

ALGUNOS APUNTES SOBRE EL CARÁCTER RETÓRICO DE LA CRÍTICA AL DERECHO PENAL DEL ENEMIGO

José Antonio Ramos Vázquez

*Doctor en Derecho. Investigador del Área de Derecho Penal.
Universidade da Coruña*

RESUMEN:

Durante los últimos años se han multiplicado las críticas doctrinales a la teoría del Derecho penal del enemigo, tal y como la concibió su propulsor, G. Jakobs. El prof. Gracia Martín, en tiempos más recientes, ha señalado que dichas críticas transcurren en un plano puramente retórico y que, por tanto, no resultan oportunas.

En el presente trabajo, se intenta ofrecer una réplica a dicha opinión.

Palabras clave: Derecho penal del enemigo – Dogmática del Derecho penal.

ABSTRACT:

Prof. Gracia Martin had made a critique to those who use rhetorical arguments against the *Enemy's Criminal Law* theory. This essay analyse this critique.

Keywords: Criminal Law – Enemy's Criminal Law.

Algunos apuntes sobre el carácter retórico de la crítica al Derecho Penal del enemigo

Sumario: I. Introducción. II. Acerca de los elementos retóricos en la crítica al Derecho penal del enemigo. III. Bibliografía.

I. INTRODUCCIÓN

En los últimos tiempos se han publicado multitud de trabajos acerca de la teoría del *Derecho penal del enemigo* acuñada por GÜNTHER JAKOBS¹, teoría ésta que se ha convertido, por derecho propio, en uno de los más relevantes *Leitmotiven* de la Dogmática jurídico – penal de nuestros días, del mismo modo en que cada vez tenemos más muestras en nuestro entorno jurídico de la legislación penal a la que –de un modo u otro- nos remite.

Siguiendo esta línea de análisis del origen y consecuencias de la teoría jakobsiana del *enemigo*, se ha publicado una monografía de GRACIA MARTÍN titulada *El horizonte del finalismo y el “derecho penal del enemigo”*² en la que este autor examina dicha teoría desde el paradigma teórico del finalismo welzeliano más ortodoxo³ y la critica duramente por no respetar ni el concepto de persona que este autor sustenta ni el límite que el principio de dignidad humana supone para toda regulación jurídico – penal⁴.

Pero, además, GRACIA MARTÍN realiza una crítica a las extendidas posiciones contrarias al *Derecho penal del enemigo*, cuestión ésta que será la que centre las siguientes páginas.

En efecto, GRACIA MARTÍN, haciéndose eco de la propia opinión de JAKOBS al respecto⁵, señala lo siguiente: “Una lectura de la literatura producida hasta ahora contra

1 Para una exposición detallada de esta teoría por parte de su propio autor, vid., fundamentalmente, JAKOBS, G., “La ciencia del Derecho penal ante las exigencias del presente” en CGPJ, Estudios de Derecho judicial, 20, Madrid, 2000, pp. 121 y ss y JAKOBS, G., “Derecho penal del ciudadano y derecho penal del enemigo” en CANCIO MELIÁ, M. / JAKOBS, G., *Derecho penal del enemigo*, ed. Civitas, Madrid, 2003, pp. 19 y ss.

2 GRACIA MARTÍN, L., *El horizonte del finalismo y el “derecho penal del enemigo”*, Ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2005.

3 El propio GRACIA MARTÍN reconoce su adscripción a esta versión ortodoxa del finalismo de Welzel, indicando que “con el paso del tiempo mi adhesión a su doctrina y a su filosofía como un dogma –evidentemente no de fe, sino epistemológico- puede considerarse ya definitiva, y por cierto en el modo más ortodoxo imaginable, es decir, de acuerdo con el modelo welzeliano puro” (GRACIA MARTÍN, *El horizonte*, cit., p. 17). En una obra anterior, GRACIA MARTÍN ya había hecho una profesión de fe finalista en los siguientes y contundentes términos: “Me quedo en el lado de la Dogmática del Derecho penal informado por el método de la vinculación del Derecho a las estructuras lógico-objetivas de la materia de su regulación. Y me quedo, además, con la más pura versión de ese método, esto es, con aquélla que no puede dejarse penetrar por ninguna contaminación de lo normativo, por mínima que sea, en la construcción de un sistema que quiera alcanzar, y poder poner en práctica luego la capacidad de asimilar los productos objetivos de una ética material de los valores que sean acordes con su único referente esencial e immanente: el del reconocimiento del ser humano como persona, como ser capaz de obligarse ético-socialmente de acuerdo con su dignidad personal y, por lo tanto, como un ser que es responsable únicamente hasta el límite de sus capacidades individuales e irremplazables, aunque dentro de dicho límite, ciertamente, de un modo absoluto” (GRACIA MARTÍN, L., “Prólogo” a RUEDA MARTÍN, M. A., *La teoría de la imputación objetiva del resultado en el delito doloso de acción*, ed. Bosch, Barcelona, 2001, p. 18).

4 Vid. GRACIA MARTÍN, *El horizonte*, cit. pp. 186 y ss.

5 Más en concreto, señala JAKOBS que “lo que cabe encontrar en la discusión científica de la actualidad respecto de este problema es poco, con tendencia a nada. Y es que no cabe esperar nada de aquellos que buscan razón *en todas partes*, asegurándose a sí mismos tenerla *directamente* y proclamándola siempre en tono altivo, en lugar de imponerse la labor de configurar su subjetividad examinando aquello que es y puede ser” (JAKOBS, “Derecho penal del ciudadano”, cit., p. 25 –cursiva en el original).

el Derecho penal del enemigo confirma la advertencia que hice al principio de esta investigación, es decir, revela que la mayor parte –si no la totalidad– de las objeciones que se formulan contra él no logran traspasar el umbral de lo emocional y de lo retórico⁶.

De esta suerte, la conclusión a la que llega GRACIA MARTÍN es que la vía que está utilizando la doctrina a la hora de oponerse a la teoría de JAKOBS, simplemente, se quedaría en un estadio superficial de crítica, constituyendo un mero ejercicio de retórica. Así las cosas, indica GRACIA MARTÍN, “se parte de la premisa, de carácter emocional, de que el Derecho penal del enemigo es algo que *no-debe-ser-en-absoluto*, y ya todo lo que a partir de ahí se dice en contra se queda en la pura descalificación de aquél, meramente retórica, como algo totalitario y contrario al Estado de Derecho y poco más⁷”.

Pues bien, entre los autores a los que GRACIA MARTÍN cita⁸ como ejemplo de estas aproximaciones críticas meramente retóricas al Derecho penal del enemigo jakobiano, se encuentran ESER⁹, SCHÜNEMANN¹⁰ y, en fin, quien suscribe estas líneas¹¹.

Estas breves notas, en contra de lo que pudiera llegar a pensarse, no tienen por objeto realizar una réplica a las consideraciones críticas de GRACIA MARTÍN sino, antes al contrario, aceptarla en buena medida, tratándose de exponer, eso sí, el porqué de estos aspectos retóricos en la aproximación crítica al Derecho penal del enemigo dado que, desde luego, asumo sin problemas que GRACIA MARTÍN está cargado de razón al decir que la crítica a JAKOBS transcurre, en gran medida, por el sendero del retoricismo¹².

De todos modos, no quisiera pasar por alto la oportunidad de realizar un apunte de réplica a la crítica que GRACIA MARTÍN realiza en la mencionada obra a algún otro aspecto de mi modesta aportación a la discusión acerca del Derecho penal del enemigo.

En efecto, y en primer lugar, GRACIA MARTÍN¹³ señala que le parece absolutamente rechazable la idea que apunto en mi trabajo¹⁴ de que la búsqueda de raíces filosóficas a la teoría del Derecho penal del enemigo “no tiene demasiado interés¹⁵”.

Por supuesto, tal idea, así expresada, es total y absolutamente rechazable, pero lo que se quiso expresar con ella es que, sea un *aggiornamento* de las teorías de ROUS-

6 GRACIA MARTÍN, *El horizonte*, cit. p. 187.

7 GRACIA MARTÍN, *El horizonte*, cit., pp. 187 y 188. Cursiva en el original.

8 GRACIA MARTÍN, *El horizonte*, cit., p. 187 (nota 311) y p. 318 (nota 312).

9 Con cita expresa de ESER, A., “Schlussbetrachtungen” en ESER, A. / HASSEMER, W. / BURKHARDT, B. (eds.), *Die Strafrechtswissenschaft vor der Jahrtausendende*, C. H. Beck, Munich, 2000, p. 445.

10 Con cita de SCHÜNEMANN, B., “Debate en torno a la conferencia: “la idea de la normativización en la Dogmática jurídico penal” del Prof. Jakobs” en MORENO HERNÁNDEZ, M. (coord.), *Problemas capitales del moderno Derecho penal a principios del siglo XXI*, Cepolcrim, D. R. Editorial Ius Poenale, México D. F., 2003, p. 266.

11 Con cita de mi trabajo RAMOS VÁZQUEZ, J. A., “Del otro lado del espejo: reflexiones desordenadas acerca del Derecho penal en la sociedad actual” en FARALDO CABANA, P. (dir.) y BRANDARIZ GARCÍA, J. A. / PUENTE ABA, L. M^a (coords.), *Nuevos retos del derecho penal en la era de la globalización*, ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2004, pp. 65 y ss. (más en concreto, GRACIA MARTÍN hace referencia a la p. 95).

12 Retórica que, en este caso y en mi opinión, no sería otra que un “arte de bien decir, de dar al lenguaje escrito o hablado eficacia bastante para deleitar, persuadir o conmover” (primera de las acepciones que nos ofrece de dicha palabra el Diccionario de la Real Academia Española de la lengua) y no estaríamos, por tanto, como GRACIA MARTÍN parece entender, ante un uso impropio o intempestivo de este arte (tercera de dichas acepciones).

13 GRACIA MARTÍN, *El horizonte*, cit., p. 176, nota 74.

14 RAMOS VÁZQUEZ, “Del otro lado”, cit., p. 93.

15 RAMOS VÁZQUEZ, “Del otro lado”, *ibid.*

SEAU, de HOBBS, de SCHMITT o de cualesquiera otros autores, la teoría del Derecho penal del enemigo debe ser comprendida como un fenómeno de nuestro tiempo, pues son los peculiares elementos que caracterizan (y condicionan) la situación actual por la que atraviesan nuestras sociedades los que, como señalaba en aquel trabajo, suponen el auténtico “caldo de cultivo” de la teoría de JAKOBS. Por tanto, aunque fuese cierto que esta teoría supone visitar a cualquier de los autores mencionados, las cuestiones más relevantes, a mi juicio, restarían incontestadas: ¿por qué el Derecho penal del enemigo está adquiriendo un desarrollo tan notable –tanto en la teoría como en la práctica- en nuestros días, esto es, *hoy*? ¿por qué son esos autores, precisamente, los que saltan de nuevo a un primer plano teórico? En mi opinión, puede, por consiguiente, relativizarse la importancia del hecho de encontrar el sustento teórico de la visión de JAKOBS a la hora de procurar comprender el lugar que está llamado a ocupar en la situación actual¹⁶.

En segundo lugar, reprocha GRACIA MARTÍN un aspecto de mi trabajo relacionado con una apreciación que en él realizo a un aspecto del trabajo de SILVA SÁNCHEZ.

Este último autor indica que “tratándose de reacciones ceñidas a lo estrictamente necesario para hacer frente a fenómenos excepcionalmente graves, que puedan justificarse en términos de proporcionalidad y que no ofrezcan peligro de contaminación del Derecho penal de la normalidad, seguramente cabría admitir que, aunque en el caso del Derecho penal de la tercera velocidad nos hallemos ante un mal, éste pueda ser el mal menor”¹⁷.

Por mi parte, indiqué que “la apelación que hace Silva Sánchez a criterios de proporcionalidad como posible límite de las regulaciones guiadas por el paradigma del enemigo parece escasamente productiva, puesto que la cuestión relevante es ¿proporcional a qué? Y, efectivamente, si el enemigo, con su conducta o con su falta de seguridad cognitiva, niega frontalmente los principios básicos de la vida en sociedad, ¿cuál pudiera ser la reacción proporcional a semejante negación –de índole, en muchas ocasiones, más simbólica que material-? Ciertamente, si el riesgo que el enemigo supone realmente fuese tal que socavase los fundamentos últimos de la sociedad constituida en Estado, las consideraciones de proporcionalidad sobrarían en casi cualquier reacción penal frente a aquél”¹⁸.

Por último, y éste es el aspecto que quisiera puntualizar, GRACIA MARTÍN ha señalado que “dicha objeción carece de fundamento desde el momento en que parece claro que no ha entendido correctamente a SILVA. Parece evidente que la proporcionalidad a la que se refiere SILVA no pone en relación la magnitud de la reacción jurídica (pena, medida) con el hecho del enemigo, como parece suponer RAMOS VÁZQUEZ, sino más bien el mal que *se causa* con el sacrificio de garantías y de la libertad de acción, con el mal a cuya producción tiende el peligro que representa el enemigo, que es el que *se trata de evitar*, siendo admisible el primero sólo en el caso de que en la ponderación de males resulte ser el *mal menor*”¹⁹.

Pues bien, aunque así fuese, y dejando a un lado el hecho de que los términos de comparación que expresé en su día no son los que GRACIA MARTÍN ha interpretado, sigo sin ver qué rendimiento puede ofrecernos el criterio de proporcionalidad cuando lo que entra en juego es el *enemigo* tal y como JAKOBS nos lo ha planteado.

16 Todo esto, por supuesto, está en íntima conexión con lo que se dirá en el texto acerca del retoricismo en la crítica al Derecho penal del enemigo.

17 SILVA SÁNCHEZ, J. M^a, *La expansión del Derecho penal. Aspectos de la política criminal en las sociedades postindustriales*, Civitas, Madrid, 1999, p. 166.

18 RAMOS VÁZQUEZ, “Del otro lado”, cit., pp. 95 y 96.

19 GRACIA MARTÍN, *El horizonte*, cit., p.167, nota 252. Cursiva en el original.

En efecto, utilizando los términos de comparación expresados por GRACIA MARTÍN, pongamos en relación el sacrificio de garantías penales que supone el Derecho penal del enemigo con el “mal a cuya producción tiende el peligro que representa el enemigo”, teniendo en cuenta que éste “*ya no garantiza el mínimo de seguridad cognitiva*”²⁰ y, por tanto, “*amenaza con socavar los fundamentos últimos de la sociedad constituida en Estado*”²¹.

En mi opinión, si esto es cierto, es decir, si el enemigo tiene una potencialidad lesiva tal que es capaz de poner en peligro los cimientos de la convivencia²², el “mal a cuya producción tiende el peligro que representa el enemigo” (en la formulación de GRACIA MARTÍN) es uno de una índole ciertamente especial y de una magnitud difícilmente ponderable.

No puede negársele a JAKOBS la coherencia de su planteamiento en este aspecto: una vez que conceptúa al enemigo del modo en que lo hace, le asigna como consecuencia normativa la aparición del Derecho penal del enemigo y, consecuentemente, la consideración como *no-persona*²³.

En suma, a mi juicio, el criterio de proporcionalidad no nos habrá de servir de mucha ayuda, pues se trata de ponderar un recorte de garantías, de un lado, y un peligro tal que es capaz de poner en jaque la sociedad constituida en Estado, de otro. Renuevo, por tanto, mi pregunta: si el enemigo, con su conducta o con su falta de seguridad cognitiva, niega frontalmente los principios básicos de la vida en sociedad, ¿cuál pudiera ser la reacción proporcional a semejante negación? O, sustituyendo estos términos por los propuestos por GRACIA MARTÍN, ¿qué mal causado al recortar las garantías y la libertad de acción podría ser *desproporcionado* respecto al mal que el *enemigo* puede llegar a causar?

Planteada la cuestión en sus justos términos, en mi opinión, no pueden entrar en juego criterios de proporcionalidad una vez que se ha definido al *enemigo* del modo en que JAKOBS lo ha hecho, puesto que, desde el momento en que aceptamos que aquél ya no garantiza el mínimo de seguridad cognitiva²⁴ y, por tanto, amenaza con dinamitar –por así decirlo– los fundamentos últimos de la convivencia en nuestras sociedades, nos estamos situando en un universo conceptual en el que nada importa el principio de proporcionalidad tal y como nosotros nos entendemos, porque ya no hablamos aquí de Derecho penal²⁵.

20 JAKOBS, “La ciencia”, cit., p. 139. *Cursiva* mía.

21 SILVA SÁNCHEZ, *La expansión*, p. 163. *Cursiva* mía.

22 Algo sobre lo que albergo muchas dudas.

23 “A falta de seguridad cognitiva, una sociedad consciente del riesgo no puede dejar de lado esta problemática; pero tampoco puede solucionarla sólo a base de medidas policiales. Por ello, hoy en día no existe ninguna alternativa visible. La seguridad cognitiva (...) se convierte en el Derecho penal de enemigos en el objetivo principal. En otras palabras (...) 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. Es verdad que el procedimiento para el tratamiento de individuos hostiles está regulado jurídicamente, pero se trata de la regulación jurídica de una exclusión: los individuos son actualmente no-personas” (JAKOBS, “La ciencia”, cit., pp. 140 y 141).

24 Algo imprescindible en la visión de JAKOBS, dado que “No sólo la norma precisa de un cimiento cognitivo” –indica este autor–, sino que, además, “el que pretende ser tratado como persona debe dar a cambio una cierta garantía cognitiva de que se va a comportar como persona” (JAKOBS, “La ciencia”, cit., p. 138).

25 Aquí es obligada la cita de CANCIO MELIÁ cuando señala que “la cuestión de si puede haber *Derecho* penal del enemigo queda resuelta negativamente” (CANCIO MELIÁ, M., “¿Derecho penal” del enemigo?” en CANCIO MELIÁ, M. / JAKOBS, G., *Derecho penal del enemigo*, ed. Civitas, Madrid, 2003, p. 99). Ello es corolario de su magnífica exposición acerca del Derecho penal como *contradictio in terminis*, CANCIO MELIÁ, “¿Derecho penal” del enemigo?”, cit., pp. 89 y ss.

El propio JAKOBS ha sido, nuevamente, coherente con su planteamiento en este punto y ha indicado sin problemas que “indagando en su verdadero concepto, el Derecho penal de enemigos es, por tanto, una guerra cuyo carácter limitado o total depende (también) de cuánto se tema al enemigo”²⁶.

En efecto, la lógica que subyace al Derecho penal del enemigo es la de la guerra, no la del Derecho penal y sus principios, como el de proporcionalidad, el cual, a mi juicio, tiene una escasa –por no decir nula- virtualidad aquí.

Pero volvamos a la cuestión del retoricismo en la crítica al Derecho penal del enemigo, tema que constituye, como se ha adelantado, el objeto de las presentes páginas.

II. ACERCA DE LOS ELEMENTOS RETÓRICOS EN LA CRÍTICA AL DERECHO PENAL DEL ENEMIGO:

Comencemos, brevemente, por una curiosa coincidencia: en el trabajo de SCHÜNEMANN citado por GRACIA MARTÍN como ejemplo del retoricismo en el que caen las críticas al Derecho penal del enemigo, este relevante autor alemán indica lo siguiente:

“[El Derecho penal del enemigo] posibilitaría la legitimación para el restablecimiento de un Estado totalitario de una brutalidad y primitivismo dignos de la época del Antiguo Testamento”²⁷.

Esta alusión al Antiguo Testamento en el trabajo de Schünemann establece una conexión entre éste y cierto trabajo de mi autoría²⁸ en el que, allí sí de un modo decidida y absolutamente retórico²⁹, trazaba un paralelismo entre la caracterización que JAKOBS hace del Derecho penal del enemigo y la historia bíblica del profeta Elías y los sacerdotes de Baal.

Desconozco, por supuesto, qué motivo (subjetivo) ha llevado a SCHÜNEMANN a mencionar el Antiguo Testamento en su trabajo pero sí podría aventurarse que es exactamente el mismo que aquél que me indujo a mí a resucitar la vieja historia de Elías.

Lamentablemente, para tratar de explicarlo, habré de acudir, nuevamente, a un campo bien ajeno a la dogmática jurídico – penal (y más cercano a la dogmática *stricto sensu*) como es la Teología.

En el largo y complejo proceso de redacción de los textos bíblicos han confluído, en mayor o menor grado, diversas tradiciones, de entre las que destacan dos: la *elohista* y la *yahvista*³⁰.

La tradición elohista, además de la utilización del vocablo *Elohim* para designar al Dios de Israel, tiene como característica destacada –en lo que aquí nos importa- el

26 JAKOBS, “La ciencia del Derecho penal”, cit., p. 141.

27 SCHÜNEMANN, B., “Debate en torno a la conferencia: “la idea de la normativización en la Dogmática jurídico penal” del Prof. Jakobs” p. 266, según cita de GRACIA MARTÍN, *El horizonte*, cit., p. 188, nota 312.

28 RAMOS VÁZQUEZ, J. A., “El nuevo Elías: la teoría del Derecho penal del enemigo de Günther Jakobs” en *Panóptico*, núm. 6, nueva época, 2º semestre 2003, págs. 147 y ss.

29 Algo a lo que no es ajeno el hecho de tratarse de un trabajo de carácter fundamentalmente divulgativo o polémico en el buen sentido de este último término.

30 Una tercera tradición sería la representada por la tradición sacerdotal.

hecho de plantear una enorme distancia entre Dios y su Pueblo, de suerte que queda claro en todo momento que dicho Ser Supremo es inaccesible, casi inefable³¹.

La tradición yahvista³², en cambio, no sólo tiene como característica la utilización del vocablo Yahveh para hacer referencia al Dios de Israel³³, sino que, contraponiéndose con ello a la tradición elohista, concibe a éste como un ser de características antropomórficas y, sobre todo, cercano. Pero esta cercanía tiene una contraprestación: el Yahveh que nos presenta el Antiguo Testamento es un Dios celoso³⁴, exigente y vengativo, un Dios que impone estrictas normas de conducta, que castiga sin miramientos tanto a los enemigos de su pueblo³⁵ como los desmanes de éste³⁶ y que, en suma, somete a su pueblo a un exhaustivo seguimiento.

En unas coordenadas histórico – culturales como las de nuestra sociedad (y el resto de sociedades europeas), la tradición yahvista constituye, por tanto, ni más ni menos que un paradigma: el paradigma del ser omnipotente que valora la fidelidad por encima de todo y, en consecuencia, premia a quien le sigue incondicionalmente y castiga sin piedad a quien contraviene sus mandatos³⁷ y ello con independencia de si, personalmente, se es creyente o no –como es, por otra parte, mi caso.

Por esta razón, no tiene nada de extraño que la casualidad haya llevado a que tanto en el mencionado trabajo de SCHÜNEMANN como en el mío propio se utilicen metáforas bíblicas a la hora de caracterizar el Derecho penal del enemigo, pues éste nos trae un reflejo de un ente –el sistema- que valora la fidelidad a la norma por encima de todo y, en consecuencia, castiga a sus *enemigos* considerándolos como *no-personas*.

Pero resulta que, además, si observamos otros trabajos sobre la materia, descubrimos que, nuevamente, se hace referencia a aspectos de, por así decirlo, “retórica teológica”, recurriéndose, una y otra vez, a alusiones a aspectos de la tradición religiosa judeo-cristiana.

Así, por ejemplo, CANCIO MELIÁ señala que “se trata, por lo tanto, más de “enemigos” en este sentido pseudoreligioso que en la acepción tradicional - militar del término. En efecto, la identificación de un infractor como enemigo por parte del ordenamiento penal, por mucho que pueda parecer a primera vista una calificación como “otro”, no es, en realidad, una identificación como fuente de peligro, no supone declarar un fenómeno natural a neutralizar, sino, por el contrario, es un reconocimiento de competencia normativa del agente mediante la atribución de perversidad, mediante su demonización y ¿qué otra cosa es Lucifer que un ángel caído?”³⁸.

31 Por otra parte, desde el punto de vista estilístico, la tradición elohista dio lugar a un estilo más sobrio (y más monótono) que la yahvista.

32 Anterior en el tiempo, en todo caso, a la elohista.

33 En el famoso pasaje en el que Dios se revela a Moisés hablándole desde una zarza ardiendo y éste le pregunta a aquél por su nombre (Éxodo, 3, 13) confluyen ambas tradiciones: la elohista, cuando Dios dice “yo soy el que soy” (Éxodo, 3, 14) y la yahvista cuando, inmediatamente después, dice que su nombre será por siempre Yahveh (Éxodo, 3, 15).

34 Él mismo así lo dice en Éxodo, 20, 5.

35 Un ejemplo clásico sería la destrucción de Sodoma y Gomorra (Génesis, 19).

36 Otro ejemplo clásico sería la ira de Yahveh cuando el pueblo de Israel confecciona y adora un becerro de oro (Éxodo, 32).

37 “Yo, Yahveh, tu Dios, soy un Dios celoso, que castigo la iniquidad de los padres en los hijos hasta la tercera y cuarta generación de los que me odian y tengo misericordia por millares con los que me aman y guardan mis mandamientos” (Éxodo, 20, 5).

38 CANCIO MELIÁ, “¿Derecho penal” del enemigo?”, cit., pp. 87 y 88.

En nota a pie de página, añade CANCIO MELIÁ, abundando en lo expresado en el fragmento transcrito, que uno de los muchos nombres de Lucifer es, precisamente, *el Enemigo*³⁹, completando así esta metáfora de resonancias bíblicas (fácilmente comparable, por otra parte).

Ahora bien, ¿son estas alusiones al Antiguo Testamento un puro ejercicio retórico, inadecuado en el marco de una crítica *dogmática* a la teoría del Derecho penal del enemigo de JAKOBS? La respuesta es, más que probablemente, *sí*, pero quisiera realizar una apreciación que podría parecer irrelevante pero que, en mi opinión, no lo es tanto.

Antes de nada, no obstante, conviene resaltar que no es del todo cierto que la réplica a JAKOBS discorra solamente en un plano retórico o meramente emotivo, como achaca GRACIA MARTÍN a la doctrina crítica con el Derecho penal del enemigo.

En mi opinión, la doctrina sí ha sido capaz de trazar líneas de crítica *dogmática* adecuadas, procurando poner de relieve las incoherencias (*dogmáticas*) de la teoría de JAKOBS, además de las consabidas y reiteradas críticas a la ideología penal subyacente a aquélla⁴⁰.

De hecho, la propia crítica que realiza GRACIA MARTÍN⁴¹ al Derecho penal del enemigo transcurre por unos derroteros en absoluto retóricos, oponiendo frente al funcionalismo sistémico exacerbado del penalista alemán⁴² un finalismo renovado sin alterar las esencias del pensamiento original de WELZEL.

Pero, sea como fuere, lo cierto es que, en mi opinión, más allá de los diversos paradigmas teóricos que puedan confrontarse al Derecho penal del enemigo de JAKOBS (como, por ejemplo, sin ir más lejos, ese horizonte finalista del que nos habla GRACIA MARTÍN), si existe una vía de crítica a la teoría jakobsiana que pueda ser compartida por autores de las más diversas posiciones teóricas esa es, en efecto, la retórica, puesto que, en definitiva, el Derecho penal del enemigo no deja de ser precisamente eso: una retórica.

Planteada la cuestión en sus términos más elementales, encuentro que la teoría de JAKOBS es una pura *retórica de la exclusión, una retórica de un Derecho penal que, efectivamente, no-debe-ser-en-absoluto pues no es, en puridad, Derecho penal.*

39 CANCIO MELIÁ, “¿”Derecho penal” del enemigo?”, cit., p. 88, nota a pie de página 53. A este respecto, señala FARALDO CABANA que la quinta de las acepciones que ofrece del término “enemigo” el Diccionario de la Real Academia Española de la lengua es, precisamente, “diablo, ángel que fue arrojado al abismo”. (Vid. 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. (dir.) y BRANDARIZ GARCÍA, J. A. / PUENTE ÁBA, L. Mª (coords.), *Nuevos retos del derecho penal en la era de la globalización*, ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2004, pp. 310, nota a pie de página 35).

40 En este sentido, dentro de una bibliografía ya prácticamente inabarcable (no en vano, se trata de uno de los temas clave en la literatura penal actual) considero que, como mínimo, trabajos como los relacionados a continuación no pueden ser considerados en absoluto como meramente retóricos: DEMETRIO CRESPO, E., “Del Derecho penal liberal al derecho penal del enemigo” en PÉREZ ÁLVAREZ (ed.) *SERTA. In memoriam Alexandri Baratta*, Universidad de Salamanca, 2004, pp. 1027 y ss. el ya citado CANCIO MELIÁ, M., “¿”Derecho penal” del enemigo?” en CANCIO MELIÁ, M. / JAKOBS, G., *Derecho penal del enemigo*, ed. Civitas, Madrid, 2003, pp. 57 y ss., PORTILLA CONTRERAS, G., “El Derecho penal y procesal del “enemigo”. Las viejas y nuevas políticas de seguridad frente a los peligros internos - externos “en AAVV., *Dogmática y Ley penal. Libro Homenaje a. Enrique Bacigalupo*, Tomo I, ed. Marcial Pons, Madrid, 2004, pp. 693 y ss.; PRITTWITZ, C., “¿Guerra en tiempos de paz? Fundamento y límites de la distinción entre Derecho penal y guerra.”, *Revista Penal*, nº 14, Julio 2004, pp. 174 y ss.

41 GRACIA MARTÍN, *El horizonte*, cit., pp. 89 y ss.

42 No es éste el momento oportuno de intentar dilucidar cuánto queda ya de Luhmann en el pensamiento de JAKOBS, cada vez más teñido de consideraciones hegelianas y schmittianas.

Excedería del objeto de estas páginas intentar deslindar tres planos netamente distintos y, en cambio, absolutamente complementarios como la *dogmática jurídico – penal*, la *retórica* y la *realidad* pero cabría hacerse una serie de preguntas al respecto: por ejemplo, cuando JAKOBS habla del *enemigo* ¿qué está haciendo exactamente? ¿plasmar de manera neutra un fenómeno que se da *realmente* en las legislaciones penales de nuestro entorno? ¿o, más bien, trazar una metáfora que toma como base la realidad para transformarse en toda una alegoría (y aquí hablaríamos, así pues, de una retórica)? ¿o, simplemente, trata JAKOBS de aportar a la Dogmática jurídico – penal una nueva terminología, acorde con el momento que atraviesa en la actualidad?

La respuesta a los anteriores interrogantes nos remite, a mi entender, a una cuestión que excede de lo puramente terminológico pero que no deja de tener sus raíces en el ámbito lingüístico, razón por la que la crítica al Derecho penal del enemigo de JAKOBS debe (o como mínimo, *puede*) discurrir al mismo nivel en el que está planteada y esto es, en efecto, lo que la doctrina penal viene haciendo.

Hay que partir, ante todo, del hecho de que *el propio término enemigo, ya de por sí, es una metáfora*.

En efecto, aunque pudiese argüirse que estamos aquí ante un término *jurídico*, no es en absoluto casual que JAKOBS haya elegido un término tan explícito como *enemigo* para hacer referencia a la realidad a la que el concepto de Derecho penal del enemigo nos remite.

Como ha señalado CANCIO MELIÁ:

“¿Qué tienen de especial los fenómenos frente a los cuales responde el “Derecho penal del enemigo”? ¿Qué característica especial explica, en el plano fáctico, que se reaccione de ese modo frente a precisamente esas conductas? ¿Qué función cumple la pena en este ámbito?”

La respuesta a esta pregunta está en que se trata de comportamientos delictivos que afectan, ciertamente, a elementos esenciales y especialmente vulnerables de la identidad de las sociedades en cuestión. Pero no en el sentido en el que lo entiende la concepción antes examinada –en el sentido de un riesgo fáctico extraordinario para esos elementos esenciales- sino, ante todo, como antes se ha adelantado, en un determinado *plano simbólico*⁴³.

Hablar de Derecho penal del enemigo (tanto a favor como en contra) supone, en efecto, hacer referencia continua a elementos simbólicos, comunicativos o, incluso, decididamente metafóricos. Y ello no es de extrañar, desde el momento en que, a la hora de analizar un mundo como en el que vivimos, cuesta trazar límites no difusos entre las diversas disciplinas teóricas o, por mejor decirlo, entre los diversos instrumentos que tiene el ser humano para acercarse a la realidad e intentar comprenderla.

En este sentido, no hay que olvidar el potencial revelador, por así decirlo, de la retórica o, sin más, de la pura poética: cuando rechazamos el Derecho penal del enemigo no sólo rechazamos las legislaciones penales a la que esta teoría nos remite y las deficiencias de ésta, sino que además (y sobre todo) *discutimos las visiones del mundo que se nos intenta imponer aquí*.

Por esta razón, volviendo al comienzo de estas reflexiones, cabría preguntarse: ¿es meramente emocional la premisa de que el Derecho penal del enemigo es algo que

43 CANCIO MELIÁ, “¿”Derecho penal” del enemigo?”, cit., pp. 95 y 96. Destacado en cursiva en el original.

no-debe-ser-en-absoluto?⁴⁴. Pues bien, en la medida en que no se trata de una afirmación en absoluto injustificada, la respuesta debe ser negativa.

Y no está en absoluto injustificada tal afirmación porque, como adelantábamos antes, el Derecho penal del enemigo no es Derecho penal⁴⁵, sino una absoluta *contradictio in terminis*⁴⁶, contradicción que puede ser analizada desde muy diversos puntos de vista.

Lo que GRACIA MARTÍN hace en su obra es, por ejemplo, trazar una crítica *estrictamente dogmática* de la teoría de JAKOBS, esto es, utilizar el arsenal metodológico y terminológico de la dogmática jurídico – penal para oponerse a dicha teoría. Y la conclusión a la que llega es la siguiente:

“Un Derecho penal del enemigo podría encontrar un espacio legítimo únicamente en el caso de que el Derecho penal “ordinario” tuviera como destinataria a la persona o, si se prefiere, al ciudadano, pues un despojo de estas condiciones deja al descubierto al individuo humano, y dicho despojo aún dejaría un espacio de legitimidad para una regulación jurídica que, aun siendo diferente y excepcional, no entrara en conflicto con la dignidad del ser humano. Pero sí, como he tratado de demostrar⁴⁷, es cierto que el Derecho penal no tiene como destinatario a la persona *jurídica*, esto es, entendida como construcción normativa, sino al *hombre*, entendido como individuo humano, entonces no debe ser posible fundamentar ningún “Derecho penal del enemigo”, esto es, ningún ordenamiento diferente y excepcional”⁴⁸.

Esta conclusión es perfectamente compartible, pero, más adelante, el propio GRACIA MARTÍN, indica que el Derecho penal del enemigo se mueve entre dos problemáticas: o esta construcción teórica se trata de una “metáfora engañosa” (como indica certeramente Schünemann⁴⁹) o atenta directamente frente a postulados esenciales del Derecho penal en particular y del ordenamiento jurídico en general.

En efecto, indica GRACIA MARTÍN, “si las reglas de este Derecho penal tuvieran unas características sólo “especiales” –no excepcionales- en razón de las particularidades de los hechos o de los autores a los que se dirige, de tal modo que las mismas partieran de la consideración de sus destinatarios como personas responsables y fueran, por consiguiente, compatibles con el debido respeto a la dignidad del ser humano, entonces estaríamos en presencia de un mero sector particular del Derecho penal. En este caso, la denominación Derecho penal del “enemigo” no tendría más que un sentido formal y semántico (...) Si, por el contrario, las reglas de un tal ordenamiento prescindieran de la consideración de sus destinatarios como personas responsables, de modo que implicaran una infracción del principio material de justicia, de validez *a priori*, del respeto a la dignidad del ser humano, entonces habría que reconocer a tales reglas como *injustas*, negarles el carácter de Derecho y, con esto, su fuerza obligatoria”⁵⁰.

44 Como veíamos que afirmaba GRACIA MARTÍN (Vid. GRACIA MARTÍN, *El horizonte*, cit., p. 187).

45 Señala JAKOBS que “Un Derecho penal del enemigo claramente delimitado es menos peligroso, desde la perspectiva del Estado de Derecho, que entremezclar *todo* el Derecho penal con fragmentos de regulaciones propias del Derecho penal del enemigo” (JAKOBS, G., “Derecho penal del ciudadano y derecho penal del enemigo”, cit., p. 56). Por mi parte, diría aún más: lo verdaderamente peligroso es que exista un cuerpo tan extraño al Derecho penal como el propio Derecho penal del enemigo.

46 Me remito nuevamente a CANCIO MELIÁ, “¿”Derecho penal” del enemigo?”, cit., pp. 89 y ss.

47 Previamente a la exposición de conclusiones transcrita en el texto, GRACIA MARTÍN trata de oponer al concepto de “persona” de JAKOBS la idea del individuo humano. Vid. GRACIA MARTÍN, *El horizonte*, cit., pp. 221 y ss.

48 GRACIA MARTÍN, *El horizonte*, cit., pp. 240 y 241.

49 SCHÜNEMANN, B., “Die deutsche Strafrechtswissenschaft nach der Jahrtausendende”, GA, 5, Mayo 2001, p. 212.

50 GRACIA MARTÍN, *El horizonte*, cit., pp. 241 y 242.

Obviando lo discutible de la última parte de la argumentación de este autor⁵¹, me interesa destacar aquí que el propio GRACIA MARTÍN no puede evitar confrontar la teoría del Derecho penal del enemigo con la realidad del “individuo humano” (por utilizar sus palabras), del “hombre real, individual, empírico”⁵², dado que, como es obvio, la dogmática jurídico – penal no gravita en el vacío, sino que, antes al contrario, siempre hay que tener en mente el mundo en el que se aplican las normas penales (*nuestro mundo*).

Efectivamente, la doctrina no puede elevarse al *Begriffshimmel* del que nos hablaba Ihering y dejar de hacer pie en la realidad. Por eso, si analizamos las legislaciones penales “del enemigo”⁵³, encontramos sobradas razones para mantener que hablamos de un Derecho penal que *no-debe-ser-en-absoluto*. Y esta afirmación no es en absoluto emocional, sino fruto, ante todo, del más somero examen del rigor punitivo de tales regulaciones (y, precisamente, por estar destinadas a ser aplicadas a hombres bien reales, individuales y empíricos).

Retomando la cuestión del retoricismo en la crítica al Derecho penal del enemigo, cabe decir, en conclusión, que la retórica –incluso en su versión más, por así decirlo, *literaria*– constituye un modo adecuado, a mi juicio, de aproximación a dicha teoría.

En primer lugar, porque la frontera entre realidad, dogmática jurídico – penal y pura retórica no es todo lo clara que pudiese parecer y la retórica es un instrumento útil a nivel dogmático siempre que no se pierda la perspectiva.

En segundo lugar, porque la teoría de JAKOBS también es una retórica (las fronteras se difuminan también en él): retórica de las legislaciones penales de nuestro tiempo, retórica, por tanto, de la exclusión, de la cultura de la emergencia, de la “guerra global permanente”⁵⁴ y de un Derecho penal que se encuentra en un momento de crisis más que evidente.

En este sentido, por ejemplo, no conviene olvidar que se está utilizando “un discurso profundamente hostil frente al extraño, de imaginaria religiosa”⁵⁵ y ello no es de extrañar, pues, a fin de cuentas, la religión nos remite a aspectos muy íntimos de la configuración del ser humano, por eso sus metáforas (o verdades para quien sea creyente) siguen vigente como tales y por eso, también, dichas metáforas siguen otorgando un gran rendimiento a la hora de abordar el análisis *retórico* de determinados fenómenos.

En mi opinión, por tanto, no debería existir ningún problema en oponer al Derecho penal del enemigo los principios penales garantísticos, aunque el discurso favorable a éstos venga disfrazado de retórica, pues la teoría de JAKOBS no deja de ser, en último extremo, una metáfora engañosa que sirve de coartada a las legislaciones de

51 En la medida en que resulta discutible la existencia de una validez *a priori* de las normas jurídicas. No obstante, no es éste el lugar para iniciar una réplica a tal afirmación, réplica que nos llevaría, a buen seguro, no ya a abundar en la eterna discusión entre iusnaturalismo y positivismo sino a examinar los fundamentos (y el corazón, por así decirlo) de la Filosofía del Derecho.

52 GRACIA MARTÍN, *El horizonte*, cit., p. 225.

53 Acerca de las legislaciones penales y procesales del *enemigo* tras el 11 – S en diversos Estados (Italia, Francia, Estados Unidos y Gran Bretaña), vid. PORTILLA CONTRERAS, G., “La legislación de lucha contra las no-personas: represión legal del “enemigo” tras el atentado del 11 de Septiembre de 2001” en *Mientras Tanto*. Nº 83, Barcelona, 2002, pp. 77 y ss y PORTILLA CONTRERAS, G., “El Derecho penal y procesal del “enemigo”, cit., pp. 693 y ss.

54 Vid. BRANDARIZ GARCÍA, J. A., “Itinerarios de evolución del sistema penal como mecanismo de control social en las sociedades contemporáneas en FARALDO CABANA, P. (dir.) y BRANDARIZ GARCÍA, J. A. / PUENTE ABA, L. Mª (coords.), *Nuevos retos del derecho penal en la era de la globalización*, ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2004, pp. 15 y ss (especialmente, pp. 54 y ss.).

55 FARALDO CABANA, P., “Un Derecho penal de enemigos”, cit., p. 311.

“efectos especiales”⁵⁶, cuando no de pura guerra, que caracterizan muchos sectores de los ordenamientos occidentales.

El carácter retórico de la crítica al Derecho penal del enemigo, por consiguiente, no debería ocultar lo que tiene de apuesta a favor del garantismo penal, del mismo modo que la prestancia teórica de la aportación de JAKOBS no oculta que tras todo ese léxico sistémico, hay una legislación penal que, por seguir utilizando el *Leitmotiv* tomado de la crítica de GRACIA MARTÍN, *no-debe-ser-en-absoluto*.

A fin de cuentas, en conclusión, el problema no está ya en si la crítica a JAKOBS es retórica, dogmática o, sin más, literatura, sino en que en esa realidad del hombre real y empírico (en nuestra realidad) de la que nos habla GRACIA MARTÍN el Derecho penal del enemigo existe y su aplicación práctica nada tiene de retórica.

III. BIBLIOGRAFÍA:

- BRANDARIZ GARCÍA, J. A., “Itinerarios de evolución del sistema penal como mecanismo de control social en las sociedades contemporáneas en FARALDO CABANA, P. (dir.) y BRANDARIZ GARCÍA, J. A. / PUENTE ABA, L. M^a (coords.), *Nuevos retos del derecho penal en la era de la globalización*, ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2004, pp. 15 y ss.

- CANCIO MELIÁ, M., “¿”Derecho penal” del enemigo?” en CANCIO MELIÁ, M. / JAKOBS, G., *Derecho penal del enemigo*, ed. Civitas, Madrid, 2003, pp. 57 y ss.

- DEMETRIO CRESPO, E., “Del Derecho penal liberal al derecho penal del enemigo” en PÉREZ ÁLVAREZ (ed.) *SERTA. In memoriam Alexandri Baratta*, Universidad de Salamanca, 2004, pp. 1027 y ss.

- DÍAZ PITA, M. M. / FARALDO CABANA, P., “La utilización simbólica del Derecho penal en las reformas del Código penal de 1995”, *Revista de Derecho y proceso penal*, n° 7, 2002-1, p. 119 y ss.

- 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. (dir.) y BRANDARIZ GARCÍA, J. A. / PUENTE ABA, L. M^a (coords.), *Nuevos retos del derecho penal en la era de la globalización*, ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2004, pp. 299 y ss.

- GRACIA MARTÍN, L., “Prólogo” a RUEDA MARTÍN, M. A., *La teoría de la imputación objetiva del resultado en el delito doloso de acción*, ed. Bosch, Barcelona, 2001, pp. 1 y ss.

- GRACIA MARTÍN, L., *El horizonte del finalismo y el “derecho penal del enemigo”*, Ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2005.

- JAKOBS, G., “Derecho penal del ciudadano y derecho penal del enemigo” en CANCIO MELIÁ, M. / JAKOBS, G., *Derecho penal del enemigo*, ed. Civitas, Madrid, 2003, pp. 19 y ss.

⁵⁶ Gráfica expresión tomada de DÍAZ PITA, M. M. / FARALDO CABANA, P., “La utilización simbólica del Derecho penal en las reformas del Código penal de 1995”, *Revista de Derecho y proceso penal*, n° 7, 2002-1, p. 127.

- JAKOBS, G., “La ciencia del Derecho penal ante las exigencias del presente” en CGPJ, Estudios de Derecho judicial, 20, Madrid, 2000, pp. 121 y ss.

- PORTILLA CONTRERAS, G., “El Derecho penal y procesal del “enemigo”. Las viejas y nuevas políticas de seguridad frente a los peligros internos - externos en AAVV., *Dogmática y Ley penal. Libro Homenaje a Enrique Bacigalupo*, Tomo I, ed. Marcial Pons, Madrid, 2004, pp. 693 y ss.

- PORTILLA CONTRERAS, G., “La legislación de lucha contra las no-personas: represión legal del “enemigo” tras el atentado del 11 de Septiembre de 2001” en *Mientras Tanto*. Nº 83, Barcelona, 2002, pp. 77 y ss.

- PRITTWITZ, C., “¿Guerra en tiempos de paz? Fundamento y límites de la distinción entre Derecho penal y guerra.”, *Revista Penal*, nº 14, Julio 2004, pp. 174 y ss.

- RAMOS VÁZQUEZ, J. A., “Del otro lado del espejo: reflexiones desordenadas acerca del Derecho penal en la sociedad actual” en FARALDO CABANA, P. (dir.) y BRANDARIZ GARCÍA, J. A. / PUENTE ABA, L. M^a (coords.), *Nuevos retos del derecho penal en la era de la globalización*, ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2004, pp. 65 y ss.

- RAMOS VÁZQUEZ, J. A., “El nuevo Elías: la teoría del Derecho penal del enemigo de Günther Jakobs” en *Panóptico*, núm. 6, nueva época, 2º semestre 2003, págs. 147 y ss.

- SCHÜNEMANN, B., “Die deutsche Strafrechtswissenschaft nach der Jahrtausendende”, *GA*, 5, Mayo 2001, pp. 210 y ss.

- SILVA SÁNCHEZ, J. M^a, *La expansión del Derecho penal. Aspectos de la política criminal en las sociedades postindustriales*, Civitas, Madrid, 1999.