

El vínculo de ciudadanía como límite a la aplicación extraterritorial del Derecho penal: una revisión crítica

Sumario

-

La creciente permeabilidad de las fronteras estatales y la existencia de un mayor número de tratados internacionales está llevando a muchos legisladores nacionales a ampliar el ámbito de aplicación de la ley penal en el espacio, sometiendo cada vez más hechos ocurridos en el extranjero a la jurisdicción nacional. Frente a este fenómeno, la teoría dominante, que concibe al Derecho penal como un instrumento para la protección de bienes jurídicos, no ofrece un freno normativo adecuado. Las teorías del “Derecho penal del ciudadano”, al legitimar la pena a partir del vínculo (político) previo entre el Estado y el castigado, parecen en principio una alternativa promisoria. Sin embargo, como habrá de mostrarse en este trabajo -tomando como referencia el Derecho alemán y chileno-, un análisis más profundo de algunos de los principales modelos basados en la ciudadanía que no tienen raigambre deliberativa (en concreto, los de SILVA SÁNCHEZ, DUFF y PAWLIK) revela que, a menos que dichos planteamientos se sometan a sustanciales ajustes, estos no ofrecen una opción mejor que la teoría de los bienes jurídicos a fin de contener el poder sancionador del Estado en el espacio.

Abstract

-

The growing permeability of state borders plus the existence of a greater number of international treaties will foreseeably put pressure on national legislators to broaden the scope of the application of national criminal law to extraterritorial offenses. The prevailing theory, which understands criminal law as an instrument for the protection of legal goods/interests (Rechtsgüter), does not offer an adequate normative constraint to this ongoing expansion. In contrast, those theories that seek to assert the legitimacy of punishment mainly in the previous (political) bond between the State and the alleged offender (which can be grouped under the label "citizen criminal law" theories), seem in principle a promising alternative. However, I argue that a deeper analysis of some of the main citizenship-based models that do not have Habermasian roots (specifically those of SILVA SÁNCHEZ, DUFF and PAWLIK) reveals that, unless such approaches are subjected to substantial adjustments, they are not a better option than the dominant theory in order to prevent an excessive expansion of the extraterritorial application of the national criminal law. I approach this issue from the perspective of the German and Chilean legal systems.

Abstract

-

Die zunehmende Durchlässigkeit der Staatsgrenzen sowie die wachsende Zahl internationaler Verträge werden voraussichtlich den nationalen Gesetzgeber dazu zwingen, den Anwendungsbereich des nationalen Strafrechts auf extraterritoriale Straftaten (d.h. das „Strafanwendungsrecht“) auszudehnen. In diesem Zusammenhang bietet die herrschende Theorie, die das Strafrecht als Instrument zum Rechtsgüterschutz begreift, keine ausreichende normative Beschränkung. Hingegen stellen jene Theorien, die sich unter dem Etikett "Bürgerstrafrecht"

zusammenfassen lassen, eine prinzipiell vielversprechende Alternative dar, indem sie die Strafe vorwiegend aus der (politischen) Verbindung von Staat und Bestraftem legitimieren. Eine eingehendere Analyse einiger der wichtigsten an den Gedanken der Staatsbürgerschaft anknüpfenden Modelle, die nicht in der Diskurstheorie verwurzelt sind (insbesondere die Auslegungen von SILVA SÁNCHEZ, DUFF und PAWLIK), zeigt jedoch, dass auch solche Ansätze keine bessere Alternative zur Vermeidung einer übermäßigen Ausdehnung des Strafanwendungsrechts als die Rechtsgüterschutztheorie sind, sofern sie nicht substantielle Modifikationen erfahren. Dieser Themenkomplex wird vor dem Hintergrund der deutschen und chilenischen Rechtsordnungen behandelt.

Title: *The bond of citizenship as limit to extraterritorial jurisdiction: a critical review*

Titel: *Die Bindung der Staatsbürgerschaft als Schranke des Strafanwendungsrechts: eine kritische Untersuchung*

-

Palabras clave: Ley penal en el espacio, Derecho penal del ciudadano, protección de bienes jurídicos


Keywords: *Extraterritorial jurisdiction, citizen criminal law, protection of legal goods/interests*

Stichwörter: *Strafanwendungsrecht, Bürgerstrafrecht, Rechtsgüterschutz*

-

DOI: 10.31009/InDret.2021.i1.08

-

Este trabajo se publica con una licencia Creative Commons Reconocimiento-No Comercial 4.0 Internacional 

1.2021

Recepción
30/07/2020

-

Aceptación
23/11/2020


-

Índice

-

- 1. El castigo de “hechos extraterritoriales”: ¿De excepción a regla?**
- 2. ¿Protección de bienes jurídicos o combate a la impunidad?**
- 3. El vínculo político como presupuesto de la pena (legítima): el Derecho Penal del Ciudadano**
- 4. Ciudadanía y castigo de hechos extraterritoriales**
 - 4.1. SILVA SÁNCHEZ: Entre un “Derecho penal natural” y un “Derecho penal del ciudadano”
 - 4.2. DUFF: ¿Responsabilidad ante quién?
 - 4.3. PAWLIK: ¿Injusto del ciudadano o injusto del turista?
- 5. Conclusión**
- 6. Bibliografía**

-

Este trabajo se publica con una licencia Creative Commons Reconocimiento-No Comercial 4.0 Internacional 

1. El castigo de “hechos extraterritoriales”: ¿De excepción a regla?*

Se suele sostener que el principio básico que rige en el ámbito de la aplicación de la ley penal en el espacio es el de territorialidad.¹ En atención al rol central que se otorga a ese principio, se entiende que el castigo de hechos cometidos fuera del territorio del Estado (en adelante, “hechos extraterritoriales”) es excepcional,² y que solo es posible castigar legítimamente estos hechos extraterritoriales, sin vulnerar la soberanía de otro Estado, de haber un factor de conexión que establezca una relación suficiente entre ellos y el Estado que pretende castigar.³ Los demás principios del Derecho internacional público (distintos del ya referido principio de territorialidad) indican cuando se puede dar por establecida esa relación.⁴ Tradicionalmente se reconoce entre aquellos, al menos, los siguientes: principio de personalidad activa, principio de personalidad pasiva, principio de protección, principio de universalidad, y principio de representación.⁵

El ámbito de aplicación de la ley penal en el espacio (en adelante, “ALPE”) tiene una creciente importancia práctica, atendido una serie de fenómenos asociados a la globalización. Uno de estos factores es el aumento de la permeabilidad de las fronteras –a fines del 2019 el número de

* Autor de contacto: Cristián Irrazábal Zaldívar, cristian.irrazabal1@gmail.com. Este artículo recoge algunas de las principales conclusiones de mi tesis de magíster titulada “*Legitimationsprobleme des Strafanwendungsrechts im Deutsch-Chilenischen Vergleich*” (“Problemas de legitimación en el ámbito de aplicación de la ley penal en el espacio en los ordenamientos jurídicos alemán y chileno”), defendida en el año 2019 en el marco del LL.M. de la Albert Ludwigs Universität Freiburg bajo la dirección del Profesor Dr. Dr. h.c. mult. Michael Pawlik. Agradezco al Dr. Hernán Orozco López por haber revisado este manuscrito y por sus útiles comentarios, así como especialmente al Dr. Ivó Coca Vila por sus valiosas observaciones y sugerencias.

¹ El carácter del principio de territorialidad como regla general en el Derecho internacional público fue ratificado por un tribunal internacional en la sentencia de la Corte Permanente de Justicia Internacional (caso Lotus de 1927). Por supuesto, ello no impide que este principio sea complementado con otros principios del Derecho internacional público, como lo aclara la misma Corte en el fallo aludido: “Though it is true that in all systems of law the principle of the territorial character of criminal law is fundamental, it is equally true that all or nearly all these systems of law extend their action to offences committed outside the territory of the State which adopts them”. Véase S.S. Lotus (Fr. v. Turk.), 1927 P.C.I.J. (ser. A) nro. 10 (Sept. 7), p. 20, disponible en: http://www.worldcourts.com/pcij/eng/decisions/1927.09.07_lotus.htm.

² Así se desprende claramente, por ejemplo, de la redacción del art. 6 del Código Penal chileno, el cual prescribe que “Los crímenes o simples delitos perpetrados fuera del territorio de la República por chilenos o por extranjeros, no serán castigados en Chile sino en los casos determinados por la ley”. La preeminencia del principio de territorialidad se ve reflejada también en el art. 8.1 del Código Civil español: “Las leyes penales...obligan a todos los que se hallen en territorio español”.

³ Al respecto, por todos, véase AMBOS, *Internationales Strafrecht*, 5ª ed., 2018, p. 25; y SCHIEMANN, «Deutsches Strafrecht rund um die Welt? Herausforderungen des Strafanwendungsrechts», *JR*, (7), 2017, p. 339.

⁴ En este artículo se utilizarán los conceptos “factor de conexión” y “principio” del Derecho internacional público como sinónimos. Sobre la diferencia entre ambos términos, irrelevantes para los efectos de este artículo, véase AMBOS, *Internationales Strafrecht*, 5ª ed., 2018, p. 25.

⁵ Por razones de espacio, no puedo aquí examinar la abundante literatura existente sobre los (frecuentemente difusos) contornos de estos principios. Para una vista general sobre dichos principios en la doctrina alemana, véase WERLE/JEßBERGER, «§ Vor 3», *LK-StGB*, 13ª ed., 2020, nm. 235-275; y AMBOS, *Internationales Strafrecht*, 5ª ed., 2018, pp. 28-85. El Tribunal Constitucional alemán ha reconocido también al menos estos mismos cinco principios como legítimos (cfr. BVerfG NJW 2001 1848). En la literatura española y chilena estos principios se suelen tratar de modo más superficial. A modo de ejemplo, véase BACIGALUPO, *PG*, 2ª ed., 1999, pp. 176-186; CURY, *PG*, 7ª ed., 2005, pp. 209-216; MIR PUIG, *PG*, 10ª ed., 2015, pp. 57-64; y POLITOFF/MATUS/RAMÍREZ, *PG*, 2ª ed., 2004, pp. 115-125.

personas desplazadas forzosamente al extranjero alcanzó un récord de más de 30 millones,⁶ mientras que 1.400 millones de personas viajaron como turistas al extranjero en 2018-⁷, que produce inevitablemente un incremento del número de delitos que se cometen por o contra nacionales de un Estado en el extranjero. Asimismo, la persecución y castigo de hechos extraterritoriales es cada vez más fácil debido a la proliferación de tratados de extradición⁸ y al desarrollo de nuevas tecnologías (por ejemplo, la videoconferencia), que facilitan la rendición de prueba que se encuentra en el extranjero.⁹ A su vez, la determinación del lugar de comisión de algunos delitos -especialmente aquellos que se cometen a través de internet- es cada vez más compleja.¹⁰ Todos estos fenómenos estimulan la ampliación del ALPE. Y si bien la persecución penal de los Estados se sigue centrando principalmente en los hechos ocurridos dentro de su propio territorio, los hechos extraterritoriales que quedan sujetos a la ley penal nacional se han multiplicado en algunos países de manera tal que su castigo (o al menos la posibilidad de imponerlo) ya no puede considerarse en absoluto un fenómeno excepcional.¹¹

Atendido que los principios antes referidos del Derecho internacional público, como se verá en el apartado siguiente (2), no constituyen un límite robusto al *ius puniendi* estatal, es cada vez más imperativo un examen normativo de dichos principios, a fin de reflexionar sobre cuáles de ellos permiten legítimamente imponer una pena. La respuesta dependerá necesariamente del fin que a esta se le atribuya y de la función que se le asigne al Derecho penal. Así, si se atribuye a la pena

⁶ Según datos del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Refugiados (ACNUR), disponibles en: <https://www.acnur.org/datos-basicos.html>, la cifra asciende a 33,8 millones entre refugiados, desplazados y solicitantes de asilo.

⁷ Véase el informe “Panorama del turismo internacional”, Edición 2019, de la Organización Mundial del Turismo, disponible en: <https://www.e-unwto.org/doi/pdf/10.18111/9789284421237>

⁸ Por ejemplo, España tiene tratados bilaterales de extradición con al menos 36 países que no son miembros de la Unión Europea (véase al respecto <http://www.exteriores.gob.es/Portal/es/SalaDePrensa/Multimedia/Publicaciones/Documents/GUIA%20TRATADOS%20CON%20PAISES.PDF>), a los que debe sumarse la orden de detención europea en el caso de los países que forman parte de la UE.

⁹ Ejemplo de ello es el art. 229.3 de la Ley Orgánica del Poder Judicial española (en adelante, LOPJ), que permite que las actuaciones judiciales se realicen mediante videoconferencia, así como las normas consagradas en los arts. 306, 325 y 731 bis de la Ley de Enjuiciamiento Criminal española. También el ordenamiento jurídico chileno contempla normas similares para la declaración de testigos y peritos que se encuentren en el extranjero (véase los artículos 329 inc. 7 y 192 del Código Procesal Penal chileno).

¹⁰ Sobre cómo internet ha contribuido a una “desterritorialización” del derecho, véase SATZGER, «Das deutsche Strafanwendungsrecht (§§ 3 ff. StGB) – Teil 1», *JURA*, (2), 2010, p. 116.

¹¹ El ALPE (*Strafanwendungsrecht*) del StGB alemán ha sido constantemente ampliado (véase al respecto la descripción su evolución histórica en AMBOS, «§ 5», «§ 6», y «§ 7», *MK*, 4ª ed, 2020), sobrepasando incluso los débiles límites que impone el Derecho internacional público. Ello ha llevado a que el derecho alemán sea calificado de “imperialista” (véase por ejemplo ROEGELE, *Deutscher Strafrechtsimperialismus. Ein Beitrag zu den völkerrechtlichen Grenzen extraterritorialer Strafgewaltausdehnung*, 2014). En el caso de Chile, en cambio, la ampliación del ALPE ha sido mucho más moderada. Desde la entrada en vigor del Código Orgánico de Tribunales (en adelante, “COT”) en 1943, solo se han agregado a la lista de ilícitos sometidos a jurisdicción extraterritorial los delitos contra la seguridad interna del Estado (Art. 6 Nr.9 COT), algunos delitos sexuales (Art. 6 Nr.10 COT) y los delitos contra la libre competencia (Art. 6 Nr.11 COT). Además, se modificaron las normas de los Art. 6 Nr. 2 y Nr. 3 COT, para agregar, respectivamente, el cohecho de funcionarios extranjeros y los delitos contra la salud pública (incluidos los de la ley 20.000, que sanciona el tráfico ilícito de estupefacientes y sustancias sicotrópicas). Para tener una perspectiva general de la progresiva extensión del ALPE en base al principio de universalidad (aquel principio que permite una jurisdicción más amplia) en ordenamientos jurídicos pertenecientes a distintas tradiciones, cfr. GÄRDITZ, *Weltrechtspflege. Eine Untersuchung über die Entgrenzung staatlicher Strafgewalt*, 2006, pp. 169-196.

un fin predominantemente preventivo, y al Derecho penal la función de resguardar subsidiariamente bienes jurídicos,¹² entonces el principio de protección, conforme al cual un Estado puede castigar hechos extraterritoriales cometidos por extranjeros que se dirigen directamente contra los propios bienes jurídicos estatales,¹³ es idóneo para legitimar la imposición de una pena. Por el contrario, si se estima que la pena tiene una función retributiva, y que, por ejemplo, aquella se impone como respuesta a la infracción de un deber de cooperación que el ciudadano tiene para con el Estado,¹⁴ el referido principio solo habilita a aplicar (eventualmente) una medida excepcional de combate de peligros futuros, pero no una pena, ya que dicho extranjero, al carecer de una relación política previa con el Estado, no estaría obligado para con este.¹⁵

En este artículo exploraré brevemente por qué la concepción dominante de la teoría de los bienes jurídicos ha estimulado (en el caso de Alemania) o puede potencialmente impulsar (en el de Chile) una expansión acelerada del castigo de hechos extraterritoriales (apartado 2). Acto seguido analizaré brevemente las ventajas de recurrir al concepto de ciudadanía a fin de legitimar la imposición de una pena en un Estado contemporáneo (3), y los efectos que tienen en el ALPE algunas de las más representativas teorías del Derecho penal del ciudadano que no son de raigambre deliberativa, a saber, las de SILVA SÁNCHEZ (4.1), DUFF (4.2) y PAWLIK (4.3).¹⁶ Finalmente, concluyo que, pese al potencial promisorio de los referidos modelos basados en la ciudadanía, en su configuración actual estos no ofrecen una contención normativa adecuada a la expansión del

¹² Paradigmático, ROXIN/GRECO, *AT*, v. I, 5ª ed., 2020. Sobre el fin de la pena como prevención limitada por la culpabilidad (*schuldbegrenzte Prävention*), véase § 3/59-62. Sobre la protección subsidiaria de bienes jurídicos como función del Derecho penal, cfr. § 2/1.

¹³ Sobre el principio de protección, véase WERLE/JEßBERGER, «§ Vor 3», *LK-StGB*, 13ª ed., 2020, nm. 244-246.

¹⁴ En este sentido, cfr. PAWLIK, *Das Unrecht des Bürgers. Grundlinien der Allgemeinen Verbrechenlehre*, 2012, pp. 82-156.

¹⁵ PAWLIK, «Strafe oder Gefahrenbekämpfung? Die Prinzipien des deutschen Internationalen Strafrechts vor dem Forum der Straftheorie», *FS-Schroeder*, 2006, p. 380.

¹⁶ En este trabajo no me ocupo, por el contrario, de las teorías del Derecho penal del ciudadano de raigambre deliberativa. Entiendo por estas a aquellos modelos que, apoyándose en la teoría del discurso de Habermas, sostienen que la norma penal solo se puede legitimar frente a su destinatario si este es una “persona deliberativa” (sujeto capaz de tomar una posición crítica) que tuvo la posibilidad de hacer valer su posición respecto de la norma en el proceso democrático del que ella surgió (véase por ejemplo GÜNTHER, *Schuld und kommunikative Freiheit. Studien zur personalen Zurechnung strafbaren Unrechts im demokratischen Rechtsstaat*, 2005, pp. 245-258; KINDHÄUSER, «Rechtstreue als Schuld-kategorie», *ZStW*, (107), 1995, pp. 718 ss.; MAÑALICH, «Pena y Ciudadanía», *REJ*, (6), 2005, pp. 64-69). A diferencia de estos modelos, las teorías que se analizarán en el presente trabajo no ponen el énfasis en los derechos políticos: estos desempeñan un rol (no preponderante) en los modelos de DUFF y SILVA SÁNCHEZ, como uno más de los componentes que determinan la inclusión de un sujeto en una comunidad política, y no juegan rol alguno en el modelo de PAWLIK. Las teorías deliberativas se excluyen del presente análisis porque la identificación de la ciudadanía con los derechos políticos que ellas propugnan ya ha sido sujeta a críticas convincentes. Por un lado, se les critica por los problemas que tienen para legitimar la pena frente a personas excluidas de la participación política formal, que eventualmente pueden tener un vínculo importante con el Estado (por ejemplo, menores de edad o extranjeros residentes), y por otro, porque el derecho formal a voto no necesariamente establece un vínculo fuerte con la comunidad (piénsese en el caso del marginado social). Para una visión general de algunas de las críticas a las teorías deliberativas, cfr. CIGÜELA, «El ciudadano y el excluido frente al derecho penal. Los límites del ciudadano deliberativo de Günther y Kindhäuser y del ciudadano cooperativo de Pawlik», *InDret*, (2), 2017, pp. 14-18; PAWLIK, *Ciudadanía y Derecho Penal. Fundamentos de la Teoría de la pena y del delito en un Estado de libertades*, 2016, pp. 38-40; y SILVA SÁNCHEZ, *Malum passionis. Mitigar el dolor en el derecho penal*, 2018, pp. 72-74.

ALPE (V), por lo que resulta ineludible someterlos a importantes modificaciones si es que se pretende que aquellos contribuyan a moderar la expansión extraterritorial del castigo.¹⁷

2. ¿Protección de bienes jurídicos o combate a la impunidad?

La teoría de los bienes jurídicos (en adelante, “TBJ”) sigue siendo la concepción dominante sobre la función del Derecho penal en el sistema continental,¹⁸ pese a las convincentes críticas que se han esgrimido sobre su escaso rendimiento. Aquí me referiré brevemente a dos objeciones habituales a esta teoría: en primer lugar, a la indeterminación del concepto “bien jurídico”, y en segundo, a la relación existente entre la TBJ y la atribución a la pena de fines principalmente

¹⁷ Como puede observarse, este trabajo parte de la base que el Estado no está llamado a ejercer jurisdicción universal, sino que la función del Estado (y, por ende, su jurisdicción penal) debe ser limitada territorial y funcionalmente, y busca examinar qué concepción del Derecho penal comulga mejor con dicho fin. La necesidad de restringir la aplicación del *ius puniendi* estatal respecto de hechos extraterritoriales (que no debe confundirse con la defensa de un principio de territorialidad irrestricto) ha sido tradicionalmente mayoritaria en el ámbito del *common law*, como se expresa en el escepticismo de algunos de sus principales autores sobre la extensión a nuevos delitos del principio de universalidad (así BROWNLIE, *Principles of Public International Law*, 6ª ed., 2003, p. 303, u ORENTLICHER, «Whose Justice? Reconciling Universal Jurisdiction with Democratic Principles», *Georgetown LJ*, (92-6), 2004, pp. 1057–1134). Especialmente notable en este sentido es la definición que ofrecía el jurisconsulto inglés COKE sobre el asesinato en sus *famosos Institutes of the Laws of England*, t. III, 1628, p. 47, habiendo “murder” solo cuando el acto se cometía “whitin any county of the realm”. En línea con la postura adoptada en esta contribución, muchos autores angloparlantes sostienen que el Derecho penal no castiga al sujeto *qua* agente moral o miembro de una comunidad global, sino que en cuanto ciudadano de una determinada comunidad política. En este sentido, véase MATRAVERS, «The victim, the State, and civil society», en BOTTOMS/ROBERTS (eds.), *Hearing the Victim. Adversarial justice, crime victims and the State*, 2010, pp. 6-13; o DUFF, *Answering for Crime. Responsibility and Liability in the Criminal Law*, 2009, pp. 47-56. El examen crítico de la legitimidad del Estado para castigar hechos extraterritoriales con los cuales carece de un vínculo previo suficiente goza asimismo de una larga tradición en Alemania, tanto entre autores del siglo XIX (cfr. ABEGG, *Über die Bestrafung der im Ausland begangenen Verbrechen*, 1819, § 14, p. 17 y § 28, p. 32, quien era partidario de limitar la jurisdicción penal estrictamente a los hechos ocurridos en el territorio; TITTMANN, *Die Strafrechtspflege in völkerrechtlicher Rücksicht mit besonderer Beziehung auf die deutschen Bundesstaaten*, 1817, pp. 23 ss., quien afirmaba que el Estado solo puede imponer medidas preventivas (*Sicherungsmaßnahmen*) en caso de hechos extraterritoriales cometidos por extranjeros, y siempre que estos ilícitos se dirigieran contra bienes jurídicos nacionales; o BEKKER, *Theorie des heutigen deutschen Strafrechts*, 1859, pp. 193-194, quien, como veremos, defendía una posición similar a la de PAWLIK), como en autores contemporáneos (GÄRDITZ, *Weltrechtspflege. Eine Untersuchung über die Entgrenzung staatlicher Strafgewalt*, 2006; PAWLIK, *FS-Schroeder*, 2006). La controversia sobre la jurisdicción universal se ha visto directamente alimentada por el debate en la filosofía política entre globalistas y particularistas. Para tener una perspectiva general sobre las obras más influyentes en este ámbito, véase BROZIES/HAHN (eds.), *Globale Gerechtigkeit. Schlüsseltexte zur Debatte zwischen Partikularismus und Kosmopolitismus*, 3ª ed., 2016. Agradezco al evaluador anónimo de InDret por advertirme de la necesidad de aclarar este punto.

¹⁸ En Alemania, cfr. por todos ROXIN/GRECO, *AT*, v. I, 5ª ed., 2020, § 2. En Chile, cfr. CURY, *PG*, 7ª ed., 2005, p. 52. Algunos autores, como POLITOFF/MATUS/RAMÍREZ, *PG*, 2ª ed., 2004, p. 67, incluso escriben que “una visión liberal del derecho penal no puede atribuir a éste otra tarea que la de amparar, a través de la fuerza coactiva del Estado, determinados bienes jurídicos”. El razonamiento que se sigue a continuación es en lo medular aplicable a los sistemas de *common law*, ya que estos apelan como límite normativo a la extensión legítima del ámbito de aplicación de las normas penales primordialmente al “Harm principle”, principio del que emanan consecuencias similares a la teoría de los bienes jurídicos. Sobre las similitudes entre las figuras de “Rechtsgut” y “Harm principle” véase PERŠAK, *Criminalising Harmful Conduct. The Harm Principle, its Limits and Continental Counterparts*, 2007, p. 104 ss; ROXIN, *AT I*, 4ª ed., 2006, § 2/123-125; SACHS, *Moral, Tadel, Buße. Zur Straftheorie von Antony Duff*, 2015, p. 94; VON HIRSCH, «Der Rechtsgutbegriff und das „Harm Principle”», en HEFENDEHL/VON HIRSCH/WOHLERS (eds.), *Die Rechtsgutstheorie: Legitimationsbasis des Strafrechts oder dogmatisches Glasperlenspiel?*, 2003, pp. 13-25.

preventivos, lo que la lleva a ignorar al autor del hecho. Posteriormente, analizaré cómo estos problemas de la TBJ, en combinación con el irrisorio límite que “aporta” actualmente el Derecho internacional público para demarcar el ALPE, abren la puerta a una expansión excesiva del poder sancionador del Estado.

El carácter difuso de la noción de bien jurídico ha sido blanco de frecuentes críticas. Mientras KORIATH, irónicamente, hace una lista con algunos de los múltiples (y misceláneos) sustantivos con los que se ha intentado definir qué es un “bien jurídico”,¹⁹ JAKOBS denuncia el carácter camaleónico del concepto,²⁰ que varía de significado según los valores políticos que lo informen.²¹ La indefinición y maleabilidad del término se expresan ya gráficamente en el pensamiento de BINDING, para quien “la alegría que produce el cantar de los pájaros” podía constituir igualmente un bien jurídico digno de protección penal.²² Pero si el concepto mismo de bien jurídico es impreciso, más borrosos aún son los contornos de cada bien jurídico en particular.²³ No es de extrañar, pues, que la TBJ sea incapaz de detener la actual tendencia expansiva del Derecho penal²⁴ o de desempeñar un rol relevante en debates político-criminales actuales, tales como la despenalización del aborto o del consumo de estupefacientes.²⁵ No debería constituir entonces ninguna sorpresa que el concepto de bien jurídico tampoco desempeñe rol limitador alguno en el ALPE. Un ejemplo claro de ello es la aseveración de WERLE y JEßBERGER, quienes afirman que los bienes jurídicos extranjeros se transforman en “internos” cuando el legislador estima que requieren protección.²⁶ ¿Significa ello que un legislador puede convertir sin más en objeto de protección del tipo penal de “falsificación de moneda” un sistema monetario extranjero? Sí, y ello es precisamente la solución del Código Penal alemán (StGB) en el § 6 Nr. 7, sometiendo este delito al principio de universalidad, es decir, aquel principio en virtud del cual el Estado puede castigar hechos cometidos por extranjeros contra (personas o bienes jurídicos) extranjeros en el extranjero, tratándose por ende de ilícitos que carecen de relación alguna con dicho Estado.²⁷

Por otra parte, no es casualidad que los autores que suscriben la TBJ acentúen la finalidad preventiva de la pena.²⁸ Si el objeto es proteger bienes jurídicos, la consigna ha de ser necesariamente “cuanta más protección (y cuanto antes), mejor”.²⁹ La clásica objeción kantiana

¹⁹ Véase KORIATH, «Zum Streit um den Begriff des Rechtsguts», *GA*, 1999, p. 565. Este autor afirma que la determinación de qué se entiende por bien jurídico se ha transformado en uno de los aspectos más complejos del Derecho penal (p. 561).

²⁰ JAKOBS, *Rechtsgüterschutz? Zur Legitimation des Strafrechts*, 2012, p. 16.

²¹ En este sentido PAWLIK, *Das Unrecht des Bürgers*, 2012, p. 130, quien cita a su vez a FIOŁKA, autor que aclara que desde una perspectiva liberal el concepto de bien jurídico adquiere un significado muy diferente al que tendría desde una postura conservadora.

²² Al respecto, véase JAKOBS, *Rechtsgüterschutz? Zur Legitimation des Strafrechts*, 2012, p. 14.

²³ KORIATH, *GA*, 1999, p. 566.

²⁴ En este sentido, SILVA SÁNCHEZ, *Aproximación al Derecho Penal Contemporáneo*, 2ª ed., 2010, pp. 501 ss.

²⁵ KORIATH, *GA*, 1999, p. 579.

²⁶ Cfr. WERLE/JEßBERGER, «§ 5», *LK-StGB*, 12ª ed., 2006, nm. 5-6. Cabe remarcar que esta afirmación no aparece en la nueva (13ª) edición del *LK-StGB*. En sentido similar, HOYER (al respecto, véase PAWLIK, *FS-Schroeder*, 2006, p. 360, n. 17).

²⁷ Así explica este principio SATZGER, *JURA*, (2), 2010, p. 110.

²⁸ Sobre la relación entre la TBJ y la prevención como fin de la pena, véase PAWLIK, *FS-Schroeder*, 2006, p. 370.

²⁹ En sentido similar PAWLIK, *Das Unrecht des Bürgers*, 2012, p. 82.

a una pena estrictamente consecuencialista (el tratamiento del condenado como un objeto),³⁰ sigue vigente, y es planteada – en diversas formulaciones – por autores como JAKOBS, PAWLIK O DUFF. Así, JAKOBS considera que la TBJ trata al autor como una mera fuente de peligros, no respetándole una esfera de autonomía, siendo por ello su potencial de expansión ilimitado,³¹ mientras que PAWLIK afirma que la TBJ, negligentemente, ignora que el Derecho penal no solo debe proteger los intereses de las potenciales víctimas, sino que también debe tener presente los intereses de quien ve coartada su libertad de actuación por la norma de prohibición.³² Según este autor la TBJ desatiende la pregunta clave de por qué una persona es competente por la integridad de un bien jurídico ajeno, siendo la consecuencia de ello la misma que describe JAKOBS.³³ Por su parte, DUFF –siguiendo a RAWLS y a NOZICK– sostiene que las teorías preventivas “puras” de la pena no respetan el estatus moral del condenado.³⁴ Esta desconsideración de los intereses del autor en pos de un enfoque centrado en la función de protección del Derecho penal implica un debilitamiento de su rol como “Carta Magna” del imputado.³⁵

Asimismo, esta relativa indiferencia frente al autor ha tenido como consecuencia que la legitimidad de las normas que extienden el poder punitivo estatal a hechos extraterritoriales se analice casi exclusivamente desde la perspectiva del Derecho internacional público, sin considerar al Derecho penal.³⁶ Dentro del marco que provee aquel, el Estado puede extender el ALPE a su discreción.³⁷ ¿Y qué exige el Derecho internacional público? El único requerimiento de dicho ordenamiento es que las normas que regulan el ALPE respeten el principio de no

³⁰ Véase KANT, AA VI, 331.

³¹ Cfr. JAKOBS, «Kriminalisierung im Vorfeld einer Rechtsgutverletzung», *ZStW*, (4), 1985, pp. 752-756, quien considera, algo exageradamente, que la optimización de la protección de bienes jurídicos es propia de un “Derecho penal del enemigo” (p. 756).

³² Cfr. PAWLIK, «El delito, ¿lesión de un bien jurídico?», *InDret*, (2), 2016, p. 8.

³³ PAWLIK, *Das Unrecht des Bürgers*, 2012, p. 127 y 138.

³⁴ DUFF, *Punishment, Communication and Community*, 2001, pp. 8-11. DUFF no considera que esta crítica sea aplicable a teorías que justifican el castigo parcialmente en elementos consecuencialistas.

³⁵ En sentido parecido, SILVA SÁNCHEZ, *Aproximación al Derecho Penal Contemporáneo*, 2ª ed., 2010, p. 305. Por supuesto, las críticas esbozadas no son predicables respecto de todos los autores que rescatan el rendimiento del concepto de bien jurídico para limitar el *ius puniendi* estatal. Este punto pretende simplemente clarificar que, si se enfatiza como función central del derecho penal la protección de intereses o bienes, en desmedro de examinar la relación previa entre el Estado y el presunto autor del hecho (que constituye el núcleo de un modelo del “Derecho penal del ciudadano”), entonces los límites normativos al poder sancionador del Estado se ven debilitados. Se trata, así, de un problema de énfasis, pero que puede tener, como se verá en los próximos capítulos, enormes consecuencias prácticas. Agradezco al evaluador anónimo de InDret por expresarme la necesidad de aclarar este punto.

³⁶ En este sentido, véase JESBERGER, *Der transnationale Geltungsbereich des deutschen Strafrechts*, 2011, pp. 94- 96, quien explica cómo el examen de la legitimidad de las normas que regulan el ALPE en Alemania pasó de estar dominado principalmente por consideraciones de Derecho penal („*strafrechtliche Theorien*”) en el siglo XIX, a ser examinado prácticamente de manera exclusiva desde la perspectiva del Derecho internacional público („*völkerrechtliche Theorien*”) en la actualidad. La relativa debilidad que tienen los límites a los que suele recurrir la TBJ en el Derecho penal para frenar una expansión excesiva del ALPE, esto es, los principios de lesividad (de escaso rendimiento, atendido lo señalado respecto del concepto de bien jurídico), y de culpabilidad, han contribuido posiblemente a este fenómeno.

³⁷ JESCHECK/WEIGEND, *AT*, 5ª ed., 1996, §18/1/2, describen esta facultad como “*pouvoir discrétionnaire*” del Estado. Cabe tener presente que hasta fines del S. XIX muchos autores no reconocían al Derecho internacional público como límite, siendo el principal exponente de esta posición en Alemania BINDING, *Handbuch des Strafrechts. Erster Band. Systematisches Handbuch der Deutschen Rechtswissenschaft*, 1885, p. 374.

intervención, que se deriva a su vez del principio de igualdad soberana de los Estados.³⁸ Ello se materializa en la exigencia de que concurra alguno de los mencionados factores de conexión entre el Estado y el hecho extraterritorial ya referidos, que atienden bien a la identidad del autor (conforme al principio de personalidad activa un Estado puede castigar los hechos cometidos por sus nacionales en el extranjero), la identidad de la víctima (según el principio de personalidad pasiva el Estado puede castigar delitos cometidos contra sus nacionales en el extranjero), o a la naturaleza del delito (por ejemplo, los ya explicados principios de protección y universalidad), además del principio de representación (el Estado castiga solo en calidad de representante de otro Estado que puede castigar legítimamente).

Sin embargo, hay dos razones principales - una de derecho positivo y otra de orden teórico - en virtud de las cuales estos principios constituyen una contención extremadamente débil al poder sancionador del Estado. Examinemos brevemente la primera. La mayoría de los ordenamientos jurídicos presentan “cláusulas abiertas”, que permiten extender el ALPE a todos los hechos extraterritoriales que se acuerden en tratados internacionales.³⁹ Debido al considerable aumento del número de tratados multilaterales que tienen por objeto combatir la impunidad de ciertos delitos,⁴⁰ la consecuencia es una expansión notable de las “excepciones” al principio de territorialidad. A través de este “principio del tratado” (*Vertragsprinzip*),⁴¹ el ALPE puede ser expandido a hechos extraterritoriales que carecen de relación alguna con el Estado, sin vulnerar el Derecho internacional público. La excepción, en suma, deviene regla.

Todavía más, la mayoría de estos tratados regula solo un mínimo de factores de conexión en virtud de los cuáles los Estados deben extender el ALPE, pero no un máximo.⁴² Con un ejemplo: en conformidad con el Art. 4º de la “Convención de las Naciones Unidas contra el Tráfico Ilícito de Estupefacientes y Sustancias Sicotrópicas”, las partes deben castigar, entre otros, los delitos cometidos en su territorio, así como los hechos extraterritoriales cometidos por personas que están en el país, no pudiendo ser extraditadas por ser nacionales.⁴³ Paralelamente, la Convención “no excluye el ejercicio de las competencias penales establecidas por una Parte de conformidad con su derecho interno”. Es decir, permite a los Estados recurrir a cualquier otro principio respecto de los delitos comprendidos en el tratado. ¿Y a qué factores de conexión han recurrido los ordenamientos jurídicos? El legislador alemán recurre al principio de universalidad (§ 6 Nr. 5

³⁸ En este sentido, WERLE/JEßBERGER, «Vor § 3», *LK-StGB*, 13ª ed., 2020, nm. 21; y AMBOS, *Internationales Strafrecht*, 5ª ed., 2018, p. 24. La fuente formal de los principios citados es el Art. 2 (Nr. 1º y 4º) de la Carta de la ONU.

³⁹ Ejemplo de ello son el art. 6 Nr. 8 del COT chileno, o los algo más restrictivos § 6 Nr. 9 del StGB alemán y apartado p) del artículo 23.4 de la LOPJ española. Sobre el alcance de la norma alemana (muy similar a la española), véase AMBOS, *Internationales Strafrecht*, 5ª ed., 2018, pp. 75-78 y SCHIEMANN, *JR*, (7), 2017, p. 342.

⁴⁰ Werle y Jeßberger (LOS MISMOS, «Vor § 3», *LK-StGB*, 13ª ed., 2020, nm. 57 ss.) ofrecen una visión general sobre los tratados de esta naturaleza ratificados por Alemania. La referencia es útil porque la mayoría de esos tratados también han sido ratificados por España y, salvo los que se restringen al ámbito europeo, por los países latinoamericanos.

⁴¹ Así lo denominan Werle y Jeßberger en LOS MISMOS, «Vor § 3», *LK-StGB*, 13ª ed., 2020, nm. 269.

⁴² Sobre algunos tratados que prevén la obligación de extender el *ius puniendi* a hechos extraterritoriales, véase WERLE/JEßBERGER, «Vor § 3», *LK-StGB*, 13ª ed., 2020, nm. 31-38. Para un análisis crítico de estos tratados, cfr. JEßBERGER, *Der transnationale Geltungsbereich des deutschen Strafrechts*, 2011, pp. 292-294.

⁴³ Esta cláusula es especialmente importante respecto de aquellos países que prohíben la extradición de sus nacionales. Un ejemplo es la *Grundgesetz* alemana, que en su Art. 16 inciso 2 prevé una prohibición relativa, permitiendo la extradición solamente a países miembros de la UE y a tribunales internacionales.

StGB), por lo que Alemania puede perseguir y castigar a un ciudadano francés que le vende 10 gramos de cannabis a uno de nacionalidad peruana en Paraguay, y que nunca ha estado en el territorio alemán.⁴⁴ Por el contrario, el legislador chileno, más cauto, establece que los delitos de la “ley de drogas” se entienden como delitos contra la salud pública,⁴⁵ y por tanto su comisión en el extranjero, de acuerdo con el art. 6 Nr. 3 COT, se castiga solo cuando “ellos pusieren en peligro la salud de habitantes de la República”. Es decir, el derecho chileno prevé el principio de protección, y por ende no le interesa la exportación de drogas desde Afganistán a China, si es que el país de destino no es Chile.⁴⁶ Estos ejemplos demuestran que el legislador, desde la perspectiva del Derecho internacional público, puede extender el ALPE a placer.

No obstante, podría quizá afirmarse que solo cierta clase de delitos, a saber, aquellos cuya comisión y/o resultado suelen ser transfronterizos, son objeto de estos tratados (por ejemplo, delitos de tráfico de armas o de personas), y no así otros ilícitos tales como las lesiones, el hurto o los delitos contra la seguridad vial, los cuales no se verían afectados por esta expansión extraterritorial del *ius puniendi*. Sin embargo, ello no necesariamente es así: la extendida convicción de que la persecución de ciertas categorías de delitos es una obligación moral, que exige (o al menos habilita) la jurisdicción universal de todo Estado,⁴⁷ constituye una segunda razón que priva de fuerza al Derecho internacional público en cuanto límite relevante al castigo de hechos extraterritoriales. Un claro ejemplo de ello es la siguiente afirmación de AMBOS: “si el autor comete un delito universalmente reconocido, por ejemplo, un delito de homicidio, puede ser discutible cuál es el Derecho penal aplicable, pero no la responsabilidad penal como tal (*Strafbarkeit als solche*)”.⁴⁸ De esta manera, se construye un “*injusto universal*” que es absolutamente independiente de la relación previa que exista entre el autor del hecho y el Estado que lo pretende castigar. Sin embargo, la indeterminación de qué podemos entender por un delito universalmente reconocido tiene como consecuencia la posibilidad de aplicar el principio de universalidad a delitos de mediana gravedad (como el ya referido tráfico de pequeñas cantidades de drogas o la falsificación de moneda) o incluso más bien leves, tales como el hurto, la estafa o el delito de daños.⁴⁹

⁴⁴ Ello sin perjuicio de que el órgano persecutor pueda discrecionalmente abstenerse de perseguir, en conformidad al § 153 c de la Ordenanza procesal penal alemana (StPO).

⁴⁵ Véase el art. 65 de la ley 20.000, la cual sanciona el tráfico ilícito de estupefacientes y sustancias sicotrópicas.

⁴⁶ Pese a ello, hay doctrina y jurisprudencia en Chile que insiste en afirmar que estos delitos están sujetos al principio de universalidad. Ejemplo de esta postura es la sentencia del 3° Tribunal Oral en lo Penal de Santiago en causa RIT 125-2008, Considerando 9°, p. 206.

⁴⁷ En este sentido, JOYNER, «Arresting Impunity: The Case for Universal Jurisdiction In Bringing War Criminals to Accountability», *Law & Contemporary Problems*, (59-4), 1996, p. 165, respecto de los criminales de guerra.

⁴⁸ AMBOS, *Internationales Strafrecht*, 5ª ed., 2018, p. 6. Por contrapartida, recuérdese aquí la definición de “murder” propuesta por COKE (véase supra, n. 17).

⁴⁹ Un ejemplo paradigmático en este sentido es el § 6 Nr. 8 StGB que aplica el principio de universalidad a la estafa de subvenciones. Por su parte, el Tratado de Derecho Penal Internacional de Montevideo de 1940, firmado por algunos Estados latinoamericanos (importante por ser uno de los primeros tratados en la materia, aunque nunca entró en vigor) preveía el principio de universalidad, entre otros ilícitos, para la destrucción o deterioro de cables submarinos. En la literatura alemana se ha defendido tanto la aplicación del principio de universalidad a todos aquellos delitos contra bienes jurídicos “internacionales” (entendiéndose por tales a aquellos supuestamente comunes a todos los pueblos, incluyéndose así ilícitos tales como el hurto o el delito de daños, cfr. HÖFFE, *Gibt es ein interkulturelles Strafrecht? Ein philosophischer Versuch*, 1999, p. 27), como la idoneidad de este principio respecto de todos los “delitos naturales”, entre

De este modo, la obligación moral de perseguir cierto tipo de delitos especialmente graves cometidos en el extranjero se puede transformar fácilmente en una facultad para castigar toda clase de hechos extraterritoriales. En efecto, muchos autores que enfatizan que la función del Derecho penal consiste en la protección de bienes jurídicos tienden a justificar los diferentes principios del Derecho internacional, finalmente, en la necesidad de evitar lagunas de punibilidad que puedan perjudicar la optimización de su protección: así fundamenta el penalista chileno CURY el principio de personalidad activa,⁵⁰ y así es justificado frecuentemente también el principio de representación en la doctrina alemana.⁵¹ Pero si se quiere combatir efectivamente la impunidad, el principio al que debe recurrirse es el de universalidad, ya que al prescindir de cualquier necesidad de relación previa entre el Estado y el hecho extraterritorial o su autor, este principio es el que permite una protección más completa de los bienes jurídicos. Por ello, como afirma con razón PAWLIK, una aplicación coherente de la TBJ solo puede reconocer un principio, a saber, el de universalidad.⁵²

Así las cosas, el afán por proteger bienes jurídicos a toda costa, disfrazado bajo la necesidad de resguardar derechos humanos universales,⁵³ termina por ignorar la necesidad de justificar la pena frente al autor del hecho, y amenaza con un proceso de expansión imparable del *ius puniendi* estatal,⁵⁴ que, como ha demostrado la práctica, no se restringe a los crímenes gravísimos que se castigan en el Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional. Ahora bien, ¿pueden las teorías del Derecho penal del ciudadano (en adelante, “DPC”), ofrecer una solución diferente en este ámbito? A continuación, revisaré qué ventaja tienen las teorías del DPC desde el punto de vista de la legitimación de la pena, para posteriormente examinar si ellas pueden brindar una respuesta distinta a la TBJ en el ALPE.

3. El vínculo político como presupuesto de la pena (legítima): el Derecho Penal del Ciudadano

¿Qué aporta la noción de ciudadanía a la justificación de la pena? En general se reconoce que la conformidad de una norma penal con el Derecho internacional público y su aptitud para prevenir

los cuales se encontrarían la estafa y el delito de incendio (así argumentaba SCHMID, cfr. GÄRDITZ, *Weltrechtspflege. Eine Untersuchung über die Entgrenzung staatlicher Strafgewalt*, 2006, p. 84).

⁵⁰ Cfr. CURY, *PG*, 7ª ed., 2005, pp. 214 ss.

⁵¹ En este sentido, cfr. SATZGER, *JURA*, (2), 2010, p. 110; AMBOS, *Internationales Strafrecht*, 5ª ed., 2018, pp. 78 s.; y JESCHECK/WEIGEND, *AT*, 5ª ed., 1996, § 18/II/6.

⁵² PAWLIK, *FS-Schroeder*, 2006, pp. 360-361. El hecho de que en algunos países como Chile el ALPE sea más limitado que en Alemania o en España se debe posiblemente a diferencias en los valores que informan a los sistemas jurídicos (por ejemplo, la protección del medio ambiente y la consecuente regulación de los delitos ambientales) así como a una menor confianza del legislador chileno en su capacidad de extender su jurisdicción a hechos extraterritoriales. Sobre esto último, cfr. CURY, *PG*, 7ª ed., 2005, p. 215, quien explica la restricción de la norma del art. 6 Nro. 5 COT, que sanciona la falsificación de moneda chilena cometida en el extranjero solo cuando el sujeto activo del delito es chileno o un extranjero que se encuentre en Chile, como una “consideración sobre la practicabilidad de la norma”).

⁵³ Un ejemplo de ello – si bien pensado para justificar un Derecho penal supranacional – lo constituye el “derecho del ciudadano mundial” (*Weltbürgerrecht*) pregonado por AMBOS, que deriva la legitimidad del *ius puniendi* de la vulneración de “derechos universales”. Al efecto, véase AMBOS, «¿Castigo sin soberano? La cuestión del *ius puniendi* en Derecho Penal Internacional», *Cuadernos de conferencias y artículos*, (42), 2013, pp. 52 ss.

⁵⁴ Al respecto, en detalle, cfr. COCA VILA/IRRARRÁZAVAL ZALDÍVAR, «A Criminal Law for Semi-Citizens», 2021.

nuevos delitos no bastan para legitimar la pena,⁵⁵ pues esta debe justificarse frente al principal afectado por ella, esto es, quien sufre el dolor penal o *hard treatment*.⁵⁶ Los autores que se adhieren a la TBJ suelen considerar que ello se cumple en la medida en que se respete el principio de culpabilidad,⁵⁷ o bien sostienen que el autor consiente la imposición de la pena al cometer el delito.⁵⁸ Ambos razonamientos, al legitimar la pena en las circunstancias propias de la comisión del delito, no representan una exigencia mayor a la justificación del castigo estatal.⁵⁹ Un ejemplo de esta postura en el ALPE es el fundamento que la doctrina mayoritaria en Alemania ofrece para el principio de protección: este se justificaría frente al autor, porque “es el autor mismo (al cometer el hecho) quien ha creado una relación con el poder sancionador del Estado afectado”.⁶⁰

Sin embargo, estas posiciones tienen un fundamento deficitario, pues confunden el “saber” con el “querer”: el autor sabe que arriesga ser encarcelado si hurta, pero ello no implica que acceda a ser castigado “por adelantado”, sino solo que decide correr con el riesgo de ello. Lo querido por el autor en realidad, astutamente (*aus Klugheitsgründen*), es que solo se castiguen los delitos cometidos por los demás miembros de la comunidad, pero no los suyos propios.⁶¹ Por ello, solo puede afirmarse que el autor racionalmente debiera aceptar ser castigado (y no que acepta serlo). Sin embargo, para poder establecer cuándo es razonable que el autor acepte su castigo es necesario examinar no solamente las circunstancias propias del hecho, sino también las condiciones previas a la comisión del delito.⁶²

Las teorías del DPC pretenden hacerse cargo de este déficit. Para ellas, el principio de culpabilidad y la decisión de cometer el delito son necesarios, pero no suficientes, para justificar la pena frente al autor.⁶³ Un Derecho penal de raigambre liberal no puede simplemente arrogarse

⁵⁵ Sin embargo, cabe tener presente que en ocasiones se considera que ni siquiera vulneraciones al Derecho internacional público tan claras como el rapto del presunto autor en el territorio de otro Estado, cometido por parte del Estado que lo juzga, afectan la legitimidad de la pena. Así sostiene la “Ker-Frisbie-Doctrine” de la Corte Suprema de EEUU (por ejemplo, en *United States v. Alvarez-Machain*, 504 U.S. 655, 1992) y esta es también la posición de JESCHECK/WEIGEND, *AT*, 5ª ed., 1996, § 18/I/4, sobre el caso Eichmann.

⁵⁶ Así sostiene, por ejemplo, PAWLIK, *FS-Schroeder*, 2006, pp. 358 y 384-385, n. 143.

⁵⁷ Así argumentan ROXIN/GRECO, *AT*, v. I, 5ª ed., 2020, § 3/61.

⁵⁸ Esta posición ha sido defendida también por autores clásicos como HEGEL, *Grundlinien der Philosophie des Rechts oder Naturrecht und Staatswissenschaft im Grundrisse*, 15ª ed., 2017, § 100, p. 192 o FEUERBACH (cfr. PAWLIK, *Das Unrecht des Bürgers*, 2012, p. 70).

⁵⁹ Cfr. HÖRNLE, *Straftheorien*, 2ª ed., 2017, pp. 49 ss., quien distingue esta clase de propuestas de legitimación de la pena concreta frente al autor (que se refieren solo a las circunstancias del delito mismo) de aquellas que se fundan en circunstancias previas a su comisión.

⁶⁰ Esto sostienen WERLE/JESBERGER, «Vor § 3», *LK-StGB*, 13ª ed., 2020, nm. 244. En el mismo sentido, SATZGER, *JURA*, (2), 2010, p. 110.

⁶¹ Así argumenta PAWLIK, «Kritik der präventionstheoretischen Strafbegründungen», *FS-Rudolphi*, 2004, p. 216. También HOBBS, *Leviathan*, 1651, Cap. XXVIII, p. 190, consideraba inválido un consentimiento al castigo, pues el condenado siempre preserva el derecho a la autodefensa, incluso contra el Estado: “no man is supposed bound by covenant not to resist violence; and consequently it cannot be intended that he gave any right to another to lay violent hands upon his person”.

⁶² En este sentido, cfr. HÖRNLE, *Straftheorien*, 2ª ed., 2017, pp. 50-51 y DUFF, *Punishment, Communication and Community*, 2001, p. 37.

⁶³ Este razonamiento no es aplicable a las teorías deliberativas, conforme a las cuales si el sujeto no tuvo la posibilidad de expresar su desacuerdo con la norma en el proceso legislativo (en cuanto *Staatsbürger*), no está obligado a seguir la norma en cuanto persona de derecho (*Rechtsperson*), y por tanto no puede ser culpable. Es decir, conforme a estas teorías, no puede haber culpabilidad sin ciudadanía. Véase por ejemplo GÜNTHER, *Schuld und kommunikative Freiheit*, 2005, pp. 252-256; o MAÑALICH, *REJ*, (6), 2005, pp. 65-68.

la competencia/autoridad para castigar a un individuo, pues ello supondría ignorar los intereses (la libertad) del sujeto, y castigarlo por razones heterónomas que a él eventualmente no le incumben, como el mantenimiento del orden social en una sociedad que no es la suya.⁶⁴ La propia constatación de la culpabilidad del autor presupone que quien lo llama a rendir cuentas en el juicio penal es competente para atribuirle dicha culpabilidad. DUFF afirma que la legitimidad del tribunal para juzgar es un asunto independiente de la culpabilidad (*guilt*) del imputado y del respeto al debido proceso, no siendo posible sustituir una deficiencia en el primer aspecto ni siquiera si los otros dos elementos se dan en forma perfecta, pues estos no permiten contestar la pregunta del imputado “*By what right do you try me?*”.⁶⁵ Una línea similar adopta PAWLIK: si el delito es la vulneración del deber de cooperar al mantenimiento de un estado de libertades, entonces primero debe determinarse si el autor estaba obligado para con el Estado que lo pretende castigar. Solo ante una respuesta afirmativa se puede analizar el contenido de la obligación en el caso concreto -esto es, la competencia (*Zuständigkeit*) del autor-, y si el comportamiento por el que es competente le es a su vez imputable (*zurechenbar*).⁶⁶

La respuesta que ofrecen las teorías del DPC es que la legitimidad del Estado para castigar a un individuo surge de la relación que existía entre ambos con anterioridad a la comisión del delito. En concreto exigen, como su nombre lo indica, un vínculo político, que se materializa en la ciudadanía.⁶⁷ Sin embargo, los autores que dan importancia a la ciudadanía en el Derecho penal discrepan notablemente en al menos tres puntos principales: i) la noción de ciudadanía que utilizan de base (así, por ejemplo, PAWLIK parece recurrir en última instancia a un concepto formal de ciudadanía, mientras SILVA SÁNCHEZ, DUFF o las teorías deliberativas -GÜNTHER, KINDHÄUSER, MAÑALICH- recurren a conceptos materiales, pero les atribuyen diferentes significados); ii) la legitimidad de la imposición de penas a no ciudadanos (SILVA SÁNCHEZ la acepta respecto de los *mala in se* violentos, PAWLIK considera que las sanciones en estos casos nunca son penas, sino medidas de combate de peligros, mientras que DUFF es reacio a admitir sanciones a no ciudadanos, pero amplía sobremanera el concepto de ciudadanía); y iii) los efectos concretos de sus modelos en el ALPE, es decir, qué principios del Derecho internacional público consideran legítimos como base para la imposición de penas o de medidas preventivas. En el próximo apartado analizaré los tres modelos anunciados de DPC, y comprobaré si sus efectos en el ALPE son diferentes a los de la ya examinada TBJ.

⁶⁴ Sobre este punto, cfr. ZACZYK, «Die Notwendigkeit systematischen Strafrechts - Zugleich zum Begriff „fragmentarisches Strafrecht“, *ZStW*, (4), 2012, pp. 701-703.

⁶⁵ DUFF, «Authority and responsibility in international criminal law», en BESSON/TASIOULAS (eds.), *Philosophy of International Law*, 2010, pp. 591-592 y 598.

⁶⁶ PAWLIK, *Das Unrecht des Bürgers*, 2012, p. 23. Ejemplos de otros autores que distinguen entre culpabilidad y la autoridad moral y/o política que tiene un Estado para castigar son GILMAN, «The Poverty Defense», *University of Richmond Law Review*, (47), 2013 y CIGÜELA, «Injusticia social y derecho penal: sobre la ilegitimidad política del castigo», *DOXA, Cuadernos de Filosofía del Derecho*, (42), 2019. En sentido similar HUDSON, «Punishing the Poor: Dilemmas of Justice and Difference», en HEFFERNAN/KLEINIG (eds.), *From Social Justice to Criminal Justice. Poverty and the Administration of Criminal Justice*, 2000, pp. 192-193, quien sostiene que la culpabilidad tiene dos componentes: por un lado, la capacidad (entendida como libertad física de acción) y por otra la “*freedom of choice*”, que agrupa a su vez factores como raza, género o antecedentes socioeconómicos.

⁶⁷ Cfr. por ejemplo PAWLIK, *Das Unrecht des Bürgers*, 2012, especialmente pp. 99-110; o DUFF, *The Realm of Criminal Law*, 2018, pp. 102-145. Y próximamente, en profundidad, COCA VILA/IRRARRÁZAVAL ZALDÍVAR, «A Criminal Law for Semi-Citizens», 2021.

4. Ciudadanía y castigo de hechos extraterritoriales

4.1. SILVA SÁNCHEZ: Entre un “Derecho penal natural” y un “Derecho penal del ciudadano”

SILVA SÁNCHEZ también sostiene que la legitimidad política del Estado para castigar se debe distinguir de la culpabilidad *stricto sensu*, explicitando que lo que puede exigirle el Estado a un individuo depende de la relación previa entre ambos.⁶⁸ El vínculo que legitima la pena es en principio la ciudadanía. Asimismo, SILVA SÁNCHEZ adopta una concepción material de ciudadanía: ciudadano no es necesariamente quien tiene un documento de identidad que acredita que forma parte de una comunidad política, sino quien tiene un nexo real con dicha comunidad. Conforme a este autor, el grado de vinculación depende de tres elementos: grado de participación democrática, protección negativa recibida (contra ataques de terceros) y protección positiva garantizada subsidiariamente (derechos sociales). A menor vinculación entre el Estado y el individuo, en función de la intensidad con que se presentan estos tres factores, más baja debe ser la pena. No obstante, de no haber relación previa alguna entre el Estado y un sujeto que lo ataca desde el extranjero, este último es un “outsider en sentido estricto”, contra el que cabe la aplicación de “medidas de defensa”, pero no de penas.⁶⁹ La aceptación de estas medidas, a las que SILVA SÁNCHEZ no se refiere en detalle, permite ampliar la capacidad del Estado de sancionar hechos extraterritoriales sin dotar esa facultad de contornos claros, al igual que, como se advertirá, sucede con el modelo de PAWLIK.

A ello debe agregarse que SILVA SÁNCHEZ exige de esta legitimación de la pena con base en la ciudadanía a los delitos “*mala in se*” violentos.⁷⁰ Según SILVA SÁNCHEZ ciertos *mala in se*, constituido por actos violentos o intimidatorios contra las personas, suponen la infracción de deberes naturales, y por ende el castigo extraterritorial de estos hechos no sería problemático. SILVA SÁNCHEZ considera que estos delitos (algunos ejemplos de ellos serían homicidios, robos e incluso coacciones) legítimamente pueden sujetarse al principio de universalidad, que como vimos, no exige relación alguna entre el Estado y el autor o su hecho.⁷¹ Al legitimar la pena en estos casos en la naturaleza del delito, la funda, al igual que los defensores de la TBJ, en

⁶⁸ Cfr. SILVA SÁNCHEZ, *Malum passionis*, 2018, pp. 106-110; y EL MISMO, «Soziale Ungleichheit und strafrechtliche Verantwortlichkeit», *FS- Kindhäuser*, 2019, pp. 475-486.

⁶⁹ El razonamiento expuesto se encuentra en SILVA SÁNCHEZ, *Malum passionis*, 2018, pp. 67-86.

⁷⁰ Para distinguir entre los *mala in se* y los *mala quia prohibita*, Silva Sánchez recurre a una sentencia de una corte estatal de EEUU, conforme a la cual “*a malum in se offense is naturally evil as adjudged by the sense of a civilized community whereas a malum prohibitum offense is wrong only because a statute makes it so*” (véase EL MISMO, *Malum passionis*, 2018, p. 63, n. 137). La distinción entre delitos naturales y delitos iuspositivos se encuentra presente ya en la escolástica tardía y el iusnaturalismo racionalista. Al respecto cfr. ALLEN, «The Nature of a Crime», *Journal of Comparative Legislation and International Law*, (13-1), 1931, pp. 15 ss.; y RENZIOWSKI, «Mala per se et delicta mere prohibita - rechtsphilosophische Bemerkungen zum Rückwirkungsverbot (Art. 7 EMRK)», *FS-Krey*, 2010, pp. 411 ss.).

⁷¹ Si no hay una persecución universal de estos delitos, argumenta SILVA SÁNCHEZ, sería solamente por razones prácticas. Véase EL MISMO, *Malum passionis*, 2018, p. 68, n. 150. Sobre la distinción entre los delitos que consistirían en la infracción de obligaciones naturales (*mala in se* violentos) y aquellos que devienen de la vulneración de obligaciones adquiridas (*mala in se* no violentos y todos los *mala quia prohibita*), véase las pp. 67-71 de la misma obra.

circunstancias relativas al delito mismo.^{72/73} Bajo esta lógica, España podría imponerle legítimamente una pena al autor de un robo con intimidación (*malum in se* violento) que comete un ciudadano chileno contra uno argentino en Colombia, pero no a un hurto (*malum in se* no violento) cometido contra un ciudadano español por el mismo autor en el mismo país. En el primer caso, se trataría de un “juicio vicarial, que el Estado realiza en nombre de toda la comunidad humana”.⁷⁴

Detrás de este razonamiento se esconde, pese a la separación que anuncia SILVA SÁNCHEZ entre culpabilidad y legitimidad política del castigo, una identificación del segundo elemento con el primero,⁷⁵ que es precisamente lo que DUFF critica.⁷⁶ La prueba de ello es que SILVA SÁNCHEZ trata de manera diferente la legitimidad del Estado para castigar a un individuo excluido socialmente según si el delito se puede atribuir o no al “contexto de pobreza”. Desde la perspectiva de un DPC “puro”, por el contrario, dicha legitimidad debiera depender de si el Estado ha cumplido su función (en este caso, proveer protección positiva en la medida de sus capacidades para que el sujeto supere o no entre al contexto de pobreza), y no de cómo la exclusión social influyó en el actuar concreto del condenado (que es un problema de culpabilidad en sentido estricto).⁷⁷

Volvamos ahora al concepto de delitos “*mala in se*”. La noción de delitos *mala in se* es problemática por varias razones. La primera es la dudosa viabilidad de un “estándar de valores mínimo universal”, del cual derivarían estos delitos. Ello no solo por las dificultades para fundarlo desde una perspectiva filosófica,⁷⁸ sino especialmente por las enormes diferencias entre los valores que informan a los diversos sistemas jurídicos.⁷⁹ Para apreciar estas discrepancias no

⁷² Las consecuencias de esta posición no distan mucho a legitimar la pena en la existencia de una comunidad universal de carácter moral (como propuso en su momento DUFF respecto del principio de universalidad, según se verá en el próximo apartado), puesto que tal tesis tampoco obliga a atender a circunstancias previas al hecho (la comunidad moral se da simplemente por supuesta).

⁷³ También JAKOBS, quien dice aceptar el argumento de GÜNTHER consistente en que la pena se debe legitimar frente al sujeto en función de su posibilidad de participar en la elaboración de la norma, excluye ciertos delitos de esta exigencia (tales como aquellos contra la vida, la libertad o la propiedad adquirida mediante el trabajo). Véase JAKOBS, «Die Schuld der Fremden», *ZStW*, (4), 2016, p. 845, n. 54.

⁷⁴ SILVA SÁNCHEZ, *Malum passionis*, 2018, pp. 111-112.

⁷⁵ Me refiero a la idea intuitiva que, en el caso de delitos como el homicidio o la violación (*mala in se* violentos), no importa quién castiga al autor, porque este normalmente pudo reconocer que cometía un injusto, y por ende actuar de otra manera.

⁷⁶ Ver apartado 3 *supra*, tercer párrafo, en cuanto se refiere a la distinción que hace DUFF entre legitimidad del tribunal para juzgar, por un lado, y la culpabilidad del castigado, por otro.

⁷⁷ Sobre este punto, véase SILVA SÁNCHEZ, *Malum passionis*, 2018, pp. 111-112. También MAÑALICH identifica legitimidad política y culpabilidad: refiriéndose al problema que se plantea para la legitimación de la pena frente a extranjeros en el marco de un DPC, afirma que la mayor viabilidad de plantear en este caso una exclusión de la culpabilidad por error de prohibición “no significa otra cosa que el reconocimiento de la improcedencia de un reproche por déficit de fidelidad al derecho”, atendido el carácter heterónimo que tiene la norma a su respecto. Véase MAÑALICH, *REJ*, (6), 2005, p. 69. Esta solución parece dudosa: si, como afirman las teorías deliberativas, el Estado solo puede castigar legítimamente al “ciudadano deliberativo” (ver n. 61 *supra*), ¿cuál es el sentido de analizar si el *outsider* (a quien de entrada no se puede castigar legítimamente) actuó conociendo o no la licitud de su conducta?

⁷⁸ A modo de ejemplo, el existencialismo ateo (SARTRE, HEIDEGGER) estima que no puede existir una naturaleza humana, de la cual derivaría este estándar, puesto que no existe un Dios que la pueda haber concebido. Véase SARTRE, *L'existentialisme est un humanisme*, 1996, p. 29-30.

⁷⁹ Incluso autores que defienden la existencia de un estándar mínimo universal han criticado que actualmente el debate sobre su contenido se ve desvirtuado por un “imperialismo moral” de occidente, que

es necesario recurrir a costumbres que son repugnantes desde nuestra perspectiva, como los crímenes de honor o la mutilación genital femenina, sino que podemos encontrar desavenencias relevantes respecto de los valores más elementales entre países con tradiciones jurídicas similares. Ejemplo de ello son las diferencias sobre cuándo comienza la vida (que influye en la regulación del aborto), o el derecho a disponer sobre la misma (eutanasia y homicidio a petición).⁸⁰ De poco sirve entonces estar de acuerdo en un valor “determinado” si su perímetro resulta profundamente controvertido. Así, WALDRON argumenta en favor del estándar moral universal, indicando que un mulá iraní, al defender la censura de la pornografía en internet, no está negando la existencia de dicho estándar (que contemplaría la “libertad de expresión”), sino que difiere solamente en su interpretación (por ejemplo, esta libertad no cubriría la pornografía).⁸¹ Pero este razonamiento es débil, pues también podría el mulá aseverar que la libertad de expresión no cubre aquellas críticas de opositores que ponen en peligro al régimen teocrático, postura que privaría a la libertad de expresión de cualquier valor desde la perspectiva “occidental”.⁸²

Los problemas en la concreción de un estándar moral mínimo producen a su vez dificultades para distinguir entre delitos *mala in se* y *mala prohibita*. Incluso partidarios de esta distinción, como DUFF, reconocen que el legislador debe precisar los contornos de los *mala in se* (por ejemplo, si una mujer puede abortar o bajo qué causales). Pero no todos los miembros de la comunidad política estarán de acuerdo con esa “precisión”, siendo la justificación de la norma frente a ellos similar a la de un *Malum prohibitum* (piénsese en la legitimación de la norma que prohíbe el aborto frente a la mujer que considera que el feto no es aún un ser humano: esta ya no puede consistir en una obligación natural universalmente reconocible, sino que meramente en la autoridad de la ley).⁸³ En todo caso, la distinción entre ambas clases de delitos, de ser factible, es necesariamente gradual, teniendo todos -o, como mínimo, una importante parte de los delitos- una naturaleza mixta que no se corresponde con estos tipos ideales.⁸⁴

dificulta alcanzar consensos. Véase WALDRON, «How to Argue for a Universal Claim», *Columbia Human Rights Law Review*, (30-2), 1999, pp. 313-314.

⁸⁰ En el mismo sentido, cfr. PAWLIK, *FS-Schroeder*, 2006, p. 363, n. 32 y SACHS, *Moral, Tadel, Buße. Zur Strafrecht von Antony Duff*, 2015, p. 120, n. 338.

⁸¹ WALDRON, *Columbia Human Rights Law Review*, (30-2), 1999, p. 311-313.

⁸² Por ello, deben ser miradas con suspicacia aquellas propuestas que llaman a convertir en crímenes internacionales sujetos al principio de universalidad a todos los *mala in se* “puros” (por ejemplo, FABRE, *Cosmopolitan Peace*, 2016, pp. 208-209, n. 43) o a todos los delitos que “deniegan a la víctima su estatus de ser humano” (en este sentido, cfr. RENZO, «Crimes Against Humanity and the Limits of International Criminal Law», *Law and Philosophy*, (31-4), 2012, pp. 458 ss.). Como señala STAHN (*A Critical Introduction to International Criminal Law*, 2019, p. 20), el concepto de *malum* es inherentemente subjetivo y por ende arbitrario y sujeto a abusos en su interpretación. Asimismo, GREEN recalca no solo el carácter relativo de los valores morales en el tiempo y en el espacio, sino también la influencia recíproca entre Derecho penal y moralidad pública: la tipificación de una conducta incide en que esta se vea como inmoral (cfr. GREEN, «Why It's a Crime to Tear the Tag Off a Mattress: Overcriminalization and the Moral Content of Regulatory Offenses», *Emory Law Journal*, (46), 1997, pp. 1554-1556).

⁸³ DUFF reconoce el problema, pero no ofrece criterios de distinción adicionales (véase DUFF, *Punishment, Communication and Community*, 2001, pp. 64-66 y p. 122). Para una crítica a la distinción entre ambas clases de delitos en DUFF, véase MAÑALICH, «Responsabilidad, autoridad y democracia una exploración crítica de la filosofía del derecho penal de Antony Duff», *Discusiones*, (XVII), 2016.

⁸⁴ El carácter gradual de la distinción es defendido por GREEN, «The Conceptual Utility of Malum Prohibitum», *Dialogue*, (55-1), 2016. Un ejemplo de esta naturaleza mixta son los delitos que castigan actividades sexuales con personas incapaces de consentir por ser menores de edad: aunque se considere que efectivamente mantener tales relaciones con una persona incapaz de consentir válidamente sí

En razón de lo expuesto, el supuesto carácter “natural” del injusto no puede ser un reemplazo funcional a la relación de ciudadanía, que permita una legitimación suficiente de la pena frente al afectado por ella.⁸⁵ En otras palabras, la gravedad o naturaleza del delito no puede convertir a un *outsider* (no ciudadano) en un *insider* (ciudadano) desde el punto de vista de la legitimidad de la pena: o se es ciudadano (plenamente o en algún grado), o no se es, pero de ningún modo puede el comportamiento de un sujeto determinar la naturaleza del vínculo que le une con una comunidad política. Revisemos a continuación si los planteamientos de DUFF y PAWLIK se atienen a esta premisa.

4.2. DUFF: ¿Responsabilidad ante quién?

DUFF recalca el carácter relacional de la responsabilidad penal, señalando que debemos preguntarnos no solo “quién” es responsable y “de qué”, sino que también “ante quién”.⁸⁶ El Derecho, en cuanto encarnación de los valores de una sociedad (*common law*), no puede ser una imposición externa ante sus miembros, sino que aspira a hablar en nombre de la comunidad política y de sus ciudadanos.⁸⁷ La ley penal presupone, entonces, una comunidad política, y sus funciones consisten, por una parte, en definir qué conductas exigen una reacción penal (*public wrongs*), por afectar la esfera pública (*public realm*) de dicha sociedad, y por otra, en reaccionar al injusto través del proceso penal, el cual es un “llamado a rendir cuentas”.⁸⁸ Asimismo, DUFF recalca el “componente moral” del Derecho penal, que lo distingue de otras ramas del Derecho,⁸⁹ y aboga por una teoría de la unión (fusión de elementos retributivos y preventivos), en que el castigo es entendido como “un modo de educación moral”.⁹⁰

constituye un *malum in se*, el tipo penal, al establecer una edad de consentimiento determinada, necesariamente lo hace a partir de valores sociales imperantes que no son compartidos por todos los miembros de la comunidad.

⁸⁵ En todo caso, incluso si se admitiera la existencia de obligaciones para con instituciones extrañas a nosotros (por ejemplo, un Estado extranjero con el que no tenemos relación), en la medida en que dichas instituciones sean justas (posición que defiende WALDRON), la naturaleza de la obligación del *insider* seguiría teniendo necesariamente una entidad diferente a la del *outsider*, pues en el primer caso hay un motivo de legitimación adicional (el vínculo previo). Por ende, de aceptarse la existencia de delitos *mala in se*, la noción de ciudadanía seguiría siendo importante, aunque se tratara de un “delito natural”. El mismo SILVA SÁNCHEZ parece reconocer esto, al considerar que también en los “delitos naturales” puede haber una atenuación adicional de la pena en caso de un vínculo más débil entre el Estado y el sujeto al que se castiga “por la disminución de la legitimidad del Estado para exigir responsabilidad por ellos” (SILVA SÁNCHEZ, *Malum passionis*, 2018, p. 84, n. 210). Cabe señalar que WALDRON también reconoce la entidad diferente de los delitos cometidos por *insiders* y *outsiders*. Véase WALDRON, «Special Ties and Natural Duties», *Philosophy & Public Affairs*, (22-1), 1993, p. 18.

⁸⁶ Véase DUFF, «Answering for Crime», *Proceedings of the Aristotelian Society*, (106-1), 2006, p. 87.

⁸⁷ Así afirma DUFF, *The Realm of Criminal Law*, 2018, p. 110. Al respecto, véase también COCA VILA, «Recensión a R. Anthony Duff, *The Realm of Criminal Law*», *InDret*, (2), 2019, p. 11.

⁸⁸ DUFF, «Criminal law and political community», *International Journal of Constitutional Law*, (16-4), 2018, pp. 1251-1252.

⁸⁹ Véase SACHS, *Moral, Tadel, Buße. Zur Strafrechtstheorie von Antony Duff*, 2015, p. 98.

⁹⁰ DUFF, *Punishment, Communication and Community*, 2001, p. 89. Cabe tener presente que DUFF concibe su teoría de la pena como una “teoría unificadora”, en que los elementos retributivos y preventivos no se contradicen, a diferencia de lo que sucedería con otras “teorías de la unión”. Esta pretensión de DUFF, consistente en que su modelo logra superar la tradicional dicotomía entre teorías retributivas y preventivas, (aspiración que es común a varios autores angloparlantes: piénsese, por ejemplo en el castigo como “rectificación” que plantea PETTIT, «Republican Theory and Criminal Punishment», *Utilitas*, (9-1), 1997, pp. 71-79) es, no obstante, dudosa. Las “3 R” que plantea DUFF como fines prospectivos de la pena (*Repentance, Reform, Reconciliation*) dependen finalmente de la voluntad de la persona castigada, por lo que no son

Por lo tanto, para juzgar legítimamente, el Estado debe poseer la autoridad moral necesaria ante el individuo al que pretende castigar. Esta no puede ser creada *ex-nihilo* por el proceso penal,⁹¹ sino que surge a partir del vínculo previo entre el Estado y el sujeto. DUFF considera que este nexo anterior consiste en la ciudadanía, en cuanto conjunto derechos y deberes que determinan la relación entre un Estado y una persona.⁹² Como se adelantó, DUFF, al igual que SILVA SÁNCHEZ, asume un concepto material de ciudadanía, que atiende al grado de inclusión real de un individuo en una comunidad política.⁹³ No obstante, pese a la importancia que DUFF le concede a la ciudadanía en su planteamiento, se limita a nombrar superficialmente cuatro criterios de inclusión que determinan cuándo una persona es materialmente miembro de una comunidad. Estos parámetros son la inclusión política (el sujeto debe jugar un rol en decisiones políticas), material (acceso a recursos necesarios para una vida digna), normativa (que el individuo sea tratado como un ser autónomo que comparte y es capaz de respetar los valores sociales), e idiomática (dominio del idioma en que se conduce la vida pública).⁹⁴

Por ende, solo desde la perspectiva de un *insider* el Derecho penal puede considerarse como propio, mientras que frente al *outsider* este aparece como una imposición ilegítima. La comunidad solo puede exigir respeto a sus normas cuando ha garantizado inclusión,⁹⁵ y por ello el grado de inclusión del individuo es una precondition de la legitimidad del castigo.⁹⁶ Dicho de otra manera, “el castigo solo se justifica cuando es merecido, y lo que lo hace merecido es que el penado ha cometido un delito que estaba obligado a no cometer”.⁹⁷ Sin embargo, en línea con su débil explicación sobre qué entiende por “*insider*”, evade también DUFF una respuesta a cuál es el grado de inclusión mínima que permitiría legitimar el castigo.⁹⁸

En comparación con el planteamiento de SILVA SÁNCHEZ, los criterios de DUFF para distinguir entre *outsiders* e *insiders* son más imprecisos, y a diferencia de aquel tampoco ofrece parámetros para graduar la intensidad del vínculo entre el ciudadano y el Estado. No obstante, su concepción tiene dos ventajas sobre la del penalista español. Primero, DUFF considera que la falta de legitimidad para castigar - por falta de inclusión - no puede remediarse en atención a la naturaleza del delito, aunque se trate de un *mala in se* violento, y niega también que la legitimidad del castigo dependa de la relación entre el delito cometido y el contexto de

elementos esenciales a la pena: el único elemento necesariamente presente en esta, conforme a su teoría, es la censura moral.

⁹¹ DUFF, *The Realm of Criminal Law*, 2018, pp. 109-111.

⁹² DUFF et al. (eds.), *The Trial on Trial Band 3: Towards a normative theory of the criminal trial*, t. III, 2007, p. 140.

⁹³ DUFF, *The Realm of Criminal Law*, 2018, p. 121.

⁹⁴ DUFF, *Punishment, Communication and Community*, 2001, pp. 75-77.

⁹⁵ Véase DUFF, *Punishment, Communication and Community*, 2001, pp. 193-196, quien escribe: “*The court cannot claim, as it must be able to claim if it is to justify trying the defendant, that she is answerable through this court to the community in whose name it acts for a wrong committed against the community, if that community has in other respects utterly failed to treat her as a member*” (p. 196).

⁹⁶ DUFF, *Punishment, Communication and Community*, 2001, pp. 179-181.

⁹⁷ DUFF, *Punishment, Communication and Community*, 2001, p. 198.

⁹⁸ Cfr. DUFF, *Punishment, Communication and Community*, 2001, pp. 183-184, donde se limita a señalar la ilegítimidad de la pena frente al individuo sistemáticamente excluido.

exclusión.⁹⁹ En segundo lugar, a diferencia de SILVA SÁNCHEZ y de PAWLIK, DUFF rechaza (o al menos no admite explícitamente) que el Estado pueda recurrir a un sistema de medidas preventivas en aquellos supuestos en que no es posible imponer una pena genuina (es decir, frente al *outsider* o excluido).¹⁰⁰ El problema de la teoría de DUFF, empero, es que no traspasa sus premisas de modo coherente al ALPE. Veámoslo a continuación con algunos ejemplos.

El primer problema que se le plantea a DUFF en el ALPE es el principio de territorialidad. Este principio, cuya legitimidad irrestricta es simplemente asumida por los autores que defienden la TBJ,¹⁰¹ es difícil de fundamentar en la teoría de DUFF respecto de turistas o personas de paso por el país, ya que claramente no cumplen con los criterios de inclusión para ser considerados como ciudadanos. Sin embargo, DUFF aboga por una aplicación sin excepciones del principio de territorialidad. ¿Cómo lo justifica? En términos simples, DUFF argumenta que la obligación del extranjero de paso de respetar la *lex loci* es la contracara de la obligación de hospitalidad que tiene la comunidad política para con dicho extranjero. También en aquellos casos en los cuales no habría obligación de hospitalidad (por ejemplo, el caso del individuo que ingresó ilegalmente al territorio) el Estado sigue estando legitimado para penar, ya que le ofrece protección a dicho individuo mientras se encuentra en su territorio.¹⁰² De este modo, la exigencia de DUFF para que el Estado castigue legítimamente ya no es la ciudadanía material según los cuatro criterios de inclusión antes referidos, sino que la mera hospitalidad o incluso la protección que presta el Estado a quienes están o han estado en su territorio. Ello implica una reducción de su modelo a la clásica fórmula *hobbesiana* “obediencia a cambio de protección”,¹⁰³ y, por ende, es incongruente con su propuesta.¹⁰⁴

Detrás de estos argumentos se esconde una fundamentación del principio de territorialidad en base a que cualquier delito cometido en el territorio es “nuestro asunto” (*our business*).¹⁰⁵ De esta manera, DUFF acude a una lógica similar a la TBJ, obviando que el interés del Estado en el hecho no es suficiente para legitimar la pena frente al autor. Solo ello explicaría que el autor británico, pese a reconocer la diferencia cualitativa entre ciudadanos y *outsiders* en cuanto destinatarios de la ley penal, no le atribuya a dicha circunstancia efectos relevantes en la sanción.¹⁰⁶ Basándose en este mismo raciocinio, DUFF estima compatible al principio de personalidad pasiva con un DPC: el ataque a un miembro de nuestra comunidad política en el extranjero sería “*our*

⁹⁹ Cfr. DUFF, *Punishment, Communication and Community*, 2001, pp. 183-184, donde escribe: “*But if the law lacks the standing to call the unjustly excluded to account, it lacks that standing in relation to all crimes, including the most serious mala in se*”.

¹⁰⁰ Al respecto, véase SACHS, *Moral, Tadel, Buße. Zur Straftheorie von Antony Duff*, 2015, p. 183.

¹⁰¹ En este sentido, POLITOFF/MATUS/RAMÍREZ, *PG*, 2ª ed., 2004, pp. 115-116; y WERLE/IESBERGER, «§ 3», *LK-StGB*, 13ª ed., 2020, nm. 4.

¹⁰² Esta línea argumentativa se encuentra en DUFF, *The Realm of Criminal Law*, 2018, pp. 120-127.

¹⁰³ Véase HOBBS, *Leviathan*, 1651, Cap. XXI, p. 136: “The end of obedience is protection”.

¹⁰⁴ También lo critican por este motivo CHEHTMAN, *The Philosophical Foundations of Extraterritorial Punishment*, 2010, p. 83; y SACHS, *Moral, Tadel, Buße. Zur Straftheorie von Antony Duff*, 2015, p. 118.

¹⁰⁵ Véase por ejemplo DUFF, *The Realm of Criminal Law*, 2018, pp. 123 y 125.

¹⁰⁶ DUFF se limita a señalar que el Estado se puede abstener (informal y discrecionalmente) del castigo de delitos de menor gravedad cometido por visitantes (DUFF, *The Realm of Criminal Law*, 2018, p. 121). De este modo, al igual que SILVA SÁNCHEZ, DUFF trata de modo muy diferente al excluido por pobreza (respecto del cual procede la “*social disadvantage defense*”, véase DUFF, *Punishment, Communication and Community*, 2001, p. 200), que al excluido por extranjero.

business".¹⁰⁷ La aceptación de este principio es claramente contradictoria con las premisas del modelo de DUFF: si un local comete un hurto contra un ciudadano peruano en Colombia, el Derecho penal peruano no puede considerarse como "propio" por el autor del delito, ni él es un *insider* en Perú.

Sobre el principio de personalidad activa, que al consistir en la relación entre el castigado y el Estado debiera ser el principio base en una teoría del DPC, DUFF afirma su legitimidad, pero también reconoce acertadamente sus limitaciones.¹⁰⁸ Poniendo el ejemplo del inglés que comete un hurto en Brasil, DUFF aclara que en este caso el delito no es asunto del Reino Unido, que solo puede castigar al inglés en representación de Brasil (por ejemplo, al no poder extraditarlo), pero no autónomamente en función de su mera nacionalidad. En efecto, su hecho no es un *public wrong* respecto del Reino Unido, ya que no afecta a esa sociedad. Así, si DUFF fuera fiel a sus premisas, el Estado podría legítimamente castigar hechos extraterritoriales solo en la medida en que fueran cometidos por ciudadanos del Estado que pretende castigar, y (conjuntivamente) se dirigieran contra el *public realm* de dicho Estado (es decir, en casos de combinación de los principios de personalidad activa y de protección).

La mayor contradicción en que incurre DUFF es, sin embargo, que considera legítimo el principio de universalidad. Atendido que este autor se niega a legitimar la pena en el mero combate a la impunidad o en la naturaleza del delito cometido, insistiendo en la necesidad de una pena fundada en la ciudadanía, la justificación de este principio es para él un quebradero de cabeza. En el marco de su modelo, para que un Estado tenga la autoridad moral para juzgar hechos extraterritoriales cometidos por un extranjero en contra de otro, tendría que castigar en nombre de una comunidad determinada. DUFF ha ido cambiando de parecer acerca de qué comunidad es apta para justificar el castigo basado en este principio. En escritos más tempranos afirmaba que la humanidad, en cuanto comunidad moral, podía cumplir este rol.¹⁰⁹ A esta aseveración le es objetable que dicha comunidad no proporciona inclusión alguna al sujeto que pretende castigar (no siendo equiparable a una comunidad política), y que ella implica transformar el *public wrong* en un mero *moral wrong*, y de esta manera adoptar subrepticamente la misma postura que defiende SILVA SÁNCHEZ, expandiendo, pues, el *ius puniendi* en función de la naturaleza del delito. Recientemente, DUFF ha intentado justificar el principio de universalidad en dos formas alternativas de comunidad:¹¹⁰ la primera es la humanidad como comunidad política prospectiva (como "aspiración normativa") y la segunda es una comunidad de Estados, en la cual el Estado que castiga asume la función de aquel Estado en donde se cometieron crímenes graves y que no puede o quiere juzgar. Sin embargo, tampoco estas comunidades son equiparables a la comunidad nacional establecida (pues no proporcionan inclusión), y por ello difícilmente se le puede atribuir la autoridad moral para juzgar que exige DUFF al plantear su modelo. DUFF, consciente de ello, defiende sus soluciones afirmando simplemente que lo anterior "*could be argued to be better than nothing*".¹¹¹

¹⁰⁷ DUFF, *The Realm of Criminal Law*, 2018, p.118.

¹⁰⁸ DUFF, *The Realm of Criminal Law*, 2018, p.115.

¹⁰⁹ DUFF, en BESSON/TASIOULAS (eds.), *Philosophy of International Law*, 2010, pp. 600 ss.

¹¹⁰ DUFF se limita a desarrollar ambos fundamentos, sin decidirse por uno. Véase DUFF, *International Journal of Constitutional Law*, (16-4), 2018, pp. 1251-1257.

¹¹¹ DUFF, *International Journal of Constitutional Law*, (16-4), 2018, p. 1256.

“Nothing” significa reconocer la falta de legitimidad para castigar el hecho (y por ende su eventual impunidad) o bien tener que recurrir a un modelo de medidas de combate de peligros. Pero precisamente este intento por evitar consecuencias indeseables conduce a DUFF, pese a sus premisas originales, a justificar el castigo de prácticamente cualquier hecho extraterritorial. Ya que su teoría no presenta una solución muy distinta a la de la TBJ, es necesario examinar otro planteamiento de DPC.

4.3. PAWLIK: ¿Injusto del ciudadano o injusto del turista?

El modelo de PAWLIK¹¹² parte de la base de que la función del Estado es proporcionar un “estado de libertades” (*Daseinordnung von Freiheit*), que posibilite la libertad concreta-real de sus ciudadanos.¹¹³ Atendido que la actuación de los organismos estatales es insuficiente para alcanzar dicho objetivo, se requiere que cada ciudadano coopere para lograrlo.¹¹⁴ Este deber de cooperación (*Mitwirkungspflicht*) recae por ende solo en quienes se benefician del estado de libertades, es decir, en los ciudadanos. El delito consiste para PAWLIK en la vulneración imputable de un deber de cooperación.¹¹⁵ La pena, por su parte, la entiende como la “conversión de una obligación primaria de cumplimiento en una obligación secundaria de tolerancia”: dado que con su hecho el autor ha atacado el estado de libertades, debe tolerar una disminución de su propia libertad.¹¹⁶ Así, la pena busca expresar la conexión necesaria que existe entre disfrute de la libertad y deber de cooperación.¹¹⁷

La propuesta de PAWLIK significa, por lo tanto, una doble limitación a la imposición de penas “genuinas” (pero no así a la aplicación de medidas de combate de peligros) por parte del Estado: i) al ser la pena un derivado del deber de cooperación, solo se puede penar a los ciudadanos (de allí el nombre de su obra “*Das Unrecht des Bürgers*” [“El injusto del ciudadano”]); y ii) el ciudadano habrá vulnerado su obligación de cooperación solo cuando haya atacado al estado de libertades de su propia comunidad política (aspecto, que como ya vimos, también reconoce DUFF).¹¹⁸ Respecto de los no ciudadanos (*Externe*), en principio solo procedería la imposición de las referidas medidas de combate contra peligros (*Maßnahme zur Gefahrenbekämpfung*).¹¹⁹ Tratándose de ataques que no se dirigen contra el orden jurídico del Estado, no procede ni la imposición de penas (no hay infracción del deber de cooperación) ni de medidas (no hay peligro), salvo que se castigue en representación de otro Estado.

¹¹² Sobre los aspectos más importantes del modelo de fundamentación de este autor, véase PAWLIK, *Das Unrecht des Bürgers*, 2012, Kapitel 1, pp. 26-156; EL MISMO, *Ciudadanía y Derecho Penal*, 2016, pp. 33-58; sobre las consecuencias de su planteamiento en el ALPE, véase EL MISMO, *FS-Schroeder*, 2006, pp. 357-386.

¹¹³ PAWLIK, *FS-Schroeder*, 2006, p. 372.

¹¹⁴ PAWLIK, *Das Unrecht des Bürgers*, 2012, pp. 105 ss.

¹¹⁵ PAWLIK, *Das Unrecht des Bürgers*, 2012, pp. 106-107 y p. 281; EL MISMO, *Normbestätigung und Identitätsbalance. Über die Legitimation staatlichen Strafens*, 2017, pp. 35-39.

¹¹⁶ Notablemente similar DUFF, «Offenders as Citizens», en FOCQUAERT et al. (eds.), *The Routledge Handbook of the Philosophy and Science of Punishment*, 2021, p. 33, al argumentar que el sometimiento al castigo (*to undertake punishment*) constituye un deber ciudadano del autor, derivado de la comisión del delito.

¹¹⁷ PAWLIK, *Das Unrecht des Bürgers*, 2012, pp. 116 s. Sobre esto mismo, cfr. COCA VILA, «Our “Barbarians” at the Gate: On the Undercriminalized Citizenship Deprivation as a Counterterrorism Tool», *Criminal Law and Philosophy*, (14), 2020, p. 156.

¹¹⁸ Sobre estas dos limitaciones, véase PAWLIK, *FS-Schroeder*, 2006, p. 374.

¹¹⁹ Véase PAWLIK, *Das Unrecht des Bürgers*, 2012, p. 123; y EL MISMO, *FS-Schroeder*, 2006, p. 359.

Esta relación sinalagmática “estoy obligado a colaborar *porque* disfruto de los beneficios del estado de libertades”¹²⁰ se asemeja a la ya esbozada postura de DUFF “debo respeto a las normas que encarnan los valores de la comunidad de la que formo parte” (soy ciudadano material). Para examinar los efectos de esta teoría en el ALPE es necesario precisar entonces cuándo el sujeto se beneficia del estado de libertades y debido a ello está obligado para con el Estado. Al igual que ocurre con el concepto de ciudadanía material en DUFF, PAWLIK trata este aspecto muy sucintamente y, además, se contradice en algunos pasajes. Así, en ocasiones identifica al estado de libertades con la mera protección *hobbesiana*,¹²¹ caso en el cual su modelo de legitimación pierde peso, pues entonces basta con la fórmula ya aludida de HOBBS, y en este caso estaríamos más bien ante un “Derecho penal del súbdito” que frente a una teoría del DPC. Por el contrario, PAWLIK también ha defendido que el Derecho debe garantizar al ciudadano poder conducir su vida autónomamente, lo cual exige proveerle de seguridad económica e incluso de la capacidad de construir y realizar preferencias, pues de lo contrario de poco servirían los derechos civiles clásicos.¹²² Igualmente, ha afirmado que el estado de libertades comprende la garantía de la libertad positiva, entendida como “derecho a participar como ciudadano”,¹²³ pese a que, por otra parte, niega terminantemente que la legitimidad del Estado para castigar dependa de su carácter democrático,¹²⁴ distanciándose de las teorías deliberativas.

En virtud de esta imprecisión en la definición de cuándo se puede entender que se ha proveído un estado de libertades – y, por tanto, de quién está obligado en cuanto ciudadano-, es difícil evaluar la legitimidad de los principios del ALPE a la luz de esta teoría. En todo caso, PAWLIK, al tratar este ámbito, recurre claramente a una noción minimalista de “ciudadano”. En efecto, sostiene que los factores de conexión que legitiman (en principio) la imposición de penas genuinas son los de territorialidad (que funda en que el Estado da protección a quien está en su territorio) y el de personalidad activa (que justifica en base al derecho a volver al territorio que se deriva de la ciudadanía formal).¹²⁵ Excluye la posibilidad de fundar una pena genuina en los principios referidos solo cuando el delito no se dirige en contra del estado de libertades del Estado que pretende castigar.¹²⁶ De este modo, su postura supone legitimar, en cuanto “penas genuinas” las sanciones que se imponen a sujetos que difícilmente pueden ser considerados “ciudadanos” (piénsese en el caso del turista o del extranjero que está haciendo escala en el aeropuerto), o a los que solo muy forzosamente puede afirmarse que el Estado les garantiza “una

¹²⁰ Cfr. PAWLIK, *Das Unrecht des Bürgers*, 2012, pp. 120-121, quien incluso equipara esta relación a un contrato de venta: así como este solo puede ser infringido por las partes, el deber de cooperación solo puede ser infringido por los ciudadanos.

¹²¹ Esta línea es asumida claramente en PAWLIK, *Das Unrecht des Bürgers*, 2012, p. 121.

¹²² Véase PAWLIK, *Das Unrecht des Bürgers*, 2012, p. 101 y p. 186.

¹²³ PAWLIK, *Ciudadanía y Derecho Penal*, 2016, pp. 65 ss.

¹²⁴ PAWLIK, *FS-Schroeder*, 2006, p. 374, n. 86.

¹²⁵ Sobre los principios que considera lícitos, cfr. PAWLIK, *FS-Schroeder*, 2006, p. 359. A los principios mencionados debe agregarse el de representación, que no se examina aquí porque solo implica una legitimidad derivada para castigar, requiriendo a su vez que el Estado representado pueda reclamar legitimidad originaria en razón de otro principio. Sobre los referidos fundamentos de los principios de territorialidad y personalidad activa, véase el mismo texto, pp. 374-377.

¹²⁶ Por ejemplo, el delito informático cometido por un alemán desde un computador en Alemania contra un sistema informático en Paraguay no vulneraría el deber de colaboración del autor para con Alemania. Tampoco se puede imponer una pena cuando un extranjero cometa un delito que se considere cometido en el territorio en virtud del principio de ubicuidad, pero el autor actuó desde fuera del territorio, porque en este caso el autor ni siquiera ha recibido protección (PAWLIK, *FS-Schroeder*, 2006, pp. 375 ss.).

infraestructura estable de libertad” (piénsese en ciudadanos meramente formales, como los expatriados que hace décadas han abandonado el país, o los sujetos que tienen una mera “nacionalidad de papel”, como suele pasar con descendientes de inmigrantes europeos en los países americanos).

En todo caso, y a diferencia de DUFF, PAWLIK rechaza coherentemente la posibilidad de imposición de penas basadas en los principios restantes, esto es, los de protección, universalidad y personalidad pasiva. En todos estos casos, el autor es un “*Externe*”, que ni siquiera ha recibido protección del Estado que lo pretende castigar.¹²⁷ Aquí solo resta la posibilidad de imponer medidas para combatir peligros o bien, cuando fuera posible, la renuncia al castigo. Es evidente entonces la importancia que adquiere la pregunta sobre los requisitos y límites a estas medidas en el modelo de PAWLIK. ¿Qué nos dice PAWLIK sobre estas medidas? En lo medular, se limita a referir brevemente el planteamiento de BEKKER, criminalista alemán del s. XIX, sobre las sanciones a *outsiders*, indicando que dicho autor “ha dicho todo lo necesario al respecto”.¹²⁸ BEKKER, por su parte, aboga por una separación estricta entre medidas y penas, sosteniendo que las primeras ni siquiera deben ser aplicadas por tribunales penales. Asimismo, considera que el Estado debe castigar solo extraordinariamente los hechos extraterritoriales cometidos por extranjeros.¹²⁹ La imposición excepcional de estas medidas se sujetaría a requisitos que se asemejan a las del principio de proporcionalidad, esto es: i) el ilícito debe afectar un interés estatal (fin legítimo de la medida); ii) la medida debe ser idónea para prevenir peligros futuros; y iii) el peligro no debe poder conjurarse de “mejor” manera. Este último requisito parece ser una mezcla de los restantes componentes tradicionales del principio de proporcionalidad, es decir, la necesidad (no hay un medio adecuado menos perjudicial) y la proporcionalidad en sentido estricto.

No comparto la opinión de PAWLIK sobre la suficiencia de la explicación de BEKKER. Al menos dos aspectos evidencian sus carencias. El primero es la inaptitud de la postura de BEKKER para analizar la legitimidad de la aplicación de medidas basadas en el principio de personalidad pasiva. ¿Puede Alemania aplicar una medida preventiva al ciudadano uruguayo que le hurta la billetera a uno alemán en Uruguay? PAWLIK se muestra contrario a dicha posibilidad, dado que el ilícito no parece afectar al estado de libertades alemán, no teniendo por ende Alemania un interés legítimo que le habilite a imponer una medida.¹³⁰ No obstante, el propio PAWLIK considera legítima la imposición de penas en caso de una combinación entre los principios de personalidad activa y pasiva (Alemania puede penar al alemán que le hurta la billetera a otro alemán en Uruguay).¹³¹ Sin embargo, sostener que el primer caso (uruguayo le hurta la billetera a alemán) no afecta el “interés estatal” de Alemania, mientras que el segundo (alemán le hurta a alemán)

¹²⁷ PAWLIK, *FS-Schroeder*, 2006, p. 379, escribe que estos *outsiders*, debido a su condición de tales, no pueden cometer un “*Unrecht des Bürgers*”.

¹²⁸ PAWLIK, *FS-Schroeder*, 2006, pp. 381 ss.

¹²⁹ Véase BEKKER, *Theorie des heutigen deutschen Strafrechts*, 1859, pp. 193 ss.

¹³⁰ PAWLIK, *FS-Schroeder*, 2006, pp. 381 ss. Por supuesto, ello no significa que el delito necesariamente quede impune: puede ser eventualmente castigado por Uruguay o por otro país que eventualmente pueda basarse en un factor de conexión legítimo (desde el punto de vista del Derecho penal) para imponer el castigo.

¹³¹ Véase PAWLIK, *FS-Schroeder*, 2006, p. 374. Esta combinación, que es recogida por el COT chileno en su Art. 6 Nr. 6, es notablemente más restringida que las reglas del § 7 del StGB, que regulan los principios de personalidad activa y pasiva. De forma simplificada, puede señalarse lo siguiente: mientras Chile solo sanciona - como regla general - los hechos extraterritoriales en que tanto el autor como la víctima son chilenos, a Alemania le basta con que, alternativamente, el autor o la víctima del delito sean alemanes.

sí lo hace, es contradictorio: aquí nada tendría que ver la nacionalidad del autor (la cual importa para distinguir si se puede imponer una pena o solo una medida), sino que interesa solo si el hecho se puede considerar un ataque al ordenamiento jurídico alemán, y en este sentido ambos hechos son semejantes. Este ejemplo evidencia el carácter difuso del concepto “interés estatal”. Por la misma razón, los contornos del principio de protección son muy imprecisos, lo que dificulta su demarcación respecto del principio de personalidad pasiva:¹³² parece claro que Alemania legítimamente le puede imponer una medida a un ciudadano uruguayo que mata a un ministro alemán que está de visita oficial en ese país (principio de protección), y que eventualmente debe abstenerse de aplicar la medida por un hurto que comete el mismo autor contra un alemán (personalidad pasiva), pero ¿qué pasa con el homicidio que comete contra un ciudadano alemán corriente en ese país?

Un segundo aspecto, y quizás el más grave, es conforme a qué parámetros se determina la proporcionalidad de las medidas. Debido a su naturaleza estrictamente preventiva, habitualmente se entiende que estas deben ser proporcionales a la peligrosidad del autor, y no a la gravedad del hecho, no operando, pues, el principio de culpabilidad como límite.¹³⁵ Pero, ¿es realmente posible calcular o pronosticar dicha peligrosidad? De ser así, ¿en base a qué elementos debe hacerse dicho juicio de pronóstico? ¿Hay algún límite adicional a la magnitud de estas medidas? Todas estas preguntas, plenamente coincidentes con las que la doctrina penal plantea al estudiar las medidas de seguridad impuestas a sujetos imputables, quedan en el aire en la propuesta de BEKKER, lo cual hace de estas medidas un instrumento sin contornos claros. En la medida en que PAWLIK se limita a abrir la puerta a un Derecho preventivo y, con ello, a cambiar las etiquetas (pena por medida de seguridad), su planteamiento tampoco resulta idóneo para contener la expansión de la aplicación extraterritorial de un Derecho que impone tanto penas como medidas de seguridad.

5. Conclusión

Es cuestión de tiempo que la tendencia expansiva del ALPE -que se observa ya con nitidez en Alemania-, se propague a nuevos países, impulsada por el mismo contexto fáctico, esto es, un mayor número de hechos extraterritoriales que tienen relevancia en el país sumado a la mayor posibilidad de perseguirlos y castigarlos. La TBJ, al justificar la pena frente al autor solo en circunstancias propias del hecho (como la culpabilidad), es de entrada insuficiente para impedir una ampliación excesiva del *ius puniendi* estatal en este ámbito: mientras se respete el principio de culpabilidad, no habría razón alguna por la que un Estado “X” no pueda castigar a un extranjero por un hecho extraterritorial, si es que mediante ello se logra una mejor protección de algún bien jurídico que “X” considere relevante. Las teorías del DPC, al poner el énfasis en la fundamentación de la pena frente al autor, y al basar la legitimidad del castigo en la relación previa a la comisión del delito que existía entre el autor y el Estado, podrían, en principio, evitar

¹³² Sobre los contornos imprecisos del principio de protección, véase WERLE/JESBERGER, «§ Vor 3», *LK-StGB*, 13ª ed., 2020, nm. 245-246. Así, es evidente que el principio de protección cubre delitos tales como aquellos que se dirigen contra la independencia política del Estado. Pero ¿comprende también, por ejemplo, los delitos contra la administración de justicia?

¹³⁵ En este sentido, ROXIN/GRECO, *AT*, v. I, 5ª ed., 2020, § 3/63-71. Para una visión escéptica sobre los límites que ofrece el principio de proporcionalidad a una sanción de naturaleza estrictamente preventiva, véase STEIKER, «Proportionality as a Limit on Preventive Justice», en ASHWORTH et al. (eds.), *Prevention and the Limits of the Criminal Law*, 2013, pp. 194-213.

la aplicación de penas que desatiendan los intereses del principal afectado por estas. En este sentido, las teorías del DPC pueden constituir un freno normativo más eficaz que la TBJ en el ALPE.

No obstante, un examen algo más acucioso de algunas de las principales teorías del DPC desnuda las falencias de estas propuestas en el ALPE. Así, SILVA SÁNCHEZ exime a cierto tipo de delitos de contornos imprecisos (los supuestos “*mala in se* violentos”, que incluyen delitos tales como las coacciones) de la necesidad de fundar la pena en el vínculo previo, admitiendo respecto de ellos incluso el principio de universalidad. DUFF, por su parte, con el objeto de evitar la consecuencia indeseada de afirmar la ilegitimidad del castigo en ciertos casos (como el principio de universalidad o el de personalidad pasiva), sacrifica la premisa central de su modelo (la pertenencia del sujeto llamado a rendir cuentas a la comunidad política que lo juzga). Por su parte, tanto PAWLIK como SILVA SÁNCHEZ abren, en aquellos casos en que no es posible imponer penas, la posibilidad de aplicar medidas de naturaleza preventiva. Atendido que para ambos autores dichas medidas son más gravosas que las penas (pues no se ven limitadas en su quantum por el principio de culpabilidad), la falta de detalles acerca de los límites de estas resta potencial a ambas teorías, amén de abrir la puerta a un posible “fraude de etiquetas”. A ello debe agregarse que en los modelos de PAWLIK y DUFF no queda claro en base a qué criterios habría de diferenciarse entre *insiders* y *outsiders*.

En mi opinión, una teoría del DPC que pretenda superar estos problemas necesita reunir al menos tres condiciones, que en este lugar simplemente me permito enumerar.¹³⁴ En primer lugar, debe reconocer la insuficiencia de un concepto meramente formal de ciudadanía (conforme al cual ciudadano sería quien tiene un documento de identidad nacional) para legitimar la pena frente al afectado por ella. La ciudadanía formal no necesariamente garantiza una vinculación intensa con el Estado (en el lenguaje de SILVA SÁNCHEZ), la inclusión del sujeto en la comunidad (en el de DUFF) o que el individuo se beneficie del estado de libertades (en el de PAWLIK). A la inversa, hay sujetos que, sin ser ciudadanos formales, pueden tener un vínculo fuerte con el Estado (piénsese en el residente permanente o en el inversor extranjero rico que recibe un tratamiento tributario privilegiado).¹³⁵ Ello significa que es ineludible adoptar una concepción material de ciudadanía, y como consecuencia de ello, hacerse cargo de las dificultades -ya detectadas y tratadas con profundidad en la filosofía política- que existen para distinguir binariamente entre ciudadanos y no ciudadanos.¹³⁶ Además, si se reconoce el carácter gradual de la ciudadanía, y se toma en serio el papel de esta en el Derecho penal, dicha gradualidad debe tener un efecto en el *quantum* de la

¹³⁴ El estudio detallado de estas tres líneas correctivas es objeto central de mi tesis doctoral (dirigida por el Prof. Michael Pawlik) y que se encuentra ya en fase final de elaboración.

¹³⁵ Este último ejemplo se lo debo a Alex VAN WEEZEL.

¹³⁶ A modo ejemplar, véase COHEN, *Semi-Citizenship in Democratic Politics*, 2009; WALKER, «The Place of Territory in Citizenship», en SHACHAR et al. (eds.), *The Oxford Handbook of Citizenship*, 2017, pp. 553-575; e ISIN, «Performative Citizenship», trabajo compilado en el mismo *Oxford Handbook* recién citado (cfr. especialmente pp. 503-504). Incluso hay múltiples estatutos formales intermedios entre el de ciudadano y el de no ciudadano, por lo que la ciudadanía formal es, en la práctica, también un estatus graduable. Sobre este punto, véase la contribución de SMITH, «Citizenship and Membership Duties Toward Quasi-Citizens», recogida en el mismo *Oxford Handbook of Citizenship*, pp. 817-818. En relación con el ordenamiento jurídico alemán, véase GRAWERT, «§ 16: Staatsvolk und Staatsangehörigkeit», en ISENSEE/KIRCHHOF (eds.), *Handbuch des Staatsrechts*, t.2, 3ª ed, 2004, pp. 137-138, quien indica que tanto los apátridas de jure (*staatenlose Personen*) como de facto (*haimatlose Ausländer*) gozan en dicho país de los mismos derechos civiles y sociales – pero no políticos- que los ciudadanos, constituyendo así categorías formales intermedias.

pena.¹³⁷ En segundo lugar, un modelo aceptable del DPC debe ser capaz de traspasar sus premisas de modo coherente al ALPE, objetivo que, según lo expuesto, no se termina de lograr por parte de las propuestas examinadas. Finalmente, de aceptarse la aplicación de “medidas” que no pueden ser consideradas “penas genuinas”, es ineludible exponer con mayor profundidad cuál es la naturaleza y dónde se sitúan los límites de estas medidas. Por supuesto, de no ser posible una distinción dicotómica entre ciudadanos y no ciudadanos, eventualmente tampoco es posible plantear una separación radical entre penas y medidas, sino que entre ambos “tipos” de sanciones podrían surgir formas híbridas. De no cumplirse con estos requerimientos, creo que una teoría del DPC no ofrece una mejor contención normativa al ALPE que la que actualmente brinda la TBJ.

6. Bibliografía

ABEGG (1819), *Über die Bestrafung der im Ausland begangenen Verbrechen*, Storno, Landshut.

ALLEN (1931), «The Nature of a Crime», *Journal of Comparative Legislation and International Law* (13-1), pp. 1 ss.

AMBOS (2020), «Vor § 3, §§ 3–9», en ERB/SCHÄFER (eds.), *Münchener Kommentar zum Strafgesetzbuch*, 4ª ed., t. I, C.H. Beck, Múnich.

———(2018), *Internationales Strafrecht*, 5ª ed., C.H. Beck, Múnich.

———(2013), «¿Castigo sin soberano? La cuestión del ius puniendi en Derecho Penal Internacional», *Cuadernos de conferencias y artículos*, (42), pp. 11 ss.

BACIGALUPO (1999), *Derecho Penal, Parte General*, 2ª ed., Editorial Hammurabi Srl, Buenos Aires.

BEKKER (1859), *Theorie des heutigen deutschen Strafrechts*, Hirzel, Lipsia.

BINDING (1885), *Handbuch des Strafrechts*, Duncker & Humblot, Lipsia.

BROSZIES/HAHN (2016), “*Globale Gerechtigkeit. Schlüsseltex te zur Debatte zwischen Partikularismus und Kosmopolitismus*”, 3ª ed., Suhrkamp, Berlín.

BROWNLIE (2003), *Principles of Public International Law*, 6ª ed., Oxford University Press, Oxford.

CHEHTMAN (2010), *The Philosophical Foundations of Extraterritorial Punishment*, Oxford University Press, Oxford.

CIGÜELA (2019), «Injusticia social y derecho penal: sobre la ilegitimidad política del castigo», *DOXA, Cuadernos de Filosofía del Derecho*, (42), pp. 389 ss.

———(2017), «El ciudadano y el excluido frente al derecho penal. Los límites del ciudadano deliberativo de Günther y Kindhäuser y del ciudadano cooperativo de Pawlik», *InDret. Revista para el análisis del Derecho*, (2), pp. 1 ss.

COCA VILA (2020), «Our “Barbarians” at the Gate: On the Undercriminalized Citizenship Deprivation as a Counterterrorism Tool», *Criminal Law and Philosophy*, (14), pp. 149 ss.

¹³⁷ En profundidad, próximamente, COCA VILA/IRRÁZAVAL ZALDÍVAR, «A Criminal Law for Semi-Citizens», 2021.

- (2019), «Recensión a R. Anthony Duff, *The Realm of Criminal Law*», *InDret. Revista para el análisis del Derecho*, (2), pp. 8 ss.
- COCA VILA/IRARRÁZAVAL ZALDÍVAR (2021), «A Criminal Law for Semi-Citizens», Manuscrito en proceso de revisión.
- COHEN (2009), *Semi-Citizenship in Democratic Politics*, Cambridge University Press, Cambridge.
- COKE (1628), *Institutes of the Laws of England*, t. III, E. & R. Brooke, London
- CURY (2005), *Derecho Penal, Parte General*, 7ª ed., Ediciones Universidad Católica de Chile, Santiago.
- DUFF (2021), «Offenders as Citizens», en FOCQUAERT et al. (eds.), *The Routledge Handbook of the Philosophy and Science of Punishment*, Taylor & Francis, Nueva York, pp. 26 ss.
- (2018), *The Realm of Criminal Law*, Oxford University Press, Oxford.
- (2018), «Criminal law and political community», *International Journal of Constitutional Law*, (16-4), pp. 1251 ss.
- (2010), «Authority and responsibility in international criminal law», en BESSON/TASIOULAS (eds.), *Philosophy of International Law*, Oxford University Press, Oxford, pp. 589 ss.
- (2009), *Answering for Crime. Responsibility and Liability in the Criminal Law*, Hart Publishing, Oxford.
- (2006), «Answering for Crime», *Proceedings of the Aristotelian Society*, (106-1), pp. 87 ss.
- (2001), *Punishment, Communication and Community*, Oxford University Press, Oxford.
- DUFF/FARMER/MARSHALL/TADROS (2007), *The Trial on Trial: towards a normative theory of the criminal trial*, t. III, Hart, Oxford – Portland.
- FABRE (2016), *Cosmopolitan Peace*, Oxford University Press, Oxford.
- GÄRDITZ (2006), *Weltrechtspflege. Eine Untersuchung über die Entgrenzung staatlicher Strafgewalt*, Duncker & Humblot, Berlín.
- GILMAN (2013), «The Poverty Defense», *University of Richmond Law Review*, (47-2), pp. 495 ss.
- GRAWERT (2004), «§ 16: Staatsvolk und Staatsangehörigkeit», en ISENSEE/KIRCHHOF (eds.), *Handbuch des Staatsrechts*, t.2, 3ª ed., C.F. Müller, Heidelberg, pp. 107 ss.
- GREEN (2016), «The Conceptual Utility of Malum prohibitum», *Dialogue* (55-1), pp. 33 ss.
- (1997), «Why It's a Crime to Tear the Tag Off a Mattress: Overcriminalization and the Moral Content of Regulatory Offenses», *Emory Law Journal*, (46-4), pp. 1533 ss.
- GÜNTHER (2005), *Schuld und kommunikative Freiheit. Studien zur personalen Zurechnung strafbaren Unrechts im demokratischen Rechtsstaat*, Vittorio Klostermann, Fráncfort del Meno.

HEGEL (2017), *Grundlinien der Philosophie des Rechts oder Naturrecht und Staatswissenschaft im Grundrisse*, 15ª ed., Suhrkamp, Fráncfort del Meno.

HOBBS (1651), *Leviathan, or the Matter, Forme, & Power of a Common-wealth Ecclesiasticall and Civill*, Andrew Crooke, Londres, (disponible en: <https://socialsciences.mcmaster.ca/econ/ugcm/3ll3/hobbes/Leviathan.pdf>).

HÖRNLE (2017), *Straftheorien*, 2ª ed., Mohr Siebeck, Tubinga.

HUDSON (2000), «Punishing the Poor: Dilemmas of Justice and Difference», en HEFFERNAN/KLEINIG (eds.), *From Social Justice to Criminal Justice. Poverty and the Administration of Criminal Justice*, Oxford University Press, Oxford, pp. 189 ss.

HÖFFE (1999), *Gibt es ein interkulturelles Strafrecht? Ein philosophischer Versuch*, Suhrkamp, Fráncfort del Meno.

ISIN (2017), «Performative Citizenship», en SHACHAR et al. (eds.), *The Oxford Handbook of Citizenship*, Oxford University Press, Oxford, pp. 500 ss.

JAKOBS (2016), «Die Schuld der Fremden», *Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft* (4), pp. 831 ss.

—————(2012), *Rechtsgüterschutz? Zur Legitimation des Strafrechts*, Ferdinand Schöningh, Paderborn.

—————(1985), «Kriminalisierung im Vorfeld einer Rechtsgutverletzung», *Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft*, (4), pp. 751 ss.

JESCHECK/WEIGEND (1996), *Lehrbuch des Strafrechts. Allgemeiner Teil*, 5ª ed., Duncker & Humblot, Berlín.

JERBERGER (2011), *Der transnationale Geltungsbereich des deutschen Strafrechts*, Mohr Siebeck, Tubinga.

JOYNER (1996), «Arresting Impunity: The Case for Universal Jurisdiction in Bringing War Criminals to Accountability», *Law & Contemporary Problems*, (59-4), pp. 153 ss.

KANT, *Metaphysische der Sitten, Rechtslehre*, Akademieausgabe von Immanuel Kants Gesammelten Werken (disponible en: <https://korpora.zim.uni-duisburg-essen.de/Kant/verzeichnisse-gesamt.html>).

KINDHÄUSER (1995), «Rechtstreue als Schuld-kategorie», *Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft*, (4), pp. 701 ss.

KORIATH (1999), «Zum Streit um den Begriff des Rechtsguts», *Goltdammers Archiv für Strafrecht*, pp. 561 ss.

MAÑALICH (2016), «Responsabilidad, autoridad y democracia. Una exploración crítica de la filosofía del derecho penal de Antony Duff», *Discusiones*, (XVII), pp. 167 ss.

—————(2005), «Pena y Ciudadanía», *Revista de Estudios de la Justicia*, (6), pp. 63 ss.

MATRAVERS (2010), «The victim, the State, and civil society», en BOTTOMS/ROBERTS (eds.), *Hearing the Victim. Adversarial justice, crime victims and the State*, Willan Publishing, Cullompton, pp. 1 ss.

- MIR PUIG (2015), *Derecho Penal, Parte General*, 10ª ed., Reppertor, Barcelona.
- ORENTLICHER (2004), «Whose Justice? Reconciling Universal Jurisdiction with Democratic Principles», *Georgetown Law Journal*, (92-6), pp. 1057 ss.
- Organización Mundial del Turismo (2019), *Panorama del turismo internacional* (disponible en: <https://www.e-unwto.org/doi/pdf/10.18111/9789284421237>).
- PAWLIK (2017), *Normbestätigung und Identitätsbalance. Über die Legitimation staatlichen Strafens*, Nomos, Baden-Baden.
- (2016), «Las competencias del ciudadano», en SILVA SÁNCHEZ/ROBLES PLANAS/PASTOR MUÑOZ (eds.), *Ciudadanía y Derecho penal. Fundamentos de la teoría de la pena y del delito en un Estado de libertades*, Atelier, Barcelona, pp. 1 ss.
- (2016), «El delito, ¿lesión de un bien jurídico?», *InDret. Revista para el análisis del Derecho*, (2), pp. 1 ss.
- (2012), *Das Unrecht des Bürgers: Grundlinien der Allgemeinen Verbrechenlehre*, Mohr Siebeck, Tubinga.
- (2006), «Strafe oder Gefahrenbekämpfung? Die Prinzipien des deutschen Internationalen Strafrechts vor dem Forum der Straftheorie», en HOYER et al. (eds.), *Festschrift für Friedrich-Christian Schroeder zum 70. Geburtstag*, pp. 357 ss.
- (2004), «Kritik der präventionstheoretischen Strafbegründungen», en ROGALL et al. (eds.), *Festschrift für Hans-Joachim Rudolphi zum 70. Geburtstag*, pp. 213 ss.
- PERŠAK (2007), *Criminalising Harmful Conduct. The Harm Principle, its Limits and Continental Counterparts*, Springer, Nueva York.
- PETTIT (1997), «Republican Theory and Criminal Punishment», *Utilitas* (9-1), pp. 59 ss.
- POLITOFF/ MATUS/ RAMÍREZ (2004), *Lecciones de Derecho Penal Chileno, Parte General*, 2ª ed., Editorial Jurídica de Chile, Santiago.
- RENZIKOWSKI (2010), «Mala per se et delicta mere prohibita — rechtsphilosophische Bemerkungen zum Rückwirkungsverbot (Art. 7 EMRK)», en AMELUNG et al. (eds.), *Festschrift für Volker Krey zum 70. Geburtstag*, pp. 407 ss.
- RENZO (2012), «Crimes against Humanity and the Limits of International Criminal Law», *Law and Philosophy*, (31-4), pp. 443 ss.
- ROEGELE (2014), *Deutscher Strafrechtsimperialismus. Ein Beitrag zu den völkerrechtlichen Grenzen extraterritorialer Strafverfolgung*, Verlag Dr. Kovač, Hamburgo.
- ROXIN/GRECO (2020), *Strafrecht Allgemeiner Teil. Grundlagen. Der Aufbau der Verbrechenlehre*, t. I, 5ª ed., C.H. Beck, Múnich.
- ROXIN (2006), *Strafrecht Allgemeiner Teil. Grundlagen. Der Aufbau der Verbrechenlehre*, t. I, 4ª ed., C.H. Beck, Múnich.
- SACHS (2015), *Moral, Tadel, Buße. Zur Straftheorie von Antony Duff*, Nomos, Baden-Baden.
- SARTRE (1996), *L'existentialisme est un humanisme*, Gallimard, París.

SATZGER (2010), «Das deutsche Strafanwendungsrecht (§§ 3 ff. StGB) – Teil 1», *Juristische Ausbildung*; (2), pp. 108 ss.

SCHIEMANN (2017), «Deutsches Strafrecht rund um die Welt? Herausforderungen des Strafanwendungsrechts», *Juristische Rundschau*, (7), pp. 339 ss.

SILVA SÁNCHEZ (2019), «Soziale Ungleichheit und strafrechtliche Verantwortlichkeit», en BÖSE ET AL. (eds.), *Festschrift für Urs Kindhäuser zum 70. Geburtstag*, pp. 475 ss.

—————(2018), *Malum passionis. Mitigar el dolor en el derecho penal*, Atelier, Barcelona.

—————(2010), *Aproximación al Derecho Penal Contemporáneo*, 2° ed., B de f, Montevideo - Buenos Aires.

SMITH (2017), «Citizenship and Membership Duties Toward Quasi-Citizens», en SHACHAR et al. (eds.), *The Oxford Handbook of Citizenship*, Oxford University Press, Oxford, pp. 817 ss.

STAHN (2019), *A Critical Introduction to International Criminal Law*, Cambridge University Press, Cambridge.

STEIKER (2013), «Proportionality as a Limit on Preventive Justice», en ASHWORTH et al. (eds.), *Prevention and the Limits of the Criminal Law*, Oxford University Press, Oxford, pp. 194 ss.

TITTMANN (1817), *Die Strafrechtspflege in völkerrechtlicher Rücksicht mit besonderer Beziehung auf die deutschen Bundesstaaten*, Hilscher, Dresde.

VON HIRSCH (2003), «Der Rechtsgutbegriff und das „Harm Principle"», en HEFENDEHL/VON HIRSCH/WOHLERS (eds.), *Die Rechtsgutstheorie: Legitimationsbasis des Strafrechts oder dogmatisches Glasperlenspiel?*, Nomos, Baden-Baden, pp. 13 ss.

WALDRON (1999), «How to Argue for a Universal Claim», *Columbia Human Rights Law Review*, (30-2), pp. 305 ss.

—————(1993), «Special Ties and Natural Duties», *Philosophy & Public Affairs*, (22-1), pp. 3 ss.

WALKER (2017), «The Place of Territory in Citizenship», en SHACHAR et al. (eds.), *The Oxford Handbook of Citizenship*, Oxford University Press, Oxford, pp. 553 ss.

WERLE/JESSBERGER (2006), «§§ 3-10 StGB», en LAUFHÜTTE/RISSING-VAN SAAN/TIEDEMANN (eds.), *Strafgesetzbuch - Leipziger Kommentar: Großkommentar*, 12^a ed., t. I, Walter de Gruyter Recht, Berlín.

WERLE/JESSBERGER (2020), «§§ 3-10 StGB», en CIRENER et al. (eds.), *Strafgesetzbuch - Leipziger Kommentar: Großkommentar*, 13^a ed., t. I, Walter de Gruyter Recht, Berlín.

ZACZYK (2012), «Die Notwendigkeit systematischen Strafrechts - Zugleich zum Begriff „fragmentarisches Strafrecht"», *Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft*, (4), pp. 691 ss.