

¿Pena o combate de peligros?

Los principios del derecho internacional penal alemán ante el foro de la teoría de la pena

Michael Pawlik

Universität Regensburg

*Abstract**

Der vorliegende Aufsatz bietet eine kritische Revision der Grundlage der sog. Prinzipien des Internationalen Strafrechts, die das deutsche Recht anerkennt. Dazu wird ein Gegensatz zwischen zwei Begründungsstrategien dargestellt, nämlich zwischen derjenige einerseits, die sich an den präventionstheoretischen Gedanken des Rechtsgüterschutzes orientiert, und derjenige andererseits, die sich an eine vergeltungstheoretische Begründung eines an den Staatsbürger gerichteten Strafvorwurfs orientiert. Bei der Verteidigung dieser letzten Konzeption lautet die Hauptthese nun: Die Prinzipien des Internationalen Strafrechts lassen sich als Maßstäbe für die räumlichen Voraussetzungen verstehen, von denen der spezifisch strafrechtliche Unrechtscharakter des Täterverhaltens abhängt. Daher sind die Prinzipien des Internationalen Strafrechts nicht bloß als Beschränkungen der innerstaatlichen Straf Gewalt, sondern vielmehr als Geltungsbedingungen der entsprechenden Verhaltensnormen anzusehen.

The present paper analyzes the grounds underlying criminal extraterritoriality in German law. It confronts two rival theories of criminal law foundations. Against a vision centered on the idea that criminal law intends to guard legally protected interests, which cannot explain the limitations to extraterritorial prosecution, the paper exposes an analysis centered on a retributive theory of criminal punishment. The principles of extraterritoriality are treated under this point of view as territorial conditions for the characterization of an action as a crime. Only in those cases in which a specific relationship between author and State is forehanded, is it possible to speak of non-fulfillment of a criminal obligation. The principles of extraterritoriality cannot be therefore simply considered limitations to the jurisdiction of a State. Their real nature would be that of parts of criminal behavior norms.

El presente artículo lleva a cabo un análisis de los fundamentos que subyacen a los principios del derecho internacional penal alemán. A una visión centrada en el paradigma de la protección de bienes jurídicos, que no puede dar cuenta de las limitaciones al ámbito de acción espacial de la potestad punitiva del Estado, el artículo contrapone una lectura de dichos principios centrada en una teoría de la pena retributiva: los principios del derecho internacional penal establecerían las condiciones espaciales que deben cumplirse para que el Estado pueda reclamar la existencia de una relación entre el autor y el Estado que permita caracterizar acciones delictivas del primero como incumplimiento de una obligación para con el Estado en cuestión. Con ello, los principios del derecho internacional penal no serían simples limitaciones a la capacidad de ejercicio de la jurisdicción penal por parte del Estado, sino parte de las normas de comportamiento penales.

Stichwörter: Internationalen Strafrecht; Territorialprinzip; passive Personalitätsprinzip; aktive Personalitätsprinzip; Schutzprinzip; Prinzip der stellvertretenden Strafrechtspflege; Schutzprinzip; Weltrechtsprinzip; Ubiquitätsgrundsatz; Rechtsgüterschutz; Theorie der Vergeltung; Souveränität; internationale Solidarität; Völkerstrafrecht.

* Título original en alemán „Strafe oder Gefahrenbekämpfung? Die Prinzipien des deutschen Internationalen Strafrechts vor dem Forum der Straftheorie“, publicado en *Zeitschrift für International Strafrechtsdogmatik* (ZIS) 7/2006. Traducción de Javier Wilenmann.

Keywords: Criminal extraterritoriality; territorial principle; nationality principle; passive personality principle; protection principle; universality principle; legally protected interests; retribution theory; sovereignty; international solidarity; international criminal law.

Palabras claves: Derecho internacional penal; extraterritorialidad penal; principio de territorialidad; principio de personalidad activa; principio de personalidad activa; principio de representación en el ejercicio de la jurisdicción; principio de universalidad; principio de protección; principio de ubicuidad; soberanía; protección de bienes jurídicos; teoría de la retribución; solidaridad internacional; derecho penal internacional.

Titel: Strafe oder Gefahrenbekämpfung? Die Prinzipien des deutschen Internationalen Strafrechts vor dem Forum der Straftheorie

Title: Punishment or protection against danger? The German extraterritoriality principles judged by the theory of punishment.

I. En un artículo publicado en el año 1942, Horst SCHRÖDER se quejaba de que el derecho internacional penal¹ constituiría “un terreno muy despectivamente tratado”². Sin tomar en consideración una serie de importantes publicaciones, de las cuales algunas de las más relevantes provienen de la pluma de nuestro homenajeado Friedrich-Christian SCHRÖDER³, esa descripción resulta completamente aplicable a la situación actual.

En primer lugar, no es inusual descubrir que existe conformidad con la idea de que los principios del derecho internacional penal reconocidos en los parágrafos 3 a 7 del StGB, reflejarían en su fundamentación una serie de puntos de vista completamente heterogéneos: “la conservación del orden público interno del Estado; el vínculo que el ordenamiento jurídico nacional mantiene con sus ciudadanos en el extranjero; la protección de los bienes jurídicos internos; la solidaridad en el combate a la delincuencia como tarea común de la humanidad; la ausencia de vacíos del poder punitivo dentro y fuera de las fronteras del Estado; la mayor justicia posible en el manejo de los casos individuales”⁴. Una

¹ Esta forma de designación (derecho internacional penal) se encuentra largamente asentada y será utilizada por ello en este artículo. El paralelo al que conduce respecto del derecho internacional privado, sin embargo, puede llevar a errores: los parágrafos 3 al 7 del StGB no tienen por objeto solucionar eventuales colisiones de normas de derecho penal alemanas con normas de otros ordenamientos jurídicos. Más que eso, dichas disposiciones determinan el ámbito de validez y de aplicabilidad que el ordenamiento jurídico penal alemán unilateralmente se atribuye. Al respecto AMBOS, en JOECKS/MIEBACH (eds.), *Münchener Kommentar zum Strafgesetzbuch*, t. 1, 2003, § 3 a 7 nm. 1; ESER, «Die Entwicklung des Internationalen Strafrechts im Lichte des Werkes von Hans-Heinrich Jescheck», en VOGLER (ed.), *Festschrift für Hans Heinrich Jescheck*, t. II, 1985, p. 1359.

² SCHRÖDER, «Die Teilnahme im internationalen Strafrecht», *ZStW*, (61), 1942, p. 59.

³ En especial, F.C. SCHROEDER, «Der „räumliche Geltungsbereich“ der Strafgesetze», *GA*, 1968, pp. 353 y ss. Así también, EL MISMO, «Schranken für den räumlichen Geltungsbereich des Strafrechts», *NJW* 1969, pp. 81 y ss.

⁴ JESCHECK/WEIGEND, *Lehrbuch des Strafrechts (Allgemeiner Teil)*, 5ª ed., 1996, § 18 I 5, p. 166. Igualmente GRIBBOHM, en JÄHNKE ET AL, *Leipziger Kommentar zum Strafgesetzbuch*, t. 1, 11ª ed., 2003, § 3 nm. 125; LEMKE, en KINDHÄUSER ET AL, *Nomos Kommentar zum Strafgesetzbuch*, t. 1, 2ª ed., 2005, § 3-7, nm. 7. Por ello, sólo puede ser considerada consecuencia la afirmación hecha por JESCHECK en otro contexto respecto a que los “principios” no derivarían de ninguna cuestión fundamental, sino que serían simples abreviaciones de las formas de enlace que resultan posibles en el derecho internacional penal, JESCHECK, *Niederschriften der Großen Strafrechtskommission*, v. 4, 1958, p. 12; EL MISMO, *Strafrecht im Dienste der Gemeinschaft*, 1980, p. 525, n. 26. Igualmente HENRICH, *Das passive Personalitätsprinzip im deutschen Strafrecht*, 1994, p. 26.

“yuxtaposición de así denominados principios que entre sí no resultan conciliables”⁵ contrastaría ostensiblemente con la ambición de sistematización que la ciencia del derecho penal exhibe en otras áreas de la Parte General.⁶

Una segunda marca de la actual discusión sobre las bases del derecho internacional penal ha sido descrita por Friedrich-Christian SCHROEDER: el problema de los límites del ámbito de validez del derecho penal, como él constató, estaría “predominantemente enfocado desde el punto de vista del derecho internacional público”⁷. Mientras HÄLSCHNER había constatado antes que la literatura de derecho internacional público, al tratar la pregunta por el ámbito de validez de los ordenamientos jurídicos penales domésticos, se planteaba la cuestión desde el punto de vista casi exclusivo de los penalistas y que “se ha preocupado mucho menos de su propio punto de vista de lo que podría esperarse”⁸, la cuestión se da hoy en día completamente a la inversa: las reflexiones planteadas desde el punto de vista penal son las que hoy se ven desplazadas⁹. Proceder de esta forma implica de cierta forma limitar las necesidades de fundamentación a la mitad. La compatibilidad de un ordenamiento jurídico con el derecho internacional público ciertamente permite legitimar la injerencia de las normas penales en el contexto de los reclamos de soberanía de otros Estados, ¿pero cómo se comportan éstas respecto del imputado, a cuyo respecto el ejercicio de la violencia penal es “primaria y directamente palpable”¹⁰? El hecho de que la aplicación

⁵ BREMER, GS, (17), 1865, p. 420.

⁶ Esta es una conocida crítica de antaño. En la literatura del siglo XIX, compárese con KÖSTLIN, *System des deutschen Strafrecht*, 1855, p. 41, quien designaba a las reglas entonces vigentes como “un verdadero terreno de competencia de los principios”, así como con v. MOHL, *Staatsrecht, Völkerrecht und Politik*, t. 1, 1860, p. 742. De la primera mitad del siglo XX: KOHLER, *Internationales Strafrecht*, 1917, p. 68; WEGNER, «Über den Geltungsbereich des staatlichen Strafrechts», en HEGLER (ed.), *Festgabe für Reinhard v. Frank*, t. I, 1930, p. 127; MAURACH, *DStR*, 1938, p. 6; SCHRÖDER, *ZStW*, (61), 1942, p. 57, nota 2. En publicaciones más recientes, VOGLER, «Entwicklungstendenzen im internationalen Strafrecht unter Berücksichtigung der Konvention des Europarats», en SCHRÖDE/ZIPF (eds.), *Festschrift für Reinhardt Maurach*, 1972, p. 596; ZIEHER, *Das sog. Internationale Strafrecht nach der Reform*, 1977, p. 75; NEUMANN, «Normtheoretische Aspekte der Irrtumsproblematik im Bereich des „Internationalen Strafrechts“», en BRITZ ET AL, *Grundfragen staatlichen Strafs (Festschrift für Heinz Müller – Dietz)*, 2001, p. 590.

⁷ F.-C. SCHROEDER, *NJW*, 1969, p. 81.

⁸ HÄLSCHNER, *System des Preussischen Strafrechts*, v. 2, 1858, p. 54.

⁹ De forma ejemplar, LAGODNY, «Grundkonstellationen des internationalen Strafrechts», *ZStW*, (101), 1989, p. 1005: “la función de los principios consiste en concretar una norma (no interna) de derecho internacional público, de acuerdo a la cual la ausencia de una relación objetiva de interés prohíbe sancionar penalmente ciertas acciones llevadas a cabo en determinados lugares”. Objetivamente concordante HENRICH (n. 4), p. 22: los principios serían “orientadores para el legislador, el que en la prolongación de su derecho penal hacia acciones que tienen conexión con el extranjero no querría arriesgar la imposición de un reproche del derecho internacional público”. – Una panorámica concisa sobre la situación actual de la discusión de derecho internacional público la entrega AMBOS, en JOECKS/MIEBACH (eds.), *Münchener Kommentar zum Strafgesetzbuch*, t. 1, 2003, §§ 3-7, nm. 17 y ss.

¹⁰ Acertadamente WALTHER, «Terra Incognita: Wird staatliche internationale Strafgewalt den Menschen gerecht?», en ARNOLD ET AL, *Menschengerechtes Strafrecht (Festschrift für Albin Eser)*, 2005, p. 933. De modo ejemplar: el principio de territorialidad es utilizado de acuerdo a bases de derecho internacional público (JAKOBS, *Strafrecht Allgemeiner Teil*, 2ª ed., 1991, 5/7; JESCHECK/WEIGEND, *AT*, 5ª ed., 1996, § 18 II 1, p. 167; KÖHLER, *Strafrecht Allgemeiner Teil*, 1997, p. 102; OEHLER, *Internationales Strafrecht*, 2ª ed., 1983, nm. 125 y 152; STRATENWERTH/KUHLEN, *Strafrecht Allgemeiner Teil*, 5ª ed., 2004, § 4, nm. 3; GERMANN, *SchZStrR*, (69), 1954, p. 237; JUNG, «Die Inlandsteilnahme an ausländischer strafloser Haupttat», *JZ*, (10), 1979, p. 328; MERKEL, «Universale Jurisdiktion bei völkerrechtlichen Verbrechen- Zugleich ein Beitrag zur Kritik des § 6 StGB», en LÜDERSSEN (ed.), *Aufgeklärte Kriminalpolitik oder Kampf gegen das Böse?*, t. III, 1998, p. 260. Esta derivación no es aquí en ningún caso contradictoria, pero su fuerza de fundamentación es limitada. Ciertamente, dentro de los límites reconocidos del derecho internacional público (al respecto IPSEN,

de las disposiciones del derecho internacional penal no plantee reparos desde el punto de vista del derecho internacional público, no significa que esta aplicación se deje *eo ipso* integrar en la estructura de valoración jurídico penal vigente. Si eso es así o no, es una cuestión que de esta forma apenas se investiga.

Las reflexiones que planteo en este artículo pretenden contribuir a subsanar este déficit. Con este fin, dos sistemas contrapuestos de fundamentación y sistematización penal son expuestos y analizados. Ambos recurren a formas de fundamentación básicas del derecho penal. La primera concepción combina la teoría de la protección de bienes jurídicos, como fin primario del derecho penal, con categorías derivadas del concepto de soberanía estatal y con la idea de solidaridad internacional (II.1). Esta forma de plantear la cuestión resulta, sin embargo, deficiente en varios aspectos. La referencia a la idea de solidaridad entre Estados fracasa ampliamente (II.2). Ante todo, sin embargo, esta forma de fundamentación no entrega ninguna respuesta convincente a la pregunta de por qué el imputado debe soportar el castigo que se le impone. Esto es, del hecho de que a un portador de bienes jurídicos le interese la subsistencia inmaculada de éstos, no se deriva que sea legítimo imponer una obligación a otra persona de que su comportamiento deba tener en consideración ese interés (II.3). La segunda concepción, aquí defendida, busca dar cuenta de este hallazgo por la vía de analizar los principios del derecho internacional penal desde el punto de vista de la teoría de la pena. En el centro de esta concepción se encuentra una pregunta que a primera vista puede sorprender: ¿permiten fundamentar los principios codificados en los parágrafos 3 a 7 del StGB una relación tan intensa entre el imputado y el ordenamiento jurídico en cuestión, de forma tal que el comportamiento del primero pueda ser designado como delictivo por el segundo y, de esta forma, que la reacción coercitiva del Estado pueda ser considerada una pena (III.1.)? Aquí será demostrado que esto sólo es el caso del principio de territorialidad y del principio de personalidad activa. En el caso del principio de representación en el ejercicio de la jurisdicción penal, puede reconocerse también una relación entre el imputado y la comunidad jurídica extranjera a la cual el ordenamiento jurídico local le presta su ayuda (II.2). En los casos restantes, en los que formalmente el derecho penal alemán reclama validez, no puede, en cambio, hablarse de la realización de un injusto en sentido material. En vez de castigar una infracción del deber de un ciudadano de contribuir al mantenimiento de un orden existente de libertad, se trataría o bien de la protección frente a peligros para el ordenamiento jurídico o de una contribución a la producción de un mejor ordenamiento futuro (III.3.).

II. De acuerdo a una opinión dominante, el derecho penal tendría por misión servir a la protección de bienes jurídicos¹¹. La representación del derecho penal como una forma de

Völkerrecht, 5ª ed., 2004, § 23 nm. 68, pp. 74 y ss., 84, § 60 nm. 7 y ss.) cada Estado puede reclamar que los límites de su soberanía sean respetados. Las potestades penales respecto de los individuos particulares –en particular la potestad de imponer la pena– no se dejan, sin embargo, legitimar desde este punto de vista. No es la soberanía estatal en tanto tal, sino lo que el Estado soberano presta –construcción y mantenimiento de una estructura societaria que permite la libertad– lo que otorga al Estado la legitimación pretendida respecto de las personas a quienes impone su coacción (de la misma forma recientemente HOYER, «Internationaler Strafgerichtshof und nationalstaatliche Souveränität», GA, 2004, p. 329).

¹¹ JESCHECK/WEIGEND, AT, 5ª ed., 1996, § 1 III 1, p. 7; KINDHÄUSER, *Strafrecht Allgemeiner Teil*, 2005, § 2, nm. 6; OTTO, *Grundkurs Strafrecht (Allgemeine Strafrechtslehre)*, 7ª ed., 2004, § 1 Rn. 22; ROXIN, *Strafrecht*

protección de bienes jurídicos necesariamente lleva a la conclusión de que “el principio de los principios” del derecho internacional penal debe ser alguna forma de “principio de protección”¹². ¿Qué contornos personales y especiales debiera tener esta protección? La mayor parte de las veces, se advierte en la literatura que la idea de protección de bienes jurídicos es deficitaria en cuanto a su potencial de auto-limitación. La idea que el derecho penal sirve a la protección de bienes jurídicos “seduce a creer que puede ser legitimado todo aquello que pueda ser asociado con el concepto de bien jurídico”¹³. No sólo en la política jurídica esto ha favorecido la tendencia, hace tiempo observable, de afirmar la punibilidad ya en el estadio previo a la puesta en peligro o a la lesión de bienes jurídicos concretos: mientras antes produzca efectos una prohibición, más efectiva sería la protección de bienes jurídicos a la que sirve¹⁴. También en lo relativo al ámbito de validez del propio ordenamiento jurídico, esta idea sugiere una estrategia expansiva¹⁵. BINDING conceptualizó esta relación: “si el legislador prohíbe toda lesión y toda puesta en peligro de bienes jurídicos determinados, sin importar quién la realice y desde dónde se realice, y permite así que todo ataque sea castigable, entonces el legislador le otorgaría a estos bienes jurídicos la mayor protección que es posible otorgar a través de la ley”¹⁶. Siguiendo esta lógica, los bienes extranjeros ameritarían el mismo grado de protección que los bienes internos: “los objetos de protección jurídicos que se encuentran en el extranjero y aquellos que se encuentran dentro del territorio no se diferencian en su valor, por lo que su menoscabo expresa exactamente el mismo disvalor”¹⁷.

Un derecho penal orientado consecuentemente a la tarea de protección de bienes jurídicos puede por lo tanto reconocer como verdaderamente fundado sólo *un* principio de derecho internacional penal: un principio de universalidad¹⁸. “La mejor protección posible de todo aquello que merezca protección”¹⁹: esta es la máxima que debiera corresponder a un derecho penal de esta clase. Las implicancias que ello tiene en materia de teoría de las normas han sido expuestas por Horst SCHRÖDER. El derecho penal alemán sería “universal

Allgemeiner Teil, v. I, 3ª ed., 1997, § 2, nm. 1 y ss.; RUDOLPHI, en EL MISMO ET AL., *Systematischer Kommentar zum Strafgesetzbuch*, 6ª ed., 26ª reimp., 1997, § 1, nm. 2; WEBER, en BAUMANN/WEBER/MITSCH, *Strafrecht Allgemeiner Teil*, 11ª ed., 2003, § 3, nm. 10 y ss.; WESSELS/BEULKE, *Strafrecht Allgemeiner Teil*, 35ª ed., 2005, nm. 6.

¹² Acertadamente SCHRÖDER, *ZStW*, (61), 1942, pp. 57 y ss., n. 2. De la misma forma, MAURACH, *DStR*, 1938, 6, pp. 9 y ss.; ZIPF, en MAURACH/ZIPF, *Strafrecht Allgemeiner Teil*, t. I, 8ª ed., 1992, § 11, nm. 5. Para una conexión histórico dogmática entre el principio de protección del derecho internacional penal y la idea de protección de bienes jurídicos, instructivo GRANITZA, *Die Dogmengeschichte des Internationalen Strafrechts seit Beginn des 19. Jahrhunderts*, 1961, pp. 69 y ss.

¹³ JAKOBS, «Kriminalisierung im Vorfeld einer Rechtsgutsverletzung», *ZStW*, (97), 1985, p. 752.

¹⁴ JAKOBS, «Was schützt das Strafrecht: Rechtsguter oder Normgeltung?», en SHIBASHI (ed.), *Festschrift für Seiji Saito*, 2003, p. 770.

¹⁵ Acertadamente ZIEHER, *Das sog. Internationale Strafrecht nach der Reform*, 1977, p. 90.

¹⁶ BINDING, *Handbuch des Strafrechts*, v. I, 1885, p. 386.

¹⁷ HOYER, en RUDOLPHI ET AL., *Systematischer Kommentar zum Strafgesetzbuch*, 6ª ed., 26ª reimp., 1997, § 9, nm. 3. Objetivamente concordante HENRICH, *Das passive Personalitätsprinzip im deutschen Strafrecht*, 1994, p. 156: el derecho penal alemán ciertamente se abstendría de llevar a cabo una evaluación del comportamiento del autor cuando la posibilidad de coacción penal alemana no comprende al hecho extranjero. „La medida del injusto cometido por el autor es completamente independiente, sin embargo, de esta auto-contención del derecho penal alemán“.

¹⁸ La afinidad de la aproximación de BINDING al principio de universalidad ya había sido enfatizada por MAURACH, *DStR*, 1938, p. 11.

¹⁹ SCHRÖDER, *ZStW*, (61), 1942, p. 58 nota 2.

desde el punto de vista de la norma de comportamiento". Los párrafos 3 y siguientes del StGB no harían referencia "a todo el ámbito de validez del derecho penal alemán, sino sólo al ámbito en que el imperio (*Reich*) alemán se dota de competencia"²⁰. En otras palabras: el derecho penal sería, desde el punto de vista de los estándares de comportamiento que formula, un derecho universal (mundial)²¹. Las reglas de los párrafos 3 y siguientes solamente afectarían la extensión de las normas de sanción²².

La idea de una potencial validez universal del derecho penal alemán es ya apenas defendido expresamente en la actualidad²³. De forma latente, sin embargo, ésta sigue siendo tan difundida hoy como antes²⁴. La aplicabilidad del derecho penal alemán de acuerdo a los párrafos 3 y siguientes del StGB es predominantemente calificada como un presupuesto objetivo de la punibilidad que sería completamente neutral respecto de la calificación del injusto²⁵. El que un hecho constituya un injusto sería completamente independiente de su perseguibilidad conforme a los párrafos 3 y siguientes del StGB. Sólo sería relevante, en cambio, que los elementos de alguno de los tipos de la Parte Especial hayan sido realizados. Ello implicaría que las exigencias de comportamiento que subyacen a los tipos penales, y cuyo incumplimiento justifica la imposición del castigo, se orientarían a *todas* las personas abarcadas por el texto de la disposición típica, con independencia de la existencia de una relación personal o espacial entre el imputado y el ordenamiento jurídico alemán. Como las normas de comportamiento jurídico penales tendrían validez universal, sólo sería posible entender que la función de los párrafos 3 y siguientes del StGB sería limitar las facultades de persecución penal por parte de los tribunales alemanes²⁶.

²⁰ SCHRÖDER, *ZStW*, (61), 1942, pp. 94 y ss.

²¹ Obviamente en base a esta concepción también es necesario limitar sin más a ciertos bienes jurídicos internos (al respecto AMBOS, en JOECKS/MIEBACH (eds.), *Münchener Kommentar zum Strafgesetzbuch*, t. 1, 2003, §§ 3-7 nm. 81 y ss.; ESER, «Das "internationale Strafrecht" in der Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs», en ROXIN/WIDMAIER (eds.), *50 Jahre Bundesgerichtshof*, v. IV, 2000, pp. 8 y ss.; LÜTTGER, «Bemerkungen zu Methodik und Dogmatik des Strafschutzes für nichtdeutsche öffentliche Rechtsgüter», en VOGLER (ed.), *Festschrift für Hans-Heinrich Jescheck*, t. 1, 1985, pp. 121 y ss. La constatación arriba formulada se refiere a aquellos tipos respecto de los cuales no sea aplicable una limitación de este tipo.

²² Más cercano a este modelo, F.-C. SCHROEDER, *GA*, 1968, pp. 353 y ss.

²³ Una excepción la constituye abiertamente HOYER, en RUDOLPHI ET AL, *Systematischer Kommentar zum Strafgesetzbuch*, 6ª ed., 26ª reimp., 1997, § 3, nm. 4, quien caracteriza a los §§ 3-7 StGB como meta-normas que limitan el ámbito de validez del derecho penal alemán. - Explícitamente hostil a la idea de un "derecho penal universal", en cambio, OEHLER, *Internationales Strafrecht*, 2ª ed., 1983, nm. 114; VOGLER, «Geltungsanspruch und Geltungsbereich der Strafgesetze», en OEHLER/PÖTZ (eds.), *Aktuelle Probleme des Internationalen Strafrechts (Festgabe für Heinrich Grütznert)*, 1970, p. 155; ZIEHER, *Das sog. Internationale Strafrecht nach der Reform*, 1977, pp. 35 y ss.

²⁴ Las consideraciones que siguen continúan el análisis efectuado por NEUMANN, en BRITZ ET AL, *Grundfragen staatlichen Strafens (Festschrift für Heinz Müller - Dietz)*, 2001, pp. 601 y ss.

²⁵ AMBOS, en JOECKS/MIEBACH (eds.), *Münchener Kommentar zum Strafgesetzbuch*, t. 1, 2003, §§ 3-7, nm. 3; ESER, en SCHÖNKE/SCHRÖDER, *Strafgesetzbuch*, 26ª ed., 2001, §§ 3-7, nm. 61; FISCHER, en TRÖNDLE/FISCHER, *Strafgesetzbuch und Nebengesetze*, 52ª ed., 2004, §§ 3-7, nm. 20; GRIBBOHM, en JÄHNKE ET AL, *Leipziger Kommentar zum Strafgesetzbuch*, t. 1, 11ª ed., 2003, § 3, nm. 415; HENRICH, *Das passive Personalitätsprinzip im deutschen Strafrecht*, 1994, p. 156; JESCHECK/WEIGEND, *AT*, 5ª ed., 1996, § 18 V, p. 180; JESCHECK, *Strafrecht im Dienste der Gemeinschaft*, 1980, p. 542; SCHOLTEN, *Das Erfordernis der Tatortstrafbarkeit in § 7 StGB*, 1995, pp. 89 y ss. La clasificación se remonta a BELING, *Die Lehre vom Verbrechen*, 1906, p. 102 y ss.

²⁶ AMBOS, en JOECKS/MIEBACH (eds.), *Münchener Kommentar zum Strafgesetzbuch*, t. 1, 2003, §§ 3-7, nm. 3 y ESER, en SCHÖNKE/SCHRÖDER, *Strafgesetzbuch*, 26ª ed., 2001, §§ 3-7, nm. 1 niegan esta correlación de teoría de las normas por medio de una interpretación que ciertamente les atribuye a las reglas del derecho

Así, la tendencia entre los representantes del paradigma de la protección de bienes jurídicos es sólo intentar dar cuenta de las limitaciones establecidas en los parágrafos 3 y siguientes del StGB a la posibilidad de aplicación universal del derecho penal alemán desde el punto de vista de consideraciones de derecho internacional público, las que, por más significativas que sean para este punto de vista, son completamente externas a la idea de protección de bienes jurídicos²⁷. En este contexto, el rol central lo juega el concepto fundamental del derecho internacional público de *soberanía*. El Estado individual no se encuentra llamado a llevar a cabo una protección universal de bienes jurídicos, sino que, al contrario, debe limitarse a la protección de aquellos bienes y personas que se encuentran especialmente vinculados al ejercicio de su soberanía. Bajo la lógica del paradigma de la protección de bienes jurídicos, el Estado está ciertamente autorizado a otorgar dicha protección omnicomprendivamente. BINDING es quien nuevamente pone las cosas en su lugar: ningún Estado debiera dudar que le debe una completa protección a todos los bienes jurídicos internos. “Quien tanto desde dentro del territorio como desde fuera de éste lesione o ponga en peligro uno de estos bienes jurídicos, o tan sólo intente hacerlo, debiera someterse al ejercicio de coacción penal interna”²⁸. El principio de territorialidad, el principio de protección y –como manifestación de la preocupación del ordenamiento jurídico por sus ciudadanos- el principio de personalidad pasiva, demostrarían poder ser expuestos sistemáticamente a partir de un fundamento uniforme²⁹. La mitad de los principios del derecho internacional penal podrían, por lo tanto, ser comprendidos de esta forma. ¿Qué sucede con el principio de la representación en el ejercicio de la jurisdicción penal, así como con el principio de personalidad activa y con el principio de universalidad? Una formulación más extensa permitiría también reconocer una raíz de fundamentación sistemática común en ellos: estos principios derivarían o servirían a “la colaboración de los Estados”, a “la mezcla de los pueblos” y a la “intensificación de las relaciones culturales y

internacional penal el carácter de presupuestos objetivos de la punibilidad, pero que al mismo tiempo las interpreta como una parte de las normas de comportamiento penales: los §§ 3 y ss. del StGB describirían el ámbito respecto del cual el derecho penal alemán se reconocería una “pretensión de valoración” (Bewertungsanspruch). Pretensión de valoración significa: un comportamiento es valorado como injusto porque cae dentro de aquellas disposiciones que determinan el ámbito de validez. ¿Cómo pueden ser entonces los §§ 3 y ss. del StGB, por una parte, co-constitutivos de la valoración de un comportamiento como injusto, y por otro lado como neutrales respecto del injusto? AMBOS y ESER no resuelven esta contradicción.

²⁷ Una estructura de fundamentación paralela se encuentra en lo que se refiere a los peligros de hiperextensión del derecho penal interno. En este caso son intereses de libertad, así como derechos fundamentales de ciudadanos cuyo comportamiento podría verse afectado por una penalización, los que son utilizados contra el interés de una protección de bienes jurídicos lo más eficiente posible (últimamente KUDLICH, *Die Unterstützung fremder Straftaten durch berufsbedingtes Verhalten*, 2004, pp. 268 y ss.).

²⁸ BINDING, *Handbuch des Strafrechts*, v. I, 1885, pp. 387 y ss. De la misma forma, v. ROHLAND, *Das internationale Strafrecht*, 1877, pp. 155 y ss.

²⁹ Fundamental OEHLER, *Internationales Strafrecht*, 2ª ed., 1983, nm. 122 y ss.; EL MISMO, en OEHLER/PÖTZ (ed.), *Aktuelle Probleme des Internationalen Strafrechts (Festgabe für Heinrich Grütznert)*, 1970, pp. 115 y ss. Así también ESER, en SCHÖNKE/SCHRÖDER, *Strafgesetzbuch*, 26ª ed., 2001, §§ 3-7, nm. 11; LIEBELT, *Zum deutschen Internationalen Strafrecht und seiner Bedeutung für den Einfluß außerstrafrechtlicher Rechtssätze des Auslands auf die Anwendung inländischen Strafrechts*, 1978, pp. 107 y ss.; SCHRÖDER, «Grundlagen und Grenzen des Personalitätsprinzips im internationalen Strafrecht», *JZ*, 1968, p. 241; VOGLER, en SCHRÖDER/ZIPF (eds.), *Festschrift für Reinhardt Maurach*, 1972, p. 602. En sus resultados ampliamente coincidente, ZIEHER, *Das sog. Internationale Strafrecht nach der Reform*, 1977, pp. 92 y ss.

económicas entre los Estados”³⁰, por lo que se dejarían reconducir al concepto de *solidaridad internacional*³¹.

2. A primera vista, este modelo de reconstrucción del derecho internacional penal muestra cierta elegancia. Bajo una apreciación más cercana, sin embargo, es posible percibir que éste se encuentra atravesado por profundas grietas. En relación a la idea de que las normas de comportamiento de un ordenamiento jurídico nacional tienen un ámbito de validez universal, ésta pasa por alto de forma excesivamente generosa el hecho que incluso en el ámbito del derecho penal nuclear existen considerables diferencias entre los ordenamientos jurídicos individuales –sin siquiera mencionar casos notoriamente discutidos, como la regulación del aborto, del uso de narcóticos o los así llamados *hate crimes*–³². En un tiempo “caracterizado por la tendencia a una coexistencia igualitaria de distintas culturas jurídicas y ordenamientos jurídicos”, aquella idea no debería “poder mantenerse a la larga”³³. Pero también la esperanza en que al menos una sistematización convincente de los principios del derecho internacional penal pueda ser efectuada a partir del modelo de la protección de bienes jurídicos, se demuestra como precipitada. Así sucede con el recurso al concepto de solidaridad internacional por parte de los representantes del modelo de la protección de bienes jurídicos, el que no resiste análisis. La idea de solidaridad internacional sólo puede ser aplicada al principio de representación en el ejercicio de la jurisdicción³⁴. Fracasa, en cambio, en los casos del principio de personalidad activa y del principio de universalidad.

Con el principio de la personalidad activa, la idea de protección de bienes jurídicos la tiene especialmente difícil. Esto no resulta demasiado sorprendente, ya que este principio deriva de los conceptos de la tradición de teoría jurídico-penal centrada en los conceptos de “obligación” e “incumplimiento de obligación”³⁵ y, de esta forma, de la tradición de

³⁰ SCHULTZ, «Neue Entwicklungen im sog. internationalen Strafrecht», en WELZEL ET AL, *Festschrift für Hellmuth von Weber*, 1963, p. 309.

³¹ También fundamental en este aspecto OEHLER, *Internationales Strafrecht*, 2ª ed., 1983, nm. 133 y ss.; EL MISMO, en OEHLER/PÖTZ (ed.), *Aktuelle Probleme des Internationalen Strafrechts (Festgabe für Heinrich Grützner)*, 1970, pp. 120 y ss. Del mismo modo ESER, en SCHÖNKE/SCHRÖDER, *Strafgesetzbuch*, 26ª ed., 2001, §§ 3-7 nm. 11; LIEBELT, *Zum deutschen Internationalen Strafrecht und seiner Bedeutung für den Einfluß außerstrafrechtlicher Rechtssätze des Auslands auf die Anwendung inländischen Strafrechts*, 1978, pp. 119 y ss.; SCHRÖDER, *JZ*, 1968, pp. 241 y ss.; VOGLER, en SCHRÖDE/ZIPF (eds.), *Festschrift für Reinhardt Maurach*, 1972, p. 603; ZIEHER, *Das sog. Internationale Strafrecht nach der Reform*, 1977, pp. 93 y ss.

³² Respecto de las diferencias entre los distintos modelos de regulación en el ámbito de delitos de homicidio: ESER/KOCH, «Die vorsätzlichen Tötungstatbestände», *ZStV*, (92), 1980, pp. 491 y ss. (en particular pp. 508 y ss). Especialmente referido a la regulación del aborto: ESER/KOCH, *Schwangerschaftsabbruch und Recht*, 2003, pp. 42 y ss. Respecto de la configuración de la punibilidad de la estafa: TIEDEMANN, en JÄHNKE ET AL, *Leipziger Kommentar zum Strafgesetzbuch*, 11ª ed., 33ª reimp., 1999, § 263, nm. 51 y ss. Respecto de las diferencias del derecho de narcóticos neerlandés en relación con el alemán: SAGEL-GRANDE/LITZKA/ALBRECHT, «Betäubungsmittelstrafrecht und Drogenpolitik in Nachbarstaaten», en KREUZER (ed.), *Handbuch des Betäubungsmittelstrafrechts*, 1999, pp. 1446 y ss. Respecto de las diferencias en el tratamiento penal de los *hate crimes*: KÜBLER, «Rassenhetze und Meinungsfreiheit», *AöR*, (125), 2000, pp. 112 y ss.; LAITENBERGER, *Die Strafbarkeit der Verbreitung rassistischer, rechtsextremistischer und neonazistischer Inhalte*, 2003, pp. 275 y ss., y 301 y ss.

³³ NEUMANN, en BRITZ ET AL, *Grundfragen staatlichen Strafens (Festschrift für Heinz Müller – Dietz)*, 2001, p. 602.

³⁴ La configuración de este principio en el derecho penal alemán actual apenas se deja legitimar de esta forma. De forma más directa al respecto, *Infra*. III.2.

³⁵ De forma conocida, el principio de personalidad activa fue defendido originalmente en relación con la idea de la existencia de un deber de lealtad del ciudadano, aun exigible en el extranjero, respecto de su

pensamiento que más adelante será considerada como antagónica respecto de la idea de protección de bienes jurídicos. Estas dificultades pueden ser estudiadas de forma particularmente ilustrativa a través de las reflexiones de OEHLER. En un estudio temprano, OEHLER fundamentaba la punibilidad en los casos en que se aplica el principio de personalidad activa, todavía en el hecho de que el agente “ha atacado al universo de bienes jurídicos que, en lo fundamental, es común a todo el mundo civilizado y que en tal medida también nos concierne”³⁶. Así, OEHLER trataba materialmente al principio de personalidad activa como un subcaso del principio de universalidad. Esta fundamentación fracasa en tanto ella no alcanza a hacer plausible la limitación, propia de aquel principio, de ser aplicable sólo a ciudadanos alemanes. Por ello, en su manual de 1983, OEHLER puso el acento en otro aspecto. El Estado no querría esperar a que aquel ciudadano que hubiera cometido en el extranjero un injusto punible de relevancia, pudiera moverse libremente por su territorio. “La impotencia del derecho penal nacional sería abiertamente visible y de esta forma la función socio-ética del derecho penal, así como su función preventiva, se verían estremecidas”³⁷. Esto es, la amenaza –por lo demás sospechosa– de una afectación de la conciencia jurídica nacional, sería lo que a través del principio de personalidad activa legitimaría el castigo. Con independencia de si se reconoce aquí una fundamentación convincente o si se aprecia una simple *petitio principii*³⁸, en cualquier caso esta forma de fundamentación no guarda relación alguna con la idea introducida anteriormente por el propio OEHLER de la solidaridad entre Estados.

En vista de esta situación, sólo resta la posibilidad de interpretar el principio de personalidad activa como un mero sub-caso del principio de representación en el ejercicio de jurisdicción penal: ya que no sería admisible una extradición de sus propios ciudadanos

comunidad jurídica nacional. En la literatura del siglo XIX: ARNOLD, *GS*, (9), 1857, pp. 326 y ss.; BEKKER, *Theorie des heutigen Deutschen Strafrechts*, 1859, p. 158; BERNER, *Wirkungskreis des Strafgesetzes nach Zeit, Raum und Personen*, 1853, pp. 126 y ss.; GROß, *Archiv des Criminalrechts*, 1853, p. 62; ZACHARIÄ, *Archiv des Criminalrechts* 1852, pp. 37 y ss. En el siglo XX estas ideas fueron continuadas especialmente por la teoría del derecho penal nacional-socialista, ver GLEISPACH, «Die sechste internationale Konferenz zur Vereinheitlichung des Strafrechts», *ZStW*, (55), 1936, pp. 400 y ss.; GRAU/KRUG/RIETZSCH, *Deutsches Strafrecht*, v. 1, 2ª ed., 1943, pp. 251 y ss.; LANGE, *DStR*, 1941, pp. 6 y ss.; MEZGER, *DStR*, 1941, pp. 19 y ss.; REIMER, «Persönliche und räumliche Geltung der Strafgesetze», en GÜRTNER (ed.), *Das kommende deutsche Strafrecht*, 2ª ed., 1935, p. 221. (Respecto del trasfondo ideológico GRANITZA, *Die Dogmengeschichte des Internationalen Strafrechts seit Beginn des 19. Jahrhunderts*, 1961, pp. 133 y ss.). Pese a ello, el principio de personalidad activa no es típicamente nacional-socialista (así correctamente WEBER, en BAUMANN/WEBER/MIITSCH, *AT*, 11ª ed., 2003§ 7, nm. 38).

³⁶ OEHLER, «Die Grenzen des aktiven Personalitätsprinzips im internationalen Strafrecht», en ENGISCH/MAURACH (ed.), *Festschrift für Edmund Mezger*, 1954, pp. 98 y ss. De acuerdo, SCHRÖDER, *JZ*, 1968, p. 241.

³⁷ OEHLER, *Internationales Strafrecht*, 2ª ed., 1983, nm. 729. De forma similar HOYER, en RUDOLPHI ET AL, *Systematischer Kommentar zum Strafgesetzbuch*, 6ª ed., 26ª reimp., 1997, § , nm. 22 (respecto del § 5 Nr. 8b del StGB); VOGLER, en OEHLER/PÖTZ (eds.), *Aktuelle Probleme des Internationalen Strafrechts (Festgabe für Heinrich Grützner)*, 1979, p. 157. Cercanamente relacionado, SCHOLTEN, *Das Erfordernis der Tatortstrafbarkeit in § 7 StGB*, 1995, pp. 115 y ss.

³⁸ La autoridad del derecho penal doméstico sólo puede verse afectada en caso de que al mismo se atribuya la competencia por la sanción de las fechorías que sus propios ciudadanos cometan en el extranjero. La prerrogativa de afirmar esta responsabilidad, sin embargo, debiera ser precisamente establecida. – Respecto de la estructura circular de los argumentos de este tipo, oportunamente MENDELSSOHN-BARTHOLDY, en BIRKMEYER ET AL, *Vergleichende Darstellung des deutschen und ausländischen Strafrechts, Allgemeiner Teil*, v. VI, 1908, p. 102. Escéptico respecto de la aceptación de las bases socio-psicológicas del argumento, ya SCHWARZE, *GS*, (12), 1860, p. 190.

al Estado extranjero, el Estado del cual el imputado es ciudadano tendría que preocuparse directamente por su castigo³⁹. Bajo el derecho vigente, otorgarle ese sentido no es, sin embargo, posible⁴⁰. De acuerdo a lo dispuesto en el inciso segundo del número 1 del párrafo 7 del StGB, el derecho penal alemán no deja de ser aplicable en aquellas situaciones en que el autor haya enfrentado la justicia penal del Estado del lugar del hecho. El hecho de ser condenado allí no termina con la pretensión de castigo, sino que simplemente pasa a ser necesario preocuparse por abonar el tiempo en que haya cumplido condena (§ 51 inciso tercero primera frase del StGB), y una absolución en el extranjero no es reconocida como vinculante por el derecho nacional. Ante todo, sin embargo, esta solución conduce al modelo brutal de legitimación por abolición de la exigencia de legitimación: ciertamente la operación –la adaptación del principio de personalidad activa a los presupuestos del modelo de la protección de bienes jurídicos– en principio ha sido exitosa y, sin embargo, el paciente desafortunadamente ha muerto en el intertanto.

Mayor éxito augura, *prima facie*, el intento de fundamentar el principio de universalidad en la idea de solidaridad internacional. Pese a ello, aquí también se llega al desencanto⁴¹. El discurso de la solidaridad de los Estados persecutores para con el Estado primariamente responsable –esto es, el del lugar del hecho o el (de la nacionalidad) del autor– no puede ser relacionado, en realidad, con el concepto de solidaridad. La utilización del *ius puniendi* derivada del principio de universalidad se basa, por el contrario, –sobre todo en aquellos casos en que se trata de graves lesiones a derechos humanos– en una *desconfianza* hacia dichos Estados⁴². Pero también el discurso relativo a que la persecución penal del Estado que acciona demostraría solidaridad con los demás Estados de la comunidad mundial, pasa por encima de la peculiaridad del principio de universalidad. De acuerdo a la comprensión dominante actual, todos los Estados cargan en conjunto la responsabilidad por determinados asuntos relevantes de la humanidad. En la medida en que el Estado individual ejerza jurisdicción universal, de acuerdo a la lógica de esta concepción, éste no actúa por fuerza de la solidaridad con otros Estados, sino que en base a la genuina

³⁹ ESER, en VOGLER (ed.), *Festschrift für Hans Heinrich Jescheck*, t. II, 1985, p. 1364; GROPP, *Strafrecht Allgemeiner Teil*, 2ª ed., 2001, § 1, nm. 60; HOYER, en RUDOLPHI ET AL, *Systematischer Kommentar zum Strafgesetzbuch*, 6ª ed., 26ª reimp., 1997, § 3 nm. 16, § 7 nm. 9; JESCHECK/WEIGEND, AT, 5ª ed., 1996, § 18 II 2, p. 169, III 5 y p. 174; KINDHÄUSER, *Strafgesetzbuch*, 2ª ed., 2005, § 7 nm. 8. De forma similar, ZIEHER, *Das sog. Internationale Strafrecht nach der Reform*, 1977, p. 77; de lege ferenda también SCHULTZ, «Internationalstrafrechtliche Spiele», en JESCHECK/VOGLER (eds.), *Festschrift für Herbert Tröndle*, 1989, pp. 901 y ss.

⁴⁰ STRATENWERTH/KUHLEN, AT, 5ª ed., 2004, § 4, nm. 24; NIEMÖLLER, «Zur Geltung des inländischen Strafrechts für Auslandstaten Deutscher», *NStZ*, 1993, p. 172.

⁴¹ También crítico, AMBOS, en JOECKS/MIEBACH (eds.), *Münchener Kommentar zum Strafgesetzbuch*, t. 1, 2003, §§ 3-7, nm. 69.

⁴² Esto había sido enfatizado ya por el mismo OEHLER, *Internationales Strafrecht*, 2ª ed., 1983, nm. 902. De la misma forma, AMBOS, en JOECKS/MIEBACH (eds.), *Münchener Kommentar zum Strafgesetzbuch*, t. 1, 2003, §§ 3-7, nm. 69; KREß, «Völkerstrafrecht in Deutschland», *NStZ*, 2000, p. 625; EL MISMO, «Völkerstrafrecht und Weltrechtspflegeprinzip im Blickfeld des Internationalen Gerichtshofs», *ZStW*, (114), 2002, p. 837; MERKEL, en LÜDERSSEN (ed.), *Aufgeklärte Kriminalpolitik oder Kampf gegen das Böse?*, t. III, 1998, p. 261; TRIFFTERER, «Der ständige Internationale Strafgerichtshof - Anspruch und Wirklichkeit. Anmerkungen zum „Rome Statute of the International Criminal Court“ vom 17. Juli 1998», en GÖSSEL/TRIFFTERER (eds.), *Gedächtnisschrift für Heinz Zipf*, 1999, p. 511; WEIGEND, «Grund und Grenzen universaler Gerichtsbarkeit», en ARNOLD ET AL, *Menschengerechtes Strafrecht (Festschrift für Albin Eser)*, 2005, p. 973.

responsabilidad que le cabe en su rol de “fideicomisario de la humanidad en su conjunto”⁴³.

De esta forma sólo resta la posibilidad de hablar de una solidaridad de los Estados perseguidores con la víctima del delito, es decir, ya no de una solidaridad *entre* Estados⁴⁴. Así, el ya “algo difuso concepto de solidaridad internacional”⁴⁵, quedaría privado de cualquier clase de contornos. La asignación simbólica de roles –aquí el inculcado, allá la víctima- y de los procesos de psicología individual y social aquí involucrados es inmanente a todo procedimiento penal en virtud de su estructura normativa. De esta forma, con la utilización de la idea de solidaridad con la víctima puede justificarse a discreción cualquier prolongación de la propia potestad punitiva. Este argumento, por lo tanto, es tan sobre-extensivo en sus consecuencias como el modelo de la protección de bienes jurídicos en su forma pura. Prueba demasiado y, por ello, atentamente examinado no permite reconocer nada.

3. ¿Es el otro soporte de la teoría en cuestión más estable? ¿Es suficiente, para la fundamentación del principio de territorialidad, del principio de protección y del principio de personalidad pasiva, hacer referencia a la idea de que estos principios de conexión posibilitarían la protección necesaria de los bienes y las personas vinculados al ámbito de soberanía del Estado persecutor? A diferencia de los casos investigados en el apartado 2, ciertamente no es posible dudar de la consistencia interna de esta derivación. Correlativamente, ostenta ésta un masivo déficit de fundamentación desde un punto de vista de una teoría de los deberes. Esto tiene su causa en la unilateralidad del paradigma de la protección de bienes jurídicos. En un ordenamiento jurídico de libertades, en el cual cada miembro de la comunidad jurídica puede legítimamente buscar su propio beneficio aun a costa de los demás, nada habla ni siquiera con probabilidad *prima facie* a favor de que al interés de protección de un titular de bienes jurídicos corresponda una prohibición para los demás miembros de la comunidad⁴⁶. Una teoría que busca fijar los límites del derecho penal a partir de la protección de la integridad de los intereses de potenciales víctimas es, por ello, una teoría tuerta. Sin la asistencia de adiciones externas a la aproximación inicial, no puede fundamentarse que el autor tenga el deber de que su comportamiento tenga en

⁴³ MERKEL, en LÜDERSEN (ed.), *Aufgeklärte Kriminalpolitik oder Kampf gegen das Böse?*, t. III, 1998, p. 252. Coincidente en su contenido, AMBOS, en JOECKS/MIEBACH (eds.), *Münchener Kommentar zum Strafgesetzbuch*, t. 1, 2003, §§ 3-7, nm. 47; ESER, «Harmonisierte Universalität nationaler Strafgewalt: ein Desiderat internationaler Komplementarität bei Verfolgung von Völkerrechtsverbrechen», en DONATSCH ET AL, *Festschrift für Stefan Trechsel*, 2002, p. 233; EL MISMO, «Völkermord und deutsche Strafgewalt. Zum Spannungsverhältnis von Weltrechtsprinzip und legitimierendem Inlandsbezug», en ESER ET AL, *Festschrift für Lutz Meyer-Göfner*, 2001, pp. 17 y ss; KREB, *Vom Nutzen eines deutschen Völkerstrafgesetzbuchs*, 2000, p. 26; EL MISMO, *ZStW*, (114), 2002, pp. 836 y ss.; NEUBACHER, *Kriminologische Grundlagen einer internationalen Strafgerichtsbarkeit*, 2005, p. 477; WALTHER, en ARNOLD ET AL, *Menschengerechtes Strafrecht (Festschrift für Albin Eser)*, 2005, p. 952; WEIGEND, en ARNOLD ET AL, *Menschengerechtes Strafrecht (Festschrift für Albin Eser)*, 2005, p. 965.

⁴⁴ Así AMBOS, en JOECKS/MIEBACH (eds.), *Münchener Kommentar zum Strafgesetzbuch*, t. 1, 2003, §§ 3-7, nm. 69; MERKEL, en LÜDERSEN (ed.), *Aufgeklärte Kriminalpolitik oder Kampf gegen das Böse?*, t. III, 1998, p. 261.

⁴⁵ AMBOS, en JOECKS/MIEBACH (eds.), *Münchener Kommentar zum Strafgesetzbuch*, t. 1, 2003, §§ 3-7 nm. 68.

⁴⁶ Compárese con JAKOBS, *AT*, 2ª ed., 1991, 2/23.

consideración estos deseos de protección⁴⁷. A la observación que un determinado principio del derecho internacional penal sirve a la protección de bienes jurídicos internos, puede un potencial autor responder alzando sobriamente sus hombros. Su respuesta -“¿en qué me concierne eso?”- no puede ser rebatida con los recursos de fundamentación de los que dispone la idea de protección de bienes jurídicos.

Uno de los pocos nuevos teóricos del derecho internacional penal que ha reconocido este problema es Hans SCHULTZ. SCHULTZ reconoce que una “potestad de sancionar (...) requiere, desde el punto de vista del derecho penal, de una relación adecuada entre los posibles imputados y los Estados sancionadores”⁴⁸. Este requisito no se cumple ni en el caso del principio de personalidad pasiva, ni en el caso del principio de protección. A partir de este hallazgo, sin embargo, SCHULTZ no extrae la consecuencia de que en el caso de sanciones posibilitadas por cualquiera de los dos principios, no se trata en realidad de penas en sentido material, sino de actos coercitivos de una clase especial (con pretensiones primarias de prevención). Él intenta, en cambio, salvar el principio de personalidad pasiva por la vía de extraerlo hacia las inmediaciones del principio de representación en el ejercicio de la jurisdicción penal: “materialmente” aquí se trataría de “la aplicación del derecho del Estado del lugar del hecho”⁴⁹. En relación al principio de protección, en cambio, este camino le está vedado a SCHULTZ. Al estar de acuerdo con la irrenunciabilidad de este principio -unánime en la literatura-, SCHULTZ vuelve a abrir la puerta que con cuidado había cerrado anteriormente: una vinculación jurídica preexistente a la acción inculpada no sería necesaria en este caso. Sería suficiente que el autor construya su relación con el Estado “a través de su expresivo ataque a los bienes jurídicos del Estado en cuestión”⁵⁰. Allí donde deviene crítica la cuestión, también en el caso de SCHULTZ se alzan con el triunfo los intereses de protección de bienes jurídicos por sobre sus adversarios centrados en la noción teórica de obligación. Ello suma dos mitades de una teoría, pero ninguna teoría completa⁵¹.

Los defensores restantes del paradigma de la protección de bienes jurídicos se ven obligados a entregar consideración a los intereses dignos de protección del inculpaado sometiéndolos a estadios de prueba ulteriores -sólo hasta eso llegan-. En este aspecto se trata sobre todo de la pregunta sobre si el inculpaado tenía la obligación de comprender el

⁴⁷ JAKOBS, «Um Begriff des Delikts gegen die Person», en BERNSMANN/ULSENHEIMER (eds.), *Bochumer Beiträge zu aktuellen Strafrechtsthemen (Symposion für Gerd Geilen)*, 2002, p. 77; EL MISMO, en SHIIBASHI (ed.), *Festschrift für Seiji Saito*, 2003 pp. 772 y ss.

⁴⁸ SCHULTZ, en WELZEL ET AL, *Festschrift für Hellmuth von Weber*, 1963, p. 311.

⁴⁹ SCHULTZ, en WELZEL ET AL, *Festschrift für Hellmuth von Weber*, 1963, pp. 312 y ss. Igualmente GRIBBOHM, en JÄHNKE ET AL, *Leipziger Kommentar zum Strafgesetzbuch*, t. 1, 11ª ed., 2003, § 3 nm. 129; JESCHECK/WEIGEND, *AT*, 5ª ed., 1996, § 18 II 4, p. 169; LEMKE, en KINDHÄUSER ET AL, *Nomos Kommentar zum Strafgesetzbuch*, t. 1, 2ª ed., 2005, §§ 3-7, nm. 12.

⁵⁰ SCHULTZ, en WELZEL ET AL, *Festschrift für Hellmuth von Weber*, 1963, p. 311.

⁵¹ Antes de SCHULTZ ya HEGLER había enfatizado que el momento de la „protección de intereses“ debiera ser complementado respecto de cada “conexión de personas” (HEGLER, *Prinzipien des internationalen Strafrechts*, 1906, pp. 32 y ss., y 200 y ss.). Éste tampoco tuvo éxito en conectar ambos puntos de partida bajo una concepción conjunta coherente. En sus resultados se impusieron ampliamente las consideraciones ligadas a la protección de intereses (compárese con HEGLER, pp. 69 y ss.; la valoración aquí efectuada corresponde a aquella de GRANITZA, *Die Dogmengeschichte des Internationalen Strafrechts seit Beginn des 19. Jahrhunderts*, 1961, pp. 112 y ss.

injusto que constituía su comportamiento. Mientras más enérgicamente se ponga el acento en esta exigencia⁵², más extensas son las concesiones que se deben hacer para permitir su utilización. Así se suele considerar de forma extendida que por razones de justicia, al aplicar el principio de personalidad pasiva, resultaría necesario, pero a su vez suficiente, que la acción sea punible en el lugar de los hechos⁵³. Bajo la lógica de esta fundamentación, es prescindible que el autor conozca o haya podido conocer aquellas fuentes de reproche de injusto a partir de las cuales se deriva su condena; al contrario, la posibilidad de reconocer otras disposiciones (a saber, aquellas que son válidas en el lugar de los hechos) bastan, a condición que su aplicación lleve a los mismos resultados que la aplicación de las normas penales del derecho alemán⁵⁴. De forma aún más generosa se suele tratar al principio de protección. Como, por una parte, se suele considerar que por razones de Estado este principio es imprescindible, y se sabe que, por otra parte, la exigencia de punibilidad en el lugar de los hechos sería ilusa en la mayor parte de los casos pertinentes⁵⁵, se recurre a una forma de “principio de inversión” –sería suficiente que el comportamiento en cuestión fuera punible bajo su derecho⁵⁶- y se deja que en los casos restantes baste la conciencia general del autor “respecto a que se lesionan o ponen en peligro los intereses de nuestro país”⁵⁷.

A resultados similares llegó el Tribunal Supremo en el conocido caso Schneider⁵⁸. El autor tendría conciencia de la antijuridicidad⁵⁹ ya que para él habría sido claro que

⁵² Véase DOEHRING, «Die Teilung Deutschlands als Problem der Strafrechtanwendung», *Der Staat*, (3), 1965, pp. 269; GERMANN, *SchZStrR*, (69), 1954, pp. 239 y ss., y 245 y ss.; OEHLER, *Internationales Strafrecht*, 2ª ed., 1983, nm. 124.

⁵³ AMBOS, en JOECKS/MIEBACH (eds.), *Münchener Kommentar zum Strafgesetzbuch*, t. 1, 2003, §§ 3-7, nm. 43; GRIBBOHM, en JÄHNKE ET AL, *Leipziger Kommentar zum Strafgesetzbuch*, t. 1, 11ª ed., 2003, § 3, nm. 130; JESCHECK/WEIGEND, *AT*, 5ª ed., 1996, § 18 II 4, p. 170; KUNIG/UERPMMANN, «Der Fall des Postschiffes Lotus», *Jura*, 1994, p. 193; OEHLER, *Internationales Strafrecht*, 2ª ed., 1983, nm. 128; ZIEHER, *Das sog. Internationale Strafrecht nach der Reform*, 1977, pp. 77 y ss.; críticamente JAKOBS, *AT*, 2ª ed., 1991, 5/8. A ello corresponde la regulación contenida en el § 7 inciso 1 StGB. En el § 5 Nr. 6-9 StGB, el legislador renuncia por el contrario a la exigencia de punibilidad en el lugar del hecho.

⁵⁴ Cfr. HENRICH, *Das passive Personalitätsprinzip im deutschen Strafrecht*, 1994, p. 157. De acuerdo a la opinión dominante, en los casos del § 7 StGB no es necesario que la disposición penal extranjera y el tipo alemán correspondiente sean coincidentes. En cambio, sería suficiente que el hecho se encuentre conminado con pena en el lugar de los hechos bajo cualquier tipo de punto de vista jurídico (AMBOS, en JOECKS/MIEBACH (eds.), *Münchener Kommentar zum Strafgesetzbuch*, t. 1, 2003, § 7, número de sección 6; ESER, en SCHÖNKE/SCHRÖDER, *Strafgesetzbuch*, 26ª ed., 2001, § 7 nm. 8; GRIBBOHM, en JÄHNKE ET AL, *Leipziger Kommentar zum Strafgesetzbuch*, t. 1, 11ª ed., 2003, § 7 n. 22; LEMKE, en KINDHÄUSER ET AL, *Nomos Kommentar zum Strafgesetzbuch*, t. 1, 2ª ed., 2005, § 7, nm. 6.

⁵⁵ Cfr. OEHLER, *Internationales Strafrecht*, 2ª ed., 1983, nm. 577; JESCHECK, *AT*, 5ª ed., 1996, p. 533; VOGLER, en OEHLER/PÖTZ (eds.), *Aktuelle Probleme des Internationalen Strafrechts (Festgabe für Heinrich Grütznert)*, 1970, p. 155; ZIEHER, *Das sog. Internationale Strafrecht nach der Reform*, 1977, p. 65.

⁵⁶ SCHULTZ, en JESCHECK/VOGLER (eds.), *Festschrift für Herbert Tröndle*, 1989, p. 903.

⁵⁷ GERMANN, *SchZStrR*, (69), 1954, p. 248. De forma similar OEHLER, *Internationales Strafrecht*, 2ª ed., 1983, nm. 592 (sería suficiente que el autor pudiera „vincular al bien atacado con el Estado juzgante“) así como ZIEHER, *Das sog. Internationale Strafrecht nach der Reform*, 1977, p. 69 (sería suficiente que el autor poseyera „una apreciación general de la contrariedad de su comportamiento respecto de los valores de la comunidad“).

⁵⁸ La aplicabilidad del derecho penal alemán fue deducida por el *Senat* a partir del § 3 en relación con el § 9 StGB (crítico al respecto, NEUMANN, *StV*, 2000, p. 426). El caso ilustra que el principio de territorialidad interpretado a la luz de la teoría de la ubicuidad lleva en forma relevante en sus efectos a una situación similar a la que lleva el principio de protección. Al respecto con más detalle, *Infra*. III.2.

comportamiento “afecta la administración de justicia penal alemana y de esta forma que lesiona al bien jurídico protegido por el § 258 del StGB”⁶⁰. Esta interpretación no convence ni siquiera para la “situación normal” de una lesión de un bien jurídico por parte de un nacional en el territorio nacional. Así como, por razones de principio, un injusto punible – como se ha visto- no se deja resumir como una lesión de bienes jurídicos, tampoco puede la conciencia de lo perjudicial que resulta el comportamiento propio para bienes jurídicos ajenos contar como conciencia de la antijuridicidad en el sentido del § 17 del StGB⁶¹. Puesto que el injusto jurídicamente relevante se distingue de otros estados de cosas desvalorados por el hecho de que, a su respecto, procede una persecución *ex officio* en caso de ser descubierto, pertenece por ello la posibilidad de una intervención funcionaria al objeto de conocimiento⁶². De conformidad con el § 17 del StGB, de forma aún más dudosa puede hacerse una asimilación entre la conciencia de la antijuridicidad y la conciencia de la cualidad lesiva para bienes jurídicos foráneos del comportamiento en aquellos casos en que un extranjero actúe desde el exterior. Sólo posee conocimiento de la antijuridicidad quien sabe o asume como posible que el comportamiento en cuestión no debe ser ejecutado⁶³, esto es, para usar la terminología del Tribunal Supremo, que el bien jurídico lesionado también se encuentra protegido a su respecto. Para el nacional, en los casos normales esto se entiende de suyo. Pero ese no es el caso del autor extranjero. Mientras éste no sepa de la extensión del ámbito de validez del derecho penal alemán, tampoco sabe nada sobre su responsabilidad por la integridad del bien jurídico en cuestión. En consecuencia, tampoco tiene conciencia de la antijuridicidad alguna⁶⁴.

La pretensión de negar la posibilidad de una exoneración del autor alcanzado por el principio de protección tiene, como se demostrará más adelante (III.2.), buenos fundamentos. Lo delicado es el camino elegido por el Tribunal Supremo para llegar a este fin. Su decisión en el caso Schneider demuestra de forma ejemplar el problema político-jurídico fundamental de que adolece el intento de interpretar el derecho internacional

⁵⁹ Éste se había anteriormente asegurado que su acción no era punible bajo el derecho del lugar de los hechos (Suiza), pero abiertamente no había reflexionado que podría resultar punible bajo el derecho alemán.

⁶⁰ BGHSt 45, 97, 101. De acuerdo BÖRGER, «Strafvereitelung durch Ausländer- Fall Schneider», *NStZ*, 2000, pp. 31 y ss.; DÖLLING, «Anmerkung zum Urteil des Bundesgerichtshofs vom 19.5.1999 (Zum Verbotsirrtum bei einer Strafvereitelung mit Auslandsbezug)», *JR*, 2000, pp. 379 y ss. También CRAMER /STERNBERG-LIEBEN, en SCHÖNKE/SCHRÖDER, *Strafgesetzbuch*, 26ª ed., 2001, § 17 nm. 5, deja que cuente de forma suficiente como conciencia de la antijuridicidad la „representación” de „afectar bienes jurídicos que se encuentra protegidos por el ordenamiento jurídico en cuestión”.

⁶¹ En el mismo sentido NEUMANN, en KINDHÄUSER ET AL, *Nomos-Kommentar zum Strafgesetzbuch*, v. 1, 2ª ed., 2005, § 17, nm. 15; EL MISMO, «Der Verbotsirrtum (§ 17 StGB)», *JuS*, 1993, p. 794; EL MISMO, *StV*, 2000, p. 425; EL MISMO, en BRITZ ET AL, *Grundfragen staatlichen Strafs (Festschrift für Heinz Müller – Dietz)*, 2001, p. 606.

⁶² En el mismo sentido JAKOBS, *AT*, 2ª ed., 1991, 19/23; NEUMANN, en KINDHÄUSER ET AL, *Nomos-Kommentar zum Strafgesetzbuch*, v. 1, 2ª ed., 2005, § 17, nm. 20; STRATENWERTH/KUHLEN, *AT*, 5ª ed., 2004, § 10, nm. 62; con aun mayor fuerza F.-C. SCHROEDER, en JÄHNKE ET AL, *Leipziger Kommentar zum Strafgesetzbuch*, v. 1, 11ª ed., 2003, § 17 nm. 7, el que incluso exige el conocimiento de la punibilidad de su comportamiento por parte del autor.

⁶³ Conciso WEBER, en BAUMANN/WEBER/MITSCH, *AT*, 11ª ed., 2003 § 21, nm. 48: el autor debería saber “que el derecho lo vincula a él” (énfasis añadido).

⁶⁴ En el mismo sentido NEUMANN, en KINDHÄUSER ET AL, *Nomos-Kommentar zum Strafgesetzbuch*, v. 1, 2ª ed., 2005, § 17, nm. 20; EL MISMO, en ROXIN/WIDMAIER (eds.), *50 Jahre Bundesgerichtshof*, v. IV, 2000, pp. 99 y ss.; EL MISMO, en BRITZ ET AL, *Grundfragen staatlichen Strafs (Festschrift für Heinz Müller – Dietz)*, 2001, pp. 605 y ss.

penal desde el punto de vista de la tarea de proteger bienes jurídicos: esta pretensión se cierra tanto a la tendencia a la positivación y a la diferenciación progresiva de los ordenamientos jurídicos nacionales como a las consecuencias de un más denso acercamiento de los distintos sistemas de derecho⁶⁵. En este contexto se encontraría mandada una mayor acentuación del momento del Estado formal de derecho. El Estado formal de derecho se preocupa de la protección de bienes jurídicos sólo al interior de marcos constituidos por normas jurídicas y requiere así también de una formalización del punto de referencia de la conciencia de la antijuridicidad. El Tribunal Supremo procede exactamente al revés: él favorece la tendencia de “materializar” –vulgarmente “ablanda”– las exigencias propias del Estado de derecho desde los márgenes. Así, su posición se vuelve curiosamente inadecuada a los tiempos. Dicho de forma más provocadora: su posición documenta la falta de liberalidad latente del modelo de la protección de bienes jurídicos que materializa.

III.1. Los resultados de los apartados anteriores sugieren abordar la sistematización de los principios del derecho internacional penal desde otro punto de partida. No a partir de la presunta tarea del derecho penal, esto es a partir del deseado efecto de protección para potenciales víctimas de delitos, sino que orientar a la teoría del hecho punible y, en particular, en lo que se refiere al derecho internacional penal, desde la consideración de lo que significa para el inculpado la expresión de la pena y, de esta forma, a partir de la teoría de la pena. La pregunta esencial de la teoría del hecho punible debiera ser: ¿Cómo debe ser realizado un comportamiento para que el medio coactivo que constituye a la pena pueda ser aplicado? La respuesta a esta pregunta depende principalmente de qué legitime a la pena. Una legitimación construida a partir de la utilización instrumental del castigo como defensa estatal frente a peligros presenta requisitos completamente diferenciables de aquellos exigidos por una pena legitimada a partir de las exigencias normativas de una teoría de la retribución. Quien asume la tarea de determinar las condiciones de imposición de un castigo legítimo debe inmediatamente después aclarar en vista de qué sucesos el Estado doméstico puede asumir competencia penal del todo⁶⁶. Esta es la tarea del derecho internacional penal. Las determinaciones del derecho internacional penal son, desde esta perspectiva, condiciones para la imposición de un castigo coactivo legítimo de la misma forma que los otros presupuestos del hecho punible. De ninguna otra forma que esta puede el análisis de los principios del derecho internacional penal pasar el test impuesto por el

⁶⁵ Concordante NEUMANN, en BRITZ ET AL, *Grundfragen staatlichen Strafens (Festschrift für Heinz Müller – Dietz)*, 2001, p. 425.

⁶⁶ Esto debe ser diferenciado de la pregunta respecto de qué ordenamiento jurídico debe tomar la decisión en el caso particular. Desde de un punto de vista jurídico positivo ciertamente no es perceptible esta diferencia, ya que en cada caso en que la coacción penal alemana es aplicable, el derecho penal alemán también es el que resulta aplicable. Esto no cambia en nada, sin embargo, su corrección analítica (véase simplemente GRIBBOHM, en JÄHNKE ET AL, *Leipziger Kommentar zum Strafgesetzbuch*, t. 1, 11ª ed., 2003, § 3 nm. 3; JESCHECK/WEIGEND, AT, 5ª ed., 1996, § 18 I 1, pp. 163 y ss.; SCHULTZ, «Zur Regelung des räumlichen Geltungsbereiches durch den E 1962», GA, 1966, p. 194; VOGLER, en SCHRÖDE/ZIPF (eds.), *Festschrift für Reinhardt Maurach*, 1972, p. 595. De la literatura del siglo XIX y principios del siglo XX, cfr. GROB, *Archiv des Criminalrechts*, 1853, p. 56; HÄLSCHNER, *Das gemeine deutsche Strafrecht*, 1881, p. 132; HEGLER, *Prinzipien des internationalen Strafrechts*, 1906, pp. 3 y ss., y 25) ni respecto de su valor político criminal. De esta forma habla fuertemente a favor del principio de la representación en el ejercicio de la jurisdicción penal, el recurrir al ordenamiento normativo de la comunidad cuya pretensión de castigo es impuesta sustitutamente por los órganos de la administración de justicia alemana (más específicamente Infra. III.2.).

foro de la teoría de la pena. La interpretación del derecho internacional penal propuesta aquí desde el punto de vista de la teoría de la pena ciertamente no es novedosa⁶⁷. Su desarrollo sistemático, en cualquier caso, no ha sido llevado a cabo en círculos jurídicos germano parlantes por mucho tiempo⁶⁸. Incluso una figura de la talla de OEHLER designó a esta pretensión apodóticamente como “impracticable”⁶⁹. Que este juicio es prematuro y que una interpretación sistemática de los principios del derecho internacional penal centrada en la teoría de la pena es fértil, será demostrado en las páginas que siguen.

Una tarea de este tipo requiere ciertamente de una sólida base teórico penal: en caso de ser frágiles los cimientos, no pueden los edificios construidos sobre ellos mantenerse en pie. La teoría analizada en los apartados anteriores, orientada por el paradigma de la protección bienes jurídicos, se deja vincular fácilmente con una teoría de la prevención de la pena. HÄLSCHNER demostró ya en 1881 esto con pretensiones críticas. Sus reflexiones no han perdido su validez hasta el día de hoy. Según HÄLSCHNER la protección de bienes jurídicos se concede “en la medida en que la ley, a través de la amenaza de castigo, busca prevenir su lesión. El delincuente es castigado en aquellos casos individuales en que esa protección se demuestra como ineficaz, ya que de esta forma se pretende asegurar que la amenaza de castigo aparezca a futuro como eficaz frente a otras personas, así como para asimismo evitar que el delincuente cometa delitos ulteriores”⁷⁰. Esta formulación permite percibir la peculiaridad de la teoría de la prevención en toda su claridad: no se castiga porque el autor haya infringido una obligación jurídica –el que el reproche por interés en la protección de bienes jurídicos no puede constituir una obligación a que potenciales autores tomen en consideración este interés, y de esta forma no puede justificar el castigo, ya ha sido demostrado más arriba-, sino porque de esta forma se producirían hacia el futuro efectos positivos para los bienes jurídicos, sea que ello se obtenga respecto del autor o respecto de terceros. Ya no se produce comunicación con el condenado, sino solamente a través de éste. El condenado mismo, de acuerdo a la famosa expresión de KANT, es mezclado con los objetos del derecho de las cosas⁷¹. Éste sólo es tratado como miembro con iguales derechos

⁶⁷ Cfr. en particular VOGLER, en OEHLER/PÖTZ (eds.), *Aktuelle Probleme des Internationalen Strafrechts (Festgabe für Heinrich Grützner)*, 1970, p. 154; EL MISMO, en SCHRÖDE/ZIPF (eds.), *Festschrift für Reinhardt Maurach*, 1972, p. 602. Respecto de la literatura antigua, BEKKER, *Theorie des heutigen Deutschen Strafrechts*, 1859, p. 157: “Tan lejos como rijan la coacción penal del Estado, debe desarrollarse respecto del carácter de esta coacción penal”.

⁶⁸ El mismo VOGLER pone el peso de sus reflexiones en la pregunta sobre que en qué medida los principios del derecho internacional penal, junto a la protección de bienes jurídicos, se enfrentan al interés en el favorecimiento de la resocialización del autor (véase VOGLER, en SCHRÖDE/ZIPF (eds.), *Festschrift für Reinhardt Maurach*, 1972, pp. 600 y 605). La resocialización no cuenta como un *fundamento de legitimación*; su rol consiste en cambio en dirigir la ejecución de la (ya legitimada por otra vía) pena. Con mayor detalle, PAWLIK, *Person, Subjekt, Bürger*, 2004, pp. 94 y ss.).

⁶⁹ OEHLER, *Internationales Strafrecht*, 2ª ed., 1983, nm. 116; de forma similar („unilateralmente“) WEGNER, en HEGLER (ed.), *Festgabe für Reinhard v. Frank*, t. I, 1930, p. 102. Todavía más claramente MENDELSSOHN-BARTHOLDY, en BIRKMEYER ET AL, *Vergleichende Darstellung des deutschen und ausländischen Strafrechts, Allgemeiner Teil*, v. VI, 1908, p. 97, n. 1, quien califica a la pretensión de fundar la teoría de los derecho internacional penal en la teoría de la pena como „Una incorrección, uno puede incluso decir (...) irreflexiva”.

⁷⁰ HÄLSCHNER, *Das gemeine deutsche Strafrecht*, 1881, p. 140.

⁷¹ KANT, *Metaphysische Anfangsgründe der Rechtslehre* (editado por Ludwig), 2ª ed., 1998, p. 155.

en la comunidad “en las formas jurídicas, pero no ya de acuerdo al contenido de las reglas”⁷².

Por ello, sólo puede venir en consideración una legitimación del castigo orientada retributivamente. El *punitur sed ne peccetur* que ha dominado en las últimas décadas debe ser reemplazado por un *punitur quia peccatum*. Sin embargo, como puede apreciarse, los problemas de fundamentación con los que una teoría de la retribución debe combatir no son menores que aquellos que afectan a la teoría de la prevención. ¿Cómo puede ser posible que legitime la irrogación de un mal el hecho que quien lo sufre haya anteriormente provocado otro mal?⁷³ Es el caso: así como el mero otorgamiento de protección a alguien no es razón suficiente para justificar la satisfacción de sus pretensiones de protección, así tampoco puede justificarse la autorización de producir un mal en el hecho que anteriormente se causó otro mal. En ambos casos es necesaria una cláusula normativa adicional que establezca por qué razones, de acuerdo a las circunstancias del hecho, puede vincularse a éste una (legítima) pretensión de persecución jurídica.

Este elemento de vinculación lo reconocen los partidarios de la teoría de la fundamentación retributiva de la pena, desde ARISTÓTELES, en la idea de la justicia compensatoria⁷⁴. La exigencia de compensación no conduce en ningún caso necesariamente a la fórmula de “mal contra mal, sufrimiento contra sufrimiento”, arcaica y deficiente en sus fundamentos teóricos. La idea de compensación puede ser, en cambio, comprendida desde otra perspectiva menos sospechosa. De forma ejemplar, esta forma alternativa de comprensión puede apreciarse en la institución jurídica de la indemnización de daños. De acuerdo a ésta, quienquiera que haya causado daños se encuentra obligado a compensar su hecho destructivo a través de un acto constructivo. Para ello, debe preocuparse que el estado anterior sea reproducido en la mayor medida en que ello sea posible⁷⁵. A esta manifestación de la justicia compensatoria no puede objetarse que permitiría la realización de una secuencia negativa de dos males. El obligado a indemnizar daños, lleva a cabo más bien una acción positiva, en tanto él restituye el estado previo de distribución de libertades adecuado a derecho que anteriormente había perturbado. El hecho que esta comprensión de la idea de compensación también es fructífera para la teoría de la pena se encuentra,

⁷² E. A. WOLFF, «Das neuere Verständnis von Generalprävention und seine Tauglichkeit für eine Antwort auf Kriminalität», *ZStW*, (97), 1985, p. 798. Más específicamente referido a la crítica a las distintas variantes de las teorías de la prevención, PAWLIK, *Person, Subjekt, Bürger*, 2004, pp. 21 y ss.

⁷³ Ya HEGEL había demostrado que sería irracional querer imponer un mal porque se habría cometido otro mal anterior (*Grundlinien der Philosophie des Rechts*, § 99 A [obra editada por Moldenhauer/Michel, v. 7, 1986, p. 187]). También en la discusión actual de teoría de la pena juega esta objeción un rol central, ejemplar LENCKNER, «Strafe, Schuld und Schuldfähigkeit», en GÖPPINGER/WITTER (eds.), *Handbuch der forensischen Psychiatrie*, v. I, 1972, p. 21; ROXIN, «Sinn und Grenzen staatlicher Strafe», *JuS*, 1966, p. 378; EL MISMO, *SchZStr*, (104), 1987, pp. 357 y 371; SCHMIDHÄUSER, *Vom Sinn der Strafe*, 2ª ed., 1971, p. 80.

⁷⁴ Más precisamente sobre lo que sigue: PAWLIK, *Person, Subjekt, Bürger*, pp. 54 y ss.

⁷⁵ Véanse „*Motive zu dem Entwurfe eines Bürgerlichen Gesetzbuches für das Deutsche Reich*“, t. 2, 1896, p. 20 („principios de la obligación de reproducción“). A la idea de compensación se le concede en la literatura de indemnización de perjuicios aún hoy un significado especial (véase por ejemplo OETKER, en REBMANN ET AL, *Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch*, v. 2, 4ª ed., 2003, § 249, nmm. 8; ESSER/SCHMIDT, *Schuldrecht*, v. I/2, 8ª ed., 2000, p. 172); ocasionalmente se reconduce esto explícitamente a la idea de justicia compensatoria (así SCHIEMANN, en MARTINEK (ed.), *Staudinger. Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch*, 13ª ed., 1998, §§ 249 y ss., nm. 3).

desde HEGEL, en la base de toda teoría de la retribución penal que pretenda ser tomada en serio⁷⁶.

¿Cómo puede, sin embargo, tener lugar esta transferencia? Sin dudas son considerables las diferencias existentes entre compensación de daños y pena. La indemnización de daños procedente de conformidad al derecho civil tiene por objeto permitir la compensación de los daños que le ha causado directamente a la víctima un incumplimiento contractual o la ejecución de una acción antijurídica. La pena tiene su particularidad, en cambio, en que irroga un mal al autor sin que la víctima obtenga con ello una ventaja inmediata. A menudo el castigo al autor dificulta o entorpece el que la víctima tenga siquiera la oportunidad de obtener una compensación por sus daños⁷⁷. En esta prescindencia de los intereses concretos de la víctima se hace valer el carácter supra-individual de la pena⁷⁸: la pena desprivatiza el conflicto entre el autor y el lesionado⁷⁹. Según esto, no siendo precisamente la pena una ofrenda de sacrificio que el autor hace al lesionado⁸⁰, entonces tampoco puede ser el injusto que ella retribuye simplemente un injusto respecto del lesionado. A través de la pena supra-individual se deja en cambio retribuir solamente un injusto que en vez de ser comprendido como mera lesión de un interés individual, pueda ser interpretado como un ataque al orden jurídicamente constituido de libertad⁸¹.

Un orden existente de libertad se distingue de un ordenamiento puramente abstracto de normas, en cuanto el primero media a sus miembros una concretamente real y universalmente perceptible libertad. Este orden es condición de posibilidad de la libertad individual. La persona humana es un ser de previsiones y planes. Con una suma de experiencias de independencia no le es suficiente. Así como según HOBBS la guerra no dura lo que duran las hostilidades individuales, sino que dura el tiempo que dura la intención de atacar la violencia con violencia⁸², dura asimismo la ausencia de libertad todo el tiempo en que la persona individual no pueda estar segura de su libertad. Por más estable que sea actualmente una estructura, si puede comenzar a sucumbir en cada momento, ningún constructor astuto podría construir una casa. En otras palabras, la libertad real de los individuos requiere de un estado de libertad. De esta forma, los *cantus firmus* de la filosofía política moderna apuntan a la convicción que para la construcción y para el mantenimiento de un estado de este tipo se requieren de instituciones y, ante todo, del Estado⁸³. Ninguna sociedad puede ciertamente basarse exclusivamente en el poder de

⁷⁶ Una enfática exposición de la teoría de la pena de Hegel la entrega RAMB, *Strafbegründung in den Systemen der Hegelianer*, 2005, pp. 16 y ss.

⁷⁷ Así recientemente BEMMANN, «Täter-Opfer-Ausgleich im Strafrecht», *JR*, 2003, p. 227; ROXIN, «Strafe und Wiedergutmachung», en RAUSCHER/MANSEL (eds.), *Festschrift für Werner Lorenz*, 2001, pp. 53 y ss.

⁷⁸ Ejemplar EBERT, «Das Vergeltungsprinzip im Strafrecht», en KRUMMACHER (ed.), *Geisteswissenschaften – wozu?*, 1988, p. 39.

⁷⁹ APPEL, *Verfassung und Strafe*, 1998, pp. 448 y 461.

⁸⁰ Así, sin embargo, LAMPE, en JUNG ET AL, *Recht und Moral*, 1991, p. 311.

⁸¹ Esto es detalladamente fundamentado en PAWLIK, *Person, Subjekt, Bürger*, 2004, pp. 75 y ss. Cercano JAKOBS, *Staatliche Strafe: Bedeutung und Zweck*, 2004, pp. 31 y ss.

⁸² HOBBS, *Leviathan* (editado por Fetscher), 5ª ed., 1992, p. 96.

⁸³ En cualquier caso, la concepción de un orden existente de libertades no se vincula exclusivamente a la forma del Estado (nacional). Una comunidad supra-nacional puede, en un estado suficiente de desarrollo, convertir a sus instituciones en garantes subsidiarios o complementarios de la libertad. Lo decisivo es si sus exigencias normativas contribuyen a consolidar un ordenamiento vida regularmente respetado y, en

las instituciones ya porque su capacidad de acción es sumamente restringido. La responsabilidad por el mantenimiento de un estado de libertad real corresponde de esta forma directamente a todos los ciudadanos individuales. Quien escapa a esta responsabilidad al realizar un hecho punible niega su colaboración a todo el proyecto conjunto de la “libertad a través del derecho” y quiebra de esta forma su rol de ciudadano. Cometer un delito significa por ello: infringir la obligación del ciudadano de contribuir a la conservación del orden existente de libertad. Sufrir una pena significa tener que soportar que los bienes propios sirvan para demostrar el carácter lesivo de la libertad que una acción de ese tipo tiene. La pena no debe, por ello, ser entendida de forma puramente negativa como irrogación de dolor que responde a una irrogación de dolor anterior, sino positivamente: como pretensión de sometimiento del autor para el reestablecimiento de la relación jurídica por él lesionada.

2. Una infracción de deber sólo puede ser cometida por quien es sujeto de la obligación en cuestión. De la misma forma en que una persona que no es parte de un contrato de compraventa no puede incumplir las obligaciones del comprador, a quien no se dirige la obligación para que contribuya al proyecto de libertad conjunto de una comunidad de derecho no puede contravenirla⁸⁴. Solamente quienes se encuentran obligados a contribuir pueden, de esta forma, realizar un injusto criminal, por lo que sólo respecto de ellos puede expresarse un reproche legítimo de coacción penal. Las reglas sobre el ámbito personal y espacial de validez del derecho penal alemán se manifiestan, desde esta perspectiva, como determinaciones relativas al círculo posible de sujetos del deber jurídico-penalmente relevante de contribución. Las reglas en cuestión forman parte de aquello que constituye el ámbito del injusto penal. Expresado desde el punto de vista de la teoría de las normas: estas reglas no determinan simplemente el alcance de las normas de sanción, sino que de cada una de las normas de comportamiento. De esta forma no se las caracteriza correctamente cuando se las trata como presupuestos objetivos de punibilidad que limitan la punibilidad de un injusto que en sí es universal. Las normas del derecho internacional penal no pueden, en cambio, tener otro lugar sistemático que el que corresponde a las determinaciones relativas al sujeto contenidas también en los tipos de la Parte Especial. Así, éstas deben ser entendidas como elementos de los tipos sacados fuera del parentésis⁸⁵.

este sentido, real. En general respecto de la relación entre Estado y pena, JUNG, «Anmerkungen zum Verhältnis von Strafe und Staat», *GA*, 1996, pp. 507 y ss.

⁸⁴ En sus resultados similar, JAKOBS, «Zur gegenwärtigen Straftheorie», en KODALLE (ed.), *Strafe muß sein! Muß Strafe sein?*, 1998, p. 37: “Cuando la pena (...) confirma la identidad normativa de una sociedad, pasa a ser evidente que sólo un miembro de la sociedad puede ser penado. Nadie más puede atacar su identidad normativa”.

⁸⁵ JAKOBS, *AT*, 2ª ed., 1991, 5/12; NEUMANN, en ROXIN/WIDMAIER (eds.), *50 Jahre Bundesgerichtshof*, v. IV, 2000, pp. 99 y ss.; EL MISMO, *StV*, 2000, p. 426; EL MISMO, en BRITZ ET AL, *Grundfragen staatlichen Strafrechts (Festschrift für Heinz Müller – Dietz)*, 2001, pp. 603 y ss.; ZIEHER, *Das sog. Internationale Strafrecht nach der Reform*, 1977, p. 46; en sus fundamentos también LIEBELT, *Zum deutschen Internationalen Strafrecht und seiner Bedeutung für den Einfluß außerstrafrechtlicher Rechtssätze des Auslands auf die Anwendung inländischen Strafrechts*, 1978, p. 147 e incluso también OEHLER, *Internationales Strafrecht*, 2ª ed., 1983, nm. 123. El que las reglas del derecho internacional penal así como del derecho internacional contravencional formen parte de la norma de comportamiento, también es enfatizado por LEMKE, en KINDHÄUSER ET AL, *Nomos Kommentar zum Strafgesetzbuch*, t. 1, 2ª ed., 2005, §§ 3-7, nm. 1 y ROGALL, en BOUJONG (ed.), *Karlsruher Kommentar zum Gesetz über Ordnungswidrigkeiten*, 2ª ed., 2000, § 5, nm. 2, así como por AMBOS y ESER (respecto de la inconsistencia de su posición, véase n. 26). De la posición aquí identificada de las normas del derecho internacional penal se deriva que un error del autor sobre las circunstancias de hecho de las que se derivan

¿Pero quién posee el status de obligado a la contribución? En un ordenamiento jurídico obligado por el principio de la igualdad en la libertad esto es simple de responder: solamente puede ser impuesto el deber de cuidar de las condiciones de posibilidad de la libertad ajena a quien vea posibilitada, al mismo tiempo, su propia libertad por el ordenamiento en cuestión. Esto tiene lugar primeramente en la medida en que se ve posibilitada una vida en situación de seguridad, ya que la seguridad es una *conditio sine qua non* de la libertad real⁸⁶. El ámbito del genuino injusto criminal debe ser de esta forma limitado desde dos puntos de vista. En primer lugar, el inculpado debe ser co-responsable del estado de seguridad de un determinado ordenamiento jurídico. Esto requiere que el ordenamiento jurídico también a él le otorgue una libertad real para que este requisito se cumpla. En segundo lugar, el inculpado debe haber actuado precisamente contra este orden jurídico. Esto lo hace, por una parte, cuando ataca el fundamento institucional que le otorga su real poder de vigencia al ordenamiento jurídico. Por otra parte, este requisito se cumple cuando el imputado afecta los intereses de integridad de personas que se encuentran vinculadas a la comunidad jurídica de la misma forma que el autor. Para cumplir con esta exigencia cuenta ante todo el principio de territorialidad codificado en el parágrafo 3 del StGB. El principio de territorialidad constituye un principio de

la aplicabilidad del derecho penal debe ser tratado como un error de tipo de acuerdo al § 16 inciso 1 primera frase del StGB. Ciertamente un caso de esta clase sólo puede tener lugar ocasionalmente. Ejemplo: el autor no sabe que el barco en el cual comete su delito navega bajo bandera alemana (véase § 4 StGB).

⁸⁶ A veces el derecho a la participación en la constitución de la voluntad democrática es elevado a la calidad de fundamento de legitimación de las obligaciones penales (así recientemente GÜNTHER, *Schuld und kommunikative Freiheit*, 2005, pp. 245 y ss.; crítico al respecto PAWLIK, *Frankfurt Allgemeiner Zeitung* del 14/03/2005, p. 40). Bajo la lógica de este acercamiento, toda imposición de sanciones penales a extranjeros sufre de graves problemas de legitimación. Según OEHLER, la obligación del nacional de respetar la ley se justifica en que al participar éste en la formación de la voluntad democrática, éste manifiesta su conformidad de las leyes constitutivas del Estado de derecho. El extranjero no tendría, en cambio, ninguna participación en la constitución de la identidad común. Su sometimiento a la ley se dejaría entender, por ello, sólo desde el punto de vista formal de la soberanía del Estado sancionador (OEHLER, *Internationales Strafrecht*, 2ª ed., 1983, nm. 157 y ss). Con toda la debida estima que se le debe al procedimiento democrático, esta concepción lleva a sobrevalorar el acto formal de votar. De una relevancia mucho mayor para la libertad del individuo que el derecho a marcar una cruz en un papel de votación cada cuatro años, es la expectativa de poder vivir en libertad y seguridad entre cada votación. La disyuntiva primaria desde el punto de vista de la libertad no es democracia o no democracia, sino estado civil o estado de naturaleza. También un Estado democrático necesita antes ser un *Estado*. Éste debe brindar las prestaciones que se esperan de un Estado –y en primera línea, la garantía de la libertad-. En esta tarea el Estado puede fallar en tanto la obligación de pertenencia del ciudadano al Estado permanezca en duda. La obligación del ciudadano debe estar vinculada, por ello, a la genuina estatalidad del Estado y no sólo a su constitución democrática. (En el mismo sentido KELLER, «Zu Weltrechtspflege und Schuldprinzip», en PRITTWITZ ET AL, *Festschrift für Klaus Lüderssen*, 2002, pp. 427 y ss.; fundamental respecto del interés de seguridad ISENSEE, *Das Grundrecht auf Sicherheit*, 1983, pp. 3 y ss. [desde un punto de vista histórico], 17 y ss. [desde un punto de vista sistemático].) Utilizar las consideraciones precedentes para expresar que el autor extranjero a través de la elección libre del lugar de sus acciones ha entrado en contacto con el derecho del lugar de los hechos, ya que voluntariamente ha entrado en contacto con el poder de este derecho (así, algunas consideraciones más adelante, OEHLER, *Internationales Strafrecht*, 2ª ed., 1983, nm. 161), nuevamente conduce a incomprendimientos. Por una parte, por este camino cualquier forma de extensión de la coacción penal del Estado doméstico se deja fundamentar: uno puede *siempre* decir que el imputado a través de su acción en un contexto determinado –definido normativamente como vinculante por el propio derecho- ha entrado en contacto libremente con el ordenamiento jurídico en cuestión. Por otra parte, la cuestión no depende de lo que el autor-individuo supuestamente –a menudo se trata de puras ficciones- „quería” o “consintió”. Lo decisivo es, en cambio, qué rango de obligaciones debe el imputado dejar que le sean atribuidas en su rol de persona de derecho como correlato de la libertad que le es otorgada en este rol.

universalidad limitado geográficamente⁸⁷. Con su establecimiento, el Estado doméstico se hace cargo de la igualdad, desde el punto de vista de los derechos humanos, de todas las personas que se encuentran en su territorio: a su respecto éste pretende garantizar a todos las condiciones fundamentales de una igual libertad por medio de asumir la tarea de castigar toda afectación relevante del estado de seguridad respecto de cualquiera de ellos⁸⁸. Como los habitantes de su territorio pueden esperar del Estado protección, le deben éstos por su parte obediencia. En este nexo puede reconocerse uno de los principios de fundamentación de obligaciones políticas y morales más dignos de ser honrados: el fundamento de la reciprocidad⁸⁹.

El *principio de ubicuidad* codificado en el parágrafo 9 del StGB extiende el ámbito de aplicabilidad del principio de territorialidad mucho más allá de las condiciones ya descritas⁹⁰. Bajo esta idea quedan comprendidas bajo el derecho penal alemán sobre todo aquellas acciones cuya única relación con el ordenamiento jurídico interno consiste en que el resultado típico afecta al territorio interno. Esta extensión es defendida comúnmente, bajo la consideración de que el peso de un hecho no se centra en la acción ni en el resultado, sino que ambas circunstancias constituyen una unidad en cuyos contornos ambos tienen el mismo peso⁹¹. Esta fundamentación sólo es convincente bajo la premisa – que más arriba se demostró inaplicable- de la neutralidad de las reglas del derecho internacional penal en relación con el injusto: sólo si para el contenido material de injusto de un hecho es irrelevante dónde el mismo haya sido cometido, se puede derivar, a partir

⁸⁷ WALTHER, en ARNOLD ET AL, *Menschengerechtes Strafrecht (Festschrift für Albin Eser)*, 2005, p. 938. Cercano M. E. MAYER, *Der allgemeine Teil des deutschen Strafrechts*, 1915, p. 71: “El principio de territorialidad no determina simplemente la pretensión del Estado individual de enmarcar el ámbito de sus intereses, también pretende preservar el interés general de todo los Estados en el combate a la delincuencia”.

⁸⁸ Similar, WALTHER, en ARNOLD ET AL, *Menschengerechtes Strafrecht (Festschrift für Albin Eser)*, 2005, p. 940

⁸⁹ Enfáticamente GOULDNER, *Reziprozität und Autonomie*, 1984, pp. 79 y ss. La comprensión de la conexión entre protección y obediencia se encuentra ya en HOBBS, *Leviathan* (editado por Fetscher), 5ª ed., 1992, p. 171. El status normativo que ella adquiere en la teoría de HOBBS, se diferencia en todo caso considerablemente de la comprensión aquí representada. HOBBS formula el resultado de un prudente cálculo de costo y utilidad: un individuo al que le interese perseguir sus propios intereses sólo se comporta de forma obediente frente a una instancia que le otorga seguridad. Un soberano que no satisface los reclamos de seguridad de sus súbditos no lesiona a su respecto ninguna obligación; a éste simplemente pasa a amenazarlo el fracaso político (véase KERSTING, *Thomas Hobbes zur Einführung*, 1992, pp. 161 y ss.). Sólo cuando el *individuo* autoreferente es sustituido por la *persona* accesible a conexiones normativas (sobre la terminología véase JAKOBS, *Norm, Person, Gesellschaft*, 1997, pp. 9 y ss., y 29 y ss.) – en la concepción aquí expuesta se realiza este paso con la introducción de la idea de reciprocidad –, se hace posible elevar la conexión entre protección y obediencia al plano de las (genuinamente jurídica) obligaciones mutuas. Sobre la intrincada estructura teórico normativa de la proposición sobre la conexión entre protección y obediencia no se discute suficiente en sus escritos de apoyo jurídico actual (véase por ejemplo BÖCKENFÖRDE, *Die Rechtsauffassung im kommunistischen Staat*, 1967, p. 98; EL MISMO, en BARION ET AL, *Epirrhosis [Festgabe für Carl Schmitt]*, 1968, p. 426, y 433 y ss.; DOEHRING, *Der Staat*, (3), 1965, pp. 272 y ss.; GALLAS, «Der dogmatische Teil des Alternativ-Entwurfs», *ZStW*, (80), 1968, p. 15; JAKOBS, «Vergangenheitsbewältigung durch Strafrecht? Zur Leistungsfähigkeit des Strafrechts nach einem politischen Umbruch», en ISENSEE (ed.), *Vergangenheitsbewältigung durch Recht*, 1992, p. 40; KÖHLER, *JRE*, (11), 2003, p. 445; en este aspecto justificablemente crítico F.-C. SCHROEDER, *NJW*, 1969, pp. 84 y ss.

⁹⁰ La extensión de § 9 StGB es considerada ampliamente como problemática; véase HILGENDORF, «Überlegungen zur strafrechtlichen Interpretation des Ubiquitätsprinzips im Zeitalter des Internets», *NJW* 1997, pp. 1874 y ss.; LAGODNY/NILL-THEOBALD, «Rechtsprechung», *JR*, 2000, p. 207; F.-C. SCHROEDER, *NJW* 1976, p. 490; WESSELS/BEULKE, *AT*, 35ª ed., 2005, nm. 65.

⁹¹ AMBOS, en JOECKS/MIEBACH (eds.), *Münchener Kommentar zum Strafgesetzbuch*, t. 1, 2003, § 9 nm. 5; ESER, en SCHÖNKE/SCHRÖDER, *Strafgesetzbuch*, 26ª ed., 2001, § 9, nm. 3; OEHLER, *Internationales Strafrecht*, 2ª ed., 1983, nm. 251.

de la tesis según la cual el concepto del injusto punible integra el resultado como uno de sus componentes, la conclusión de que simplemente porque alguien cause un estado que contaría como un resultado típico (causado por un autor idóneo), *eo ipso* cuenta éste como autor. De acuerdo a la concepción aquí defendida, la falta de cumplimiento de una obligación no se dejaría reemplazar por una consideración relacionada con el lugar del resultado. Materialmente, en esos casos el principio de territorialidad no se aplicaría en forma relevante para fundamentar el injusto criminal, sino que se trataría de una forma extendida del principio de protección o del principio de personalidad pasiva⁹².

De forma más delicada que en el caso del principio de territorialidad aparecen las cosas a primera vista en el caso del principio de personalidad activa. ¿Qué justifica que un ciudadano alemán cuente como portador de una obligación de colaboración de acuerdo al derecho penal alemán cuando se encuentra en el extranjero? La posición de sujeto de una obligación reforzada penalmente atañe sólo a aquellos a quienes, de acuerdo a lo señalado en el apartado 1, el ordenamiento jurídico doméstico les abre un espacio de libertad concreta-real. Si uno dirige la mirada exclusivamente al ámbito actual de acción del ciudadano que se encuentra en el extranjero, esta diferencia respecto de quien se encuentra en el territorio parece ser insuperable. A quien se encuentra en el territorio se le asegura que las normas jurídico penales, respecto a las cuales éste debe guiarse, también valen para todos los demás que se encuentran en el territorio interno. Bajo el imperio del principio de personalidad activa, por el contrario, el Estado exige obediencia de parte de sus ciudadanos que se hallan en el extranjero sin que éstos se encuentren en la situación en la cual el nivel de protección definido se imponga para su conveniencia⁹³. El apoyo (ya en la forma de cuidado consular) que el Estado le concede a sus ciudadanos al encontrarse en el extranjero⁹⁴ resultaría una compensación altamente insuficiente en comparación con esta exigencia⁹⁵.

⁹² En el mismo sentido JAKOBS, AT, 2ª ed., 1991, 5/21; KELLER, en PRITTWITZ ET AL, *Festschrift für Klaus Lüderssen*, 2002, p. 434; ROGALL, en BOUJONG (ed.), *Karlsruher Kommentar zum Gesetz über Ordnungswidrigkeiten*, 2ª ed., 2000, § 7, nm. 3; STRATENWERTH/KUHLEN, AT, 5ª ed., 2004, § 4 nm. 13. Para el grupo de casos contrario - acciones ejecutadas dentro del territorio cuyo resultado tiene lugar en el extranjero - se reconoce ampliamente que sólo puede ser defendido desde el punto de vista preventivo-general de los comportamientos delictivos tabuizados HOYER, en RUDOLPHI ET AL, *Systematischer Kommentar zum Strafgesetzbuch*, 6ª ed., 26ª reimp., 1997, § 9 nm. 3; JAKOBS, AT, 2ª ed., 1992, 5/21; JUNG, JZ, (10), 1979, pp. 329 y ss.; ROGALL, en BOUJONG (ed.), *Karlsruher Kommentar zum Gesetz über Ordnungswidrigkeiten*, 2ª ed., 2000, § 7 nm., es decir que en cualquier caso no se adecuan a la fundamentación de verdaderos injustos criminales.

⁹³ Esto rige solamente entonces, en aquellos casos en que la utilización del principio de personalidad activa - como se contempla en el § 7 inciso 2 número 1 StGB- es dependiente de la circunstancia que el hecho punible conforme al derecho alemán también lo sea en el lugar de los hechos, ya que la persecución de aquellos delitos que no caen dentro del ámbito de aplicabilidad del principio de personalidad pasiva, obliga al ejercicio de coacción por parte del Estado extranjero.

⁹⁴ Véase al respecto AMBOS, en JOECKS/MIEBACH (eds.), *Münchener Kommentar zum Strafgesetzbuch*, t. 1, 2003, §§ 3-7, nm. 45 con ulteriores referencias. La referencia al apoyo estatal pertenece al repertorio clásico de argumentos de los defensores de la idea de deber de lealtad; véase simplemente BERNER, *Wirkungskreis des Strafgesetzes nach Zeit, Raum und Personen*, 1853, p. 131; y LANGE, *DStR*, 1941, p. 6.

⁹⁵ OEHLER, *Internationales Strafrecht*, 2ª ed., 1983, nm. 139. - Aquello que puede ser dicho respecto a este respecto, ya BREMER, *GS*, (17), 1865, p. 426 lo formuló: No debiera „a este respecto ser ignorado qué tipo de conexión es aquella que se constituye entre la protección de derecho internacional que el Estado le entrega a sus ciudadanos en el extranjero, y las supuestas obligaciones del nacional de respetar la ley penal nacional en el extranjero. ¿Porqué debe „corresponder“ esta protección precisamente a esta obligación, y

Argumentar de esta forma implica, sin embargo, subestimar la extensión normativa del concepto de “orden existente de libertad”. Como fue expuesto en el apartado 1, un orden existente de libertad no se limita a permitir una suma de experiencias de libertad individuales al ciudadano. Este orden funda, en cambio, una estructura estable de libertad, si se permite decirlo así. De esta infraestructura, el ciudadano ha sacado partido en el pasado y puede seguir haciéndolo en el futuro sin que tenga que someterse a las cautelas más o menos restrictivas que determine el derecho extranjero. El favorecimiento para el ciudadano alemán residente en el extranjero no se produce recién a su vuelta al ámbito de validez primario del ordenamiento jurídico nacional, sino que se encuentra ya en el derecho irrestrictamente asegurado por el ordenamiento jurídico (artículo 11 inciso primero de la Ley Fundamental Alemana) de poder en cualquier momento regresar y quedarse⁹⁶. Lo valiosa que resulta esta posición normativa para el individuo puede ser confirmada por quienquiera que haya sido privada de ella. De la parte del ciudadano individual corresponde al derecho al retorno una obligación fundamental: él no debe disminuir a los garantes de esta garantía, esto es, al propio Estado, en su (normativa, territorial o simbólicamente facilitada) integridad. El que el ciudadano alemán pueda ser juzgado en su Estado nacional por aquellos “delitos políticos” que haya cometido en el extranjero no se sigue, en contra del encuadramiento más tradicional, de la aplicación del principio de protección⁹⁷, sino que se deduce del principio de personalidad activa correctamente comprendido⁹⁸.

El Código Penal recurre continuamente, de esta forma, al principio de personalidad activa. Ciertos hechos cometidos por ciudadanos alemanes son así punibles cuando afectan exclusivamente bienes jurídicos extranjeros⁹⁹. En estos casos ya no es posible decir que el autor habría incumplido su obligación de contribuir al aseguramiento del estado de seguridad del ordenamiento jurídico nacional. A través de su acción, la integridad de las posiciones jurídicas internas no ha sido lesionada. Desde el punto de vista de la teoría de la pena, las disposiciones en cuestión se dejan justificar por medio de considerarlas como casos especiales del principio de la representación en el ejercicio de la jurisdicción penal. En la medida en que el legislador penal alemán ha renunciado a las condiciones de limitación consistentes en que el hecho también debiera ser punible en el lugar de comisión, se pierde ciertamente la posibilidad de construir una interpretación de este tipo. De esta forma sólo

no, por ejemplo, a la obligación de pagar impuestos a la representación diplomática?”. En el mismo sentido HÄLSCHNER, *System des Preussischen Strafrechts*, v. 2, 1858, p. 61; SCHWARZE, en v. HOLTZENDORFF (ed.), *Handbuch des deutschen Strafrechts*, v. 2, 1871, p. 36.

⁹⁶ BVerfGE 2, 266, 273; 43, 203, 211; DÜRIG, en MAUNZ/DÜRIG, *Grundgesetz*, v. 2, (a febrero de 2005), Art. 11 nm. 92; KRÜGER/PAGENKOPF, en SACHS (ed.), *Grundgesetz*, 3ª ed., 2003, Art. 11 nm. 18; PERNICE, en DREIER (ed.), *Grundgesetz*, v. 1, 2ª ed., 2004, Art. 11, nm. 15.

⁹⁷ Esto rige solamente para intervinientes extranjeros, al respecto bajo 3.

⁹⁸ En el mismo sentido KOHLER, *Internationales Strafrecht*, 1917, p. 90; SCHWARZE, en v. HOLTZENDORFF (ed.), *Handbuch des deutschen Strafrechts*, v. 2, 1871, p. 37. – En términos prácticos, esto implica que el ciudadano alemán merece *ceteris paribus* una sanción más fuerte por sus acciones que el extranjero. (Por ello también abogan v. BAR, *Lehrbuch des internationalen Privat- und Strafrechts*, 1892, p. 224; EL MISMO, *Gesetz und Schuld im Strafrecht*, v. I, 1906, p. 114; BERNER, *Wirkungskreis des Strafgesetzes nach Zeit, Raum und Personen*, 1853 p. 156; HÄLSCHNER, *System des Preussischen Strafrechts*, v. 2, 1858, pp. 66 y ss.; HEINZE, *GA*, (17), 1869, p. 747; OEHLER, en ENGISCH/MAURACH (ed.), *Festschrift für Edmund Mezger*, 1954 p. 97.

⁹⁹ Véase § 5 Nr. 8b, 11a, 15 así como § 7 inciso 2 Nr. 1 StGB.

queda la posibilidad de recurrir a las consideraciones preventivas ya presentadas por OEHLER¹⁰⁰: el vínculo no se constituye a partir de lo que el autor ha hecho, sino que simplemente a partir de las consecuencias que posiblemente puedan vincularlo en el futuro, esto es, una conmoción de la conciencia de normativa causada en el interior. En la medida en que esta interpretación se disfrace de justificación teórico-penal, ésta se ve confrontada por todas las objeciones que pueden ser alzadas en general contra las teorías de la prevención. Materialmente ya no se trata en este caso, por lo tanto, de una sanción de un verdadero injusto penal, sino de acciones de defensa contra el peligro¹⁰¹.

En el caso normal, el ordenamiento jurídico lesionado por el inculpaado corresponde a la misma comunidad jurídica que castiga. Es pensable, sin embargo, la posibilidad de un castigo por representación¹⁰²: la comunidad jurídica A castiga al autor por haber contravenido su deber de ciudadano respecto de la comunidad jurídica B. A diferencia de los demás principios del derecho internacional penal, el principio de la representación en el ejercicio de la jurisdicción penal exhibe una estructura derivada: la coacción penal propia es derivada de otra comunidad jurídica¹⁰³; el Estado doméstico “sólo le presta en estos casos al Estado extranjero su brazo para la imposición de su propia justicia penal”¹⁰⁴. Esta peculiaridad del principio de la representación en el ejercicio de la jurisdicción penal determina amplias consecuencias para sí. De forma sistemática se encuentra mandado, en primer lugar, que el comportamiento del inculpaado sea evaluado directamente desde el punto de vista del derecho del Estado sustituido: la lógica de la normas exige que el juicio respecto a que el inculpaado habría rehusado cumplir con las exigencias de colaboración impuestas por la comunidad extranjera, sea efectuado desde el punto de vista de todas las disposiciones que definan la extensión de la colaboración esperada, es decir, a partir de las reglas pertinentes del derecho extranjero¹⁰⁵. El segundo punto deriva inmediatamente del primero. No basta con que el derecho del lugar del hecho defina un tipo penal correspondiente. También deben ser tomadas en consideración las causas de justificación y de exculpación, así como las limitaciones procesales a la persecución existentes en el derecho del lugar del hecho¹⁰⁶. Aún más: como para la determinación de lo que se espera

¹⁰⁰ Véase nota 37.

¹⁰¹ Esto fue reconocido ya por FEUERBACH; véase FEUERBACH, *Kritik des Kleinschrodischen Entwurfs zu einem peinlichen Gesetzbuche für die Chur-Pfalz-Bayrischen Staaten*, Segunda parte, 1804, p. 6.

¹⁰² Fundamental FEUERBACH, *Kritik des Kleinschrodischen Entwurfs zu einem peinlichen Gesetzbuche für die Chur-Pfalz-Bayrischen Staaten*, Segunda parte, 1804, p. 7; KÖSTLIN, *Neue Revision der Grundbegriffe des Criminalrechts*, 1843, p. 746; EL MISMO, *System des deutschen Strafrecht*, 1855, pp. 29 y 37.

¹⁰³ Así ya KOHLER, en BIRKMEYER ET AL, *Vergleichende Darstellung des deutschen und ausländischen Strafrechts, Besonderer Teil*, v. III, 1906, p. 263. En la literatura reciente, PAPPAS, *Stellvertretende Strafrechtspflege*, 1997, p. 101.

¹⁰⁴ FEUERBACH, *Kritik des Kleinschrodischen Entwurfs zu einem peinlichen Gesetzbuche für die Chur-Pfalz-Bayrischen Staaten*, Segunda parte, 1804, p. 7.

¹⁰⁵ Así ya FEUERBACH, *Kritik des Kleinschrodischen Entwurfs zu einem peinlichen Gesetzbuche für die Chur-Pfalz-Bayrischen Staaten*, Segunda parte, 1804, p. 7.

¹⁰⁶ Así AMBOS, en JOECKS/MIEBACH (eds.), *Münchener Kommentar zum Strafgesetzbuch*, t. 1, 2003, § 7 nm. 13; ESER, «Grundlagen und Grenzen “stellvertretender Strafrechtspflege”», *JZ*, 1993, pp. 882 y ss.; EL MISMO, en SCHÖNKE/SCHRÖDER, *Strafgesetzbuch*, 26ª ed., 2001, § 7 nm. 23; HOYER, en RUDOLPHI ET AL, *Systematischer Kommentar zum Strafgesetzbuch*, 6ª ed., 26ª reimp., 1997, § 3, nm. 40, § 7 nm. 5; JAKOBS, *AT*, 2ª ed., 1991, 5/18; JESCHECK/WEIGEND, *AT*, 5ª ed., 1996, § 18 III 5, p. 175; LAGODNY, *ZStW*, (101), 1989, p. 993; LAGODNY/PAPPAS, *JR*, 1994, p. 163; SCHOLTEN, *Das Erfordernis der Tatortstrafbarkeit in § 7 StGB*, 1995, pp. 146 y ss., y 154 y ss.; SCHRÖDER, *JZ*, 1968, p. 243.

realmente bajo un sistema jurídico extranjero no sólo basta con tomar en cuenta el derecho escrito, sino también el derecho vivido –esto es, practicado en los hechos-¹⁰⁷, también tiene que ser tomada en consideración la impunidad de ciertos círculos de autores que se deriva de circunstancias fácticas¹⁰⁸. Quien quiera desafiar a un sistema jurídico penal que le parezca pervertido no debiera hacer utilización del contenido que anteriormente había despreciado de éste, sino que debiera dar a conocer que pondría en su lugar un ordenamiento distinto, mejor¹⁰⁹. Finalmente, en tercer lugar, el Estado representado debe haber proclamado su concreta voluntad de castigo, ya sea bajo la forma de una solicitud expresa al Estado representante o, en cualquier caso, a través de otra forma de expresión de su conformidad¹¹⁰.

En la situación actual en Alemania, estas exigencias apenas se cumplen. El párrafo 7 inciso segundo del StGB contempla la posibilidad de castigar al autor bajo el derecho penal alemán bajo la única condición de que el hecho también se encuentre amenazado con pena en el lugar de los hechos¹¹¹. Hechos exentos de pena de acuerdo al derecho extranjero son presentados bajo una reserva de *ordre public*¹¹², limitaciones procesales permanecen fuera de toda consideración, especialmente en la jurisprudencia¹¹³. En lo relativo a la voluntad del Estado extranjero respecto de la persecución penal, la formulación del párrafo 7 inciso segundo prácticamente no la toma en cuenta. El resultado es una situación normativa en la cual se confunden sistemáticamente la cooperación internacional y la desconfianza, así como la priorización de la competencia del Estado extranjero y la omisión paternalista de consideración de sus valores, y en la cual la solidaridad jurada sólo puede ser utilizada para su fundamentación de una forma completamente distorsionada¹¹⁴.

¹⁰⁷ “La punibilidad es una hija del derecho positivo y de esta forma también de la constitución vivida y de la práctica de un Estado” (JAKOBS, AT, 2ª ed., 1991, p. 45).

¹⁰⁸ De la misma forma, JAKOBS, AT, 2ª ed., 1991, 5/18; SCHOLTEN, *Das Erfordernis der Tatortstrafbarkeit in § 7 StGB*, 1995, pp. 160 y ss; EL MISMO, ZRP, 1992, p. 477.

¹⁰⁹ JAKOBS, AT, 2ª ed., 1991, 5/18. Similar KÖHLER, AT, 1997, p. 107: El reconocimiento de una reserva de *ordre public* significaría, “con pretensiones pre-positivas, extender el derecho penal de un Estado contra el derecho vigente en el lugar de los hechos del otro Estado”.

¹¹⁰ En el mismo sentido, AMBOS, en JOECKS/MIEBACH (eds.), *Münchener Kommentar zum Strafgesetzbuch*, t. 1, 2003, §§ 3-7, nm. 58, § 7 nm. 30; LAGODNY, ZStW, (101), 1989, p. 993; PAPPAS, *Stellvertretende Strafrechtspflege*, 1997, pp. 101; WEBER, en BAUMANN/WEBER/MITSCH, AT, 11ª ed., 2003, § 7 nm. 70.

¹¹¹ Para su fundamentación se recurre especialmente a las dificultades prácticas a las que la aplicación del derecho penal extranjero llevaría: “El peligro respecto a que el juez se equivoque en la aplicación del derecho extranjero es tan grande que probablemente no aplique ni derecho propio ni derecho extranjero, sino un derecho creado por él mismo” (OEHLER, *Internationales Strafrecht*, 2ª ed., 1983, nm. 144). Estas dificultades no se ven reducidas en la situación jurídica actual, ya que igualmente se le exige la prueba de la punibilidad en el derecho extranjero.

¹¹² Véase BGH GA 1976, 242, 243; para el § 7 inciso 2 Nr. 1 StGB también BGHSt 42, 275, 279; AMBOS, en JOECKS/MIEBACH (eds.), *Münchener Kommentar zum Strafgesetzbuch*, t. 1, 2003, § 7, nm. 15; ESER, en SCHÖNKE/SCHRÖDER, *Strafgesetzbuch*, 26ª ed., 2001, § 7 nm. 9; GRIBBOHM, en JÄHNKE ET AL, *Leipziger Kommentar zum Strafgesetzbuch*, t. 1, 11ª ed., 2003, § 3 nm. 148b, § 7 nm. 28; HOYER, en RUDOLPHI ET AL, *Systematischer Kommentar zum Strafgesetzbuch*, 6ª ed., 26ª reimp., 1997, § 7 nm. 4; KINDHÄUSER, *Strafgesetzbuch*, 2ª ed., 2005, §§ 3-7, nm. 7; LEMKE, en KINDHÄUSER ET AL, *Nomos Kommentar zum Strafgesetzbuch*, t. 1, 2ª ed., 2005, § 7, nm. 7; WESSELS/BEULKE, AT, 35ª ed., 2005, nm. 72.

¹¹³ Véase BGHSt 2, 160, 161; BGH NJW 1954, 1086; GRIBBOHM, en JÄHNKE ET AL, *Leipziger Kommentar zum Strafgesetzbuch*, t. 1, 11ª ed., 2003, § 7 nm. 32 y ss.; LEMKE, en KINDHÄUSER ET AL, *Nomos Kommentar zum Strafgesetzbuch*, t. 1, 2ª ed., 2005, § 7, nm. 9; FISCHER, en TRÖNDLE/FISCHER, *Strafgesetzbuch und Nebengesetze*, 52ª ed., 2004, § 7, nm. 7.

¹¹⁴ En el mismo sentido la evaluación de PAPPAS, *Stellvertretende Strafrechtspflege*, 1997, pp. 12 y 102.

3. Un status jurídico completamente distinto posee dentro de la comunidad jurídica quien permanece fuera de esta comunidad. Como quien actúa desde fuera no pertenece al círculo de aquellos a quienes el ordenamiento jurídico en cuestión les otorga libertad, la co-responsabilidad por la conservación de este orden no le compete a éste. Al no atacar al ordenamiento jurídico en tanto *ciudadano*, no puede éste realizar un *injusto del ciudadano*. La extensión del ámbito de validez de un ordenamiento jurídico penal nacional hacia agentes externos, como sucede con el principio de protección y con el principio de personalidad pasiva, no puede ser de esta forma comprendida como una ampliación del ámbito de validez de genuinos injustos criminales. La doctrina dominante, adherente al paradigma de la protección de bienes jurídicos, es constitutivamente ciega a la posición especial que tienen estos principios. Prácticamente todo bien jurídico -las excepciones resultan simplemente de la interpretación de tipos específicos de la Parte Especial- podrían ser afectados tanto por agentes internos como externos. La afirmación de la existencia de una diferencia fundamental entre autores externos e internos parece ser, desde este punto de vista, infundada. La antigua teoría del derecho internacional penal -todavía no hechizada por el dogma de la protección de bienes jurídicos- se encontraba completamente consciente respecto a la existencia de esta diferencia. Sea que conceptualizaran la protección frente a agentes externos como una forma de legítima defensa¹¹⁵, o que hicieran un llamado a una forma de "derecho penal natural"¹¹⁶ o incluso que invocaran al *ius belli*¹¹⁷, en cualquier caso los antiguos autores se encontraban extendidamente de acuerdo respecto a que en estos casos las categorías tradicionales de fundamentación del derecho penal fallaban.

Quien con mayor claridad explicó de qué se trata en lugar de esto fue BEKKER. En su "Teoría del derecho penal actual" -publicada en 1859- BEKKER sostenía que el Estado ciertamente no debiera castigar a externos. "Pero el *punire ne peccetur* parece que debiera estarle autorizado entre otros medios de protección. La teoría de la prevención general de Feuerbach podría precisamente encontrar aplicación frente a contravenciones cometidas por extranjeros en un territorio distinto del suyo. El Estado se protege por medio de la prohibición. Eso es suficiente para quienes tienen una disposición a la hostilidad, sin decidirse todavía por ésta. A éstos, [el Estado] los intimida por medio de la amenaza de pena en caso que infrinjan la prohibición. La ejecución de la pena sólo sirve al fortalecimiento de la amenaza."¹¹⁸ Frente a residentes en el extranjero, la consideración, en cierta medida desnuda, de la protección de bienes jurídicos, se hace eficaz. Se trata de proteger, dentro de lo posible, a los bienes jurídicos internos frente a puestas en peligro. Cuando ello no se consigue en el caso individual, la imposición de medidas coactivas en contra del creador de la afectación en cuestión debiera tener el sentido de contribuir a una

¹¹⁵ Así especialmente ABEGG, *Über die Bestrafung der im Ausland begangenen Verbrechen*, 1819, pp. 42 y ss y 51 y ss.; V. BAR, *Lehrbuch des internationalen Privat- und Strafrechts*, 1892, p. 224 (manual); EL MISMO, *Gesetz und Schuld im Strafrecht*, v. I, 1906, p. 114 (ley y culpabilidad); EL MISMO, GA, (15), 1867, p. 664; EL MISMO, GS, (28), 1876, p. 454; cercano ARNOLD, GS, (9), 1857, p. 340.

¹¹⁶ BERNER, *Wirkungskreis des Strafgesetzes nach Zeit, Raum und Personen*, 1853, pp. 149 y ss.; EL MISMO, *Lehrbuch des Deutschen Strafrechts*, 17ª ed., 1895, p. 251.

¹¹⁷ ABEGG, *Lehrbuch der Strafrechts-Wissenschaft*, 1836, pp. 89 y ss.; HEFFTER, *Lehrbuch des gemeinen deutschen Criminalrechts*, 1833, p. 41; HENKE, *Handbuch des Criminalrechts und der Criminalpolitik*, 1823, pp. 607 y ss.; así también BAUER, *Lehrbuch des Strafrechts*, 2ª ed., 1833, p. 75 ("acción enemiga") y HEINZE, GA, (17), 1869, pp. 746 y ss. ("estado de guerra").

¹¹⁸ BEKKER, *Theorie des heutigen Deutschen Strafrechts*, 1859, pp. 192 y ss.

elevación del nivel futuro de seguridad de los bienes. No se trata materialmente en estos casos de una pena sino que, en una sola expresión, de una pura defensa frente a peligros¹¹⁹.

Una importante consecuencia de este hallazgo fue extraída por el propio BEKKER: las reglas penales como tales no debieran “ser aplicadas para el manejo de estas infracciones (...) sino sólo en aquellos casos individuales en los cuales sean compatibles con las consecuencias que se derivan de estos principios de protección penal.” Esto nos obligaría a “desarrollar una teoría especial del castigo de los delitos cometidos en el extranjero por extranjeros, la cual ciertamente en varios aspectos coincide con la teoría usual del derecho penal, pero en otros –por ejemplo en relación con la imputación– debiera llevar a resultados completamente distintos”¹²⁰. Así, es aquí donde tiene su buen sentido útil orientar la interpretación del párrafo 17 segunda frase del StGB a la exigencia de una intimidación lo más efectiva posible, y a negar de esta forma de entrada la posibilidad de una reducción de la pena respecto de todo inculpado que haya podido reconocer que su comportamiento era idóneo para afectar los intereses de la República Federal. Por lo demás, en la comprobación de la exigibilidad han de quedar generalmente fuera de consideración las expectativas de lealtad con las cuales el inculpado se ve confrontado con su Estado de origen, así como las sanciones que se conminan para el caso de su frustración. No menos significativo es, sin embargo, un segundo punto: la procedencia de la imposición de una sanción de este tipo falla en todos aquellos casos en los cuales no subsistan necesidades de prevención, por ejemplo porque el Estado que envió a espiar al imputado ya no exista¹²¹. Pero uno debiera designar las cosas por su justo nombre, es decir, admitir la existencia de una dogmática especial. Sólo de esta forma se elimina el peligro de una contaminación del derecho penal regular¹²².

¹¹⁹ Durante la República de Weimar, esta comprensión se encontraba vigente en un número aún más reducido de autores (así en particular WEGNER, *Kriminelles Unrecht, Staatsunrecht und Völkerrecht*, 1925, pp. 20 y ss.; EL MISMO, en HEGLER (ed.), *Festgabe für Reinhard v. Frank*, t. I, 1930, pp. 152 y ss.: En el caso del principio de protección, no se trataría “de una verdadera validez de los mandatos alemanes para los extranjeros (...), sino más bien de coerción”, de forma tal que en estos casos “se trata de pura seguridad, no de la aplicación del derecho penal”. Más lejano SMEND, *Verfassung und Verfassungsrecht*, 1928, p. 83: se trataría de una „forma especial de en cierta forma funciones de justicia, la cual sin embargo, a diferencia de la verdadera justicia, no se vería impregnada por los valores del derecho, sino sólo de la imposición del poder del Estado“.) Lo mismo vale para la dogmática penal actual. Aquí deben ser nombrados en primera línea STRATENWERTH y KUHLEN, *AT*, 5ª ed., 2004, § 4 nm. 18: respecto del principio de protección se trataría exclusivamente de medidas de auto-protección. “Vestirlas en las ropas de la pena es un error común que desnaturaliza el reproche socio-ético que subyace a la pena”. El status especial de las medidas amparadas en el principio de protección es enfatizado además por JAKOBS, *AT*, 2ª ed., 1991, p. 62 y KASPAR, *MDR*, 1994, p. 546. A un “estado pre-estatal del derecho penal” se refiere KÖHLER, *AT*, 1997, p. 104; una “situación similar a la legítima defensa” constata AMBOS, en JOECKS/MIEBACH (eds.), *Münchener Kommentar zum Strafgesetzbuch*, t. 1, 2003, §§ 3-7 nm. 40.

¹²⁰ BEKKER, *Theorie des heutigen Deutschen Strafrechts*, 1859, pp. 193 y ss.

¹²¹ El Tribunal Constitucional Federal buscaría acercarse a la cuestión por medio de la construcción ad hoc de un escollo a la persecución penal (BVerfGE 92, 277, 335). Contundentemente crítico respecto de esta decisión, F.-C. SCHROEDER, *JR*, 1995, pp. 441 y ss.

¹²² „Externos” en el sentido aquí utilizado no son sólo quienes a la luz de esta contribución son tomados como agresores externos del ordenamiento jurídico. Existen además individuos cuyo status de participantes ha sido extraviado debido a su comportamiento. Mantener la consideración de co-responsable respecto de la generalidad de un autor desconsiderado respecto del injusto que ha cometido – aún teniendo en cuenta su castigo penal como ciudadano – solamente es plausible a la larga, si cada injusto se deja aislar en la biografía del implicado. Dicho de otra forma: el autor debe dejar reconocer que no se ha apartado por principios y de forma duradera de su comunidad – por ejemplo al introducirse en

Además el ámbito de aplicación de este derecho especial debiera ser estrechamente recortado. También a este respecto ya BEKKER dijo todo lo necesario: “las delitos en cuestión deben realmente poner en peligro los intereses de nuestro Estado; nuestro Estado no ha de tener un mejor modo de enfrentar este peligro; ha de existir una expectativa cierta de prevenir peligros similares a futuro a través de la amenaza y de la sanción que la enfatiza y confirma; sólo en aquellos casos en que estos principios resulten cumplidos en conjunto, puede el Estado hacer uso legítimo de este derecho penal de protección”¹²³. El principio de personalidad pasiva, en cualquier caso fuertemente repudiado por la literatura actual¹²⁴, no se deja legitimar de forma convincente ni siquiera haciendo referencia al punto de vista del derecho de protección. Los casos pertinentes debieran ser manejados de acuerdo a los requisitos del principio de la representación en el ejercicio de la jurisdicción penal¹²⁵ y, en aquellos casos en los cuales no existe conminación penal en el lugar de los hechos, conforme al principio de universalidad. En los casos en que la competencia penal de la República Federal no se deja fundamentar de esta forma, ello debiera permanecer así.

Por mucho tiempo la vista estuvo fijada en aquellos actores que atacan un ordenamiento jurídico desde afuera. Junto a estos casos también existen casos en los cuales el autor realiza sus actos fuera de ordenamientos de paz que funcionen o bajo la protección de sistemas de derecho pervertidos en su conjunto. Los delitos del derecho penal internacional**, respecto de los cuales conforme al parágrafo 1 del VStGB [Código de Derecho Penal Internacional]

una organización criminal casi institucional o por haber puesto a disposición de otros una institución que decididamente se ha propuesto la debilitación y, a la larga, destrucción de su ordenamiento jurídico y social nacional. Quien de esta forma rompe con el ordenamiento jurídico puede ser manejado por la comunidad jurídica como un *Extraneus* – aunque en sí sea un *Intraneus*-. Esto es, el derecho penal del ciudadano se convierte en derecho penal del enemigo. (Fundamental JAKOBS en ESER/HASSEMER/BURKHARDT (eds.), *Die Deutsche Strafrechtswissenschaft vor der Jahrtausendwende*, 2000, pp. 51 y ss.; EL MISMO, *HRRS*, 2004, pp. 88 y ss. Crítico recientemente CANCIO, «Feind “strafrecht”», *ZStW*, (117), 2005, pp. 267 y ss. La expresión enemigo no debiera irritar. “El reconocimiento de una enemistad fáctica consistente como punto de partida para su delimitación es una actitud más positiva que su negación total” (BÖCKENFÖRDE, *Die Rechtsauffassung im kommunistischen Staat*, 1967, p. 463, n. 118).

¹²³ BEKKER, *Theorie des heutigen Deutschen Strafrechts*, 1859, p. 193.

¹²⁴ Véase ESER, en VOGLER (ed.), *Festschrift für Hans Heinrich Jescheck*, t. II, 1985, p. 1373; HENRICH, *Das passive Personalitätsprinzip im deutschen Strafrecht*, 1994, pp. 59 y ss., 143 y ss., y 215 y ss.; JESCHECK, *Strafrecht im Dienste der Gemeinschaft*, 1980, p. 541; LAGODNY/NILL-THEOBALD, *JR*, 2000, p. 206; OEHLER, «Die Ausbildung von Frankreichs Internationalem Strafrecht in der Neuzeit», en BOCKELMANN ET AL, *Festschrift für Karl Engisch*, 1969, p. 302 (el principio de personalidad pasiva sería “el peor de todos los principios”); SCHULTZ, *GA*, 1966, p. 202; WEBER, en BAUMANN/WEBER/MITSCH, *AT*, 11ª ed., 2003, § 7, nm. 62. El principio de personalidad pasiva ha encontrado su expresión legislativa en el § 5 Nr. 6-9 y sobre en el § 7 inciso 1 StGB.

¹²⁵ JESCHECK/WEIGEND, *AT*, 5ª ed., 1996, § 18 III 5, p. 174 observan ya *de lege lata* que el § 7 inciso 1 del StGB constituiría una peculiaridad del principio de la representación en el ejercicio de la jurisdicción penal. En esa dirección, también JAKOBS, *AT*, 2ª ed., 1001, 5/18. La circunstancia que el § 7 inciso 1 del StGB exija punibilidad del acto en el lugar del hecho no es suficiente para las exigencias de este principio correctamente exigido; con mayor detalle en la sección 2.

** Nota de los traductores: en alemán los conceptos de derecho internacional penal (*internationales Strafrecht*) –relativo en principio a la extensión de la facultad de sancionar penalmente de un Estado nacional- y derecho penal internacional (*Völkerstrafrecht*) –referido en principio a delitos que afectarían a la comunidad penal internacional en sí, y que por ello se vincularían más directamente al derecho internacional público (*Völkerrecht*, similar a nuestro antiguo concepto de “derecho de gentes”)- son fácilmente distinguibles. En español, estos conceptos suelen ser traducidos de distintas formas, lo que puede producir confusiones. En esta traducción se utiliza el concepto de derecho internacional penal como traducción de “*internationales Strafrecht*” y derecho penal internacional como traducción de “*Völkerstrafrecht*”.

rige el principio de universalidad¹²⁶, se enmarcan típicamente en la categoría de la así llamada “macro-criminalidad”¹²⁷. Estos actos o bien son realizados en el marco de un conflicto armado –así en el caso de los crímenes de guerra (parágrafos 8 a 12 del VStGB)- o son camuflados por un ordenamiento que niega sistemáticamente el reconocimiento de derechos fundamentales de libertad a ciertos grupos determinados –así tanto en los casos de los delitos de genocidio como en el de los demás crímenes contra la humanidad (parágrafos 6 y siguientes del VStGB)-. En estos casos, el sentido de la sanción de los hechos en cuestión no puede corresponder al fortalecimiento de un ordenamiento de libertad existente. La imposición de la sanción sirve, en cambio, a contribuir a la recomposición futura de la sociedad en cuestión. A través de la satisfacción de las necesidades de desagravio de las víctimas, de la neutralización de autores fuertemente comprometidos¹²⁸ y de la demostración de la vigencia y de la capacidad de hacer respetar estándares básicos de justicia de la humanidad¹²⁹, se pretenden construir los cimientos para un mejoramiento duradero del estado actual sobre el cual se actúa¹³⁰.

La dogmática penal tradicional, que apenas esporádicamente se ha preocupado de la pregunta por los fines del acto de sancionar conforme a las reglas del derecho penal internacional¹³¹, ciertamente reconoce las particularidades que afectan al derecho penal

¹²⁶ En el § 6 numerales 2-9 StGB se estatuyen otros casos de aplicabilidad del principio de universalidad. La heterogeneidad de los tipos contenidos allí y la enorme diferencia de peso de las acciones allí descritas son comúnmente criticadas (fundamental MERKEL, en LÜDERSSEN (ed.), *Aufgeklärte Kriminalpolitik oder Kampf gegen das Böse?*, t. III, 1998, p. 240; recientemente AMBOS, en JOECKS/MIEBACH (eds.), *Münchener Kommentar zum Strafgesetzbuch*, t. 1, 2003, § 6 Rn. 3 y WEIGEND, en ARNOLD ET AL, *Menschengerechtes Strafrecht (Festschrift für Albin Eser)*, 2005 p. 958).

¹²⁷ Fundamental respecto de esta terminología, JÄGER, «Makrocriminalität als Gegenstand des Völkerstrafrechts», en HANKEL/STUBY (eds.), *Strafgerichte gegen Menschheitsverbrechen*, 1995, pp. 326 y ss.

¹²⁸ Al respecto enfático JÄGER, en HANKEL/STUBY (eds.), *Strafgerichte gegen Menschheitsverbrechen*, 1995, pp. 345 y ss.

¹²⁹ Este efecto deseado de las sanciones de derecho penal internacional es puesto en el centro de los esfuerzos de legitimación de la literatura en lengua alemana (véase ESER, en DONATSCH ET AL, *Festschrift für Stefan Trechsel*, 2002, p. 233 y s.; MERKEL, en MERKEL/WITTMANN (eds.), *„Zum ewigen Frieden“*, 1996, pp. 349 y ss.; MÖLLER, *Völkerstrafrecht und Internationaler Strafgerichtshof – kriminologische, straftheoretische und rechtspolitische Aspekte*, 2003, pp. 507 y ss.; NEUBACHER, *Kriminologische Grundlagen einer internationalen Strafgerichtsbarkeit*, 2005, pp. 424 y ss.; TRIFFTERER, «Völkerstrafrecht im Wandel?», en VOGLER (ed.), *Festschrift für Hans-Heinrich Jescheck*, v. II, 1985, pp. 1500 y ss.; WERLE, *Völkerstrafrecht*, 2003, nm. 86; EL MISMO, «Menschenrechtsschutz durch Völkerstrafrecht», *ZStW*, (109), 1997, p. 821.

¹³⁰ Respecto de esta diferencia ya JAKOBS lo había abiertamente advertido: JAKOBS, «Untaten des Staates-Unrecht im Staat», *GA*, 1994, p. 18; EL MISMO, en KODALLE (ed.), *Strafe muß sein! Muß Strafe sein?*, 1998, pp. 38 y ss.; EL MISMO, en ESER/HASSEMER/BURKHARDT (eds.), *Die Deutsche Strafrechtswissenschaft vor der Jahrtausendwende*, 2000, pp. 54 y ss.; EL MISMO, «Personalität und Exklusion im Strafrecht. Die Strafrechtswissenschaften im 21. Jahrhundert», en COURAKIS (ed.), *Festschrift für Spinellis*, t. I, 2001, p. 465; EL MISMO, en ESER/HASSEMER/BURKHARDT (eds.), *Die Deutsche Strafrechtswissenschaft vor der Jahrtausendwende*, 2000, pp. 94 y ss. De forma similar recientemente LÜDERSSEN, *„Daß nicht der Nutzen des Staats Euch als Gerechtigkeit erscheine“*, 2005, p. 64. – KELLER, en PRITTWITZ ET AL, *Festschrift für Klaus Lüderssen*, 2002, p. 429, enfatiza que una norma que obliga a todos los miembros de la humanidad “materialmente (sería) una norma distinta” a las normas válidas internas y esencialmente consolidadas de un Estado. JÄGER, en HANKEL/STUBY (eds.), *Strafgerichte gegen Menschheitsverbrechen*, 1995, p. 346 deja expresamente abierta la cuestión sobre si las sanciones del derecho penal internacional „serían finalmente una pena o una medida con elementos penales cuya imputación y juicio deben cumplirse en un proceso con forma jurídica“.

¹³¹ Así la evaluación coincidente de AMBOS, «"Impunidad", Makrocriminalität und Völkerstrafrecht: zu Ausmaß, Ursachen und Grenzen der weltweiten Straflosigkeit von Menschenrechtsverletzungen», *KritV*, 1996, pp. 365 y ss., GIERHAKKE, *Begründung des Völkerstrafrechts auf der Grundlage der Kantischen Rechtslehre*, 2005, pp. 19 y ss., MÖLLER, *Völkerstrafrecht und Internationaler Strafgerichtshof – kriminologische*,

internacional, pero minimiza sus diferencias con el derecho penal interno tradicional. A ésta le parece que el hecho que los delitos nucleares del derecho penal internacional deban ser castigados por medio de penas, constituye una “obviedad respecto de la cual no es necesario reflexionar más”¹³². Así, AMBOS y STEINER enfatizan que la comunidad internacional se encontraría “hoy en el mismo lugar en el que los Estados nacionales se encontraban en su fase de formación: en el diseño y consolidación de un monopolio de la violencia (del derecho penal internacional)”¹³³. A falta de un ordenamiento de derecho penal internacional en funcionamiento, el fin del derecho penal internacional se encontraría ante todo “en servir a la contribución a la *construcción y consolidación* de un orden de valores (penal) internacional”¹³⁴. Pese a ello, apenas unas líneas más adelante sugieren AMBOS y STEINER la existencia de una consonancia axiológica entre el derecho penal estatal y el derecho penal supra-estatal: “así como el derecho penal intra-estatal sirve a la convivencia pacífica de los hombres dentro de un Estado, persigue el derecho penal internacional este fin por encima de las fronteras de los Estados”¹³⁵. De una forma similar en su falta de precisión argumentan ESER, WERLE y ROXIN. Éstos también reconocen que el derecho penal internacional puede servir a la “*imposición*” de estándares jurídicos deseables¹³⁶, así como a la “*construcción* de una cultura nacional de los derechos humanos”¹³⁷ y a la “realización del viejo sueño de la humanidad de una paz eterna”¹³⁸. Sin embargo, tampoco llegan a reconocer las diferencias que se presentan entre la confirmación de la existencia de un ordenamiento existente de paz y el establecimiento de un ordenamiento futuro¹³⁹. A la luz del pensamiento dominante relativo a la protección de bienes jurídicos, esta falta de

straftheoretische und rechtspolitische Aspekte, 2003, p. 413, NEUBACHER, *Kriminologische Grundlagen einer internationalen Strafgerichtsbarkeit*, 2005, pp. 422 y ss., y TOLMEIN, «Strafrecht Als Instrument Zur Schaffung Von Frieden: Das Beispiel Des Icty», en HASSE ET AL, *Humanitäres Völkerrecht*, 2001, p. 499. El trabajo de MÖLLER (pp. 413 y ss.) representa el más detallado tratamiento de este círculo de problemas en idioma alemán en mucho tiempo.

¹³² MÖLLER, *Völkerstrafrecht und Internationaler Strafgerichtshof – kriminologische, straftheoretische und rechtspolitische Aspekte*, 2003, pp. 413 y ss. – Ejemplar MOHR, «Strafrechtliche Verantwortlichkeit und Staatenverantwortlichkeit», en HANKEL/STUBY (ed.), *Strafgerichte gegen Menschheitsverbrechen*, 1995, p. 407: „Sólo por medio del derecho penal puede el individuo alcanzar y ser sancionado adecuadamente por su comportamiento criminal. Esto rige para crímenes internacional en generales. Sin tener en cuenta el enraizamiento social y político (...) se trataría respecto de esta necesidad de recriminación de una verdadera responsabilidad penal”

¹³³ AMBOS/STEINER, «Vom Sinn des Strafens auf innerstaatlicher und supranationaler Ebene», *JuS*, 2001, p. 10.

¹³⁴ AMBOS/STEINER, *JuS*, 2001, p. 13 (énfasis agregado).

¹³⁵ AMBOS/STEINER, *JuS*, 2001, p. 13.

¹³⁶ ESER, en DONATSCH ET AL, *Festschrift für Stefan Trechsel*, 2002, p. 233 (énfasis agregado).

¹³⁷ WERLE, *Völkerstrafrecht*, 2003, p. 821 (énfasis agregado).

¹³⁸ ROXIN, «Die Strafrechtswissenschaft vor den Ausgaben der Zukunft», en ESER/HASSEMER/BURKHARDT (eds.), *Die Deutsche Strafrechtswissenschaft vor der Jahrtausendwende*, 2000, p. 390.

¹³⁹ Otros autores se las arreglan de modo más simple. Así PRITTWITZ funda la calidad de genuino derecho penal del derecho penal internacional en que en éste se trataría de una “reacción jurídicamente dirigida a lesiones fijadas legislativamente de bienes jurídicos, las que en un procedimiento jurídico pueden ser atribuidas objetiva y subjetivamente a un individuo” (PRITTWITZ, «Internationales Strafrecht: die Zukunft einer Illusion», *JRE*, (11), 2003, p. 481. De ello no se deriva en ningún caso, sin embargo, la juridicidad del proceso en cuestión ni menos la legitimidad de esta forma de reacción “penal”. Aún menos convence la consideración de MÖLLER, *Völkerstrafrecht und Internationaler Strafgerichtshof – kriminologische, straftheoretische und rechtspolitische Aspekte*, 2003, p. 418, respecto a que una ausencia de punición deliberada y consciente de la criminalidad grave -simplemente porque ésta sería inmunizable en virtud de la intervención estatal- afectaría también a la legitimación del derecho penal en relación con el castigo interno de la “criminalidad cotidiana”. La historia del derecho penal, el que hasta ahora ha recorrido un largo trecho sin derecho penal internacional, demuestra lo contrario.

conciencia apenas debe sorprender. Como fuera mostrado más arriba, a la idea que el derecho penal debe orientarse a la tarea de proteger bienes jurídicos corresponde una interpretación prevencionista de la pena, la cual, como lo formulara exactamente KOHLER, lleva “al derecho penal a transformarse en potestad policial y a los fines del derecho penal en protección policial”¹⁴⁰. Si las sanciones del derecho penal deben ser legitimadas en su totalidad bajo apelación a sus efectos futuros, entonces no puede tratarse decisivamente de las diferentes posiciones iniciales¹⁴¹.

Las cosas se presentan de forma distinta desde las bases del modelo de legitimación aquí defendido. De acuerdo con éste, la condición esencial de realización de un injusto penalmente relevante se encuentra en la existencia de un ordenamiento jurídico, el cual – aun en una forma altamente imperfecta- le otorga existencia real a la libertad de los miembros de la comunidad jurídica. Al faltar esta condición –situación que, como se ha advertido, caracteriza a los delitos del derecho penal internacional¹⁴²-, los hechos que tienen lugar por aprovechamiento de este vacío no merecen ser designados como un injusto criminal¹⁴³. El contenido de injusto moral de este tipo de hecho es ciertamente, al menos en la mayor parte de los casos, tan exorbitante que el recurso a la idea del *malum in se* resulta difícil de resistir. El problema central de un acercamiento de este tipo consiste en que desde esta base ninguna legitimación convincente (precisamente) de la pena puede ya

¹⁴⁰ KOHLER, *Internationales Strafrecht*, 1917, p. 93. – Similar también v. BAR, GS, (18), 1870, pp. 87 y ss, n. 2, sobre el reenvío de BINDING del derecho internacional penal al principio de protección: „Según Binding el derecho penal es esencialmente un derecho virtual de protección policial que sirve a la protección de las personas y cosas en el territorio“.

¹⁴¹ Ejemplar TRIFFTERER, en GÖSSEL/TRIFFTERER (eds.), *Gedächtnisschrift für Heinz Zipf*, 1999, p. 500: como “medio para la protección de bienes jurídicos de gran valor” sería el derecho penal, también en el derecho internacional, imprescindible.

¹⁴² De ello se puede derivar una definición de los hechos punibles del derecho internacional: aquellos delitos se caracterizan principalmente, porque mediante ellos se niegan las condiciones elementales mínimas de un ordenamiento existente de libertad, los cuales por lo tanto afectan a la persona individual a través de un ataque a las condiciones institucionales de su existencia. La determinación conceptual aquí propuesta es cercana a aquella entregada por KÖHLER, el que define a los crímenes universales como „negación de la capacidad del derecho constitucional e internacional, es decir de una condición fundamental de la autonomía de un pueblo así como de un Estado“. (KÖHLER, *JRE*, (11), 2003, p. 457). La opinión determina el ámbito de los tipos del derecho penal internacional de forma más amplia; al respecto con mayor detalle WEIGEND, en ARNOLD ET AL, *Menschengerechtes Strafrecht (Festschrift für Albin Eser)*, 2005, pp. 966 y ss.

¹⁴³ Otra visión recientemente en GIERHAKE, *Begründung des Völkerstrafrechts auf der Grundlage der Kantischen Rechtslehre*, 2005, p. 157: la pena ciertamente dependería, para su ejercicio conforme a la libertad, de la constitución de la comunidad en instituciones dotadas de capacidad de acción. El fundamento jurídico de la pena podría ser encontrado, sin embargo, en principios jurídicos generales pre-estatales. La idea que la consecuencia del injusto es la pena tendría el rango de una “necesidad de la razón y ciertamente en un primer paso es pensable que sea independiente de aquella estabilización estatal de los comportamientos jurídicos”. Parece ciertamente dudoso considerar que la dignidad filosófica de una pena de esta clase-impuesta fuera de ordenamiento existentes de libertad- se deje demostrar con la ayuda de una diferenciación entre el fundamento jurídico y las condiciones de ejercicio de una pena. Si la pena -como GIERHAKE concede expresamente- se encuentra vinculada a una comunidad constituida para su realización conforme a la libertad, ello tiene como consecuencia que una pena fuera de aquellas estructuras institucionales no puede ser ejecutada en una forma conforme a la libertad. En otras palabras, GIERHAKE ciertamente fundamenta la independencia del Estado de la pena como un pensamiento puro, no sin embargo aquella de la pena ejecutada en los hechos. Esto –la no legitimación de la ejecución del acto coactivo-, sin embargo, debe contar para toda teoría de la pena obligada para con la idea de libertad como un verdadero escándalo, así como precisamente lo contrario de todas las consideraciones sobre legitimación de la pena. La lógica de las reflexiones de GIERHAKE podría más bien ser usada para *negar* el genuino carácter de penas de las sanciones del derecho penal internacional.

desarrollarse. Un delincuente a quien se le imponga el *malum* solamente por ser culpable de un *malum*, se encontraría en una secuencia irracional de la imposición de dos males y de esta forma precisamente en aquella versión de la teoría de la retribución que –como fue mostrado bajo el apartado 1- desde HEGEL ha sido desacreditada¹⁴⁴. Por esto, sólo es posible dar cuenta adecuadamente de la específica finalidad de las sanciones del derecho penal internacional, por la vía de excluir los delitos pertinentes del ámbito del derecho penal regular, para someterlos a una dogmática más fuertemente orientada a la prevención¹⁴⁵. El que esto es impensable bajo un punto de vista valorativo se deriva de una comparación con el principio de protección anteriormente tratado¹⁴⁶. Así como pueden aplicarse masivas sanciones a los extranjeros que lesionen bienes jurídicos internos alemanes desde el extranjero, también puede ser aceptada una relajación de las exigencias del derecho penal del ciudadano tratándose de la protección del ámbito nuclear de los derechos humanos. “Si esta protección corresponde al derecho penal internacional, su legitimidad no es menor a aquella de la auto-protección de un Estado soberano”¹⁴⁷.

El status sistemático especial de los delitos del derecho penal internacional justifica, por un lado, ciertas disminuciones de los estándares del derecho interno que rigen para el derecho penal alemán tradicional¹⁴⁸. Por otra parte, sin embargo, la aplicación del VStGB debe orientarse de forma consecuente con el objetivo de la pacificación social y de la recomposición. Esto tiene como consecuencia que la evaluación política y jurídica de la situación debe jugar un rol mucho mayor al que juega en el derecho penal tradicional. El

¹⁴⁴ Véase HEGEL, *Grundlinien der Philosophie des Rechts*, § 99 A (obra editada por Moldenhauer/Michel, v. 7), 1986, 99 A (v. 7, p. 187).

¹⁴⁵ En el mismo sentido, JAKOBS (al respecto ver nota 130).

¹⁴⁶ La argumentación que se presenta a continuación sigue estrechamente a las consideraciones de KELLER, en PRITTWITZ ET AL, *Festschrift für Klaus Lüderssen*, 2002, p. 434.

¹⁴⁷ KELLER, en PRITTWITZ ET AL, *Festschrift für Klaus Lüderssen*, 2002, p. 434.

¹⁴⁸ Considérese por ejemplo desde un punto de vista jurídico material las posibilidades de limitación de las causas de justificación y de exculpación (introducción de un requisito de proporcionalidad en la legítima defensa [Art. 31 inc. 1 c) del Estatuto de Roma, BGBl. II 2000, p. 1393] y del estado de necesidad exculpante [Concesión de una excusa sólo cuando el daño causado no sea mayor que el daño prevenido [Art. 31 inciso 1 d) del Estatuto de Roma; sobre la compatibilidad de una cláusula de este tipo con el fundamento del estado de necesidad exculpante: PAWLIK, «Eine Theorie des entschuldigenden Notstandes: Rechtsphilosophische Grundlagen und dogmatische Ausgestaltung», *JRE*, (11), 2003, p. 310). En materia procesal, téngase en consideración por ejemplo la limitación al principio de investigación oficial correspondiente al Art. 69 inciso. 3 segunda frase del Estatuto de Roma. Particularmente delicada es la pregunta por la relación de los tipos de derecho penal internacional con el principio de *nullum crimen, nulla poena sine lege*. En lo que respecta al VStGB, usualmente se señala que algunas de sus reglas (cuyo objetivo es transformar al derecho penal internacional en derecho doméstico) se encuentran en un estado de relación precario con el mandato constitucional de determinación. Teniendo en consideración la simpatía general de la Ley Fundamental con el derecho penal internacional, este déficit parece inofensivo (más específicamente SATZGER, «Das neue Völkerstrafgesetzbuch», *NStZ*, 2002, pp. 130 y ss.; EL MISMO, «Die Internationalisierung des Strafrechts als Herausforderung für den strafrechtlichen Bestimmtheitsgrundsatz», *JuS*, 2004, pp. 945 y ss.; WERLE/JEBBERGER, «Das Völkerstrafgesetzbuch», *JZ* 2002, p. 730). El Estatuto de Roma es, por cierto, considerablemente más generoso. En sus disposiciones no se le asigna ninguna conminación penal concreta a cada tipo particular; en los artículos 77-80 del Estatuto se encuentran apenas algunas muy generales disposiciones sobre la determinación de la pena. Este manejo laxo del *nulla poena* es a este respecto inofensivo, de acuerdo a TRIFFTERER, en GÖSSEL/TRIFFTERER (eds.), *Gedächtnisschrift für Heinz Zipf*, 1999, p. 501, ya que el principio en cuestión de acuerdo a sus raíces históricas solamente perseguiría la misión de limitar la discrecionalidad de la omnipotente coacción del Estado respecto del individuo impotente a este respecto. ¿Pero se encuentra el individuo inculpaado ante un tribunal internacional en una situación de menor impotencia que frente a un tribunal nacional?

derecho alemán actual sigue exactamente el curso contrario: el párrafo 153 del StPO permite reconocer que el legislador, en relación con todos los delitos de derecho penal internacional de acuerdo a los párrafos 6 y siguientes del VStGB, asume la existencia de una obligación de persecución de la justicia alemana¹⁴⁹. Solamente en aquellos casos, en los cuales ninguna conexión interna resulte evidente, se reconoce la posibilidad de prescindir procedimiento o de ponerle término. Esta situación legislativa no se adecua a las particularidades de las transiciones desde sistemas macro-criminales a ordenamientos estatales conformados como Estados de derecho. No existe ninguna fórmula patentada sobre cómo sociedades material y moralmente quebradas, pueden ser pacificadas de la forma más exitosa posible, así como reconducidas a la conservación de estándares mínimos de civilización. Un paternalismo sancionatorio está aquí fuera de lugar: ante todo deben los involucrados por sí mismos aclarar lo que ellos quieren¹⁵⁰. Tan pronto como la sociedad afectada regrese a un estado de orden y hasta cierto punto a un estado de derecho, debe ser respetada una decisión posible de sus representantes políticos de conceder, bajo ciertos límites, amnistías para favorecer una reconciliación entre posiciones largamente enemistadas, o bien trasladando el procesamiento del pasado a “comisiones de verdad” u otras instituciones similares¹⁵¹.

Esto puede ser considerado por algunos como decepcionante o incluso como derrotista: la idea de justicia sería victimizadas en estos casos por el cálculo político. En realidad, la posición aquí defendida solamente da cuenta de la fuerza limitada de control que entrega el derecho¹⁵². Un derecho que se proponga pasar por alto la realidad social con la que se correlaciona asume rápidamente una dirección puramente ideológica. Este es un resultado al que Friedrich-Christian SCHROEDER, el gran conocedor del derecho oriental, no privaría de su simpatía.

»» *Bibliografía*

Julius Friedrich Heinrich ABEGG (1819), *Über die Bestrafung der im Ausland begangenen Verbrechen*, Landshut.

- EL MISMO (1836), *Lehrbuch der Strafrechts-Wissenschaft*, Neustadt a. d. Orla.

¹⁴⁹ BEULKE, en RIEß (ed.), *Löwe/Rosenberg: Die Strafprozessordnung und das Gerichtsverfassungsgesetz*, 25ª ed., 24ª reimp., 2003, § 153f, nm. 3, 5, 42; WERLE/JEBBERGER, *JZ*, 2002, p. 732; WEßLAU, en RUDOLPHI ET AL., *Systematischer Kommentar zur Strafprozessordnung*, 32ª reimp., 2003, § 153f, nm. 2.

¹⁵⁰ En el mismo sentido, GIERHAKE, *Begründung des Völkerstrafrechts auf der Grundlage der Kantischen Rechtslehre*, 2005, p. 81 n. 200.

¹⁵¹ En el mismo sentido JÄGER, en HANKEL/STUBY (eds.), *Strafgerichte gegen Menschheitsverbrechen*, 1995, p. 343; más restrictivo NEUBACHER, *Kriminologische Grundlagen einer internationalen Strafgerichtsbarkeit*, 2005, pp. 456 y ss. El derecho penal internacional no se opondría por principio a estos modos de acción. Lo único que cuenta como seguro es la consideración de inadmisibles de las amnistías generales de delitos internacionales penales. Con detalle en WERLE, *Völkerstrafrecht*, 2003, nm. 190 y ss.

¹⁵² Al respecto con mayor detalle, FISAHN, *Natur-Mensch-Recht*, 1999, pp. 324 y ss.; LIPPOLD, *Recht und Ordnung*, 2000, pp. 92 y ss.; TEUBNER, *Recht als autopoietisches System*, 1989, pp. 81 y ss.

Kai AMBOS (2003), en JOECKS/MIEBACH (eds.), *Münchener Kommentar zum Strafgesetzbuch*, t. 1, München.

- EL MISMO (1996), «Impunidad», Makrokriminalität und Völkerstrafrecht: zu Ausmaß, Ursachen und Grenzen der weltweiten Straflosigkeit von Menschenrechtsverletzungen», *KritV*, pp. 365 y ss.

Kai AMBOS/Christian STEINER (2001), «Vom Sinn des Strafens auf innerstaatlicher und supranationaler Ebene», *JuS*, (41), pp. 9 y ss.

Ivo APPEL (1998), *Verfassung und Strafe*, Berlin.

Anton BAUER (1833), *Lehrbuch des Strafrechts*, 2^a ed., Göttingen.

Jürgen BAUMANN/Ulrich WEBER/Wolfgang MITSCH (2003), *Strafrecht Allgemeiner Teil*, 11^a ed., Bielefeld.

Carl Ludwig v. BAR (1892), *Lehrbuch des internationalen Privat- und Strafrechts*, Stuttgart.

- EL MISMO (1906), *Gesetz und Schuld im Strafrecht*, v. I, Berlin.

Ernst von BELING (1906), *Die Lehre vom Verbrechen*, Tübingen.

Ernst Immanuel BEKKER (1859), *Theorie des heutigen Deutschen Strafrechts*, Leipzig.

Albert Friedrich BERNER (1853), *Wirkungskreis des Strafgesetzes nach Zeit, Raum und Personen*, Berlin.

-EL MISMO (1985), *Lehrbuch des Deutschen Strafrechts*, 17^a ed., Leipzig.

Werner BEULKE (2003), «§ 153f», en RIEß (ed.), LÖWE/ROSENBERG: *Die Strafprozeßordnung und das Gerichtsverfassungsgesetz*, 25^a ed., 24^a reimp., Berlin/New York.

Günter BEMMANN (2003), «Täter-Opfer-Ausgleich im Strafrecht», *JR*, (6).

Albert Friedrich BERNER (1853), *Wirkungskreis des Strafgesetzes nach Zeit, Raum und Personen*, Berlin.

- EL MISMO (1895), *Lehrbuch des Deutschen Strafrechts*, 17^a ed., Leipzig.

Karl BINDING (1885), *Handbuch des Strafrechts*, v. I, Leipzig.

Ernst-Wolfgang BÖCKENFÖRDE (1967), *Die Rechtsauffassung im kommunistischen Staat*, München.

- EL MISMO (1968), en BARION ET AL, *Epirrhosis (Festgabe für Carl Schmitt)*, Berlin.

Michael BÖRGER (2000), «Strafvereitelung durch Ausländer- Fall Schneider», *NStZ*, pp. 31 y s.

Manuel CANCIO MELIÁ (2005), «Feind "strafrecht"», *ZStW*, (117), pp. 267 y ss.

Peter CRAMER/Detlev STERNBERG-LIEBEN (2001), «§ 17», en SCHÖNKE/SCHRÖDER, *Strafgesetzbuch*, 26^a ed., München.

Horst DOEHRING (1965), «Die Teilung Deutschlands als Problem der Strafrechtanwendung», *Der Staat*, (3).

Dieter DÖLLING (2000), «Anmerkung zum Urteil des Bundesgerichtshofs vom 19.5.1999 (Zum Verbotsirrtum bei einer Strafvereitelung mit Auslandsbezug)», *JR*, pp. 379 y s.

Günther DÜRIG (2005), «Art. 11», en MAUNZ/DÜRIG, *Grundgesetz*, v. 2, München.

Udo EBERT (1988), «Das Vergeltungsprinzip im Strafrecht», en KRUMMACHER (ed.), *Geisteswissenschaften – wozu?*, Wiesbaden.

Albin ESER (1985), «Die Entwicklung des Internationalen Strafrechts im Lichte des Werkes von Hans-Heinrich Jescheck», en VOGLER (ed.), *Festschrift für Hans Heinrich Jescheck*, t. II, Berlin.

- EL MISMO (2000), «Das "internationale Strafrecht" in der Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs», en ROXIN/WIDMAIER (eds.), *50 Jahre Bundesgerichtshof*, v. IV, München.

- EL MISMO (2001), en SCHÖNKE/SCHRÖDER, *Strafgesetzbuch*, 26^a ed., München.

- EL MISMO (2002), «Harmonisierte Universalität nationaler Strafgewalt: ein Desiderat internationaler Komplementarität bei Verfolgung von Völkerrechtsverbrechen», en DONATSCH ET AL, *Festschrift für Stefan Trechsel*, Zürich.

- EL MISMO (2001), «Völkermord und deutsche Strafgewalt. Zum Spannungsverhältnis von Weltrechtsprinzip und legitimierendem Inlandsbezug», en ESER ET AL, *Festschrift für Lutz Meyer-Gößner*, München.

Albin ESER/Hans-Georg KOCH (1980), «Die vorsätzlichen Tötungstatbestände», *ZStW*, (92), pp. 492 y ss.

- LOS MISMOS (2003), *Schwangerschaftsabbruch und Recht*, Baden-Baden.

Josef ESSER/Eiker SCHMIDT (2000), *Schuldrecht*, V. I/2, 8^a ed., Heidelberg.

Paul Johann Anselm v. FEUERBACH (1804), *Kritik des Kleinschrodischen Entwurfs zu einem peinlichen Gesetzbuche für die Chur-Pfalz-Bayrischen Staaten*, Segunda parte, Gießen.

Andreas FISAHN (1999), *Natur-Mensch-Recht*, Berlin.

Thomas FISCHER (2004), «§ 7», en TRÖNDLE/FISCHER, *Strafgesetzbuch und Nebengesetze*, 52^a ed., München.

Wilhelm GALLAS (1968), «Der dogmatische Teil des Alternativ-Entwurfs», *ZStW*, (80).

Katrin GIERHAKE (2005), *Begründung des Völkerstrafrechts auf der Grundlage der Kantischen Rechtslehre*, Berlin.

Wenzel Graf GLEISPACH (1936), «Die sechste internationale Konferenz zur Vereinheitlichung des Strafrechts», *ZStW*, (55).

Alvin Ward GOULDNER (1984), *Reziprozität und Autonomie*, Frankfurt.

Fritz GRAU/Kart KRUG/Otto RIETZSCH (1943), *Deutsches Strafrecht*, v. 1, 2ª ed., Berlin.

Axel GRANITZA (1961), *Die Dogmengeschichte des Internationalen Strafrechts seit Beginn des 19. Jahrhunderts*, Diss. Freiburg.

Günther GRIBBOHM (2005), en JÄHNKE ET AL, *Leipziger Kommentar zum Strafgesetzbuch*, t. 1, 11ª ed., Berlin.

Walter GROPP (2001), *Strafrecht Allgemeiner Teil*, 2ª ed., Berlin/Heidelberg/New York.

Klaus GÜNTHER (2005), *Schuld und kommunikative Freiheit*, Frankfurt.

Hugo HÄLSCHNER (1958), *System des Preußischen Strafrechts*, v. 2, Bonn.

- EL MISMO (1881), *Das gemeine deutsche Strafrecht*, Bonn.

August Wilhelm HEFFTER (1833), *Lehrbuch des gemeinen deutschen Criminalrechts*, Halle.

Georg Wilhelm Friedrich HEGEL (1986), *Grundlinien der Philosophie des Rechts*, (obra editada por Moldenhauer/Michel) v. 7, Frankfurt.

August HEGLER (1906), *Prinzipien des internationalen Strafrechts*, Breslau.

Eduard HENKE (1823), *Handbuch des Criminalrechts und der Criminalpolitik*, Berlin/Stettin.

Andreas HENRICH (1994), *Das passive Personalitätsprinzip im deutschen Strafrecht*, Freiburg.

-EL MISMO (1843), *Neue Revision der Grundbegriffe des Criminalrechts*, Tübingen.

Eric HILGENDORF (1997), «Überlegungen zur strafrechtlichen Interpretation des Ubiquitätsprinzips im Zeitalter des Internets», *NJW*, (29), pp. 1873 y ss.

Thomas HOBBS (1992), *Leviathan* (editado por Fetscher), 5ª ed., Frankfurt.

Andreas HOYER (2004), «Internationaler Strafgerichtshof und nationalstaatliche Souveränität», *GA*, pp. 321 a 337.

Knut IPSEN (2004), *Völkerrecht*, 5ª ed., München.

Josef ISENSEE (1983), *Das Grundrecht auf Sicherheit*, Berlin.

Herbert JÄGER (1995), «Makrokriminalität als Gegenstand des Völkerstrafrechts», en HANKEL/STUBY (eds.), *Strafgerichte gegen Menschheitsverbrechen*, Hamburg.

Gunther JAKOBS (1991), *Strafrecht Allgemeiner Teil*, 2ª ed., Berlin/New York.

- EL MISMO (1985), «Kriminalisierung im Vorfeld einer Rechtsgutsverletzung», *ZStW*, (97).

- EL MISMO (2003), «Was schützt das Strafrecht: Rechtsgüter oder Normgeltung?» en SHIBASHI (ed.), *Festschrift für Seiji Saito*, Tokyo.
- EL MISMO (2003), «Um Begriff des Delikts gegen die Person» en BERNSMANN/ULSENHEIMER (eds.), *Bochumer Beiträge zu aktuellen Strafrechtsthemen (Symposion für Gerd Geilen)*, Köln/Berlin/Bonn/München.
- EL MISMO (2004), *Staatliche Strafe: Bedeutung und Zweck*, Paderborn.
- EL MISMO (1998), «Zur gegenwärtigen Straftheorie», en KODALLE (ed.), *Strafe muß sein! Muß Strafe sein?*, Würzburg.
- EL MISMO (1992), «Vergangenheitsbewältigung durch Strafrecht? Zur Leistungsfähigkeit des Strafrechts nach einem politischen Umbruch», en ISENSEE (ed.), *Vergangenheitsbewältigung durch Recht*, Berlin.
- EL MISMO (2000), en ESER/HASSEMER/BURKHARDT, *Die Deutsche Strafrechtswissenschaft vor der Jahrtausendwende*, München, pp. 47 y ss.
- EL MISMO (1994), «Untaten des Staates- Unrecht im Staat», *GA*, pp. 9 y ss.
- EL MISMO (2001), «Personalität und Exklusion im Strafrecht. Die Strafrechtswissenschaften im 21. Jahrhundert», en COURAKIS (ed.), *Festschrift für Spinellis*, t. I, Athen.

Hans-Heinrich JESCHECK/Thomas WEIGEND, *Lehrbuch des Strafrechts (Allgemeiner Teil)*, 5^a ed., Berlin.

- EL MISMO (1958), *Niederschriften der Großen Strafrechtskommission*, v. 4, Bonn.
- EL MISMO (1980), *Strafrecht im Dienste der Gemeinschaft*, Berlin.

Heike JUNG (1979), «Die Inlandsteilnahme an ausländischer strafloser Haupttat», *JZ*, (10), pp. 325 y ss.

- EL MISMO (1996), «Anmerkungen zum Verhältnis von Strafe und Staat», *GA*, pp. 507 y ss.

Immanuel KANT (1998), *Metaphysische Anfangsgründe der Rechtslehre* (editado por Ludwig), 2^a ed., Hamburg.

Rainer KELLER (2003), «Zu Weltrechtspflege und Schuldprinzip», en PRITTWITZ ET AL, *Festschrift für Klaus Lüderssen*, Baden-Baden.

Wolfgang KERSTING (1992), *Thomas Hobbes zur Einführung*, Hamburg.

Michael KÖHLER (1997), *Strafrecht Allgemeiner Teil*, Berlin/Heidelberg/New York.

Josef KOHLER (1917), *Internationales Strafrecht*, Stuttgart.

Reinhold KÖSTLIN (1855), *System des deutschen Strafrecht*, Tübingen.

- EL MISMO (1843), *Neue Revision der Grundbegriffe des Criminalrechts*, Tübingen.

Urs KINDHÄUSER (2005), *Strafrecht Allgemeiner Teil*, § 2, Baden-Baden.

Hartmut KRÜGER/Martin PAGENKOPF (2003), «Art. 11», en SACHS (ed.), *Grundgesetz*, 3^a ed., München.

Hans KUDLICH (2004), *Die Unterstützung fremder Straftaten durch berufsbedingtes Verhalten*, Berlin.

Friedrich KÜBLER (2000), «Rassenhetze und Meinungsfreiheit», *AöR*, (125), pp. 112 y ss.

Philip KUNIG/Robert UERPMANN (1994), «Der Fall des Postschiffes Lotus», *Jura*, pp. 186 y ss.

Claus KREß (2000), «Völkerstrafrecht in Deutschland», *NStZ*, pp. 617 y ss.

- EL MISMO (2002), «Völkerstrafrecht und Weltrechtspflegeprinzip im Blickfeld des Internationalen Gerichtshofs», *ZStW*, (114).

- EL MISMO (2000), *Vom Nutzen eines deutschen Völkerstrafgesetzbuchs*, Berlin.

Otto LAGODNY (1989), «Grundkonstellationen des internationalen Strafrechts», *ZStW*, (101).

Otto LAGODNY/Christiane NILL-THEOBALD (2000), «Rechtsprechung», *JR*.

Angelika LAITENBERGER (2003), *Die Strafbarkeit der Verbreitung rassistischer, rechtsextremistischer und neonazistischer Inhalte*, Frankfurt.

Reiner LEMKE (2005), «§§ 3-7», en KINDHÄUSER ET AL, *Nomos Kommentar zum Strafgesetzbuch*, t. 1, 2^a ed., Baden-Baden.

Theodor LENCKNER (1972), «Strafe, Schuld und Schuldfähigkeit» en GÖPPINGER/WITTER (eds.), *Handbuch der forensischen Psychiatrie*, v. I, Berlin/Heidelberg/New York.

Klaus Günter LIEBELT (1978), *Zum deutschen Internationalen Strafrecht und seiner Bedeutung für den Einfluß außerstrafrechtlicher Rechtssätze des Auslands auf die Anwendung inländischen Strafrechts*, Diss. Münster.

Rainer LIPPOLD (2000), *Recht und Ordnung*, Wien.

Klaus LÜDERSSEN (2005), „Daß nicht der Nutzen des Staats Euch als Gerechtigkeit erscheine“, Frankfurt/Leipzig.

Hans LÜTTGER (1985), «Bemerkungen zu Methodik und Dogmatik des Strafschutzes für nichtdeutsche öffentliche Rechtsgüter», en VOGLER (ed.), *Festschrift für Hans-Heinrich Jescheck*, t. 1, Berlin.

Reinhar MAURACH/Heinz ZIPF (1992), *Strafrecht Allgemeiner Teil*, t. I, 8^a ed., Heidelberg.

Max Ernst MAYER (1915), *Der allgemeine Teil des deutschen Strafrechts*, Heidelberg.

MENDELSSOHN-BARTHOLDY (1908), en BIRKMEYER ET AL, *Vergleichende Darstellung des deutschen und ausländischen Strafrechts, Allgemeiner Teil*, v. VI, Berlin.

Reinhard MERKEL (1998), «Universale Jurisdiktion bei völkerrechtlichen Verbrechen-Zugleich ein Beitrag zur Kritik des § 6 StGB», en LÜDERSEN (ed.), *Aufgeklärte Kriminalpolitik oder Kampf gegen das Böse?*, t. III, Baden-Baden.

Robert MOHL (1860), *Staatsrecht, Völkerrecht und Politik*, t. I, Tübingen.

Manfred MOHR (1995), «Strafrechtliche Verantwortlichkeit und Staatenverantwortlichkeit» en HANKEL/STUBY (ed.), *Strafgerichte gegen Menschheitsverbrechen*, Hamburg.

Christina MÖLLER (2003), *Völkerstrafrecht und Internationaler Strafgerichtshof – kriminologische, straftheoretische und rechtspolitische Aspekte*, Münster/Hamburg/London.

Frank NEUBACHER (2005), *Kriminologische Grundlagen einer internationalen Strafgerichtsbarkeit*, Tübingen.

Ulfrid NEUMANN (2001), «Normtheoretische Aspekte der Irrtumsproblematik im Bereich des „Internationalen Strafrechts“», en BRITZ ET AL, *Grundfragen staatlichen Strafens (Festschrift für Heinz Müller – Dietz)*, München.

- EL MISMO (2005), «17», en KINDHÄUSER ET AL, *Nomos-Kommentar zum Strafgesetzbuch*, v. 1, 2^a ed., Baden-Baden.

- EL MISMO (1993), «Der Verbotsirrtum (§ 17 StGB)», *JuS*, pp. 793 y ss.

Martin NIEMÖLLER (1993), «Zur Geltung des inländischen Strafrechts für Auslandstaten Deutscher», *NStZ*, pp.171 y ss.

Dietrich OEHLER (1983), *Internationales Strafrecht*, 2^a ed., Köln/Berlin/Bonn/München.

- EL MISMO (1970), en OEHLER/PÖTZ (ed.), *Aktuelle Probleme des Internationalen Strafrechts (Festgabe für Heinrich Grützner)*.

- EL MISMO (1954), «Die Grenzen des aktiven Personalitätsprinzips im internationalen Strafrecht», en ENGISCH/MAURACH (ed.), *Festschrift für Edmund Mezger*, München/Berlin.

- EL MISMO (1969), «Die Ausbildung von Frankreichs Internationalem Strafrecht in der Neuzeit», en BOCKELMANN ET AL, *Festschrift für Karl Engisch*, Frankfurt.

Harro OTTO (2007), *Grundkurs Strafrecht (Allgemeine Strafrechtslehre)*, 7^a ed., Berlin.

Claudia PAPPAS (1997), *Stellvertretende Strafrechtspflege*, Freiburg.

Michael PAWLIK (2004), *Person, Subjekt, Bürger*, Berlin.

- EL MISMO (2005), *Frankfurt Allgemeiner Zeitung del 14/03/2005*, p. 40.

- EL MISMO (2003), «Eine Theorie des entschuldigenden Notstandes: Rechtsphilosophische Grundlagen und dogmatische Ausgestaltung», *JRE*, (11).

Ingolf PERNICE (2004), «Art. 11», en DREIER (ed.), *Grundgesetz*, v. 1, 2^a ed., Tübingen.

Cornelius PRITTWITZ (2003), «Internationales Strafrecht: die Zukunft einer Illusion», *JRE*, (11).

Michael RAMB (2005), *Strafbegründung in den Systemen der Hegelianer*, Berlin.

Georg REIMER (1935), «Persönliche und räumliche Geltung der Strafgesetze», en GÜRTNER (ed.), *Das kommende deutsche Strafrecht*, 2^a ed., Berlin.

Klaus ROGALL (2000), «§ 5» en BOUJONG (ed.), *Karlsruher Kommentar zum Gesetz über Ordnungswidrigkeiten*, 2^a ed., München.

Woldemar von ROHLAND (1877), *Das internationale Strafrecht*, Leipzig.

Claus ROXIN (1997), *Strafrecht Allgemeiner Teil*, v. I, 3^a ed., München.

- EL MISMO (1966), «Sinn und Grenzen staatlicher Strafe», *JuS*, pp. 377 y ss.

- EL MISMO (2001), «Strafe und Wiedergutmachung», en RAUSCHER/MANSEL (eds.), *Festschrift für Werner Lorenz*, München.

- EL MISMO (2000), «Die Strafrechtswissenschaft vor den Ausgaben der Zukunft», en ESER/HASSEMER/BURKHARDT (eds.), *Die Deutsche Strafrechtswissenschaft vor der Jahrtausendwende*, München.

Hans Joachim RUDOLPHI ET AL (1997), *Systematischer Kommentar zum Strafgesetzbuch*, 6^a ed., 26^a reimp., Neuwied.

Irene SAGEL-GRANDE/Gerhard LITZKA/Hans-Jörg ALBRECHT (1999), «Betäubungsmittelstrafrecht und Drogenpolitik in Nachbarstaaten», en KREUZER (ed.), *Handbuch des Betäubungsmittelstrafrechts*, München.

Helmut SATZGER (2002), «Das neue Völkerstrafgesetzbuch», *NStZ*, pp. 130 y ss.

- EL MISMO (2004), «Die Internationalisierung des Strafrechts als Herausforderung für den strafrechtlichen Bestimmtheitsgrundsatz», *JuS*, pp. 945 y ss.

Gottfried SCHIEMANN (1998), «§§ 249 y ss.», en MARTINEK (ed.), *Staudinger. Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch*, 13^a ed., Berlin.

Hans-Joseph SCHOLTEN (1995), *Das Erfordernis der Tatortstrafbarkeit in § 7 StGB*, Freiburg.

Horst SCHRÖDER (1942), «Die Teilnahme im internationalen Strafrecht», *ZStW*, (61).

- EL MISMO (1968), «Grundlagen und Grenzen des Personalitätsprinzips im internationalen Strafrecht», *JuS*, pp. 241 y ss.

Friedrich-Christian SCHROEDER (1968), «Der „räumliche Geltungsbereich“ der Strafgesetze», *GA*, pp. 353 y ss.

- EL MISMO (1969), «Schranken für den räumlichen Geltungsbereich des Strafrechts», *NJW*, (3), pp. 81 y ss.

Hans SCHULTZ (1963), «Neue Entwicklungen im sog. internationalen Strafrecht», en WELZEL ET AL, *Festschrift für Hellmuth von Weber*, Bonn.

- EL MISMO (1989), «Internationalstrafrechtliche Spiele», en JESCHECK/VOGLER (eds.), *Festschrift für Herbert Tröndle*, Berlin/New York.

- EL MISMO (1966), «Zur Regelung des räumlichen Geltungsbereiches durch den E 1962», GA, pp. 193 y ss.

Eberhard SCHMIDHÄUSER (1971), *Vom Sinn der Strafe*, 2ª ed., Göttingen.

V. SCHWARZE (1871), en V. HOLTZENDORFF (ed.), *Handbuch des deutschen Strafrechts*, v. 2, Lüderitz.

Rudolf SMEND (1928), *Verfassung und Verfassungsrecht*, München/Leipzig.

Günter STRATENWERTH/Lothar KUHLEN (2004), *Strafrecht Allgemeiner Teil*, 5ª ed., Köln/Berlin/Bon/München.

Klaus TIEDEMANN (1999), «§ 263», en JÄHNKE ET AL, *Leipziger Kommentar zum Strafgesetzbuch*, 11ª ed., t. I, 33ª reimp., Berlin.

Gunther TEUBNER (1989), *Recht als autopoietisches System*, Frankfurt.

Oliver TOLMEIN (2001), «Strafrecht Als Instrument Zur Schaffung Von Frieden: Das Beispiel Des Icty» en HASSE ET AL, *Humanitäres Völkerrecht*, Baden-Baden.

Otto TRIFFTERER (1999), «Der ständige Internationale Strafgerichtshof - Anspruch und Wirklichkeit. Anmerkungen zum „Rome Statute of the International Criminal Court" vom 17. Juli 1998», en GÖSSEL/TRIFFTERER (eds.), *Gedächtnisschrift für Heinz Zipf*, Heidelberg.

- EL MISMO (1985), «Völkerstrafrecht im Wandel?», en VOGLER (ed.), *Festschrift für Hans-Heinrich Jescheck*, v. II, Berlin.

Theo VOGLER (1972), «Entwicklungstendenzen im internationalen Strafrecht unter Berücksichtigung der Konvention des Europarats», en SCHRÖDE/ZIPF (eds.), *Festschrift für Reinhardt Maurach*, Karlsruhe.

- EL MISMO (1970), «Geltungsanspruch und Geltungsbereich der Strafgesetze», en OEHLER/PÖTZ (eds.), *Aktuelle Probleme des Internationalen Strafrechts (Festgabe für Heinrich Grützner)*, Hamburg.

Susanne WALTHER (2005), «Terra Incognita: Wird staatliche internationale Strafgewalt den Menschen gerecht?», en ARNOLD ET AL, *Menschengerechtes Strafrecht (Festschrift für Albin Eser)*, München.

Thomas WEIGEND (2005), «Grund und Grenzen universaler Gerichtsbarkeit», en ARNOLD ET AL, *Menschengerechtes Strafrecht (Festschrift für Albin Eser)*, München.

Arthur WEGNER (1930), «Über den Geltungsbereich des staatlichen Strafrechts», en HEGLER (ed.), *Festgabe für Reinhard v. Frank*, t. I, Tübingen.

- EL MISMO (1925), *Kriminelles Unrecht, Staatsunrecht und Völkerrecht*, Hamburg.

Gerhard WERLE (2003), *Völkerstrafrecht*, Tübingen.

- EL MISMO (1997), «Menschenrechtsschutz durch Völkerstrafrecht», *ZStW*, (109).

Gerhard WERLE/Florian JEBBERGER (2002), «Das Völkerstrafgesetzbuch», *JZ*, pp. 725 y ss.

Edda WEßLAU (2003), «§ 153f», en RUDOLPHI ET AL, *Systematischer Kommentar zur Strafprozeßordnung*, 32ª reimp., Frankfurt am Main.

Johannes WESSELS/Werner BEULKE (2005), *Strafrecht Allgemeiner Teil*, 35ª ed., Heidelberg.

Ernst Amadeus WOLF (1985), «Das neuere Verständnis von Generalprävention und seine Tauglichkeit für eine Antwort auf Kriminalität», *ZStW*, (97).

Wolfgang ZIEHER (1977), *Das sog. Internationale Strafrecht nach der Reform*, Berlin.