

## INFORME DE LA 34 JORNADA ALEMANA DE PROFESORES DE DERECHO PENAL.

LEIPZIG – ALEMANIA 2011

Andy CARRIÓN\*

Del 23 al 26 de junio de 2011 se celebró en la Universidad de Leipzig la 34. Jornada alemana de profesores de Derecho penal. Este tradicional evento bianual goza de un gran prestigio no solo en Alemania sino también a nivel internacional, en él se someten a discusión y debate las investigaciones que los profesores presentan respecto a temas de orden jurídico penal. La organización de estas jornadas estuvo a cargo de los profesores de la propia universidad anfitriona: Katharina Beckemper, Michael Kahlo, Diethelm Klesczewski y Hendrik Schneider. Los temas abordados, a propuesta de los organizadores, estuvieron vinculados al avance de la tecnología, la relación de esta con los principios que informan el Derecho penal y procesal penal, así como, por último, la crisis financiera y su control a través del Derecho penal, todo ello resumido bajo el título formulado sugerentemente en forma de pregunta: *Fragmentarisches Strafrecht in einer global vernetzten Welt?* (¿Derecho penal fragmentario en un mundo globalmente interconectado?).

El primer día de estas jornadas estuvo reservado al recibimiento de los invitados contando para ello con las palabras de bienvenida de los Profesores Michael Kahlo, Berger y Harms. Fue al segundo día que se dio inicio a la presentación de las investigaciones preparadas para esta cita académica. Luego de una breve presentación de la Ministra Federal de Justicia y del Secretario de Estado de Justicia alemán y para Europa, el Prof. Thomas Vormbaum de la Universidad de Hagen inició las exposiciones abordando el tema “*Fragmentarisches Strafrecht in Geschichte und Dogmatik*” (El Derecho penal fragmentario en la historia y la dogmática).

Vormbaum comienza su intervención precisando el concepto de “fragmentariedad” ya que, según su punto de vista, existen pocos artículos o pasajes en Manuales de Derecho penal que se ocupan de ello. Así, califica la fragmentariedad descriptiva como la

constatación de la naturaleza del Derecho penal, la misma que tendría un lado externo y otro interno, en este último se encontraría ubicado el problema del principio *nullum crimen sine lege*. Contrariamente, la fragmentariedad prescriptiva es un postulado, el mismo que también dispondría de un lado externo y otro interno; este tipo de fragmentariedad será operativa en relación a los fundamentos positivos como el concepto material de delito, el principio de accesoria y el principio de *ultima ratio*. Todo ello significa que no hay, al menos de modo substancial, una dogmática autónoma del Derecho penal fragmentario. Sin embargo, podría haber una teoría y una dogmática que promuevan como resultado la fragmentariedad. Dicho esto, Vormbaum pasa a la segunda parte de su alocución centrada en el aspecto histórico de la fragmentariedad. Al respecto manifiesta que existe una creciente y acelerada expansión del Derecho penal, tanto en la teoría, en la legislación penal, así como en la interpretación de estas leyes. En esta misma medida existe un decaimiento del carácter fragmentario del propio Derecho penal. De entre los motivos que contribuyeron a esta expansión Vormbaum menciona: la evolución de la tecnología, desde la motorización del transporte individual hasta la tecnología atómica; la evolución de las modernas instituciones del Estado, tanto de intervención como protección que contribuyeron a instrumentalizar las leyes penales; la destrucción de firmes estructuras sociales y familiares dando como consecuencia el debilitamiento de los mecanismos de control social primario, también forman parte de ello los partidos políticos que promueven la criminalización en base a intereses partidarios; estos factores se verán reforzados tanto a través de la dramatización de la criminalidad, lo cual contradice todos los conocimientos estadísticos sobre el desarrollo de la misma, como a través de la prensa, ello desencadena generalmente la sensación política de necesidad de acción. En el último apartado de su exposición el ponente da una visión general

\* Magíster en Derecho alemán (LL.M.) por la Universidad de Bonn.

del tema realizando finalmente una propuesta denominada, en conexión con Naucke, ciencia de la restricción de la pena (Strafbegrenzungswissenschaft). Lo que con ello se pretende es diferenciar la pena del Derecho penal y otorga a esta última, para delimitar lo social de lo político, la tarea de instaurar sanciones como un medio de dirección evidente y también aparentemente económico, para cuya concretización recurre a la triada de Rabdruch, a saber: justicia, seguridad jurídica y finalidad.

Una vez culminada la exposición de Vormbaum se dio inicio a la ronda de discusiones. Luego de una interesante polémica sostenida entre el ponente y la Prof. Frommel en torno a la importancia de la filosofía de Rabdruch, el Prof. Weber aclara el rol protagónico que se otorga a la fragmentariedad en los Manuales—al Derecho Penal como *ultima ratio*—; sin embargo, según su opinión, no existe jurisprudencia alguna que sostenga que una ley penal sea inaplicable o ilegítima por haber transgredido precisamente este principio. A estas apreciaciones se suma el Prof. Hilgendorf advirtiendo de las falencias de la teoría del bien jurídico para hacer de este un instrumento válido de conexión constitucional. Ante tal observación, Vormbaum no hace más que dar la razón a Hilgendorf no sin antes advertir los múltiples inconvenientes a los que se enfrenta el Tribunal Constitucional (alemán). Posteriormente a la discusión entre el ponente y el Prof. Kuhlen sobre los alcances del principio de subsidiariedad frente a la fragmentariedad del Derecho penal, interviene el Prof. Köhler poniendo de manifiesto la poca claridad con la que el ponente determina el carácter fragmentario del Derecho penal sin quedar claro si se da en relación al concepto material del delito o si ello sucede sobre el concepto del bien jurídico; el límite de la penalidad, continúa Köhler, se relaciona con el concepto material del delito puesto que va mucho más allá que la limitación a través de la teoría del bien jurídico. Vormbaum agrega seguidamente que la limitación se puede orientar desde diversas posiciones, tal como lo hace Köhler desde una visión kantiana. En la última intervención el Prof. Lüderssen critica a juristas de otras áreas, como los constitucionalistas, que no se encuentran en la condición de ayudar a los penalistas a derivar la legitimación del Derecho penal desde la Constitución por lo que también llevarían gran parte de la responsabilidad.

De la siguiente ponencia se encargó el Prof. Rainer Zaczky de la Universidad de Bonn: “Die Notwendigkeit systematischen Strafrechts – Zugleich zum

Begriff “fragmentarischen Strafrecht””. (La necesidad de un Derecho penal sistemático. Al mismo tiempo sobre el concepto de “Derecho penal fragmentario”). Zaczky parte señalando la tesis que abordará durante su presentación, adelantando que solamente un Derecho Penal sistemático, mas no así uno fragmentario, puede satisfacer el concepto de Derecho, por lo tanto debe ser fundamentado que el Derecho penal, como todo Derecho, no puede de ninguna manera ser concebido como otra cosa que no sea sistemático, solo entonces se habrá ganado el calificativo de ciencia y no el de un mero instrumento de orientación política. El ponente advierte que “sistema” no debe ser entendido como un constructo teórico, sino como la fundamentación de la relación con un principio fundamental: la libertad humana. Previo a abordar la parte medular de su investigación el ponente dilucida algunos conceptos como “persona”, “sistema”, “fragmentariedad”, “pena”, entre otros, necesarios para dar contenido a su postura y ubicar contextualmente sus reflexiones. Ya entrando en la parte última y trascendental de su exposición, Zaczky formula la pregunta de si el concepto de “Derecho penal fragmentario” puede tener algún significado, interrogante a la que responde en dos pasos: primero, formulando el Derecho penal fragmentario como de “transición” y, segundo, resaltando el carácter fragmentario de todo el ordenamiento jurídico penal. Respecto al primero, solo se puede entender esta tarea dentro del marco de un Derecho penal sistemático, para ello debe ser condición necesaria entender el sistema como idea regulativa y como postulado. Aquí se opondrán los principios del Derecho al mero desarrollo fáctico, los cuales solo se harán efectivos cuando se fundamenten obligatoriamente de forma intelectual por el hecho de ser principios del Derecho; en caso estos principios se den solo como una parte de la política criminal, entonces sus fundamentos serán demasiado débiles como para oponer resistencia a la modificación política. Ya en el segundo paso, dedicado al carácter fragmentario del ordenamiento penal, Zaczky manifiesta que el legislador debe regular las acciones de tal manera que tanto el ciudadano sepa porqué conductas debe responder penalmente, así como para que el fiscal o el juez puedan calificar en la realidad si alguna conducta merece tal reproche. El “*neminem laede*” no es un tipo penal. Aquí no se trata, sigue el ponente, de que los bienes jurídicos no pueden ser protegidos en todo su alcance y que a consecuencia de esta imposibilidad se derive la fragmentariedad del ordenamiento penal, pues con esta argumentación quedaría siempre abierta la

posibilidad, sino la exigencia, de cubrir todo lo posible este vacío. Una norma penal bien elaborada nombra un injusto concreto y con ello la ley penal es, en este sentido, forzosamente fragmentaria, pero asimismo abierta. El legislador debe calificar responsablemente si un suceso pertenece al ámbito del Derecho penal y si corresponde a ello una determinada pena. Para ello existen criterios sólidos que resultan del sistema de libertades del Derecho penal.

Concluida esta presentación e iniciada la discusión, la Prof. Frommel lanza las primeras críticas señalando que no se trata solamente, como lo hizo Zaczek, de abordar la fundamentación de la pena sino de la solución sistemática de cada cuestión jurídica en la ciencia, dogmática y jurisprudencia, es precisamente ello lo que puede aclarar cuán estrecho es el pensamiento sistemático en su conexión con los aspectos básicos de igualdad y justicia en cada caso. Es en este contexto que se plantea la pregunta acerca del carácter fragmentario del Derecho penal y no así del lugar que ocupa. Por supuesto, sigue Frommel, la fundamentación de la fragmentariedad no se sustenta en la instrumentalización del concepto hegeliano, sino debe orientarse a una concepción de ciencia moderna, pragmática y especialmente europea. Zaczek replica recalando la importancia primigenia del pensamiento sistemático para dar una interpretación adecuada al carácter fragmentario del Derecho penal y con ello la comprensión de su significado práctico en las cuestiones jurídicas; asimismo, respecto a la crítica de la utilización de Hegel, sostiene Zaczek que no se trata en sí de Hegel sino de la fundamentación en el objeto. El fundamento y la crítica no se deberían orientar a una determinada autoridad, independientemente de donde provenga, sino más bien deben invocar fundamentos resistentes para cada punto de vista y para cada tipo de acción punible del Estado. Hassemer también se hace parte de la discusión resaltando la ostensible importancia de los criterios de determinación de un Derecho penal fragmentario, en los cuales no se ha trabajado de manera suficiente. Kindhäuser comparte la apreciación de Hassemer y aboga por ocuparse intensivamente a responder la pregunta: ¿qué sería lo positivo de una dogmática fragmentaria? Ello puesto que sería insuficiente argumentar que lo positivo de lo fragmentario reside únicamente en la no penalización de ciertas conductas, más aún cuando nos encontramos en un sistema dentro del cual se pueden llegar a resultados dogmáticos distintos; Kindhäuser aclara esta idea de la mano de la complicidad: se podría decir que según el artículo 27 del Código penal

(alemán) el cómplice solamente responde por un delito doloso; por otro lado, se podría decir que la punibilidad de un delito culposo solamente conoce la teoría de autor único y cuyos alcances también se extienden a la participación, si debemos decidirnos en este caso concreto si el concepto único de autor debe abarcar también a los “cómplices”, entonces ya no hay para ello un argumento sistemático, antes bien, nos enfrentamos al problema de cómo se debe decidir en el caso concreto y, finalmente, formular la pregunta del valor que supone el no penar una conducta. Zaczek aborda esta cuestión asegurando que a partir del principio fundamental de la libertad se puede encarar el problema del concepto de acción, así como la utilidad de la teoría de la autoría y participación, ello en el sentido que aborde la pregunta de si el concepto único de autor presenta un adecuado modelo de imputación en el Derecho penal, o de si con ello no se yerra en considerar por un lado el injusto específico de la fundamentación de la responsabilidad del autor y por otro lado la del partícipe.

La siguiente ponencia estuvo a cargo de la Prof. Schmölzer de la Universidad de Graz (Austria), quien abordó el tema: “Straftaten im Internet: eine materiell-rechtliche Betrachtung” (Delitos en Internet: una consideración jurídico–material). Schmölzer resalta la importancia que ha adquirido el Internet como ámbito de regulación penal y enumera las causas que lo justifican y las diversas formas delictivas en que se manifiestan. Luego de repasar algunos datos estadísticos de la evolución de la criminalidad de computación e Internet (Computer- und Internetkriminalität) en Alemania y Austria, advierte de la falta de un concepto especial de la transformación del carácter fragmentario del Derecho penal, lo que puede traducirse en preguntas como: ¿Qué nuevos bienes jurídicos son protegidos penalmente? ¿Cómo podrían incorporarse estos bienes jurídicos al ordenamiento penal? ¿Qué actividades relacionadas con la peligrosidad social deben penalizarse? entre otras. Una vez descrita la importancia de la “Convention on Cybercrime”, la ponente da a conocer sus conclusiones: El Derecho penal no puede intervenir siempre que concurran perturbaciones de la vida en común sino debe limitarse a la protección del valor fundamental del orden social; tampoco las reglas de control del Internet deben sobreponer el principio de *ultima ratio*; para evitar el peligro de la expansión del Derecho penal en Internet debe delimitarse muy claramente su injusto; el Derecho penal de computación (Computerstrafrecht) se encuentra, tanto nacional como internacionalmente,

aún en su faceta de desarrollo, respecto al cual existe un mayor consenso en el contenido de su regulación que en su estructura teórica; el pasado ha demostrado que la teoría del bien jurídico y el apercibimiento del principio de *ultima ratio* no ofrecen una delimitación eficaz para evitar la expansión del Derecho penal. Finalmente, Schmözl reflexiona acerca de la importancia de que el Derecho penal conserve su carácter fragmentario aún en un mundo globalmente interconectado; sin embargo, se debe adecuar eficientemente a la evolución que ha sufrido la sociedad industrial a la sociedad de la información y comunicación para de esta manera contribuir a la lucha contra formas específicas de criminalidad.

Ya en la etapa de discusión, Hilgendorf observa cuán sencillo resulta para el legislador gestar nuevos bienes jurídicos, lo que demuestra que esta no es una herramienta jurídica limitadora eficaz; otra opción sería conectar esta función con la Constitución como valor constitucional; sin embargo, se sabe que la Constitución puede ser interpretada tan ampliamente que tampoco ofrece una verdadera limitación al Derecho penal, este sería el caso latente del Derecho penal en Internet. Luego de cuestionar el Prof. Dölling la forma en que reacciona el Derecho penal frente a este tipo de delitos, interviene el Prof. Hoyer observando la difícil relación que existe entre los bienes jurídicos y los legisladores, contradicción latente, por ejemplo, en la protección jurídico penal de datos. Schmöller asiente la observación realizada por Hilgendorf agregando el peligro de que sea la ciencia penal quien realmente deba “descubrir” el bien jurídico que el legislador no ha tomado en cuenta al momento de elaborar las leyes. Frente a lo dicho por Dölling, Schmöller sostiene que en este caso no se trata de un problema de inconstitucionalidad sino de la falta de la legislación básica que permita su mejor interpretación.

La tercera sesión de estas jornadas estuvo a cargo del Prof. Klesczewski, quien disertó el tema: „Straftaftaupklärung im Internet – Technische Möglichkeiten und rechtliche Grenzen von strafprozessualen Ermittlungseingreifen im Internet“ (Esclarecimiento del delito en Internet–Posibilidades técnicas y límites jurídicos de actos de investigación del proceso penal en Internet). Klesczewski se ocupa en su intervención de los fundamentos tecnológicos del Internet y sus servicios de comunicación; la cuestión de si las autorizaciones son legales o no, ello de acuerdo al Derecho vigente, para el esclarecimiento de un delito en Internet; del fundamento de la legitimación procesal de

la intervención en las comunicaciones y; del aumento del nivel de intervención que desmorona el núcleo de protección penal. El ponente sostiene que por ahora no existe una autorización normativa que posibilite la vigilancia de las telecomunicaciones y el aseguramiento de pruebas de datos contenidos en correos electrónicos, lo mismo ocurre con la vigilancia secreta de comunicaciones que se dan dentro de Chats y Newsgroups. Finalmente, para que la comunicación sea vigilada para el esclarecimiento de un hecho delictivo, Klesczewski propone que concurra dos indicios: la sospecha, por un lado, que se haya cometido un delito y, por otro, que se haya violado la comunicación para la comisión de este ilícito.

Concluida esta presentación el Prof. Hamm muestra su preocupación por los problemas de legitimación que también se manifiestan en el Derecho procesal penal. Por otro lado, Köhler lanza críticas a la legislación (alemana) sobre la materia por su evolución asistemática, cuestionando al ponente, si no sería necesario someter a una evaluación todo el sistema de intervención procesal a partir de los principios jurídicos fundamentales. El Prof. Schünemann se ve obligado a participar por, según sus palabras, el fetichismo de la fragmentariedad defendido en Frankfurt/Erlangen. Afirma que en la medida en que este enfoque sea trasladado al Derecho procesal penal se presenta una falsa máxima en el debate. En primer lugar, se debe constatar que el Derecho procesal penal debe modernizarse en la medida en que se moderniza la sociedad y sus conductas desviadas. Con ello, sigue Schünemann, ya no se hablará más de un estado policial y de vigilancia, sino de la tarea de elaborar nuevas formas de investigación procesal por parte de la ciencia del Derecho, las mismas que reparen en los fundamentos y principios básicos de las garantías jurídicas. Después que el Prof. Böse también formulara algunos comentarios sobre a la ponencia principal, interviene nuevamente Klesczewski aceptando algunas de las observaciones vertidas; sin embargo, relativiza la calificación de “fetichista” vertida por Schünemann ya que tampoco es amigo de un Derecho penal fragmentario asistemático, ello también valdría para el Derecho procesal penal presentándose aquí el problema particular de la forma caótica en que el legislador incorporó métodos de investigación procesal.

Para el último día de las jornadas se eligió un tema que ha provocado una inmensa discusión en torno al rol del Derecho penal para solucionar problemas de orden financiero: “Die strafrechtlichen Bewältigung

der Finanzkrise am Beispiel der Untreue” (La superación de la crisis financiera a través del Derecho penal. El ejemplo del Abuso de confianza). La mesa de discusión estuvo dirigida por el Prof. Schünemann, quien dio una breve introducción a la problemática, acompañados por los profesores Schröder, Wohlers y Fischer. En su introducción, Schünemann ofrece un panorama de la situación financiera en la que actualmente se encuentran los países europeos, citando las causas que la provocaron y resumiendo su apreciación calificando este modelo como “casino capitalista”, ello por cuanto la banca de inversión no puso en juego su propio dinero sino el de los bancos, la que pertenece a los accionistas y los clientes, y finalmente, si se trata de un banco nacional, a quienes pagan los impuestos. Seguidamente cede la palabra al Prof. Schröder quien ve complicada la tarea de abordar la crisis financiera desde el punto de vista del delito de Abuso de confianza; sin embargo, cree obligada la persecución fiscal en la medida que existen suficientes elementos que indican que los bienes de los bancos fueron dañados irresponsablemente por quienes los dirigían. En su intervención, el Prof. Wohlers contradice la postura de Schröder sosteniendo que el Derecho penal, en general, y el delito de Abuso de confianza, en particular, no son instrumentos

adequados para, prospectivamente, evitar futuras crisis financieras; no obstante, el delito de Abuso de confianza es un instrumento que podría aplicarse en el marco de la superación de lo sucedido, en la medida que se cumplan en el caso concreto todos los requisitos de punibilidad; serán precisamente los tribunales quienes se encarguen de decidir en qué casos concurren estos requisitos. En la intervención final el Prof. Fischer, Juez del Tribunal Supremo Alemán, señala algunos puntos que son y que serán de discusión en la jurisprudencia del Tribunal Supremo como: la constatación del daño, la normativización de este concepto, el dolo para la determinación del Abuso de confianza en relación a la compra o venta de productos derivados, entre otros; preguntas que también se verán materializadas en el ámbito procesal.

Finalmente, y luego de una interesante intercambio de posturas entre los ponentes y los asistentes sobre los alcances del delito de Abuso de confianza y su aplicabilidad en la crisis financiera, el Prof. Roxin se encargó de dar las palabras finales de estas jornadas resaltando la importancia de la discusión sostenida durante estos días, las conclusiones a las que se llegaron y agradeciendo al mismo tiempo a los organizadores, así como a todos los que participaron en este encuentro científico.

