

Recensión: *Goltdammer's Archiv für Strafrecht*. t. 154, n° 1-6, 2007

Claudia Cárdenas Aravena
Doctora en Derecho, Profesora de Derecho Penal de la Universidad de Talca
ccardenas@utalca.cl

Se reseñan los números 1 al 6 de la prestigiosa revista alemana *Goltdammer's Archiv für Strafrecht*, que corresponden al periodo entre enero y junio de 2007. Su contenido, ordenado por fascículos y dejando de lado las numerosas recensiones, es el siguiente:

El primer fascículo contiene tres artículos, el primero, de Roland Hefendehl (*De largo aliento: el concepto de bien jurídico – o acerca de lo sucedido desde los volúmenes sobre la teoría del bien jurídico*, p. 1-14); el segundo, de Frank Meyer (*La libertad de expresión y el principio del reconocimiento mutuo*, p. 15-35); el tercero, de J. Kaspar (*¿Defensa violenta contra el extorsionista? Acerca de los límites de la legítima defensa en los casos del así llamado "chantaje"*, p. 36-48).

El segundo fascículo contiene dos artículos. En el primero, el Profesor Gereon Wolters procura aportar al debate científico respecto de la procedencia y efectos del desistimiento en los delitos calificados por el resultado en el derecho alemán, un tema que ha dejado de discutirse luego de que se asentara una línea jurisprudencial al respecto, lo que el autor no considera necesariamente deseable (*El desistimiento en los delitos calificados por el resultado*, p. 65-79); en el segundo, Carl-Friedrich Stuckenberg llama nuestra atención sobre dos temas en su opinión algo abandonados dentro de la dogmática del derecho penal internacional: las fuentes de creación de una norma de derecho penal internacional y su desarrollo progresivo, tema especialmente interesante si se tiene en cuenta la naturaleza híbrida de esta rama del derecho, entre dos tan disímiles en materia de fuentes como lo son el derecho penal y el internacional en sus formas "puras" (*Creación de la norma jurídica y desarrollo progresivo del derecho en el derecho penal internacional*, p. 80-106).

El tercer fascículo de este año contiene tres artículos. En primer lugar se encuentra el artículo del Profesor Kai Ambos, quien postula redefinir para el ámbito del derecho penal, y en especial para la apropiación indebida, el término "apropiación", tomando como base el desarrollo dogmático que el derecho civil ha dado al término. Acicate para su reflexión es la modificación del Código Penal alemán de 1998, que eliminó para la apropiación indebida, el elemento típico de que la cosa había de encontrarse bajo la custodia del sujeto activo (*"Apropiación" de quien no tiene la custodia de una cosa como apropiación indebida*, p. 127-145); el segundo artículo, de Christian Wagemann, se dedica a examinar la cuestión del tratamiento jurídico que debe darse a una clase particular de fraude procesal – la que tiene lugar a propósito de la ejecución de la sentencia – tomando como referencia la jurisprudencia alemana al respecto (*El mandato de ejecución fraudulento*, p. 146-160) y; en

tercer lugar se publica la contribución de Jan Schlösser sobre la figura del dominio por organización, que el autor considera especialmente significativa para las estructuras de la responsabilidad penal en cuanto al significado que atribuye a las conductas colectivas en la teoría de la imputación penal (*Dominio de la organización por acción y por omisión, al mismo tiempo un comentario de la resolución del Tribunal Supremo Federal de 26 de agosto de 2003 y de su sentencia de 13 de mayo de 2004*, p. 161-174).

En el cuarto fascículo se contienen también tres artículos. Los primeros dos están dedicados a Heike Jung en su cumpleaños número 65: El Profesor Jürgen Wolter se ocupa del proyecto de "Ley para una nueva regulación de la vigilancia de las telecomunicaciones y otras medidas de investigación encubiertas, como asimismo para la implementación de la directriz 2006/24/EG", poniendo especial énfasis en la protección del derecho a no declarar de ciertas personas y de las garantías fundamentales de un debido proceso (*Alternativas al proyecto gubernamental 2007 para una nueva regulación de las medidas de investigación, a Heike Jung en su cumpleaños número 65*, p. 183-200); en tanto que el Profesor Henning Randtke y Maike Hoffmann se avocan a una discusión que se enmarca dentro del macrotema de la imputación objetiva: la relativa a la responsabilidad frente a los daños, o dicho de una manera más comprensiva, frente a los perjuicios de relevancia típica que sufre quien obra para evitar un mal, proponiendo abandonar la distinción – imperativa según la doctrina alemana dominante – entre quien estaba obligado a actuar y quien no lo estaba (*Los ámbitos de responsabilidad de quien daña y de quien resulta dañado en los denominados "Retterschäden" (daños que sufre quien obra para evitar un mal)*, p. 201-218). El tercer artículo, escrito por el Profesor Klaus Bernsmann, trata acerca de la figura de la administración desleal, cuya bullada jurisprudencia de los últimos años ha logrado llamar la atención de la academia (*¿Todo es administración desleal? Apuntes acerca de problemas de la administración desleal según el parágrafo 266 del Código Penal alemán*, p. 219-237).

El quinto fascículo contiene cuatro artículos: uno del Profesor Wolfgang Frisch sobre la influencia que la filosofía del derecho ha tenido y tiene en el derecho penal europeo, sosteniendo el autor que resulta imprescindible tener en consideración a la filosofía del derecho en la discusión sobre la armonización del derecho penal europeo y manifestándose cauto frente a sacrificar sin más los logros de los sistemas penales nacionales (*Filosofía del derecho y derecho penal en Europa*, p. 250-273); un segundo del Profesor Thomas Weigend donde se ocupa del tipo penal del robo y de los problemas interpretativos que presenta en el sistema alemán desde la reforma legal de 1998 (*El robo altruista – Nuevas complicaciones de un tipo penal antiguo*, p.274-286); el tercero de Hans Hilger, quien realiza una revisión crítica de la posición dominante acerca del concepto procesal del ofendido (*Acerca del concepto de el ofendido en el libro quinto de la Ordenanza Procesal Penal*, p. 287-295); y el cuarto del Profesor Klaus Kress quien se ocupa de comentar una sentencia del Tribunal constitucional federal acerca de ciertos deberes de comunicación a imputados extranjeros en virtud del art. 36 de la Convención de Viena sobre Relaciones Consulares según la jurisprudencia de la Corte Internacional de Justicia (*El deber constitucional de las instituciones alemanas de persecución penal de considerar la*

Convención de Viena sobre Relaciones Consulares. Al mismo tiempo un comentario a la decisión del 19 de septiembre de 2006 del Tribunal Constitucional alemán, p. 296-308).

El sexto fascículo contiene tres artículos. El primero de ellos José de Faría Costa (*El fin de la vida y el derecho penal*, p. 311-331); el segundo Gabriela Kett-Starub p. 332-347); el tercero, del Profesor Ulrich Eisenberg (*Proyecto de ley de reforma al derecho de internación en un hospital psiquiátrico o en una institución de desintoxicación*, p. 348-360).

A continuación comentaré brevemente dos trabajos: el de Carl-Friedrich Stuckenberg (*Creación de la norma jurídica y desarrollo progresivo del derecho en el derecho penal internacional*, p. 80-106) y el de Klaus Kress (*El deber constitucional de las instituciones alemanas de persecución penal de considerar la Convención de Viena sobre Relaciones Consulares. Al mismo tiempo un comentario a la decisión del 19 de septiembre de 2006 del Tribunal Constitucional alemán*, p. 296-308).

La colaboración de Carl-Friedrich Stuckenberg se avoca a un tema respecto del cual es muy necesario aportar claridad en el derecho penal internacional, pues según el intérprete provenga del ámbito del derecho internacional, del derecho penal nacional de un Estado de tradición continental, una de common law u otra, suele tener distintas ideas al respecto. Es, como muchos otros, un tópico respecto del cual se hace necesaria una elaboración dogmática propia para el derecho penal internacional. En esto, el trabajo de Stuckenberg se suma a otros, entre los que destacan los publicados en el 2004 por Mireille Delmas-Marty, Elisabeth Lambert-Abdelgawad, Emanuela Fronza y Enrico Amati bajo el título "Les Sources du Droit International Penal: L'expérience des Tribunaux Penaux Internationaux et le Statut de la Cour Penale Internationale".

Parte el autor explicando lo que ha de entenderse por derecho penal internacional en sentido estricto como un modo de clarificar el ámbito de su investigación. El autor explica que entiende al derecho Penal Internacional como aquellas normas internacionales que sirven para fundar, de manera inmediata, la punibilidad individual.

Luego de un desarrollo en el que dedica sus reflexiones a las fuentes generales del derecho internacional (tratados, costumbre y principios generales de derecho) con interesante y especial referencia al derecho penal internacional, se ocupa del desarrollo progresivo del derecho internacional, necesario en los casos en que ninguna norma de derecho internacional ofrece una solución útil para el caso concreto. Al respecto llega a la siguiente conclusión: en derecho penal internacional parece adecuado aceptar que los jueces tienen cierto poder de creación del derecho siempre que se cumpla con las siguientes condiciones: 1. Que luego de agotar las fuentes del derecho internacional aparezca que no existe la regla necesaria para la resolución del conflicto, o que parezca deseable la existencia de una regla que no es necesaria para solucionar el conflicto, porque una regla de esa especie existe en la generalidad de los sistemas jurídicos nacionales. 2. la norma que se crea no puede vulnerar el principio *nullum crimen sine lege*. 3. La norma que se crea debe estar en armonía con las normas de derecho penal internacional vigentes, sus principios y sus fines. Señala por último una cuarta condición, que en realidad más que condición es una observación: la

norma será más convincente cuanto mejor esté fundada en el derecho comparado. Estas conclusiones resultan coherentes con el desarrollo llevado a cabo por el autor.

Resultan particularmente interesantes sus reflexiones acerca de la no aplicabilidad del *non liquet* en materia penal. Explica que en el derecho penal general, la aplicación del *non liquet* significa que no podrá tener lugar el efecto jurídico que un sujeto de derecho internacional público reclama respecto de otro, lo que no resulta particularmente pernicioso para el orden jurídico internacional. En cambio, en el derecho penal internacional la situación es distinta, ya que el derecho penal internacional se conforma por normas que regulan deberes de individuos, no de Estados. Teniendo presente que el objeto del *non liquet* podría ser una duda jurídica acerca de la fundamentación de la pena, de la acción penal, o acerca de una excusa presentada por el imputado (el segundo caso presenta especial en la práctica), razona del siguiente modo: en el primer caso, si se aceptara el *non liquet* se estarían aceptando un derecho penal internacional extremadamente favorable al imputado; en el segundo, el derecho penal internacional se estaría cerrando a toda norma favorable al imputado que no se encuentre expresamente consagrada en el derecho internacional, lo que lo haría extremadamente duro. La convivencia de estos dos efectos no parece sostenible ni tampoco parece encontrarse en armonía con el orden jurídico internacional. Esto resulta particularmente relevante ya que los tribunales penales internacionales actúan como órganos de la comunidad internacional, y no como mandatarios de las partes del conflicto – que deciden acerca de la competencia del tribunal y del derecho aplicable – como sucede en el derecho internacional tradicional. Allí, la norma creada, al ir en desmedro de una de las partes soberanas podría ahondar aún más un conflicto internacional, en lugar de solucionarlo, lo que no es en absoluto aplicable al derecho penal internacional.

El artículo – más allá de que se esté o no de acuerdo con el autor en todos los puntos que desarrolla – bien merece una lectura, sobre todo para atisbar que los principios de derecho penal no tienen en el derecho penal internacional el mismo alcance que en los sistemas nacionales que, como el nuestro, pertenecen a la familia del derecho continental.

El comentario de Claus Kress a la sentencia del Tribunal Constitucional Federal del 19 de septiembre de 1996 comienza aclarando cuál es el objeto del procedimiento. Se trata de dos casos en los que ciudadanos turcos fueron aprehendidos e interrogados por la policía sin haberseles informado que podían solicitar que se informe de su aprehensión a su representación consular. En cada uno de los casos se presenta un recurso de revisión, donde cada uno de los imputados alega la inobservancia del art. 36 I b de la Convención de Viena sobre Relaciones Consulares,¹ por lo que solicitan que se prohíba apreciar su declaración

¹ Convención de Viena sobre Relaciones Consulares [<http://www.oas.org/legal/spanish/documentos/ConvVienaConsulares.htm>] (consultada el 7 de diciembre de 2007) "Artículo 36: Comunicación con los familiares del Estado que envía

1. Con el fin de facilitar el ejercicio de las funciones consulares relacionadas con los nacionales del Estado que envía: [...]

b) si el interesado lo solicita, las autoridades competentes del Estado receptor deberán informar sin retraso alguno a la oficina consular competente en ese Estado cuando, en su circunscripción, un nacional del Estado que envía sea arrestado de cualquier forma, detenido o puesto en prisión preventiva. Cualquier comunicación

ante la policía. El Tribunal Supremo Federal desechó los recursos, pues la norma de la convención sólo tendría por fin que no evitar la desaparición de nacionales de un Estado en el extranjero. Por su parte, el Tribunal Constitucional Federal declaró admisibles los recursos que para ante él se presentaron – interesante resulta notar que se solicita que se pronuncie acerca de cómo un tribunal nacional interpreta una norma convencional internacional – entendiendo que hubo violación al debido proceso y al Estado de derecho.

El autor aísla las siguientes cuestiones jurídicas: en primer lugar, si existe un deber en la constitución de acatar el derecho internacional convencional y en particular el art. 36 de la Convención de Viena sobre Relaciones Consulares; en segundo, los fines del art. 36 I b de la Convención de Viena sobre Relaciones Consulares; en tercero, el tiempo en el que debe cumplirse con la obligación de informar y quién es la autoridad competente contemplada en la norma de que se trata y en cuarto las consecuencias jurídicas que acarrea la falta de comunicación. Me referiré solamente a puntos de interés no solamente para el sistema alemán, pues comprensiblemente el texto se refiere en parte a la regulación del recurso de nulidad en el derecho procesal penal alemán.

Primero cabe aclarar que el Tribunal Constitucional Federal alemán ha entendido que Alemania debe considerar las sentencias de órganos judiciales con competencia sobre Alemania – como la Corte Internacional de Justicia – aunque el fallo en el caso concreto no haya incumbido a ese país, ya que dichas sentencias también tiene una función orientadora para los estados sometidos a esa jurisdicción.

Una discusión interesante es la que se ocupa del momento en que debe llevarse a cabo la comunicación a que hace referencia el art. 36 I b de la Convención de Viena sobre Relaciones Consulares. En el caso *Avena*² la Corte Internacional de Justicia establece que el momento en el que surge el deber de comunicar es aquel cuando los órganos de persecución penal tienen motivo de suponer que han aprehendido a un extranjero. Vale decir, ya la policía podría tener este deber, y no necesariamente surgiría el deber solamente cuando el aprehendido sea conducido ante un juez. Esta última alternativa de interpretación, que era defendida por el Tribunal Supremo Federal Alemán, no se condice con la función de garantía de la norma. Precisamente para la interpretación que da ese tribunal al fin de la norma (evitar desapariciones forzadas de personas) resulta relevante que el deber de informar pueda surgir ya con la aprehensión y no solamente desde que la persona es llevada ante un juez, porque esto puede incluso no llegar a ocurrir en casos extremos. La pregunta que deja abierta el autor es si la comunicación del art. 36 I b de la Convención de Viena sobre Relaciones Consulares debe darse en cada aprehensión, "por si" el aprehendido resulta ser extranjero, o si hay que esperar a que él así lo manifieste o de indicios que lleven a los funcionarios a suponer que lo sea para realizarla.

dirigida a la oficina consular por la persona arrestada, detenida o puesta en prisión preventiva, le será asimismo transmitida sin demora por dichas autoridades, las cuales habrán de informar sin dilación a la persona interesada acerca de los derechos que se le reconocen en este apartado".

² *Avena and Other Mexican Nationals (Mexico v. United States of America)* [<http://www.icj-cij.org/docket/index.php?p1=3&p2=3&code=mus&case=128&k=18>], revisado el 10 de diciembre de 2007.

Si el deber de comunicar es vulnerado por el Estado, la consecuencia para casos en que se hayan impuesto penas graves, según lo establecido por la Corte Internacional de Justicia en el caso LaGrand³ es que el Estado infractor debe revisar y reconsiderar tanto el veredicto como la pena (considerando 120 y siguientes), todo esto con las garantías de un debido proceso, según se complementa en el caso Avena (considerando 121).

Si bien se comenta una sentencia alemana, al tratarse de una obligación internacional a la que Chile también está sujeto, su lectura resulta interesante y enriquecedora.

³ LaGrand (Germany v. United States of America) [<http://www.icj-cij.org/docket/index.php?p1=3&p2=3&code=gus&case=104&k=04>], revisado el 10 de diciembre de 2007.