

DERECHO PENAL DEL RIESGO Y DERECHO PENAL DEL ENEMIGO*

Prof. Dr. Cornelius Prittwitz

Universidad Johann Wolfgang Goethe, Frankfurt am Main.

RESUMEN: La presente ponencia, impartida por el profesor Prittwitz, se realizó en el Congreso Internacional de Política Criminal, en San José de Costa Rica, el día 22 de marzo de 2012. En ella, primeramente se realizan unas observaciones sobre la relación entre Derecho penal y política criminal y sobre la cuestión de quiénes tienen la competencia en la política criminal (o deberían reclamarla). Luego, se caracterizan las dos caras del derecho penal: la del riesgo y la del enemigo, y se comenta sobre la relación de estas descripciones y análisis del Derecho Penal. Para finalizar, se realiza una evaluación acerca de cómo estas dos nociones serían adecuadamente utilizadas en el contexto de los debates del Derecho Penal y de la Política Criminal.

PALABRAS CLAVE: Derecho Penal del riesgo, Derecho Penal del Enemigo, Política Criminal.

ABSTRACT: This lecture, given by Professor Prittwitz was held at the International Congress of Criminal Policy in San Jose, Costa Rica, on March 22, 2012. First, few observations are made about the relationship between criminal law and criminal policy, and the question of who has the competence in criminal justice policies (or who should claim it). Then both sides of criminal law are characterized: Criminal

*El profesor Cornelius Prittwitz disertó sobre este tema el día 22 de marzo del año 2012, en el I Congreso Internacional de Política Criminal, organizado por la Maestría en Ciencias Penales de la Universidad de Costa Rica y por el Colegio de Abogados de Costa Rica.

Law of risk and Criminal Law of the Enemy, and it discussed about the relationship of these descriptions and analyzes of criminal law. Finally, an assessment of how these two notions would be appropriately used in the context of discussions of criminal law and criminal policy is made.

KEYWORDS: Risk Criminal Law, Criminal Law of the Enemy, Criminal Policy.

Fecha de recepción: 2 de junio de 2012

Fecha de aprobación: 19 de junio de 2012

I. INTRODUCCIÓN Y EXPOSICIÓN DEL TEMA

Quiero de nuevo dar las gracias a los organizadores de este congreso internacional de Política Criminal y quiero añadir mis felicitaciones por el excelente programa – un programa tanto actual como de fondo- y también dar mis felicitaciones por el evidente y remarcable éxito que ha tenido la actividad.

Ahora bien, no estoy seguro de qué es lo que ustedes esperan de mi conferencia sobre el derecho penal del riesgo y el Derecho penal del enemigo. Claro, espero que algunos en el auditorio, -tal vez mis apreciados colegas, ojalá mi discípulo Gustavo Chan, quien merece un agradecimiento especial por haberme incluido en la comunidad jurídica costarricense y quien también merece una felicitación muy especial por el excelente trabajo que realizó en Frankfurt sobre el Derecho penal juvenil, una contribución muy valiosa al debate internacional sobre

el perfil adecuado que debe tener el Derecho penal juvenil- sepan que he trabajado, desde hace más que 20 años, sobre la misteriosa noción del Derecho penal del riesgo y su debatido contenido.

Y, en cuanto al Derecho penal del enemigo: junto con la gran mayoría de mis colegas penalistas, estoy muy preocupado de las tendencias recientes y actuales, a mi juicio estamos hablando más o menos sobre tendencias que se pueden identificar desde digamos el cambio el milenio. El objeto de nuestras preocupaciones desde el año 2000, y una conferencia del prestigioso colega Günther Jakobs en Berlin, tienen un nombre y este nombre es “Derecho penal del enemigo”. Pero: ¿qué tiene que ver el “Derecho penal del riesgo” con el “Derecho penal del enemigo”?; y además, una pregunta importante, pero normalmente desatendida de manera censurable: ¿qué tiene que ver la política criminal con el Derecho penal? ¿no sería la política criminal un objeto para el cual nosotros los penalistas no somos competentes, sino los políticos?

Quiero empezar mi conferencia con algunas observaciones sobre la relación entre Derecho penal y política criminal y sobre la cuestión de quiénes tienen la competencia en la política criminal (o deberían reclamarla) (II.), para después caracterizar estas dos caras del derecho penal, la del riesgo y la del enemigo, y comentar sobre la relación de estas descripciones y análisis del Derecho penal (III.); para finalizar con una evaluación (IV.) acerca de cómo estas dos nociones – a mi juicio serían adecuadamente utilizadas en el contexto y en los debates del derecho penal y de la política criminal.

II. DERECHO PENAL Y POLÍTICA CRIMINAL

Empezamos con el tema de fondo, con la cuestión ¿que tiene que ver el derecho penal con la política criminal?. Yo comencé mis estudios de Derecho en 1973 en la ciudad de Munich. Y mi profesor de Derecho penal fue Claus Roxin.

Quien tiene la buena suerte de aprender el Derecho penal con Claus Roxin, desde el inicio entiende que el Derecho penal tiene que ver en todo con la política criminal. Entiende que el derecho penal, sí, es el objeto de la política criminal del legislador, pero también entiende que el Derecho penal es una materia, que no se puede aplicar sin introducir elementos de política criminal. Y cuando estoy hablando de la aplicación del Derecho penal, estoy hablando tanto de nosotros, los profesores y investigadores penalistas, como también de los abogados y magistrados, quienes lo aplican en el mundo real. Todos nosotros, y quiero incluir explícitamente los estudiantes del Derecho penal, todos somos también actores político criminales, a veces mas, a veces menos, a veces conscientemente a veces, sin darnos cuenta de esto, algunos explícitamente, otros implícitamente.

Muchos participantes en el discurso penalista, tanto en Alemania como en otras partes del mundo, y esto es cierto también en América Latina, no aprenden así el Derecho penal, y así no lo perciben. Ellos no escuchan mucho de la política criminal en sus cursos del derecho penal. Tal vez un profesor menciona la política criminal como el origen del Derecho penal, y normalmente no olvida subrayar que es el legislador democráticamente legitimado, quien tiene la competencia para la política criminal, quien tiene la competencia para producir el Derecho penal, que nosotros los juristas solamente aplicamos. Y en el mejor de los casos aprenden que la interpretación político-criminal – también llamada la interpretación teleológica – es una de los cuatro modos de interpretación reconocidos. Normalmente el profesor añadirá, que este modo de interpretación político-criminal no es el último “candidato”, siempre y cuando la interpretación filológica (también llamada interpretación gramatical), la interpretación sistemática o la interpretación histórica no den mucho de sí.

Todo esto, ciertamente, no es “falso”, no es “incorrecto”... pero es tan dramáticamente incompleto que, a mi juicio, es engañoso no enseñar a los futuros abogados y magistrados que la aplicación del *Derecho* penal siempre incluye

elementos de *política* criminal, así como me parece casi irresponsable no prepararlos para esta tarea tan difícil como importante y trascendental. Uno no puede simplemente “aplicar” una norma, ni el magistrado, ni el profesor, ni el estudiante es la “bouche de la loi”, pura “boca de la ley”, como Montesquieu lo ha postulado. Aplicar una ley, siempre y necesariamente quiere decir concretizarla.

Todo eso, a mi convicción, es cierto. Pero claro, me doy cuenta, que es discutible, es controvertido. Yo sé que hay colegas y magistrados (y no son pocos), quienes no están de acuerdo, quienes opinan que esta perspectiva de la relación entre Derecho y política es errónea, además están convencidos que este enfoque es arrogante, pretencioso hasta prepotente. Critican, que este punto de vista politiza el Derecho, critican que con eso se pone en riesgo el verdadero potencial del Derecho, sospechan de nosotros, quienes hablamos de los elementos político-criminales en el Derecho penal, y sostienen que abusamos del Derecho.

Entre los que opinan así, hay un grupo, a mi juicio, el grupo más pequeño, que no actúan con buena fe. Saben que producen política criminal, aunque pretenden que solamente aplican las normas. Pero la mayoría están convencidos de la exactitud de su posición. Algunos se sienten “sobrepasados” por la tarea de no solamente aplicar la ley, sino de tener que producir política criminal; otros no se sienten legitimados para hacer más que aplicar la ley; opinan, que una tal visión del Derecho penal sería dañosa para el Derecho, para su potencial pacificador, sería un retroceso en nuestra civilización, con posibles consecuencias incalculables.

Y, me imagino, que algunos de ustedes se preguntan: ¿no tienen razón? A ver, primero: Los que con dolo y con mala fe abusan el derecho para actuar políticamente, es verdad: lo dañan. Quien – por ejemplo como magistrado - no

quiere ser responsable personalmente de una sentencia, quien quiere decir al condenado, que no es él como persona, quien condena, sino la ley que prevé esta respuesta, de modo que el legislador y finalmente, en la democracia, la población son los responsables de la condena, quien opina así, tiene razón. El problema es, que el riesgo del abuso de la ley y del derecho, no lo corre, quien se da cuenta del necesario elemento político-criminal en la aplicación de la ley, no lo corre, quien sabe y no oculta, que la aplicación de la ley siempre es un concretización y así incluye elementos político criminales.

Este riesgo, al contrario, surge cuando los que aplican la ley, niegan el elemento político criminal, cuando lo esconden y ocultan – hablando sobre el pequeño grupo que actúa con mala fe – y este riesgo también surge – hablando del grupo mayoritario –cuando los que aplican la ley, no reconocen el elemento político criminal.

Es ahí, donde radica el riesgo de una política criminal implícita, es ahí donde falta la transparencia necesaria. ¿Por qué necesaria? Es necesaria esta transparencia, para controlar tanto en el nivel jurídico como en el nivel político, para controlar si se trata de un caso de **abuso** del Derecho o si se trata solamente del **elemento político criminal inevitable** en cada aplicación de la ley.

Esta transparencia es de máxima importancia para el Estado de Derecho. Es por eso que, a mi juicio, es un verdadero **pecado mortal** en contra el Estado de Derecho, cuando algunos juristas –profesores o magistrados – *conscientemente* ocultan la política criminal que persiguen, y por eso es un **riesgo** para el Estado de Derecho el hecho de que tantos juristas, en todos los niveles, no reconozcan que lo que persiguen implícitamente y necesariamente, quiéranlo o no, es una política criminal al aplicar la la ley.

El primer grupo son populistas dolosos, porque abusan de la buena fe de la gente de la calle, de la gente que esta convencida que sí hay una clara diferencia entre política y Derecho, de la gente, que esta dispuesta a respetar la ley. El segundo grupo son populistas imprudentes, porque no participan en el discurso político criminal y en este sentido son ingenuos. Tienen un efecto populista, porque como penalistas aparentemente expertos hablan sobre política criminal y sobre la realidad de la criminalidad de la misma manera en que lo hace el llamado “hombre de la calle”.

Es por eso, que nosotros los juristas, en la teoría y la practica, tenemos que reclamar competencia – claro, una competencia no exclusiva - para la política criminal. Es por eso también, que tenemos que procurarnos los conocimientos necesarios para participar en el discurso político criminal. Esto significa dos cosas:

Primero: Tenemos que educarnos (y a nuestros estudiantes) filosóficamente (para ser más preciso: se trata de la “teoría de conocimiento”, para entender la diferencia entre los elementos de la política criminal que están inevitablemente incluidos en la aplicación de la ley, por un lado, y el abuso político del Derecho, por otro lado.

Y segundo: No debemos restringirnos a la dogmática del Derecho, a los elementos técnicos del Derecho, al sistema y a la lógica, todo eso que por tanto tiempo fue el único contenido de los estudios jurídicos, todo eso que también fue responsable del rol, muchas veces cuestionable de los juristas, en su relación con los poderosos. Al contrario: además de la dogmática, la técnica, el sistema del Derecho tenemos que saber lo más posible sobre el **mundo real**, la sociedad, el ser humano, sobre las causas de la delincuencia y sobre las consecuencia de la aplicación de las leyes.

Por eso también, y con eso vuelvo al tema más específico de mi ponencia, nosotros los penalistas, los científicos tanto como los abogados y, ciertamente, los estudiantes del Derecho penal, tenemos que entrar en el debate político-criminal sobre algunas características que tiene el Derecho penal como Derecho penal del riesgo y como Derecho penal del enemigo.

III. DERECHO PENAL DEL RIESGO Y DERECHO PENAL DEL ENEMIGO

Desde algunos años estas dos nociones toman un rol importante en el debate político-criminal. Se habla del Derecho penal del riesgo desde hace tal vez 20-25 años, se habla del Derecho penal del enemigo desde hace 10-15 años, y uno podría añadir aquí la noción del Derecho penal de la seguridad, del cual se habla intensamente desde hace 5-10 años.

El problema con tales nociones es que, después de un tiempo, después de que la comunidad penalista y político-criminal las ha aceptado, dichos conceptos se convierten en *nociones de moda*. Muchos, quienes no saben de que están hablando, las utilizan. Para un debate científico esto, obviamente, es muy dañoso, a veces hasta ruinoso. Déjenme entonces intentar clarificar como – por lo menos a mi juicio – debemos utilizar estas nociones.

1. EL DERECHO PENAL DEL RIESGO

Empezamos con la noción del Derecho penal del riesgo. ¿Qué se debe entender bajo el concepto de “Derecho penal del riesgo”? La noción no es muy clara y, además, al lado de los muchos que la utilizan sin contenido, otros la utilizan con distinto contenido de significado. Esto de nuevo es peligroso para un debate científico. Un concepto que se emplea con distintos significados no sirve para un buen debate. Permítanme presentar los dos modelos mas importantes del

Derecho penal del riesgo, que *no* son mi modelo, y después promocionar “mi” propio concepto de Derecho penal de riesgo en pocas palabras. ¿Cuáles son entonces los modelos más importantes?

Se habla, y se puede hablar de “Derecho penal de riesgo”, en el sentido en que lo han hecho algunos penalistas (en Alemania sobre todo *Jürgen Wolter* y *Wolfgang Frisch*). Ellos colocan los conceptos de *producción de riesgo* y de *aumento de riesgo* en el centro de **un nuevo sistema dogmático** de la imputación jurídico penal.

Y también otros denominan como “Derecho penal del riesgo”, a aquel que se propone proteger nuestro planeta frente a las amenazas del llamado progreso tecnológico. En este caso, tal como lo ha formulado Günter Stratenwerth en 1993, tenemos que estar dispuestos a pagar este ambicioso objetivo con cambios radicales del sistema de Derecho penal.

Estas dos ideas - una **dogmática** de riesgos por un lado y una **alarma** frente a ciertos riesgos catastróficos-, también a mi juicio son partes esenciales del fenómeno del “Derecho penal del riesgo”. Sin embargo, según considero, sucede que **no ilustran la especificidad de tal fenómeno**. Me parece que el elemento específico del “Derecho penal del riesgo”, que integra y sobrepasa ambos modelos mencionados, debe destacarse a partir de la vinculación con el descubrimiento sociológico del riesgo, tal como lo han formulado Niklas Luhmann (1991) y otros autores.

Desde el punto de vista sociológico se destaca que la idea, la lógica, el modelo del riesgo, ha penetrado profundamente en el pensamiento de nuestras

sociedades modernas. De este modo, todo aquel que comprenda el sistema de justicia penal como un componente integral (aunque específico) del “control social”, no se sorprenderá de que mi definición del “Derecho penal de riesgo” indique lo siguiente:

Colateralmente y en sintonía con el desarrollo social, también la política criminal, la teoría de la pena y toda la dogmática jurídico-penal están marcadas, desde hace largo tiempo, por la denominada “sociedad de riesgo”. La dogmática del riesgo al igual que la discusión acerca de las reacciones jurídico-penales a las nuevas amenazas es solo un aspecto que compone el concepto de Derecho penal de riesgos.

Ahora: si esto es un modelo del Derecho penal del riesgo, qué es la realidad de este „Derecho penal del riesgo“?

Ha emergido un Derecho penal de riesgo que ya no tiene la ambición de ser fragmentario, sino que ha mutado a un Derecho penal expansivo, que está muy lejos de ser ultima ratio. Esta no es una consecuencia lógica del modelo del “Derecho penal del riesgo”, pero sí, es una consecuencia que se puede probar empíricamente.

Esta “expansión” se puede caracterizar en tres dimensiones. Se trata: (1.) De la admisión de nuevos candidatos en el ámbito de los bienes jurídicos (tales como el medio ambiente, la salud pública, el mercado de capital o la promoción de la posición de mercado). (2.) Del adelantamiento de los límites entre el comportamiento punible y no punible, -por regla general apostrofado de modo algo precipitado como adelantamiento de

la barrera de “protección” penal- . Y finalmente (3.) De la reducción de las exigencias para la reprochabilidad, lo cual se expresa en un cambio de paradigma que pasa de la hostilidad para el bien jurídico a la peligrosidad para el mismo como centro del reproche.

Situándonos aún en un plano descriptivo, otro elemento característico de este Derecho penal del riesgo, ahora en el trasfondo político criminal, es el siguiente:

Ahora los comportamientos no son criminalizados o tipificados porque se les considere previamente como socialmente inadecuados. Al contrario se criminaliza con el fin de que esos comportamientos sean considerados, a posteriori, como socialmente desvalorados. La característica descrita afecta al Derecho penal medioambiental in toto y puede apreciarse también en el Derecho penal económico. Esto conduce a una revitalización de la creencia en la “fuerza conformadora de las costumbres del Derecho penal” (Hellmuth Mayer, 1962).

La motivación ética de esta nueva criminalización mediante el Derecho penal de riesgo, rara vez tiene que ver con comportamientos violentos (normalmente, y de forma correcta, ya penalizados). Más bien se trata de la criminalización de comportamientos inofensivos, superfluos e incluso de bagatelas, cuyas consecuencias cumulativas o a largo plazo pueden sobrepasar a la criminalidad clásica violenta. Estas conductas no contravienen generalmente la ética inmediata que

impregna la tradición moral social y que resulta altamente relevante en la manera de comportarse de las personas. Por el contrario, tales comportamientos contravienen con frecuencia una moral lejana aún no cimentada socio-culturalmente y que, por ello, es mucho menos relevante en la conformación de las conductas.

Las conductas ahora criminalizadas generalmente son designadas como criminalidad de bagatela, en cuanto que su peligrosidad surge únicamente por el denominado efecto de acumulación, o, dicho de otro modo, la falta de peligrosidad en el momento del comportamiento se desvirtúa únicamente a través de la consideración de perspectivas temporales más amplias. Este modelo se interesa más bien por comportamientos conformes con el sistema, en lugar de comportamientos desviados. Esto muestra en los nuevos criminalizadores un punto de partida crítico hacia la sociedad y hacia el poder, lo que políticamente despierta mis simpatías. Destinatarios idóneos de las nuevas normas penales son, con frecuencia, sólo aquellos que disponen ya de determinadas posiciones de Poder.

Al destacar estas características del Derecho penal del riesgo se pone de manifiesto, - al menos en mi opinión-, que este puede servir para fines legítimos, necesarios y justos. Pero ello muestra también, de forma clara, que existen una serie de desafíos que el proyecto de Derecho penal de riesgo habrá de superar si lo que se pretende, -según manda la tradición-, es utilizar la criminalización de forma instrumental para evitar comportamientos peligrosos.

Un programa de Derecho penal que tiene la razón de su parte, pero que no puede apoyarse en categorías morales y en normas sociales asentadas culturalmente (inhibición de matar, tabú de la violencia, una ética más cercana), que además debe imponerse frente a las posiciones de poder establecidas, y que lleva al *ad absurdum* el concepto -por todos bien visto- del *comportamiento desviado*, tropieza pronto con serias limitaciones en su poder de definición, y en cualquier caso, con las limitaciones de su potencial para dirigir los comportamientos de la gente. Todo ello anuncia la funcionalización del Derecho penal no sólo en pro de los fines de minimización del riesgo sino también (y de modo mucho más prometedor) en aras de la seguridad subjetiva. Traducido a la terminología penal lo anterior significa que, junto a la promesa de prevención de riesgos mediante la dirección del comportamiento riesgoso (erigida como primera línea de legitimación), está en juego a largo plazo -y no precisamente de forma casual- la preservación simbólica de la insegura sociedad de riesgo.

¿Qué resultados plausibles puede ofrecer un Derecho penal cuyo perfil, -tal como se ha descrito-, ha cambiado bajo el peso de estas nuevas tareas? Mi diagnóstico y pronóstico es el siguiente: **tales tareas lo sobrepasan**. Los problemas de una sociedad moderna (que se desarrolla a todas luces de forma vertiginosa) y que aquí se han singularizado mediante los ejemplos de la ecología o la economía, quedan en realidad sin resolver cuando se traspasan generosamente al Derecho penal. Incluso, con la intervención del Derecho penal cabe temer efectos colaterales contra-productivos. Dado que se pasan por alto las causas estructurales o, más acertadamente, las causas sistémicas de los problemas, que conducen al fracaso del Derecho penal como solución, lo que sucede finalmente, en verdad, es que las pretendidas mejoras que en él se efectúan socavan paulatinamente su perfil constitucional.

Con esta caracterización de un Derecho penal que no puede ser más que

“Derecho penal de riesgo”, que ha adoptado la tarea concreta de solucionar los problemas de la sociedad de riesgos, pero cuyos cambios deben ser calificados como erróneos, dejo este tema para dedicarme, a continuación, al Derecho penal del enemigo.

2. DERECHO PENAL DEL ENEMIGO

El concepto de “Derecho penal del enemigo”, presentado por Günther Jakobs, ha levantado una polvareda, no solo en Alemania, sino también en otros países y ciertamente, también en Latinoamérica, donde, a mi juicio ha obtenido tanto el aplauso más grande, como las críticas más duras. ¿Qué ha de entenderse bajo el concepto de “Derecho penal del enemigo” y qué posición tomar al respecto?

Este concepto caracteriza un Derecho penal con el cual el Estado no confronta a sus ciudadanos, sino a sus enemigos. ¿Cómo se le puede reconocer? Primero, en sus normas. El Derecho penal del enemigo castiga sus enemigos más, más duramente y con mayor rapidez. En el ámbito del Derecho penal material la esfera de libertad de acción y (en parte) también de pensamiento de los ciudadanos es más limitada. Al mismo tiempo, una vez que un ciudadano es considerado (transformado) en enemigo carece de derechos procesales.

Esta descripción podría recordarle a algunos de ustedes mi descripción de la “cara real” del Derecho penal del riesgo. ¡Y no es que haya confundido las páginas de mi intervención! Lo que sucede, más bien, es que la descripción de Jakobs del “Derecho penal del enemigo” se ajusta a mi análisis acerca del desarrollo del “Derecho penal del riesgo” y a mi descripción del desarrollo

equivocado que este ha tenido. Y así como yo critiqué este desarrollo equivocado del “Derecho penal del riesgo”, también lo hizo Jakobs, cuando en el año 1985 lo llamó “Derecho penal del enemigo”, con una evidente intención provocativa.

La crítica de Jakobs del año 1985, aún cuando no tenía grandes efectos en la práctica, produjo una gran ovación de sus colegas. En el año 1999 cuando Jakobs transformó su descripción en un modelo de Derecho penal sus colegas simplemente no querían creerlo. **¿Qué fue lo que pasó?** Jakobs fabricó un modelo de Derecho penal, esto es, un modelo de *deber ser*, a partir de la descripción crítica de un Estado del *ser*, de una descripción de la realidad. Según considera este autor muchos componentes del Derecho penal alemán *son* Derecho penal del enemigo. Eso fue lo que analizó y criticó en 1985. Pero en 1999 dijo además que esos componentes también *deben ser* derecho penal del enemigo.

Para justificar este cambio radical, Jakobs sugiere que aquellos que se comporten como enemigos (deplorablemente e inexplicablemente llega incluso a llamarlos “*no-personas*”) merecen ser tratado como tales. Y según Jakobs la diversidad de enemigos, foráneos e internos, no le dejan al Estado más alternativa que reaccionar con un “Derecho (penal) del enemigo”. Quiero indicar que lo que Jakobs *quiere* lograr con la separación entre „Derecho penal del enemigo“ y „Derecho penal del ciudadano“, no es solamente la salvación del Estado liberal, sino también la salvación del „Derecho penal (garantista) del ciudadano“. Pero este intento está condenado al fracaso. El Derecho penal, como un todo, ya esta infectado con elementos del “Derecho penal del enemigo”. La reconstrucción de solo una parte del Derecho penal como Derecho garantista es inconcebible.

Los reparos *normativos* son aun más importantes. Dejo de lado que, según

mis más profundas convicciones, la noción de **“no-persona”** no debe ser utilizada de nuevo en Alemania después de 1945 y la experiencia Nazi. Esto independientemente de las posibles y variadas raíces filosóficas de tal concepto. Tratar a algunos delincuentes como enemigos es normativamente inaceptable. Pero además, el argumento de Jakobs según el cual no hay que tratar a los enemigos como personas dado que no pueden reaccionar como tales, es una forma de pesimismo cultural sin ningún fundamento empírico.

El daño colateral que Jakobs ha producido con sus consideraciones y con la noción bastante panfletaria del “Derecho penal del enemigo” ya es incalculable. Regímenes autoritarios darán una bienvenida muy entusiasta a esta legitimación filosófica, que suena tan bien para su Derecho penal (y procesal penal) autoritario. Pero también en el debate en Alemania Jakobs es co-responsable por la ruptura de ciertos principios elementales, en particular, por haber destruido sin necesidad el límite, al menos teóricamente aceptado de manera uniforme, entre Derecho penal y guerra. No me parece una coincidencia, por lo tanto, que hace pocos años atrás tuviéramos en Alemania ¡un debate sobre la legitimidad de la tortura para algunos casos “calificados”!

3. LA RELACIÓN ENTRE DERECHO PENAL DEL RIESGO Y DERECHO PENAL DEL ENEMIGO

Ahora bien: ¿Cuál sería la relación entre estas dos caracterizaciones del Derecho penal, entre estos dos modelos y estas dos realidades? A mi juicio es importante entender que con estas dos nociones no estamos hablando de dos tendencias independientes una de la otra, que no se trata de dos conceptos separados. El “Derecho penal del enemigo” no es solamente un concepto de moda más, que reemplaza al concepto del “Derecho penal de riesgos” de moda en los años 90 del siglo pasado.

A mi juicio la noción del Derecho penal del riesgo describe un cambio importante, un cambio estructural e irreversible y, tal vez, representa hasta una revolución en las acciones y las ideas del Derecho penal. Se trata también de un cambio que, en el fondo, es adecuado y necesario. Pero es un cambio con oportunidades y con riesgos. **Por el contrario**, el **Derecho penal del enemigo** es una consecuencia fatal del Derecho penal del riesgo. Merece ser rechazada con toda la claridad posible. Esto independientemente de que uno **describa** el Derecho penal del riesgo como un “derecho penal del enemigo ya existente”, -como lo hizo, a manera de advertencia, Günther Jakobs en 1985-, o de que uno defienda que el derecho penal del enemigo **debe ser** un modelo de derecho penal, como lo ha hecho últimamente este mismo profesor.

IV. EVALUACIÓN

Detrás de estos dos conceptos del Derecho penal se oculta, en realidad “la expansión del Derecho penal”, que tiene que ver mucho con el populismo penal. La expansión del Derecho penal significa, sin duda, una expansión del poder del Estado que se ve acompañado por una pérdida de garantías y una reducción de la libertad de los ciudadanos. Hay dos tendencias, que no tienen nada que ver con el Derecho penal, pero que agravan el problema. Estoy hablando de una tendencia de *internacionalización y globalización* del Derecho penal por un lado, y de la importancia cada día más grande *de los medios de comunicación de masas*, por otro lado.

La Globalización no es en sí misma dañosa, pero es una tendencia que intensifica la dirección actual del Derecho penal. Lo mismo se puede decir sobre

los medios de comunicación de masas que, con su interés en los delitos y las víctimas, producen una presión casi imposible de resistir para la política criminal de un Estado. Con todo esto es cada día más difícil distinguir, - y el Derecho penal del enemigo no se esfuerza en disimular esta falta de diferenciación- ente el Derecho penal y la guerra o la guerra civil.

¿Vivimos en tiempos de optimismo? En cuanto al las tendencias político-criminales, hay que admitir, que el pesimismo parece más adecuado. Pero, ni la expansión del Derecho penal, la cual destruye libertades y garantías sin lograr lo prometido, ni el populismo penal, son algo irrefutable. En el nivel concreto, será la buena educación recibida por nuestros futuros juristas y políticos lo que disminuya la probabilidad de que la historia de la expansión y del populismo penal sea una historia sin fin. Y en el nivel político, el Estado de Derecho tiene que entender que para poder permanecer como tal, también es necesario que sea un Estado Social de Derecho, con buena educación y bienestar para todos.