



Límites del Derecho Penal (*)

Fundamentos y desafíos del nuevo programa de investigación jurídico-penal en el Instituto Max-Planck de Derecho Penal extrajero e internacional (**)

Prof. Dr. Dr. h. c. Ulrich Sieber, Freiburg i. Br

Revista Penal, n.º 22.—Julio 2008

Zusammenfassung: Der Beitrag beschreibt das neue strafrechtliche Forschungsprogramm des Freiburger Max-Planck-Instituts für ausländisches und internationales Strafrecht, das unter Leitung seines Direktors Prof. Dr. Ulrich Sieber durchgeführt wird. Dieses Programm analysiert die aktuelle Kriminalität und Kriminalitätskontrolle in der globalen Informations- und Risikogesellschaft. Ein erster Forschungsschwerpunkt untersucht dabei die Zunahme der grenzüberschreitenden Kriminalität, die das klassische Strafrecht an seine territorialen Grenzen führt. Diese Veränderung erfordert neue Formen eines transnational wirksamen Strafrechts. Der zweite Forschungsschwerpunkt analysiert die Entwicklung der sich verändernden komplexen Kriminalität (insbesondere in den Bereichen der organisierten Kriminalität, des Terrorismus und der Wirtschaftskriminalität) sowie die damit in zahlreichen Rechtsordnungen verbundene Auflösung der reaktiven Funktion des Strafrechts und seiner Schutzgarantien zugunsten eines rein präventiv orientierten Sicherheitsrechts, welches Strafrecht, Polizeirecht, Geheimdienstrecht und teilweise auch Kriegsrecht vermischt. Kriminalpolitisch plädiert das neue Forschungsprogramm gegen diese Entwicklung sowie für die Differenzierung von präventiven und reaktiven Funktionen und für die Beibehaltung der strafrechtlichen Schutzgarantien als Grundlage eines effektiven Strafrechts gegen grenzüberschreitende und komplexe Kriminalität, das außer mit dem präventiven Sicherheitsrecht auch mit neuen alternativen Formen der sozialen Kontrolle zusammenwirkt.

Summary: The article presents the research program currently in place at the Max Planck Institute for Foreign and International Criminal Law under the auspices of its director, Prof. Dr. Ulrich Sieber. The research program calls for the analysis of new trends in crime and crime control that are emerging in the global risk and information society. It focuses, first, on recent increases in transnational crime and the challenges posed by this kind of criminal activity to the territorial limits of traditional criminal law. In order to deal effectively with these issues, new forms of transnational criminal law, some of which are presented briefly in the article, are necessary. The second focus of the program is on newly emerging types of complex crime (primarily organized crime, terrorism, and economic crime) as well as on the concomitant dissolution of the traditional, preventive aspects and functional limits of criminal law. In many legal systems, these kinds of changes in criminal law are leading to a blurring of the traditional boundaries between criminal law, police law, the laws governing intelligence agencies, and in some systems even the law of war. From a criminal policy perspective, the author criticizes this development, arguing instead that a clear distinction between preventive and repressive functions and a return to traditional protective criminal law safeguards are essential if the criminal law, together with preventive security law and new alternative forms of social control, is to work effectively against transnational and complex crime.

(*) Traducción de Eduardo Demetrio Crespo (Profesor Titular de Derecho Penal de la Universidad de Castilla-La Mancha, Toledo / Becario de Investigación de la Fundación Alexander von Humboldt). Agradezco la lectura de la presente traducción, así como sus observaciones, al estudiante de Derecho D. Philipp Falk (Passau/Toledo) [NdT].

(**) Dedicado al fundador del Instituto Max-Planck de Friburgo Prof. Dr. Dr. h. c. mult. Hans-Heinrich Jescheck en su 92 cumpleaños el día 10 de enero de 2007.

Palabras clave / Keywords

Límites territoriales y límites funcionales del Derecho penal
Territorial limits and functional limits of the Criminal law

I. Introducción

El cambio de Director en el Instituto Max-Planck de Friburgo para Derecho penal extranjero e internacional fue el motivo para concebir un *programa de investigación* proyectado a largo plazo de la sección penal del Instituto. Este programa¹ —ya presentado en forma de lección inaugural en marzo de 2004 con motivo de la fiesta de traspaso de la dirección— debe concentrar los trabajos futuros en los problemas centrales del futuro del Derecho penal, lograr efectos de sinergia entre los concretos proyectos de investigación y desarrollar nuevos principios de solución en el marco de una conformación teórica completa.²

Objeto del nuevo programa de investigación son los actuales desafíos del Derecho penal que vienen dados por las transformaciones sociales, económicas y políticas. Estas transformaciones sociales acontecen en la actual sociedad mundial, de información y riesgo, a gran velocidad. Estas tienen consecuencias graves en la evolución de la criminalidad, en el Derecho penal y en la Política criminal y pueden conducir —como pasa con la idea de prevención que va gana terreno en el Derecho penal— a cambios de paradigma. Este cambio se percibe claramente no solo en el Derecho penal europeo e internacional, en cuanto a la aparición de nuevas formas de cooperación internacional y del Derecho penal supranacional. Transformaciones todavía más graves se ponen de manifiesto en el modo de proceder contra el terrorismo, en cuanto a la disolución de las categorías jurídicas y políticas clásicas co-

mo la diferenciación entre seguridad interior y exterior, guerra y crimen, servicios secretos y policía, policía y Fuerzas Armadas, así como guerra y paz³.

Ante este trasfondo el nuevo programa de investigación en el Instituto Max-Planck para derecho penal extranjero e internacional tiene tres *objetivos de investigación* que se ensamblan entre sí: estos son (1) el análisis de las *mutaciones efectivas* de los riesgos que afectan a la seguridad y la idea de la seguridad en una sociedad marcada por la globalización, así como por el cambio técnico, económico y político, (2) el análisis y valoración crítica de las *modificaciones normativas* que ello conlleva y de sus causas así como (3) el desarrollo de nuevas respuestas a los correspondientes desafíos *político-criminales*.

La orientación del programa de investigación a los cambios sociales y jurídicos exige (con ello) para la determinación de los *futuros centros de gravedad de la investigación* un análisis del cambio social, de sus efectos sobre la criminalidad, sobre el Derecho penal y la Política criminal, así como sobre los cuestionamientos que de aquí resultan⁴. Este análisis se halla por ello en el centro de las consideraciones que siguen (infra II). Seguidamente se expone con qué métodos de investigación y proyectos debe ser traspuesto este programa de investigación (infra III).

II. Actuales mutaciones de la sociedad, criminalidad, Derecho penal y Política criminal: acerca de los desafíos categoriales del Derecho penal en la sociedad mundial del riesgo

1. Cfr. al respecto ya SIEBER, Grenzen des Strafrechts, in: *Albrecht/Sieber* (Ed.), Perspektiven der strafrechtlichen Forschung, Amtswechsel am Freiburger Max-Planck-Institut für ausländisches und internationales Strafrecht 2004, 2006, pp. 35–79. Le agradezco a mi asistente, Sr. JAN-MICHAEL SIMON, el apoyo para la publicación del programa de investigación.

2. El fin de esta conformación teórica es la explicación sistemática de procesos mediante la ordenación de conocimientos en una vasta correlación, esto es un sistema de declaraciones vinculado por los criterios de orden y unidad. Cfr. CANARIS, JZ 1993, 377–391 (377 s.); Dreier, Recht –Moral– Ideologie, 1981, pp. 70–105; PRIM/TILMANN, Grundlagen einer kritisch-rationalen Sozialwissenschaft, 8. ed. 2000, pp. 76–93. Sobre los axiomas o valoraciones básicas subyacentes a la investigación, que en cualquier caso son calificadas parcialmente como teorías, véase —con una fijación en los hombres y su libertad en una sociedad abierta— Sieber, Strafrechtsvergleichung im Wandel, in: SIEBER/ALBRECHT (Ed.), Strafrecht und Kriminologie unter einem Dach, 2006, pp. 78–151 (121 ss.). Sobre la finalidad de una concentración de las capacidades de investigación en el programa de investigación cfr. más de cerca infra III.B.1.

3. Cfr. al respecto BECK, Das Schweigen der Wörter, Über Terror und Krieg, 2002, p. 10 s. Con más detalle sobre estos procesos vide infra. II.B.1c y II.B.2.a.ee y ss.

4. Una investigación completa de estos procesos tiene importancia sobre todo porque las transformaciones de la evolución de la criminalidad constituyen regularmente un reflejo del cambio social, y la evolución del Derecho penal y de la Política Criminal es también permanentemente una reacción a esta transformación. La orientación del programa de investigación a las transformaciones sociales deja por ello las investigaciones y el programa de investigación abierto también a nuevos procesos. Cfr., acerca de la conexión entre Derecho penal y cambio social, HASSEMER/NEUMANN, en: KINDHÄUSER/NEUMANN/PAEFFGEN (Ed.), Nomos Kommentar Strafgesetzbuch, 2. ed. 2005, Vor § 1 marg. 330.

Las actuales mutaciones sociales pueden ser perifrasedas llamativamente con el eslogan «*sociedad mundial del riesgo*»⁵. Tras este concepto se hallan los desarrollos —estrechamente entrelazados entre sí— de la «sociedad mundial», la «sociedad de la información» y la «sociedad del riesgo». De las toscamente calificadas como modificaciones sociales son relevantes especialmente para la evolución de la criminalidad y el Derecho penal sobre todo dos líneas de desarrollo centrales, que se refuerzan entre sí:

– El proceso de la *globalización* crea nuevas oportunidades para la comisión delictiva transfronteriza, lo que lleva al Derecho penal a sus *fronteras territoriales* y exige nuevos modelos de un Derecho penal transnacional efectivo (sobre ello infra A.)⁶.

– Los desarrollos de la *sociedad de la información* y de la *sociedad de riesgo* generan nuevos riesgos y una criminalidad compleja que lleva al Derecho penal —en especial en el contexto de una Política criminal crecientemente global— a sus *límites funcionales* en la protección de la sociedad y de la libertad del individuo y lo sitúa frente a nuevos retos categoriales (sobre ello infra B.)⁷.

Ambas líneas de desarrollo serán investigadas con más detalle seguidamente, donde se procederá al análisis para cada una de ellas de los cambios de la evolución de la criminalidad, así como de la transformación del Derecho penal vinculada a los mismos y de las nuevas cuestiones y principios de investigación que de aquí resultan.

A. Globalización, criminalidad transnacional y límites territoriales del Derecho penal

El proceso de la globalización está caracterizado en general —sobre todo desde los años 90— por una ampliación de la comunicación mundial, la interacción y la organización.⁸ Este desarrollo no solo conduce —como globalización económica— a problemas de economía política, sino también a nuevos desarrollos globales de la criminalidad, modificaciones del Derecho penal y a una Política criminal progresivamente global. En el centro de estas transformaciones y del análisis que le sigue se halla la *criminalidad transnacional* en crecimiento, que tiene

causas específicas (núm. 1), lleva al Derecho penal nacional clásico a sus límites territoriales (núm. 2) y suscita nuevas cuestiones de principio (núm. 3).

1. Criminalidad transnacional

Las nuevas posibilidades de la realización delictiva transnacional se basan en las oportunidades rápidamente crecientes para *transvasar las fronteras del Estado* mediante personas y para el intercambio transfronterizo de mercancías, prestación de servicios y datos de la sociedad global. Estas posibilidades tienen causas técnicas, económicas y políticas así como las consecuencias correspondientes.

a) Las causas técnicas

Las transformaciones técnicas en la globalización posibilitan el aprovechamiento de redes de datos —que comprenden todo el mundo— para cometer delitos. Estas redes y la naturaleza inmaterial de los datos llevan a una comunicación y organización a nivel mundial, que también se puede utilizar para cometer delitos. Estas permiten modificar los datos de un sistema informático en otro país en fracciones de segundo, desencadenando así graves consecuencias. También los datos ofrecidos en Internet están presentes a lo largo y ancho del mundo, y se puede disponer de ellos en multitud de Estados con un «clic del ratón». Un control estatal de los caudales de datos en los límites territoriales de un país es difícilmente posible⁹. Más allá de esto ulteriores modificaciones técnicas —sobre todo de las redes de comunicaciones— facilitan el masivo tráfico transnacional de personas, mercancías y prestaciones de servicios, el cual es más difícil de controlar a causa de estos cambios, y promueve la comisión delictiva transnacional.

b) Causas económicas

Las transformaciones económicas a través de la globalización llevan a ulteriores posibilidades de la perpetración transnacional de delitos en los nuevos mercados que

5. Cfr. BECK, World Risk Society, Cambridge 1999; BECK/HOLZER, Wie global ist die Weltrisikogesellschaft?, en: Beck/Lau (Ed.), Entgrenzung und Entscheidung, 2004, pp. 421–439.

6. Sobre la globalización de la Política Criminal cfr. ALBRECHT, JURA (Ungarn) 2005/2, 7–19 (11 s.); KARSTEDT, Criminal Justice 2002, 111–123; SIEBER (nota 2), en: Sieber/Albrecht (Hrsg.), pp. 80–93.

7. Sobre las funciones del Derecho penal en la protección de la sociedad y de la libertad del individuo cfr. BVerfGE 70, 297, 307; 107, 104, 118 f.; HASSEMER, en: Griesbaum u.a. (Ed.), Strafrecht und Justizgewährung, Festschrift für Kay Nehm zum 65. Geburtstag, 2006, pp. 49–60 (59 s.); LIMBACH, Die Demokratie und ihre Bürger, 2003, esp. pp. 93–113.

8. Cfr. al respecto BECK (nota 5); O'ROURKE/WILLIAMSON, European Review of Economic History 6 (2002), 23–50; *Ibid.*, European Review of Economic History 8 (2004), 109–117; VON BOGDANDY, ZaöRV 63 (2003), pp. 853–877 (856 ss.); STIGLITZ, Die Chancen der Globalisierung, 2006; STREECK, en: Max-Planck-Gesellschaft (Ed.), Jahrbuch 2004, 2004, pp. 25–37 (28 s.). Para una panorámica sobre estructuras globales y su dirección desde el punto de vista jurídico, económico y de las ciencias sociales, véanse los resultados del programa de promoción de la Fundación-VW en MAYNTZ/VON BOGDANDY/GENSCHHEL/LÜTZ, Globale Strukturen und deren Steuerung, 2005. Sobre la globalización de la Política Criminal véase nota 6.

9. Cfr. SIEBER, Verantwortlichkeit im Internet – Technische Kontrollmöglichkeiten und multimediale Regelungen, 1999, pp. 96 y ss.

surgen por todo el mundo. Así p.e tiene lugar el blanqueo de dinero en un mercado financiero internacional que se transforma rápidamente, el cual escapa ampliamente al control de Estados particulares¹⁰. El masivo comercio global de contenedores es ya en cualquier caso solo difícilmente controlable¹¹. A causa de la división internacional del trabajo los consorcios que actúan internacionalmente con entramados en una multitud de territorios nacionales tienen también hoy posibilidad de actuación omnicomprendivas a nivel mundial, que cada vez son más difíciles de regular por un Estado particular a solas¹². Las posibilidades crecientes de la concatenación a nivel mundial y de la división del trabajo en el ámbito de la economía legal son utilizadas también para la perpetración de criminalidad transnacional. Esto se muestra de modo especialmente claro en el desarrollo de mercados ilegales, especialmente en el tráfico internacional de seres humanos, en el tráfico ilegal de drogas y de armas, en la piratería internacional de productos, así como en el tráfico internacional con órganos humanos¹³.

e) Causas políticas

Las transformaciones políticas de la globalización ocasionan además un debilitamiento de la función de las

fronteras estatales en su cualidad como impedimento para las transacciones transnacionales¹⁴. La decisión acerca del libre tráfico de personas, mercancías y prestaciones de servicios en Europa, en unión con las transformaciones económicas de la globalización conduce a nuevas oportunidades para cometer delitos dentro del recién creado espacio económico europeo¹⁵, así como a la facilitación de transacciones en mercados prohibidos, que dentro de la fronteras interiores son más difíciles de controlar que antes de su apertura¹⁶. La mayor permeabilidad de las fronteras del Estado tiene a la vez consecuencias político-criminales y reglamentarias porque el mismo supuesto de hecho bajo diferentes parámetros regulativos entre los Estados dentro de las fronteras nacionales puede ser desplazado con frecuencia al ordenamiento jurídico respectivo más favorable de modo legal. Esto se muestra sobre todo en casos en los cuales las divergentes representaciones valorativas o los intereses político-económicos contrapuestos llevan a diferentes regulaciones del mismo supuesto de hecho, como p.e en el campo de la investigación con células madre o de la recaudación tributaria. Dichos parámetros regulativos diferentes alientan además en las fronteras exteriores sobre todo la criminalidad en materia de subvenciones, aduanera y tributaria¹⁷.

10. Cfr. sobre el estado actual el informe de la *Financial Action Task Force*, Money laundering and terrorist financing typologies 2004–2005, Paris 2005. Véase al respecto también *Shams*, Legal globalization, money laundering and other cases, London 2004, esp. pp. 99 y ss., así como las contribuciones en: *Masciandaro* (Ed.), Global financial crime: Terrorism, money laundering and off-shore centres, Aldershot 2004.

11. Cfr., acerca del Global Container Control Pilot Programme como medida de control *United Nations Office on Drugs and Crime*, Annual Report 2005, Wien 2005, p. 76. Con la Container Security Initiative fueron adoptadas medidas precautorias a nivel mundial en este momento hasta en 50 ciudades portuarias entre los U.S. Customs Service y las administraciones portuarias para poder identificar e investigar contenedores peligrosos o sospechosos con destino a USA ya en el lugar de carga; cfr., vgl. www.cbp.gov/xp/cgov/border_security/international_activities/csi/ [estado: 2006-12-18].

12. Cfr., para un análisis del caso de la estafa por compañías de seguros Off-shore- *Tillmann*, Global pirates, Fraud in the off-shore insurance industry, Boston 2002, así como ya *Sieber*, Transnational Enterprises and Criminal Law, en: *Tiedemann* (Ed.), *Multinationale Unternehmen und Strafrecht*, 1980, pp. 155–175.

13. Cfr. sobre el tráfico internacional de seres humanos *International Organization for Migration*, Data and Research on Human Trafficking: A Global Survey, Genf 2005; sobre el tráfico de drogas internacional ilegal *United Nations Office on Drugs and Crime*, World Drug Report 2005, Vol. 1, New York 2005, pp. 23–146; sobre el tráfico ilegal internacional con armas convencionales y armas de destrucción masiva WEZEMAN/BROMLEY, en: *SIPRI Yearbook 2005*, Oxford e.a. 2005, pp. 417–448 (434 ss.); sobre el mercado internacional de falsificación y piratería de productos cfr., el Proyecto-BASCAP de la Cámara Internacional de Comercio <http://www.iccwbo.org/bascap> [estado: 2006-12-18]; acerca del creciente tráfico internacional de órganos el informe del Secretario General de las Naciones Unidas, *Annan*, Preventing, combating and punishing trafficking in human organs, Report of the Secretary-General, UN Doc. E/CN.15/2006/10, 21.2.2006, p. 13 s., así como MEYER, Trafficking in Human Organs in Europe, *European Journal of Crime, Criminal Law and Criminal Justice* 2006, 208–229.

14. Cfr., sobre esta conexión a modo de ejemplo la investigación de GERBER/KILLIAS, *European Journal of Crime, Criminal Law and Criminal Justice* 2003, 215–226.

15. Cfr. acerca de los llamados carruseles del IVA últimamente la sentencia del Tribunal de Justicia de la UE en la causa *Optigen Ltd. (C-354/03)*, *Fulcrum Electronics Ltd. (C-355/03)* y *Bond House Systems Ltd. (C-484/03) v. Commissioners of Customs & Excise*, de 12.1.2006 (OJ C 74, 25.3.2006, S. 1) así como el informe anual *OLAF*, Report of the European Anti-Fraud Office, Fifth Activity Report for the year ending June 2004, pp. 46 y ss., 50 s.

16. Cfr. para el tráfico de seres humanos *Smarrt*, *European Journal of Crime, Criminal Law and Criminal Justice* 2003, 164–177 (173 s.). Faltan hasta hoy las investigaciones empíricas que certifiquen esta conexión. Los resultados de la investigación sobre la logística de la criminalidad organizada en Alemania sugieren sin embargo esta conclusión; cfr. al respecto *Sieber/Bögel*, *Logistik der Organisierten Kriminalität*, 1993, pp. 101 ss.

17. Cfr. la referencia arriba en nota 15 así como en *SIEBER*, *SchweizStrZ* 1996, 357–395.

2. Límites territoriales del Derecho penal

a) Límites de la soberanía territorial

Los anteriormente analizados efectos técnicos, económicos y políticos de la globalización sobre la evolución de la criminalidad llevan al Derecho penal clásico basado en la soberanía territorial cada vez con más frecuencia a sus *límites nacionales-estatales*. Estos límites territoriales del Derecho penal consisten en que el Derecho penal nacional solo se puede imponer de modo global con dificultad, cuando la vigencia de sus decisiones sobre territorios extranjeros requiere primero un laborioso proceso de asistencia judicial o administrativa¹⁸. Por ello el Derecho penal solo puede hacer frente a estos nuevos desafíos si no se restringe a un ámbito de aplicación territorial, sino que se vuelve él mismo global¹⁹.

b) Ampliaciones transnacionales

Para el desarrollo que resulta a partir de aquí de un *Derecho penal efectivo transnacionalmente* se encuentran a nivel legislativo dos enfoques diferentes, entre los cuales existen multitud de formas mixtas²⁰.

— Por un lado se desarrollan *modelos de cooperación estatal en materia penal*, con los cuales las decisiones de un sistema jurídico-penal nacional operan en

otro sistema jurídico-penal. Un enfoque cooperativo de este tipo subyace a la clásica asistencia administrativa y judicial, así como al nuevo principio de reconocimiento mutuo de las decisiones judiciales, favorecido desde hace algunos años en la Unión Europea. Este nuevo principio se basa en el principio de la confianza recíproca y es el fundamento de numerosas Decisiones Marco existentes o planeadas, en especial sobre el reconocimiento de penas de multa y multas administrativas, la orden de detención europea y el exhorto europeo de obtención de pruebas²¹. En la Unión Europea se debe a partir de ahora completar los datos existentes en otros ordenamientos jurídicos (como datos de registros penales) a través del principio de «disponibilidad», lo que conducirá a considerables modificaciones ulteriores de la clásica asistencia administrativa y judicial²².

— Por otro lado surge un *Derecho penal supranacional*, con el que el ordenamiento jurídico-penal obtiene desde el principio un mayor ámbito de aplicación territorial. Este modelo se encuentra aislado en el Derecho de sanciones de la Comunidad Europea (p.e en las vulneraciones de la competencia y en la protección de los intereses financieros de la UE) así como —con un alcance mundial— también en el Derecho penal internacional²³.

— Entre estos dos modelos hay multitud de *formas mixtas* en numerosas organizaciones federales y supranacionales, que se caracterizan por ordenamientos

18. Cfr. SIEBER, Auf dem Weg zu einem europäischen Strafrecht, en: *Delmas-Marty* (Ed.), *Corpus Juris der strafrechtlichen Regelungen zum Schutz der finanziellen Interessen der Europäischen Union*, 1998, pp. 1–10. Acerca de las más importantes relaciones contractuales alemanas en materia de asistencia judicial últimamente *Schomburg*, NJW 2005, 3262–3266.

19. Cfr. junto a las referencias en la nota 18 especialmente DELMAS-MARTY, *European Journal of Crime, Criminal Law and Criminal Justice* 2002, 286–293, así como *Ibid.*, en: *Collège de France* (Ed.), *Cours et travaux du Collège de France, Résumés* 2003–2004, pp. 695–720 (698 ss.), y últimamente *Ibid.*, *Le relatif et l'universel*, Paris 2004, pp. 241–307; *Sieber*, Auf dem Weg zu einem europäischen Strafrecht, en: *Delmas-Marty* (Ed.), *Corpus Juris der strafrechtlichen Regelungen zum Schutz der finanziellen Interessen der Europäischen Union*, 1998, pp. 1–10.

20. Sobre las formas posibles de la cooperación entre diferentes sistemas de Derecho penal *Sieber*, JZ 1997, 369–381, así como las contribuciones en: *Instituto Nacional de Ciencias Penales/Max-Planck-Institut für ausländisches und internationales Strafrecht* (Ed.), *Hacia la unificación del derecho penal, Logros y desafíos de la armonización y homologación en México y el mundo*, México 2006.

21. Cfr. acerca de *la orden de detención europea* la Decisión Marco del Consejo relativa a la Orden de detención europea y los procedimientos de entrega entre los Estados miembros 2002/584/JI de 13.6.2002, DO L 190, y al respecto *Cartier* (Ed.), *Le mandat d'arrêt européen*, Brüssel 2005 así como las contribuciones: *Max-Planck-Institut für ausländisches und internationales Strafrecht* (Ed.), *eucrim* 2006, Heft 1/2 (www.mpicc.de/eucrim) y las referencias especiales acerca de la transposición alemana infra nota 35. Sobre el exhorto europeo de obtención de pruebas véase la Decisión Marco del Consejo de obtención de pruebas para recabar objetos, documentos y datos destinados a procedimientos en materia penal COM (2003) 688 final, y al respecto ALBRECHT, *NStZ* 2006, 70–75; *Gleß*, *StV* 2004, pp. 679–683, *Ibid.*, *ZStW* 116 (2004), pp. 353–367, así como las contribuciones en *Vervaele* (Ed.), *European Evidence Warrant, Transnational Judicial Inquiries in the EU*, Antwerpen/Oxford 2005. Sobre el reconocimiento de penas de multa y multas administrativas cfr. la Decisión Marco 2005/214/JAI del Consejo de 24.2.2005, DO L 76, sobre el empleo del principio del reconocimiento mutuo de penas de multa y multas administrativas.

22. Cfr. Comisión de las Comunidades Europeas, Propuesta para una Decisión Marco del Consejo sobre el intercambio de informaciones según el principio de la disponibilidad, COM (2005) 490 final de 12.10.2005. En especial sobre intercambio policial de datos véase también *Schily*, en: *Bundeskriminalamt* (Ed.), *Neue Allianzen gegen Kriminalität und Gewalt*, 2006, pp. 7–16 (9 s.). Sobre el intercambio de datos y los bancos de datos comunes de Interpol cfr. *Louboutin*, *ibidem*, pp. 101–122.

23. Acerca de las sanciones administrativas a nivel europeo cfr. *TIEDEMANN*, *ZStW* 116 (2004), pp. 945–958 (946 ss.); sobre el Derecho de sanciones en las vulneraciones de la competencia cfr. *Harding*, *European Journal of Crime, Criminal Law and Criminal Justice* 2004, 275–300; sobre los fundamentos del Derecho penal internacional cfr. *Werle*, *Völkerstrafrecht*, 2003, pp. 1–92.

jurídicos centralizados y descentralizados yuxtapuestos (como en el Derecho estadounidense) o mediante el reparto diferenciador de las competencias legislativa, judicial y de ejecución entre instituciones centralizadas y descentralizadas²⁴. Ejemplos de modificaciones de los dos modelos básicos mencionados anteriormente son por ejemplo el modelo suizo de competencias federales y de los cantones o el Derecho penal internacional —dirigido a la colaboración con los Estados nacionales—²⁵.

El análisis detallado de estas formas diversas de cooperación estatal en materia penal así como del Derecho penal supranacional como modelos diferenciados para la superación de los límites territoriales del Derecho penal representa una de las tareas centrales de futuro de la Ciencia Penal en atención a los desafíos de la globalización.

3. Investigaciones pertinentes: hacia una teoría de la integración internacional del Derecho penal

El desarrollo de los fundamentos teóricos y prácticos de un *Derecho penal transnacionalmente operativo* integra un primer centro de gravedad del nuevo programa de investigación. Para ello hay que contestar sobre todo tres cuestiones de principio centrales: (a) ¿con qué modelos y en qué sistemas se desarrolla actualmente un Derecho penal operativo transnacionalmente y qué concepciones ulteriores de la integración jurídico-penal son en este aspecto imaginables? (b) ¿cómo deben valorarse estos modelos y sistemas en atención a las dos funciones clásicas del Derecho penal: protección de la sociedad y de la libertad del individuo? (c) ¿cuáles son las condiciones de aplicación para la aplicación de los diferentes modelos y sistemas en atención a concretos espacios políticos y económicos?

a) Modelos y sistemas de la integración del Derecho penal

Los modelos *básicos de un Derecho penal operativo transnacionalmente* expuestos más arriba se encuentran sobre todo en el Derecho penal europeo, en el Derecho penal internacional, en las Naciones Unidas, en ulteriores agrupaciones políticas y económicas así como en Estados agrupados federalmente²⁶. La globalización y la internacionalización de la Política criminal ocasionada por ella han conducido en la última década por este motivo intensamente a que se solapen entre sí varios ordenamientos jurídico-penales nacionales, supranacionales e internacionales, con modelos parcialmente diferentes. Esto es claro cuando el blanqueo de dinero y la congelación de fondos en Alemania se determinan mediante regulaciones y recomendaciones del legislador alemán, de la Unión Europea, de las Naciones Unidas y de la OCDE. El análisis del actual estado del derecho tiene que diferenciar por tanto entre los modelos particulares para la coordinación de diferentes ordenamientos jurídicos nacionales y el sistema jurídico global (no raramente heterogéneo) determinado por varios actores internacionales, que se compone de varios ordenamientos jurídicos y ulteriores sistemas jurídicos parciales que se influyen recíprocamente con instrumentos «duros» o «blandos». Las actividades de diferentes actores nacionales, supranacionales e internacionales en la coordinación internacional del Derecho penal tienen como consecuencia por tanto «sistemas estratificados» y una «fragmentación del derecho», que se vuelven aun más complejos a través de los sistemas de control social y las intervenciones de actores privados, así como de «public private partnerships»²⁷.

b) Valoración de los sistemas

La valoración de los diferentes modelos y de los sistemas jurídicos globales obtenidos mediante los mismos

24. Cfr. al respecto en general las referencias en nota 20. Sobre un modelo de la armonización de competencias en causas penales para la solución de las competencias múltiples véase VOGEL/NOROUZI, *The European Arrest Warrant, ne bis in idem and the problem of multiple jurisdictions*, en: *Guidicelle-Delage/Manacorda* (Ed.), *L'intégration pénale indirecte*, Paris 2005, pp. 155–177 (171–175).

25. Cfr. las referencias generales en nota 20. En especial sobre el modelo suizo véase SPEZIELL PIETH, en: *Instituto Nacional de Ciencias Penales* (Ed.) (nota 20), pp. 423–435. Para la colaboración con el Tribunal Penal Internacional según el Estatuto de Roma cfr. la correspondiente Ley de 21.6.2002, BGBl. I, 2002, 2144, así como MEIßNER, *Die Zusammenarbeit mit dem Internationalen Gerichtshof nach dem Römischen Statut*, 2003; *Wilkitzki*, *International Criminal Law Review* 2 (2002), 195–212.

26. Cfr. al respecto las referencias en nota 25. En especial sobre las Naciones Unidas cfr. WITSCHHEL/BRANDES, *Die Vereinten Nationen und die Bekämpfung des internationalen Terrorismus*, *Zeitschrift für Politik*, Sonderband 1, 2006, 22–50; acerca del MERCOSUR véase *Vervaele*, *International Comparative Law Quarterly* 2005, 389–409 (401 ss.).

27. Cfr. al respecto CAPUS, *Revue de science criminelle et de droit pénal comparé* 2005, 251–263; FISCHER-LESCANO/TEUBNER, *Regime-Kollisionen: Zur Fragmentierung des globalen Rechts*, 2006; LUHMANN, *Die Weltgesellschaft*, en: *ders.*, *Soziologische Aufklärung* 2, 2. ed. 1982, pp. 51–71 (63); TEUBNER, en: *Brand/Stempel* (Ed.), *Soziologie des Rechts, Festschrift für Erhard Blankenburg zum 60. Geburtstag*, 1998, pp. 233–244; Vogel, *GA* 2002, 517–534 (520). Una extensa elaboración de la problemática desde la teoría del derecho ofrecen OST/VAN DE KERCHOVE, *De la pyramide au réseau? Pour une théorie dialectique du droit*, Brüssel 2002. Sobre los sistemas de control de actores privados cfr. abajo en el texto II.B.2.b en la nota 147. Sobre la armonización e internacionalización del Derecho penal en virtud de los mencionados procesos de influencia cfr. *Sieber* (nota 2), en: *Sieber/Albrecht* (Ed.), pp. 80 ss. (90 ss.).

conduce a numerosos problemas básicos. En el ámbito de los *modelos de solución cooperativos* cuenta sobre todo la cuestión de en qué medida un Estado que solicita asistencia judicial debe ser apoyado en la persecución de tipos de comportamiento que son impunes en el Estado solicitado. Aquí existe una colisión entre la efectiva imposición transnacional del Derecho penal y la protección del ciudadano contra una distensión extraterritorial excesiva del Derecho extranjero²⁸.

En el ámbito de los *modelos de solución supranacionales* se trata por el contrario principalmente de las cuestiones del Derecho político relativas a la transmisibilidad de elementos del monopolio de poder nacional a un contexto supranacional, de la legitimación democrática vinculada a esta última de un Derecho penal supraestatal, de la transparencia de su surgimiento así como del control del Ejecutivo responsable. Estas cuestiones se plantean por cierto no solo para un Derecho penal supranacional, sino también en atención a las obligadas directrices internacionales —jurídicas o fácticas— para el Derecho penal nacional y para la cooperación interestatal²⁹. Estas adquirirán importancia en el futuro no solo para el Derecho penal de la Unión Europea y las recomendaciones de la Finacial Action Task Force (FATF) para el blanqueo de dinero, sino sobre todo también para el Derecho penal y de seguridad configurado por Consejo de Seguridad de las Naciones Unidas.

Especiales problemas valorativos resultan en este sentido de la «fragmentación del Derecho» arriba constatada en diferentes ordenamientos jurídicos y complejos regulatorios p.e en las esferas de los Estados nacionales, de la Comunidad Europea, de las Naciones Unidas y de la OCDE. Estos «*sistemas estratificados*» pueden conducir a colisiones de diferentes sistemas normativos así como a contradicciones normativas y valorativas. Tales colisiones se encuentran ya en la clásica asistencia judicial cuando hay una discrepancia entre la obligación de Derecho internacional público de un Estado frente a otro Estado en la

relación exterior y su autorización limitada por la Constitución en las relaciones internas. Estas se muestran también en las regulaciones supranacionales en el Derecho penal europeo, que pueden contradecir el Derecho nacional (en especial también el Derecho constitucional). Estos conflictos son especialmente notorios sin embargo en sistemas jurídicos con fines diferentes, p.e cuando el Derecho de las NU (que sirve al aseguramiento de la paz) quiere imponer la congelación de los valores patrimoniales de presuntos terroristas, y esto sin embargo se halla en contraposición a las garantías procesales (que sirven a la protección de los Derechos Humanos) nacionales e internacionales³⁰. Una solución a estos concretos enfoques exige reflexiones básicas sobre teoría del Estado, sobre el principio democrático, sobre el concepto de Derecho penal y sobre la legitimidad del Derecho penal y el poder directivo jurídico-penal. Solo desde un fundamento de este tipo puede desarrollarse una metanorma que establezca también para casos de colisión qué presupuestos democráticos, del Estado de Derecho y de Derechos Humanos, debe cumplir una norma internacional (creadora o determinadora de Derecho penal), cuando esta debe tener prioridad respecto a determinados derechos de protección nacionales o regionales.

c) Determinación de las condiciones de aplicación

Para la Política Jurídica se plantea además la pregunta acerca de los presupuestos y condiciones de aplicación de los diferentes modelos para la integración del Derecho penal. En el centro está la cuestión acerca del alcance respectivo de la necesaria *armonización del Derecho penal* tanto en el Derecho material como en el procesal: la creación de modelos de solución supranacionales para espacios geográficos más grandes conduce a una completa asimilación jurídica, que tiene como presupuesto nuevamente un consenso valorativamente orientado entre

28. Cfr. con más detalle al respecto seguidamente abajo en c).

29. Sobre la pregunta de la legitimación democrática del Derecho penal europeo cfr. ya *Sieber*, ZStW 103 (1991), pp. 957–979 (969 ss.); *Ibid.*, en: *Duttge e.a.* (Ed.), *Gedächtnisschrift für Ellen Schlüchter*, 2002, pp. 107–116 (114), así como recientemente LÜDERSSEN GA 2003, 71–84; SCHÜNEMANN, StV 2005, 681–685; VOGEL, ZStW 116 (2004), pp. 400–423 (416 s.), así como sumariamente la exposición de la discusión de las Jornadas de profesores de Derecho penal de Dresden en KREß, ZStW 116 (2004), pp. 445–474 (450 ss.). Véase al respecto en general sobre todo VON BOGDANDY, *Gubernative Rechtssetzung*, 2000; *Ibid.*, ZaöRV 63 (2003), 853–877; además BLECKMANN, JZ 2001, 54–58; DOEHRING, DVBl. 1997, 1133–1137; STEIN, ZaöRV 64 (2004), 563–570; *Stiglitz* (nota 8), pp. 335–362.

30. Sobre los conflictos de normas en la determinación del *ordre public* en el marco de la *clásica asistencia judicial* cfr. VOGEL, en: *Grützner/Pötz* (Ed.), *Internationaler Rechtshilfeverkehr in Strafsachen*, Loseblattsammlung, 64. Aktualisierung, 2. ed. 2004, Vol. 1, § 73, marg. 26 ss. Sobre la colisión y sobre la contradicción de normas de diferentes ordenamientos jurídicos véase para la *relación del Derecho comunitario con el Derecho nacional* BVerfGE 73, 339, 387 – Solange II; para la relación del *Derecho comunitario* con el CEDH y el TEDH, NJW 2006, 197–204 – Bosphorus/Irland; para la relación entre el Derecho de la Comunidad Europea y el CEDH con el Derecho de NU, TJUE Case T 49/04, *Hassan v. Council of the European Union*, de 12.7.2006. Véase al respecto también GÖRAN, *Nordic Journal of International Law* 72 (2003), 291304 (293 ss.); BERNHARDT, en: *Simma* (Ed.), *The Charter of the United Nations*, Vol. II, 2. ed. Oxford 2002, Art. 103 marg. 3, 9, 16. Un ejemplo actual para estos problemas son las nuevas *smart sanctions* del Consejo de Seguridad de las NU; cfr. al respecto BIEHLER, *Archiv des Völkerrechts* 41 (2003), 169–181; *Schmalenbach*, JZ 2006, 349–353.

los ordenamientos jurídicos vigentes hasta ahora. Dado que este consenso es difícil de alcanzar y los modelos de solución supranacionales también requieren un cese de soberanía nacional, praxis y ciencia prefieren con frecuencia los modelos de cooperación expuestos arriba. Sin embargo también los modelos de cooperación solo pueden funcionar para la colaboración de diferentes ordenamientos jurídico-penales bajo una determinada asimilación de los ordenamientos jurídicos participantes. Esto no rige solamente para la clásica asistencia judicial con su principio de la doble punibilidad. Es correcto —como muestra la discusión sobre la orden de detención europea— también para modelos sobre la base de un reconocimiento mutuo de decisiones, porque estos solo funcionan sobre la base de la confianza mutua. Una medida mínima de armonización jurídica es también necesaria para todos los demás modelos en orden a la integración de diferentes ordenamientos jurídico-penales³¹.

El presupuesto irrenunciable de una armonización tal del Derecho penal es la *comparación del Derecho penal* como instrumento central para la Política Jurídica y para la praxis³². La comparación del Derecho penal debe a su vez analizar dónde los preceptos penales nacionales presentan peculiaridades —sobre todo culturales—, que son específicas para la sociedad correspondiente³³. En tanto tales peculiaridades culturales existan realmente solo entra en consideración una lenta y «suave» aproximación de los diferentes sistemas jurídicos, en especial con ayuda de modelos de leyes penales no vinculantes.³⁴ En el reconocimiento y mantenimiento de tales peculiaridades

nacionales se plantea por cierto para los modelos de cooperación la cuestión de si y cuándo —en casos de preceptos penales específicamente nacionales que solo rigen en Estados particulares— debe decaer la imposición jurídica transnacional o por el contrario debe verificarse sobre la base del reconocimiento mutuo de sentencias sin consideración de las diferencias jurídicas. La renuncia que esto conlleva a la «doble punibilidad» por ejemplo en la asistencia judicial tiene sobre todo importancia debido a que un Derecho penal transnacionalmente operativo no solo puede servir a la imposición del Derecho penal sino que debe proteger al ciudadano igualmente contra la aplicación de preceptos penales ajenos, con cuya vigencia no tiene que contar en el lugar del delito. Esta problemática de una cooperación de diferentes ordenamientos penales puede presentarse por ejemplo cuando un delito con partícipes en varios Estados se juzga de maneras diferentes en varios ordenamientos jurídicos aplicables de modo distinto, o cuando en Internet se publican contenidos que son atípicos en el lugar físico del servidor afectado, y que sin embargo están disponibles en otro Estado en el que sí son punibles. La oportuna discusión llevada a cabo acerca del reconocimiento mutuo —en la orden de detención europea y en el exhorto europeo para la obtención de pruebas³⁵— sobre contenidos exceptuados para el reconocimiento mutuo (p.e debido al *ordre public* europeo o nacional)³⁶ y sobre limitaciones territoriales (p.e en la realización delictiva en el territorio propio)³⁷ ponen en evidencia que aquí se trata de problemas complejos y cuestiones fundamenta-

31. Cfr. SIEBER, JZ 1997, 367–381 (374 s.); *Ibid.*, en: *Duttge e.a.* (Ed.) (nota 29), pp. 111 s.; *Ibid.*, en: *Instituto Nacional de Ciencias Penales* (nota 20), pp. 5–26; críticamente KLIP, NSZ 2000, 626–630. Sobre las técnicas de armonización cfr. *Sieber* (nota.2), en: SIEBER/ALBRECHT (Ed.), pp. 87 ss.; TIEDEMANN, ZStW 116 (2004), pp. 945–958 (949 ss.); sobre el estado de la armonización del Derecho penal material hasta el año 2004 en el tercer pilar cfr. HECKER, *Europäisches Strafrecht*, 2005, pp. 365–420; para un análisis detallado al hilo del ejemplo de la punibilidad en el contexto del ejercicio de la profesión cfr. *Dannecker*, ZStW 117 (2005), pp. 697–748 (714 ss.).

32. Cfr. al respecto SIEBER (nota 2), en: *Sieber/Albrecht* (Ed.), p. 86.

33. Cfr. históricamente sobre la función de aseguramiento cultural del principio de territorialidad jurídico-penal KOHLER, *Internationales Strafrecht*, 1917, p. 92 s., así como en general sobre las particularidades culturales en el Derecho penal MAYER, *Rechtsnormen und Kulturnormen*, Breslau 1903. Sobre la cultura jurídica europea como diversidad y unidad cfr. *Häberle*, *Europäische Rechtskultur*, 1994, pp. 26–29; sobre la incrustación cultural del Derecho penal y su consideración en el marco de la integración de los sistemas europeos de Derecho penal cfr. GREVE, *European Criminal Policy: Towards Universal Laws?*, en: JAREBORG (Ed.), *Towards Universal Law, Trends in national, European and international lawmaking*, Uppsala 1995, pp. 91–116 (112); SIEBER, JZ 1997, 367–381 (375); *Ibid.*, en: *Duttge e.a.* (Ed.) (nota 29), p. 110 s. En sentido crítico especialmente *Weigend*, ZStW 105 (1993), pp. 774–802 (790 ss.) así como ESER, *Poinikos Logos* 5/2002, 2157–2170 (2162 ss.).

34. Cfr. SIEBER, JZ 1997, 367–381, así como *Ibid.*, en: *Duttge e.a.* (Ed.) (nota 29), pp. 107–116.

35. Cfr. al respecto —más allá de las referencias de la nota 21— sobre la Decisión Marco del Consejo relativa a la orden de detención europea y los procedimientos de entrega entre los Estados miembros 2002/584/JI de 13.6.2002, DO L 190 sobre todo la declaración de nulidad de la ley de transposición de la orden de detención europea de 21.7.2004 (BGBl. I, 2004, 1748) por el Tribunal Constitucional alemán, BVerfG, NJW 2005, 2289–2303, y al respecto *Schünemann*, StV 2005, 681–685 con ulteriores referencias, así como la nueva Ley para la transposición de la Decisión Marco sobre la orden de detención europea y los procedimientos de entrega entre los Estados miembros de la Unión Europea de 20.7.2006, BGBl. I, 2006, 1721, y al respecto *von Bubnoff*, *Der Europäische Haftbefehl*, 2005 con apéndice 2006.

36. Cfr. por ejemplo Art. 13 lit. e de la Propuesta para una Decisión Marco del Consejo sobre el Exhorto europeo de obtención de pruebas para recabar objetos, documentos y datos destinados a procedimientos en materia penal COM (2003) 688 final.

37. Cfr. por ejemplo Art. 4 Nr. 7 lit. a de la Decisión Marco del Consejo sobre la orden de detención europea y el procedimiento de entrega entre los Estados miembros 2002/584/JI de 13.6.2002, DO L 190.

les,³⁸ que están estrechamente vinculadas con los límites funcionales del Derecho penal analizados más abajo.

En atención a la conexión entre el grado de armonización e integración así como de la *eficiencia del respectivo modelo de Derecho penal* hay que investigar en especial si los modelos de cooperación mencionados anteriormente con su escaso grado de armonización e integración entre los diferentes ordenamientos jurídico-penales no solo debilitan la efectividad de la cooperación y con ello la función de protección del Derecho penal para la sociedad, sino también las posibilidades de control así como la transparencia y la consistencia del sistema global y por tanto también la salvaguardia de los derechos a la libertad de los ciudadanos. Un debilitamiento de este tipo podría consistir en que en sistemas jurídicos con una fragmentación creciente, con mayores diferencias entre los sistemas particulares y al mismo tiempo con mayor complejidad, también aumentan las violaciones de la norma, las lagunas de regulación y los déficit de control³⁹. En qué medida tales debilidades de modelos descentralizados y poco armonizados —que se vuelven patentes en la cooperación intergubernamental europea y en la asistencia judicial internacional— pueden ser compensados, tendrá que ser analizado en el examen de estas hipótesis.

d) Consecuencias

Las cuestiones mencionadas arrojan pues una serie de complejas cuestiones de fondo, cuya elaboración debe producir un aporte a una *teoría internacional de la integración del Derecho penal* y a un Derecho penal operativo transnacionalmente⁴⁰. El *primer punto central del nuevo proyecto de investigación* configurado a partir de ahí no debe limitarse por cierto solo a la solución teórica de las cuestiones de fondo, sino que tiene que investigar en todo caso —por la vía de la comparación jurídica— qué experiencias se han obtenido hasta ahora con los diferentes modelos y sistemas de un Derecho penal operativo transnacionalmente. Es necesario por ello un procedimiento asegurado empíricamente y por el Derecho comparado, tanto para la comprobación de las diferentes hipótesis y enfoques teóricos como también para el desarrollo de resultados que puedan ser aplicados en atención a las principales cuestiones de futuro de la integración del Derecho penal europeo y mundial.

B. Nuevos riesgos, criminalidad compleja y límites funcionales del Derecho penal

El traspaso de los límites territoriales es solo un aspecto —por cierto central y específico— de las transformaciones de la criminalidad en la sociedad actual. Un segundo punto de vista central para el desarrollo de la criminalidad en la sociedad mundial del riesgo son los *nuevos riesgos y la complejidad* de la delincuencia que se transforma. Como consecuencia de este desarrollo el Derecho penal se halla, tanto por lo que se refiere a la definición del comportamiento merecedor de pena tanto por lo que atañe al esclarecimiento de los delitos, ante riesgos cada vez mayores y supuestos de hecho cada vez más complejos. Por causa de estas transformaciones y de los problemas de la globalización expuestos más arriba, el enfoque del Derecho penal queda reducido con frecuencia para determinados ámbitos delictivos —incluso en supuestos de intervenciones cada vez más intensas en las libertades de los ciudadanos— a una función simbólica⁴¹. La necesidad que ha hecho valer la opinión pública y la política de una prevención reforzada y de un nuevo Derecho de la seguridad parece colocar al Derecho penal en la praxis ante la alternativa de o bien amoldarse a las nuevas exigencias o bien ceder las regulaciones demandadas a otros sectores del derecho concurrentes (como el derecho de policía, el derecho de los servicios secretos o el derecho de guerra). Esta evolución lleva al Derecho penal, no solo en la garantía de la protección de la sociedad, sino sobre todo también en su función de aseguramiento de la libertad del individuo⁴², a sus *límites funcionales*.

1. Nuevos riesgos de la criminalidad compleja

Los nuevos riesgos y la complejidad de los delitos en la sociedad mundial del riesgo —así como la criminalidad transnacional arriba analizada— se pueden atribuir a *transformaciones técnicas, económicas y políticas* de la sociedad actual. Estas transformaciones tienen que ser analizadas con más detalle en relación a sus efectos sobre la criminalidad y el Derecho penal, cuando los problemas que subyacen se reconocen y deben ser desarrolladas soluciones para ellos. Aquí se trata sobre todo de riesgos que se ven reforzados a través de nuevas dependencias y vulnerabilidades de la sociedad, de transformadas posibilita-

38. Si se implementa el reconocimiento de sentencias nacionales como instrumento del Derecho penal transnacional, entonces este instrumento debe tomar en cuenta las peculiaridades del respectivo ordenamiento jurídico, como muestra el ejemplo de excepciones territoriales y de ciertos contenidos en el reconocimiento mutuo de sentencias en el marco de la orden de detención europea y del planeado exhorto europeo para la obtención de pruebas. En este modelo la imposición transfronteriza de sentencias nacionales mediante el reconocimiento mutuo constituye la regla y la renuncia a la misma la excepción.

39. Cfr. al respecto ya arriba nota 27 y abajo II.B.2.a.dd.

40. Cfr. acerca del fin de la conformación teórica arriba nota 2.

41. Acerca del concepto Cfr. HASSEMER, NSIZ 1989, 553–559; *Ibid.*, en: *Schünemann e.a.* (Ed.), *Festschrift für Claus Roxin zum 70. Geburtstag*, 2001, pp. 1001–1019; *Roxin*, en: *Dolcini/Paliero*, *Studi in onore di Giorgio Marinucci*, 2006, pp. 715–737 (728 ss.).

42. Cfr. acerca de estas funciones del Derecho penal las referencias arriba en nota 7.

des para la realización delictiva y dificultades de esclarecimiento. Especialmente patente es esto en los ámbitos de la criminalidad a través de Internet, de la criminalidad económica, la criminalidad organizada y el terrorismo⁴³.

a) Causas técnicas

Estos nuevos riesgos de la sociedad moderna y de las formas de criminalidad compleja instauradas por ellos se basan en primer lugar en *desarrollos técnicos*⁴⁴. Estos se muestran de modo prototípico en la creciente dependencia de la moderna sociedad de la información de sistemas informáticos, que son con frecuencia fácilmente atacables como consecuencia de immanentes lagunas de seguridad y de la concatenación mundial de autores actuantes. La dependencia de la moderna sociedad de la información de estos sistemas resulta en este sentido de la importancia capital que corresponde hoy a la técnica de la información para el funcionamiento de la economía, la sociedad y el Estado: los sistemas informáticos asumen entretanto como infraestructura técnica no solo la conducción de los movimientos de dinero, el almacenamiento de los más importantes secretos empresariales y de los negocios así como la gestión de la producción de las fábricas. Se utilizan además también para infraestructuras centrales como la vigilancia aérea, el abastecimiento eléctrico, el procesamiento de información por la policía y el ejército o para gran parte de la sanidad⁴⁵. Los nuevos riesgos técnicos en estos ámbitos van acompañados de dificultades en el esclarecimiento de los delitos correspondientes y en parte también de una realización masiva⁴⁶. La persecución penal topa con sus límites de capacidad en la carrera con los delincuentes, no solo desde el punto de vista técnico bajo

la presión de adaptación, sino también desde puntos de vista cuantitativos.

Junto a ello, del reciente desarrollo moderno también resultan nuevos peligros de la energía atómica, la química, la biotecnología así como de las instalaciones técnicas con potencial de influencia dañino sobre los seres humanos y el medio ambiente⁴⁷. Aquí se cuentan no solo los riesgos de una proliferación de armas de destrucción masiva en manos de terroristas⁴⁸, sino también el posible abuso de «productos-dual-use» y las técnicas correspondientes. El contagio del agente patógeno animal a los seres humanos, la réplica biotécnica (también del erradicado) de bacterias y virus, las posibilidades de la transformación técnica de estos agentes patógenos, así como la publicación para ello de las secuencias genéticas necesarias en renombradas revistas pueden elevar los riesgos del terrorismo en el futuro por el abuso de «productos-dual-use»⁴⁹. Estos nuevos riesgos podrían adquirir dimensiones considerables si los potenciales terroristas se infiltraran en los laboratorios de investigación apropiados, o se ocuparan de modo análogamente intenso con el abuso de la biotecnología, como hacen actualmente con la técnica armamentística y explosiva⁵⁰. Estos riesgos técnicos ya no se pueden circunscribir en muchos casos según el lugar, el momento y el círculo de los afectados⁵¹. Los escenarios correspondientes tienen —como muy tarde desde los atentados de la secta japonesa Aum y los envíos de cartas con ántrax en USA— un lugar fijo en las «recreaciones» de los concretos servicios de inteligencia. El desarrollo técnico conduce por cierto en este sentido no solo a nuevos riesgos, sino también a nuevas necesidades de seguridad de la sociedad y aquel modifica también su percepción de riesgos y criminalidad⁵².

43. Sobre el cruce de la criminalidad organizada con la infraestructura de las organizaciones terroristas, cfr. DIWELL, in: *Griesbaum u.a.* (Hrsg.), *Strafrecht und Justizgewährung, Festschrift für Kay Nehm zum 65. Geburtstag*, 2006, S. 101–109 (107).

44. Cfr. al respecto con carácter básico *Lau*, *Soziale Welt* 1989, pp. 418–436 (423 ss.); además *Bonß*, *Vom Risiko – Unsicherheit und Ungewißheit in der Moderne*, 1995, p. 80.

45. Cfr. sobre el conjunto total las contribuciones en: *Mansell/Collins* (Ed.), *Trust and crime in information societies*, Cheltenham/Northampton-MA 2005.

46. Las dificultades de esclarecimiento técnico se manifiestan en Internet especialmente en la (retro) persecución de delincuentes así como en la evaluación de datos grabados digitalmente (y con frecuencia todavía encriptados), que o bien ya no pueden ser valorados en absoluto, o bien sólo con conocimientos técnicos especializados. La multitud de datos transmitidos o grabados lleva asimismo a dificultades ulteriores para las autoridades encargadas de la investigación. Como consecuencia de la especialización económica se presentan problemas parecidos de evaluación de datos en un entorno económico o técnico complejo con datos masivos también en el ámbito de la criminalidad económica. Los emergentes problemas de persecución se acentúan todavía en muchos ámbitos mediante una comisión masiva del delito (p.e en la propagación de virus informáticos, copias piratas, o contenidos pornográficos infantiles en Internet). Cfr. sobre los problemas prácticos de la persecución penal en Internet SIEBER, en: *Waltermann/Machill* (Ed.), *Protecting Our Children on the Internet – Towards a New Culture of Responsibility*, 2000, pp. 319–399 (345–378).

47. Cfr. DELMAS-MARTY, en: *Collège de France* (Ed.) (nota 19), pp. 695–720 (710 ss.).

48. Cfr. las contribuciones en *O'Day* (Ed.), *Weapons of mass destruction and terrorism*, Aldershot e.a. 2004.

49. Cfr. GUILLEMIN, *Biological Weapons – From the Invention of State Sponsored Programs to Contemporary Bioterrorism*, 2006; *National Research Council*, *Globalization, Biosecurity, and the Future of the Life Sciences*, 2006.

50. Cfr. al respecto por ejemplo el informe – difícil de corroborar por cierto – de *Nasiri*, *Mein Leben bei Al Qaida*, 2006, pp. 179–182, 202–207, 230–236.

51. Cfr. SIEBER, *CR* 1995, 100–113 (111 s.).

52. Cfr. sobre esto último abajo nota 153.

b) Causas económicas

Riesgos añadidos resultan de *transformaciones económicas*. Del plano económico global tienen aquí importancia en primer lugar las consecuencias negativas de la globalización para determinados grupos de personas así como la mejor visibilidad del diferente bienestar y las diferencias sociales. Estos desarrollos ocasionan una creciente violencia y movimientos migratorios del lado de los perdedores⁵³. El control de la inmigración ilegal y sus efectos se ha convertido en un problema central de las sociedades del bienestar⁵⁴.

Por otra parte surgen consorcios nacionales y multinacionales y fondos que disponen de considerables medios financieros y poder —también de carácter político—⁵⁵. Los abusos de este potencial de poder se manifiestan en corrupción, falseamiento contable, delitos contra el medio ambiente y otras numerosas formas de la criminalidad económica⁵⁶. Los riesgos que de aquí resultan se muestran p.e en los mercados financieros globales, cuyo abuso puede tener considerables consecuencias en el plano económico global⁵⁷. Sin embargo, el incremento y la magnitud de los consorcios multinacionales no solo tienen como consecuencia abusos financieros, sino también un desplazamiento de poder del sector estatal al privado, el cual se ve reforzado a través de la privatización de multitud de funciones públicas. Especialmente evidente es esto en la privatización en el ámbito de la seguridad por lo que se refiere a la fundación e intervención de empresas privadas de seguridad y militares, sobre todo en conexión con los conflictos armados abajo expuestos y los «failed states»⁵⁸. La forma organizativa de los consorcios —sobre todo los

multinacionales— conduce al Derecho penal a problemas específicos de esclarecimiento e imposición, que todavía pueden ser ampliados mediante una estrategia empresarial criminal⁵⁹. Los problemas de control del Estado vinculados a esto constituyen razones básicas para la consecución de una punibilidad de la empresa, para los deberes reforzados de colaboración de particulares en la persecución penal así como para la invocación creciente de conceptos como la autorregulación⁶⁰.

Los incrementos del riesgo resultan también de cambiantes condiciones económicas de organización, que reaparecen en las estructuras organizativas de grupos de autores: el incremento del rendimiento, el aumento del poder y la elevada peligrosidad de grupos de autores organizados debido a la división del trabajo, la especialización y procesos de dinámica de grupos, no constituyen en la criminalidad de bandas y en la criminalidad organizada ningún fenómeno nuevo.⁶¹ Debido a los medios técnicos de comunicación que se pueden emplear a nivel mundial, de la globalización de los mercados, y de la apertura de fronteras, las distintas formas de acción conjunta con reparto de trabajo de los autores en grupos estructurados jerárquicamente, redes sueltas y células organizadas flexiblemente, pueden ser empleadas sin embargo bajo las circunstancias de una sociedad global de la información de un modo mucho más efectivo⁶². También la movilización de una gran cantidad de personas se facilita notablemente a través de los medios de comunicación modernos —sobre todo en redes vinculadas entre sí de modo no estricto y por ello con estructuras de solidaridad difícilmente perceptibles⁶³, como explicita la utilización de Internet para

53. Cfr. al respecto más de cerca abajo nota 75.

54. Cfr. al respecto la referencia arriba nota 13.

55. Cfr. al respecto últimamente STIGLITZ (nota 8), pp. 236 ss., con la advertencia que el volumen de facturación de la fábrica de coches General Motors de 191,4 millones de dólares en el año 2004 sobrepasó el producto interior bruto de más de 148 Estados, y que el volumen de facturación del consorcio de empresas al por menor Wal-Mart con 282,5 millones de dólares se situó por encima del BIP de todos los Estados africanos al sur del Sáhara. Véase al respecto también ya las contribuciones en la obra colectiva de TIEDEMANN (Ed.), *Multinationale Unternehmen und Strafrecht*, 1980.

56. Cfr. resumidamente sobre la criminalidad económica *Bundesministerium des Innern/Bundesministerium der Justiz* (Ed.), *Zweiter Periodischer Sicherheitsbericht*, 2006, pp. 218–280; *Müller-Gugenberger* (Ed.), *Wirtschaftsstrafrecht. Handbuch des Wirtschaftsstraf- und -ordnungswidrigkeitenrechts*, 4. ed. 2006; *Tiedemann*, *Wirtschaftsstrafrecht. Besonderer Teil*, 2006. En especial sobre corrupción véase *Transparency International*, *Jahrbuch Korruption* 2006, 2006.

57. Cfr. al respecto los estudios de la *Financial Action Task Force* (nota 10). Acerca del mercado mundial de las finanzas y sus consecuencias cfr. *Soros*, *Die Krise des globalen Kapitalismus*, 1998. Sobre el papel del control privado véase el informe de WOOD, *Governing Global Banking, The Basel Committee and the Politics of Financial Globalisation*, Aldershot 2005.

58. Cfr. al respecto SCHALLER, *Private Sicherheits- und Militärfirmen in bewaffneten Konflikten*, (editado por la Fundación Wissenschaft und Politik – Deutsches Institut für Internationale Politik und Sicherheit, 2005) así como —como ejemplo— la página web de la en este aspecto mayor empresa militar <http://www.blackwaterusa.com/> [estado: 18.12.2006].

59. Cfr. al respecto p.e HEINE, en: *Pieth/Seelmann* (Ed.), *Prozessuales Denken als Innovationsanreiz für das materielle Strafrecht*, Basel 2006, pp. 31-42 (32 ss.).

60. Cfr. al respecto más de cerca abajo II.B.2.a.cc und II.B.2.b.

61. Cfr. la investigación empírica de VON SIEBER/BÖGEL (nota 16), pp. 33 ss., 37 ss., 56 ss.; *Sieber*, JZ 1995, 758–768.

62. Cfr. sobre terrorismo las investigaciones de MAYNTZ, *Berliner Journal für Soziologie* 14 (2004), 251–262, así como de JACKSON, *Studies in Conflict & Terrorism* 29 (2006), 241–262. Sobre la utilización de Internet cfr. O'DAY, *Cyberterrorism*, Aldershot e.a. 2004.

63. Cfr. sobre el movimiento zapatista mejicano los estudios de GARRIDO/HALAVAIS, en: *McCaughy/Ayers* (Ed.), *Cyberactivism: Online Activism in Theory and Practice*, London 2003, pp. 165–184.

propaganda terrorista o para la difusión de contenidos racistas o enaltecedores de la violencia⁶⁴. El incremento de efectividad resultante en la formación de grupos y en la especialización tiene consecuencias en los ámbitos de la criminalidad económica, la criminalidad organizada y otras formas de criminalidad compleja.

c) Causas políticas

Nuevos riesgos como consecuencia de *transformaciones políticas* se manifiestan claramente en el terrorismo por motivos políticos, étnicos y religiosos. En especial los autores motivados religiosamente ofrecen su propia vida en ello y no pueden ser ya frecuentemente influenciados por el Derecho penal. Están organizados flexiblemente, sobre todo en jerarquías de estructura simple, redes sueltas y células autónomas, que son difícilmente infiltrables. Utilizan la infraestructura técnica y los recursos de sus enemigos con éxito para la comunicación técnica, reclutamiento, formación «Fund Raising» y el esfuerzo como armas. Los hechos terroristas solo se pueden reconocer por anticipado con dificultad, su elevada peligrosidad se manifiesta frecuentemente solo poco antes de la ejecución, y son por tanto solo difícilmente evitables. Los hechos conducen no solo a elevados daños físicos, sino que persiguen también —mediante los mensajes y escenas que se transmiten— consecuencias psíquicas y fines políticos que van mucho más allá: la violencia terrorista extiende el miedo y el horror, que (intensificados por los medios de comunicación) afectan agudamente la sensible estructura económica y política de las sociedades modernas con la finalidad de hacerlas políticamente chantajeables. El terrorismo persigue con ello sobre todo fines políticos (como el repliegue de los Estados occidentales de determinadas regiones o la desestabilización de gobiernos moderados) en un conflicto asimétrico cuasi-bélico. Además los atentados terroristas están destinados a provocar reacciones estatales y sociales, que destruyen los valores de la libertad de las sociedades occidentales y proporcionan al terrorismo nuevos simpatizantes y combatientes⁶⁵.

El terrorismo moderno refuerza así una evolución, que ya se manifestó de modo claro en Estados concretos mediante la criminalidad organizada: en la moderna sociedad del riesgo la criminalidad puede llevar a riesgos políticos y con ello también a amenazar al Estado. Esto se muestra por lo que se refiere a la criminalidad organizada no solo en los cuales los delincuentes organizados o las empresas corrompen a los actores estatales. Los riesgos políticos surgen también cuando —p.e en Latinoamérica— los traficantes de drogas concurrentes y otros grupos de delincuentes en connivencia con «war lords» locales y paramilitares ponen en cuestión el monopolio del poder del Estado, de modo que se llega con frecuencia a una vinculación de terrorismo y criminalidad organizada⁶⁶. Un proceso parecido se encuentra en Estados —sobre todo africanos— en la explotación violenta de las riquezas del suelo mediante empresas criminales y señores de la guerra locales⁶⁷. Los riesgos que surgen con ello adquieren más importancia cuando un Estado se convierte en un riesgo global para la seguridad debido a ellos, en la medida en que bien de facto (como «failed state») o bien normativamente (como «Estado de lo injusto») decae en su función de protección local y crea así a esfera global «crime havens» (o «safe harbours») para grupos de delincuentes organizados (como por ejemplo en la antigua Yugoslavia) o para terroristas (como en Yemen o en Somalia)⁶⁸.

Estos nuevos riesgos políticos del terrorismo y de la criminalidad organizada se manifiestan también en parte en conflictos violentos mayores y «nuevas guerras». En estas «nuevas» o «pequeñas» guerras no se trata ya de las guerras habidas hasta ahora entre Estados territoriales, sino de conflictos asimétricos entre Estados territoriales y redes —con frecuencia organizadas internacionalmente—⁶⁹. Los nuevos conflictos con estas estructuras en red internacionales relativizan por ello las clásicas distinciones entre seguridad interior y exterior así como entre guerra y crimen. No es infrecuente que las nuevas guerras se dirijan por tanto —como en Bosnia, Afganistán y Pakistán— por la policía, el ejército, los servicios secretos, comandos especiales y fuerzas de intervención internacionales. Tras los atentados del 11 de septiembre de 2001 la OTAN y las

64. Cfr. WEIMANN, Terror on the Internet: The New Arena, the New Challenges, Washington 2006, y Bronkhorst/Eissens (Ed.), Hate on the Net, Virtual nursery for In Real Life crime, http://www.jugendschutz.net/pdf/osce_paris.pdf [estado: 2006-12-18].

65. Cfr. al respecto resumidamente MÜNKLER, Die neuen Kriege, 2. ed. 2005, pp. 175–205; *Ibid.*, Der Wandel des Krieges, Von der Symmetrie zur Asymmetrie, 2. ed. 2006, pp. 221–247. En especial acerca de la situación en Alemania véase Bundesministerium des Innern/Bundesministerium der Justiz (Ed.) (nota 56), pp. 174–190.

66. Cfr. al respecto la referencia arriba nota 43.

67. Cfr. al respecto también MÜNKLER, en: *Bundeskriminalamt* (Ed.), Neue Allianzen gegen Kriminalität und Gewalt, 2006, pp. 17–31 (24 ss.).

68. Sobre la aparición de *failed states* cfr. MÜNKLER (nota 67), en: *Bundeskriminalamt* (Ed.), pp. 17–31 (19 ss.). Sobre la comprensión normativa de Estados fallidos cfr. Geiß, Failed States, Die normative Erfassung gescheiterter Staaten, 2005. Una visión de conjunto sobre los fundamentos materiales de la criminalidad económica en Estados fallidos y sus repercusiones internacionales ofrece GROS, *British Journal of Criminology* 43 (2003), 63–80.

69. Esta transformación de las guerras estatales en nuevas formas de guerra asimétricas se ve en parte como un indicio para la pérdida de significado del mundo de los Estados y el incremento de nuevos actores políticos. Cfr. al respecto MÜNKLER (nota 67), en: *Bundeskriminalamt* (Ed.), pp. 28 y ss.

NU han constatado en este aspecto también el «estado de guerra». A la vista del gran espectro de diferentes atentados terroristas se plantean sin embargo cuestiones difíciles acerca de la delimitación entre Derecho penal y Derecho de guerra, acerca de la diferenciación entre estado de necesidad «interior» de la defensa «exterior» y acerca del alcance del Derecho a la defensa propia del Art. 51 de la Carta de las Naciones Unidas⁷⁰.

La difuminación de los límites entre seguridad interior y exterior, así como entre crimen y guerra, junto con la creciente necesidad de la defensa frente a los peligros y de prevención, sitúa así a los sistemas jurídicos existentes frente a nuevos desafíos categoriales, respecto a los cuales *disciplinas jurídicas clásicas* como el Derecho penal, el Derecho de policía y —en concretos Estados— también el Derecho de guerra, crean un nuevo «Derecho de la seguridad»⁷¹. El desarrollo de los riesgos políticos —estrechamente vinculado con las cuestiones de la globalización— aumenta también la necesidad de la implicación de cuestiones de Derecho internacional público acerca de la legitimación de intervenciones de la comunidad internacional con fines de imposición de la seguridad internacional de acuerdo a la Carta de las NU⁷².

A esto se añaden ulteriores transformaciones políticamente condicionadas, que están vinculadas a la globalización, y que sin embargo van más allá de los problemas de imposición analizados más arriba de una persecución penal transnacional. El creciente influjo de los desarrollos globales en los supuestos de hecho y la creciente movilidad generan *contradicciones entre los parámetros valorativos de la sociedad y las normas estatales*. Esto se pone de relieve no solo en ámbitos particulares de la criminalidad de Internet (p.e en el Derecho penal de la protección de datos o en contenidos enaltecedores de la violencia), en los cuales las regulaciones nacionales especiales en el ciberespacio global se vuelven ampliamente inefectivas.⁷³ El mismo fenómeno es patente por ejemplo en la investi-

gación médica organizada internacionalmente, en la que debido a regulaciones internacionalmente diferentes ya no es posible acordar y tampoco imponer claros límites entre el comportamiento permitido y prohibido⁷⁴. Este desarrollo entraña un alto potencial conflictivo. Esto se hace visible por ejemplo en el espacio global de Internet y (con motivo de la convergencia mediática que le es inherente) en la televisión por satélite global, cuando se propagan pornografía, contenidos peligrosos para la juventud, manifestaciones lesivas del honor, publicidad de alcohol o caricaturas dirigidas contra la religión. Las correspondientes tensiones aparecen cuando a partir de ahora deben cooperar de modo estrecho entre sí bajo el techo de la Unión Europea ordenamientos jurídicos nacionales en los que el cohecho ha sido en parte ampliamente desechado, pero en otra parte es todavía ampliamente un estándar aceptado del sistema social. Conflictos parecidos de diferentes expectativas normativas surgen también como consecuencia de la migración mundial, de la heterogeneidad de la sociedad que resulta de la misma, y del permanente desencuentro vinculado a aquella de diferentes estilos de vida y representaciones valorativas en un mismo espacio. Ejemplos de este «clash of cultures» son por ejemplo los asesinatos de honor, las venganzas de sangre o las nuevas dimensiones de la violencia en Europa⁷⁵. Las diferentes valoraciones contrapuestas de modos de comportamiento y los conflictos que de ahí resultan desplazan por tanto los conflictos —antes internacionales— sobre el disenso valorativo global ahora al nivel local, lo que trae consigo riesgos añadidos de una escalada violenta.

d) Consecuencias

Los nuevos riesgos van acompañados frecuentemente de una elevada complejidad de las pertinentes formas delictivas, que no solo descansa en causas técnicas o económicas, sino también en especiales estructuras de autoría, una mul-

70. Cfr. al respecto también abajo nota 166.

71. Cfr. al respecto más de cerca abajo II.B.2.a.ee y ss. y II.B.3.b.

72. Cfr. al respecto GEIß (nota 68), pp. 292–307.

73. Cfr. BGHSt 46, 212 ss. Ya antes acerca del derecho a castigar véase CORNILS, JZ 1999, 394–398; SIEBER, NJW 1999, 2065–2073.

74. Cfr. KOCH, en: *Arnold e.a.* (Ed.), *Menschengerechtes Strafrecht, Festschrift für Albin Eser zum 70. Geburtstag*, 2005, pp. 1091–1118 (1111).

75. Cfr. a título de ejemplo los resultados de la investigación de WETZELS/BRETTFELD, *Auge um Auge, Zahn um Zahn? Migration, Religion und Gewalt junger Menschen*, 2003, pp. 186–188, así como la investigación sobre la estimación de la gravedad de delitos de *Braun*, *Migration und interkultureller Konsens, Ein interkultureller Ausblick*, 2002, pp. 154–163. Sobre la valoración de las venganzas de sangre a través de la Jurisprudencia cfr. *Nehm*, en: *Arnold e.a.* (Ed.), *Menschengerechtes Strafrecht, Festschrift für Albin Eser zum 70. Geburtstag*, 2005, pp. 419–429; sobre la aclaración del alto potencial violento de los grupos de delincuentes albanos *Arsovskia*, *European Journal of Crime, Criminal Law and Criminal Justice* 14/2 (2006), 161–184. Junto a ello tiene considerable importancia el creciente potencial conflictivo unido al retroceso del Estado del bienestar en subculturas en el contexto urbano como las algaradas en las *zones urbaines sensibles* de París ponen de relieve; Cfr. sobre la violencia correspondiente de *Maillard/Roché*, *European Journal of Criminology* 2004, 111–151 (131 ss.); así como en especial sobre la violencia juvenil *Dubet*, en: *von Trotha* (Ed.), *Soziologie der Gewalt*, 1997, pp. 220–234, y finalmente *BODY-GENDROT*, *European Journal of Crime, Criminal Law and Criminal Justice* 2005, 4–26.

titud de víctimas o una vasta amplitud geográfica de la comisión delictiva. Con estos nuevos riesgos globales así como con las complejas formas de criminalidad y sus problemas de esclarecimiento resulta también —según una extendida opinión— un debilitamiento del Estado nacional⁷⁶. En este análisis permanece abierto con frecuencia en qué medida la *cooperación internacional entre Estados* en la sociedad mundial del riesgo puede hacer frente a este proceso con medidas técnicas de vigilancia, así como al recientemente desarrollado «Derecho de la seguridad» y sus componentes de derecho de policía, jurídico-penales y militares, y a las redes internacionales y sus aparatos de poder, llegando así solo a desplazamientos concretos de poder entre el sector privado y el estatal⁷⁷.

En el marco de este proceso se confieren al Estado y a la cooperación entre Estados en cualquier caso cada vez nuevas funciones y competencias para la producción de seguridad.⁷⁸ Esto repercute en el Derecho penal y en los clásicos objetos jurídico-penales de regulación de modo especialmente grave debido a que con la perseguida producción de seguridad aparecen en primer plano la garantía de prevención y un nuevo Derecho de seguridad, que en lo que siguen han de ser analizados con más detalle.

2. Límites funcionales del Derecho penal

El análisis anterior de los riesgos que han cambiado explica claramente las razones por las cuales el Derecho penal choca hoy no pocas veces en su reacción a los mencionados desafíos con sus límites funcionales y busca nuevas respuestas. La reacción estatal y social a los nuevos desafíos es, no solo en atención a sus causas, sino también en atención a las posibles soluciones, más compleja que las razones y alternativas actualmente discutidas del «Derecho penal del enemigo» y el «Derecho penal del ciudadano»⁷⁹. A los nuevos desafíos de la «sociedad mundial de riesgo» se encuentran en la Política Criminal precisamente dos respuestas diferentes con numerosas facetas:

— El enfoque prevaleciente —que se hace visible en muchos Estados especialmente en el ámbito del terrorismo— tiende a una ampliación y «desbordamiento» del Derecho penal así como a su elusión a través de

otras disciplinas de un nuevo Derecho de la seguridad (*infra* a).

— El segundo enfoque consiste en el desarrollo de medidas alternativas (fuera del Derecho penal y especialmente también fuera del Derecho) a la prevención criminal (*infra* b).

a) Desbordamiento del Derecho penal y nuevo Derecho de seguridad

El *enfoque* de una *ampliación del Derecho penal* más allá de sus límites actuales está caracterizada por una orientación más fuerte a la prevención y la seguridad, así como por la intervención producida ya en el ámbito previo a la comisión del delito y a la sospecha del hecho⁸⁰. Aquí se trata —en las categorías del sistema de ordenación alemán— en numerosos ordenamientos jurídicos especialmente de aa) adelantamientos de la punibilidad en el derecho material, bb) la ampliación de los conceptos preventivos de vigilancia, la deconstrucción de garantías y la creación de instancias especiales en el Derecho procesal penal, cc) obligaciones de cooperación reforzadas de los sujetos privados en el ámbito previo y fuera del proceso penal, dd) la creación de «Task Forces» interinstitucionales e internacionales en una nueva «arquitectura de la seguridad» así como ee) la difuminación de categorías jurídicas clásicas y la formación de un nuevo derecho de la seguridad. La combinación de estos desarrollos se manifiesta de modo especialmente claro y aguzado en la legislación americana sobre «war on terror» (*infra* y ss.).

aa) En el *Derecho material* se muestran *adelantamientos de la punibilidad* por ejemplo en la reacción a los riesgos de estructuras de autor complejas y especialmente en el registro de comisión de delitos con reparto de funciones a través de grupos organizados de autores, redes y células: legislador y jurisprudencia reaccionan a esto mundialmente —especialmente en atención a la criminalidad organizada y el terrorismo— con la creación de delitos de organización (en especial de apoyo de organizaciones criminales y terroristas), tipos de conspiración («conspiracy»), figuras especiales de imputación (como el «joint criminal enterprise», «vicarious liability» y «strict liability») así como ulteriores adelantamientos de la punibili-

76. Cfr. sobre los problemas que se generan para la Ciencia económica, jurídica y social MAYNTZ, Einleitung und Zusammenfassung, en: *Mayntz/von Bogdandy/Genschel/Lütz* (nota 8), pp. 9–18 (13 ss.), y las demás contribuciones en el volumen.

77. Cfr. al respecto BECK (nota 3), pp. 45 ss.; BECK/LAU, *The British Journal of Sociology* 56 (2005), 525–557 (532 s.); MÜNKLER (nota 67), en: *Bundeskriminalamt* (Ed.), pp. 18 ss. Sobre el Estado transnacional véase *Grande*, *Globalisierung und die Zukunft des Nationalstaats*, en: *Beck/Bonß* (Ed.), *Die Modernisierung der Moderne*, 2. ed. 2001, pp. 261–275 (274). Sobre el papel de las organizaciones internacionales y federaciones cfr. TOMUSCHAT, *Recueil des cours de l'Académie internationale de la Haye* 281 (1999), pp. 40 ss.

78. Cfr. *Jung*, GA 1996, 507–517 (515).

79. Cfr. sobre el derecho penal del enemigo las referencias abajo en nota 98.

80. Cfr. al respecto principalmente JAKOBS, ZStW 97 (1985), pp. 751–785; además BECK, *Unrechtsbegründung und Vorfeldkriminalisierung*, 1992, así como la reseña de BGHSt 47, 214, en RATH, GA 2003, 823–840. Cfr. también las anotaciones acerca de la consiguiente crítica a la Escuela de Frankfurt en los años 90 en *Schünemann*, GA 1995, 201–229 (210 f.).

dad⁸¹. También en el ámbito de la criminalidad económica (y especialmente de la criminalidad medio-ambiental) así como de la criminalidad organizada se pone de manifiesto la correspondiente evolución jurídico-material en los nuevos bienes jurídicos supraindividuales, delitos de peligro abstracto y delitos de posesión⁸². La correlación entre estos tipos penales del ámbito previo con el paradigma de la prevención analizado más arriba se muestra especialmente en las recientes consideraciones en el Ministerio Federal de Justicia sobre la criminalización del ámbito previo en el § 129a StGB⁸³. La criminalización actualmente puesta a prueba de la participación en una formación terrorista permitiría proceder ya tempranamente sobre todo de modo preventivo frente a personas y eventuales «durmientes» (p.e en el regreso a Alemania) para la evitación de eventuales ataques terroristas⁸⁴. El adelantamiento de la protección del Derecho penal se complementa frecuentemente mediante una elevación del marco penal⁸⁵.

bb) Los crecientes riesgos así como las dificultades de esclarecimiento y prueba de la nueva criminalidad compleja tienen sin embargo consecuencias sobre todo para el derecho procesal. Aquí tienen lugar primero *medidas que actúan preventivamente en el ámbito previo a la sospecha del hecho*⁸⁶, en especial medidas técnico-informativas de intervención y vigilancia secretas que investigan conversaciones, llamadas de teléfono, datos de ordenadores, lugares de residencia y cuentas bancarias de los ciudadanos, y reúnen gran cantidad de datos grabados sobre los mismos⁸⁷. A partir de estas medidas de intervención se pueden desarrollar en el futuro nuevos sistemas globales de vigilancia de «sospechosos» y «personas peligrosas» sobre la base de perfiles de riesgo⁸⁸. El concepto de la «precaución para la persecución penal»⁸⁹ vinculado a estas medidas describe de modo gráfico la entremezcla entre prevención y represión que estas conllevan. Con esto se refuerza la tendencia a una utilización inmediatamente preventiva del Derecho penal, que

81. Sobre los *delitos de organización* cfr. en atención al concepto de asociación criminal BGH, NJW 2005, 80–83 así como críticamente en atención a la amplia expansión de los delitos en el ámbito previo DAHS, H., NJW 1976, 2145–2151 (2147 s.); JAKOBS, HRRS 2006, 289–297 (295); ROXIN (nota 41), en: DOLCINI/PALIERO (Ed.), p. 734; F.-C. SCHROEDER, Die Straftaten gegen das Strafrecht, 1985, pp. 17, 28–29; sobre la europeización del concepto de asociación *Kreß*, JA 2005, 220–228; VON HEINTSCHEL-HEINEGG, en: *Hoyer e.a.* (Ed.), Festschrift für F.-C. Schroeder, 2006, pp. 799–808. Sobre los *tipos penales de conspiración* en los EE.UU. véase KATYAL, Yale Law Journal 112 (2003), 1307–1398; SIESSEGER, William and Mary Law Review 46 (2004), 1177–1218. Sobre las *figuras especiales de imputación en el Derecho penal internacional* cfr. DANNER/MARTINEZ, California Law Review 93 (2005), 75–169 (102 ss.). Sobre el *movimiento en sentido opuesto* de la liberalización en lo que se concierne a la responsabilidad del servidor de Internet véase SIEBER, Kinderpornographie, Jugendschutz und Providerverantwortlichkeit im Internet, Eine strafrechtsvergleichende Untersuchung, 1999, pp. 32–46, 61–65, así como desde la perspectiva comparada *Ibid.*, Responsibility of Internet-Providers, en: *Lederman/Shapira* (Ed.), Law, Information and Information Technology, The Hague e.a. 2001, pp. 231–292.

82. Cfr. al respecto principalmente JAKOBS, ZStW 97 (1985), pp. 751–785. Sobre *bienes jurídicos supraindividuales y delitos de peligro* véase GREVE, European Journal of Crime, Criminal Law and Criminal Justice 2005, 515–532; HASSEMER, StV 2006, 321–332 (326 s.); HEFENDEHL, Kollektive Rechtsgüter im Strafrecht, 2002; TIEDEMANN, Tatbestandsfunktionen im Nebenstrafrecht, 1969, esp. pp. 111–134; *Wohlert*, Deliktstypen des Präventionsstrafrechts. Zur Dogmatik *moderner* Gefährdungsdelikte, 2000; *Zieschang*, Die Gefährdungsdelikte, 1998, esp. pp. 214–220, 245–251, 388–393. Sobre los *delitos de posesión* véase *Struensee*, en: *Samson* (Ed.), Festschrift für Gerald Grünwald zum siebzigsten Geburtstag, 1999, pp. 713–729.

83. Se trata aquí de reflexiones previas, que pudieron conducir a los primeros proyectos legislativos en el año 2007.

84. Véase al respecto más de cerca abajo II.B.3.b así como sobre las posibilidades legislativas en atención a la *problemática de los durmientes* desde la perspectiva norteamericana CHESNEY, Harvard Journal of Legislation 42 (2005), 1–89. Véase al respecto también 18 USC § 2339–2339D.

85. Cfr. al respecto también HASSEMER (nota 82), StV 2006, 323.

86. Acerca de la prisión preventiva cfr. BVerfG, NJW 2006, 1939–1951; LISKEN, NVwZ 2002, 513–519. Sobre la instrumentalización del proceso penal y de la policía en el sentido de los métodos de los servicios de inteligencia („Vernachrichtendienstlichung“) cfr. PAEFFGEN, StV 2002, 336–341; *Ibid.*, GA 2003, 647–671.

87. Sobre la unificación de los métodos secretos de investigación de carácter procesal-penal cfr. a partir de ahora el Proyecto de Ley para la nueva regulación de la vigilancia de las telecomunicaciones y otras medidas secretas de investigación así como para la transposición de la Directiva 2006724/EG („Referentenentwurf für ein Gesetz zur Neuregelung der Telekommunikationsüberwachung und anderer verdeckter Ermittlungsmaßnahmen sowie zur Umsetzung der Richtlinie 2006724/EG“ vom 27.11.2006 (hekt.)). Sobre la praxis y eficiencia de la vigilancia telefónica en Alemania véase *Albrecht/Dorsch/Krüpe*, Rechtswirklichkeit und Effizienz der Überwachung der Telekommunikation nach den §§ 100a, 100b StPO und anderer verdeckter Ermittlungsmaßnahmen, 2003. Sobre los límites jurídicos en el ámbito de la prisión preventiva cfr. BVerfGE, NJW 2006, pp. 1939–1951.

88. Cfr. al respecto también ALBRECHT (nota 6), JURA (Ungarn) 2005/2, 11 s.; KLETT-STRAUB, German Law Journal 7 (2006), 967–975.

89. Cfr. al respecto WEßLAU, Vorfelddermittlungen: Probleme der Legalisierung „vorbeugender Verbrechensbekämpfung“ desde la perspectiva procesal penal, 1989; WOLTER, GA 1999, 158181; *Kühne*, Strafprozessrecht, 6. ed. 2003, marg. 393.

ya anteriormente se puso de relieve con los motivos de la detención preventiva así como con la ampliación del derecho de medidas y en especial de la custodia de seguridad⁹⁰.

Por otra parte en el derecho procesal penal se verifica una *reconstrucción de garantías y formas de proteger*. En muchos ordenamientos jurídicos extranjeros se trata de nuevas posibilidades para una retención policial más larga de personas sospechosas (que sirve en su mayoría también a fines preventivos)⁹¹, o bien de facilidades probatorias (que frecuentemente se alcanzan mediante expansión del Derecho penal material)⁹². En Alemania la pertinente discusión sobre los límites jurídicos de la lucha preventiva contra el terrorismo en la aplicación de la tortura y en el derribo de aviones secuestrados⁹³, explicita cómo los nuevos riesgos ponen en cuestión los límites tradicionales del Derecho penal. Las dificultades de esclarecimiento y los masivos quebrantamientos de la norma conducen también en particular a la renuncia a una consecuente aplicación de la norma a favor de estrategias consensuales de composición, p.e mediante acuerdos procesales o medidas alternativas de ejecución⁹⁴. Los problemas de semejante desformalización se ponen de manifiesto p.e en EE.UU., cuando allí se promueve en casos concretos un acuerdo que pone fin al proceso con la advertencia a las autoridades de persecución de una posible transmisión en caso contrario del proceso penal a la «custodia militar» para «enemy combatants»⁹⁵.

Ordenamientos jurídicos particulares crean además para ámbitos delictivos determinados *instancias judiciales y de persecución especiales (en su mayoría regionales)* (p.e para la criminalidad económica, criminalidad organizada, terrorismo o criminalidad compleja)⁹⁶ así como en parte también medidas de investigación especiales, que sin embargo, en el caso concreto, debido a cláusulas de aplicación o de catálogos de tipos penales concebidos de modo amplio, también pueden ser aplicados a delitos generales⁹⁷. También entran en consideración medidas especiales exclusivas para determinados grupos de autores, cuyo comportamiento se generaliza en una fractura duradera con la sociedad, lo que puede ser denominado llamativamente con el eslogan «Derecho penal del enemigo»⁹⁸. Cuando este eslogan no solo describe críticamente la actual evolución, sino que también se formula como pauta de comportamiento, se ponen de relieve de modo especialmente claro los peligros de un «desbordamiento» del Derecho penal.

cc) Por otra parte se muestran modificaciones básicas en el sistema de coordenadas jurídico penal y extra penal —como reacción a las dificultades estatales de esclarecimiento— en los crecientes *deberes de colaboración de particulares* en el control también en el ámbito previo y fuera de la persecución penal. Se trata tanto de la utilización de conocimientos técnicos especializados (p.e en el esclarecimiento en el complejo entorno de la tecnología informática⁹⁹) como de la creación, revelación y

90. Cfr. al respecto más de cerca abajo en nota 161.

91. Véase al respecto abajo II.B.3.b., esp. nota 159 y 164. Cfr. sin embargo sobre la Anti-Terrorism, Crime and Security Act 2001 (ATCSA) en Gran Bretaña también el juicio de la Appellate Committee des House of Lords en la causa „A and others v. Secretary of State for the Home Department; X and another v. Secretary of State for the Home Department“ de 16.12.2004, en: All England Law Reports 2005 (3), 169–263.

92. Cfr. p.e. en Francia el tipo penal creado en 2006 de la falta de justificación de los ingresos correspondientes al nivel de vida en el Art. 321-6 Code Pénal (así como en tipo especial correspondiente para el terrorismo en Art. 421-2-3).

93. Cfr. sobre la nulidad de la autorización para derribar en la Ley de seguridad aérea BVerfG, NJW 2006, 751–761; acerca del debate sobre la tortura últimamente ROXIN, in: Arnold e.a. (Ed.), Menschengerechtes Strafrecht, Festschrift für Albin Eser zum 70. Geburtstag, 2005, pp. 461–471 (468 s.), así como REEMTSMA, Folter im Rechtsstaat?, 2005; Saliger, ZStW 116 (2004), pp. 35–65.

94. Cfr. en general sobre los acuerdos procesales BGH, NJW 2005, 1440–1447, así como la propuesta de la Cámara Federal de la Abogacía sobre la regulación legal de los Acuerdos judiciales en el proceso penal, ZRP 2005, 235–241, y SCHÜNEMANN, en: Lorenz e.a. (Ed.), Festschrift für Andreas Heldrich, 2005, pp. 1177–1195.

95. Cfr. MEYER, HRRS (<http://www.hrr-strafrecht.de>) [estado 18.12.2006] 2006, pp. 178–185; TAKEI, Boston College Law Review 47 (2006), 581–626. Véase al respecto también abajo II.B.2.a.ff.

96. Sobre competencias judiciales especiales p.e para tipos penales con “gran complejidad” („grande complexité“ o en su caso „très grande complexité“) cfr. en Francia Art. 704 Apt. 3 y 706-75 Code de procédure pénale.

97. Las correspondientes medidas especiales de intervención para determinados delitos tienen tradición en Francia, p.e para delitos terroristas, delitos financieros y económicos, corrupción a nivel europeo, delitos sobre el mar, objetos de protección estatal y militar, así como daños a la salud. Los Art. 706-73 y ss CPP introducidos mediante Ley nº 2004-204 de 9.3.2004 permiten a partir de ahora además para los delitos de criminalidad organizada mencionados en un minucioso catálogo de tipos penales una custodia policial prolongada, una vigilancia telefónica ampliada, registros nocturnos, investigaciones ocultas así como la vigilancia acústica y visual de espacios. Sobre los procesos recientes en el ámbito de la represión del terrorismo en Francia cfr. especialmente la ley nº 2006-64 de 23.1.2006.

98. Cfr. últimamente JAKOBS, HRRS 2006, 289-297 (295), así como *Ibid.*, ZStW 117 (2005), pp. 839–851, *Ibid.*, HRRS 2004, pp. 88–95 (93), y ya *Ibid.*, ZStW 97 (1985), pp. 751–785. Cfr. al respecto también ARNOLD, HRRS 2006, 303-315; BUNG, HRRS 2006, pp. 63–71; HÖRNLE, GA 2006, 80–95, y en el ámbito de habla hispana últimamente ZAFFARONI, *El Enemigo en el Derecho Penal*, Bogotá 2006.

99. Cfr. al respecto BÄR, Der Zugriff auf Computerdaten im Strafverfahren, 1992, pp. 367 ss., 387 ss.; KUGELMANN, TMR 2002, 14-23 (18 s.).

análisis de inventarios de datos privados para fines de prevención y de precaución en orden a la persecución penal. Lo último aclara, junto a la lucha contra el blanqueo de dinero¹⁰⁰ y el control del mercado de valores¹⁰¹, sobre todo el ámbito de la vigilancia de las telecomunicaciones con deberes de instalación de posibilidades técnicas de vigilancia y grabación del caudal de datos¹⁰². La privatización de la persecución penal (precautoria) y de la garantía de seguridad¹⁰³ que esto conlleva está relacionada también en parte con una intromisión en las relaciones de confianza privadas (p.e en la implicación de los abogados en la represión del blanqueo de capitales)¹⁰⁴. El deseo de la utilización de inventarios de datos privados para la garantía de la seguridad seguirá creciendo en el futuro especialmente para el «targeting» de sospechosos de terrorismo. Ya hoy existen herramientas de software capaces de diseñar detallados perfiles de personalidad extraídos de fuentes públicas y bancos de datos. La gran cantidad de datos de carácter personal en manos de la economía privada, así como la correspondiente tendencia de los responsables de seguridad pública y privada conducirán en el futuro en muchos Estados a una nueva dimensión de la protección de datos y de la colaboración de particulares en la garantía de seguridad.

dd) Para la optimización de las investigaciones se reúnen de modo creciente instancias hasta ahora separadas de las autoridades de seguridad, así como conocimiento hasta ahora repartido y posibilidades de consulta en inventarios de datos separados a través de grupos de trabajo con representantes procedentes de diferentes ámbitos —jurídico penales y extra penales— de investigación diferentes.

En Alemania trabajan en las correspondientes «Task Forces» *interinstitucionales* en el marco de una «nueva arquitectura de la seguridad» y de un «principio de represión integral» p.e representantes de la Abogacía Federal General, la Policía, aduana, autoridades de extranjería, servicios secretos e instituciones militares, que hacen uso también de conocimientos de las agencias privadas competentes para la represión del blanqueo de capitales. En esta colaboración y los «ficheros antiterroristas» que la apoyan se desdibuja todavía más la diferenciación —central para el derecho de seguridad alemán— entre prevención y represión¹⁰⁵. También en la esfera internacional se sitúan crecientemente frente a las redes transnacionales de delincuentes con semejantes «Task Forces» multifuncionales redes estatales internacionales¹⁰⁶.

Esta nueva «arquitectura de la seguridad» con sus nuevas estructuras flexibles e instituciones se caracteriza con frecuencia por la poca transparencia y la falta de control. Los *déficit de control* resultan en especial cuando la colaboración y los permisos de intervención se predeterminan en la esfera supraestatal y se regulan mediante la cooperación intergubernamental de los Ejecutivos, porque aquí existen mayores déficit de democracia y transparencia en comparación con la esfera nacional. La importancia fáctica de los manuales policiales y colecciones con «best practices» se muestra por ejemplo en su consideración como «acquis» frente a los candidatos a ingresar en la Unión Europea. La fragmentación de los gremios internacionales ocupados con cuestiones de seguridad y las nuevas formas de coordinación que surgen con ellos —como el proceso-peer-review de la OCDE, del Consejo de Europa, de la

100. Cfr. §§ 2, 3, 6, 9, 11 GWG así como Art. 6 ss de la Directiva 2005/60/UE de 26.10.2005, DO L 309/15 para la evitación de la utilización del sistema financiero para fines de blanqueo de dinero y financiación del terrorismo así como las referencias ulteriores abajo en nota 104.

101. Cfr. §§ 9, 10, 33 Apt. 1 Nr. 3 de la Ley de circulación de títulos-valores así como Art. 6 Apt. 6 y 19 de la Directiva 2003/6/UE de 28.1.2003 DO L 96 sobre negocios Insider y manipulaciones del mercado.

102. Sobre la sobre la conservación de caudales de datos cfr. la Directiva 2006/24/UE de 15.3.2006, DO L 105/54 sobre la conservación de datos generados o tratados en relación con la prestación de servicios de comunicaciones electrónicas de acceso público o de redes públicas de comunicaciones, así como la investigación de BREYER, Die systematische Aufzeichnung und Vorhaltung von Telekommunikations-Verkehrsdaten für staatliche Zwecke in Deutschland, 2005. Sobre los deberes de colaboración de sujetos privados para fines de la persecución penal cfr. HAMM, NJW 2001, 3100–3101, así como las premisas en Art. 19 Apt. 4 de la Convention on Cybercrime, ETS Nr. 185 de 8.11.2001 (véase al respecto también en Explanatory Report, Apt. 200–202).

103. Cfr. al respecto también ZIERCKE, en: *Bundeskriminalamt* (Ed.), Neue Allianzen gegen Kriminalität und Gewalt, 2006, pp. 33–48 (42 ss.).

104. Cfr. Directiva 2001/97/UE de 4.12.2001, DO L 344/76 sobre la modificación de la Directiva 91/308/CEE del Consejo para la prevención del sistema financiero para el blanqueo de capitales. Para Alemania véase al respecto la Ley para la mejora de la represión del blanqueo de capitales y de la represión de la financiación del terrorismo (Gesetz zur Verbesserung der Bekämpfung der Geldwäsche und der Bekämpfung der Finanzierung des Terrorismus) de 8.8.2002, BGBl. I, 2002, 3105 así como HERZOG/MÜLLHAUSEN, Geldwäschebekämpfung und Gewinnabschöpfung, 2006, y WEGNER, NJW 2002, 794–796.

105. Cfr. sobre la nueva arquitectura de la seguridad y los nuevos ficheros antiterroristas NEHM, NJW 2004, 3285–3295; *Schily* (nota 22), en: *Bundeskriminalamt* (Ed.), p. 12 s., así como las referencias en nota 43. Cfr. también la llamada Ley de ficheros comunes (Gemeinsame Dateien-Gesetz), Bundestags-Drucksache 16/2950, que el Parlamento Federal ha aprobado el día 1.12.2006.

106. Cfr. ALBRECHT (nota 6), JURA (Ungarn) 2005/2, 17; DIWELL (nota 43), en: *Griesbaum e.a.* (Ed.), pp. 101–109 (esp. 103 ss., 109); *Nadelmann*, Cops Across Borders, The internationalization of U.S. criminal law enforcement, Cambridge-MA 1993, esp. pp. 103–188.

Unión Europea o de NU¹⁰⁷— refuerzan el carácter inabarcable y la falta de transparencia de la cooperación intergubernamental. Esto vale sobre todo para la cooperación de los Ejecutivos en redes flexibles y laxas. Los correspondientes problemas de legitimación y control de los sistemas estratificados arriba mencionados¹⁰⁸ son especialmente claros en la persecución internacional del terrorismo, cuando las extensas facultades — frecuentemente tomadas en consideración también con carácter extraterritorial— de los Ejecutivos son reclamadas y ejercidas en especial para la detención de sospechosos, para la «congelación» de sus fondos, para la interceptación de la telecomunicación o para el acceso a los datos de la Society of Worldwide Interbank Financial Telecommunication (Swift)¹⁰⁹. Los problemas de los límites funcionales y territoriales del Derecho penal se acumulan aquí.

ee) En el transcurso de esta evolución *se difuminan las categorías jurídicas clásicas* y las funciones de protección garantizadas por ellas: sobre todo la necesidad de prevención y de investigación de personas «sospechosas» o «peligrosas» relativiza para amplios ámbitos la *diferenciación entre reacción jurídico-penal y defensa frente a peligros*, que es central para el Derecho penal europeo continental. Esto rige en especial cuando la obtención de información en los ámbitos de la criminalidad organizada y el terrorismo no se anuda a la sospecha de un hecho, sino a un riesgo de seguridad —en parte abstracto—. La orientación a la prevención tiene como consecuencia que las nuevas medidas de intervención contra el terrorismo ya no se regulan solo en el derecho procesal penal, sino especialmente en el derecho policial y en el derecho de

los servicios secretos¹¹⁰. La seguridad es también buscada mediante el derecho administrativo restante, por ejemplo el derecho de comercio exterior, el derecho de telecomunicación y el derecho de inmigración. Dado que con frecuencia se tiene a los extranjeros por especialmente peligrosos y además son posibles frente a ellos medidas especiales del derecho de inmigración y residencia, se desarrolla en numerosos ordenamientos jurídicos un «sistema jurídico dual», que distingue entre *ciudadanos del Estado y extranjeros* y para los últimos permite, junto a la tradicional expulsión, en parte privaciones de libertad sin acusación, la renuncia a la presunción de inocencia así como un «ethnic profiling»¹¹¹. Así los derechos del «extraño» no se recortan primero en el *Derecho internacional de la guerra*, sino también ya en el derecho interno nacional.

La disolución de las categorías entre seguridad interior y exterior expuesta más arriba, así como entre crimen y guerra en las «guerras asimétricas» de los Estados territoriales contra redes internacionales, da pie a algunos Estados además —en la represión del terrorismo— a la adopción de *medidas del derecho de guerra*. El derecho de guerra amplía las medidas de intervención del Estado esencialmente¹¹². La discusión —llevada a cabo hasta ahora sobre todo para USA e Israel— sobre la utilización del Derecho internacional de guerra contra presuntos terroristas¹¹³ ha alcanzado a principios del año 2007 también al derecho alemán: una propuesta legislativa del Ministro de Interior Federal alemán quiere en adelante posibilitar el derribo de un avión capturado por terroristas —declarado anticonstitucional en su

107. Cfr. al respecto SIEBER (nota 2), en: *Sieber/Albrecht* (Ed.), pp. 88, 90, así como las contribuciones en la obra colectiva *Biolley/Weyembergh* (Ed.), *Comment évaluer le droit pénal européen*, Brüssel 2006.

108. Cfr. nota 27.

109. Cfr. sobre la *detención de sospechosos de terrorismo y su traslado a otros países* el informe del enviado especial del Consejo de Europa MARTY, *Alleged secret detentions and unlawful inter-state transfers involving Council of Europe member states*, Draft report – Part II (Explanatory memorandum), AS/Jur (2006) 16 Part II (7.6.2006), y *Ibid.*, *Alleged secret detentions in Council of Europe member states*, Information memorandum II, AS/Jur (2006) 03 rev. (22.1.2006); sobre la *congelación de fondos* mediante regulaciones administrativas y su legitimidad a nivel europeo (e incidentalmente internacional), la sentencia del Tribunal de Primera Instancia de las Comunidades Europeas (TPICE) de 21.9.2005 en la causa T-306/01, OJ C 281/17, y de 12.12.2006 en la causa T-228/02; sobre la *intervención de las telecomunicaciones* mediante el sistema de interceptación Echelon el informe del Parlamento Europeo de 11.7.2001, A5-0264/2001 PAR1; sobre la *evaluación de datos bancarios de la Swift* (Society for Worldwide Interbank Financial Telecommunication), *Süddeutsche Zeitung* n° 143 de 24./25.6.2006, p. 1 s.

110. Cfr. al respecto arriba II.B.2.a.dd. así como para el fortalecimiento de las *atribuciones de los servicios secretos* para la represión del terrorismo en Alemania de aquí en adelante el Proyecto de Ley para la complementación de la Ley de represión del terrorismo („Entwurf eines Gesetzes zur Ergänzung des Terrorismusbekämpfungsgesetzes“), Bundestags-Drucksache 16/2921, y sobre el *derecho de policía* abajo II.B.3.b.

111. Cfr. ECKERT, *The Politics of Security*, Max Planck Institute for Social Anthropology Halle, Working Papers n° 76, 2005. Sobre la expansión de este sistema a súbditos nacionalizados, a los cuales se priva ante las correspondientes sentencias de nuevo de la nacionalidad, cfr. en USA HOOKER, *Emory Intl. Law Rev.* 19 (2005), 305–381. Para Canadá cfr. el procedimiento-*security certificate* según Part I Division 9 de la Immigration and Refugee Protection Act, que abre la posibilidad de detener a extranjeros en un proceso especial de expulsión. La comprobación judicial de la detención y subsiguiente expulsión tiene lugar dado el caso en ausencia del afectado y su representante legal y con base en informaciones que se pueden silenciar.

112. Cfr. al respecto —al hilo del ejemplo de la manera norteamericana e israelí de proceder contra el terrorismo— asimismo abajo II.B.2.a.ff.

113. Cfr. sobre la *manera de proceder según el derecho de guerra* contra el terrorismo en USA y en Israel abajo II.B.2.a.ff. Sobre los criterios correspondientes en Alemania véase abajo nota 166.

Sentencia sobre la Ley de Seguridad Aérea por el Tribunal Constitucional alemán— con base en el Derecho internacional de guerra, mientras que una nueva redacción del Art. 87 a Apdt. 2 Ley Fundamental permitirá la intervención de las Fuerzas Armadas para un «cuasi-caso de defensa»¹¹⁴.

Esta *disolución de las diferenciaciones políticas y jurídicas* entre seguridad interior y exterior, crimen y guerra, prevención y represión, policía y servicios secretos, así como policía y poder militar¹¹⁵ crea en su conjunto un complejo y pluriestratificado *nuevo derecho de la seguridad*, que tiende sobre todo a impedir peligros y en el que el clásico Derecho penal en parte tan solo juega un papel limitado. El desplazamiento de funciones que resulta de ahí en otros ámbitos de regulación fuera del Derecho penal ocasiona (ya en el Derecho de policía, pero sobre todo en el Derecho del servicio secreto, en el Derecho de extranjería y en el Derecho de guerra) el peligro de que estos nuevos ámbitos jurídicos no garanticen un nivel de protección comparable al Derecho penal. Esto no solo rige para los requisitos jurídico-materiales de la determinación del tipo y las protecciones del principio jurídico-penal de la culpabilidad, los cuales sobrepasan las garantías del principio constitucional general de la proporcionalidad¹¹⁶. Un peligro parecido se presenta también en atención al umbral de intervención y el punto de referencia de la sospecha del hecho (el cual en el derecho de policía se sustituye mediante un peligro), los deberes de colaboración de los afectados (p.e en el Derecho fiscal), cuestiones de carga de la prueba, reservas judiciales y las demás medidas de protección, la transferencia de competencias del Poder Judicial al Ejecutivo o la participación del Parlamento en el desarrollo de las regulaciones que sirven de ba-

se¹¹⁷. Junto a ello existe el riesgo mencionado más arriba de que a través de la transferencia fuera del Derecho penal se modifiquen también dentro del Derecho penal con el paso del tiempo los estándares de protección.

ff) De modo especialmente claro se muestra este desplazamiento de las coordenadas en el control de la criminalidad y en la restricción de los peligros a la luz del ejemplo de las medidas norteamericanas contra el terrorismo. El nuevo concepto del «war on terror» desarrollado por el gobierno de los Estados Unidos no solo sirve a fines retóricos para la movilización de todas las fuerzas (como se emplea en una «guerra contra la pobreza»), sino sobre todo también a la legitimación de intervenciones jurídicas, que no eran posibles con los principios clásicos del «law enforcement» fuera de una guerra¹¹⁸. Las presuntas potestades del Derecho de guerra y otras competencias a las que se ha dado validez son interpretadas por el Ejecutivo de modo extremadamente amplio y jurídicamente discutible. El «war on terror» americano acredita por ello espectacularmente que las concretas modificaciones diferenciadas que se han destacado pueden conducir en el caso de su combinación a intervenciones gravosas en clásicos derechos a la libertad, también en Estados con una larga tradición en la protección de valores liberales. Por esta razón deben mostrarse por último todavía de modo breve las bases estructurales concretas de este desarrollo y su posible concomitancia a la luz del ejemplo norteamericano en el *contexto global*.

Con el concepto norteamericano del «war on terror» se fundamentan en primer lugar potestades del Derecho de guerra que van mucho más allá de las medidas lícitas según el Derecho penal o el Derecho de policía: el Derecho de guerra permite en determinados casos —a diferencia del Derecho procesal penal y el Derecho de policía—

114. Cfr. al respecto los informes en el *Süddeutschen Zeitung* n° 1 de 2.1.2007, p.1, n° 2 de 30.1.2007, p. 5 y n° 3 de 4.1.2007, p. 5, sobre una conversación con el Ministro de Interior Schäuble. Sobre los planes recientes para un posible apoyo a la policía con medios militares a través de las Fuerzas Armadas ante la defensa frente a un ataque terrorista véase también *Süddeutsche Zeitung* n° 264 de 16.11.2006, p. 6, así como sobre las nuevas alianzas entre la policía y el ejército alemán *Ziercke* (nota 103), en: *Bundeskriminalamt* (Ed.), p. 44 s.; además KÄSTNER, *ibídem*, pp. 71–72. Por lo demás proceder militarmente contra los terroristas es hasta ahora sin embargo mayoritariamente rechazado, cfr. *Schily* (nota 22), en: *Bundeskriminalamt* (Ed.), p. 13 s. La mencionada sentencia del Tribunal Constitucional Alemán sobre la Ley de seguridad aérea tampoco afectó por ello al recurso a las Fuerzas Armadas para la defensa y para la intervención militar, sino para la asistencia administrativa frente a la policía y para la intervención en casos de catástrofes, cfr. BVerfG NJW 2006, 751-761 (754 ss.).

115. Cfr. al respecto *Beck* (nota 3), p. 10 s.; MÜNKLER (nota 67), en: *Bundeskriminalamt* (Ed.), p. 17, así como desde la perspectiva criminológica ALBRECHT, *Schweizerische Zeitschrift für Kriminologie* 2002, 5–17 (8 ss.). Sobre la situación jurídica en cfr. *Vervaele*, *European Journal of Crime, Criminal Law and Criminal Justice* 2005, 201–254, así como SEAMON/GARDNER, *Harvard Journal of Law and Public Policy* 28 (2004–2005), 319–463; sobre la historia de la aparición de la Patriot Act y sus implicaciones para el Derecho de las medidas estatales de investigación y así como para la implicación de sujetos privados en las investigaciones véase *Howell*, *George Washington Law Review* 72 (2003–2004), 1145–1207 (1178–1207). Sobre la situación en los EE.UU y en Israel cfr. *Gross*, *The Struggle of Democracy Against Terrorism*, Charlottesville 2006, esp. pp. 92–119.

116. Cfr. al respecto también HASSEMER (nota 82), *StV* 2006, 322, 329ss.

117. Cfr. en este contexto también en atención a la defensa frente a los peligros HOFFMANN-RIEM, *ZRP* 2002, 497–501. Sobre la legitimación parlamentaria del Derecho penal cfr. las referencias arriba nota 29.

118. Cfr. al respecto ACKERMAN, *Yale Law Journal* 113 (2004), 1029–1091 (1032 ss.); *Meierhenrich*, *Journal of Conflict and Security Law* 11 (2006), 1–40 (7 ss.).

el homicidio de combatientes activos y con ello dado el caso del presunto terrorista¹¹⁹. Los combatientes sospechosos de terrorismo pueden también permanecer encarcelados —sin la prueba de un delito concreto— mientras dure el conflicto. El punto de partida intelectual para la fundamentación de una «war» en este punto desde la perspectiva del gobierno norteamericano que los talibanes y Al Qaida han declarado la guerra a USA y se encuentran por tanto en un conflicto bélico con USA que todavía persiste. Este principio se extiende sin embargo, más allá del conflicto delimitado territorialmente con los talibanes en Afganistán, a todas las formas del terrorismo internacional¹²⁰. Según la visión del gobierno norteamericano los presuntos terroristas pueden ser capturados a lo ancho del mundo y en cualquier momento, y se les puede mantener encarcelados mientras dure la «war on terror»¹²¹.

El nuevo conjunto de instrumentos de intervención se complementa a la vez con una segunda tanda de autorizaciones especiales, que se basan en todo caso en el concepto de guerra. Desde el punto de vista del gobierno el Presidente puede, a causa de la guerra todavía vigente contra el terrorismo internacional, apoyarse en los «war powers» constitucionales del Presidente y como «commander in chief» adoptar amplios decretos ejecutivos, que en tiempos de paz estarían reservados al Poder Legislativo¹²². Al adoptar las «presidential orders» presuntos terroristas fueron declarados «enemy combatants», se permitió la escucha de ciudadanos de USA sin autorización

judicial y se establecieron Tribunales militares especiales para el proceso penal frente a presuntos terroristas¹²³.

El nuevo conjunto de instrumentos imbuido por el Derecho de guerra debe justificar también como derecho especial fuera del clásico «law enforcement» la deconstrucción de garantías procesales, así como procedimientos hechos a medida. Esto rige sobre todo para modificaciones del Derecho probatorio frente a las Federal Rules of Evidence, al Federal Rules of Criminal Procedure y el Uniform Code of Military Justice (U.C.M.J.)¹²⁴. Junto a la introducción del juicio-in camera (vista a puerta cerrada) y la utilización de «hearsay evidence» (prueba/testimonio indirecta/o), incluso en la aplicación de métodos de tortura la disponibilidad de las declaraciones recabadas depende parcialmente solo de cuestiones relativas a la fiabilidad (reliability) de la información¹²⁵. Originalmente este principio debía incluso conseguir cercenar a los sospechosos de terrorismo identificados —los llamados «enemy combatants»— cualquier vía de acceso a los Tribunales ordinarios. Así resultó una constatación de los cargos individuales contra los internos exclusivamente mediante Tribunales militares internos, los llamados Combatant Status Review Tribunals (CSRT). Entretanto la Supreme Court ha admitido el acceso de los prisioneros de Guantánamo a los Tribunales civiles norteamericanos¹²⁶. Pese a ello con la Detainee Treatment Act y la Military Commissions Act de 2006 fue emprendido un nuevo intento de dar marcha atrás en este proceso y asegurar la soberanía judicial del Ejército¹²⁷.

119. El asesinato selectivo del enemigo terrorista se discute bajo puntos de vista jurídicos del modo más minucioso en Israel. Cfr. al respecto GROSS (nota 115), pp. 220 ss., así como también ahora la detallada sentencia de la High Court of Justice israelí HCJ 769/02 de 13.12.2006. El más alto tribunal israelí entiende como algo elemental que las medidas jurídico-penales para combatir el terrorismo no son suficientes (cfr. p.e. nº 21 y 26 de los fundamentos de derecho). El Presidente del Tribunal Barak no admite por cierto en su fundamentación para los *international armed conflicts* una tercera categoría de *unlawful combatants* junto a los *combatants* y a los *civilians*, como hace el gobierno americano para el Derecho de los EE.UU en los casos de terrorismo en otro contexto. Él justifica los asesinatos, sin embargo, con un procedimiento lícito en el Derecho de guerra contra los civiles que apoyan a los combatientes activos (cfr. nº 30 ss.; en parte, p.e., el Vicepresidente Rivlin, que considera la clasificación de los terroristas muertos en los grupos de *unlawful combatants* o de *uncivilized civilians* como no decisiva, cfr. nº 2 de su fundamentación).

120. Cfr. al respecto BELLINGER, *Fifth Anniversary of September 11th Attacks*, Remarks, Rome, September 11, 2006, <http://www.state.gov/s//rls/73082.htm> [estado: 2006-12-18].

121. Sobre la cuestionabilidad de esta fundamentación cfr. ACKERMAN, *Yale Law Journal* 113 (2004), 1029–1091 (1032 ss.).

122. Cfr. BURNHAM, *Introduction to the Law and Legal System of the United States*, 3ª ed, 2002, p. 665 s.; RAMSEY, *University of Chicago Law Review* 69 (2002), 1543–1638.

123. Cfr. WANG, *Harvard Journal on Legislation* 43 (2006), 517–534; *Koh*, *American Journal of International Law* 96 (2002), 337–344. El procedimiento mencionado en último lugar fue declarado inconstitucional en la Sentencia-Hamdan de la Supreme Court cfr. *Hamdan v. Rumsfeld*, 126 S. Ct. 2749 (2006). Mediante la Military Commission Act de 2006 estos tribunales se enfrentan a partir de ahora con una predisposición distinta ante un nuevo fundamento legal en reacción a „Hamdan”. Véase al respecto *Military Commissions Act of 2006*, Pub. L. nº. 109–366, 120 Stat. 2600 (2006) y al respecto *The Manual for Military Commissions*, 2007 (<http://www.defenselink.mil/news/commissionsmanual.html> [estado: 26.2.2007]; KATYAL, *Harvard Law Review* 120 (2006), 65–123.

124. Cfr. RATNER, *Litigating Guantánamo*, en: *Kaleck e.a.* (Ed.), *International Prosecution of Human Rights Crimes*, 2006, pp. 201, 208. Véase al respecto también *Hamdi v. Rumsfeld* 124 S. Ct. 2633 (2004).

125. Cfr. *Military Commissions Act of 2006*, Sec. 948r, para. (c), (d).

126. Cfr. *Rasul v. Bush*, 124 S. Ct. 2686 (2004).

127. La aceptación por el poder legislativo de este procedimiento en la *Military Commissions Act* tiene considerables consecuencias sobre las potestades de control de la Supreme Court en futuros procesos. Según la Constitución de los EE.UU el apoyo expreso del presidente por el Congreso es un factor clave para la determinación de los límites de sus potestades ejecutivas, cfr. *Youngstown Sheet & Tube Co. v. Sawyer*, 72 S. Ct. 863 (1952), p. 870 s. (*Jackson, J.*, concurring).

La categórica adjudicación de la lucha contra el terror al Ejército hace también posible finalmente la ubicación de las personas sospechosas fuera de las cárceles civiles. El internamiento en instalaciones militares le permite al gobierno norteamericano mantener alejados de tierra firme americana a los prisioneros extranjeros y con ello, desde su percepción, impedir la apertura del ámbito objetivo de protección de los derechos de los ciudadanos de la Constitución de los Estados Unidos de América¹²⁸. Mediante una lectura específica de las obligaciones del Derecho Internacional Público fue negada la aplicabilidad de los preceptos internacionales humanitarios por parte de USA¹²⁹. Desde la Sentencia del caso Hamdan de la Supreme Court norteamericana tiene que ser acatado al menos el común Art. 3 de las cuatro Convenciones de Ginebra¹³⁰. En este punto se muestra también por cierto que una gran parte de los procedimientos descritos está condicionada o se hace posible mediante especificidades de la doctrina constitucional norteamericana¹³¹. A tenor del reciente informe del investigador especial para el Consejo de Europa, DICK MARTY, así como de una gran cantidad de informes de los medios, cabría hablar todavía de un nivel ulterior en el cual se ordenan medidas en la guerra contra el terror, bajo la inobservancia de los vínculos nacionales y obligaciones internacionales. A estas medidas pertenecen por un lado las «extraordinary renditions» de la CIA, que se componen del secuestro de sospechosos de terrorismo y su subsiguiente detención e interrogatorio fuera de USA sin proceso propio del Estado de Derecho¹³². Por otro figuran aquí los métodos agresivos e inhumanos de interrogatorio de miembros de la CIA y de las Fuerzas Armadas¹³³.

Las medidas adoptadas en USA tras los atentados del 11 de septiembre de 2001 van demasiado lejos en comparación con las medidas europeo-continetales y explicitan por tanto es-

pecialmente las actuales modificaciones de los límites funcionales del Derecho penal. Sin embargo, la política pasa frecuentemente por alto también en Europa y en otras regiones, en atención a las nuevas amenazas, hasta qué punto las nuevas medidas de intervención y el nuevo derecho de la seguridad descuidan los límites clásicos de la protección de los derechos del ciudadano, hasta qué punto son realmente efectivas y qué efectos no pretendidos tienen. Lo mismo rige también para la búsqueda de medidas alternativas del control social menos intensas, que en el futuro hay que incluir con más fuerza que hasta ahora, con la vista puesta en los nuevos riesgos, y que en lo que sigue se analizan con más detalle.

b) Conceptos alternativos

No es posible responder a los nuevos riesgos de la criminalidad compleja solo con un desbordamiento del Derecho penal, sino también con la arriba mencionada *segunda estrategia de solución* de un desarrollo de medidas alternativas informales (extra-penales y en especial también extra-jurídicas) de la prevención criminal y del control social. Estas medidas comprenden un amplio espectro de posibilidades¹³⁴. A un primer grupo de *medidas de protección alternativas que actúan de modo proactivo* pertenecen por ejemplo la autoprotección de víctimas potenciales mediante la técnica (por ejemplo en el ámbito del cibercrimen)¹³⁵, el control procedimental preventivo (p.e en el Derecho de la medicina)¹³⁶, la regulación administrativa del proceso (p.e medidas sobre la represión de la corrupción)¹³⁷, la supresión de problemas sociales (p.e como causas del terrorismo)¹³⁸ y de las demás causas criminógenas (p.e en el ámbito de la criminalidad de las subvenciones)¹³⁹ así como la llamada prevención de estructura (p.e en el ámbito de la criminalidad organizada)¹⁴⁰.

128. Cfr. al respecto RATNER (nota 124), en: *Kaleck e.a.* (Ed.), pp. 201, 203 ss., teniendo en cuenta los casos anteriores de los refugiados de Haití.

129. Cfr. ARNOLD, ZaöRV 66 (2006), 297–320. (310 ss.); OETER, Archiv des Völkerrechts 40 (2002), 422 ss. (437 ss.).

130. Cfr. Hamdan v. Rumsfeld, 126 S. Ct. 2749 (2006).

131. Por esta razón habría que investigar si se reflejan relaciones de reciprocidad parecidas en los paquetes de medidas de otros Estados afectados, o en su caso si el proceso americano que se ha descrito es reproducible fuera del contexto constitucional de los EE.UU.

132. Cfr. MARTY (nota 109), Draft Report – Part II, marg. 22.

133. Cfr. RODLEY, The Prohibition of Torture: Absolute Means Absolute, en: *Kaleck, e.a.* (Ed.), International Prosecution of Human Rights Crimes, pp. 185–200 (187 s.). Sobre los interrogatorios mediante las Fuerzas Armadas regulares cfr. a partir de ahora el Department of Defense Appropriations Act, 2006, Sec. 1001–1004. Véase al respecto la documentación de la investigación interna del FBI sobre los métodos de interrogatorio en Guantánamo en <http://foia.fbi.gov/guantanamo/detainees.pdf> [estado: 3.1.2007].

134. En la bibliografía se encuentran al respecto diferenciaciones –que por cierto no son siempre claras y practicables –entre prevención primaria, secundaria, terciaria y técnica, así como entre los instrumentos de la prevención, intervención y posvención cfr. sintético Kaiser, Kriminologie, 3ª ed. 1996, pp. 246–271.

135. Cfr. sobre la necesidad de tales medidas ya SIEBER, The International Handbook on Computer Crime, Chichester 1986, pp. 117–145.

136. Cfr. al respecto abajo las referencias en III.B.3.c.bb., esp. nota 211.

137. Cfr. SIEBER/BÖGEL (nota16), p. 363 s.

138. Cfr. Bundesministerium des Innern/Bundesministerium der Justiz (Ed.) (nota 56), pp. 184190.

139. Cfr. SIEBER, SchweizStR 1996, 357–395 (377 ss.).

140. Cfr. SIEBER/BÖGEL (nota 16), pp. 292–327.

Un segundo grupo de medidas comprende *sistemas de control alternativos*. Con respecto a esto no solo cuentan las sanciones de naturaleza jurídico-administrativa o contravencional y pretensiones jurídico-civiles de resarcimiento (también en la forma de reparación múltiple del daño), sino asimismo estrategias especiales de composición (p.e mediación, compensación autor-víctima o comisiones de la verdad en el ámbito de los delitos internacionales)¹⁴¹ así como la autorregulación y la corregulación privado-estatal (p.e en el ámbito de Internet o de la prensa)¹⁴². En el último ámbito mencionado las regulaciones norteamericana e italiana sobre la contemplación de programas-*compliance* en la individualización judicial de las sanciones para empresas muestran modelos de solución especiales que promueven medidas de prevención privadas o medidas de autorregulación con sanciones jurídico-penales o ventajas¹⁴³. Actualmente los *Codes of ethics* y *codes of conducts* de los científicos deben —junto a las ya existentes regulaciones legales— sobre todo aminorar las posibilidades de abuso arriba mencionadas de productos dual-use altamente riesgosos en el ámbito de las life sciences¹⁴⁴ o —todavía ulteriormente— contrarrestar la tentación de comportamientos erróneos en la investigación.

Con la utilización de estos principios de control alternativo o complementarios se pueden superar, junto a los límites funcionales, también frecuentemente los límites territoriales del Derecho penal clásico, porque p.e medidas «privadas» de prevención de empresas y organizaciones no topan con las mismas fronteras nacionales del Derecho penal. Lo último se vuelve claro en empresas con actividad internacional que, en el camino de la auto-obligación, se obligan al bloqueo de contenidos ilegales en Internet.¹⁴⁵ Si se ve una característica de la globalización en la pérdida de poder del Estado arriba mencionada y en el

comienzo del «dominio supranacional de los funcionarios de la economía global»¹⁴⁶, entonces el tránsito reforzado hacia la inclusión de medidas (también) no estatales en el control social es una posibilidad de solución evidente, a la que puede corresponder en el futuro una importancia creciente. En el ámbito internacional los sistemas estratificados arriba descritos se vuelven todavía más complejos e inabarcables con estas medidas de actores privados y formas mixtificadas de «private public partnerships». La fragmentación del derecho evoluciona de este modo hacia una ulterior fragmentación de los sistemas de control social¹⁴⁷.

Las alternativas y en especial los conceptos privados de control ofrecen así no solo nuevas oportunidades, sino que conllevan en parte también *riesgos jurídicos y políticos*. Estos riesgos consisten sobre todo en la desestatalización del control de la criminalidad así como en la pérdida a ella vinculada de garantías procesales penales, control del Estado de Derecho y legitimación democrática de intervenciones en los Derechos Fundamentales. Esto se muestra p.e cuando, por miedo a sanciones, la arriba mencionada auto-obligación de los Internetprovider al bloqueo de contenidos ilegales de Internet conduce a una censura privada extendida e incontrolada¹⁴⁸. Se vuelve también claro cuando asociaciones deportivas internacionales imponen sanciones intensas contra el doping, que de acuerdo a los parámetros jurídico-penales son instrumentos de «strict liability» y vulneraciones de la presunción de inocencia.¹⁴⁹ Las cuestiones relacionadas con ello sobre los límites de la privatización del Derecho penal no han sido por cierto apenas aclaradas. En su exposición hay que analizar también sobre todo la creciente falta de diferenciación en la Filosofía Jurídica entre sociedad y Estado¹⁵⁰ de modo crítico. La equiparación que con ello resulta de

141. Cfr. al respecto en general ROXIN (nota 41), en: *Dolcini/Paliero* (Ed.), p. 733, así como en especial acerca de las situaciones posteriores al conflicto Report of the Secretary-General: The rule of law and transitional justice in conflict and post-conflict societies, UN Doc. S/2004/616, 3.8.2004, y WOLFRUM, en: *Dahm/Delbrück/Wolfrum, Völkerrecht*, Vol. I/3, 2ª ed. 2002, § 190, pp. 1014 ss.

142. Cfr. sobre la autorregulación en Internet SIEBER (nota 46), en: *Waltermann/Machill* (Ed.), pp. 319–399 (378 ff.); sobre las reprimendas del Consejo de Prensa alemán OLG Köln, Fallo de 11.7.2006, ref. 15 U 30/06, descargable en <http://www.miur.de/dok/333.html> [estado: 2006-12-18].

143. Cfr. SIEBER, *The Quarterly Review of Corporation Law and Society* (Tokyo) 4/2006, 73–146.

144. Cfr. arriba nota 49.

145. Cfr. SIEBER (nota 46), en: *Waltermann/Machill* (Ed.), pp. 319–399 (379 ss.).

146. DI FABIO, *Der Verfassungsstaat in der Weltgesellschaft*, 2001, p. 69.

147. Cfr. al respecto las referencias arriba notas 27 y 29.

148. Cfr. SIEBER, en: *Waltermann/Machill* (Ed.), (nota 46), pp. 319–399 (379 ss.). En ordenamientos jurídicos concretos se muestran tendencias hacia una privatización del Derecho penal p.e en lo que concierne a empresas privadas de seguridad (a las que corresponden potestades especiales), a la privatización de la ejecución de la pena (p.e en USA), a la imposición de obligaciones a sujetos privados para medidas estatales de vigilancia (p.e en el descubrimiento de blanqueo de dinero, la vigilancia de las telecomunicaciones y en la vigilancia de sustancias para la fabricación de drogas), a la sustitución de las sanciones jurídico-penales por sanciones de naturaleza jurídico-civil (p.e. demandas-„treble damage“ o justicia empresarial). Véase al respecto arriba II.B.2.a.cc y II.B.2b.

149. Cfr. SOEK, *The Strict Liability Principle and the Human Rights of Athletes in Doping Cases*, The Hague 2006. Véase al respecto también *Vierweg/Sielmann* (Ed.), *Legal Comparison and the Harmonisation of Doping Rules*, Berlin 2007, así como *Koch*, en: *Röhrich/Vierweg* (Ed.), *Doping-Forum*, 2000, pp. 53–61 (61).

150. Cfr. la no-consideración del Estado en *Jakobs*, *Norm, Person, Gesellschaft – Vorüberlegungen zu einer Rechtsphilosophie*, 1997. Críticamente al respecto ya *Kargl*, GA 1999, 52–66 (66).

sociedad y Estado debilita el potencial estatal para la mediatización y neutralización de conflictos sociales, de modo que el débil (es decir, el inculpado) no es protegido por el Estado como hasta ahora.

3. Investigaciones pertinentes: hacia una teoría de los límites funcionales del Derecho penal

En virtud de la evolución aquí analizada un segundo centro de gravedad del nuevo programa de investigación en el Instituto Max-Planck de Derecho penal extranjero e internacional de Friburgo radica en la exploración de los fundamentos teóricos y prácticos de los límites funcionales del Derecho penal. En la búsqueda de las bases estructurales para la correspondiente *teoría de los límites funcionales del Derecho penal* se trata sobre todo de tres cuestiones centrales: a) ¿en qué medida resultan en los diferentes ordenamientos jurídicos traslaciones de los límites funcionales del Derecho penal y en qué medida estas transformaciones están justificadas por nuevas amenazas o cuáles son las demás causas en qué se basan? b) ¿en qué medida mejoran estas traslaciones de los límites funcionales del Derecho penal realmente la seguridad de la sociedad, en qué medida ponen en peligro la libertad de sus ciudadanos y qué principios y diferenciaciones pueden desarrollarse en este aspecto para una futura Política Criminal? C) ¿de qué alternativas o medidas (extrapenales) complementarias se dispone para la reducción del riesgo, qué repercusiones tienen estas medidas para la seguridad de la sociedad así como para la libertad de sus ciudadanos y qué principios y diferenciaciones son relevantes en este aspecto para una futura Política Criminal?

a) Transformaciones y sus causas

La búsqueda de las causas de las transformaciones jurídico-penales arriba analizadas no solo tiene que tomar en consideración la dimensión aquí esbozada de los nuevos riesgos. También hay que investigar otras posibles razones para el desbordamiento actualmente constatable del Derecho penal, p.e una creciente necesidad de seguridad en la sociedad del riesgo¹⁵¹, una transformación del miedo al delito¹⁵², la pérdida de valores en la sociedad global, el

llamamiento vinculado a la misma a la «tolerancia cero», una reacción irracional a riesgos con una gran cifra de víctimas mortales que ocurren esporádicamente¹⁵³, una utilización posiblemente incongruente del Derecho penal por gobiernos nacionales e instituciones supranacionales para la (re) obtención de confianza y votantes así como una dramatización de peligros por la prensa, las asociaciones para la defensa de las víctimas o algunas agencias concretas competentes para la seguridad¹⁵⁴. En este contexto también es relevante la pregunta de en qué medida los nuevos riesgos específicos solo conducen a especiales autorizaciones para intervenir en atención a estos riesgos o en cambio se toman como pretexto para agravaciones penales generales.

b) Efectividad y garantías jurídicas

Las cuestiones acerca de las consecuencias de las nuevas traslaciones del Derecho penal afectan sobre todo, junto a la practicabilidad e intensidad de intervención de las nuevas regulaciones, a los límites que pueden oponerse al desbordamiento del Derecho penal, tales como las finalidades clásicas del Derecho penal así como la dignidad humana, el principio de culpabilidad, el principio del Estado de Derecho, el principio de división de poderes y el principio democrático (discutido por cierto en el plano internacional)¹⁵⁵. Esto rige p.e. para la utilización de nuevas medidas técnico-informativas de investigación, para la modificación de ponderaciones de procesales (penales) en atención a los nuevos riesgos, para los desplazamientos del Derecho penal hacia la prevención, para la relación entre Derecho penal y Derecho de policía, así como para la implicación de sujetos privados en el control de la criminalidad.

Con motivo de la traslación de materias de regulación del Derecho penal al Derecho administrativo de la policía, de aduana, de los servicios secretos y de las autoridades de extranjería así como (en Estados concretos) del Ejército interesan también sobre todo los fundamentos dogmáticos del Derecho de la seguridad que recién surge de modo expansivo y especialmente el análisis de las garantías del Estado de Derecho que rigen en él¹⁵⁶.

Si y en la medida en que el análisis empírico de la actual situación de amenaza justifica un fortalecimiento de

151. Cfr. acerca del reclamo del ciudadano por un Estado fuerte en la sociedad del riesgo SIEBER, CR 1985, 100–113 (112 s.) con ulteriores referencias.

152. Cfr. al respecto sin embargo para Alemania Bundesministerium des Innern/Bundesministerium der Justiz (Ed.) (nota 56), pp. 485–533.

153. Cfr. sobre la reacción a los llamados *dread risks* en el ámbito de los atentados terroristas mediante un comportamiento irracional de evitación del riesgo desde el punto de vista de la teoría del comportamiento GIGERENZER, Risk Analysis 26 (2006), pp. 347–351.

154. Cfr. al respecto CORNILS/GREVE, Denmark on the Road to Organized Crime, en: *Fijnaut/Paoli* (Ed.), Organised Crime in Europe, Patterns and Control Policies in the European Union and Beyond, Dordrecht 2004, pp. 853–878; ELBERT, ZStW 118 (2006), pp. 953–967; HASSEMER (nota 82), StV 2006, 325. ELBERT habla también en este aspecto expresivamente de «sociedades de la inseguridad y del miedo ante el otro».

155. Cfr. sobre las cuestiones del principio democrático en la esfera supranacional las referencias arriba en nota 29.

156. Cfr. también BVerfG, NJW 2006, 1939–1951; HASSEMER (nota 82), StV 2006, 328 ss.

las potestades estatales de carácter preventivo, se plantea ante todo en el caso concreto la cuestión de si las necesarias medidas preventivas deberían ser reguladas más bien en una «nueva vía» del Derecho de la seguridad, en el Derecho de policía, en el Derecho de los servicios de inteligencia, en el restante Derecho administrativo, o en el Derecho penal. Esta problemática es patente por ejemplo en el planteamiento de si y cómo se puede proceder contra una persona que se desplaza a un campo de formación terrorista, o regresa del mismo o por otras razones es sospechoso de ser peligroso o un «terrorista durmiente», sin que sin embargo haya incurrido ya en responsabilidad penal. El Derecho americano expuesto más arriba ilustra acerca de las posibilidades y peligros del nuevo «Derecho de guerra», que pretende mantener cautivos a los combatientes enemigos por tiempo indeterminado¹⁵⁷. El Derecho francés ha prolongado por el contrario la posible duración de la retención policial jurídico-penal general en varias fases —en especial para la criminalidad organizada y el terrorismo— a cuatro o en su caso seis días, debilitando así las garantías del Estado de Derecho reativas a la sospecha cualificada, así como a la comparecencia ante el juez y a la notificación al abogado, bien que con el fin de la consecución de confesiones¹⁵⁸. El Derecho inglés con sus recién creadas Control Orders muestra por el contrario de un sistema de Derecho penal y Derecho de policía unitario que dispensa amplias potestades de aseguramiento a la policía y los Tribunales, que ya prevén procedimientos estandarizados para la derogación de Derechos Humanos previstos en el Art. 15 de la CEDH¹⁵⁹. En cambio el Derecho alemán prevé potestades policiales de carácter preventivo para la detención estrechamente limitada en el tiempo de «personas peligrosas» (p.e. gamberros del fútbol) solo en un estrecho marco¹⁶⁰. El Ministerio de Justicia Federal alemán somete por cierto en este momento a prueba una solución jurídico-penal a esta problemática

mediante la ampliación del § 129a StGB, el cual podría hacer posible también un procedimiento preventivo contra determinados «durmientes» mediante nuevos tipos penales en el «ámbito previo» (como la disolución de una instrucción para el terrorismo en el correspondiente campo de entrenamiento) en unión con las potestades de procesales de intervención penal ya existentes. El potencial de manipulación de un excesivo adelantamiento preventivamente motivado de la punibilidad por el legislador así como la causa de detención ya vigente para delitos especiales del peligro de reincidencia (§ 112a StPO) evidencia por cierto los problemas y peligros del correspondiente «cambio de sistema»¹⁶¹. Esto rige sobre todo cuando el punto de referencia de las medidas son tipos anticipados y en parte indeterminados como el § 129 a StGB, el cual hace posible ya en la actualidad considerables intervenciones procesales con finalidad preventiva¹⁶². Si se afirma un interés preventivo de este tipo en el caso de la instrucción en un campo de entrenamiento terrorista, se plantea —por lo que se refiere al recurso al Derecho penal— la complementaria y en el caso concreto comprometida pregunta de qué bien jurídico vulnera el hecho incriminado y de si dado el caso es justificable la correspondiente anticipación de la intervención penal¹⁶³. El ejemplo de la estancia en un campo de entrenamiento terrorista denota que el Derecho penal alemán vigente no es por principio, bajo puntos de vista sistemáticos, en atención a sus funciones clásicas de represión y protección de bienes jurídicos así como al principio de culpabilidad, el lugar adecuado para finalidades puramente preventivas.

Con ello queda por cierto abierta la pregunta de si la vinculación —que todavía hay que precisar con más detalle— de medidas preventivas de intensa intervención con el Derecho penal mediante su ligazón típica a un concreto hecho desencadenante, su potestad de control y dirección material por una Fiscalía independiente, sus reservas judiciales

157. Cfr. al respecto arriba II.B.2.a. ee y ff.

158. Cfr. al respecto especialmente Ley nº 2003-239 de 18.3.2003 y Art. 706-88 Code de procédure pénal.

159. Cfr. sobre estas Control Orders, la Prevention of Terrorism Act 2005 de 11.3.2005. Véase en general acerca de las medidas antiterroristas en el Reino Unido también The Terrorism Act 2000 de 20.7.2000, The Anti-Terrorism, Crime and Security Act 2001 de 14.12.2001 y The Terrorism Act 2006 de 30.3.2006 así como House of Commons/Home Affairs Committee, Terrorism Detention Powers, Fourth Report of Session 2005-06, Vol. 1, London, 20 Junio 2006. Sobre el nuevo programa de gobierno del Primer Ministro Blair (con el fin de una expansión del plazo de 28 días existente hasta ahora a un plazo de 90 días) cfr. Süddeutsche Zeitung nº 264 de 16.11.2006, p. 7.

160. Cfr. al respecto p.e. § 28 PolG-BW (Ley de policía de Baden-Württemberg); Art. 17, 20 BayPAG (Ley de Funciones de la policía de Baviera) (retención hasta un máximo de dos semanas). Cfr. también el Proyecto de Art. 24e Ley Federal Suiza para la salvaguardia de la seguridad interna (plazo de 24 horas).

161. Sobre los reparos garantistas (del Estado de Derecho) y político-criminales contra el § 112a StPO cfr. HASSEMER (nota 82), StV 2006, 323 ss.; ROXIN, Strafverfahrensrecht, 25ª ed. 1998, § 30 marg. 13 s. En general sobre los motivos apócrifos de exclusión véase SPINELLIS, en: Hoyer e.a., Festschrift für F.C. Schröder, 2006, pp. 861–875 (867 ss.).

162. Cfr. sobre la crítica a estos delitos de organización las referencias arriba nota 81.

163. Sobre la — discutida — capacidad de rendimiento del concepto de bien jurídico cfr. ROXIN, Strafrecht. Allgemeiner Teil — Grundlagen, 4ª ed. 2006, § 2 marg. 1–141 (esp. marg. 2 ss.); DUBBER, ZStW 117 (2005), pp. 485–518 (esp. pp. 501 ss.); HASSEMER/NEUMANN (nota 4), en: Kindhäuser/Neumann/Paeffgen (Ed.), Vor § 1 marg. 108–195; Wohlers, GA 2002, 16–20 (16 s.). Sobre la en todo caso cuestionada legitimación del § 129a véase las referencias arriba nota 81.

y las demás protecciones para la defensa de los derechos a la libertad no es más apropiado que un Derecho de policía —que vincula a un concepto de peligro poco preciso— solo limitado por el principio de proporcionalidad, del que sin embargo solo se dispone igualmente mediante reserva judicial. Además se plantea la cuestión de una «exportación» de protecciones penales al Derecho de policía o a otros ámbitos del «Derecho de seguridad». El instituto de la custodia de seguridad muestra —con sus estrictos presupuestos— que también cabe regular puras medidas preventivas contra «personas peligrosas» de conformidad a las garantías penales en una vía autónoma¹⁶⁴. Aunque en la custodia de seguridad y en otras medidas de aseguramiento se renuncia al principio de culpabilidad, la acumulación de la ligazón jurídico-penal típica de carácter cualificado, de las protecciones procesales jurídico-penales, así como de la decisión de prognosis contrastada judicialmente en atención a una futura peligrosidad garantizan en cualquier caso mejores estándares de protección que los que se alcanzan con las medidas preventivas (mucho menos agresivas por cierto) del Derecho de policía.

El papel de la prevención en el marco del Derecho penal así como el papel del Derecho penal y sus garantías en el marco del Derecho general de la seguridad precisan en muchos sentidos una aclaración¹⁶⁵. Lo mismo se puede decir respecto a la delimitación entre Derecho penal y guerra (que presupone en Alemania un ataque actual y antijurídico de un enemigo exterior armado), así como respecto a la interpretación del derecho a la defensa propia del Art. 51 de la Carta de las UN¹⁶⁶. La cuestión acerca de la necesidad y el tipo de medidas preventivas en atención a los riesgos arriba analizados así como a las perspectivas dogmáticas aquí abordadas y los problemas de delimitación certifican por consiguiente de nuevo que la evolución jurídico-material de formas de criminalidad compleja desafia de modo esencial el Derecho penal clásico y que los «límites del Derecho penal» figuran entre las futuras cuestiones centrales de investigación. La discusión resaltada acerca de las graves transformaciones del Derecho penal evidencia además cuán importante es un análisis empírico constatable de los nuevos riesgos, de las necesidades de protección que de ellos resultan así como de los diferentes principios de control que entran en consideración.

c) Alternativas y sus valoraciones

Una teoría acerca de los límites del Derecho penal comprende así, junto a la delimitación de la misma de otros conceptos del Derecho de seguridad, sobre todo la cuestión acerca de los principios categóricamente alternativos para la reacción al comportamiento desviado, sean formales o informales. Esto suscita ulteriores cuestiones fundamentales acerca de la relación entre la conducción del comportamiento mediante el Derecho penal con otras estrategias de control social formal o informal, así como respecto a la privatización del Derecho a la seguridad. Las investigaciones llevadas a cabo hasta ahora —sobre todo acerca de la criminalidad organizada— certifican que las medidas de prevención que actúan extrajudicialmente (por ejemplo para la remoción de las causas de los mercados ilegales de la criminalidad organizada) no solo pueden ser mucho más efectivas que las medidas jurídico-penales, jurídico-policiales o que las militares, sino que con frecuencia inciden menos en los derechos a la libertad del individuo que las medidas coactivas de carácter jurídico.¹⁶⁷ Por ello debería dedicarse más atención que la que se le ha conferido hasta ahora al análisis de estas medidas.

C. Consecuencias y centros de gravedad de la investigación

La *visión global* de las consideraciones anteriores muestra que los problemas respecto a los límites territoriales y funcionales del Derecho penal tienen causas comunes o parecidas. Estos problemas se basan el *cambio técnico, económico y político de la sociedad*, que tiene lugar en un marco global. Este cambio abarca no solo la criminalidad, los riesgos y su percepción, sino que transforma también el *sistema de referencia básico relativo a la teoría jurídica del Estado y a la teoría del Derecho* del Derecho penal. En el lugar de las relaciones nacionales bipolares entre ciudadanos y Estado en un ordenamiento jurídico jerárquicamente organizado de modo «cerrado» con un único soberano y un Derecho penal claramente definido, en la sociedad mundial del riesgo salen a escena numerosos actores nacionales, supranacionales e internacionales, públicos y privados, en complejos sistemas es-

164. Cfr. al respecto BVerfGE 109, 133-190 (133 ss.). Sobre la aptitud de la custodia de seguridad posterior (al cumplimiento de la pena) como Derecho penal en el sentido de la ordenación de competencias de la Ley Fundamental cfr. BVerfG, NJW 2004, 750–761. Sobre la Jurisprudencia del Tribunal Federal Alemán sobre el recientemente introducido § 66b StGB (custodia de seguridad posterior) véanse las sentencias en StV 1006, 63 – 71, así como *Ullenbruch*, NJW 2006, 1377–1385.

165. Cfr. al respecto también HASSEMER (nota 82), StV 2006, 322 ss.

166. Cfr. sobre la defensa exterior y sobre el estado de necesidad interior según el derecho alemán Art. 87 a esp. Apt. IV y Art. 115 a Ley Fundamental así como al respecto DÜRIG, en: *Maunz /Dürig, Grundgesetz Kommentar, Loseblattsammlung*, 47. fasc. 2006, Art. 87 a esp. marg. 100 así como HERZOG, op.cit., Art. 115 a esp. marg. 21, 26. Sobre la interpretación del Art. 51 de la Carta de las NU y las cuestiones del Derecho de guerra contra terroristas cfr. las contribuciones básicas en la obra colectiva de WALTER/VÖNKY/RÖBEN/SCHORKOPF (Ed.), *Terrorism as a Challenge for National and International Law: Security versus Liberty?*, 2004, esp. pp. 789 ss. Véase sobre el problema fenomenológico de las agresiones asimétricas de estructuras en red sobre Estados territoriales también arriba nota 110 así como sobre la situación en los EE.UU y en Israel cfr. arriba II.B.2.a.ff.

167. Cfr. al respecto *Sieber/Bögel* (nota 16), pp. 292–327.

traticados con diferentes formas jurídicas y sociales de control social, con sistemas jurídicos parciales diferentes, un diferente grado de defensa de las libertades ciudadanas y con complejas relaciones de intercambio. Este cambio de sociedad, criminalidad, y sistema de referencia jurídico-penal desafía categóricamente al clásico Derecho penal orientado al territorio estatal y a la represión y da lugar a transformaciones fundamentales, sobre todo en atención a sus *límites territoriales y funcionales*.

Las respuestas a las cuestiones de investigación acerca de los límites territoriales y funcionales del Derecho penal deben recurrir por ello a *fundamentos criminológicos, de teoría del derecho, de teoría del Estado y jurídico-penales* cuando quieren desarrollar modelos de explicación sobre las funciones y límites del Derecho penal en la sociedad mundial del riesgo así como respuestas a los nuevos desafíos. Los correspondientes conceptos teóricos pueden promover en la investigación orientada aplicativamente una Política Criminal, que no solo es más efectiva que la habida hasta ahora, sino que garantiza una mejor defensa de los derechos a la libertad así como la preservación de los principios del Estado de Derecho. Las reacciones legislativas a los atentados del 2001 en Nueva York y 2005 en Londres llevadas a término en los EE.UU. y en Inglaterra bajo una elevada presión en el tiempo y un gran necesidad de actuar muestran que tales cuestiones no solo pueden ser contestadas por los políticos en discusiones llevadas a cabo emocionalmente tras espectaculares casos de criminalidad, sino que han de ser reflexionadas previamente por la Ciencia penal.

El gran número y la complejidad de los cuestionamientos no permiten por cierto respuestas aceleradas o teorías simples. Más bien es necesario reflexionar acerca de los accesos metódicos para la contestación de las preguntas planteadas y en especial desarrollar los métodos de investigación pertinentes del presente programa.

III. Métodos de investigación y coordinación de la investigación

Las cuestiones básicas abordadas y su integración en un vasto enfoque teórico sobre los límites territoriales y funcionales del Derecho penal en la sociedad mundial del riesgo plantean sobre todo tres tareas en atención a los métodos de investigación: en primer lugar hay que determinar los métodos de investigación generales para la contestación de las concretas cuestiones aquí planteadas (*infra A.*). Después

hay que responder la pregunta de cómo deben coordinarse en el Instituto Max-Planck de Derecho penal extranjero e internacional las numerosas investigaciones en curso en forma de proyectos generales, proyectos concretos y tesis doctorales en atención a los complejos cuestionamientos que han sido expuestos (*infra B.*). La realización del programa de investigación exige a medio y largo plazo finalmente también la correspondiente formación e integración de las nuevas generaciones de científicos (*infra C.*).

A. Métodos de investigación generales

Los métodos generales para la contestación de las concretas preguntas aquí planteadas se determinan sobre todo mediante los diferentes planteamientos empíricos, normativos y político-jurídicos del nuevo programa de investigación.

1. Técnicas empíricas de investigación de las Ciencias sociales

Para el análisis de las pertinentes formas delictivas, de la efectividad de medidas penales, de los fundamentos para reacciones determinadas de actores políticos y de otros *planteamientos criminológicos* del programa de investigación son necesarias en primer lugar las técnicas de investigación empíricas de las Ciencias Sociales¹⁶⁸. Estas son los métodos de trabajo centrales de los grupos de investigación criminológicos del Instituto, con los que se debe colaborar estrechamente, en consonancia con el fin del fundador del Instituto *Hans-Heinrich Jescheck* de una unión de «Derecho penal y Criminología bajo un mismo techo»¹⁶⁹. En este sentido sobre todo también hay que seguir desarrollando los métodos que proporcionan información sobre las reacciones de la población y de los actores políticos sobre los nuevos riesgos que afectan a la seguridad¹⁷⁰. Los métodos para la evaluación de conceptos político-criminales adquieren asimismo una importancia central¹⁷¹.

2. Dogmática jurídico-penal y Ciencia penal universal

Presupuesto para el análisis de los problemas normativos es entonces la dogmática jurídica. A ella le corresponde importancia para el presente programa de investigación p.e cuando hay que determinar las categorías y sistemas parciales del recién surgido Derecho de la seguridad (penal y extra-penal)¹⁷². En el clásico Derecho penal nacio-

168. Cfr. al respecto ALBRECHT, *Rechtstatsachenforschung zum Strafverfahren*, 2005; *Kaiser*, *Kriminologie*, 3ª ed. 1996, pp. 32-67.

169. Cfr. JESCHECK, *Strafrecht und Kriminologie unter einem Dach*, 1980; *ibid.*, *Strafrecht und Kriminologie unter einem Dach*, en: *Albrecht/Kürzinger* (Ed.), *Kriminologie in Europa – europäische Kriminologie?*, 1994, pp. 7-11. Sobre los comienzos de la cooperación cfr. también *Kaiser*, *ZStW* 83 (1971), pp. 881-910.

170. Cfr. al respecto arriba I.B.3.a.

171. Cfr. al respecto últimamente BIOLLEY/WEYEMBERGH (Ed.), *Comment évaluer le droit pénal européen*, Brusel 2006.

172. Cfr. al respecto HASSEMER (nota 82), *StV* 2006, 328 ss.; *ibid.* (nota 161), en: *Hoyer e.a.* (Ed.), *Festschrift für F.C. Schroeder*, 2006, p. 62 así como arriba II.B.3.b.

nal —sobre todo el alemán— la *dogmática del Derecho penal* contribuye desde largo tiempo— sobre todo a la hora del perfeccionamiento jurídico —a la justicia, seguridad jurídica, igualdad ante el Derecho y fundamentación jurídica racional, mediante el orden sistemático, la formación de conceptos, la interpretación, la reflexión metódica y la determinación de los valores protegidos¹⁷³. Lo mismo debe valer para el Derecho supranacional e internacional, que actualmente se desarrolla bajo una fuerte influencia del common law. La «dogmática europea del Derecho penal» que surge aquí se caracteriza por una mayor apertura metodológica y una mayor importancia del pensamiento problemático que la dogmática alemana del Derecho penal¹⁷⁴. El Derecho supranacional e internacional plantea en este sentido nuevas cuestiones metódicas, p.e cuando se determinan principios jurídicos generales mediante el Derecho penal internacional, o Derecho comparado valorativo mediante el Derecho europeo¹⁷⁵.

Formación sistemática, formación conceptual y determinación de valores básicos como métodos centrales de la dogmática del Derecho penal no se pueden restringir por cierto solo al Derecho vigente y su perfeccionamiento. Estos métodos y su referencia al sistema del Derecho penal posibilitan más bien también la obtención de conocimientos válidos generales a nivel mundial para problemas comparables internacionalmente¹⁷⁶. El desarrollo de una tal «*Ciencia penal universal*», de una «gramática internacional del Derecho penal» o de un «sistema de Derecho penal europeo común» presupone por cierto en primer lugar que se identifiquen y se puedan comparar los problemas materiales generales y las estructuras de un «meta-nivel» que se sitúa más allá de los ordenamientos jurídicos

nacionales y que sobre esa base se desarrolle un concepto científico¹⁷⁷. La Ciencia del Derecho penal internacional o universal que surge a partir de ahí no persevera por ello en el Derecho positivo y no tiende tampoco en absoluto a la exportación del propio Derecho nacional, sino que se dirige a la obtención de soluciones de validez general mediante la comunidad internacional de los científicos del Derecho penal.¹⁷⁸ Una tal Ciencia universal del Derecho penal sirve tanto a la dogmática del Derecho penal del Derecho vigente nacional e internacional como también a la correspondiente reforma del Derecho penal¹⁷⁹. El fundamento de una Ciencia penal universal semejante es —junto a los métodos de la dogmática jurídica— sobre todo la comparación del Derecho penal y la comparación sistémica jurídico-penal.

3. Comparación del Derecho penal y comparación sistémica en sistemas estratificados

a) El contexto global del presente programa de investigación, su contribución al desarrollo de una Ciencia internacional del Derecho penal y sus *finalidades político-jurídicas* orientadas internacionalmente tienen como consecuencia que la comparación del Derecho penal y los métodos de investigación comparados¹⁸⁰ desempeñan un papel central en la implementación del programa de investigación.

La comparación del Derecho se necesita por ello en primer lugar para el *inventario y análisis de la actual evolución jurídica*: dado que el Derecho penal y el Derecho de sanciones se regula en multitud de sistemas y ordenamientos jurídicos— nacionales e internacionales —diferentes, el inventario internacional y la comparación solo puede dar

173. Cfr. sobre el concepto, métodos y fines de la dogmática del Derecho penal ALEXY, *Theorie der juristischen Argumentation*, 2ª ed. 1991, esp. pp. 307 ss; HASSEMER, *Strafrechtsdogmatik und Kriminalpolitik*, 1974, pp. 143–194; HOYER, *Strafrechtsdogmatik nach Armin Kaufmann*, 1977, esp. pp. 2 ss.; LANGER, GA 1990, 435-466; JESCHECK/WEIGEND, *Lehrbuch des Strafrechts*, 5ª ed 1996, § 6 I, p. 42; ROXIN, *Strafrecht Allgemeiner Teil, Bd. 1: Grundlagen*, 4ª ed., § 7 marg. 1 ss.; VOGEL, *Juristische Methodik*, 1998, p. 123 s.

174. Cfr. básico VOGEL, GA 2002, 517-534 (522 ss.) así como *ibid.* GA 1998, 127-150.

175. Cfr. al respecto SIEBER (nota 2), en: *Sieber/Albrecht* (Ed.), pp. 103–109.

176. Cfr. sobre la finalidad de la obtención de conocimientos de validez general junto a la referencia histórica abajo nota 196 DUBBER, en: *Reimann/Zimmermann* (Ed.), *The Oxford Handbook of Comparative Law*, Oxford 2006, pp. 1287 – 1325 (1305 ss.); FLETSCHER, *The Grammar of Criminal Law*, Vol. 1, Oxford 2007, así como HIRSCH, ZStW 116 (2004), pp. 835–854 (pp. 840 ss. y especialmente p. 849 en nota 32); VOGEL, GA 1998, 127-150. Sobre la retroreferencia de la dogmática jurídico-penal y de la política-criminal al sistema del Derecho penal cfr. HASSEMER (nota 173), pp. 155–176.

177. Cfr. al respecto más de cerca bajo III.B.3.a. así como ampliamente SIEBER (nota 2), en: *Sieber/Albrecht* (Ed.), pp. 114 ss., 137 s., 140 s.

178. Cfr. al respecto especialmente HIRSCH, ZStW 116 (2004), pp. 835–854 (esp. pp. 850 ss.).

179. Cfr. sobre las correlaciones entre dogmática del Derecho penal y Política criminal —que subyacen a esta doble función— HASSEMER (nota 173), esp. pp. 143 ss., 155, 176. Aquí puede permanecer relegado si la dogmática jurídica puede ser profesada *sólo* sobre la base de una dogmática del Derecho penal que existe en la realidad o si también se pueden obtener como pura doctrina jurídico-penal, conocimientos generalizables, esto es, válidos por igual para todos los ordenamientos imaginables de Derecho penal; en este último sentido LANGER, GA 1990, 435-466 (436). Cfr. en este aspecto también sobre la Teoría del Derecho como dogmática jurídica general, que va más allá de un determinado ordenamiento jurídico y que se diferencia por ello de las dogmáticas jurídicas especiales por el grado de abstracción de su configuración conceptual, *Dreier* (nota 2), p. 94 s.

180. Cfr. SIEBER (nota 2), en: *Sieber/Albrecht* (Ed.), pp. 78–151.

una imagen global de los procesos actuales a nivel mundial y de sus conexiones y fundamentos, y revelarlos junto a sus peligros tempranamente, como intenta la presente contribución en un primer arranque. En el futuro se necesitará un inventario semejante sobre todo también para la evaluación del desarrollo del Derecho penal nacional y supranacional en la Unión Europea, en el cual se tendrá que garantizar el principio de la confianza mutua por los candidatos a ingresar no ya por una sola vez sino a largo plazo¹⁸¹. Pero el análisis del Derecho vigente precisa también la comparación del Derecho penal para la exclusión de lagunas del Derecho europeo mediante la comparación jurídica valorativa y del Derecho penal internacional mediante el hallazgo de principios jurídicos generales¹⁸².

Para las finalidades político-criminales del nuevo programa de investigación la comparación del Derecho penal proporciona *nuevas ideas para soluciones* tanto dentro como fuera del Derecho penal y apoya una política de la «good governance» y del «benchmarking» de diferentes modelos político-criminales. La inclusión jurídico-comparada de medidas extrapenales y la comparación de los diferentes modelos proporcionan en este sentido la oportunidad de superación de la tendencia actual a la represión y al punitivismo en el proceso de la armonización internacional del Derecho penal. Constituye, a su vez, el fundamento metodológico para la armonización del Derecho, que es un requisito necesario para espacios político-criminales más amplios y modelos de cooperación que funcionan para la superación de los límites territoriales del Derecho penal.

La comparación del Derecho penal puede también por ello —en su forma de comparación del Derecho penal basada en valores y que compara valores— ofrecer sobre todo principios de solución para el *problema de valoración de toda Política Criminal científica*. Este problema de valoración reside en que la Política Criminal depende frecuentemente de valores fundamentales, que ya no se pueden probar científicamente, sino que deben ser adoptados como decisiones valorativas subjetivas. Si se parte de valores fundamentales con un alto grado de abstracción como la libertad del ser humano en una sociedad abierta¹⁸³ o de los Derechos Humanos, se puede entonces ampliar el ámbito de los resultados racionalmente deducibles frente a los dogmas incuestionables. Una

comparación del Derecho penal metódicamente asegurada puede prestar una contribución sobre todo también debido a que muestra las posibles alternativas en la aceptación de valores fundamentales, ponderaciones y deducciones, y da ocasión a una permanente autorreflexión.¹⁸⁴ Estos valores fundamentales y los métodos de la dogmática jurídica forman, conjuntamente con el caudal de soluciones establecidas jurídico-comparadamente y la evaluación criminológica de las diferentes soluciones, los fundamentos para propuestas político-criminales resistentes.

b) La comparación presupone *supuestos de hecho comparables*. Esto no es solo problemático en la comparación del Derecho penal entre sistemas jurídicos con valoraciones básicas fundamentalmente diferentes, sino también en la comparación entre ordenamientos jurídicos de otro tipo y ordenamientos jurídicos parciales en *sistemas estratificados*. Los principios para el Estado nacional (como p.e el principio democrático) no se pueden trasponer sin ulterior fundamentación de un ordenamiento estatal nacional a uno supranacional o uno privado¹⁸⁵. La comparación de distintos sistemas (p.e estatal nacional, internacional y privado), así como especialmente la investigación del Derecho penal internacional y supranacional precisan por ello en primer lugar análisis estructurales de los respectivos ordenamientos, la investigación de sus fundamentos políticos y de derecho internacional así como la determinación de valores de validez general vigentes en todos los sistemas de ordenación, que cabe encontrar sobre todo en los Derechos Humanos¹⁸⁶. Las cuestiones previas relativas a la teoría del Derecho, a la teoría del Estado, a la organización del Estado, al Derecho internacional, al Derecho europeo, y a los Derechos Humanos, tienen por tanto una importancia considerable para el análisis así como para la comparación de y en sistemas jurídico (-penales) internacionales y supranacionales.

Estos planteamientos ponen de relieve que la comparación del Derecho penal no solo debe ser en el presente programa de investigación un método de investigación, sino también un objeto central de investigación. Se necesita por tanto el desarrollo de una teoría de la comparación del Derecho penal, que traiga consigo en especial los presupuestos, métodos y capacidad de rendimiento de la comparación del Derecho penal¹⁸⁷.

181. Cfr. al respecto BILLEY/WEYEMBERGH, en: *ibid.* (Ed.), *Comment évaluer le droit pénal européen*, Brüssel 2006, pp. 219-233 (225 s.).

182. Cfr. al respecto SIEBER (nota 2), en: *Sieber/Albrecht* (Ed.), pp. 103-109.

183. Cfr. al respecto arriba nota 2.

184. Cfr. al respecto SIEBER (nota 2), en: *Sieber/Albrecht* (Ed.), p. 122.

185. Cfr. al respecto arriba notas 27 y 30.

186. Cfr. al respecto arriba notas 27 y 30 así como acerca de la comparación del Derecho penal como método de investigación y objeto de investigación ampliamente SIEBER (nota 2), en: *Sieber/Albrecht* (Ed.), pp. 111-125, y sobre los valores fundamentales determinantes especialmente pp. 121-123.

187. Cfr. al respecto los primeros enfoques en SIEBER (nota 2), en: *Sieber/Albrecht* (Ed.), pp. 126 ss.

B. Concepción y coordinación de los proyectos de investigación

1. Fines de la coordinación de la investigación

El nuevo programa de investigación de la sección jurídico-penal no solo va más allá en su amplitud y complejidad de sus planteamientos de programas individuales de investigación jurídico-penal, sino también en atención al número de los colaboradores participantes, doctorandos e investigadores invitados. La investigación de los fundamentos perseguida con estos proyectos en un Instituto Max-Planck no puede tener por objeto una yuxtaposición de proyectos particulares aislados, sino que —mediante la concentración de las capacidades de investigación en un programa de investigación— debe perseguir un *valor añadido* que supere la suma de los proyectos particulares¹⁸⁸. Importancia central para la implementación del programa de investigación tienen sobre todo —junto a la concentración de temas de investigación— la concepción y coordinación de los concretos proyectos de investigación que se llevan a cabo en el Instituto Max-Planck de Friburgo de Derecho penal extranjero e internacional en forma de proyectos globales y proyectos particulares (en especial también multitud de tesis doctorales).

2. Concentración de los planteamientos en ámbitos centrales de investigación

La necesaria coordinación de una gran cantidad de proyectos se soluciona en el programa de investigación mediante la *formación de tres grandes ámbitos de investigación y varios campos de investigación*, a los cuales corresponde una importancia especial para los planteamientos aquí elaborados sobre los límites territoriales y funcionales del Derecho penal. Los campos de investigación mantienen correspondencia en la esfera organizativa del Instituto ampliamente con los informes por países y

materias, en los que se cuidan los singulares conocimientos técnicos sobre estas materias especiales.

Con motivo de la especial importancia de la comparación del Derecho penal para la implementación del presente programa la susodicha comparación forma en tanto que *método central* un primer gran ámbito de investigación con un especial campo de investigación.

— Un segundo ámbito de investigación queda constituido por ulteriores campos de investigación en atención a los *ordenamientos jurídicos así como sistemas jurídicos* supranacionales e internacionales, en los cuales las cuestiones de investigación arriba mencionadas acerca de los límites territoriales y funcionales cobran especial relevancia, esto es, en el *Derecho penal europeo* y en el *Derecho penal internacional*. Con la vista puesta en la interdependencia de los sistemas estratificados emergentes se añade como campo de investigación ulterior el de la clásica *asistencia judicial y las nuevas formas de cooperación internacional*.

— La concentración de los planteamientos y proyectos de investigación abordados tiene lugar no solo en atención a los sistemas jurídicos relevantes, sino además en atención a *determinados ámbitos de delincuencia*, en los cuales los problemas básicos abordados adquieren especial relevancia. Esto vale para los problemas que aquí interesan sobre todo en los campos de investigación de los *abusos de Internet* así como de los *riesgos globales de la medicina y otras life sciences*¹⁸⁹. También se incluyen otras formas de *criminalidad compleja* como la criminalidad económica, criminalidad organizada y terrorismo, en las cuales los *límites del Derecho penal* son especialmente evidentes¹⁹⁰.

Estos ámbitos y campos de investigación así como los planteamientos actualmente elaborados deben ser expuestos en lo que sigue al hilo de algunos proyectos de investigación nuevos, que pudieron ser comenzados en el Instituto en especial a partir del año 2005¹⁹¹.

188. Cfr. al respecto ya arriba nota 2.

189. Estos campos de investigación corresponden en parte también las actividades de investigación en el Instituto Max-Planck de Friburgo. Lo nuevo es sin embargo a partir de ahora que la investigación en estos campos se concentra en planteamientos y centros de gravedad específicos: los trabajos están ahora incrustados en un programa de investigación, que crea las condiciones para los efectos de sinergia necesarios sobre todo en atención a la posible configuración teórica. Los correspondientes proyectos de investigación son relevantes por ello con frecuencia para varios campos de investigación y centros de gravedad de la investigación, p.e cuando por la vía de la comparación del Derecho penal sobre la base de numerosos ordenamientos jurídicos nacionales se deducen principios jurídicos generales del Derecho penal para el Derecho penal internacional, que tienen importancia para los límites funcionales del Derecho penal. Los proyectos pueden aprovecharse en estos casos de las correspondientes experiencias en varios campos de investigación y así repercutir también con nuevos conocimientos en los distintos campos de investigación.

190. Cfr. sobre las particularidades de la planificación de proyectos, Max-Planck-Institut für ausländisches und internationales Strafrecht (Ed.), Forschungsbericht 2004–2005, 2006, pp. 40 ss.

191. Los recursos del grupo de investigación jurídico-penal del Instituto Max-Planck de Derecho penal extranjero e internacional estaban vinculados todavía en una medida considerable en el momento de la asunción de la dirección a finales del 2003 a la terminación de numerosos proyectos comenzados anteriormente, algunos de los cuales se remontaban largo tiempo atrás y por ello tuvieron que ser terminados prioritariamente. Acerca de los proyectos antiguos finalizados entretanto y los todavía vigentes cfr. Max-Planck-Institut für ausländisches und internationales Strafrecht (Ed.) (nota 190), pp. 20, 22 s.

3. Campos de investigación y proyectos de investigación

a) Comparación del Derecho penal

La comparación del Derecho penal es debido a su gran importancia para los planteamientos jurídicos globales no solo el *método de investigación esencial* para la implementación del nuevo programa de investigación, sino más bien él mismo *objeto central de investigación*. Los fines, funciones y métodos de la comparación del Derecho penal forman por ello un centro de gravedad de la investigación y un importante campo de investigación, en el que los concretos conocimientos del Instituto acerca de la arriba mencionada teoría de la comparación del Derecho penal deben ser ampliados. Funciones, métodos y principios teóricos de la comparación del Derecho penal figuraban por ello en los últimos dos años también al comienzo de los nuevos trabajos de investigación del Instituto de Friburgo. De especial importancia para la realización práctica del presente programa de investigación son también los métodos de la comparación del Derecho penal, en especial la comparación universal, funcional, sistemática, basada en el caso, comparativa de valores así como la que se apoya en la informática¹⁹².

Para el perfeccionamiento de la comparación del Derecho penal se precisa —sobre todo también a favor de la investigación comparada de los fundamentos— un inventario de datos sobre los diferentes ordenamientos jurídicos nacionales e internacionales¹⁹³. Este inventario de datos no es solo necesario en atención a las *cuestiones metodológicas* de la comparación del Derecho penal, sino que está al servicio también de multitud de proyectos futuros como inventario básico de conocimiento sobre el Derecho penal nacional e internacional. Estas necesidades de conocimiento acerca de los fundamentos deben satisfacerse mediante el desarrollo de un banco de datos y un sistema experto basado en la in-

formática¹⁹⁴. El fin de un proyecto de investigación planteado a largo plazo es por tanto la concepción de un sistema de información sobre un fundamento metodológico y teórico asegurado, la construcción del correspondiente prototipo sobre la Parte General del Derecho penal, el desarrollo de la comparación sistemática de una muestra representativa sobre las pertinentes cuestiones jurídicas, así como el perfeccionamiento a esto vinculado de los métodos de la comparación del Derecho penal. Este proyecto —primordial y trazado a largo plazo— del programa de investigación se entiende asimismo como respuesta a la exigencia de *Claus Roxin* del año 1999, quien ha calificado como «la tarea del futuro de la Ciencia penal mundial» la exposición global del Derecho penal de todos los Estados europeos y de los extra-europeos más importantes¹⁹⁵.

El proyecto de investigación es también sobre todo una contribución a la arriba mencionada Ciencia universal del Derecho penal y al lejano fin formulado por FRANZ VON LISZT hace más de un siglo de una *doctrina general del Derecho penal* desde un fundamento jurídico-comparado.¹⁹⁶ En el centro de las investigaciones actualmente en marcha se halla por tanto el análisis de una meta-estructura universal de los pertinentes problemas y regulaciones, que es necesaria como fundamento de una Ciencia universal del Derecho penal, para poder comparar en realidad a nivel mundial regulaciones diferentes. Un proyecto de esta naturaleza, con su estructura informática, promete además un valor añadido para el intercambio crítico con científicos extranjeros, si el sistema del Instituto de Friburgo se pusiera a disposición a través de Internet como «puente con el mundo»¹⁹⁷. El trabajo en este proyecto —junto con otros proyectos sobre comparación del Derecho penal y Derecho penal extranjero comenzados tras el cambio de la dirección¹⁹⁸— ha conducido ya también a nuevos conocimientos sobre los métodos de la comparación del Derecho penal¹⁹⁹.

192. Se remite aquí a las correspondientes exposiciones ya publicadas, cfr. al respecto más de cerca SIEBER (nota 2), en: *Sieber/Albrecht* (Ed.), pp. 131–151.

193. Sobre la relación entre comparación jurídica y derecho extranjero cfr. JUNG, JuS 1998, 1–7 (2); *Rheinstein*, Einführung in die Rechtsvergleichung, 2ª ed., 1987, pp. 22–25, 27–28.

194. Sobre las correspondientes posibilidades y límites de la informática jurídica cfr. SIEBER, JURA 1993, 561–571 (565–567).

195. ROXIN, *Die Strafrechtswissenschaft vor den Aufgaben der Zukunft*, en: *Eser/Hassemer/Burkhardt* (Ed.), *Die deutsche Strafrechtswissenschaft vor der Jahrtausendwende*, 2000, pp. 369–395 (381 s.).

196. Cfr. VON LISZT, *Zur Einführung, Rückblick und Zukunftspläne*, en: *Internationale Kriminalistische Vereinigung, Die Strafgesetzgebung der Gegenwart in rechtsvergleichender Darstellung, Vol. I: Das Strafrecht der Staaten Europas*, 1894, pp. XX s., XXV. Véase al respecto también arriba en nota 173.

197. Cfr. más de cerca sobre este proyecto SIEBER (nota 2), en: *Sieber/Albrecht* (Ed.), pp. 131–151; Max-Planck-Institut für ausländisches und internationales Strafrecht (Ed.) (nota 190), pp. 42–51.

198. Estos proyectos afectan p.e los factores, actores y procesos de la armonización jurídica, las diferencias básicas entre el Derecho islámico y el Derecho occidental así como el nuevo proceso para el dominio de la criminalidad pequeña y masiva en Italia. Cfr. sobre el actual ámbito de investigación de la comparación del Derecho penal así como del Derecho extranjero Max-Planck-Institut für ausländisches und internationales Strafrecht (Ed.) (nota 190), pp. 40–67.

199. Cfr. al respecto SIEBER (nota 2), en: *Sieber/Albrecht* (Ed.), pp. 78–151.

b) Sistemas jurídicos internacionales

Para los planteamientos del presente programa de investigación tienen importancia junto al Derecho extranjero —incluido en el marco de la comparación jurídica— sobre todo los ordenamientos jurídicos supranacionales e internacionales así como cuestiones de la asistencia judicial y otras formas de cooperación en sistemas estratificados.

aa) El complejo *Derecho penal europeo* (de la Unión Europea, pero también del Consejo de Europa) es interesante para el nuevo programa de investigación sobre todo en atención a los límites territoriales del Derecho penal y especialmente respecto a sus modelos para cooperación de sistemas de Derecho penal²⁰⁰.

Fin de la investigación de un gran proyecto sobre el Derecho penal europeo es por ello el desarrollo de modelos para la futura persecución penal europea, así como de los correspondientes principios de solución para otras federaciones políticas y económicas. El proyecto de investigación compara y valora primero en el camino de la comparación jurídica diferentes modelos federales y supranacionales de cooperación de ordenamientos de Derecho penal. Se presta especial consideración al proceso de equiparación del Derecho penal en modelos de solución supranacionales así como al principio de reconocimiento mutuo de sentencias en modelos de cooperación²⁰¹. Debido a la inclusión de posteriores ordenamientos de Derecho penal (también de tipo centralizado) se deben elaborar además principios fundamentales y principios jurídicos comunes de la justicia penal nacional europea, que también han de cumplirse —o en una forma modificada han de trasponerse— por los modelos de solución supranacionales y cooperativos. Las regulaciones asistemáticas del Derecho penal en el Proyecto de Constitución Europea, así como la discusión sobre la orden de detención europea y el exhorto europeo para la obtención de pruebas, ponen de relieve que un trabajo conceptual de fondo es presupuesto para la futura Política Criminal europea. Este trabajo de fondo para la integración de siste-

mas de Derecho penal se apoya mediante posteriores proyectos y tesis doctorales sobre el mandato de detención europeo y sobre el principio de reconocimiento mutuo en el derecho probatorio²⁰².

bb) La importancia del *Derecho penal internacional*²⁰³ para el programa de investigación radica asimismo en primer lugar en su función de modelo para el adhesión de ordenamientos nacionales de Derecho penal en la regulación y persecución universal de determinados crímenes contra la humanidad. Tras la finalización de un proyecto de investigación ya en marcha desde hace algunos años en el Instituto para la comparación del Derecho penal internacional nacional²⁰⁴ se investigan a partir de ahora sobre todo los procesos de aparición de un ordenamiento jurídico vigente a nivel mundial.

Un proyecto mayor se ocupa del desarrollo de principios jurídicos generales en el Derecho penal internacional al hilo del ejemplo de la participación criminal, en especial en las constelaciones relevantes para el Derecho penal internacional de la «punibilidad de dirigentes en grupos de autores y redes». Mediante la comparación de las regulaciones sobre participación bajo especial consideración de la importante figura para el Derecho penal internacional de la «joint criminal Enterprise» el proyecto proporciona también al mismo tiempo conocimiento sobre la cuestión central de investigación de los límites funcionales del Derecho penal por lo que atañe a la imputación de comportamiento ajeno. La investigación tiene lugar en el marco del ya comentado sistema de información Max-Planck para la comparación del Derecho penal y constituye también —al hilo del ejemplo de un exigente planteamiento de Derecho comparado que incluye más de 40 ordenamientos jurídicos— un primer test para este proyecto y el desarrollo vinculado al mismo de una teoría de la comparación del Derecho penal²⁰⁵.

Fines parecidos se persiguieron con un proyecto sobre medición de la pena en el Derecho penal internacional que se culminó ya en el 2004²⁰⁶. Un cometido ulterior del Derecho penal internacional trata además al hilo del ejemplo de la puesta al día del genocidio ruandés cuestiones del

200. Sobre la evolución del Derecho penal en Europa cfr. HECKER, *Europäisches Strafrecht*, 2005; SATZGER, *Europäisierung des Strafrechts, Eine Untersuchung zum Einfluss des Europäischen Gemeinschaftsrechts auf das deutsche Strafrecht*, 2001; SICURELLA, *Diritto Penale e competenze dell'Unione Europea*, 2005; así como las ponencias de las Jornadas de Profesores de Derecho penal de Dresden, ZStW 116 (2004), pp. 275–474. Véase al respecto también ya Sieber, ZStW 103 (1991), pp. 957–979 (963 ss.).

201. Cfr. sobre la determinación de los diferentes modelos arriba II.A.2.b. y 3.a.

202. Sobre los diferentes proyectos de investigación del Instituto en el ámbito del Derecho penal europeo cfr. Max-Planck-Institut für ausländisches und internationales Strafrecht (Ed.) (nota 190), pp. 70–81.

203. Sintéticamente sobre la evolución del Derecho penal internacional cfr. en conjunto CASSESE, *International Criminal Law*, Oxford e.a. 2003; WERLE (nota 23), esp. pp. 1–28.

204. Cfr. al respecto el volumen final de KREICKER, *Nationale Strafverfolgung völkerrechtlicher Verbrechen*, 2006, así como los anteriores seis volúmenes con el mismo nombre editados por Eser/Kreicker, respectivamente, Eser/Sieber/Kreicker, con los correspondientes informes por países.

205. Cfr. al respecto SIEBER/KOCH/SIMON, *Strafbare Mitwirkung von Führungspersonen in Straftätergruppen und Netzwerken: Eine rechtsvergleichende Analyse*, en: Max-Planck-Gesellschaft (Ed.), *Jahrbuch der Max-Planck-Gesellschaft 2006* (en CD-ROM).

206. Cfr. SIEBER (Ed.), *The Punishment of Serious Crimes, A comparative analysis of sentencing law and practice*, 2 volúmenes, 2004.

paralelismo de diferentes ordenamientos jurídicos nacionales y regulaciones internacionales²⁰⁷. Estos proyectos sobre el Derecho penal internacional forman —junto con las investigaciones sobre Derecho penal europeo y los trabajos mencionados a continuación sobre Derecho penal de la información— los primeros pilares para la penetración teórica de las cuestiones acerca de los límites territoriales del Derecho penal en la sociedad mundial del riesgo y sobre el desarrollo de modelos de un Derecho penal operativo transnacionalmente.

cc) La *cooperación internacional* de diferentes ordenamientos jurídicos nacionales con el fin de un Derecho penal operativo transnacionalmente tiene lugar clásicamente mediante la asistencia judicial y administrativa de carácter internacional. Las actuales transformaciones de la globalización arriba expuestas conducen por cierto a modificaciones esenciales de esos institutos así como a su complementación mediante nuevas formas de cooperación. Estas modificaciones afectan por un lado a nuevos mecanismos para la facilitación de la asistencia judicial así como al reconocimiento inmediato de sentencias y a la disponibilidad de datos. Por otro lado emergen nuevas formas de cooperación en Task Forces internacionales e instituciones que conducen en parte a complejos sistemas estratificados.

El Instituto ha participado por este motivo en el año 2006 en una conferencia germano-americana sobre las cuestiones jurídicas de la cooperación germano-americana en el ámbito del terrorismo. En complementación al proyecto de investigación arriba mencionado sobre las formas jurídico-penales de cooperación para el futuro Derecho penal europeo un ulterior proyecto conseguido en el año 2007 se dedicará sobre todo a la creación e influencia del Derecho penal material como parte integrante de las nuevas formas de cooperación internacional e investigará sus presupuestos de legitimación.

c) Ámbitos centrales de delincuencia

La investigación de los planteamientos del presente programa de investigación no solo tiene lugar de un modo abstracto-general, sino también al hilo de concretas pro-

blemáticas en los pertinentes ámbitos de delincuencia, en los que las cuestiones acerca de los límites territoriales y funcionales se plantean de modo especialmente claro y que pueden englobarse con el concepto «criminalidad compleja».

aa) El *ciberdelito*²⁰⁸ y el correspondiente *Derecho de Internet*²⁰⁹ son especialmente interesantes tanto en atención a los límites territoriales como a los límites funcionales del Derecho penal: como se ha analizado más arriba la transferencia de datos en redes informáticas internacionales conduce a la desaparición de las categorías clásicas de espacio y tiempo, y con ello a un prototipo de criminalidad transnacional, que se caracteriza por una elevada ubicuidad, grandes riesgos y especial complejidad.

Al principio de las investigaciones sobre ciberdelito y el Derecho penal de la información se halla por tanto en primer lugar un análisis de la delincuencia compleja pertinente, su objeto material —caracterizado por el carácter inmaterial de la información— y sus riesgos específicos. Sobre esta base se investigan las posibilidades y límites de un control nacional e internacional de la criminalidad transnacional en un marco técnicamente complejo. Esto tiene lugar en una serie de investigaciones concretas. El *potencial de poder y vigilancia* con motivo de la disponibilidad de datos de carácter personal resulta de interés tanto bajo el punto de vista de los nuevos riesgos como también en atención a nuevas medidas de investigación en Internet. Un proyecto sobre el anonimato en Internet trata la ponderación entre la necesaria vigilancia de Internet y el Derecho a la autodeterminación informativa en espacios libres de vigilancia. Trabajos ulteriores sobre las perspectivas de éxito de medidas nacionales protección y aislamiento en Internet, sobre la aplicación extraterritorial del Derecho penal, así como sobre el desarrollo de medidas alternativas de control social proporcionan importantes resultados para los límites territoriales y funcionales del Derecho penal²¹⁰. Aquí se originan estrechos puntos de contacto con los grupos de investigación criminológicos del Instituto, sobre todo con su centro de gravedad relativo a la investigación empírica del proceso penal²¹¹.

bb) Los *riesgos globales de la medicina, la biotecnología y otras life sciences* son interesantes en el marco del

207. Sobre el actual ámbito de investigación del Derecho penal internacional cfr. Max-Planck-Institut für ausländisches und internationales Strafrecht (Ed.) (nota 190), pp. 84–98.

208. Cfr. SIEBER, *Computerkriminalität und Strafrecht*, 2ª ed. 1980; *ibid.*, *The International Handbook on Computer Crime*, Chichester 1986; *ibid.*, *Strafrecht und Strafprozessrecht*, en: Hoeren/Sieber (Ed.), *Handbuch Multimedia-Recht*, 1999, Parte 19; *ibid.*, *The threat of cybercrime*, en: Council of Europe (Ed.), *Organised crime in Europe: The threat of cybercrime, Situation report 2004*, chapter 3, Strasbourg 2005, pp. 81–218.

209. Cfr. SIEBER, *The International Emergence of Criminal Information Law*, 1992; *ibid.*, NJW 1989, 2569–2580; *ibid.*, *The Emergence of Information Law*, en: Lederman/Shapira (Ed.) (nota 81), pp. 1–29.

210. Cfr. más de cerca sobre los diferentes proyectos de investigación del Instituto en el ámbito del Derecho de Internet Max-Planck-Institut für ausländisches und internationales Strafrecht (Ed.) (nota 190), pp. 102–119.

211. Cfr. sintéticamente Max-Planck-Institut für ausländisches und internationales Strafrecht (Ed.) (nota 190), pp. 170–189. Para una mirada crítica sobre el potencial de la Criminología cfr. LÜDERSEN, StV 2004, 97–101 (101); para un enfoque de investigación procedente de la Criminología sobre el ciberdelito cfr. MOITRA, *European Journal of Crime, Criminal Law and Criminal Justice* 2005, 435–464.



nuevo programa de investigación no solo en atención a los límites territoriales del Derecho penal, p.e en atención a las diferentes cuestiones valorativas en el plano internacional, la desviación a otros ordenamientos jurídicos (por ejemplo en la investigación con embriones in-vitro²¹²) y el trato con el disenso internacional sobre parámetros valorativos fundamentales. En este ámbito también se pueden obtener conocimientos sobre nuevos riesgos y los límites funcionales del Derecho penal, en especial a causa de los métodos alternativos de control del riesgo aquí practicados. Ejemplos de ello son por ejemplo la división de tareas entre deporte y Estado en la represión del doping, la autoprotección de la industria frente a adulteraciones de fármacos, la reorientación del control jurídico por el «recordatorio» procesal-penal sobre la previa verificación pericial y aseguradora de la calidad, los requisitos oficiales y judiciales de concesión, así como las comisiones éticas privadas y estatales para el enjuiciamiento de intervenciones médicas «de valor límite» (con inclusión del examen farmacológico clínico cada vez más internacionalizado) así como la evitación de abusos de los «productos dual-use» procedentes de la biotecnología mediante códigos éticos y códigos de conducta de los científicos participantes²¹³. La tradicional ponencia del Instituto sobre Derecho médico²¹⁴ se encaminará por ello a largo plazo de forma más acentuada a los nuevos riesgos de las *life sciences* y las posibilidades de su control²¹⁵.

Por ello tras la terminación de un proyecto en marcha en el Instituto sobre el estatuto del embrión²¹⁶ —y junto a una investigación acerca de la adulteración de fármacos— debe iniciarse un grupo de trabajo sobre las estrategias alternativas de control en el ámbito de la medicina y otras *life sciences*. Las posibilidades especiales de un control de los riesgos de la investigación a través de códigos de conducta —bajo la especial consideración de los nuevos riesgos

en el ámbito de las *life sciences*— no se investigan en el marco de un proyecto de investigación, sino en un grupo de trabajo de la sociedad Max-Planck orientado a la praxis para el desarrollo de un código de conducta para su propia investigación. Estas medidas alternativas de control pueden ser halladas, sistematizadas y valoradas por la vía del Derecho comparado. Los conocimientos obtenidos deben completar los correspondientes al ámbito del cibercrimen, bien que estos estén orientados a la técnica de modo más acentuado y así —como valor añadido a las investigaciones de los diferentes ámbitos delictivos— posibilitar una sistemática y valoración de medidas alternativas de control social.

cc) Las cuestiones centrales suscitadas con el programa de investigación acerca de los *límites del Derecho penal* se plantean también en *ulteriores ámbitos de criminalidad compleja*, sobre todo en los ámbitos de la criminalidad económica, de la criminalidad organizada y del terrorismo. Esto rige tanto para el arriba analizado «desbordamiento del Derecho penal» como también para las medidas alternativas de control, especialmente importantes en el marco del programa de investigación.

En el centro de las investigaciones pertinentes sobre los límites del Derecho penal habrá un proyecto de investigación sobre terrorismo. En él se analizan, comparan y valoran, sobre todo las causas y consecuencias de la legislación sobre terrorismo en diferentes ordenamientos jurídicos en atención a su intervención en los derechos a la libertad. Estas investigaciones deben ser parte de una planificación interdisciplinaria mayor del proyecto en colaboración con el grupo criminológico de investigación del Instituto, así como con otros Institutos Max-Planck y sus socios europeos²¹⁷. En su virtud deben posibilitarse respuestas a la cuestión de en qué medida la legislación se ve influida por incrementos objetivos del riesgo o a través de

212. Cfr. al respecto DAHS/MÜSSING y ESER/KOCH, en: *Deutsche Forschungsgemeinschaft* (Ed.), *Forschung mit humanen embryonalen Stammzellen*, 2003, pp. 1–35 y 37–78; HETZ, *Schutzwürdigkeit menschlicher Klone?*, 2005; KOCH, *Erzeugung und Verwendung ‚therapeutischer Klone‘ aus rechtlicher Sicht*, en: *Dabrock/Ried* (Ed.), *Therapeutisches Klonen als Herausforderung für die Statusbestimmung des menschlichen Embryos*, 2005, pp. 183–207.

213. Sobre el doping cfr. junto a la referencia arriba nota 149 las contribuciones en *Röhrich/Vieweg* (Ed.), *Doping-Forum, Aktuelle rechtliche und medizinische Aspekte*, 2000; PROKOP, *Die Grenzen der Dopingverbote*, 2000. Sobre la reciente evolución jurídica con relación a la eutanasia en los países mencionados véase SCHREIBER, en: *Rogall* (Ed.), *Festschrift für Rudolphi*, 2004, pp. 543–552. Sobre los ensayos con medicamentos cfr. HÄGELE, *Arzneimittelprüfung am Menschen, Ein strafrechtlicher Vergleich aus deutscher, österreichischer, schweizerischer und internationaler Sicht*, 2004. Sobre los codes of conduct cfr. la referencia arriba nota 143.

214. Cfr. al respecto ESER, *Perspektiven des Medizin(straf)rechts*, en: *Frisch* (Ed.), *Gegenwartsfragen des Medizinstrafrechts*, 2006, pp. 9–31.

215. Cfr. al respecto arriba nota 49.

216. Cfr. al respecto ESER/KOCH/SEITH (Ed.), *Internationale Perspektiven zu Status und Schutz des extrakorporalen Embryos*, Baden-Baden 2007, así como más de cerca sobre los proyectos de investigación del Instituto en el ámbito del Derecho médico hasta ahora Max-Planck-Institut für ausländisches und internationales Strafrecht (Ed.) (nota 190), pp. 122–126.

217. Cfr. más de cerca sobre los diferentes proyectos de investigación del Instituto en el ámbito de los límites del Derecho penal Max-Planck-Institut für ausländisches und internationales Strafrecht (Ed.) (nota 191), pp. 130–141. Sobre la propuesta de una iniciativa de investigación común de diferentes Institutos Max-Planck en el ámbito de la investigación sobre terrorismo cfr. MAX-PLANCK-GESSELLSCHAFT, *Terrorismus, Krieg, politische Gewalt, Forschungsperspektiven der Max-Planck-Gesellschaft* 2005, 2005, pp. 113–114.

expectativas subjetiva de la opinión pública o/y por actores políticos. Este proyecto conforma, junto con concretas tesis doctorales sobre terrorismo, los llamados proyectos sobre los riesgos de Internet y de las *life sciences* así como ulteriores proyectos²¹⁸, las primeras bases de la arriba llamada teoría sobre los límites funcionales del Derecho penal en la sociedad mundial del riesgo.

C. International Max Planck Research School for Comparative Criminal Law

Una consecución exitosa del programa de investigación exige también a medio y largo plazo su vinculación con la correspondiente formación de las futuras generaciones de científicos. A esta formación sirve la «*Max Planck Research School for Comparative Criminal Law*» fundada en marzo de 2007²¹⁹. La Research School es gestionada en colaboración con la Sección jurídico-penal del Instituto en colaboración con su Sección criminológica y la Facultad de Ciencias Jurídicas de la Universidad Albert-Ludwig de Friburgo. El fin que persigue son tesis doctorales con temas comparados o bien —también en el contexto de otros trabajos de la Research School— basados o acostados en la comparación jurídica, en especial en atención a los planteamientos del nuevo programa de investigación sobre los límites del Derecho penal. En el centro del interés de investigación se hallan —con inclusión de los centros de gravedad de trabajo de las otras instituciones y profesores participantes— la armonización e internacionalización del Derecho penal, así como su institucionalización y límites internacionales. Los temas centrales radican en la criminalidad compleja (y allí en el ámbito de la criminalidad de Internet y del terrorismo), en la comprensión científica de la criminalidad, en el desarrollo de la criminalidad y los discursos sobre criminalidad así como en los planteamientos de Derecho comparado en la rama de la Historia del Derecho penal y de la valoración según su gravedad de delitos. Si por este medio cuestiones comunes centrales del programa de investigación vinculan los diferentes proyectos y trabajos de tesis doctoral del Instituto en el seminario común de la Research School, esto puede conducir a nuevos efectos añadidos de sinergia y nuevos conocimientos, no solo para los trabajos concretos, sino para la totalidad del programa de investigación aquí presentado y los planteamientos que lo trascienden.

La formación específica de las futuras generaciones de científicos en el ámbito de investigación presentado promoverá por tanto a largo plazo de forma esencial el programa de investigación.

IV. Resumen

1. La sección de investigación jurídico-penal del Instituto Max-Planck de Derecho penal extranjero e internacional de Friburgo prosigue tras el cambio de director la orientación fundada por Hans-Heinrich Jescheck y Günther Kaiser, también seguida por sus sucesores Albin Eser y Hans-Jörg Albrecht, que está dirigida a una vinculación interdisciplinar de los grupos de investigación Criminología y Derecho penal «bajo un mismo techo» así como a la comparación del Derecho penal como método fundamental²²⁰. Lo nuevo es sobre todo que la investigación, así como la International Max Planck Research School for Comparative Criminal Law creada en el año 2007 se desarrollan por vez primera en el marco de una *programa de investigación transparente a largo plazo*. Este programa toma en cuenta las crecientes demandas que la competencia en la investigación internacional plantea hoy a la Sociedad Max-Planck: vincula el trabajo —con sus centros de gravedad de la investigación y sus campos de investigación— a importantes cuestiones de futuro, promueve el análisis de cuestiones fundamentales, principios teóricos y cuestiones metodológicas, apoya a las futuras generaciones de científicos y conduce sobre todo también a un valor añadido que va más allá de las cuestiones concretas.

2. El nuevo programa de investigación tiene tres *finestras generales de investigación* que se ensamblan mutuamente: (a) el análisis de las transformaciones *materiales* de la delincuencia y riesgos relativos a la seguridad en la sociedad marcada por la globalización así como por el cambio técnico y económico, (b) el análisis y valoración crítica de las correspondientes transformaciones *normativas* en el Derecho penal vigente y en la praxis del Derecho así como (c) el desarrollo de respuestas a cuestiones político-criminales presentes y futuras sobre dichas transformaciones.

En atención a estos fines de la investigación la presente contribución ha investigado las transformaciones actuales de la sociedad, de la evolución de la criminalidad y del Derecho penal, como fundamento para la precisión de las cuestiones de investigación. El punto de arranque de los

218. Con planteamientos especiales sobre los límites funcionales del Derecho penal se ocupan en especial un proyecto de tesis doctoral comenzado en 2005 sobre el nuevo proceso penal para la represión de la criminalidad organizada en Francia, así como un proyecto de tesis doctoral comenzado en 2006 sobre la represión del terrorismo en Inglaterra. Un proyecto de tesis doctoral ulterior trata los deberes de colaboración de sujetos privados en la persecución penal. Una tesis doctoral sobre la utilización de programas de cumplimiento como alternativa para la evitación de criminalidad de empresa complementa los correspondientes análisis sobre medidas alternativas en los ámbitos del cibercrimen y de los abusos en el ámbito de las *life sciences*. Cfr. al respecto Max-Planck-Institut für ausländisches und internationales Strafrecht (Ed.) (nota 190), pp. 130–141.

219. Cfr. sobre la creación de la International Max Planck Research School y su programa especial de becas <http://www.mpg.de/institute/Projekte/Einrichtungen/school-auswahl/criminalLaw/index.html> [estado: 2006-12-18].K

220. Cfr. al respecto las contribuciones en *Albrecht/Sieber* (Ed.) (nota 2).

análisis fueron las transformaciones sociales, caracterizadas a modo de eslóganes con los términos «sociedad mundial», «sociedad de la información» y «sociedad del riesgo», para ser después analizadas más de cerca. Con estas transformaciones surgen hoy *nuevos desafíos para el Derecho penal*, que vienen caracterizados por una creciente criminalidad transnacional así como por un considerable potencial de riesgo y una alta complejidad.

La creciente *criminalidad transnacional* se basa sobre todo en transformaciones técnicas, económicas y políticas de la globalización, que generan nuevas oportunidades para la comisión transfronteriza de delitos, p.e en redes internacionales de datos y mercados globales ilegales. Estas nuevas oportunidades de la criminalidad transnacional desafían los *límites territoriales* del Derecho penal nacional-estatal, porque el Derecho penal nacional-estatal solo difícilmente puede imponerse frente a la criminalidad transnacional cuando la validez de sus sentencias en otros territorios precisan primero laboriosos procesos de asistencia administrativa o judicial y los ordenamientos nacionales de Derecho penal difieren entre sí. Estos límites territoriales y las posibilidades de su superación mediante un *Derecho penal operativo transnacionalmente* representan por ello un primer centro de gravedad de las futuras investigaciones, que tiende a una teoría de la integración internacional del Derecho penal.

El cambio técnico, económico y político está acompañado además por *riesgos incrementados*, una criminalidad que crece en *complejidad*, así como especiales dificultades de esclarecimiento, tales como las que cabe observar en estructuras de autores basados en la división organizada del trabajo en el plano internacional así como en la utilización de técnica nueva en la realización del delito. Los crecientes riesgos se muestran sobre todo en los ámbitos de los delitos de terrorismo, de la criminalidad organizada, de la criminalidad económica, de la criminalidad de Internet así como de los abusos imaginables de las *life sciences*. Este proceso se intensifica mediante una pérdida de control del Estado nacional clásico en el contexto de la globalización, el cual intentar compensar los Estados nacionales por cierto actualmente mediante nuevas redes de cooperación interestatal, medidas técnicas de vigilancia, un nuevo «derecho de la seguridad» orientado en por la idea de la prevención, deberes de colaboración de sujetos privados, así como medidas alternativas de control social. Estas transformaciones conducen el Derecho penal clásico en su función de garantía de protección de la sociedad y de la libertad del individuo a sus

límites funcionales. El desarrollo de los presentes fundamentos teóricos y prácticos analizados acerca de los límites funcionales del Derecho penal así como las cuestiones que de aquí resultan del *Derecho de prevención y seguridad* y las medidas alternativas de control social representan por ello el segundo centro de gravedad de la investigación.

En ambos centros de gravedad resultan cuestiones de fundamento iguales, parecidas, o estrechamente dependientes, p.e acerca de las transformaciones del Derecho penal con motivo de la complementación de las relaciones bipolares entre el ciudadano y el clásico Estado nacional mediante *sistemas estratificados* complejos, que colisionan parcialmente entre sí y que entran en competencia, con numerosos actores nacionales, supranacionales y privados, así como con la fragmentación del derecho que de aquí resulta en la sociedad mundial del riesgo.

3. La sección de investigación jurídico-penal analiza estas transformaciones a nivel mundial de la criminalidad y del control de la criminalidad, en el nivel material, normativo y jurídico-político, sobre todo también con el fin de una mejora de la Política Criminal. Los *métodos de investigación* centrales para alcanzar los fines perseguidos son por tanto junto a los métodos de investigación social empírica —aplicados primariamente por los grupos de investigación criminológicos— primero la inclusión de cuestiones fundamentales de la Teoría del Derecho, el Derecho Internacional, el Derecho Europeo, y los Derechos Humanos, para la determinación del marco de referencia jurídico-penal de los nuevos sistemas estratificados. Especial importancia tienen entonces los métodos de la dogmática jurídica, la colaboración en una Ciencia internacional del Derecho penal así como la comparación del Derecho penal. La comparación del Derecho penal no es solo en el presente programa método de investigación, sino en sí misma un objeto central de investigación.

4. El Instituto Max-Planck de Derecho penal extranjero e internacional de Friburgo prosigue con ello ante las renovadas condiciones de la sociedad en el siglo XXI el camino designado por el Prof. Dr. *Hans-Heinrich Jescheck* en su lección inaugural del año 1954²²¹ así como con motivo de la fundación del Instituto en el año 1966.

Hans-Heinrich Jescheck —para alegría del autor, así como de los ayudantes e invitados del Instituto— toma parte vivamente en su desarrollo y trabaja en él ordinariamente. La presente contribución está dedicada a él en su 92 cumpleaños el día 10 de enero de 2007. *Ad multos annos!*

221. Cfr. JESCHECK, *Entwicklung, Aufgaben und Methoden der Strafrechtsvergleichung*, 1955.