

# Depuración y descriminalización\*

Sebastian Scheerer\*\*

*El error básico de nuestro tiempo es multiplicar el derecho penal y expandir en exceso el ámbito criminal. Carl J. A. Mittermaier, 1819\*\*\**

**Resumen:** En el artículo se discute sobre el fenómeno de la inflación de la ley penal y se hace un llamado a la introducción de procesos de depuración y de descriminalización tendiente al ajuste de los códigos penales y de los ámbitos de intervención del derecho penal. En ese contexto, afirma que en la actividad científica existe hoy una cierta disposición a la reforma, pero ello no tiene un eco apreciable ni en la política jurídica ni en la población. En el artículo se pone de presente que en la política criminal se echan de menos las nuevas reflexiones acerca del rol del derecho penal tanto en el presente y como en el futuro. El autor reivindica la importancia de considerar seriamente mecanismos de regulación extrapenales a los fines de superar el fenómeno inflacionario. Para ello considera tres niveles de análisis que, a la vez, se estiman como puntos de

---

\* Título original: Entrümpelung und Entkriminalisierung, publicado en *Kritische Justiz* (KJ) 52 (2019), pp. 131-146; texto disponible en: <https://www.nomos-elibrary.de/10.5771/0023-4834-2019-2-131/entruempelung-und-entkriminalisierung-jahrgang-52-2019-heft-2?page=1>. Traducido del alemán al español por el Dr. iur. John ZuLuaga LL. M. La presente edición se corresponde con la versión revisada y publicada con el mismo nombre en *Räume der Unfreiheit. Texte und Ergebnisse des 42. Strafverteidertages, Münster 2.-4.3.2018*, Berlín, 2018a, pp. 433-453. El autor agradece a Tim Burkert, Monika Frommel, Felix Herzog y Christine Siegrot por sus sugerencias y críticas. A menos que se indique lo contrario, los párrafos-datos sin indicación de la ley de la que proceden, se refieren a la Código Penal alemán (*Strafgesetzbuch - StGB*) en la versión vigente del 17 de marzo de 2019.

\*\* Catedrático (Profesor titular) emérito en Criminología de la Universidad de Hamburg (Alemania), donde fue director del Instituto para Criminología e Investigación Social.

\*\*\* Mittermaier, Carl Josef Anton, *Über die Grundfehler der Behandlung des Criminalrechts in Lehr- und Strafgesetzbüchern*, Bonn, 1819 (*Es ist der Grundfehler unserer Zeit, die Strafgesetze zu vervielfältigen und das kriminelle Gebiet zu weit auszudehnen*).

partida con miras a determinar los ámbitos de depuración, descriminalización y sustitución de conductas sobrecriminalizadas.

**Palabras claves:** Bien jurídico, depuración, derecho penal liberal, derecho penal autoritario, descriminalización, derecho penal, reforma penal.

**Abstract:** The article discusses the phenomenon of inflation in criminal law and calls for the introduction of purification and decriminalization processes aimed at adjusting penal codes and areas of intervention in criminal law. In this context, he affirms that in scientific activity there is today a certain disposition to reform, but this does not have an appreciable echo either in legal policy or in the population. The article shows that new reflections on the role of criminal law both in the present and in the future are missed in criminal policy. The author claims the importance of seriously considering extra-penal regulatory mechanisms in order to overcome the inflationary phenomenon. For this, it considers three levels of analysis that, at the same time, are considered as starting points with a view to determining the areas of purification, decriminalization and substitution of over-criminalized behaviors.

**Keywords:** Legal asset, purification, liberal criminal law, authoritarian criminal law, decriminalization, criminal law, criminal reform.

## Introducción

Hay espacios –a menudo áticos, sótanos, casetas de almacenamiento para el jardín o garajes– en los que a lo largo de los años, décadas y generaciones se acumulan innumerables objetos con una utilidad que resulta imposible de explicar. Constantemente se agrega algo más, se acumula, pero en realidad no se aprecia ni se cuida nada, ni siquiera se llega a clasificar algo, porque al principio no se sabe para qué podría ser bueno y porque luego cae en el olvido. Hasta que un bello día sencillamente todo es demasiado.

También nos podemos imaginar al derecho penal como un espacio semejante. Cada vez más se suman nuevos tipos y leyes penales accesorias (sobre el derecho penal accesorio difícilmente puede discutirse aquí; no obstante, hubiera merecido más atención. Al respecto véase Neumann, 2004,

pp. 432-441, 441), sin que una considerable sustracción de lo inservible se oponga al torrente de lo añadido. Y aquí, también, nos estamos acercando al punto donde todo se vuelve simplemente demasiado.

Las últimas grandes acciones de depuración tuvieron lugar hace mucho tiempo (1). Salvo las acciones de supresión de tipos penales que por casualidad se llevaron a cabo (§ 103) (véase Beck, 2016, pp. 271-277; Vormbaum, 2011, p. 32), hoy en día casi todo termina criminalizado y ya no se despenaliza más. Los principios de la Gran Reforma del Derecho Penal se han olvidado en gran medida (cuando no caídos en descrédito). Todo lo que sea posible de nombrar como bien jurídico es declarado como tal sin vacilación y la amenaza de pena junto a todo lo que ésta conlleva, incluida la vigilancia en las telecomunicaciones del área social, se expande violentamente, sin que se logre revelar el real alcance y propósito de todo esto o que alguien pudiera llegar a advertir dónde debería terminar todo.

El mecanismo que hace que la inflación de la ley penal sea viable en la práctica se llama informalización, la cual no deja de ser una solución provisional de carácter procesal con muchos inconvenientes. Por esta razón, desde hace mucho tiempo Wolfgang Heinz ha estado exigiendo que no se deje así, sino que se aborden finalmente las reformas materiales y, ¡atención!, *se tengan en cuenta seriamente los mecanismos de regulación extrapenales* (Heinz, 2010, p. 36; de la misma opinión Mitsch, para quien “de todos modos ya es momento” de “votar la carga superflua del derecho penal”, 2018, pp. 198-203; 198). Esa sería la forma correcta y, a tales fines, un gran primer paso se daría con la supresión de lo que el legislador nos acaba de otorgar en los últimos años (sin duda, con las mejores intenciones populistas) en materia de sobrecriminalización (Kreuzer, 2017; en general, sobre la problemática de la sobrecriminalización, Husak, 2009).

Por parte de la ciencia del derecho penal también se podría lograr, en principio, una identificación sistemática de *tipos penales prescindibles* a partir de tres pasos, con los que se determinaría lo que *no podemos, no deseamos y no necesitamos* (Hoven, 2017b, pp. 280-285; Hoven, 2017a, pp. 334-348). Los

74 tipos penales que se mencionaron en una encuesta llevada a cabo en el ámbito del saber científico-penal, hubieran podido imaginarse con un poco de fantasía en la agenda de una idealizada coalición Jamaica (N. del T. 1). Sin embargo, desde que esta esperanza, fundada en los nostálgicos recuerdos sobre lo que fue la sensibilidad político-jurídica del Partido Democrático Libre (FDP por sus siglas en alemán), se desvaneció hace algún tiempo a partir de una *ejecución institucional* (sobre el concepto, Schmid & Treiber, 1975, pp. 184 ss.) de dimensión partidista (N. del T. 2), entonces uno puede dedicarse temporalmente de nuevo al juego de los abalorios (N. del T. 3) acerca de la reflexión sobre lo que es posible en sí mismo y lo que es propiamente deseable. Es decir, todo el espectro que va desde la *depuración* pasando por la *desdramatización* hasta la *sustitución* del derecho penal por aspectos más humanos, más sabios y mejores.

En la actividad científica existe una cierta disposición a la reforma, sin embargo, no hay un eco apreciable ni en la política jurídica ni en la población. ¿Quién quiere un derecho penal liberal (y quién autoritario) hoy? La pregunta no es nueva (véase Dahm & Schaffstein, 1933). La respuesta se puede encontrar en la política criminal y lo que se echa de menos en ésta son las nuevas reflexiones acerca del rol del derecho penal tanto en el presente y como el futuro.

## La depuración

Si siguiéramos las especificaciones ofrecidas desde Colonia, entonces se debe prestar atención inicialmente a cuatro grupos de casos: primero, los llamados *tipos penales muertos* (acerca del concepto, pero también del problema de “muerto” así como “aparentemente muerto”, a pesar de que no son utilizados no necesariamente son tipos penales susceptibles de ser abolidos, véase Kinzig, 2017, pp. 415-422) y, entre estos, sobre todo aquellos que ya no juegan ningún rol porque *están desactualizados debido a desarrollos políticos o técnicos* (por ejemplo, por un lado, la deportación (§ 234a) y la sospecha política (§ 241a)

y, por otro lado, la lesión de publicaciones oficiales (§ 134) y la variante del abuso con cheques y tarjetas de crédito en el 266b). Segundo, las *curiosidades irrelevantes*, cuya abolición se ha logrado especialmente por medio del respeto y el cumplimiento de lo previsto en la ley (véase la perturbación de una ceremonia funeral (§ 167a), la utilización no autorizada de cosas dadas en prenda (§ 290), la puesta en peligro de barcos, vehículos automotores y aeronaves por medio de mercancía ilegal (§ 297), puesta en peligro de un tratamiento de desintoxicación (§ 323b) y el abuso de confianza en el servicio público [§ 353a]). Tercero, no se deben olvidar los *tipos penales redundantes* y, cuarto, los *delitos bagatela*, que son una gran molestia en la práctica y que, ante todo, son de interés teórico.

### Los tipos penales redundantes.

Por momentos, algunos actores con un cierto poder de definición sienten la necesidad, tal vez motivada por la política cotidiana, de insertar ciertas manifestaciones de un hecho punible en párrafos adicionales atendiendo el lema que reza: *la doble costura es mejor*. Ese fue el caso en su momento de la *agresión con violencia a conductores* y, también, actualmente, es el caso cuando se deben enfatizar determinadas formas de coacción y lesiones personales.

Tal exceso del elemento simbólico-comunicativo en la legislación penal no se logra sin costos ni desventajas. Extraer un grupo de casos de un tipo penal general y dedicarle a dicho grupo un tipo penal propio para enfatizar gráficamente, por así decirlo, el grado de injusto de estos fenómenos, especialmente para el grupo de personas concernidas, rematerializa la ley formal de una manera que no queda libre de problemáticas. Es algo que contradice la división del trabajo entre la determinación legislativa del marco penal y su realización judicial en casos concretos. Además, tendencialmente pone en cuestión la igualdad de todos ante la ley.

Por esta razón, los tipos penales generales de robo y homicidio se hacen innecesarios (§§ 249 ss., 211 ss.), el § 316a (agresión con violencia a conductores) y los §§ 224-226 y 240 y los §§ 113, 226a y 237 (resistencia contra

agentes ejecutores, mutilación genital femenina y matrimonio forzado). Esto ya lo dispone el principio de parsimonia (*lex parsimoniae*), el cual se ha olvidado recientemente.

En contra de esto se podría objetar que la supresión de estas disposiciones enviaría una señal incorrecta. Esta es seguramente la situación *prima facie*. Sin embargo, primero, esa es lógicamente la otra cara del efecto propagandístico buscado por la legislación simbólica. Aquellos que se dedican a la legislación penal con propósitos populistas se arriesgan a la hora de retirar una ley de vitrina, que desde el principio resulta innecesaria, al efecto de vitrina opuesta. Segundo, no se debe actuar como si los políticos estuvieran completamente indefensos frente a las temidas “señales equívocas”. Los políticos no están condenados a simplemente esperar para ver cómo se llega a comprender o malinterpretar la eliminación de un tipo penal innecesario. A ellos se les puede preparar discursivamente, acompañar argumentativamente e incluso dar seguimiento.

Los gobiernos, parlamentos y partidos tienen un acceso privilegiado a los medios para comunicarse con la opinión pública. Con eventos educativos organizados por fundaciones políticas, campañas de sensibilización, promoción de iniciativas sociales correspondientes a tales fines, debates televisivos, declaraciones del gobierno y muchas otras opciones, existe una gran cantidad de posibilidades no propiamente legislativas para la educación popular y para la prevención y superación de malas interpretaciones, marco en el cual también es posible referirse a la situación legal respectiva sin que se necesite, para una mejor comprensión, de un tipo penal redundante. De alguna manera, suena poco convincente aquel constante argumento de los opositores a la reforma según el cual ésta o aquella derogación de leyes objetivamente superfluas o contraproducentes podría ser mal entendida en la opinión pública: aquellos que no hacen algo bien porque creen que los demás podrían malinterpretarlo, generalmente tienen otros motivos para su actitud, los cuales disimulan con este argumento, asunto que, quizás, también, podría dar cuenta de que ellos mismos no han entendido.

## Las bagatelas.

Nuestra incapacidad para ceñir el derecho penal a la sanción de graves injustos y dejar las bagatelas como tales, queda demostrada con lo poco soberana que es nuestra sociedad actual en la forma de proceder con aquellos de sus miembros que son bastante complicados e inadaptados, con coetáneos tan desagradables que viéndolos con más detalle parecen más bien dignos de compasión que punibles. El hecho de que muchos de los intentos de descriminalización en esta área fracasasen regularmente requiere una explicación, por lo menos siempre que se siga hablando a la vez y de forma continua del derecho penal como *la espada más afilada del Estado*. Después de todo, la espada es un instrumento que no se utilizó para eliminar meras fallas o subsanar cualquier peligro, sino que se reservó para la sanción de las más graves injusticias. Sin embargo, cuando *la espada más afilada del Estado* es usada (también) frente a pequeñeces, resulta entonces en un abuso de armas frente a indefensos y se encuentra en una particular contradicción con el principio de *minimis non curat lex* (2).

Dejar que la espada caiga sobre los ladrones de tiendas y los pasajeros sin boleto a menudo repercute de forma deprimente sobre los jueces, obligados a confrontar estos asuntos, sencillamente porque es grotesco (así Dammann, 2018, pp. 429-432). Es por eso que existe una necesidad urgente de depurar todos los crímenes en masa con un nivel típicamente bajo de injusto. Así, por ejemplo:

- *Hurtos en tiendas y apropiación indebida de artículos de bajo valor* (§§ 242b, 246, 263) (Albrecht, 1992a; Albrecht, 1992b; Albrecht, 1996, pp. 330-339).
- *Fraude en el pago de boletos de transporte público* (rendimiento de transporte según § 265a). En términos del despliegue de la “energía criminal” que se requiere para la comisión de estos hechos, el viajar haciendo fraude en el pago de boletos de transporte público (¡hecho punible!) es bastante comparable al estacionamiento deliberadamente incorrecto (¡contravención!). Esto privilegia al propietario del auto-

móvil y discrimina a los jóvenes desempleados y sin automóvil, los pobres y las personas sin hogar, los cuales, por un lado, dependen del transporte público local y, por otro lado, no pueden pagar los boletos, el aumento de las tarifas de transporte y las multas, y luego en nuestros países aparentemente ricos (por lo menos por miles) terminan desplazados a las cárceles. Su comportamiento, que a menudo se genera a partir de trastornos de la personalidad y demandas excesivas, no es un injusto grave y, por lo tanto, ninguna criminalidad. La descriminalización es acá el imperativo del día y la institución del subrogado penal podría y debería ser abolida al mismo tiempo, pues es disfuncional para el sistema penal y es, en realidad, solo una vergüenza para la sociedad (Feest, 2016, pp. 491-494).

- *Consumo de cannabis y otras drogas recreativas.* El uso recreativo de sustancias psicoactivas solo debería convertirse en el Estado de derecho, en una cuestión de derecho penal cuando por medio de esto los terceros se ven perjudicados de forma cierta y penalmente relevante. Respecto al alcohol esto está regulado adecuadamente en la ley alemana, pero no respecto a las drogas a las que hace referencia la Ley sobre Drogas Prohibidas (*Betäubungsmittelgesetz* - BtMG) (véase Husak, 1992; Nestler, 2017, pp. 467-472; Böllinger, 2018, pp. 239-257). Incluso si uno asume que puede ser un objetivo legítimo de la política de salud reducir el consumo de drogas en la población (lo cual puede discutirse), debe considerarse que el derecho penal presta un flaco servicio porque cinco décadas de lucha contra las drogas han sido inútiles, mientras que las campañas no punitivas contra el tabaquismo pudieron reducir significativamente la proporción de fumadores en el mismo tiempo (véase, por un lado, Pierce *et al.*, 2011, p. 1106; por otro lado, Werb *et al.*, 2013). Por lo tanto, puede ser menos la intensidad que la inteligencia de una política de drogas lo que determina su éxito. Y, como suele ser el caso en el ámbito del comportamiento humano, la espada del derecho penal no es la mejor opción).

- *Huida del conductor del lugar de un accidente* (§ 142 alejamiento no permitido del sitio del accidente). El propósito jurídico civil del § 142 también podría lograrse sin derecho penal. Existen modelos para esto en otros países europeos, o conceptos como el de un registro neutral de inscripciones en línea, que hace innecesario permanecer en la escena del accidente e introduce la reparación de daños sin que la persona causante tenga que ponerse en contra del principio *nemo tenetur* (Kubatta, 2008).
- *Inasistencia alimentaria* según el § 170. Si el sistema de justicia penal por medio del § 170 hace las veces de alguacil de las oficinas de juventud y bienestar social, esto no necesariamente ayuda a las personas que son dependientes de otra; todo puede complicarse aún más con el castigo de la persona que tiene una obligación de alimentos con otra).
- *Autodopaje* (§ 4 Ley Antidopaje). Esta disposición crea un bien jurídico cuestionable e ignora el principio de subsidiariedad a favor de una regulación que puede ser popular pero que prácticamente no tiene consecuencias (Bott & Mitsch, 2016, pp. 159-168; también, Lamberts, *ZEIT*, 2016; crítico ya en el estadio de la preparación: *Presseerklärung*, 2015). En la discusión actual simplemente no se quiere enviar una “señal equivocada” y, por lo tanto, se prefiere confiar en más de lo mismo en lugar de retirar la ley, así como si se pudiera más en vigilancia, testigos principales, sanciones, etc., y como si únicamente escalar lo suficiente pudiera neutralizar los errores de construcción de la ley (Hecker & Meutgens, 2019, p. 27).
- *Y descarga de piezas musicales para uso privado* (§ 106 Ley de derechos de autor). Este fue un caso de sobrecriminalización a través de una ley de lobby aplicada por la industria de la música (campana publicitaria de cine: “los piratas son criminales”, Albach, 2015).

Muchos *escándalos y perturbaciones de la moral y el orden público* ya no alcanzan en nuestros días el nivel de relevancia requerido para el uso del

derecho penal. Por lo tanto, en ese marco se encuentran muchos candidatos para la depuración en el sentido de (si no se legaliza en cada caso, al menos) una descriminalización transformadora, es decir, una nivelación a delito administrativo: piénsese, por ejemplo, en la bigamia (§ 172), el acceso carnal entre familiares (§ 173), los actos exhibicionistas (§ 183), la provocación de escándalo público (§ 183a), el ejercicio de prostitución prohibida (§ 184 f), la pornografía animal (§ 184a, segunda alternativa), la distribución, adquisición y posesión de pornografía infantil (§ 184b) y la organización no autorizada de un juego de azar (§ 284).

Con esto queremos concluir por el momento con las propuestas para la depuración, aunque tenemos la conciencia de que también existen tipos penales *inconstitucionales*, *asistemáticos* y *no vinculados a un bien jurídico*. Esto sin mencionar los *tipos penales-lobby* y aquellos que, por motivos menores comparativamente, han sido elevados artificiosamente a tipos penales en el *estadio previo a la lesión del bien jurídico*. Nada está completamente aclarado en esta área y todo es muy complejo, dado que la problematización de estos casos a menudo conduce directamente a cuestiones fundamentales de política (criminal), teoría jurídica (penal) y sociología jurídico-penal. No obstante, esto ya muestra que el término “depuración” ahora no resulta del todo preciso, porque hay una falencia en el grado necesario de evidencia sobre la prescindibilidad que es propia del término “desecho”. Por ejemplo, el tipo penal de promoción comercial del suicidio (§ 217) puede considerarse inconstitucional e innecesario por buenas razones, como puede ser por la violación de la dignidad humana y la libertad de acción general (Artículos 1 y 2 de la Ley fundamental alemana o *Grundgesetz* –GG–), la violación de las reglas de accesoriedad (de complicidad a autor principal) y la contradicción al principio de proporcionalidad. Pero eso no significa que no haya contraargumentos significativos (véase, por ejemplo, Fischer, 2014, pp. 110-127) (N. del T. 4).

## La descriminalización

Los candidatos a la descriminalización son, en primer lugar, todos aquellos tipos penales que no son punibles en virtud de su contenido de injusto. En segundo lugar, aquellos con objetivos de regulación ilegítimos. En tercer lugar, aquellos cuyos objetivos de regulación son legítimos, pero que pueden lograrse bien o de mejor manera sin el derecho penal.

Estos tres criterios distinguen a las *democracias liberales* de otras formas de gobierno. Solo cuando se puede hablar, siguiendo a John Adams, de un *gobierno de leyes y no de hombres*, es posible hacer que la existencia de leyes penales dependa de su idoneidad, necesidad y proporcionalidad en el sentido más estricto. Solo aquí se puede insistir en que el lugar correcto del derecho penal no está por delante o por encima de otras formas de regulación, sino por debajo y por detrás (subsidiariedad). Solo en este marco el derecho penal deja de ser un medio de control como cualquier otro y, al contrario, pasa a disponerse como una *última ratio*: es decir, no se pierde nada allí donde las sanciones más leves alcanzan a ser suficientes o donde hay otros medios para lograr un objetivo legítimo de igual o mejor manera. Que eso es *realmente* diferente, es algo que debe ser tenido en cuenta por toda la ciencia del derecho penal. Así, entonces, se encuentran dos candidatos fuertes para la descriminalización: *el comportamiento antipolicial* y *los comportamientos privados indeseados*.

### Las distintas formas de comportamiento antipolicial.

La tendencia a construir bienes jurídicos económico-ecológicos a gran escala y criminalizar su (potencial) peligro ha promovido significativamente la expansión de la *provincia de sentido de la criminalidad* (véase Schmidt-Semisch & Hess, 2014), sin que quede claro, sin embargo, sí y de qué manera precisamente el derecho penal puede proporcionar un mejor rendimiento en el ejercicio de control que el derecho administrativo. Independientemente de la cuestión acerca de qué función le corresponde a la noción de bien jurídico en

sí misma, si limitativa o fundamentadora (Hefendehl, 2002; Greco, 2008, pp. 234-238; Engländer, 2015, pp. 616-634), una reducción del derecho penal parece ser apropiada sobre la base del principio de *ultima ratio* (véase Naucke, 1984, pp. 199-217). Se tendría que pensar en tipos penales muy diferentes, que van desde el monstruo legal de la comisión de crímenes por grupos (§ 184j) (al respecto Renzikowski, 2016, pp. 3553-3558) pasando por la estafa de inversión de capitales (§ 264a), las carreras prohibidas de vehículos motorizados (§ 315d) hasta la puesta en peligro de áreas necesitadas de protección (§ 329) (para un vistazo sobre el derecho penal económico, Kubiciel, 2018, p. 6; Kubiciel, 2017, pp. 473-491).

Lo mismo vale para los comportamientos declarados como hechos punibles, que tienen que ver más con *infracciones policiales políticamente orientadas*. Debe llamar la atención el hecho de que la criminalización de fenómenos políticamente indeseables “en el estadio previo de lo previo” a las violaciones de los bienes jurídicos, se remonte a una larga tradición (preconstitucional), así como de igual manera la falta de sistematicidad de muchas disposiciones en este ámbito (y las acrobáticas palabras para legitimarlas). Piénsese en disposiciones como:

- La difusión de medios de propaganda de organizaciones inconstitucionales (§ 86) y el empleo de distintivos de organizaciones inconstitucionales (§ 86a) (sobre los puntos débiles de estas regulaciones: Hörnle, 2005; Reuter, 2005; Becker, 2012, pp. 113-118).
- La preparación de un acto grave de violencia que ponga en peligro el Estado (§ 89a), el establecimiento de relaciones para la comisión de un acto grave de violencia que ponga en peligro el Estado (§ 89b) y la financiación del terrorismo (§ 89c) (Uwer, 2015, pp. 9-12).
- La incitación pública a hechos punibles (§ 111) (Kolbe, 2011, pp. 181-183).
- Los tipos penales relativos a asociaciones criminales y terroristas en Alemania y en el extranjero (§ 129, 129a, b), incluidos sus apéndi-

ces procesales (al respecto, Das Sonderrechtssystem des § 129a StGB, 2007; crítico del bien jurídico del § 129b –“seguridad pública, incluido la sensación general de seguridad jurídica» en todo el mundo” (énfasis añadido en el original)– Fischer, 2018, § 129b nm. 3); y

- La incitación al odio (§ 130), la instrucción para hechos punibles (§ 130a), la representación de la violencia (§ 131) –la cual funciona realmente como una “ley de protección del clima”–, así como el ultraje a la confesión, sociedades religiosas y asociaciones ideológicas (§ 166) (no todo lo que es burdamente ofensivo, es decir, no todo lo que puede causar una gran molestia, por lo tanto, tiene que o puede usarse para la utilización de la espada más afilada como se mencionó arriba. Por todos, Becker, 2015).

La conciencia de vivir en un Estado de derecho, liberal y democrático, en el que todos puedan expresar libremente sus diferentes opiniones, no resulta tan acentuada actualmente como podría ser y como debería ser también en una sociedad libre. Este déficit podría remediarse si se asegurara que el denominado *chilling effect* del derecho a la seguridad del Estado, no fuese tan intenso a partir de una concepción más estricta del mismo y en razón de una mayor certeza de los respectivos delitos de expresión (sobre el término *chilling effect*, véase EGMR 27.3.1996 App. No. 17488/90, nm. 39). Especialmente, cuando el Estado emite leyes penales en su propio nombre éste debe atenerse a sus normas rectoras como aquellas que ordenan certeza, generalidad y proporcionalidad. Además, debe evitar la moralización penal legislativa en la medida de las posibilidades y debe decidir atendiendo el principio *in dubio pro libertate* de una forma mucho más fuerte que en el pasado reciente, también en el ámbito de la legislación (Fischer, 2018, § 130a nm. 4).

Los *potenciales delitos de peligro* contenidos en el articulado del § 166 corresponden a típicos injustos policiales. Acá no se trata del derecho a la personalidad sino, más bien, de un bien jurídico que parece más o menos sacado del sombrero como lo es el bien jurídico de la *paz pública*, cuya posible puesta en peligro también termina siendo remediada por el derecho penal. Si uno ve un injusto penal(!) en algo así como un deterioro peligroso de la

expectativa de seguridad de la población, entonces esto, como argumento para la fundamentación del injusto, se mueve de forma circular (esto solo debe poder ocurrir a través de un acto que se valora como acto de injusticia, porque resulta apto para llegar a causar tal deterioro). Sin embargo, tendría más sentido fundamentar el contenido de injusto de la expresión misma y no sustituir esta fundamentación por un presunto contenido de injusto del potencial resultado de peligro. El esfuerzo de las construcciones aquí propuestas ya muestra que tales declaraciones verbales o escritas, potencialmente ofensivas en el estadio previo de las lesiones al bien jurídico, se concebirían mejor como infracciones policiales. Sobre todo, porque la respectiva manifestación incriminadora se eleva al estatus de hecho punible solo después de que haya sido llevada a cabo, luego de lo cual se permite la valoración acerca de si la misma pone en peligro o perturba la paz pública. Esto, a su vez, podría tener que ver mejor y ciertamente con condiciones externas y con actores con un poder de demanda que con la misma declaración reprochada. La tristemente célebre categoría de “paz pública” no permite en sí misma la separación entre el comportamiento punible y el no punible.

*A fortiori*, los argumentos respectivos en contra del § 166 también deberían aplicarse para el caso del § 130 (incitación al odio), que se ha ampliado y reforzado repetidamente desde 1960. Allí donde una ley orientada a un caso concreto amenaza con castigar la duda o negación de determinados eventos históricos (§ 130 III), el derecho fundamental a la libertad de expresión resulta restringido (desde el punto de vista del Tribunal constitucional alemán, 2018, junio 22), el ámbito de la protección del artículo 5 GG no se ve afectado por la falta de opinión (Bundesverfassungsgericht, Decisión del 22 de junio de 2018-1 BvR 673/18); en perspectiva internacional, esto parece bastante idiosincrático (para una visión liberal clásica véase, por ejemplo, Rose, 2018).

Tampoco los presos de conciencia están muy lejos de la sobrecriminalización en el ámbito de la opinión (véase al respecto, por ejemplo, la admisión de Haverbeck en relación con la acusación de sedición en la forma de la negación del Holocausto ante el tribunal de distrito de Bad Oeynhausen (5

Ds 46 Js 485/03-256/04) en la audiencia principal del 18 de junio de 2004). Sin mencionar los problemas adicionales del § 130 IV, que en su momento surgió por motivos policiales puramente tácticos (este párrafo, recuérdese, se insertó en su momento para facilitarle a la policía la prevención de eventos no deseados en el 60° aniversario de la capitulación nazi el nueve de mayo de 2005). En cualquier caso, la protección de bienes jurídicos, la libertad de expresión y la democracia se verían favorecidos por un desmantelamiento del § 130 y su paso a un tipo penal que cubra aquellas personas que “en una supuesta «opinión» no esconden nada más que difamaciones a las víctimas e incitación a la violencia contra aquellos que quieren intimidar como futuras víctimas” (Fischer, 2015). Sin embargo, se debería garantizar que el resultado no continúe estigmatizando y/o excluyendo de la esfera de la comunicación social a muchas personas (después de que la cantidad de casos de incitación al odio registrados por la policía desde el año 2000 respectivamente fluctuara alrededor de los 3000, el mismo registro osciló alrededor de 5000 entre los años 2015-2017, 2015: 4513, 2016: 6514, 2017: 4763– (véase Statista Research Department, 2019). Una versión más precisa de los tipos penales en el sentido de los criterios mencionados por Thomas Fischer podría reducir significativamente estos números nuevamente, mitigando así los efectos nocivos de la ley en las áreas vecinas del discurso legal –su efecto disuasivo– que están lejos de perseguir tales intenciones (véase Huster, 1996, pp. 487-491).

### **Los comportamientos privados indeseados.**

La jurisprudencia constitucional ha reconocido –de alguna manera– que el núcleo esencial de la vida individual tiene que estar libre de control penal, pero esta jurisprudencia no siempre se ha seguido (véase Greco, 2008). Sin embargo, la idea básica es clara. El Estado puede, por ejemplo, fijarse el objetivo de reducir el consumo de carne por parte de la población (por razones de protección ambiental y protección de la salud) y puede financiar todas las actividades posibles del Centro Federal de Educación para la Salud, la Oficina Federal de Medio Ambiente, etc., pero no se le permite adoptar, bajo amenaza de sanción penal, ninguna prohibición sobre la milanesa y las

albóndigas. Lo mismo también se aplica en el Estado democrático y liberal de derecho en lo que tiene que ver con la autodeterminación respecto a la apariencia personal (vestimenta, peinado, etc.), actividades de tiempo libre (*chillen* o motocross), la orientación sexual (homosexual, heterosexual, bisexual, etc.) y la afiliación religiosa (este último, por supuesto, no existió por mucho tiempo durante la Paz Religiosa de Augsburgo (1555) (*cuius regio eius religio*), pero tampoco existe hace mucho tiempo. Todavía en 1957 la criminalización de la homosexualidad se consideraba compatible con la Ley Fundamental (véase BVerfGE 6, 389).

Aquí el Estado debe proteger la libertad sin moralizar la misma (sobre la problemática modificación de los límites en el derecho penal sexual, véase en particular sobre el § 177 (abuso sexual, agresión sexual, violación), Amos, 2016). En el mismo sentido, debería regir para la libre configuración del propio final de la vida, pues cada persona tiene una posición personal y especial sobre el morir y el fallecer y acerca de este mundo y el más allá, incluida la cuestión de si y, de ser así, a qué ayuda le gustaría recurrir en situaciones límite.

Si es correcto que el legislador, tal como lo afirma, persigue precisamente este objetivo con el § 217 (promoción comercial del suicidio), es decir, para proteger la autodeterminación al final de la vida frente a interferencias no deseadas, entonces utilizó de forma errónea un medio totalmente inadecuado, en tanto con esta regulación se impide la realización de la ayuda que el individuo mayor de edad solicita expresamente al final de su existencia. Además, está en contra de la lógica y del sistema de derecho penal el hecho de declarar que una ayuda es punible si la acción que se emprende para proporcionar esta ayuda no lo es en sí misma. En tercer lugar, el criterio que alude a la motivación comercial debería entenderse mejor como que aquí se está haciendo algo contra el afán poco serio de obtener beneficios.

Sin embargo, todos los médicos serios también actúan por motivos comerciales cuando no renuncian a sus honorarios. ¿Por qué ellos se enfrentan a la amenaza de pena? Para evitar prácticas dudosas, serían suficientes el

derecho comercial y societario y, también, serían más rápidos y más efectivos. De más beneficio resultaría el camino legislativo que se ha seguido en Holanda, donde los artículos 293 II y 294 II del Código penal son normas claras y están diseñadas para respetar el derecho de la persona dispuesta a morir y necesitada de ayuda; al mismo tiempo, previene de abusos por medio de la intervención de médicos un cuestionamiento de la decisión de suicidio por medio de la discusión de alternativas, el control de todo el proceso por parte de una persona no involucrada, etc. En contra dice mucho el hecho de que en Alemania se crea que tiene que calmarse al público anunciando que para los médicos que prestan el servicio de cuidados paliativos, que repetidamente y en razón de su profesión desean cumplir el deseo de los moribundos por asistencia en el suicidio, “bajo ciertas circunstancias también está (o puede estar) libre de pena el acompañamiento múltiple de un suicidio” (Tolmein & Radbruch, 2017, pp. 627-634, 630) (N. del T. 5).

Las tasas de suicidio alemanas, aparentemente muy agradables y bajas (en comparación con Holanda desde que se promulgó la legislación sobre eutanasia) (Boer, 2018), probablemente solo ocultan el hecho incómodo de que en Alemania rige una compulsión inhumana a continuar sufriendo contra la voluntad de los titulares de derechos fundamentales que están dispuestos a morir y tienen derecho a morir al final de sus vidas.

También con los §§ 218 y 219a, el Estado punitivo coloniza una esfera de la vida privada. A pesar de que la severidad de la controversia ha disminuido desde que el aborto se redujo a infracción (1969) y desde que el tiempo para interrupción (1994) se ha disminuido, se instala una injusticia fundamental hacia las mujeres embarazadas. Si bien el cumplimiento del mandato de omitir algo (por ejemplo, de robar o de atracar) generalmente no tiene efectos a largo plazo y no implica un cambio para la identidad y la perspectiva de vida de los destinatarios de la norma, el cumplimiento de la prohibición del aborto tiene consecuencias que cambian la vida de las mujeres embarazadas, lo que afecta el núcleo de la autodeterminación sobre *cómo* y *cómo quién* quieren vivir. Esta es la razón por la cual, atendiendo a intereses político-demográficos del Estado y, además, con o sin dogmas religiosos, ninguna ley penal

debe obligar a una persona a asumir un embarazo. Ni siquiera con el pretexto de que los embriones tienen el derecho a nacer. Totalmente descabellada sería la idea de un deber del Estado de proteger ese supuesto derecho contra el aborto por medio del derecho penal, como si el propósito de los derechos fundamentales no fuera limitar, sino legitimar y expandir el *ius puniendi*.

La prohibición de información disfrazada de prohibición publicitaria que está contenida en el § 219a debe destacar el injusto del aborto. Sin embargo, incluso si uno aceptara las premisas de la ilicitud del aborto y el derecho de un Estado ideológicamente neutral a adoptar esta valoración, esto no significa que el uso (precisamente) del derecho penal para difundir este mensaje estuviese de manifiesto. Tal derecho del Estado a propagar valores encontraría su límite en el derecho fundamental a la libre información sobre servicios médicos. De todos modos, a los médicos se les prohíbe la publicidad engañosa y desleal con base en reglas generales. Para esto no se requieren estos parágrafos del Código Penal alemán (Bähr, 2018, p. 11). Las amenazas penales de los §§ 218 a 219a son más que innecesarias.

La orientación sexual pertenece también al núcleo esencial de la vida privada. Aunque esto ya se ha aclarado medianamente para la homosexualidad, debe tematizarse nuevamente en el área de la predisposición pedosexual (la llamada pedofilia central). En este ámbito se encuentran personas cuya predisposición está ahí y debe ser respetada como parte de su personalidad, pero que, por otro lado, no les permite vivir (§ 176 abuso sexual de niños). Si el nudo complejo de este dilema se puede resolver de manera acompañada y comunicativa-solidaria o si es mejor embestir con la afilada espada del Derecho penal, es un tema que viene siendo objeto de una *culture war* (Hunter, 1991). Es decir, una forma de debate político (criminal) en el que por parte de fuerzas dominantes del saber científico solo se espera que se les complazca o de lo contrario no se diga nada (Sandfort *et al.*, 1991; Lautmann, 1994; Rind *et al.*, 1998, pp. 22-53; Ulrich *et al.*, 2005. Básicamente, sobre la relación de tensión entre la protección juvenil y la autodeterminación, véase Lenz, 2017).

## La sustitución

Si uno se limita a examinar minuciosamente el derecho penal escudriñando tipo penal por tipo penal, entonces puede perder fácilmente el panorama y, sobre todo, es posible que nunca llegue a plantearse las preguntas cruciales. ¿Por qué nadie pierde más tiempo preguntándose si hay algo “mejor que el derecho penal, que sea más inteligente y más humano que el derecho penal”? (Radbruch, 1932, p. 403). Tal vez sea el miedo a la respuesta lo que nos está frenando. Si tuviéramos éxito, no tendríamos otra opción, de acuerdo con nuestros propios principios, a la de comenzar la descriminalización integral sin demora. Este proceso no se limitaría a las disposiciones penales individuales, sino a todo. La reflexión es ya un poco aterradora. Habría suficientes puntos de partida para una crítica fundamental de la razón punitiva:

- El primero es un punto de partida táctico-discursivo y, en cierta medida, político-jurídico-penal. Consiste en darse cuenta de que se necesita un polo opuesto a la política criminal que tiende a ser ilimitada y dispuesta a la sanción penal. Este contrapeso (solo) puede darse con un saber científico jurídico-penal orientado a la libertad y a la justicia. La tarea de la ciencia es criticar, no promover la pena estatal: “De hecho, esto significa una perspectiva abolicionista, es decir, una perspectiva de descriminalización” (Vormbaum, 2011, p. 41).
- El segundo, es un punto de partida histórico-genealógico. El sistema de penosos castigos y, por lo tanto, “nuestro” derecho penal junto con la prisión y, en algunos Estados, también, con la pena de muerte, surgió del trato con esclavos y otras personas no libres (Sellin, 1976, pp. 29, 178; Esposito & Wood, 1982). A principios de la Edad Media, esto era impensable para los libres. La reacción entre las personas libres, por ejemplo, frente a asesinatos, fue la no intervención en el cuerpo, la vida o la libertad de movimiento del autor. La consecuencia del injusto consistió en convenios de expiación (N. del T. 6) y la prestación de servicios para la expiación entre los clanes involucrados. Por lo tanto, había obligaciones que debían cumplirse, y cuando se rea-

lizaban dichas prestaciones, entonces había paz nuevamente. La parte que realizaba la acción por “juramento de igualdad” manifestaba que el servicio prestado, a la inversa, también sería suficiente para sí mismo: “Un abrazo y un beso de paz podrían concluir el proceso de expiación” (Schmidt, 1983, p. 24). Fue solo en la alta edad media que el derecho de esclavos se extendió a los libres, que gradualmente de súbditos pasaron a comportarse como poder absoluto. Como súbditos permanecieron las personas hasta el establecimiento de condiciones democráticas. La emancipación completa también incluye la superación del derecho penal a través de un sistema de consecuencias jurídicas respetuoso de la dignidad humana.

- El tercero es un punto de partida sociológico. Incluso, hoy en día el derecho penal afecta principalmente a los pobres, los miembros de las minorías, los desfavorecidos, los oprimidos, los perturbados, los problemáticos y aquellos que no tienen acceso a representación legal. La sociedad castiga a estas personas por lo que ésta no pudo hacer por ellos. Uno no se alcanza a imaginar la manera como realmente se trata a millones de prisioneros que hay por todo el mundo. Más como animales o cosas y, en todo caso, no tanto como exige la dignidad humana y los estándares mínimos para el tratamiento de prisioneros decididos por las Naciones Unidas, que desde diciembre de 2015 se han denominado las reglas Nelson Mandela.
- El cuarto, es un punto de partida politológico. El derecho penal es un clásico derecho de subordinación. Sin embargo, en una democracia, el Estado solo está legitimado y empoderado en un grado muy limitado para controlar los procesos sociales por medio del mando y la obediencia. La transformación del Estado autoritario y de subordinación al Estado de cooperación negociada no se detendrá en el marco y la resolución de los conflictos.
- El quinto, es un punto de partida sociológico-jurídico. El desarrollo actual del derecho penal también muestra los límites de su capacidad

para modernizarse. Los intentos por modificar el derecho penal de condicional a una programación de propósitos y convertirlo en un instrumento de control altamente flexible mediante la incorporación de mecanismos de retroalimentación (derecho reflexivo), son incompatibles con la función limitativa de la pena y de protección de la libertad que le es asignada al derecho penal liberal. Más adecuado sería un derecho de coordinación que, por el lado de las consecuencias jurídicas, trabaje no con la pena, sino con sanciones inteligentes (*smart sanctions*) y un poder blando (*soft power*).

- El sexto es un punto de partida basado en la historia de las ideas. En el Estado liberal de derecho, todas las injerencias en la esfera de libertad de los ciudadanos deben ser tan mínimas como sea posible. La frase de Cesare Beccaria (1966, p. 52) de que cada acto de dominio de una persona sobre otra es tiránico cuando no sigue de una necesidad inevitable, también y de forma precisa se aplica a las normas del derecho penal. Lo que no es absolutamente necesario no es proporcional, no es *ultima ratio*, no es constitucional, no está permitido y no puede tolerarse.
- El séptimo, emerge de la crisis carcelaria. Algún día debería imponerse la comprensión de que con estos edificios se trata en realidad de “errores gigantes cometidos en piedra” (Eberhard Schmidt) y la sentencia de prisión en el Estado democrático y liberal de derecho es un anacronismo inconstitucional y, por lo tanto, debe abolirse (véase Pavarini & Ferrari 2018; Scheerer, 2018a, pp. 167-177). Así, entonces, la pregunta por la necesidad del derecho penal también estaría respondida de forma implícita. Dado que al final es solo la sentencia de prisión lo que distingue esencialmente el derecho penal de otras áreas del derecho y sus sanciones, entonces se podría suponer que un sistema penal que se hubiera liberado de la prisión, también “se habría despojado del verdadero odio que conlleva el castigo público y la fusión de este sistema con otros sistemas, que se esfuerzan por la racionalidad finalista y el aseguramiento de la autonomía en el ma-

nejo social y estatal de graves violaciones de intereses, ya no sería un problema”. “Por lo tanto, la ilustración pensada al final podría conducir por antonomasia a la abolición de la pena” (Lüderssen, 1995, p. 415; véase sobre la visión de los cuáqueros –Sociedad Religiosa de los Amigos– acerca del reemplazo de la pena de prisión por reacciones no punitivas, que afirman la vida y reconcilian: *Minute on Prison Abolition*, 1981).

- El octavo, es un pensamiento utópico-experimental y se lee en las palabras que Gerhard Mauz (1975, p. 7) formuló una vez sin temor y con un poco de pathos:

No se tiene que acusar y condenar hasta el final de los días. Sobre las violaciones de nuestros acuerdos, que nosotros llamamos leyes, como si las hubiéramos bajado de las montañas a la manera como lo hizo Moisés, también puede negociarse solidariamente, también puede dirimirse desapasionadamente (al menos para que no haya más sufrimiento, donde ya se está sufriendo). Esto solo presupone que nos abstengamos de juzgar a las personas; que nos decidamos a buscar soluciones con ellos, para ellos y, por lo tanto, también para nosotros. ¿Una utopía? Sería más una utopía imaginar que nuestros esfuerzos por resolver los conflictos, que surgen en relación con nuestros acuerdos, pueden terminar siendo objeto de acusaciones y condenas por siempre, en un derecho que rige sobre nosotros. Mucho más resulta ser una utopía el hecho de imaginar que por siempre podemos tener como objetivo la posibilidad de castigar.

- El noveno, surge del hecho de que existen alternativas radicales a la pena que ya han demostrado su funcionamiento. La justicia restaurativa y transformadora generalmente produce mejores resultados que el curso tradicional del derecho penal (véase Sherman *et al.*, 2015, pp. 1-24; Sherman, *et al.*, 2015a, pp. 401-540; Braithwaite, 2002). También, hay otros *reordering rituals* distintos al proceso penal: todos con sus problemas y defectos, pero todos también con sus ventajas, y otros más podrían inventarse. La compensación autor-víctima, la justicia restaurativa y transformadora pueden enseñarnos bastante, aunque ellas mismas pueden aprender mucho, pero en cualquier caso transmiten de manera convincente un mensaje que no debe olvidarse:

*también es posible de otra manera.* La reacción no tiene que ser siempre tan estrecha y autoritaria, mientras que –abstrayéndose de todo lo demás– se indaga solo por el incumplimiento de la norma, el culpable y el castigo. La víctima puede estar en el centro. La compensación y una perspectiva de futuro podrían ser más importantes que la exposición al daño. Los autores podrían estar involucrados, no habría que imponerles nada. No se debe “ejecutar” nada sobre ellos, especialmente ninguna pena. No debe tratarse de venganza o retribución, sino de restauración y transformación por medio de acuerdo (3).

Las leyes penales surgen de un proceso de tematización selectiva influenciado por muchos actores, un proceso de clasificación, asociación, acentuación, supresión y dramatización, de modo que el fenómeno que se desea combatir solo obtiene su forma apropiada de cierta manera, cuando no su esencia. Este marco no carece de alternativa, así como la carrera criminal de un individuo no carece de ella, sino que también podría tomar una dirección diferente a través de otro encuadre. Después de un período de culto al Estado y su derecho penal en el siglo XIX y de un momento de desilusión en el siglo XX, es hora de centrarse nuevamente en cuestiones fundamentales de orden y control social. El hecho de que la institución del derecho penal (y mucho menos la prisión) haya sido cristalizada como una innovación para el futuro, es algo que no solo debe dudarse, sino que también debe evitarse.

## Notas del autor

- (1) La Ley del Consejo de Control Aliado (*Das Kontrollratsgesetz*) Nr. 11 del 30.1.1946 derogó de un golpe, entre otros, los siguientes tipos penales: Alta traición (§§ 80, 82-86 StGB en la versión del 20 de septiembre de 1945), coacción a órganos constitucionales (§ 81), traición a la patria (§ 87), reclutamiento para servicio militar ajeno (§ 88), acciones de sabotaje contra medios de defensa (§§ 89-91), revelación de secretos de Estado (§ 92), difamación del presidente del Reich (§ 94), alta traición contra un Estado extranjero (§ 102), injuria a órganos o representantes de Estados extranjeros (§ 103), incitación a la desobediencia militar [§ 112)], difamación del Estado o del Partido Nacionalsocialista

Obrero Alemán (abreviado en alemán como NSDAP) y sus símbolos (§§ 134a, 134b), desertión (§§ 140, 140a, 140b), alistamiento para el servicio militar extranjero (§ 141a), sustracción a la obligación de servicio militar (§§ 142, 143, 143a), ultraje a la memoria de los difuntos [§ 189 (3)], destrucción de la fertilidad a pedido (§ 226b), hurto de municiones (§ 291), violación del secreto oficial (§ 353a) y adquisición de uniformes militares o navales (§ 370 inciso 3). En todo caso vale la pena destacar la abolición de la pena de muerte en 1949 y, especialmente (desde 1968), la Gran Reforma del Derecho Penal que marcó hitos en los primeros años con la abolición de la pena de reclusión, de la casa de trabajo y la categoría penal de las infracciones. El comienzo del “retrasado saneamiento del Código Penal alemán” (Hans J. Hirsch) y el desempolvamiento de otras secciones del Código Penal tuvo lugar con la transferencia de muchos delitos de tránsito en la Ley introductoria a la Ley de contravenciones (*Einführungsgesetz zum Gesetz über Ordnungswidrigkeiten*, EGOWiG por sus siglas en alemán, 1968). La primera, tercera y cuarta leyes de reforma del derecho penal de 1969, 1970 y 1973, también trajeron reales liberaciones con la abolición de la punibilidad del adulterio y del proxenetismo, de la sodomía y de la homosexualidad simple, la reforma al derecho penal de manifestaciones públicas y la reorientación de los llamados delitos de moralidad al bien jurídico de la autodeterminación sexual (Busch, 2005). Cuando el acto de injuriar órganos y representantes de Estados extranjeros (§ 103) se suprimió con efecto a partir del primero de enero de 2018, el argumento fue aparentemente noble a partir del supuesto anacronismo de la “lesa majestad”, pero era más probable que fuera una bofetada simbólica para un expresidente extranjero ya vilipendiado. Esto es evidente por el hecho de que el § 90 (difamación del Presidente Federal) se mantuvo completamente fuera de la discusión (así, también, Schultz, 2017, pp. 1-3).

- (2) Desde luego, el hecho de que la sanción penal solo sirva para castigar actos que son “particularmente dañinos socialmente e insoportables para la convivencia ordenada entre las personas” (BVerfGE 88, 208, 257 y ss.), se deriva –al menos en teoría– de los conocidos principios del derecho penal que se sitúan detrás de conceptos clave como el carácter fragmentario, la proporcionalidad y la subsidiariedad del derecho penal y que culminan en el mandato de recurrir al derecho penal solo cuando todos los demás medios están agotados y han demostrado ser ineficaces. Para la prevención y el manejo de riesgos y desajustes generales en el proceso social, existe el derecho civil y administrativo con sus instrumentos altamente diferenciados y de ninguna manera sin dientes (desde condiciones, cierres de establecimiento, multas y la retirada de permisos y autorizaciones para indemnizaciones por daños físicos, daños morales y responsabilidad por perturbación hasta la ejecución coactiva).
- (3) Esto solo funciona con la voluntariedad de los perpetradores y las víctimas. Si uno no quiere obligar a uno u otro a realizar tales *reordering rituals*, entonces quedaría para los casos restantes el paso en un proceso judicial tradicional. Allí se podría, debido a que solo habría unos pocos casos que reclamaran, finalmente (de nuevo), trabajar de acuerdo con

el Estado de derecho, sin tratos y sin prisas. Naucke (1985) Lüderssen (1995) y Hassemer (2009) fueron mucho más escépticos frente al reemplazo del derecho penal estatal por medio de una original regulación social del conflicto como de alguna manera lo propusieron Baratta (1988, pp. 513-541) y Christie (1977, pp. 1-15). Pero Baratta también abogó por un derecho penal mínimo (similar a Naucke), e incluso Christie en años posteriores fomentó esto como la *última ratio* (Christie, 2016, pp. 4-9; sobre todo también Braithwaite, 2003, pp. 1-20).

## Notas del traductor

- (N. del T. 1). La coalición Jamaica (en alemán, *Jamaika-Koalition*) es un término en la política alemana que describe una coalición entre el partido Demócrata (CDU), el Partido Democrático Libre (FDP) y el partido verde (Bündnis 90/Die Grünen).
- (N. del T. 2). Con la palabra ejecutor o ejecución institucional (*institutioneller Umsetzer*) se reconoce aquel fenómeno en el que la reforma científica se restringe y permanece con cierto nivel de impotencia hasta que un partido político la asume como su propia causa y luego la “implementa” en distintas instituciones, es decir, se hace referencia a una especie de proceso de “transposición para dentro de las instituciones”.
- (N. del T. 3). Juego de los abalorios es la traducción equivalente a la palabra *Glasperlenspiel*. Esta es una expresión con la que se intitula una obra de Hermann Hesse en la que el autor anhela encontrar la manera de integrar el todo en un simple juego, en el cual caben la totalidad de los saberes humanos, quienes pueden ser traducidos al lenguaje de este juego.
- (N. del T. 4). El § 217 StGB recientemente fue declarado inconstitucional por el Tribunal Constitucional alemán. Urteil vom 26. Februar 2020-2 BvR 2347/15.
- (N. del T. 5). La regulación de la promoción comercial del suicidio según el § 217 StGB recientemente fue declarada inconstitucional por el Tribunal Constitucional alemán. Urteil vom 26. Februar 2020-2 BvR 2347/15.
- (N. del T. 6). Gracias a los convenios o acuerdos de expiación (*Sühneverträgen*) entre el autor de un hecho punible y la víctima el perpetrador promete, entre otras cosas, la reparación por el crimen cometido y, a cambio, del lado de la víctima se renuncia al enjuiciamiento judicial.

## Referencias

- Albrecht, P. A. et al. (1992a). *Strafrecht - Ultima Ratio. Empfehlungen der Niedersächsischen Kommission zur Reform des Strafrechts und des Strafverfahrensrechts*. Baden-Baden: Nomos Verlag.

- Albrecht, P. A. et al. (1992b). *Rechtsgüterschutz durch Entkriminalisierung. Vorschläge der Hessischen Kommission ‚Kriminalpolitik‘ zur Reform des Strafrechts*. Baden-Baden: Nomos Verlag.
- Albrecht, P. A. (1996). Entkriminalisierung als Gebot des Rechtsstaats. *KritV* 1996, 330-339.
- Amos, M. (2016, octubre 31). Interview mit Elisa Hoven und Thomas Fischer: “Wir erleben eine Moralisierung des Rechts”. *LTO*. <https://www.lto.de/recht/hintergruende/h/sexualstrafrecht-reform-elisa-hoven-thmoas-fischer/>.
- Albach, G. (2015). *Zur Verhältnismäßigkeit der Strafbarkeit privater Urheberrechtsverletzungen im Internet*. Norderstedt: Cybercrime Research Institute.
- Bähr, J. (2018, febrero 24). Straffrei, aber geächtet. Wie scheinheilig die Debatte um § 219a geführt wird, *FAZ*, 11.
- Baratta, A. (1988). Prinzipien des minimalen Strafrechts. Günter Kaiser et al. [eds.], *Kriminologische Forschung in den 80er Jahren* (pp. 513-541). Freiburg: Max-Planck-Institut für ausländisches und internationales Strafrecht.
- Beccaria, C. (1966). *Über Verbrechen und Strafen*. Frankfurt a. M.: Insel Verlag.
- Beck, T. A. (2016). *Die Auswirkungen der Großen Strafrechtsreform auf die Gesetzgebung im Kernstrafrecht seit 1975. Fortführung oder Aufgabe der Reformgrundsätze?* Berlin: Logos Verlag.
- Becker, Ch. (2012). Freiheitliche Ordnung, wehrhafte Demokratie und Staatsschutzrecht. *Bucerius Law Journal*, 113-118.
- Becker, M. (2015, enero 9). Warum Blasphemie dazugehört. *Spiegel-online*. <https://www.spiegel.de/politik/deutschland/kommentar-zu-charlie-hebdo-mehr-blasphemie-bitte-a-1011941.html>.
- Boer, T. A. (2018, enero 25). Dialectics of lead: fifty years of Dutch euthanasia and its lessons. *International Journal of Environmental Studies*, 75(2), 239-250.
- Böllinger, L. (2018). Aufstieg und Fall des Cannabis-Verbots. *Neue Kriminalpolitik*, 239-257.
- Bott, I. & Mitsch, W. (2016). Sinn und Unsinn der Strafbarkeit des Dopings. *KriPoZ* 2016 H. 3, 159-168.
- Braithwaite, J. (2002). *Restorative Justice and Responsive Regulation*. New York: Oxford-University Press.
- Braithwaite, J. (2003). Principles of restorative justice. A. v. Hirsch et al. (eds.), *Restorative Justice and Criminal Justice: ¿Competing or Reconcilable Paradigms?* (pp. 1-20), Oxford: Hart Publishing.

- Bundesverfassungsgericht (1957, mayo 10). Decisión del Primer Senado de 10 Mai 1957, BVerfGE 6, 389). <http://www.servat.unibe.ch/dfr/bv006389.html>.
- Bundesverfassungsgericht (2018, junio 22). Decisión 1 BvR 673/18. [https://www.bundesverfassungsgericht.de/SharedDocs/Entscheidungen/DE/2018/06/rk20180622\\_1bvr067318.html](https://www.bundesverfassungsgericht.de/SharedDocs/Entscheidungen/DE/2018/06/rk20180622_1bvr067318.html).
- Busch, T. (2005). *Die deutsche Strafrechtsreform. Ein Rückblick auf die sechs Reformen des Deutschen Strafrechts (1969-1998)*. Baden-Baden: Nomos Verlag.
- Christie, N. (1977). Conflicts as Property. *British Journal of Criminology, Delinquency and Deviant Social Behaviour* 17(1), 1-15.
- Christie, N. (2016, marzo), Fünf drohende Gefahren für Restorative Justice. *TOA-Magazin* 1, 4-9.
- Dahm, G. & Schaffstein, F. (1933). *Liberales oder autoritäres Strafrecht?* Hamburg: Hanseatische Verlagsanstalt.
- Dammann, L. (2018). Entkriminalisierung und Entrümpelung des Strafrechts - aus Sicht einer Amtsrichterin. *Räume der Unfreiheit. Texte und Ergebnisse des 42. Strafvverteidigtages Münster* 2,-4.3.2018 (pp. 429-453). Berlin: Organisationsbüro der Strafvverteidigervereinigungen.
- Das Sonderrechtssystem des § 129a StGB (2007). <http://delete129a.blogspot.de/images/Sonderrechtssystem.pdf>.
- Engländer, A. (2015). Revitalisierung der materiellen Rechtsgutslehre durch das Verfassungsrecht? *ZStW* 137, 616-634.
- Esposito, B. & Wood, L. (1982). *Prison Slavery*. Washington D. C.: CAPS.
- European Court of Human Rights, EGMR 27.3.1996 App. No. 17488/90, nm. 39, Caso Goodwin c. Royaume-Uni. <https://hudoc.echr.coe.int/fre?i=001-62533>.
- Feest, J. (2016). Weg mit der Ersatzfreiheitsstrafe (§ 43 StGB). Eine Petition mit Fußnoten. F. Herzog, et al. (eds.): *Rechtsstaatlicher Strafprozess und Bürgerrechte. Gedächtnisschrift für Edda Weßlau* (pp. 491-494). Berlin: Duncker & Humblot.
- Fischer, J. (2014). Aktive und passive Sterbehilfe. *Zeitschrift für Evangelische Ethik*, t. 40(1), 110-127.
- Fischer, F. (2015, noviembre 3). Über das Hetzen und Lügen. *ZEIT-online*. de <https://www.zeit.de/gesellschaft/zeitgeschehen/2015-11/volksverhetzung-oeffentlicher-friede-auschwitzluege-strafrecht-fischer-im-recht>.
- Fischer, T. (2018). *Strafgesetzbuch mit Nebengesetzen*, 65° Ed. München: C. H. Beck.
- Greco, L. (2008). Was lässt das Bundesverfassungsgericht von der Rechtsgutslehre übrig? *ZIS*, 234-238.

- Hassemmer, W. (2009). *Warum Strafe sein muss: Ein Plädoyer*. Berlin: Ullstein Verlag.
- Haverbeck, U. (2004). Einlassung in Bezug auf die Anklage wegen Volksverhetzung in der Begehungsform der Leugnung des Holocaust vor dem Amtsgericht Bad Oeynhhausen (5 Ds 46 Js 485/03-256/04) in der Hauptverhandlung vom 18. Juni 2004. [https://ziladoc.com/download/tatsachen-ursula-haverbeck\\_pdf](https://ziladoc.com/download/tatsachen-ursula-haverbeck_pdf).
- Hecker, A. & Meutgens, R. (2019, marzo 6). Das Schicksal der Kronzeugen. *FAZ NET*, 27.
- Hefendehl, R. (2002). *Kollektive Rechtsgüter im Strafrecht*. Köln: Carl Heymanns Verlag.
- Heinz, W. (2010). *Der schöne Schein des Strafrechts*, Konstanz: Universität Konstanz. [http://www.uni-konstanz.de/FuF/Jura/heinz/Heinz\\_Schoener\\_Schein\\_StrafR.pdf](http://www.uni-konstanz.de/FuF/Jura/heinz/Heinz_Schoener_Schein_StrafR.pdf).
- Hörnle, T. (2005). *Grob anstößiges Verhalten*. Frankfurt a. M.: Vittorio Klostermann Verlag.
- Hoven, E. (2017a). Was macht Straftatbestände entbehrlich? Plädoyer für eine Entrümpelung des StGB. *ZStW*, 334-348.
- Hoven, E. (2017b). Entbehrliche Straftatbestände. *DRiZ*. 280-285.
- Hunter, J. D. (1991), *Culture Wars: The Struggle to Define America*. New York: Basic Books.
- Husak, D. R. (1992). *Drugs and Rights*. Cambridge: Cambridge University Press.
- Husak, D. R. (2009). *Overcriminalization. The Limits of the Criminal Law*. Oxford, 2009.
- Huster, S. (1996). Das Verbot der "Auschwitzlüge", die Meinungsfreiheit und das Bundesverfassungsgericht. en *NJW*, 487-491.
- Kinzig, J. (2017). Tote Tatbestände. *ZStW* 129(2) 415-422.
- Kolbe, D. (2011). *Strafbarkeit im Vorfeld und im Umfeld der Teilnahme (§§ 88a, 110, 11, 130a und 140 StGB)*. Berlín: Walter de Gruyter.
- Kreuzer, A. (2017, diciembre 27) Reformiert endlich das Strafrecht! *Die Zeit*. <https://www.zeit.de/politik/deutschland/2017-11/kriminalpolitik-grosse-koalition-strafrecht-kriminologie>.
- Kubatta, Z. (2008). *Zur Reformbedürftigkeit der Verkehrsunfallflucht (§ 142 StGB)*. Göttingen: Universitätsverlag Göttingen.
- Kubiciel, M. (2018, febrero 15). ¿Was wird aus dem Strafrecht? Koalitionsregierung und Kriminalpolitik - die Wissenschaft muss mit der Betrachtung der Wirklichkeit beginnen und ihre Leitbilder anpassen. *FAZ*, 6.
- Kubiciel, M. (2017), Unentbehrliches Wirtschaftsstrafrecht, entbehrliche Tatbestände. *ZStW* 129, 473-491.
- Lautmann, R. (1994). *Die Lust am Kind. Porträt des Pädophilen*. Hamburg: Ingrid Klein Verlag.

- Lenz, H. (2017). *Die Jugendschutztatbestände im Sexualstrafrecht. Das sexuelle Selbstbestimmungsrecht Jugendlicher und paternalistische Intentionen*. Baden-Baden: Nomos-Dike.
- Lüderssen, K. (1995). *Abschaffen des Strafens?* Frankfurt a. M.: Suhrkamp.
- Mauz, G. (1975). *Das Spiel von Schuld und Sühne. Die Zukunft der Straffjustiz*. Düsseldorf: Diederichs Verlag.
- Minute on Prison Abolition (1981) Approved by Canadian Yearly Meeting of the Religious Society of Friends in 1981*. <https://quakerservice.ca/wp-content/uploads/2011/05/CYM-Minute-on-Prison-Abolition.pdf>.
- Mitsch, W. (2018). Der unmögliche Zustand des § 130 StGB. *KriPoZ* 4, 198-203.
- Mittermaier, C. J. A. (1819). *Über die Grundfehler der Behandlung des Criminalrechts in Lehr- und Strafgesetzbüchern*. Bonn: Edward Weber.
- Naucke, W. (1984). Über deklaratorische, scheinbare und wirkliche Entkriminalisierung. *GA*, 199-217.
- Naucke, W. (1985). *Die Wechselwirkung zwischen Strafziel und Verbrechensbegriff (Sitzungsberichte der Wissenschaftlichen Gesellschaft an der Johann Wolfgang Goethe-Universität Frankfurt am Main)*, Wiesbaden: F. Steiner Verlag.
- Nestler, C. (2017). Das Verbot weicher Drogen. *ZStW*, 467-472.
- Neumann, U. (2004). Gustav Radbruchs Beitrag zur Strafrechtsreform. *KJ* 2004, 432-441.
- Pavarini, M. & Ferrari, L. (2018): *No Prison*. London: EG Press Limited.
- Pierce, J. P. et al. (2011). Prevalence of Heavy Smoking in California and the United States, 1965-2007. *JAMA: The Journal of the American Medical Association*; Vol. 305 (11), 1106-1112.
- Presseerklärung des Deutschen Richterbunds v. 2.3.2015, #7/15 Zum Referentenentwurf eines Gesetzes zur Bekämpfung von Doping im Sport*. <https://www.drj.de/positionen/stellungnahmen/stellungnahme/news/715/>.
- Radbruch, G. (1932). *Rechtsphilosophie*. Leipzig: Quelle & Meyer.
- Renzikowski, J. (2016). Nein! - Das neue Sexualstrafrecht. *NJW*, 3553-3558.
- Reuter, D. (2005). *Verbotene Symbole. Eine strafrechtsdogmatische Untersuchung zum Verbot von Kennzeichen verfassungswidriger Organisationen in § 86a StGB*. Baden-Baden: Nomos Verlag.
- Rind, R. et al. (1998), A Meta-Analytic Examination of Assumed Properties of Child Sexual Abuse Using College Samples. *Psychological Bulletin* Vol. 124/1, 22-53.

- Rose, F. (2018, julio 30). Zuckerberg was right about how to handle Holocaust deniers. *Washington Post*. [https://www.washingtonpost.com/news/worldpost/wp/2018/07/30/facebook/?noredirect=on&utm\\_term=.2ca021493068](https://www.washingtonpost.com/news/worldpost/wp/2018/07/30/facebook/?noredirect=on&utm_term=.2ca021493068).
- Scheerer, S. (2018a). Abschaffung der Gefängnisse. *Kriminologische Journal (KrimJ)*, 50(3), 3 167-177.
- Scheerer, S. (2018b). Entrümpelung und Entkriminalisierung. *Räume der Unfreiheit. Texte und Ergebnisse des 42. Strafverteidigertages, Münster 2.-4.3.2018*, Berlin, 433-453.
- Scheerer, S. (2019). Entrümpelung und Entkriminalisierung. *KJ* 52,131-146.
- Scheler, F. (2016, marzo 3). Anti-Doping-Gesetz: "Darf der Staat das überhaupt?" Interview von Fabian Scheler mit Paul Lambertz. *ZEIT-online*. <https://www.zeit.de/sport/2016-03/anti-doping-gesetz-kritik>.
- Schmidt, E. (1983). *Einführung in die Geschichte der deutschen Strafrechtspflege*, 3ª ed. Göttingen: Vandenhoeck.
- Schmid, G. & Treiber, H. (1975). *Bürokratie und Politik. Zur Struktur und Funktion der Ministerialbürokratie in der Bundesrepublik Deutschland*. München: Fink.
- Schmidt-Semisch, H. & Hess, H. (Eds.) (2014). *Die Sinnprovinz der Kriminalität. Zur Dynamik eines sozialen Feldes*. Wiesbaden: Springer Verlag.
- Schultz, M. (2017). "Grußaugust, Wandervogel", Majestätsbeleidigung ist Bürgerpflicht. *Freispruch* 10(3), 1-3.
- Sherman, L. W. (2015). *et al.*, Are Restorative Justice Conferences Effective in Reducing Re-peat Offending? Findings from a Campbell Systematic Review. *Journal of Quantitative Criminology* 31(1), 1-24.
- Sherman, L. W. *et al.* (2015a). Twelve experiments in restorative justice: The Jerry Lee program of randomized trials of restorative justice conferences. *Journal of Experimental Criminology* 11(4), 501-540.
- Sandfort, T. *et al.* (1991). *Male intergenerational intimacy*. New York: Harrington Press.
- Sellin, T. (1976). *Slavery and the Penal System*. New York: Elsevier.
- Statista Research Department (nueve de abril de 2019). Polizeilich erfasste Fälle von Volksverhetzung in Deutschland bis 2018. <https://de.statista.com/statistik/daten/studie/157434/umfrage/polizeilich-erfasste-faelle-von-volksverhetzung-seit-1996/>.
- Tolmein, O & Radbruch, L. (2017). Verbot der geschäftsmäßigen Förderung der Selbsttötung: Balanceakt in der Palliativmedizin. *Deutsches Ärzteblatt* 114, 627-634.
- Uwer, T. (2015, septiembre). Strafbare Möglichkeiten. Zu § 89 a, b, c StGB. *Freispruch*, 7, 9-12.

- Ulrich, H. M., Mickey, R. & Shawn, A. (2005). Child Sexual Abuse: A Replication of the Meta-analytic Examination of Child Sexual Abuse by Rind, Tromovitch, and Bauserman (1998). *The Scientific Review of Mental Health Practice: objective investigations of controversial and unorthodox claims in clinical psychology, psychiatry and social work* (SRMHP) 4 (2), 37-51.
- Vormbaum, T. (2011). *Beiträge zum Strafrecht und zur Strafrechtspolitik*. Berlin: LIT Verlag.
- Werb, D. *et al.* (2013). The temporal relationship between drug supply indicators: an audit of international government surveillance systems. *BMJ Open* 2013. <https://bmjopen.bmj.com/content/3/9/e003077>.