...*, ob. cit., pág. 166, nota 17, que para distinguir entre lo que es y lo que no es Derecho penal del enemigo habrá que estar a si se excede (sí es) o se respeta (no es) el principio de proporcionalidad.

⁸¹ Nos referimos, por ejemplo, a los delitos de peligro abstracto, Jakobs, G.: *Derecho penal. Parte general. Fundamentos y teoría de la imputación*, (traducción de Joaquín Cuello Contreras y José Luis Serrano González de Murillo), Marcial Pons, 1997 (2ª edición), págs. 58 y 59.

peligro⁸². Quedarían, pues, fuera de la consideración de Derecho penal del enemigo, conforme a lo establecido por Jakobs, aquellas otras intervenciones que también podrían denominarse excepcionales, como por ejemplo las puniciones de comportamientos que aún no dañan el bien jurídico, en las que la anticipación, si bien tiene que ver también con la evitación de la peligrosidad, su incriminación no deriva tanto por una exclusión (falta de confianza respecto a un sujeto que no ofrece expectativa de comportamiento conforme a la norma), como por la necesidad de tutelar, no ya el bien, sino las condiciones de existencia del mismo, como ocurre en el caso de los delitos de peligro abstracto⁸³.

Lo que tampoco puede negarse, por tanto, es que cualquier intervención del Derecho penal que no pueda definirse como reacción a la infracción de una norma que está vigente, sino, más bien, como anticipación frente a un sujeto ante quien la norma que pretende evitar el comportamiento no puede considerarse vigente –pues éste no da seguridad cognitiva de orientarse por ella–, será para Jakobs Derecho penal del enemigo. Ello sigue permitiendo incluir en este concepto, gran parte de las disposiciones legales aceptadas como Derecho penal legítimo en la actualidad.

La aseveración de que no cualquier excepcionalidad, sino sólo aquélla que devenga de una falta de confianza en el sujeto, es Derecho penal del enemigo, aún no nos sirve para responder a la cuestión de si aquello que efectivamente podría ser considerado Derecho penal del enemigo (una intervención anticipada, desproporcionada o inocuizadora y sin garantías procesales frente al enemigo que no ofrece expectativas reales de comportamiento conforme a Derecho) es aceptado como legítimo por Jakobs, aparezca de la forma en la que aparezca. Esto es, y citando los ejemplos del propio autor: ¿hasta dónde es legítimo el excederse de los límites marcados por el Código Procesal alemán en el caso de que estemos ante un terrorista que puede revelar datos importantes respecto a la salvación de bienes jurídicos de gran significación que se encuentran en peligro en relación con la actividad de este sujeto? Como ya adelantamos en la primera parte del trabajo, la respuesta de Jakobs tiene dos partes que, unidas, no aclaran totalmente su parecer: por un lado señala que existe legitimidad del Estado cuando actúa frente a los peligros si es necesaria dicha intervención para salvaguardar la seguridad; de otro lado, reconoce la existencia de métodos inaceptables, entre los que cita la tortura. Lo más significativo de este parecer es que supone la creación por parte de Jakobs de una especie de principio de necesidad de Derecho penal del enemigo que complementa la legitimación de este Derecho penal derivada del fundamental deber de protección. O, en otras palabras, para Jakobs el Derecho penal del enemigo es legítimo cuando se trata de una anticipación a la peligrosidad del enemigo, necesaria para evitar la desprotección de los ciudadanos⁸⁴. Y aunque no responde directamente con suficiente claridad el autor a la cuestión de ¿qué es necesario?, sí lo hace indirectamente al comparar el carácter “necesario” del abuso en los interrogatorios previsto en el Código Procesal alemán con el de la medida ya comentada del derribo de aviones: “Que el Estado en este caso excepcional deba dejar decidir al terrorista... acerca del cumplimiento de sus deberes, mientras que tenga el deber de matar a sujetos no responsables para evitar en caso de necesidad un daño muy grave: ésta sería una conclusión demasiado incoherente”⁸⁵. Parece necesario, pues, para Jakobs el Derecho penal del enemigo siempre que con su utilización se

⁸² Jakobs, G.: “Derecho penal del ciudadano y Derecho penal del enemigo”, en Jakobs, G./Cancio Meliá, M.: *Derecho penal del enemigo*, ob. cit., págs. 40 y 41.

⁸³ Acerca del paradigma de la exclusión y el Derecho penal del enemigo, véase Cancio Meliá, M.: “De nuevo: ¿«Derecho penal» del enemigo?”, en Jakobs, G./Cancio Meliá, M.: *Derecho penal del...*, ob. cit., pág. 115 y ss.

⁸⁴ Esta referencia ya se encontraba en trabajos anteriores del autor, así por ejemplo en “La ciencia del Derecho...”, ob. cit., pág. 43, decía Jakobs tras reconocer el Derecho penal del enemigo que “esto no ha de implicar que todo esté permitido, incluyendo una acción desmedida; antes bien, es posible que al enemigo se le reconozca una personalidad potencial, de tal modo que en la lucha contra él no se puede sobrepasar la medida de lo necesario”.

⁸⁵ Jakobs, G.: “¿Terroristas como personas en Derecho?”, en Jakobs, G./Cancio Meliá, M.: *Derecho penal del...*, ob. cit., pág. 79.

facilite la lucha frente a los peligros. A ello hay que sumar, como señaló Prittwitz, el poco interés mostrado por Jakobs por la realización de estudios empíricos que muestren el potencial del Derecho penal del enemigo para “preservar la estructura normativa de la sociedad”⁸⁶.

De ese modo, habrá que esperar a otros escritos de Jakobs, como parece anunciar Cancio Meliá⁸⁷, para encontrar una explicación de qué considera necesario Jakobs y qué no, pues de momento la excepcionalidad que es el Derecho penal del enemigo no tiene más referente para el autor alemán que el presupuesto de la falta de seguridad cognitiva de un sujeto peligroso y el límite de legitimidad en la decisión del Estado de que eso suponga una mejora en la guerra frente a sus enemigos.

3.5. ¿Pueden compartirse ahora, y desde los nuevos argumentos, las tesis de Jakobs sobre la aceptación del Derecho penal del enemigo dentro de un Estado social y democrático de Derecho?

Ya hemos situado a Jakobs, de nuevo, en una posición de legitimador del Derecho penal del enemigo dentro del Estado de Derecho, aceptando la intervención penal frente a peligros y no sólo reaccionando ante delitos cuando lo considere necesario para proteger la seguridad de los ciudadanos. Ya me he pronunciado en otros lugares en contra de los presupuestos del Derecho penal del enemigo y acerca de la inaceptabilidad del recurso al mismo en un Estado social y democrático de Derecho⁸⁸. Y los nuevos argumentos de Jakobs no son suficientes para hacerme cambiar de posición, sino, al contrario, para reafirmarme en la crítica a este modelo de Derecho penal encontrando nuevos argumentos en su contra.

La defensa de Jakobs del Derecho penal del enemigo tiene dos líneas argumentales principales a cuya refutación vamos a dedicar este apartado del trabajo.

La primera de ellas es aquélla según la cual se puede distinguir entre ciudadanos que ofrecen expectativas de un comportamiento conforme a la norma, y enemigos, a los que la norma no orienta y que no dan al Estado seguridad cognitiva suficiente de que van a actuar en Derecho.

Conforme a la segunda, la necesidad del Estado de intervenir contra peligros y no sólo reaccionando contra infracciones normativas va a surgir siempre, y siendo así las cosas, resulta mejor reconocer, definir y separar el Derecho penal del enemigo del Derecho penal del ciudadano para que aquél no contamine a éste.

Comenzando por la primera de las premisas, creemos que el gran problema de la construcción teórica del Derecho penal del enemigo es la distinción entre ciudadano y enemigo, pero esencialmente por lo artificial que supone en un esquema teórico de Derecho penal democrático la distinción entre sujetos que ofrecen expectativas de comportamiento conforme a Derecho y sujetos que no la ofrecen. Así, no creemos que pueda aceptarse la premisa inicial de Jakobs de la autoexclusión del enemigo. Por mucho que Jakobs hable de autoexclusión, es el Estado quien define las condiciones que hacen que sobre un sujeto se intervenga como enemigo y no como ciudadano⁸⁹. Así, y aunque Jakobs exija una orientación real de la norma, las ciencias sociales dedicadas al análisis del comportamiento humano, fundamentalmente la psicología, dirían que resulta imposible predecir con exactitud (o con un mínimo de fiabilidad) si un sujeto

⁸⁶ Prittwitz, C.: “Derecho penal del...”, *ob. cit.*, pág. 118.

⁸⁷ Cancio Meliá, M.: “De nuevo: ¿«Derecho penal» del enemigo?”, en Jakobs, G./Cancio Meliá, M.: *Derecho penal del...*, *ob. cit.*, pág. 114, nota 41.

⁸⁸ Miró Llinares, F.: “Democracias en crisis...”, *ob. cit.*, pág. 218 y ss.

⁸⁹ Así lo considera también Portilla Contreras, G.: “Los excesos del formalismo jurídico...”, *ob. cit.*, pág. 78, señalando en este punto semejanzas de las teorías de Jakobs con las de C. Schmitt, en cuanto que ambos atribuirían al Estado la posibilidad de determinar quién es el enemigo y combatirlo, “de declarar la guerra y, en consecuencia, de disponer de la vida de las personas”.

se va a comportar o no conforme a la norma. En efecto, sólo en el caso de que la psicología del comportamiento pudiera confirmar que un sujeto no va a sentirse motivado por una norma (espeluznante hipótesis, por otra parte), gozaría de fundamento empírico la premisa de Jakobs de que hay una ausencia de seguridad cognitiva creada por el propio sujeto al no orientarse por la norma. En el caso de que, como ocurre, esto no sea así, habrá que convenir que a Jakobs le sigue resultando intrascendente para la justificación del Derecho penal del enemigo que la norma motive al sujeto a comportarse de modo conforme a la norma o no. Para él lo importante es que el Estado debe ser capaz de definir aquellos casos en los que “sabe” o “presupone” que el sujeto no se va a sentir motivado por el comportamiento conforme a Derecho y, por tanto, que pueda luchar frente a él en el estado de naturaleza anterior como si de un enemigo o un peligro se tratase. Ello no exige, sin embargo, una constatación empírica de que el sujeto no va a ser fiel, sino que el Estado puede presuponer qué sujeto no lo va a ser sobre la base de, creemos entender según lo dicho por Jakobs, las necesidades de protección de la seguridad de los ciudadanos.

¿Estamos diciendo con esto, por ejemplo, que el Estado no goza de legitimidad para sancionar al reincidente de una falta por cuarta vez con la pena de un delito grave, por el mero hecho de que se presuponga que la expectativa de actuar conforme a la norma de falta no se va a cumplir? Sí, estamos diciendo justo eso y, en cambio, Jakobs diría lo contrario. Diría que en ese caso hay una falta de seguridad cognitiva, y ello sería cierto si lo que afirma es que el Estado ha dejado de confiar en el ciudadano, pero sería falso, o cuanto menos imposible de probar, si lo que pretende afirmar es que el ciudadano no se va a comportar conforme a la norma. Lo mismo ocurre con los delitos que castigan el asociarse a una banda terrorista. Por supuesto que el Derecho penal está legitimado para sancionar gravemente estos comportamientos, puesto que ello puede constituir un peligro para bienes jurídicos de importante significación⁹⁰. Pero la punición excesiva de estos comportamientos no puede justificarse en que la norma que sanciona el comportamiento lesivo no sirve para evitar el comportamiento del terrorista, sino en el peligro que en sí mismo conlleva el acto preparatorio previo al lesivo, dado que, como ya hemos dicho, resulta imposible saber si el sujeto se va a comportar o no de un modo u otro⁹¹. El enemigo no ofrece, por sí mismo, una menor falta de seguridad cognitiva que el ciudadano cuando delinque, sino que el Estado representa su personalidad o su carácter como constitutivos de una mayor falta de seguridad cognitiva. Tiene razón Jakobs, pues, al considerar que el Derecho penal del enemigo supone una pérdida de confianza del Estado en el ciudadano, pero no es cierto que la misma esté justificada en la seguridad de que el ciudadano no va a respetar el Derecho, sino que se debe a una hipótesis del Estado (más o menos alejada de la realidad) que, temeroso, decide prevenir mediante la sanción previa y desproporcionada excluyendo al enemigo.

Ahora bien, ¿qué es lo que lleva a Jakobs a asumir completamente que el enemigo puede por sí solo convertir una norma en no vigente al no orientarse por ella y, en cambio, el ciudadano delincuente forma parte del proceso de vigencia de la norma al negar la misma y ser confirmada por el Estado por medio de la pena? Lo que nos preguntamos es el por qué de la aceptación de Jakobs, importante defensor de una teoría penal de la prevención general positiva en la que la pena cumple la función de confirmar contrafácticamente la vigencia y validez de la norma ante su negación por parte de una persona, de un Derecho penal que no reacciona sino que previene, de una pena que no confirma sino que inocua.

⁹⁰ Así, Cancio Meliá, M.: “Derecho penal del enemigo y delitos de terrorismo. Algunas consideraciones sobre la regulación de las infracciones en materia de terrorismo en el Código Penal español después de la LO 7/2000” en *Jueces para la Democracia*, núm. 44, 2002, pág. 24.

⁹¹ En sentido similar, respecto a la falta de concreción de los criterios que se utilizan para catalogar al ciudadano como enemigo, Eser, A.: “Consideraciones finales”, (traducción de Carmen Gómez Rivero), en Eser, A./Hassemer, W./Burkhardt, B. (Coords. versión alemana); Muñoz Conde, F (Coord. Versión española): *La ciencia del Derecho penal...*, ob. cit., pág. 472.

Pues bien, y como ya hemos adelantado anteriormente, Jakobs parte del hallazgo y descripción de un Derecho penal que, conforme a los principales aspectos de su esquema teórico, no parecía cuadrar con su concepción del Derecho penal. Pero, en vez de denunciar la ilegitimidad de dicho modelo de intervención penal, Jakobs construye el esquema teórico que lo explica y lo justifica⁹². Es más, y como ya hemos señalado, el profesor de Bonn se ha visto obligado a matizar algunos fundamentales presupuestos de su esquema teórico para dar cabida a un derecho que ya existía y que él ha querido explicar. ¿Supone esto confirmar de alguna forma las críticas que tradicionalmente se han dirigido contra la tesis de la prevención general positiva, en concreto, y contra la concepción funcionalista del Derecho de Jakobs, en general, relativas a su carácter acrítico, o, incluso, a constituirse en “instrumento” para la conservación del sistema?⁹³ Es incontestable que desde una posición funcionalista como la de Jakobs no se puede criticar el Derecho formalmente legítimo, sino únicamente explicarlo como definitorio de una identidad social que, externamente, puede gustar más o menos, pero que internamente legitima el Derecho que quiere⁹⁴. Estas consideraciones, sin embargo, deberían ser matizadas, no sólo en las siempre discutidas cuestiones de tipo ideológico sino, sobre todo, en lo que suponga cualquier intento de identificar de forma total funcionalismo sistémico o teoría de la prevención general positiva con Derecho penal del enemigo. De hecho, algunos de los autores españoles que han adoptado una gran parte de los presupuestos teóricos del funcionalismo y de la teoría de la pena de la prevención general positiva, consideran que dicha construcción teórica impide la defensa del Derecho penal del enemigo⁹⁵. No les falta razón al respecto de esta cuestión, dado que el propio Jakobs, como hemos visto, rechaza dicha teoría de la pena para el Derecho penal del enemigo⁹⁶. Pero tampoco puede negarse que la capacidad de Jakobs para, incluso fuera de su teoría de la pena, aceptar un Derecho penal como el del enemigo, aparece como posible en un modelo funcionalista-sistémico radical⁹⁷, si se quiere, como el suyo⁹⁸, en el que el objetivo final

⁹² De forma similar Prittwitz, quien dice que la constatación de que los enemigos existen la encuentra Jakobs en la existencia de un Derecho penal de enemigo contenido en la legislación penal actual (Prittwitz, C.: “Derecho penal del enemigo...”, *ob. cit.*, pág. 116).

⁹³ En este último sentido es tradicional, aunque no se puede considerar como representativa del parecer general de la doctrina, sino más bien de lo que se denominó “criminología crítica”, la crítica de Baratta, A.: “Integración y prevención: una nueva fundamentación de la pena dentro de la teoría sistémica”, en *Cuadernos de Política Criminal*, núm. 24, 1984, págs. 529 y ss.

⁹⁴ Así Schünemann dice del pensamiento penal de Jakobs que el mismo consiste, en cierto modo, “en al apertura de todas las compuertas a las meras decisiones que tácitamente se toman por él como presupuesto, y, con ello, en última instancia, en transigir” (Schünemann, B.: *Consideraciones críticas sobre la situación espiritual de la ciencia jurídico-penal alemana*, (traducción de Manuel Cancio Meliá), Universidad Externado de Colombia, 1996, pág. 48).

⁹⁵ Bacigalupo Saggese, S.: “Fundamento de la pena y principio de culpabilidad”, Conferencia pronunciada el 30 de junio de 2006 en el marco del *I Seminario sobre la Teoría Jurídica del Delito: “Los principios penales en el Estado social y democrático de Derecho”*, organizado por el Área de Derecho penal de la Universidad Miguel Hernández de Elche. También es el caso de Cancio Meliá, M.: “De nuevo, ¿Derecho...”, *ob. cit.*, pág. 140, quien resalta la divergencia e incompatibilidad del Derecho penal del enemigo “con el elemento esencial de la culpabilidad-igualdad”. También en Cancio Meliá, M.: “La expulsión de ciudadanos extranjeros sin residencia legal (art. 89 CP)”, en AAVV.: *Homenaje al Profesor Dr. Gonzalo Rodríguez Mourullo*, Civitas, 2005, pág. 211.

⁹⁶ De ahí, por ejemplo, la crítica de Cancio Meliá quien, desde posiciones próximas a las de Jakobs y con la defensa de la prevención general positiva, señala que el sistema penal “no puede procesar determinados presupuestos fáctico-cognitivos en el lado de los autores culpables más allá de esa culpabilidad” (Cancio Meliá, “De nuevo: ¿«Derecho penal» del enemigo?”, en Jakobs, G./Cancio Meliá, M.: *Derecho penal del...*, *ob. cit.*, págs. 146 y 147). Al fin y al cabo, y como señala Feijóo Sánchez, la crítica achacable al sistema del Derecho penal en Jakobs del destierro de la perspectiva política-criminal y crítica, no deriva tanto a la teoría de la pena adoptada (prevención general positiva) como de la perspectiva metodológica de partida (Feijóo Sánchez, B.: “La normativización del...”, *ob. cit.*, pág. 490, nota 167).

⁹⁷ Así definió Silva el funcionalismo de Jakobs frente al “moderado” de Roxin, en una de las mejores explicaciones sobre las posiciones de dos de los autores más importantes de la segunda mitad del siglo XX.

del subsistema del Derecho penal del enemigo sería el de confirmar el sistema social de cuya identidad puede formar parte un Derecho penal del enemigo⁹⁹, y en el que la cuestión de la legitimación no podría resolverse en el plano del subsistema “Derecho penal”, sino en el plano del sistema social¹⁰⁰. Como ya señaló el autor respecto a la labor del jurista y su objeto, “no se trata del Derecho penal de una sociedad deseable, sino del Derecho penal de aquella sociedad que ha generado el sistema jurídico”¹⁰¹, y aunque no le atribuye al Derecho penal un mero papel de lacayo, “tampoco puede constituirse en la base de una revolución social; pues en cuanto ya no contribuya al mantenimiento de la configuración de la sociedad () falta ya la base sobre la cual podría iniciarse con éxito una revolución”¹⁰².

No puede negarse, por tanto, un excesivo carácter positivista en la concepción del Derecho penal en Jakobs¹⁰³, y puede ser eso lo que le lleve no sólo a describir todas las

⁹⁸ Quiero aclarar que en ningún caso afirmo que las críticas al modelo de Jakobs, sobre todo en lo referente al déficit del sistema para establecer la legitimidad, le devengan totalmente por tratarse de un modelo funcionalista-sistémico. Al respecto de lo realmente sistémico de la concepción del Derecho penal de Jakobs y su prevención general positiva, cercana en ocasiones a Durkheim, en otras a Hegel, pero, también en algunos presupuestos esenciales como los de la pena como comunicación al propio Luhmann, pueden verse entre otros los magníficos trabajos de Feijóo Sánchez, B.: “La normativización del...”, *ob. cit.*, págs. 435 y ss; y de Prieto Navarro, E.: “La teoría de sistemas y...”, *ob. cit.*, pág. 295 y ss.

⁹⁹ En este sentido, en general respecto al funcionalismo sistémico de Jakobs, Alcácer Guirao, R.: “Facticidad y normatividad. Notas sobre la relación entre ciencias sociales y Derecho penal”, en *Actualidad Penal*, núm. 13, págs. 235. Dicho artículo ha sido publicado también, bajo el mismo título, en *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales*, T. LII, 1999, págs. 177 – 226.

¹⁰⁰ Así, por ejemplo, Müssig, B.: “Aspectos teórico-jurídicos y teórico-sociales de la imputación objetiva en Derecho penal”, en Gómez-Jara Díez, C. (Ed.): *Teoría de sistemas...*, *ob. cit.*, pág. 203, quien señala que la legitimación material del sistema jurídico-penal concreto sólo puede tener lugar a través de la legitimación de la concreta configuración de la sociedad. Como recuerda Piña Rochefort “es común la afirmación de que un modelo explicativo de esta naturaleza pierde toda capacidad crítica respecto del autoritarismo e incluso el despotismo incriminador si tras él puede encontrarse un cierto respaldo social” (Piña Rochefort, J. I.: “Algunas consideraciones acerca de la (auto) legitimación del Derecho penal. ¿Es el problema de la legitimación abordable desde una perspectiva sistémico-constructivista?”, en Gómez-Jara Díez, C. (Ed.): *Teoría de sistemas...*, *ob. cit.*, pág. 258), si bien el autor dice que esta carencia puede resolverse.

¹⁰¹ Jakobs, G.: *Sociedad, norma y persona...*, *ob. cit.*, pág. 40.

¹⁰² Jakobs, G.: *Sociedad, norma y persona...*, *ob. cit.*, pág. 24.

¹⁰³ Feijóo Sánchez, B.: “La normativización del...”, *ob. cit.*, pág. 476; así como los autores citados por él en nota 133. También señala Feijóo, en sentido crítico, la ambigüedad de la teoría de Jakobs en cuanto a si se refiere a la normatividad en general o a una determinada normatividad, hasta el punto, señala el autor que en ocasiones “parece en sus trabajos que lo que resulta funcional para el sistema jurídico alemán también lo sería para cualquier tipo de sociedad, lo cual no siempre es cierto”. En un sentido más crítico, y desde otros presupuestos alejados de los de Feijóo, dice Portilla Contreras a que Jakobs basa la legitimidad del Derecho en su mera existencia, con las consecuencias que ello conlleva “la aceptación acrítica de las normas, generándose un estado de tecnicismo jurídico permanente en el que se confunde la científicidad y legitimidad del Derecho y no es posible la crítica externa” Portilla Contreras, G.: “Relación entre algunas tendencias actuales de la filosofía y sociología y el derecho penal: la influencia de las teorías funcionalistas y el discurso ético de Habermas en la selección de los valores penales”, en Díez Ripollés, J.L./Romeo Casabona, C.M^a/Gracia Martín, L./Higuera Guimerá, J.F. (Coords.): *La ciencia del derecho penal ante el nuevo siglo : libro homenaje al profesor doctor don José Cerezo Mir*, Tecnos, 2002, pág. 139. Realiza el autor un interesante estudio crítico sobre las posiciones funcionalistas en la actualidad, desde la sociología y la filosofía jurídica hasta el Derecho penal. También en este sentido es clarificador el artículo de García Amado, cuando señala respecto a Jakobs y Lesch y su relación con el funcionalismo sistémico de Luhmann, que “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 jurídicopenal, 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

manifestaciones del Ordenamiento Jurídico penal existente en las sociedades actuales sino a, cuando surge una manifestación como la del Derecho penal del enemigo que apenas casa con el Derecho penal del Estado liberal garantista, construir el esquema teórico que le de cabida como Derecho de una sociedad que ya lo ha admitido como tal.

Un Derecho penal que despersonaliza al individuo presuntamente en interés de la protección de la seguridad de los ciudadanos¹⁰⁴, sobre la base de una falta de confianza de comportamiento conforme a derecho, imposible de demostrar desde los presupuestos de la psicología del comportamiento, podrá llamarse por algunos Derecho penal, pero desde luego no de un Estado social y democrático de Derecho en el que las personas o, si queremos, todos los individuos como personas, deben responder ante el Derecho penal por sus hechos, no por su carácter peligroso. Consideramos esencial, pues, no dejarnos llevar por la corriente de determinadas identidades sociales que en sus leyes de Derecho penal del enemigo no respetan algunos principios que deben considerarse básicos en la configuración de una sociedad como Estado social y democrático de derecho, de igualdad y libertad, y seguir defendiendo el respeto de esos principio frente a las tendencias políticas dominantes¹⁰⁵.

La segunda línea argumental de Jakobs en la defensa del Derecho penal del enemigo podría enunciarse en que resulta mejor reconocer, definir y separar el Derecho penal del enemigo del Derecho penal del ciudadano para que aquél no contamine a éste, dado que su utilización por los Estados es inevitable. No puede negarse que este argumento de Jakobs puede resultar atractivo en un momento como el actual en el que prácticamente todo el Derecho penal tiene rasgos de Derecho penal del enemigo y en el que el Derecho penal del enemigo puro se disfraza de Derecho penal del ciudadano. En efecto, y aunque el recurso de los Estados al Derecho penal del enemigo no pueda considerarse un signo de nuestros tiempos político criminales (expansión o modernización del Derecho penal) al haber estado unido casi desde siempre a algunos fenómenos delictivos como el terrorismo¹⁰⁶, lo cierto es que en la actualidad asistimos a una expansión y normalización de este modelo de Derecho penal ilegítimo.

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 anteriormente 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”. García Amado, J. A.: “¿Dogmática penal sistémica?...”, *ob. cit.*, pág. 233 y ss.

¹⁰⁴ Acerca de la instrumentalización del individuo que puede suponer la posición funcionalista sistémica en Jakobs, véase Alcácer Guirao, R.: “Facticidad y normatividad en Derecho penal. Racionalidad instrumental, racionalidad valorativa y racionalidad sistémica”, en *Nueva Doctrina Penal*, núm. 1998/B, pág. 402, también en ese sentido en Alcácer Guirao, R.: “Prevención y garantías: conflicto y síntesis”, en *Doxa. Cuadernos de Filosofía del Derecho*, núm. 25, 2002, pág. 38, donde señala “la instrumentalización del individuo en aras del colectivo social, considerando a aquél, entonces, no en su subjetividad, sino como un mero “objeto”, cuyos derechos y libertades se definirían en virtud de esas necesidades de estabilización del sistema”. Esto de algún modo se corresponde con lo avisado por García Amado respecto a que “el enfoque funcionalista del derecho penal inquietará desde su mismo punto de arranque a los bienpensantes que ponen en la base del sistema jurídico la protección de los valores que en cada ser humano se encarnan y de los bienes constitutivos de la posibilidad de realizarse como sujeto portador de una innata dignidad, pues con dicho enfoque el derecho penal (y el derecho todo) deja de estar al servicio del orden de lo materialmente justo y se justifica por su prestación para el mantenimiento del todo social” (García Amado, J. A.: “¿Dogmática penal sistémica?...”, *ob. cit.*, pág. 236).

¹⁰⁵ Así, y como crítica al funcionalismo sistémico de Jakobs, Roxin, C.: “Política criminal y dogmática jurídica penal en la actualidad”, (traducción de Carmen Gómez Rivero), en Roxin, C.: *La evolución de la política criminal, el Derecho penal y el proceso penal*, Tirant lo Blanch, 2000, pág. 76.

¹⁰⁶ Miró Llinares, F.: “Democracias en crisis...”, *ob. cit.*, pág.. Así lo cree también Portilla Contreras, G.: “El derecho penal y procesal del “enemigo”: las viejas y nuevas políticas de seguridad frente a los peligros internos-externos”, en López Barja de Quiroga, J./Zugaldía Espinar, J.M. (Coords.): *Dogmática y ley penal: libro homenaje a Enrique Bacigalupo*, Vol. I, Marcial Pons, 2004, pág. 694. Por

Hablamos de expansión no sólo porque el modelo de legislación antiterrorista tradicional de intervención penal desproporcionada y anticipada en lo material y en lo procesal se ha convertido por mor del 11 de septiembre de 2001 en la forma de “lucha legislativa” contra el terrorismo en casi todo el mundo¹⁰⁷, sino también por la ampliación a muchos campos delictivos de algunos de los caracteres de Derecho penal del enemigo: Derecho penal económico, Derecho penal sexual, Derecho penal de la violencia doméstica, Derecho penal de la inmigración, etc. Y decimos que hay una normalización del Derecho penal del enemigo porque, debido a la generalización del modelo de medidas utilizadas por este *no-Derecho penal*, su uso se está empezando a ver como algo normal y casi necesario por parte de la ciudadanía. Hoy, por tanto, el peligro no es sólo que los Estados decidan acudir al Derecho penal del enemigo, sino, también, que el mismo se expanda a otros ámbitos y termine por confundirse o, incluso, solaparse al Derecho penal del ciudadano.

En efecto, puede no parecer hoy tan excesivo, ni tan desproporcionado, el sancionar los actos preparatorios como consumados, y el actuar procesalmente con menores garantías, frente a comportamientos delictivos como los de la criminalidad organizada y el terrorismo, si estos recursos de legislación penal se utilizan actualmente también, y de forma recurrente, en otros ámbitos de delincuencia (violencia doméstica, delitos contra el medio ambiente, delincuencia económica) que no “parecen” implicar una afectación grave a la propia estabilidad estatal como la que pueden suponer los primeros¹⁰⁸. Esto permite a los Estados utilizar la “ideología de la normalidad” para considerar la intervención frente a fenómenos criminales como el terrorismo, no como algo excepcional, sino como una aplicación ordinaria de “las posibilidades que brinda la Ley penal” para actuar frente a la delincuencia¹⁰⁹ y, así, negar la excepcionalidad democrática y la situación de emergencia que, en caso de ser afirmada, llevaría a la necesaria aplicación del Derecho de excepción, distinto en naturaleza y presupuestos al Derecho penal del enemigo.

Acierta, pues, Jakobs al constatar el peligro de la confusión del Derecho penal del enemigo con el Derecho penal del ciudadano. Nuestra duda estriba, sin embargo, en que un remedio contra la contaminación del Derecho penal del enemigo al ciudadano sea la aceptación

el contrario, el que algunas de las principales notas del Derecho penal del enemigo como el resurgir del punitivismo y la utilización simbólica del Derecho penal sean evidentes reflejos de la expansión del Derecho penal, ha llevado a un sector doctrinal a relacionar el primer fenómeno con el segundo. Así, Cancio Meliá, M.: “Derecho penal del enemigo y delitos de terrorismo...”, *ob. cit.*, págs. 19 – 26, y Faraldo Cabana, P.: “Un derecho penal de enemigos para los integrantes de organizaciones criminales. La Ley Orgánica 7/2003, de 30 de junio, de medidas de reforma para el cumplimiento íntegro y efectivo de las penas”, en Faraldo Cabana, P./Puente Aba, L.Mª./Brandáriz García, J.Á. (Coords.): *Nuevos retos del derecho penal en la era de la globalización*, Tirant lo Blanch, 2004, pág. 305. No creemos, sin embargo, que pudiera afirmarse que el Derecho penal del enemigo es una consecuencia del fenómeno de expansión del Derecho penal. De hecho, el propio Jakobs, según señala Prittwitz, reconoce en 1985 que “el propio legislador hacía más de 20 años que ya estableció en Derecho penal del enemigo” (Prittwitz, C.: “Derecho penal del enemigo...”, *ob. cit.*, pág. 117). En este sentido, también, Portilla Contreras, para quien lo nuevo es la aparición de un sustento doctrinal que apoya –no sólo reconoce– la necesidad de un Derecho garantístico para personas y otro, sin los clásicos derechos, para las no-personas (Portilla Contreras, G.: “La legislación de lucha contra las no-personas: represión legal del “enemigo” tras el atentado de 11 de septiembre de 2001”, en Internet en <http://www.iujaen.org/jornadas/documentos/no-personas.rtf>).

¹⁰⁷ Miró Llinares, F.: “Algunas reflexiones dogmáticas...”, *ob. cit.*, págs. 7 y ss.

¹⁰⁸ De este modo, el carácter de excepcionalidad que siempre concurría en las legislaciones contra los “enemigos” (fundamentalmente en materia de terrorismo), se ve diluido al coincidir en las técnicas y fines (prevención antes que reacción) con otros ámbitos de delincuencia que nunca han requerido una actuación excepcional.

¹⁰⁹ En este sentido también Cancio Meliá, M.: “Derecho penal del enemigo y delitos de terrorismo...”, *ob. cit.*, pág. 24. Así, cita Cancio como ejemplo de esa “ideología de la normalidad” el que el legislador español en la reforma de la LO 7/2000, haya optado no por la ley especial sino por la inclusión de las nuevas figuras y de las modificaciones a las antiguas en el propio Código Penal.

y legitimación del primero, aun cuando ésta se refiera únicamente a algunos ámbitos específicos de peligrosidad. Y ello por varios motivos:

En primer lugar, porque con la propia definición de enemigo realizada por Jakobs, y dado que no puede asegurarse totalmente y desde un punto de vista fáctico que un sujeto va a realizar un determinado comportamiento simplemente sobre la base de los hechos anteriormente realizados, o sobre la base de sus opiniones o ideas públicamente manifestadas, parece quedar en manos del Estado, o más bien del Gobierno del Estado, la determinación de quién ofrece seguridad cognitiva y, por tanto, se le puede aplicar el Derecho penal en el sentido estricto de la palabra, y de quién no la da y, por ende, le será aplicado un *no-Derecho penal* no protector, no proporcional y no garantista. Es decir, si admitimos que se intervenga penalmente de forma distinta contra quienes, según Jakobs, se “autoexcluyen” del carácter de ciudadano y “ponen en peligro la estabilidad estatal” o “no ofrecen una seguridad cognitiva de comportamiento conforme a la norma”, estaremos dejando en manos de los Gobiernos, formalmente legítimos, la facultad de decidir qué es Derecho penal del ciudadano y qué es Derecho penal del enemigo¹¹⁰.

Por supuesto, una definición y separación expresa de un Derecho y otro evitará totalmente la confusión en el plano nominal, pues lo que será Derecho penal del ciudadano no será del enemigo y viceversa, pero el sistema de Jakobs no impide que se utilice el Derecho penal del enemigo frente a cualquier ámbito nuevo que provenga de sujetos que no se orientan por las normas dirigidas a los ciudadanos, así como que sea el Gobierno quien decida cuándo hay una orientación suficiente y cuándo no. El peligro de acercamiento a un Estado totalitario que esto puede suponer es evidente, más en el momento en el que nos encontramos en el que la finalidad simbólica del Derecho penal ya casi es la más utilizada, y donde siguen surgiendo enemigos del Estado por todas partes. En definitiva, nada impedirá al Estado utilizar la legislación de “lucha” frente al terrorismo, primero, frente a la droga después, frente a la violencia doméstica, frente a los inmigrantes ilegales, etc., hasta que prácticamente no quede Derecho penal del ciudadano. Si esto ya está pasando cuando amplios sectores de la doctrina denuncian estas regulaciones por estar más o menos cercanas al Derecho penal del enemigo, no puede dudarse del efecto expansivo que tendría su legitimación. Es cierto que la utilización del Derecho de excepción siempre se ha aceptado en democracia como forma de defensa en situaciones de peligro. Pero la excepcionalidad del Derecho penal del enemigo no tiene una vocación de transitoriedad sino de permanencia, dado que, de forma distinta a lo que ocurre con el Derecho de excepción, que acepta su carácter excepcional y debe buscar la vuelta a la normalidad, el sistema del Derecho penal de enemigos implica la admisión, como propia situación de partida, de la existencia de una diferencia de base entre ciudadanos y enemigos.

En segundo lugar, la aceptación y legitimación de un Derecho penal del enemigo acrecentaría los peligros de la aplicación de un Derecho penal del enemigo al ciudadano. En contra de lo defendido por Jakobs relativo a que la separación y legitimación de ambos Derechos permitiría que las medidas anticipatorias y desproporcionadas se aplicaran únicamente al sujeto que no ofrece una seguridad de comportamiento conforme a la expectativa normativa, y nunca al ciudadano que, pese a infringir la norma, sigue ofreciendo confianza de comportamiento conforme a Derecho, a poco que imaginemos una normalización y expansión del Derecho penal del enemigo podremos convenir que lo que ocurrirá es lo contrario. Como ya hemos analizado en otros trabajos, esto es especialmente claro en cuanto a la minimización de los derechos y garantías procesales concedidas al imputado. Aunque Jakobs evite expresamente la cuestión y asuma con total confianza que el Derecho penal del enemigo reconocido para un ámbito específico nunca se aplicaría a personas, lo contrario es perfectamente constatable, porque en ese estado previo a la declaración judicial de delito, cual es la intervención policial y la instrucción policial, aún no se puede tener constancia de quién es “amigo” y quién

¹¹⁰ Miró Llinares, F.: “Democracias en crisis...”, *ob. cit.*, pág. 218

“enemigo”¹¹¹. Un terrible ejemplo de “contaminación” parece que se produjo poco después de los terribles atentados terroristas en Londres, cuando fue asesinado un presunto sospechoso que no tuvo nada que ver con los hechos y que simplemente decidió huir de una diligencia policial. No sé si en este caso diría Jakobs que estamos ante un caso de Derecho penal del enemigo legítimo, pero lo que sí es cierto es que así lo definieron las autoridades inglesas cuando dijeron que se había tratado de un error de ejecución dentro de una normativa de lucha contra los enemigos.

Hay que reconocer que una parte de la afirmación de Jakobs es completamente cierta: tras nuestro Derecho penal preventivo se está excluyendo encubiertamente al ciudadano y se está aplicando un Derecho penal del enemigo¹¹². Por tanto, la concepción de Jakobs de la necesidad de reconocer y aceptar el Derecho penal del enemigo para evitar el riesgo de que el Derecho penal del enemigo se confunda con el Derecho penal, podría considerarse loable como intento de limitar la aplicación de ese *no-Derecho penal*, pero más lo sería la afirmación de que el mismo no puede aceptarse como instrumento válido en un Estado social y democrático de Derecho¹¹³, si bien Jakobs diría que el Derecho penal no debe dedicarse a eso.

Ciertamente los Estados van a seguir utilizando dicho Derecho penal del enemigo, bien porque pensarán que es necesario para proteger la seguridad de las personas, bien porque saciarán la sensación social de inseguridad producida en momentos terribles (como los posteriores a ataques terroristas o a la realización de delitos productores de grave alarma social). Pero nosotros podremos seguir exigiendo que se ataque al delincuente desde el Derecho penal, reaccionando ante sus infracciones, y utilizando todos los otros medios posibles de control social para evitar la delincuencia, y no tendremos que observar impasibles cómo se van minando los principios penales básicos y las garantías procesales más fundamentales con la excusa, indemostrable científicamente, de que no hay otra forma de proteger la seguridad de los ciudadanos que luchando frente a quienes han dejado de serlo por decisión propia. Como dice Cancio Meliá, en Derecho penal todos son ciudadanos¹¹⁴, o por lo menos eso debería implicar vivir en un Estado Social y Democrático de Derecho.

¹¹¹ Véase en este sentido respecto a la criminalidad organizada y a la falsedad de las afirmaciones que preconizan que los medios procesales de investigación relacionados con ellas sólo se aplicarán a “mafiosos, gangster y a delincuentes particularmente peligrosos”, pero nunca a ciudadanos que “no tendrían nada que temer” (Hassemer, W.: “Límites del Estado de Derecho para el combate contra la criminalidad organizada. Tesis y razones (1)”, en *Ciencias Penales. Revista de la Asociación de Ciencias Penales de Costa Rica*, núm. 14, 1997, pág. 5.

¹¹² Así, Jakobs, G.: “Personalidad y exclusión en...”, *ob. cit.*, pág. 69.

¹¹³ Como dice Muñoz Conde, muchos de los principios contradictorios con el Derecho penal del enemigo, “son vinculantes por imperativo constitucional y tienen que ser también asumidos en el plano teórico sistémico por la dogmática jurídico-penal, salvo que también se quiera poner a esa Dogmática por encima de los principios político-criminales característicos del Estado de Derecho” (Muñoz Conde, F.: “La relación entre dogmática jurídico-penal y política criminal en el contexto político alemán tras la segunda guerra mundial. Historia de una relación atormentada”, en AAVV.: *Homenaje al Profesor Dr. Gonzalo Rodríguez Mourullo*, Civitas, 2005, pág. 765). También Mir Puig busca en el Estado social y democrático de Derecho los límites a ese modelo de concepción normativa del Derecho penal, lo que le lleva a no entender el derecho “como un sistema normativo cuyo sentido se agota en el mantenimiento de sus propias normas, al estilo de Luhmann y Jakobs, sino como un sistema al servicio de las necesidades de los seres humanos, como un sistema normativo al servicio de los sistemas biológicos representados por los individuos, Mir Puig, S.: “Límites del normativismo en Derecho penal”, en *Revista Electrónica De Ciencia Penal Y Criminología*, 07-18 (2005), pág. 11.

¹¹⁴ Cancio Meliá, M.: “De nuevo: ¿«Derecho penal» del enemigo?”, en Jakobs, G./Cancio Meliá, M.: *Derecho penal del...*, *ob. cit.*, pág. 142.

4. Bibliografía.

Alcácer Guirao, R.: “Facticidad y normatividad. Notas sobre la relación entre ciencias sociales y Derecho penal”, en *Actualidad Penal*, núm. 13. También publicado, bajo el mismo título, en *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales*, T. LII, 1999, y también, coincidente en lo sustancial, como Alcácer Guirao, R.: “Facticidad y normatividad en Derecho penal. Racionalidad instrumental, racionalidad valorativa y racionalidad sistémica”, en *Nueva Doctrina Penal*, núm. 1998/B, texto por el que se cita.

Alcácer Guirao, R.: “Prevención y garantías: conflicto y síntesis”, en *Doxa. Cuadernos de Filosofía del Derecho*, núm. 25, 2002.

Bacigalupo Saggese, S.: “Fundamento de la pena y principio de culpabilidad”, Conferencia pronunciada el 30 de junio de 2006 en el marco del *I Seminario sobre la Teoría Jurídica del Delito: “Los principios penales en el Estado social y democrático de Derecho”*, organizado por el Área de Derecho penal de la Universidad Miguel Hernández de Elche.

Baratta, A.: “Integración y prevención: una nueva fundamentación de la pena dentro de la teoría sistémica”, en *Cuadernos de Política Criminal*, núm. 24, 1984.

Cancio Meliá, M.: “Derecho penal del enemigo y delitos de terrorismo. Algunas consideraciones sobre la regulación de las infracciones en materia de terrorismo en el Código Penal español después de la LO 7/2000” en *Jueces para la Democracia*, núm. 44, 2002.

Cancio Meliá, M.: “La expulsión de ciudadanos extranjeros sin residencia legal (art. 89 CP)”, en AAVV.: *Homenaje al Profesor Dr. Gonzalo Rodríguez Mourullo*, Civitas, 2005.

Cancio Meliá, M.: “De nuevo: ¿«Derecho penal» del enemigo?”, en Jakobs, G./Cancio Meliá, M.: *Derecho penal del enemigo*, Civitas, 2006 (2ª edición).

Eser, A.: “Consideraciones finales”, (traducción de Carmen Gómez Rivero), en Eser, A./Hassemer, W./Burkhardt, B. (Coords. versión alemana); Muñoz Conde, F (Coord. Versión española): *La ciencia del Derecho penal ante el nuevo milenio*, Tirant lo Blanch, 2004.

Faraldo Cabana, P.: “Un derecho penal de enemigos para los integrantes de organizaciones criminales. La Ley Orgánica 7/2003, de 30 de junio, de medidas de reforma para el cumplimiento íntegro y efectivo de las penas”, en Faraldo Cabana, P./Puente Aba, L.Mª./Brandáriz García, J.Á. (Coords.): *Nuevos retos del derecho penal en la era de la globalización*, Tirant lo Blanch, 2004.

Feijóo Sánchez, B.: “La normativización del Derecho penal: ¿Hacia una teoría sistémica o hacia una teoría intersubjetiva de la comunicación?”, en Gómez-Jara Díez, C. (Ed.): *Teoría de sistemas y Derecho penal. Fundamentos y posibilidades de aplicación*, Comares, 2005.

García Amado, J. A.: “¿Dogmática penal sistémica? Sobre la influencia de Luhmann en la teoría penal”, en *Doxa. Cuadernos de Filosofía del Derecho*, núm. 23, 2000.

Gómez-Jara Díez, C.: “Teoría de sistemas y Derecho penal: culpabilidad y pena en una teoría constructivista del Derecho penal”, en Gómez-Jara Díez, C. (Ed.): *Teoría de sistemas y Derecho penal. Fundamentos y posibilidades de aplicación*, Comares, 2005.

Gracia Martín, L.: “El trazado histórico iusfilosófico y teórico-político del Derecho penal del enemigo”, en AAVV.: *Homenaje al Profesor Dr. Gonzalo Rodríguez Mourullo*, Civitas, 2005.

Hassemer, W.: “Límites del Estado de Derecho para el combate contra la criminalidad organizada. Tesis y razones (1)”, en *Ciencias Penales. Revista de la Asociación de Ciencias Penales de Costa Rica*, núm. 14, 1997.

Herrera Moreno, M.: “Las categorías simbólicas en el pensamiento sistémico y penológico de Günther Jakobs”, en *Cuadernos de Política Criminal*, núm. 87, 2005.

Jakobs, G.: *Sociedad, norma y persona en una teoría de un Derecho penal funcional*, Civitas, 1996.

Jakobs, G.: “Kriminalisierung im Vorfeld einer Rechtsgutsverletzung”, en *ZStW*, núm. 97, 1985. Traducido al castellano como Jakobs, G.: “Criminalización en el estadio previo a la lesión de un bien jurídico”, (traducción de Enrique Peñaranda Ramos), en Jakobs, G.: *Estudios de Derecho penal*, Civitas, 1997.

Jakobs, G.: *Derecho penal. Parte general. Fundamentos y teoría de la imputación*, (traducción de Joaquín Cuello Contreras y José Luis Serrano González de Murillo), Marcial Pons, 1997 (2ª edición).

Jakobs, G.: “Das Selbstverständnis der Strafrechtswissenschaft vor den Herausforderungen der Gegenwart”, en Eser, A./Hassemer, W./Burkhardt, B.: *Die Deutsche Strafrechtswissenschaft vor der Jahrtausendwende*, CH Beck, 2000. Traducido al castellano como Jakobs, G.: “La ciencia del Derecho penal ante las exigencias del presente”, (traducción de Teresa Manso Porto), en AAVV.: *Estudios de Derecho Judicial*, núm. 20, 1999 (también publicado en Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 2000, así como en Jakobs, G.: *Dogmática de Derecho penal y la configuración normativa de la sociedad*, Civitas, 2004, texto por el que se cita.

Jakobs, G.: “Derecho penal del ciudadano y Derecho penal del enemigo”, en Jakobs, G./Cancio Meliá, M.: *Derecho penal del enemigo*, Civitas, 2003 (1ª edición). Trabajo traducido por Manuel Cancio Meliá del original en alemán Jakobs, G.: “Bürgerstrafrecht und Feindstrafrecht”, en Hsu, F-H. (Ed.): *Foundations and Limits of Criminal Law and Criminal Procedure: an anthology in memory of professor Fu-Tseng Hung*, Taipei, 2003, págs. 41 y ss., publicado también, “coincidiendo en lo esencial” según el mismo traductor, en *HRR-Strafrecht*, núm. 3, 2004, págs. 88–95 (disponible en Internet en <http://www.hrr-straftrecht.de/>).

Jakobs, G.: “Imputación jurídico-penal, desarrollo del sistema con base en las condiciones de la vigencia de la norma”, (traducción de Javier Sánchez-Vera Gómez-Trelles), en Jakobs, G.: *Dogmática de Derecho penal y la configuración normativa de la sociedad*, Civitas, 2004.

Jakobs, G.: “La autocomprensión de la ciencia del Derecho penal ante los desafíos del presente (comentario), (traducción de Teresa Manso Porto), en Eser, A./Hassemer, W./Burkhardt, B. (Coords. Versión alemana); Muñoz Conde, F. (Coord. Versión española): *La ciencia del Derecho penal ante el nuevo milenio*, Tirant lo Blanch, 2004.

Jakobs, G.: “Personalidad y exclusión en Derecho penal” en Jakobs, G.: *Dogmática de Derecho penal y la configuración normativa de la sociedad*, Civitas, 2004.

Jakobs, G.: “La imputación jurídico-penal y las condiciones de vigencia de las normas”, en Gómez-Jara Díez, C (Ed.): *Teoría de sistemas y Derecho penal. Fundamentos y posibilidades de aplicación*, Comares, 2005.

Jakobs, G.: “¿Terroristas como personas en Derecho?”, en Jakobs, G./Cancio Meliá, M.: *Derecho penal del enemigo*, Civitas, 2006 (2ª edición).

Lesch, H. H.: *La función de la pena*, Dykinson, 1999.

Lesch, H.H.: “Hörfälle und kein Ende –Zur Verwertbarkeit von selbstbelastenden Angaben des Beschuldigten in der Untersuchungshaft”, en *GA*, núm. 147, 2000.

Luhmann, N.: “El derecho como sistema social”, (traducción de Carlos Gómez-Jara Díez), en Gómez-Jara Díez, C (ed.): *Teoría de sistemas y Derecho penal. Fundamentos y posibilidades de aplicación*, Comares, 2005.

Mir Puig, S.: “Límites del normativismo en Derecho penal”, en *Revista Electrónica De Ciencia Penal Y Criminología*, 07-18 (2005).

Miró Llinares, F.: “Democracias en crisis y Derecho penal del enemigo. Política criminal frente al terrorismo en los Estados democráticos antes y después del 11 de septiembre de 2001”, en *Cuadernos de Política Criminal*, núm. 87, 2005.

Miró Llinares, F.: “Algunas reflexiones dogmáticas y político-criminales sobre el denominado «Derecho penal del enemigo»”, en *Revista de Estudios Penales (Universidad Cardenal Herrera-CEU)*, núm. 2, 2006 (en prensa).

Muñoz Conde, F.: *Derecho penal y Control social*, Fundación Universitaria de Jerez, 1985.

Muñoz Conde, F.: “El nuevo Derecho penal autoritario”, en Losano, M.G./Muñoz Conde, F.: *El Derecho ante la globalización y el terrorismo, Cedant Arma Togae, Actas del Coloquio Internacional Humboldt*, Tirant lo Blanch, 2004.

Muñoz Conde, F.: “La relación entre dogmática jurídico-penal y política criminal en el contexto político alemán tras la segunda guerra mundial. Historia de una relación atormentada”, en *AAVV.: Homenaje al Profesor Dr. Gonzalo Rodríguez Mourullo*, Civitas, 2005.

Müssig, B.: “Aspectos teórico-jurídicos y teórico-sociales de la imputación objetiva en Derecho penal”, en Gómez-Jara Díez, C. (Ed.): *Teoría de sistemas y Derecho penal. Fundamentos y posibilidades de aplicación*, Comares, 2005.

Peñaranda Ramos, E.: “Sobre la influencia del funcionalismo y la teoría de sistemas en las actuales concepciones de la pena y del delito”, en Gómez-Jara Díez, C. (Ed.): *Teoría de sistemas y Derecho penal. Fundamentos y posibilidades de aplicación*, Comares, 2005.

Peñaranda Ramos, E.: “Sobre la influencia del funcionalismo y la teoría de sistemas en las actuales concepciones de la pena y del delito”, en *Doxa. Cuadernos de Filosofía del Derecho*, núm. 23, 2000.

Piña Rochefort, J. I.: “Algunas consideraciones acerca de la (auto) legitimación del Derecho penal. ¿Es el problema de la legitimidad abordable desde una perspectiva sistémico-constructivista?”, en Gómez-Jara Díez, C. (Ed.): *Teoría de sistemas y Derecho penal. Fundamentos y posibilidades de aplicación*, Comares, 2005.

Portilla Contreras, G.: “El derecho penal y procesal del “enemigo”: las viejas y nuevas políticas de seguridad frente a los peligros internos-externos”, en López Barja de Quiroga, J./Zugaldía Espinar, J.M. (Coords.): *Dogmática y ley penal: libro homenaje a Enrique Bacigalupo*, Vol. I, Marcial Pons, 2004.

Portilla Contreras, G.: “La legislación de lucha contra las no-personas: represión legal del “enemigo” tras el atentado de 11 de septiembre de 2001”, en Internet en <http://www.iujaen.org/jornadas/documentos/no-personas.rtf>.

Portilla Contreras, G.: “Los excesos del formalismo jurídico neofuncionalista en el normativismo del Derecho penal”, en Portilla Contreras, G. (Coord.): *Mutaciones de Leviatán. Legitimación de los nuevos modelos penales*, Akal, 2005.

Portilla Contreras, G.: “Relación entre algunas tendencias actuales de la filosofía y sociología y el derecho penal: la influencia de las teorías funcionalistas y el discurso ético de Habermas en la selección de los valores penales”, en Díez Ripollés, J.L./Romeo Casabona, C.M^a./Gracia Martín, L./Higuera Guimerá, J.F. (Coords.): *La ciencia del derecho penal ante el nuevo siglo : libro homenaje al profesor doctor don José Cerezo Mir*, Tecnos, 2002.

Prieto Navarro, E.: “La teoría de sistemas y el problema del control de la conducta: perspectivas e imposibilidades para la dogmática penal”, en Gómez-Jara Díez, C. (Ed.): *Teoría de sistemas y Derecho penal. Fundamentos y posibilidades de aplicación*, Comares, 2005.

Prittwitz, C.: “Derecho penal del enemigo: ¿Análisis crítico o programa del Derecho penal?”, en Mir Puig, S./Corcoy Bidasolo, M. (Dirs.); Gómez Martín, V. (Coord.): *La política criminal en Europa*, Atelier, 2004.

Roxin, C.: “Política criminal y dogmática jurídica penal en la actualidad”, (traducción de Carmen Gómez Rivero), en Roxin, C.: *La evolución de la política criminal, el Derecho penal y el proceso penal*, Tirant lo Blanch, 2000.

Schünemann, B.: *Consideraciones críticas sobre la situación espiritual de la ciencia jurídico-penal alemana*, (traducción de Manuel Cancio Meliá), Universidad Externado de Colombia, 1996.

Silva Sánchez, J.M^a.: “¿Directivas de conducta o expectativas institucionalizadas? Aspectos de la discusión actual sobre la teoría de las normas”, en AAVV.: *Modernas tendencias en la ciencia del Derecho penal y en la criminología*, Universidad Nacional de Educación a Distancia, 2001.

Silva Sánchez, J.M^a.: *La expansión del Derecho Penal: aspectos de la política criminal en las sociedades postindustriales*, Civitas, 2001 (2^a edición).

Soto Navarro, S.: *La protección penal de los bienes colectivos en la sociedad moderna*, Comares, 2003.

Zugaldía Espinar, J. M.: “Seguridad ciudadana y Estado social de Derecho. (A propósito del Código Penal de la Seguridad y el pensamiento funcionalista”, en Octavio de Toledo y Ubieto, E./ Gurdiel Sierra, M./ Cortés Bechiarelli, E.: *Estudios penales en recuerdo del Profesor Ruiz Antón*, Tirant lo Blanch, 2004.