

DEUS PRAXIDE ET PRO...

# Revista

Enero 2012

29

# LABOR



tirant lo blanch

# Revista Penal

Número 29

## Sumario

---

### Doctrina

– La regulación de los delitos informáticos en el Código Penal argentino, por <i>Gustavo A. Arocena</i> .....	5
– La “ineficacia” de la prueba ilícita en el proceso penal italiano: entre el principio de taxatividad y la ponderación de intereses, por <i>Carlotta Conti</i> .....	29
– La pequeña criminalidad insidiosa en las infracciones contra el patrimonio. Análisis de las últimas reformas penales, por <i>M<sup>a</sup> José Cuenca García</i> .....	48
– Incertidumbres y callejones sin salida en la elaboración de la doctrina italiana en materia de dolo eventual, por <i>Massimo Luigi Ferrante</i> .....	69
– Nuevas formas de criminalidad patrimonial a través de Internet, por <i>Fátima Flores Mendoza</i> .....	75
– ¿Existe el principio de <i>la ley especial deroga la ley general</i> en materia penal? La confusión de un sector de la doctrina penalista respecto del principio de especialidad, por <i>Pablo Hernández-Romo Valencia y José Luis González Cussac</i> .....	87
– Responsabilidad penal del asesor jurídico, por <i>Diego-Manuel Luzón Peña</i> .....	97
– El derecho en la guerra contra el terrorismo. El derecho de la guerra, el derecho penal internacional y el derecho de la guerra dentro del derecho penal interno (“derecho penal del enemigo”), por <i>Francisco Muñoz Conde</i> .....	115
– Un problema de técnica-legislativa: las cláusulas innominadas en la reforma del Derecho penal económico, por <i>Irene Navarro Frías</i> .....	127
– El fundamento de la autoría mediata y los requisitos de la instrumentalización en los delitos dolosos e imprudentes, por <i>Luciana de Oliveira Monteiro</i> .....	145
– La teoría de los delitos de infracción de deber —Fundamentos y consecuencias— por <i>Raúl Pariona Arana</i> ..	167
– La voluntad del legislador penal: del texto refundido de Código penal de 1973 a la reforma de 2010, por <i>Luis Ramón Ruiz Rodríguez</i> .....	178
– Historia y Dogmática del Derecho penal fragmentario, por <i>Thomas Vormbaum</i> .....	203
<b>Sistemas penales comparados:</b> Delitos contra la seguridad en el tráfico rodado.....	223
<b>Bibliografía:</b> Notas bibliográficas sobre la tortura, por <i>Francisco Muñoz Conde</i> .....	265
<b>In Memoriam:</b> Hans Joachim Hirsch, por <i>Eduardo Demetrio Crespo</i> .....	272
<b>Crónicas</b>	
– El Sistema Interamericano de Protección de los Derechos Humanos y el Derecho Penal Internacional, por <i>Salvador Herencia Carrasco</i> .....	277
– Escuela de Verano en Ciencias Criminales y Dogmática Penal alemana. Göttingen (Alemania) 5-16 de septiembre de 2011, por <i>John E. Zuluaga</i> .....	289
<b>Noticias</b> .....	294

---



Universidad  
de Huelva



UNIVERSIDAD  
DE SALAMANCA



UCLM  
UNIVERSIDAD DE CASTILLA-LA MANCHA



UNIVERSIDAD  
DE SEVILLA  
PABLO DE OLAVIDE  
AÑO 1971



Cátedra de Derechos Humanos  
Manuel de Lardizábal



tirant lo blanch

Publicación semestral editada en colaboración con las Universidades de Huelva, Salamanca, Castilla-La Mancha, Pablo Olavide de Sevilla y la Cátedra de Derechos Humanos Manuel de Lardizábal.

### **Dirección**

Juan Carlos Ferré Olivé. Universidad de Huelva  
ferreolive@terra.es

### **Comité Científico Internacional**

Kai Ambos. Univ. Göttingen	Victor Moreno Catena. Univ. Carlos III
Luis Arroyo Zapatero. Univ. Castilla-La Mancha	Francisco Muñoz Conde. Univ. Pablo Olavide
David Baigún. Univ. Buenos Aires	Enzo Musco. Univ. Roma
Ignacio Berdugo Gómez de la Torre. Univ. Salamanca	Francesco Palazzo. Univ. Firenze
Gerhard Dannecker. Univ. Heidelberg	Teresa Pizarro Beleza. Univ. Lisboa
Jorge Figueiredo Dias. Univ. Coimbra	Claus Roxin. Univ. München
George P.Fletcher. Univ.Columbia	José Ramón Serrano Piedecosas. Univ. Castilla-La Mancha
Luigi Foffani. Univ. Módena	Ulrich Sieber. Max Planck Institut- Freiburg
Nicolás García Rivas. Univ. Castilla-La Mancha	Juan M. Terradillos Basoco. Univ. Cádiz
Vicente Gimeno Sendra. UNED	Klaus Tiedemann. Univ. Freiburg
José Manuel Gómez Benítez. Univ. Complutense	John Vervaele. Univ. Utrecht
José Luis González Cussac-Univ. Jaime I	Joachim Vogel. Univ. Tübingen
Winfried Hassemer. Univ. Frankfurt	Eugenio Raúl Zaffaroni. Univ. Buenos Aires
Borja Mapelli Caffarena. Univ. Sevilla	

### **Consejo de Redacción**

Miguel Ángel Núñez Paz, Susana Barón Quintero y Victor Macías Caro (Universidad de Huelva). Adán Nieto Martín, Eduardo Demetrio Crespo y Ana Cristina Rodríguez (Universidad de Castilla-La Mancha). Emilio Cortés Bechiarelli (Universidad de Extremadura) Lorenzo Bujosa Badell, Eduardo Fabián Caparros, Nuria Matellanes Rodríguez, Ana Pérez Cepeda y Nieves Sanz Mulas (Universidad de Salamanca), Paula Andrea Ramírez Barbosa (Universidad Externado, Colombia), Paula Bianchi (Universidad de Los Andes, Venezuela).

### **Sistemas penales comparados**

Georg Steinberg y Martina Kratz (Alemania)	Manuel Vidaurri Aréchiga (México)
Luis Fernando Niño(Argentina)	Sergio J. Cuarezma Terán (Nicaragua)
Alexis Couto de Brito (Brasil)	Bárbara Kunicka-Michalska (Polonia)
Roberto Madrigal Zamora (Costa Rica)	Frederico de Lacerda da Costa Pinto (Portugal)
Alejandro Rodríguez Barilla (Guatemala)	Svetlana Paramonova (Rusia)
Angie A. Arce Acuña (Honduras)	Pablo Galain Palermo y Gastón Chaves Hontou (Uruguay)
Giuseppe Amara (Italia)	Jesús Enrique Rincón Rincón (Venezuela)

[www.revistapenal.com](http://www.revistapenal.com)

© TIRANT LO BLANCH  
EDITA: TIRANT LO BLANCH  
C/ Artes Gráficas, 14 - 46010 - Valencia  
TELF.S.: 96/361 00 48 - 50  
FAX: 96/369 41 51  
Email: [tlb@tirant.com](mailto:tlb@tirant.com)  
<http://www.tirant.com>  
Librería virtual: <http://www.tirant.es>  
DEPÓSITO LEGAL:  
ISSN.: 1138-9168  
IMPRIME: Guada Impresores, S.L.  
MAQUETA: PMc Media

Si tiene alguna queja o sugerencia envíenos un mail a: [atencioncliente@tirant.com](mailto:atencioncliente@tirant.com). En caso de no ser atendida su sugerencia por favor lea en [www.tirant.net/index.php/empresa/politicas-de-empresa](http://www.tirant.net/index.php/empresa/politicas-de-empresa) nuestro Procedimiento de quejas.



## El Derecho penal fragmentario en la Historia y la Dogmática\*

Thomas Vormbaum

Catedrático de Derecho penal en la Fern Universität  
(Hagen), Alemania

Revista Penal, n.º 29.— Enero 2012

**SUMARIO:** Cuestiones previas. **I. Aclaraciones conceptuales.** 1. Fragmentariedad en sentido global. 2. Fragmentariedad en sentido amplio. 3. Fragmentariedad en sentido estricto. 4. Resumen. **II. Aspectos históricos.** 1. Origen del término. 2. Teoría (concepto material del delito). 3. Legislación. 4. Interpretación. 5. Resumen. **III. Repaso general.** 1. Gesetzgebung. 2. La «Dogmática de la limitación de la pena» (Strafbegrenzungswissenschaft).

Zu fragmentarisch ist Welt und Leben!  
Ich will mich zum deutschen Professor begeben,  
Der weiß das Leben zusammensetzen,  
Und er macht ein verständlich System daraus;  
Mit seinen Nachtmützen und Schlafrockfetzen  
Stopft er die Lücken des Weltenbaus.

[¡El mundo y la vida son demasiado fragmentarios!  
Quiero dirigirme a un Profesor alemán,  
que sabe recomponer la vida  
y en un sistema comprensible convertirla,  
y que con su gorro y su harapienta bata  
los agujeros del mundo tapa].

Heinrich Heine<sup>1</sup>

\* Ponencia presentada por su autor en el Congreso de penalistas alemanes celebrado en Leipzig en junio de 2011. Traducción de Francisco Muñoz Conde (Universidad Pablo Olavide, Sevilla) y Víctor Manuel Macías Caro (Universidad de Módena y Reggio Emilia/Universidad Humboldt de Berlín).

<sup>1</sup> Heinrich Heine, Buch der Lieder (Die Heimkehr), en: El mismo, Sämtliche Werke. Düsseldorf Ausgabe, v. 1.1, Hamburg, 1975, p. 271; v. también Thomas Vormbaum, "Kraft meiner akademischen Befugniß als Doctor beider Rechte". Heinrich Heine als Jurist, en El mismo. (ed.), Recht, Rechtswissenschaft und Juristen im Werk Heinrich Heines (Juristische Zeitgeschichte Abt. 6 [Recht in der Kunst] v. 27). Berlin 2006, pp. 1 ss., 7; también ahora en El mismo, Diagonale - Beiträge zum Verhältnis von Rechtswissenschaft und Literatur. Münster, Berlin 2011, pp. 93 ss., p. 99.

### Cuestiones previas

La virtud y el agua clara tienen en común —dice *Georg Christoph Lichtenberg*— que ambas son alabadas, pero poco respetadas<sup>2</sup>. Lo mismo pasa con el Derecho penal fragmentario, por lo menos si se le mide por la cantidad de publicaciones. En este sentido, goza de frecuentes citas, siempre elogiosas<sup>3</sup> (e incluso aparece como título de algunos libros)<sup>4</sup>; pero si no olvido algo esencial, sólo hay algunos artículos, que desde luego son muy valiosos<sup>5</sup>, o referencias en Tratados<sup>6</sup>, que se ocupan de este tema de forma detenida.

Parece, por tanto, útil intentar clarificar en la primera parte algunos conceptos. En la segunda parte se tratarán algunos aspectos históricos y en la tercera se intentará, por último, presentar algunas conclusiones y propuestas a partir del material histórico y conceptual conseguido.

### I. Aclaraciones conceptuales

#### 1. Fragmentariedad en sentido global

El término “fragmentario” se emplea en el ámbito del Derecho y del Derecho penal para calificar determinados fenómenos que sólo se superponen en algunos ámbitos marginales.

1) Se habla del “carácter fragmentario” de la jurisprudencia en el sentido de que a la Ciencia del Derecho que tiende a argumentar con silogismos y a basarse sistemáticamente en pruebas completas se le opone el *enthymema*<sup>7</sup> de la retórica jurídica que sólo puede apoyarse en fragmentos seleccionados de lo que tiene que probar y se sustrae a una ordenación jerárquica de valores<sup>8</sup>. En lo que sigue no nos ocuparemos de esta problemática<sup>9</sup>.

---

2 La cita exacta dice: *Unter den vielen Ähnlichkeiten, die das reine Wasser mit der Tugend hat, ist gewiß die keine der geringsten, dass es viel gelobt und wenig geachtet wird* (“Entre las muchas similitudes que tiene el agua clara con la virtud, es cierto que no es la menos importante que ambas son muy alabadas, pero poco respetadas”), citado por: *Werner Kollath* (edit.), *Georg Christoph Lichtenberg*, 2 x 2 - 3 oder Vom fruchtbaren Zweifel. Ein Brevier. Wiesbaden 1952, p. 25. V. también el aforismo: *Es ist schade, dass es keine Sünde ist, Wasser zu trinken, rief ein Italiener, wie gut würde es schmecken!* (“Qué pena que beber agua no sea pecado, dice un italiano, sabría tan buena”); en: *Georg Christoph Lichtenberg*, *Sudelbücher*, Heft F, Aphorismus 674, en: El mismo, *Schriften und Briefe*, vol. 1, 3ª ed., München 1994, p. 552.

3 Una selección: *Jürgen Baumann/Ulrich Weber/Wolfgang Mitsch*, *Strafrecht AT*. 11ª ed., Bielefeld 2003, p. 12; *Urs Kindhäuser*, *Strafrecht Allgemeiner Teil*, 3ª ed., Baden-Baden 2008, p. 37; *Rudolf Rengier*, *Strafrecht AT*. München 2009, p. 11; *Joh. Wessels/Werner Beulke*, *Strafrecht Allg. Teil*, 40ª ed., Heidelberg, 2010, p. 3 numeral 9; además las citas de la nota 6. *Eric Hilgendorf*, en: *Arzt/Weber/Heinrich/Hilgendorf*, *Strafrecht Besonderer Teil*, 2ª ed., Bielefeld 2009, p. 9; no hay ninguna referencia en *Helmut Frister*, *Strafrecht AT*, 2ª ed., München 2007; *Volker Krey/Robert Esser*, *Deutsches Strafrecht AT*, 4ª ed., Stuttgart 2011, y tampoco en *Michael Köhler*, *Strafrecht AT*. Heidelberg 1997, lo que se explica por su propio condicionamiento sistemático, al basarse en una fundamentación positiva del injusto y del delito.

4 Ejemplos: *Carsten Momsen, René Bloy, Peter Rackow* (ed.) *Fragmentarisches Strafrecht. Beiträge zum Strafrecht, Strafprozessrecht und zur Strafrechtsvergleichung. Für Manfred Maiwald aus Anlaß seiner Emeritierung*. Frankfurt a. M. u. a. 2000; *Volker Haas*, *Der Tatbestand des räuberischen Diebstahls als Beispiel für die fragmentarische Natur des Strafrechts*, lug. cit. pp. 145 ss.; *Daniel Schilling*, *Fragmentarisch oder umfassend? Wege strafrechtlichen Zugriffs bei der Veruntreuung fremden Vermögens am Beispiel des deutschen und des italienischen Untreuestrafrechts*. (Frankfurter kriminalwiss. Studien. 118). Frankfurt u. a. (Lang) 2009.

5 Se deben citar ante todo: *Manfred Maiwald*, *Zum fragmentarischen Charakter des Strafrechts*, en: *Festschrift für Reinhart Maurach zum 70. Geburtstag*. Karlsruhe 1972, pp. 9 ss.; *Cornelius Prittitz*, *Funktionalisierung des Strafrechts*, en: *StV* 1991, 435 ss. 437; *El mismo*, *Das deutsche Strafrecht: Fragmentarisch? Subsidiär? Ultima ratio? Gedanken zu Grund und Grenzen gängiger Strafrechtsbeschränkungspostulate*, en: *Institut für Kriminalwissenschaften Frankfurt a. M.* (edit), *Vom unmöglichen Zustand des Strafrechts*. (Frankfurter kriminalwiss. Studien 50). Frankfurt a. M. 1995, pp. 387 ss.; más recientemente *Roland Hefendehl*, *Der fragmentarische Charakter des Strafrechts*, en: *JA* 2011, 401 ss.

6 Sobre todo *Udo Ebert*, *Strafrecht Allgemeiner Teil*. 3. ed. Heidelberg 2001, pp. 3 ss.; *Claus Roxin*, *Strafrecht AT* 1. 4. ed. München 2006, pp. 8 ss.

7 *N. del T.* Una forma especial de silogismo o “silogismo truncado”.

8 Sobre el *Enthymema* tuvieron lugar en la primavera de 2011 en la Facultad de Derecho de la der Fern Universität en Hagen unas Jornadas organizadas por Katharina v. Schlieben y otros con el título “Das Enthymem. Zur fragmentarischen Ordnung der Jurisprudenz”. En el Programa de estas Jornadas se dice entre otras cosas que la praxis jurídica y las formas de argumentación apenas han sido acogidas por la Metodología de los últimos cien años. Por el contrario, en la praxis jurídica se participa ciertamente de la comprensión lógica que tiene la doctrina, pero las exposiciones sistemáticas realizadas en el ámbito académico no han influido en ella. De ello se deduce la suposición de que la forma de pensar de la praxis jurídica no pueda entenderse con ayuda de la lógica, sino de la retórica. Para más detalles me remito al volumen que se publicará con las aportaciones habidas en estas Jornadas.

9 De la amplia bibliografía v. *Theodor Viehweg*, *Topik und Jurisprudenz*. München 1953; *Chaim Perelman*, *Juristische Logik als Argumentationslehre*. Freiburg und München (Alber) 1979; sobre el Derecho penal, v. la exposición de *Klaus Lüderssen*, *Zum Strafgrund der Teilnahme*. Baden-Baden 1967, pp. 29 ss. Considerado desde el punto de vista histórico podría tratarse de un malestar que aparece en forma de oleadas en relación con la falta de energía y la sistemática mecánica estática y el conceptualismo que en ella se encierra. Este

2) El penalista de Milán Fabio Basile habla también de *frammenarietàá* del Derecho penal en relación con la problemática de los delitos motivados culturalmente cometidos por emigrantes<sup>10</sup>. El Derecho penal como fenómeno global aparece fragmentado en muchos derechos penales nacionales. El trasplante de personas procedentes de un determinado ordenamiento a otro plantea problemas como el asesinato por causa de honor, el matrimonio forzado, o la mutilación genital, entre otros. En USA se ha desarrollado un instrumento procesal llamado *cultural defense*<sup>11</sup>. Tampoco voy a ocuparme aquí de este entendimiento de la fragmentariedad que prefiero llamar *fragmentación*.

3) También se puede hablar de “fragmentariedad” dentro de un concreto ordenamiento jurídico. Así, por ejemplo, el *Derecho penal accesorio* sigue en ciertos aspectos, por lo menos fácticamente, unas reglas distintas a las del Derecho penal codificado, y lo mismo vale para el Derecho penal juvenil, e incluso dentro del propio Código penal, el sistema de la “doble vía” refleja claramente la presencia de subsistemas. Pero tampoco este tipo de fragmentariedad está relacionada, al menos directamente, con nuestro tema.

Con estos tres ámbitos problemáticos se reduce la temática de las siguientes consideraciones a un solo sector, con cuya inclusión se puede hablar de Derecho penal fragmentario en un sentido amplio (véase *infra* gráfico).

## 2. Fragmentariedad en sentido amplio

El ámbito temático requiere todavía de una posterior delimitación en dos sectores, cuya inclusión podría

mantenerse, pero que aquí tampoco van a ser tratados, no ya por razones de tiempo, sino de carácter material:

1) No se van a tratar las *pérdidas* que se producen a través de los mecanismos selectivos del proceso penal, que comienzan con la aprehensión selectiva y la sospecha y continúan con la imposibilidad de conseguir ciertas pruebas (lo que puede deberse a razones normativas como las prohibiciones probatorias o del empleo de ciertos métodos), y terminan con el principio *in dubio pro reo*. Tampoco me ocuparé en este trabajo de los mecanismos inversos de *incremento* de la intensidad persecutoria a través, por ejemplo, de la colaboración de los propios delincuentes con los funcionarios encargados de la persecución para conseguir datos bancarios<sup>12</sup>.

2) También quedan fuera de mi consideración las amplias posibilidades que han surgido sobre todo en el siglo XX de *evitación o atenuación de una sanción*<sup>13</sup>; me refiero concretamente a la atenuación facultativa de la pena, o al perdón judicial obligatorio o facultativo, a las causas personales de exclusión o anulación de la pena, la condena condicional, la llamada “Diversión”, los beneficios penitenciarios, la libertad condicional, el indulto y las formas de terminación anticipada del proceso penal que se prevén en los párrafos 156 y ss. de la *StPO*. Como justificación de esta exclusión temática propongo los conceptos de *criminalización y penalización*, o mejor los de *no criminalización y no penalización*. Los primeros se refieren a la definición de la conducta incriminada, es decir, a la penalidad (abstracta); los últimos al castigo (concreto)<sup>14</sup>. En lo que sigue cuando hablemos de fragmentariedad del Derecho penal nos

---

malestar exige una más enérgica consideración de las peculiaridades de los objetos y una sustitución del pensamiento sistemático por un pensamiento problemático, utilizando en lugar de la abstracción y sistematización “el material jurídico que surge con energía” (lug. cit., p. 36 nota 55). Sobre la importancia del jurista italiano Tiberio Deciani (1509-1582) en la elaboración y sistematización de la Parte General, v. Lüderssen, lug. cit., p. 36, nota. 56, y más recientemente *Michele Pifferi*, *Generalia delictorum. Il “tractatus criminalis” di Tiberio Deciani e la “parte generale” del diritto penale*. Milano (Giuffrè) 2006.

10 *Fabio Basile*, *Immigrazione e reati culturalmente motivati. Il diritto penale nelle società multiculturali*. Mailand (Giuffrè) 2010.

11 Sobre ello *Basile* (ver nota 9), pp. 262 ss.; *Cristina De Maglie*, *Multikulturalismus und Strafrecht. Am Beispiel der USA*, en: *Jahrbuch der juristischen Zeitgeschichte* 7 (2005/2006), pp. 265 ss.

12 Sobre ello *Bernd Schünemann*, *Die Liechtensteiner Steueraffäre als Menetekel des Rechtsstaats*, en: *NSZ* 2008, 305 ss.; *Heribert Ostendorf*, *Gekaufte Strafverfolgung. Die Strafbarkeit des Erwerbs von “geklauten” Steuerdaten und ihre Beweisverwertung*, en: *ZIS* 2010, 301 ss.

13 Resumen en: *Friedrich-Christian Schroeder*, *Das Strafgesetzbuch als Straffreistellungsgesetzbuch*, en: *Fschr. Eser* (2005), pp. 181 ss.

14 Sobre las diferencias entre descriminalización y despenalización, detenidamente *Andrzej Gaberle*, *Entkriminalisierung und Entpönalisierung in Polen - Illusion oder Wirklichkeit?*, en: Lüderssen/Nestler-Tremel/Weigend (edit), *Modernes Strafrecht und ultima ratio Prinzip*. Frankfurt u. a. 1990, pp. 39 ss., quien todavía menciona en el ámbito de la despenalización ulteriores diferencias, sobre todo las que hay entre las atenuaciones de las conminaciones penales legales y las atenuaciones de las sanciones impuestas realmente. Este autor también se ocupa de las relaciones entre descriminalización y despenalización, mencionando, por ejemplo, que toda descriminalización implica también una despenalización, lo que hace que en Polonia algunos mantengan la tesis, que este autor rechaza, de que la descriminalización no es más que un caso de despenalización (lug. cit. p. 41).

referiremos solo a la fragmentación del ámbito legal de la penalidad, no a la fragmentariedad del castigo.

La distinción entre no criminalización y no penalización es también interesante para el historiador del Derecho, pues la evolución de ambos sectores abre interesantes perspectivas. Mientras que los dos primeros tercios del siglo XIX, con las limitaciones que más adelante se indicarán, estuvieron marcados por una moderada reducción de la penalidad manteniendo simultáneamente una praxis de ejecución consecuen- te, la relación se invirtió ya a finales del mismo siglo, produciéndose entonces a lo largo y ancho una tenden- cia hacia una mayor penalidad, pero al mismo tiempo una menor cuota o una menor gravedad de las penas aplicadas, lo que naturalmente se interrumpió, aunque no del todo, durante el dominio nacionalsocialista. La diferencia entre ambas tendencias no es casual, porque un Derecho penal tan expansivo como el que tenemos a finales del siglo XX y principios del XXI, no se puede ejecutar tal como aparece en el Código penal y en las leyes especiales<sup>15</sup>. Es discutible si la mencionada doble tendencia de los últimos años puede dar lugar a una tendencia hacia la expansión y la agravación<sup>16</sup>.

No obstante, el problema de la penalización y la no penalización puede alcanzar a la temática que aquí se trata desde un punto de vista *funcional* si se tiene en cuenta la solución contenida en los parágrafos 153 y 153a StPO, haciendo un Derecho penal más fragmen- tario en lugar de utilizar la vía de la descriminalización —como por ejemplo en el caso de la sentencia del can- nabis del *Bundesverfassungsgericht*<sup>17</sup>—.

Con la exclusión de los sectores referidos a la “se- lección” y a la “despenalización” el ámbito temático se reduce en dos sectores más, cuya inclusión permite hablar de un *Derecho penal fragmentario en sentido amplio* (véase *infra* gráfico).

### 3. Fragmentariedad en sentido estricto

Lo que ahora nos queda es el Derecho penal *frag- mentario*, por tanto, *quebrado* en diversos fragmentos, que quiero presentar de la mano de dos pares de con- ceptos:

1. Fragmentariedad externa e interna.
2. Fragmentariedad descriptiva y prescriptiva.

#### 3.1. Fragmentariedad externa e interna

a) Empecemos diciendo de un modo general que fragmentaria, mera pieza de algo es sobre todo natu- ralmente *cualquier* norma jurídica, que describe con su formulación ya un *ámbito de aplicación*, es decir, una trozo de la realidad. Incluso el ejemplo paradigmático de la época de la Revolución de los Trabajadores de Múnich: “Toda infracción de los principios revolucio- narios será castigada”<sup>18</sup>, excluye las conductas que no infrinjan esos principios revolucionarios. Un Derecho penal que en este sentido no sea fragmentario, y que quiera incluir todas las conductas, no puede existir ni siquiera en un sistema religioso, pues ni siquiera San Agustín<sup>19</sup> o Lutero<sup>20</sup>, que consideraban que el hombre es pecador por naturaleza, opinaban que estaba pecan- do en todo momento.

15 Este párrafo en letra pequeña fue omitido por razones de tiempo en la exposición oral. Agradezco, sin embargo, que el colega *Streng* mencionase este punto de vista. *Streng* ha ampliado incluso la imagen del Derecho penal como unas islas en el mar de la no pena- lización, aludiendo además a que estas islas no sólo son de un tamaño diferente, sino también a que unas veces pueden ser llanas y otras montañosas (en el sentido de la magnitud de la pena).

16 En un reciente estudio *Heinz* llega a un resultado tendencialmente negativo: *Wolfgang Heinz*, *Neue Straflust der Strafjustiz - Realität oder Mythos?*, en: *NKrim* 2011, 14 ss.

17 BvFG, resolución de 9 de marzo de 1994, BvFGE 90, 145; sobre ello, entre otros. *U. Nelles/P. Velten*, *Einstellungsvorschriften als Korrektiv für unverhältnismäßige Strafgesetze? Anmerkungen zum Cannabis-Beschluß des BvFG*, en: *NStZ* 1994, 366 ss.; v. además la demoleadora crítica de *Bernd Schünemann*, *Das Rechtsgüterschutzprinzip als Fluchtpunkt der verfassungsrechtlichen Grenzen der Straf- tatbestände und ihrer Interpretation*, en: *Roland Hefendehl/Andrew v. Hirsch/Wolfgang Wohlers* (edit.), *Die Rechtsgutstheorie. Legitima- tionsbasis des Strafrechts oder dogmatisches Glasperlenspiel?* Baden-Baden 2003, pp. 133 ss., aquí 145 ss.

18 *Bekanntmachung des provisorischen Revolutionären Zentralrates über die Einsetzung eines Revolutionstribunals* (“Edicto del Consejo central revolucionario provisional sobre la creación de un tribunal revolucionario”) de 9 de abril de 1919; v. *Ninette Barreneche*, *Materialien zu einer Strafrechtsgeschichte der Münchner Räterepublik 1918/1919*, editado por *Wolfgang Naucke* und *Achim Seifert*. Berlin 2004, p. 129, así como la introducción de *Wolfgang Naucke*, *El mismo* pp. XI ss., XIII.

19 V. sobre la doctrina del pecado original *Aurelius Augustinus*, *Vom Gottesstaat* (De civitate Dei). Traducción alemana de *W. Timme*. Bd. 2 (Buch 11 bis 22). 4. ed. München 1997, XIV. Buch pp. 154 ss.

20 *Martin Luther*, *Das schöne Confitemini an der Zahl der 118. Psalm* (1530), en: *Kurt Aland* (edit), *Luther deutsch. Die Werke Martin Luthers in euer Auswahl für die Gegenwart*. vol. 7 (Der Christ in der Welt). 4. edit.. Göttingen 1991, pp. 308 ss. *Kein Mensch [sieht] jemals seine rechten Hauptsünden, als da ist Unglaube, Verachtung Gottes, dass er nicht Gott fürchtet, ihm vertraut und ihn liebt, wie es wohl sein sollte, und dergleichen Sünde des Herzens, da die rechten Knoten drinnen sind* (“Ningún hombre ve nunca sus verdaderos pecados capi-

Existe por tanto forzosamente una fragmentariedad del Derecho y del Derecho penal que se puede describir como *fragmentariedad externa*.

b) Junto a ella hay una *fragmentariedad interna* del Derecho penal. En este sentido entiendo que la norma penal positiva no comprende o no comprende completamente el sector para el que rige con una consideración objetiva.

Inmediatamente me referiré a esto con mayor detalle:

### 3.2. *Fragmentariedad descriptiva y prescriptiva.*

#### 3.2.1. Fragmentariedad descriptiva

Fragmentariedad descriptiva significa la constatación de que el Derecho penal —sea en un sentido empírico, sea en su naturaleza como Derecho o como Derecho penal— es fragmentario, incompleto o, dicho brevemente, que posee una *naturaleza fragmentaria*.

aa) Ya me he referido a cómo se comporta con la fragmentariedad *externa*. Y lo mismo rige para la interna.

bb) Cuando John Locke en su *Essay concerning human understanding* habla acertadamente de la “natural insuficiencia del lenguaje y de la difícil evitación de la oscuridad y los errores de las palabras”<sup>21</sup>, esto vale también en una cierta extensión para el lenguaje de las normas jurídicas. Las normas jurídicas utilizan conceptos, pero estos conceptos son, si se admite un platonismo radical, abstracciones de la realidad. Por tanto, habrá siempre casos que serán sacrificados en el proceso de abstracción, que no serán por tanto, abarcados por el sentido literal de la norma, aunque su inclusión venga requerida por el fin de la misma norma, cualquiera que sea la forma en que se entienda este concepto.

cc) Esta fragmentariedad podría superarse si no rigiera en Derecho penal el principio *nullum crimen sine lege*. Es este principio el que hace que se mantenga la fragmentariedad interna condicionada por el lenguaje, y que, por tanto, ésta venga fijada por el *legislador*, no por normas indeterminadas; por el *intérprete*, no por la analogía; o por el derecho consuetudinario; y que tanto el legislador, como el interprete no puedan crear ni aplicar las normas retroactivamente.

dd) Incluyo este aspecto en el ámbito de la fragmentariedad *descriptiva*. Ciertamente, es indudable que al principio de legalidad le es inherente un componente normativo, pero éste componente no está referido a la fragmentariedad como tal, sino a principios como el de previsibilidad, protección de la confianza, división de poderes<sup>22</sup> y prevención general<sup>23</sup>. Sería realmente extraño que lo que le importara al legislador fuera que surgieran regulaciones con lagunas que no correspondieran a sus intenciones regulativas<sup>24</sup>. Por tanto, la fragmentariedad no es aquí la *meta*, sino un *reflejo* del principio *nullum crimen sine lege*.

Sin embargo, hay también casos en los que el texto legal ha sido formulado conscientemente por el legislador de un modo fragmentario; pero esto es un caso de fragmentariedad prescriptiva al que seguidamente me referiré.

#### 3.2.2. Fragmentariedad prescriptiva

La fragmentariedad prescriptiva (o normativa o deóntica) no consiste en la *constatación* de que “el Derecho penal es fragmentario”, sino en la *exigencia* de que “el Derecho penal *deba* ser fragmentario”.

A esta exigencia no hay nada que oponer actualmente, y más bien habría que atribuirle, como ya se ha dicho al principio, un valor positivo en general<sup>25</sup>.

---

tales, por la falta de fe, el desprecio de Dios, porque no tenga temor de Dios, no confíe en él y no lo ame como debería, y de los mismos pecados del corazón, en el que se encierran estos nudos”).

21 *John Locke*, Versuch über den menschlichen Verstand (Essay concerning human understanding). Drittes Buch: Über die Worte. 10. Vom Missbrauch der Sprache. Nach der Übersetzung von Julius H. Kirchmann (1872/73). Berlin 1962, p. 119.

22 Desarrollado expresamente por *Gerald Grünwald*, Bedeutung und Begründung des Grundsatzes *nulla poena sine lege*, en: Klaus Lüderssen/Fritz Sack (edit.), Seminar: Abweichendes Verhalten. Band I. Frankfurt a. M. 1974, pp. 232 ss.

23 Como es sabido la conocida fórmula, aunque ciertamente en lo que se refiere a la expresión “*nulla poena sine lege*”, procede de Paul Johann Anselm Feuerbach, quien la desarrolló en el marco de su teoría de la prevención general (negativa): *Paul Johann Anselm Feuerbach*, Lehrbuch des gemeinen in Deutschland gültigen peinlichen Rechts. 2 reimpression de la 14. ed. Gießen 1847. Aalen 1986, p. 41.

24 Análogamente *Prittwitz*, Das deutsche Strafrecht (ver nota 5), p. 405.

25 En los últimos años, especialmente en la forma en que se le reprocha al legislador (o a la jurisprudencia) por respetar poco esta fragmentariedad. Así, por ejemplo, la reciente crítica de Hirsch a la jurisprudencia del Tribunal Supremo por “intentar meter en los preceptos penales, forzando incluso el sentido literal, toda conducta que le parezca merecedora de castigo” (*H. J. Hirsch*, Zum Spannungsverhältnis von Theorie und Praxis im Strafrecht, en: Fsch. Tröndle [1989], pp. 19 ss., 26), y que ya ni siquiera se hable de la “naturaleza fragmentaria

Y si se critica el estado “imposible”<sup>26</sup> o “desolador”<sup>27</sup> del actual Derecho penal, esta crítica se refiere regularmente a la ausencia de fragmentariedad o al insuficiente carácter fragmentario del Derecho penal, al “afán por tapar lagunas”<sup>28</sup> que tienen hoy el legislador penal y la jurisprudencia.

Ahora no sería lógico convertir en exigencia lo que en todo caso sucede. La fragmentariedad prescriptiva debe estructurarse de un modo distinto a la fragmentariedad descriptiva. El cómo deba ser estructurada depende de los presupuestos normativos que sirven de fundamento a la exigencia. Normalmente irá más lejos que la fragmentariedad descriptiva, es decir, que la fragmentariedad que en todo caso es estructuralmente inevitable.

La distinción entre fragmentariedad descriptiva y prescriptiva se oscurece en tanto hay una forma de lenguaje que desearía llamar “indicativa deóntica”<sup>29</sup>; es decir, el revestimiento de contenidos deónticos en formulaciones indicativas, como sucede por ejemplo en la frase “la dignidad humana es intangible”. Y lo mismo pasa en los tratados de Derecho penal cuando se habla de la naturaleza fragmentaria del Derecho penal, siempre se trata del *postulado* de que el Derecho penal debe ser fragmentario.

La idea fundamental de este postulado es clara, al menos en el Estado de Derecho. Así dice, por ejemplo, Kindhäuser: “Derecho penal es poder y como todo poder es un arma de doble filo y con ello un enemigo potencial de la libertad que debe ser protegida”<sup>30</sup>. Si, desde la perspectiva del legislador, rige en el Estado de Derecho el principio *in dubio pro libertate*, de ello hay que deducir que el castigo de los ciudadanos es la forma más intensiva que tiene el Estado de perturbar la

personalidad, por lo que debe ser algo excepcional. La norma penal debe ser una isla en el mar de la libertad, como lo ha formulado brillantemente el Profesor de la Universidad de Florencia Francesco Palazzo, quien también habla del carácter “insular” del Derecho penal<sup>31</sup>. La forma de operar de esta exigencia se puede apoyar en tres aspectos de la idea del derecho: la justicia, la seguridad jurídica y la utilidad.

*aa)* En el ámbito de la *justicia* se trata de la búsqueda del criterio por el que el Estado puede legítimamente castigar; o dicho de otro modo, lo que constituye la esencia del delito. Es lo que, como es sabido, se llama *concepto material del delito*, que actualmente se trata sobre todo a través del concepto de bien jurídico. Esto no siempre ha sido así, y, por eso, me referiré luego a este tema en el apartado dedicado a la parte histórica.

*bb)* Las reglas de imputación, especialmente el principio de culpabilidad, limitan el ámbito delimitado por el concepto material del delito; cuanto más estrictamente se formule, tanto más fragmentario será el Derecho penal, entendiendo la fragmentariedad en este caso en sentido externo.

*cc)* En la fragmentariedad prescriptiva se incluye también, por lo menos en una moderna concepción del Derecho, la delimitación del ámbito de vigencia de las normas morales, que *como tales* no deben ser objeto de regulación por parte del Derecho penal<sup>32</sup>.

*dd)* Aquí también deben tenerse en cuenta los niveles de relevancia, excluyendo, por tanto, los casos de escasa importancia, meras bagatelas<sup>33</sup>.

*ee)* Desde el punto de vista de la *seguridad jurídica* se deduce el principio de la *accesoriedad* o *secundariedad*, que está, sin embargo, en una complicada relación

---

del Derecho penal” (*El mismo*, Der Umgang des Gesetzgebers mit dem StGB und die Notwendigkeit der gesetzgeberischen Berichtigung unterlaufener gesetzestechnischer Fehler. Über den Niedergang der Strafgesetzgebung, en: Fsch. für Puppe [2011], pp. 105 ss., 117.

26 Así reza el título del volumen editado por el Frankfurter Institut für Kriminalwissenschaften (supra nota. 5).

27 Uwe Hellmann, Vom desolaten Zustand des deutschen (Wirtschafts-) Strafrechts, en: Fsch. f. Krey, Stuttgart 2010, pp. 169 ss.

28 H. J. Hirsch (ver nota 24).

29 Véase ya Th. Vormbaum, Einführung: Das Feindstrafrecht und seine Kritik, en: Ders./Asholt (Ed.) Kritik des Feindstrafrechts. Münster, Berlin 2009, pp. VII ss., aquí p. XXX.

30 Urs Kindhäuser, Strafe, Strafrechtsgut und Rechtsgüterschutz, en: Klaus Lüderssen, Cornelius Nestler-Tremel, Ewa Weigend (ver nota 13), pp. 29 ss., 37.

31 Francesco Palazzo, Strafgesetzmäßigkeit. Transformation und Vielschichtigkeit eines “Fundamentalprinzips” (Rechtsgeschichte und Rechtsgeschehen. Kleine Schriften. 23). Münster, Berlin 2010, p. 37 entre otras.

32 Maiwald, Fsch. Maurach (ver nota 5) contempla en la exclusión de las normas morales una de las formas de aparición de la fragmentariedad del Derecho penal. Cuestión distinta es si sería una política más inteligente del Derecho penal aspirar a una mayor congruencia entre las normas penales y las morales.

33 En mi opinión, fue un fallo legislativo no sustituir el tradicional hurto famélico (§ 370 Abs. 1 Nr. 5 a. F. StGB) por una mera infracción administrativa, al haberlo integrado en el tipo del delito de hurto, sometiéndolo los hechos respectivos (junto con otros) a la regulación del § 248a StGB.

con el concepto material del delito<sup>34</sup>, discutida hasta hoy. De acuerdo con ello, el Derecho penal no debe castigar conductas que no estén ya calificadas como hechos ilícitos en otros sectores jurídicos “primarios”, como el Derecho civil o el Derecho público. El Derecho penal toma, por tanto, sus objetos de regulación del resto del ordenamiento jurídico.

De la *accesoriedad* se puede distinguir la *subsidiariedad*<sup>35</sup>. De acuerdo con ello, en principio la regulación extrapenal debe preceder a la penal<sup>36</sup>. Mientras que la accesoriedad (o subsidiariedad, como también se le llama<sup>37</sup>), cuando se la afirma, rige ilimitadamente, en todo caso siempre en favor del inculpaado; se puede plantear en la subsidiariedad la cuestión de si el respectivo ámbito de regulación de la conminación penal se muestra en comparación con otros mecanismos extrapenales como una regulación menos controladora<sup>38</sup> o más liberal<sup>39</sup>; lo que en general, debido al “desvalor ético-social” inherente a la pena y a las molestias que supone un proceso penal, debe ser conectado en sentido negativo. Mirada con detenimiento, la subsidiariedad es, pues, una especial característica del principio de *ultima ratio*.

ff) Este principio es en primera línea un postulado para la sabiduría legislativa, por tanto, un postulado

utilitario. Dentro de lo que corresponde o correspondería al concepto material del delito y al principio de accesoriedad, la política es la competente para resolver basándose en consideraciones de utilidad qué conductas debe seleccionar, que, expresándolo en el lenguaje neutral de la teoría del Derecho penal, no pueden ser respondidas de otra forma que con la amenaza de una pena y con la pena. En un Estado de Derecho esta actividad política está, sin embargo, también vinculada por el principio de proporcionalidad, e incluso, aunque esto es discutido, puede ser equiparada al principio de *ultima ratio*<sup>40</sup>.

En este contexto hay que incluir también las limitaciones que el legislador *mismo* realiza en el marco de la protección de bienes jurídicos, bien sea en lo que se refiere a que sólo se incluyan en la regulación determinadas partes o aspectos del bien jurídico; sea en lo que se refiere a que se exijan elementos adicionales para completar el tipo, como, por ejemplo una forma especial de comisión<sup>41</sup>, como el engaño en la estafa o un elemento especial subjetivo como el ánimo de lucro también en la estafa, con lo que la fragmentariedad conscientemente se incrementa.

34 Lo que entre otras cosas se debe a que el concepto de bien jurídico también debe buscarse fuera del Derecho penal (v. las referencias en *Knut Amelung*, Der Begriff des Rechtsgutes in der Lehre vom strafrechtlichen Rechtsgüterschutz, en: Hefendehl/v. Hirsch/Wohlers [ver nota 16], p. 155 nota. 1); la cuestión es por tanto si el concepto de “bien jurídico” explicado en el contexto del Derecho penal es un concepto perteneciente a todo el Ordenamiento jurídico o como un concepto específicamente penal; sobre esta cuestión detenidamente, *José Luis Guzmán Dálbora*, Sul significato intrinseco e sul valore attuale della teoria del bene giuridico nell’opera di Birnbaum, en: Diritto penale XXI secolo Jg. IX (2010), S. 371 ss. (traducción del español G. Fornasari; traducción al alemán del aturo, actualmente en prensa). El trabajo de Guzmán Dálbora contiene numerosas interpretaciones sobre la obra de Birnbaum, a las que me referiré en otro lugar.

35 Los conceptos de “accesoriedad”, “subsidiariedad” y “ultima ratio” no siempre se distinguen con claridad. En mi trabajo publicado en ZStW 1995, 757 sólo distinguía entre subsidiariedad y ultima ratio y de hecho equiparaba el primero con accesoriedad. La distinción que ahora hago en el texto entre accesoriedad y subsidiariedad y la inclusión de esta última como un caso especial de aplicación del principio de ultima ratio me parece que permite una delimitación más precisa. También *Prittwitz*, lug. cit., pp. 390 ss., distingue entre principio de subsidiariedad y principio de ultima ratio, aunque se refiere a otro tipo de conceptos.

36 Sobre el principio de subsidiariedad también *Prittwitz*, lug. cit., quien junto al significado en sentido amplio de “forma de ayuda” todavía acentúa otro en el sentido de “venir en ayuda”, que, en mi opinión, no es aplicable en este contexto.

37 Primero en realizar esta distinción fue quizás *Reinhard Maurach*, Deutsches Strafrecht Allgemeiner Teil. Karlsruhe 1954, pp. 21 ss.; también en posteriores ediciones, *Reinhard Maurach/Heinz Zipf*, Strafrecht AT Teilband 1. 8. ed. Heidelberg 1992, pp. 24 ss.; v. además *Klaus Lüderssen*, Primäre oder sekundäre Zuständigkeit des Strafrechts?, en: Ftschr. für Albin Eser (2005), pp. 163 ss.

38 Lüderssen discute el caso de que la regulación extrapenal pudiera conducir a un indeseado “control adicional” que “al final pueda ser más gravosa que el efecto liberalizador de un Derecho penal restrictivo basado en la ignorancia”: *Klaus Lüderssen*, Autobiographie, en: Eric Hilgendorf (edit), Die deutschsprachige Strafrechtswissenschaft in Selbstdarstellungen. Berlin 2010, pp. 351 ss., 381.

39 Aquí podría argumentarse que el Derecho penal deja que el ciudadano elija entre el derecho y la ilicitud, y es, por tanto, más liberal que una intervención inmediata del Estado, así ya *Gaetano Filangieri*, Scienza della legislazione/Gesetzgebungswissenschaft. 1784 (traducción alemana. de 1787), citado por la selección de este texto que se encuentra en: *Th. Vormbaum* (edit), Strafrechtsdenker der Neuzeit. Baden-Baden 1998, pp. 179 ss., hier p. 183: “La pena legal es aquella parte de la ley, por la que se deja al ciudadano la elección libre entre el cumplimiento del deber social o la pérdida de un derecho social”; v. también *Vormbaum*, “Politisches” Strafrecht, en: ZStW 1995, 748.

40 Detenidamente sobre esto los trabajos de *Martin Böse*, Grundrechte und Strafrecht als “Zwangsrecht” y de *Michael Bunzel*, Die Potenz des verfassungsrechtlichen Verhältnismäßigkeitsprinzips als Grenze des Rechtsgüterschutzes in der Informationsgesellschaft, en: Hefendehl/v. Hirsch/Wohlers (ver nota 16), pp. 89 ss., 96 ss.

41 *Gregor Stächelein*, Strafgesetzgebung im Verfassungsstaat. Berlin 1998, pp. 56 ss., distingue entre “bien jurídico” y “vía de ataque”.

Ciertamente, hay otros puntos de vista para la fragmentariedad descriptiva y otras fundamentaciones para la prescriptiva. Pero para el fin de la presente exposición basta con las consideraciones hechas anteriormente.

### 4. Resumen

La *fragmentariedad descriptiva* es la constatación de la naturaleza del Derecho penal. Como fragmentariedad *externa* registra que las normas penales forman trozos de la realidad, que son insulares; y como fragmentariedad *interna* registra que estas islas no son imágenes cerradas, delimitadas, sino que tienen numerosas ensenadas y recovecos, incluso lagunas y mares, que no pueden ser eliminadas en virtud de la vigencia del principio *nullum crimen sine lege*.

La *fragmentariedad prescriptiva* es, en cambio, un *postulado*. Como fragmentariedad *externa* exige que las islas no se conviertan en archipiélagos o en continentes; como fragmentariedad *interna* exige que el legislador no tenga miedo a que en las islas haya ensenadas que tienen que ser respetadas por el aplicador del derecho. Pero esta clase de fragmentariedad *no opera* directamente, ya que formalmente tiene sólo una existencia negativa, sino a través de principios positivos como el concepto material del delito, el principio de accesoria y el principio de *ultima ratio*.

Esto significa: *en todo caso desde un punto de vista sustancial, no existe una dogmática propia del Derecho penal fragmentario*. Pero podría haber una teoría y una dogmática que requieran de hecho la fragmentariedad<sup>42</sup>.

## II. Aspectos históricos

### 1. Origen del término

En la segunda parte nos ocuparemos en primer lugar y de forma breve del origen del término “Derecho penal fragmentario”.

Se reconoce como creador del término a Karl Binding, que habló del “carácter fragmentario de la ley penal”<sup>43</sup>. Cuando Binding critica que en ningún otro sector el poder legislativo se manifiesta en la misma medida a través de la promulgación de *normas casuísticas* como en la legislación penal, no está haciendo en absoluto una crítica a la expansión frívola del Derecho penal por parte del legislador<sup>44</sup>, sino más bien le reprocha que no opere sistemáticamente. Una de las grandes carencias de la obra legislativa sería que más allá del delito amenazado con una pena, casi por todas partes “existe aquel otro, pariente muy cercano, inmediatamente contiguo, que desatiende”. Ningún acto legislativo necesita más que éste de un “redondeo” (“*Ausrundung*”) mediante la interpretación, muy especialmente a través de la analogía, siendo esta una exigencia de la Justicia<sup>45</sup>.

Binding establece por lo tanto dos exigencias al legislador, que serían 1) “redondear” adecuadamente el sector de regulación jurídico-penal y 2) conceder al intérprete la posibilidad legal de pulir este “redondeo” mediante la analogía en caso de necesidad. En otras palabras, Binding constata (*descripción*) que la fragmentariedad existe y propone (*prescripción*) medidas para su eliminación<sup>46</sup>.

Estas opiniones de Binding muestran que frente a la fragmentariedad prescriptiva en el sentido de que “el Derecho penal debe ser fragmentario” también existe la contrapartida “el Derecho penal *no* debe ser fragmentario” y que quizá fue incluso esta propuesta la de mayor importancia histórica. No obstante, Binding hace referencia a la fragmentariedad *interna*, no querida por el legislador, es decir, *descriptiva*, y es por esta razón por lo que rechaza la prohibición de la analogía. En ese otro ámbito en el que es mayoritariamente citado, el gran ámbito de la fragmentariedad *externa* y por ello el ámbito material de la fragmentariedad prescriptiva, Binding no dice una palabra.

42 Referido al gráfico *infra*: El círculo central (nº 4) está en una posición (representada más fáctica que explícitamente), que limita el problema de la fragmentariedad al ámbito del principio *nullum crimen sine lege*. En esta línea se mueven, por ejemplo, *Wolfgang Naucke*, *Strafrecht. Eine Einführung*, 10ª ed., Neuwied, 2002, p. 64, así como *Prittwitz* (ver nota 5), p. 405, quien entiende el concepto de “Derecho penal fragmentario” como descripción del principio *nullum crimen sine lege*, limitándolo, por tanto a lo que aquí denomino “fragmentariedad interna”, mientras que lo que denomino “fragmentariedad externa” lo considera como problema de un “Derecho penal delimitado”.

43 *Binding*, *Lehrbuch des gemeinen deutschen Strafrechts, Besonderer Teil*, vol. 1, reimpr. de la 2ª ed., 1902, Aalen, 1969, p. 20.

44 Esto ha ya sido notado repetidas veces, v. p.ej. *Maiwald* (ver nota 5), p. 9; *Prittwitz* (ver nota 5), p. 388; *Lassak*, *Begründungsdefizite in der aktuellen Strafgesetzgebung*, en: *Institut für Kriminalwissenschaften Frankfurt* (ed.), *Irrwege der Strafgesetzgebung*. 1999, pp. 75 ss.; *Braum*, *Europäische Strafgesetzlichkeit*. 2003, p. 431; *Köbel*, *GA* 2002, 404.

45 *Binding*, op. cit., p. 21. Después de todo, Binding se dirige en vista de la situación legal vigente contra quien intente, con ayuda de la analogía —por supuesto, escondidos de forma vergonzosa detrás de la máscara de la interpretación extensiva—, someter a una pena acciones no proscritas por la ley (op. cit., p. 22).

46 También *Köbel*, *GA* 2002, 404, advierte del carácter primariamente descriptivo (y compasivo) del modelo de Binding.

De acuerdo con lo expuesto anteriormente, si ahora se añaden ulteriores observaciones históricas, estas pueden tratar solo de estructuras y acontecimientos que hayan tenido por resultado una expansión o una restricción del Derecho penal y con ello —como reflejo— un Derecho penal en mayor o menor medida fragmentario.

Mencionaré tres ámbitos: el de la teoría jurídico-penal, el de la legislación y el de la interpretación de la norma, pero deberé limitarme en ellos a aspectos importantes y/o ilustrativos.

## 2. Teoría (concepto material del delito)

En primer lugar, por lo tanto, el ámbito de la teoría jurídico-penal. Aquí son importantes sobre todo los esfuerzos hacia la formulación de un concepto material del delito.

Comienzo mi reflexión en el primer tercio de nuestra propia época jurídica, es decir, en la segunda mitad del siglo XVIII y en el primer tercio del siglo XIX. Allí encontramos tres planteamientos sobre el concepto material del delito:

a) La teoría del contrato social. Determinar y limitar la extensión legítima del poder punitivo del Estado fue justamente uno de los objetivos de las teorías contractualistas. El derecho a castigar —como dijo Beccaria— equivale a la suma de la menor cantidad posible de libertad que cada individuo cede a la sociedad<sup>47</sup>, libertad cedida para “asegurar el respecto a los derechos de los otros y al Estado como garantes de dichos derechos”<sup>48</sup>.

b) La teoría kantiano-feuerbachiana de la lesión de derechos, que limita el concepto material de delito a la lesión de derechos subjetivos sobre la base del concepto kantiano de derecho para el que derecho y libertad compasible son equiparadas en todo<sup>49</sup>;

c) La teoría desarrollada por Johann Michael Franz Birnbaum a partir de 1834 sobre el “bien” lesionado, según la cual, el delito es “la lesión o puesta en peligro de un bien que debe ser garantizado de forma equiva-

lente a todos por el poder estatal, en tanto que una garantía general no puede ser conseguida de otra forma [que no sea con la conminación y ejecución de una determinada pena]”<sup>50</sup>.

Se debate si se deben considerar estas tres posturas como ramas de un mismo tronco, el de la Ilustración<sup>51</sup>, o como tres brotes independientes con connotaciones políticas e sociohistóricas diferentes. Su independencia ha sido remarcada, por ejemplo, por Amelung<sup>52</sup>; Schönemann ha objetado que no se deberían exagerar las diferencias, pero tiende por su parte —de forma dialéctica— a minimizarlas<sup>53</sup>. La cuestión crucial es cómo valorar la transición de la teoría de la violación de derechos a la teoría de la lesión de bienes. Si se considera que esta transición no tiene relevancia para la expansión del Derecho penal, entonces la teoría de la lesión de bienes se sitúa desde el principio en una tradición de limitación del Derecho penal, es decir, desarrolla aquella función liberal que hoy en día le asigna la opinión dominante en la doctrina jurídico-penal. Si se piensa que la transición es relevante, habría que pensar que —como también ha analizado Silva Sánchez en su libro “La expansión del Derecho penal”<sup>54</sup> en el origen de la teoría de la lesión de bienes jurídicos no se situaba la idea de la limitación del Derecho penal, sino la de su flexibilización y expansión. En cualquier caso, es objetivo que Birnbaum, con su —sin duda acertada— indicación de que no se pueden lesionar los derechos como tales, sino el substrato de los mismos, es decir, los bienes en cuestión, abrió la puerta a la ampliación del Derecho penal más allá del ámbito de la violación de derechos subjetivos —en el siglo XIX se trataba sobre todo de delitos religiosos y de los llamados “delitos de la carne”<sup>55</sup>—. Es difícil por ello llevar a cabo una evaluación histórica, dado que siendo ya una realidad la teoría de la lesión de bienes —que desde Binding se conoce como teoría de la lesión de bienes jurídicos— es imposible saber cómo se habría desarrollado

47 *Beccaria*, *Von den Verbrechen und von den Strafen* (1764), 2004 (reproducción en edición de bolsillo, 2005), pp. 10 ss.

48 *Amelung*, *Rechtsgüterschutz und Schutz der Gesellschaft*, 1972, p. 20.

49 El mismo, p. 28; v. también (críticamente) *Schönemann*, *Das Rechtsgüterschutzprinzip als Fluchtpunkt der verfassungsrechtlichen Grenzen der Straftatbestände und ihrer Interpretation*, en: *Hefendehl/von Hirsch/Wohlers* (ver nota 16), pp. 133 ss.

50 Cfr. *Vornbaum*, *Moderne deutsche Strafrechtsdenker*, 2011, pp. 148 ss., en este punto p. 152.

51 *Schönemann* (ver nota 38), p. 139.

52 *Amelung* (ver nota 47), pp. 38 ss., que hace derivar “la teoría de la protección de ‘bienes’ de la crítica de la teoría de lesión de derechos”.

53 *Schönemann* (ver nota 48).

54 *Silva Sánchez*, *Die Expansion des Strafrechts*, 2003, pp. 62 ss.

55 V. al respecto *Frommel*, *Strafjustiz und Polizei*, en: *Akten des 26. Deutschen Rechtshistorikertages*, 1987, pp. 169 ss., aquí pp. 191 ss.

la teoría de la lesión de los *derechos* si no hubiese sufrido rechazo a lo largo del siglo XIX; es posible que hubiese dado lugar también a alguna clase de teoría sobre la lesión de derechos colectivos. Ni lo sabemos ni lo podemos saber, pero aun desde la precaución ante construcciones históricas hipotéticas, me parece que, considerándolo todo, el concepto de lesión de *derechos* es más resistente frente a tendencias expansivas que el concepto de lesión de *bienes*.

Probablemente, el propio Birnbaum no tenía en absoluto una particular intención de extender la legitimidad del ámbito de la punibilidad, que en su obra, frente a la teoría de la lesión de derechos, sufre solo un moderado aumento. Tras un periodo de latencia de algunas décadas, la teoría de la protección de bienes cayó bajo el dominio de Karl Binding, que acuñó el término hasta hoy utilizado de “bien jurídico”. Con él pierde el bien jurídico su carácter prejurídico y de instrumento crítico pasa a ser instrumento al menos ambivalente, cuando no principalmente afirmativo. Binding define los bienes jurídicos como las “condiciones materiales de una comunidad sana encontradas desde un punto de vista realista”<sup>56</sup> y concede al legislador la libertad para la determinación de estas condiciones, dejando a su voluntad la creación de nuevos bienes jurídicos. La diferencia con el planteamiento de Franz von Liszt<sup>57</sup>,

que caracteriza al delito como el comportamiento antisocial que “afecta a intereses vitales protegidos mediante normas jurídicas”, es marginal. La posterior espiritualización, posible en aquel momento a través del Neokantismo gracias al concepto de bien jurídico<sup>58</sup>, redujo la distancia con la teoría de la violación del deber (*Pflichtverletzungslehre*), erigida contra él durante el periodo nacionalsocialista. De ahí viene que la polémica de los penalistas nazis —como Amelung ha puesto correctamente de relieve<sup>59</sup>— no fuera sino un malentendido, no en vano hubo también en dicho periodo no pocos representantes del pensamiento orientado a la protección de bienes jurídicos.

Tras 1945 redundó dicho malentendido en favor del concepto de bien jurídico, si bien le llevó un poco de tiempo volver a convertirse en la clave de bóveda contra el conservador e incluso reaccionario Derecho natural de la primera época de la República Federal Alemana. Más tarde permitió una corta floración en los años sesenta y setenta, cuando bajo su bandera fueron derogados varios delitos obsoletos, sobre todo del Derecho penal sexual, un interesante hito de la historia del Derecho penal alemán, dado que una de las razones para el rechazo de la teoría de la violación de *derechos* en el siglo XIX —por ejemplo en la obra de Carl Joseph Anton Mittermaier<sup>60</sup>— había sido precisamente que

56 Binding, *Die Normen und ihre Übertretung*. v. I. 2ª ed. 1890, pp. 339 ss.

57 Hay que decidir caso por caso, como ha mostrado Frommel, si Von Liszt argumenta como estudioso de la política criminal o como dogmático penal: *Frommel, Präventionsmodelle in der deutschen Strafzweckdiskussion*. 1987, pp. 76 ss.

58 Frommel sostuvo la opinión, en relación con el Neokantismo, de que existía una posibilidad alternativa al desarrollo objetivo posterior de la teoría de Von Liszt, pero que se había impuesto la línea de Kohlrausch y, habría que añadir posteriormente, la línea de Schmidt). Es posible, pero la Historia no tuvo tal desarrollo y la posibilidad alternativa no tuvo lugar, por lo que tampoco aquí ayudan demasiado consideraciones histórico-hipotéticas. No está exento de dudas la consideración de que Radbruch pueda ser el nombre de un potencial línea alternativa. El proyecto de 1922, que tomó su nombre, se basó en pasados proyectos (1909, 1911, 1913, 1919), pero contenía también nuevos y propios endurecimientos y expansiones del Derecho penal. La abolición de la pena de muerte prevista en el proyecto de 1922 trae causa por lo menos *también* en el hecho de que Austria, con la que se quería armonizar la reforma penal, hubiese abolido dicho tipo de pena en su Constitución; para más detalle, v. *Friederike Goltsche, Der Entwurf eines Allgemeinen Deutschen Strafgesetzbuches von 1922 (Entwurf Radbruch)*. Berlin 2010; *Thomas Vormbaum, Angleichungs VO* (ver nota 85), pp. 60 ss.

59 Amelung (ver nota 33), p. 160.

60 *Carl Josef Anton Mittermaier, Über die Grundfehler der Behandlung des Kriminalrechts* (1819), extracto en: *Th. Vormbaum* (ed.), *Strafrechtsdenker* (ver nota 49), p. 122; Mittermaier se manifestó contrario a la teoría de la lesión de derechos también en la nueva edición del manual de Feuerbach, editado por él; con más detalle, v. *Thomas Vormbaum, Einführung in die moderne Strafrechtsgeschichte*. 2ª ed., 2011, p. 60, nota 27. Se merece recordar su comentario, como vigente autor liberal, a la posición liberal de Feuerbach de que se exceptuaran [solo] “aquellas satisfacciones del deseo sexuales contrarias a la ley [...], que ya en su esencia contienen la lesión de verdaderos derechos de una persona” (Lehrbuch, op. cit., p. 719): “También aquí la errónea visión de que todos los delitos son lesión de un derecho ha conducido al autor a unir los delitos de la carne a las infracciones de policía. Si se considera la importancia de las buenas costumbres (*Sittlichkeit*) para el Estado, al cual le falta sin las mismas uno de los sólidos fundamentos del ordenamiento, si se tiene en cuenta la obligación del Estado de proteger a los ciudadanos ligados al mismo de ataques a las buenas costumbres, de velar escrupulosamente por la decencia pública, castigar violaciones de la misma y defender a personas menores de edad e inmaduras de la corrupción, entonces se ve justificado el castigo de algunos tipos de delitos de la carne incluso con penas severas para las que el Derecho de policía no es suficiente” (op. cit., pp. 719 ss.); v. también pp. 738 ss. sobre “satisfacciones antinaturales del deseo sexual” (clasificadas asimismo como ilícitos administrativos por Feuerbach): “La desafortunada opinión de que se deben contemplar todos los delitos como una lesión de derechos ha provocado la expulsión de la sodomía de la categoría de delitos en algunos nuevos códigos penales”.

esta no permitiría legitimar la criminalización de los llamados delitos de la carne.

Con la meritoria antología de Hefendehl y otros<sup>61</sup> contamos hoy con una visión panorámica del espectro de la teoría de la lesión de bienes jurídicos y de cómo ha sido reducida, ampliada y completada. Las posiciones abarcan desde la opinión de que el bien jurídico central es la vigencia material del Derecho<sup>62</sup> hasta un concepto de bien jurídico personal<sup>63</sup>, desde distintos intentos de encontrar nuevos criterios para perfilar el concepto de bien jurídico<sup>64</sup>, pasando por la opinión de que una definición *general* de bien jurídico está abocada al fracaso<sup>65</sup>, hasta el uso del *harm principle* y el *offence principle* como sustitutos o complementos de la teoría del bien jurídico<sup>66</sup>, la aproximación constitucional (con distinta intensidad)<sup>67</sup> o la vigencia exclusiva del principio de proporcionalidad<sup>68</sup>.

Se debate sobre si al concepto de bien jurídico le corresponde un potencial fragmentario y limitativo de la pena o si al menos esta correspondencia es posible, o bien es solo es un recurso metódico immanente al sistema. Después de todo, en la literatura serán privados de legitimidad, invocando la ausente o incorrecta remisión a un bien jurídico, tanto un pequeño canon de

delitos<sup>69</sup> como una serie de bienes jurídicos llamados “aparentes” (*Scheinrechtsgüter*), por ejemplo, la salud pública<sup>70</sup>, la eficiencia de la economía aseguradora<sup>71</sup>, el orden público<sup>72</sup>, la seguridad vial<sup>73</sup>, los sentimientos<sup>74</sup>, la confianza y la seguridad<sup>75</sup>.

### 3. Legislación

#### 3.1. Factores estructurales

Bajo la influencia liberal se extiende en el siglo XIX —aunque no sea en todos los ámbitos<sup>76</sup> ni de forma lineal— la moderada reducción del Derecho penal iniciada a finales del siglo XVIII. En la época del nacimiento y desarrollo del Estado intervencionista, como muy tarde a partir de los primeros años setenta del siglo XIX, el Derecho penal vuelve a aumentar su volumen —un proceso que con posibles interrupciones se extiende hasta hoy en día—. Hay muchas razones socioeconómicas, sociohistóricas y técnicas para este aumento. Debo limitarme aquí a los factores jurídicos. Me parece de importancia que este aumento se haya desarrollado —casi siguiendo una ley evolutiva— primero en enclaves externos al Código y de ahí —directa

61 Hefendehl/v. Hirsch/Wohlens (ed.), ver nota 16); además de Roland Hefendehl, GA 2007, pp. 1 ss.; una clara y concisa exposición del desarrollo y de las posiciones actuales se puede recabar de Sabine Swoboda, ZStW, 2010, pp. 24 ss., pp. 33 ss.

62 Cfr. Jakobs, Strafrecht AT, 2ª ed., 1993, p. 35; de forma similar Kindhäuser (ver nota 29): Ampliamente conocida es la tesis mantenida por Jakobs en el Congreso penalistas alemanes de 1985: “Si es consecuente con el planteamiento de bien I bien jurídico se tendría que combatir con el Derecho penal las ideas peligrosas de delinquentes potenciales de incluso la fuente de esas ideas”: Jakobs, Kriminalisierung im Vorfeld einer Rechtsgutsverletzung, en: ZStW, 1985, pp. 751 ss., p. 753.

63 Hassemer/Neumann, NK StGB. 3ª ed., 2010, § 1, numeral 131 ss.; Roxin (ver nota 6), pp. 16 ss.

64 Recopilación de las distintas opiniones en Roxin, AT/1 (ver nota 6), pp. 47 ss.

65 Así, por ejemplo, Schönemann (ver nota 48), pp. 135 ss.

66 Sobre ello, v. von Hirsch, GA 2002, 2 ss.; (de nuevo en: Hefendehl/von Hirsch/Wohlens [ver nota 16], pp. 13 ss.); Wittig, Rechtsgutstheorie, “Harm Principle” und die Abgrenzung von Verantwortungsbereichen, en: El mismo, pp. 239 ss.; Seelmann, Rechtsgutskonzept, “Harm Principle” und Anerkennungsmodell als Strafwürdigkeitskriterien, en: El mismo, pp. 261 ss.

67 V. por todos Hassemer, Darf es Straftaten geben, die ein strafrechtliches Rechtsgut nicht in Mitleidenschaft ziehen?, en: Hefendehl/von Hirsch/Wohlens (ver nota 16), pp. 57 ss.; Otto Lagodny, Das materielle Strafrecht als Prüfstein der Verfassungsdogmatik, en: El mismo, pp. 83 ss.

68 Cfr. la información en la nota 39; a ello afecta también en última instancia la jurisprudencia del Tribunal Constitucional federal; sobre la problemática de la “doble” prueba de la proporcionalidad del Tribunal Constitucional federal, v. Swoboda (ver nota 60), pp. 44 ss.

69 Se mencionan entre otros los tipos de los §§ 86a, 129a, 130.3, 168a, 183, 261, 264, 265 StGB y (al menos parcialmente) § 31 BtmG.

70 Roxin, AT/1 (ver nota 6), p. 17.

71 El mismo, más adelante; Schönemann (ver nota 48), p. 151.

72 Swoboda, ZStW, 2010, p. 39.

73 Schönemann (ver nota 48), p. 152; Amelung, Rechtsgut (ver nota 33), p. 175.

74 Roxin, AT/1 (ver nota 6), pp. 22 ss., con excepción de los sentimientos de *amenaza*.

75 Amelung, Rechtsgut (ver nota 33), p. 177.

76 Junto con el Derecho penal político (decretos de Karlsbad) y los delitos religiosos, constituyó una excepción el Derecho penal sexual (que ya había desempeñado también un papel importante en el desarrollo del concepto material de delito); v. sobre ello Roth, Die Sittlichkeitsdelikte zwischen Religion und Rationalität. Strafrechtspraxis und Kriminalpolitik im 18./19. Jahrhundert, en: Reiner Schulze/Thomas Vormbaum/Christine D. Schmidt/Nicola Willenberg (ed.), Strafzweck und Strafnorm zwischen religiöser und weltlicher Wertevermittlung, 2008, pp. 195 ss.

o indirectamente— se haya abierto paso hasta el núcleo del Derecho penal. Como factores más importantes veo, por orden de aparición:

a) el *Derecho penal accesorio*<sup>77</sup>, dirigido a bienes jurídicos supraindividuales, que con su técnica reguladora no suele favorecer el principio de taxatividad y que además constituyó el punto de partida para la expansión de la punibilidad de la imprudencia, la omisión y los actos preparatorios y experimentó una expansión imparable durante y a partir de la Primera Guerra Mundial<sup>78</sup>;

b) desde 1923, el *Derecho penal de menores*, que insiste en la flexibilidad y que por su estructura sortea el efecto limitativo del principio de culpabilidad;

c) el *Derecho de las medidas de seguridad*—regulado legalmente desde noviembre de 1933<sup>79</sup>— que sustituyó la culpabilidad orientada al hecho del Derecho penal clásico por la perspectiva de la peligrosidad, condujo con ello a una expansión del ámbito sancionatorio e invalidó con el—sin embargo consecuente— (actual) párrafo 2, apdo. 6 StGB la prohibición de la retroactividad<sup>80</sup>;

d) el *Derecho penal económico* dentro y fuera del Código penal, que nació político-criminalmente a partir de finalidades heterogéneas, como son, por una parte, establecer por así decirlo una simetría social del Derecho penal respecto a la delincuencia de cuello blanco y, por otra parte, evitar respecto a la economía fuertes mecanismos extrapenales sancionatorios y de control

que afectasen demasiado a la misma<sup>81</sup>, y que insiste con su gran afán de control en tipos penales que, debido al sistema, son demasiado extensos e imprecisos;

e) el *Derecho penal europeo*, vinculado en gran parte con el Derecho penal económico, que debido a su carácter intervencionista lleva regularmente a una mayor penalización<sup>82</sup> y con ello establece un programa alternativo a aquel desarrollo que codujo a la Codificación unitaria en la Alemania del siglo XIX y que supuso al menos en un extenso ámbito un desarrollo penal liberal;

f) y finalmente le debemos al llamado *Derecho penal internacional*, nacido a partir del comprensible deseo de terminar con la inmunidad de los criminales de estado, la relajación de una serie de instituciones jurídicas y no en último término la abolición de la prescripción para el asesinato y el genocidio, es decir, la persecución penal de por vida, que no actúa precisamente a favor de un Derecho penal humano. Por último, de aquí surge también la punibilidad de la “negación del Holocausto”<sup>83</sup>.

### 3.2. Ejemplos

El reflejo de estos factores en el núcleo del Derecho penal se produjo en parte con rapidez, en parte con retraso. Hablaré brevemente de dos reformas del Código penal que dieron lugar a considerables expansiones del Derecho penal en su ámbito más central.

77 Sobre el Derecho penal complementario hasta 1914: *Robert Weber*, Die Entwicklung des Nebenstrafrechts 1871 bis 1914 (Juristische Zeitgeschichte, fasc. 3, vol. 5). 1999; sobre el Derecho penal complementario en materia económica durante el Nazismo: *Werner*, Wirtschaftsordnung und Wirtschaftsstrafrecht im Nationalsozialismus, 1991; v. *Schmitzberger*, Das nationalsozialistische Nebenstrafrecht 1933 bis 1945, 2008.

78 Sobre esto *Naucke*, Über das Strafrecht des I. Weltkriegs, en: Ders., Die Zerbrechlichkeit des rechtsstaatlichen Strafrechts. Materialien zur neueren Strafrechtsgeschichte, 2000, pp. 287 ss.; *Richstein*, Das “belagerte” Strafrecht. Kriegsstrafrecht im Deutschen Reich während des Ersten Weltkrieges, 2000; de forma resumida *Vormbaum*, Einführung in die moderne Strafrechtsgeschichte. 2ª ed., 2011, pp. 153 ss.

79 De forma exhaustiva: *Christian Müller*, Das Gewohnheitsverbrechergesetz vom 24. November 1933, 1997; v. también *Ders.*, Verbrechensbekämpfung im Anstaltsstaat. Psychiatrie, Kriminologie und Strafrechtsreform in Deutschland 1871-1933, 2004.

80 Sobre la crítica al § 2.6 StGB remitimos a *Dannecker*, LK, 12. ed., v. 1, Berlin 2006, § 2, numeral 135; *Hassemer/Kargl*, NK StGB, 2010, § 2 numeral 57 ss., en especial numeral 60.

81 De forma clara, p.ej., en *Tiedemann*, Strafrecht in der Marktwirtschaft, en: Fsch. Stree/Wessels, 1993, pp. 527 ss.

82 De la casi inabarcable literatura, v. las destacables contribuciones de *Naucke*, Europäische Gemeinsamkeiten in der neuen Strafrechtsgeschichte und Folgerungen für die aktuelle Debatte, en: Jahrbuch der juristischen Zeitgeschichte 2 (2000/2001), pp. 1 ss.; *Lüderssen*, GA 2003, pp. 71 ss., para más referencias: nota 90 ss.; *Donini*, Subsidiarität des Strafrechts und Subsidiarität des Gemeinschaftsrechts, en: El mismo, Strafrechtstheorie und Strafrechtsreform. Beiträge zum Strafrecht und zur Strafrechtspolitik in Italien und Europa, 2006, pp. 151 ss.; El mismo, Ein neues strafrechtliches Mittelalter? Altes und Neues in der Expansion des Wirtschaftsstrafrechts, en: El mismo, pp. 203 ss.

83 Con más detalle, v. *Th. Vormbaum*, Vergangenheitsbewältigung im Rechtsstaat, en: Fsch. Amelung, 2009, pp. 783 ss.; sobre los elementos de Derecho penal del enemigo que se pueden encontrar en el Derecho penal internacional, v. *Fronza*, Feindstrafrecht und Internationale Strafgerichtsbarkeit, en: *Vormbaum/Asholt*, Kritik (ver nota 28), pp. 413 ss.; sobre el delito de negación del Holocausto, también desde el punto de vista de Derecho comparado, v. Los mismos, Der strafrechtliche Schutz des Gedenkens. Bemerkungen zum Tatbestand der Holocaust-Leugnung, en: Jb. d. juristischen Zeitgeschichte 11 (2010), pp. 243 ss.

a) *Reforma de 1876*

Una de las reformas más extensas, que modificó o creó *ex novo* al menos cincuenta disposiciones del Código penal —en su mayoría en el sentido de ensanchar o endurecer la pena—, fue la Ley de Modificación y Ampliación del Código Penal (*Gesetz zur Änderung und Ergänzung des Strafgesetzbuch*) de 1876<sup>84</sup>. Pongo dos ejemplos:

aa) El principio de impunidad de la participación intentada fue quebrantado por primera vez, aunque todavía de forma restringida, a través del nuevo §49a, la llamada Ley Duchesne. También se criminalizaron por primera vez formas muy limitadas de otros actos preparatorios del actual §30.2<sup>85</sup>. Como se sabe, se ha continuado más allá de estos casos muy limitados<sup>86</sup>.

bb) De nueva creación fue el tipo de las lesiones peligrosas; también aquí marca la reforma el inicio de un desarrollo expansivo: en 1912<sup>87</sup> la ampliación al «maltrato de un súbdito», que se convirtió en 1933, con una nueva ampliación, en un tipo independiente<sup>88</sup>; a partir de 1940 pudo el Ministerio fiscal sustituir la instancia de parte en las lesiones simples<sup>89</sup>; en 1969 se criminalizó la *tentativa* de lesiones peligrosas<sup>90</sup>; el cénit —o el nadir desde el punto de vista del Derecho penal fragmentario— lo alcanzó el desarrollo de la criminalización de la tentativa de las lesiones simples a través de la llamada Sexta Ley de Reforma Penal<sup>91</sup>.

b) *Decreto de Armonización (Angleichungsverordnung) de 1943*

Mi segundo ejemplo es el llamado Decreto de Armonización del Derecho penal (*Strafrechtsangleichungs-VO*) de 1943<sup>92</sup>. Entre otras cosas, introdujo en el Código penal la atenuación meramente facultativa de la responsabilidad penal en casos de tentativa, continuó el adelantamiento de la barrera de punibilidad en el ámbito de la participación que comenzó en 1876 y desarrolló el tipo de simulación de un delito, la estructura actual de las coacciones y la punibilidad del testimonio falso sin juramento en su estadio preparatorio. Excepto en un punto marginal —punibilidad de la complicidad intentada<sup>93</sup>— han permanecido en vigor después de 1945 y hasta hoy en día todos los ejemplos mencionados<sup>94</sup>.

Hubo otros impulsos en la dirección mostrada; pienso sobre todo en la reforma de 1935, que restringió la prohibición de la analogía y permitió excepciones al principio *in dubio pro reo*, como la *Wahlfeststellung*. Sobre esto volveré al tratar de la *interpretación* del Código penal.

3.3. *Aceleración del proceso*

Tras una corta fase liberal a finales de los años sesenta y setenta, en la que incluso la palabra “despenalización” es coyuntural, se acelera en el último tercio del siglo XX y hasta hoy la expansión del Derecho pe-

84 *Gesetz betreffend die Abänderung von Bestimmungen des Strafgesetzbuchs für das Deutsche Reich* (“Ley concerniente la modificación de disposiciones del Código penal del Imperio alemán”) de 15 de mayo de 1871 y normas complementarias de 26 de febrero de 1876 (RGBl. 1976, p. 25), en: *Vormbaum/Welp*, Das StGB. Sammlung der Änderungsgesetze und Neubekanntmachungen, v. 1, 1999, pp. 92 ss.

85 Sobre el trasfondo, v. el resumen de *Asholt*, en: *Vormbaum/Welp*, Das StGB, vol. supl. 3, 2006, p. 100. El nuevo § 49a StGB criminalizó la inducción a un delito o a la participación en un delito y la aceptación de una tal inducción, además del ofrecimiento y la aceptación de un ofrecimiento para cometer un delito —todo ello solo en caso de contar con un soporte escrito o bien cuando la inducción o el ofrecimiento estuviesen “vinculadas a la prestación de beneficios de cualquier tipo”—. Con más detalle: *Jost-Dieter Busch*, Die Strafbarkeit der erfolglosen Teilnahme und die Geschichte des § 49a StGB, tesis doctoral, Marburg 1964; Visión general: *Vormbaum*, Die Strafrechtsangleichungsverordnung vom 28. Mai 1943, 2010, pp. 22 ss.

86 En seguida trataremos este punto.

87 *Gesetz betreffend Änderungen des Strafgesetzbuchs* (“Ley concerniente modificaciones del Código penal”) de 19 de junio de 1912 (RGBl. 1912, p. 395), n° 3 (§ 223a.2).

88 *Gesetz zur Abänderung strafrechtlicher Vorschriften* (“Ley de modificación de disposiciones penales”) de 16 de mayo de 1933 (RGBl. 1933, p. 295), n° 15 (§ 223b).

89 *VO zur Änderung der Strafvorschriften über fahrlässige Tötung, Körperverletzung und Flucht bei Verkehrsunfällen* (“Reglamento de modificación de disposiciones penales sobre homicidio imprudente, lesiones y omisión de socorro en caso de accidente de tráfico”) de 2 de abril de 1940 (RGBl. 1940, p. 606), n° 3.

90 EGStGB de 2 de marzo de 1974 (BGBl. I 1974, p. 469), Art. 19, n° 94b.

91 Sexta ley de reforma penal de 26 de enero de 1998 (BGBl. I 1998, p. 164, n° 37).

92 Sobre el mismo, *Vormbaum* (ver nota 85).

93 Fue abolida por el art. 2.8 de la Tercera ley de reforma penal de 4 de agosto de 1953 (BGBl. I 1953, p. 735).

94 Sobre la transición en el § 240.2 2 StGB del “sano sentimiento del pueblo” a la “reprochabilidad” y sobre la jurisprudencia del BGH respecto al “sano sentimiento del pueblo” (BGHSt 1, pp. 84 ss.; BGHSt 5, p. 256) v. *Dencker*, NS-Justiz vor Gericht, en: *Requate* (ed.), Recht und Justiz im gesellschaftlichen Aufbruch (1960-1975), 2003, pp. 93 ss.

nal. Un indicador para esta expansión y con ello para la decreciente fragmentariedad del Derecho penal es el aumento del número neto de reformas del Código penal. De las alrededor de 240 reformas del StGB desde 1871, unas 59 tienen lugar en los casi ochenta años entre dicha fecha y 1949, mientras que en los poco más de sesenta años entre 1949 y la actualidad, han tenido lugar no menos de 180 reformas<sup>95</sup>.

Indudablemente, hay factores que relativizan estos números. La cantidad de leyes de reforma no equivale a la cantidad de nuevos tipos penales y la cantidad de tipos penales no equivale a la expansión de lo penal, dado que también hubo meros desplazamientos del Derecho penal accesorio al Código. Sin embargo, una mirada más atenta muestra que estas relativizaciones atenúan mínimamente la tendencia, dado que la gran mayoría de las leyes de reforma contienen nuevos tipos penales, ampliaciones de la punibilidad y endurecimientos de las penas, recuerdo solo que la llamada Sexta Ley de Reforma Penal tomó la decisión, respecto al debate sobre la “interpretación correctiva” amplia o restringida del tipo de malversación, de ir en la versión reformada del mismo aún más allá de la interpretación correctiva amplia. La reforma de 1988 impulsó también una funesta técnica legislativa para el Derecho penal fragmentario, la llamada *regla ejemplificada* (*Regelbeispiel*), una regla cuyo nacimiento hay que agradecer por desgracia a la legislación reformadora de los años sesenta. Al “pecado original del parágrafo 243”<sup>96</sup> le siguieron otros<sup>97</sup>, y se puede apostar sobre seguro respecto a cuándo se llevará a cabo la sustitución de todos los tipos cualificados en el ámbito sancionatorio por «reglas ejemplificadas», maniobra que ya ha sido estudiada por el Ministerio Federal de Justicia.

#### 4. Interpretación

Es posible hacer observaciones históricas sobre la interpretación respecto a muchos delitos, por lo que debo limitarme particularmente a algunos aspectos históricos concretos<sup>98</sup>.

Me decanto por tres puntos que tienen como característica común el rol desempeñado en los tiempos de la hegemonía nazi.

##### 4.1. Prohibición de la analogía

El principio *nullum crimen sine lege*, que se había impuesto a lo largo del siglo XIX en la legislación penal llegando hasta el Código penal de 1871, quedó en estado precario en algunos puntos concretos<sup>99</sup>, aunque la prohibición de la analogía siguió siendo reconocida en principio. Como es sabido, el *Reichsgericht* rechazó a finales del siglo XIX la subsunción de la apropiación de energía eléctrica en el tipo de hurto<sup>100</sup>; y el propio Binding criticó la aplicación analógica de la ley bajo el pretexto de interpretación extensiva de una reforma del Código penal<sup>101</sup>. Sin embargo, este paso sí que se dio con el legislador nazi, aunque su espectacularidad es mucho menor de lo que normalmente se cree<sup>102</sup> si se tiene en cuenta que numerosas leyes —desde la Ley de Delincentes Habituales al Reglamento penal para Polonia— apenas tuvieron necesidad de usar este instrumento gracias a la imprecisión de sus textos.

Por lo que puedo observar, aun no se ha estudiado profundamente cómo manejó la jurisprudencia su ampliada oportunidad de fundamentar la punibilidad. Sin embargo, algunas investigaciones señalan que esta usó el nuevo instrumento muy moderadamente, lo que

95 Los números son analizados por *Vormbaum*, 130 Jahre Strafgesetzbuch - Markierungspunkte und Tendenzen, en: *Ders./Jürgen Welp*, Das Strafgesetzbuch. Sammlung der Änderungsgesetze und Neubekanntmachungen, vol. supl. 1, 2003, pp. 456 ss., aquí pp. 481 ss., también sobre el incremento de las llamadas leyes de lucha; v. también *Hefendehl*, ZStW, 2007, pp. 816 ss., nota 817.

96 *Scheffler*, Strafgesetzbuchtechnik in Deutschland und Europa, 2006, p. 36.

97 La técnica de la regla ejemplificada fue completada con remisiones y llevada a un extremo “evidentemente irracional” por la Sexta ley de reforma; *Scheffler*, op. cit.; *Schünemann*, en: LK, 11ª ed., § 266, numeral 177. Por último, críticamente *H. J. Hirsch* (ver nota 24).

98 Una visión más amplia no se obtiene atendiendo solo a teorías y sentencias espectaculares, sino también a los cambios sutiles que a menudo se prolongan durante décadas. Naucke ha mostrado, animado por el opúsculo de Friedrich Christian Schröders, con el ejemplo del delito de homicidio, cómo desde el siglo XIX algunos problemas de la parte general se han desplazado a la parte especial, lo cual ha conducido a una expansión del Derecho penal debido a la abstracción ligada a dicho fenómeno. Así, el concepto de *letalidad*, surgido del delito de homicidio, ha caído en el olvido, mientras que la descripción manejada en la parte general del “motivo de la muerte” se ha vuelto dominante; *Naucke*, Rezension Schroeder, Der Blitz als Mordinstrument, en: *Journal der jur. Zeitgeschichte*, 5, 2011, pp. 24 ss.

99 Sobre ello *Dannecker*, Die Entwicklung des strafrechtlichen Rückwirkungsverbots und des Milderungsgebots in Deutschland, en: *Jahrbuch der jur. Zeitgeschichte*, 3, 2001/2002, pp. 125 ss.; *Seebode*, Streitfragen des strafrechtlichen Rückwirkungsverbots im Zeitenwandel. Das Rechtsgutachten für den Reichstagsbrandprozess, en: El mismo, pp. 203 ss.

100 RGSt 29, p. 111; RGSt 32, p. 165.

101 V. la anterior nota 44.

102 *Naucke*, Die Aufhebung des strafrechtlichen Analogieverbots 1935, en: *Ders.*, Zerbrechlichkeit (ver nota 77), pp. 301 ss.

puede tener origen en el recelo a romper formalmente con un principio con ya décadas de tradición, hecho por el que naturalmente no se debe un reconocimiento especial a la jurisprudencia. Examinemos uno de los más nefastos trabajos de subsunción más operados por el *Reichsgericht*, me refiero al tratamiento —también aprobado por voces de la doctrina, como por ejemplo, por Richard Lange<sup>103</sup>— del párrafo 11 del Reglamento de desarrollo de la Ley para la protección de la sangre (*Blutschutzgesetz*)<sup>104</sup>, de acuerdo con el cual las “relaciones prohibidas” entre alemanes y judíos en el sentido del párrafo 2 de la *Blutschutzgesetz* eran “solo las relaciones sexuales”. El *Reichsgericht* subsumió en este elemento también “todas las actividades sociales con una persona perteneciente al sexo contrario que de acuerdo con su naturaleza están determinadas a servir, en lugar de la relación sexual, para la satisfacción del instinto sexual de al menos una de las partes”<sup>105</sup> para finalmente dejar de exigir para la consumación del tipo un contacto corporal<sup>106</sup>. Esta posición no se puede fundamentar de ninguna manera con la nueva posibilidad de la aplicación analógica de la ley —al contrario: el Tribunal rechazó expresamente una sugerencia al respecto del Ministerio fiscal y se remitió entre otras cosas al encabezamiento de la ley, que presentaba un doble objeto de tutela por parte de la norma: protección de la sangre alemana y del honor alemán—. Con una comprensión tal de la “interpretación” es natural que se pueda renunciar

a la aproximación al párrafo 2a StGB (más tarde, párrafo 2 StGB).

La moderación del Tribunal respecto a la analogía explícita también parece haber sido forjada en el ámbito menos contaminado políticamente. Hubo no obstante una serie de casos en los que el *Reichsgericht* consideró posible el castigo solo por vía de la analogía, mientras que el Tribunal Supremo Federal lo logró más tarde el mismo resultado mediante interpretación<sup>107</sup>, e incluso hubo algunos casos —aunque marginales—, en los que el *Reichsgericht* no consideró posible el castigo ni siquiera por aplicación analógica, pero a los que el BGH contestó afirmativamente como resultado de la *interpretación*<sup>108</sup>. Dicho con toda la cautela, esto señala que la costumbre de “interpretar” descuidadamente se ha mantenido después de 1945.

Quizá habría sido incluso mejor si el *Reichsgericht* hubiera invocado más frecuentemente la analogía entonces permitida, ya que entonces, con el restablecimiento de la prohibición a partir de 1945, se habrían asentado posiblemente nuevas y fuertes bases para la limitación de la interpretación y la analogía. Entre la sentencia del *Reichsgericht* sobre el “hurto de energía” y la decisión del *Bundesgerichtshof* del año 1957 de considerar a un camión como “carruaje con riendas”<sup>109</sup> no han pasado unos meros sesenta años, sino los años del régimen nacionalsocialista y de la entrada en vigor de la reforma sobre la analogía<sup>110</sup>.

103 Richard Lange, en: *Kohlrausch/Lange*, StGB mit Nebengesetzen und Erläuterungen., 36. ed., 1941, nota I sobre el § 2 BlutschutzG.

104 De forma detallada —también con trasfondo de historia jurídica contemporánea— Ogorek, “Rassenschande” und juristische Methode. Die argumentative Grammatik des Reichsgerichts bei der Anwendung des Blutschutzgesetzes von 1935, en: *KritV*, 2003, pp. 280 ss.

105 Sentencia de 9 de diciembre de 1936; Leitsatz RGSt (Gr. Senat) 70, p. 375. Vista panorámica en *Vormbaum*, Die Rassegesetzgebung im nationalsozialistischen Deutschland, en: Garlati/Vettor (ed.), *Das Recht und die Rechtsschändung. 70 Jahre nach dem Erlass der italienischen Rassegesetze*. 2010, pp. 167ss., p. 177; El mismo, *Einführung in die moderne Strafrechtsgeschichte*, pp. 198 ss.

106 Así, p.ej., en RGSt 73, pp. 94 ss., p. 96.

107 Con más detalle *Priester*, Zum Analogieverbot im Strafrecht, en: *Koch* (Ed.), *Juristische Methodenlehre und analytische Philosophie*. 1976, S. 155 ss., hier S. 175 ss.

108 *Priester*, op. cit., pp. 178 ss.

109 BGHSt 10, p. 375.

110 En este contexto, se plantea la cuestión de la *continuidad personal* de la jurisdicción antes y después de 1945; sobre ello y de forma detallada, la actual obra de *Rottleuthner*, *Karrieren und Kontinuitäten deutscher Justizjuristen vor und nach 1945*, 2010. En la discusión, Kuhlen criticó la exposición en el texto como sesgada y señaló que es común en práctica judicial cotidiana que el juez se someta al principio de legalidad superando la necesidad de pena. No lo niego, aun cuando no puedo calcular el nivel de la objeción. Pero mi pregunta es donde se desarrolla “umbral del dolor”. Mi impresión es que se ha desplazado al exterior —que no significa necesariamente que se vea violada la prohibición de analogía, cuya frontera con la interpretación es difusa de todas maneras—. Este parece también el lugar adecuado para señalar que no se debería olvidar que, pese a las acertadas críticas a decisiones particulares de la jurisprudencia y a su mala costumbre de colmar “lagunas de punibilidad”, el estado actual de la legislación penal habría abierto a la misma nuevas posibilidades para la interpretación extensiva. Si se le reconoce en general una relación cuidadosa con el instrumentario que le ha sido confiado, vuelven de repente a valer las críticas en otras direcciones, como las dirigidas al legislador, dado que el Derecho penal de un Estado democrático y de derecho *no vive de confianza*, sino de la *desconfianza* en el poder —también en el de los jueces—.

### 4.2. La “elección de la cualificación” (*Wahlfeststellung*)

Asimismo, mediante la reforma de 1935 se admitió —con la justificación oficial de “impedir absoluciones injustas”— una “elección de la cualificación” (*Wahlfeststellung*) de carácter ilimitado<sup>111</sup>. También este nuevo párrafo 2b StGB se encuentra con la buena disposición, en parte latente y en parte clara, de doctrina y jurisprudencia. No obstante, el *Reichsgericht* había establecido, pese a la crítica a su jurisprudencia “liberal”, “racionalista” y “formalista”<sup>112</sup>, que la *Wahlfeststellung* estaba permitida solo dentro del mismo delito y, ya en 1934, había permitido su extensión *solo* a la opción entre el hurto y la receptación. Tras la reforma de 1935 se llegó entre otras a la conocida decisión de declarar posible la “elección de la cualificación” entre la tentativa de aborto y el fraude<sup>113</sup>. A partir de 1945, la jurisprudencia no retrocedió en absoluto al punto de partida del *Reichsgericht* de 1935, sino que asumió de Kohlraus la conocida fórmula de la “comparabilidad ético-jurídica y psicológica”; fue por ello por lo que se pudieron derogar tranquilamente las disposiciones de 1935<sup>114</sup>.

### 4.3. La “perspectiva fáctica” (*faktische Betrachtungsweise*).

La tercera referencia concierne al principio de accesoriedad, que limita al Derecho penal en cualquier ámbito en el que exista un juicio de desvalor por parte de un sector extrapenal del ordenamiento. Su vigencia fue también mayormente precaria en la temprana historia del Derecho y sigue estando a debate hoy en día. Como es natural, el juez que se encuentra con un tipo penal en el que el principio de accesoriedad no ha sido observado por el legislador, no puede dejar de aplicar dicho tipo. Lo que sí se le puede exigir es que, al menos allí donde el propio legislador ha previsto una regulación accesoria, no evite el carácter accesorio del Derecho penal por razones político-criminales

reales o supuestas. Esto es lo que sucede con la llamada *perspectiva fáctica* (*faktische Betrachtungsweise*). Esta posición fue programáticamente formulada en 1938 en la obra *Die Befreiung des Strafrechts von zivilistischen Denken* (“La liberación del Derecho penal del pensamiento civilista”)<sup>115</sup> de Hans-Jürgen Bruns. El libro se ofrece a sí mismo, muy por encima de la retórica típica de la época, como instrumento de la política nacionalsocialista. Bruns exigió la orientación de la interpretación hacia el “sano sentimiento del pueblo” y al pensamiento en reglas concretas, y criticó “la cadena conceptual positivista, la niña de los ojos del Estado liberal de derecho”. Hoy la perspectiva fáctica tiene lugar sobre todo con la forma de “perspectiva económica” —por ejemplo en la inclusión del administrador de hecho de una sociedad limitada en la regulación del párrafo 14, apdo. 1 del Código penal<sup>116</sup> y en la infidelidad patrimonial (*Untreue*) en perjuicio de una sociedad de responsabilidad limitada y comanditaria<sup>117</sup>—.

La exposición de estos tres ámbitos hace claro de distintas formas cómo la tendencia nacida durante el periodo nazi a colmar lagunas ha sobrevivido, tanto en la jurisprudencia como en la doctrina, después de 1945. También aquí se confirma como sólida la tesis de Vogel de que ni la legislación ni la dogmática penales de aquel tiempo fueron algo esencialmente distinto a las épocas inmediatamente anterior y posterior, sino que supuso la radicalización de un desarrollo visible a lo largo de todo el siglo XX<sup>118</sup>.

### 4.4. Jurisprudencia constitucional

Se podría haber podido esperar que, tras la fundación de la República Federal, el Tribunal Constitucional Federal se convirtiese en el protector del carácter fragmentario del Derecho penal. Sin embargo, esta esperanza no condujo sino a la desilusión.

a) El Tribunal, que controla al legislador en el impuesto sobre el patrimonio hasta en tal detalle como

111 *Frister*, NK StGB, 3ª ed., § 2.

112 *Frister*, op. cit., numeral 3, para más referencias.

113 RGSt 69, p. 369; 71, p. 44; v. también *Frister*, op. cit., numeral 5.

114 Esto tuvo lugar mediante la Kontrollratsgesetz Nr. 1 (*Aufhebung einzelner Bestimmungen des deutschen Strafrechts*), de 30 de enero de 1946 (Amtsblatt des Kontrollrats, nº 3, p. 55), art. 1.

115 *Bruns*, *Die Befreiung des Strafrechts vom zivilistischen Denken*, 1938.

116 V. sobre ello, p.ej. *Büning*, *Die strafrechtliche Verantwortung faktischer Geschäftsführer einer GmbH*, 2004, para más referencias.

117 Sobre ello *Lüderssen*, *Fschr. Eser* (ver nota 36), p. 175. Zur Kritik am wirtschaftlichen Vermögensbegriff der Rechtsprechung, v. *H. J. Hirsch*, *Fschr. Tröndle* (ver nota 24), pp. 32 ss.

118 *Vogel*, *Einflüsse des Nationalsozialismus auf das Strafrecht*, ZStW, 2003, pp. 638 ss.; edición ampliada con el mismo título en formato de libro: Berlin, 2004, pp. 43 ss.

para imponer un principio de división por la mitad<sup>119</sup>, le concede con la actual jurisprudencia un amplio poder decisorio en la promulgación de *normas penales*. Rechaza la extracción de un concepto material de delito —en concreto, de una protección del bien jurídico— a partir de la Constitución<sup>120</sup>, lo cual supondría un instrumento de la *fragmentariedad externa*.

b) La situación no es mejor en cuanto a la *fragmentariedad interna*, por la que el Tribunal no siente un gran aprecio, confirmando la posibilidad de rehabilitar, mediante una jurisprudencia consolidada en el tiempo, una norma penal que no le hace justicia a esta exigencia —sirva por todos el clásico ejemplo de los desórdenes públicos (§ 360.11 StGB en una anterior redacción)<sup>121</sup>—.

c) Este *horror nullitatis* del Tribunal Constitucional Federal se ve quebrado de forma notable cuando se trata de la inconstitucionalidad de una *ausencia* de penalización. Así, el Tribunal ha sostenido la posibilidad de una *obligación* constitucional de creación o mantenimiento de normas penales con ayuda del constructo de que los derechos fundamentales serían también expresión de un orden objetivo de valores —por ejemplo, en la primera sentencia sobre la interrupción del embarazo<sup>122</sup>—.

## 5. Resumen

El resumen de esta segunda parte es el siguiente: tanto en el ámbito teórico como en el legislativo, al igual que en la interpretación de la ley penal, el Derecho penal está marcado —como muy tarde desde finales del siglo XIX— por una creciente expansión, es decir, por una expansión cada vez más veloz, y por la desformalización. Su carácter fragmentario disminuye en la misma medida. Las islas jurídico-penales en el mar de la libertad de las que habla Francesco Palazzo se han incrementado en número hasta formar archipiélagos y

algunas de ellas no han alcanzado la dimensión de Samoa o Hawái, sino la de Madagascar, Borneo o Cuba.

Las razones que se ponen para esta expansión —que no se limita al Derecho penal alemán—, son por todos conocidas. Menciono solo las más importantes, que como es natural están conectadas las unas con las otras.

1) El desarrollo de tecnologías que en caso de error técnico o humano producen grandes peligros —desde la motorización del transporte a la tecnología atómica—.

2) El desarrollo del moderno Estado protector, intervencionista e institucional<sup>123</sup>, que se sirve de la ley penal como uno de sus instrumentos de control.

3) La desintegración de estructuras sociales y relaciones sociales compactas, desde la familia hasta medios subculturales —sobre todo sociales y religiosos— y el debilitamiento de ello derivado de los mecanismos de control social primario. Al abismo son arrastrados con demandas de criminalización nuevos gestores de la moral, incluidos los partidos políticos. A cada uno le gustaría obtener su parte del pastel del cuantioso recurso al Derecho penal: los conservadores la de la protección del Estado, los socialdemócratas y socialistas la del Derecho penal económico, los verdes la del Derecho penal medioambiental, las feministas la del Derecho penal sexual, los liberales la del abuso de las prestaciones sociales.

4) Estos factores se ven reforzados por una dramatización de la delincuencia, contradicha por todos los estudios estadísticos y exagerada aún más a través de la prensa y que produce regularmente lo que la política siente como demandas de actuación por su parte<sup>124</sup>.

## III. Repaso general

Para terminar, algunos pensamientos fragmentarios sobre posibles conclusiones respecto a la legislación y su aplicación.

119 BvFGE 93, p. 121, pp. 136 ss.

120 Por último en la sentencia sobre la constitucionalidad de la criminalización del incesto entre hermanos (BvFGE 120, p. 224).

121 BvFGE 26, p. 41; lo que aquí el Tribunal tiene por suficiente en perjuicio de los ciudadanos, lo considera irrelevante allí donde el principio en cuestión debiera repercutir en su favor; BvFGE 122, p. 248; sobre ello, entre otros *Bertheau*, NJW, 2010, pp. 973 ss.

122 En la discusión llamé la atención adicionalmente sobre la sentencia del Tribunal sobre la Ley de seguridad aérea (BvFGE 115, 118), que sí que, hay que saludarlo, ha declarado inconstitucional una causa de justificación. El colega Zopfs me señaló en su intervención que lo extraordinario en esta sentencia es que la causa de justificación derogada justificaba una acción *estatal* (materialmente letal) contra el individuo. Esto abre de hecho una faceta de la problemática que habría sido conveniente mencionar en mi intervención, pues la amenaza de pena se dirige aquí contra el mismo sujeto contra el que se dirige la exigencia de fragmentariedad del Derecho penal. Pero hay que diferenciar: negar al Estado el derecho a dar autorización a un grupo de personas para “disparar” es cualitativamente diferente, por ejemplo, de la dudosa desfragmentación que ha tenido lugar en los últimos años —también inducida desde Europa—, por ejemplo, en el ámbito de los delitos de corrupción y en la masa de casos de faltas referidas a personas con pequeño o medio poder de decisión.

123 Cfr. *Vormbaum*, ZStW, 1995, pp. 740 ss., *Müller*, Verbrechenbekämpfung (ver nota 78); también: *Herzog*, Nullum Crimen Sine Periculo Sociali oder Strafrecht als Fortsetzung der Sozialpolitik mit anderen Mitteln, en: *Lüderssen/Nestler-Tremel/Weigend* (ver nota 13), pp. 105 ss.

### 1. Legislación

Al hablar de legislación penal no se puede olvidar que precisamente en el proceso legislativo democrático se parte de muchos vectores de donde surge el resultado final, en los que el compromiso político y en última instancia la decisión mayoritaria desarrollan legítimamente un papel importante. Ese es un lado del problema. El otro lado es la especial intensidad de la intromisión de lo penal en los derechos de los ciudadanos, que evoca la idea de limitar la arbitrariedad política en este ámbito. Tal y como ocurre con el arte o la religión, no se puede extraer el contenido de lo penal de la voluntad de una mayoría parlamentaria, aunque solo sea porque los criterios *materiales* de la estructura material de este ámbito son objeto de debate en la propia ciencia<sup>125</sup>. Así, se podría pensar en un mecanismo *formal*. Aquí hay que recordar la propuesta lanzada por Amelung junto con el jurista penal ruso *Jalinski*<sup>126</sup>, que consiste en exigir para la creación de normas penales la mayoría parlamentaria necesaria para reformar la Constitución. En Italia se ha posicionado a favor, por ejemplo, *Giuseppe Losappio*<sup>127</sup>. Es de hecho dudoso que los representantes de quizás el 50,1% de los electores deban poder declarar con fuerzas de ley como rechazable un comportamiento que el 49,9% no considera rechazable —teniendo tal declaración consecuencias para la libertad y el honor de los ciudadanos afectados—.

Es evidente que una regla tal plantearía como consecuencia numerosas preguntas de tipo teórico y práctico. En referencia al procedimiento, habría que realizarse, de acuerdo con el art. 79, apdo. 3, de la Constitución, una reforma expresa de la Constitución; el Código penal también debería redactarse formalmente en conformidad con la Constitución. Una primera cuestión sería

si también los actos contrarios, es decir, la derogación o suavización de disposiciones penales, necesitarían de una mayoría necesaria para reformar la Constitución. Además, tendría que impedirse que aquel ámbito que no estuviese incluido en esta regulación se convirtiese en un ámbito de segunda clase, sobre todo con la mirada puesta en las garantías procesales. Todo ello es un vasto campo. Aquí, por así decirlo, solo he tratado de subir esta propuesta de las notas a pie de página al texto.

### 2. La «Ciencia de la limitación de la pena» (*Strafbegrenzungswissenschaft*)

Como último punto me gustaría —precisando un poco— retomar de nuevo una propuesta<sup>128</sup> que, junto con Wolfgang Naucke<sup>129</sup>, me gusta llamar la «Ciencia de la limitación de la pena» (*Strafbegrenzungswissenschaft*). Esta propuesta parte de una distinción entre pena y *Derecho* penal y asigna al *Derecho* penal la tarea de limitar el afán de sociedad y política, de todas formas existente, de establecer penas (y medidas de seguridad) como evidentes y aparentemente baratos medios de control. Mientras que Naucke fundamenta este principio acudiendo al Derecho natural o basándose en el concepto kantiano de libertad y de ahí aboga por un Derecho penal nuclear, que sería irrenunciable, yo entiendo el principio más bien como un manual operativo en el sentido de un modelo de prueba. Para la concreción y estructuración yo propongo el trinomio propuesto por Radbruch de justicia, seguridad jurídica y conveniencia. Los tipos penales y su interpretación no deben producir resultados injustos ni inconvenientes, ni resultados tales que no cubran las exigencias de la seguridad jurídica. El control tiene que darse por lo

124 *Herzog* (ver nota 122), p. 114.

125 La relación entre democracia y una visión de sí misma de la Dogmática penal de carácter aristocrático es tratada por *Massimo Donini*, *Demokratische und wissenschaftliche Methode einer Verbindung von Strafrecht und Politik*, en: *Jahrbuch der juristischen Zeitgeschichte*, 3, 2001/2002, pp. 408 ss., y también en: *Neumann/Prittwitz* (ed.), *Kritik und Rechtfertigung des Strafrechts*. Frankfurt a. M., 2005, pp. 13 ss.

126 *Amelung*, *Rechtsgut* (ver nota 33), p. 164.

127 *Giuseppe Losappio*, *Feindstrafrecht, Freundstrafrecht, Feinde des Strafrechts*, en: *Vormbaum/Asholt* (ver nota 28), pp. 127 ss., p. 139; también *Kindhäuser* se ha mostrado favorable a esta propuesta en el marco de una mesa redonda del Congreso de profesores de Derecho penal de 2009 en Hamburgo; también *Zaczyk* ha entrado a valorarla en su ponencia. - *Karl Lackner*, *NJW*, 1976, pp. 1233 ss., pp. 1234 ss., ha señalado que, de todos modos, es satisfactorio el hecho de aprobar leyes penales con amplia mayoría; habría que probar si esto sigue siendo válido después de 1976. En caso afirmativo, habría que pronosticarle a la propuesta un escaso efecto —tanto más en una época en la que, en general, ningún partido quiere que se diga de él que se ha quedado detrás de los otros en la lucha contra la delincuencia—. Por otra parte, es posible que la conciencia de que los propios votos son necesarios provoque un posicionamiento distinto en los partidos minoritarios.

128 V. de nuevo *Vormbaum*, *ZStW*, 1995, pp. 746 ss.

129 V. p.ej. *Naucke*, *KritV*, 1993, p. 137; El mismo, *GA*, 1998, pp. 263 ss., 271; El mismo, *Autobiographie*, en: *Eric Hilgendorf* (ed.) *Die deutsche Strafrechtswissenschaft in Selbstdarstellungen*, 2010, pp. 417 ss., pp. 442 ss.

tanto en el sentido de “régimen preferencial”: si no se puede cumplir uno de los tres preceptos, se debe suspender la criminalización, ya sea a nivel legislativo o interpretativo. De entre los elementos mencionados, justicia y conveniencia —considerados de forma operativa— albergan solo de por sí un potencial tanto expansivo como restrictivo, mientras que la seguridad jurídica tiene solo repercusiones restrictivas. En el momento histórico actual, el pensamiento centrado en los fines (esto es, la politización del Derecho penal) se me aparece como aquel elemento del que surge el mayor peligro para un Derecho penal restrictivo y por lo tanto fragmentario, pero también hubo periodos, por ejemplo en las postrimerías del siglo XVII y también, por un breve tiempo, en los años sesenta y setenta del siglo XX, en los que argumentar sobre la conveniencia ha tenido repercusiones particulares en el sentido de un Derecho penal fragmentario.

Extender este principio a una Dogmática de la limitación de la pena de forma operativa significa entenderlo dialécticamente —o mejor dicho, dialógicamente—, es decir, como un diálogo con la pretensión de castigo, en la que la carga de la prueba se sitúa en la parte contraria de acuerdo con el principio *in dubio pro libertate*<sup>130</sup>. El punto de fuga de este principio —pero precisamente el punto de fuga—, y al mismo tiempo el hito fronterizo del Derecho penal fragmentario, es la despenalización.

Sobre los elementos de este cambio debo remitir por razones de tiempo a lo ya expresado en un anterior congreso de profesores de Derecho penal<sup>131</sup>. Dedico

solo algunos apuntes o reflexiones como ejemplo sobre aquello que afecta a la interpretación.

1) Sobre el tema del “concepto material del delito” no se puede llegar en este momento a nada mejor, en el sentido de un Derecho penal fragmentario, que a la teoría de los bienes jurídicos<sup>132</sup>. La esperanza en el Derecho constitucional puede que tenga buenas razones, pero a la vista de la conducta descrita por el Tribunal Constitucional Federal, permanece solo la alternativa de la resignación y de un contrafactual “mantener la espada pese a todo hasta el fin de los tiempos”<sup>33</sup>. Es importante destacar, sin embargo, que el recurso al argumento del bien jurídico —recuperando una expresión de Lüderssen<sup>134</sup>— resulta asimétrico, es decir, carente del fin de interpretación extensiva.

2) Lo mismo vale en relación con la accesoriedad o carácter secundario del Derecho penal respecto al ordenamiento jurídico primario.

3) Sobre la identificación de bienes jurídicos que es immanente al sistema, la interpretación debería apuntar a la averiguación de una dirección de tutela, es decir, no permitir la multiplicación de direcciones de tutela como, por ejemplo, la que ocurre en el parágrafo 164<sup>135</sup>.

4) En general debería considerarse el uso del principio *in dubio mitius* en varias posibilidades de interpretación.

5) Los argumentos que contengan las llamadas lagunas de punibilidad deberían ser evitados; lo que existen son precisamente lagunas de *impunidad*<sup>136</sup>.

6) El análisis sistemático de tipos se debe realizar con cautela, ya que el mismo conduce fácilmente a la

130 También Naucke ha tomado en consideración esta dialéctica en una contribución del año 1988 (Naucke, Die Modernisierung des Strafrechts durch Beccaria, en: Ders., Über die Zerbrechlichkeit des rechtsstaatlichen Strafrechts, 2000, pp. 13 ss., p. 27), pero —por lo que veo— no ha vuelto a tratar sobre ello.

131 Vormbaum, ZStW, 1995, pp. 734 ss., pp. 744 ss.

132 En la discusión, Köhler aconsejó no equiparar el concepto material del delito con el bien jurídico, sino meter dentro del mismo las siguientes restricciones (*infra* A.III.2.b). En tanto en cuanto se haga referencia a una nueva ordenación del arsenal de conceptos, no hay problema. Cuestión distinta es si el concepto de bien jurídico está en condiciones de cumplir los requisitos positivos de un concepto de delito materialmente legítimo en su contenido, un poco como lo está de producir *lesiones de derechos* en el sentido de la teoría del Derecho kantiana. Esta es otra discusión por abrir.

<sup>33</sup> N. del T. El original, “dennoch die Schwerter halten gegen die Stunde der Welt” procede de un verso de *Gottfried Benn* (v. *Sämtliche Werke*, Stuttgart, Klett-Cotta, 1986, vol. I, p. 174).

134 Lüderssen, F Schr. Eser (ver nota 36), p. 170.

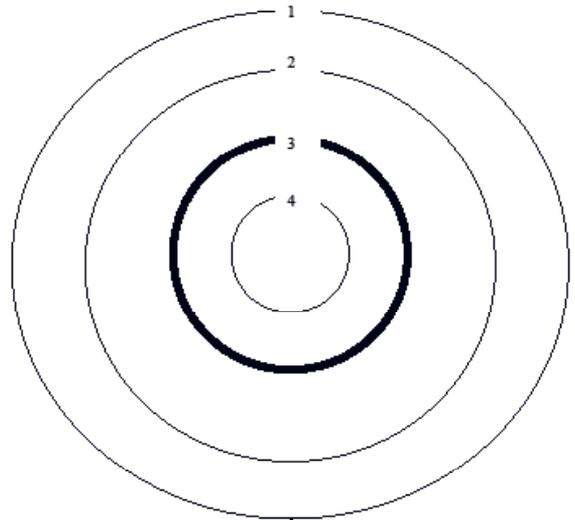
135 V. sobre ello Vormbaum, ZStW, 1995, p. 754; especialmente sobre el § 164, Langer, Die falsche Verdächtigung, 1973, pp. 44 ss. (para la protección exclusiva de deberes jurídicos); H. J. Hirsch, Zur Rechtsnatur der falschen Verdächtigung, en: Ged. schr. Schröder (1978), pp. 307 ss., y Vormbaum, Der strafrechtliche Schutz des Strafurteils, pp. 455 ss. (para la tutela exclusivamente individual).

136 La objeción lanzada por Kuhlen en la discusión de que un Derecho penal fragmentario supone necesariamente lagunas de punibilidad, debo confesar, me dejó perplejo en un primer momento. Y es que dicha objeción (quizá con intención de broma) se nutre de la inversión de de las relaciones entre regla y excepción expuestas en el texto: si la punibilidad es vista como la excepción, entonces no existen lagunas de punibilidad, sino lagunas de impunidad; v. sobre ello mi comentario “Strafbarkeitslücken” en JZ, 1999, p. 613. Salvada esta cuestión “estructural”, la crítica expresada en el texto no se dirige contra las “lagunas de punibilidad” como tales (si es que uno acepta su existencia), sino contra la tendencia a *colmar* dichas lagunas.

tentación de “redondeos” como el propuesto por Binding<sup>137</sup>.

7) Lo mismo vale para la argumentación con la sistemática legal —no en el ámbito de la Parte General, donde esta constituye como sistemática *jurídica* un elemento de la aseguración de la libertad<sup>138</sup>—, sino en el ámbito de la Parte Especial, sobre todo donde se habla de “sistema de protección de bienes jurídicos”. Un sistema tal tiende a colmar supuestas lagunas legales<sup>139</sup>.

Para finalizar me gustaría relativizar un poco el resumen de la primera parte. Entonces dije que, en sustancia, no existía un Dogmática del Derecho penal fragmentario. Con el planteamiento propuesto, al y como yo lo entiendo, sí que hay aunque no sea a nivel sustancial, sino funcional, algo así como una Dogmática del Derecho penal fragmentario —al menos—.



- 1 Derecho (penal) fragmentario, o jurisprudencia fragmentaria, **en sentido global**: abarca tantos los *enthymema* como la fragmentariedad externa e interna.
- 2 Derecho penal fragmentario **en sentido amplio**: comprende tanto los mecanismos de selección fácticos y jurídico-procesales como la no penalización.
- 3 Derecho penal fragmentario **en sentido estricto**: fragmentariedad interna y externa en el sentido de no criminalización.
- 4 Derecho penal fragmentario **en sentido estricto**: solo fragmentariedad interna (**sede** de la problemática del principio *nullum crimen sine lege*).

137 Por eso mismo, porque la jurisprudencia corre así el riesgo de violar su debida sujeción a la ley y el Derecho ex art. 20.3 de la Constitución y con ello caer en una “ambiciosa asunción de competencias” *H. J. Hirsch*, Ftschr. Tröndle (ver nota 24), pp. 19 ss., p. 38; *Krey*, citando a Gunter Arzt, ha hablado en el Congreso de profesores de Derecho penal de 1989 del “pensamiento sistemático científico”, “que no se quiere adaptar a la ley”: *Volker Krey*, ZStW 101, 1989, pp. 838 ss., p. 872; Hay que pensar, por ejemplo, en el esfuerzo sistemático para edificar, a partir de la alternativa entre violencia e intimidación del §240, una “sistemática” de las formas de comisión de las coacciones de manera que la “violencia” se entiende como “*infligir un daño sensible*” (de acuerdo con la mitad del BVfG en la sentencia “Patt”: BVfGE 73, p. 206, pp. 242 ss.); v. también la crítica de *H. J. Hirsch*, Ftschr. Tröndle (ver nota 24), p. 21. Aquí —en la parte especial— la regla debe ser: “la ley prima sobre el sistema”.

138 Sobre ello *Rainer Zaczyk*, ZStW, 2011, en prensa.

139 En este punto se podría hacer también una crítica de la opinión de Binding citada con anterioridad. Se puede en verdad criticar como actuación poco racional el hecho de que el legislador tire la toalla ante “los casos de la vida cotidiana para desenterrarlos luego sin esfuerzo”, pero es más problemático cuando la crítica de Binding se dirige contra el actuar “asistemático” del legislador. En cualquier caso, hay que alabar al legislador penal que —a diferencia de, como ejemplo, el autor del anteproyecto de 1909— no le haya dado una estructuración sistemática a la parte especial, sino que haya establecido una difusa, aunque no arbitraria, sucesión de grupos de delitos.