

El propio sistema de la teoría del delito

Bernd Schünemann

Ludwig-Maximilians-Universität München

Abstract^{*}

Ya sólo la doctrina alemana sobre el sistema de Derecho penal llena bibliotecas enteras. Constituiría un atrevimiento, en una conferencia limitada no sólo por razones de tiempo, si se pretendiera tratar el grado insuperable de diferenciación y sutilidad de los argumentos que se intercambian al respecto. Por eso intentaré hacer de la necesidad una virtud: en las siguientes 33 tesis se sistematizará «a golpes de martillo» el sistema de Derecho penal que considero correcto para el siglo XXI.

Only with the German literature on the Criminal Law system we can fill entire libraries. It would be daring, in a conference limited not only for time reasons, if I tried to deal with the insuperable level of differentiation and subtlety of the points made nowadays in this respect. Therefore, I will try to make a virtue of necessity: in the following 33 theses it will be systematized –through hammer strokes– the Criminal law system which I consider correct for the 21th century.

Allein die deutsche Dogmatik würde schon ganze Bibliotheken füllen. Der unübertrefflichen Subtilität und Ausgewogenheit der Argumente nacheifern zu wollen, erscheint nicht nur in einem aus Zeitgründe limitierten Vortrag vermessen. Deshalb versuche ich, aus der Not eine Tugend zu machen: In den nachfolgenden 33 Thesen wird mit dem Hammer systematisiert!

Title: Criminal law system's Manifesto

Titel: Strafsystematisches Manifest

Palabras clave: sistema de derecho penal, teoría del delito, *common law*, sistema penal europeo, sistema penal internacional, derecho procesal penal, norma de conducta, norma de sanción, *plea bargaining*.

Keywords: criminal law system, imputation, theory of crime, common law, european criminal system, international criminal system, criminal procedure law, conduct norm, sanction norm, plea bargaining.

Stichwörter: Strafrechtssystem, Verbrechenslehre, common law, internationales Strafrecht, europäisches Strafrecht, Strafprozess, *plea bargaining*, deal, Verhaltensnorm, Sanktionsnorm.

Sumario

- 1. Texto**
- 2. Listado de sentencias citadas**
- 3. Bibliografía citada**

^{*} Título original "*Strafrechtssystematisches Manifest*", traducción del alemán José Milton Peralta, becario DAAD Universidad de Múnich, doctorando Universidad Nacional de Córdoba, Argentina. El presente trabajo constituye una ampliación del texto del mismo nombre publicado en GA, 2006, p. 378-382. Esta ampliación fue elaborado por el autor con motivo de una conferencia dictada en Córdoba, Argentina, en el mes de mayo de 2006 en el seno del Curso de Especialización de Derecho penal, organizado por la Secretaría de Postgrado de la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales de la Universidad Nacional de Córdoba, conjuntamente con la Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales de la Universidad Nacional del Litoral y la Facultad de Derecho de la Universidad Nacional de Cuyo. El nombre en castellano del trabajo fue sugerido por el autor del texto.

1. Las reglas de formación de los conceptos penales y del sistema penal han interesado, durante mucho tiempo, sólo a los teóricos del Derecho penal dentro de las fronteras nacionales. Sin embargo, dichas reglas han adquirido una dimensión internacional, e incluso global, a raíz de la entrada en vigor del Estatuto de Roma para la Corte Penal Internacional, así como también a raíz de la creciente europeización de la administración de justicia penal en el marco de la Unión Europea.

Comentarios al Nr. 1: El sistema de Derecho penal no es una estructura que existe secretamente, oculta en algún lado, como una especie animal que vive en la selva y que aún no ha sido descubierta. Por el contrario, este sistema es idéntico al orden lógico de los elementos del delito y, con ello, a los presupuestos de la punibilidad legalmente regulados. El sistema de Derecho penal depende, entonces, en su origen, de cada orden jurídico, pues éste es el que determina los objetivos del Derecho penal y, así, los requisitos de la punibilidad. Que desde ese punto de vista puede haber diferencias enormes, lo muestra una mirada a la historia. En las sociedades primitivas, en las que domina un pensamiento mágico, basta con que entre la persona y el suceso haya un nexo de ese tipo, razón por la cual se puede invertir la secuencia temporal entre suceso y sanción. Por ejemplo, en los casos en que personas son sacrificadas a la divinidad, con el propósito de que luego llueva. En el siguiente nivel de la evolución se requiere ya un nexo específico entre la persona que va a ser penada y el suceso desagradable, ya sea en la forma de una causalidad entre el comportamiento y el suceso o en la forma de un estatus social, en virtud del cual el comportamiento de otro, causal para el suceso, también le es imputado a esa persona. Esta forma de imputación es típica de las sociedades arcaicas que anudan la responsabilidad a la simple causalidad o a la mera pertenencia a un clan. Restos de una concepción de estas características de Derecho penal han sobrevivido en algunas partes hasta hoy, como lo muestran los cuantiosos ejemplos de una responsabilidad penal basada en la mera causalidad que se pueden encontrar en el círculo jurídico del *common law*¹. Asimismo, la responsabilidad por el clan ha sido puesta en práctica también en sistemas totalitarios (como, por ejemplo, en Alemania en los tiempos del nacionalsocialismo).

Desde la ilustración europea se han nivelado, en gran parte, las diferencias fundamentales en la determinación de los objetivos del Derecho penal, que antes tenían su fundamento, principalmente, en un pensamiento religioso o, en general, mágico e irracional.

¹ Al respecto, por ejemplo, LEIGH, *Strict and vicarious liability*, 1983; CLARKSON/KEATING, *Criminal Law*, 3ª ed., 1994, p. 197 y ss.; SMITH/HOGAN, *Criminal Law*, 7ª ed., pp. 45 y ss., 174 y ss., 210 ss., p. 225 ss.; JONES/CHRISTIE, *Criminal Law*, 1992, pp. 59 y ss. Respecto a la discusión actual, teniendo en cuenta la *Strict liability* en el abuso sexual, LEONARD, "Towards a Legal History of American Criminal Theory: Culter and Doctrine from Blackstone to the Model Penal Code", *Buffalo Criminal Law Review* (6), 2003, pp. 691-832. El análisis histórico de Leonard demuestra con mucha claridad que la tendencia a utilizar el Derecho penal como un instrumento del terrorismo de Estado –que encontró su ápice en Guantánamo (al respecto, SCHÜNEMANN, GA, 2003, p. 299, pp. 312 y ss.; EL MISMO, en MORENO HERNÁNDEZ (editor), *Globalización e internacionalización del derecho penal*, Mexico 2003, pp. 115 y ss.)– proviene de las peculiaridades del *Common Law*, cuyo pensamiento jurídico-penal no emana de la Ilustración y de la filosofía idealista, sino del puritanismo y del utilitarismo.

Para mostrar mi reverencia al *genius loci* de Latinoamérica, quiero recalcar que el pensamiento mágico arcaico-primitivo no puede ser confundido con el estilo que el mundo de la literatura de Latinoamérica le debe a *Gabriel García Márquez*. Ese estilo creado por él bajo los términos “realismo mágico” y que, desde entonces, ha encontrado muchos imitadores en el mundo hispano hablante. Pues, como evidencian precisamente sus recuerdos de vida en “Vivir para contarla”, el “realismo mágico” no se trata, en verdad, de una apoteosis de lo irracional, sino del último ascenso y refinamiento de la novela psicológica y, así, de un deseo realizado, si bien artísticamente, con medios racionales.

En principio, desde entonces, solamente el Derecho continental europeo, también llamado *civil law*, por un lado, y el Derecho angloamericano, el *common law*, por otro, han seguido dos caminos diferentes. Pero tanto a nivel europeo como a escala mundial (global), se ha vuelto inevitable una reconciliación. Los ministros de justicia pueden, según la convención sobre la Unión Europea, adoptar decisiones marco para la equiparación de preceptos jurídicos en cuestiones penales entre los Estados miembros. Pero esto no tiene ningún sentido si no existen características comunes en las cuestiones penales fundamentales, es decir, si no hay una armonización entre los elementos principales del sistema de Derecho penal. En el Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional se ha emprendido incluso el intento de regular, de manera aceptable, no sólo los tipos penales individuales, sino también –en la parte 3 “principios generales del Derecho penal”– los fundamentos del Derecho penal. Así, implícitamente, se regula el sistema de Derecho penal mismo, tanto para el sector jurídico del *common law* como para el del *civil law*. La construcción de un sistema de Derecho penal válido para todo el mundo es, entonces, “la necesidad del momento”.

2. Por cierto, el Estatuto de Roma trata de evitar definirse acerca de las cuestiones sistemáticas², y el principio de reconocimiento mutuo enclavado en la política europea, tiene como objetivo que todos los sistemas penales se impongan en Europa. De allí surge la pregunta acerca de la justicia, tanto en la interpretación del Estatuto de Roma, como en lo que se refiere a la extradición ilimitada de ciudadanos dentro de Europa. Pregunta que también se plantea debido a la posibilidad de aplicar en toda Europa el ordenamiento jurídico más punitivo³.

Comentarios al Nr. 2: En la parte 3 del Estatuto de Roma, donde se regulan los “principios generales del Derecho penal”, se ha intentado evitar el establecimiento de un Derecho penal unilateral, ya sea conforme a reglas del Derecho penal continental o a las del angloamericano. En la Unión Europea se persigue, por el contrario, la política del “reconocimiento mutuo”. Esto tiene como objetivo que cada Estado miembro pueda realizar, en la totalidad del área de la Unión Europea, la persecución penal de tal manera que, al parecer, todos los sistemas de Derecho penal puedan ser ejecutados simultáneamente. Pero también sin el reconocimiento expreso de un determinado sistema se establece, por medio de

² AMBOS, *Internationales Strafrecht*, 2006, p. 163; SATZGER, *Internationales und Europäisches Strafrecht*, 2005, p. 177.

³ SCHÜNEMANN, GA, 2004, pp. 193, 202 y ss.

la elección de reglas de contenido, un sistema implícito en el Estatuto de Roma. A la inversa, la concurrencia en el mismo territorio de la Unión Europea de sistemas diferentes, lleva a que se plantee la pregunta sobre qué sistema es más justo, pues los ciudadanos no van a aceptar por mucho tiempo un sistema que no se pueda compatibilizar con su idea de justicia. Esto sucede cuando los ciudadanos observan que el mismo tipo de conducta, en los diferentes órdenes jurídico penales de los Estados miembros, provocan consecuencias jurídicas completamente diferentes.

3. Con ello también surge la pregunta acerca de cuál es el sistema penal sin fallas lógicamente «más justo», ya que para tomar posición en lo que respecta a cuestiones sistemáticas hay que considerar reglas de contenido y actuar deductivamente.

Comentarios al Nr. 3: Sería un error suponer que el sistema de Derecho penal es independiente del contenido de las normas penales. Más bien existe una relación de dependencia recíproca. Como se mencionó, el sistema de Derecho penal, en su núcleo, no es nada diferente al resumen de las condiciones de la punibilidad ordenadas de acuerdo a reglas lógicas. Esta sistematización, conforme al principio de no contradicción, tiene también repercusión sobre innumerables preguntas especiales que el legislador no se ha planteado expresamente y en las que sólo una respuesta o, en todo caso, un número limitado de ellas son lógicamente compatibles con las estipulaciones ya adoptadas.

4. Así, las tradiciones regionales no se podrán sostener a largo plazo en un ámbito penal, al menos en la ciencia, que abarque un continente completo o incluso la mayor parte del globo.

5. Esto afecta, en primer lugar, al sistema penal francés, el cual, a través de la alineación brusca, desde el punto de vista lógico, de «elementos» dispares⁴, no cumple con los requisitos básicos de la formación científica de un sistema, a saber: la economía de conceptos y la ausencia de contradicciones. De este modo, ofrece los mismos déficits de justicia⁵ que el sistema norteamericano (véase infra, núm. 10).

Comentarios al Nr. 5: La dogmática penal francesa distingue por lo menos tres elementos entre los cuales, a grandes rasgos, se podría equiparar el “elemento material” al *actus reus* del *common law* y el “elemento moral” al *mens rea*. Pero en cuanto se adiciona el tercer elemento, el “elemento legal”, el total forma un caos semántico, porque se produce una confusión mutua entre la norma y su objeto.

6. El mismo destino se puede predecir, a largo plazo, de los diferentes sistemas penales desarrollados en el ámbito del *common law*. De acuerdo con su versión más reconocida,

⁴ Código penal (!) como *élément légal*, *élément matériel* como una especie de *actus reus* y *élément moral* como una especie de *mens rea*; sobre su desarrollo en el siglo XIX, ROBERT, *Revue de science criminelle* 1977, pp. 269 y ss., respecto a más componentes (discutido) referencias en VOGEL, GA, 1998, pp. 127, 129.

⁵ Sobre todo por medio de la inversión de la carga probatoria, ver VOGEL, GA, 1998, pp. 131 y ss.

que es la del *Model Penal Code* de los Estados Unidos de Norteamérica, esos sistemas ya han dado un gran paso en dirección al sistema penal común europeo⁶.

Comentarios al Nr. 6: Los puntos de partida en el *common law* y el *civil law* son, a pesar de las profundas diferencias constantemente destacadas en el Derecho penal, sorprendentemente similares. La diferencia entre *actus reus* y *mens rea*, en el *common law*, presenta asombrosos paralelos con la distinción entre tipo y el concepto psicológico de culpabilidad, tal como era reconocido en la dogmática penal alemana y, en adhesión a ella, en muchos otros países hace cien años. De esa base ha surgido en el *Model Penal Code* americano un trabajo de concretización muy parecido al que fuera desarrollado en la dogmática del Derecho penal continental europeo respecto del concepto de acción y del de omisión impropia –sólo para dar un par de ejemplos-. En el artículo 2 se exige voluntariedad para la conducta, es decir, aproximadamente, lo que se formulaba en el concepto causal de acción clásico. Para la omisión impropia, por su lado, se requiere la lesión de un deber jurídico de actuar como requisito para su equiparación con el comportamiento activo, lo que se corresponde con la doctrina anterior hoy ya superada en el continente.

7. Sin embargo, allí existe una diferencia esencial, que consiste en que la perspectiva procesal, con las *defenses* (afirmativas), penetra directamente en el Derecho material⁷. Esto hace imposible la formación de un sistema funcional a la norma de conducta, conforme con el pensamiento jurídico actual.

Comentarios al Nr. 7: Aunque el *Model Penal Code* americano todavía distingue entre justificación y exculpación y, así, se dirige, en una llamativa proximidad, al sistema de Derecho penal alemán, aún permanece una diferencia decisiva respecto del sistema de Derecho penal continental. Como sucede normalmente en el *common law*, también en el *Model Penal Code* de Estados Unidos, la justificación y exculpación pasan por una perspectiva procesal. El injusto y la culpabilidad no se ven ya como características del concepto de delito, sino como “*defenses*” (afirmativas), a las que el acusado debe remitirse y por las que él tiene la carga probatoria. De esta manera se quebranta, desde el punto de vista del contenido, el principio del *in dubio pro reo* para una parte muy esencial de los requisitos de la punibilidad. Desde el punto de vista sistemático, por otro lado, tiene lugar una confusión entre el nivel objeto y el metanivel, porque la pregunta sobre la carga probatoria concierne a la decisión del juez sobre el hecho y, de esa manera, a la norma secundaria. Justificación y exculpación son así excluidas de la zona de aplicación de la norma primaria, que es la que regula la conducta del ciudadano, y son tratadas como una simple cuestión procesal. Con ello, se hace imposible la construcción de un sistema funcional basado en la norma de conducta. Una conducta cubierta por una causa de justificación y, por lo tanto, lícita no puede ser prohibida por el Derecho penal. Una conducta inculpable tampoco puede ser penada. Con esa confusión, la delimitación entre *actus reus* y justificación o entre *mens rea* y disculpa ya no

⁶ DUBBER, *Einführung in das US-amerikanische Strafrecht*, 2005, p. 36.

⁷ Más detalladamente DUBBER, *Criminal Law – Model Penal Code*, New York 2002, pp. 186 y ss.

puede ser derivada del fin de la norma y, con ello, la delimitación se convierte, finalmente, en una cuestión arbitraria.

8. En efecto, la función central del Derecho penal (protección de bienes jurídicos mediante la prevención general amenazadora) requiere una sistemática funcional reflejada en la norma de conducta, lo que excluye la consideración de la dimensión procesal de un delito ya cometido (norma de sanción).

Comentarios al Nr. 8: En la teoría de las normas se distingue, como se dijo, entre norma primaria, que regula la conducta del ciudadano, y norma secundaria, que es la que está dirigida al juez, que es el que, a causa de la lesión de una norma primaria, tiene que imponer una sanción. Por ello se habla también de norma de conducta y norma de sanción. La eficacia principal del Derecho penal debe consistir en que los ciudadanos respeten la norma primaria. Puesto que es evidente que el funcionamiento de la justicia penal se derrumbaría si la conducta diaria de los ciudadanos consistiera en la lesión de la norma. La consecuencia sería una anarquía, se derrumbaría completamente el orden estatal y de paz, sobre lo cual hay muchos ejemplos en la historia de Latinoamérica. La eficacia real de la norma primaria es explicada a través de la teoría de la prevención general amenazadora, que fuera elaborada por primera vez por FEUERBACH y que, desde el punto de vista constitucional, ofrece la base para el principio fundamental *nullum crimen, nulla poena sine lege*. Por consiguiente, la norma de conducta también debe constituir el punto esencial de conexión para el sistema de Derecho penal.

9. Desde un punto de vista teórico lingüístico, la perspectiva procesal se encuentra en un metanivel que no puede ser confundido con el nivel objeto en el que se encuentra el delito (o la sistemática del delito).

Comentarios al Nr. 9: La norma de sanción dirigida al juez expresa las consecuencias que se siguen de la lesión de una norma de conducta. Aquella incluye la perspectiva procesal general y está asentada, desde un punto de vista teórico lingüístico, en un metanivel que debe ser claramente diferenciado del nivel objeto de la norma de conducta y su sistemática. Que la confusión entre el nivel objeto y el metanivel conduce a paradojas, lo ha mostrado la nueva filosofía del lenguaje con la paradoja que ya había sido construida en la historia de la filosofía (menciono sólo el ejemplo del llamado cretense mentiroso, en el que un habitante de Creta formula el siguiente enunciado: “todos los cretenses mienten siempre”). De manera similar, no se pueden definir los conceptos fundamentales de la imputación penal desde la perspectiva procesal, porque, de esa manera, se destruiría la norma de conducta misma y, con ella, se llevaría a la desaparición, otra vez, del objeto de la norma de sanción.

10. La categoría sistemática de las *defenses* (afirmativas) conduce, además, a injusticias enormes, ya que le impone al inculpaado cargas procesales que apenas pueden ser

cumplidas⁸ (al menos por los inculpados de clase baja y, por eso, por la gran mayoría que se encuentra sin esperanzas a disposición de la autoridad acusatoria).

Comentarios al Nr. 10: La confusión entre el Derecho material y el enfoque procesal en la categoría sistemática angloamericana de las “*defenses*” conduce, en la práctica, hacia la inversión de la carga probatoria, lo que ha sido en realidad su objetivo original. Esto acarrea, en condiciones sociales reales, una enorme desigualdad y, de ese modo, una enorme injusticia. La mayoría de los acusados no tiene realmente *chances* de igualdad, ni intelectuales ni económicas, frente a la Fiscalía. Como última consecuencia, se arruina el fin de protección de bienes jurídicos que quiere alcanzar el Derecho penal por medio de la prevención general. Pues cuando el Estado le deja al individuo alegar y demostrar la justificación o la disculpa, implica que está dispuesto a gravar con pena conductas lícitas o inculpables; lo que, desde el fin de protección de bienes jurídicos por medio de la prevención general, no tiene ningún sentido.

11. A su vez, el hecho de que la forma de conclusión del *plea bargaining*⁹ o acuerdo, que domina en Estados Unidos en aproximadamente el 95 % de los casos, marche triunfalmente en todo el mundo¹⁰, hace que las consecuencias sean aún peores, ya que, a través de ello, desaparecen también las últimas cautelas procesales.

Comentario al Nr. 11: Por medio de la marcha triunfal que ha experimentado a escala mundial el sistema procesal americano y, con él, su instituto central del *plea bargaining*, se van a potenciar aun más las injusticias descritas previamente. Pues, según ello, incluso del propio proceso penal sólo queda el proceso de investigación preparatoria, en el que la posición del acusado es todavía más débil que en el juicio oral. El instituto del *plea bargaining* no ha surgido de manera independiente del sistema de Derecho penal, sino que es una consecuencia directa de la confusión entre una perspectiva material y procesal, es decir, entre norma de conducta y norma de sanción. De esa manera, se encubre la necesidad jurídica absoluta de que el Estado primero debe constatar una conducta antijurídica, para después poder pensar en la sanción. Finalmente, el Derecho penal se catapulta, con la ayuda de la verdad formal y con la posibilidad de lograr un acuerdo sobre la culpabilidad, a la zona de la autonomía privada y, así, del Derecho civil, donde no ha tenido lugar nunca y de ningún modo.

12. Mediante esta transformación del tribunal en un mercado¹¹ y, con ello, de la norma de sanción en un objeto de transacción, se socava, por reflejo, al mismo tiempo, el carácter de

⁸ Sobre los diferentes niveles de la inversión de la carga probatoria ver DUBBER/KELMAN, *American Criminal Law*, New York 2005, pp. 202 y s.; 432 U.S. 197, 97 S.Ct. 2319 (1977); New York Penal Law § 25.00 – Defenses; burden of proof.

⁹ WHITEBREAD/SOBOGIN, *Criminal Procedure*, 3ª ed., 1993, p. 625.

¹⁰ Algunas pruebas en SCHÜNEMANN, *Wetterzeichen vom Untergang der deutschen Rechtskultur*, 2005, pp. 7 y s., además también en Francia por medio de la ley ver 9.3.2004 („Perben II“).

¹¹ Gratamente claro, sin el camuflaje que tanto gusta en Alemania: EASTERBROOK, “Criminal Procedure as a Market System”, *Journal of Legal Studies* (12), 1983, pp. 289-332.

la norma de conducta como imperativo categórico¹², esto es, como fundamento de la totalidad del sistema penal (por ejemplo: «está prohibido matar a otro, en caso de que no se logre acordar un mero dolo de lesionar en el proceso posterior»).

Comentarios al Nr. 12: Si la norma secundaria, al final, puede ser fijada por medio de un acuerdo, es decir, por medio de la autonomía privada, la norma primaria pierde su carácter categórico. Pues, evidentemente, un ciudadano puede, en el momento de la conducta, tener en cuenta si luego sobre la lesión se puede llegar a un acuerdo.

13. Por eso, en caso que una ciencia jurídico dogmática en el sentido tradicional sobreviva a la globalización¹³, un sistema penal de esas características sólo puede ser desarrollado sobre la base de un pensamiento sistemático común a toda Europa, cuya vanguardia se encuentra, en este momento, en la ciencia penal alemana y española.

Comentarios al Nr. 13: Desde una óptica jurídico teórica, la globalización que se desarrolla actualmente conduce, en un ámbito amplio, hacia la anarquía, ya que los consorcios multinacionales son capaces, como “*global player*”, de sustraerse del control estatal, mientras que, por su lado, el “*global governance*” descrito por los apologistas de la globalización es absolutamente ineficaz. La amenaza de anarquía también existe en la zona de la protección de bienes jurídicos del Derecho penal, por lo que no se necesitaría ya ningún sistema. Esto se evidencia al observar el desarrollo en las grandes ciudades de Latinoamérica, donde la parte de la población que se lo puede permitir, privatiza la tarea de protección propia del Derecho penal y de la policía. La práctica de Guantánamo que no ha sido legitimada, pero si minimizada por JAKOBS en su acuñado concepto del Derecho penal del enemigo, muestra que también a nivel del Derecho penal estatal (que aún permanece) se cierne una amenaza de anarquía en la forma de una vuelta a métodos de lucha bárbaros y contrarios al Estado de Derecho. Aferrarse al sistema continental europeo en su versión científica más elaborada, que es la que ha encontrado diálogo en alemán-español, constituye la defensa necesaria de un Estado de Derecho liberal contra su socavación, sea por parte de las dictaduras, sea por medio de la decadencia de las democracias. Su continuo perfeccionamiento no constituye, entonces, un juego de abalorios sin importancia práctica que sólo tiene lugar dentro de círculos científicos.

14. Sin embargo, la propia sistemática del Derecho penal se encuentra aquí actualmente en una triple crisis, que resulta de:

¹² Así KANT, Immanuel, *Die Metaphysik der Sitten*, 2. ed., 1798, p. 226, sobre la norma de sanción (“código penal”).

¹³ Pues, en lugar de un “*global governance*”, yo temo, en el área del derecho, con la victoria de los más fuertes, una anarquía (SCHÜNEMANN, GA, 2004, 299; EL MISMO, en JOERDEN/WITTMANN, *Recht und Politik*, ARSP-suplemento 93, 2004, p. 133), cuyo primer precursor podría ser el “derecho penal del enemigo” evocado por Jakobs (sobre eso, por última vez JAKOBS y P.-A. ALBRECHT, *ZStW* (117), 2005, pp. 839, 852, respectivamente; HÖRNLE y GRECO, GA, 2006, pp. 80, 96, respectivamente; GÖSSEL, *Festschrift für Friedrich-Christian Schroeder*, 2006, p. 33-50; SCHÜNEMANN, *Festschrift für Nehm*, 2006, p. 175).

15. la amenazante disolución del sistema por diferenciaciones llevadas al exceso («excesivo refinamiento»)¹⁴,

16. el traslado de la sistemática funcional a un metanivel de simples significados («sustitución de la realidad por comunicación sobre la realidad»)¹⁵ y,

17. la adopción del modelo de procedimiento (que, en todo caso, es consecuente en Estados Unidos) mediante la práctica de los acuerdos procesales o acuerdos establecidos *contra legem*¹⁶ que socavan la norma de conducta.

18. Por el contrario, es correcto y se mantiene lo siguiente: puesto que el fin primario del Derecho penal consiste en la protección de bienes jurídicos a través de la prevención general amenazadora, los presupuestos de punibilidad que conforman el sistema penal pueden ser derivados por medio de una reducción de medios a fines.

Comentario a los Nrs. 15 al 18: Dentro de la misma discusión dogmática se pueden divisar dos peligros específicos, que sólo entran en un nivel tardío y desarrollado de la dogmática, por lo que aquí sólo necesito referirme a ellos brevemente. Yo hablo de excesivo refinamiento dogmático cuando los verdaderos problemas sistemáticos ya han sido discutidos hasta llegar a una solución, cuando todos los argumentos importantes han sido encontrados y expresados y la discusión, sin embargo, sigue girando en círculos. La jurisprudencia selecciona, a partir de allí, de entre las innumerables variantes dogmáticas, como si se tratara de una tienda con mercaderías variadas, el esbozo que casualmente se ajusta al resultado deseado. El segundo peligro consiste en que el fin de la norma, y de la conminación de la pena unida a ella, no se refieran más a la realidad. Esto sucede cuando no se ve más como primer fin de la sanción penal la evitación de lesiones reales a bienes reconocidos de los ciudadanos, sino la conservación de la validez del orden jurídico y, por eso, se quiere legitimar la pena solamente a través de su significado simbólico. Este punto de vista tiene una larga tradición que se remonta hasta KANT y HEGEL, los filósofos más importantes del idealismo alemán. Hoy es defendido nuevamente con frecuencia, ya sea bajo la apelación directa a KANT y HEGEL, o bajo una vestimenta sociológica en JAKOBS. Pero si el fin de la pena se ve en su significado simbólico, la pena se legitima, en el fondo, a sí misma a través de su aspecto comunicativo como negación de la negación del Derecho. Pero esto es sólo aparentemente, pues se trata, en realidad, de un simple círculo vicioso. Tampoco se puede hacer plausible con la exclusiva conexión a la dimensión comunicativa de la pena por qué, además de la vana explicación simbólica de la lesión de la norma, se debe infligir un mal penal.

¹⁴ Sobre ese concepto SCHÜNEMANN, en *Festschrift für Claus Roxin*, 2001, pp. 1, 2 y ss..

¹⁵ Al respecto, con el ejemplo del concepto material de culpabilidad, SCHÜNEMANN, *Festschrift für Lampe*, 2003, pp. 537, 540 y ss.

¹⁶ Pues, en una zona codificada, la “evolución jurídica”, que es de lo que se trata incluso según la constatación del *Großen Senat*, (NJW 2005, 1440, 1443), puede suceder; fuera de algún caso de laguna, que la ordenanza procesal penal en este sentido no contiene, sólo *contra legem*.

De ese tipo de fundamentación circular de la pena y, por ende, del sistema alineado a ella, solo se puede salir cuando el fin del Derecho penal se ve en la influencia sobre la realidad. Esto es, en la tarea de la protección de bienes jurídicos a través de la amenaza de la pena que opera preventivo generalmente. Los presupuestos individuales de la punibilidad se pueden derivar de esa función política criminal de la pena, por medio del análisis de los medios adecuados para el logro de ese fin. Por medio de esa reducción de medios a fines se garantiza también la unidad de la política criminal para el sistema de Derecho penal, que fuera propagada en Alemania por ROXIN ya hace treinta y cinco años.

19. A partir de esto, resultan, directamente, los dos elementos centrales del sistema: el injusto y la culpabilidad. El injusto, en el sentido de una acción lesiva o intolerablemente peligrosa para un bien jurídico que genera una dañosidad social cualificada. La culpabilidad, en el sentido de una elevada reprochabilidad, porque al autor le era exigible, sobre la base de necesidades preventivas, omitir la acción que le era personalmente evitable¹⁷.

Comentario al Nr. 19: Del fin de protección de bienes jurídicos a través de la prevención general amenazadora se sigue, por lógica forzosa, que la esencia del hecho penal debe consistir en una conducta humana. Esa conducta debe ser insoportablemente peligrosa para los bienes jurídicos de los otros, dominable voluntariamente por el individuo y, por respeto a la norma, evitable. De aquí surgen, otra vez por lógica forzosa, los dos elementos principales del delito, a saber, el injusto específicamente penal, en el sentido de una conducta por medio de la cual se lesionan o se ponen intolerablemente en peligro bienes jurídicos, y la culpabilidad específicamente penal, en el sentido de la evitabilidad del hecho en consideración a su prohibición penal.

Del fin del Derecho penal surge como requisito mínimo para el concepto de culpabilidad, que para el autor sea reconocible que su conducta se subsume en una norma de prohibición y que, conforme a ese conocimiento, pueda evitar realizar su conducta. En sentido estricto, culpabilidad significa el poder individual de obrar de otra manera con respecto a la norma de prohibición. A causa de las consecuencias gravosas del Derecho penal, que pueden abarcar hasta la destrucción de la existencia social del individuo, un Derecho penal humano no se puede conformar con esos requisitos lógicos mínimos. Bajo la consideración del principio de proporcionalidad, se va a exigir una reprochabilidad cualificada, en el sentido de que la evitación de la lesión de la norma no sólo sea posible para el individuo, sino, además, exigible.

20. De este enfoque resultan amplias consecuencias para el método de la formación de conceptos, para la “topografía” y para los contenidos del sistema penal. Pues no se trata

¹⁷ Así, el concepto de culpabilidad como “Responsabilidad” de *Roxin*, que tiene dos estratos y se diferencia de la culpabilidad en sentido estricto. Ver por última vez ROXIN, *Strafrecht Allgemeiner Teil I*, 4ª ed., 2006, § 19/3.

aquí de un puro esquema formal, sino directamente de la legitimación del Derecho penal y, con ello, se trata de la justicia.

Comentarios al Nr. 20: En la construcción del sistema de Derecho penal se deben distinguir tres aspectos diferentes: en lo que se refiere al método de la formación de conceptos, se trata de la relación entre conceptos ontológicos y normativos. En la “topografía”, se trata de la articulación del orden de los presupuestos de la punibilidad. Ambos dependen, a su vez, del contenido de esos presupuestos. Por lo tanto, respecto al sistema, no se trata de la cuestión del orden formal de los requisitos, sino de una cuestión de justicia.

21. El debate que se desarrolla en un primer plano sobre el “normativismo”¹⁸, sobre todo actualmente en la ciencia penal de habla hispana, reúne frecuentemente, de forma poco clara, tres campos de problemas que deben ser analíticamente distinguidos, a saber:

22. la conexión necesaria entre objetos descriptibles (“realidad”) y su valoración (“normatividad”), por medio de oraciones del lenguaje prescriptivo,

23. una explicación que precise conceptos vagos por medio de la “desnormativización”

24. y el reemplazo del acontecimiento real de la lesión de un bien jurídico, como objeto de valoración, por su “significado”, en el sistema actual de JAKOBS, que fuera por mí designado como “normativismo libre de empirismo”¹⁹.

Comentarios de los Nrs. 21 al 24: Para poder entender correctamente la discusión sobre el “normativismo”, que hoy está en primer plano en la discusión dogmática española, es necesario una pequeña mirada retrospectiva en la historia y una precisión analítica. El naturalismo penal dominante aproximadamente entre 1870 y 1900 veía el fundamento del injusto en una simple pregunta por la causalidad y el fundamento de la culpabilidad en una simple cuestión psicológica. El tipo consistía, de acuerdo a eso, en la causación de la lesión de un bien jurídico y la culpabilidad en el dolo o la culpa. A partir del 1900, se desarrolló el concepto normativo de culpabilidad. La culpabilidad fue definida, a partir de allí, como reprochabilidad, pero siempre formada por el dolo y la culpa. El reemplazo del concepto psicológico de culpabilidad por el concepto normativo no significaba todavía ningún cambio en la estructura del hecho punible. Sólo con el finalismo, que entendía el dolo como parte de la acción final y, así, como parte del tipo, se produjo el cambio. En el nivel sistemático de la culpabilidad quedaba como contenido, de esa manera, sólo la ausencia de causas de exculpación. El concepto normativo de culpabilidad se encontraba, de ese modo, aún frente a un concepto ontológico de tipo, que si bien no estaba compuesto por la causalidad, lo estaba por la acción final y así, otra vez, por un concepto ontológico. Eso cambia recién con el

¹⁸ Al respecto, con numerosas referencias posteriores, *mi* propia contribución: La relación entre ontologismo y normativismo en la dogmática jurídico-penal, en: Universidad Nacional de Educación a Distancia (ed.), *Modernas tendencias en la ciencia del Derecho penal y en la criminología*, Madrid 2001, p. 643 y ss.

¹⁹ SCHÜNEMANN, nota 14, p. 13 y ss.

desarrollo de la teoría de la imputación objetiva, que hace depender la tipicidad de la creación y realización de un riesgo no permitido. Pero, evidentemente, el desarrollo del sistema de Derecho penal no puede quedarse sólo en los conceptos normativos de la prohibición de un riesgo y de la reprochabilidad. Pues cada valoración tiene sentido lógico sólo si está en conexión con un objeto que debe ser valorado. Al principio, esos objetos reales sólo pueden ser descritos de una manera muy imprecisa, como cuando el dolo que forma la parte subjetiva del injusto se describe como el saber y querer la realización del tipo. El vago concepto de voluntad se debe precisar siempre de nuevo mediante una continua explicación. Esta actividad de precisar los conceptos se realiza según los fines del Derecho penal y no por medio de criterios psicológicos o del lenguaje vulgar. Por ello, esta concretización puede ser designada como una progresiva “desnormativización” que conduce a conceptos descriptivos cada vez más precisos.

El moderno enfoque de JAKOBS constituye el verdadero punto de discusión. El análisis funcional, según este punto de vista, no se relaciona al hecho real de la lesión de un bien jurídico, sino sólo a su relevancia comunicativa para la vigencia del Derecho en la sociedad. Para que ese método extremadamente complicado que surge de la combinación entre HEGEL y LUHMANN sea comprensible debe ser explicado con un ejemplo. El concepto de dolo significa, según la interpretación general, conocer y querer la realización del tipo. Ese conocimiento presupone, por lo menos, que el autor ha reconocido la posibilidad de la realización del tipo. Ese hecho psicológico es también normativamente útil como presupuesto de la punibilidad, porque recién ese conocimiento del autor transmite esa capacidad de dirección especial, es decir, el dominio sobre el suceso, que, según mi opinión, es lo que fundamenta la mayor punibilidad del dolo en comparación con la simple culpa. JAKOBS, por el contrario, considera decisivo el significado de la conducta del autor para la vigencia de la norma en la sociedad. Según su opinión, la actitud de indiferencia de un individuo que ni siquiera piensa en la lesión de un bien jurídico y, por ello, tampoco reconoce la posibilidad de esa lesión, es, para la lesión de la norma, por lo menos igualmente dañina. Esto es así, porque la norma exige, según JAKOBS, que se piense en la posibilidad de su lesión. De esa manera, JAKOBS priva a todos los conceptos utilizados por la ley de su relación con la realidad psíquica o física, que estaba garantizada por el lenguaje vulgar y con motivo de determinados supuestos normativos, que yo ni siquiera considero concluyentes, les da a esos conceptos otro sentido sin consideración alguna a la realidad.

25. En la proposición funcional fundamental de la norma penal, entendida como prohibición que sanciona comportamientos intolerablemente peligrosos o lesivos para bienes jurídicos, ya sea de los particulares o de la sociedad, se designa el punto de partida normativo funcional, que se relaciona con la realidad y que en su función de limitación constituye una proposición no escrita de Derecho constitucional²⁰.

²⁰ Acerca de la rehabilitación del principio de protección de bienes jurídicos, por última vez, ROXIN, en HEFENDEHL (Comp.), *Empirische und dogmatische Fundamente, kriminalpolitischer Impetus*, 2005, pp. 135 y ss.

26. Esta, a su vez, sufre un proceso continuo de desnormativización a través de las descripciones del tipo penal por parte del legislador y de su interpretación por parte de la jurisprudencia dirigida por la ciencia.

Comentarios a los Nrs. del 25 al 26: El enfoque normativo funcional o, como también se puede decir, el enfoque racionalizado de acuerdo a fines, no se debe referir, para la fundamentación del sistema de Derecho penal, al significado de una conducta para la validez del Derecho. Debe basarse, por el contrario, en los fines bien concretos del Derecho penal, es decir, en la evitación de lesiones o riesgos intolerables a bienes jurídicos, a través de la validez preventivo general de las normas. Ese principio fundamental tiene, a su vez, un aspecto liberal, esto es, de protección de la libertad del ciudadano, porque por medio de él se evita el uso abusivo del sistema de Derecho penal con objetivos meramente ideológicos.

27. Los (únicos) elementos básicos del sistema penal son el injusto y la culpabilidad, ambos en un sentido específicamente penal. Es decir, por un lado, una acción socialmente intolerable, lo cual fundamenta la necesidad de la intervención penal y, por el otro, una reprochabilidad personal cualificada, que legitima la aplicación del mal de la pena al autor. Por el contrario, la tipicidad es sólo una categoría heurística. Por lo tanto, en el debate sobre la “topografía” correcta sólo se puede sostener una estructura bipartita del delito, mientras que la estructura tripartita tradicional, imperante en la doctrina alemana, representa un tradicionalismo erróneo, desde el punto de vista lógico, similar al de la escuela de los elementos del sistema penal francés.

28. En este sistema se desarrollan los enunciados de contenido de los presupuestos de punibilidad y, a su vez, lo caracterizan. Tal como lo proclamó ROXIN ya hace 35 años²¹, no puede haber una oposición entre la Política criminal y el sistema de Derecho penal.

Comentarios a los Nrs. 27 al 28: La vuelta de los fines del Derecho penal a dos valores fundamentales, la dañosidad social del comportamiento y la reprochabilidad personal frente al autor individual, constituye, además, la colocación de las bases decisivas para una topografía bipartita del sistema de Derecho penal. Hoy la mayoría de los autores en Alemania y, como consecuencia de ello también en España y Latinoamérica, defiende la construcción tripartita de la teoría del delito. Esa estructura fue desarrollada por BELING hace más de cien años y diferencia entre tipo, antijuridicidad y culpabilidad. Pero eso es insostenible, desde el punto de vista lógico, porque la tipicidad es una categoría exclusivamente técnico-formal, mientras que los dos valores fundamentales están representados por la antijuridicidad y la culpabilidad. De esa manera, el quiebre lógico en un sistema del delito tripartito es apenas más pequeño que el de la teoría de los elementos del sistema francés. Es casi absurdo que aún se sostenga por parte de la doctrina mayoritaria la teoría tripartita de BELING, pues según BELING la tipicidad tiene una función absolutamente neutral, meramente formal, a la que recién se le agrega una función normativa en el nivel de la antijuridicidad. La doctrina generalmente reconocida en Alemania considera con la

²¹ ROXIN, *Kriminalpolitik und Strafrechtssystem*, 1ª ed., 1970.

imputación objetiva ya en el tipo el aspecto normativo. Sin embargo, esa diferencia entre tipicidad e injusto se reduce a un nivel meramente heurístico-técnico que establece un orden de verificación. Desde el punto de vista normativo, si una acción ya desde el principio no es dañina, porque no cumple los requisitos de la tipicidad o si ella está cubierta por una causa de justificación, no puede hacer ni la más mínima diferencia. Antes bien, incluso se puede predicar lo contrario. Una conducta justificada es, para el Derecho, aun menos relevante que una conducta atípica. Pues una conducta atípica puede, por lo menos, infringir las normas del Derecho civil o del Derecho público y ser, entonces, absolutamente antijurídica, aun cuando ella no alcance el nivel de dañosidad que requiere el Derecho penal. Por el contrario, una conducta justificada, según el principio de unidad del orden jurídico, es legal y, por ello, no es asocial ni siquiera en una dimensión embrionaria.

La consecuencia ineludible de esa construcción bipartita de la teoría del delito es la calificación de las causas de justificación como elementos negativos del tipo. De la que, a su vez, surge por lógica forzosa la teoría restringida de la culpabilidad. Según esta teoría el error sobre los presupuestos de una causa de justificación debe ser calificado como error de tipo y no como un error de prohibición, lo que de hecho es reconocido en Alemania por la opinión mayoritaria. Sólo la estructura bipartita del delito y la teoría de los elementos negativos del tipo ofrecen una fundamentación sistemática concluyente para ello. La fundamentación auxiliar que ha buscado la doctrina dominante en Alemania, sobre la base de la estructura tripartita de la teoría del delito, no puede ser hoy analizada críticamente en detalle. Se trata de un supuesto meramente *ad hoc* que, por ello, no alcanza ni las mínimas exigencias de una fundamentación científica.

A continuación se deben explicar las consecuencias que surgen de estas decisiones fundamentales con una serie de ejemplos.

29. Así, la teoría de la imputación objetiva²² es una consecuencia directa de la exigencia funcional que las normas penales deben ser aptas para la protección de bienes jurídicos.

Comentarios al Nr. 29: En los tiempos del naturalismo penal se suponía, erróneamente, que la causalidad entre la conducta de un autor y la lesión de un bien jurídico era suficiente, desde el punto de vista objetivo, para la fundamentación de la punibilidad. En verdad, la amenaza de pena que se dirige a aquellas acciones que representan un riesgo inaceptable para un bien jurídico, sólo tiene sentido en la medida que exactamente ese riesgo luego se realice en una lesión a ese bien. Para demostrar eso con un ejemplo que concierne a las exigencias de la relación entre la lesión de una norma de cuidado, y su fin de protección, y la lesión de un bien jurídico: cuando un médico omite, antes de la operación, realizar las investigaciones necesarias para saber si el paciente tiene tolerancia a la anestesia y el paciente luego muere a consecuencia de su uso, no se puede discutir ni la causalidad ni la culpa. Pero si su hipersensibilidad no era reconocible con anterioridad, sería errado imponer una sanción

²² Fundamental ROXIN, *Festschrift für Honig*, 1970, pp. 133 y ss.; hoy ROXIN, *Strafrecht Allgemeiner Teil I*, § 11/44 y ss.

por homicidio culposo. Pues, la norma de cuidado que indica chequear la tolerancia del paciente a la anestesia no hubiera tenido ninguna eficacia protectora frente a una intolerancia irreconocible. En el caso concreto, entonces, la norma era inapropiada para la protección del bien jurídico y, por ello, una sanción hubiera sido inútil.

30. El “dominio sobre el fundamento del resultado”, como estructura general de la autoría²³, limita, por ejemplo, la disgregación de la responsabilidad del superior en el Derecho penal internacional²⁴.

Comentarios al Nr. 30: Del fin general preventivo del Derecho penal se sigue, para el concepto de autoría, que se deben hacer responsables como autores a aquellas personas que toman la decisión determinante sobre el acaecimiento de la lesión de un bien jurídico. Esas personas son exactamente aquellas que efectivamente dominan el acontecimiento que se dirige a la lesión de un bien jurídico. La estructura general de la autoría consiste, por consiguiente, en el dominio sobre el fundamento del resultado, que, a su vez, puede existir de diferentes maneras. En el caso de los delitos de comisión, el autor puede ejercer con su propia conducta el dominio del acontecimiento, ya sea por medio de la utilización de un instrumento humano que sufra de algún defecto relevante o por medio de la división del trabajo en interacción con otros. En el caso de los delitos de omisión impropia, que, con toda razón, son equiparados a los delitos de comisión, el autor debe poseer ya desde antes el dominio efectivo del hecho, ya sea a causa del control sobre la fuente de peligro o a causa del dominio sobre el desamparo del bien jurídico. El que no hace volver a su perro que obedece al llamado de voz, cuando este muerde a otra persona, o el que no rescata a un niño, que él ha llevado de paseo, que ha caído en un precipicio cuando estaba gateando, domina el acontecimiento de la misma manera que aquel que azuza a su perro o que arroja al niño. En todos los casos existe el mismo dominio sobre el fundamento del resultado. También en los delitos especiales se trata del dominio efectivo sobre un determinado ámbito social. Por ejemplo, cuando un empleado del registro de la propiedad que controla uno de los libros tolera una falsa inscripción y, con ello, da lugar a una autorización falsa. Ese criterio del “dominio sobre el fundamento del resultado” también conduce naturalmente a la limitación de la imputación penal. Así, por ejemplo, desenmascara como falsa la responsabilidad demasiado extensa del superior en el Derecho internacional (mediante la extensión de los excesos, absolutamente incontrolables por el superior, de sus subordinados).

31. Los estrechos límites de un Derecho penal paternalista resultan no sólo del postulado de la autonomía de la persona, sino también de su ineptitud para proteger bienes jurídicos²⁵.

²³ SCHÜNEMANN, *Leipziger Kommentar*, 11^a ed., § 14 Rdn. 17; en breve, detalladamente, en la 12^a. ed., § 25 Rdn. 14 y 39 y ss.

²⁴ Una exposición excelente en AMBOS, nota 2, pp. 150 y ss.

²⁵ Pues, quien está dispuesto a dañarse a sí mismo, apenas puede ser impedido de ello a través de la amenaza de pena (a lo sumo a través de un sistema de Estado policiaco que abarque todo, como ya existe probablemente en el área de los estupefacientes).

Comentarios al Nr. 31: La tendencia del legislador moderno de querer establecer un Derecho penal paternalista, donde el autor es protegido de sí mismo, constituye otro ejemplo particularmente instructivo. Al respecto hay una intensa discusión sobre el fundamento y los límites de la autonomía de la persona. La consideración de que el candidato a un suicidio no puede ser en absoluto impedido de su realización por la amenaza de la pena ya es, sin embargo, decisiva. El Derecho penal paternalista no reúne, entonces, en muchos casos, por su inidoneidad para la protección de bienes jurídicos, los requisitos mínimos del Derecho penal y, por ello, ya es ilusorio por razones constitucionales.

32. La negación de una exculpación en caso de una ebriedad que afecte la capacidad de imputación, se halla radicada en un pensamiento arcaico que se ha puesto nuevamente en boga. Esa exculpación se desvirtúa si, además, se toma en cuenta la falta de funcionalidad de tales violaciones del principio de culpabilidad²⁶.

Comentarios al Nr. 32: En el Derecho inglés, como es sabido, se rechaza en casi todos los casos una exculpación o una disminución de la culpabilidad a causa de la influencia del alcohol. En esa dirección se mueve también la jurisprudencia alemana en la actualidad. Pero, cuando se finge que alguien que tiene su capacidad de inhibición considerablemente disminuida, tiene capacidad absoluta de culpabilidad, se atenta contra el principio de culpabilidad. Por eso, los límites de la imputación penal son fijados aquí por la figura jurídica de la *actio libera in causa*, mientras el opuesto modelo inglés castiga un acontecimiento casual, lo que es, desde el punto de vista normativo, completamente inútil.

33. En un Derecho penal diferenciado del Derecho civil que se basa en la naturaleza categórica de la norma de prohibición, no puede haber acuerdos procesales (que no son legitimables de ninguna manera por un pseudo-consenso²⁷) tampoco en interés de la economía procesal. Sólo puede haber, por el contrario, una sustitución del juicio oral por el resultado de una instrucción ampliamente equilibrada y apropiada para hallar la verdad material, que sea aceptada por todos como correcta²⁸, sin excluir conclusiones sumarias en cuestiones de bagatela.

Comentarios al Nr. 33: Como último ejemplo de la fecundidad de un sistema de Derecho penal consecuentemente desarrollado, pueden servir los acuerdos ya nombrados en varias oportunidades. Desde la perspectiva preventivo general, no tiene sentido alguno que ese tipo de procedimientos, que no estaban en absoluto comprendidos por la norma penal y que tampoco eran dominables, conduzcan, sin embargo, por medio de una ficción lograda en el marco de un acuerdo procesal, a la sanción. Por eso, aún se debe estar aferrado a la verdad

²⁶ Pues, más allá de la *actio libera in causa*, en Alemania es inútil combatir el efecto comunicativo del abuso de alcohol por medio del establecimiento de ejemplos individuales.

²⁷ Correcto LIEN, Lie, "Analytische Untersuchung der Ursachen des andauernden Streits um Absprachen : Kritik an den bisherigen Legitimationsmodellen der Absprachen aus sprachanalytischer Sicht", GA (3), 2006, pp. 129-147; en contra JAHN, GA, 2004, pp. 272 y ss.

²⁸ Más detallado SCHÜNEMANN, *Gedächtnisschrift für Vogler*, 2004, p. 81 y ss.; SCHÜNEMANN, *StraFo*, 2004, pp. 293 y ss..

material como fundamento de proceso penal. La sentencia basada en un acuerdo solo se puede legitimar en los casos en los que, con motivo de un proceso de investigación preparatoria equilibrado, es decir, proveído de Derechos suficientes para la defensa, se hayan logrado garantías suficientes para el pronunciamiento de una condena de una situación jurídica y de hecho real. Indirectamente, entonces, el sistema de Derecho penal surte efectos en la formación de Derecho procesal penal.

2. Listado de sentencias citadas

432 U.S. 197, 97 SCt. 2319 (1977)

Großen Senat, (NJW 2005, 1440, 1443)

3. Bibliografía citada

ALBRECHT, Peter Alexis, “«Krieg gegen den Terror»: Konsequenzen für ein rechtsstaatliches Strafrecht”, *ZStW* (117), 2005, pp. 852-864.

AMBOS, Kai, *Internationales Strafrecht*, München 2006.

CLARKSON/KEATING, *Criminal Law*, 3ª ed., London 1994.

DUBBER, Markus D., *Einführung in das US-amerikanische Strafrecht*, München 2005.

- *Criminal Law – Model Penal Code*, New York 2002.

DUBBER/KELMAN, *American Criminal Law*, New York 2005.

EASTERBROOK, “Criminal Procedure as a Market System”, *Journal of Legal Studies* (12), 1983, pp. 289-332.

GÖSSEL, Karl Heinz, “Widerrede zum Feindstrafrecht : über Menschen, Individuen und Rechtspersonen”, en *Festschrift für Friedrich-Christian Schroeder*, Heidelberg 2006, pp. 33-50.

GRECO, Luís, “Über das so genannte Feindstrafrecht”, *GA* (2), 2006, pp. 96-113.

HÖRNLE, Tatjana, “Deskriptive und normative Dimensionen des Begriffs «Feindstrafrecht»”, *GA* (2), 2006, pp. 80-95.

JAHN, Matthias, “Zurück in die Zukunft – Die Diskurstheorie des Rechts als Paradigma des neuen konsensualen Strafverfahrens”, *GA* (5), 2004, pp. 272-287.

JAKOBS, Günter, *ZStW* (117), 2005, pp. 839 y ss.

JONES/CHRISTIE, *Criminal Law*, Edinburgh 1992.

KANT, Immanuel, *Die Metaphysik der Sitten*, 2^a ed., 1798.

LEIGH, L. H., *Strict and vicarious liability*, London 1982.

LEONARD, Gerald, "Towards a Legal History of American Criminal Theory: Culter and Doctrine from Blackstone to the Model Penal Code", *Buffalo Criminal Law Review* (6), 2003, pp. 691-832.

LIEN, Lie, "Analytische Untersuchung der Ursachen des andauernden Streits um Absprachen : Kritik an den bisherigen Legitimationsmodellen der Absprachen aus sprachanalytischer Sicht", *GA* (3), 2006, pp. 129-147.

ROBERT, en *Revue de science criminelle*, 1977.

ROXIN, Claus, *Strafrecht Allgemeiner Teil I*, 4^a ed., München 2006.

- en HEFENDEHL (Comp.), *Empirische und dogmatische Fundamente, kriminalpolitischer Impetus*, München 2005, pp. 135 y ss.

- *Kriminalpolitik und Strafrechtssystem*, 1^a ed., Berlin 1970.

- *Festschrift für Richard M. Honig*, Göttingen 1970, pp. 133 y ss.

SATZGER, *Internationales und Europäisches Strafrecht*, Baden-Baden 2005.

SCHÜNEMANN, Bernd, "Globalisierung als Metamorphose oder Apokalypse des Rechts?" en JOERDEN/WITTMANN (Comp.), *Recht und Politik*, ARSP-Beiheft (93), 2004, pp. 133-156.

- "Feindstrafrecht ist kein Strafrechten" en *Festschrift für Kay Nehm*, Berlin 2006, pp. 175-183.

- en "Strafrechtsdogmatik als Wissenschaft" en *Festschrift für Claus Roxin*, Berlin 2001, pp. 1, 2 y ss.

- en "Zum gegenwärtigen Stand der Lehre von der Strafrechtsschuld", en *Festschrift für Ernst-Joachim Lampe*, Berlin 2003, pp. 537, 540 y ss.

- *Wetterzeichen vom Untergang der deutschen Rechtskultur*, Berlin 2005.

- "Fortschritte und Fehlritte in der Europäisierung der Strafrechtspflege", *GA*, 2004, pp. 193-209.
 - "La relación entre ontologismo y normativismo en la dogmática jurídico-penal", en AA.VV., *Modernas tendencias en la ciencia del Derecho penal y en la criminología*, Madrid 2001, p. 643 y ss.
 - "Das Strafrecht im Zeichen der Globalisierung", *GA*, 2003, pp. 299-313.
 - en MORENO HERNÁNDEZ (editor), *Globalización e internacionalización del derecho penal*, Mexico 2003, pp. 115 y ss.
 - en *Gedächtnisschrift für TheoVogler*, Heidelberg 2004, p. 81 y ss.
 - "Ein Linsengericht zum Tausch für den Strafprozeß von 1877?", *StraFo*, 2004, pp. 293-295.
 - en JÄHNKE/LAUFHÜTTE/ODERSKY (dir.), *Leipziger Kommentar*, 11^a ed. y 12^a ed., Berlin.
- SMITH/HOGAN, *Criminal Law*, 7^a ed., London 1992.
- VOGEL, Joachim, "Elemente der Straftat: Bemerkungen zur französischen Straftatlehre und zur Straftatlehre des common law", *GA* (3), 1998, pp. 127-150.
- WHITEBREAD/SLOBOGIN, *Criminal Procedure*, 3^a ed., New York 1993.