Die Rezeption des „Feindstrafrechts“ in Lateinamerika

Dissertation

zur Erlangung der Doktorwürde
an der Fakultät für Rechtswissenschaft
der Universität Hamburg

Vorgelegt von

Karolina Víquez Azofeifa

Hamburg 2011

Erstgutachter:

Prof. Dr. iur. Sebastian Scheerer

Danksagung

Zunächst möchte ich Prof. Scheerer danken, der mir die Möglichkeit geboten hat, seine Studentin zu sein. Unter seiner Anleitung lernte ich, konzentriert und motiviert zu arbeiten und die notwendige Disziplin und Selbstkritik zu entwickeln. Vor allem ließ er mich am humorvollen und herzlichen Umgang, den er mit allen seinen Studierenden pflegt, teilhaben. Ich danke ihm auch für das mir entgegengebrachte Vertrauen, das mich in der Errreichung meines Ziels bestärkte.

Danken möchte ich auch meiner Deutschlehrerin Gisela Herter für ihre geduldige Unterstützung und Begleitung auf meinem ganzen Weg.

Ebenso hoffe ich, meinem Freund, Verlobten und jetzigen Ehemann, Sven Kaufel, eine Wiedergutmachung für die Zeit, die er meiner Arbeit geopfert hat, leisten zu können.

Uneingeschränkt dankbar bin ich meiner Schwester, meinen Eltern, allen meinen FreundInnen und KollegInnen, insbesondere Funda und Ale, die mich immer wieder zum Weitermachen ermuntert haben. Und ganz schöne Erinnerungen an meine Freunde Jimena Usetxe und María Laura Böhm in der Universität.

Gottes Wege haben mich nach Deutschland geführt, und ich habe die Gelegenheit wahrgenommen, um in Deutschland zu studieren und die Sprache zu lernen. Dafür gebührt Gott mein Dank.

Mit Hochachtung danke ich schließlich Prof. Manuel Cancio Meliá, Prof. Francisco Muñoz Conde, Prof. Alejandro Aponte, Prof. Manuel Abanto Vásquez und Prof. Eduardo Montealegre Lynett, die mir ihre persönliche Zeit für ein Gespräch über das Thema meiner Forschungsarbeit gewidmet haben.

Bei dieser Gelegenheit möchte ich auch den folgenden Professoren meine Dankbarkeit aussprechen, die meine Fragen zum Thema telefonisch bzw. per E-Mail beantwortet haben: Percy García Cavero, German Aller, Manuel S. Grosso García, Francisco Ferreira de Abreu, Alfonso Zambrano Pasquel, Yesid Reyes Alvarado, Carlos Parma, Javier Llobet, Minor E. Salas, Alice Bianchini, Rogelio Barba Álvarez, José Urquizo Olaechea, Luis R. Guillamondegui, Alex van Weezel und Eugenio Raúl Zaffaroni.

Karolina Víquez A.

Abstract

Der Rechtphilosoph **Günther Jakobs** prägte erstmals im Jahr 1985 den Begriff „Feindstrafrecht“ in Bezug auf die Neigung der deutschen Gesetzgebung zur „Kriminalisierung im Vorfeld einer Rechtsgutverletzung“. **Jakobs** spricht in diesem Zusammenhang von „Bekämpfungsgesetzen“, die zu einer „Bekämpfungsgesetzgebung“ führen könnten. Eine kritische Reaktion unter den deutschen Juristen erfolgte allerdings erst nach dem Vortrag von **Jakobs** auf der Berliner Tagung im Jahre 1999. Dieser sog. zweiten Phase folgte die dritte Phase beginnend mit **Jakobs**’ Aufsatz „Feindstrafrecht und Bürgerstrafrecht“ aus dem Jahre 2003, der sich durch dessen Versuch, das Feindstrafrecht mit Hilfe von philosophischen Erkenntnissen der Aufklärung zu untermauern, auszeichnet. **Jakobs** vergleicht hierbei Individuen im Naturzustand mit solchen, die sich durch ihr Verhalten dauerhaft vom Rechtsstaat abgewandt hätten. Um die Anerkennung des Feinds als Unperson zu konstruieren, greift **Jakobs** auf **Kant** zurück – die Unsicherheit, die ein Individuum im Naturzustand verbreite, berechtige dazu, dieses Individuum wie einen Feind zu behandeln und vom Bürger zu unterscheiden. **Jakobs**’ Bezug auf die Philosophie der Aufklärung findet die Ablehnung der Mehrheit der Wissenschaftler.

Die Strafe hat bei **Jakobs** das Ziel der Gefahrenbeseitigung und nicht das eines zukünftigen straffreien Verhaltens des Delinquenten. Das Recht des Bürgers auf Sicherheit legitimiere die Strafe. Der Feind, der keine kognitiven Mindestgarantien bietet, störe die Vertrauensbeziehungen zwischen den Bürgern. Somit gefährde schon allein die Anwesenheit eines Feindes die Freiheit aller Gesellschaftsmitglieder, der Feind werde zu einer Bedrohung für die Rechtsordnung. Wie **Jakobs**’ Kritiker finden, habe das Konzept des Feinds als Unperson seinen Ursprung nicht in der Staatstheorie, sondern im politischen Denken von **Carl Schmitt**, und ein Feindbegriff dieser Art sollte niemals Teil eines liberalen Strafrechts sein. Jeder Straftäter habe einen unverzichtbaren Anspruch darauf, nicht als Unperson oder Feind behandelt zu werden.

Weitere Kritikpunkte waren, dass **Jakobs**’ Ideen autoritären Regimen als theoretische Rechtfertigung dienen könnten, ferner seine gewagte Wortwahl und hierbei insbesondere die Unterscheidung zwischen Bürgern (Personen) und Feinden (Un-Personen), die Assoziationen mit der deutschen Vergangenheit hervorrufe. Trotz der starken Ablehnung der Idee eines Feindstrafrechts war eine kontinuierliche Diskussion entstanden, die sich nach den terroristischen Anschlägen vom 11. September auf die USA noch intensivierte. Mit der

Internierung von echten oder vermeintlichen Mitgliedern von „al-Qaida“ in Guantánamo wurden Zwangsmaßnahmen eingeführt, die weder dem Strafrecht noch dem Kriegsrecht angehören.

Trotz aller Kritik an dem Begriff und dem Konzept des **Jakob’schen** Feindstrafrechts führten die kriminalpolitischen Entwicklungen der letzten Jahre in Deutschland zu der Einsicht, dass die von **Jakobs** genannten, typischen Merkmale des Feindstrafrechts tatsächlich in der positiven Rechtsordnung zu finden seien und auch unter dem Begriff Risikostrafrecht diskutiert würden. Die Herausforderungen für die modernen Gesellschaften (z.B. Öffnung der Märkte) hätten zu einer Instrumentalisierung des Strafrechts geführt, um bestimmte kriminelle Erscheinungsformen (im Bereich der Wirtschaft, des internationalen Handels, des Datenmissbrauchs, des Handels mit Waffen, Drogen, menschlichen Organen oder mit Menschen) effizient bekämpfen zu können.

Insgesamt überwiegt die Forderung, der Rechtsstaat müsse vor illegitimen Praktiken bewahrt werden, und es bestehen Befürchtungen, beispielsweise von **Kai Ambos** und **Cornelius Prittwitz**, hinsichtlich der eventuell negativen Konsequenzen von **Jakobs**’ Ideen in Lateinamerika. Diese fanden in Lateinamerika rege Aufnahme. Einen Höhepunkt erreichte das Studium des Feindstrafrechtskonzepts in Lateinamerika nach der Übersetzung des Textes „Feindstrafrecht und Bürgerstrafrecht“ von **Jakobs**, der zusammen mit einer Kritik von **Cancio Meliá** am Feindstrafrecht veröffentlicht wurde.

Der Einfluss des deutschen Strafrechts wurde nicht erst durch **Jakobs** begründet. Vielmehr existierte er schon zu Beginn des 20. Jahrhunderts und basiert auf einer Vielzahl deutscher philosophischer und rechtswissenschaftlicher Strömungen und Theorien. In dieser Tradition steht u.a. **Welzel**, der von einer engen Verbindung zwischen Spanien und Deutschland sprach. Eine besondere Rolle als Rezeptor spielte **Jiménez de Asúa**, der Schüler von **v. Liszt** gewesen war. Auf diese Verbindung lässt sich die lange Zeit geltende kausalistische Orientierung lateinamerikanischen Strafrechtsdenkens zurückführen, die dann überwiegend im Anschluss an die Übersetzungen von **Welzels** Systemdenken durch die finalistische Dogmatik abgelöst wurde. Der Finalismus dürfte darüber hinaus die Rezeption von **Jakobs** und **Roxin** in Lateinamerika gefördert haben. Einen weiteren Beitrag zur Rezeption leisteten auch die zahlreichen detaillierten Veröffentlichungen in Lehrbüchern in spanischer Sprache.

Wesentliche Unterschiede zwischen **Roxin** und **Jakobs** betreffen das Strafziel: Bei **Roxins** Strafrechtsansatz stehen der Rechtsgüterschutz und eine Ausrichtung an der Kriminalpolitik

im Mittelpunkt, bei **Jakobs** die Normgeltung und die daraus resultierende Stabilität der Gesellschaft. **Roxin** betont die positive Generalprävention und die Möglichkeit der Resozialisierung. Für **Jakobs** hat ebenfalls die positive Generalpräventation Bedeutung, er versteht darunter allerdings, in deutlicher Abgrenzung zu **Roxin**, die Normanerkennung zum Schutz der gesellschaftlichen Interaktion. Die große Verbreitung des deutschen Strafrechts im spanischsprachigen Raum spricht dafür, dass **Jakobs**' Feindstrafrecht auch in Lateinamerika verstanden und diskutiert werden kann. Die Mehrheit der lateinamerikanischen Autoren bestätigt die Existenz der von **Jakobs** beschriebenen Normen in allen Rechtsordnungen der westlichen Welt.

Bezüglich des Feindstrafrechts als konzeptionellen Entwurfs mit der Trennung in Bürger- und Feindstrafrecht dominiert die Ablehnung, insbesondere gegen den nicht verfassungsgemäßen Ausschluss von Personen. Auch wird **Jakobs** insofern fehlende Klarheit vorgeworfen, als er für die Identifizierung eines Individuums als Feind bzw. Unperson keine Charakteristiken angebe. Das lege eine Einstufung des Feindstrafrechts als Täterstrafrecht nahe, für das es in einem Rechtsstaat keinen Raum geben sollte. Seine bis heute unklare Definition des Feindes dürfte zu einer Unsicherheit in der Interpretation seiner Aussagen auch in Lateinamerika und zu einer unzureichenden Differenzierung zwischen dem Konzept und der Beschreibung des Feindstrafrechts geführt haben. Diese beiden werden bisweilen austauschbar eingesetzt.

Es wird zudem festgestellt, dass das Feindstrafrecht von **Jakobs** den tatsächlichen Gegebenheiten in Lateinamerika nur bedingt gerecht werde. Es herrsche in der lateinamerikanischen Praxis ein Zustand vor, der das Feindstrafrecht im Sinne von **Jakobs** als beschreibenden Begriff weit übersteige und in Lateinamerika anderen Themen Priorität verleihe als das Studium des Feindstrafrechts. Kritisiert wird, dass es in Lateinamerika z.B. nie rechtsstaatliche Strukturen gegeben habe, die ein Feindstrafrecht beschränken könnten. Der Staat habe in vielen Ländern Lateinamerikas die Versorgung der Bürger mit den grundlegendsten Gütern eingestellt und stattdessen die Strafgewalt beträchtlich ausgeweitet; diese Praxis sei jedoch nie als Feindstrafrecht bezeichnet worden. Deswegen wird wiederholt auf die notwendige Suche nach einer Strafrechtstheorie aufmerksam gemacht, die den Verhältnissen in Lateinamerika angepasst werden könne.

Ergebnisse

Als Ergebnis der Arbeit lässt sich ein gutes Verständnis der deutschen Strafrechtswissenschaft in Lateinamerika konstatieren. Folgende inhaltliche Schwerpunkte kennzeichnen die Debatte zum Feindstrafrecht in Lateinamerika: Die Existenz eines Feindstrafrechts zur Aufrechterhaltung von Sicherheit verweist auf ein Kontrolldefizit des Staates. Ein Strafrecht, das mit Mitteln des Krieges gegen sog. Feinde vorgeht, verstößt gegen Prinzipien des Rechtsstaats und wird selbst kriminell. Dem Rechtsstaat obliegt es, die Grenze zwischen der Anwendung von Strafrecht und der Verwendung kriegerischer Mittel zu ziehen, andernfalls instrumentalisiert die Politik das Strafrecht. Diese Gemeinsamkeit wird in der Diskussion zwischen Lateinamerika und den postindustriellen Gesellschaften gezogen. Damit findet eine Überbewertung der Möglichkeiten des Strafrechts statt. In Lateinamerika hat sich der Punitivismus in Form strenger Strafen und unterschiedlicher Behandlung von Tätergruppen bereits etabliert.

In Europa richtet sich das verschärfte Strafrecht teilweise auch gegen ökonomisch einflussreiche Kreise, in Lateinamerika dagegen angesichts gravierender Sicherheitsprobleme und tief gespaltener Gesellschaften gegen die arme Bevölkerung. Insbesondere werden hier Wiederholungstäter kriminalisiert. Vergleiche mit **v. Liszts** „Wegsperren der Unverbesserlichen“ lassen sich ziehen. Es handelt sich hierbei nicht gemäß **Jakobs**’ Theorie um Subjekte, die die Gesellschaft zerstören wollen und symbolisch zum Feind erklärt werden, sondern um Armutsprobleme. Die Bekämpfung von Wirtschaftskriminalität wird in Lateinamerika vernachlässigt.

Es besteht Einigkeit zwischen den deutschen und lateinamerikanischen Kritikern in der Feststellung, dass ein Ignorieren der feindstrafrechtlichen Normen innerhalb des Strafrechts von großem Nachteil wäre und **Jakobs** dieses Verdienst der Aufdeckung zukomme. Seine Verwendung des Begriffes Feind sollte im Rahmen seiner eigenen Theorie der Idealtypen Bürgerstrafrecht – Feindstrafrecht und nicht in historischen Zusammenhängen bewertet werden. Das Konzept eines Bürgerstrafrechts bringt Lateinamerika angesichts der realen Verhältnisse, bei denen der Staat darin versagt, die Bürger mit den notwendigsten Gütern zu versorgen, keinen Nutzen.

Konkrete alternative Vorschläge verschiedener Strafrechtswissenschaftler, für die kein Feindbild benötigt wird, sind hier hervorzuheben: das „Strafrecht der drei Geschwindigkeiten“ (**Silva Sánchez**), das für Wirtschaftsdelikte Geldstrafen bei einer

Flexibilisierung der Prozessgarantien vorsieht. Es könnte auch ein gesondertes Wirtschaftsstrafrecht für bestimmte Delikte eingerichtet werden. Eine gewisse Unfähigkeit des Strafrechts, adäquat auf neue Kriminalitätsformen zu reagieren, wird von den meisten Diskussionsteilnehmern konstatiert und politische Lösungen werden gefordert. In Lateinamerika steht die Lösung sozialer Probleme an erster Stelle – nicht die Rettung des Rechtstaats.

Inhaltsverzeichnis

Abstract IV

Ergebnisse VII

Kapitel 1.

Einleitung und Untersuchungsziel 5

Kapitel 2.

Die Entwicklung des Konzepts des Feindstrafrechts von Jakobs 9

2.1 Begriffsdefinition 9

2.1.1 Die Kritik der Kriminalisierung im Vorfeld (1985) 9

2.1.2 Die Einführung des Feindstrafrechts (1999) 16

2.1.3 Begründung der Bekämpfung des Feinds (2003) 19

2.2 Hauptaspekte 21

2.2.1 Das Konzept der Person 21

2.2.2 Identifizierung des Feindes 24

2.3 Funktion der Strafe 30

2.3.1 Offene Funktion: Bestätigung des Normbestandes 35

2.3.2 Latente Funktion: Gefahrenbeseitigung 36

2.3.3 Die Legitimation des Strafzwecks 38

2.4 Zwischenfazit 41

Kapitel 3.

Die deutsche Diskussion zum Feindstrafrecht 43

3.1 Kritische Auseinandersetzung mit der Konzeption von Jakobs 43

3.1.1 Erste Reaktionen auf **Jakobs**' Vortrag von 1985 43

3.1.2 Erneute Diskussion auf der Tagung von 1999 47

3.1.3 Die Unterschiede zwischen den Vorträgen von 1985 und 1999 49

3.1.4 Einschätzung von **Jakobs**' „Beschreibung" ab 2003 53

3.2 Feindstrafrecht im Zugriff auf die Kriminalpolitik 60

3.2.1 Verhältnis zwischen Kriminalpolitik und Strafrecht 61

3.2.2 Veränderungen in der Kriminalpolitik 64

3.2.3 Symbolisches Strafrecht 70

3.2.4 Risikostrafrecht 74

3.2.5 „Effizientes" Strafrecht 75

3.3 Ausgewählte rechtsphilosophische Diskussionspunkte 78

3.3.1 Philosophische Grundlagen des Feindstrafrechts 78

3.3.2 Der Feind als „Unperson" im Strafrecht 90

3.4 Zwischenfazit 99

Kapitel 4.

Die Strafrechtsdogmatik als Grundlage der Beziehungen zwischen Deutschland und Lateinamerika 102

4.1 Der klassische Verbrechensbegriff 102
4.1.1 Positivistische Grundlegung 103
4.1.2 Der normologische Positivismus **Karl Bindings** 104
4.1.3 Das Reformprogramm Franz von Liszts 105
4.1.4 Heutige Bewertung der Spezialprävention **Franz von Liszts** 108
4.1.5 Überblick zum klassischen Verbrechensaufbau 109
4.1.5.1 Die Handlung − Der natürliche Handlungsbegriff 111
4.1.5.2 Tatbestandsmäßigkeit 112
4.1.5.3 Die Rechtswidrigkeit 113
4.1.5.4 Schuld – Der psychologische Schuldbegriff 114

4.2 Der neoklassische Verbrechensbegriff 115
4.2.1 Philosophische Grundlagen – Der Neukantianismus und seine Vertreter 115
4.2.2 Einflüsse des Neukantianismus auf die Strafrechtswissenschaft 119
4.2.3 Darstellung des neoklassischen Verbrechensaufbaus 121
4.2.3.1 Der Handlungsbegriff 121
4.2.3.2 Tatbestandsmäßigkeit 122
4.2.3.3 Rechtswidrigkeit 125
4.2.3.4 Schuld – Der normative Schuldbegriff 126

4.3 Der Verbrechensbegriff des Finalismus 127
4.3.1 Rechtsphilosophische Grundlagen 128
4.3.1.1 Ontologische Betrachtung und sachlogische Strukturen 128
4.3.1.2 Gemeinschaftsgedanke und sozialethischer Handlungswert 129
4.3.1.3 **Welzels** Rückgriff auf philosophische und psychologische Konzepte seiner Zeit 131
4.3.2 Die Darstellung des finalistischen Verbrechensaufbaus 132
4.3.2.1 Der finale Handlungsbegriff 133
4.3.2.2 Die Einordnung des Vorsatzes in den Tatbestand 136
4.3.2.3 Die Rechtswidrigkeit 137
4.3.2.4 Schuld 138

4.4 Überblick über die historische Übertragung der deutschen Strafrechtswissenschaft nach Lateinamerika 140
4.4.1 Erste Kontakte der deutschen Strafrechtswissenschaft mit Spanien und Lateinamerika 140
4.4.1.1 Die Lehre von **Krause** als philosophischer Grundstein 141
4.4.1.2 Die Besserungstheorie **Röders** 144
4.4.1.3 Der Einfluss **Krauses** und seiner Schüler im spanischsprachigen Raum 145
4.4.1.4 Der spanische Krausismus des Rechtsphilosophen **Giner de los Ríos** ... 148

4.4.2 Spanien als Hauptüberträger der deutschen Dogmatik nach Lateinamerika 150
4.4.2.1 Entwicklung des Einflusses der deutschen Dogmatik in Spanien 150
4.4.2.2 Die ersten Schritte der deutschen Dogmatik in Lateinamerika 157
4.4.2.3 **Jiménez de Asúas** Rolle in der historischen Übertragung 163
4.4.2.4 Die Anfänge der finalen Handlungslehre in Lateinamerika 166

4.5 Zwischenfazit 169

Kapitel 5.

Die funktionalistischen Systeme von Roxin und Jakobs und ihre Übertragung nach Lateinamerika 171

5.1 Roxins Ausrichtung des Strafrechtsystems an der Kriminalpolitik 171
5.1.1 Kritik am Strafrechtssystem 172
5.1.2 Die Bedeutung der Strafrechtsdogmatik bei **Roxin** 173
5.1.3 Neuformulierung des Strafzwecks 174
5.1.4 Aufbau von **Roxins** teleologisch-kriminalpolitischem System 175
5.1.4.1 Die Handlung 176
5.1.4.2 Der Tatbestand 177
5.1.4.3 Das Unrecht 179
5.1.4.4 Die Verantwortlichkeit des Täters 180

5.2 Die funktionale Strafrechtstheorie Günther Jakobs' 181
5.2.1 Das Strafrecht als Teil der Gesellschaft 181
5.2.2 Funktion der Strafe als positive Generalprävention 183
5.2.3 Jakobs' strafrechtlicher Handlungsbegriff 185
5.2.4 Tatbestand und objektive Zurechnung 187
5.2.4.1 Kausalität und Äquivalenztheorie 190
5.2.4.2 Adäquanztheorie 191
5.2.4.3 Erlaubtes Risiko 191
5.2.4.4 Vertrauensgrundsatz 192
5.2.4.5 Garantenstellung 193
5.2.4.6 Regressverbot 193
5.2.5 Der funktionale Schuldbegriff 193
5.2.6 Kritische Diskussion der funktionalen Straftheorie von **Jakobs** 195
5.2.6.1 Kritik an **Jakobs**' systemtheoretischem Fundament 195
5.2.6.2 Die Kritik an **Jakobs**' Legitimationsbegriff 198
5.2.6.3 Kritik am Strafzweck des Normgeltungsschutzes 200
5.2.6.4 Kritik der Rollentheorien 203
5.2.6.5 Kritik des funktionalen Schuldbegriffs von **Jakobs** 204

5.3 Die Übertragung des Funktionalismus nach Lateinamerika 204
5.3.1 Roxins wichtigste spanischsprachige Übersetzungen 205
5.3.2 Jakobs' wichtigste spanischsprachige Übersetzungen 217

5.4 Zwischenfazit 239

Kapitel 6.

Die Rezeption des Feindstrafrechts in Lateinamerika 240

6.1 Die wichtigsten spanischen Überträger des Feindstrafrechts nach Lateinamerika 242

6.1.1 Positive Generalprävention und Feindstrafrecht – **Cancio Meliá** 242

6.1.2 Kann das Feindstrafrecht einem Strafrecht mit Garantie Nutzen bringen? – **Cancio Meliá** 245

6.1.3 Das Feindstrafrecht als „dritte Geschwindigkeit" – **Silva Sánchez** 246

6.1.4 Die Aufklärung der „falschen Mythen" über das Feindstrafrecht – **Polaino/Polaino** 249

6.1.5 Unvereinbarkeit von Feindstrafrecht und Rechtstaat – **Demetrio Crespo** 253

6.1.6 Feindstrafrecht als theoretische Legitimationsgrundlage für autoritäre Regime – **Muñoz Conde** 254

6.1.7 Exkurs **Edmund Mezger** und seine Beziehung zum Gesetz für Gemeinschaftsfremde 256

6.2 Analyse des Feindstrafrechts durch lateinamerikanische Autoren 258

6.2.1 Kriminalpolitik und feindstrafrechtliche Tendenzen 259

6.2.1.1 Kriminalpolitische Hauptrichtungen – Verortung des Feindstrafrechts im Punitivismus 259

6.2.1.2 Zielgruppen im Blick der Kriminalpolitik 264

6.2.2 Jakobs' Feindstrafrechtskonzept zwischen Strafrecht und Kriegsrecht 267

6.2.3 Die Beziehung zwischen **Jakobs**' Feindstrafrecht und seiner Strafrechtstheorie 274

6.2.4 Bewertung des Ausschlusses von Feinden 282

6.2.5 Die internationale Strafmacht als Feindstrafrecht 288

6.2.6 Feindstrafrecht als Alternative bei Wirkungslosigkeit des Strafrechts 295

6.3 Bewertung feindstrafrechtlicher Tendenzen in Lateinamerika 302

6.3.1 Das Pazifizierungsdefizit 302

6.3.2 Die Identifizierung des Feindes in der Gesellschaft 303

6.3.3 Das Rollenkonzept und seine Folgen 310

6.3.4 Politisch effizientes Feindstrafrecht in Kolumbien 312

6.4 Auswirkungen der Rezeption von Jakobs' Feindstrafrechtsverständnis 319

6.5 Zwischenfazit 324

Schlussfolgerungen

Die inhaltliche Ausweitung der deutschen Diskussion zum Feindstrafrecht in der Folge ihrer Übertragung nach Lateinamerika 329

Literaturverzeichnis 334

Anhang 372

Kapitel 1. Einleitung und Untersuchungsziel

Wenn dem Strafrecht die effektive Verfolgung derjenigen, die unsere Sicherheit gefährden, nicht gelingt, ist dann nicht ein anderes Strafrecht nötig? Wäre es ungerecht, denjenigen, die die Gesellschaft zerstören wollen, die Bürgerrechte abzuerkennen – sie gar als Feinde zu deklarieren? Dies sind die Fragen, die in Deutschland im Zusammenhang mit dem Feindstrafrecht diskutiert werden.

Der deutsche Professor der Universität Bonn **Günther Jakobs** verweist angesichts der Kontroverse zum Umgang mit „gefährlichen Subjekten“ auf die Notwendigkeit, zwischen einem Strafrecht für Bürger und einem Feindstrafrecht zu unterscheiden. **Jakobs** bezeichnet seine funktionalistische Strafrechtstheorie als Bürgerstrafrecht. Diese Untersuchung basiert auf der Grundannahme, dass das Verständnis des Bürgerstrafrechts Voraussetzung für das Verständnis des Feindstrafrechts ist. Bürger- und Feindstrafrecht sind wie zwei Seiten einer Medaille, sie widersprechen sich in **Jakobs**' philosophischem Denken nicht, sie ergänzen sich.

Jakobs erklärte 1999 auf einer internationalen Tagung in Berlin zum Thema „Die deutsche Strafrechtswissenschaft vor der Jahrtausendwende, Rückbesinnung und Ausblick“, dass jene Maßnahmen, die gegen gefährliche Subjekte hauptsächlich aufgrund ihrer Zugehörigkeit zu einer kriminellen Organisation (Terrorismus, organisiertes Verbrechen, Drogenhandel etc.) verhängt werden, nicht mit dem üblichen Umgang seitens der Strafjustiz mit Tätern zu vergleichen seien. Laut **Jakobs** würden in der deutschen Rechtsordnung Normen existieren, die das Benehmen und die Gefährlichkeit von Subjekten sanktionieren und nicht ihre begangenen Taten. Mit anderen Worten, die Vorverlegung der Strafbarkeit, die Verhängung härterer Strafen und die Einschränkung der Prozessgarantien bewirken einen unterschiedlichen strafrechtlichen Umgang, der sich nach der Gefährlichkeit der Subjekte richtet. In der Strafprozessordnung lässt sich das im Wesentlichen anhand des Eingriffs in die Privatsphäre feststellen, wie zum Beispiel durch die Installierung von telefonischen Abhörgeräten. Weitere Zwangsmaßnahmen sind unter anderen heimliche Überwachung des Beschuldigten oder der Einsatz verdeckter Ermittler.

Die Existenz von Normen in der Rechtsordnung, die mit Feindstrafrecht tituliert werden können, stelle eine unumstößliche Realität dar. Die Bestrafung im Rahmen des traditionellen Strafrechts, welche sich beim Umgang mit den neuen Kriminalitätsformen in den postindustriellen Ländern als ineffizient erwiesen habe, ist durch härtere Strafmaßnahmen ergänzt

worden. **Jakobs** zufolge sei es besser, jene Teile, die antiliberale Merkmale aufweisen, aus dem liberalen Strafrecht zu entfernen, als ihre weitere Ausbreitung hinzunehmen. Mit dieser Lösung öffnet **Jakobs** die Tür zu einem Recht, das zwar strenger als das traditionelle Strafrecht, aber weniger aggressiv als das Kriegsrecht ist. Es handelt sich um ein Strafrecht, das klare Regeln des Umgangs mit dem Feind aufstellt, die diejenigen betreffen, die den Rechtsweg verlassen haben. Der Strafzweck dieses Rechts ist die Beseitigung der Gefahr, und es legitimiert sich durch die Pflicht des Staates, seine Bürger zu schützen. Anders ausgedrückt, der Staat reagiert mit Zwangsmaßnahmen gegen diejenigen, die eine Zerstörung der Rechtsordnung anstreben.

Jakobs' Idee der Trennung zwischen Bürgern und Feinden wurde 1999 von seinen Zuhörern äußerst skeptisch aufgenommen. Eine allgemeine Ablehnung wurde im Wesentlichen durch die Kritiken von **Ingeborg Puppe** und **Albin Eser** noch auf der Tagung selbst ausgelöst. Der zentrale Kritikpunkt war, **Jakobs**' Ideen böten sich dazu an, autoritären Regimen als theoretische Rechtfertigung zu dienen. Ein großer Anteil an der sofortigen Ablehnung von **Jakobs'** These wurde aber auch durch seine gewagte Wortwahl und hierbei insbesondere durch die Unterscheidung zwischen Bürgern (Personen) und Feinden (Un-Personen) hervorgerufen, die Reminiszenzen an die deutsche Vergangenheit wecke.

Trotz der starken Ablehnung der Idee eines Feindstrafrechts gewannt die Diskussion kontinuierlich an Intensität und zog nach den terroristischen Anschlägen vom 11. September 2001 auf die USA noch größere internationale Aufmerksamkeit auf sich. Wurde bis zu diesem Zeitpunkt in den Vereinigten Staaten die Strafjustiz gegenüber terroristischen Aktivitäten angewandt, bestand die Reaktion im Anschluss an den 11. September in der Einführung eines Kriegsdiskurses in die Kriminalpolitik und dem Beginn eines externen Kriegs gegen die Taliban in Afghanistan. Mit der Internierung von Mitgliedern oder vermeintlichen Mitgliedern von „al-Qaida" in Guantánamo wurden Zwangsmaßnahmen eingeführt, die weder dem Strafrecht noch dem Kriegsrecht angehören.

Angesichts dieser Ereignisse und der Veröffentlichung eines Textes im Jahre 2003, in dem **Jakobs** seine Idee des geteilten Strafrechts in Bürger- und in Feindstrafrecht philosophisch untermauerte, wurde dem Thema Feindstrafrecht noch mehr Aufmerksamkeit geschenkt. Die deutschen Wissenschaftler machen in der Diskussion klar, dass eine Trennung des Strafrechts unzulässig sei, auch wenn sich in der deutschen Rechtsordnung Normen finden lassen, die die von **Jakobs** beschriebenen und mit Feindstrafrecht benannten Charakteristiken aufweisen. Ganz im Gegenteil bieten die Kritiker unterschiedliche Argumentationen an, die beweisen

sollen, dass die Maßnahmen gegen gefährliche Subjekte im Strafrecht keine Erfindung von **Jakobs** seien, sondern dass sich das „Wegsperren“ des Delinquenten schon in der Theorie der negativen Spezialprävention von **Franz v**. **Liszt** finde. In der deutschen Diskussion herrscht die Meinung vor, dass das Konzept des Feindstrafrechts nicht die Funktion erfüllen könne, das liberale Strafrecht eines Rechtsstaates zu schützen. Zur Stützung dieser mehrheitlichen Meinung schreiben Autoren wie **Kai Ambos** und **Cornelius Prittwitz** über die eventuell negativen Konsequenzen von **Jakobs**’ Ideen in Lateinamerika.

Und tatsächlich werden die Ideen von **Jakobs** in Lateinamerika rege rezipiert und diskutiert. Einen Höhepunkt erreichte das Studium des Feindstrafrechtskonzepts in Lateinamerika nach der Übersetzung des Textes „Feindstrafrecht und Bürgerstrafrecht“ von **Jakobs**, der zusammen mit einer Kritik von **Cancio Meliá** am Feindstrafrecht in einem Buch veröffentlicht wurde. Das Interesse der lateinamerikanischen Wissenschaftler am Thema Feindstrafrecht war groß, weil es mit dem Verhältnis von Strafrecht zur Kriminalpolitik ein Phänomen beschreibt, welches in vielen Ländern unabhängig von ihrer konkreten Rechtsordnung existiert. Die anhaltende Rezeption und Diskussion zum Thema Feindstrafrecht in Lateinamerika sowie die potentiellen (negativen) Auswirkungen desselben waren Anlass zur Ausarbeitung der vorliegenden Arbeit. Ziel dieser Arbeit ist es festzustellen, ob das Konzept Feindstrafrecht, welches auf der Existenz eines liberalen Strafrechts beruht und im Prinzip zur Bekämpfung der Kriminalität in postindustriellen Gesellschaften ausgearbeitet worden war, in Lateinamerika verstanden werden kann.

Die Diskussion in Lateinamerika bezüglich des Feindstrafrechts unterscheidet sich sehr von der deutschen Diskussion – nicht nur aufgrund der historischen Vergangenheit, sondern auch, weil die gegenwärtigen Globalisierungsfolgen auf Gesellschaft, Politik und Wirtschaft sehr unterschiedliche Auswirkungen haben. Die von **Jakobs** sog. feindstrafrechtlichen Normen sind dort weit entfernt vom reinen Symbolismus: Merkmale wie der Verlust an prozessualen Garantien, die Vorverlagerung der Strafbarkeit und exzessiv höhere Strafen bilden eine Realität. Die lateinamerikanische Diskussion beschränkt sich nicht darauf, die Argumente der deutschen Wissenschaftler zu studieren, sondern berücksichtigt vor allem auch die Interpretationen der spanischen Strafrechtler **Manuel Cancio Meliá**, **Jesús-María Silva Sánchez** und **Francisco Muñoz Conde**. Unter den renommierten lateinamerikanischen Professoren, die an der Diskussion teilnahmen, finden sich **Eugenio R. Zaffaroni**, **Alejandro Aponte, Luís Greco, Percy García Cavero**, **Alfonso Zambrano Pasquel**, **Manuel Abanto**

Vásquez, **Francisco Ferreira de Abreu**, **Yesid Reyes**, **Manuel Grosso García**, **Alice Bianchini**, **Daniel R. Pastor, Javier Llobet, Alex van Weezel**.

In der vorliegenden Untersuchung wird die Diskussion wiedergegeben, in der die lateinamerikanischen Protagonisten die Beiträge zu **Jakobs**' Konzept des zweigeteilten Strafrechts analysieren und die Folgen erörtern, die dieses Konzept für die lateinamerikanischen Gesellschaften haben könnte. Die Meinungen der Diskussionsteilnehmer spiegeln eine Tendenz zur Entwicklung unterschiedlicher Thesen wider, um die Mängel des Konzepts zu kritisieren bzw. den Versuch zur Rettung des Ideals des Rechtsstaats in ihren jeweiligen Ländern zu unternehmen. Um die Einschätzung leisten zu können, ob Einschränkungen im Verständnis des Feindstrafrechts von **Jakobs** in Lateinamerika vorliegen oder nicht, wird wie folgt vorgegangen:

Zunächst wird die in drei Etappen verlaufende Entwicklung des Feindstrafrechts in Deutschland ausgehend vom ersten Vortrag **Jakobs**' zu diesem Thema im Jahre 1985 über die Strafrechtslehrertagung 1999 bis hin zu seinem Aufsatz aus dem Jahre 2003 beschrieben (Kapitel 2). In Kapitel 3 folgt die Analyse der Diskussionen zum Feindstrafrecht in der deutschen Strafrechtswissenschaft, die jeweils durch die drei „Entwicklungsschritte" von **Jakobs** ausgelöst worden waren. Da sich **Jakobs**' Theorie eines funktionalistischen Strafrechts auf dogmatische Überlegungen (das klassische Verbrechenssystem, das neoklassische System, der Verbrechensbegriff des Finalismus) von mehr als hundert Jahren stützt, werden in Kapitel 4 die zentralen Aspekte der Übertragung der deutschen Dogmatik nach Lateinamerika erörtert und veranschaulicht. In Kapitel 5 werden die aktuellsten Theorien des deutschen Strafrechts und die Mittel und Akteure der Rezeption von **Claus Roxin** und **Jakobs** in Lateinamerika vorgestellt. Weiterhin wird die sehr kritische Haltung der deutschen Strafrechtswissenschaftler hinsichtlich der funktionalistischen Theorie von **Jakobs** beleuchtet, da diese aufgrund ihrer Ausrichtung an normativen Kriterien die Würde der Person verletze. Kapitel 6 fasst schließlich den aktuellen Diskussionsstand in Lateinamerika zum Feindstrafrecht zusammen. Es wurden hierzu die schriftlichen Beiträge der hauptsächlichen Diskussionsteilnehmer berücksichtigt und des Weiteren Interviews mit achtzehn lateinamerikanischen Professoren aus zehn verschiedenen Ländern und zwei spanischen Professoren durchgeführt. Den Professoren wurden im Rahmen der Interviews jeweils unterschiedliche Fragen zum Thema Feindstrafrecht gestellt, und sie wurden um ihre Meinung zu einer hypothetischen Rezeption des Feindstrafrechts und zu potentiell positiven bzw. negativen Folgen einer Rezeption in Lateinamerika gebeten.

Kapitel 2. Die Entwicklung des Konzepts des Feindstrafrechts von Jakobs

In der Entwicklung des Feindstrafrechtsbegriffs von **Jakobs** können drei wesentliche Phasen[1] unterschieden werden. Zum ersten Mal wurde der Begriff des Feindstrafrechts von **Jakobs** im Jahr 1985 im Kontext einer Überlegung über die Neigung der deutschen Gesetzgebung zur „Kriminalisierung im Vorfeld einer Rechtsgutverletzung“[2] eingeführt. Diese These hatte zunächst noch sehr wenig Resonanz gefunden. Nach dem Vortrag von **Jakobs** auf der Berliner Tagung im Jahre 1999[3] kam es zu einer kritischen Reaktion unter den deutschen Juristen. Dies war die zweite Phase. Die dritte Phase begann mit **Jakobs**’Aufsatz „Feindstrafrecht und Bürgerstrafrecht“[4] aus dem Jahre 2003, in dem er versuchte, das Feindstrafrecht mit Hilfe von philosophischen Erkenntnissen der Aufklärung zu untermauern. Weiterhin behandelt dieses zweite Kapitel wesentliche Aspekte des Feindstrafrechts und der Funktion der Strafe als Gefahrenbeseitigung.

2.1 Begriffsdefinition

Jakobs weist auf das Problem hin, dass das deutsche Strafrecht besondere, repressive Normen enthalte, die das Risiko zukünftiger Gefahren mindern sollen. Ein potenzieller Täter wird für sein gefährliches Verhalten und nicht für begangene Taten bestraft.

2.1.1 Die Kritik der Kriminalisierung im Vorfeld (1985)[5]

Der Rechtsphilosoph der Universität Bonn, **Günther Jakobs**, hielt 1985 anlässlich einer Konferenz einen Vortrag über die in Deutschland bestehende Tendenz zur „Kriminalisierung im Vorfeld einer Rechtsgutverletzung.“[6] Darunter ist die vorverlegte Sanktionierung eines

---

1 Vgl. **Cancio Meliá** (2005: 277 Fn. 32).

2 Siehe **Jakobs**, **Günther**: Kriminalisierung im Vorfeld einer Rechtsgutsverletzung, in: ZStW (1985), S. 751-785.

3 Siehe **Jakobs**, **Günther**: Das Selbstverständnis der Strafrechtswissenschaft vor den Herausforderungen der Gegenwart, in: Die deutsche Strafrechtswissenschaft vor der Jahrtausendwende – Rückbesinnung und Ausblick, Dokumentation einer Tagung vom 3.-6. Oktober 1999, in der Berlin-Brandenburgischen Akademie der Wissenschaften, (Hrsg.) Eser/Hassemer/Burkhardt, Beck, 2000, S. 47-56.

4 Siehe **Jakobs**, **Günther**: Bürgerstrafrecht und Feindstrafrecht, in: Foundations and limits of Criminal Law and Criminal Procedure-An Anthology in Memory of Profesor Fu-Tseng Hung, (Hrsg.) Yu-Shiu Hsu, Taipei, 2003, S. 41-61(Deutsch), S. 15-39 (Chinesisch). Und in: HRSS (2004), S. 88-95.

5 Anlässlich eines Kongresses in Frankfurt/Main im Mai1985 führte **Jakobs** im Rahmen seiner Darstellung des Problems der vorverlagerten Strafbarkeit im deutschen Strafrecht den Begriff Feindstrafrecht ein.

6 **Jescheck/Weigend** (1996: 7) definiert Rechtsgut folgendermaßen: „Solche elementaren Lebensgüter sind z.B. das Menschenleben, die Körperintegrität, die persönliche Handlungs- und Bewegungsfreiheit, das Eigentum, das Vermögen, die Verkehrssicherheit, die Unbestechlichkeit der Amtsträger, die verfassungsmäßige Ordnung, der öffentliche Frieden, die äußere Sicherheit des Staates, die Unantastbarkeit

Subjektes zu verstehen, bevor dieses überhaupt die kriminelle Handlung begehen kann. Nach **Jakobs** entspreche diese Praxis nicht rechtstaatlichen Prinzipien, denn nur die vollendete Tat sei strafrechtlich relevant. Würde die Kriminalisierung der reinen Planung bzw. Vorbereitung einer Straftat zugelassen, folge daraus eine Behandlung des Bürgers als Feind. Denn ein Bürger werde nur zum Täter, wenn er die Ordnung störe, d.h. eine Straftat begehe.

Jakobs (1985: 751) kritisiert, dass schon Beginn und Ende eines Vorfelds unklar seien, erst recht gebe es in der Strafrechtsdogmatik[7] kein klares Konzept des Begriffs der Vollendung einer Straftat. Wo verläuft die Grenze zwischen dem legitimerweise noch strafbaren und dem nicht mehr strafbaren Verhalten im Vorfeld? Beispielhaft dafür erwähnt **Jakobs** (1985: 752) die Begrenzung des strafbaren Versuchs. So steht in Absatz zwei des § 30 StGB bezüglich des Versuchs der Beteiligung an einer Straftat: „(2) Ebenso wird bestraft, wer sich bereit erklärt, wer das Erbieten eines anderen annimmt oder wer mit einem anderen verabredet, ein Verbrechen zu begehen oder zu ihm anzustiften." **Jakobs** (1985: 752) schreibt dazu:

> „Die Strafbarkeit der Deliktsvorbereitung durch einen Beteiligungsversuch degradiert bei allen Verbrechen (§ 12 Abs. 1 StGB), die durch mehrere als Täter oder Anstifter tätige Personen vorbereitet werden, die Versuchsgrenze zu einer eher zweitrangigen Strafrahmengrenze; aber das wird akzeptiert, als sei es mit dem Sinn einer strengen Begrenzung des strafbaren Versuchs verträglich – dies als Beispiel zur ‚Prinzipienlosigkeit'."

Jakobs kritisiert an dieser Stelle den Gesetzgeber, die Grenze des strafbaren Versuchs nicht exakt definiert zu haben. Stattdessen werde die Bestrafung nach § 30 StGB wegen Beteiligung an der Deliktvorbereitung nicht angewendet, sondern vielmehr § 12 Abs. 1 StGB[8], der das Verbrechen zu einem Vergehen degradiere.

Nach **Jakobs** (1985: 751) „ist der Begriff »Vollendung«[9] ein formeller Begriff, das heißt, Vollendung richtet sich nach der Tatbestandsformulierung, nicht nach materiellen Kriterien[10],

---

von ausländischen Staatsorganen und Hoheitszeichen, die Sicherheit von nationalen, ethnischen oder kultutrellen Minderheiten gegen Ausrottung oder unwürdige Behandlung, der internationale Frieden."

7 Nach **Roxin** (2006: 194 Rn. 1) die Strafrechtsdogmatik ist die Disziplin, die sich mit der Auslegung, Systematisierung und Fortbildung der gesetzlichen Anordnungen und wissenschaftlichen Lehrmeinungen im Bereich des Strafrechts befasst.

8 § 12 StGB betrifft Verbrechen und Vergehen. Abs. 1 u. 2: „(1) Verbrechen sind rechtswidrige Taten, die im Mindestmaß mit Freiheitsstrafe von einem Jahr oder darüber bedroht sind. (2) Vergehen sind rechtswidrige Taten, die im Mindestmaß mit einer geringeren Freiheitsstrafe oder die mit Geldstrafe bedroht sind."

9 **Jescheck** (1996: 517) schreibt dazu: „Die Vollendung bestimmt sich nicht danach, ob der Täter seine Absicht erreicht hat, sondern tritt schon mit der Erfüllung sämtlicher Tatbestandsmerkmale ein."

10 **Roxin** (2006: 13 Rn. 1) sagt zum materiellen Verbrechensbegriff, er beziehe sich auf die „inhaltliche Qualität strafbaren Handelns". Er verlange nach sachlichen Kriterien, d.h. Voraussetzungen und Folgen strafbaren Handelns, die dem kodifizierten Strafrecht vorgelagert sind und den Maßstab für den Gesetzgeber zur Strafbarkeit liefern. Das Strafrecht im formellen Sinn wird durch seine Sanktionen definiert (2006: 1 Rn. 2).

und dementsprechend ist materiell ungesichert, *was überhaupt Vorfeld ist.*“ Entsprechend müsse die extensive Strafbarkeit des Versuchs dahingehend begrenzt werden, dass nur das Eindringen in die Privatsphäre des Opfers[11] unter Strafe gestellt werde. Denn die strafrechtliche Intervention sei nur dann gültig, wenn das Verhalten des Täters eine äußerlich wahrnehmbare Störung darstelle, seine innere Einstellung könne hingegen nicht strafrechtlich relevant sein[12]. „Dabei ist irrelevant, ob der Täter vor der Entäußerung in seinem Privatbereich Manipulationen vorgenommen hat, aus denen sich ein dolus (*Vorsatz*) zu rechtswidrigen Taten ergibt; denn das Verhalten im Privatbereich darf nicht interpretiert werden“ (**Jakobs** 1985: 763). Wird schon die Planung eines Verbrechens bestraft, erlaubt dies das Eindringen des Strafrechts in die Privatsphäre des Bürgers. Dies lässt sich an einem Beispiel veranschaulichen: Wenn ein Koch einen Kunden mit Arsen vergiften will, sich jedoch irrt und statt Arsen zu viel Salz über das Essen streut, wäre er wahrscheinlich für das versalzene Essen verantwortlich, nicht aber für einen Mordversuch[13]. **Jakobs** (1985: 764) kritisiert in Bezug auf § 22 StGB[14], dass ein Ansetzen zur Verwirklichung der Tat nur in der Vorstellung des Täters zur Strafbarkeit nicht ausreichen kann. Dies ist der Fall bei zwei Irrtumsvarianten: fehlendes Angriffsobjekt und als untauglich erkennbare Mittel[15]. Laut **Jakobs** ist dieser Paragraph nicht streng genug. Vielmehr müsste der Täter externes Verhalten erkennen lassen, anhand dessen auf das subjektiv gemeinte Rückschlüsse gezogen werden können. Der Gesetzgeber hingegen geht grundsätzlich von einer gemischt subjektiv (in der Vorstellung des Täters)-objektiven Theorie aus.

Bezüglich der Trennung externer und interner Vorgänge kritisiert **Jakobs** (1985: 758) das allgemeine Verständnis von sozialem Verhalten. Es gelte als unerlässlich, die subjektive Tatseite bzw. die internen Vorgänge zu berücksichtigen, da Gedanken nicht intern, sondern

---

[11] **Jakobs** (1985: 765) will die ausgedehnte Strafbarkeit des Versuchs beschränken und fordert darüber hinaus: „Der Täter muss vielmehr auch nach seinem externen Verhalten zur Organisationsanmaßung ansetzen; denn nur über das anmaßende Verhalten wird das subjektiv Gemeinte verbindlich.“ Organisationsanmaßung bedeutet, dass jemandem das ihm Zustehende genommen wird, das kann die räumliche Lage, den Besitz oder sein rechtliches Dasein betreffen, ebenso wie das Wissen, das sich jemand durch verbotene Täuschung anmaßt, oder die Nutzung der eigenen Fähigkeiten, wozu jemand durch Drohungen gezwungen wird. Siehe **Jakobs** (1993: 705).

[12] Entsprechend dem Prinzip „Internis non iudicat Praetor“, „über innere Vorgänge urteilt kein Richter“ (**Liebs** 2007: 62).

[13] In einem Rechtsstaat sind nicht nur die Gedanken, sondern das gesamte Verhalten im privaten Bereich frei von Verantwortung.Vgl. **Jakobs** (1985: 762).

[14] Der § 22 StGB gibt eine Begriffsbestimmung von Versuch. Eine Straftat versucht, wer nach seiner Vorstellung von der Tat zur Verwirklichung des Tatbestandes unmittelbar ansetzt.

[15] Ein untaugliches Objekt ist z.B. ein Mordversuch an einer Leiche, und ein absolut untaugliches Mittel ist z.B. ein Vergiftungsversuch mit einer unschädlichen Substanz.

schuldrelevant seien. Darauf basiere das Schuldstrafrecht[16], auch im Prozess ereigne sich eine Schuldprüfung. **Jakobs** (1985: 759) schreibt dazu:

> „Weil die Schuld des Täters die Grundlage für die Zumessung der Strafe ist (§ 46 Abs. 1 Satz 1 StGB), muss, so scheint es, die objektive Seite zu einer Bestrafungsvoraussetzung verkümmern, die dem Schuldstrafrecht von außen aufgepfropft wird. Man braucht bei dieser Sicht die objektive Seite nicht zur Begründung, sondern zur Begrenzung des Schuldstrafrechts.“[17]

Laut **Jakobs** (1985: 760) geht die Versuchslehre auf eine Verordnung des Reichsgerichts zurück. Er kritisiert, dass hier die äußere Handlung selbst nicht mehr als soziale Störung wahrgenommen werde, sondern nur noch als Anlass, die subjektive Tatseite aufzurollen. Der Blick des Reichsgerichts gehe vom Vorsatz zum äußeren Verhalten, nicht aber vom äußeren Verhalten zum inneren. Alle heutigen Lehren zum Strafgrund des Versuchs vertreten weiterhin die Dominanz der subjektiven Tatseite. Im Strafrecht eines Rechtsstaats könne es, so **Jakobs** (1985: 760), nicht um die Kontrolle der Interna, sondern nur der Externa gehen. „Die Frage nach den Interna ist nur zur Interpretation sowieso schon störender Externa erlaubt“ (**Jakobs** 1985: 761).

Wenn der Rechtsstaat sich in die Privatsphäre eines Subjekts einmischt, kann im Sinne von **Jakobs** (1985: 756) in der Justiz nicht die Vorstellung vom Bürger als Rechtsperson weiter bestehen. Die Konsequenzen, die sich aus der Vorverlagerung der Strafbarkeit ergeben bzw. daraus, dass „der interne Bereich des delinquierenden Subjekts nicht nur seine Gedanken, sondern seine gesamte Privatsphäre umfasst, liegen auf der Hand“: Ein Gedanke könne, so **Jakobs**, genauso wenig eine Störung des Zusammenlebens darstellen wie jedes andere Verhalten der Privatsphäre (1985: 756). Für **Jakobs** (1985: 753) besteht der etwas verborgene Grund für die Vorverlagerung im Prinzip des Rechtsgüterschutzes, und jeder Angriff auf das Rechtsgut gilt als sozial schädlich. Dieser Ansatz führe zu der Gefahr einer grenzenlosen Vorverlagerung, und damit stehe dem Täter als Feind keine Privatsphäre[18] mehr zu, er sei eine „Gefahrenquelle“ für die Rechtsgüter und könne damit für seine intimsten Gedanken zur Rechenschaft gezogen werden. „Der Täter wird nur dadurch definiert, dass er dem Rechtsgut gefährlich werden kann, wobei sich der Beginn der Gefahr

---

[16] Das Schuldstrafrecht setzt die Schuld des Täters voraus; nach dem Satz „Keine Strafe ohne Schuld“ (nulla poena sine culpa) wird das geltende deutsche Strafrecht als *Schuldstrafrecht* bezeichnet (**Creifelds** 2007: 1021). „Das Schuldprinzip dient einmal dem notwendigen Schutz des Täters gegen jedes Übermaß repressiver Einwirkung des Staates“ (**Jescheck/Weigend**1996: 24).

[17] Siehe **Jakobs** (1985: 757 Fn. 8 ;759 Fn. 11), wo er auf das Reichsgericht verweist.

[18] Laut **Jakobs** (1985: 755) besteht die Privatsphäre „etwa aus Kleidung, einvernehmlichen sozialen Kontakten, Wohnung und Eigentum (Geld, Werkzeug u.a.m.)“.

potentiell grenzenlos vorverlagern lässt“ (1985: 753). Daraus ergibt sich, wie **Jakobs** (1985: 753) kritisiert, dass dieser Feind des Rechtsguts[19] schon bei den geringsten Anzeichen einer Gefahr bekämpft werden müsse.

Diese Abwertung des Täters zu einem „Subjekt“[20] entspreche einem Strafrecht besonderer Art, dessen Funktion im Rechtsgüterschutz zu sehen sei und das **Jakobs** Feindstrafrecht nennt. Dieses sei vom bürgerlichen Strafrecht zum Schutz der Freiheitsrechte des Individuums deutlich zu unterscheiden (**Jakobs** 1985: 756). Unter dieses Feindstrafrecht fallen, „alle Kriminalisierungen materieller Vorbereitungen, soweit das Vorbereitungsverhalten im Privatrecht vollzogen wird“ (1985: 756). Bei Delikten der organisierten Kriminalität − Drogenhandel, Verbreitung von Falschgeld, Bedrohung der Sicherheit des Staats etc. − wird die Vollendung der Tat vorverlegt, um der Polizei den Zugriff im geeigneten Moment zu ermöglichen. Diese Vorverlegung überschreitet die Grenzen der reinen Prävention, die strafrechtliche Intervention kann im Extremfall dazu führen, dass der Delinquent seine prozessualen Rechte verliert[21]. Mit diesen Maßnahmen, die in die Privatsphäre des Bürgers eindringen, wird nicht nur das Prinzip der Gedankenfreiheit, sondern auch der Status des Bürgers verletzt (1985: 757).

Diese Degradierung des Bürgers zum Feind findet auch statt, wenn eine zukünftige Rechtsgutverletzung durch das Vorverlegen der Strafbarkeit verhindert werden soll. So sanktioniert der Gesetzgeber schon allein die Bildung einer Vereinigung zum Zweck terroristischer Handlungen mit der Begründung, dass schon diese für das Rechtsgut „öffentliche Ordnung“ eine Bedrohung darstelle. Entgegen der Ansicht, die Bildung krimineller oder terroristischer Vereinigungen sei keine Privatangelegenheit, vertritt **Jakobs** (1985: 757) das Argument, dass diese Deliktvorbereitung wie jede andere auch zu behandeln sei. Die Mitglieder öffneten nur gegenseitig ihren privaten Bereich, der jedoch für Außenstehende verschlossen bleibe und somit keine Einmischung erlaube. Dieser Tatsache einer „internen, somit privaten Arbeitsteilung auf der Täterseite“ werde ja zum Teil durch die

---

[19] Das Problem ist die Vorverlagerung der Strafbarkeit bei besonderen Gefährdungsdelikten. Ohne die Erwartung einer Gefährdung des Hauptrechtsguts die Gefahrenquelle auszuschalten, ist unkorrekt. **Jakobs** (1985: 752) macht das Prinzip des Rechtsgüterschutzes für die Vorverlegung der Strafbarkeit verantwortlich. Denn jeder Angriff auf das Rechtgut bedeutet eine sozialschädliche Handlung. Dieser Ansatz führe, laut **Jakobs** (1985: 753), ins Uferlose. Wie auch **Roxin** (2006: 49 Rn. 109) meint, ist für **Jakobs** die Aufgabe des Strafrechts nicht der Rechtsgüterschutz, sondern die Verhinderung eines Normgeltungsschadens.

[20] „Als Subjekt wird der Mensch so definiert, wie er geboren wird, also als psychophysisches System mit der Haut als Grenze“ (**Jakobs** 1985: 754). Ein Bürger ist ein Mensch in einer Ordnung, wie sie gemäß dem Grundgesetz besteht (1985: 755).

[21] Diese vorverlegte Kriminalisierung missachtet das Prinzip „Propter cogitationes poenam nemo patitur“, das besagt, dass niemand wegen seiner Gedanken strafrechtlich verfolgt werden darf.

Regel der quantitativen Akzessorietät[22] entsprochen, die eine einheitliche Bestrafung aller Mittäter bzw. Beteiligten vorsehe.

Neben den Vorverlagerungen beim Planungsverhalten eines Delikts erwähnt **Jakobs** (1985: 767) eine andere Art der Vorverlagerung, die der Einhaltung bestimmter Standards dient, die sog. abstrakten Gefährdungsdelikte[23]. Ein Grund für diese Deliktart ist die möglicherweise mangelnde Fähigkeit der Bürger zur Eigensteuerung, um unerwünschte Folgen ihres Verhaltens zu vermeiden. **Jakobs** nennt hier als Beispiele die Bereiche Trunkenheit im Verkehr, Brandstiftung, Falschaussage. Hier sei Vorverlagerung gegeben, weil es nicht auf die Rechtsgutverletzung ankomme, um eine vollendete Tat zu haben, so **Jakobs** (1985: 768). Es genüge, dass das gefährliche Verhalten komplett vollzogen worden sei. Die Vorverlagerung sei hier durch „die Verallgemeinerung der externen Wirkung auf jedes Verhalten eines bestimmten Typs" gekennzeichnet (1985: 769). Auch wenn kein erkennbarer Schaden eingetreten ist, kann derjenige, der sich so verhalten hat, sich nicht auf diese Tatsache berufen. Dies ist z.B. der Fall bei Brandstiftung in bewohnten Gebäuden. Auch wer in betrunkenem Zustand korrekt ein Fahrzeug führt, kann sich nicht darauf berufen, denn es gilt „per se extern störend" (1985: 768).

Eine andere Art abstrakter Gefährdungsdelikte besteht in der „Haftung wegen der Gefahr zukünftigen Verhaltens", d.h., die „Schadensneigung ist dem Produkt der Tätigkeit inhärent." Beispiele dafür sind u.a. die Hygieneverordnung für den öffentlichen Verkauf von Lebensmitteln (§ 8ff LMBG), das Verbot, bewaffnete Ordner bei einer Versammlung einzusetzen (§§ 24, 27 VersammlG), die Führerscheinprüfung als Nachweis über die Kenntnisse der Verkehrsregeln. Ferner gilt die Herstellung bestimmter Gegenstände, die zu Deliktswerkzeugen werden können, als strafbar, dies betrifft insbesondere Waffen (§ 52a WaffG) und Falschgeld. Eine Gefahr droht hier allerdings erst, wenn es zu einer Tat kommt. Problematisch sei diese Deliktsart deshalb in Bezug auf eine Begrenzung der Haftung, damit sie nicht das Tatprinzip „konterkariert", so **Jakobs** (1985: 770).

---

[22] Im Strafrecht nennt man die Abhängigkeit der Teilnahme von der Haupttat Akzessorietät. Anstiftung und Beihilfe sind ferner nur als vorsätzliche Beteiligung an fremder Tat mit Strafe bedroht. Bei dieser muss es sich nicht um eine schuldhaft begangene Tat handeln; vielmehr genügt für die Strafbarkeit, dass die Haupttat eine tatbestandmäßige und rechtswidrige, wenn auch schuldlos begangene Tat ist. Vgl. **Jescheck/Weigend** (1996: 646).

[23] Laut **Jakobs** (1985: 767 Fn. 20) ist „eine Gefahr (...) abstrakt, wenn die generelle Gefährlichkeit eines bestimmten Verhaltens Grund für die Mißbilligung jeden Verhaltens dieses Typs ist. Eine Gefahr ist konkret, wenn ein vorhandenes Gut in Gefahr steht". Beide Typen sind mischbar.

Jakobs (1985: 775) nennt Rechtsgüter wie öffentliche Ordnung oder Rechtssicherheit „flankierende Normen“[24]. Diese Normen stabilisieren die Gesellschaftsordnung, sie müssen die Bedingung für die Durchsetzbarkeit der Hauptnormen schaffen. Zum Schutz der öffentlichen Ordnung gegen Bedrohung gibt es den § 126,1 StGB. § 241 StGB[25] schützt den öffentlichen Frieden gegen Androhungen von Straftaten. Dieser Paragraph ist allgemein anerkannt und steht außer Frage, denn die Androhung von Straftaten bedeutet eine drastische Erhöhung des Sicherheitsrisikos für die Betroffenen. Laut **Jakobs** (1985: 779) geht es dabei nicht um den sog. „Klimaschutz“, sondern um den Schutz kognitiver Sicherheit. Er lehnt ebenfalls die Gleichsetzung dieses Tatbestands der Bedrohung mit dem der Belohnung und Billigung von Straftaten (§ 140 StGB) ab. Die Begründung, der Belohnende habe damit ein geistiges „Klima“ für Folgetaten geschaffen, die dann Verstöße gegen Hauptnormen wären, akzeptiert **Jakobs** (1985: 780) nicht. Vielmehr sei es „jedermanns eigene Angelegenheit“, sich beeindrucken zu lassen. Da Klimadelikte keine Zwangswirkung hätten, solle auch nicht per Strafrechtszwang darauf reagiert werden, so **Jakobs** (1985: 783).

Die Normen, die zukünftigen Gefahren vorbeugen, verletzen das Tatprinzip[26]. Ihre Anwendung missachtet die Privatsphäre des Täters, denn die Strafbarkeit kann nicht von einem möglichen Verhalten oder der Planung einer Straftat abhängen. Die Verletzung einer „flankierenden“ Norm findet dann statt, wenn der Täter reale oder vermutete Vorbereitungen zur Tat öffentlich ankündigt, „oder sonst so vollzieht, dass sie ohne Einbruch in seine Privatsphäre bemerkt werden können“ (1985: 776).

---

[24] Bei der flankierenden Norm handelt es sich um eine Vorverlegung von Rechtsgütern, wenn das zu kriminalisierende Verhalten, das auf eine zukünftige Rechtsgutverletzung schließen lässt, nicht beliebig weit vor die eigentliche Rechtsgutverletzung vorverlegt werden kann. Zu diesem Zweck findet eine Zerlegung des Rechtsguts statt, man kann gegen einzelne Teile desselben ein „Partialunrecht“ begehen, indem man gegen flankierende und nicht gegen die Hauptnormen verstößt. Die flankierende Norm bzw. das flankierende Rechtsgut soll bei den potentiellen Betroffenen Erwartenssicherheit und Vertrauen herstellen. Die Norm muss für sie stabil sein. Bei den Tatbeständen Bedrohung der Öffentlichkeit und Androhung von Straftaten zum Beispiel bewirkt dieses Verhalten eine enorme Erhöhung des Risikos, es verringert das Gefühl von Sicherheit, das die Normen garantieren sollen, die Täter bringen somit das Normvertrauen in Gefahr. An der Verletzung der flankierenden Norm durch den Täter wird erkennbar, dass eine externe Störung folgen kann. Vgl. **Jakobs** (1985: 773f).

[25] Der § 126,1 betrifft die Störung des öffentlichen Friedens durch Androhung von Straftaten. „Wer in einer Weise, die geeignet ist, den öffentlichen Frieden zu stören (...) wird mit Freiheitsstrafe bis zu drei Jahren oder mit Geldstrafe bestraft.“ Der § 241,1 betrifft die Bedrohung. Dieser Paragraph besagt, dass, „wer einen Menschen mit der Begehung eines (...) Verbrechens bedroht, mit Freiheitsstrafe bis zu einem Jahr oder mit Geldstrafe bestraft [wird]“.

[26] Laut **Jescheck\Weigend (**1996: 54) „Grundlage eines Tatstrafrechts ist das *Tatprinzip*. Im System des Tatstrafrechts knüpft die Strafe an die rechtswidrige Tat an; entscheidend für die Strafbarkeit ist aber erst der Vorwurf, der dem Täter wegen der Begehung einer in ihren Merkmalen festgelegten Tat gemacht wird (»Tatschuld«)“.

Das Tatprinzip verliert seine Gültigkeit, wenn der Täter nicht für sein veräußerlichtes Verhalten zur Rechenschaft gezogen wird, sondern für seine Gesinnung. In diesem Fall muss von einem Ausnahmerecht gesprochen werden, das temporär zu legitimieren ist, um Rechtsgüter zu schützen − in der Art von Notstandsgesetzen[27]. Daher müsste das Feindstrafrecht merklich vom Bürgerstrafrecht getrennt werden, „dass keine Gefahr besteht, es könne per systematischer Interpretation oder Analogie oder sonstwie in das bürgerliche Strafrecht einsickern“ (1985: 784).

Jakobs (1985: 751) stellt in seinem Vortrag von 1985 eindeutig klar, dass die Kriminalisierung im Vorfeld, die zurzeit im Rahmen des gültigen deutschen Strafrechts möglich ist, den Prinzipien des Rechtsstaats widerspreche. Um effektiven Rechtsgüterschutz zu erreichen, werde auf jegliche Gefährdung derselben mit einer Strafandrohung reagiert. Der Gesetzgeber sollte jedoch nach **Jakobs** Meinung dazu veranlasst werden, sich auf die Bestrafung von vollzogenen Straftaten zu beschränken. Dies sei am besten zu erreichen, wenn der Zweck des Strafrechts in der Bestätigung der Norm bestünde.

2.1.2 Die Einführung des Feindstrafrechts (1999)

In der zweiten Phase, fast fünfzehn Jahre nach seiner ersten öffentlichen Darstellung des Konzepts des Feindstrafrechts, kam **Jakobs** anlässlich einer Konferenz zum Thema „Die deutsche Strafrechtswissenschaft vor der Jahrtausendwende. Rückbesinnung und Ausblick”[28] wieder darauf zurück. Zu Beginn seines Referats führte er aus, dass es die Aufgabe der Strafrechtswissenschaft sei, sowohl dem positiven Recht[29] Grenzen zu setzen als auch es zu systematisieren. Die Rechtswissenschaft sei in zweierlei Hinsicht praktisch: Erstens schaffe sie die Grundlagen „einer gleichmäßigen und gerechten Rechtspflege“[30] durch Entwicklung eines Strafrechtssystems in Form von Gesetzen. Zweitens sei sie die Wissenschaft vom rechten und unrechten Handeln und damit auch Teil der Philosophie (**Jakobs** 2000: 48). Die Erkenntnisse der modernen Strafrechtswissenschaft müssten sowohl mit dem politischen

---

[27] **Jakobs** (1985: 783f) stellt fest: „Freilich sind Situationen möglich, vielleicht sogar zur Zeit gegeben, in denen Normen, die für einen freiheitlichen Staat unverzichtbar sind, ihre Geltungskraft verlieren, wenn man mit der Repression wartet, bis der Täter aus seiner Privatheit heraustritt.“

[28] Die Tagung – „Die deutsche Strafrechtswissenschaft vor der Jahrtausendwende. Rückbesinnung und Ausblick“ – fand vom 3. bis zum 6. Oktober in der Berlin-Brandenburgischen Akademie der Wissenschaften zu dem Thema „Das Selbstverständnis der Strafrechtswissenschaft gegenüber den Herausforderungen ihrer Zeit“ statt.

[29] Positives Recht, lateinisch ius positivum, ein Begriff aus der Rechtswissenschaft, ist ein vom Menschen gemachtes und damit veränderliches Recht – es entspringt einem Gesetzgebungsverfahren. Es gilt zu bestimmten Zeiten und an bestimmten Orten. Es gilt, selbst wenn es nach dem „Gefühl“ eines Einzelnen als ungerecht und damit Unrecht empfunden wird (**Creifelds** 2007: 931).

[30] **Jakobs** (2000: 48 Fn. 4) zitiert **Hans Welzel** (1969: 1).

System als auch mit dem Rechtssystem gekoppelt werden, damit die Wissenschaft für „jede künftige Entscheidung der staatlichen Organe Mitverantwortung trage.“[31] Die Politik sollte sich „um ihrer eigenen Stabilität willen der Erkenntnisse der Wissenschaft bedienen“ (**Jakobs** 2000: 49). Und um diese Aufgabe wahrnehmen zu können, müsse die Rechtswissenschaft praxisorientiert sein, um den wechselnden Prioritäten der Politik und der Rechtsordnung gerecht werden zu können.

Eine der Herausforderungen der Gegenwart ist die sog. Globalisierung. Laut **Jakobs** (2000: 49) stellt die Internationalisierung aller Institutionen für die Strafrechtswissenschaft ein Problem dar, denn nur eine Strafrechtswissenschaft, der es in kurzer Zeit gelinge, die Sicherheit der Rechtsgüter zu garantieren, sei der Ökonomie dienlich. Die Gesellschaft kann sich nach **Jakobs** (2000: 49) eine zweckfreie Wissenschaft nicht länger leisten, für die Wirtschaft gehe es nicht um „Wissen per se“ sondern um verwertbares Wissen. „Stichworthaft, verlangt wird Effektivität des Strafrechts.“ Es hat sich jedoch bereits erwiesen, dass das Strafrecht den Erwartungen und Ansprüchen, die die Wirtschaft an sie stellt, nicht gerecht werden kann. Es stellt sich die Frage, ob das Strafrecht überhaupt den Zielen der Wirtschaft dienen soll, denn „Rechtlichkeit und Sicherheit sind nun einmal nicht dasselbe“ (2000: 49).

Um Sicherheit zu schaffen, bekämpft der Staat die Wirtschaftskriminalität, den Terrorismus, die organisierte Kriminalität, Sexualdelikte und andere gefährliche Straftaten. Seiner Meinung nach werden die gefährlichen Täter bei der Bekämpfung der Kriminalität durch besondere Maßnahmen, die von den durch das Recht vorgeschriebenen abweichen, wie Feinde behandelt. Diese speziellen Regeln des Strafrechts beschreibt **Jakobs** (2000: 51f.) seit 1985 und nennt sie Feindstrafrecht. Sie zeichnen sich durch vier Hauptmerkmale aus:

1) Die weite Vorverlagerung der Strafbarkeit. Diese verletzt das Tatprinzip, weil sie den Täter für die beabsichtigte Tat und nicht für die begangene Tat sanktioniert[32].

2) Das Strafmaß wird bei der Vorverlagerung der Strafbarkeit nicht entsprechend reduziert, somit handelt es sich um eine härtere Bestrafung[33].

---

[31] Hier zitiert **Jakobs** (2000: 48 Fn. 3) **Eberhard Schmidhäuser** (1975: 4f.).

[32] **Jakobs** (2000: 51) nennt beispielhaft „die Tatbestände der Bildung krimineller oder terroristischer Vereinigungen (§§ 129, 129a StGB) oder des bandenmäßigen Anbaus von Betäubungsmitteln (§§ 30 Abs. 1 Nr. 1, 31 Abs. 1 Nr. 1 BtMG)“.

[33] **Jakobs** (2000: 51) schreibt dazu: „(...) beispielhaft, die Strafe für den Rädelsführer einer terroristischen Vereinigung ist gleich der Strafe eines Mordversuchstäters, allerdings bei gegebener Versuchsmilderung (§§

3) Die liberale Strafgesetzgebung wandelt sich zu einer Bekämpfungsgesetzgebung.

4) Die Vorenthaltung von Prozessgarantien, klassisches Beispiel dafür ist die Kontaktsperre[34].

Welche Ressourcen kann eine moderne Gesellschaft mobilisieren, wenn die polizeilichen Maßnahmen dem Gefahrenpotential, das von den Feinden ausgeht, nicht gewachsen sind? Die einzig erkennbare Möglichkeit[35] zur Stabilisierung eines annehmbaren Umfelds für die Bürger ist die Neutralisierung des Feindes (**Jakobs** 2000: 53). Dabei handelt es sich nicht um eine temporäre Notstandsmaßnahme zur Wiederherstellung der öffentlichen Ordnung nach einem Ausbruch sozialen Unfriedens, sondern um einen dauerhaften gesetzmäßigen Ausschluss all derer, die einen kriminellen Weg jenseits von Recht und Gesetz eingeschlagen haben. Mit anderen Worten sagt **Jakobs** (2000: 53), dass Feinde Unpersonen seien. Feindstrafrecht – wenn es sich überhaupt „als Recht erweist" (2000: 51) – ist auf den Begriff gebracht also Krieg zwischen dem Staat und seinen Feinden, dessen begrenzter oder totaler Charakter von dem Ausmaß der Furcht vor dem Feind abhängt (2000: 53).

Welche Rolle spielt bei diesem Kampf die Strafrechtswissenschaft? Nach **Jakobs** (2000: 53) ist es die Aufgabe der Wissenschaft, die als Feindstrafrecht bezeichneten Normen aus dem liberalen Strafrecht auszusondern. Anderenfalls würde die Strafrechtswissenschaft „von der wirtschaftlich dominierten Gesellschaft mangels Effektivität marginalisiert werden" (2000: 54). Die Notwendigkeit, die Sicherheit der Bürger zu gewährleisten, wäre eine für die Justiz nicht zu bewältigende Aufgabe. Würden jedoch die Feindregeln vom normalen Strafrecht getrennt, wäre es weiterhin möglich, mit Hilfe des Letzteren „auf der Behandlung des Verbrechers als Rechtsperson beharren zu können" (**Jakobs** 2000: 53).

Jakobs (2000: 49) geht es nicht darum, das Strafrecht einer wünschenswerten Gesellschaft zu diskutieren, denn durch die Dominanz des Wirtschaftssystems werde auf jeden Fall eine Veränderung der gesellschaftlichen Ordnung bewirkt. Er betont die Bedeutung einer realen Rechtsordnung und nicht einer postulierten, an der die Wissenschaft arbeitet und über die sie diskutiert. Wenn die Strafrechtswissenschaft „alles was unter dem Namen »Strafrecht« läuft, gleich behandelt, kapituliert sie mit ihrem Distinktionsvermögen vor der Politik, gibt sich also selbst preis" (2000: 54). Mit anderen Worten, das Strafrecht sollte nicht die Aufgaben der

---

129 Abs. 2, 211 Abs. 1, 49 Abs. 1 Nr. 1 StGB), und übersteigt die gemilderten Versuchsstrafen der ansonsten bei terroristischen Vereinigungen genannten Delikte überwiegend erheblich".

[34] Beispielhaft dafür stehen die §§ 31 ff. EGGVG, die die Kontaktsperre für Gefangene zur Abwehr einer terroristischen Gefahr betreffen (**Jakobs** 2000: 52).

[35] Laut **Jakobs** (2000: 53) „besteht zu einem Feindstrafrecht keine heute ersichtliche Alternative".

Politik übernehmen, falls doch, muss zwischen den Maßnahmen zur effizienten Bekämpfung des Feindes und dem Strafrecht unterschieden werden.

2.1.3 Begründung der Bekämpfung des Feinds (2003)

Jakobs (2004: 93) erklärte 2003[36], es könne wahrscheinlich zwischen den beiden Strafrechten – Bürgerstrafrecht und Feindstrafrecht – Überschneidungen geben, auch wenn sie prinzipiell gegensätzlich seien. In der Strafrechtspraxis sei es denkbar, den Feind formell als Person zu behandeln und umgekehrt. „Selbst der bürgerfernste Terrorist wird zumindest formell als Person behandelt, wenn ihm im Strafverfahren die Rechte eines bürgerlichen Beschuldigten zugestanden werden." Eine radikale Trennung zwischen beiden Strafrechten kann nicht zu einem Existieren von zwei Strafrechten in Reinform im realen Leben führen, es handelt sich hier um Idealtypen[37], die trotz ihrer Gegensätzlichkeit in einem strafrechtlichen Zusammenhang stehen.

Beide Typen können in zweierlei Hinsicht legitim sein (**Jakobs** 2004: 95). Mit dieser Aussage kann **Jakobs** gemeint haben, dass erstens von einer formellen[38] Legitimierung gesprochen werden könne, weil sowohl das Bürgerstrafrecht als auch das Feindstrafrecht verfassungsmäßig zustande gekommen sind. Zweitens könne von einer materiellen[39] Legitimierung gesprochen werden, weil beide für den Erhalt des Staates notwendige Gesetze beinhalten.

Das Bürgerstrafrecht hat die Aufgabe, die Einhaltung der Normen von Seiten derer, die zum Funktionieren des sozialen Lebens beitragen, zu garantieren (2004: 91). Durch Verhängung der Strafe bei Normverletzung wird die Norm nicht preisgegeben, sondern sie wird bestätigt. In **Jakobs**' Worten: „(...) und die Strafe bedeutet gleichfalls etwas, nämlich die Behauptung

---

[36] Die Angaben zu **Jakobs** in diesem Unterkapitel beziehen sich auf seine Veröffentlichung von 2004, siehe dazu Fn. 4.

[37] Nach **Max Weber** (1988: 191) ist ein Idealtypus ein erdachtes Begriffswerkzeug zur Untersuchung sozialer Tatbestände und „wird gewonnen durch einseitige Steigerung eines oder einiger Gesichtspunkte und durch Zusammenschluss einer Fülle von diffus und diskret, hier mehr, dort weniger, stellenweise gar nicht, vorhandenen Einzelerscheinungen, die sich jenen einseitig herausgehobenen Gesichtspunkten fügen, zu einem in sich einheitlichen Gedankenbilde. In seiner begrifflichen Reinheit ist dieses Gedankenbild nirgends in der Wirklichkeit empirisch vorfindbar, es ist eine Utopie, und für die historische Arbeit erwächst die Aufgabe, in jedem einzelnen Falle festzustellen, wie nahe oder wie fern die Wirklichkeit jenem Idealbilde steht (...)".

[38] „Formell wird Strafrecht durch das verfassungsgemäße Zustandekommen der strafrechtlichen Gesetze legitimiert" (**Jakobs** 1991: 35 Rn. 1). Im Feindstrafrecht finden sich als Beispiele für eine Gesetzgebung, die den Delinquenten nicht mehr als Person behandeln: Art.1 des Gesetzes zur Bekämpfung des Terrorismus vom 19.12.1986, BGB l S. 2566. Gesetz zur Bekämpfung des illegalen Rauschgifthandels und anderer Erscheinungsformen der Organisierten Kriminalität vom 15.7.1992, BGBl I S. 1302 usw. (**Jakobs** 2000: 52).

[39] Laut **Jakobs** (1991: 35 Rn. 1): „Die materielle Legitimation besteht darin, dass die strafrechtlichen Gesetze zur Erhaltung der staatlichen und gesellschaftlichen Gestalt erforderlich sind."

des Täters sei unmaßgeblich und die Norm gelte unverändert fort, die Gestalt der Gesellschaft bleibe also erhalten“ (2004: 88)[40]. Hier betrachtet der Staat den Delinquenten als eine rationale Person, die eine Straftat begangen hat (2004: 88). Straftat heißt hier Normverletzung durch eine kriminelle Handlung.

Im Feindstrafrecht dagegen sieht der Staat in den Straftätern gefährliche Individuen, „die durch Zwang davon abgehalten werden müssen, die Rechtsordnung zu zerstören“ (**Jakobs** 2004: 93). Würde der Staat den Feind als Bürger behandeln, würde er das Recht der Bürger auf Sicherheit verletzen. „Dieser Krieg erfolgt mit einem legitimen Recht der Bürger und zwar mit ihrem Recht auf Sicherheit“ (**Jakobs** 2004: 95).

Beide Sichtweisen des Staates auf den Täter − als delinquierender Bürger bzw. Zerstörer der Rechtsordnung − haben ihren legitimen Platz. Das bedeutet, „dass sie auch am falschen Platz angewandt werden können” (2004: 93). Laut **Jakobs** (2004: 93) kann es passieren, dass der Staat auf illegitime Art und Weise Bürger als Feinde betrachtet bzw. umgekehrt.

Als Beispiel für die Behandlung des Täters im Sinne des Feindstrafrechts nennt **Jakobs** (2004: 93) die Verweigerung von Prozessgarantien für bestimmte Beschuldigte. Normalerweise gilt die beschuldigte Person als „Prozeßsubjekt“ und nimmt aus Einsicht am Prozess teil. Sie hat das Recht auf rechtliches Gehör, sie kann Beweisanträge stellen, bei Vernehmungen anwesend sein und hat das Recht, bei der eigenen Aussage weder unzulässig getäuscht, noch gezwungen, noch verlockt zu werden[41]. Dem normalen Beschuldigten wird nicht unterstellt, in einem Prozess Beweismaterial zu unterschlagen oder zu fliehen.

Hingegen wird im Fall des Individuums, „das mit seinen Trieben und Ängsten für den ordentlichen Rechtsgang gefährlich wird, sich insoweit als Feind geriert“ (**Jakobs** 2004: 93), Zwang angewendet. Dazu gehört die Untersuchungshaft (§§ 112,112a StPO), die gegen den Beschuldigten angeordnet werden darf, wenn dringender Tatverdacht und ein Haftgrund besteht[42]. Weitere Zwangsmaßnahmen sind unter anderen heimliche Überwachung des Beschuldigten, das Abhören des Telefons (§ 100a StPO) oder der Einsatz verdeckter Ermittler (§ 110a StPO). Dies bestätigt die von **Jakobs** schon 1985 getroffene Feststellung, dass die

[40] **Jakobs** (1991: 35 Rn. 2) sagt: „Der Beitrag, den das Strafrecht zur Erhaltung der staatlichen und gesellschaftlichen Gestalt leistet, besteht in der Garantie von Normen. Die Garantie geht dahin, dass die Erwartungen, die zum Funktionieren des sozialen Lebens in der gegebenen und in der gesetzlich geforderten Gestalt unabdingbar sind, im Fall ihrer Enttäuschung nicht preisgegeben werden müssen.“

[41] Die Strafverfahrensrechte des Beschuldigten finden sich in § 136a StPO.

[42] Beispiel aus Paragraph § 112 StPO: „Ein Haftgrund besteht, wenn (…) 1. festgestellt wird, dass der Beschuldigte flüchtig ist oder sich verborgen hält. (...) 3. Das Verhalten des Beschuldigten den dringenden Verdacht begründet, er werde a) Beweismittel vernichten, verändern, beiseite schaffen (...).“

Bürgerrechte der Betroffenen durch die Verletzung ihrer Privatsphäre eingeschränkt werden. Wie im „materiellen Feindstrafrecht“ so gilt auch im Strafverfahrensrecht „daß solche Maßnahmen nicht außerhalb des Rechts erfolgen, aber die Beschuldigten werden insoweit, als bei ihnen eingegriffen wird, von ihrem Recht exkludiert: Der Staat hebt in rechtlich geordneter Weise Rechte auf” (**Jakobs** 2004: 93). Nach **Jakobs**’ Interpretation ist ein großer Teil des Bürgerstrafrechts vom Feindstrafrecht durchsetzt (2004: 94). Dies finde im Strafrecht und im Verfahrensrecht statt.

Jakobs (2004: 88) hob anlässlich der Konferenz nochmals die Notwendigkeit dieser Trennung zwischen Bürgerstrafrecht und Feindstrafrecht hervor, diesmal mit der Begründung, dass ein gesetzlich geregelter Umgang mit *„einer Feindfigur“* auf jeden Fall einer impulsiven oder spontanen unkorrekten Behandlung des Feindes vorzuziehen sei. Wie **Jakobs** (2004: 88) darstellt, ist die Bezeichnung „Feindstrafrecht“ nicht „prinzipiell pejorativ“ gemeint, sie ist „ein Zeichen für eine mangelhafte Befriedung.“ Er fände dies im Sinne des Rechtsstaats weniger gefährlich und aufrichtiger als eine Durchmischung des gültigen Strafrechts mit Elementen des Feindstrafrechts. Es wäre ein großer Fehler, das Feindstrafrecht „zu verteufeln“ (2004: 93). Dagegen wäre es ein lohnenswertes Ziel, den Bürgerstatus nur für diejenigen zu erhalten, die nicht ständig die Norm brechen (2004: 95).

2.2 Hauptaspekte

In diesem Abschnitt werden **Jakobs**’ wesentliche Begriffe behandelt. Feindstrafrecht beruht auf seinem Verständnis von Person und Feind. Er erklärt den Unterschied zwischen den beiden Begriffen und verweist auf **Thomas Hobbes** (1588-1679) und **Immanuel Kant** (1724-1804) als ihren Vorbildern.

2.2.1 Das Konzept der Person

Personen sind, so **Jakobs** (2005: 259), „Träger von Pflichten und Rechten[43]; sie werden durch Rollen des Verpflichteten und des Berechtigten konstituiert.“ Bei der Konstituierung der Person sind die Rechte zweitrangig. Sie werden nur in Erwägung gezogen, um die Pflichterfüllung zu ermöglichen. Für **Jakobs** (2006: 290) besteht Gewissheit, dass alle Menschen heutzutage wie Rechtspersonen behandelt werden, vorausgesetzt, dass sie ihre

[43] Laut **Jakobs** (1995: 874) findet man auch bei **Kant** (1914: 223) die Definition von der Person als Träger von Rechten und Pflichten. Letzterer formulierte auch die Konstitutierung der Person durch eine Norm: “Person ist dasjenige Subjekt, dessen Handlungen einer Zurechnung fähig sind.” Vgl. **Kant**, **Immanuel**: Die Metaphysik der Sitten, Akademie-Ausgabe, Bd.6, 1914, S. 223.

Pflichten erfüllen. Das bedeutet auch, dass nicht jedes Individuum eine Person ist, sondern Person wird nur derjenige, der durch sein Verhalten anzeigt, das Recht befolgen zu wollen[44] (2005: 259).

Laut **Jakobs** (1999: 60) bezieht sich die Anerkennung als Person nicht auf den Menschen (als natürliche Person[45]), sie betrifft einen Status, der nur durch die Gesellschaft ausgesprochen werden kann, ein Individuum kann per se diesen Zustand nicht erreichen. **Jakobs** (1995: 869) unterscheidet zwischen der Person und dem Individuum. Ein Individuum sei als ein einsam lebender Mensch gedacht (1999: 9), der die gesamte Umwelt nach seinem individuellen Bedürfnisstand entsprechend Lust und Unlust ordnet. Treten einige weitere, „ihm sehr ähnlich ausgebildete" (1995: 869), Individuen in die Welt, vergrößert sich die Aufgabe, sich in der Welt zurechtzufinden. Wächst die Zahl der Hinzutretenden, so dass Begegnungen unvermeidlich sind, lässt sich **Jakobs** (1999: 24) zufolge die Komplexität nach dem Ordnungsschema von Lust/Unlust, nicht mehr verarbeiten. Die Dinge wären nur durch die Etablierung einer Gewalt handhabbar.

Ohne funktionierende Gesellschaft gibt es nichts „als eine zufällige Anhäufung menschlicher Individuen", deshalb kann für **Jakobs** (1995: 851) eine Person nur in einer Gesellschaft existieren. Nach ihm ist es deshalb ein Irrtum zu glauben, dass der Status als Person nicht gesellschaftlich vermittelt sei (2006a: 50 Fn. 8). Das erklärt, warum nicht jede „natürliche Person" das Recht auf eine Behandlung als Person besitzt. Bei der Anerkennung eines Subjekts als Person handelt es sich eher um den Wert, den die Mitglieder einer Gesellschaft den Normen einräumen. Laut **Jakobs** (2006a: 50) hat nur derjenige, „der zumindest einigermaßen verlässlich Rechtstreue leistet, (...) Anspruch, als Person behandelt zu werden."

Eine Gesellschaft ist die „Konstruktion eines Kommunikationszusammenhangs"[46], der durch Normen gestaltet werde, so **Jakobs** (1995: 848). Wie **Jakobs** (1995: 860) erklärt,

---

[44] Der Begriff des „Individuums" ist, laut **Jakobs** (2005: 255), in Analogie zu **Kants** „homo phaenomenon" zu sehen, als „(...) Lust und Unlust bilanzierendes Individuum" (2000: 50). **Kant** (1797: 93) schreibt: „Der Mensch im System der Natur (homo phaenomenon, animal rationale) ist ein Wesen von geringer Bedeutung und hat mit den übrigen Tieren, als Erzeugnissen des Bodens, einen gemeinen Wert."

[45] **Jakobs** (2005: 247) zitert in Bezug auf den Begriff einer „natürlichen" Person: „Eine Person wird hier als Trägerin von Rechten und Pflichten verstanden (siehe I, 1 § 1 ALR), ist also gewiss nicht schon von Natur aus «da». Die Bezeichnung als *natürliche* Person gilt der Entgegensetzung zur juristischen Person, diejenige als Person der Entgegensetzung zum Individuum (unten III)." Gegenteilig zu **Jakobs** Ansatz kennt das Gesetz in der deutschen Rechtsordnung neben der natürlichen Person (als jeder lebender Mensch) noch die sog. juristische Person (**Creifelds** 2007: 872). Die Rechtsfähigkeit einer natürlichen Person beginnt nach deutschem Recht mit der Vollendung der Geburt (§ 1 BGB).

[46] **Jakobs** schreibt (1995: 859): „Alle Gesellschaft fängt mit der Errichtung einer objetiven Welt an (...). Die an der Gesellschaft beteiligten, was heißt, kommunikativ als maßgeblich dargestellten Individuen werden dann dadurch definiert, daß für sie nie mehr die objektive Welt, also mindestens eine Norm, gültig ist."

gewährleisten die Normen das Funktionieren auch bei hochgradig anonymen Kontakten, denn solche ermöglichen erst eine „individuelle Lebensgestaltung“. Soziale Kontakte allerdings ermöglichen nur dann eine Orientierung, „wenn nicht jederzeit mit jedem beliebigen Verhalten der anderen Menschen gerechnet werden muß. Ansonsten würde jeder Kontakt zu einem unkalkulierbaren Risiko“ (**Jakobs** 1991: 6 Rn. 4). Ohne eine klar strukturierende, Grenzen ziehende Rechtsordnung bestünde große Unsicherheit, da das Verhalten jedes Einzelnen nicht vorhersehbar sei. Ist jedoch klar, „welches Normensystem der Andere für verbindlich erachtet“, lässt sich dessen Verhalten interpretieren und eine Vertrauensbasis herstellen (1995: 860). Um Ordnung zu stiften, ist es laut **Jakobs** (1995: 860) notwendig, ein „Raster“ zu entwickeln, „vor dem sich jedes Verhalten mit seiner Bedeutung verbindlich zeigt.“ Dabei können Normen nicht die „subjektiven Besonderheiten übernehmen“, sondern müssen sich an Rollen orientieren, „an objektive Muster anknüpfen.“ Hier interessieren nicht die Vorlieben und Interessen der Subjekte − das eigentlich Subjektive ist unzugänglich −, sondern wer die Person im Sinn des Rechtssystems ist. „Person sein heißt, eine Rolle zu spielen haben; Person ist die Maske, also gerade nicht der Ausdruck der Subjektivität ihres Trägers, vielmehr Darstellung einer gesellschaftlich verstehbaren Kompetenz“ (1995: 859).

Personen sind bei **Jakobs** (2005: 266) „die kommunikativ konstruierten Adressaten von Rechten und Pflichten.“ Wer kommuniziert, betrachtet den anderen gleichermaßen als Person. Das bedeutet, dass normgemäßes Verhalten wirklich erwartet werden kann (**Jakobs** 2004: 91), „die Kalkulation der Personen“ geht davon aus, dass die andere Person sich nicht normbrechend verhalten werde. Zum Beispiel weiß jeder Verkehrsteilnehmer, dass eine rote Ampel Anhalten bedeutet, und er erfüllt damit eine normative Erwartung. Eine Person müsse deshalb eine kognitive Mindestgarantie in Bezug auf das Einhalten der Norm bieten, ihr Verhalten müsse so interpretierbar sein, als „sei die Akzeptation der Norm“ ihre Aufgabe, so **Jakobs** (1995: 874). Mit anderen Worten gesagt, das Strafrecht stützt sich auf eine Art der Kommunikation, in der der andere als Gleicher behandelt wird, und selbst erwarten kann, vom anderen als gleich behandelt zu werden[47]. Dementsprechend gilt Recht nur für diejenigen, durch die die Kriterien einer Person erfüllt werden. „Recht wird für diejenigen begründet, die als Personen dargestellt werden können“ (1995: 874).

[47] Laut **Jakobs** (1995: 854) ist die klassische Formulierung **Hegels** von Reziprozität folgende: „Sey eine Person und respektiere die andern als Personen“. **Jakobs’** Konzept von Norm und Person lässt sich mit dieser Vorstellung **Hegels** in Verbindung bringen. Vgl. **Hegel**, Grundlinien der Philosophie des Rechts (1821), Ausgabe Glockner, Bd. 7, Neudruck 1952, § 36.

Jakobs (1995: 868) unterscheidet zwischen zwei Kommunikationsarten, der instrumentalen und der personalen Kommunikation, und definiert sie folgendermaßen: Instrumentale Kommunikation dient einem Zweck. Der Teilnehmer an der Kommunikation ist nicht Person, der Umgang mit ihm ist mit dem einer Maschine vergleichbar (**Jakobs** 1995: 868). Ein Regelwerk ordnet einzelnen Individuen Aufgaben zu, die Erfüllung der Aufgaben hat für das Individuum erwünschte Folgen, im gegenteiligen Fall muss das Individuum mit Sanktionen rechnen, es entsteht so das präventive Strafen (1995: 870). Im Zustand des rein instrumentalen Umgangs miteinander wäre ein Individuum als „Präferenzzentrum" vorstellbar, ähnlich einer Zentrale, von der Strategien ausgehen, die eigenen Präferenzen bzw. Bedürfnisse zu maximieren (1995: 871).

Jakobs (1995: 871) verweist auf **Hobbes**[48], der beschreibt, wie Individuen die bestverträglichen Beziehungen zur Umwelt suchen, um ihr eigenes Leben zu erhalten, was bei **Hobbes** zum Sozialvertrag führt. Dieser ist laut **Hobbes**[49] nach „Klugheitsregeln" zur Lebenshaltung nötig. Der instrumentale Zustand ist nach **Jakobs** (1995: 872) jedoch auch bei **Hobbes** nur ein gedachter Zustand, denn es bleiben alle Konfliktursachen, die zum Kampf um materielle Güter und sozialen Status führen, unberücksichtigt. Es agieren im instrumentalen Zustand, so **Jakobs** (1995: 872), keine selbstbewussten Subjekte, sondern Präferenzzentren. Subjektivität ist nur durch die Anerkennung anderer als Subjekte zu gewinnen. Der eigenen Psyche müssen andere entgegengesetzt sein. Die Umwelt ist nicht mehr nach den eigenen individuellen Bedürfnissen geordnet (1995: 869).

Personale Kommunikation findet unter Gleichen statt. Der andere ist ein Gleicher, weil er in Bezug auf die rechtliche Kommunikation ein „Vernunftwesen" ist (**Jakobs** 1995: 868). Er ist Person im Recht. Das einzelne Individuum akzeptiert den anderen als ichgleich und begreift sich selbst nicht mehr nur als Zentrum der eigenen Präferenzen. Es unternimmt Dinge, die nur im Hinblick auf andere Individuen sinnvoll sind. Das Verhältnis zu anderen definiert sich durch eine von den jeweiligen Präferenzen unabhängige Regel, aus einer zwischen ihnen stehenden Norm. Diese Normen bilden eine objektive Welt, sie bestimmen die Kommunikation unabhängig von den Präferenzen der Individuen (1995: 872f.).

2.2.2 Identifizierung des Feindes

Jakobs' (2000: 52) Definition von Feind kann auf zwei Arten interpretiert werden:

[48] Siehe **Hobbes** (1962: 157).
[49] Siehe **Hobbes** (1962: 208).

Auf der einen Seite spricht er von einem „Individuum, das sich in einem nicht nur beiläufigem Maß in seiner Haltung (...) oder seinem Erwerbsleben (...) oder, hauptsächlich, durch seine Einbindung in eine Organisation (...), also jedenfalls vermutlich dauerhaft vom Recht abgewandt hat." Als Feinde werden demnach zum Beispiel Subjekte angesehen, die u.a. in den Bereichen Sexualdelikte, Wirtschafts- oder organisierte Kriminalität, Terrorismus oder Drogenhandel straffällig geworden sind (2000: 52).

Auf der anderen Seite sieht **Jakobs** (2000: 52) als Hauptmerkmal des feindlichen Individuums, dass dieses „insoweit die kognitive Mindestsicherheit personellen Verhaltens nicht garantiert und dieses Defizit durch sein Verhalten demonstriert." Beispielsweise wissen die Menschen normalerweise nicht, in welchem Abschnitt der Straßenverkehrsordnung die Regel zu finden ist, die das Überqueren der Straße bei roter Ampel verbietet, sie verhalten sich jedoch aufgrund ihrer kognitiv erlernten Erfahrung im Straßenverkehr der Regel entsprechend. Das feindselige Individuum, das dagegen bei Rot nicht anhält, verunsichert seine Umgebung. Sein Verhalten erzeugt das Misstrauen der anderen. **Jakobs** (2006: 292) gibt als weiteres Beispiel, dass

> „niemand (...) einen notorischen Defraudanten mit der Kassenverwaltung und niemand einen notorisch Pädophilen mit der Aufsicht über Kinder (betreut), denn der normativen Erwartung, das Verhalten werde pflichtgemäß ausfallen, fehlt die kognitive Untermauerung, wenn sie immer wieder, eben notorisch, enttäuscht wird."

Wann sollen Straftäter als Feinde bezeichnet werden? Für **Jakobs** (2006: 292) bleibt der gewöhnliche Kriminelle eine Rechtsperson. So wird der „notorische (...) Radfahrer ohne Licht" aufgrund dieser Rechtswidrigkeit nicht als Feind einzustufen sein. „Es mag sich ja so verhalten, dass die Täter nur einmal oder wenige Male eine Pflicht aus dem riesigen Bündel ihrer Pflichten nicht erfüllen, so dass sich insgesamt ein noch erträglicher modus vivendi finden lässt" (2006: 292). Die Feinde versuchen im Gegensatz dazu, die Rechtsordnung außer Kraft zu setzen (2004: 92). „Entsprechendes gilt für Täter, die sich haltungsgemäß, genauer, mangels Haltung, mutmaßlich nicht nur passager vom Recht entfernt haben" (2006: 293). Diese Individuen schließen sich durch ihre ablehnende Haltung dem Gesetz gegenüber selbst aus der Gesellschaft aus, „denn Exklusion in einer freiheitlichen Gesellschaft ist immer Selbstexklusion" (**Jakobs** 2006: 293). Und als Konsequenz folgt daraus:

> „Wer seine Vernunft allzu offenbar leugnet oder seine Identität selbst allzu offenbar unabhängig von den Bedingungen einer Rechtsgemeinschaft etabliert, kann nicht sinnvoll als Person im Recht behandelt werden, jedenfalls nicht aktuell" (1995: 868).

Feinde lassen sich **Jakobs** (2004: 92) zufolge nicht „in einen bürgerlichen Zustand zwingen", folglich partizipieren sie auch nicht an den Vorteilen des Personenstatus. Sie genießen weder Rechte noch erfüllen sie Pflichten, sie leben im rechtsfreien Raum. Daher hält sich der Staat bei ihrer Verfolgung auch nicht mehr an rechtsstaatliche Verfahren, sondern agiert mit Hilfe von Zwangsmaßnahmen.

Wie **Jakobs** (2004: 89) meint, werde die Anwendung von Zwang gegen Feinde nicht durch seine Beschreibung des Feindstrafrechts hervorgerufen, sondern basiere auf Ansichten, die seit der Aufklärung in der Rechtsphilosophie vorherrschend seien. Die Theorie des Gesellschaftsvertrags, die besagt, dass sich die Menschen durch einen realen oder hypothetischen Vertrag zur Bildung einer zivilen Gesellschaft verpflichten, wurde durch „prominente Philosophen" entwickelt und verbreitet. Der Delinquent verletzt durch seine Tat diesen Vertrag, wodurch er seine rechtlichen Verpflichtungen und auch die Teilhabe an den gesellschaftlichen Privilegien aufkündigt.

Als erster moderner Gesellschaftstheoretiker vertrat **Hobbes** (1962: 88) die Idee, dass die Menschen auf ihr Naturrecht[50] verzichten sollten, denn ohne eine einschränkende Macht herrsche ein Zustand des Krieges aller gegen alle („bellum omnium contra omnes"[51]). Bedingt durch die fehlenden Normen gebe es zwischen freien Menschen kein friedliches Zusammenleben. Sie befänden sich in einem Naturzustand[52], der nicht zwischen Gut und Böse unterscheide. Nach **Jakobs** (2004: 91), existiert bei **Hobbes** ein ius naturale, „wer will und kann, mag den anderen aus nichtigem Anlaß erschlagen." Wenn es keine Ordnung gibt, ist die Freiheit eines jeden unendlich.

Für **Hobbes** (1962: 88) ist der Kriegszustand zwischen den Menschen bzw. der „Kampf aller gegen alle" dadurch zu beenden, dass die Macht in die Hände eines Souveräns gelegt wird.

---

[50] Das Naturrecht bei **Hobbes** (1962: 99f.) ist das Recht, welches im Naturzustand herrscht. Solange der Naturzustand gilt, existiert für alle das Recht auf alles. Bei **Jakobs** (2004: 91) bedeutet el ius naturale, das von **Hobbes** entwickelt wurde, eben nur ein sog. Ius (Recht) „dem eben nicht eine obligatio, eine Pflicht, des anderen korrespondiert, das vielmehr nur Bezeichnung für die normativ grenzenlose und nur durch die physische Gewalt jedes einzelnen begrenzte Freiheit ist, zu tun und zu lassen, was man will, so man nur kann."

[51] **Jakobs** (2004a: 7) verweist auf **Hobbes**: „Statt eine normativen Ordnung steht bei ihm ein Chaos individueller Wertungen am Anfang und statt eines Geselligkeitstriebs finden sich »Konkurrenz«, »Mißtrauen« und »Ruhmsucht« mit der Folge eines »bellum omnium contra omnes« (...)".

[52] Nach **Höffe** (1979: 198f.) ist der Naturzustand „kein Anfangszustand, der der Geschichte menschlicher Kulturenwicklung vorausgegangen sein soll. Er ist vielmehr die gedankliche Konstruktion eines Zusammenlebens, das – ohne Einschränkung durch eine staatliche Ordnung – von der allgemeinen Natur des Menschen allein, keineswegs von zusätzlichen soziökonomischen Besonderheiten (Depravationen) bestimmt ist." **Hobbes** Naturzustand ist „der Zustand der Herrschaftslosigkeit (An-Archie), in dem sich Mensch als Mensch, nicht als Bürger befindet".

Um Frieden und eine neue Sozialordnung zu schaffen, müssten sich alle an vereinbarte Übereinkommen halten. Dabei handle es sich um einen willentlich verfassten Vertrag, durch den eine Autorität oder Zentralmacht mithilfe des alleinigen Gewaltmonopols Normen, die das gewaltfreie Leben der Menschen regeln, durchsetzen könne. Nach **Hobbes** (1962: 17) übertragen alle Menschen im Gesellschaftsvertrag ihr Recht, über sich selbst zu herrschen, auf eine Person oder Gesellschaft. Dazu erklärt der Autor:

> „Dies faßt aber noch etwas mehr in sich als Übereinstimmung und Eintracht; denn es ist eine wahre Vereinigung in einer Person und beruht auf dem Vertrage eines jeden mit einem jeden, wie wenn ein jeder zu einem jeden sagte: 'Ich übergebe mein Recht, mich selbst zu beherrschen, diesem Menschen oder dieser Gesellschaft unter der Bedingung, daß du ebenfalls dein Recht, über dich ihm oder ihr abtrittst'."

Jakobs (2006: 293) verweist darauf, dass **Hobbes** mit diesem Gesellschaftsvertrag die Absicht verfolgt habe, zukünftige Bürger von Aufruhr gegen die Machthaber abzuhalten: „Vertrag oder Unterwerfung oder anderes, Hauptsache ist, dass eine Zentralgewalt entsteht." **Hobbes** unterschied nach **Jakobs** (2006: 293) zwischen dem gewöhnlichen Delinquenten und dem Hochverräter. Der Delinquent wurde nach den öffentlich bekannt gemachten Gesetzen verurteilt, während der Verräter als Feind bekämpft wurde. In den Augen von **Hobbes** (1962: 242) bedeutete Hochverrat Rebellion und musste anders bestraft werden. „Denn die Natur dieses Verbrechens liegt in der Aufkündigung der Unterwerfung, was einen Rückfall in den Kriegszustand bedeutet. (...) Und diejenigen, die sich auf diese Weise vergehen, werden nicht als Untertanen, sondern als Feinde bestraft." Gegenwärtig sei diese Position von **Hobbes**, einen Gegner aus Prinzip oder Hochverräter als Feind zu behandeln, korrekt, wie **Jakobs** (2006: 293) feststellt:

> „Nur darf unter einem prinzipiellen Gegner heute nicht (nur) ein Gegner der etablierten Herrschaft verstanden werden, vielmehr ist er als ein Gegner der freiheitlich verfassten Gesellschaft zu begreifen."

Auch die Vertreter der Philosophie aus der Epoche der Aufklärung, **Jean-Jaques Rousseau** (1712-1778)[53] und **Johann Gottlieb Fichte** (1762-1814), trennen nach Meinung **Jakobs**' (2004: 89) den Bürger vom Feind, jedoch in radikalerer Weise als **Hobbes**, denn sie sahen in jedem Deliquenten einen Feind. **Jakobs** lehnt **Rousseaus** und **Fichtes** radikale Trennung zwischen dem Bürger und seinem Recht einerseits und dem Unrecht des Feindes andererseits ab, denn „eine Rechtsordnung muß im Grundsatz auch einen Verbrecher im Recht halten" – aus zwei Gründen: Erstens habe der Deliquent das Recht, „mit der Gesellschaft wieder ins

[53] **Rousseau** (Contrat social) sagt laut **Jakobs** (2004: 89), dass jeder „Übeltäter" aufhöre, Mitglied des Staates zu sein: „Man läßt den Schuldigen weniger als Staatsbürger, denn als Feind sterben."

Reine zu kommen, und dazu muß er seinen Status als Person, als Bürger, jedenfalls: im Recht, behalten.“ Und zweitens „hat der Delinquent die Pflicht zur Wiedergutmachung, und auch Pflichten setzen Personalität voraus, mit anderen Worten, der Verbrecher kann sich nicht durch seine Tat willkürlich aus der Gesellschaft verabschieden“ (2004: 89).

Ein anderer deutscher Denker und Philosoph der Aufklärung, **Kant**, der auch zwischen Feind und Bürger unterscheidet, benutzt „das Vertragsmodell[54] als regulative Idee bei der Begründung und Begrenzung der Staatsgewalt“ (**Jakobs** 2004: 90). **Kant** verortet die Feinde in einem – fiktiven – Naturzustand und die Bürger in dem staatlichen Zustand. Laut **Jakobs** habe **Kant** – in seinem Werk „Zum ewigen Frieden“[55] – in einer ausführlichen Fußnote dazu Stellung genommen, unter welchen Bedingungen ein Mensch feindlich behandelt werden dürfe. Im erwähnten Zitat weist **Kant** (1795: 19 B2) auf Folgendes hin:

> „Der Mensch aber oder das Volk im bloßen Naturzustande benimmt mir (...) (die erforderliche) Sicherheit, und lädiert mich schon durch eben diesen Zustand, in dem er neben mir ist, obgleich nicht thätig (facto), doch durch Gesetzlosigkeit seines Zustandes (statu iniusto), wodurch ich beständig von ihm bedroht werde und ich kann ihn nöthigen, entweder mit mir in einen gemeinschaftlich – gesetzlichen Zustand zu treten, oder aus meiner Nachbarschaft zu weichen.“

Jakobs (2004: 90) verweist darauf, dass bei **Kant** der unterschiedliche Status des Bürgers und des Feindes vom Grad der Teilnahme am „gemeinschaftlich-gesetzlichen Zustand“ abhänge. Wer sich nicht integriere, müsse gehen und könne nicht als Person behandelt werden. „Was heißt, er wird hinausgeworfen (oder in die Sicherungsverwahrung hineingeworfen), jedenfalls muss man ihn nicht als Person, sondern kann ihn, wie **Kant** ausdrücklich vermerkt »als einen Feind behandeln«“[56] (2004: 90). Es gebe bei **Kant**, so **Jakobs**’ (2006: 292) Meinung, eine Unterscheidung zwischen der angeborenen, lebenslangen Persönlichkeit und der juristischen Person bzw. dem Bürgerstatus, Letzteren kann ein Delinquent verlieren und dadurch in einen Naturzustand zurückfallen. Im Zusammenhang mit diesen Gedankengängen zitiert **Jakobs**

[54] Laut **Höffe** (1979: 207f.) äußerten **Hobbes** wie auch **Kant**, der Vertrag sei „kein historisches Faktum, das Ereignis der Einrichtung einer politischen Ordnung (etwa durch Beschluß und Verkündigung einer Verfassung).“ Im Unterschied zu **Hobbes** heißt es bei **Kant** „der Vertrag ist vielmehr ausschließlich eine normative Idee der praktischen Vernunft (...). Der Vertrag wid bei **Kant** zu einer universalen Idee des Rechts (im Sinne von Vernunftrecht) zu jenem höchsten Kriterium der Richtigkeit öffentlicher Gesetze, dem auch der Souverän unterworfen ist.“

[55] Siehe **Kant** (1795).

[56] Siehe **Kant** (1795: 18).

(2006: 293) auch **Fichte**, Anhänger und Nachfolger **Kants** in der kritischen Philosophie[57]. **Fichte** (o.J.: 260) argumentiert:

> „Wer den Bürgervertrag in einem Stück verlässt, sey es mit Willen oder aus Unbedachtsamkeit, da wo im Vertrage auf seine Besonderheit gerechnet wurde, verliert der Strenge nach alle seine Rechte als Bürger und als Mensch, und wird völlig rechtslos."

Die Vorstellungen von **Hobbes** und **Kant** (**Jakobs** 2004: 90), die dem Delinquenten das Recht einräumen, sich in die Gesellschaft wiedereinzugliedern und den Status als Bürger zu bewahren, befinden sich laut **Jakobs** in Übereinstimmung mit seinem Konzept. Auch bei ihnen finde sich ein zweigeteiltes Strafrecht: ein Teil, der nach **Jakobs** (2004: 90) seinem Bürgerstrafrecht entspricht und sich „gegen nicht beharrlich, nicht prinzipiell delinquierende Personen" richtet. In diesem behält der Delinquent seinen Personenstatus bei, denn einen wiedergutzumachenden Fehler begangen zu haben, bietet eine kognitive Garantie zur zukünftigen Einhaltung der Norm. Der andere Teil des Strafrechts richtet sich „gegen prinzipielle Abweichler", die von der Gesellschaft exkludiert werden (2004: 90).

Im Feindstrafrecht werden Feinde als Gefahrenquelle betrachtet. Das bedeutet jedoch nicht immer, dass das Ziel die Eliminierung des Feindes ist (**Jakobs** 2006: 294). **Jakobs** (2006: 293) sieht zwei Kategorien von Feinden: „totale" und „partielle". Das heißt einerseits, ein Feind muss nicht immer ein totaler Feind sein, sondern es genügen einige Teilbereiche. Der totale Feind ist, nach **Jakobs** (2006: 293) der prinzipielle Gegner, „er (ist) als ein Gegner der freiheitlich verfassten Gesellschaft zu begreifen". Er hat sich selbst zum „Teil verfestigter krimineller Strukturen gemacht". Beispiel für „Totalfeinde" sind: manche Terroristen oder andere Kriminelle, die vom Recht entfernt sind. So kann der Feind z. B. in Strukturen der organisierten Kriminalität eingebunden sein, sich in seinen Anschauungen jedoch davon unterscheiden (2006: 293).

Der partielle Feind ist andererseits nicht erklärtermaßen gegen die Norm. Laut **Jakobs** (2006: 293f.):

[57] Nach **Jakobs** (2006: 293) verliert sowohl für **Fichte** als auch für **Kant** der Verbrecher seinen Bürgerstatus, also seine bürgerliche Personalität. So schrieb **Fichte** (1798: 282): „(...) der Verurteilte wird erklärt für eine Sache, für ein Stück Vieh". Weiterhin schreibt er, dass die Hinrichtung des Verbrechers mangels Personqualität „(...) nicht Strafe, sondern nur Sicherungsmittel" sei (1798: 284). **Kant** sah für „Diebe den Sklavenstand, Karrenstrafe" vor, das Allgemeine Landrecht Preußens vom Jahre 1794 kannte noch die Todesstrafe des Räderns (**Jakobs** 2006: 293).

„Es verhält sich also nicht so, als lasse die Gesellschaft den Feind nicht »herein«; er selbst hindert sein »Hinein-kommen«, weil er seine Bringschuld nicht leistet, also nicht dafür sorgt, daß bei ihm rechtstreues Verhalten vermutet werden kann."

Der partielle Feind wird einiger seiner Rechte beraubt, seine Pflichten bleiben jedoch intakt, denn ohne eine Pflichtverletzung wäre er kein Verbrecher geworden. „Also ist der Feind exkludiert, genauer von einigen seiner Rechte exkludiert" (**Jakobs** 2006: 294). Der Betreffende manövriert sich allerdings selbst in den Ausschluss, weil er mit seiner Haltung keine zumindest einigermaßen verlässliche Rechtstreue verspricht. In dem Maße, in dem der Feind an Rechten verliert, wird er erklärtermaßen nicht mehr als Rechtsperson anerkannt, aber diese Behandlung muss nicht grenzenlos sein. „Durch eine Verhaltensänderung könnte der Feind wieder zum Bürger werden" (**Jakobs** 2006: 293). Dies passiert in den meisten Fällen, in denen dem gefährlichen Subjekt die Rechte teilweise beschnitten werden. Beispielsweise wird der Täter bei folgenden Delikten zum partiellen Feind: durch die Vorverlagerung der Strafbarkeit bei der Bildung einer kriminellen oder gar terroristischen Vereinigung, bei der Untersuchungshaft sowie bei der Sicherungsverwahrung (2006: 296).

2.3 Funktion der Strafe

Für **Jakobs** (2000: 49) ist die Strafe die Bestätigung der Pflicht zur Einhaltung der die Gesellschaft gestaltenden Normen. „Strafe ist (...) als Marginalisierung der Tat in ihrer normverletztenden Bedeutung und damit als Feststellung zu verstehen, der Normbestand der Gesellschaft sei unverändert." Seiner Meinung nach lassen sich diese grundlegenden Normen in zwei Bereiche teilen:

Der eine Teil der Normen beruhe auf der rationalen Welt, die der Mensch im Umgang mit der Natur entwickelt habe (**Jakobs** 1995: 848). Die Naturwissenschaften würden bestimmten Gesetzmäßigkeiten folgen, die sich in der Gegenwart als richtig und stabil erwiesen hätten. Dieser Kommunikationszusammenhang sei kognitiv gesichert und allgemein akzeptiert, denn es handle sich um ein „naturwissenschaftlich einigermaßen stimmiges Weltbild"[58], wie **Jakobs** (1995: 848) schreibt.

Ferner führt **Jakobs** (1991: 7 Rn. 5) aus, dass bei sozialen Kontakten auch Enttäuschungen der Art entstünden, wie sie beim Umgang mit der Natur vorkämen. Jeder Mensch wisse z.B., dass ein Nichtschwimmer in tiefem Wasser ertrinken könne, weil er natürlichen Grenzen

[58] Für **Jakobs** (1995: 848) ist dieser Teil der Normen kognitiv hinreichend gesichert.

unterworfen sei. Im sozialen Kontakt werde vom Partner auch nur erwartet, dass er mit seinem Verhalten natürlichen Regeln folge, nicht aber, dass er Rechtsnormen beachte. Eine Enttäuschung dieser Erwartung werde dann auf inkorrektes Verhalten zurückgeführt. Für die Zukunft müsse derjenige, der enttäuscht, in seinem Verhalten umlernen bzw. mehr Vorsicht anwenden[59]. Wie **Jakobs** (1991: 7 Rn. 5) darlegt, werde in der modernen Gesellschaft diese Befindlichkeit, sich unbedacht selbst in Gefahr zu bringen, als natürlich behandelt, denn die Zurechnung der Befindlichkeit könnte potentiell jeden, ohne die Möglichkeit einer Vorsorge zu besitzen, zum Straftäter machen. Deshalb würden z.B. einem Nichtschwimmer in tiefem Wasser Rettungsmaßnahmen angeboten. Anderenfalls könnte ebenso viel Sicherheit der Erwartung enttäuscht werden, wie sie garantiert werde. Wer keinen Zugang zu diesen vorgegebenen Normen, die die Verhaltensgrundlage bilden, habe, gelte nicht als kriminell, sondern als sozial inkompetent, wie **Jakobs** ausführt (1995: 849). Weiter schreibt er, dass „ein falsches Wollen, das auf falschem Wissen beruht, von Inkompetenz zeugt und mehr oder weniger eine poena naturalis (natürliche Strafe) mit sich bringt“ (1995: 849).

Den zweiten Teil der für die Gesellschaft konstitutiven Normen, über die **Jakobs** (1995: 848f) spricht, bilden die „gemachte(n) Normen“ (1995: 849). Diese ermöglichen, dass soziale Kontakte eingegangen werden können, bei denen sich ein bestimmtes Verhalten von Seiten des anderen erwarten lässt. „Ansonsten würde jeder Kontakt zu einem unkalkulierbaren Risiko“ (1991: 6 Rn. 4). Beispielweise wird erwartet, dass niemand mit überhöhter Geschwindigkeit durch das Gebiet einer Schule fahren würde. Wird die Erwartung enttäuscht, so wird die Gültigkeit der Norm durch Sanktionen gesichert, „bei Strafrechtsnormen also durch eine in einem förmlichen Verfahren verhängte Strafe“ (1995: 849).

Warum wird auf die Täuschung der normativen Erwartungen mit der Verhängung einer Strafe reagiert? Laut **Jakobs** (1991: 9 Rn. 9) wird durch die Normverletzung der Wert der Norm als Orientierungsmuster beeinträchtigt, die Norm verliert an Autorität. Der Autoritätsverlust der Norm führe aufgrund der angefochtenen Orientierungsfunktion zu einem sozialen Konflikt[60]. Der Unwert eines Autodiebstahls z.B., auf den die Strafe reagiert, liegt für das Opfer nicht im Verlust des Autos, sondern darin, dass der Dieb durch sein Verhalten die Norm, die den

[59] Mit **Jakobs**’ (1991: 7 Rn. 5) Worten: „Diese Erwartungen sind kognitiver Art, d.h. im Enttäuschungsfall hat man sich verkalkuliert und muß umlernen, also pro futuro − durch Erfahrung klug geworden − besser kalkulieren, wenn man die Enttäuschung nicht als quantité négligeable abtun kann.“ Man nennt dies kognitives Lernen, lernen sich zukünftig anders zu verhalten.“

[60] **Jakobs** (1991: 9 Rn. 9) erklärt Folgendes: „Dieser Widerspruch gegen die Norm durch ein Verhalten ist der Normbruch. Ein Normbruch ist also eine Desavouierung der Norm. Diese Desavouierung bewirkt in dem Maß einen sozialen Konflikt, in dem die Norm als Orientierungsmuster in Frage gestellt wird.“

Diebstahl von parkenden Autos verbietet, in Frage stellt. Mit **Jakobs** (1991: 8 Rn. 8) Worten: „(...) der strafrechtliche Schutz des Eigentums erfolgt aber ohne Blick auf den Inhaber (...) wegen der Ausrichtung des Schutzes auf die Bedeutung des Eigentums."

Hier ist ein Normbruch „nicht seiner äußerlichen Folgen wegen ein strafrechtlich relevanter Konflikt, denn das Strafrecht kann die äußeren Folgen nicht heilen" (**Jakobs** 1991: 9 Rn. 9). **Jakobs** (1995: 848 Fn. 10) erklärt dies anhand eines Beispiels: Das strafrechtlich relevante Übel eines Mordfalls liegt nicht im Schaden, der dem Opfer zugefügt wurde, denn dieser Schaden ist nicht wiedergutzumachen, d.h., das Menschenleben kann nicht nachträglich gerettet werden. In erster Linie beschädigt der Täter die Gültigkeit der Norm des Tötungsverbots[61], denn wie soll das Rechtsgut (Menschenleben) geschützt werden, wenn das Opfer schon tot ist (1995: 848 Fn. 10)?

Wie sollte der enttäuschte Partner angesichts des Normbruchs reagieren? Er könnte sich an die Enttäuschung anpassen. Wie **Jakobs** (1991: 7 Rn. 6) meint, sollte auch im Enttäuschungsfall die normative Erwartung nicht preisgegeben, sondern im Gegenteil durchgehalten werden. Wer beispielsweise sieht, „wie der Steuermann Alkohol trinkt, gibt den Anspruch auf eine sichere Fahrt nicht auf" (1991: 7 Rn. 6). Noch anders erklärt: Im Fall eines Überfalls stellt jemand als Reaktion darauf auch nicht gleich einen Leibwächter ein. Der in seiner Erwartung Enttäuschte hält diese Erwartung kontrafaktisch durch, d.h. gegen die Tatsache der Enttäuschung (1991: 7 Rn. 6). Er resigniert nicht in seinem Vertrauen auf die fortdauernde Gültigkeit der Norm, denn der Fehler liegt im unkorrekten Verhalten des Täters und nicht im Normvertrauen des Opfers. Die Strafe bestätigt das Normvertrauen gegen die Enttäuschung durch den Normbrecher und demonstriert die Fehlerhaftigkeit seines Verhaltens (1991: 7 Rn. 6).

Die Strafe dient bei **Jakobs** (1991: 6 Rn. 3) der Stabilisierung der verletzten Norm. Sie demonstriert, dass der Weltentwurf des Normbrechers falsch ist (1991: 9 Rn. 9). Mit der Auferlegung einer Strafe wird allen trotz der enttäuschten Erwartungen die Tauglichkeit der Norm als „Orientierungsmuster" bestätigt (1991: 10 Rn. 11). Anders ausgedrückt: Stiehlt beispielsweise ein Taschendieb in der U-Bahn eine Brieftasche und entwirft dadurch eine andere Welt, kann seinetwegen jedoch nicht darauf verzichtet werden, in der U-Bahn Wertsachen bei sich zu tragen. Durch die Auferlegung einer Strafe wird demonstriert, dass der

[61] Siehe **Jakobs** (1995: 848 Fn. 10), der erklärt, „daß die 'Vernichtung eines Menschenlebens' per se schiere Natur ist; erst eine − wie auch immer begründete − Norm macht aus dem psychophysischen System 'Mensch' einen Menschen, der nicht grundlos getötet werden soll."

Straftäter seine Welt nicht richtig organisiert hat, wie **Jakobs** (1991: 9 Rn. 10) schreibt. Die Erwartung, an der sich das Verhalten des Enttäuschten orientiert, bleibt weiterhin gültig. Mit **Jakobs**' (1995: 849) Worten:

> „Die Sanktion konterkariert den Weltentwurf des Normbrechers. Dieser behauptet die Nicht-Geltung der Norm für den aktuellen Fall, aber die Sanktion bestätigt die Unmaßgeblichkeit dieser Behauptung."

Bei der Straftat bzw. dem Delikt handelt es sich für **Jakobs** (1995: 844) weder nur um ein persönliches Verhalten, noch erschöpft sich ihre Bedeutung in der äußerlichen Handlung, sondern sie ist „als fehlerhafte Kommunikation" einzuschätzen. Auf der Grundlage eines kommunikativen Verständnisses sollte die Tat als eine Behauptung verstanden werden, die der Norm widerspricht (1995: 844). Die Strafe als Reaktion auf den Konflikt gleichermaßen wie auf die Tat, bedeutet etwas, nämlich „daß die Bedeutung des normbrechenden Verhaltens unmaßgeblich und die Norm nach wie vor maßgeblich ist" (1991: 9 Rn. 10). Laut **Jakobs** (2004: 88) reagiert die Strafe nicht nur äußerlich − durch Zwang[62] −, sondern „Tat wie Strafzwang sind insoweit Mittel symbolischer Interaktion." Die Aufgabe der Strafe ist es deshalb nicht, Rechtsgüter zu schützen, sondern vielmehr die Gültigkeit der Norm zu bestätigen[63] (1991: 9f. Rn. 11). „Die Tat als Tat einer vernünftigen Person bedeutet etwas, nämlich eine Desavouierung der Norm, einen Angriff auf ihre Geltung" (**Jakobs** 2004: 88). Die Strafe ist somit symbolischer Widerspruch gegen die Symbolik, die die Tat repräsentiert. Beide Konzepte, die Strafe und die Tat, sind als „Rede und Antwort" zu begreifen (**Jakobs** 1991:VII). Nur auf der Grundlage eines kommunikativen Verständnisses kann ein rationaler Zusammenhang zwischen Tat und Strafe gefunden werden. Wird die rein äußerliche Abfolge von Tat und Strafe betrachtet: das Delikt ist ein Übel − etwas Unerwünschtes −, dem ein anderes Übel folgt, das die Strafe ist, so wird die irrationale Folge von zwei Übeln produziert. Mit anderen Worten, die Beziehung zwischen Tat und Strafe liegt im Bereich der Kommunikation, und hier stellt sie nicht mehr eine Vergeltung eines Übels durch ein anderes Übel (**Jakobs** 1995: 844), d.h. negative Prävention, dar[64].

---

[62] Für **Jakobs** (2004: 88) ist Strafe immer Zwang.

[63] **Jakobs** (1991: 5 Rn. 2) sagt zur Funktion der Strafe: „Stets geht es bei der Strafe um eine Reaktion auf einen Normbruch. Stets wird durch die Reaktion demonstriert, daß an der gebrochenen Norm festgehalten werden soll. Und stets erfolgt die demonstrierende Reaktion auf Kosten des für den Normbruch Zuständigen."

[64] Adressat der negativen Generalprävention ist die Allgemeinheit. Die Strafe soll verhindern, dass (noch) andere als der konkrete Täter Straftaten begehen. Sie soll also einen psychologischen Zwang auf potentielle Täter aus-üben und sie durch das angedrohte Strafübel in den Bahnen des Rechts halten (**Kindhäuser** 2008: 39).

Die Strafe bedeutet für **Jakobs** (1998: 39) positive Prävention, denn sie soll das Generelle, das Allgemeine garantieren, d.h. die Gestalt der Kommunikation. Die Prävention hat nicht das Ziel, mit Hilfe der Strafe irgendetwas zu erreichen.

> „Es wird etwas verhütet, aber nicht irgendein zukünftiges Verbrechen, sondern daß Verbrechen nicht mehr als Verbrechen verstanden werden; verhütet wird also die Erosion der wirklichen normativen Gestalt der Gesellschaft“ (1998: 32).

Es gilt den Verlust der Orientierungsfunktion der Norm zu vermeiden. Die Strafe hat kein Ziel, „sondern (ist) selbst Zweckerreichung, d.h. Feststellung der unveränderten Wirklichkeit der Gesellschaft“ (**Jakobs** 1998: 36). Mit anderen Worten: „Strafe (bedeutet) die unveränderte normative Wirklichkeit“ (1998: 39).

Die auf eine Norm Vertrauenden sollen laut **Jakobs** (1998: 39) gerade in ihrem Vertrauen bestätigt werden. Dies wird die positive – und eben nicht die abschreckende, sondern bestätigende − Generalprävention genannt[65]. Diese Bestätigung soll allen Mitgliedern der Gesellschaft gelten. Die Lehre der positiven Generalprävention lässt sich auf **Hans Welzel**[66] (1904-1977) zurückführen, für den Strafe eine „sozialethische Funktion“ hatte, d.h. „das sozialethische Urteil der Bürger“ zu formen und „ihre bleibende rechtstreue Gesinnung“ zu stärken (1998: 39). Strafe sei, im Sinne **Jakobs**, ein kommunikativer Vorgang. Aus diesem Grund müsse sich der Begriff an der Kommunikation orientieren. Die psychischen Vorgänge als Folge der Normbestätigung durch die öffentliche Strafe könnten zwar erwünscht sein, aber nicht zum Begriff der Strafe gehören. **Jakobs** (1998: 39) schreibt folgendermaßen: „Normvertrauen oder rechtstreue Gesinnung der Bürger sind nur Derivate der Wirklichkeit der Gesellschaft, auf die es allein ankommt.“ Das bedeutet, die rechtstreue Einstellung ist ein Resultat der Normen, die die Gesellschaft gestalten, aber sie ist nicht der Zweck der Strafe. Dieser liegt im Erhalt der Gültigkeit der Norm.

---

[65] Siehe dazu **Lesch** (1994: 598): „Die (...) skizzierte Straftheorie (funktionale Vergeltungstheorie) firmiert als Teilaspekt geläufig unter dem Namen »positive Generalprävention«. Diese Bezeichnung ist wegen der Verwechslungsgefahr (...) (mit der sog. positiven Generalprävention oder Integrationsprävention) nicht glücklich, obendrein aber auch nicht zutreffend. Denn es geht dabei nicht um präventive Zwecke, d.h. nicht um die Verhütung, die künftige Verhinderung bestimmter Verhaltensweisen“. **Lesch** (1994: 598) ist der Ansicht, dass es bei positiver Generalprävention um „Verbrechensverhütung“ gehe, „und zwar in Form eines sozialpädagogisch motivierten Lerneffekts, der sich freilich nicht über Furcht, sondern über Einsicht vermitteln soll.“ Für **Jescheck/Weigend** (1996: 68) „ist jedoch (...) die Legitimierung des Verbrechens zu verhindern und eine moralische Abneigung gegen das Unrecht hervorzurufen (positive Generalprävention)“, wichtiger.

[66] Siehe **Welzel** (1969: 3f.).

Jakobs (1998: 37) bezieht sich ausdrücklich auf **Georg W. F. Hegels** (1770-1831) Straftheorie, bei dem es heißt, die „Verletzung des Rechts als Recht“ sei „in sich nichtig“, „die Nichtigkeit zeige sich in der Vernichtung der Rechtsverletzung.“ Wie **Jakobs** (2004: 24) schreibt, steht im Zentrum der Straftheorie **Hegels**, dass sich das Verbrechen gerade nicht gegen einen anderen im Volk richte, sondern gegen die gesellschaftliche Struktur. Bei **Jakobs** (1998: 37) heißt die entsprechende Aussage, dass für die wirkliche Gesellschaft der Normbruch unmaßgeblich sei. „Die Unmaßgeblichkeit sei am Ausschluss der Gemeinsamkeit mit dem Normbrecher abzulesen“ (1998: 37).

2.3.1 Offene Funktion: Bestätigung des Normbestandes

Jakobs (2000: 50f.) unterscheidet zwischen der offenen und der latenten Funktion der Strafe, die sich nicht gegenseitig ausschließen, sich aber an unterschiedliche Adressaten richten. Die offene Funktion bestätigt einerseits die Identität der Gesellschaft, d.h. ihre normative Existenz. Die bestätigende Wirkung der Strafe richtet sich nur an Personen. Es wird derjenige bestraft, der durch sein Verhalten zeigt, dass seine Kommunikation gestört ist.

Da aufgrund des Normbruchs keine Kommunikation möglich ist, ist es notwendig, den Normbrecher „mehr oder weniger radikal seiner Interaktionsmittel“ zu entledigen (**Jakobs** 1998: 35). Der Strafschmerz, der dem Täter auferlegt wird, soll weder Angst noch Einschüchterung bewirken, „vielmehr ist er nur Träger der Bedeutung, an die Tat sei nicht anzuschließen“ (2000: 50). Die Wegnahme von Entfaltungsmitteln wird vorgenommen, weil das Subjekt durch die Gesellschaft als Person definiert wird. Denn wenn es inkompetent wäre, müsste seiner Tat nicht widersprochen werden (**Jakobs** 2004: 88). Das bedeutet, im Fall eines Individuums „läge (es) auf der Hand, was getan werden müsste, das zur Verhinderung von Wiederholungen Zweckmäßige und sonst nichts“ (1998: 35).

Im Fall der Notwehr wird z.B. der Täter als Person anerkannt, denn es handelt sich um eine rechtswidrige Aggression, die es erlaubt, sich legitim zu verteidigen. Die Person, die sich zu ihrer Verteidigung auf eine normalerweise verbotene Art verhält, wird von der Strafe ausgenommen. Obwohl der Täter die normativen Erwartungen enttäuscht, darf die Reaktion auf seinen Angriff nicht die erforderliche Abwehr übersteigen, denn der Täter bleibt formell eine Rechtsperson. Die Normen definieren weiterhin das Subjekt als Person, auch wenn es sich materiell nicht entsprechend verhält und als gefährlich behandelt werden muss. Hier ist der Täter noch Teil des Rechtssystems (**Jakobs** 2006: 292). Auch wenn seine Personalität sich nicht endlos „ins Kontrafaktische verlängern (läßt), (...) ein bisschen eben doch“ (2006:

292)[67]. Damit wird ausgesagt, dass in Bezug auf die Norm entgegen der Enttäuschung (kontrafaktisch) vom Täter erwarten werden kann, sich in Zukunft wie eine Person zu verhalten. **Jakobs** (2006: 292) schreibt dazu:

> „Wenn der Angreifer heute wütet, muß man ihn nicht sogleich zur rechtlichen Unperson erklären, sondern kann darauf setzen, daß er morgen vom Gericht zur Räson gerufen sowie zur Leistung von Schadensersatz verurteilt wird und dann auch wieder seinen Pflichten nachkommt."

2.3.2 Latente Funktion: Gefahrenbeseitigung

Andererseits erwähnt **Jakobs** (2000: 50) „die so genannte positive Generalprävention als latente Straffunktion." Die Funktion der Strafe enthält präventive Elemente; ihre Wirkung richtet sich durch Abschreckung oder Gewöhnung gegen diejenigen, die keine „Kommunikationsteilnehmer" sind (2000: 50). Beispielsweise wird als Sicherungsmaßnahme die Sicherungsverwahrung verhängt (§ 61 StGB). In diesem Fall betrifft der Zwang nicht nur rückwirkend eine schon begangene Tat, die verurteilt wird, sondern auch zukünftige Taten. Dahinter steht die Annahme, das Subjekt stelle eine Gefahr für die Allgemeinheit dar, deshalb wird gegen es eine Sicherheitsmaßnahme anstelle einer Strafe verhängt (2004: 89). Nach Meinung von **Jakobs** (2004: 88f.) soll der Zwang „insoweit nichts bedeuten", er soll nur wirken und Sicherheit bieten; „was heißt, er gelte nicht der Person im Recht, sondern dem gefährlichen Individuum."

Jakobs sieht (2000: 50) in **Kants**[68] Definition des Individuums eine Entsprechung zu der Reaktion des Rechts auf wiederholte Normverletzer. Individuum ist „derjenige (...), der nicht per se rechtlich gesonnen ist" (2000: 50). Die reine Anwesenheit dieses Individuums gefährdet schon das Orientierungsmodell, d.h., die Identität der Gesellschaft selbst ist in Gefahr (1995: 874). **Jakobs** (2000: 51) schreibt dazu: „Zu der Gewißheit, daß niemand töten darf, muß also auch diejenige treten, höchstwahrscheinlich werde niemand töten." Wenn die Garantie eines persönlich normtreuen Verhaltens nicht gegeben sei, reagiere die Gesellschaft nicht länger nur mit Hilfe des Strafrechts, sondern sie reagiere wie auf einen Feind (2000: 51).

---

[67] **Jakobs** (2006: 291) bezieht sich auf **Luhmann** (1993: 124f.) zur Erklärung des Kontrafaktischen: „Wenn sie (die Gesellschaft) das Verbrechen als Verbrechen kennzeichnet und den Verbrecher als solchen behandelt, also bestraft, beweist das die Wirklichkeit der Norm, ihre gesellschaftliche Geltung. Eine Norm gilt gesellschaftlich nicht nur, wenn sie befolgt, sondern auch wenn sie kontrafaktisch durchgehalten wird; denn in beiden Fällen erfüllt sie die Funktion, Erwartenssicherheit zu leisten."

[68] Dieses Individuum wird bei **Kant** als homo phaenomenon bezeichnet, „das nach Lust und Unlust bilanzierende Individum" (**Jakobs** 2000: 50).

Die Beseitigung der Gefahr sei **Jakobs** (2000: 53) zufolge Grund und Zweck des Feindstrafrechts [69]. Feindstrafrecht sei jedoch kein Regelwerk zur grenzenlosen Vernichtung von Feinden, sondern es beansprucht, das letzte Mittel (Ultima Ratio) zu sein, etwas, „das nicht zu dauerndem Gebrauch taugt“ (2006: 294). Wenn Krieg das letzte Mittel ist, dann findet dieser Krieg laut **Jakobs** (2004: 90) im Denken von **Hobbes** und **Kant** theoretischen Rückhalt. Diese Philosophen befürworten eine Bestrafung all derjenigen, die prinzipiell von der etablierten Ordnung abweichen, und zwar nicht durch das Recht, sondern durch unbegrenzte Ausübung von Zwang.

Für **Jakobs** (2006: 294) ist es ein Irrtum zu glauben, dass die Rechte eines gefährlichen Individuums in einer riskanten Situation gewahrt werden müssten. Diese Reaktion auf das gefährliche Individuum „vertuscht in ihrer einfältigen Zeichnung der Lage die − mehr oder weniger umfassende − Exklusion des Feindes, was seine Rechte angeht, und damit das Warnzeichen der Ausnahme.“ Das Feindstrafrecht sei ein notwendiger Krieg, so **Jakobs**. Das Gesetz zum Schutz des Täters, die Prozessgarantien und die Menschenrechte seien Teil eines Orientierungsmodells, für das sich die Gesellschaft entscheidet. Die Beseitigung des Feindes ist eine Maßnahme zur Rettung dieser Normen. Deshalb würde für **Jakobs** die Trennung zwischen einem Feindstrafrecht und einem Bürgerstrafrecht erlauben, den Rechten des bürgerlichen Straftäters mehr Aufmerksamkeit zu schenken. **Jakobs** (2006: 290) selbst bestätigt, dass es sich hier nicht darum handele, was er denke, sondern um Fakten. Er sei auch nicht mit der Existenz eines Feindstrafrechts einverstanden, versuche jedoch, „zur Kenntnis zu nehmen und zu bringen, was der Fall ist, und sei es auch häßlich“ (2006: 290).

Insgesamt sieht **Jakobs** den Feind also nicht als einen für eine Tat verantwortlichen Täter, sondern als ein Individuum, welches dabei ist, den Bürgern die Freiheit zu nehmen. **Jakobs** betont, dass die durch eben diese Feinde ausgelöste Problematik für die Gesellschaft sich nicht durch verschärfte polizeiliche Maßnahmen lösen lasse. Als einzig mögliche Lösung zur Gefahrenbeseitigung thematisiert er vielmehr die rechtliche Regulierung des Ausschlusses von Individuen, die aktuell Unpersonen sind. Denn eine Gesellschaft, die sich der drohenden Gefahr bewusst sei, verfüge über das Wissen, dass die Wirkung der rechtsstaatlich bestimmten Strafe gegen gewisse kriminelle Kreise nicht ausreichend ist.

[69] In der Hauptsache bezieht sich **Jakobs** (2004: 92) auf die sog. Bekämpfungsgesetzgebung, der Gesetzgeber nennt hier als Funktion der Strafe die Gefahrenbeseitigung.

2.3.3 Die Legitimation des Strafzwecks

Ist der Krieg gegen die Feinde legitim? Zur Beantwortung dieser Frage nennt **Jakobs** (2006: 297) drei Gründe, die die Maßnahmen zur Bekämpfung der Feinde legitimieren:

Erstens müsse „der Staat (...) seine Gestalt nicht mutwillig aufs Spiel setzen“ (2006: 296). Denn die Feinde sind Individuen, die keine kognitive Sicherheit bieten, und daher würde die Norm als Orientierungsmuster erodieren bzw. sich in ein „leere(s) Versprechen“ verwandeln (2004: 91). „Leer, weil es keine wirklich lebbare gesellschaftliche Gestalt mehr anbietet“ (2004: 91).

Jakobs (2006: 297) nennt als zweiten Grund, dass auf der Grundlage eines abstrakten Konzepts vom Rechtsstaat nicht über Legitimität gesprochen werden könne. Denn der Rechtsstaat entspreche einem Ideal, das weder die Sicherungsverwahrung noch die Kriminalisierung im Vorfeld der Begehung einer Straftat, noch viele andere feindstrafrechtliche Maßnahmen zulasse, die im deutschen Strafrecht enthalten seien. Die Legitimität des Rechtsstaats im Abstrakten „ist (dem entsprechend) nichts wert“ (2006: 297). Wenn dagegen von der Legitimität des „konkreten“ Rechtsstaatskonzepts ausgegangen werde, bestehe, so **Jakobs** (2006: 297), die Möglichkeit, dass der Verzicht auf das Feindstrafrecht „das Recht des Bürgers auf Sicherheit aushöhl(t), und dieses Recht auf Sicherheit ist nur ein anderer Name für ein Recht auf den Zustand wirklicher Rechtsgeltung.“ Denn gleichermaßen wie das Personenkonzept und das Konzept der Rechtsgeltung sei das Rechtsstaatskonzept nur dann real, wenn seine Mitglieder nach der normativen Ordnung leben und nicht nur einer Strafe unterworfen sind (1998: 38). **Jakobs** (2006: 297) widerspricht demjenigen , der meint, im Rechtsstaat alles verwirklichen zu müssen, denn

> „der sollte wissen, daß dieses »Alles« in der konkreten Wirklichkeit begleitet wird von einem »oder nichts«, zumal ein schlechthin perfekter Rechtsstaat für Terroristen einen solchermaßen riesigen »Standortvorteil« böte, daß er sie geradezu einlüde, in seinem Geltungsbereich zu verweilen, genauer: aktiv zu werden.“

Drittens gebe es nach **Jakobs** (2006: 297) für den Staat die Möglichkeit, sich auf das „Erreichbare“, das „praktisch Optimale“ bzw. das „Erforderliche“ zu beschränken. Der Staat sollte sich von den „Extremen eines bedingungslosen Pazifismus“ ebenso fernhalten wie von physischer Gewalt „wegen ihrer korrumpierenden Nebenwirkungen.“ Das bedeutet, die Verhaltensweisen des Staates müssen auch mit seinem „Selbstbild“ korrespondieren.

Wie **Jakobs** (2006: 289) einräumt, entsprechen seine Ideen nicht der „political correctness". Politisch korrekt wäre es, jeden Menschen an den Menschenrechten teilhaben zu lassen. Die Schlüsselfrage ist jedoch, ob die postulierte Welt des Korrekten mit der realen Welt vereinbar ist. Alle sollten als Person behandelt werden, dabei handelt es sich „per se (um) ein bloßes Postulat, ein Modell für eine Gesellschaft, damit aber nicht schon um einenTeil einer wirklich stattfindenden Gesellschaft" (2006: 290).

Andererseits argumentiert **Jakobs** (2006: 289), sein Anliegen bestehe nur darin, mit Hilfe des Feindstrafrechtsbegriffs zu beschreiben, wen das Rechtssystem als Feind behandle, und zu prognostizieren, wem es zukünftig diese Rolle zuerkennen werde. Im Rahmen seiner Beobachtungen stellt **Jakobs** die Frage, ob der Anspruch, alle Menschen seien Teil der Rechtsgemeinschaft und durch die Menschenrechte geschützt, einer postulierten oder einer realen Welt zuzuordnen sei. Es sei zu abstrakt, alle Menschen als Personen zu sehen, kritisiert **Jakobs**, denn das entscheidende Kriterium sei das Verhalten eines Subjektes. **Jakobs** hält beispielsweise die Argumentation, auch Hitler wäre als Rechtsperson zu behandeln, für abstrakt, denn entscheidend für die Behandlung eines Diktators ist die Situation: Ist er noch an der Macht oder bereits gefangen „ohne aktuellen Wirkungskreis" (2006: 289)?

Auch die Rechtsordnung bedarf nach **Jakobs** (2004: 94) einer kognitiven Untermauerung, um real zu sein. Sie muss durchgesetzt sein, um Geltung zu erlangen. Die Grundlage müsse sein, dass „es (...) überall auf der Welt eine rechtsverbindliche Mindestordnung dergestalt (gebe), dass Verstöße gegen elementare Rechte nicht hingenommen werden dürften" (2004: 94). **Jakobs** (1998: 37) zufolge handle es sich hier um eine unkorrekte Sichtweise, denn es existiere keine „globale" Gesellschaft. Jede Gesellschaft − verstanden als „Totalität aller Kommunikation" − bildet einen Staat mit eigenen Normen[70]. Und jeder Staat als eine „bestimmte Verfaßtheit einer Gesellschaft" verwaltet die öffentliche Strafe auf eigene Art und Weise. „Nach ihrem Selbstverständnis legt eine normativ verfaßte Einheit selbst fest, wer ihr Mitglied ist, indem sie jemanden als Person behandelt" (1998: 37).

Im Rechtsstaat ist die Strafe ein Mittel, um die Gültigkeit der Norm aufrechtzuerhalten, diese muss vor der Begehung einer Tat integrierter Bestandteil der gesellschaftlichen Kommunikation sein. Denn ohne ein vorausgehendes Gesetz kann es weder ein Delikt noch eine Strafe geben − gemäß dem Prinzip „nulla poena sine lege": „Nur dessen, was vorhanden

[70] Ein Beispiel dafür, wie sich die soziale Wirklichkeit verändern kann, sind die sog. Unsittlichkeitsdelikte, die 1969 aus dem deutschen Strafgesetzbuch entfernt wurden. Dazu gehörten u.a. Homosexualität, Sodomie und andere Perversionen (**Roxin** 2006: 19f. Rd.17,18).

ist, kann man sich per Strafe vergewissern“ (**Jakobs** 2000: 55). Die internationalen Rechtsinstitutionen reagieren auf extreme Menschenrechtsverletzungen teilweise durch Intervention und Bestrafung derer, die für diese Verletzungen verantwortlich sind. Sie versuchen anschließend, demokratische Institutionen aufzubauen, und die Strafe hat die Funktion, der Norm Gültigkeit zu verschaffen (**Jakobs** 2004: 94) und die Einhaltung der Menschenrechte auf dem Gebiet zu bewirken, auf dem sie zuvor verletzt worden waren. Vor der Verhängung der Strafe wurden die universalen Rechte nicht respektiert, sie waren teilweise nicht einmal bekannt. „Verbrechen gibt es nicht in chaotischen Verhältnissen, sondern nur als Bruch der Normen einer praktizierten Ordnung“ (**Jakobs** 2004: 91). Die Menschenrechtsverletzungen waren in dem betreffenden Staat keine Straftaten, bevor die Intervention stattfand, anderenfalls wäre die Intervention nicht nötig gewesen, um sie durchzusetzen (**Jakobs** 2004: 94).

Laut **Jakobs** (2004: 95) ist die Proklamierung der Menschenrechte etwas fundamental anderes als ihre Durchsetzung. Er meint: „Es mag zwar gute Gründe dafür geben, einen anderen in einen Rechtszustand zu zwingen, aber bevor das geschehen ist, fehlt eben der Rechtszustand“ (**Jakobs** 2000: 55). Die Neutralisierung derer, die die Menschenrechte verletzen, wird mit der Notwendigkeit gerechtfertigt, einen demokratischen Staat – „gemeinschaftlich-gesetzlichen Zustands“ – einzurichten (**Jakobs** 2004: 95). Das bedeutet, dass die Verletzungen stattfanden, bevor diese Ordnung existierte. Dazu heißt es bei **Kant**, dass „der Zustand vor der Herstellung des »bürgerlich gesetzlichen« Zustands (...) der Naturzustand (...)“ sei (2004: 90/95). „Deswegen ist gegen die Menschenrechtsverletzer, die ja auch für sich keine hinreichende Sicherheit bieten, Personen zu sein, an sich alles erlaubt, was notwendig ist, um den »gemeinschaftlich-gesetzlichen Bereich« zu sichern“ (2004: 95). So wird z.B. bei Genozid, dem Extremfall von Menschenrechtsverletzungen, mit kriegerischen Mitteln eingegriffen. Sobald die Aggression beendet ist, wird ein Strafgesetzbuch bzw. eine Strafprozessordnung eingesetzt, um den Menschenrechtsverletzer einer konkreten Tat beschuldigen zu können – mit **Jakobs**’ Worten: „als gehe es um einen Totschlag aus verschmähter Liebe oder ähnliche bürgerliche Partialkonflikte“ (2004: 95). Es stellt sich hier die Frage, ob der Aggressor als Person zu behandeln sei, und bei positiver Antwort, welcher Ordnung zu folgen sei. Nach **Jakobs**’ (2004: 95) Definition von Person sind weder der Aggressor noch die übrige Bevölkerung auf Grund des Fehlens einer Ordnung Personen mit Rechtsstatus. Dies demonstriert der Fall von **Milošewić**, der am 28. Juni 2001 im eigenen Land verhaftet und nach Den Haag an den Europäischen Gerichtshof überstellt worden ist, ohne dass eine der jugoslawischen Verfassung gemäße Gerichtsverhandlung

stattgefunden hätte. **Jakobs** (2004: 95) zufolge stammt „»Bürger« **Milošewić** (...) (nicht) aus der Gesellschaft, die ihn vor Gericht stellt.“ Hier sind offensichtlich zur Verteidigung der Menschenrechte Maßnahmen des Feindstrafrechts zur Anwendung gekommen, ohne dass sie deshalb illegitim gewesen wären (2004: 95).

2.4 Zwischenfazit

Der Begriff Feindstrafrecht wird von **Günther Jakobs** dazu benutzt, aktuelle Tendenzen in der Strafrechtsgesetzgebung aufzuzeigen. Er beschreibt damit neue Normen zur Bekämpfung von Gefahren, die von „Feinden“ der Gesellschaft ausgehen. Als Teil dieser neuartigen Form der Gesetzgebung nennt er vor allem Vorfeldkriminalisierung, Bekämpfungsgesetzgebung sowie die Einschränkung prozessualer Rechte und Garantien.

In diesem Konzept dient Strafe der Gefahrenbeseitigung. Die Gefahr geht von Individuen aus, die sich durch ihr Verhalten dauerhaft vom Recht abgewandt haben. Derartige Individuen im „Naturzustand“ werden zu Unpersonen, ihnen gegenüber stehen die Bürger, welche an der Kommunikation teilhaben und dadurch berechenbar für die Gesellschaft sind. Diese Bezeichnungen sind allerdings nur in einem normativen Sinne zu verstehen − der Begriff Person bezieht sich nicht auf den ganzen Menschen, sondern nur auf den Teilaspekt der Pflichterfüllung und der Normtreue.

Die Bedeutung der Strafe als Gefahrbeseitigung liegt dabei nicht in dem zukünftigen straffreien Verhalten des Delinquenten, sondern darin, Sicherheit zu schaffen. Das Recht der Bürgers auf Sicherheit legitimiert die Strafe. Durch die Anwendung der Strafe soll ein akzeptables Lebensumfeld für die Bürger erhalten werden. Da der Feind keine kognitiven Mindestgarantien bietet, ruft er Zweifel der Bürger an der auf Vertrauensbeziehungen beruhenden Kommunikationsgemeinschaft hervor. Somit gefährdet schon allein die Anwesenheit eines Feindes die Freiheit aller Gesellschaftsmitglieder, der Feind wird zu einer Bedrohung für die Rechtsordnung

Indem bereits eine Bedrohung als Delikt geahndet werden kann, können im Sinne des Feindstrafrechts zukünftige Straftaten verhindert werden. Das Feindstrafrecht ist eine Kriegserklärung gegen den Feind, die Strafe zielt auf seine Beseitigung. Das bedeutet nicht, der Zweck der Strafe erlaube die unbegrenzte Anwendung strafrechtlicher Maßnahmen, vielmehr müssen die Mittel zur Bekämpfung des Feindes stets im Verhältnis zur Größe der Furcht stehen, die der Feind in der Gesellschaft verbreitet.

Jakobs warnt davor, dass die Bekämpfungsnormen, welche im positiven Strafrecht enthalten sind, den Prinzipien des liberalen Rechtsstaats widersprechen. Ferner sind seine Ausführungen als Kritik an der herrschenden Rechtsgutlehre zu verstehen. In **Jakobs**' Modell vom geteilten Strafrecht dient die Strafe im Feindstrafrecht dem Zweck, die Güter zu schützen. Dieses ist jedoch von einem Bürgerstrafrecht zu trennen, in dem der Strafzweck in der Bestätigung der Normgeltung liegt.

Ein vernünftiger Zusammenhang zwischen der Tat als einer Behauptung, die der Norm widerspricht, und der Strafe als normbestätigender Antwort lässt sich nur auf der kommunikativen Ebene sehen und existiert nur im Bürgerstrafrecht. Solange das Feindstrafrecht nicht vom Bürgerstrafrecht getrennt wird, besteht die Gefahr, dass der „Feind" die gesellschaftliche Kommunikation zerstören kann.

Kapitel 3. Die deutsche Diskussion zum Feindstrafrecht

Die Darstellung der deutschen Diskussion verläuft in den gleichen Etappen, die **Jakobs** bei der Entwicklung seiner Konzeption vorgegeben hat. Die erste Etappe ab 1985 fand nur in einem begrenzten Umfang Resonanz. Im Gegensatz dazu erfuhr **Jakobs**' Vortrag von 1999 eine sehr negative Reaktion von Seiten juristischer Kreise, bevor es ab 2003 zu einer Verbreiterung der Diskussion kam. Im weiteren Verlauf dieses Kapitels wird die Diskussion nach inhaltlichen Schwerpunkten behandelt: der Zusammenhang zwischen Feindstrafrecht und Kriminalpolitik und die philosophischen Grundlagen des Feindstrafrechts.

3.1 Kritische Auseinandersetzung mit der Konzeption von Jakobs

3.1.1 Erste Reaktionen auf **Jakobs**' Vortrag von 1985

Unter der Leitung von **Eckehard Horn** entwickelte sich auf der Tagung „Neuere Entwicklungen der Kriminalität und ihre Folgen für das Strafrecht" eine Diskussion zu den grundlegenden Aspekten des Referats zum Feindstrafrecht von **Jakobs**[71].

Für **Callies** (**Gropp** 1985: 921) sind die verschiedenen von **Jakobs** verwendeten Begriffe mit dessen systemtheoretischer Vorgehensweise durchaus schlüssig beschrieben und nachzuvollziehen. Allerdings beherbergen insbesondere die Freund/Feind-Kategorisierung und der grundlegend generalpräventive Charakter des von **Jakobs** beschriebenen Strafrechts die Gefahr eines Interventionsrechts nach dem Muster eines Polizeistaates. Die Vereinbarkeit der von **Jakobs** beschriebenen Kategorien (sowie der daraus resultierenden Konsequenzen) mit den Prinzipien einer auf Rechts- und Sozialstaat basierenden Solidargemeinschaft sei zu analysieren. Die Unvereinbarkeit eines Feindstrafrechts mit einer idealen rechtsstaatlichen Ordnung wird von **Jakobs** (**Gropp** 1985: 928) später grundsätzlich geteilt. Allerdings stellt er fest, dass keineswegs immer ideale Voraussetzungen für die Umsetzung einer derartigen Rechtsordnung gegeben seien, was bisweilen andere Formen des Rechts – wie zum Beispiel das Feindstrafrecht – als nötig erscheinen ließen.

Ingeborg Puppe (**Gropp** 1985: 920) hinterfragt in ihren Anmerkungen den spezifischen Vorfeldbezug der von **Jakobs** benannten Antagonismen. U.a. widersprächen **Jakobs**' dualistische Konzepte des Bürger- und Feindstrafrechts sowie des Schutzes der Intimsphäre

[71] Die 20. Tagung der deutschen Strafrechtslehrer fand vom 16. bis 19. Mai 1985 in Frankfurt a.M. statt. **Walter Gropp** (1985: 919) verfasste den Tagungsbericht: Diskussionsbeiträge der Strafrechtslehrtagung 1985 in Frankfurt a.M.

bzw. fremder Rechtsgüter der Gegebenheit, dass ein Täter stets Feind- *und* Bürgerstatus und ein dem Schutzinteresse der Umwelt zuwiderlaufendes Interesse an seiner Privatsphäre besitze. Mit Blick auf das Manifestationskriterium als Unterscheidungsmittel für den letztgenannten Antagonismus merkt **Puppe** kritisch an, dass eine Interpretation menschlichen Verhaltens bei Nichtberücksichtigung des inneren Antriebs nur schwer denkbar sei. Als Beispiel führt **Puppe** die Anstiftung an, welche als intentioneller Akt bei der Umsetzung des Manifestationskriteriums keine Strafe zur Folge haben dürfe. **Jakobs** (**Gropp** 1985: 927) stimmt der von **Puppe** geforderten Berücksichtigung des „Feindeswillens" im weiteren Verlauf der Tagung durchaus zu, stellt aber die Untersuchung der Motivlage unter den Vorbehalt eines tatsächlich wahrnehmbaren störenden Verhaltens. Mit Blick auf **Puppes** Beispiel der Anstiftung verweist **Jakobs** auf die Regeln der quantitativen Akzessorietät[72], wonach eine Bestrafung stets erst im Falle einer sich im Versuchsstadium befindlichen Haupttat, also bei Vorliegen eines sichtbar störenden Verhaltens, stattfinde.

Anders als **Puppe** teilt **Hans J. Hirsch** (**Gropp** 1985: 921f.) den von **Jakobs** festgestellten Reformbedarf hinsichtlich derjenigen strafrechtlichen Vorschriften, die ohne zureichende objektive Manifestation bereits die reine Intention unter Strafe stellen. Auch hinsichtlich des von **Jakobs** konstatierten Ansteigens der Kriminalisierung abstrakter Gefährdungsdelikte findet dieser einen Fürsprecher in **Hirsch**. Letzterer kritisiert in diesem Kontext allerdings, dass **Jakobs** sich ausschließlich auf das Strafrecht bzw. die Kriminalisierung konzentriere und mit den Ordnungswidrigkeiten eben jenen Bereich außen vor lasse, der vom Gesetzgeber in besonders hohem Maße ausgeweitet werde. Auch mit Blick auf die Rechtsgutlehre teilt **Hirsch** die Forderung nach einer deutlichen Konkretisierung insbesondere dessen, was tatsächlich unter einer externen Störung zu verstehen sei. Hierfür seien die von **Jakobs** verwendeten Termini Feind- und Bürgerstrafrecht allerdings nur bedingt geeignet, weil sie von **Jakobs** nur unzureichend deutlich definiert worden waren. **Jakobs** (**Gropp** 1985: 928) pflichtet **Hirsch** später nicht nur hinsichtlich der Bedeutung der Ordnungswidrigkeiten bei, sondern konkretisiert auch den Terminus externe Störung als „aktuelle Organisationsanmaßung" – eine Person maßt sich eine Handlung oder Entscheidung an, die jemand anderem zusteht. Schließlich bewertet **Hirsch** (**Gropp** 1985: 922) auch die zentrale Rolle des Beherrschbarkeitskriteriums in **Jakobs**' Ansatz kritisch und schlägt eine Begrenzung dessen Bedeutung im Strafrecht auf diejenigen Fälle vor, in denen der Täter die

[72] Siehe Fn. 22.

Erfolgsverhinderung anpeilt oder dies bei Erkennen des Erfolgs tun würde. Eine generelle Verwendung dieses Kriteriums zur Differenzierung zwischen externer Störung und Intention lehnt **Hirsch** mit Verweis auf die Beispiele Trunkenheit im Verkehr und Urkundenfälschung ab. Der Feststellung **Hirschs**, der Vorsatz zum Gebrauch manifestiere sich bereits bei der Produktion einer Urkunde, stimmt **Jakobs** in seiner Antwort zu, verweist aber darauf, dass dies mit Blick auf die eigentliche Problematik nicht von Bedeutung sei – und zwar deswegen, weil der Vorsatz eines Täters bei einer Urkundenfälschung in seinen eigenen vier Wänden gar nicht bekannt sein dürfte (**Gropp** 1985: 928f.).

In diesem Zusammenhang würdigt **Eberhard Schmidhäuser** (**Gropp** 1985: 924) **Jakobs** Anstrengungen zur Differenzierung von Versuchs- und Vollendungsdelikten und hebt dabei die besondere Bedeutung hervor, die er selbst einer klaren Definition der Erstgenannten zumisst. Kritisch sieht er allerdings, dass in **Jakobs**' Ausführungen nicht zureichend deutlich werde, in welchen Fällen der Referent über zu schaffendes oder bereits geltendes Recht spreche. **Jakobs** (**Gropp** 1985: 929) verbindet schließlich sein Eingeständnis dieser Problematik mit der an das Verfassungsrecht gerichteten Hoffnung, dieses werde zukünftig die Sanktionierung privaten Tuns komplett verhindern.

Gerade in der Definition dieses privaten Tuns sieht **Klaus Tiedemann** (**Gropp** 1985: 924f.) **Jakobs** allerdings auf einem falschen Weg. So sei nicht nur die prinzipielle Abgrenzbarkeit dieses Kriteriums zu hinterfragen, vielmehr habe **Jakobs** selbst durch die von ihm verwendeten Beispiele die definitorische Variationsbreite der Privatheit zu weit aufgefächert und sich damit zu weit von Art. 4 GG entfernt. Bezüglich dieses Vorwurfs verweist **Jakobs** (**Gropp** 1985: 929) auf die für ihn eindeutige Differenzierung zwischen privat und extern im Sinne des Beherrschbarkeitskriteriums und definiert „intern" als das, was nicht mehr beherrschbar sei.

Michael Köhler (**Gropp** 1985: 926) kritisiert mit Blick auf **Jakobs**' Differenzierung in interne und externe Verhaltensweisen insbesondere deren naturalistische und damit unzureichende Begründung. Meinungen und die Äußerung von Gesinnungen dürften, entgegen dem **Hobbes'schen** Ansatz, eben nicht unter der Kontrolle des Rechts stehen, sondern sollten, wenn sie die Freiheit anderer gewährleisten, in einem noch größeren Maße rechtlich freigegeben werden. Entsprechend sieht **Köhler** das Ansinnen **Jakobs**', die „kognitive Erwartungssicherheit" gegen Äußerungen durch das Strafrecht zu bewahren, als nicht schlüssig. In eine ähnliche Richtung zielt auch ein Kommentar **Köhlers** zu dem von **Jakobs** aufgeworfenen Thema Notstrafrecht, welches bei naturalistischer Auslegung im Sinne

von **Hobbes** in Gefahr gerate, seine Rechtsqualität einzubüßen. **Jakobs** (**Gropp** 1985: 930) hält dem entgegen, dass der Rechtscharakter des Notstrafrechts von der Radikalität dessen Anwendung abhänge. Eine kompromisslose Umsetzung mache das Not- zu einem Feindstrafrecht, wodurch der Rechtscharakter verloren gehe.

Schröder (**Gropp** 1985: 927) zeigte sich durchaus beeindruckt von **Jakobs**' Ausführungen und hierbei insbesondere von dessen Ansatz zur Systematisierung abstrakter Gefährdungsdelikte. Nichtsdestotrotz verweist **Schröder** auch auf eine Reihe von Widersprüchen in **Jakobs** Vortrag. Insbesondere mit Blick auf den Klimaschutz nimmt **Schröder** einerseits eine sehr kritische Einstellung **Jakobs**' in Bezug auf die Klimaschutzdelikten[73] wahr. Gleichzeitig rechtfertige **Jakobs** die entsprechenden Paragraphen durch die Einführung des Begriffs der „kognitiven Erwartungssicherheit". Zusätzlich werde dieses Konzept laut **Schröder** den tatsächlichen Gegebenheiten nicht gerecht. Auch die „kognitive Erwartungssicherheit" könne nicht den vom Gesetzgeber in Kauf genommenen Verlust des generalpräventiven Charakters der entsprechenden Straftatbestände kompensieren – dies sei letztlich nur durch die Einführung von Sicherungsmaßnahmen möglich, die ein Vorgehen gegen gefährliche Täter erlauben, ohne dass diese eine Straftat verübt haben.

Wolfgang Naucke (**Gropp** 1985: 925f.) unterstützt **Jakobs**' Anliegen einer Limitierung des Strafrechts und betrachtet dieses Ziel als durchaus kompatibel mit der Vorstellung eines präventiven Strafzwecks. Mit Blick auf die Einschränkung des Strafrechts sollten allerdings auch jene Überschreitungen betrachtet werden, die Folgen der Äquivalenzlehre[74] sind und auf der viele der negativen Beispiele von **Jakobs** basieren. Diese Anregung fand bei **Jakobs** grundlegende Zustimmung (**Gropp** 1985: 930). Gleichwohl verwundert zeigte sich wiederum **Naucke** darüber, dass **Jakobs** einerseits ein begrenztes Präventionsstrafrecht propagiere, andererseits aber eben diese Prävention für die Ausdehnung des Strafrechts verantwortlich mache (**Gropp** 1985: 925f.). Diesbezüglich stimmt **Jakobs Naucke** im Anschluss insofern zu, als eine „Prävention um jeden Preis" durch eine Konzentration auf das Tatprinzip

[73] Siehe folgende Paragraphen: §§ 80a StGB Aufstacheln zum Angriffskrieg (Friedensverrat), 111 StGB öffentliche Aufforderung zu Straftaten (Widerstand gegen die Staatsgewalt), 126 StGB Störung des öffentlichen Friedens durch Androhung von Straftaten (Straftaten gegen die öffentliche Ordnung), 129a StGB Bildung terroristischer Vereinigungen (Straftaten gegen die öffentliche Ordnung), 130 StGB Volksverhetzung, 131 StGB Gewaltdarstellung, 241 StGB Bedrohung (Straftaten gegen die persönliche Freiheit).

[74] Nach **Roxin** (2006: 351 Rn. 6) arbeitet die Äquivalenztheorie „mit der Formel, dass als Ursache jede Bedingung eines Erfolges anzusehen sei, die nicht hinweggedacht werden kann, ohne dass der konkrete Erfolg entfiele. Als Ursache gilt also jede conditio sine qua non, d.h. jede Bedingung, ohne welche der Erfolg nicht eingetreten wäre".

eingeschränkt werde (**Gropp** 1985: 930). Unabhängig von dem aufgezeigten Widerspruch teilt **Naucke** allerdings **Jakobs**' Ansinnen einer Limitierung des Präventionsstrafrechts mit Hilfe des Tatstrafrechts. Für dessen Legitimierung habe sich **Jakobs** gegen eine traditionelle naturrechtliche Freiheitslehre und zu Gunsten eines rechtstheoretischen Ansatzes entschlossen, welcher nach **Naucke** in ein rechtsphilosophisches Konzept weiterentwickelt werden sollte. Durchaus provokant bezieht **Naucke** abschließend auch zum Begriff des „Feindstrafrechts" Stellung. Da Verbrechensbekämpfung automatisch immer auch einen Kampf gegen Feinde impliziere, sei der erstgenannte Begriff im Strafrecht **Jakobs**' u.U. obsolet – was wiederum das Einläuten eines neuen Zeitalters bedeuten dürfte (**Gropp** 1985: 925f.).

3.1.2 Erneute Diskussion auf der Tagung von 1999

Die Erweiterungen zum Feindstrafrecht 1999 erfolgten im Kontext der Neupositionierung der Strafrechtswissenschaft angesichts der aktuellen Herausforderungen.

Jakobs entwickelte das Konzept des Feindstrafrechts innerhalb seiner Schriften weiter[75]. Insbesondere widmete er sich einer Definition von „Person im Recht" und den Gründen für die Schutzwürdigkeit der Person durch den Staat. Allerdings kam er erst 1999 wieder auf dieses Thema zu sprechen, doch diesmal „schlug seine These ein wie eine Bombe mit Zeitzündung", wie es **Bernd Schünemann** (2001: 210) formulierte. Seit diesem Vortrag in Berlin äußern sich immer wieder Kritiker zu den Schriften von **Jakobs**, die er seit 1985 verfasst hat, um sich mit seiner Beschreibung bzw. seinen als „Beschreibung getarnten Vorschlägen" eines Feindstrafrechts auseinanderzusetzen. Im Folgenden werden zunächst die Reaktionen der Anwesenden im Rahmen der Berliner Tagung zusammengefasst[76].

Otto Trifterer (**Ambos** 2000: 104), der sich unter den Anwesenden befand, habe **Jakobs** gegenüber angemerkt, dass die Schaffung von Normen davon abhänge, ob die Gemeinschaft die Verletzung ihrer Rechtsgüter zur Kenntnis nehme und diese als strafwürdig erachte. Anders gesagt, es müsse beachtet werden, welche Rechtsgüter für die Gemeinschaft

---

[75] In seiner Schrift „Norm, Person und Gesellschaft" von 1997 untermauert **Jakobs** unter Bezugnahme auf **Hegel** sein Konzept von Person und Individuum. In seinem Allgemeinen Strafrecht von 1991 erklärt er seine Straftheorie. 1998 veröffentlicht er den Aufsatz „Zur gegenwärtigen Straftheorie" zum Zustand des Strafens in der Gegenwart.

[76] Die Kommentare zu den Referatszyklen der erwähnten Tagung von 1999 finden sich im Diskussionsbericht bei **Ambos** (2000: 103ff.), **Gropengießer** (2000: 221ff.), **Tellenbach** (2000: 295ff.), **Cornils** (2000: 427ff.) in: **Eser/Hassemer/Burkhardt** (2000). Siehe dazu auch **Hettinger** (2003). Zu Aussagen über die geringe Resonanz, die **Jakobs**' Vortrag in den mündlichen Debatten hervorgerufen hat, siehe insbesondere **Ambos** (2000: 104ff.) und **Nuzinger/Sauer** (2000: 407f.).

schutzwürdig seien. Bliebe der Wille der Gemeinschaft unberücksichtigt, führe das zur Schaffung aufgezwungener Normen, die nur dem Gesetzgeber opportun erschienen. Auch für die internationale Gemeinschaft gelte diese Regel[77].

Auch der Diskussionsteilnehmer **Manfred Burgstaller** (**Ambos** 2000: 105), Professor an der Universität Wien, forderte ein adäquates Verständnis des Feindstrafrechts ein[78]. Er hielt im Gegensatz zu **Jakobs** die gegenwärtigen realen Erscheinungsformen des Strafrechts für Recht, es müsse nur darüber diskutiert werden.

Als Letzter dieser ersten Sitzung[79] äußerte **Wilfried Hassemer** (**Ambos** 2000: 107) die Meinung, dass das Strafrecht sich weiterentwickeln müsse, weil es viele Herausforderungen gebe. Es müsse dabei allerdings unbedingt auf der Grundlage des Rechtstaates bleiben. **Jakobs**' Vorschlag eines Feindstrafrechts sei hingegen als zu radikal einzustufen. **Hassemer** hält das Strafrecht für erhaltenswert, es sollte weder den Bürgern zur Kontrolle überlassen werden noch sollten die Universalrechtsgüter oder abstrakten Gefährdungsdelikte abgeschafft werden.

Insgesamt aber war es erst die Kritik der Professorin **Ingeborg Puppe**, die auf der Abschlussdiskussion die Polemik unter dem Publikum entstehen ließ. In ihrem Kommentar drückte sie ihre Verwunderung über die dürftige Reaktion auf die Thesen des Feindstrafrechts und dessen eher freundliche Aufnahme im Publikum aus (**Prittwitz** 2004: 109)[80]. Ihrer Meinung nach mache **Jakobs** nicht nur auf die Existenz eines Feindstrafrechts aufmerksam, sondern fordere dieses direkt. Sie sieht eine Gefahr in einer unterschiedlichen Behandlung von Beschuldigten nach dem Kriterium Bürger oder Feind[81].

Schließlich äußerte sich auch Professor **Albin Eser** (2000: 444f.) in ähnlicher Weise wie **Puppe** (**Prittwitz** 2004: 109) besorgt, insbesondere über drei Argumente von **Jakobs**. Der

---

77 **Ambos** (2000: 106) schreibt, dass für **Jakobs** „die Verletzung eines Dings" gleichzeitig eine Normverletzung sei, deshalb gehe es nicht um Rechtsgüterschutz. Ferner halte er das internationale Recht für nicht vergleichbar mit dem nationalen, da es noch keine Übertragung eines Gewaltmonopols auf Organe der internationalen Gemeinschaft gegeben habe.

78 Laut **Prittwitz** (2004: 109) ist für **Burgstaller** das Feindstrafrecht auch Recht.

79 Es geht hier um die erste Vortragsreihe des Programms der Tagung: Die deutsche Strafrechtswissenschaft vor der Jahrtausendwende. Rückbesinnung und Ausblick, die vom 3. bis zum 6. Oktober in der Berlin-Brandenburgischen Akademie der Wissenschaften zu dem Thema „Das Selbstverständnis der Strafrechtswissenschaft gegenüber den Herausforderungen ihrer Zeit" stattfand. Die Moderation des ersten Zyklus am 4. Oktober hatte Professor **Schüler-Springorum** übernommen, Hauptredner war **Wilfried Hassemer**, Richter am Bundesverfassungsgericht in Karlsruhe. Die Kommentare bezogen sich auf die Professoren **Günther Jakobs**, **Lothar Kuhlen** und **Carlo Enrico Paliero**.

80 Vgl. **Cornils** (2000: 430): „Verwundert äußerte sich Puppe über die freundliche Aufnahme, die hier in diesem Kreise das Wort vom »Feindstrafrecht« gefunden habe".

81 Vgl. **Cornils** (2000: 431).

erste Punkt betrifft die Vorstellung, dass nicht die Rechtsgutverletzung Inhalt des Delikts sei[82], sondern die Verletzung der Norm. **Eser** (2000: 444f.) kritisiert hier, dass in der Straftat nur ein Verstoß gegen das Recht gesehen werde und keine Verletzung von Gütern. Sein zweiter Kritikpunkt richtet sich gegen den Zweck der Strafe, der sich laut **Jakobs** auf die Normbestätigung beschränke. Drittens bereitet es **Eser** noch mehr Unbehagen, dass mithilfe dieses normbetonten Ansatzes auch noch zwischen dem Bürger, für den ein rechtsstaatliches Strafrecht gültig ist, und dem Feind dieses Systems unterschieden werden soll[83]. **Eser** gab **Jakobs** zu bedenken, dass eventuelle Konsequenzen dieses Modells nicht vorhersehbar seien, und erinnerte ihn an seine Verantwortung als Wissenschaftler. Die Mehrheit der Teilnehmer zeigte sich nach diesen Beiträgen von **Puppe** und **Eser** angesichts der Thesen von **Jakobs** besorgt (**Prittwitz** 2004: 109).

3.1.3 Die Unterschiede zwischen den Vorträgen von 1985 und 1999

In den folgenden Jahren nahmen verschiedene Autoren an der Diskussion teil, die über die Unterschiedlichkeit der Vorträge von 1985 und 1999 entstanden war.

Lorenz Schulz (2000: 659) stellte zum Beispiel einen Positionswechsel bezüglich des Feindstrafrechts von einem „so nicht zu einem so vielleicht schon oder so notgedrungen schon“ fest. Diese Unterschiedlichkeit zwischen den beiden Darstellungen ist ein von den Tagungsteilnehmern oft wiederholter Gesichtspunkt. **Schulz** (2000: 662) kritisierte weiterhin, dass das Personenkonzept im Feindstrafrecht, nämlich Person als Rolle, nicht mit dem juristischen Begriff von Person übereinstimme. Er hält das Feindstrafrecht außerdem für eine extrem radikale Form von Prävention.

Schünemann (2001: 210f.) stellte mit Blick auf die beiden Vorträge von **Jakobs** erstaunt fest, dass erst die Ausführungen aus dem Jahre 1999 auf intensive Resonanz gestoßen seien. Die massive Kritik an **Jakobs**’ Konzept sei erst durch dessen Feststellung auf der Berliner Tagung, in einem sich in der Auflösung befindlichen klassischen Rechtstaat gebe es keine Alternative zu einem Feindstrafrecht, sowie die „historisch belastete“ Gleichsetzung von Feinden mit Unpersonen, ausgelöst worden. 1985 hingegen sei **Jakobs** Feindstrafrecht noch

---

[82] Die Legitimation des Strafrechts gilt nur für den Rechtsgüterschutz, nur darüber herrscht in der deutschen Strafrechtswissenschaft Einigkeit, kontrovers diskutiert wird zum Beispiel auch der Begriff Rechtsgut und seine Funktion der Legitimierung des Strafrechts ebenso wie die Reichweite des Schutzes. Vgl. **Nestler** (2000: 63).

[83] **Jakobs** (2000: 445 Fn. 3) kommentiert zu **Eser**, dem **Jakobs**’ Beitrag „buchstäblich Angst mache“, dass er darüber verwundert sei, „bislang noch nicht gehört zu haben, dass Angst eine juristische Kategorie sei“.

allerseits gutgeheißen worden, und dies obwohl für **Schünemann** bereits die ursprüngliche Entwicklung der **Jakob'schen** Kategorien analytische Fehler aufweise. So zeichnen sich „sprachliche Einfälle" **Jakobs**', wie zum Beispiel das Feindstrafrecht oder aber auch das dem Feindstrafrecht ergänzend zur Seite gestellte Bürgerstrafrecht, laut **Schünemann** (2001: 210f.) durch eine zirkuläre Begründung aus, weswegen er dessen Konzept insgesamt höchst kritisch als „folgenlose Dogmatik" bezeichnet.

Auch für **Cornelius Prittwitz** (2004: 108f.) klingen die 1999 aufgestellten Thesen zum Feindstrafrecht deutlich anders als die von 1985. Damals habe **Jakobs** das deutsche Strafrecht als illegitimes Feindstrafrecht mit antiliberalen und kriegerischen Tendenzen charakterisiert. Im Jahre 1999 halte er dagegen den Teil des deutschen Strafrechts, den er Feindstrafrecht nennt, für richtig und gerechtfertigt. Der **Jakobs** von 1985 habe keine detaillierte Analyse des Begriffs „Feind" unternommen, sondern lediglich festgestellt, dass der Gesetzgeber selbst im Verlauf der vergangenen zwanzig Jahre das Feindstrafrecht etabliert habe. 1999 unterließ er diese Information und sprach von der Existenz von Feinden, da dies dem Inhalt der aktuellen Strafgesetze entspreche (**Prittwitz** 2004: 116). Nach **Prittwitz**' (2004: 112f.) Meinung war es weniger **Jakobs**' offensive Sprache, die 1999 nach der Darstellung seines Konzepts Reaktionen auslöste, als vielmehr die Rechtfertigung der gleichen antiliberalen und kriegerischen Tendenzen, die er 1985 selbst angeprangert hatte[84]. Dieser Eindruck verstärkte sich noch durch weitere Veröffentlichungen von **Jakobs**, in denen er bestätigt, dass seine Aussagen von 1999 seiner vollen Absicht entsprochen hätten und es sich weder um ein Missverständnis noch um eine Provokation gehandelt habe[85].

Laut **Luís Greco** (2006: 97) seien es nicht **Jakobs**' Stellungnahmen von 1985 gewesen, die zu einem Streit geführt hätten[86]. Vielmehr habe sich gemäß dem Diskussionsbericht von 1985 nur **Callies** kritisch geäußert (2006: 100 Fn. 44). Außerdem sei **Jakobs** mit seiner denunziatorisch-kritischen Auslegung des Feindstrafrechts und der entsprechenden Verwendung des Feindstrafrechtsbegriffs in seinem Vortrag von 1985 durchaus zu interessanten Schlussfolgerungen gelangt (2006: 110). So forderte er, die ausgedehnte Strafbarkeit des Versuchs einer Straftat einzuschränken und die alte Theorie des Mangels an

---

[84] Zur veränderten Position dem Feindstrafrecht gegenüber meint **Bernd Müssig** (2006: 385), dass das von **Jakobs** 1985 kritisierte Eindringen in die Privatsphäre des Subjekts sich jetzt auf die Bürgerpflicht stütze, sein persönliche Sicherheit gewährleistendes Verhalten unter Beweis zu stellen. Das Feindstrafrecht wird jetzt gegen diejenigen angewandt, die sich vom Personensstatus ausgeschlossen haben.

[85] Laut **Prittwitz** (2004: 113) erklärte **Jakobs** im Dezember 2002 in Frankfurt, dass er in Berlin genau das gesagt habe, was er hatte sagen wollen.

[86] Vgl. **Saliger** (2009: 203).

Tatbestand wieder einzusetzen. Nach dieser Theorie findet beim untauglichen Versuch[87] nicht einmal ein Ansetzen zur Durchführung der Tat statt und er müsse deshalb straffrei bleiben. Das Thema des untauglichen Versuchs ist in Deutschland ausdiskutiert worden, **Greco** (2006: 110) stellt allerdings fest:

> „Es ist in der Tat zuzugeben, dass es ein rechtsgüterschützendes Strafrecht besonders schwer hat mit der Rechtfertigung dessen, dass die an sich ungefährliche, aber von verbrecherischem Willen getragene Handlung zur Unrechtsbegründung ausreichen soll."

Wolfgang Kaleck (2006: 285f.) gesteht **Jakobs** das Verdienst zu, 1985 die antiliberalen Tendenzen im Strafrecht aufgedeckt zu haben, das heißt die Tendenzen zur Vorverlagerung des Strafrechtsschutzes und zum Täterstrafrecht, die im Prinzip im politischen Strafrecht entwickelt worden waren. **Kaleck** sieht **Jakobs**' Vortrag von 1985 in einer Linie mit der Kritik am Zustand der Justizverwaltung in der Bundesrepublik der 70er und 80er Jahre. Ihm zufolge könnten **Jakobs**' Argumente als liberale Kritik am Missbrauch des Strafrechts zur Verfolgung von Kommunisten oder beim Kampf gegen den Terrorismus angesehen werden[88]. Allerdings hat **Jakobs** weder 1985 noch in aktuelleren Schriften die Voraussetzungen oder Grenzen des Not- oder Ausnahmezustands dargelegt. **Kaleck** (2006: 292) stellt fest, dass es in diesen Texten nicht den geringsten Hinweis auf rechtliche und politische Verfahren zur Bestimmung des Notstandes und der Ausnahme gebe. So bleibt die Frage unbeantwortet, wer, wann und auf welche Weise das Feindstrafrecht bzw. das Bürgerstrafrecht anwenden würde und welche Folgen dies hätte.

---

[87] Der untaugliche Versuch ist mit der unvollendeten oder fehlgeschlagenen Tat synonym. Ein Beispiel dafür ist, jemanden mit einer ungenügenden Menge Gift töten zu wollen. Die Tat ist nicht vollendet, wenn der objektive Unrechtstatbestand nicht oder nicht vollständig erfüllt ist und der tatbestandliche Erfolg nicht eingetreten ist. Strafgrund ist die innere Einstellung, sein Verhalten muss „ex ante", d.h. an einem der Tat vorhergehenden Zeitpunkt, gefährlich sein (das Gift hat eine tödliche Wirkung), auch wenn es sich „ex post" nicht so darstellt (sein Verhalten konnte den Tod nicht herbeiführen). Die Strafbarkeit entspricht dem Prinzip der Generalprävention, denn diese soll vorbeugend wirken. § 23,3 StGB besagt im Umkehrschluss, dass der Täter wegen des rechtsfeindlichen Willens bestraft werden muss, auch wenn die Tat von vornherein nicht gelingen kann. Eine Strafmilderung kann nach § 23,2 StGB gewährt werden. Vgl. **Jescheck/Weigend** (1996: 530).

[88] **Kaleck** (2006: 286f.) sieht einen Zusammenhang zwischen **Jakobs**' Ansatz und den Studien zur politischen Justiz von **Otto Kirchheimer** (1981: 11), einem der wichtigsten deutschen Staats- und Verfassungstheoretiker, ebenso wie zu dem antikommunistischen Konzept des Rechtswissenschaftlers **Alexander von Brünneck** (1978) im Nachkriegsdeutschland, und er stellt eine Verbindung von **Jakobs**' Kritik an der Vorverlegung der Strafbarkeit mit der Kritik des Autors **Sebastian Cobler** (1976: 88) her, der laut **Kaleck** (2006: 288f.) nur zehn Jahre vor **Jakobs** das Gegensatzpaar Feind-Bürger-Strafrecht beschrieben hatte.

Da **Jakobs** das Feindstrafrecht gegenwärtig nicht mehr als ein Notstandsrecht[89] für Ausnahmesituationen betrachtet, kann dies nur bedeuten, dass es die Regel sein soll. Damit besteht ein Widerspruch zu seinem Standpunkt von 1985 (**Prittwitz** 2004: 113). Für **Ulfried Neumann** (2006: 303) ist **Jakobs**' Positionsveränderung zwischen 1985 und 1999 an dessen Begründung für die Legitimität des Notstands ersichtlich. Denn das Notstandsstrafrecht wird durch die Interessen der Mehrheit legitimiert. 1999 forderte **Jakobs** dagegen, ein permanentes Ausnahmegesetz einzurichten, das damit zu einem gegen Unpersonen gerichteten Regelstrafrecht würde. Allerdings sei „der Gedanke einer Statusminderung dessen, der zur Duldung des Notstandseingriffs verpflichtet wird, (...) dem Notstandrecht fremd" (**Neumann** 2006: 303). **Jakobs** rechtfertigt diesen Dauernotstand mit dem Vorrang der Interessen der Mehrheit, die sich vor Gefahren geschützt sehen will. Eine gleichzeitige Statusminderung eines Teils der Bürger mit dem Notstand zu verknüpfen, sei für **Neumann** (2006: 303f.) nicht legitimierbar. **Jakobs**' Rechtfertigung der Legitimation eines Dauernotstands stelle den Hauptunterschied zwischen 1985 und 1999 dar, so **Neumann**.

Die Beispiele, mit denen **Jakobs** seine Thesen belegt, seien, so **Neumann** (2006: 301f.), trotzdem überzeugend und ausbaufähig; damit könnte sein Konzept als tragfähiges analytisches Instrument bewertet werden. **Neumann** stimmt mit **Jakobs** überein, sowohl 1985 als auch 2004 die Entwicklung dieser autoritären Tendenzen im Strafrecht im Zusammenhang mit der Notwendigkeit von Prävention zu sehen. Im Gegensatz zu einem Bürgerstrafrecht diene das Feindstrafrecht der Verteidigung gegenüber zukünftigen Risiken. Seiner Meinung nach „wird man **Jakobs** auch darin zustimmen müssen, dass sich in einer realen Rechtsordnung typischerweise Elemente des Feindstrafrechts mit solchen des Bürgerstrafrechts verbinden" (**Neumann** 2006: 301), beide existieren nicht in Reinform[90].

Nach **Schulz** (2006: 316f.) hat **Jakobs** 1999 mit gewisser Berechtigung bestritten, dass sein Konzept neue Elemente enthalte, entgegen dem vorherrschenden Eindruck der Tagungsteilnehmer. Schon in seinem Vortrag von 1985 hatte **Jakobs** die Möglichkeit eines legitimen Feindstrafrechts gesehen. Als er die Kriminalisierung im Vorfeld mit dem Wort Feindstrafrecht belegte, „wurde der Kriminalisierung unter dem Vorzeichen der Pflichtwidrigkeit – § 30.2 StGB – ein weites Feld eröffnet, sofern jede Störung des

[89] Notstandsrecht bedeutet in der Bundesrepublik Deutschland „die Bezeichnung aller Rechtsvorschriften, die zur Bewältigung eines Notstands erlassen worden sind. Kern der einfachen Notstandsgesetze sind die Sicherstellungsgesetze und die Gesetze im Rahmen des Zivilschutzes. Notstand, Innerer: (...) ein Zustand drohender Gefahr von innen für den Bestand des Bundes oder die freiheitlich demokratische Grundordnung (...)" (**Buchbender** 2000: 259).

[90] Siehe **Jakobs** (2004: 88).

Normvertrauens ihr Gegenstand werden kann. Die Pointe der damaligen Bloßstellung feindstrafrechtlicher Tendenzen liegt in ihrer Verbindung mit der Rechtsgutslehre“. **Schulz** (2000: 659) ist der Ansicht, dass **Jakobs**’ oratorische Fähigkeiten im Publikum den Eindruck erweckt hätten, er kritisiere die Entwicklung des Strafrechts in Richtung Feindstrafrecht. Denn es bestehe ein Unterschied zwischen seinem damaligen Vortrag und dem Inhalt seines schriftlichen Textes[91].

Andererseits ist **Fritz Sack** (2005: 9) über die momentane Hysterie zum Feindstrafrecht überrascht, da **Jakobs** seine Thesen schließlich schon zwei Jahrzehnte zuvor vorgestellt habe. Allerdings habe er erst anlässlich der erneuten Verwendung auf der Tagung von 1999 die entsprechende Aufmerksamkeit erhalten, die überwiegend ablehnender Natur war. Auch **Miguel Polaino Navarrete** (2007: 538) ist der Meinung, dass beide Vorträge von **Jakobs** in einer wissenschaftlichen Kontinuität stehen:

> „Denn was Jakobs ursprünglich unter den Begriff der »flankierenden Normen« gefasst hat, ist genau dieselbe Idee, die er 15 Jahre später mit dem Begriff der kognitiven Sicherheit bei der Normgeltung ausdrückt. Schon anhand des bereits vorgestellten Normbegriffs ist nämlich zu zeigen, dass die Verwirklichung normativer Erwartungen einer gewissen kognitiven Untermauerung bedarf, wenn sie die Orientierung leiten soll.“

3.1.4 Einschätzung von **Jakobs**’ „Beschreibung“ ab 2003

Schünemann (2006: 221) bewertet die analytische Klarheit von **Jakobs** in dessen 2003 erschienenem Artikel: „Feindstrafrecht und Bürgerstrafrecht“ positiv. Dieser habe darin den Begriff des Feindstrafrechts zu einer philosophischen und juristischen Kategorie entwickelt. Er beschreibe, so **Schünemann**, beide Kategorien – Feindstrafrecht und Bürgerstrafrecht – als „Idealtypen, die in jedem real existierenden Strafrecht nur in einer unterschiedlichen Mischung vorkommen“, und entkräftige damit etwas die Annahme, dass er einen „Krieg gegen das Verbrechen“ befürworte[92]. Trotzdem lehnt **Schünemann** eine eigenständige Kategorie Feindstrafrecht ab und betont die Notwendigkeit eines menschlichen Strafrechts, das den Delinquenten auch als den Nächsten sehen müsse.

Von einer Reihe an Autoren werden die im Zusammenhang mit dem Feindstrafrecht auftretenden Doppeldeutigkeiten kritisiert. So leidet z.B. für **Greco** (2006: 102) die gerade stattfindende Diskussion aus anwendungsbezogener Sicht an Unklarheit. Gleichwohl stellt er

---

[91] Laut **Schulz** (2006: 322) handelt es sich beim Feindstrafrecht um eine Hypothese.

[92] **Schünemann** (2001: 210ff.;2006: 221) kritisiert übereinstimmend, dass **Jakobs** einen „Krieg gegen das Verbrechen“ befürwortet habe. Vom rechtsstaatlichen Standpunkt aus sei das nicht mehr legitimierbar.

fest, dass es **Jakobs** gelinge, deutlich zu machen, was mit dem Begriff Feindstrafrecht gemeint sei. Laut **Greco** (2006: 102) sei das Feindstrafrecht von einem semantischen[93] Gesichtspunkt aus als der Idealtyp eines Strafrechts zu verstehen, welches den Täter nicht als Person respektiere, sondern ihn einfach als Gefahrenquelle ausschalten wolle. Für **Schulz** (2006: 318f.) liegt die Ambivalenz von **Jakobs**' Thesen darin, dass er die Relevanz rechtsgeschichtlicher Zusammenhänge, in denen das Konzept Feindstrafrecht stehe, missachte. Auch **Kindhäuser** (2006: 98) sagt, „die in jeder Hinsicht anstößige Semantik eines Feindstrafrechts sollte daher, schon um der Vermeidung von Missverständnissen willen, keinen Eingang in die strafrechtswissenschaftliche Terminologie finden". **Greco** (2006: 103) unterstellt **Jakobs** diesbezüglich, dass dieser mithilfe von täuschenden Formulierungen aus seiner „Beschreibung" normative Schlüsse ziehe, „was schon aus logischen Gründen (Stichwort: naturalistischer Fehlschluss) nur bei Normativität der Prämissen möglich ist". **Sauer** (2005: 1703) vergleicht **Jakobs**' Vorgehensweise mit Methoden aus der Werbung, um Produkte zu vermarkten. Es werden provozierende Formulierungen benutzt, die Proteste auslösen, um damit den Bekanntheitsgrad der Marke, für die Werbung gemacht wird, zu erhöhen. Dies würde bedeuten, dass **Jakobs** weniger an der Akzeptanz als an der Verbreitung seiner Thesen interessiert ist.

Die Mehrheit der Autoren[94] stimmt darin überein, dass die von **Jakobs** genannten typischen Merkmale des Feindstrafrechts sich in der positiven Rechtsordnung finden lassen. Trotzdem herrscht unter ihnen diesbezüglich eine Meinungsvielfalt vor. Professor **Sebastian Scheerer**[95] (2006: 919f.) stellt fest, dass „in gewissem Sinne Feindstrafrecht ein punitives Polizei- und Ordnungsrecht in strafrechtlicher Verkleidung ist". Es ergibt sich bei der Definition des Feindstrafrechts das Problem, dass es weder in Situationen anwendbar ist (da gilt das Polizei- oder Ordnungsrecht) noch bei Straftaten (da gilt das Bürgerstrafrecht), sondern nur Tätern (aus der Risikogruppe) gegenüber. „Das Feindstrafrecht hingegen ist kein Schönwetter-Recht. Es ist ein Kampfrecht für Notsituationen; es ist das Strafrecht des Ausnahmezustands, wenn aus der Perspektive des Gesetzgebers der Bestand der gesamten Ordnung in Gefahr ist und dessen man sich bedient, um (wieder) die Voraussetzungen für »Ruhe und Ordnung« zu schaffen" [96]. Kurz gesagt: „Feindstrafrecht ist Krisenrecht, und in demselben Maße, in dem

[93] Der Terminus Semantik bezieht sich auf die Bedeutungsebene oder die Interpretation von Sprache. Die Diskussion bezüglich der von **Jakobs** verwendeten Terminologie (Feind versus Person) findet sich im folgenden Abschnitt.

[94] Siehe u.a. **Neumann** (2006: 301), **Hörnle** (2006: 82ff.), **Sack** (2005: 10), **Scheerer** (2006: 924f.).

[95] Siehe **Bönn\Scheerer\Víquez** (2006: 919f.).

[96] In diesem Sinne auch **González Cussac** (2007: 9f.).

Krisen »gewöhnliche« Erscheinungen politischer Herrschaftssysteme darstellen – und in welchem die Eroberung, die Erhaltung und die Ausdehnung von politischer Macht auf der Schaffung oder Ausnutzung von Krisensituationen beruht – ist es das Feindstrafrecht auch" (**Scheerer** 2006: 926). Für **Bernd Müssig** (2006: 371) ist das Feindstrafrecht ein Symbol mit zwei Gesichtern: Es steht zum einen für eine Zeit, die sich von den allgemeinen Bürgerrechten abwendet; zum anderen ist es das Abbild einer Krise des bürgerlichen Strafrechts, das im zwischenstaatlichen Bereich das Strafrecht instrumentalisiert und deformiert. **Prittwitz** (2004: 108) meint, der Schöpfer des Begriffs Feindstrafrecht habe damit die konzeptionellen, intellektuellen und philosophischen Grundlagen für einen Krieg gegen alles Schlechte und Gefährliche gelegt und nicht für ein Strafrecht. **Schulz** (2006: 331f.) geht noch weiter und sieht das Feindstrafrecht gar als reine Fiktion.

Der spanische Autor **Cancio Meliá** (2005: 267f.) nimmt ausführlich zum Feindstrafrecht Stellung: „Die Arbeitsthese ist, dass der Begriff des Feindstrafrechts ein taugliches Instrument abgibt, um einen bestimmten, wichtigen Bereich der gegenwärtigen Entwicklung der Strafrechtsordnung zu beschreiben." Das Feindstrafrecht ist seiner Meinung nach Folge der Ausdehnung des Strafrechts auf weitere Bereiche der modernen Gesellschaft. Insbesondere steht das Feindstrafrecht in engem Zusammenhang mit neueren Tendenzen der Bestrafung und dem symbolischen Strafrecht (2005: 276f.). **Cancio Meliá** (2005: 268) sagt dazu: „Als positives Recht[97] erweist sich aber das Feindstrafrecht – insbesondere aus der Perspektive der Lehre von der positiven Generalprävention – als nur dem Namen nach zum Wirklichen zugehörig (...)." Es handle sich um einen Widerspruch in sich selbst, denn ein illegitimes Strafrecht trägt nichts zur tatsächlichen Verbrechensvorbeugung bei. Mit diesem letzten Aspekt von **Cancio Meliá** stimmt **Scheerer**[98] (2006: 924) überein, denn in einem bürgerlichen Staat müsse das Strafrecht ein Verteidigungsinstrument gegenüber der Strafmacht des Staates sein. Auch **Neumann** (2006: 304) fragt sich, ob das Feindstrafrecht eine „Contradictio in adiecto" (Widerspruch in sich selbst) darstelle. Die Antwort werde beim Studium der „sachlichen Kriterien" gefunden, d.h. den Besonderheiten des Feindstrafrechts hinsichtlich der Funktion der Strafe, dem normativen Täter-Staat-Verhältnis und den daraus resultierenden Folgen. Laut **Neumann** passe das **Jakob'sche** Modell als philosophisches Konzept nicht in die deutsche Rechtsordnung.

---

[97] Die Rechtsnormen (jeder Art), die in einer bestimmten Gemeinschaft und einem bestimmten Bereich effektiv gelten, bezeichnet man als positives Recht: sie können, sofern sie tatsächlich verbindlich (und meist von einer staatlichen Autorität garantiert) sind, gesetztes oder nicht gesetztes Recht sein. Vgl. **Creifelds** (2007: 931). Vgl. Fn. 29.

[98] Siehe **Bönn/Scheerer/Víquez** (2006: 919f).

Cancio Meliá (2005: 284) kommt letztlich zu der Schlussfolgerung, dass das gegenwärtige Feindstrafrecht im Rahmen der Kriminalpolitik keine einfache Rückkehr zu autoritären Formen bedeute, sondern eine neue Entwicklung auf Grund der Tatsache, dass es sich weder um ein vorübergehendes noch um ein von äußeren Faktoren abhängiges Phänomen handele. Auf der theoretischen Ebene stabilisiert das Feindstrafrecht keine Normen, sondern dämonisiert Tätergruppen; das Feindstrafrecht ist dementsprechend kein Tat-[99], sondern ein Täterstrafrecht[100]. Auf ähnliche Weise erklärt **Tatiana Hörnle** (2006: 84), dass das Feindstrafrecht Gefahren, die von bestimmten Personen ausgehen, effektiv bekämpfen solle, es „setzt ein klares, zweckrationales Anliegen voraus".

Obwohl **Jakobs** seit der Tagung von 1999 fast nur ablehnende Kritiken bekommen hat[101], besteht er auf dem beschreibenden Charakter seines Konzeptes[102]. Die Kritiken sind allerdings nicht einheitlich und auf einen Nenner zu bringen. Da ein klares Konzept und genaue Inhalte in der Diskussion fehlten, sei sie nicht sehr gewinnbringend (**Greco** 2006: 96). Es könne keine Diskussion geben, wenn nicht klar sei worüber. **Jakobs** selbst habe seine Thesen in ambivalenter Form dargestellt und damit keine eindeutige Diskussionsgrundlage für sein Konzept geschaffen (**Greco** 2006: 104).

Im Rahmen der bereits weiter oben angesprochenen Kritik am pragmatischen Nutzen des Feindstrafrechtsbegriffs von **Jakobs** durch **Greco** (2006: 102) elaboriert dieser dreierlei verschiedene (anwendungsbezogene) Zwecke des Begriffs Feindstrafrecht, die wiederum in drei voneinander zu unterscheidenden Begriffen des Feindstrafrechts resultieren:

Erstens könne der Begriff als ein Instrument der Beschreibung, als „deskriptiven Begriff" gesehen werden. **Greco** (2006: 107) stellte die Frage, ob es überhaupt möglich sei, dass das

---

[99] Auch **Prittwitz** (2004: 107) hält das Feindstrafrecht nicht für Recht − selbst **Jakobs** ist sich darüber im Unklaren, ob es sich um ein Recht im engeren Wortsinn handelt. Siehe dazu **Greco** (2006: 99): „Man darf nicht vergessen, dass es doch auch Passagen gibt, die als Kritik verstanden werden können." Siehe auch **Jakobs** (2000: 51).

[100] In Übereinstimmung, dass es sich beim Feindstrafrecht um ein Täterstrafrecht handelt, sind u.a. **Hefendel** (2005: 159) und **Bönn/Scheerer/Víquez** (2006: 919f.). Zum Thema des Täterstrafrechts schreibt **Roxin** (2006: 179 Rn. 2): „Andererseits drängen die seit Liszts Zeiten im deutschen Strafrecht starken spezialpräventiven Strömungen in die Richtung des Täterstrafrechts." „So kommt es, dass das Tatstrafrecht unter der Geltung des StGB zwar nie aus den Angeln gehoben worden ist, dass es sich aber stets mit (nach den Zeitläufen in ihrer Ausprägung und Intensität wechselnden) täterstrafrechtlichen Einflüssen auseinanderzusetzen und sie zu integrieren hatte."

[101] **Kindhäuser** (2006: 98) sagt: „Der Begriff des Feindstrafrechts (ist) zur sachgerechten Erfassung der gegenwärtigen Probleme des formellen und materiellen Strafrechts in Deutschland schlechthin ungeeignet." Siehe u.a. **Eser** (2000: 444f.), **Schünemann** (2001: 211f.), **Prittwitz** (2001: 795f.), **Sauer** (2005: 1703f.), **Hefendehl** (2005: 161), **Ambos** (2006c: 1ff.), **Sinn** (2006: 115), **Streng** (2006: 247f.), **Bung** (2006a: 264f.), **Albrecht, P-A** (2006: 121ff.), **Gössel** (2006: 48f.) und **Demetrio Crespo** (2009: 426).

[102] Vgl. **Greco** (2006: 103). Siehe **Jakobs** (2004: 88ff.).

Feindstrafrecht nur die Beschreibung des geltenden Rechts bzw. bestimmter Vorschriften abgebe. „Denn das Wort Feind ist so wertungsbeladen, dass es außerordentlich schwierig sein dürfte, es lediglich zur Beschreibung zu verwenden." Darüber hinaus könne kein Jurist nur beschreiben, wie **Greco** (2006: 108) meint, auch **Jakobs** sei so verstanden worden, als wolle er schon legitimieren. Ein Jurist, der aus irgendeinem beschreibenden Begriff eine bestimmte Anweisung zum richterlichen Entscheiden oder eine Begründung für die Legitimität des Strafens abzuleiten versuche, sei schon zu einer Wertung gekommen. Schon allgemeine Begriffe wie Verbrechen, Strafe oder „Freund/Feind" führten unvermeidlich auch zu einer Wertung. Selbst die Kriminologie schaffe es nicht, objektiv mit der Kriminalität umzugehen, bei der Strafrechtswissenschaft verschärfe sich das Problem noch (**Greco** 2006: 109).

Die zweite Anwendungsmöglichkeit des Begriffs Feindstrafrecht nennt **Greco** (2006: 102) eine denunziatorisch-kritische. Bei dieser Anwendung des Begriffs liege die Betonung auf der Charakterisierung bestimmter gesetzlicher Regelungen als illiberal, rechtsstaatswidrig und reformbedürftig. **Jakobs** habe in seinem Vortrag von 1985 den von ihm selbst entwickelten Begriff Feindstrafrecht eher in dieser kritischen Bedeutung verwendet, so **Greco** (2006: 110). Verbunden mit **Jakobs**' Kritik sei die die implizite Forderung gewesen, entsprechende rechtsstaatswidrige gesetzliche Vorschriften auf dogmatischer Ebene restriktiv anzuwenden, sie in rechtsphilosophischer Hinsicht als illegitim zu bezeichnen und sie im Rahmen der Kriminalpolitik zu reformieren. **Greco** (2006: 111) hält diese Art der scharfen Selbstkritik der Strafrechtswissenschaft an vielen Stellen für notwendig, er sieht z.B. auch bei der Versuchsdogmatik, im Drogenstrafrecht und bei Absprachen im Strafprozess Bedarf an Kritik. Allerdings sei **Jakobs**' Feindstrafrechtsbegriff zu kritisch, moralisch diffamierend anderen Juristen gegenüber und generell zu weitgehend in seiner Verurteilung. **Jakobs**' Begriff sei entbehrlich, ohne seine Verwendung ließe sich besser Kritik vorbringen (**Greco** 2006: 111).

Cancio Meliá (2007: 30 Fn. 12) vertritt eine andere Meinung bezüglich der Nützlichkeit des Feindstrafrechtsbegriffs. Dieser Begriff sei „bei diagnostischer Verwendung" tatsächlich nicht geeignet, außer vielleicht bezüglich der Terrorismusstraftaten. Er meint: „Es handelt sich hier um ein Weitwinkelobjektiv, das nicht für Nahaufnahmen, wohl aber für Panoramabilder taugt."

Drittens könne, so **Greco** (2006: 104), das Feindstrafrecht unter einem legitimatorisch-affirmativen Gesichtspunkt gesehen werden. Die Vorgehensweise, um Vorschriften legitim erscheinen zu lassen, sei die folgende: Theoretisch werden Voraussetzungen formuliert, unter

denen ein neues Gesetz legitimierbar wäre, und anschließend stelle sich heraus, dass die Voraussetzungen in der Realität vorhanden seien. Mit diesem Verfahren könne zum Beispiel ein Feindstrafrecht für legitim erklärt werden (**Greco** 2006: 102).

Aus folgenden drei Gründen hält **Greco** (2006: 105) das Feindstrafrecht als legitimatorisch-affirmativen Begriff für unbrauchbar. Der erste Grund ist erkenntnistheoretischer Art, der zweite von pragmatischer und der dritte von rhetorischer. Aus erkenntnistheoretischer[103] Sicht ist das legitimatorische Feindstrafrecht abzulehnen, weil dieses Konzept die unüberbrückbaren Schranken der staatlichen Strafmacht annulliere. Dazu erklärt **Greco** (2006: 105), dass das Feindstrafrecht auf empirische Fakten verweise, nämlich auf die Existenz „eines Potentials zur Begehung von Straftaten". Mit Vorliegen dieser empirischen Fakten wird auch das Eingreifen des Staats in Form von Strafen gerechtfertigt. Aber hier kommt es zu einem erkenntnistheoretischen Problem, so **Greco** (2006: 105), denn „aus Empirischem folgt nichts notwendig, sondern nur kontingent (zufällig), denn was empirisch ist, kann immer auch anders werden." Stützt man sich nur auf Empirisches, kann damit nicht die absolute Schranke der staatlichen Strafgewalt relativiert werden. Denn diese Schranken sollen unüberschreitbar sein und müssen auf apriorischen Überlegungen beruhen und nicht auf Empirie, die zufällig sein kann (2006: 105).

Als zweiten pragmatischen Grund führt **Greco** (2006: 106) auf, dass **Jakobs**' Begriff nichts Neues zum Phänomen der Gefahrenvorbeugung, der Sicherungsverwahrung oder der negativen Generalprävention beitrage und es schon klarere und weniger emotionale Begriffe und Formulierungen gebe, die nicht mit den Kategorien Krieg und Feind operierten.

Der dritte Ablehnungsgrund ist rhetorischer Art (**Greco** 2006: 106f.). Die im Feindstrafrecht enthaltenen autoritären Tendenzen seien mit dem Menschenbild, von dem die deutsche Rechtsordnung ausgehe, nicht vereinbar. Im Feindstrafrecht werde die Gefährlichkeit eines

[103] **Grecos** (2006: 105) Erkenntnistheorie stützt sich auf **Kant** (ohne die Vergeltungstheorie − Schlechtes mit Schlechtem vergelten − einzubeziehen). **Kants** (1838: 183) „Postulate des empirischen Denkens" bestimmen das Verhältnis zu einer objektiven Erscheinung im empirischen Denken. Das Objekt ist als Begriff schon vollständig, es ist nur noch zu fragen, ob das Objekt möglich, wirklich oder notwendig sei, d.h.: Wie verhält sich das Objekt in Bezug auf seine empirische Verwendung, auf die Erfahrung und die Vernunft? Die drei Postulate lauten: „1. Was mit den formalen Bedingungen der Erfahrung (der Anschauung und den Begriffen nach) übereinkommt, ist möglich. 2. Was mit den materialen Bedingungen der Erfahrung (der Empfindung) zusammenhängt, ist wirklich. 3. Dessen Zusammenhang mit dem Wirklichen nach allgemeinen Bedingungen der Erfahrung bestimmt ist, ist (existiert) nothwendig" (1838: 183). Ein Inhalt, um wirklich zu werden, muss zumindest eine Verknüpfung mit dem System der empirischen Kausalität aufweisen. Die Wahrnehmung kausaler Gesetze machen den Grundcharakter empirischer Wirklichkeit aus. Notwendigkeit bezeichnet die Erkenntnis, die durch die Physik begründet ist. Eine bestimmte Tatsache ist notwendig, die nicht nur beobachtbar, sondern Folge eines allgemeinen Gesetzes und nachweisbar ist.

Subjekts prognostiziert, dies führe zur Selektion und möglicherweise entstehe so erst die Kriminalität, die mit dem Feindstrafrecht bekämpft werden sollte.

Greco (2006: 107) gelangt zu dem Schluss, dass das Feindstrafrecht als legitimatorisch-affirmatives Konzept unbrauchbar sei, auch **Roxin** (2006: 56 Rn. 129) folgt ihm bei dieser Schlussfolgerung[104]. Ähnlich argumentiert **Saliger** (2009: 219): „**Jakobs**' Feindstrafrecht zeigt eine Entwicklung von einem ursprünglich eher kritischen zu einem später auch affirmativen Strafrechtskonzept. Es bestehen erhebliche Zweifel an der verbreiten Annahme einer analytisch-kritischen Potenz des Feindstrafrechts. Das Feindstrafrecht von **Jakobs** trägt in zentralen Theorieelementen freiheitsfeindlich-totalisierende Züge. Auf den Begriff »Feindstrafrecht« sollte verzichtet werden". **Ambos** (2006c: 1f. Fn. 5) bestätigt **Grecos**[105] Ausführungen vom Jahr 2006, **Jakobs** sei von einer beschreibenden bzw. kritischen Phase zu einer bestätigenden und legitimierenden übergegangen, und damit von der Beschreibung zu einem kriminalpolitischen Programm. Nach **Cancio Meliás** (2005: 277 Fn. 34) Einschätzung stellte sich von Anfang an die Frage, ob es sich bei **Jakobs**' Feindstrafrechtsbegriff um eine kritische Beschreibung oder um ein zu legitimierendes Konzept handle: „Die Weiterentwicklung der Thesen **Jakobs**' in jüngster Zeit (...) lässt nun keinen Zweifel darüber mehr zu, dass er über die Beschreibung hinaus ein Feindstrafrecht unter bestimmten Umständen für legitimierbar hält" (**Cancio Meliá** 2005: 278 Fn. 34)[106]. Die gleiche Position vertreten **Kaleck** (2006: 283f.), **Neumann** (2006: 304)[107] und **Schünemann** (2001: 212).

Auch laut **Hörnle** (2006: 89) handelt es sich bei **Jakobs**' Thesen nicht um Beschreibungen, sondern um normative Aussagen. In seiner letzten Stellungnahme hält **Jakobs** das Feindstrafrecht nicht nur für möglich, so **Hörnles** (2006: 89) Meinung, sondern in einigen Bereichen sogar für ausgesprochen positiv bzw. befürwortend. **Jakobs** (2004: 92) formulierte folgendermaßen: „(...) wer dem Bürgerstrafrecht seine rechtsstaatlichen Eigenschaften (...) nicht nehmen will, sollte das, was man gegen Terroristen tun muß, wenn man nicht untergehen will, anders nennen, eben Feindstrafrecht, gebändigten Krieg". Bei einem Verbleib auf der beschreibenden (rechtssoziologischen) Ebene, stelle das Feindstrafrecht

[104] In Bezug auf die gegenteilige Meinung von **Roxin** und **Greco** zum legitimatorisch-affirmativen Gebrauch äußert sich **Jakobs** (2006: 297): „Die Legitimation wird jedoch nicht von demjenigen geleistet, der das Notwendige beschreibt."

[105] Vgl. **Greco** (2006: 104ff.).

[106] **Cancio Meliá** (2005: 278 Fn. 34) zitiert **Jakobs**' Schrift „Staatliche Strafe", in der dieser die Entwicklung seiner Theorie bis zum gegenwärtigen Stand erläutert.

[107] **Jakobs**' Konzept hat sich, laut **Neumann** (2006: 300), von der Kritik zur Bestätigung verlagert, „*wenn* überhaupt man das Konzept des Feindstrafrechts nicht nur als rechtssoziologisches Modell, sondern auch als rechtsphilosophischen und rechtsdogmatischen Entwurf mit *normativen* Konsequenzen zu verstehen hat".

einen Idealtypus dar. Dies gilt auch für das Bürgerstrafrecht; auf beide lässt sich die Soziologie von **Max Weber** bzw. sein Modell der Idealtypen anwenden (**Hörnle** 2006: 81). Laut diesem stellt der Idealtypus „eine Ausprägung von Phänomenen in einer reinen, in der Realität nicht vorkommenden Form" dar (**Hörnle** 2006: 81). **Hörnle** (2006: 81) meinte dazu an gleicher Stelle: „Ist das Anliegen also, übergreifende Elemente und Gemeinsamkeiten von kriminalpolitischen Veränderungen der letzten Jahre zu beschreiben, kann man auf **Jakobs**' Terminologie zurückgreifen." Da **Jakobs** selbst auf den Ansatz des Idealtypus Bezug nimmt, erweise sich damit laut **Schulz** (2006: 322) der hypothetische Charakter seines Konzepts. Denn es gebe keine reine Beschreibung, weil in jeder Beschreibung schon ein Werturteil enthalten sei, wie auch an den „theoretischen Termini" zu ersehen sei. „Theoretische Termini" liegen jeder empirischen Bestandsaufnahme zugrunde. „Bei **Weber** ist der Idealtyp am Ende nicht mehr als eine heuristisch orientierte Konstruktion", die auf die Analyse der sozialen Realität gerichtet ist, deutet **Schulz** (2006: 322 Fn. 19) an. Wie **Weber** (1968: 191) selbst schreibt, ist der Idealtypus eine „Utopie, und für die historische Arbeit erwächst die Aufgabe, in jedem einzelnen Fall festzustellen, wie nahe oder wie fern die Wirklichkeit jenem Idealbilde steht". Aber nach **Schulz** (2006: 322) hatte **Weber** nie eine radikal konstruktivistische[108] Position. Fiktiv wird ein Idealbild oder eine Hypothese, wenn sie weder zu beweisen noch zu widerlegen ist, bzw. „wenn die mit ihm – *dem (Ideal)Typus* – verknüpfte Hypothese gegen die empirische Bestätigung oder Widerlegung immunisiert wird" (**Schulz** 2006: 322).

3.2 Feindstrafrecht im Zugriff auf die Kriminalpolitik

Welches Verhalten gilt als strafbar? Welchen Zweck hat die Strafe? Auf welche Art soll das Strafrecht die Gesellschaft schützen? Mit welchen Mitteln kann dieser Schutz erreicht werden? Auf diese prinzipiellen Fragen antwortet der Staat mit Hilfe der Kriminalpolitik. Laut **Hans-Heinrich Jescheck** & **Thomas Weigend** (1996: 22) befasst sich die Kriminalpolitik mit den Ursachen des Verbrechens. Sie definiert die Tatbestände, untersucht die Wirkung von Strafe, steckt die Grenze zwischen Gesetzgeber und Freiheitsrechten der Bürger ab, kontrolliert die Umsetzung der Zielvorgaben der Legislative sowie deren Vereinbarkeit mit der Gerechtigkeit. Als Maßstäbe dienen vor allem „der Schuldgrundsatz,

[108] Radikaler Konstruktivismus sagt aus, dass eine Wahrnehmung niemals ein Abbild der Realität liefert. Über das Konzept der „Autopoiesis" strahlte der Radikale Konstruktivismus auch in geistes- und sozialwissenschaftliche Bereiche aus, z.B. in den 1980er Jahren in die soziologische Systemtheorie von **Niklas Luhmann**. Deswegen sei **Jakobs Schulz** (2006: 322) zufolge vom Radikalen Konstruktivismus beeinflusst.

der Grundsatz der Rechtstaatlichkeit und der Grundsatz der Humanität“ (1996: 23). Die Kriminalpolitik hat das Ziel, dem gesamten Strafrechtssystem eine Orientierung zu geben[109].

Hassemer (1990: 328) ist der Ansicht, dass die gesellschaftliche Wahrnehmung von Gewalt, Risiko und Bedrohung aufgrund der Verbreitung durch die Medien heute ein zentrales Phänomen sei. Vorhandene oder auch nur geglaubte Gewaltbedrohung befördere eine „restaurative“, d.h. repressive Kriminalpolitik. Dieser Prozess verändere insgesamt die Einstellung zur Gewalt in der Gesellschaft, so **Hassemer** (1990: 329), es gehe nur noch um die „Bekämpfung“, das „Ausmerzen“ mithilfe der Aufrüstung polizeilicher Interventionsinstrumente. Sozialtherapeutische Prävention verliere mehr und mehr an Bedeutung. Ein Strafrecht, das Freiheit verbürgt, das als „Magna Charta des Verbrechens“[110] gilt, entspreche nicht mehr dem Sicherheitsbedürfnis der sich bedroht fühlenden Gesellschaft. Diese benötige eher eine „Magna Charta des Bürgers“, wie **Hassemer** (1990: 329) anmerkt, die der Repression von Gewalt diene. „Der Verbrecher wird tendenziell zum Feind, das Strafrecht ein »Feindstrafrecht«“ (**Hassemer** 1990: 329).

3.2.1 Verhältnis zwischen Kriminalpolitik und Strafrecht

Wie **Roxin** (2006: 228 Rn. 75) schreibt, ist die Spannung zwischen präventiver Verbrechensbekämpfung und liberaler Freiheitswahrung heute ein Problem von nicht geringerer Bedeutung als zu **v. Liszts** Zeiten. Überholt sei jedoch die Annahme, „dass sich in dieser Spannung ein Gegensatz von Kriminalpolitik und Strafrecht ausdrücke.“ „Herkömmlicherweise werden diese Disziplinen eher in ein antagonistisches Verhältnis zueinander gebracht“ (**Roxin** 2006: 227 Rn. 75). Diese Spaltung geht im Wesentlichen auf

[109] Laut Definition von **Schwind** (2004: 13 Rn. 33) umfasst „Kriminalpolitik ressortübergreifende Verbrechensbekämpfung, wobei sich die entsprechenden Aktivitäten nicht nur auf repressive Bereiche beziehen, sondern auch auf den Einsatz (auch außerstrafrechtlicher) präventiver Maßnahmen.“ **Kerner** (1991: 201f.) spricht von „ressortübergreifender Kriminalpolitik“, **Hassemer** (1973: 193) von einer „Rechtsgüterpolitik“, die gesellschaftlich weiterreichende Ziele verfolge. Kriminalpolitik beschränkt sich somit nicht auf die Frage der Wirksamkeit des Strafrechts, sondern umfasst die Gesamtheit aller staatlichen Maßnahmen zur Verbrechensverhütung und Verbrechenbekämpfung (**Schwind** 1980: 5). Eher wissenschaftlich angewendet bedeutet Kriminalpoltik die systematisch geordnete Darstellung der gesellschfatlichen Strategien, Taktiken und Sanktionsmittel, die auf eine optimale Verbrechensbekämpfung ausgerichtet sind (**Kaiser** 1993: 280). Weitere Äußerungen zum Thema finden sich bei **Zipf** (1980: 4f). Vgl. **Lange** (2006: 160f.).

[110] Für **v. Liszt** (1921: 22) ist das Strafrecht die „Magna Charta“ des Straftäters. Es schützt weder die Rechtsordnung noch die Gemeinschaft, sondern das Subjekt, das gegen sie verstoßen hat. Es verfügt für den Delinquenten das Recht, bestraft zu werden, jedoch nur, wenn die gesetzlichen Erfordernisse erfüllt sind und innerhalb des rechtlichen Rahmens.

den deutschen Strafrechtler und Kriminologen **Franz v. Liszt** (1905: 80) zurück, welcher den Satz prägte: „Das Strafrecht ist die unübersteigbare Schranke des Kriminalpolitik.“[111]

V. Liszt war einer der wichtigsten Strafrechtsreformer in der Zeit des Deutschen Kaiserreiches. Er wird dort in der Regel als Initiator einer zweckrationalen, präventiven Kriminalpolitik verstanden (**Reinke** 2008: 15). Er hält die Kriminalpolitik für eine Methode, die der Prävention und der Erkenntnis potentieller Kriminalität dient. Sie sei ferner dazu in der Lage, die sozialen Ursachen des Verbrechens zu bekämpfen und eine wirkungsvolle Sozialpolitik darzustellen. Die Kriminalpolitik müsse sich nach Zielvorgaben richten, d.h. sie die notwendige Stärke zeigen, um Verbrechen verhindern zu können. Wenn der Sozialpolitik die Eindämmung des Verbrechens gelänge, wäre auch keine Kriminalpolitik in Form einer Strafrechtspolitik vonnöten[112]. „Bei **Liszt** ist der Vorrang der Kriminalpolitik vor der Gesetzlichkeit fest etabliert“ (**Naucke** 1999: 230)[113]. Für ihn kann das Strafrecht keinen Anspruch auf Wissenschaftlichkeit erheben[114], die er hingegen der Kriminalsoziologie und der Kriminalpolitik als unabhängigen Disziplinen zuspricht[115].

Laut **Roxin** (1970: 4ff.) muss die Trennung zwischen Dogmatik und Kriminalpolitik insoweit überwunden werden, dass kriminalpolitische Entscheidungen in das Strafrechtssystem Eingang finden können. Das bedeute nicht, die Autonomie der beiden Bereiche aufzuheben, sondern eine maximale Kooperation zwischen beiden zu erreichen – im Sinne einer funktionalen oder kooperativen Einheit zwischen beiden, jedoch mit unterschiedlichen Kompetenzen. Denn die Kriminalpolitik ist nicht nur den Interessen der Legislative verpflichtet, sondern auch der Rechtsauslegung und den Richtern. Im vorherrschenden strafrechtlichen Denken steht die Kriminalpolitik nicht in Konfrontation zum Strafrecht

---

[111] Laut **Roxin** (2006: 228 Rn. 75) fordert **Liszt** mit diesem Satz die rechtliche Begrenzung der Staatsgewalt, die auch selbst ein wichtiges Ziel rechtsstaatlicher Kriminalpolitik sei, wie der Satz „nullum crimen sine lege“ (kein Verbrechen ohne Gesetz) nahelege.

[112] Wie **Naucke** schreibt (1982: 542): „Der Hinweis auf das Verhältnis von Sozial- und Kriminalpolitik findet sich in einem Vortrag aus dem Jahre 1898 über »das Verbrechen als sozialpathologische Erscheinung«. **V. Liszt** schildert die »Abhängigkeit der Kriminalität von der wirtschaftlichen Lage eines Volkes«.“

[113] Laut **Naucke** (1999: 230f.): „Der Gedanke des »Marburger Programms« von 1882, das die moderne Schule des kriminalpolitisch orientierten Strafrechts begründet, geht von der innenpolitischen Wirkung der Strafe aus; sie sei ein rationales Mittel der Gesellschaftssteuerung durch Erziehung Straffälliger und Sicherung der Gesellschaft vor möglichen Straftätern.“

[114] Vgl. **Liszt** (1905: 58ff.). Laut **Birkmeyer** (1907: 2f.) wollte **v. Liszt** das Strafrecht nicht beseitigen, obwohl er es nicht für wichtig hielt, sondern es sollte fortexistieren. Die durch **v. Liszt** vertretene Kriminalpolitik ließe das Strafrecht überflüssig werden. Jedoch hielt **Liszt** es für erforderlich, im Interesse der individuellen Freiheit am Strafrecht festzuhalten. Für **Birkmeyer** war **Liszt** widersprüchlich.

[115] **Ehret S.** (1997: 346) schrieb: „Bei **Liszt** hingegen werden Strafrecht und Kriminalpolitik als selbständige Bereiche definiert, deren Begründung allein in der an der gesellschaftlichen Realität ausgerichteten Notwendigkeit liegt. Die Staatstheorie steckt damit nicht schon per se den Bereich kriminalpolitischen Denkens ab.“

(1970: 40f.). Der Strafrechtsdogmatik obliegt es, im Rahmen der Gesetze Kriminalpolitik zu machen, d.h. den Interpretationsspielraum auszunutzen. Indessen ist es die Aufgabe der Kriminalpolitik, sich an das Strafrecht anzupassen, um den bestmöglichen Schutz der Gesellschaft zu erreichen. Sie kann in die Auslegung des positiven Rechts eingreifen, ebenso wie in die Bildung des dogmatischen Systems und die Bemessung der Strafe[116].

Wie **Hassemer** (1974: 194) meint, definiert die Kriminalpolitik die Ziele und die Grenzen dessen, was ein Strafrecht leisten kann. Die Strafrechtsdogmatik schafft das strafrechtliche Vokabular für den Umgang mit kriminellem Verhalten, das heißt für die strafrechtliche Reaktion: „Darin erschöpft sich die Definitionsmacht der Strafrechtsdogmatik in Richtung auf diejenige der Kriminalpolitik“ (1974: 194). Die Definition **Roxins** (1970: 7), die Strafrechtsdogmatik nehme die Realisierung der von der Kriminalpolitik bestimmten Ziele vor, entspricht, laut **Hassemer** (1974: 27f.) dem systemtheoretischen Ansatz **Niklas Luhmanns** (1972: 101f.) eines sog. Zweck- und eines Konditionalprogramms. Letzteres ist durch die feste Verbindung von einem im Voraus definierten Tatbestand gekennzeichnet, dem eine bestimmte rechtliche Entscheidung zu folgen hat. Dieses Konditionalprogramm wäre dem Bereich Strafrecht zuzuordnen, das Zweckprogramm dem der Gesetzgebung und damit der Kriminalpolitik. Die Konditionalprogramme, so **Luhmann** (1972: 227), setzen die Zweckprogramme um. Dieses Strukturmodell entspreche auch dem Prinzip der Gewaltenteilung. Nach Meinung **Hassemers** (1974: 30f. Fn. 18) ist dieser Ansatz kritikwürdig: Strafrechtsdogmatik sei mehr als nur die Umsetzung der kriminalpolitischen Ziele, sie bestimme die Grenzen der Strafbarkeit mit. Das Verhältnis beider müsse „in den Effektivitätsbedingungen“ gleichwertig sein. Die Dogmatik könne unter Umständen andere Zwecke als die von der Kriminalpolitik gesetzten verwirklichen. Der den Tatbestand auslegende Richter sei auch auf Daten außerhalb des Gesetzes angewiesen, und sein Handeln habe auch schöpferische Qualität (1974: 32).

Damit die Kriminalpolitik ihre Ziele erreichen kann, muss sie nahe an der Realität des Verbrechens bleiben und sich auf die von der Kriminologie erbrachten empirischen Daten stützen[117]. Denn für eine wirkungsvolle Prävention ist es notwendig, auf die Auswertung der

[116] **Roxin** (2006: 222 Rn. 59) schreibt dazu: „Die leitenden Zwecksetzungen, die das Strafrechtssystem konstituieren, können nur kriminalpolitischer Art sein. Denn die Voraussetzungen der Strafbarkeit müssen sich natürlich an dem Zweck des Strafrechts orientieren. Unter diesem Gesichtspunkt erweisen sich die tragenden Kategorien des überlieferten Systems als Instrumente kriminalpolitischer Wertung (...).“

[117] **Roxin** (1970: 40) meint, dass die von der Kriminologie gelieferten Daten berücksichtigt werden müssten, bevor die Kriminalpolitik zu Bewertungen komme. „Denn kriminologische Einsichten in kriminalpolitische

Daten mit entsprechenden juristischen Maßnahmen zu reagieren. Die Kriminalpolitik entscheidet über die Kriminalisierung oder Entkriminalisierung, und die Kriminologie präsentiert eine soziologische Analyse des Kriminalisierungsprozesses. Sie bietet damit die notwendige Grundlage für die Kriminalpolitik.

3.2.2 Veränderungen in der Kriminalpolitik

Beschreibt das Feindstrafrecht die kriminalpolitischen Veränderungen der letzten Jahre? Seit der Mitte der 80er Jahre wird ein nützlicheres Strafrecht gefordert, das mehr den Notwendigkeiten einer „Risikogesellschaft" entspreche[118]. Die postindustrielle Gesellschaft kennzeichnet sich durch die Öffnung der Märkte und die sog. Globalisierung. In der Risikogesellschaft wird der technologische Fortschritt von einer immer perfekter organisierten Kriminalität begleitet. Die Straftaten liegen zum Beispiel im Bereich der Wirtschaft, des internationalen Handels, des Missbrauchs von Daten, des Drogengeschäfts, des Falschgelds, des Handels mit Waffen, menschlichen Organen oder mit Menschen. Die kriminellen Organisationen verfügen laut **Hans-Jörg Albrecht** (2003: 41) über große Macht, die es ihnen ermögliche, sich staatlicher und polizeilicher Kontrolle zu entziehen. Sie bewegen sich somit außerhalb der Normalität und gehen weit über die Wirtschaftskriminalität der sog. „Weiße-Kragen-Täter" („White Collar Crime") der gehobenen sozialen Schicht hinaus, die **Edwin H**. **Sutherland**[119] in den 40er Jahren beschrieben hat. Für **Albrecht** (2003: 42f.) stellt die Wirtschaftskriminalität die Kriminalität der Zukunft mit einem hohen Risikopotential für die modernen Gesellschaften dar, kaum noch vergleichbar mit der traditionellen Kriminalität.

Forderungen und diese in rechtliche Regeln der lex lata oder ferenda zu verwandeln – das ist ein Prozeß, dessen einzelne Stadien für die Herstellung des sozial Richtigen gleichermaßen notwendig und wichtig sind."

[118] In der Soziologie existieren verschiedene Definitionen des Begriffs „Risikogesellschaft", von denen die meisten auf den Soziologen **Ulrich Beck** zurückgehen, der als einer der ersten die „Risikogesellschaft" thematisierte. Nach **Beck** (1986: 65) geht es in der Risikogesellschaft nicht mehr darum, etwas „Gutes" zu erreichen, sondern nur darum, „das Schlimmste", das sich in unserer Gesellschaft schon zu verbreiten beginnt, doch noch zu verhindern. In dieser Gesellschaft bestehe die Gefahr, dass der Ausnahmezustand zum Normalzustand werde. Ausgehend vom Werk **Becks** (1986) hat der Begriff Risikogesellschaft große Verbreitung gefunden. Von Interesse sind hier die menschengemachten Risiken im Umgang mit technischen Neuerungen: Risiken für die Umwelt und für die Bürger durch die Biologie, Genetik, Kernenergie, Information usw. Vgl. **Silva Sanchez** (2003: 7).

[119] **Sutherland** (1940) bezeichnete die Täter aus den höheren sozialen Schichten, die im Rahmen ihrer beruflichen Karriere Straftaten verübten, als „Weiße-Kragen-Täter" („White Collar Crime"). Er konnte mit statistischen Daten aus der Wirtschaft und dem Handel eine große Anzahl Gesetzesübertretungen belegen, die von Personen mit hohem sozialen Ansehen begangen worden waren. Nach **Alessandro Baratta** (2004: 101f.) müssen sich die Kriminalitätsraten dieser Tätergruppe seit **Sutherlands** Untersuchung stark erhöht haben. Diese Raten seien für alle Gesellschaften des fortgeschrittenen Kapitalismus charakteristisch, so **Baratta**.

Hörnle (2006: 81) sieht vier Aspekte, die zu einer veränderten Kriminalpolitik führten. In der deutschen Realität finde ein Politikwandel statt, der sich, laut **Hörnle**, schon dem Idealtyp[120] des Feindstrafrechts annähere. Erkennbar ist dies nicht nur in der Legislative, sondern auch in der Rechtsprechung der Oberlandesgerichte, wo es eine Tendenz zur Verhängung höherer Strafen gebe. Die vier Punkte sind folgende:

Erstens neigt die Legislative dazu, neue Delikte zu schaffen, indem gefährliches Verhalten im Vorfeld einer Rechtsgutverletzung strafbar wird[121]. Beispielhaft dafür sei, laut **Hörnle**, der §129 b StGB, der sich auf die Bildung terroristischer Vereinigungen im Ausland bezieht[122].

Im gleichen Zusammenhang kritisiert auch **Cancio Meliá** (2007: 28ff.) die Ausbreitung[123] des Delikts der Zugehörigkeit zu einer rechtswidrigen Vereinigung, insbesondere terroristischer Art. Wie **Cancio Meliá** (2007: 37) erläutert, sanktioniert der Tatbestand der rechtswidrigen Vereinigung das Verhalten im Vorfeld eines Delikts, das bedeutet mit anderen Worten die Kriminalisierung des Vorfelds eines rechtswidrigen Verhaltens. Dabei handelt es sich für **Cancio Meliá** um die Bereiche, auf die sich das Feindstrafrecht von **Jakobs** erstreckt. Die besondere Gefährlichkeit dieses Delikts der rechtswidrigen Vereinigung führe zur „Vorfeldkriminalisierung das Überwiegen dessen, was kommen kann (...) gegenüber dem schon Geschehenen". Die Folge ist, dass dieses „zu einer Überbetonung des Gefahrenherdes, also des Subjekts, bei der Unrechtsdefinition und deshalb zu einer nicht eingrenzbaren Expansion (...) führt"[124] (**Cancio Meliá** 2007: 37). Dabei bestehe die Gefahr der nicht mehr kontrollierbaren Ausbreitung der tatbestandsmäßigen Festnahmen.

Zum Thema der Ausdehnung der Strafbarkeit verweist **Hörnle** (2006: 83) in der Hauptsache auf die Straftatbestände der Verbreitung von Kinderpornografie und den sexuellen

---

[120] Für **Hörnle** (2006: 81 Fn. 7) entspricht das Feindstafrecht den von **Max Weber** entwickelten „Idealtypen".

[121] Auch **Hassemer (**1989: 557) behandelt das Thema der vorverlagerten Strafbarkeit, ebenso **Prittwitz** (1993: 245) und **Hörnle** (2006: 83).

[122] **Hörnle** (2006: 83) weist auch daraufhin, dass der Gesetzgeber angesichts neuer Gefahren Straftatbestände ungeachtet des Inhalts schafft. Im Bereich des Sexualstrafrechts wurde es im Jahr 2004 zur gesetzlichen Norm, dass sich derjenige strafbar macht, der ein Kind mit Hilfe von Schriften zu sexuellen Handlungen bringen will (§ 176 Abs. 4 Nr.3 StGB), dies schließt Datenspeicher (§ 11 Abs. 3StGB), d.h. Internetkontakt mit ein. Dies bedeutet eine weite Vorverlagerung der Strafbarkeit, denn jede Kontaktaufnahme kann davon betroffen sein. Paradox daran ist, dass auch das Verschenken eines Comic-Heftes strafbar wird, eine Schokolade, die auch späteren Übergriffen dienen kann, dagegen nicht. **Cancio Meliá** (2007: 32) kritisierte den übereilten Tatbestand der rechtswidrigen Vereinigung, der ohne eingrenzende Auslegung uneingeschränkt anwendbar ist. Man könnte so z.B. eine Gruppe, die ein Schadensdelikt begeht (Beschmieren von Wänden mit ausländerfeindlichen Parolen) in eine kriminelle Vereinigung verwandeln.

[123] Siehe **Silva Sánchez** (2003: 70f.) zur Expansion des Strafrechts, insbesondere zur Entwicklung eines rein symbolischen Strafrechts und der Neigung zu verschärften Strafen, die sich wechselseitig beeinflussen und so zu einem quantitativ und qualitativ ausgedehnten Strafrecht führen.

[124] **Cancio Meliá** (2007: 41f.) bemängelt das Fehlen einer Definition des Unrechts bei den Delikten der rechtswidrigen Organisation.

Missbrauch an Kindern. Die andauernde Erweiterung der Strafbarkeit und Verschärfung der Strafe in diesem Bereich sind ihrer Meinung nach anhand der letzten großen Reform des deutschen Sexualstrafrechts erkennbar, die am 1. April 2004 in Kraft trat. Diese Gesetzesreform beweise, dass „die Sexualdelinquenz (...) endgültig zum Motor der Kriminalpolitik geworden (ist). (...) Insofern hat das Sexualstrafrecht den Paradigmenwechsel vom – limitierten – Rechtsgüterschutz hin zu einem polizeirechtlichen Interventionsrecht vollzogen“ (**Duttge/Hörnle/Renzikowski** 2004: 1072). Auch **Sack** (2005: 8) kritisiert die ungebremste Strafwut gegen das Delikt des Missbrauchs an Kindern. Er hält es für möglich, dass die Art der Bestrafung dieser Tätergruppe eine Vorbildfunktion für die moderne Kriminalpolitik haben soll. Wie **Hörnle** (2006: 85) darstellt, ist die Verhängung härterer Strafen oft die Folge von „besonders abscheuliche(n) Straftaten“, die die Aufmerksamkeit der Öffentlichkeit erregen. Strafverschärfungen als Antwort darauf finden die Zustimmung der Medien und der Gemeinschaft (die auch als Wählerpotential wichtig ist)[125].

Auch **Cancio Meliá** (2005: 269f.) stellt in der politischen Debatte eine „Renaissance des Punitivismus“ fest, hervorgerufen durch die Einführung neuer Strafnormen und die Verschärfung der schon vorhandenen; das bedeutet Kriminalisierung als einziges Kriterium der Kriminalpolitik. **Cancio Meliá** (2005: 273f.) stellt auf Grund der grenzenlosen Forderungen nach höheren und wirkungsvolleren Strafen fest, dass die jetzt ablaufenden Kriminalisierungsprozesse vielfach unter politischen Vorzeichen geschähen, die stark von der traditionellen Rollenverteilung in Westeuropa abweichen würden. Ein Gesinnungswandel sei sowohl auf Seiten der politischen Linken festzustellen − die traditionell eher die Entkriminalisierung forderte− als auch auf Seiten der politischen Rechten −die traditionellerweise eine „konservative“ Kriminalisierung forderte. **Meliás** Meinung nach habe die tradionelle Rolle der Linken darin bestanden, Straffreiheit zu fordern, weil in ihrem Verständnis das Bestrafungssystem einen Unterdrückungsmechanismus darstelle, den die Mächtigen den weniger Begünstigten gegenüber anwandten, um ihre Herrschaft abzusichern. Jetzt habe bei der Linken ein Positionswechsel hin zum Vorschlag der erstmaligen Kriminalisierung verschiedener Verhaltensweisen stattgefunden, zum Beispiel Diskriminierung oder Misshandlung von Frauen. Bezüglich des Positionswechsels der Rechten weist **Cancio Meliá** (2005: 274) darauf hin, dass „auch in der Kriminalpolitik (...) niemand mehr »konservativ« sein (will), sondern versucht, die »Mitte« durch ein möglichst breites Spektrum von Kriminalisierungsangeboten zu okkupieren“. Wie **Meliá** (2005: 274)

[125] Zur Verhängung von Jugendstrafen bei Gewalttätern siehe **Hefendehl** (2000: 602f.).

schreibt, handle es sich hier um ein Phänomen, das, im Gegensatz zu anderen Fällen von Strafverschärfung, nicht populistisch genannt werden kann. In diesem Zusammenhang spricht **Silva Sánchez** (2003: 28) von „atypischen Moralunternehmern", die nicht mehr aus konservativ-bürgerlichen Kreisen kämen, sondern Organisationen von Umweltschützern, Feministinnen, Verbrauchern, Nachbarn, Pazifisten oder Diskriminierungsgegnern angehören und zum Schutz ihrer jeweiligen Interessen für eine fortschreitende Ausweitung des Strafrechts kämpfen[126]. Wie **Scheerer** (1985: 245) schreibt, erlangte das Strafrecht, „einst Inkarnation nicht nur falscher Inhalte, sondern auch eines falschen Prinzips", im Verlauf der siebziger Jahre „wieder Anerkennung als eines der bedeutendsten symbolischen Mittel zur Etablierung allgemeiner Prinzipien".

Als zweiten Aspekt des kriminalpolitischen Wechsels in der Gegenwart erwähnt **Hörnle** (2006: 85), wie in gewisser Hinsicht „in der höchstrichterlichen Rechtsprechung Entwicklungen mit strafschärfender Wirkung festzustellen" seien. Als Beispiel nennt **Hörnle** an gleicher Stelle die Änderung der Kriterien in der Rechtsprechung bezüglich des Konsums von Alkohol als Strafminderungsgrund § 21 StGB[127]. Kritikwürdig findet **Hörnle** daran, dass es dem Richter überlassen bleibe, im Fall des nachweislich unter Einfluss von toxischen Stoffen stehenden Täters die Strafe zu mildern oder auch nicht. Denn zur Feststellung der Schuld sei es notwendig, dass der Täter bei der Begehung der Tat zu Einsicht und Schuld fähig gewesen sei. Mit anderen Worten, dieses Kriterium der Rechtsprechung der Oberlandesgerichte, bei dem trotz eingeschränkter Schuldfähigkeit im Moment der Begehung der Tat keine Strafmilderung gewährt werde, verletze das Schuldprinzip. **Hörnle** (2006: 87) kommentiert: „Ehrlicher wäre die Aussage, dass man eine Ausnahme vom Schuldgrundsatz bei stark betrunkenen Straftätern macht."

An dritter Stelle behandelt diese Autorin das Thema der freiheitsbeschränkenden Prävention. Sie nennt als Beispiel für eine auf die Sicherheitsbedürfnisse der Gesellschaft eingehende Maßnahme die Ausweitung der Sicherungsverwahrung (**Hörnle** 2006: 87)[128]. Im deutschen Strafgesetzbuch wird die Sicherungsverwahrung nicht als Strafe für ein Verbrechen betrachtet, sondern sie dient ausschließlich dem Zweck, die Allgemeinheit vor gefährlichen Personen zu schützen. Das bedeutet, dass in diesen Fällen nicht das Schuldprinzip

[126] Siehe dazu **Scheerer** (1985: 245f.), (1986: 133).
[127] Dieser Strafmilderungsgrund kommt bei volltrunkenen Tätern insbesondere bei Totschlag zur Anwendung.
[128] **Jakobs** (2004a: 41) erläutert zu Strafe: „Wie die soeben genannte Vorschrift aus dem Recht der Untersuchungshaft zeigt, wie aber auch an den bereits erwähnten Maßregeln der Besserung und Sicherung zu erkennen ist, nimmt sich der Staat ein Recht auf Prävention, ohne dieses notwendig Strafe zu nennen."

vorherrscht, sondern dass die Verwahrten unabhängig von der Schuld der Tat ihr Leben lang der Freiheit beraubt werden. Dabei handelt es sich um eine rein vorbeugende Maßnahme, denn die Rechtsordnung erlaubt die uneingeschränkte Gefahrenabwehr. Wird die Gefährlichkeit des Täters angenommen, erlaubt dies die Anwendung präventiver Maßnahmen ohne vorherigen Gerichtsbeschluss[129]. Laut **Hörnles** (2006: 88) Prognose wird im deutschen Strafrecht die „Sicherungsverwahrung im Anschluss an eine Jugendstrafe eingeführt werden“[130].

Viertens stellt **Hörnle** (2006: 88) für das Strafverfahrensrecht fest, dass es keine eindeutige Tendenz in Richtung „Idealtypus Feindstrafrecht“ gebe. Selbst bei der Einführung neuer Maßnahmen der Straftatermittlung, wie z.B. der Möglichkeit des sog. großen Lauschangriffs (Abhören von Gesprächen in der Wohnung) durch das „Gesetz zur Verbesserung der Bekämpfung der organisierten Kriminalität“, ist das nicht eindeutig nachweisbar, denn andererseits wurde auch die Position von Beschuldigten und Angeklagten in der Rechtsprechung verbessert. Wie **Hörnle** (2006: 88) schreibt, hat das BVerfG in einem Urteil erklärt, „dass die Vorschriften der StPO zum sog. großen Lauschangriff den verfassungsrechtlichen Anforderungen nicht genügen“. **Hörnle** (2006: 89) stellt weiterhin fest, dass „(w)egen der jedenfalls im Prozessrecht beobachteten unterschiedlichen Bewegungen zwischen den Polen »Feindstrafrecht« und »Bürgerstrafrecht« (...) deshalb insgesamt eine nur pessimistische Beurteilung nicht angebracht (ist).“

Eine kritischere Haltung in Bezug auf die aktuelle Kriminalpolitik nimmt **Sack** (2005: 4) ein, der betont, „dass die legislative und institutionelle Aufrüstung der Sicherheitsorgane vor

[129] Siehe dazu **Jakobs** (2004: 89), der gegen die Sicherheitsverwahrung im Bürgerstrafrecht ist. Seit 2004 ist in Deutschland die Verhängung der Sicherungsverwahrung während der Haftverbüßung möglich. Stellt sich während dieser Zeit die Gefährlichkeit des Täters heraus, kann man seine Freilassung verhindern, auch wenn das Gericht ursprünglich eine Sicherungsverwahrung nicht für notwendig befand (**Hörnle** 2006: 87f.). Siehe dazu § 66 b StGB, Gesetz vom 23.7.2004, BGB 1.1. S. 1838. In Deutschland wurde 1998 die Begrenzung der sich an die Haft anschließenden Sicherungsverwahrung auf zehn Jahre aufgehoben. Gleichzeitig wurde die Verordnung einer nachträglichen Sicherungsverwahrung möglich. Die diesbezügliche Begründung des Bundesverfassungsgerichts hob auf das „Schutzbedürfnis der Allgemeinheit“ ab, welchem mehr Gewicht zuzumessen sei als dem Einzelinteresse eines Gefangenen. Wie der Europäische Gerichtshof später feststellte, haben mit dieser Entscheidung der deutsche Gesetzgeber und das Verfassungsgericht die Grundlagen der Europäischen Menschenrechtskonvention verletzt. So sei die Sicherungsverwahrung nicht nur Mittel zur Prävention, sondern vielmehr die schwerste in einem Rechtsstaat erdenkliche Strafe. Nach Auffassung des EuGH verletze diese Maßnahme das Verbot, rückwirkend eine Strafe zu verhängen, und das der Doppelbestrafung. Eine Haftentschädigung sei nach Anordnung des EuGH im Betrag von 50.000 Euro zu leisten. Ein diesbezügliches Urteil hatte der EuGH Ende 2009 gefällt. Am 27.05.2010 war vom deutschen Justizministerium ein neuer Gesetzentwurf vorgelegt worden, der vorsieht, dass die Sicherungsverwahrung bereits im Urteil enthalten sein müsse und dass der Gefangene nach Verbüßung der Haft in eine gesonderte Anstalt verbracht werde und unter Beobachtung eines psychologisch speziell geschulten Personals stehe. Es handelt sich um 70 Fälle mit nachträglich angeordneter Sicherungsverwahrung (**Haufe** 2010).

[130] In Deutschland existiert schon die Möglichkeit, junge Erwachsene zwischen 18 und 21 Jahren in Sicherungsverwahrung zu nehmen, siehe dazu § 1.2 JGG und §106.3 bis 6 JGG.

allem den exekutiven Organen zugutekommt, der Polizei zuvörderst“. Im Allgemeinen verletzen die Reformen bezüglich der Polizei- und Strafprozessordnung die Prinzipien des Rechtsstaats: „Begriffe wie Schleierfahndung, Rasterfahndung, Großer und Kleiner Lauschangriff, Telefonüberwachung sind längst in die Umgangssprache eingegangen, belegen genau diese These und markieren doch nur die Oberfläche der gewachsenen Kompetenzen und Interventions- wie Ermittlungsinstrumente der Polizei“ (**Sack** 2005: 4). Der gegenwärtige Rechtsstaat setzt nach Meinung **Sacks** eher auf Prävention und polizeiliche Methoden als auf politische Lösungen. Und dieser Politikwechsel bringt möglicherweise doch nicht die angestrebte Sicherheit.

Beim Übergang von einer am Rechtsstaat orientierten zu einer sicherheitspolitisch ausgerichteten Kriminalpolitik handle es sich, so **Sack** (2005: 9), um einen seit längerem andauernden Prozess, der schon routinemäßig juristische und politische Kontroversen ausgelöst habe. Wie **Sack** ausführt, habe die jahrzehntelange Verteidigung des Rechtsstaats und der Freiheit durch zivilgesellschaftliche bzw. Bürgerrechtsinstitutionen diesen Vorgang nicht aufhalten können. **Sack** (2005: 9) plädiert nun für eine „Selbstreflexion der Gegner und Kritiker (...) der repressiven kriminalpolitischen Wende“. Bezüglich des Feindstrafrechts stellte er fest, dass **Jakobs** Position bzw. Diagnose für die meisten Kritiker jenseits des rechtsstaatlichen Selbstverständnisses liege. Insbesondere die normative Bestätigung und implizite Legitimierung der feindstrafrechtlichen Tendenzen durch **Jakobs** habe die kritischen Reaktionen geradezu herausgefordert. Diese Kritik lasse, laut **Sack** (2005: 10), „die rein phänomenologisch-empirische rechtstatsächliche Referenz, auf die sich seine rechtspolitischen Schlußfolgerungen beziehen”, unberücksichtigt.

Sack (2005: 10) stimmt mit **Jakobs** überein, dass in einigen wichtigen Gesetzesvorhaben vom Gesetzgeber eine Art Bekämpfungsvokabular verwendet werde, z.B. im „Verbrechensbekämpfungsgesetz“ des Jahres 1994 und in einer Reihe anderer auf spezifische Deliktgruppen bezogener Gesetze. So schreibt **Sack** (2005: 11): „Damit findet eine Rahmung des Verständnisses und der Interpretation von Kriminalität und ihren Tätern statt, die in der Tat eher auf 'Feinde' als auf 'Bürger' der Gesellschaft verweist.“

Das Konzept des Feindstrafrechts könnte für **Sack** (2005: 11f.) eventuell auf der Ebene der Analyse und Deskription angemessener sein als das des Sicherheitsstaats, um die Veränderungen der Kriminalpolitik zu beschreiben. **Sack** hält die Kritik an **Jakobs** für einseitig und betont zwei andere Aspekte aus dessen Konzept: erstens die Funktion und Rolle der Strafrechtswissenschaft, die sich nach **Jakobs** selbst preisgebe, bzw. die, in **Sacks** (2005:

12) eigenen Worten, einen Funktionsverlust angesichts „des Vordringens des Populismus“ erleide. Zweitens fordere **Jakobs** die Auseinandersetzung der Strafrechtswissenschaft mit den Herausforderungen ihrer Zeit. **Sack** (2005: 12) hält diese Aussagen von **Jakobs** für dessen zentrales Argument. **Jakobs**’ (2000: 49) Botschaft laute, so **Sack** (2005: 12f.), dass Recht und Ökonomie Widersacher seien, in Anbetracht dessen, dass nur ein Strafwissen verwertbar sei, das kurzfristig die Sicherheit der Güter verbessere.

3.2.3 Symbolisches Strafrecht

Cancio Meliá (2005: 269f.) verweist auf die expansive Tendenz der gegenwärtigen Kriminalpolitik und auf neuere Phänomene wie das symbolische Strafrecht und die Rückkehr zu härteren Strafen[131]. **Cancio Meliá** (2005: 269) schreibt: „Beide Entwicklungslinien, die symbolische und die punitivistische (...) stellen die Ahnenreihe des Feindstrafrechts dar.“ Nur in diesem Zusammenhang moderner Kriminalpolitik sei das Feindstrafrecht zu erfassen. **Hörnle** (2006: 84) stimmt mit **Cancio Meliá** darin überein, dass das symbolische Strafrecht eine bedeutende Wurzel feindstrafrechtlicher Entwicklungen sei.

Wie **Hassemer** (1989: 555) darlegte, bezeichnet das symbolische Strafrecht den Gegensatz zwischen „Sein und Schein“, zwischen dem „Manifesten und dem Latenten“, zwischen dem „wirklich Erwünschten und dem andererseits Angewendeten“. Hierbei handelt es sich immer um reale Auswirkungen der Strafgesetze. „Symbolisch“ assoziiert „Täuschung“. Symbolik ist für das ganze moderne Strafrecht charakteristisch. Jede effektiv gestaltete Norm dient symbolischen Zwecken. **Hassemer** (1989: 555f.) schreibt dazu:

> „Das »Symbolische« in Gesetzgebung und Gesetzesvollzug ist kein Entweder-Oder, sondern ein Mehr-oder-Weniger. Auch eine streng auf instrumentelle Effektivität angelegte Regelung, wie etwa das Verbot des Totschlags (§ 212 StGB), führt in ihrem Rücken die präventive Hoffnung mit sich, die Achtung vor dem menschlichen Leben symbolisch zu stärken (...)“.

Diese Funktion, die das symbolische Strafrecht innerhalb des modernen Strafrechts innehat, ist trügerisch – d.h., die latente Funktion dominiert über die manifeste – (**Hassemer** 1989: 556) und bewirkt eine Instrumentalisierung durch die Politik, um den Schutz von

[131] Laut **Sack** (2005: 2) findet in den USA eine Rückkehr zu einem repressiven Strafrecht in der Rechts- und Sicherheitspolitik statt, indem Haft zu einem vorrangigen Strafmittel zum Zweck der Verbrechenskontrolle wird. Diese Politik greift auch allmählich auf die europäischen Länder über. Die spanischen Autoren **Cancio Meliá** (2005: 276) und **Silva Sánchez** (2006: 183) behandeln auch das Thema Feindstrafrecht im Zusammenhang mit den gegenwärtigen Tendenzen in der Strafbarkeit.

nichtspezifischen, universalen Rechtsgütern zu gewährleisten[132]. Darunter fallen Delikte in den Bereichen Umwelt, Wirtschaft, Steuern, Datenmissbrauch, Export gefährlicher Substanzen, öffentliche Sicherheit, organisierte Kriminalität, Terrorismus: „Da sich die zugleich hochgespannten und diffusen Präventionserwartungen von diesem Strafrecht offensichtlich nicht erfüllen lassen, sind »moderne Kriminalpolitik« und »Vollzugsdefizite« gleichsam zu begrifflichen Geschwistern geworden – vom Betäubungsmittel über das Umweltstrafrecht bis hin zur Bekämpfung des Terrorismus“ (1989: 558). Des Präventionsdrucks suche der Strafgesetzgeber schließlich mit Hilfe des symbolischen Strafrechts und durch die abstrakten Gefährdungsdelikte Herr zu werden (1989: 558).

Da der tatsächliche Schutz, den die symbolische Gesetzgebung gewährt, gering bzw. nicht vorhanden ist, führt dies zu wiederholten Beschwerden über „Vollzugsdefizite“ bei den abstrakten Gefährdungsdelikten, insbesondere beim Drogenhandel und bei den Umweltdelikten. Wie **Hassemer** (1989: 558) betont, schwächten sie die Position des Täters und des liberalen Strafrechts, dienten jedoch nicht, wie versprochen, der Prävention. **Scheerer** (1982: 223) stellt bezüglich der Unwirksamkeit bei den Drogendelikten fest, dass der Gesetzgeber mit der Neuordnung des Betäubungsmittelrechts weder den Anschluss an die internationale Entwicklung gefunden habe noch einen Weg, um den Strafvollzug von den drogenabhängigen Tätern zu entlasten. Es gelte weiterhin die Grundeinstellung, in den sog. illegalen Drogen eine „Sünde“ zu sehen, wie sie von **Stephan Quensel** (1982: 23f.) beschrieben wurde. Diese „Sünde“ sei mittels einer repressiv-punitiven Drogenpolitik zu bekämpfen, die in großem Widerspruch zu den internationalen Standards stehe[133].

Hassemer (1989: 553) weist darauf hin, dass die Forschungen im Bereich der Soziologie und der Kriminologie ergeben haben, dass es sich bei Politik nicht nur um Machtausübung und Interessensvertretung handele, sondern „dass es auch um Symbole und ihre Abwehr geht“.

---

[132] Für **Hassemer** (1989: 557) „Die sog. Universalrechtsgüter (also die Interessen der Gesamtheit am Schutz von Staatsgeheimnissen, Rechtspflege, Rechtsverkehr über Urkunden usw.) haben sich in jüngster Zeit zu einem Leitmotiv der Kriminalpolitik entwickelt; diese Entwicklung bedroht das Rechtsgutkonzept und verändert das präventivorientierte Strafrecht auf eine spezifische Weise.“ Siehe dazu die besondere Position von **Stächelin** (1998: 86f.), zum Schutz kollektiver Rechtsgüter. Siehe auch **Seelmann** (1990: 1262) zu den Problemen bei kollektiven Gütern mit eigenem Inhalt.

[133] **Michael Kniesel** (1993) stellt in einem Artikel der Wochenzeitschrift „Die Zeit“ vom 8.10.1993 als Ergebnis einer konservativen Politik, die nicht beachte, dass gute Sozialpolitik noch immer die beste Kriminalpolitik sei, eine „Ersatzhandlung in Form symbolischer Gesetzgebung“ fest. Die Probleme würden durch das neue Gesetz nicht gelöst, es werde nur Entschlossenheit von Seiten der Politik demonstriert. Beispiel dafür sei die Drogenpolitik: Nach Meinung der Regierung würde der Rechtsstaat kapitulieren, „wenn er durch Entkriminalisierung Kriminalität wegdefiniere“, was bei kontrollierter Verabreichung von harten Drogen und legalem Erwerb von weichen Drogen der Fall wäre. Nach Meinung der Kritiker verschärfe das Drogenstrafrecht das Problem, es verursache kontraproduktive Sekundärfolgen in Form von kriminellen Milieus. Außerdem vertrete hier der Gesetzgeber „gesinnungsethische, moralische Standards“.

Tatsächlich hat auch die kritische Kriminologie, insbesondere vom Standpunkt des „Labeling Approach“ aus betrachtet, mit Symbolen zu tun. Vom zentralen Konzept der symbolischen Interaktion[134] ausgehend, beschäftigen sich die Theorien des „Labeling approach“ mit der negativen Wirkung, die die gesellschaftliche Reaktion auf das individuelle Verhalten und auf die persönliche Selbsteinschätzung der Individuen hat[135].

> „Kriminalität sei (auch) Ergebnis von gesellschaftlichen und staatlichen Definitionsprozessen, sei nicht schlicht vorgefundene, sondern menschlich und institutionell konstruierte Wirklichkeit.“

Sack[136] ist in Deutschland einer der wichtigsten Vertreter des „Labeling approach“. Er erläutert den Unterschied zwischen der anerkannten Kriminalität (dazu gehören die offiziell registrierten Straftaten und deren identifizierte Täter) und der latenten Kriminalität (dazu gehören alle begangenen Straftaten). **Sack** (1968: 457f.) kritisierte stark die juristische Definition von Straftat unter Verweis auf den damals aktuellen Stand der latenten Kriminalität[137]. Die Konsequenz aus **Joachim Hellmers** (1966: 11) These, „Kriminalität im juristischen Sinne ist ein Verhalten – Tun oder Unterlassen –, das gegen ein Strafgesetz verstößt”, wäre laut **Sack** (1968: 458),

> „daß nicht die Minderheit einer Gesellschaft, sondern die Mehrheit ihrer Mitglieder danach zu den Kriminellen zu zählen wären. Für das Selbstverständnis einer Gesellschaft und ihres formellen Sanktionsapparates ist diese Konsequenz absurd. Würde sie ihre Gesetze in ihrer wörtlichen Form ernst nehmen, müßte sie ihren Verfolgungsapparat ins Unermeßliche vergrößern und statt Wohnungen und Universitäten Gefängnisse bauen.“

---

[134] Der Begriff Symbolischer Interaktionismus bezeichnet einen Ansatz in der sozialwissenschaftlichen Forschung, bei dem das Handeln der Individuen im Mittelpunkt steht. **H. Blumer** (1900-1987), Schüler des Sozialphilosophen **G.H. Mead** (1863-1931), begründete die Schule des Symbolischen Interaktionismus auf der Grundlage von **Meads** Philosophie der Handlung: Der Mensch entwickelt Denken und Bewusstsein von sich selbst nur im Rahmen sozialer Beziehungen in der sozialen Interaktion. Individuum und Gesellschaft befinden sich in gegenseitiger Abhängigkeit, sie stehen in einem Kommunikationsprozess. Dieser enthält Symbole, d.h. Allgemeinbegriffe, deren Sinn und Bedeutung von allen Mitgliedern der Gesellschaft geteilt werden und die Identität stiften. Das bedeutet, die Handlungen des anderen zu interpretieren und die eigene Handlung darauf abstimmen, d.h., gegenseitiges Anerkennen ist eine Voraussetzung. Durch die Interaktion wird die Handlung zu einem Symbol. Das Handeln der Individuen erklärt sich durch die Bedeutung, die Dinge für die Menschen haben. Dinge sind physische und psychische Objekte. Vgl. **Abels** (2007: 43f.); (2007a: 208f.). Siehe **Blumer** (1973: 80-101); **Mead** (1968: 9f.).

[135] Vgl. **Bergalli** (1980: 54f.).

[136] 1968 veröffentlichte **Fritz Sack** den Artikel „Neue Perspektiven in der Kriminologie“ in dem gemeinsam mit dem bekannten Forscher **René König** herausgegebenen Band Kriminalsoziologie. In der Folgezeit wurde der „Labeling approach“ von **Heinz Steinert** in Österreich übernommen und von **Karl Schumann** und **Johannes Feest** in Deutschland. Dort wurde er von **Sebastian Scheerer, Alejandro Baratta** und **Gerlinda Smaus** weitergeführt. Auf dem Gebiet des Strafrechts rezipierte die Frankfurter Schule diesen Ansatz. Ein wichtiger Vertreter dieser Schule war **Wilfried Hassemer** (1981) mit seinem Werk „Einführung in die Grundlagen des Strafrechts“. Vgl. **Anitua** (2005: 414f.).

[137] Vgl. **Baratta** (2004: 107f.).

Sack (1968: 469) führte weiterhin aus, dass Kriminalität nur eine Etikettierung sei. So seien sowohl der Richter als auch das Gericht diejenigen, die „Tatsachen" schaffen und definieren. Mit dem Urteil wiederum erhalte der Angeklagte ein neues „Merkmal" und einen neuen Status. So befinde sich die zwischen gesetzestreuen und normverletzenden Bürgern differenzierende Gesellschaftsstruktur nicht in einem konstanten Zustand, sondern in einem kontinuierlichen Erneuerungsprozess[138].

Somit besagt diese Theorie **Hassemer** zufolge (1989: 553), dass

> „(...) Kriminalität nicht ein objektiv vorfindbares Phänomen, sondern Ergebnis eines Interaktionsgeschehen ist, an welchem der Gesetzgeber sich produktiv beteiligt und in welchem es vor allem um symbolische Etikettierung und Stigmatisierung der Betroffenen geht".

Welche Bedeutung hat dann die Kritik am symbolischen Charakter, wenn die gesamte Strafgesetzgebung Merkmale, die als symbolisch zu bezeichnen wären, aufweist?[139] Für **Hassemer** (1989: 559) ist das symbolische Strafrecht als ein Krisenphänomen der modernen folgeorientierten Kriminalpolitik zu sehen, das durch die Notwendigkeit einer wirkungsvollen Prävention in einer „Risikogesellschaft" und in einer Situation der globalen Unsicherheit entstanden ist. Seiner Meinung nach verfolgt dieses Strafrecht durch eine derartige Anwendung der Norm ganz andere Ziele als die in der Norm enthaltenen. Es handele sich um ein politisches Instrument, bei dem es nicht um Rechtsgüterschutz gehe.

Wie **Cancio Meliá** (2005: 270) kritisch anmerkt, besage die Rede vom symbolischen Strafrecht eigentlich nur, dass der Gesetzgeber in diesen Fällen nur den Zweck verfolge, „in der öffentlichen Meinung den beruhigenden Eindruck eines aufmerksamen und entschiedenen Gesetzgebers hervorzurufen"[140], d.h. eine Gesetzgebung, die zwar bestimmten politisch-strategischen (symbolischen) Zielen, nicht aber der Erreichung der offiziell proklamierten sachlichen Gesetzesziele diene. Dies stelle ein Problem von hoher gesellschaftlicher Brisanz dar. Die symbolischen Gesetze können überflüssige Verwaltungskosten verursachen, und zudem trägt die Täuschung der Normrezipienten oft zur Verhinderung tatsächlich effektiver Lösungen bei. Damit verletzt die symbolische Gesetzgebung grundlegende Prinzipien von Demokratie und Rechtsstaatlichkeit.

---

[138] Vgl. **Quelsel** (1970) es geht nicht um die Frage von Persönlichkeitsstörung, sondern um die Frage: Von wem wird welches Verhalten warum als kriminell beschrieben und welches Verhalten als normal?
[139] Vgl. **Voß** (1989: 79f. Fn. 7).
[140] Vgl. **Silva Sánchez** (1992: 305).

3.2.4 Risikostrafrecht

Die Expansion des Strafrechts erstreckt sich u.a. auf die Bildung neuer Rechtsgüter wie z.B. Umwelt, Volksgesundheit, Kapitalmarkt, auf die Vorverlagerung der Strafbarkeit sowie auf die Rechtsgutgefährlichkeit (Gefährdungsdelikte). Verhalten wurde kriminalisiert, weil es als sozial inadäquat angesehen werden soll und nicht, weil es so vorgefunden wurde. Die Neukriminalisierung kann daher auch systemkonformes Verhalten betreffen. Adressaten der neuen Strafrechtsnormen können unter Umständen Personen sein, die Machpositionen innehaben, und deren Verhalten z.B. bei Umweltdelikten langfristig negative Folgen hat (**Prittwitz** 2004a: 222f.). Das Risikostrafrecht kann daher nach **Prittwitz**' (2004a: 223) Einschätzung „notwendigen und gerechten, also legitimen Zwecken dienen". Neben den Zweck der Prävention von Risiken durch Steuerung von riskantem Verhalten tritt auch die symbolische Versicherung der verunsicherten Gesellschaft (2004a: 224).

Der Umbau des Strafrechts zu einem Risikostrafrecht diene laut **Prittwitz** (2004a: 222) der Sicherung der Zukunft, da der technische Fortschritt ein Risiko für die Gesellschaft bedeute. Eine Rolle dabei habe die „soziologische Entdeckung des Risikos" u.a. durch **Luhmann** (1991) gespielt. Dieser spricht „von einem Durchsetzen des Risikogedankens in der gesamten Gesellschaft"[141] (2004a: 222). Auch **Prittwitz** (2004a: 222) sieht Kriminalpolitik, Straftheorie und Dogmatik davon geprägt.

Kritikwürdig an dieser Entwicklung des Risikostrafrechts findet **Prittwitz** (2004a: 219f.) z.B. die immer geringere Unterscheidbarkeit von Strafrecht und Krieg; weiterhin die Unmöglichkeit, mit Hilfe des Strafrechts Probleme zu lösen; zu harte oder falsche Strafanwendung und dadurch die Verschärfung der Probleme; ferner den Verlust der Vorbildfunktion, die das Strafrecht im Hinblick auf gerechte Konfliktlösung hatte. **Prittwitz** (2004a: 221) warnt vor allem davor, dass sich das Risikorecht zu einem Feindstrafrecht entwickle.

Wie **Prittwitz** (2004a: 218) feststellt, decke sich **Jakobs**' Beschreibung des Feindstrafrechts genau mit seiner eigenen Analyse der Fehlentwicklung des Risikostrafrechts. So stellt **Prittwitz** (2004a: 217f.) die Überlegung an, ob der Begriff Feindstrafrecht tatsächlich eine Art der Kriminalitätsbekämpfung widerspiegele, die auf „(...) Diabolisierung (Erklärung des Straftäters zum »Feind« und zur »Unperson«) nicht verzichten kann" (2004a: 218). Allerdings habe **Jakobs** die Kritik am gegenwärtigen Zustand 1999 in ein Modell eines Teilstrafrechts

[141] Siehe **Luhmann**, **Niklas**: Soziologie des Risikos, de Gruyter, Berlin, 1991[2003].

verwandelt und damit begründet, dass die Vielzahl der Feinde im Zusammenhang der Globalisierung dem freiheitlichen Staat keine andere Wahl lasse (2004a: 225). Durch die Aufteilung des Strafrechts solle die Rechtsstaatlichkeit des Bürgerstrafrechts gerettet werden (2004a: 226). Diese „Reform (...) zurück“ hält **Prittwitz** (2004a: 226) für unmöglich. Den Schaden, den **Jakobs** durch seine Wortwahl (Unperson) und den Tabubruch der Verwischung der zumindest theoretisch existierenden Grenze zwischen Strafrecht und Krieg angerichtet habe, hält **Prittwitz** (2004a: 226) für groß. Auch die Gefahr des Missbrauchs durch autoritäre Regime wachse.

„Das Strafrecht, das Bürgerrechte und Bürgergüter“ schützen solle, verliere angesichts von Risikoorientierung, Druck durch die Berichterstattung der Medien und Verunsicherung der Bevölkerung sein legitimes Profil, warnt **Prittwitz** (2004a: 227), es trage als Risikostrafrecht ein „hässliches Gesicht des Feindstrafrechts“. An der Problemlösungsfähigkeit eines solchen Feindstrafrechts bestünden, so **Prittwitz**, starke Zweifel. Das Feindstrafrecht sei im Zusammenhang mit dem Risikostrafrecht zu sehen und benenne wichtige Tendenzen in Strafrecht und Kriminalpolitik.

3.2.5 „Effizientes“ Strafrecht

Schließlich führt **Hassemer** (1990: 331) an, dass ein „effektives Strafrecht“ kurzfristig zwar erfolgreich sein könne, langfristig aber kontraproduktiv sei und Gefahren berge. Nicht immer nützten Strafverschärfungen, was sich z.B. bei den Erfahrungen mit den „Vollzugsdefiziten“ zeige. Strafrechtliche Maßnahmen zeigten nur für wenige Problemlagen Lösungen auf. Vor allem sei auch zu berücksichtigen, dass ein „schlagkräftiges Strafrecht nicht kostenneutral zu haben ist“. Es wird auch teuer mit „partiellem Absehen vom Schuldprinzip oder dem Schutz der Menschenwürde“ bezahlt. Wie **Hassemer** (1990: 331) schreibt, sei der Ertrag gering, die Kosten hoch und ein solches Strafrecht verliere seine Überzeugungskraft.

Die Konzentration auf Sicherung und Abschreckung in der Verbrechensbekämpfung wird auch von **Franz Streng** (2006: 242) kritisiert. Das Ziel der Angstminderung in der Bevölkerung scheine nicht immer sinnvoll, wenn in Betracht gezogen werde, dass die in der Verbrechensbekämpfung verhängten Sanktionen gesellschaftlich akzeptierte Normen und Werte bestätigen sollen. Bei der Verfolgung dieses Ziels bleibe, so **Streng** (2006: 242), die Wirkung der »positiven Generalprävention«, d.h. der Erhalt der Normakzeptanz der Bevölkerung, auf der Strecke. Die Strafzwecke der Sicherung und Abschreckung führten vom Ideal der Gerechtigkeit weg. Ein Nachweis ihrer Effizienz, eine wissenschaftliche Bestätigung

sei jedoch nicht gegeben. Relevant sei „(...) vor allem die symbolische Effizienzkomponente der Kriminalpolitik selbst, d.h. die Bekämpfung von Furcht und Unsicherheit und Furcht durch politisches Handeln“ (2006: 243). Die gesicherte wissenschaftliche Erkenntnis, spezialpräventive Maßnahmen in Form härterer Strafen hätten sich als nutzlos erwiesen, werde laut **Streng** (2006: 243) „bereitwillig“ übersehen, ebenso wie die Tatsache, Kriminalitätsverhütung nur durch Reintegration der Täter zu verstehen.

Effizienz reduziere sich auf die Fähigkeit, die Bevölkerung zu beruhigen, und das Strafrecht habe also nur noch Sinn als eine Art „Kriminalitätsfurcht-Placebo“, wie **Streng** (2006: 243) scharf kritisiert. Diese Kritik gilt insbesondere dem Feindstrafrechtsansatz von **Jakobs**. Dieser Ansatz setze in einer Situation an, in der schon die Idee eines demokratischen Strafrechts aller zugunsten eines symbolischen und technokratischen an Boden verliere. In eben dieser Situation gehe es auch nicht mehr um Normgeltung im Sinne der positiven Generalprävention, sondern nur noch um Verbrechensbekämpfung. **Jakobs** legitimiere seinen Ansatz, das Bürgerstrafrecht zu retten, indem er es abspalte, mit der Begründung eines demokratischen Strafrechts, d.h., der Zweck des Strafrechts liege in der Normtreue der Bürger. In **Jakobs**’ Ansatz verliere jedoch der wiederholt rückfällige Normbrecher seinen Status als Person bzw. als gleichberechtigter „Rechtsgenosse“ (2006: 244). Dieses personenbezogene Modell entspreche, so **Streng**, der Spezialprävention, obwohl **Jakobs** sein Strafrechtsmodell zunächst generalpräventiv legitimiert habe, d.h., es beruhe auf Normbestätigung und Erwartungssicherheit und gewährleiste eine schuldangemessene Bestrafung. Wie **Streng** kritisiert, verletze **Jakobs** das Prinzip der Generalprävention, indem er einzelne Täter bei mangelnder Fähigkeit zur Normtreue aus der Gewähr des Bürgerstrafrechts herausnehme.

Jakobs sei von der soziologischen Analyse zur Legitimierung der Ausgrenzung von bestimmten Tätern gekommen. Er stelle nicht die Frage, dadurch möglicherweise das Gerechtigkeitsgefühl von „Bürgern oder auch nur »der Feinde« irritiert oder gar korrumpiert“ zu haben (**Streng** 2006: 245). Feindstrafrechtliche Maßnahmen würden, so **Streng** (2006: 245) das Rechtsgefühl und den Wertekonsens einer demokratischen Gesellschaft missachten und das Selbstbewusstsein des Bürgers als souverän in Frage stellen. Denn die Definition, wer Bürger und wer Feind sei, liege bei den politisch Herrschenden. **Jakobs** selbst nenne kein Kriterium der Abgrenzung zwischen den zwei Formen des Strafrechts (2006: 246). Das Feindstrafrecht sei „nicht der Retter der freiheitlichen Bürgergesellschaft, sondern ihr Feind“, so **Strengs** (2006: 248) Kritik.

Auch **Hendrik Schneider** (2001: 499) stellt einen Wandel im Sicherheitsgefühl der Gesellschaft fest. Es gehe weniger um Bedrohung „von außen als vielmehr vor den »Feinden« im Inneren". Empirisches Wissen über die „organisierte Kriminalität"[142], von der eine große Bedrohung ausgehe, sei kaum vorhanden. Alle Erkenntnisse über Struktur, Umfang und Erscheinungsform entstammen ausschließlich polizeilichen Quellen. Einerseits greife hier der „Einwand der sozialen Konstruktion der Wirklichkeit" von Seiten der Etikettierungstheorie (labeling approach), andererseits sei nicht alles, was existiert, mit den Methoden der empirischen Sozialforschung messbar (2001: 499f.).

Die klassischen liberalen Verfahrensprinzipien, die die Person des Täters schützen, werden als unzeitgemäß angesehen und für die Strafverfolgung als nicht effizient genug. Dies hatte eine Reihe von Gesetzesveränderungen[143] zur Folge (**Schneider** 2001: 501).

Die Interessen des Staates an einer effektiven Bekämpfung der organisierten Kriminalität und die gleichzeitige Sicherung rechtsstaatlicher Prozessgarantien habe zu einer widersprüchlichen Situation geführt (2001: 502). Die große Anzahl von Veröffentlichungen und Stellungnahmen zu der neuen „Bekämpfungsgesetzgebung" wird von **Schneider** (2001 : 503) in drei Gruppen eingeteilt:

Die erste Gruppe umfasst die Kritiker der Expansion des Strafrechts. Ihrer Meinung nach sei dieses jetzt zu Eingriffen ermächtigt, die in einer nicht hinnehmbaren Weise den Prinzipien des Rechtsstaats widersprächen. Zu dieser Gruppe rechnet **Schneider** (2001: 503) mehrere Frankfurter Strafrechtslehrer, die die Veränderungen im Strafrecht und im Strafprozessrecht als „strafpolitischen Pragmatismus" sähen, der das Strafrecht zum „Machtmittel für neue Machthaber" werden lasse, wie dies **Peter-Alexis Albrecht** (1993: 165) formulierte. Diese Gruppe fordert die Rücknahme der neuen Regelungen: Der tatsächlich vorhandenen Gefahr solle durch technische bzw. organisatorische vorbeugende Maßnahmen begegnet werden, nicht durch Gesetzesänderungen. Dazu gehören z.B. Wegfahrsperren gegen Autodiebstahl oder Kontrollen, Meldepflichten, Rotation im Amt als Korruptionshindernis etc. (**Schneider** 2001: 503).

---

[142] Organisierte Kriminalität ist, wie **Schneider** zitiert (2001: 499 Fn. 4), die aufgrund von Gewinn- oder Machtstreben begangene Begehung von Straftaten, die in ihrer Gesamtheit von erheblicher Bedeutung sind, unter Anwendung geschäftsähnlicher Strukturen, Gewalt, Einschüchterung und Einflußnahme auf Politik, Wirtschaft oder Justiz.

[143] Neue Gesetze: Zu nennen sind hier insbesondere das OrgKG 1992 (BGB1 S. 1392), das Geldwäschegesetz 1993 (BGBl S. 1770), das Verbrechensbekämpfungsgesetz 1994 (BGB1 S. 3186), das Gesetz zur Bekämpfung der Korruption 1997 (BGB1 S. 2038), das Gesetz zur Verbesserung der Bekämpfung der organisierten Kriminalität 1998 (BGB1 S. 845).

In einer zweiten Gruppe befinden sich laut **Schneider** (2001: 504) die Vertreter einer gegenteiligen Position, insbesondere gilt dies für **Jakobs**. Sie fordern angesichts der neuen Bedrohung eine noch weiter gehende Flexibilisierung der Ermittlungsmethoden bzw. des Abbaus von Prozessgarantien. Die „Erhaltung der Interessen des Systems und der Funktionsfähigkeit“ der Strafrechtsorgane stünden für diese Gruppe im Vordergrund – bzw. der „Schutz des Staates durch den Staat“ (2001: 504). Als Begründungen für seine strafrechtliche Theorie unter dem Begriff Feindstrafrecht nennt **Jakobs** das Bedrohungspotential (durch die organisierte Kriminalität, den Terrorismus etc.) ebenso wie systemtheoretische und rechtsphilosophische Überlegungen. In seinem Modell ist es möglich, einem Straftäter den Personenstatus zu entziehen und damit auch seine Rechte. Für den Täter ist z.B. die Mitwirkungspflicht am Strafverfahren vorgesehen, der „Nemo-tenetur-Grundsatz“ (Unschuldsvermutung) ist außer Kraft, verdeckte Ermittlungsmethoden kommen zum Einsatz, und es gibt kein Beweisverwertungsgebot (2001: 505).

Als dritte Gruppe findet sich zwischen diesen beiden Extrempositionen eine mittlere Position, wie **Schneider** (2001: 506) schreibt. Es handle sich um Positionen, die zwar kritisch seien, sich aber mit den neuen Ermittlungsmethoden abfänden. Diese Ansätze versuchten, wenigstens „Minimalanforderungen“ der verfassungsrechtlichen Verfahrensprinzipien zu wahren. So habe z.B. **Jürgen Wolter** (1999: 158) 18 Leitsätze zu den Kriterien Menschenwürde und Grundrechte mit Mindeststandards des Ermittlungsverfahrens entwickelt. Die Vertreter des Mittelwegs sehen die Lösung in einer Abwägung zwischen den Strafverfolgungsinteressen des Staates und den durch die Verfassung geschützten Positionen der Betroffenen. Es gelte das Kriterium der Proportionalität, auch wenn sich keine eindeutige Grenze ziehen lasse (**Schneider** 2001: 514).

3.3 Ausgewählte rechtsphilosophische Diskussionspunkte

3.3.1 Philosophische Grundlagen des Feindstrafrechts

Jakobs’ (2004: 90) rechtsphilosophische Begründung des Feindstrafrechts nimmt auf die Klassiker der Aufklärung Bezug. Seine Interpretation einer Anmerkung des zweiten Abschnitts der Schrift „Zum ewigen Frieden“ von **Immanuel Kant** provozierte jedoch überwiegend Ablehnung seiner philosophischen Argumentation. **Kant** (2005: 10f. Fn.) schreibt:

> „Der Mensch aber oder das Volk im bloßen Naturzustande benimmt mir (....) (die erforderliche) Sicherheit, und lädiert mich schon durch eben diesen Zustand, in dem er neben mir ist, obgleich nicht thätig (facto), doch durch die Gesetzlosigkeit seines Zustandes (statu iniusto), wodurch ich beständig von ihm bedroht werde und ich kann ihn nöthigen, entweder mit mir in einen gemeinschaftlich-gesetzlichen Zustand zu treten, oder aus meiner Nachbarschaft zu weichen."

Nach Meinung von **Jakobs** ist **Kant** durch diese Anmerkung in gewisser Weise als ein Verteidiger des Feindstrafrechts anzusehen. **Jörg Arnold** (2006: 305f.)[144] kritisiert dies als Überinterpretation von **Kant**, denn „mit einer solchen **Kant**-Interpretation aber steht **Jakobs** diametral gegenüber einer in der gegenwärtigen deutschen Strafrechtsphilosophie erfolgenden Interpretation **Kants**"[145]. **Schünemann** (2006: 223) äußert sich dazu folgendermaßen:

> „Ebenso entschieden möchte ich aber auch bestreiten, dass **Jakobs** überhaupt **Immanuel Kant** als seinen Gewährsmann heranziehen kann, weil **Kants** Verständnis vom Strafrecht, auf das **Jakobs** allerdings mit keinem einzigen Wort eingegangen ist, von jeder Ausdeutungsmöglichkeit im Sinne eines Feindstrafrechts weit entfernt ist."

Andererseits bestärkt Professor **Carlos Pérez del Valle** (2007) in der deutschen Diskussion die rechtsphilosophische Begründung des Feindstrafrechts. Seiner Meinung nach beschreibt **Kant** in der oben erwähnten Anmerkung eine Unterscheidung zwischen einem Subjekt im Naturzustand[146] und einem Subjekt im bürgerlich-rechtlichen Zustand. Im Naturzustand biete das Subjekt keinerlei Sicherungsgarantie und allein die Tatsache, sich im Naturzustand zu befinden, drücke die Gesetzlosigkeit seines Zustands (status iniustus) aus. Im bürgerlichen Rechtsstand dagegen erbringe das Subjekt die erforderliche Sicherheitsgarantie[147] (**Del Valle** 2007: 516ff.).

Das im bürgerlich-rechtlichen Zustand befindliche Subjekt wird durch das Subjekt im Naturzustand beeinträchtigt, wenn auch nicht in aktiver Form (facto), sondern durch das Gefühl ständiger Bedrohung, das durch das Fehlen von verbindlichen Regeln erzeugt wird. **Kant** spricht davon, dass ihm selbst die erforderliche Sicherheit durch das Subjekt im

---

[144] Siehe **Arnold** (2006: 305): „Die Kant-Interpretation von Jakobs erfolgt im Grunde selektiv und vordergründig auf jene heiklen Kant-Zitate fokussiert, die von ihrem Wortlaut her eine feindstrafrechtliche Auslegung zunächst durchaus nahe legen."

[145] **Arnold** (2006: 305) erwähnt die Autoren **Naucke**, **Köhler**, **E.A. Wolff**, **Schild**, **Harzer** und **Zaczyk**, von denen, durchaus in sich differierend, eine Kant-Interpretation gegeben wird.

[146] Nach Meinung von **Pérez del Valle** (2007: 518) definiert **Kant** den Naturzustand als einen Zustand der Unsicherheit, in dem „die Wechselseitigkeit der Anerkennung privaten Rechts" nicht gewährleistet sei. „Es gibt im Naturzustand keinerlei Garantie für meine Sicherheit." Auf diese Definition nimmt **Jakobs** Bezug, wenn er sagt: „Der Naturzustand ist eben ein Zustand der Normlosigkeit, also exzessiver Freiheit wie exzessiven Kampfes."

[147] Laut **Pérez del Valle** (2007: 516ff.) bedeutet für **Kant** der Eintritt eines Subjektes in diesen Zustand, dass einer dem anderen die notwendige Sicherheit biete.

Naturzustand entzogen werde. Laut **Del Valle** (2007: 517ff.) bezieht sich **Jakobs** in seinem Feindstrafrecht auf die gleiche Gefahr: „Diese Unsicherheit des Individuums im Naturzustand zieht es nach Meinung **Kants** nach sich, das Individuum als einen Feind und es − weitaus wichtiger − in einer Art und Weise zu behandeln, die sich von der Behandlung des Bürgers unterscheidet“ (2007: 519). **Jakobs** verstehe richtig, so **Del Valle** (2007: 516ff.), dass **Kant** die Situation eines Feindes im Naturzustand als die eines gefährlichen, die Sicherheit des Lebens im bürgerlich-gesetzlichen Zustand bedrohenden, Individuums darstelle. Auch lässt sich **Jakobs**' Ansatz, Konsequenzen für sein Feindstrafrechtskonzept aus dieser Unterscheidung zwischen Individuum und Bürger abzuleiten, auf den Primärtext **Kants** stützen, wie **Del Valle** (2005: 517ff.) meint.

Schünemann (2006: 222) dagegen stellt die Behauptung in Frage, die für **Jakobs**' These zentrale Figur des Feindes finde sich auch bei **Kant**. Seiner Meinung nach stammt der Begriff des Feindes nicht aus der Staatstheorie, „sondern aus der Theorie des Völkerrechts (ius gentium) und hat seine besondere Bedeutung in der Doktrin der christlichen Scholastik vom »gerechten Krieg«“. Die eigentliche Lehre vom „Bellum iustum“ geht im Wesentlichen auf **Thomas von Aquin** (ca. 1224-1274) und die Scholastik des 13. Jahrhunderts zurück. Bei diesem Konzept handelt es sich um „eine Systematisierung von verallgemeinerungsfähigen Maßstäben zur Prüfung gerechter und rechtmäßiger Kriegsgründe“ (**Schneider** 2001: 508f.). Der Souverän kann gegen den Angreifer (Feind) einen Verteidigungskrieg führen, solange die angewandten Maßnahmen notwendig sind, um den Frieden und die Ordnung wiederherzustellen (**Schünemann** 2006: 222).

Laut **Schneider** (2001: 499) beziehe sich die Diskussion um die Sicherheit der Gesellschaft heute eher auf die Bekämpfung des Feindes im Inneren. Synonym für diese Bedrohung sei die organisierte Kriminalität. Seit Mitte der achtziger Jahre habe es diese Entwicklung der „importierten Kriminalität“ gegeben. Wie **Schneider** (2001: 508) ausführt, gehe es bei der Bekämpfung der organisierten Kriminalität darum, Übel zu rechtfertigen (z.B. die Einschränkung der Prozessgarantien), um ein größeres Übel – die Bedrohung der Gesellschaft – zu verhindern. Die Lehre vom „bellum iustum“ halte taugliche Maßstäbe bereit, um diesbezüglich eine „verantwortungsethische Position einnehmen zu können“.

Thomas v. Aquin versuchte, ähnlich der Logik strafrechtlicher Rechtfertigungsgründe, eine ethische Kompromisslösung zu entwickeln. Er hat (in der Summa Theologica) die Frage gestellt, ob Kriegführen immer eine Sünde darstelle (**Schneider** 2001: 508f.) Aus dem

Blickwinkel des Evangeliums widerspricht das Führen eines Kriegs dem göttlichen Gebot und stellt daher immer eine Sünde dar („Ergo bellare semper est peccatum").

Trotz des göttlichen Verbotes versucht **v. Aquin** in Ausnahmefällen den Krieg dennoch zu legitimieren. Aus heutiger Sicht kann darin eine Art Rechtfertigungsgrund gesehen werden, um trotz des göttlichen Verbots in Ausnahmefällen Krieg führen zu können (**Schneider** 2001: 509). Hierfür sind nach **Aquins** Meinung drei Bedingungen erforderlich: (1) Die legitime Obrigkeit („*auctoritas principis*"): Ein Befehl zum Kriegführen darf nur von einem Fürsten (zur Zeit **Aquins** war der Fürst der oberste Richter und unterstand der höchstrichterlichen Autorität des Papstes) gegeben werden (2001: 509). (2) Die Notwendigkeit eines gerechten Grunds („*causa iusta")*: Für diejenigen, die den Krieg erleiden, muss es ein verdientes Leiden wegen einer Schuld sein (2001: 510). (3) Es muss eine aufrichtige Absicht („*recta intentio*") vorhanden sein; eine gerechte Absicht ist dann gegeben, wenn durch die Kriegführenden „das Gute gemehrt und das Böse gemieden wird" (2001: 510). Nur wenn danach gestrebt wird, die alte Ordnung wiederherzustellen, dann liegt eine legitime Absicht vor.

In diesem historischen Zusammenhang des „gerechten Krieges" erwähnt **Kant** die Möglichkeit, ein Individuum als Feind zu behandeln. **Schünemann** (2006: 222) betont, dass **Kant** in den von **Jakobs** zitierten Passagen wie auch in anderen Teilen des Buches „Metaphysik der Sitten" eine Unterscheidung zwischen einem gerechten und einem ungerechten Feind treffe. „So wenig also, wie **Kant** in der Verwendung des Begriffs des Feindes in der Geschichte der Staatsphilosophie eine herausgehobene Position einnimmt, so wenig steht er auch an deren Ende" (2006: 222). Wie **Schünemann** darlegt, wurden die Probleme der Staatstheorie lange vor **Kant** zur Zeit der christlichen Scholastik analysiert. Mit diesen Argumenten widerlegt **Schünemann** (2006: 222), dass „die von **Jakobs** getroffene Auswahl der von ihm zitierten Autoritäten zu kurz greift". Eine direkte historische Weiterführung der Philosophie der Aufklärung im Feindstrafrecht lasse sich, so **Schünemann**, nicht herstellen.

Auch **Peter-Alexis Albrecht** (2006: 122) äußert sich kritisch gegenüber **Jakobs**' **Kant**-Interpretation, seiner Meinung nach spreche **Kant** nur von Feinden im Naturzustand[148]. Allerdings könne es nach Abschluss eines Gesellschaftsvertrages und der Etablierung eines Bürgerstrafrechts keine Feinde mehr geben:

[148] Eine ähnliche Position vertritt **Bung** (2006: 61).

> „Was Jakobs für seine Unterscheidung Bürger und Feind aus Kant herausliest, gilt bei Kant allein für den Naturzustand, nicht für den rechtlichen Zustand. Im rechtlichen Zustand, den zu erreichen nach Kant Pflicht ist, gibt es ausschließlich ein Bürgerstrafrecht. Tatsächlich mag es neben dem Bürgerstrafrecht die Macht zur Vernichtung von Feinden geben. Aber im Kantischen wäre niemals Strafrecht" (**Albrecht P-A,** 2006: 122).

Pérez del Valle (2007: 517f.) nennt dies ein chronologisches Argument[149], weil es auf einen bestimmten historischen Moment verweise, in dem ein Individuum sich entschließe, einen Gesellschaftsvertrag zu besiegeln. Für **Del Valle** (2007: 518) ist jedes chronologische Argument unhaltbar, denn **Kant** habe den Gesellschaftsvertrag nicht als reale historische Tatsache betrachtet[150]. Da der Vertrag zu keinem bestimmten historischen Zeitpunkt abgeschlossen worden sein könne, sei es auch nicht möglich zu bestimmen, wann jemand am Vertrag teilnehme und wann nicht. Folglich beseitige die Tatsache, dass sich eine Gruppe von Individuen bereits im bürgerlich-rechtlichen Zustand befinde, nicht die Ungewissheit bezüglich anderer gleichzeitig im Naturzustand verbliebener Individuen (**Del Valle** 2007: 518).

Laut **Pérez Del Valle** (2007: 519),

> „entspricht der Vertragsabschluss bei **Kant** einer unbedingten Forderung, die aus dem Konzept der praktischen Vernunft folgt"[151]. Nach seiner Interpretation „besteht ein rechtliches Mandat zum Verlassen des Naturzustands, demzufolge die Menschen die Pflicht haben, sich diesem rechtlichen Grund a priori zu unterwerfen, unabhängig von jeglichem Interessenkalkül"[152].

Wie es bei **Kant** (1990: 162 §41) heißt, sollen „alle Menschen, die miteinander (auch unwillkürlich) in Rechtsverhältnisse kommen können, in diesen Zustand treten"[153]. Wenn also ein Mandat besteht, sich dem Vertrag zu unterwerfen, so besteht nach **Pérez del Valle** (2007: 519) auch die Möglichkeit, es zu missachten. Widersetzt sich ein Subjekt dem Vertrag,

---

[149] **Pérez del Valle** (2007: 517) nennt folgendes Beispiel für ein chronologisches Argument: „Danach soll es nach dem Abschluss des Gesellschaftsvertrags nur noch ein Bürgerstrafrecht geben, während ein Feindstrafrecht nicht mehr denkbar sei, da diejenigen, die nicht am Gesellschaftsvertrag teilhaben, auch nicht ausgeschlossen werden können." **Del Valle** schätzt die Argumente von **Peter Alexis Albrecht** (2006: 122) und **Jochen Bung** (2006: 61) als chronologisch ein.

[150] „Der Gesellschaftsvertrag ist also keine historische Tatsache" für **Kant**, wie **Del Valle** schreibt (2007: 518), und er fügt hinzu: „Beim Gesellschaftsvertrag im eigentlichen Sinne gibt es weder ein Vorher noch ein Nachher." Nach **Del Valles** (2007: 517) Ansicht betont **Jakobs** mit Recht, „dass **Kant** den Gesellschaftsvertrag nur als regulatives Modell für die Begründung und Begrenzung der Staatsgewalt benutzt".

[151] Siehe auch die Interpretation **Höffes** (1979: 210) zu **Kant**. Nach **Höffe** ist „Kants Maßstab der unbedingte Anspruch, der sich mit dem Begriff der praktischen Vernunft verbindet."

[152] Siehe eine ähnliche **Kant**-Interpretation von **Kersting** (1983: 297f.).

[153] **Del Valle** (2007: 519) bezieht sich auf **Kant** (1990: 99 §8), wenn er schreibt: „Die Debatte über das Deine und das Meine im Zusammenhang mit einem bestimmten Objekt ermöglicht es, einen anderen zur Unterzeichnung des Vertrags zu zwingen."

bewirkt dies eine Unsicherheit, weil es sich weigert, den Naturzustand zu verlassen, während neben ihm bereits der bürgerlich-rechtliche Zustand existiert. Es schließt sich selbst aus und wird zum Feind der Gesellschaft, aber nicht wegen des Verbleibs im Naturzustand, sondern wegen des willentlichen Verstoßes gegen das Mandat a priori. Jenes befiehlt ihm, diesen Zustand zu verlassen und sich in den bürgerlich-rechtlichen Zustand einzugliedern[154].

Jochen Bung (2006: 61)[155] hält **Jakobs**' Interpretation, dass **Kant** den Ausschluss eines Individuums aus der Gesellschaft befürworte, für falsch. Aus welchem Grund sollte ein Subjekt, das am Naturzustand festhält, aus dem bürgerlich-rechtlichen Zustand ausgeschlossen werden? **Pérez del Valle** (2007: 521) argumentiert demgegenüber, dass es bei **Kant** zwei Arten des Naturzustands gebe: den vorgesellschaftlichen und den gesellschaftlichen Zustand[156]. Im vorgesellschaftlichen Zustand integriert sich das Subjekt in keinerlei Art von Gesellschaft. Dahingegen kann das Subjekt im gesellschaftlichen Naturzustand rechtmäßige Gesellschaften[157], z.B. ehelicher, väterlicher, häuslicher oder anderer Art[158], entwickelt haben, auch wenn es sich nicht dem Vertrag unterworfen hat. In dieser Art des Naturzustands schließt sich das Subjekt selbst aus und verweigert sich der Integration in den Vertrag. Grundsätzlich verhält es sich aber „nach außen" wie ein Teilhaber am Vertrag im bürgerlich-rechtlichen Zustand (Bürger).

Nach **Del Valle** (2007: 521) erklären diese Unterscheidungen zwischen verschiedenen, gleichzeitig existierenden, gesellschaftlichen Zuständen das Fehlen kognitiver Sicherheit[159]. Es gibt keine äußerliche Unterscheidung zwischen demjenigen, der sich dem rechtlich-bürgerlichen Vertrag unterworfen hat, und demjenigen, der dies nicht getan hat, „da beide in diesen Gesellschaften leben und subjektive Rechte ausüben" (2007: 521). Es fehlen eindeutige Hinweise, an denen der Feind erkennbar ist, was einen Mangel an kognitiver Untermauerung bedingt. Die Unsicherheit besteht darin, nicht zu wissen, „bei welchen Subjekten die kognitive Untermauerung fehlt und wer insbesondere die Adressaten des Feindstrafrechts sind" (2007: 521).

---

[154] **Perez del Valle** (2007: 520) schreibt: „In jedem Fall jedoch rechtfertigt der Widerstand gegen das Mandat a priori die Annahme einer spezifischen Unsicherheit, die nicht vom Subjekt im Naturzustand ausgeht, sondern von dem Umstand, dass sich das Subjekt weigert, diesen Zustaand zu verlassen."

[155] In der erwähnten Anmerkung in „Zum ewigen Frieden" , die **Jakobs** zur Untermauerung seiner These zitiert.

[156] Siehe **Hruschka** (2004: 1088ff.).

[157] Laut **Del Valle** (2007: 521) existieren in diesen Gesellschaften nach Auffassung **Kants** subjektive Rechte, doch „es gibt keinen Richter, der im Falle eines Streits über mein Recht rechtskräftig entscheiden würde".

[158] Siehe **Kant** (1990: 162 §41).

[159] **Del Valle** (2007: 519) schreibt: „Aus dieser Perspektive findet das Fehlen der kognitiven Untermauerung bei **Kant** seine Rechtfertigung nicht nur im Bereich der Taten und der faktischen Gefährlichkeit im engeren Sinne: Wer sich dem Vertrag nicht unterwirft bzw. sich selbst ausschließt, verstößt gegen ein naturrechtliches Mandat a priori, welches ihn verpflichtet, den Naturzustand zu verlassen."

Jochen Bung (2006: 61) kritisiert ferner an **Jakobs**' Interpretation, dass angesichts des vorrechtlichen Naturzustands, von dem **Kant** ausgeht, nicht von Sicherungsverwahrung gesprochen werden kann. „In diesem »Zustand der Ungerechtigkeit«[160] kann es überhaupt nicht um jene Strafgerechtigkeit gehen, die **Kant** ansonsten bekanntlich absolut setzt." Das würde bedeuten, dass **Kants** (absolute) Strafe nur im bürgerlich-rechtlichen Zustand zur Anwendung käme, niemals jedoch im Naturzustand. Das „absolute" Strafprinzip erklärt **Kant**[161] folgendermaßen,

> „Richterliche Strafe (poena forensis), die von der natürlichen (poena naturalis), dadurch das Laster sich selbst bestraft und auf welche der Gesetzgeber gar nicht Rücksicht nimmt, verschieden, kann niemals bloß als Mittel, ein anderes Gute zu befördern, für den Verbrecher selbst, oder für die bürgerliche Gesellschaft, sondern muß jederzeit nur darum wider ihn verhängt werden, weil er verbrochen hat; denn der Mensch kann nie bloß als Mittel zu den Absichten eines anderen gehandhabt und unter die Gegenstände des Sachenrechts gemengt werden, wowider ihn seine angeborne Persönlichkeit schützt, ob er gleich die bürgerliche einzubüßen gar wohl verurteilt werden kann. Er muß vorher strafbar befunden sein, ehe noch daran gedacht wird, aus dieser Strafe einigen Nutzen für ihn selbst oder seine Mitbürger zu ziehen."

Diese Begründung von **Kants** absoluter Straftheorie basiert auf der Idee der Vergeltung für angerichteten Schaden[162]. Die Strafe hat für **Kant** Vergeltungscharakter, denn „zur Strafe gehört ein Danach und vor allem ein Deswegen" (**Höffe** 2000: 313). Entsprechend dem Vergeltungskonzept darf Strafe nie als Mittel zu einem anderen Zweck als Vergeltung angewandt werden, weder zum Nutzen für den Delinquenten selbst noch für die Gesellschaft, sondern bestraft wird „nur ein (...) zurechnungsfähige(r) Verbrecher" (2000: 315). Bestraft wird, weil ein Delikt begangen worden ist („punitur quia peccatum est"). Die Legitimation ist eine unverzichtbare Bedingung der Vergeltung. Wenn vom Recht zu bestrafen ausgegangen wird, das der Souverän innehat, dann hat die allgemeine Vergeltung den Rang eines „kategorischen Imperativs" (2000: 318). Wird gegen diesen verstoßen, indem im Namen des Gemeinwohls, der Staatsräson oder der Abschreckung ein Unschuldiger bestraft wird, der für die Tat nicht verantwortlich ist, oder indem ein Schuldiger nicht seiner Schuld angemessen

---

[160] Vgl. **Kant**, **Immanuel**: Metaphysik der Sitten. Erster Teil, Metaphysische Anfangsgründe der Rechtslehre, in: Werke Bd. IV, (Hrsg.) Weischedel, Darmstadt, 1983 (1797), S. 474.

[161] Vgl. **Kant**, **Immanuel**: Metaphysik der Sitten, in: Ders.: Gesammelte Schriften, Bd. VI, hg. v. d. Preussischen Akademie der Wissenschaften, Berlin: Reimer 1907, S. 331-337.

[162] „Im Allgemeinen lässt sich die Strafrechtstheorie auf zwei Formeln zurückführen: Punitur, quia peccatum est (absolute Theorie) und punitur, ne peccetur (relative Theorie). Als absolut werden an einer Straftheorie alle Elemente bezeichnet, deren Inhalt sich ohne Blick auf den Beitrag der Strafe zum Erhalt der sozialen Ordnung allein aus dem Umstand egibt, daß eine Norm gebrochen wurde (...). Relativ sind demgemäß diejenigen Elemente von Straftheorien, deren Inhalt durch die Aufgabe der Strafe für die soziale Ordnung vermittelt wird" (**Jakobs** 1993: 15 Rd.17). Es herrscht in Deutschland eine weitgehende Übereinstimmung, dass **Kant** und **Hegel** die Hauptvertreter der Wiedervergeltungstheorie sind.

bestraft wird, wird das elementarste Rechtsgut des Menschen verletzt, sein Eigenwert (**Höffe** 2000: 318).

Kant[163] gelangte **Heiko Lesch** (1994: 514) zufolge zu einer Theorie der

> „artgleichen, d.h. spiegelbildlichen, als Talion zuzufügenden Strafe: 'Welche Art aber und welcher Grad der Bestrafung ist es, welche die öffentliche Gerechtigkeit sich zum Prinzip und Richtmaße macht? Kein anderes als das Prinzip der Gleichheit (im Stande des Züngleins an der Waage der Gerechtigkeit), sich nicht mehr auf die eine als auf die andere Seite hinzuneigen. Also: was für unverschuldetes Übel du einem anderen im Volke zufügst, das tust du dir selbst an; (...) tötest du ihn, so tötest du dich selbst'."

Für **Kant** könne nur das Wiedervergeltungsrecht (ius talionis) die Qualität und Quantität der Strafe angeben. Die Strafe müsse dem angerichteten Schaden äquivalent sein. Wie **Höffe** (2000: 312) schreibt, drückt **Kant**[164] es folgendermaßen aus: »In der Strafe wird jemand (1) „wegen" (2) „seines Verbrechens" (3) „mit einem Schmerz" (4) „belegt".« Auch wenn die Strafe für den Täter eine Besserung brächte, z.B. seine Resozialisierung, füge sie ihm zunächst eine materiale Beeinträchtigung, ein Übel bzw. einen Schmerz zu. Und sie bedeute eine „formale" Beeinträchtigung, sogar wenn der Täter die Strafe frei anerkennen würde, weil er mit dem Schmerz „belegt" wird, d.h., er wird ihm aufgezwungen (**Höffe** 2000: 313).

Bei **Kant** wird nicht bestraft, um auf die Gesellschaft einzuwirken, denn Prävention und Resozialisierung sind nicht Zweck der Strafe[165]. Die Funktion der Strafe besteht in der Ausübung von Gerechtigkeit[166]. Die Strafgerechtigkeit ist genau wie die allgemeine Vergeltung ein kategorischer Imperativ (**Jakobs** 1993: 16 Rn.19), denn geht „die Gerechtigkeit unter (...), so hat es keinen Wert mehr, daß Menschen auf Erden leben". Als

---

[163] Vgl. **Kant**, **Immanuel**: Die Metaphysik der Sitten, Vorländer-Ausgabe, 1954, S. 159f.

[164] Vgl. **Kant**, **Immanuel**: Metaphysische Anfangsgründe der Rechtslehre (1797), in: Kants Werke. Akademie Textausgabe, Berlin 1968, Bd. VI, S. 331.

[165] **Höffe** (2000: 313) schreibt allerdings: „Der präventionstheoretische Satz »punitur ne peccatur« (»bestraft wird, damit kein Delikt begangen werde«) setzt immer den vergeltungstheoretischen Satz voraus: »punitur quia peccatum est« (»bestraft wird, weil ein Delikt begangen worden ist«)". Die Strafe, die vorab bekannt ist, „entfaltet zweifellos eine propektive Kraft" (Einschüchterung und Bereitschaft zum Rechtsgehorsam). Wie **Höffe** (2000: 314) weiterschreibt, sei Vergeltung die Strafe, die danach und wegen des Delikts verhängt wird, dabei gehe es nie bloß um Vergangenheit, sondern immer um Gegenwart und Zukunft: „Vergeltung ist eine »Retrospektive in Prospektive« bzw. eine »prospektive Retrospektive«. Und ist lässt sich mit dem Prinzip »Schutz der Rechtsordnung« unschwer vereinbaren."

[166] **Jakobs** (1993: 16 Rd.19) verweist darauf, dass **Kant** die Funktion der Strafe als Verwirklichung von Gerechtigkeit auf zwei Arten gerechtfertigt sieht: „Zum einen darf Strafe immer nur gegen den Täter verhängt werden." Andererseits muss die Gerechtigkeit angestrebt werden. Siehe auch bei **Lesch** (1999: 514), der wie **Jakobs** die Aufgabe der Strafe bei **Kant** als „Durchsetzung von Gerechtigkeit" interpretiert.

Beispiel für den kategorischen Charakter der Gerechtigkeit lässt sich folgende Passage von **Kant**[167] zitieren:

> „Selbst wenn sich die bürgerliche Gesellschaft mit aller Glieder Einstimmung auflöste (z.B. das eine Insel bewohnende Volk beschlösse, auseinander zu gehen und sich in alle Welt zu zerstreuen), müßte der letzte im Gefängnis befindliche Mörder vorher hingerichtet werden, damit jedermann das widerfahre, was seine Taten wert sind, und die Blutschuld nicht auf dem Volke hafte, das auf diese Bestrafung nicht gedrungen hat: weil es als Teilnehmer an dieser öffentlichen Verletzung der Gerechtigkeit betrachtet werden kann."

Bezüglich der Straftheorie von **Kant** äußert **Pérez del Valle** (2007: 523), die kantianische Vergeltung könne nur für die im Gesellschaftsvertrag lebenden Subjekte gültig sein, welche die Autorität des Souverän anerkennen. Weiter heißt es bei **Del Valle** (2007: 523): „Wer sich hingegen dem pactum socialis nicht unterworfen hat, kann keine Wiedervergeltung erfahren, da er sich im vor-rechtlichen Zustand befindet." Die Strafe kann im Naturzustand keine Wiedervergeltung sein, weil seine Gesetzlosigkeit bedingt, dass Strafe unmöglich ist, zudem gibt es keinen Richter, der bei Streitigkeiten entscheiden könnte. **Del Valle** (2007: 522) vertritt die Meinung, dass der Ausgangspunkt eines Feindstrafrechts, das sich auf diese Feststellung **Kants** gründet, darin besteht, „dass in einem Zustand der Ungerechtigkeit das Individuum unmöglich mit einer für den Rechtszustand geschaffenen, absoluten Strafe belegt werden kann".

Ferner legt **Del Valle** (2007: 523) dar, dass **Kant** in „Die Metaphysik der Sitten" (1797: 199) dem Begnadigungsrecht ablehnend gegenüberstehe, sofern es sich um Verbrechen der Untertanen untereinander handle. Ausnahmsweise lasse **Kant** die Anwendung des Begnadigungsrechts in Fällen der Verletzung des Rechts des Souveräns (crimen laesae maiestatis)[168] zu, außer „wenn bei Ungestraftheit dem Volke selbst in Ansehung seiner Sicherheit Gefahr erwachsen könnte" (2007: 523f.). Der Interpretation von **Del Valle** entsprechend lässt **Kant** das Begnadigungsrecht im erwähnten Fall nicht zu, weil bei Straftaten gegen den Souverän gleichfalls die subjektiven Rechte der Untertanen verletzt würden. Der Grund für die Ablehnung des Begnadigungsrechts ist hier nicht die Forderung nach Gerechtigkeit oder nach Vergeltung für ein begangenes Delikt. Der Grund ist, dass zu der Vergebung durch den Souverän die Vergebung durch die Untertanen hinzukommen müsste. Die Strafe für ein Vergehen gegen den Souverän kann nicht zum Zweck der

---

[167] Siehe **Kant**, **Immanuel**: Metaphysik der Sitten, in: ders., Gesammelte Schriften, Bd. VI, hg. v. d. Preussischen Akademie der Wissenschaften, Berlin: Reimer, 1907, S. 333.

[168] Unter crimen laesae maiestatis sind Majestätsverbrechen zu verstehen: „Mit dem Stigma der Straftat wurde belegt, was im Verdacht stand, die Herrschaft gefährden zu können" (**Hess**/ **Scheerer** 1997: 98).

Vergeltung verhängt werden, denn bei diesen Vergehen besteht die Möglichkeit der Begnadigung, die hier keine Ungerechtigkeit darstellen würde. Die ausnahmsweise Begnadigung wird hier wegen der Gefahr, bei Aussetzung der Strafe die Unsicherheit des Volkes zu erhöhen, ausgeschlossen. „Mithin lässt sich die Notwendigkeit der Strafe in diesen Fällen ausschließlich mit dem Anstieg der Gefahr erklären, der aus dem Ausbleiben der Strafe für die Gesellschaft resultiert, insbesondere da bei den Urhebern solcher Straftaten die Vermutung nicht aufrechterhalten werden kann, dass sie sich rechtlich verhalten werden“ (2007: 524).

Wie **Del Valle** (2007: 524) schreibt, würde die Gefahr der Unsicherheit des Volkes eine wesentliche Minderung der Stabilität der Norm bedeuten, die auf der kognitiven Sicherheit beruhe. Diejenigen, die keine Garantie geben, sich rechtlich zu verhalten, indem sie sich dem Eintritt in den rechtlich-bürgerlichen Zustand verweigern, schließen sich selbst aus. Sie stellen eine Gefahr da, und damals wie heute liegt der Zweck in der Erhaltung der Sicherheit. **Del Valle** hält es für eine gerechtfertigte Reaktion, bei denjenigen die Sicherungsverwahrung zu verhängen, die sich selbst vom bürgerlich-rechtlichen Zustand ausschließen. So wie auch **Kant** es laut **del Valle** bezüglich des Feindes im erwähnten Zitat aus „ Zum ewigen Frieden“ richtig findet. Im Gegensatz dazu findet **Jochen Bung** (2006: 61) **Jakobs**’ **Kant**-Interpretation zu weitgehend. Er sagt:

> „Das Weichenmüssen, von dem Kant spricht, bedeutet keineswegs schon das Aus- oder Eingeschlossenwerden, das Jakobs im Sinn hat. Überhaupt ist auch das Beispiel der Sicherungsverwahrung fernliegend, denn von einem solchen Institut kann in dem vorkonstitutionellen Zustand, von dem Kant ausgeht, schlechterdings nicht die Rede sein.“

Kindhäuser (2006: 81) seinerseits erklärt, dass bei **Kant** die Strafe nur auf den vom Täter verursachten Schaden (objektiv) zu beziehen sei[169]. Bei **Kant**[170] bestimmt das „ius talionis“ bzw. Wiedervergeltungsrecht das Maß der Strafe: „Wer folglich einen anderen tötet, soll per Strafe selbst getötet werden.“ Nach **Kindhäuser** (2006: 81) fehlen bei **Kant** die Kriterien der Zuschreibung von Verantwortung für den Schaden. Es wird folglich nicht berücksichtigt, „ob also der Schaden vom Täter unschwer oder − aufgrund eingeschränkter Handlungsfähigkeit −

[169] Das gegenwärtige Strafrecht verlangt auf Grund des Schuldprinzips nach der subjektiven Verantwortlichkeit eines Täters durch ein konkretes Verhalten, man kann jemanden nicht für die reinen Ergebnisse seines Handelns bestrafen (objektive Verantwortlichkeit).

[170] Vgl. **Kant**, **Immanuel**: Die Metaphysik der Sitten in zwey Theilen, (2. Aufl. 1798), in: Weischedel (Hrsg.), Immanuel Kant. Werke in sechs Bänden, 1960, Bd. II, S. 454.

nur unter Aufbietung eines hohen persönlichen Einsatzes zu vermeiden war“ (2006: 81)[171]. Da die Wiedervergeltungsstrafe sich nur an den Ergebnissen orientiert, ohne die Verantwortung des Täters[172] zu beurteilen, kann die Strafbarkeit eines Versuchs ebenso wenig erfasst werden wie die Verantwortung für Gefährdungen. **Kindhäuser** (2006: 81) stellt fest, dass bei **Kant** z.B. ein Täter nicht bestraft werde, „wenn sein Schuss den Kopf des Opfers verfehlte“.

Ist das Feindstrafrecht ein Täterstrafrecht? „Im System des Täterstrafrechts knüpft die Strafe konkret an die Gefährlichkeit des Täters an. Entscheidend ist hier der Vorwurf, dass der Täter zu einer kriminellen Persönlichkeit geworden ist“ (**Jescheck/Weigend** 1996: 54). Laut **Pérez del Valle** (2007: 526) ist der grundlegende Inhalt des Modells von **Jakobs** die Beschreibung „einer Tat (...) und nicht die Charakterisierung eines Täters“. Es könne, so **Del Valle**, auch dann nicht von einem Täterstrafrecht gesprochen werden, wenn es sich durch die Tat erweise, dass der Täter außerhalb des bürgerlich-gesetzlichen Zustands stehe. Der Unterschied besteht darin, dass der Feind sich selbst ausschließt. Der Täterwille ist es, durch sein Verhalten im Naturzustand zu verbleiben. Laut **Del Valle** (2007: 526) tritt diese Sichtweise auch bei **Kant**[173] in Erscheinung: „Die oberste Macht (*gibt*) Gesetze (...) bloß als Mittel den rechtlichen Zustand vornehmlich gegen äußere Feinde des Volks zu sichern.“

Auch in den modernen Gesellschaften könne der Feind seine wahre Identität verbergen, wie **Del Valle** (2007: 520) erklärt: „Die Antwort hierauf kann nicht in der Bezeichnung eines Feindes liegen, denn ein konzeptioneller Ausgangspunkt des Feindstrafrechts liegt eben in der kognitiven Unsicherheit und damit in der Schwierigkeit, den konkreten Feind zu identifizieren“ (2007: 525). Die Frage liegt nahe, wer als Adressat des Feindstrafrechts zu gelten hat, worauf die Antwort sein müsste, welche Straftaten es seien, deren Täter Feinde sind bzw. sein könnten (2007: 525). Im Gegensatz dazu missbilligt **Schünemann** (2006: 222) den philosophischen Vergleich von **Jakobs**’ Thesen, denn die gegenwärtigen Probleme seien nicht im Rahmen der Staatstheorie der Aufklärung zu lösen.

---

[171] Die im modernen Strafrecht vorhandenen Entschuldigungs- und Schuldausschließungsgründe gem. §§ 19, 20, 21, 35 StGB finden bei **Kant** keine Berücksichtigung. Ferner werden die unter hohem persönlichen Einsatz vermeidbaren Taten ebenfalls nicht berücksichtigt. Vgl. **Kindhäuser** (2006: 81).

[172] Dies entspricht dem Schuldprinzip, das einen verfassungsmäßigen Rang hat. Das Schuldprinzip bedeutet, dass staatliche Strafe nur auf die Feststellung gegründet werden darf, dass dem Täter seine Tat persönlich zum Vorwurf gemacht werden kann (**Jescheck/Weigend** 1996: 23).

[173] Vgl. **Kant**, **Immanuel**: Über den Gemeinspruch: Das mag in der Theorie richtig sein, taugt aber nicht für die Praxis (1793), (Hrsg.) Ebbinghaus, Klostermann, Frankfurt am Main, 1982, S. 50.

Was sind die zentralen Ursachen für die rechtsphilosophische Feinddebatte? Nach Meinung des deutschen Philosophen **Otfried Höffe** (2000: 308) müsse das Strafrecht nicht „der juristischen Rechtsphilosophie überlassen bleiben". Er stellte anlässlich einer Tagung in Berlin fest[174], dass für die „rechtsphilosophische Feinddebatte"[175] allerdings die („philosophisch gebildeten") Juristen zuständig seien (2000: 309). Für eine Strafrechtsphilosophie von Seiten der Philosophen bedürfe es einer neuen Problemlage. **Höffe** (2000: 309) nennt drei Faktoren, die eine – relativ – neue Problemlage hervorrufen könnten: Der erste Faktor besteht in einer Neukriminalisierung, die sich durch die Einführung neuer Delikte auszeichnet, die die Strafbarkeit ausweiten, die Verteidigungsmöglichkeiten des Beschuldigten verringern und die Strafandrohung verschärfen. Als zweiter Faktor stellt sich die Legitimationsfrage für ein Strafrecht, das angesichts der Globalisierung Konflikte lösen soll. **Höffe** (2000: 309) befürwortet eine Strafrechtswissenschaft, die sich auf „interkulturelle Rechtsdiskurse" konzentriert. Das Strafrecht müsse sich „den globalisierungsbedingten Aufgaben zuwenden und sich einem Weltstrafrecht öffnen"[176]. Der dritte Faktor liegt im Bereich der Strafrechtswissenschaft und bezieht sich auf eine „Neuorientierung des modernen Strafrechts"[177] (2000: 310). Dies könnte auch die Philosophen zu einer neuen Strafrechtsphilosophie inspirieren. Laut **Höffe** (2000: 309) betreffen die drei erwähnten Faktoren jeweils die Strafrechtspolitik, die Weltpolitik und die strafrechtswissenschaftliche Entwicklung. Obwohl die ersten beiden Faktoren politischer Natur sind, „schlagen die ersten beiden Faktoren auf die Strafrechtswissenschaft durch" und stehen alle drei in einem Zusammenhang (2000: 309). Beim ersten und zweiten Faktor konzentriert sich **Höffe** (2000: 309) besonders auf das Thema der Legitimation des Strafrechts. Da das Strafrecht in die menschliche Freiheit eingreift, können die Bürger Legitimität erwarten:

> „Warum überhaupt und was darf der Staat bestrafen? Und für die Antwort erwarten wir nicht bloß funktionale oder pragmatische, sondern moralische, ohnehin allgemein gültige Gründe" (2000: 309).

[174] Es handelt sich um die gleiche Tagung von 1999 in Berlin, auf der **Jakobs** zum zweiten Mal das Thema des Feindstrafrechts anspricht.

[175] Wie **Höffe** (2000: 307) schreibt, „sind die großen Philosophen zugleich große Rechts- und Staatsdenker; und seit deren Kirchenvätern, Platon und Aristoteles, befassen sie sich auch mit dem Strafrecht."

[176] **Höffe** (2000: 309f.) spricht von einem Weltstrafrecht, das drei Dimensionen vereinigt: national (es muss interkulturell gültig sein), international (die nationale Strafgerichtsbarkeit muss sich einem Weltstrafrecht öffnen, und kosmopolitisch (das Strafrecht muss sich mit Verbrechen gegen die Menschlichkeit befassen).

[177] Laut **Höffe** (2000: 310): „Dieses »wendet sich« nach Winfried Hassemer »ab von metaphysischen Konzepten und verschreibt sich einer empirischen Methodologie«". Vgl. **Hassemer** (1992: 379).

3.3.2 Der Feind als „Unperson“ im Strafrecht

Die von **Albin Eser** (2000: 445) auf der internationalen Konferenz von Berlin[178] geäußerte Kritik an der „Beschreibung“ des Feindstrafrechts hat eine Diskussion über das Konzept der „Unperson“ ausgelöst. **Eser** sagte damals: „Feinde als »Unpersonen« – solche Vorstellungen haben schon einmal in einen Unrechtsstaat geführt (...)“. Mit diesem Vorwurf wird **Jakobs**' These vom „Feind-Unperson“ mit nationalsozialistischen Ideen in Verbindung gebracht (**Prittwitz** 2004: 109). Kommentare dazu finden sich unter anderen bei **Hoerster** (1999: 215), **Prittwitz** (2001: 795f.) und **Schünemann** (2001: 211). Alle diese Autoren stimmen darin überein, dass jeder Straftäter einen unverzichtbaren Anspruch darauf habe, nicht als Unperson oder als Feind behandelt zu werden. **Schünemann** (2001: 212) betont weiterhin, dass die Bezeichnung „Unperson“ fehlerhaft sei, „weil die Person im Strafrecht durch dessen Zurechnungsregeln definiert wird“. Diese Regeln dürften auch bei **Jakobs** nicht zur Disposition stehen. Andererseits seien Feinde nach **Schulz** (2000: 662) „immerhin noch potentielle Personen“. Ebenfalls verbiete der Artikel 1 GG „kaum den systemtheoretischen Begriff der Person, weil er im juristischen Diskurs nicht zum methodischen Individualismus verpflichtet“ (2000: 662).

Die theoretische Figur des inneren Feindes[179] als Unperson, die **Jakobs** 1999 beschrieb, kehrte mit Nachdruck in die deutsche, wissenschaftliche Diskussion[180] zurück, nachdem die USA dazu übergegangen waren, die Sicherheit bedrohende Personen in einem Lager in Guantanamo festzuhalten[181]. Nach diesen Ereignissen wies **Jakobs** (2004: 89 Fn. 4) im Jahre 2004 darauf hin, dass die Kritiken von **Eser** (2000: 444f.), **Schulz** (2000: 653ff.) und **Schünemann** (2001: 211) nichts zur Lösung des Problems beitrügen, dass in Deutschland Straftäter im Rahmen von Sicherheitsmaßahmen wie gefährliche Individuen behandelt würden.

---

[178] Thema der Tagung war: Die deutsche Strafrechtswissenschaft vor dem Jahrtausendwechsel.

[179] Siehe **Ambos** (2006c: 10) zur Beziehung zwischen **Jakobs**' Feindbild und dem Begriff des inneren Feindes. Der innere Feind ist ein „Abweichler“ in der eigenen Gesellschaft, der sich in keine Gemeinschaft integrieren will und die vorherrschenden gesellschaftlichen Wertvorstellungen nicht akzeptieren kann oder will.

[180] **Cancio Meliá** (2005: 267) verweist darauf, dass der Begriff des Feindstrafrechts, „auf makabre Art und Weise ca. ein Jahr avant la lettre (der Folgen) des 11. September 2001 – maßgeblich von Jakobs in die deutsch-spanische Diskussion wiedereingeführt wurde“. Auch bei **Schulz** (2006: 315) liest man, dass es auf Grund der Ereignisse des 11. Septembers zu einer intensiveren Diskussion gekommen sei. **Prittwitz** (2002: 500f.) erklärt ausführlich die Schwierigkeit, nach dem 11. September an dem Unterschied zwischen Strafrecht und Krieg festzuhalten. In diesem Zusammenhang hat das Feindstrafrecht eine Brücke zwischen Krieg und Strafrecht geschlagen.

[181] **Schünemann** (2006: 221) kritisiert, dass die USA, indem sie „den von ihnen auf Guantanamo internierten mutmaßlichen Taliban-Anhängern weder die Rechtsstellung eines Beschuldigten noch die Rechtsstellung eines Kriegsgefangenen einräumen wollen“, offensichtlich eine Art Feindstrafrecht praktizieren würden, „(...) bei dem die in Käfigen gehaltenen Gefangenen »aktuell Unpersonen« sind (...)“.

Wie **Schulz** (2006: 331) meint, sieht die deutsche Strafprozessordnung die Einteilung in Personen und gefährliche Feinde nicht vor. Mit ihren Prinzipien sei es unvereinbar, einen hohen Standard des individuellen Schutzes der Beschuldigten im normalen Strafprozess mit Hilfe einer zweigleisigen Strafverfolgung aufrechtzuerhalten, denn **Jakobs**' Vorschlag sehe die Trennung in zwei Kategorien von Strafrecht vor. Laut **Schulz** (2006: 331) beabsichtige **Jakobs** mit dieser Trennung das hohe „Niveau des Individualschutzes des Beschuldigten im Normalverfahren zu retten". Er führt aus, dass eine derartige Trennung rein fiktiv sei, ihr liege die ebenso fiktive und „riskante Dichotomie von Individuum und Person zugrunde" (2006: 331). Diese Dichotomie werde bei **Jakobs** durch ein Modell der kognitiven Mindestgarantie begründet. Bei diesem Modell gebe es kein Kriterium, ab wann ein Verhalten Sicherheit biete. Diese Konzeption der Trennung werde an der Realität des Prozessrechts scheitern, denn dieses werde seiner Aufgabe nachkommen und die „Flexibilisierung des Individualschutzes" für unzulässig erklären (**Schulz** 2006: 332). Auch nach **Schünemann** (2006: 226) gebe es keine völlig außerhalb der Gesetze lebenden Personen. Im Strafprozess rechtfertige der Verdacht einer schweren Straftat intensivere Untersuchungsmethoden ebenso, wie nach erfolgtem Beweis die Verhängung von härteren Strafen legitim sei. „Auch bei einem schweren Delikt bleibt der Beschuldigte aber immer mit eigenen Rechten und Rechtsbehelfen ausgestattet, er bleibt Bürger, auch wenn er im Verdacht steht, sich feindlich verhalten zu haben" (2006: 226)[182].

Jakobs' Konzept sah sich erneut sowohl auf der Strafrechtslehrertagung in Frankfurt[183] als auch auf der Konferenz in Aachen[184] zwei Monate zuvor einer starken Ablehnung ausgesetzt [185]. Eine Zusammenfassung des Tagungsablaufs wurde von **Martin Heger** verfasst (2005: 865). Am letzten Tag der Strafrechtslehrertagung fand eine Diskussion zum Thema „Krieg gegen den Terror − Konsequenzen für ein rechtsstaatliches Strafrecht" statt. **Peter-Alexis Albrecht**, **Kai Nehm** und **Günther Jakobs** hielten die Eingangsreferate (**Heger** 2005: 882). **Jakobs** legte seine Theorien zu den aktuellen Problemen des Terrorismus dar: nämlich wie ein in der Praxis optimaler Rechtsstaat die Entpersonalisierung von terroristischen Subjekten legitimieren könne. Ein großer Teil der Diskussion zum Tagungsende bezog sich auf **Jakobs**' Ausführungen. In dieser Diskussion vertrat **Köhler** (**Heger** 2005: 882f.) den Standpunkt, dass der Status als Rechtsperson eine Grundeigenschaft des Menschen sei, die er nicht verlieren

[182] Der Autor verweist auch auf das Prinzip der Unschuldsvermutung, das die Strafprozessordnung schütze.
[183] Bei der Strafrechtslehrertagung im Jahre 2005 handele es sich um einen am 8. Mai 2005 durchgeführten Kongress der deutschsprachigen Strafrechtsprofessoren in Frankfurt/Oder.
[184] Thema der Tagung war: Wen schützt das Strafrecht? 29. Strafverteidigertag Aachen, 4.- 6. März 2005.
[185] Nach **Sauer** (2005: 1704) hat **Jakobs** in beiden Vorträgen Feinde als Unpersonen bezeichnet.

könne, auch ein Schwerverbrecher nicht. Feind sei für ihn eine rechtliche Definition, die im Krieg verwendet werde, Kriegsverbrechen würden im Rahmen des Völkerstrafrechts geahndet. Folter sei für ihn klar ein Rechtsbruch. „Deshalb sei auch der habituelle Schwerverbrecher kein »wildes Tier«, das man nach bloßer Zweckmäßigkeit behandeln dürfe“ (**Heger** 2005: 882). Auch für **Gössel** (**Heger** 2005: 883) bleibt jeder Verbrecher ein Mensch: Selbst bei größten Verbrechen gegen die Menschlichkeit, wie jenen von **Hitler**, **Stalin** und **Pol Pot** im 20. Jahrhundert, kann diesen nicht die Menschenwürde abgesprochen werden; gerade dies beweise die Überlegenheit des Rechtsstaats. Menschenverachtend ist deshalb für ihn die Abgrenzung eines Feindstrafrechts vom Bürgerstrafrecht. Ähnlich ist auch die Kritik von **Kreuzer** (**Heger** 2005: 883): Menschenrechte seien „unteilbar“, und eine Rückkehr zur „Tätertypenlehre (Feind als Täter)“ sei nicht hinnehmbar. Das Strafrecht habe die Funktion zu schützen, weil auch „Terroristen wandelbar seien“. **Ambos** (**Heger** 2005: 883) stimmte **Jakobs** insofern teilweise zu, als dieser eine Kontaminierung des Bürgerstrafrechts verhindern möchte. Er sah jedoch die Gefahr eines Missbrauchs der Kategorie des Feindes, in die alle möglichen Andersdenkenden eingeordnet werden können. Für **Ambos** (**Heger** 2005: 883) war diese Frage vor allem in Bezug auf die Länder Lateinamerikas relevant, in denen **Jakobs**’Thesen einflussreich seien:

> „Wie könne man in Gesellschaften mit großen sozialen Gegensätzen und einer noch populistischeren Kriminalpolitik als hierzulande sicher sein, dass zu Feinden nicht all jene werden, die die Andersdenkenden repräsentieren?“

Schon ein Jahr vor der Strafrechtslehrertagung hat der Göttinger Universitätsprofessor **Kai Ambos** (2002: 63) in seinem „Allgemeinen Teil des Völkerstrafrechts“ vor der Gefahr gewarnt, die ein falsch verstandenes Feindkonzept z.B. für Lateinamerika darstelle[186]. Die Klassifizierung in Bürger − Feind könnte durch ihre Unbestimmtheit leicht von einem autoritären Regime als theoretische Grundlage zur Rechtfertigung für das System benutzt werden. **Ambos** (2006c: 15f.) hatte schon 2006 darauf hingewiesen, dass **Jakobs** ein abstraktes Feindbild[187] entsprechend dem Ziel der Gefahrenabwehr geschaffen habe. Der

[186] **Ambos** (2002: 62f.) bezweifelt, dass in Lateinamerika die Kenntnisse bezüglich des Feindstrafrechts von **Jakobs** vorhanden seien − -wo kein homogenes Personenkonzept existiere, blieben die Marginalisierten weiterhin marginalisiert. „Abgesehen davon, dass sich (**Jakobs**’) Sichtweise kaum noch auf dem Boden unserer verfassungsrechtlichen, an der Menschenwürde ausgerichteten Ordnung bewegt und zukünftigen Unrechtsregimen eine theoretische Legitimation verleiht (man denke an die massive Verbreitung der Jakob’schen Thesen im lateinamerikanischen Raum), ist sie auch um gerade aus völkerstrafrechtlicher Sicht völlig inakzeptabel, weil sie den menschenrechtlichen Minimalkonsens, auf dem die völkerstrafrechtliche Ordnung beruht (...), nicht zur Kenntnis nehmen will.“ Dazu siehe **Prittwitz** (2004: 119).

[187] Die Figur des Feindes ist abstrakt, unvorhersehbar und oft fiktiv. Dazu erklärt **Geulen** (2002: 11): „Historische, aber auch psychologische, soziologische und politologische Analysen zeigen hinreichend

Status Feind könne ohne weiteres nicht bewiesen werden, es lasse sich nur vermuten, denn es existiere kein genau definiertes Bild des Menschen als Bürger oder als Feind[188]. Ist die analytische Leistungsfähigkeit des Feindbegriffs ausreichend, um präzise zwischen **Jakobs**' Vorstellungen von Person und Unperson unterscheiden zu können?

Die Pflicht des Staates, Menschen nicht mehr als Personen zu achten, führte zu einem Unbehagen unter den Teilnehmern der Diskussion über das Feindschaftsrecht[189]. Durch die von **Jakobs** eingeführte Vokabel „Feind" wurde ein Tabu der deutschen Vergangenheitsbewältigung gebrochen (**Greco** 2006: 104).

Jakobs' Vorhaben, die Menschen auf diese Art in zwei Kategorien zu klassifizieren, ist laut **Ambos** (2006c: 6) mit der „Freund/Feind"-These des Staatstheoretikers **Carl Schmitt** zu vergleichen[190]. Einer der Autoren, die ebenfalls einen Zusammenhang zwischen **Jakobs**' und **Schmitts** Freund-Feind-Thesen sehen, ist **Bung** (2006a: 250): „Es ist klar, dass die polarisierende Rede vom Feind dazu angetan ist, die Befürchtung geistiger Komplizenschaft mit **Carl Schmitts** Begriff des Politischen oder andere ungute Assoziationen aufkommen zu lassen." **Sauer** (2005: 1703) erwähnt die Möglichkeit, dass die These vom Feind bei **Jakobs** allein durch die Tatsache Schaden nehme, dass, „wer sich in die Nähe einer persona non grata stelle (und jedenfalls für liberale Juristen ist Carl Schmitt aus guten Gründen eine persona non grata), sich allein damit schon diskreditiert (habe)".[191] **Carl Schmitt** sah das Wesen des Politischen in der Existenz des Feindes, d.h. Freund-Feind sind politische Kriterien, konstituierend für den Staat (**Uwer** 2006: 44). Das existentielle Anderssein des Kontrahenten bedinge seine Feindschaft. Kriterien dieses Typs der Gegensätze gebe es in vielen Bereichen:

---

deutlich, welchen Anteil imaginäre Feindbilder an der »Konstruktion« des Anderen als Feind haben. Dabei spielen neben Projektionen, Surrogatbildungen und paranoiden Momenten vor allem *Antizipationen der extremen* Bedrohung, die der Feind bedeuten *kann*, eine nicht zu übersehende Rolle. Die Wahrnehmung des »realen« Anderen und die »imaginäre« Aufladung des von diesen Antizipationen bestimmten Bildes, das man sich vom Anderen macht, sind oft kaum mehr auseinander zu halten."

188 Die Kritik bezüglich der Unklarheit, wen **Jakobs** als Feinde bezeichnet, wird auch von **Helfendehl** (2005: 161) konstatiert. Auch **Schulz** (2006: 332) stellt fest: „Wenn es einen Feind gibt, dann ist es der Teufel, zumal er eine erstaunliche Karriere vom Ankläger (…) zu einem Akteur zu verzeichnen hat, der Kommunikation unterbricht."„Die Abgründe, die der Jakob'sche Kampf gegen das Böse aufreißt, lassen sich, um zum rechtshistorischen Ausgangspunkt dieser Ausführungen zurückzukehren, in jenem prozessualen Umgang mit ihm aufzeigen, den frühe Prozessualisten forderten."

189 Laut **Prittwitz** (2004: 113) haben die Begriffe „Feind" und „Unperson" den größten Teil der Kritiken **Jakobs**' auf sich gezogen, die von Juristenkreisen in Berlin geäußert wurden.

190 **Kaleck** (2006: 290f.) stellt ebenfalls die Parallele zu **Schmitts** Unterteilung in Bürger und Feind fest: „Fast schon resigniert muss man zur Kentniss nehmen, wie mit der Debatte um das »Feindstrafrecht« einmal mehr Carl Schmitt wie der Geist aus der Flasche aufsteigt – sowohl, was die Selbstinszenierung, als auch was die Theorie des bis heute wirkungsmächtigen Staatsrechtlers anbelangt."

191 Vgl. **Hörnle** (2006: 92 Fn. 59).

> „Die Unterscheidung zwischen Freund und Feind hat den Sinn, den äußersten Intensitätsgrad einer Verbindung oder Trennung, einer Assoziation oder Dissoziation zu bezeichnen. [...] Der politische Feind braucht nicht moralisch böse, er braucht nicht ästhetisch häßlich zu sein; er muss nicht als wirtschaftlicher Konkurrent auftreten, und es kann vielleicht sogar vorteilhaft scheinen, mit ihm Geschäfte zu machen. Er ist eben der andere, der Fremde, und es genügt zu seinem Wesen, daß er in einem besonders intensiven Sinne existenziell etwas anderes und Fremdes ist, so daß im extremen Fall Konflikte mit ihm möglich sind, die weder durch eine im voraus getroffene generelle Normierung, noch durch den Spruch eines ‚unbeteiligten' und daher ‚unparteiischen' Dritten entschieden werden können" (**Schmitt** 2002: 27).

Eingeteilt in die Freund-Feind-Kategorie werden Völker sowie Bürger. Der Feind ist derjenige, der durch den Souverän zum Feind erklärt wird. Zentral war für **Schmitt** die Frage der Souveränität, und damit der Entscheidungsgewalt über den Ausnahmezustand. Wie **Uwer** (2006: 43) **Schmitt** interpretiert, entscheide im Ausnahmezustand nicht Recht, sondern Gewalt. Nach **Schmitt** entscheidet der Staat sowohl darüber, „ob der extreme Notfall vorliegt, als auch darüber, was geschehen soll, um ihn zu beseitigen. Er steht außerhalb der normal geltenden Rechtsordnung und gehört doch zu ihr" (**Schmitt** 2004: 14). Der Staat befinde sich permanent in dem Zustand, Gefahr abwehren zu müssen, der Ausnahmezustand werde somit zum Dauerzustand. Durch die grundlegende Unterscheidung in Freund-Feind lässt sich der Ausnahmezustand immer wieder erneuern. Ohne diese Unterscheidung gebe es keine Souveränität, keinen Staat (**Uwer** 2006: 44).

Jakobs' Konzeption sehe, im Gegensatz zu **Schmitt**, eine Notwendigkeit der Trennung der Normen, die für den Ausnahmefall gälten, von den für den Normalfall geltenden Normen vor (**Uwer** 2006: 44). Der Ausnahmefall solle zeitlich unbegrenzt dem Normalfall zur Seite treten. Durch die Schaffung von zwei Strafrechten lasse sich dies realisieren. Die Form der Autorität, die bei **Schmitt** noch eine personale, politische sei, verlagere sich bei **Jakobs** zu einer strukturellen Autorität des Rechtssystems, so **Uwer** (2006: 45). Die Entscheidung, wer ein Feind sei, habe der Feind selbst zu treffen, indem er sich unterwerfe oder verweigere (2006: 45). Wie **Uwer** (2006: 52) kritisiert, sei schon das Individuum ein Feind, welcher hartnäckig an seiner Subjektivität entgegen den gesellschaftlichen Vorstellungen festhalte, sei es durch seine Haltung, sein Erwerbsleben oder durch Zugehörigkeit. Die Gesellschaft müsse sich, um **Jakobs** Vorstellungen zu entsprechen, zu einem „monströsen Konformitätsapparat" wandeln.

Auch **Schulz** (2006: 318 Fn. 11) stellte fest, dass **Jakobs** bei **Schmitts** totalitärer Denkweise Anleihe genommen habe, zumindest in Bezug auf die Terminologie[192]. Für **Schulz** (2006: 318 Fn. 11) lässt sich der Vergleich von **Jakobs**' Aussagen zu **Carl Schmitts** politischen Ideen anhand von zwei Faktoren rechtfertigen: erstens durch die Schaffung einer legalen Grundlage für den Umgang mit dem Feind, zweitens durch die Autorisierung einer Geheimpolizei, gegen Täter bzw. bei **Schmitt** „den Volksgemeinschaftsfremden" zu ermitteln und sie ohne Strafprozess „unschädlich" zu machen. **Müssig** (2006: 382) sieht bei **Schmitt** die Unterscheidung in „Freund und Feind" als das entscheidende Politikmerkmal an, und dies sowohl beim äußeren als auch beim inneren Feind. Für **Müssig** (2006: 383) ist die Verbindung zwischen **Schmitts** Einführung einer „Erklärung zum Staatsfeind" als Politikmerkmal und **Jakobs**' Vorstellungen offensichtlich.

Hörnle (2006: 92) bezieht zur allgemeinen Diskussion eher kritisch Stellung und vertritt eine abweichende Position. Ihrer Meinung nach sind die Empörung anlässlich der Einführung des Feindkonzeptes in die kriminalpolitische Diskussion und das Wiederaufleben der Lehre von **Schmitt** damit zu erklären, dass hier „verhüllte Konflikte" ans Licht kämen. **Hörnle** beschreibt, auf welche unkorrekte Weise Bürger während des Prozesses behandelt werden, z.B. werde die Unschuldsvermutung nicht respektiert. Die Angeklagten müssen schon vor der Feststellung der Schuld Freiheitsbeschränkungen und Einschnitte in ihre fundamentalen Rechte erdulden. Auch einige Sicherheitsmaßnahmen seien mit einem „Bürgerstrafrecht" nicht vereinbar. **Hörnle** (2006: 92) ruft dazu auf, **Jakobs**' Thesen trotz seines „Tabubruchs" bezüglich seiner Einführung des Feindkonzeptes in die kriminalpolitische Diskussion aufzunehmen, die dadurch hervorgerufenen Assoziationen an **Carl Schmitt** zu überdenken und die normativen Grundlagen des Feindstrafrechts nicht aufgrund der Terminologie abzulehnen. Obwohl für sie diese Wortwahl auch unheilvoll klinge, stellt sie die Frage, ob nicht unter Umständen Vorverlagerungen der Strafbarkeit, schärfere Strafen und andere präventive Maßnahmen tatschlich zu befürworten seien (2006: 93).

Wurde **Jakobs**' Modell eines Feindstrafrechts nur in Folge seiner Verwendung des Feindbegriffs abgelehnt? Nach der Überzeugung **Prittwitz**' (2004: 113) hätte die Mehrheit der Strafrechtler **Jakobs**' Analyse unterstützt, wenn er eine weniger polemische Ausdrucksweise benutzt und die traditionelle Interpretation des Strafrechts als „Verbrechensbekämpfungsgesetz" respektiert hätte.

[192] Siehe auch **Schulz** (2000: 659f. Fn. 17).

Neumann (2006: 305) vertritt eine etwas andere Ansicht, er meint, **Jakobs**' Modell müsse nach sachlich-inhaltlichen und nicht semantischen Kriterien beurteilt werden, „denn im allgemeinen Sprachgebrauch ist das Freund-Feind-Schema mit dem Schema Gut-Böse gerade nicht deckungsgleich". Angesichts dieser Uneinigkeit des Sprachgebrauchs sei aus den semantischen Regeln wenig zu erschließen.

Nach **Grecos** (2006: 104f.) Meinung seien **Jakobs**' These zwar autoritär, aber nicht vergleichbar mit nationalsozialistischem Ideengut. Die Gründe dafür liegen für ihn darin, dass zum einen auch andere totalitäre Staaten, seien sie faschistischer oder kommunistischer Prägung, jedoch nicht rassistisch, „gefährlichen Individuen" keine Rechte zustünden. Zum anderen, weil „nirgendwo die Rasse des Individuums als Indiz für seine fehlende kognitive Sicherheit angesehen wird."

Schulz (2006: 316) kommentiert, dass **Jakobs** schon 1985 die Vorfeldkriminalisierung anhand des Beispiels der strafbaren Verabredung zum Verbrechen (§ 30 Abs. 2 StGB) kritisiert habe. Laut **Jakobs** werde der Bürger zum Feind degradiert, wenn nur die innere Befindlichkeit ohne äußerlich sichtbare Störung strafrechtlich berücksichtigt werde. Für seine Kritik an **Jakobs** greift **Schulz** auf historische Parallelen zurück. Er vergleicht ironischerweise die Forderung von **Jakobs**, nur die externalisierte Handlung zu bestrafen mit der Lehre vom „constare de delicto"[193], die besage, dass der Richter bei einem Tötungsdelikt vor der Eröffnung des Verfahrens die Leiche gesehen haben musste (2006: 316). Für **Carpzov**, der die Lehre flexibilisierte, genügte bereits ein Gerücht, ein schlechter Ruf oder ein Schimmer eines Verdachts für eine Zeugenbefragung. **Schulz** (2006: 317) schreibt ferner:

> „Dafür, dass Jakobs für das Bürgerstrafrecht auf jener Sichtbarkeit insistiert, zahlt er den Preis einer flankierenden Kriminalisierung, mit der er die behauptete Uferlosigkeit der Rechtsgutlehre noch übertrifft."

Wie **Schulz** (2006: 317) kritisiert, befürworte **Jakobs** auf der anderen Seite mit seiner Konzeption des Normvertrauens eine neue Kriminalisierung, vor allem von Pflichtwidrigkeiten. Um die Normgeltung zu erhalten, wird nicht nur das Bewirken von materiellem Schaden bestraft, sondern jegliche Störung des Vertrauens in die Norm.

[193] **Schulz** (2001: 176) erklärt diesen Begriff folgendermaßen: „Die Lehre vom constare de delicto wird von Gandinus klassisch formuliert und noch von Farinacius, der den Begriff prägt, gegen die einsetzende Ausweichung verteidigt. Im Rückgriff auf italienische Vorläufer findet sich in Deutschland das corpus delicti entgültig bei Carpzov flexibilisiert durch die auf Clarus (1568) zurückgehende Differenzierung von (a) delicta facti permanentis, für welche die strenge Lehre noch gilt, und (b) delicta facti transeuntis, für die bei Clarus ein Geständnis als Tatbeweis genügen soll."

Eine rechtgeschichtliche Parallele entdeckt **Schulz** (2006: 317) auch beim Inquisitionsverfahren gegen Häretiker der Kirche, z.B. gegen die sog. Katharer. Diese wurden zur größten Gefahr für die Kirche, da sie eine Abspaltung von dieser planten. Für den zur Zeit der Renaissance im 12. Jahrhundert lebenden **Abälard**[194] waren schon boshafte Gedanken strafwürdig. Dies wurde jedoch nicht Teil des „normalen" Strafrechts im kanonischen Recht. „Für das damalige Pendant zum Feindstrafrecht, der Bekämpfung des Majestätsverbrechens, ließ man demgegenüber die Planung (als voluntas initiata) genügen" (**Schulz** 2006: 317). Weder das Wollen noch die Handlung seien für die Zurechnung bestimmend, sondern die Entscheidung für das Unrecht, die Zustimmung zur Verachtung Gottes. Zur gleichen Zeit führte die Kirche das Inquisitionsverfahren ein. In diesem dominierte ein sozialer Handlungsbegriff: Eine Handlung liegt vor, wenn sie für die Kirche sozialschädlich ist, das heißt, sie bewirkt für die Kirche ein Ärgernis und dann wird ermittelt. Dabei können auch Unschuldige bestraft werden. Der Begriff „Scandalon" entspricht dem modernen Begriff der Gefährdung (**Schulz** 2006: 318).

Müssig (**Heger** 2005: 885) sieht als negative Folge eines Feindstrafrechts dessen inhaltliche Unklarheit, denn jedes Delikt könne zu dem eines „Feindes" werden. Es gibt keine spezifischen Feinddelikte oder Taten, jeder Betrüger, Räuber, Hacker etc. kann eine feindselige innere Haltung bei der Verübung seiner Taten haben (**Müssig** 2006: 388). „Insbesondere beim teuflischen Individuum ist sogar sehr gut vorstellbar, dass es sich gerade nicht permanent wie der Satan aufführt, sondern im Großen und Ganzen als rechtstreuer Bürger lebt, seine Sonntagsbrötchen bezahlt und den Hausflur kehrt" (**Bung** 2006a: 260). Es gibt laut **Kindhäuser** (2006: 95) keine Feindgesetze. Auch wenn es gesetzliche Maßnahmen zur Bekämpfung der Wirtschaftskriminalität gebe, bedeute das weder, dass diese Art von Straftätern als Feinde betrachtet werde noch dass sie als Unpersonen behandelt würde und zu eliminieren sei. Nach Meinung **Kindhäusers** (2006: 95) wenden sich die Gesetze nicht gegen bestimmte Straftäter, sondern gegen bestimmte kriminelle Phänomene. Im Strafrecht „gibt es auch keine zu behandelnden Feinde, sondern nur zu verfolgende Straftaten und Straftäter" (**Sinn** 2006: 115). „Die Kriterien, die Bürger als Adressaten des Strafrechts ausscheiden lassen, sind in § 20 StGB als an die Person gebundene Defekte geregelt" (**Sinn** 2006: 115).

Kindhäuser (2006: 98) stellt hinsichtlich der Integration des Feindbegriffs in das geltende Strafrecht klar, dass er die Bezeichnung von „Feinden" als Nichtpersonen ablehne, denn dieser Argumentation „stünde normativ das elementare Postulat eines uneingeschränkten

[194] Vgl. **Schulz** (2001: 107f.).

Schutzes der Menschenwürde entgegen“[195]. Ähnlich vertritt auch **Schünemann** (2001: 211) die Vorstellung, dass rechtliche Maßnahmen für alle Personen gälten. Auch **Ambos** (2006c: 27f.) verteidigt den Vorrang der Menschenrechte vor einer Legitimierung der Feindzuschreibung durch das Strafrecht[196]. Seiner Meinung nach ist die Benutzung des Feindbegriffs im Rahmen der deutschen Verfassung, die auf dem Prinzip der Menschenwürde beruhe, schwer vorstellbar (2006: 28f.). **Neumann (**2006: 310) kritisiert, dass **Jakobs** ein leistungsorientiertes Modell von Person vertrete: „Der Personenstatus muss durch Wohlverhalten verdient werden.“ Der Personenstatus dürfe jedoch nicht von einem guten, der Norm angepassten Verhalten abhängen, er müsse für alle Menschen ohne die Notwendigkeit einer Gegenleistung Gültigkeit haben: „Entscheidend ist, dass das Grundgesetz jedem Menschen, unabhängig von seinem Sozialverhalten, einen normativ relevanten Status zuerkennt“ (**Neumann** 2006: 313).

Hörnle (2006: 90) hält es für schwierig festzustellen, welche Individuen eine nicht dem bürgerlichen Zustand gemäße Haltung entwickeln. Eine diesem Zustand „entgegenstehende Gesinnung“ wäre ein noch viel unklareres Konzept als eine „terroristische Gesinnung“ (2006: 91). Eine nicht bürgerliche Gesinnung zu umschreiben, ist kaum möglich und ein nicht sich „in den bürgerlichen Zustand zwingen lassen“, viel zu unbestimmt für eine Zuschreibung als Feind, wie **Hörnle** (2006: 91) schreibt.

Neumann (2006: 304) stellt klar, dass **Jakobs**’ Konstruktion von Feind versus Bürger anfechtbar sei, da es bereits ein Kriegsrecht gebe. Ein „Anderer“ werde ohne gesetzliche Beschränkungen zu einem rechtlosen Subjekt degradiert und **Jakobs**’ Feindbild entspreche dem Naturzustand. Ein Feindstatus existiere jedoch nicht im Naturzustand, sondern er werde durch die Regeln des internationalen Kriegsrechts bestimmt, das „unter Umständen gerade auch den Verzicht auf die effizienteste Maßnahme der Feindbekämpfung verlangt“. **Schünemann** (2006a: 967) betont die Notwendigkeit, zwischen Kriegsrecht, Polizeirecht und Strafrecht klar abzugrenzen. Die USA haben den Status „Rechtssubjekt“ für alle jene Bürger annulliert, die durch irgendein staatliches Organ zum Feind erklärt werden, um anschließend auf unbestimmte Zeit in Guantanamo interniert zu werden. Diese Maßnahmen entsprechen weder dem Strafrecht noch dem Kriegsrecht (2006a: 968).

[195] Siehe dazu **Düx** (2003: 189f.).

[196] Wenn man den Anspruch auf ein Strafrecht hat, bei dem die menschliche Würde gewahrt bleibt und das für alle Menschen gültig ist, kann man laut **Ambos** (2006c: 26) nie zwischen Personen und Feinden eine Trennung ziehen − genauso wenig wie zwischen guten und schlechten Menschen.

Kann den Folgen der gegenwärtigen kriminellen Phänomene − dies betrifft den Umgang mit Delikten von abstrakter Gefahr, die Flexibilisierung der juristischen Maßnahmen, die durchlässige Abgrenzung zum Polizeirecht usw.− auch mit einem Strafrecht begegnet werden, das den Menschenrechten und den fundamentalen juristischen Standards der heutigen Zeit gerecht wird? **Hörnle** (2006: 93) verweist auf die Unausweichlichkeit der Überlegungen, „dass einige Einbruchstellen eines sicherheitsbezogenen (...) Denkens in ein Bürgerstrafrecht unvermeidbar sind". **Roxin** (2006: 56 Rn. 128) weist darauf hin, dass „ein emotional besetztes Schlagwort wie Feindstrafrecht" für eine differenzierende Kritik am geltenden Strafrecht – an den Fällen vorgelagerter Strafbarkeit, der Bestrafung des ungefährlichen Versuchs, der Sicherungsverwahrung, der Reduzierung von Prozessgarantien − nicht geeignet sei.

In Deutschland ist die Diskussion um die Feindfigur als Unperson stark abgeschwächt, aber noch nicht erloschen. Es ist jedoch nicht auszuschließen, dass **Jakobs**' provokante Thesen wieder wie bereits 2001 ein starkes Echo hervorrufen könnten.

3.4 Zwischenfazit

In der deutschen Diskussion bezüglich des Feindstrafrechtsbegriffs wird insbesondere der Unterschied zwischen den von **Jakobs** 1985 und 1999 gehaltenen Vorträgen betont. Entsprechend der vorherrschenden Meinung konnte 1985 das Feindstrafrecht als illegitimes Strafrecht verstanden werden, das Handlungen im Vorfeld der Rechtsgutverletzung kriminalisierte und das deshalb nicht als liberales Strafrecht gelten kann. Des Weiteren herrscht weitgehender Konsens dahingehend, dass **Jakobs** das Strafrecht zu diesem Zeitpunkt als Notstandsrecht für Ausnahmesituationen betrachtet hat. 1999 änderte **Jakobs** seine These und sprach von einem permanent „notwendigen" Feindstrafrecht. Wie die Kritiker meinen, legitimiere **Jakobs** mit der Begründung, die Strafe habe sich als ineffizient zur Bekämpfung gefährlicher Subjekte erwiesen, den Ausschluss derer, die sich in der Gesellschaft nicht wie Personen verhalten. Entsprechend wird als Hauptunterschied zwischen 1985 und 1999 **Jakobs**' Rechtfertigung der Legitimation eines Dauernotstands ausgemacht.

Im Anschluss an **Jakobs**' Vortrag von 1999 gab es unterschiedliche Kritiken am Begriff und Konzept des Feindstrafrechts. Einer der zentralen Punkte in der kritischen Auseinandersetzung mit **Jakobs**' Feindstrafrecht in der Version von 1999 ist die weitverbreitete Annahme, dass dessen theoretische Fundierung des Strafrechts eher autoritären Regimes entspreche und es sich dementsprechend bei dem Feindstrafrecht um ein

autoritäres Strafrecht handele. Ignoriert wurde hierbei allerdings, dass **Callies** bereits im Zusammenhang mit dem Vortrag von 1985 (indirekt) die Unterscheidung zwischen Bürger und Feind mit den Kategorien „Freund/Feind“, die **Carl Schmitt** als Grundlage der politischen Theorie des nationalsozialistischen Staats entwickelte, in Verbindung gebracht hatte.

Nachdem **Jakobs** das Feindstrafrecht im Jahre 2004 mithilfe der Rechtsphilosophie und der Staatstheorie der Aufklärung begründet hatte, werden seine Ideen insbesondere aufgrund der Semantik abgelehnt. Ein Eingang der erwähnten Terminologie in das Strafrecht wird als nicht möglich angesehen. Hierbei wird auch betont, dass die Möglichkeit der von **Jakobs** vollzogenen Unterscheidung zwischen einem Strafrecht für Bürger (Personen) und einem Strafrecht für Feinde (Unpersonen) nicht Teil einer reinen Beschreibung der Realität sein könne. Da vielmehr im juristischen Bereich jede Beschreibung auch immer eine Wertung beinhalte, wird **Jakobs**’ deskriptives Konzept von der Mehrheit der Diskussionsteilnehmer abgelehnt. Strafrechtler wie **Roxin** oder sein Schüler **Greco** betrachten das Feindstrafrecht gar als komplett nutzlos für die Strafrechtswissenschaft – eine Kritik, die **Naucke** hinsichtlich des Begriffs Feindstrafrecht schon nach dem Vortrag von 1985 geäußert hatte.

Trotz aller Kritik an dem Begriff und dem Konzept des **Jakob**’**schen** Feindstrafrechts führten die kriminalpolitischen Entwicklungen der letzten Jahre in Deutschland dazu, dass sich nicht alle Autoren dem verschlossen, was **Jakobs** als Feindstrafrecht bezeichnet. So stimmt eine Reihe an Autoren darin überein, dass die von **Jakobs** genannten typischen Merkmale des Feindstrafrechts tatsächlich in der positiven Rechtsordnung zu finden seien. Das Feindstrafrecht sei im Zusammenhang mit dem Risikostrafrecht zu sehen und benenne wichtige Tendenzen in Strafrecht und Kriminalpolitik. Die Herausforderungen, mit denen sich moderne Gesellschaften konfrontiert sähen (z.B. Öffnung der Märkte), führten zu einer Instrumentalisierung des Strafrechts, um bestimmte kriminelle Erscheinungsformen (im Bereich der Wirtschaft, des internationalen Handels, des Datenmissbrauchs, des Handels mit Waffen, Drogen, menschlichen Organen oder mit Menschen) effizient bekämpfen zu können. Nach Meinung **Schünemanns** greife die Kriminalität entsprechend dem Wissensstand der Gesellschaft in gleicher Weise auf moderne Technik und Strukturen zurück, worauf eben nur mit Änderungen des Strafrechts reagiert werden könne. Die Suche nach einer effektiven Strafe habe zu einer Flexibilisierung von grundlegenden Garantien und Rechten geführt. Entsprechende Tendenzen der Kriminalpolitik und des Feindstrafrechts werden in der Diskussion von Autoren wie **Prittwitz**, **Cancio Meliá**, **Scheerer**, **Sack** und **Hörnle** erwähnt.

Sack findet **Jakobs**' Ansätze in zweierlei Hinsicht interessant: **Jakobs** kritisiere Funktion und Rolle der Strafrechtswissenschaft und fordere eine Auseinandersetzung derselben mit den Herausforderungen der Zeit. Unbenommen davon sieht **Sack** allerdings einen Funktionsverlust des Strafrechts und ein Vordringen des „Populismus". Diese Meinung wird auch von **Cancio Meliá** geteilt, der feststellt, dass es nur um die Beruhigung der öffentlichen Meinung gehe. Die symbolischen Gesetze führten folglich zur Täuschung der Bevölkerung und trügen nichts zur Lösung der Probleme bei. **Prittwitz** und **Roxin** stellen in diesem Kontext insbesondere die negative Rolle der Medienberichterstattung heraus, die einen erheblichen Beitrag zur Verunsicherung der Bevölkerung leiste. Letztlich würden die Medien über den Erfolg der Politik bestimmen und zu „plakativer politischer Reaktion" zwingen.

Insgesamt überwiegt die Forderung, der Rechtsstaat müsse vor illegitimen Praktiken bewahrt werden und das Strafrecht habe deshalb die grundlegenden Rechtsgarantien aller menschlichen Wesen zu respektieren. Hinsichtlich dieses Aspektes wird insbesondere die philosophische Begründung des Feindstrafrechts durch **Jakobs** kritisiert: Um die Anerkennung des Feinds als Unperson zu konstruieren, greift **Jakobs** auf **Kant** zurück – die Unsicherheit, die ein Individuum im Naturzustand verbreitet, berechtigt dazu, dieses Individuum wie einen Feind zu behandeln und vom Bürger zu unterscheiden. **Jakobs**' Bezug auf die Philosophie der Aufklärung findet die Ablehnung der Mehrheit der Wissenschaftler, die an heutigen rechtsstaatlichen Prinzipien festhält. Das Konzept des Feinds als Unperson habe seinen Ursprung nicht in der Staatstheorie, sondern im politischen Denken von **Carl Schmitt**, und eine Kategorie dieser Art sollte niemals Eingang in ein liberales Strafrecht finden. Letztendlich stimmt ein beträchtlicher Teil der Diskussionsteilnehmer darin überein, dass jeder Straftäter einen unverzichtbaren Anspruch darauf habe, nicht als Unperson oder Feind behandelt zu werden. Und die Worte **Köhlers** drücken die fast einstimmig vorherrschende Meinung aus, dass die Rechtsperson einen Status besitzt, welche unveränderbare Grundeigenschaft des Menschen ist.

Kapitel 4. Die Strafrechtsdogmatik als Grundlage der Beziehungen zwischen Deutschland und Lateinamerika

Bis zu dieser Stelle wurden das Konzept des Feindstrafrechts von **Jakobs** und die entsprechende Diskussion zu selbigem in Deutschland dargestellt. Wie in diesem Zusammenhang erörtert, ist das Feindstrafrecht von **Jakobs** explizit auf Deutschland ausgerichtet und wurde zunächst auch vorwiegend dort diskutiert. Nach den Vorfällen vom 11. September 2001 stieg allerdings das Interesse an **Jakobs**' Theorie insbesondere im spanischsprachigen Ausland deutlich an, und die Rezeption erreichte über Spanien auch Lateinamerika. Von grundlegender Bedeutung für das Verständnis der Rezeption des **Jakob**'**schen** Denkens in den spanischsprachigen Ländern ist das Wissen darum, dass der Einfluss des deutschen Strafrechts nicht erst durch **Jakobs** begründet wurde. Vielmehr existierte dieser schon zu Beginn des 20. Jahrhunderts und basierte auf einer Vielzahl deutscher philosophischer und rechtswissenschaftlicher Strömungen und Theorien. **Welzel** (1968) spricht diesbezüglich von einer engen Verbindung zwischen Spanien und Deutschland, welche auf der deutschen Strafrechtswissenschaft und deren Gestaltern wie **Liszt**, **Beling**, **Radbruch** und **Mezger** basiere (**Welzel** 1968: 221). Entsprechend gebietet die Betrachtung der **Jakob**'**schen** Rezeption vorab eine Schilderung der historischen Entwicklung deutscher Strafrechtsdogmatik und deren Weg über Spanien nach Lateinamerika. Neben einer zeitlichen Einordnung spanischsprachiger Übersetzungen ermöglicht dies auch ein Aufzeigen der unterschiedlichen Übertragungswege. Ohnehin bedarf die Analyse der Rezeption des **Welzel**-Schülers **Jakobs** in Lateinamerika, dessen Reflexion vor dem Hintergrund seines Lehrers und der Tradition der deutschen Strafrechtswissenschaft.

4.1 Der klassische Verbrechensbegriff

Roxin (2006:201 Rn. 15) stellt mit Blick auf den klassischen Verbrechensbegriff fest, dass die Kategorien des **Beling-Liszt**'**schen** Systems im deutschen Strafrechtssystem auch heute noch Geltung haben und sich gegenwärtig insbesondere auch im Ausland auswirken (**Roxin** 2006: 201). Nach der Schilderung positivistischer Grundlagen und einer Einführung in **Franz v. Liszts** Reformansatz werden die vier Merkmale der klassischen Verbrechenslehre – Handlung, Tatbestandsmäßigkeit, Rechtswidrigkeit und Schuld – dargestellt.

4.1.1 Positivistische Grundlegung

Die philosophischen Grundlagen des Positivismus schuf **August Comte** (1798-1857) mit seinem 1830 veröffentlichten „Cours de philosophie“[197]. Der Grundgedanke des Positivismus lag in der Ablehnung alles Metaphysischen und über die reine Beobachtung Hinausgehenden (**Welzel** 1975: 30). Der Positivismus beschränkte sich auf das, was sich „wägen, messen und berechnen lässt“ (**Eucken** 1887: 53ff.)[198]. Den Hauptzweck der Wissenschaft im Positivismus bildet das Erkennen von Gesetzmäßigkeiten zur Vorherbestimmung des „realen Verlaufs der Dinge“ (**Welzel** 1975: 31). Je exakter diese Voraussage ist, umso vollendeter sei die Wissenschaft. Das Wissen um die Grundlagen der natürlichen Ordnung ermöglicht den Menschen, Macht über die Natur und die Welt im Allgemeinen auszuüben: „savoir pour prévoir, afin de pouvoir“ (**Comte** 1915: 34)[199].

Einen zentralen Stellenwert nehme in diesem Denken ein mechanisch verstandener Kausalitätsbegriff ein. Durch die Kausalität werde der Ablauf eines Geschehens geordnet, jedoch ohne die Verfolgung eines Zwecks und unabhängig von Resultaten, die zufällig entstehen (**Welzel** 1975: 31). Das Prinzip der mechanischen Kausalität werde auf jede menschliche Sphäre übertragen, durch sie wird die Welt beherrschbar. Entscheidend für dieses mechanische System sei es, den Zustand eines gesellschaftlichen Gleichgewichts zu erreichen und zu erhalten. Nur unter diesem Blickwinkel gewännen geistige und kulturelle Wertvorstellungen eine Bedeutung (**Welzel** 1975: 33).

Als das wichtigste Mittel, um soziale Phänomene in Bezug auf Häufigkeit und Regelmäßigkeit zu untersuchen und Kausalitäten vorherzusagen, sieht **Quételet** (1796-1874 die statistische Methode (**Welzel** 1975: 38). Mit ihr könne festgestellt werden, dass „die gesetzliche Regelmäßigkeit der Verbrechen auf allgemeinen Ursachen beruht“, wodurch Verbrechen eine Folge der vorherrschenden gesellschaftlichen Organisation seien (**Welzel** 1975: 39)[200]. Einerseits erscheint der Verbrecher bei **Quételet** dadurch als ein Opfer der Gesellschaft (**Welzel** 1975: 39). Andererseits sieht er durch die soziale Verortung des Verbrechens in naturgesetzlicher Kausalität die Chance, „Menschen durch Veränderung ihrer

[197] Siehe **Comte** (1864).
[198] Vgl. **Welzel** (1975: 30 Fn. 4).
[199] Vgl. **Welzel** (1975: 31).
[200] Siehe **Quételet** (1921: 444). Vgl. **Welzel** (1975: 39Fn. 45).

Einrichtungen, ihrer Gewohnheiten, ihres Bildungsstandes und überhaupt alles dessen, was auf ihre Lebensweise Einfluß hat, zu bessern“ (**Quételet** 1914: 107)[201].

Die Übernahme positivistischer Gedanken in die Rechtswissenschaft erfolgte ab der Mitte des 19. Jahrhunderts in zwei verschiedenen Ausprägungen: einem „normlogischen“ und einem „naturalistischen“ Positivismus. Die normlogische Schule versuchte, aus der positiven Rechtsprechung Verallgemeinerungen abzuleiten und neue juristische Begriffe zu bilden. Die Verbindung des naturalistischen Positivismus mit den neuen Methoden der Sozialwissenschaft führte zur Etablierung eines neuen Wissenschaftsfelds, der Kriminalpolitik (**Murmann** 2005: 84).

Im Folgenden werden zunächst die Grundzüge von **Karl Bindings** (1841-1920) normologischem Positivismus, im Anschluss daran die naturalistisch-positivistische Lehre von **Franz von Liszt** (1851-1919), dargestellt.

4.1.2 Der normologische Positivismus **Karl Bindings**

Karl Binding forderte als wichtigster Vertreter des „formalen Positivismus“ (**Murmann** 2005: 89) einen liberalen Rechtsstaat, in dem das Gesetzesrecht dominiere und sich auch die Richter zwingend diesen Gesetzen zu unterwerfen hätten. Deren subjektive Einschätzungen dürften den in den Gesetzen formulierten Willen der Allgemeinheit nicht verändern, weil dies zu Rechtsunsicherheit führe (**Schmidt** 1995: 309f.).

Entscheidend für **Bindings** Verständnis von Verbrechen ist der Verstoß gegen eine dem Strafgesetz vorgelagerte Norm, durch die der Täter eine Verletzung der im positiven Recht verankerten Gehorsamspflicht begehe (**Murmann** 2005: 90). Damit sei es ihm gelungen, so **Jescheck** (1978: 160), der Rechtswidrigkeit durch deren Trennung vom Strafrecht eine eigene Bedeutung zu verleihen: Straftaten verstoßen nicht gegen das als Sanktion zu verstehende Strafgesetz, sondern gegen rechtsordnende Normen. Obwohl **Bindings** Rechtsgutbegriff durchaus materielle Züge habe, grenze er durch die Betonung des Normverstoßes den materiellen Aspekt des Verbrechens aus (**Murmann** 2005: 90).

Den Strafzweck sah **Binding** in der Schuldvergeltung. Die Strafe diene dazu, die Autorität der Gesetze, gegen die verstoßen werde, zu bestätigen. Dabei sollen „Schuldenergie und (die)

[201] Vgl. **Welzel** (1975: 39Fn. 46).

Schwere des Taterfolges“[202], und auf keinen Fall das gesellschaftliche Sicherheitsinteresse, das Strafmaß bestimmen. Als willkürlich und nicht rechtsstaatlich verwarf **Binding** die Forderung der modernen Schule **v. Liszts**, das Strafmaß nicht schon im Urteil festzulegen, sondern erst während des Vollzugs (**Koch** 2007: 140f.).

4.1.3 Das Reformprogramm **Franz von Liszts**

Im Jahre 1882 begann **Franz von Liszt** mit seiner aufsehenerregenden Marburger Antrittsrede, in deren Rahmen er das sog. „Marburger Programm“[203] formulierte, Einfluss auf die Kriminalpolitik zu nehmen. Sein Ziel war eine spezialpräventive Neuausrichtung der Straftheorie, welche bis dahin durch die Vergeltungstheorie von **Kant** und **Hegel** bestimmt war (**Gropp** 2005: 44). Die Hintergründe für **v. Liszts** Reformprogramm sind in den sozialen Folgeerscheinungen der damaligen wirtschaftlichen Veränderungen zu sehen. Der Übergang vom Agrar- zum Industriestaat führte zum Abwandern größerer Bevölkerungsgruppen in die Industriezentren. Damit verbunden war eine wachsende Verelendung und Kriminalitätszunahme (**Koch** 2007: 129). Angesichts und während dieser herausfordernden gesellschaftlichen Entwicklung habe sich **Koch** (2007: 130) zufolge das traditionelle Strafrecht als ineffizient und defizitär erwiesen.

V. Liszts Marburger Programm basierte in hohem Maße auf Anregungen aus zwei Streitschriften zur Reform des Strafrechts, welche allerdings völlig gegensätzliche Positionen einnahmen. Von Seiten des Reichsgerichtsrats **Otto Mittelstädt** (1834-1899) wurden zum Gewinn des Krieges gegen das Verbrechen harte Sanktionen und äußerste Mittel der Vergeltung gefordert, wie zum Beispiel eine häufigere Nutzung der Todesstrafe oder gesteigerte Zwangsarbeit in Verbindung mit Prügel und Nahrungsentzug (**Koch** 2007: 130f.). Demgegenüber kritisierte der Psychiater **Emil Kraepelin** (1856-1926) die Vergeltungsstrafe[204]. Nach seinen Vorstellungen sollte Strafe dem Zweck des Schutzes der Gesellschaft dienen und nicht der Vergeltung der Schuld. Dies sei mit Hilfe der Spezialprävention zu erreichen. Das Strafmaß sollte nicht richterlich bestimmt werden, sondern von der Dauer des Besserungsprozesses bzw. dem Eintreten des Erfolgs im Strafvollzug abhängen (**Koch** 2007: 131).

---

[202] Siehe **Binding** (1913: 234).

[203] Siehe **v. Liszt**, **Franz**: 100 [Hundert] Jahre Marburger Programm **Franz von Liszt**: Ausstellung in d. Univ.-Bibliothek Marburg, 15.10.-15.11.1982 [verantw. für d. Zsstellung d. Ausstellung, Texte u. Bibliogr.: **Herbert Kadel**], Marburg: Univ.-Bibliothek, 1982.

[204] Siehe **Kraepelin** (1880: 28f.). Vgl. **Koch** (2007: 131Fn. 26).

V. Liszt selbst sah ein Versagen des traditionellen Strafrechts, insbesondere das herrschende Schuldvergeltungsprinzip sei ungeeignet, die ansteigende Anzahl an Verbrechen zu begrenzen. Einerseits verhindere das Prinzip der an der Tat orientierten „vergeltenden Gerechtigkeit“[205] nicht die hohe Rückfälligkeit von „Unverbesserlichen“, andererseits richte eine auf einen Schuldausgleich abzielende Vergeltung, z.B. durch Gefängnisstrafen, bei Kleinkriminellen nur zusätzlichen Schaden an (**Koch** 2007: 132). **V. Liszt** forderte deswegen in seinem Marburger Programm eine Umstellung auf die Zweckstrafe mit dem Ziel des effektiven Rechtgüterschutzes (**Koch** 2007: 132). Die spezialpräventive Strafe ermögliche es nach **v. Liszts** Meinung eher als die tatvergeltende Strafe, zweckmäßig Einfluss auf den Täter auszuüben, so **Naucke** (1982: 525).

V. Liszt definiert die Strafe als Triebhandlung, die sich schon auf einer früheren Stufe der menschlichen Entwicklungsgeschichte gebildet habe und auf allen folgenden Stufen notwendiger Bestandteil des sozialen Lebens sei. In diesem Trieb manifestiere sich die Selbsterhaltung des Einzelnen und der Art (**Naucke** 1982: 525f.). Der Straftrieb müsse jedoch in eine akzeptable Form überführt werden. **V. Liszt** (1905: 145/148) nennt dies die „Objektivierung der Strafe“, welche im Laufe dieses Prozesses „Maß und Ziel“ bekomme[206]. Der objektivierte Straftrieb werde somit zur „zweckmäßigen Prävention durch Strafe“, wobei Prävention nicht durch Vergeltung, sondern durch Spezialprävention zu leisten sei (**Naucke** 1982: 526).

Mit dem Ziel effektiver Strafen werde der Straftrieb im Strafrecht von staatlicher Seite durch die exakte Formulierung von Lebensbedingungen eingegrenzt (**Naucke** 1982: 527). Diese „Lebensbedingungen“ hat **v. Liszt** als schutzbedürftige Rechtsgüter definiert[207]. Auf die Täter, die diese verletzen, müsse sich das Strafrecht in Abhängigkeit von deren Verbesserungspotential durch drei unterschiedliche Ansätze (Unschädlichmachung, Abschreckung, Verbesserung) einstellen (**Naucke** 1982: 527). **Roxin** (2006: 74 Rn. 12) beschreibt diese drei Möglichkeiten der Spezialprävention **v. Liszts** wie folgt:

Erstens sei die Sicherheit der Gesellschaft anhand einer „Unschädlichmachung“ der weder abzuschreckenden noch zu bessernden Gewohnheitsverbrecher durch Wegsperren aufrechtzuerhalten. Zweitens sollten Gelegenheitstäter durch Strafen von der Durchführung

[205] Vgl. **v. Liszt** (1889: 749). Laut **v. Liszt** (1889: 742) beruht „unsere gesamte heutige Strafrechtspflege (...) fast ausschließlich auf der kurzzeitigen Freiheitsstrafe. Daraus ergibt sich unmittelbar der weitere Schluß: wenn die kurzzeitige Freiheitsstrafe nichts taugt, ist unsere ganze heutige Strafrechtspflege nichts wert.“
[206] Vgl. **Naucke** (1982: 526).
[207] Vgl. **v. Liszt** (1905: 146f.).

weiterer Verbrechen abgeschreckt werden. Drittes Ziel der Strafe sei die Verhinderung der Rückfälligkeit des Täters durch die „Besserung der Besserungsfähigen“. Die letztgenannte Form der spezialpräventiven Einwirkungsmöglichkeiten, in der Fachsprache Resozialisierung genannt, sei auch in der Zeit nach dem Zweiten Weltkrieg bedeutend gewesen (**Roxin** 2006: 74 Rn. 12). Zusammengefasst werden die „Abschreckung“ und „Unschädlichmachung“ von **v. Liszt** unter dem Begriff „negative Spezialprävention“, die „Besserung“ „positive Spezialprävention“ bezeichnet (**Meier** 2009: 25). Wie **v. Liszt** (1948: 32) schreibt, entsprächen diesen drei Strafformen auch drei Kategorien von Verbrechern:

Die erste Gruppe der „Unverbesserlichen“ bilde das „Gewohnheitsverbrechertum“, welches im Sinne einer „sozialen Krankheit“ zu werten sei (**Liszt** 1948: 32). Zu dieser Gruppe gehörten Bettler, Vagabunden, Prostituierte, Alkoholiker, Gauner und „geistig und körperlich Degenerierte“, bei **v. Liszt** (1948: 32) auch unter dem Begriff „Proletariat“ zusammengefasst und als „Gegner der Gesellschaftsordnung“ bezeichnet. Diese Kategorie von Verbrechern würde die „Strafanstalten bevölkern“, um nach ein paar Jahren „einem Raubtier gleich auf das Publikum“ losgelassen zu werden (**Liszt** 1948: 33). Insgesamt zeigt **v. Liszt** (1948: 33) den Unverbesserlichen gegenüber große Härte: „Gegen die Unverbesserlichen muss die Gesellschaft sich schützen; und da wir köpfen und hängen nicht wollen und deportieren nicht können, so bleibt nur die Einsperrung auf Lebenszeit (bzw. auf unbestimmte Zeit).“ **V. Lizst** (1948: 34) forderte insbesondere eine erhebliche Erweiterung und Verschärfung der Strafe ab der dritten Rückfälligkeit, welche die oben zitierte „Einschließung auf unbestimmte Zeit“ beinhaltet und strengsten Arbeitszwang, Prügelstrafe, Dunkelarrest und Nahrungsentzug ebenso wie den Entzug der bürgerlichen Ehrenrechte ernsthaft in Betracht zieht.

Die zweite Gruppe umfasst die besserungsbedürftigen Kleinkriminellen, die zwar auch dazu neigen, Verbrechen aus Gewohnheit zu begehen, aber erst am Beginn ihrer verbrecherischen Karriere stehen und deswegen „noch nicht rettungslos verloren“ seien (**Liszt** 1948: 35). Der (im Rahmen des Urteils nicht zu kommunizierende) Zeitansatz der Strafen für diese Klientel sollte zwischen einem und fünf Jahren betragen. Während der Haft in einer „Besserungsanstalt“ seien Arbeit und Unterricht legitime Besserungsmittel, auf die Prügelstrafe sei jedoch zu verzichten (**Liszt** 1948: 35). Die Möglichkeit der Entlassung sei in Abhängigkeit von einer eingetretenen Besserung jährlich zu prüfen, allerdings müsse jeder Entlassene im Anschluss an die Haft noch die gleiche Zeitspanne „unter Polizeiaufsicht“ stehen (**Liszt** 1948: 35).

Die dritte Gruppe, die Gelegenheitstäter, sollte durch Strafandrohung nicht unter sechs Wochen sowie vermehrte Geldstrafen abgeschreckt werden und dadurch einen „Denkzettel“ für ihren „egoistischen Trieb“ erhalten. All diejenigen, für welche die Tat nur eine einmalige „Verirrung“ gewesen sei und bei denen die Wahrscheinlichkeit auf eine Tatwiederholung äußerst gering sei, sind dieser Gruppierung zuzuordnen (**Liszt** 1948: 36).

4.1.4 Heutige Bewertung der Spezialprävention **Franz von Liszts**

Koch (2007: 134) meint, aus heutiger Sicht gelte **v. Liszt** einerseits als fortschrittlich und als großer Kriminalpolitiker, andererseits bestehe sein Programm aus einem „Nebeneinander (...) von liberal-rechtsstaatlichen und autoritär-repressiven Inhalten, von mild-verständnisvoller und menschenverachtend-brutaler Sprache (...).“ So seien bei gegenwärtiger Betrachtung vor allem **v. Liszts** Reformbemühungen in Bezug auf die „Besserungsfähigen“ als „fortschrittlich“ und „liberal“ anzusehen[208]. Einen besonderen Stellenwert nehme hierbei der Besserungsgedanke und das damit verbundene Konzept eines zeitlich nicht festgelegten Strafmaßes, welches den Zeitpunkt der Entlassung in die Abhängigkeit des Ergebnisses regelmäßiger Verbesserungsüberprüfungen stelle (**Koch** 2007: 135). Drakonisch erscheint jedoch aus heutiger Sicht die Brutalität gegen die Kategorie der „Unverbesserlichen“[209], zu denen immerhin die Hälfte der damaligen Inhaftierten zählte, so **Koch** (2007: 136).

Wie **Naucke** (1982: 533) schreibt, habe sich das Vergeltungsstrafrecht in der zweiten Hälfte des 19. Jahrhunderts als unwirksam und nicht mehr legitimierbar im Sinne der Gerechtigkeit dargestellt. **V. Liszts** herausragende Leistung sei es gewesen, dieses Vergeltungsstrafrecht zu überwinden und die Strafe mit Hilfe seines Präventionsstrafrechts als Folge einer empirischen Notwendigkeit legitimierbar zu machen. Er habe die Strafe „empirisch-wissenschaftlich“ begründet und dadurch eine „Legitimationskrise“ des Strafrechts verhindert, so **Naucke** (1982: 534).

Vorrangiges Ziel der Spezialprävention sei die Erhöhung der Sicherheit in der Gesellschaft, wie **Pawlik** (2004: 30) konstatiert. Im Unterschied zur Generalprävention versuche die Spezialprävention auf den Delinquenten selbst einzuwirken und nicht auf die Allgemeinheit. **V. Liszt** habe mit seinem Programm der „Anpassung“ an die Eigenarten der Täter eine neue Strategie der Verbrechensbekämpfung eingeschlagen (**Pawlik** 2004: 30). Eine Besserung des Verbrechers diene dem „gesellschaftlichen Frieden“. Wo dieser Frieden außerhalb des zu

[208] Siehe **v. Liszt**: ZStW Bd. 9 (1889), S. 737ff. ; ders., ZStW Bd. 3 (1883), S. 41.
[209] Siehe **Liszt** (1948: 32f).

Erreichenden liege, müsse mit großer Härte vorgegangen werden (**Pawlik** 2004: 30)[210]. Die Resozialisierung sei somit kein Selbstzweck, sondern Strategie. Dabei sei zu beachten, so **Pawlik** (2004: 31), dass die grundlegenden Charakteristika einer Strafe auch in der Spezialprävention erhalten bleiben müssten, weil sie sonst nicht die Kriterien einer Straftheorie erfülle. Die Strafe müsse gegenüber dem Rechtsbruch eine missbilligende Haltung einnehmen, weil sie an das Tat- und Schuldprinzip gebunden sei. Bei **v. Liszt** seien eben diese Prinzipien in Gefahr, weil in seiner Spezialprävention der Zusammenhang zwischen der zukünftigen „Gefährlichkeit des Delinquenten" und dem „Gewicht der sozialen Störung" sowie der Frage nach der Schuld verloren gehe (**Pawlik** 2004: 32).

Kritisch sieht **Pawlik** (2004: 32) auch die Forderung **v. Liszts**, gar nicht erst auf eine Tatbegehung zu warten, sondern die Besserung eines Individuums schon von vorneherein zu veranlassen. Einerseits hätte die Straftat damit nur noch den Stellenwert eines „Symptoms" für den „verbrecherischen Zustand des Delinquenten" (2004: 32)[211]. Obwohl **v. Liszt** diesbezüglich kommentiert, dass „auch der Hausarzt nicht wartet, bis ein Leiden zum Ausbruche kommt, sondern demselben vorzubeugen trachtet"[212], sah er aus Gründen der Freiheitswahrung des Bürgers jedoch in letzter Konsequenz selbst von diesem Konzept ab und forderte klare Grenzen für die Strafgewalt des Staates (**Pawlik** 2004: 32f.).

Andererseits gefährden eine Gefährlichkeitsprognose, welche nicht nur für Fehler anfällig sei, sondern auch auf einer unzureichenden Tatsachenbasis beruhe, bzw. eine intensive Überwachung die Freiheit des Einzelnen (**Pawlik** 2004: 33). Zum Schutz der Bürger hielt **v. Liszt** deswegen am Strafgesetz als „Magna Charta des Verbrechers"[213] (welche sich an der individuellen Schuld orientierte) fest und formulierte den berühmten Satz über das Strafrecht, welches die „unübersteigbare Schranke der Kriminalpolitik"[214] bilde (**Koch** 2007: 138).

4.1.5 Überblick zum klassischen Verbrechensaufbau

V. Liszt und **Ernst Beling** (1866-1932) gelten als Begründer des klassischen Systems bzw. der kausalen, naturalistischen Verbrechenslehre (**Roxin** 2006: 241 Rn. 10). Ihr formal-objektiver Verbrechensbegriff ist eng verbunden mit dem Rechtsstaatsgedanken, welcher das

[210] Vgl. **Schmidt** (1955: 181).
[211] Vgl. **Merkel, Adolf**: Gesammelte Abhandlungen aus dem Gebiet der allgemeinen Rechtslehre und des Strafrechts, Zweiter Teil, Straßburg, 1899, S. 689.
[212] Siehe **v. Liszt**: Strafrechtliche Aufsätze und Vorträge, Bd. 2, Berlin 1905, S. 16.
[213] Siehe **v. Liszt**: ZStW Bd. 13 (1893), S. 357.
[214] Siehe **v. Liszt** (1905: 80).

Ziel eines sicheren und berechenbaren Rechts repräsentierte und mit Hilfe der Bindung der Richter an simple und evaluierbare Systembegriffe realisiert werden sollte (**Jeschek/Weigend** 1996: 203). Im System von **v. Liszt** und **Beling** gilt die Straftat als eine willentliche, „tatbestandstandsmäßig(e), rechtswidrig(e) und schuldhaft(e)" Handlung[215] (**Schünemann** 1984: 19).

„Tatbestandsmäßigkeit" sei hier begrenzt auf die objektive Tatseite und deren deskriptive Beschreibung durch den Gesetzgeber (**Schünemann** 1984: 19f.)[216]. Für **Beling** gebe der Tatbestand die typischen Merkmale wieder, die ein bestimmtes Verbrechen kennzeichnen. Als letztes Glied theoretisch formuliert wurde er dadurch zum wichtigsten Bestandteil des Verbrechensaufbaus und trug die Garantiefunktion der Strafgesetze (**Jescheck** 1969: 154).

Der Begriff der „objektiven Rechtswidrigkeit" ist von **Binding** und **v. Liszt** in den Verbrechensaufbau übernommen worden (**Jescheck**/**Weigend** 1996: 201)[217]. Erstmalig war dieser Begriff von **Rudolf v. Jhering** (1818: 1892) 1867 für das bürgerliche Recht gebraucht worden[218]. Wie weiter oben gezeigt, machte **Binding** den Begriff für seine Normentheorie nutzbar, indem er die Rechtswidrigkeit vom Strafrecht trennte: Eine Straftat verletze nicht das sanktionierende Strafgesetz, sondern die ihm vorhergehenden Normen, so **Jeschek** (1969: 180)[219].

Durch die „Schuld" wurde dem objektiv-deskriptiven Aspekt des Tatbestands ein subjektiver Aspekt der Tat zur Seite gestellt, welcher die Psyche des Täters berücksichtige und mit Blick auf den Vorsatz und die Fahrlässigkeit Relevanz habe (**Schünemann** 1984: 20). Zum ersten Mal ein gesonderter Schuldbegriff von **Adolf Merkel** (1836-1896) definiert, welcher Vorsatz und Fahrlässigkeit als pflichtwidrige Willensbestimmungen zusammenfasste (**Jescheck** 1969: 180)[220].

Der Handlungsbegriff wurde schließlich durch **Berner** (1818-1907) „in die Position eines Grundbegriffs des Verbrechensaufbaus" gerückt (**Jescheck** 1969: 180)[221].

---

[215] Vgl. **v. Liszt** (1905: 117); **Beling** (1906: 7).
[216] Vgl. **Beling** (1906: 147/178f); **v. Liszt** (1905: 140).
[217] Vgl. **v. Liszt**: Lehrbuch des deutschen Strafrechts, 2. Aufl. 1884, S. 94. Vgl. Auch **Beling**: Grundzüge des Strafrechts, 2. Aufl. 1902, S. 29.
[218] Vgl. **v. Jhering**: Das Schuldmoment im römischen Privatrecht, 1867, S. 4ff.
[219] Vgl. **Binding**: Die Normen und ihre Übertretung, Bd. I, 2. Aufl. 1890 (4. Unveränd. Aufl. 1922), S. 4-7, 82,96, 152f.
[220] Siehe **Merkel**, **Adolf**: Lehrbuch des deutschen Strafrechts, Stuttgart: Enke, 1889, S. 66.
[221] Siehe **Berner**, **Albert Friedrich**: Lehrbuch des deutschen Strafrechts, 1857, S. 108.

4.1.5.1 Die Handlung − Der natürliche Handlungsbegriff

V. Liszt und **Beling** gelten nicht nur als Begründer des klassischen Verbrechenssystems, sondern auch als die „Schöpfer des natürlichen Handlungsbegriffs“ (**Roxin** 2006: 241 Rn. 10). **V. Liszt** (1891: 128) bestimmte den natürlichen Handlungsbegriff zunächst folgendermaßen: „Handlung ist die auf menschliches Wollen zurückführbare Bewirkung einer Veränderung der Außenwelt.“ Die Handlung sei also ein kausaler Vorgang, der auf eine willkürliche Körperbewegung, nämlich „die durch Vorstellung bewirkte, durch die Innervation der Bewegungsnerven erfolgende Anspannung (...) der Muskeln“, zurückgeführt werden könne (**Jakobs** 1993: 129 Rn. 6). **V. Liszt** kam es vor allem auf einen „Willensimpuls“ und weniger auf ein „Wollen des Erfolges“ an[222]. Kausal sei dabei **Safferling** (2008: 34) zufolge die Beziehung zwischen der Willensbetätigung und dem Erfolg. Grund dieser „Verkürzung des Willens“ sei das Bestreben nach einer exakten Unterscheidung von Kausal- und Schuldzusammenhang gewesen, so **Jakobs** (1993: 129 Rn. 6).

Um die Unterlassung, welche ja keine Körperbewegung darstelle und entsprechend auch nichts bewirke, strafrechtlich erfassen zu können, modifizierte **v. Liszt** (1919: 116) im weiteren Verlauf seine Definition seines natürlichen Handlungsbegriffes: „Handlung ist willkürliches Verhalten zur Außenwelt; genauer: Veränderung, d.h. Verursachung oder Nichthinderung einer Veränderung (eines Erfolges) der Außenwelt durch willkürliches Verhalten.“ Zum ersten Mal, so **Jescheck** (1969: 155), sei damit durch **v. Liszt** die Unterlassung nicht als Form körperlichen Benehmens definiert, sondern mit Blick auf die soziale Bedeutung des Tatgeschehens und damit verbundenen Handlungserwartungen der Rechtsvertreter betrachtet worden. **Roxin** (2006: 241 Rn. 10) sieht bei **Beling** ein ähnliches Verständnis, bei dem eine Handlung vorhanden sei, wenn durch jemanden in objektivem Sinne „irgendeine Körperbewegung oder Nichtbewegung vorgenommen“ werde und aus subjektiver Sicht „in dieser Körperbewegung oder Nichtregung ein Wille lebte“[223]. Dieser Wille manifestiere sich bei der Unterlassung in der Unterdrückung der motorischen Initiative.

Das mit diesem Ansatz verbundene Anliegen einer Trennung von Kausal- und Schuldzusammenhang habe durch die Unterscheidung der Außenseite des Deliktes als Unrecht und der Innenseite als Schuld das Verbrechen nurmehr als eine „sinnlich wahrnehmbare Veränderung“ definiert, welche „auf menschlichem Wollen“ beruhe (**Jakobs**

[222] Vgl. **v. Liszt** (1905: 123 Fn. 3).
[223] Vgl. **Beling** (1906: 14).

1993: 129 Rn. 6)[224]. Derartige Abläufe bezeichnet **v. Liszt** als Handlung und versteht darunter „Tun wie Unterlassen“ (**Jakobs** 2007: 122).

4.1.5.2 Tatbestandsmäßigkeit

Beling führte den Terminus Tatbestand ein, welcher mit Blick auf das Strafrecht drei wesentliche Aufgaben zu erfüllen habe: eine systematische, eine kriminalpolitische und eine dogmatische. Seine systematische Funktion erfüllt der Tatbestand dadurch, dass er die Bestandteile einer Handlung, welche unter Strafandrohung stehen, klar formulierte. Damit sei eine Grundlage für eine eindeutige Rechtsprechung gegeben, so **Roxin** (2006: 280 Rn. 1). Als neue Kategorie habe der Tatbestand seinen Platz zwischen dem Handlungsbegriff und der Rechtswidrigkeit gefunden. Wegen seiner systematisch-klärenden Funktion definierte **Beling** (1906: 3) selbst den Tatbestand als „Inbegriff der Merkmale, die ergeben, um welches Verbrechen es sich typisch handelt“. Zweitens musste das verbotene Verhalten im Tatbestand so detailliert wie möglich festgelegt werden, um dem Grundsatz „nullum crimen sine lege“ zu genügen und dadurch seine kriminalpolitische Dimension zu erfüllen (**Roxin** 2006: 280 Rn. 2). Die dritte, dogmatische Aufgabe des Tatbestands lag in der Beschreibung der Kriterien, deren Unkenntnis den Vorsatz ausschließen. Die damit verbundene Differenzierung von vorsatzausschließendem „Tatbestandsirrtum“ und dem lediglich „fakultativ die Schuld ausschließenden Verbotsirrtum“ sei nach gegenwärtigem Recht eines der grundlegenden Fundamente der Strafrechtsdogmatik, so **Roxin** (2006: 281 Rn. 3).

Mit seinem Werk habe **Beling**, nach **Ambos** (2006a: 464), das rechtsstaatliche Potential der Tatbestandslehre ausgeschöpft und abschließende systematische Schlüsse aus dem „nullum crimen sine lege“-Grundsatz gezogen. Er sei jedoch nicht der Erste gewesen, der eine Tatbestandslehre ausgearbeitet hatte, vielmehr habe **Christoph Carl Stübel** (1764-1828) bereits anno 1805 die objektive Tatbestandslehre begründet[225]. Mit Hilfe der Einrichtung des Tatbestandbegriffs sei es entgegen der inquisitorischen Tradition möglich gewesen, „Anklage- und Urteilsfunktion“ im Prozess zu trennen. Dem Richter komme nunmehr die Funktion zu, die gesetzliche Tatbestandsmäßigkeit der Anklage festzustellen (**Ambos** 2006a: 464). Zusätzlich zu dieser Garantiefunktion habe der Tatbestand nach **Stübel** nicht nur die objektiven, sondern auch die subjektiven Merkmale eines Verbrechenstyps als Grundlage für

[224] Siehe **v. Liszt**: Lehrbuch des deutschen Strafrechts, 4. Aufl., 1891, S. 119. Vgl. **Jakobs** (2007: 122).

[225] Monographie von **Christoph Carl Stübel**: „Ueber den Thatbestand der Verbrechen, die Urheber derselben und die zu einem verdammenden Endurtheile erforderliche Gewißheit des erstern besonders in Rücksicht der Tödtung nach gemeinen in Deutschland geltenden und Chursächsischen Rechten“, Wittenberg: Zimmermann, 1805.

die Beurteilung der Rechtswidrigkeit systematisiert. **Stübels** subjektiver, „personaler Tatbestand“ beinhaltete täterbezogene Merkmale wie z.B. die Bedingung „gewinnsüchtiger Absicht“ beim Diebstahl, wie **Ambos** (2006a: 465) darlegt[226].

Beling stand folglich mit seiner Lehre eines wertfreien Tatbestands im Gegensatz zu **Stübel**. Das Vorhandensein von subjektiven Elementen wie die Zueignungs- oder Bereicherungsabsicht verweise auf die „Normativität“ von Tatbestandsmerkmalen, diese könnten nicht wertfrei sein (**Ambos** 2006a: 465). **Jeschek** (1996: 182) zufolge würden seelische Vorgänge, dadurch, dass sich **Belings** Tatbestand über die Merkmale objektiv und wertfrei definiere, nicht im Tatbestand erfasst, sondern der Kategorie der Schuld zugewiesen. Ebenso enthalte der Tatbestand keine gesetzliche Wertung, die auf die Rechtswidrigkeit tatbestandsmäßigen Handelns hindeute. Der Tatbestand war folglich für **Beling** (1906: 145) „rein von allen Rechtswidrigkeitsmomenten“. Somit belaste die Feststellung, dass ein Tatbestand erfüllt sei, an sich niemanden, so **Roxin (**2006: 282 Rn. 7).

4.1.5.3 Die Rechtswidrigkeit

Die juristische Bewertung bzw. das normative Urteil über ein tatbestandsmäßiges Geschehen kommt in dem Merkmal der Rechtswidrigkeit zum Ausdruck (**Jeschek** 1969: 155). Durch die Abtrennung der Schuld von der Rechtswidrigkeit ergibt sich die Objektivität der Letzteren, weil der innere Tatbestand vollständig der Schuld zugehört (**Heinitz** 1969: 582). Die Rechtswidrigkeit stellt somit das einzige normative Element im naturalistischen System dar. Von „bahnbrechender“ Bedeutung der Beitrag **v. Liszts** zur Differenzierung von formeller und materieller Rechtswidrigkeit gewesen, so **Roxin** (2006: 602). Als formell rechtswidrig sieht **v. Liszt** (1932: 176) Handlungen, welche die „Übertretung einer staatlichen Norm, eines Gebotes oder Verbotes der Rechtsordnung bedeuten“. Bei einer Handlung als „gesellschaftsschädliches (antisoziales oder doch asoziales) Verhalten“ spricht **v. Liszt** (1932: 176) von materieller Rechtswidrigkeit. Entsprechend sei Rechtswidrigkeit aus formeller Sicht als die Verletzung einer strafrechtlichen Norm im materiellen Sinne als Angriff auf Interessen zu sehen, welche rechtlichem Schutz unterlägen (**Heinitz** 1969: 582).

Während **Binding** die Rechtwidrigkeit formaljuristisch als Verstoß gegen die Pflicht zum Gehorsam gegenüber dem Staat aufbaute (**Murmann** 2005: 89f.), gründete **Liszt** seine Lehre auf den Rechtsgutbegriff, rechtswidrig war für ihn also „das ein rechtlich geschütztes Interesse (Rechtsgut) verletzende oder gefährdende Verhalten“ (**Schmidt** 1995: 385). Damit

[226] Vgl. **Stübel** (Fn.225), §§ 4, 18; **Ambos** (2006a: 465Fn. 15).

legte **Liszt** den Grundstein für den teleologischen Begriff der materiellen Rechtswidrigkeit im neoklassischen System (**Schmidt** 1995: 385).

4.1.5.4 Schuld – Der psychologische Schuldbegriff

Nach **Beling** bezieht sich der Schuldbegriff im klassischen Verbrechensaufbau auf die Gesamtheit der psychischen Verbindung des Täters mit der „tatbestandsmäßigen Handlung" und der „Rechtswidrigkeit" (**Beling** 1906: 179f.). Damit sei die Außenwelt (im Sinne des Tatbestandes) von einer Innenwelt (der Schuld) abgrenzbar. Da Letztere alleine durch wissenschaftlich erhaltene, beschreibende Bedingungen der Psychologie bewertbar erschien, erhielt dieses Verständnis von Schuld die Bezeichnung „psychologischer Schuldbegriff" (**Safferling** 2008: 40). Nach **Welzel** (1975: 52f) habe **Liszt**, welcher die Psychologie den Naturwissenschaften zuordne, die Integration der psychologischen Schuldelemente kausal-mechanisch organisiert. Entsprechend seien auch die individuellen Entscheidungen über Wert und Unwert für ihn nichts anderes gewesen als ein auf kausaler Stärke basierender Automatismus der Vorstellungen.

Vorsatz und Fahrlässigkeit wurden bei **v. Liszt** als die beiden „Schuldformen" bezeichnet[227]. Die Zurechnungsfähigkeit war nicht unmittelbar in den Schuldbegriff integriert worden, weil sie eine Voraussetzung der Schuld sei; der Notstand wurde als „Schuldausschließungsgrund" eingestuft (**Jescheck** 1978: 162; **Safferling** 2008: 34f.). Nach **Jescheck** (1978: 162) sei der Schuldbegriff damit inhaltlich noch nicht bestimmt gewesen und die aufgeführten Kategorien deswegen noch nicht zueinander in Relation gesetzt worden. Deswegen habe man sich darauf beschränkt, sie mit dem Titel des „»Subjektiven« enumerativ zu erfassen".

Bei der Fahrlässigkeit hat sich der Täter „den Erfolg nicht vorgestellt" (**v. Liszt** 1932: 232). Sie sei damit im Sinne **v. Liszts** die „Verursachung oder Nichthinderung eines nicht vorausgesehenen, aber voraussehbaren Erfolges durch Willensbetätigung" und in Bezug auf Verhalten durch einen Mangel an Vorsicht und Voraussicht bedingt[228] (**Safferling** 2008: 38).

Im Vergleich zur Fahrlässigkeit wiegt die Schuldform des Vorsatzes schwerer, weil der Täter bei vorsätzlichem Tun im Bewusstsein der Sozialschädlichkeit seines Verhaltens handelt und dieses trotz dieser Kenntnis zeigt. Bedingung für den Vorsatz ist entsprechend das Wissen um die Umstände sowie um die gesellschaftsschädliche Relevanz der Tat (**v. Liszt** 1905:

[227] Vgl. **Liszt Franz von**: Lehrbuch des deutschen Strafrechts, 1. Aufl. u. d. T.: Das deutsche Reichsstrafrecht, 1881, 105ff.
[228] Vgl. **v. Liszt** (1905: 182f.).

170ff.)[229]. Vorsatz beinhaltet entsprechend drei Komponenten: „die Vorstellung von der Willensbetätigung, (...) die Voraussicht des Erfolges und die Vorstellung der Kausalität“ (**Safferling** 2008: 36). Hielt der Täter den beabsichtigten Erfolg für sicher, so handelte es sich um den direkten Vorsatz, beim eventuellen Vorsatz war der Erfolg nur eine Möglichkeit[230]. Für **v. Liszt** war das wichtigste Merkmal die Vorstellung und nicht der Wille des Täters (**Safferling** 2008: 36). Wie **Safferling** (2008: 37) weiter ausführt, sei bei **v. Liszt** das Unrechtsbewusstsein kein Merkmal des Vorsatzes, weil das Verbotensein einer Tat ausschließlich objektiv bestimmt werde. Vielmehr sei es das Bewusstsein der Sozialschädlichkeit im Sinne des Täterwissens um die Ausrichtung seiner Tat gegen ein „rechtlich geschütztes Interesse“, welches den Vorsatz ausmache[231] (**Safferling** 2008: 37).

Neben den zwei Schuldarten grenze **v. Liszt** auch zwei Schuldseiten voneinander ab. Aus formeller Sicht sei Schuld die Verantwortlichkeit und damit die Zurechnung der Tat zum Täter. Die Bedingung dieses Schlusses von Tat auf Täter sei die zweite, materielle Seite der Schuld, welche die „innere Beziehung zwischen Tat und Täter“ abbilde[232] (**Safferling** 2008: 35). In letzterem Aspekt der Schuld komme die „asoziale Gesinnung des Täters“, die „Mangelhaftigkeit des (...) sozialen Pflichtgefühls“ und die „asoziale Motivation“ des Täters zum Ausdruck (**v. Liszt** 1932: 231).

4.2 Der neoklassische Verbrechensbegriff

In den ersten Jahrzehnten des 20. Jahrhunderts kam es zu einer tiefgreifenden Reform des klassischen Verbrechenssystems von **Liszt** und **Beling**. Da die neue Dogmatik die Grundstruktur des klassischen Verbrechensbegriffs beibehielt, wird sie als neoklassisch bezeichnet. Entscheidende Bedeutung für die Umformung zum neoklassischen System hatte der Neukantianismus (**Jescheck** 1978: 163f.).

4.2.1 Philosophische Grundlagen – Der Neukantianismus und seine Vertreter

Einfluss nahm der Neukantianismus auf die Denkweise des Neoklassizismus insbesondere durch seine Erkenntnistheorie, welche ab der Mitte des 19. Jahrhunderts zur wichtigsten

[229] Vgl. **Safferling** (2008: 36).
[230] Vgl. **v. Liszt** (1905: 171f.).
[231] Vgl. **v. Liszt** (1905: 173).
[232] Siehe **v. Liszt** (1905: 157f.): Diese „kann“ bestimmt werden „als der aus der begangenen Tat erkennbare Mangel der für das gesellschaftliche Zusammenleben erforderlichen sozialen Gesinnung“. Vgl. (**Safferling** 2008: 35).

philosophischen Disziplin wurde (**Jescheck** 1978: 164). Der Begriff Erkenntnistheorie kam erstmals um 1830 in der Kantischen Schule auf und erhielt im Neukantianismus den Rang einer Disziplinbezeichnung, etabliert anno 1862 durch **Eduard Gottlob Zellers** (1814-1908) „Über Bedeutung und Aufgabe der Erkenntnistheorie“[233] (**Sandkühler** 2005: 9/80).

Erkenntnis meine „im eigentliche Sinne ein Urteil aus objektiv realen Begriffen“, so **Prien** (2006: 4). Ein Begriff sei dann „objektiv real“, wenn es zu ihm korrespondierende Anschauungen gebe. Entsprechend würden sowohl Sinnlichkeit als auch Verstand einen Beitrag zur Erkenntnis leisten. In der Erkenntnistheorie wurde das Erkennen als Beziehung zwischen einem Erkennenden (dem Subjekt), einem Erkenntnisgegenstand (dem Objekt) und dem Erkenntnisinhalt aufgefasst. Die Voraussetzung für das Erkennen sei eine Differenzierung zwischen Bewusstsein und Außenwelt; geprüft werde, ob auf Grund des Sinnes- und Verstandesvermögens eine Beeinflussung der Vorstellung von den äußeren Gegenständen stattfinde und ob eine Übereinstimmung der realen Gegenstände mit der Sinnesvorstellung überhaupt möglich sei. In den Erkenntnistheorien des Neukantianismus wurde wieder eine vorgängige (a priori) Übereinstimmung der Struktur von Subjektivität und Objektivität beim Erkennen in Betracht gezogen, d.h. eine Übereinstimmung zwischen Bewusstsein und Außenwelt (**Halder** 2000: 92f.).

Wegen der Forderung nach einem „kritischen“, nicht metaphysischen Idealismus hatte sich der Kantianismus fast ausschließlich auf **Kants** Erkenntnistheorie konzentriert. Dies führte dazu, dass im Kantianismus wesentliche Teile des historischen **Kant** ausgeklammert wurden (**Welzel** 1975: 71). Ab der Mitte des 19. Jahrhunderts war allerdings an den Universitäten „der Ruf nach einer an **Kant** anknüpfenden »kritischen«, d.h. metaphysikskeptischen und erkenntnistheoretisch orientierten Position, mit der man sich weltanschaulich neutral halten konnte, lauter“ geworden (**Holzhey** 2004: 31). In diesem Zusammenhang betonte der Naturwissenschaftler **Hermann v. Helmholtz** (1821-1894) im Jahre 1855, übereinstimmend mit **Kants** Position, „daß alle Erkenntnis der Wirklichkeit aus der Erfahrung geschöpft werden müsse“[234]. **Helmholtz** sah durch eigene empirische Forschungsarbeiten belegt, dass die menschliche Wahrnehmung sowohl durch die eigenen Sinne als auch durch die Beschaffenheit der äußeren Ordnung bedingt sei. Entsprechend sei ein Kausalsatz eine

[233] **Zellers Gottlob**, **Eduard** (1877): Über Bedeutung und Aufgabe der Erkenntnistheorie. Vortrag bei der Eröffnung der Vorlesungen über Logik und Erkenntnistheorie, gehalten am 22. Oktober 1862 in Heidelberg.

[234] Siehe **Helmholtz**, **Hermann v**.: Ueber das Sehen des Menschen, ein populär wissenschaftlicher Vortrag, gehalten zu Königsberg in Pr. zum Besten von Kant’s Denkmal am 27. Februar 1855, in: Natur und Naturwissenschaft, op cit., 73. Vgl. **Holzhey** (2004:31).

Hypothese, ein der Erfahrung vorausgehendes Gesetz des Denkens, und damit kein Erfahrungssatz (**Holzhey** 2004: 31)[235]. Genau wie **Helmholtz** sah auch **Eduard Zeller** (1814-1908) **Kants** herausragende akademische Leistung in dessen Theorie des Erkennens. **Zeller** stimmte **Kant** insofern zu, als die Dinge nur durch die dem Menschen eigenen Vorstellungsformen erkennbar seien. Mit deutlicher Ablehnung begegnete er allerdings der zum Idealismus führenden Ansicht, der zufolge die Menschen nicht dazu in der Lage seien, die reale Beschaffenheit der Dinge zu erfassen. Vielmehr habe der Mensch die Veranlagung, zu einer richtigen Sicht der Dinge zu gelangen und Hypothesen aufzustellen, welche, anhand der aus ihnen abgeleiteten Erscheinungen, überprüfbar seien (**Holzhey** 2004: 31f.)[236].

Während im Idealismus **Kant** als metaphysischer Denker und die Selbstbegrenzung der Vernunft in seiner Philosophie als Wegbereiter einer neuen Metaphysik gegolten hatten, knüpften die Neukantianer in ihrer Kantrezeption bei **Kants** Erkenntnistheorie und seinem Versuch einer philosophischen Erklärung der Naturwissenschaften an (**König** 1994: 1). So lehnte der Neukantianismus also ebenso wie der Positivismus jeden metaphysischen Ansatz ab. Im Unterschied zum Positivismus beschränkte sich der Neukantianismus aber nicht mehr auf die dogmatische Hinnahme der empirischen Realität, sondern kehrte durch die Hinzunahme einer „Sphäre der Unwirklichkeit“ wieder zu philosophischen Problemstellungen zurück (**Welzel** 1975: 72).

Der Neukantianismus erhielt seine Bezeichnung unter anderem deshalb, weil er auf dem von **Kant** gelehrten Grundsatz basierte, es solle nicht aus dem Sein auf das Sollen geschlossen werden. Im Sinne eines „Methodendualismus“ müssten Sein und Sollen vielmehr zwei voneinander abzugrenzenden Sphären angehören (**Vormbaum**: 2009: 156).

Mit der Unterscheidung von Sein und Sollen und der damit verbundenen Ablehnung von auf Empirie basierenden Werturteilen hatte **Kant** die Theorie von **David Hume**[237] (1711-1776) aufgegriffen und weiterentwickelt. Das Sein, also die tatsächlich vorliegende Ordnung, ordnete er dem Erkennen durch den Verstand und das Sollen, also die Notwendigkeit von Handlungen, der Vernunft zu (**Leupolt** 2003: 73). Die Verortung von Sein und Sollen auf verschiedenen Erkenntnisstufen begründet **Kant** (1966: 325) dadurch, dass es „höchst

[235] Siehe **Helmholtz**, **Hermann v**.: Ueber das Sehen des Menschen, ein populär wissenschaftlicher Vortrag, gehalten zu Königsberg in Pr. zum Besten von Kant’s Denkmal am 27. Februar 1855, in: Natur und Naturwissenschaft, op cit., 104.

[236] Vgl. **Zeller**, **Eduard**: Vorträge und Abhandlungen geschichtlichen Inhalts, Zweite Sammlung, Leipzig: Fues, 1877, S. 490-494.

[237] Vgl. **Hume**, **David**: A Treatise of Human Nature, hrsg. von L.A. Selby-Bigge, 2. Aufl., Book III, Part I, Section I, Oxford, 1978, S. 468.

verwerflich (sei), die Gesetze über das, was ich thun soll, von demjenigen herzunehmen, oder dadurch einschränken zu wollen, was gethan wird".

Der Neukantianismus unterschied sich von der Marburger und der Südwestdeutschen Schule in zwei wesentliche Richtungen, welche ihren größten Einfluss am Ende des 19. und zu Beginn des 20. Jahrhunderts hatten **(Holzhey** 2004: 37). Die von **Herman Cohen** (1842-1918) und **Paul Natorp** (1854-1924) gegründete Marburger Schule orientierte sich an den Naturwissenschaften. Die Südwestdeutsche Schule hingegen wandte sich den historischen Wissenschaften zu und gelangte dadurch zu einem wertphilosophischen System (**Welzel** 1975: 70). Ihre Hauptvertreter waren **Wilhelm Windelband** (1848-1915), **Heinrich Rickert** (1863-1936) und **Emil Lask** (1875-1915)[238]. **Wilhelm Dilthey** (1833-1911) hatte „kausales Erklären von Verstehen im kulturellem Kontext" (**Schmid** 2009: 131) getrennt und gab damit den Anstoß zu **Rickerts** Abgrenzung zwischen den beiden Sphären Kultur- und Naturwissenschaft (**Schmid** 2009: 131). **Rickert** habe den Naturwissenschaften die Aufgabe zugewiesen, sich auf Gesetzmäßigkeiten zu konzentrieren, Geisteswissenschaften habe er durch ihr wertendes Erfassen des Individuellen charakterisiert (**Holzhey** 2004: 102). Nach **Welzel** (1975: 70) war es gerade die Hinwendung der Südwestdeutschen Schule zu den Kulturwissenschaften, welche sie einen wesentlichen größeren Einfluss auf geisteswissenschaftliche Disziplinen wie die Jurisprudenz haben ließ als auf die zur exakten Wissenschaft tendierende Marburger Schule.

Wie **Welzel (**1975: 72) schreibt, sei nach **Rickert** und seinem Schüler **Emil Lask** die sog. objektive Realität ein „Produkt theoretischer Formung", in der das zugrunde liegende „Chaos der Erlebnisse" oder „Gewühl" geordnet und gegliedert vorkomme[239]. Diese Vorstellung eines durch den Verstand zu ordnenden Gewühls sei allerdings durch die Psychologie widerlegt worden, weil die die menschliche Wahrnehmung von Anfang an gegenständlich sei und keine „formende(n) Verstandesakte" brauche (**Welzel** (1975: 73).

Nach **Lask** seien sowohl Geschichte (Kulturwirklichkeit) als auch Naturwissenschaft „Umformungen" einer strukturlosen und wertindifferenten Wirklichkeit (**Welzel** 1975: 76). Die geschichtliche Wirklichkeit werde bei **Lask** durch die Wissenschaft erst erzeugt und sei nicht im realen Wirken von großen Persönlichkeiten zu sehen (**Welzel** (1975: 77). Die Kulturwirklichkeit sei für **Lask** entsprechend ein „»Halbfabrikat« vorwissenschaftlicher

[238] Vgl. **Wolf**, **Thomas R**.: Hermeneutik und Technik: Martin Heideggers Auslegung des Lebens und der Wissenschaft als Antwort auf die Krise der Moderne, Würzburg: Königshausen & Neumann, 2005, S. 38.
[239] Siehe **Rickert**, **Heinrich**: System der Philosophie**,** Teil 1, Tübingen: Mohr, 1921, S. 50.

Begriffsbildungen“[240], die noch wertfrei seien. Erst die Kulturwissenschaft mache daraus „Fertigfabrikate“ (**Welzel** 1975: 77). Laut **Welzel** (1975: 77) handle es sich dabei um einen „Übergriff der Wissenschaft auf das Ontische“, der mit der Übertragung des kausal-mechanischen Prinzips auf die Natur vergleichbar sei. Besondere Kritik richtete **Welzel** diesbezüglich gegen eine Anwendung des Strafrechts, bei der die Methode den Gegenstand bestimme. Umgekehrt müsse die Methode dem „Gegenstand als dem ontischen Seinsstück“ entsprechen, das zu erforschen sei, denn es handle sich beim Ontischen um das „praktisch-tätig(e) Leben“ **(Welzel** 1975: 79).

4.2.2 Einflüsse des Neukantianismus auf die Strafrechtswissenschaft

Zu Beginn des 20. Jahrhunderts begründete vor allem die südwestdeutsche Schule der neukantianischen Lehre auch in der Strafrechtwissenschaft einen neuen Denkansatz, welcher das naturalistische Strafrecht und dessen Ideal der wertfreien Beobachtung und empirische(n) Analyse als „wissenschaftstheoretische Naivität“ kritisierte (**Schünemann** 1984: 24). Wie **Schünemann** (1984: 24f.) schreibt, könne auf der Grundlage empirischer Daten keine Bewertung durch Normen stattfinden, vielmehr handle es sich hierbei um den sog. „naturalistischen Fehlschluß“[241]. Zur Überwindung der Diskrepanz zwischen Empirie und Bewertung habe sich **v. Liszt** auf die positiven Gesetze verlassen (1984: 26). Der Irrtum **v. Liszts** habe darin bestanden, dass er alle „Wertungsprobleme bereits durch das StGB gelöst wähnte“. So sei das Strafrechtssystem zu Wertentscheidungen benutzt worden, worin die unzulässige Folgerung von Sein zu Sollen zu sehen sei (1984: 26). Ein weiterer Fehler sei, so **Schünemann** (1984: 27), durch die Annahme erfolgt, eine Untersuchung des „Kausalzusammenhangs“ sei juristisch nicht möglich, d.h., es habe keine Unterscheidung zwischen Ursache und Bedingungen eines Erfolgs mehr gegeben, alle Glieder der Kausalkette seien als gleichberechtigt angesehen worden. Entsprechend hätten der Gesetzgeber und die Strafrechtswissenschaft im 19. Jahrhundert „die bei weitem meisten normativen Probleme (...) noch nicht einmal erkannt, geschweige denn gelöst“ (1984: 26). Als Beispiel nennt **Schünemann** (1984: 26 Fn. 49) „die Überschätzung der Tragweite der legislatorischen Entscheidungen in **Liszts** Lehrbuch“.[242]

---

[240] Vgl. **Lask**, **Emil**: Rechtsphilosophie, in: Windelband (Hrsg.): Die Philosophie im Beginn des zwanzigsten Jahrhunderts. Festschrift für Kuno Fischer, Heidelberg: Winter, 1907, S. 299.

[241] Vgl. **Radbruch Gustav**, Rechtsphilosophie (nach d. Tode d. Verf. besorgt u. biograph. eingel. von Erik Wolf), 6. Aufl., Stuttgart: Koehler, 1963, S. 97ff.

[242] Vgl. **Liszt** (1905: 140).

Bedeutung für die Strafrechtswissenschaft habe der Neukantianismus insbesondere durch sein Verständnis der Jurisprudenz entwickelt, weil er diese „nicht als eine auf tatsächliche Gegebenheiten gerichtete, sondern als eine normative auf Sinndeutung der Rechtsnormen (...) gerichtete Wissenschaft auffasste“ (V**ormbaum** 2009: 156). Dies habe zu einer teleologischen Definition des Rechtsguts als Wert geführt, welcher durch den Straftatbestand im Gesetz zu schützen sei (V**ormbaum** 2009: 156). Besonders ausgeprägt war der Einfluss der südwestdeutschen Schule auf die Disziplin der Jurisprudenz ab dem Zeitpunkt der Veröffentlichung von **Emil Lasks** Rechtsphilosophie (**Welzel** 1975: 70). Die Vermittlung der philosophischen Gedanken in die Strafrechtswissenschaft erfolgte durch **Max Ernst Mayer** (1875-1923), **Gustav Radbruch** (1878-1949), **Edmund Mezger** (1883-1962), **Max Grünhut** (1893-1964) und **Erik Wolf** (1902-1977) (**Welzel** 1975: 70). Die Reformer bemühten sich, an Stelle des auf sich selbst bezogenen juristischen Denkens, für das die „formale (…)Folgerichtigkeit“ entscheidend war, nun ein zweckgerichtetes und wertebezogenes Denken, also eine „teleologische Verbrechenslehre“, zu setzen (**Jeschek/Weigend** 1996: 204).

Gustav Radbruch, welcher von **Welzel** (1953: 279) als „einer der feinsten Geister seiner Zeit“ angesehen wurde, stellte seine Rechtsphilosophie auf neukantianische und demzufolge wertphilosophische Grundlagen (**Klein** 2007: 66f.). Er verdanke seine philosophische Prägung nach eigener Aussage den Denkern der südwestdeutschen Schule des Neukantianismus und stellte hierbei insbesondere den Einfluss von **Emil Lask** heraus[243] (**Klein** 2007: 66). **Radbruch** (1932: 10) unternahm den Versuch, eine „Topik der möglichen Rechtsauffassungen“ zu entwerfen. Er berief sich auf den von **Kant** entwickelten und von **Rudolph Stammler**[244] auf das Strafrecht übertragenen Methodendualismus, der Sein von Sollen trennte (**Leupolt** 2003: 74). Durch die der südwestdeutschen Schule folgende Übertragung dieses Unterschieds auf die „Erkenntnismethode des Subjekts Mensch“ differenzierte **Radbruch** zwischen „der bewertenden Betrachtung der Philosophie“ und „wertblinde(r) Betrachtung der Naturwissenschaft“[245] (**Leupolt** 2003: 74). Nach **Leupolt** (2003: 75) habe **Radbruch** auf diesem Dualismus der Methoden seinen ebenfalls durch **Lask** beeinflussten Werterelativismus aufgebaut, welcher als Grundannahme seiner Philosophie des

[243] Siehe **Radbruch, Gustav**: Der innere Weg. Aufriß meines Lebens. Stuttgart, 1951. **Gustav Radbruch** Gesamtausgabe 16, S. 167, 217. Heidelberg, 1988.

[244] **Stammler** unterschied zwischen dem positiven „seienden“ und dem richtigen „sollenden“ Recht (**Söhnke Leupolt**: Die rechtliche Aufarbeitung des DDR-Unrechts, S. 73). **Stammler** gelangte dadurch zu immer „allgemeineren, abstrakteren Begriffen“ und schließlich zur „Grundlage aller Begriffe, den Grundbegriffen des Rechts, denen „jedoch jeder materiale Inhalt (fehlte)“.

[245] Vgl. **Radbruch Gustav** (1973: 87f.).

Rechts wie folgt zusammengefasst werden kann: „Sollenssätze sind nur durch andere Sollenssätze begründbar und beweisbar. Eben deshalb sind die letzten Sollenssätze unbeweisbar, axiomatisch, nicht der Erkenntnis, sondern nur des Bekenntnisses fähig“ (**Radbruch** 1973: 96.).

Wie **Rickert** und **Lask** unterschied auch **Radbruch** (1932: 206/251) zwischen Rechtswert und Rechtswirklichkeit: „(…) die Rechtsidee ist Wert, das Recht aber wertbezogene Wirklichkeit, Kulturerscheinung“[246]. Die Brücke zwischen Sein und Sollen bildete für **Radbruch** die Kulturwissenschaft: „Das Reich der Natur hat das Sein zum Gegenstand, das Reich der Ideale oder Werte das Sollen, das verbindende Reich der Kultur den Sinn“[247] (**Klein** 2007: 68). Auch dieser sog. „Methodentrialismus“ **Radbruchs** ging auf **Lask** zurück (2007: 69). Beide sahen die Rechtswissenschaft als Kulturwissenschaft, wodurch der Kultur eine entscheidende Rolle im philosophischen System zukomme (2007: 70)[248].

4.2.3 Darstellung des neoklassischen Verbrechensaufbaus

Die Einteilung in die vier grundlegenden Stufen des Strafrechtssystems Handlung, Tatbestand, Rechtswidrigkeit und Schuld wurde, ebenso wie ihre Beziehung untereinander, auch im neoklassischen System beibehalten. Wenngleich der Übergang vom klassischen zum neoklassischen Verbrechensaufbau deswegen als systemimmanent zu bezeichnen ist, hat die neue Dogmatik Schritt für Schritt jede der vier Komponenten des klassischen Verbrechensbegriffs in den Umbildungsprozess integriert (**Jescheck**/**Weigend** 1996: 204).

4.2.3.1 Der Handlungsbegriff

Im klassischen System prägten **Liszt** (1919: 116) und **Beling** den natürlichen Handlungsbegriff, der die Handlung als ein „willkürliches Verhalten zur Außenwelt“ definiert, welches vorliege, wenn jemand „irgendeine Körperbewegung oder Nichtbewegung vorgenommen habe“ (**Beling** 1906: 14f.).

Radbruch (1930: 162) kritisierte diese Aufspaltung des Handlungsbegriffes in Unterlassung und Handlung. Er hielt einen gemeinsamen Oberbegriff für Handlung und Unterlassung für

---

[246] Vgl. **Klein** (2007: 67).

[247] Siehe **Radbruch Gustav**: Religionsphilosophie der Kultur. Religionphilosophie des Rechts, Berlin 1920. **Gustav Radbruch** Gesamtausgabe 4, Heidelberg, 2002, S. 35, 37.

[248] Vgl. **Lask**, **Emil**: Rechtsphilosophie, in: Windelband (Hrsg.): Die Philosophie im Beginn des zwanzigsten Jahrhunderts. Festschrift für Kuno Fischer, Heidelberg: Winter, 1907, S. 269, 271, 298; **Radbruch Gustav**: Über den Begriff der Kultur, logos II (1911/12), S. 200. **Gustav Radbruch** Gesamtausgabe 4, Heidelberg, 2002, S. 11.

unmöglich und gelangte deshalb zu der Annahme, auf den Handlungsbegriff überhaupt verzichten zu können, was den Verbrechensaufbau mit der Tatbestandsmäßigkeit beginnen lasse. Andererseits sei eine Abschwächung des natürlichen zum kausalen Handlungsbegriff mit Hilfe der Einführung eines als „Wirksamwerden des menschlichen Willens in der Außenwelt" verstandenen Verhaltens vollzogen worden (**Jeschek**/**Weigend** 1996: 205).

Radbruch begründete zusätzlich auch einen eigenen Handlungsbegriff, in dessen Mittelpunkt die Unterscheidung des „Willensinhalts" von der „Willensursächlichkeit" stand (**Welzel** 1975: 94)[249]. Nach intensiver Beschäftigung mit den Handlungsbegriffen der Hegelianer, **Bindings** und **Ernst Zitelmanns** (1852-1923), war er zu folgendem Resultat gelangt: „Für die Feststellung, dass eine Handlung vorliegt, genügt die Gewissheit, dass der Täter willentlich tätig geworden bzw. untätig geblieben ist. Was er gewollt hat, ist hierfür gleichgültig; der Willensinhalt ist nur von Bedeutung für die Frage der Schuld" (**Radbruch** 1903: 130)[250]. Durch diese Differenzierung der Willensursächlichkeit von dem Willensinhalt habe der kausal-mechanische Handlungsbegriff **v. Liszts** eine methodisch plausible Begründung erhalten, was dieser auch als das Verdienst **Radbruchs** zu würdigen wusste (**Welzel** 1975: 94). Der damit auf **Liszt**, **Beling** und **Radbruch** zurückgehende kausale Handlungsbegriff, war von **Mezger** verändert worden[251]. **Mezger** (1950: 12f.) verstand Handlung als „gewolltes Tun oder Lassen", wobei allerdings nur von Interesse sei, dass die Handlung gewollt sei. „»Was« bei der Straftat im Einzelnen inhaltlich gewollt sein muss, sagt uns erst die Unrechtslehre".

4.2.3.2 Tatbestandsmäßigkeit

Im klassischen System zeichnet sich der Tatbestand durch seine Objektivität und Wertfreiheit aus (**Roxin** 2006: 282 Rn. 7). Für **Beling** (1906: 145) ist der Tatbestand „rein von allen Rechtwidrigkeitsmomenten". Das neoklassische System hingegen kennt neben den objektiven auch subjektive Tatbestandsmomente und wendet sich von der Wertfreiheit des Tatbestands durch die Integration normativer Tatbestandsmerkmale ab (**Roxin** 2006: 283f. Rn. 8).

Schlüchter (1983: 14) zufolge wurde der Unterschied zwischen Deskription und Bewerten im Strafrecht bereits 1904 von **Eduard Kohlrausch** (1874-1948) entdeckt, der in einer

[249] Siehe **Radbruch, Gustav**: Der Handlungsbegriff in seiner Bedeutung für das Strafrechtssystem. Zugleich ein Beitrag zur Lehre von der rechtswissenschaftlichen Systematik. Berlin, 1903; ders., Gesamtausgabe 7, Heidelberg, 1995, S. 75.
[250] Vgl. **Welzel** (1975: 94).
[251] Vgl. **Tjong Uk Zong**: Beziehungen zwischen dem deutschen und koreanischen Strafrecht, in: Festschrift für **Hans Welzel** zum 70. Geburtstag, de Gruyter, Berlin, 1974, S. 286.

Erinnerungsschrift zu **Kants** 100. Todestag über die „normativen Elemente“ sprach[252]. Die Übertragung dieser Erkenntnisse und damit der normativen Merkmale des Tatbestands in das neuklassische System erfolgte vor allem durch **Max Ernst Mayer**[253]. **Mayer** habe herausgearbeitet, dass die normativen Tatbestandsmerkmale die Rechtswidrigkeit nur indizierten, sie bildeten lediglich einen Erkenntnisgrund für die als „Kulturnormwidrigkeit“ definierte Rechtswidrigkeit[254], wie **Schlüchter** (1983: 14) darlegt. Die normativen Tatbestandsmerkmale finden sich also sowohl im Tatbestand als auch in der Rechtswidrigkeit[255] (**Roxin** 2006: 284 Rn. 10). Normative Tatbestandsmerkmale seien wertbestimmend und würden eine der Entscheidung über die Rechtswidrigkeit schon vorgreifende Wertung enthalten. Ein Beispiel sei die „»Fremdheit« der Sache“ nach § 242[256] **Roxin** (2006: 284 Rn. 10) zufolge. „Fällt die Fremdheit fort“, so sei nach **Mayer** (1915: 185) „die Rechtswidrigkeit der Aneignung“ aufgehoben[257].

Mezger (1926: 194) kritisiert **Mayers** Argumentation bezüglich der Tatbestandslehre[258]. Bei „Tatbestandsmäßigkeit“ handle es sich für **Mayer** um eine konkrete Handlung, die durch die Erfüllung des gesetzlichen Tatbestands zur „Strafvoraussetzung“ werde. Sie bilde den „Erkenntnisgrund der Rechtswidrigkeit“ (ratio cognoscendi). Entsprechend **Mayers** Kulturnormentheorie zeige sich hier, welche Kulturnormen Anerkennung fänden. **Mayer** mache eine strikte Trennung zwischen Tatbestand und Rechtswidrigkeit (**Mezger** 1926: 194f.). Wie **Mezger** (1926: 195) darlegt, enthalte der Tatbestand als „gesetzliche Strafbarkeitserklärung“ allerdings bereits die „Rechtswidrigkeitserklärung, (d.h.) die Unrechtsbegründung als speziell typisiertes Unrecht“. Die Tatbestandsmäßigkeit mache die Handlung zur rechtswidrigen Handlung – in Verbindung mit dem „Fehlen besonderer Unrechtsausschließungsgründe“. Da

[252] Siehe **Kohlrausch**, **Eduard**: Über deskriptive und normative Elemente im Vergeltungsbegriff des Strafrechts, zu der 1904 von der Universität Königsberg herausgegebenen Erinnerungsschrift zum 100. Todestag von Kant.

[253] Siehe **Mayer**, **Max Ernst**: Der allgemeine Teil des deutschen Strafrechts**,** 1. Aufl., Heidelberg: Winter, 1915, S. 182-185.

[254] Vgl. **Mayer**, **Max Ernst**: Der allgemeine Teil des deutschen Strafrechts**,** 1. Aufl., Heidelberg: Winter, 1915, S. 184f.

[255] Vgl. **Mayer** (1915: 182).

[256] Siehe StGB, § 242, 16. Aufl., Nomos, 2007, S. 90. „Diebstahl: (1) Wer eine fremde bewegliche Sache einem anderen in der Absicht wegnimmt, die Sache sich oder einem Dritten rechtswidrig zuzueignen, wird (...) bestraft“.

[257] Vgl. **Schlüchter** (1983: 15).

[258] **Mezger** (1931: 328) entwickelte den Begriff „Parallelwertung in der Laiensphäre“ und definierte diese als „eine der gesetzlich-richterlichen Bewertung gleichgerichtete Einschätzung des Tatbestandsmerkmales im Gedankenkreis der individuellen Person und Umgebung des Täters“. Das heißt, dem Täter muss die gesetzliche Begrifflichkeit nicht exakt bekannt sein, er muss nur die Bedeutung eines normativen Tatumstandes nachvollziehen. Laut **Jescheck**/**Weigend** (1996: 270) erfahren „die normativen Tatbestandsmerkmale (...) in der Vorsatz- und Irrtumslehre eine besondere Behandlung durch den Begriff der »Parallelwertung in der Laiensphäre«“. Vgl. **Safferling** (2008: 128).

der Tatbestand schon das Urteil der Unrechtmäßigkeit beinhalte, bilde er den Bestimmungsgrund (ratio essendi) der Rechtswidrigkeit (**Mezger** 1926: 196). Für **Roxin** (2006: 285 Rn. 12) werde das normative Denken dieser Lehre „vom Tatbestand als einem vorläufigen Unrechtsurteil" durch das wertebasierte Denken des Neukantianismus gefördert und auch in der Wissenschaft der Gegenwart überwiegend verwendet.

Nach **Schlüchter** (1983: 16) handelt es sich um ein deskriptives Merkmal, wenn die Wertung durch den Gesetzgeber erfolge und der Richter dieselbe lediglich nachvollziehe. Beim normativen Merkmal sei die Wertung dem Interpreten überlassen. **Wolf** (1931: 58) zufolge kämen bei der letzteren, „kognitiven Feststellungsarbeit" Erfahrungssätze und nicht Werturteile zur Anwendung. Aber auch die Erfahrung sei ein Element der wertbezogenen Kultur, ebenso wie die „vereinfachen(de)" und „auswählende (…) normative Tätigkeit des Richters" normativ sei (1931: 58). Da aber der Erfahrung juristische Tatsachen zugrunde lägen, gebe es eine Durchmischung deskriptiver bzw. kognitiver Elemente mit normativen (1931: 58f.).

Wolf (1928: 85) sieht im Tatbestand ein „wertbehaftete(s) Kultursubstrat (...). Die Wertbeziehung wird hergestellt durch den Formgedanken des Zweckes, der als solcher zugleich die Methode der strafrechtlichen Arbeit angibt: die teleologische". **Wolf** (1931: 9) definiert den „Tattypus" als ein „Gemisch abstrakter Beschreibung von Tatsachen und konkreter Ausprägung von Schutzwertgedanken". Der Tattypus sei als eine „Hülse" oder als Idealtypus zu begreifen.

Die Erkenntnis, dass „Unrecht nicht in allen Fällen aus rein objektiven Merkmalen erklärbar ist und dass umgekehrt die Schuld sich nicht ausschließlich aus subjektiven Elementen aufbaut", war für **Roxin** (2006: 201 Rn. 16) die Ursache der Umstrukturierung des klassischen Verbrechenssystems. **Mezger** sei die Integration subjektiver Elemente in die Strafrechtslehre zu verdanken. Nach **Mezger** könne das Unrecht auch subjektive Elemente besitzen[259]. Die objektive Tatbestandslehre sei durch die Erkenntnis ins Wanken geraten, dass nicht nur die Schuld, sondern bereits das Unrecht der Tat vom Willen des Täters abhängen könne. Fand diese Subjektivität zunächst mit Blick auf Rechtfertigungsgründe Gehör, wurde sie schnell auch hinsichtlich des Tatbestands als relevant angesehen. Als Beispiel für die Bedeutung subjektiver Tatbestandskriterien führt **Roxin** (2006: 283 Rn. 8) den Wilderer an,

[259] Siehe **Mezger** (1924: 207ff.); **Hegler** (1915: 19ff.). Vgl. **Vormbaum** (2009: 157).

der „auch objektiv dem Wilde nicht“ nachstelle (§ 292)[260], „wenn er nicht den Willen hat, es zu erledigen“ (2006: 283 Rn. 8). **Jescheck** (1978: 165) führt als Beispiel für die Relevanz des subjektiven Tatbestands die Wegnahme eines fremden Gegenstandes an. Ohne die Zueignungsabsicht könne der Tatbestand nicht als Diebstahl gelten. Dies sei z.B. bei einem Studenten der Fall, welcher am Abend ein Buch aus der Bibliothek mit der Absicht nehme, es am anderen Morgen wieder zurückzustellen. Zusammenfassend stellt **Roxin** (2006: 283 Rn. 8) fest, dass sich die Erkenntnis des subjektiven Tatbestandes bereits durchgesetzt habe und gegenwärtig im deutschen Strafrecht vollkommen unbestritten gelte.

4.2.3.3 Rechtswidrigkeit

Mit der Neuinterpretation des Tatbestands änderte sich auch das Verständnis der Rechtswidrigkeit. Beinhaltete die Rechtswidrigkeit bis dahin die formale Verletzung eines Gesetzes, führten die zweckbestimmten Strafrechtsvorschriften zu einem „materiell als Sozialschädlichkeit“ verstandenen Unrecht[261], was dessen Abstufung nach der Schwere der Interessensverletzung ermöglichte. Nur wenn überhaupt eine Interessensverletzung vorliege, könne von Rechtswidrigkeit gesprochen werden (**Jescheck** 1978: 165).

Die Definition der materiellen Rechtswidrigkeit im Sinne von gesellschaftsschädigendem Verhalten sei ein wichtiger Schritt zur Lösung existierender Unklarheiten mit Blick auf die Rechtswidrigkeit gewesen (**Schünemann** 1984: 28). Darüber hinaus stellte **Graf zu Dohna** (1905: 54) fest: „Ein rechtswidriges Verhalten (...) ist in erster Linie ein unrichtiges Verhalten (...), welches nicht anerkannt werden kann als rechtes Mittel zu rechtem Zweck.“ Diese „regulativen Formel(n) des »rechten Mittels«“ bzw. des „Mehr-Nutzen-als-Schaden-Prinzips“ haben den Ausschluss von Rechtswidrigkeit erlaubt und ebenfalls Möglichkeiten zur Beseitigung der hinsichtlich der Rechtswidrigkeit vorhandenen Gesetzeslücken aufgezeigt (**Schünemann** 1984: 28). Mit seinem Verständnis von Rechtswidrigkeit habe **Graf zu Dohna** zu verhindern versucht, dass die Entscheidung über Recht und Unrecht allein dem Gesetzgeber obliege (**Safferling** 2008: 45)[262].

Standen im klassischen System Tatbestand und Rechtswidrigkeit gleichrangig nebeneinander, so kommt nach **Jescheck**/**Weigend** (1996: 207) dem Tatbestand nun die formelle Aufgabe zu, während Rechtswidrigkeit und Schuld die materiellen Verbrechensmerkmale umfassen.

---

[260] Siehe StGB, § 292, 16 Aufl., Nomos, 2007 S. 103. „Jagdwilderei (1) Wer unter Verletzung fremden Jagdrechts oder Jagdausübungsrechts 1. dem Wild nachstellt, es fängt, erlegt oder sich oder einem Dritten zueignet (…). wird (...) bestraft.“

[261] Siehe **Hegler** (1915: 27ff.); **Mezger** (1926: 198ff.).

[262] Siehe **Graf zu Dohna** (1905: 72).

4.2.3.4 Schuld – Der normative Schuldbegriff

Im neoklassischen System ersetzt der normative den psychologischen Schuldbegriff des Naturalismus, bei dem der Täter eine psychologische Beziehung zu seiner Tat hat. Der naturalistische Schuldbegriff sei weder dazu in der Lage gewesen, Entschuldigungsgründe zu verorten noch die unbewusste Fahrlässigkeit zu erklären, und wies keine Wertbeziehung auf (**Schünemann** 1984: 29).

Mayer, **Graf zu Dohna** und **Frank**, als vom Neukantianismus geprägte Strafrechtler, strebten ein auf den Inhalt ausgerichtetes Schuldurteil an und betonten hierbei vor allem die ethische Missbilligung im Sinne eines Werturteils (**Kelker** 2007: 62). Für **Graf zu Dohna** (1911: 326) lag das Wesen der Schuld darin, „dass ein sittlicher Vorwurf begründet ist". Die Schuld setzte er mit „pflichtwidrige(r) Willensbetätigung" gleich, wobei er „einen Willen, dessen Motive Missbilligung verdienen", als pflichtwidrig bezeichnete (**Graf zu Dohna** 1905: 312).

Ein ähnliches Verständnis von Schuld hatte auch **Mayer** (1901: 106), der diese als „pflichtwidrige Willensbethätigung, die einen rechtswidrigen Erfolg zur Wirkung hat", sah und sie in ein „psychologisches oder ontologisches Schuldelement" und ein „ethisches oder normatives Schuldelement" trennte (**Mayer** 1915: 232). Die moralische Beurteilung sollte sich auf die bestimmenden Motive des Täters beziehen, in denen die eigentliche Pflichtwidrigkeit liege, da sie verhinderten, dass die Erfolgsvorstellung zum Gegenmotiv werde (**Kelker** 2007: 63).

Auch **Frank** erkannte die normativen Anteile der Schuld und schaffte mit seinem Verständnis von Schuld als einem sich auf einem Normbefehl stützenden „Werturteil über einen psychischen Sachverhalt" eine Wende in der Dogmatik der Schuld (**Safferling** 2008: 50). Als entscheidend im Prozess der Ablösung des psychologischen Schuldbegriffes galt seine Gleichsetzung von Schuld mit Vorwerfbarkeit und der daraus resultierenden Definition (**Achenbach** 1974: 102ff), dass ein verbotenes Verhalten dann jemandem zur Schuld anzurechnen sei, „wenn man ihm einen Vorwurf daraus machen kann, dass er es eingeschlagen hat" (**Frank** 1907: 15). Auch wenn sich **Frank** mit seinem normativen Schuldverständnis nicht explizit auf den Neukantianismus bezogen habe, wurde sein Entwurf

der „Vorwerfbarkeit“ von den zeitgenössischen Denkern als „bahnbrechend“ angesehen (**Schünemann** 1984: 29Fn. 58)[263].

Durch den psychologischen Schuldbegriff unbeantwortete Fragen seien, so **Jescheck** (1978: 166) mit dem **Frank’schen** Schuldbegriff erklärbar geworden. So entfalle zum Beispiel bei der vorsätzlichen Tat eines Geisteskranken im Falle der Schuldunfähigkeit der Schuldvorwurf, weil von ihm keine rechtmäßige Willensbildung verlangt werden könne[264]. Des Weiteren seien durch **Franks** Arbeit auch objektive Schuldmerkmale (z.B. die uneheliche Mutterschaft nach § 217) anerkannt worden, wodurch bereits die objektive Situation für einen Ausschluss oder eine Einschränkung der Vorwerfbarkeit ausreiche (**Schünemann** 1984: 32).

4.3 Der Verbrechensbegriff des Finalismus

Am Beginn der Entwicklung der finalistischen Lehre in den 30er Jahren des 20. Jahrhunderts[265] stand die Kritik **Hans Welzels**[266] (1904-1977) am naturalistischen Positivismus ebenso wie an der neukantianischen wertbezogenen Denkweise in der Strafrechtswissenschaft. Im Rahmen seiner Kritik am Naturalismus und Neukantianismus verstand **Welzel** diese als strafrechtliche „Komplementärtheorien“ zum Positivismus (**Schneider** 2004: 25)[267]. Damit wandte sich **Welzel** sowohl gegen die naturalistische Darstellung der Wirklichkeit als auch dagegen, die Werte im neukantianischen Sinne einer „außerhalb dieser Wirklichkeit liegenden Sphäre“ zuzuordnen (**Murmann** 2005: 111f.).

---

263 Vgl. **Goldschmidt** (1930: 428).

264 Vgl. **Seuffert** (1902: 45).

265 Vgl. **Jescheck/Weigend** (1996: 210).

266 **Welzel** begann seine Laufbahn mit dem Studium der Mathematik an der Universität von Jena, wechselte dann jedoch das Fach und studierte im Anschluss an den Universitäten Jena und Heidelberg Jura und Philosophie. 1928 legte er seine Dissertation zum Thema „Die Naturrechtslehre **Samuel Pufendorfs**” vor. 1935 habilitierte er in Köln mit der Arbeit „Naturalismus und Wertphilosophie im Strafrecht”, die sich mit den ideologischen Grundlagen der Strafrechtswissenschaft beschäftigte. Von 1937 bis 1952 hatte er den Lehrstuhl für Rechtsphilosophie und Strafrecht an der Universität Göttingen inne, von 1952 bis 1974 begleitete er einen Lehrstuhl an der Universität Bonn (**Loos** 1987: 488f.). Als Professor der Universität von Bonn hat **Welzel** seine wichtigsten philosophischen und strafrechtlichen Gedankengänge an seine deutschen Studenten, unter welchen sich **Günter Stratenwerth, Armin Kaufmann, Gerd Geilen, Hans J. Hirsch, Hans-Ludwig Schreiber, Fritz Loos und Günther Jakobs** befanden, weitergegeben. Vgl. **Velásquez** (2004: 3).

267 Vgl. **Welzel** (1975: 88).

4.3.1 Rechtsphilosophische Grundlagen

Welzel zog in Betracht, dass die „Wirklichkeit als soziale Wirklichkeit bereits werterfüllt sei“ (**Murmann** 2005: 111f.): „Die wissenschaftlichen Begriffe sind nicht verschiedenartige »Umformungen« eines identischen wertfreien Materials, sondern »Reproduktionen« von Teilstücken eines komplexen ontischen Seins, das die gesetzlichen Strukturen und Wertdifferenzen immanent in sich trägt und nicht erst von der Wissenschaft herangetragen bekommt“ (**Welzel** 1975: 78f.). Die Werte sind nach **Welzel** „im Sein der jeweiligen Zeit verwurzelt“ (**Murmann** 2005: 112). Höchste „politische“ Aufgabe der Wissenschaft, insbesondere der Kulturwissenschaft, ist für **Welzel** die „Ergründung der konkreten Werte der historischen Situation“ (**Welzel** 1975: 87).

4.3.1.1 Ontologische Betrachtung und sachlogische Strukturen

Welzel bevorzugte eine ontologische Sichtweise, die auf dem „wirklichen Sein der menschlichen Handlung“ als zentralem Begriff beruhte (**Jescheck/Weigend** 1996: 210). Entsprechend seien die für jede Gestaltung des Rechts vorgegebenen „sachlogischen Strukturen herauszuarbeiten“ und das Strafrecht auf der „Natur der Sache“ zu basieren (**Jescheck/Weigend** 1996: 211)[268]. Die entscheidende „sachlogische Grundstruktur“ im Strafrecht war für **Welzel** die Handlung eines Menschen gewesen, welche in besonderem Maße durch ihre finale Struktur charakterisiert werde (**Schünemann** 1984: 34)

Das Recht erhält seinen Wert durch die Gestaltung der Wirklichkeit, durch seine Funktion, Ordnung herzustellen (**Welzel** 1953: 288). Das positive Recht sei somit das wirkliche Recht (**Welzel** 1953: 289). Die Antwort auf alle Fragen könne der Positivismus aber, trotz der aus der „Kontingenz der Wertinhalte“ sowie der „Notwendigkeit der Daseinssicherung“ abzuleitenden Forderung, jede Form von Recht müsse eine „wirkliche, positive Ordnung“ sein, nicht geben (**Welzel** 1953: 289). Vielmehr sei der Rechtspositivismus aufgrund der „rechtlichen Allmacht des Gesetzgebers“ als Teil des Systems kritikwürdig (**Welzel** 1953: 290), da dieser das Verständnis beinhalte, jeden beliebigen Rechtsinhalt setzen zu können (**Welzel** 1953: 289). Hier stoße der Gesetzgeber an „bestimmte immanente Grenzen des positiven Rechts“ (**Welzel** 1953: 290).

Eine Grenze bildeten insbesondere die sog. sachlogischen Strukturen. Diese, den ganzen Rechtsstoff durchziehenden „Grenzlinien“ seien bindend für den Gesetzgeber, wenn dieser

[268] Vgl. **Welzel** (1953: 290f.).

eine sachgemäße Entscheidung und damit keine „lückenhafte, widerspruchsvolle, sachlich unzutreffende Regelung“ treffen wolle (**Welzel** 1953: 290). Beispielweise sei beim Verhängen einer Strafe der „sachliche Gehalt der Schuld“ zu beachten (**Welzel** 1953: 290). Sei sich der Täter der Unrechtmäßigkeit seiner Handlung nicht bewusst gewesen, so stehe seine Bestrafung im Widerspruch zu der Strafvoraussetzung, dass er schuldhaft gehandelt haben müsse. Er werde folglich schuldlos bestraft, da sein Irrtum bezüglich der Rechtswidrigkeit belanglos sei. Der Begriff der Schuld sei dem Gesetzgeber jedoch vorgegeben und könne dementsprechend nicht willkürlich verändert werden (**Welzel** 1953: 290).

Welzel (1953: 291f.) sieht das ganze Rechtsgebiet, insbesondere aber das Strafrecht, von derartigen sachlogischen Strukturen durchzogen, weil „die kategoriale Gesetzlichkeit der menschlichen Handlung (...) jeder positiven Normierung vorgegeben“ sei. Diese kategoriale Struktur der menschlichen Handlung dürfe durch die Gesetzgebung nicht modifiziert werden, vielmehr seien „allgemeingültige Aussagen (...) vor allem über ihre finale Gesetzlichkeit“ zu formulieren (1953: 292). Als ein Feld, in dem der Einfluss von Wissenschaft und Gesetzgebung seine Grenze in sachlogischen Strukturen finde, führt **Welzel** die „Funktion und Stellung des Willens im Handlungsgefüge“ auf, über welche kein Gesetz entscheiden könne. Als weiteres Gebiet, in dem **Welzel** die Entscheidungsbefugnis des Gesetzgebers eingeschränkt sieht, nennt er, für den Fall mehrerer Handelnder, die Art der Dependenz der Tat eines Teilnehmers von der Haupttat. Darüber hinaus kritisiert er den auf der Vorsatztheorie basierenden Verbotsirrtum als ein „Verfehlen der kategorialen Struktur der Handlung“ (**Welzel** 1953: 292).

Zusammenfassend lässt sich sagen, dass es sich bei den von **Welzel** entdeckten sachlogischen Strukturen um „die finale Struktur der menschlichen Handlung, die sachlogische Beziehung der Teilnahme auf eine vorsätzliche Haupttat und die sachlogische Struktur der Schuld (handelt), die dazu zwingt, dem Verbotsirrtum Bedeutung zuzumessen (...)“ und zu deren Beachtung der Gesetzgeber verpflichtet sein sollte (**Cerezo Mir** 2009: 213).

4.3.1.2 Gemeinschaftsgedanke und sozialethischer Handlungswert

Für **Welzel** (1962: 244f.) stellen „die physische Bedürftigkeit des Menschen, seine Geschlechtsdifferenz und seine Sozialität“ (die) „drei elementare(n) Seinsaspekte“ und die Basis für jeden sozialen Entwurf dar. Aus der Sozialität als der „Angewiesenheit auf andere Menschen und seine Abhängigkeit von ihnen“ folge für **Welzel** (1962: 245) die Notwendigkeit der Bildung einer politischen Gemeinschaft (**Murmann** 2005: 112).

Welzel (1935: 65) identifiziert sich anno 1935 mit der vom Nationalsozialismus vertretenen Weltanschauung einer "alle (...) »Klassen« umfassenden Volksgemeinschaft". Diesem Verständnis folgend sei laut **Murmann** (2005: 112) der Gemeinschaftsgedanke zum wichtigsten Element der Wertvorstellungen dieser Epoche geworden und die strafrechtlichen Normen vertraten, so **Welzel** (1954: 1), „als positive Orientierungsmarken diejenigen Werte menschlichen Handelns, die die staatlich geformte Volksgemeinschaft von ihren Angehörigen erwartet(e)". Demzufolge falle dem Strafrecht die Aufgabe zu „die elementaren Werte des Gemeinschaftslebens zu schützen" (**Welzel**1947: 1). Dem dargestellten Verständnis folgend habe **Welzel** als Unrecht all diejenigen Handlungen angesehen, welche die Gemeinschaftsordnung verletzten. Handlungen allerdings, die den ethischen Idealen der Volksgemeinschaft entsprächen, seien nicht zu ahnden, weil sie als „sozialadäquate Handlungen" nicht die Voraussetzungen des Tatbestands erfüllen würden[269] (**Murmann** 2005: 113).

Die Orientierung der Handlung an „sozialethischen" Werten beinhaltete gleichzeitig auch den Rechtsgüterschutz. Bei Rechtsgütern handle es sich um „Lebensgüter", die aufgrund ihrer sozialen Bedeutung schutzwürdig seien. Jeder sozial erwünschte Zustand, der durch das Recht vor einer Verletzung bewahrt werden soll, sei demzufolge ein Rechtsgut. Die Bedeutung eines einzelnen Rechtsguts sei in diesem Kontext nie isoliert, sondern immer im Rahmen der durch die Gesamtheit aller Rechtsgüter geschaffenen sozialen Ordnung zu sehen (**Welzel** 1963: 4).

Weil das soziale Leben ansonsten zu einem Stillstand käme, sei es nach **Welzel** (1939: 515) allerdings nicht möglich, die Rechtsgüter vor jeglichem schädigenden Einfluss zu schützen. Vielmehr seien Rechtsgüter nur existent, wenn sie „in »Funktion«" seien und im sozialen Leben „wirken(d) und Wirkungen empfangen(d)" (**Welzel** 1939: 515). Ein kompletter Schutz der Rechtsgüter sei deswegen nicht realisierbar, hingegen könne das Recht nur gegen solche Einwirkungen schützen, die mit einem Gemeinschaftsleben in Ordnung unvereinbar seien (**Murmann** 2005: 113).

Den Rechtsgüterschutz erreicht das Strafrecht, indem es gewisse Handlungen „verbietet oder gebietet" (**Welzel** 1963: 4). Die Fähigkeit des Menschen zur Durchführung zweckgerichteter, d.h. finaler Handlungen ermögliche es, mit Hilfe sanktionierter Ge- und Verbote die Rechtsgüter zu schützen (**Schünemann** 1984: 35). Wie **Welzel** ausführt, stünden hinter den

[269] Später habe bei **Welzel** eine Revidierung der Lehre von der sozialen Adäquanz stattgefunden (**Murmann** 2005: 113). Dieser auf das „Gemeinschaftsleben" bezogene Rechtfertigungsgrund sei, so **Murmann** (2005: 114), nur vorübergehend gültig gewesen. Siehe dazu **Welzel** (1961: 25f.).

„Verboten und Geboten“ des Rechtsgüterschutzes „elementare sozialethische Pflichten (Aktwerte), deren Geltung es (das Strafrecht) dadurch sichert, daß es ihre Verletzung mit Strafe bedroht“ (**Welzel** 1963: 4). Die sozialethischen Pflichten seien als Folge der Strafrechtsnatur überwiegend verbietend („Du sollst nicht (…) töten, rauben betrügen“), als positives Handlungsgebot führt **Welzel** die Fürsorgepflicht auf. Die Bestrafung habe die Aufgabe, die Pflichtverletzung zu ahnden und damit das sozialethische Urteilsvermögen zu festigen (**Welzel** 1963: 5).

4.3.1.3 **Welzels** Rückgriff auf philosophische und psychologische Konzepte seiner Zeit

Wie **Safferling** (2008: 65) meint, habe **Welzel** selbst als primäres Fundament seiner Gedanken die psychologische Forschung gesehen. **Nicolai Hartmanns** (1882-1950) Denken messe er erst mit Blick auf seine Definition von Handlung und schließlich hinsichtlich der Bezeichnung „Finalität“ Bedeutung zu. Wenngleich **Hartmann** an **Edmund Husserl** (1859-1938) anknüpft, habe **Welzel** trotzdem die starre Trennung von Tatsachen und irrealer Werthaftigkeit in der Phänomenologie des letztgenannten kritisiert.

Edmund Husserl hatte phänomenologische Denkansätze in die Philosophie eingeführt, welche sich gegen den Naturalismus und das neukantianische Systemdenken wandten. Die Betrachtung der Dinge war in den Mittelpunkt gerückt, wodurch Aufbaugesetze „von unten“ die „von oben“ ersetzten. Die zentrale Annahme der Phänomenologie war der Vollzug von Erkenntnis in Bewusstseinsakten und dessen Beschreibbarkeit ohne Theorie gewesen. Hierbei galt für jeglichen Akt der Erkenntnis, dass das Bewusstsein ausschließlich intentional und dadurch jeder Bewusstseinsakt vom Betrachtungsgegenstand zu differenzieren war. Das, was in einem Bewusstseinsakt unmittelbar sichtbar wird, bezeichnete **Husserl** als „Phänomen“ (**Safferling** 2008: 62f.).

Ein wichtiger Bezugspunkt **Welzels** sei die an die Phänomenologie **Husserls** anknüpfende Handlungsethik **Nicolai Hartmanns** gewesen, so **Safferling** (2008: 63). Nach dieser Lehre existiere der Mensch im „Spannungsfeld“ zweier „Existenzen“; eine als Person mit Moral oder Gewissen, die ein Bewusstsein von Werten entwickelt hat, und eine andere als reale Person, die sich anhand konkreter „Akte“ erkennen lasse. Zwischen beiden bestehe eine Inkongruenz, das reale Ich wolle sich dem moralischen unterwerfen (2008: 63). Die bewusste moralische Handlung realisiere sich in der intentionalen Handlungslehre **Hartmanns** in drei Teilen:[270] erstens durch eine vorhergehende Zwecksetzung des Bewusstseins, zweitens durch

[270] Siehe **Hartmann, Nicolai**: Ethik, de Gruyter, Berlin, 1926, S. 195.

Planung der einzelnen Schritte zur Erreichung des Ziels, der sog. rückläufigen Determination, und drittens durch den realen Vollzug der Handlung (**Safferling** 2008: 64). Dieses Konzept einer dreistufigen Entwicklung der Handlung sei in **Welzels** drei Komponenten der Handlung wiederzufinden (**Safferling** 2008: 66). Wie **Welzel** selbst bestätigte, handle es sich bei **Hartmanns** Darstellung um eine „außerordentlich anschauliche Problementwicklung“ (**Welzel** 1975: 108 Fn. 67).

Wie einleitend bereits erwähnt, maß **Welzel** in seinen Gedanken insbesondere der psychologischen Forschung große Bedeutung zu, welche zu einer Überwindung der von ihm an **Husserl** kritisierten und durch ihn auch im badischen Neukantianismus ausgemachten strikten Trennung von Realem und Irrealem beitragen sollte (**Safferling** 2008: 65). Mit seiner Aufnahme der Schichtenlehre **Erich Rothackers** (1888-1965) und der darin enthaltenen Differenzierung zwischen einer triebhaft gesteuerten Tiefenschicht und einer zum sachlichen Denken befähigten Personenschicht, verortet **Welzel**[271] sowohl das Irreale als auch das Reale in der Natur des Menschen (**Safferling** 2008: 65)[272]. Mit Hilfe dieser Einsicht habe **Welzel** versucht, sein Konzept der sachlogischen Strukturen durch deren Darstellung als „anthropologische Konstante“ abzustützen (**Schünemann** 1984: 34). Entsprechend seien, im Falle einer gesellschaftlichen Relevanz, für das Recht „der Mensch und der ihn umgebende Lebensraum mit ihrem ganzen natürlichen und geistigen Sein“ von Bedeutung (Welzel 1975: 103). Dabei seien sowohl das „Sein“ als auch das „Gemeinschaftsdasein“ bereits in ihrem Ursprung geordnet und müssten „nicht erst durch umformende theoretische Begriffsbildungsakte an ein umgestaltetes Dasein herangetragen werden“ (**Welzel** 1975: 103).

4.3.2 Die Darstellung des finalistischen Verbrechensaufbaus

Nach **Safferling** (2008: 67) weiche **Welzel** mit seinem Verständnis von Straftat und strafrechtlicher Schuld von der traditionellen Lehre ab. Schuld beziehe sich bei **Welzel** auf die Verantwortlichkeit für rechtswidriges Verhalten. Der Wille werde zum Träger der Handlung, die Schuld bestehe in der „Vorwerfbarkeit der Willensbildung“ (**Safferling** 2008: 67). Die entscheidende Veränderung zur neoklassischen Lehre sieht **Safferling** im Begriff der Handlung.

---

[271] Vgl. **Welzel** (1975: 211).

[272] Wie **Schneider** (2004: 29 Fn. 63) schreibt, seien die „geistigen Grundlagen für diese Entwicklung im Menschenbild der philosophischen Anthropologie (...) zu finden“. Ein Vertreter dieser Richtung war u.a. **Erich Rothacker**.

Ein wesentlicher Grund für die Umstrukturierung war die Entdeckung subjektiver Elemente in der Rechtswidrigkeit und das Vorhandensein von Unrechtselementen beim Versuch einer Straftat, weil dadurch Rechtswidrigkeit und Schuld nicht mehr auf Basis der Unterscheidung zwischen objektiv-kausal und subjektiv-seelisch zu differenzieren waren. Auf der anderen Seite resultierte aus der geringen Bedeutung des seelischen Zusammenhangs zwischen Schuld und Handlungserfolg bei der unbewussten Fahrlässigkeit die Erkenntnis, dass die Schuld „in dem »Dafür-Können« des Täters für sein rechtswidriges Verhalten liegt", wodurch es möglich wurde, einem Täter seine Tat vorzuwerfen (**Welzel** 1969: 40). Nicht der Gegensatz von „Außen und Innen" sei bei der Differenzierung von Rechtswidrigkeit und Schuld bestimmend, vielmehr liege der Gegensatz im „Unterschied zwischen der Handlung als einer Einheit von »Außen und Innen« und dem »Dafür-Können« des Täters für seine Handlung" (**Welzel** 1969: 41).

Jescheck und **Weigend** (1996: 211) merken an, dass die ersten Impulse zum Umbau der Verbrechenslehre teilweise bereits von dem deutschen Strafrechtler und Kriminologen **Hellmuth von Weber** (1893-1970), dem deutschen Rechtswissenschaftler **Alexander Graf zu Dohna** (1876-1944) und **Eric Wolf** gekommen seien. Ihre Ansätze hätten den Weg für den Finalismus von **Welzel** bereitet, aber noch keine umfassenden dogmatischen Veränderungen des Strafrechtssystems initiiert.

4.3.2.1 Der finale Handlungsbegriff

Nach **Welzel** (1969: 38) würden die ersten Ansätze der Dogmatik auf einem zweckgerichteten Handlungsbegriff basieren. Schon **Pufendorf** (1636-1694) habe in seiner Imputationslehre das Verständnis einer von durch Willen und Intellekt gestalteten menschlichen Handlung entwickelt. Zurechenbar seien für **Pufendorf** ausschließlich diejenigen Wirkungen gewesen, die von diesen beiden „Lenkungsakten" verursacht wurden. Dieser naturrechtlich begründete Handlungsbegriff sei von **J.S. Freiherr von Böhmer** (1704-1772) in die Wissenschaft des Strafrechts integriert worden und habe bis zum 19. Jahrhundert die Grundlage der Strafrechtsdogmatik dargestellt. Durch das hegelianische Denken stand der Handlungsbegriff in der ersten Hälfte des 19. Jahrhunderts selbst wieder im Zentrum des Strafrechtssystems und wurde im Sinne **Hegels** als verwirklichter freier Wille eines Subjekts verstanden. Eine hervorgehobene Stellung habe in diesem Denken der Wille als das bewegende Prinzip einer Handlung eingenommen (**Welzel** 1969: 38f.). **Welzel** (1969: 39) sieht das grundlegende Problem dieses bis gegen Ende des 19. Jahrhunderts führenden Handlungsbegriffs in dessen Identifikation von „Handlung – im Strafrecht – mit der schuldhaften (»freien«) Handlung".

Im Gegensatz dazu war in Weiterentwicklung der Dogmatik die Vorstellung entstanden, dass die Kategorie der objektiven Rechtswidrigkeit aus der Kategorie Schuld auszugliedern sei, was letztlich auch eine Modifizierung des Handlungsbegriffs nötig gemacht habe (**Welzel** 1969: 39).

Dieser Aufgabe seien die von dem mechanistisch-naturwissenschaftlichen Denken ihrer Zeit beeinflussten **v. Liszt** (1884) und **Beling** (1902) gerecht worden, indem sie den „kausalen" Handlungsbegriff entwickelten. Dieser spaltete die Handlung auf in einen äußeren Kausalvorgang und den subjektiven Inhalt des Willens (**Welzel** 1969: 39). Zwar schien diese Trennung der Handlung in zwei Teile der dogmatisch angestrebten Differenzierung von Rechtswidrigkeit und Schuld entsprochen zu haben; weiter oben erwähnte subjektive Elemente in der Rechtswidrigkeit und Unrechtselemente beim Versuch einer Straftat hätten es später aber nicht mehr zugelassen, Rechtswidrigkeit und Schuld auf Grundlage der äußeren und subjektiven Kausalkategorien zu unterscheiden (**Welzel** 1969: 40).

Entsprechend formulierte **Welzel** (1969: 33) menschliches Handeln als final, weil es die planvolle „Ausübung einer Zwecktätigkeit" und eben nicht ein reines Kausalgeschehen sei, welches aus „den jeweils vorliegenden Ursachenkomponenten" resultiert. Hierbei sei der die Handlung lenkende Wille das „Rückgrat der finalen Handlung" (1969: 34). Steuernd determiniere der Wille das externe Kausalgeschehen über und transformiere es dadurch zu einer an einem Ziel orientierten Handlung. Ohne Wille würde die Handlung „in ihrer sachlichen Struktur zerstört, zu einem blinden Kausalprozess herabsinken" (**Welzel** 1969: 34).

Nach **Welzel** (1969: 35) differenziert sich die finale Steuerung der Handlung begrifflich in zwei Stufen, die bei Handlungen im Alltag allerdings verbunden und nicht zu trennen seien. Die der „gedanklichen Sphäre" zuzuordnende erste Stufe bestehe aus der „Vorwegnahme des Ziels" und der darauf folgenden rückläufigen Bestimmung von den zur Erreichung des Ziels notwendigen Mitteln (1969: 35) – rückläufig deswegen, weil ausgehend von einem feststehenden Ziel die nötigen Kausalfaktoren als Mittel der Handlung bestimmt würden. Da die damit verbundene Kausalkette auch immer andere, nicht auf das Ziel bezogene Wirkungen erziele, seien „Nebenfolgen" zu berücksichtigen (1969: 35). Die Abwägung dieser Folgen werde „vorlaufend" bestimmt, d.h. vom ausgewählten Mittel (Kausalfaktor) hin zu den möglichen Folgen (1969: 35). Die zweite Stufe der finalen Steuerung der Handlung sei die auf der ersten Stufe aufbauende Verwirklichung der Handlung durch den Handelnden in der Realwelt. Dies sei ein von der „gedanklichen Sphäre überdeterminierter Kausalprozeß in der

Wirklichkeit“; dessen Misslingen bedeute, dass die entsprechende finale Handlung nur versucht worden sei (1969: 35).

Innerhalb des Strafrechts befindet **Welzel** (1969: 37) die Finalstruktur der menschlichen Handlung als grundlegend für Rechtsnormen, da diese nur ein zweckgerichtetes Verhalten vorgeben oder verbieten und keine Kausalprozesse abbilden könnten. Die Rechtsordnung schaffe Normen als Verbote von Handlungen, welche vorsätzlich eine sozialschädliche Zielverwirklichung anstreben. Diese rechtlich negativ bewerteten Handlungsmuster entsprächen überwiegend den strafrechtlich definierten Tatbeständen und demzufolge den vorsätzlichen Begehungsdelikten (1969: 37). Des Weiteren sollen die Normen der Rechtsordnung bewirken, dass unerwünschte Nebenwirkungen bei der Auswahl der Mittel durch entsprechende Sorgfalt, im Sinne eines Mindestmaßes an finaler Steuerung durch den Handelnden, verhindert werden. Ein Außer-Acht-Lassen der nötigen Sorgfalt werde bestraft, regelmäßig aber nur dann, wenn das sozial schädigende Resultat erzielt werde. Hierbei handele es sich um fahrlässige Begehungsdelikte (1969: 37f.). Schließlich, wenn auch in deutlich geringerem Maße, solle der sozial angestrebte Zustand (von **Welzel** gleichgesetzt mit Rechtsgut) gemäß der Rechtsordnung auch aktiv durch Handlungen in seinem Erhalt gesichert werden. Bei Unterbleiben dieser Handlungen erfülle sich der Tatbestand eines Unterlassungsdeliktes (1969: 38). **Schünemann** (1984: 35) sieht als Resultat dieser Handlungsauslegung von **Welzel** die Richtung des menschlichen Willens nicht mehr als Bewertung, sondern verortet diese im Tatbestand, genauer im subjektiven Tatbestand. Dies bedeute, dass Vorsatz und Fahrlässigkeit nun Probleme des Tatbestands und keine Schuldarten mehr seien.

Rolf Dietrich Herzberg (2008: 7) wendet sich in einer Kritik an **Welzels** Lehre dagegen, den Handlungsbegriff als das zentrale Moment des Deliktaufbaus zu sehen. Selbst bei willentlich herbeigeführtem tatbestandlichen Erfolg sei nicht die finale Handlung entscheidend, sondern „ein der Handlung innewohnendes Versäumnis“ von Seiten des Täters, der die durch das Recht eingeforderte Pflicht habe, „den Schadenserfolg“ abzuwenden (2008: 7). Die Gefährdung liege im Zuständigkeitsbereich des Täters, er sei für die Vermeidung bzw. Kontrolle der schädigenden Handlung verantwortlich. Dem Oberbegriff des „Versäumnisses“ gelinge es, Unterlassungs- und Handlungsdelikte zu vereinen, weil der Täter in beiden Fällen eine zu erbringende, vom Recht geforderte Leistung versäume (2008: 7). Ein weiterer Kritikpunkt **Herzbergs** betrifft die Ausweitung des finalen Handlungsbegriffs auf die „Erfüllung von Geboten“ sowie die Unterscheidung zwischen Ge- und Verboten. Hingegen

sei „ein Rechtsbefehl (...) immer beides, denn er fordert (...) das Gute zu leisten, das Schlechte zu vermeiden“ (2008: 8).

4.3.2.2 Die Einordnung des Vorsatzes in den Tatbestand

Nach **Welzels** (1963: 50) Definition diene der Tatbestand dazu, „(...) die strafrechtliche Relevanz (Wertdifferenz) eines Verhaltens sachlich zu beschreiben und damit zur gegenständlichen Grundlage für die eindeutige Feststellung der Rechtswidrigkeit zu machen“. Er erkennt durch diese Begriffsbildung den „bleibenden Wahrheitsgehalt“ von **Belings** Tatbestandsverständnis, und den Tatbestand als selbstständiges Element im dreistufigen Verbrechensaufbau im Sinne von **Liszt** und **Beling** an (1963: 50).

Welzel (1963: 54) stellte fest, dass durch die „Entdeckung der subjektiven Unrechtselemente“ die deutliche Differenzierung des objektiven „Äußeren“ zum Unrecht und des subjektiven „Inneren“ zur Schuld nicht mehr beizubehalten sei. Schon **Fischer**, **Hegler**, **Mayer** und **Mezger** hatten den objektiven Tatbestand um subjektive Elemente ergänzt, denn bei bestimmten Delikten war nur durch Klärung der Willensrichtung eine Erfüllung der Tatbestandsmerkmale gegeben. Ohne subjektive Momente entspräche die Handlung nicht dem „Delikttypus“, so **Roxin** (2006: 283 Rn. 8). Dies betrifft z.B. die Wegnahme fremder Sachen und die Bereicherung (§§ 242, 263 StGB) ebenso wie die sexuelle Handlung (§§ 174ff. StGB) (2006: 283 Rn. 8).

Welzel (1963: 55) interpretiert, dass bereits in der damals „herrschenden Lehre der Vorsatz beim Versuch ein subjektives Unrechtselement“ gewesen sei. Daraus war seiner Meinung nach der Schluss zu ziehen, dass der Vorsatz auch dann dem Tatbestand („und nicht erst der Schuld“) zuzuordnen sei, wenn „das versuchte Delikt in das Stadium der Vollendung“ eintrete (1963: 55). Die subjektiven Elemente des Unrechts seien nur dann logisch und ohne Zwang in den Tatbestand integrierbar, wenn der Vorsatz nicht erst die Schuld, sondern schon den Tatbestand konstituiere (1963: 55).

Die Zuordnung des Vorsatzes und der übrigen subjektiven Unrechtsmerkmale zum Tatbestand ergebe sich nach **Jescheck** und **Weigend** (1996: 211) aus der der finalen Handlungsstruktur. Der Tatbestand müsse die Handlung hinsichtlich aller ihrer mit Blick auf die Straftat relevanten Merkmale des Unrechts abbilden[273]. Dies habe zu drei wesentlichen

[273] Ein Kritikpunkt von **Herzberg** (2008: 8) betrifft die Identität von Handlungswille und Vorsatz. Diese sei von den Finalisten immer wieder betont worden (2008: 9). **Welzel** habe schon den „undeliktischen Handlungswillen“ als Vorsatz gesehen. Bei jeder Handlung werde ein Ziel verfolgt (2008: 10). Die Bejahung

Abwandlungen des Aufbaus der Verbrechenslehre geführt: Erstens sei das Bewusstsein der Rechtswidrigkeit entsprechend der Lehre **Welzels** zur wichtigsten Komponente des Schuldbegriffs geworden und kein Teil des Vorsatzes mehr gewesen, weil Letzterer nur noch aus der Willensverwirklichung bestanden habe (1996: 212). Dadurch, dass der Vorsatz nur noch die Willensrichtung beinhalte, sei er wertfrei, als Tatbestandswertung gehöre das Unrechtsbewusstsein zur Schuld, wie **Safferling** (2008: 69) ausführt. Zweitens sei es nach **Jescheck** und **Weigend** (1996: 212) nach der Trennung von Vorsatz und Bewusstsein der Rechtswidrigkeit auch notwendig gewesen, die Irrtumsfälle neu zu beurteilen und nicht der Trennung in Tatsachen- und Rechtsirrtum nach bisherigem Muster zu folgen. Zu unterscheiden seien nach der neuen Lehre der Tatbestands- und der Verbotsirrtum. Da bei Fehlen von Vorsatz keine Erfüllung des Tatbestands vorliege, schließe der Tatbestandsirrtum den Vorsatz und somit Strafbarkeit aus. Der Verbotsirrtum wiederum verneine das Bewusstsein der Rechtswidrigkeit. Zur Regelung des Umgangs mit dem Verbotsirrtum habe **Welzel** die Kriterien Vermeidbarkeit und Unvermeidbarkeit entwickelt. Der Vorwurf von Schuld sei lediglich dann nichtig, wenn es sich um einen unvermeidbaren Verbotsirrtum handle. Ansonsten bleibe der Schuldvorwurf grundsätzlich erhalten (1996: 212). Die dritte Veränderung des Aufbaus betraf die Anstiftung und Beihilfe (Teilnahme). Diese sei nunmehr nur bei einer Haupttat mit Vorsatz in Betracht zu ziehen, da bei einem Fehlen von Vorsatz bereits der Tatbestand der Haupttat zu verneinen sei (1996: 212).

4.3.2.3 Die Rechtswidrigkeit

Wie **Welzel** (1963: 48) ausführt, verkörpere die Rechtswidrigkeit ein Werturteil über ein tatbestandsmäßiges Verhalten. Auch als „negatives Werturteil“ oder „Unwerturteil“ bezeichnet, verurteile die Rechtswidrigkeit ein Verhalten, das den Wert des Rechts als Ordnungsfaktor des sozialen Lebens missachte und damit „diesen wertvollen Zustand vereitelt“. Die Objektivität der Rechtswidrigkeit beziehe sich auf den „allgemeinen Maßstab“ der Rechtsordnung. Der rechtswidrige Beurteilungsgegenstand (die Tatbestandsverwirklichung) enthalte subjektive und objektive Elemente, wobei objektiv in diesem Zusammenhang außenweltlich meine (1963: 48). Der Umbau des Tatbestands habe, so **Welzel** (1939: 523f.) eine Mehrdeutigkeit des Begriffs der Rechtswidrigkeit zur Folge. Dieser könne einen reinen „Sachverhaltsunwert“ oder einen „Handlungsunwert“ bezeichnen. Der personal zu verstehende Handlungsunwert sei der „generelle Unwert aller strafrechtlichen

---

oder Verneinung des Vorsatzes sei allerdings für die Finalstruktur der Handlung unerheblich, und somit könnten beide nicht identisch sein (2008: 9). Als Beispiel nennt **Herzberg** die Wegnahme eines Gegenstandes, bei dem der Handelnde nicht sicher sei, ob er ihm gehöre oder nicht.

Delikte“, der Sachverhaltensunwert im Sinne eines verletzten Rechtsguts sei „(...) ein unselbständiges Moment bei (...) Erfolgs- und Gefährdungsdelikten“ (**Welzel** 1963: 57). Zentral für das Strafrecht sei der Handlungsunwert, welcher aber in der Regel den Sachverhaltsunwert umgebe (**Welzel** 1939: 523f.).

Nach **Welzel** (1963: 56) sei für die Rechtswidrigkeit neben der Rechtsgüterverletzung die Zuordnung der Handlung zu einem bestimmten Täter von besonderer Bedeutung. Dessen Zielsetzung und Motivation oder eventuelle Pflichtverletzung lägen ebenfalls der Unrechtsbestimmung zugrunde: „Rechtswidrigkeit ist immer die Mißbilligung einer auf einen bestimmten Täter bezogenen Tat. Unrecht ist täterbezogenes, »personales« Handlungsunrecht“ (1963: 56).

4.3.2.4 Schuld

Durch **Welzel** wurden die Stufen des Verbrechensaufbaus Handlung, Tatbestand, Rechtswidrigkeit und Schuld, die er vom klassischen System übernommen hatte, „neu definiert und (…) neu gegeneinander abgegrenzt“ (**Schünemann** 1984: 37). Die Erkenntnis des Handlungsunwerts und damit einhergehend die Erkenntnis des „personalen Unrechts“ entsprächen, so **Schünemann** (1984: 37), den Zielen des Strafrechts, „menschliches Verhalten zu beeinflussen“. Infolgedessen habe die Vorwerfbarkeit zum wesentlichen Inhalt der Schuld werden können. Vorwerfbarkeit setze die „Zurechnungsfähigkeit, die Erkennbarkeit der Rechtswidrigkeit und das Fehlen von Schuldausschließungsgründen“ voraus (1984: 36).

Nach **Welzel** beinhalte die Schuld „den persönlichen Vorwurf“ an den Täter, dass dieser nicht auf die Tat verzichtet hat, obwohl er dazu die Möglichkeit gehabt hätte[274]. Entsprechend beziehe sich die Schuld auf das „rechtliche Können“ (**Safferling** 2008: 70). Schuldfähigkeit bedeute die Fähigkeit zur Einsicht in das Unrecht der Tat zum Tatzeitpunkt. Einem Schuldfähigen wäre es möglich gewesen, rechtmäßig zu handeln. Ausreichend für die Vorwerfbarkeit sei es, dass der Täter das Unrecht aktuell gekannt hat, es unmittelbar hätte aktualisieren können oder bei Unkenntnis des Unrechts sich die Kenntnis „rasch hätte verschaffen können“ (2008: 70). Es bringe keine Strafmilderung, aus Unkenntnis der Gesetze gehandelt zu haben, im Vergleich zu demjenigen, der bewusst die Gesetze breche. **Welzel** vertrete mit dieser Meinung die Schuldtheorie, die im Gegensatz zur Vorsatztheorie steht. Bei

[274] Vgl. **Welzel** (1969: 138).

Letzterer ist das Bewusstsein der Rechtswidrigkeit eine Bedingung des Vorsatzes (**Roxin** 2006: 929 Rn. 6).

Obwohl nach **Welzels** Schuldverständnis das Prinzip der „grundsätzlichen Vorwerfbarkeit" gelte, könne sich **Safferling** (2008: 70f.) zufolge für einen Täter eine außerordentliche Motivation infolge einer Zwangssituation ergeben, die sein Handeln entschuldigen würde. Schuldausschließungsgründe seien Fälle, in denen rechtmäßiges Handeln unzumutbar wäre, wie beispielsweise beim entschuldigenden Notstand (§§ 52, 54 StGB), beim Notwehrexzess (§ 53 Abs. 3 StGB) und beim übergesetzlichen Notstand zur Verhinderung von größerem Übel (**Safferling** 2008: 71).

Neben der Umsetzung des Vorsatzes aus der Schuld in den subjektiven Tatbestand hat die personale Unrechtslehre des Finalismus auch einen wesentlichen Anteil an der Veränderung der Fahrlässigkeitssystematik gehabt[275]. Die Fahrlässigkeit ist als „Verletzung der im Verkehr erforderlichen Sorgfalt" ein Bestandteil des Unrechtstatbestandes, im Sinne persönlicher Vorwerfbarkeit ist sie weiterhin Bestandteil der Schuld (**Jescheck/Weigend** 1996: 212). Da die Tatbestände der Fahrlässigkeit lange Zeit nur auf der subjektiven Seite bei der Frage nach der Schuld relevant gewesen seien, sei ihre Besonderheit spät entdeckt worden, so **Welzel** (1939: 553). So habe erst **Mayer** den „spezifischen Verursachungscharakter" fahrlässiger Tatbestände herausgearbeitet und dadurch die Unterscheidung zu den vorsätzlichen Verbrechen ermöglicht (**Welzel** 1939: 554).

Bei Verursachungsdelikten könne **Welzel** (1939: 557f.) zufolge die Rechtsgutverletzung nur zusammen mit der Handlung den Unrechtstatbestand erfüllen. Es sei festzustellen, ob es sich trotz der Rechtsgutverletzung um eine „sozialadäquate" Handlung handle, die sich noch innerhalb der „Ordnung des sozialen Lebens eines Volkes" bewege (1939: 557f.). Die Vorstellung von der sozialen Adäquanz komme im objektiven Maßstab der Fahrlässigkeit als Missachtung der „im Verkehr erforderlichen Sorgfalt" zum Ausdruck (1939: 558). Die Sorgfalt bilde den „Maßstab" für die Beurteilung einer Rechtswidrigkeit und stelle die „Grenze jenes Gebiets des tätigen sozialen Lebens (dar), innerhalb dessen die Frage der Rechtswidrigkeit gar nicht auftauchen kann" (1939: 558).

[275] Laut **Roxin** (2006: 1063 Rn. 3) sei die Fahrlässigkeit in der klassischen Lehre als eine „neben dem Vorsatz minderschwere Schuldform" angesehen worden. Die Neigung zur Verschiebung des Verhaltensunwerts in den Tatbestand sei durch die finale Handlungslehre intensiviert worden.

Bei fahrlässigen Handlungen bestehe ein Irrtum bezüglich des möglichen Kausalverlaufs. Zwar werde der Eintritt eines Erfolgs vorausgesehen, aber „das Kausalwerden des Willens (werde) nicht durch jene richtige Voraussicht determiniert und damit final überdeterminiert, sondern durch den irrigen Glauben an einen anderen Kausalverlauf“, so **Welzel** (1975: 110). Stehe der Kausalverlauf auf einer „sinnhaften Grundlage“, so sei vorhersehbar, wie sich die Handlung notwendigerweise entwickele, und genauso sei auszuschließen, dass die Handlung anders verlaufe (1975: 110). Es bestehe folglich aus Sicht der finalen Lehre die „Möglichkeit, den (als möglich vorausgesehenen) Erfolg sinnhaft zu vermeiden“ (1975: 110). Der Erfolg der Handlung habe somit der Herrschaft des Willens unterstanden, er hätte vermieden werden können und sei somit dem willentlich Handelnden als sein Werk zurechenbar. Auf der emotionalen Einstellung, welche das Erreichen eines fälscherweise als umsetzbar angesehen Zieles höher bewerte als die Verhinderung eines als denkbar wahrgenommenen Kausalverlaufs, beruhe das Nichtvermeiden des Kausalverlaufs und des Erfolgs. Die „Grundlage des Schuldvorwurfs“ könne diese emotionale Einstellung in Abhängigkeit davon bilden, ob sie „eine personell-geistige Wertentscheidung oder ein »naturhaft«-triebmäßes Ergebnis“ sei (1975: 111).

4.4 Überblick über die historische Übertragung der deutschen Strafrechtswissenschaft nach Lateinamerika

In der folgenden Zusammenfassung wird der Übertragungsprozess der deutschen Strafrechtswissenschaft nach Lateinamerika in zwei wesentlichen Phasen abgebildet. Als erstes wird hierbei der Einfluss von **Krauses** Philosophie und dessen Schüler auf die spanische Strafrechtswissenschaft erörtert. Im Anschluss daran werden die überwiegend über Spanien ablaufende Übertragung der deutschen Dogmatik nach Lateinamerika beschrieben und die bedeutendsten Protagonisten vorgestellt.

4.4.1 Erste Kontakte der deutschen Strafrechtswissenschaft mit Spanien und Lateinamerika

Bevor der Einfluss der deutschen auf die spanische Dogmatik im 20. Jahrhundert begann, hatte sich schon eine philosophische Strömung aus Deutschland unter den spanischsprachigen Intellektuellen verbreitet, die dann von den Juristen aufgegriffen wurde. Es handelt sich um die Lehre von **Karl Christian Friedrich Krause** (1781-1832) und die Strafrechtstheorie der Besserung seines Schülers **Karl David August Röder** (1806-1879) (**Cerezo Mir** 2000: 255).

4.4.1.1 Die Lehre von **Krause** als philosophischer Grundstein

Als Vertreter der klassischen deutschen Philosophie interessierte sich **Karl Christian Friedrich Krause** vorrangig für die Rechtsphilosophie. Dies kam u.a. in der Gesamtdarstellung seiner Ideen, dem 1828 erschienenen Werk „Abriß des Systems der Philosophie des Rechts oder des Naturrechts“[276] zum Ausdruck (**Landau** 1985: 81). **Krauses** ganzes System basiert auf einem Panentheismus, d.h. auf einer Gotteslehre als zentralem Punkt (**Schröder** 1985: 95). Entsprechend stellt **Krause** seinen Rechtsbegriff auf zwei Grundlagen: Neben der Fähigkeit des Menschen im „subjektiv analytischen“ Sinne vernünftig zu denken, formuliert er einen „allumfassenden Gottesbegriff“ im metaphysischen Sinne[277] (**Krumpel** 1992: 186).

Da das Recht seine Grundlegung in Gott habe, sei das positive Mitwirken an der Rechtsordnung für **Krause** eine Pflicht, die auf der Vernunft basiere (**Landau** 1985: 82f.). Nach **Landau** (1985: 83) definiere **Krause** das Recht als „das Ganze der von der *Freiheit* abhängigen Bedingung des *vernunftgemäßen* Lebens des Menschen und der menschlichen Gesellschaft“[278]. Das Recht bestimmt sich inhaltlich also über die „Vernunftsbestimmung“ sowie den aus ihr resultierenden Voraussetzungen der Vernunft, welche die Basis für ein vernünftiges Leben darstellen. Dadurch entspreche das Krause’sche Recht einer Organisation „aller von der Freiheit abhängigen und zur Erreichung menschlicher Vernunfsbestimmung vorausgesetzter Bedingungen“. Eingeschränkt sei diese freie Willensbetätigung allerdings insoweit, als sie sich lediglich auf das Erkennen und die Festlegung der Bedingungen beziehe (**Buechler** 1954: 10).

Krause verstehe so **Landau** (1985: 84) das Recht vom Zweck her und damit teleologisch. Das Ziel solle es sein, die Grundlage für ein vernünftiges gesellschaftliches Miteinander zu schaffen, d.h. dem Einzelnen „als Gesellschaftswesen in der Gesellschaft“ die Möglichkeit zum Erwerb der „erforderlichen Lebensgüter“ zu gewährleisten[279]. Zu den Grundrechten gehört im Sinne von **Krause** neben Nahrung, Wohnung, Erziehung und Bildung auch die Abwehr staatlicher Allmacht (**Landau** 1985: 84). Anders ausgedrückt, fordert **Krause** nach

[276] Siehe **Krause Karl-Christian Friedrich**: Abriß des Systems der Philosophie des Rechts oder des Naturrechts, Göttingen, 1828.

[277] Vgl. **Krause** (1828: 18). In seinem metaphysischen Rechtsbegriff stehe **Krause** außerhalb der kantianischen Tradition (**Landau** 1985: 82). Mit der hier später noch vorgestellten „Idee des Menscheitsbundes“ („wie es im *Urbild der Menschheit* von 1811 zum Ausdruck gebracht wurde“) hingegen habe er sich gedanklich an **Kants** Schrift „*Zum ewigen Frieden*“ orientiert (**Krumpel** 1992: 184).

[278] Vgl. **Krause** (1828: 7).

[279] Siehe **Krause**, **Karl Christian Friedrich**: Das System der Rechtsphilosophie, herausgeg. von Karl David August Röder, Leipzig: Brockhaus, 1874, S. 166.

Landaus (1985: 83) Ansicht eine Verwirklichung von „Chancengleichheit“ mit Hilfe des Rechts. Hier werde wiederum **Krauses** Widerspruch zu **Kants** Vorstellung, das Recht habe die „Beschränkung der Willkür“ zu leisten, deutlich (**Landau**1985: 84)[280].

Da Gott bei **Krause** „der Grund allen Seins und Erkennens“ ist, sieht **García Mateo** (1982: 86) Gott bei **Krause** als „einzigen Beweisgrund des Rechts, ja als die eine Rechtsperson“. Bewusst abgegrenzt habe sich **Krause** mit diesem Verständnis von **Kant** und **Johann Gottlieb Fichte** (1762-1814), welche seiner Meinung nach aufgrund ihrer Zurückweisung der Erfassbarkeit absolut gültiger Werte hinsichtlich ihres Wesensgehaltes ihre Arbeiten ausschließlich auf die individuelle Erkenntnis fokussiert hätten. Mit seinem dem Grundsatz der Vernunft folgenden selbstverantwortlichen Individuum grenze sich **Krause** außerdem von **Hegel** ab, in dessen Lehre er die Menschen zu reinen Instrumenten der auf Vernunft basierenden Gesetze und als der Weltvernunft uneingeschränkt unterworfen sah (**Buechler** 1954: 2).

Krauses gesellschaftliche Rechtstheorie besagt, dass der Staat ein „Rechtsverein“ oder eine „Rechtsgesellschaft“[281] ist, dessen Aufgabe darin besteht, „den rechtlichen Rahmen für ein vernunftgemäßes Leben der Menschen“ zu schaffen (**Landau** 1985: 88/89). Nach **Krause** gebe es innerhalb des Staates verschiedene Gesellschaftsgruppierungen, die er in „menschliche Grundgesellschaften“[282] (u.a. Familie, freundschaftliche Zusammenschlüsse), „werktätige Vereine“ (z.B. autonome Vereinigungen für Wissenschaft, Kunst oder Gewerbe) und „Religionsvereine“ [283] (Kirchen) differenziert (**Landau** 1985: 89). Dem Staat stehe nicht das Recht zu, die Organisation und Zwecksetzung dieser Gesellschaftsgruppierungen zu regeln, vielmehr solle er nur Rahmenbedingungen für die Entfaltung des inneren Rechts und der inneren Rechtspflege schaffen Diese rechtliche Rahmenregelung des Staates dürfe nicht willkürlich erfolgen, vielmehr müsse sie sich an das göttliche Recht im Sinne eines „naturrechtlichen Maßstab(s)“[284] binden (**Landau**: 1985 89).

[280] Nach **Landau** (1985: 84) „**Krauses** Definition ist konträr zum Rechtsbegriff **Kants**, der das Recht als Beschränkung der Willkür der einzelnen nach einem allgemeinen Gesetz der Freiheit bestimmt hatte“. Siehe **Kant Immanuel**, Die Methaphysik der Sitten (Einleitung in die Rechtslehe § B), Philipp Reclam jun. Stuttgart, 2007, S. 66-67. Nach **Kant**: „Das Recht ist also der Inbegriff der Bedingungen, unter denen die Willkür des einen mit der Willkür des anderen nach einem allgemeinen Gesetze der Freiheit zusammen vereinigt werden kann.“

[281] Vgl. **Krause** (1874: 82).

[282] Vgl. **Krause (**1828: 168ff.).

[283] Vgl. **Krause (**1828: 171).

[284] Vgl. **Krause** (1874: 521).

Entgegen **Hegels** Idee vom Staat als Verkörperung der Sittlichkeit spielt der Staat bei **Krause** also nur eine begrenzte Rolle. Bei **Krause** ist der Staat eine Rechtsanstalt, welche „keine Obervormundschaft über alle menschlichen Angelegenheiten" besitzt (**Krumpel** 1992: 186). Wie **Landau** (1985: 89) betont, werde demzufolge das Recht bei **Krause** nicht als Ausdruck staatlicher Anordnung betrachtet, sondern durch eine gesellschaftliche Willensbildung geformt. Diesen gemeinsamen Willen entwickeln Menschen in sozialen Organisationen, zu denen sie sich zusammenschließen. Inhaltlich setze hierbei laut **Krause** nur die göttliche Weltordnung der menschlichen Ordnung Grenzen (**Landau** 1985: 90)[285]. Weiter könne für **Krause** nur durch das Zusammenwirken und durch die Mitsprache aller Rechtspersonen eine vernunftgemäße Staatsverfassung entstehen, die von ihm als Gemeindeverfassung (nach heutiger Entsprechung sei dies die Demokratie) bezeichnet wird und für ihn die perfekte Staatsform darstellt[286]. **Krause** sieht allerdings einen langen historischen Weg, um die, nach heutiger Entsprechung als Demokratie bezeichnete, ideale Staatsform der Gemeindeverfassung zu realisieren (**Landau** 1985: 91).

Krauses Konzept von Person sieht eine Anerkennung aller Menschen als gleichberechtigte Personen vor (**Landau** 1985: 86). Mit der damit verbundenen Forderung nach einer Gleichstellung aller Menschen geht er weiter als viele der zeitgenössischen Philosophen, wie z.B. **Fichte**, für welchen die „Frau in der Ehe als Rechtsperson nicht präsent" sei, und **Hegel**, welcher „die Frau in ihrer (...) Bestimmung nur der Familie" zuordne (**Krumpel** 1992: 187). Für **Krause** sollten Frauen hingegen in allen gesellschaftlichen Bereichen gleichberechtigt sein (**Ureña** 2007: 275). Diesbezüglich legt er in seinem im Jahre 1811 veröffentlichten Werk „Urbild der Menschheit" dar:

> „Mann und Weib sind der Menschheit gleichwesentlich, also das Weib dem Manne in keiner Hinsicht untergeordnet. Das Weib ist in allen Kräften des Geistes und des Gemüts und des Leibes zu allen Theilen der menschlichen Bestimmung so fähig, so originell, als der Mann. Wird auch ihr ganzes Denken und Thum und jedes ihrer Werke durch den eigenthümlichen Charakter schöner Weiblichkeit beherrscht; so erleidet doch auch seinerseits das ganze Leben des Mannes eine ähnliche nur entgegengesetzte Beschränktheit" (**Krause** 1811: 133f.)[287].

Basierend auf seinem Verständnis von Personen kritisierte **Krause** im Bereich des Strafrechts die Vergeltungstheorie als Strafzweck (**Landau** 1985: 88). Es sei nicht legitim, dem Straftäter

[285] Vgl. **Krause** (1874: 332ff.).
[286] Vgl. **Krause (**1828: 183).
[287] Siehe **Krause Karl-Christian Friedrich**: Das Urbild der Menschheit – Ein Versuch, Dresden, 1811, S. 133f. (zweite Auflage Göttingen 1851). Vgl. **Ureña** (2007: 275).

ein Übel zuzufügen, weil dieser ein Übel begangen habe, vielmehr sei nur die Erziehung des Täters als Folge des begangenen Unrechts legitim. Als vorrangig galt ihm dabei die Erziehung zu einem „freien sittlichen Willen“[288] und die Beschaffung einer Möglichkeit zu arbeiten. Eine Weiterentwicklung fanden diese Gedanken **Krause**s in der Lehre von **Röder** (**Landau** 1985: 88).

4.4.1.2 Die Besserungstheorie **Röders**

Eine Bedeutung für die spanische Strafrechtswissenschaft gewann der „Krausismus“ auch durch die Besserungstheorie von **Karl Röder** (**Cerezo Mir** 2000: 255). **Röder** hat eine eigene Straftheorie entwickelt, für die der Besserungsgedanke zentraler Punkt und Hauptnutzen des Strafvollzugs war. Legitimiert wurde der Strafzweck der Besserung durch eine rechtliche, und nicht durch eine moralische bzw. religiöse Begründung (**Nutz** 2001: 226). Das heißt, Strafen existieren nicht nur „aus bloßen Gründen der Filanthropie oder Humanität“ (**Röder** 1846: 28):

> „Jede rechtliche Strafe ist die um der Verwirklichung des Rechtsgesetzes willen, (…) in Folge einer rechtspflichtwidrigen Handlung nothwendig eintretende, mittelst Beschränkung der äußeren Freiheit des Rechtsverächters, durch den Staat zu erwirkende Herstellung (...) seiner (…) rechtlichen Gesinnung“ (**Röder** 1846: 19).

Röder war nicht nur der namhafteste Repräsentant der Besserungstheorie[289], sondern auch einer der bekanntesten Autoren des Naturrechts im 19. Jahrhunderts (**Landau** 1985: 81). Entsprechend lautet auch der Titel des Buches, in dem er seine wesentlichen Gedanken zu allgemeinen Fragen des Rechts zusammengefasst hat, „Grundzüge des Naturrechts oder der Rechtsphilosophie“[290]. In diesem stellt **Röder** fest, dass die Durchsetzung von Gerechtigkeit nicht in der Abhängigkeit des Einzelnen, sondern der Gemeinschaft stehe, welche das unveräußerliche Recht zur Nichtduldung der Absicht des Rechtbrechenden habe (**Lithner** 1961: 489).

Recht im Sinne der Verbesserungstheorie repräsentiere Normen, welche das interne und externe Verhalten von Menschen regeln. Die Aufgabe des Staates sei es deswegen, durch eine interne Verbesserung einen dem Recht entsprechenden Willen zu regenerieren. Ein Missbrauch der externen Freiheit müsse zum Verlust der selbigen führen, der Missbrauchende

---

[288] Vgl. **Krause (**1828: 117).

[289] Vgl. **Oneca** (1968: 446). Laut **Antón Oneca** (1968: 445f.) wurde die Besserungstheorie von **Nagler** von **Stelzei** im Jahre 1790 begründet. Ihre Grundlagen finden sich in manchen Punkten – wie **Nagler** erwähnt – bei dem Philosophen **Krause** und werden später durch dessen Schüler **Ahrens** und **Röder** weiterentwickelt. Siehe **Nagler**, Die Strafe. Eine juristisch-empirische Untersuchung, Leipzig, 1918, S. 459f.

[290] Vgl. **Röder**, **Karl David August**: Grundzüge des Naturrechts oder der Rechtsfilosofie, Heidelberg: Winter, 1846.

müsse auf dem Niveau eines Minderjährigen neu erzogen werden[291]. Durch die Konzentration auf den Verbesserungsgedanken sei gleichzeitig die Persönlichkeit des Verbrechers fokussiert worden (**Oneca** 1968: 446). In seiner Besserungstheorie betrachte **Röder**, so **Nutz** (2001: 226), Kriminelle als „Unmündige, (...) Erziehungsbedürftige", deren „unsittliche(n) (...) Willensstimmung"[292] durch die Strafe der Verwahrung in einem Besserungshaus wiederaufgehoben werde[293]. Da das Strafmaß in seiner Theorie durch die erreichte Besserung bestimmt werde, habe **Röder** die Strafe von der Tat gelöst. Damit obliege es dem über die Haftentlassung oder Fortdauer entscheidenden Richter, den richtigen Zeitpunkt zu erkennen, wann diese Besserung erreicht sei (**Nutz** 2001: 227).

Die Legitimation von **Röders** Straftheorie entsprach nicht der damals herrschenden Grenzziehung zwischen Recht und Moral, denn eine moralische Besserung könne ebenso wenig wie ein positiver Wille durch Staatsgewalt (mit Zwang) erreicht werden. Vielmehr lasse sich laut den Kritikern der Besserungstheorie nur äußeres Verhalten durch das Recht erzwingen. Ebenfalls kritisch gesehen wurde der als fehlend wahrgenommene „Bezug der Strafe zur Tat" in der Besserungstheorie durch die zeitlich nicht festgelegte Dauer der Verbesserungshaft (**Nutz** 2001: 227). Insbesondere die Repräsentanten der absoluten Theorien stellten ablehnend fest, dass das Strafmaß nicht durch einen außerhalb des Rechts liegenden Zweck bestimmt werden dürfe, weil dies nicht dem Gebot der Gerechtigkeit entspreche[294] (**Nutz** 2001: 227).

4.4.1.3 Der Einfluss **Krauses** und seiner Schüler im spanischsprachigen Raum

In Spanien gewann die Philosophie **Krauses** nach einem ebenfalls zunächst zögerlichen Beginn weit mehr Einfluss als in Deutschland (**García Mateo** 1982:I). Allerdings bekam der Krausismus erst durch seine Schüler **Heinrich Ahrens** (1808-1874), **Karl Röder** und **Hermann Karl von Leonhardi** (1809-1875) internationale Bedeutung. In Spanien und Lateinamerika wurden insbesondere **Krauses** Werke „Urbild der Menschheit" (1811) und „der Abriß des Systems der Philosophie des Rechts oder Naturrechts" (1828) bekannt

[291] Siehe **Röder**, **Karl David August**, Las doctrinas fundamentales reinantes sobre el delito y la pena, en sus interiores contradicciones: ensayo crítico preparatorio para la renovación del derecho penal, 2. Aufl., Madrid, 1871, 2 Aufl., S. 212ff.; Vgl. **Oneca** (1968: 446 Fn. 14).
[292] Siehe **Röder** (1846: 14).
[293] Siehe **Röder** (1846: 21).
[294] Vgl. **Abegg**, **Julius Friedrich Heinrich**, Über die Bedeutung des Besserungsprinzips und die praktische Geltendmachung desselben, in: Archiv des Criminalrechts. Neue Folge, 1845, S. 252; Auch **Nutz** (2001: 227 Fn. 69).

(**Krumpel** 1992: 182)[295]. In Deutschland war es nach **Schröders** (1985: 94f.) Einschätzung insbesondere die Bewertung von **Krauses** Werken als religiös, die ihrer Wirkung entgegenstanden hatte. Dies habe nicht der politischen und wirtschaftsliberalen Kultur seiner Zeit und seines Heimatlandes entsprochen.

Im Jahre 1843 erhielt der aus Spanien stammende Hochschulprofessor **Julian Sanz del Río** vom Kultusministerium seines Landes den Auftrag, eine Studienreise nach Deutschland und Frankreich zu unternehmen, um dort neue geistige Strömungen kennenzulernen (**Sandkühler** 2005: 375)[296]. **Sanz del Ríos** Reise nach Deutschland war allerdings nicht sein erster Kontakt mit der deutschen Philosophie gewesen. Schon vorher hatte er sich für **Heinrich Ahrens**[297] interessiert, dessen Arbeit „Cours de Droit Naturel"[298] von dem mit **Sanz del Río** befreundeten **Navarro Zamorano**[299] schon anno 1841 ins Spanische übersetzt worden war. **Ahrens** hatte **Sanz del Ríos** Aufmerksamkeit auf **Krause** gelenkt (**Buechler** 1954: 32). Persönlich traf **Sanz del Río** im Rahmen seiner Reise mit **Ahrens** in Brüssel zusammen, welcher ihm empfahl, den Kreis der **Krause**-Schüler in Heidelberg aufzusuchen. 1845 besuchte er dort die Vorlesungen von **Röder** zu den grundlegenden Ideen des von **Friedrich Wilhelm Joseph Ritter von Schelling** (1775-1854) und insbesondere durch **Fichte** beeinflussten Denkens **Krauses** (**Sandkühler** 2005: 375).

Zur Zeit von **Sanz del Ríos** Reise (1943-45) fand **Schelling** in Berlin als Nachfolger **Hegels** großes Gehör. Anders als **Krauses** Werk, welches wie oben erwähnt keine positive Resonanz in Deutschland erhielt, war die Philosophie **Hegels** weitverbreitet und hatte sich zu diesem

---

[295] Siehe **Krause, Karl-Christian Friedrich**: Das Urbild der Menschheit – Ein Versuch, Dresden, 1811 (2. Aufl. Göttingen 1851); Abriss des Systems der Rechtsphilosophie oder des Naturrechts, Göttingen, 1928.

[296] Vgl. **Buechler** (1954: 32).

[297] **Ahrens** musste aufgrund der Teilnahme an dem sog. „Göttinger Aufstand" im Jahre 1831 Deutschland verlassen und floh nach Brüssel (Belgien). Hier angekommen befasste er sich ausgiebig mit den Schriften **Krauses**, da ihm die philosophischen Lehren, welche ihm von den St.-Simon-Schülern präsentiert wurden, nicht genügten (**Schröder** 1985: 96). In den Jahren 1833 und 1834 hielt er auf der Grundlage eines Manuskripts, welches von **Hermann Karl von Leonhardi**, zu dem er auch privat Freundschaft pflegte verfasst war, in Paris Vorträge. Die Vorträge beinhalteten die Themen der Geschichte der deutschen Philosophie seit **Kant**. Ferner hielt Ahrens auch in der Zeit von 1836-1838 weitere öffentliche Vorlesungen mit der Darstellung der Philosophie **Krauses** (**Schröder** 1985: 96) und veröffentlichte in Paris das französischsprachige „Cours de Philosophie" und „Cours de Droit Naturel" (**Ureña** 2007: 26 Fn. 48).

[298] Siehe **Ahrens Heinrich**, Cours de Philosophie. Cours de Psychologie, Fait à Paris sous les auspices du Gouvernement; par **H. Ahrens**, ancien Docteur agrégé à l'Université de Goettingue, Professeur de Philosophie a l'Université Libre de Bruxelles. Second Volume, Contenant la psychologie proprement dite et la partie générale de la métaphysique. Paris, Leipzig, 1938; Cours de Droit Naturel ou de Philosophie du Droit, fait d'aprés l'état actuel de cette science en Allemagne; par **H. Ahrens**, ancien Docteur agrégé à l'Université de Goettingue, Professeur de Philosophie et de Droit Naturel a l'Université de Bruxelles, Paris, 1938.

[299] **Ahrens, Heinrich**: Curso de derecho natural o de filosofía del derecho: formado con arreglo al estado de esta ciencia en Alemania, übersetzt und ergänzt von Ruperto Navarro Zamorano**,** Madrid: Boix, 1841.

Zeitpunkt bereits in links- und rechtshegelianisches Denken ausdifferenziert[300] (**García Mateo** 1982: 148ff.). In der Geschichte der spanischen Rezeption wurde seitens **Sanz del Ríos** der Versuch unternommen, zwischen **Krauses** und **Hegels** Ansichten zu unterscheiden. Für die intellektuellen Kreise in Spanien war es in diesem Zusammenhang nicht erklärbar, warum **Sanz del Río Hegel** trotz dessen Aktualität und Brisanz in Deutschland abgelehnt und das weniger verbreitete Denken **Krauses** übernommen hatte (**López Morillas** 1956: 12ff.).

In den Jahren nach seiner Rückkehr nach Spanien konzentrierte sich **Sanz del Río** auf das Studium **Krauses** und übernahm im Jahre 1854 den Lehrstuhl für Geschichte und Philosophie an der Universität von Madrid (**Sandkühler** 2005: 375)[301]. Der Beginn von **Sanz del Ríos** auf den Krause'schen Panentheismus ausgerichteten Lehrtätigkeit war die Geburtsstunde der Krause'schen Bewegung in Spanien gewesen. Stetig steigende Studentenzahlen gingen dabei einher mit wachsender Opposition aus dem konservativen und katholischen Lager, welche durch **Krauses** liberale Ideen die soziale und politische Ordnung bedroht sahen. Im Zuge dieser sich in alle Teile der Gesellschaft auswirkenden Auseinandersetzung ideologisierte sich der Krausismus und wurde für viele seiner Vertreter zu einer grundsätzlichen Lebenslehre (**Buechler** 1954: 32). Als fundamentales Werk des Krausismus in Spanien gilt schließlich **Sanz del Ríos** 1860 in Madrid herausgegebenes „Ideal de la Humanidad para la vida"[302], welches, wie **Ureña** anno 1987 herausfand, eine Übersetzung von **Krauses** aus dem Jahre 1811 stammender **A**bhandlung „Entfaltung und urbildliche Darstellung ...", erschienen im „Tagblatt des Menschheitlebens"[303], sei (**Seidel**/**Ureña** 2009: XXVII).

Mit Blick auf die Verbreitung der Lehre **Krauses** in Lateinamerika ist herauszustellen, dass diese vorrangig durch die der belgischen Schule zuzuordnenden **Krause**-Schüler **Ahrens** und **Tiberghien** und nicht über Spanien erfolgte. Durch die Veröffentlichung des französischsprachigen Werkes von **Ahrens** in Argentinien gewann der Krausismus zunächst in den „Gebieten des Río de la Plata" und dann weiterführend in Brasilien, Ekuador, Peru, Kolumbien und Mexiko an Bedeutung (**Krumpel** 1992: 183). Der Krausismus erreichte in

[300] Nach dem Tode **Hegels** spaltete sich die Hegel'sche Schule in einen rechten sog. Rechtshegelianismus und einen linken Flügel, den sog. Linkshegelianismus. Die Vertreter des Rechtshegelianismus (**Daub**, **Gabler**, **Göschel**, **von Henning**, **Hinrichs**, **Marheineke**) hielten „den biblischen Bericht mit der philosophischen Erkenntnis für vereinbar", hingegen war dieses für die Linkshegelianer (**Bauer**, **Feuerbach**, **Marx**, **Ruge**, **Stirner**, **Strauß**) unvereinbar (**Hügli**/**Lübcke** 1991: 267f.).

[301] Vgl. **García Mateo (**1982: 146).

[302] Siehe **Krause**, **Karl Christian Friedrich:** Ideal de la humanidad para la vida, mit Einleitung und Kommentar von Julián Sanz del Río, Madrid: Imprenta de Manuel Galiano, 1860 (2. Aufl. Madrid 1871).

[303] Siehe **Krause**, **Karl Christian Friedrich**: Tagblatt des Menschheitlebens, herausgeg. von Karl Ch. Fr. Krause, erster Vierteljahrgang 1811, Dresden, in der Arnold'schen Buchhandlung.

Lateinamerika eine Vielzahl unterschiedlicher Länder. Einflussreiche Vertreter waren u.a. **Ferrer Netto Paive** (1798-1886) in Brasilien, **José Martí** (1853-1895) in Kuba, **José Peralta** (1855-1935) in Ekuador, **Leopoldo Zea** (1912-2004) mit seinem Buch "El Positivismo en México"[304] in Mexiko und **Arturo Andrés Roig** mit seinem Buch "Los Krausistas Argentinos"[305] in Argentinien. Als prägend in jedem der aufgeführten Länder galt die Ausrichtung **Krause-Ahrens** (**Krumpel** 1992: 189f.; 2008: 172f.).

4.4.1.4 Der spanische Krausismus des Rechtsphilosophen **Giner de los Ríos**

Nach **Sanz del Ríos** Tod anno 1968 bemühte sich **Fernando de Castro** (1814-1874), unter Mithilfe von **Giner de los Ríos** sowie **Nicolás Salmerón y Alonso** (1837-1908), die Bewegung **Krauses** fortzuführen (**Buechler** 1954: 33). Mit Blick auf das juristische Feld sei es der Rechtsphilosoph **Francisco Giner de los Ríos** gewesen, der mit Recht „als Führer einer Generation von Juristen bezeichnet worden" war (**Buechler** 1954: 36). In Übereinstimmung mit **Krause** verstand **Giner de los Ríos** das Recht als eine ein vernunftgeleitetes Miteinander gewährleistende Ordnung. Die Umsetzung von Recht habe auch für ihn immer zunächst auf einer individuellen Entscheidung des Gewissens basiert. Recht sei ausschließlich durch eine freiwillige und einsichtige Entscheidung der Menschen zu Gunsten dessen Realisierung erreichbar. Die ethische und nicht mehr logische Grundlegung des **Giner'schen** Rechtsbegriffs wird durch die Zielsetzung des Rechts deutlich, welches „das Gute ermöglichen soll, und die Forderung auf Sittlichkeit auch die Forderung auf Rechtsherstellung umgreift" (**Buechler** 1954: 35).

Im Jahre 1876 gründete **Giner de los Ríos** die als Bindeglied zwischen der Kultur Europas und Lateinamerikas agierende sowie als Initiatorin der Rezeption **Kants** in Lateinamerika dienende „Institución Libre de Enseñanza" (**Krumpel** 2008: 168)[306]. Sie war wichtig für die

---

[304] **Zea, Leopoldo**: El positivismo en México, México: El Colegio de México, 1943.

[305] **Roig**, **Arturo Andrés**: Los Krausistas Argentinos, Puebla, México, 1969. Vgl. **De Zan, Julio**: Der Krausismo in Argentinien, in: **Karl Chr. F. Krause** (1781-1832) Studien zu seiner Philosophie und zum Krausismo, herausgeg. von Klaus-M. Kodalle, Felix Meiner Verlag, Hamburg, S. 243.

[306] U.a. **Antonio Caso** (1883-1946), **Samuel Ramos** (1897: 1959) und **Francisco Larroyo** (1909-1981) rezipierten im 20. Jahrhundert die **Kantsche** Philosophie. Im Jahre 1929 leitete **Alejandro Korn** (1860-1936**)** in Buenos Aires die Gründung einer **Kant**-Gesellschaft. **Kants** Kritik der praktischen Vernunft wird in der zweiten Hälfte des 19. Jahrhunderts ins Spanische übersetzt. Der Neokantianer **José Perojo** (1850-1908) leistete die Übersetzung der „Kritik der reinen Vernunft" („Crítica de la razón pura"), **García Moreno** und **Ruvira** übersetzen „Kritik der Urteilskraft" („La crítica del juicio"). In der von **Perojo** anno 1875 gegründeten „Revista Contemporánea" werden Polemiken mit dem deutschen Neokantianismus publiziert. Deutsche Philosophie wird darüber hinaus auch in der 1923 von **Ortega y Gasset** herausgegebenen „Revista de Occidente" nach Lateinamerika übertragen. Von den zahlreichen Rezeptionen **Kants** leistete vor allem die Arbeit von **Bernabé Navarro** (1923-1995) im 20. Jahrhundert einen entscheidenden Beitrag dazu, **Kant** und die klassische Philosophie Deutschlands in mehreren Teilen Lateinamerikas zu verbreiten (**Krumpel** 2008:

spätere Bildung der spanischen Generation der Intellektuellen. Diese Elite, darunter u.a. der bekannte Schriftsteller und Philosoph **Ortega y Gasset** (1883-1955), war bestimmend für die spanische Kultur bis ins 20. Jahrhundert (**Sandkühler** 2005: 375)[307].

Röders Werke und die Ideen der moralischen Besserung waren in Spanien rezipiert worden, insbesondere dank der Übersetzung von **Francisco Giner de los Ríos** unter dem Titel: „Die herrschenden Grundlehren von Verbrechen und Strafe in ihren inneren Widersprüchen: eine kritische Vorarbeit zum Neubau des Strafrechts" (1867)[308] (**Anitua** 2005: 134f.). Die Besserungslehre fand in Spanien schnell Anerkennung, weil auch die philosophischen Gedanken **Senecas** und die christliche Lehre eine Besserung des Verbrechers beinhalteten (**Cerezo Mir** 2000: 255). Wichtigste Vertreter der spanischen Verbesserungsschule waren u.a. **Concepción Arenal** (1820-1893), **Luis Silvela** (1839-1903) sowie **Félix Aramburú y Zuloaga** (1848-1913), welche im Gegensatz zu **Röder** nicht nur das Ziel der Verbesserung, sondern die Besserungsidee mit den Strafzwecken der Sühne und der Vergeltung verbanden (**Cerezo Mir** 2000: 255). Durch den Einfluss der spanischen Besserungsschule wurden mehrere bedeutende Reformen der Gefängnisse in Spanien initiiert (**Oneca**1968: 446).

In der Folgezeit wurde ein Schüler **Giner de los Ríos**, der an der Universität von Salamanca lehrende Professor **Pedro Dorado Montero** (1861-1919), zu einem wichtigen Vertreter der Verbesserungstheorie in Spanien (**Anitua** 2005: 197)[309]. **Dorado Montero** hat entgegen den Strafzwecken der Sühne und der Vergeltung den Besserungsgedanken weiterentwickelt. Sein Grundsatz war zum einen der Determinismus, weswegen Verbrecher ähnlich wie vormals Geisteskranke oder „Minderjährige" zu behandeln seien. Zum anderen sollte sich die Schutzfunktion des Staates auf die Bedürfnisse der Menschen erweitern und sich dementsprechend nicht mehr ausschließlich auf die Sicherung der „Freiheitssphäre für

---

167f., 171). Siehe **Navarro**, **Bernabé**: Der vollständige transzendentale Idealismus: die Stellungnahme Fichtes zu Kant als Bestimmungsgrund seiner Philosophie, Univ. Philos. Fak. I, Diss. 1966, München, 1973.

307 Vgl. **Alemparte Ferreiro Jaime**, Aufnahme der deutschen Kultur in Spanien. Der Krausismo als Höhepunkt und sein Weiterwirken durch die Institución Libre de Enseñanza, in: **Karl Chr. F. Krause** (1781-1832) Studien zu seiner Philosophie und zum Krausismo, herausgeg. von Klaus-M. Kodalle, Felix Meiner Verlag, Hamburg, S. 135ff.

308 **Röder**, **Karl David August**: Die herrschenden Grundlehren von Verbrechen und Strafe in ihren inneren Widersprüchen: eine kritische Vorarbeit zum Neubau des Strafrechts, Wiesbaden: Niedner, 1867; Las doctrinas fundamentales reinantes sobre el delito y la pena, en sus interiores contradicciones: ensayo crítico preparatorio para la renovación del derecho penal, übersetzung von **Francisco Giner de los Ríos**, in: Revista General de Legislación y Jurisprudencia, Madrid: Imprenta de la Revista de Legislación, 1870 (2. Aufl. 1871, 3. Aufl. 1876).

309 Vgl. **Pérez Luño**, **Antonio Enrique**: Trayectorias contemporáneas de la filosofía y la teoría del derecho, Editorial Tébar, 5. Auf., Madrid, 2007, S. 140. **Dorado Montero** hatte auch das strafrechtliche Lehrbuch von **Merkel** übersetzt. Siehe **Merkel**, **Adolf**: Lehrbuch des Deutschen Strafrechts, Stuttgart: Enke, 1889; Derecho Penal. Parte General, Bd. I, Madrid, La España Moderna, Übersetzung von **Pedro Dorado Montero**, ohne Jahr.

Individuen“ beschränken (**Oneca** 1968: 447). Sein am weitesten verbreitetes Werk ist der Sammelband: „El derecho protector de los criminales”[310]. Der Einfluss der Besserungslehre auf den Autor war offensichtlich, da er die Verantwortung für die Tat durch das Recht des Delinquenten auf Besserung ersetzte. Die Gesellschaft sollte seiner Meinung nach den Delinquenten im Sinne der „Besserungslehre“ zu mehr Menschlichkeit erziehen (**Anitua** 2005: 197).

Unter dem Einfluss der Philosophie **Krauses**, der Arbeiten **von Giner de los Ríos** und der Besserungsideen von **Dorado Montero** verfasste der spanische Professor **Luis Jiménez de Asúa**, welcher als einer der wichtigsten Überträger der deutschen Dogmatik nach Spanien und Lateinamerika gilt, seine Werke[311].

4.4.2 Spanien als Hauptüberträger der deutschen Dogmatik nach Lateinamerika

Die Rezeption der deutschen Dogmatik in Lateinamerika hing, historisch betrachtet, von den Übersetzungen spanischer Juristen ab. Die Existenz deutsch-spanischer Beziehungen auf dem Gebiet der Rechtswissenschaften haben diesen Rezeptionsprozess begünstigt, welcher sich ohne diesen Vorteil erheblich langwieriger gestaltet hätte. In der Folge werden deswegen die Verbindungen der deutschen Strafrechtswissenschaft mit Spanien und Lateinamerika geschildert.

4.4.2.1 Entwicklung des Einflusses der deutschen Dogmatik in Spanien

Im Gegensatz zur Rezeption **Krauses** im spanischsprechigen Raum setzte der Einfluss der deutschen Strafrechtswissenschaft auf die spanische Dogmatik erst später, im 20. Jahrhundert, ein (**Cerezo Mir** 2000: 255). Einer der wichtigsten Protagonisten dieser Rezeption war **Luis Jiménez de Asúa** (1889-1970). Dieser übernahm es, nachdem er bei **Franz von Liszt** an der Universität von Berlin studiert hatte, die These seines Lehrers in Spanien[312] zu verbreiten. **Jiménez de Asúa** übersetzte einen Teil von **Franz von Liszts** „Lehrbuch des Deutschen Strafrechts”, welches, ergänzt um die Geschichte des Strafrechts in Spanien, von **Quintiliano**

[310] **Dorado Montero**, P**edro**: El derecho protector de los criminales, Madrid, Victoriano Suárez, 1915.
[311] Vgl. **Bacigalupo** (2005:XV).
[312] Vgl. **Bacigalupo (**2005:VIII-XIII). Laut **Bacigalupo (**2005:VIII) war der wissenschaftliche Gedankengang von Prof. **Jiménez de Asúa** zu einem großen Teil durch seine Studien in Deutschland, Schweiz, Frankreich und Schweden in den Jahren 1913 und 1914 beeinflusst. Durch seinen Aufenthalt an europäischen Universitäten war er dazu in der Lage gewesen, in Kontakt zu seinem Professor **Franz v. Liszt,** sowie **Alfred Gautier** (in der Schweiz), **Gustav Aschaffenburg** (mit welchen er in Berlin Psychiatrie studiert hatte), **Emile Graçon** (in Paris) und **Johan Thyren** (in Lund) zu treten.

Saldaña (1878-1938), 1916/17 veröffentlicht wurde[313]. „Der Einfluss der soziologischen oder kriminalpolitischen Schule **v. Liszts** war in Spanien deswegen sehr stark" gewesen (**Cerezo Mir** 2000: 255).

Im Jahr 1931 weihte **Jiménez de Asúa** den akademischen Kurs (1931/32) an der Universität von Madrid ein (heute Universidad Complutense de Madrid), indem er einen Vortrag unter dem Titel „La teoría juridica del delito" hielt[314]. In dessen Rahmen schlug **Jiménez de Asúa** „ein System und eine Methodologie für das Studium der Theorie des Strafrechts vor, welches dem zu dieser Zeit in Deutschland vorherrschenden System sehr ähnlich war" (**Muñoz Conde** 2003: 35)[315]. Mit diesem Vorschlag sei, nach Meinung **Bacigalupos** (2005:VII), „eine neue wissenschaftliche Etappe" juristischen Denkens in Spanien eröffnet worden. Gleichwohl die „Teoría jurídica del delito" von **Jiménez de Asúa** mit dem Entstehen der Strafrechtsdogmatik in spanischer Sprache gleichgestellt werden könne, sei in ihr auch der Einfluss des Krausismus beobachtbar gewesen[316] (**Bacigalupo** 2005:VII/XV). **Jiménez de Asúa** (1931: 22) gab in der Ansprache seiner Hoffnung auf eine Epoche Ausdruck, in der das Strafrecht nicht mehr nötig wäre und zu einem Teil „Sozialmedizin" würde. Genau wie die Epoche verschwunden sei, in der Geisteskranke wie Verbrecher behandelt worden seien, sei auch darauf zu hoffen, dass sich die „sozialen Auffassungen bis zu dem Punkt verändern, an dem Verbrecher korrigiert, verbessert oder geheilt werden, auf dieselbe Art wie man ein Kind erzieht oder einen Kranken betreut". Solange dies allerdings nicht der Fall sei und das Strafgesetz regiere, existiere ein schwerwiegendes Problem. Zur Lösung der wesentlichsten mit diesem Problem verbundenen Schwierigkeiten „sei nach möglichst adäquaten Methoden zu suchen" (**Jiménez de Asúa** 1931: 22).

---

[313] Der erste Band wurde durch **Quintillano Saldaña** übersetzt und anno 1914 veröffentlicht (**Bacigalupo** 2005:X). Siehe **Liszt**, **Franz von**: Lehrbuch des Deutschen Strafrechts, 18. völlig durchgearbeitete Auflage, Berlin: Guttentag, 1911; Tratado de derecho penal, übersetzt aus der 18. Deutschen Auflage und ergänzt mit der Geschichte des spanischen Strafrechts durch **Quintiliano Saldaña**, Madrid: Hijos de Reus, 1914. **Jiménez de Asúa** übersetzte den zweiten und dritten Band der 20. deutschen Ausgabe von „Lehrbuch des deutschen Strafrechts" von **Franz v. Liszt**. Siehe **Liszt**, **Franz von**: Lehrbuch des deutschen Strafrechts, 20. völlig überarbeitete Auflage, Berlin: Guttentag, XXVII, 1914; Tratado de derecho penal, Übersetzung der 20. Auflage zweiter und dritter Band von **Luis Jiménez de Asúa** und dem spanischen Strafrecht von **Quintiliano Saldaña** hinzugefügt, Madrid, Reus, 1916-1917 (2. Auflage 1927-1929).

[314] Siehe **Jiménez de Asúa**, **Luis**: La Teoría Jurídica del Delito (Ansprache vorgelesen in der feierlichen Einweihung des akademischen Kurses von 1931/1932), Madrid: Estrada Hermanos, 1931.

[315] Laut **Cerezo Mir** (2000: 255) hat **Jiménez de Asúa** „(...) die Grundbegriffe der deutschen Strafrecht-dogmatik in seiner »Verbrechenslehre« (»Teoría jurídica del delito«) von 1931 bekanntgemacht."

[316] Laut **Bacigalupo** (2005:VIII**)** sei schon ab der ersten Phase des wissenschaftlichen Denkens von **Jiménez de Asúa** der grundlegende Einfluss des „krausistischen Korrektionalismus" von **Giner de los Ríos** und besonders von **Dorado Montero,** welchen **Jiménez de Asúa** als seinen „fernen und unbekannten" Vordenker betrachtete, deutlich gewesen. Beeinflusst sei **Jiménez de Asúa** ebenso von **Quintillano Saldaña** worden, welchem **Asúa** seine Dissertation – „La sentencia indeterminada" – widmete, die in 1913 veröffentlicht wurde.

Mit diesen Worten beweist **Jiménez de Asúa**, dass er zwischen dem entfernten Ideal der spanischen Besserungslehre, vertreten durch **Dorado Montero**, und der realen, dogmatischen Arbeit unterscheidet (**Antón Oneca** 1950: 11). Die Treue **Jiménez de Asúas** zur Tradition der spanischen Besserungslehre sei auch in seinem 1929[317] veröffentlichten Werk „El Nuevo Derecho Penal" zu beobachten gewesen[318]. In diesem erklärte **Jiménez de Asúa** (1929: 74), dass bei einer Debatte über „technische Fragestellungen" an den Gerichten die Regel „nulla poena sine lege" beibehalten werden sollte. Für diesen spanischen Autor habe das neue Strafrecht zahlreiche Formulierungen und Normen aufgenommen, die zu einer Gefahr für die Rechte des Einzelnen, insbesondere das Recht auf Freiheit, werden könnten. Nachweisbar zu beobachten sei die Existenz dieser Gefahr in Formulierungen von der Gefährlichkeit des Täters, Gerichtswillkür oder lebenslange Verwahrung (1929: 74).

Veranlasst durch **Jiménez de Asúa und seine Schüler** wurden in den 1930er Jahren die Lehrbücher des Allgemeinen Teils von **Edmund Mezger** übersetzt (**Cerezo Mir** 2000: 255f). Die zweite 1933 erschienene Ausgabe des Lehrbuchs von **Mezger**[319] führte, dank der Übersetzung von 1935 durch **Jiménez de Asúas** Schüler **José Arturo Rodríguez Muñoz** (1899-1955), zur Rezeption der kausalen Handlungslehre in Spanien. Laut **Muñoz Conde** (2003: 34) können die Übersetzung des Lehrbuchs von **Mezge**r durch **José Arturo Rodríguez Muñoz** und seine wertvollen Vermerke als der Beginn der spanischen Strafrechtsdogmatik betrachtet werden. Somit war es möglich, eine ganze Reihe von spanischen Strafrechtswissenschaftlern nach den Überlegungen **Mezgers** auszubilden (**Cerezo Mir** 2000: 256). Einige der wichtigsten Anhänger des Kausalismus in Spanien waren **José Antonio Oneca**[320] (1897-1981), **Eugenio Cuello Calón** (1879-1963)[321], **José María**

---

[317] Laut **Bacigalupo** (2005:XXI Fn. 50) zeigt **Jiménez de Asúa** in seinem Werk „El Nuevo Derecho penal" (1929) zwei neue Konzeptionen zukünftigen Strafrechts auf. Einerseits weist er, beeinflusst von den Vorschlägen von **Dorado Montero**, auf eine offensichtlich utopische Konzeption des Strafrechts der „fernen Zukunft" hin. Auf der anderen Seite beschreibt er eine Strafrechtskonzeption der „nahen Zukunft", welche er in ein strafendes und vorbeugendes Strafgesetzbuch aufgeteilt sieht.

[318] **Jiménez de Asúa**, **Luis**: El nuevo derecho penal, escuelas y códigos del presente y del porvenir, Madrid: Paez-Bolsa, 1929.

[319] Siehe **Mezger**, **Edmund**: Strafrecht: Ein Lehrbuch, 2. Aufl., München: Leipzig: Duncker & Humblot, XVI, 1933; Tratado de Derecho penal, Übersetzung der 2. Aufl. (1933) und seine Notizen des Spanischen Rechts von **José Arturo Rodríguez Muñoz**, Madrid: Revista de Derecho Privado, cop. 1935 (2. Aufl. 1946-47, 3. Aufl. mit Zusätzen und Ergänzungen von **A. Quintano Ripollés** 1957). **Rodríguez Muñoz** übersetzte ebenfalls die erste Ausgabe des Werkes „Kriminalpolitik auf kriminologischer Grundlage" von **Mezger**. Siehe **Mezger**, **Edmund**: Kriminalpolitik auf kriminologischer Grundlage, 1. Aufl., Stuttgart 1934 (2. Aufl. 1942, 3. Aufl. 1944); Criminología, Deutsche Übersetzung von **José Arturo Rodríguez Muñoz**, Madrid, Revista de Derecho Privado, cop. 1942 VIII, 298S., (2. Auflage 1950).

[320] Siehe unter den Werken von **Antón Oneca**: Derecho penal, Bd. I., Allgemeiner Teil, unter Mitarbeit von **Rodríguez Muñoz,** Madrid, 1949; Derecho penal, Bd. II., Spezieller Teil, unter Mitarbeit von **Rodríguez Muñoz/Jaso Roldán/Rodríguez Devesa**, Madrid, 1949 (2. Aufl. und Aktualisierung, Torrejón de Ardoz, Madrid: Akal, D.L. 1986).

Rodríguz Devesa (1916-1987)[322] und **Juan Del Rosal** (1908-1973)[323], die zu den bedeutendsten Juristen Spaniens während der 50er und 60er Jahre gehörten[324] (**Muñoz Conde** 2003: 34).

Der Einfluss der Verbrechenslehre, die auf der kausalen Handlungslehre und den methodologischen Grundsätzen der neukantianischen Wertphilosophie basiert, war deshalb tiefgreifend (**Cerezo Mir** 2000: 256).

Bedingt durch die Verbreitung der finalistischen Handlungstheorie wuchs der Einfluss der deutschen Strafwissenschaft in Spanien nach dem Zweiten Weltkrieg beträchtlich (**Cerezo Mir** 2000: 256). Die Ausgabe des grundlegenden Werkes der finalen Handlungslehre von **Hans Welzel** wurde durch verschiedene Artikel des Professors **Rodríguez Muñoz** in Spanien bekannt gemacht**,** insbesondere durch seine Eröffnungsvorlesung des Kurses 1953-1954 an der Universität von Valencia: "La Doctrina de la Acción finalista"[325] im Jahre 1953 (**Cerezo**

---

[321] Siehe unter den Werken dieses Autors: **Cuello Calón**, **Eugenio**: Derecho penal, Allgemeiner Teil, Bd. I, Barcelona: Bosch, 1926 (bis zur 18. Aufl. von 1980 überarbeitet und aktualisiert von **César Camargo Hernández**); Derecho penal, Besonderer Teil, Bd. II, Barcelona: Bosch, 1936 (bis zur 14. Auflage von 1980 überarbeitet und aktualisiert von **César Camargo Hernández**). Vgl. **Muñoz Conde** (2003: 36f. Fn. 18).

[322] Siehe **Rodríguez Devesa**, **José María**: Derecho penal español, Parte general, 1. Aufl., Madrid: Castilla, XVI, 1970 (18. Aufl., 1995 aktualisiert durch **Serrano Gómez**). Laut **Muñoz Conde** (2003: 37 Fn. 18), wurde dieses Werk sehr von **Mezger** beeinflusst. Siehe ebenso **Rodríguez Devesa**: Derecho penal español, Parte especial, Bd. I- Bd. II, Madrid: Valladolid, Gráfica Ed. Castilla, 1964-1965 (18. Aufl. 1995 aktualisiert durch **Serrano Gómez**). **Rodríguez de Devesa** wird das Verdienst zugeschrieben, einige der Werke des deutschen Kriminologen und Mitbegründers der Viktimologie **Hans v. Hentig** (1887: 1974) übersetzt zu haben, der folgende Arbeiten verfasst hat: **Hentig**, **Hans von**: Zur Psychologie der Einzeldelikte, IV Bd., Tübingen: Mohr, 1954-1959 (Bd. I: Diebstahl 1954, Bd. II: Der Mord, Bd. III: Der Betrug 1957, Bd. IV: Die Erpressung 1959); Estudios de psicología criminal, Übersetzung ins Spanische (Prolog und Anmerkungen) von **José María Rodríguez Devesa**, IV Bd, Madrid: Espasa-Calpe. (Bd. I: Hurto, robo con fuerza en las cosas, robo con violencia o intimidación 1960 [2. Aufl. 1962]; Bd. II: El asesinato 1960 [2. Aufl. 1962]; Bd. III: La estafa [2. Aufl. 1964]; Bd. IV, El chantaje 1961 [2. Aufl. 1964]. Siehe ebenso **Hentig**, **Hans von**: Der Gangster: Eine kriminalpsychologische Studie, Berlin; Göttingen; Heidelberg: Springer 1959; El gángster, spanische Übersetzung und Ergänzungen von **José María Rodríguez Devesa**, Bd. 5, Madrid, Espasa Calpe, 1965.

[323] **Del Rosal** war Student im nationalsozialistischen Deutschland, er übernahm 1946 die **Franz Exner** „Kriminalbiologie" (1939) und übersetzte gemeinsam mit **Cerezo Mir** das Lehrbuch des Allgemeinen Strafrechts des deutschen Rechtswissenschaftlers und Kriminologen **Willhelm Sauer** (1879-1962). Vgl. **Muñoz Conde** (2003: 37 Fn. 17). Siehe **Exner**, **Franz**: Kriminalbiologie in ihren Grundzügen, Hamburg: Hanseat, 1939; Biología criminal en sus rasgos fundamentales, direkte Übersetzung aus dem Deutschen (Prolog und Anmerkungen) von **Juan del Rosal**, Barcelona: Bosch, 1946 (2. Aufl. 1947). Siehe ebenso **Sauer**, **Wilhelm**: Allgemeine Strafrechtslehre (2. völlig neue Auflage der Grundlagen des Strafrechts. Mit Leitsätzen zur Anfertigung von Überarbeitungen und Urteilen), Berlin: von Gruyter, XII, 1949 (3. Aufl. 1955). Die Übersetzung ins Spanische unter dem Namen: **Guillermo**, **Sauer**: Derecho penal, parte general, Direkte Übersetzung aus dem Deutschen von **Juan del Rosal** und **José Cerezo Mir**, Barcelona, Bosch, XIV, 1956. Unter den Werken von **Del Rosal** nach dem spanischen Bürgerkrieg ragt sein Lehrbuch des Strafrechts, Allgemeiner Teil (**Muñoz Conde** 2003: 37) hinaus. Siehe **Del Rosal**, **Juan**: Tratado de derecho penal español: (parte general), Bd. I –Bd. II, Madrid, 1969 (Auf der Titelseite des Buches ist zu lesen: 1968).

[324] Vgl. **Ferré Olivé Juan Carlos**, Universidad y Guerra Civil: Lección inaugural Curso Académico 2009-2010, Huelva (España): Servicio de Publicaciones, Universidad de Huelva, Artes Gráficas Bonanza, S.L., 2009.

[325] Siehe **Rodríguez Muñoz**, **José Arturo**: La Doctrina de la acción finalista: lección inaugural del curso 1953-54 in den Analen der Universität von Valencia: Universität, Sekretariat für Veröffentlichungen, XII, 1953 (2.

Mir 2009: 212). **Rodríguez Muñoz** hat in diesen Abhandlungen die finale Handlungslehre besonders ausführlich dargestellt und eine Analyse der Probleme bei den fahrlässigen Delikten durchgeführt, auf welche die finale Handlungstheorie zu jener Zeit gestoßen war (**Cerezo Mir** 2009: 212).

Das Interesse an der finalen Handlungslehre verstärkte sich in Spanien durch weitere Beiträge von **Juan Córdoba Roda** und **José Cerezo Mir**, die „ihre Aufmerksamkeit diesen neuen Gedanken gewidmet (haben)" (**Cerezo Mir** 2009: 212**)**. **Córdoba Roda** hat bei **Reinhard Maurach** (1902-1976) an der Universität von München studiert. **Maurach** beeinflusste **Córdoba Roda**, der nach seiner Rückkehr mit den zwei bedeutenden Büchern „El Conocimiento de la Antijuridicidad en la Teoría del Delito"[326] (1962) und „Una nueva concepción del delito: la doctrina finalista"[327] (1963) zur wissenschaftlichen Diskussion in Spanien beitrug (**Cerezo Mir** 2009: 212). Im Jahre 1962 übersetzte **Córdoba Roda** zusätzlich den Allgemeinen Teil des Lehrbuches von **Maurach**[328] (**Cerezo Mir** 2000: 256**)** mit detaillierten Fußnoten, „in denen er die finale Handlungslehre in der Maurach'schen Interpretation ausführlich darstellt und analysiert" (**Cerezo Mir** 2009: 212).

„In der spanischen Strafrechtswissenschaft vertritt **Córdoba Roda** (...) den finalen Täterbegriff" (**Cerezo Mir** 1974: 641). In seinen Anmerkungen zur Abhandlung von **Maurach** sei für **Córdoba Roda** der Täter „derjenige, der die Tatherrschaft" habe. Demzufolge sei der Täterbegriff nach **Córdoba Roda** also abhängig vom Handlungsbegriff (**Cerezo Mir** 1974: 641): „Wenn man einmal die Prämisse angenommen hat, daß »Täterschaft Verwirklichung des eigenen Aktes« ist, dann wird die Lösung des Problems durch den Handlungsbegriff bestimmt. Das Verstehen der Handlung als Erfolgsverursachung führt zum

---

Aufl. 1978, Vorstellung von **Manuel Cobo del Rosal**; Prolog von **José Ma. Rodríguez Devesa**). Davor hatte er folgende Aufsätze veröffentlicht: „La acción finalista en Derecho Penal", Jus (März–April), 1944; Consideraciones sobre doctrina de la acción finalista, Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales, Bd. VI, Fasc. II (Mai-August), 1953.

326 Siehe **Córdoba Roda**, **Juan**: El conocimiento de la antijuricidad en la teoría del delito, Barcelona (Veröffentlichungen des Seminars über Strafrecht der Universität von Barcelona), Bosch, 1962.

327 Siehe **Córdoba Roda**, **Juan**: Una nueva concepción del delito: la doctrina finalista, Barcelona (Veröffentlichungen des Seminars über Strafrecht der Universität von Barcelona), Ariel, 1963.

328 Siehe **Reinhart**, **Maurach**: Deutsches Strafrecht, Allgemeiner Teil: Ein Lehrbuch, Karlsruhe: C.F. Müller, VII,1954; Tratado de Derecho Penal, übersetzt (von der 1. Deutschen Ausgabe und Anmerkungen des spanischen Rechts) von **Juan Córdoba Roda** (Prolog von **Octavio Pérez-Victoria Moreno**), Vol. 1-Vol. 2, Barcelona: Ariel, 1962. Ebenso übersetzte **Córdoba Roda** in 1959 das Werk „Zum gegenwärtigen Stand der Lehre vom Verbrechen" von **Wilhelm Gallas**. Laut **Roxin** (2006: 204 Fn. 41) handelt es sich „um einen einflussreichen und repräsentativen Aufsatz über den Diskussionsstand zwischen Finalismus und Kausalismus in der Nachkriegszeit". Siehe **Gallas, Wilhelm**: „Zum gegenwärtigen Stand der Lehre vom Verbrechen", ZSW, LXVII, 1955; „La Teoría del delito en su momento actual", übersetzt von **Juan Córdoba Roda**, Barcelona: Bosch, 1959.

extensiven Täterbegriff. Der finale Handlungsbegriff (...) führt hingegen zu einer anderen Gestaltung der Täterschaft“ (**Córdoba Roda** 1962: 310)[329].

Ein weiterer wichtiger Überträger des Finalismus nach Spanien war **José Cerezo Mir**. Während seiner Doktoratkurse an der Universität von Valladolid nahm er Unterricht bei **Juan del Rosal**. In diesem Zeitraum erwachte sein Interesse für den Finalismus und für das Werk „La Doctrina de la acción finalista” von **Rodríguez Muñoz**. Obwohl **Cerezo Mir** nie eine direkte Verbindung zu **Rodríguez Muñoz** hatte, wurde er von diesem in seinem wissenschaftlichen Denken entscheidend beeinflusst (**Cerezo Mir**: 2006: 2).

Cerezo Mir verbrachte die Jahre von 1956 bis 1960 an der Universität von Bonn als Schüler von **Welzel**[330], der dort lehrte. Nach seiner Rückkehr setzte er seine Ausbildung als Schüler des spanischen Professors **Antón Oneca** fort, der seinerseits Schüler von **Jiménez de Asúa** (**Cerezo Mir**: 2006: 2) gewesen war. Außerdem übersetzte **Cerezo Mir** die vierte und letzte Auflage von **Welzels** Werk „Das neue Bild des Strafrechtsystems”[331] (**Cerezo Mir** 2000: 256). Dieses veröffentlichte **Cerezo Mir** 1964 mit einer Serie von Anmerkungen, in welchen er eine „wissenschaftliche Auseinandersetzung” mit den Gedankengängen **Welzels** in Bezugnahme auf das spanische Strafrecht führte[332] (**Cerezo Mir** 2009: 212). **Cerezo Mir** hat danach noch weitere wichtige Übersetzungen veröffentlicht: die Abhandlung von **Günter Stratenweth** „Das rechtstheoretische Problem der ‚Natur der Sache‘” (1964)[333] und die von

---

329 Vgl. **Cerezo Mir** (1974: 641f. Fn. 19/21/35). Siehe **Córdoba Roda**, Anmerkungen zur Übersetzung des Tratado de Derecho Penal, von Maurach, Barcelona, Ariel, 1962, II., S. 310 Fn. 3.

330 **Welzel** hat in Bonn Strafrechtswissenschaftler aus verschiedenen Kontinenten und Sprachen empfangen, unter denen sich die Spanisch sprechenden hervorhoben: **J. Cerezo Mir**, **E. Bacigalupo**, **G. Romero**, **I. H. Schriffin**, **J. B. Maier**, **R. Bergalli**, **J. Bustos Ramírez**, **M. Moreno Hernández** u.a. (**Velázquez** 2004: 3).

331 Siehe **Welzel Hans**: Das neue Bild des Strafrechtssystems: Eine Einführung in die finale Handlungslehre, 4. erw. Aufl., Göttingen, Schwartz, XII, 1961; „El Nuevo Sistema del Derecho penal: una introducción a la doctrina de la acción finalista”, Übersetzung von **José Cerezo Mir**, Barcelona: Ediciones Ariel, D.L. 1964. Dieses Werk wurde später einschließlich der Anmerkungen von **Cerezo Mir** durch **Luis Regis Prado** ins Portugiesische übersetzt: „Onovo sistema jurídico-penal: uma introduçao á doctrina da açao finalista”, 2001. Vgl. **Cerezo Mir** (2009: 212 Fn. 5).

332 Laut **Muñoz Conde** (2003: 37) sind **Córdoba Roda** und **Cerezo Mir** die wichtigsten Rezipienten des finalen Handlungsbegriffs in Spanien. Nach **Muñoz Conde** beginnt der Einfluss der finalen Handlungslehre auf die spanische Strafrechtsdogmatik erst in den 60er Jahren mit der Übersetzung des Lehrbuchs von **Maurach** durch **Córdoba Roda** und des Werkes „Das neue Bild des Strafrechtssystems“ von **Welzel**.

333 Siehe **Stratenwerth**, **Günter**: Das rechtstheoretische Problem der ‚Natur der Sache‘” (Antrittvorlesung an der Rheinischen Friedrich-Wilhelms-Unversiät in Bonn), Tübingen: Mohr (Siebeck), 1957; „El problema de la ‚naturaleza de las cosas‘ en la teoría jurídica”, Übersetzung von **José Cerezo Mir**, Zeitschrift der Rechtsfakultät der Universität von Madrid, Bd. 8, Nr. 19, 1964. Vgl. **Cerezo Mir (**2009: 212 Fn. 6). **Cerezo Mir** übersetzt ebenso den zweiten Band des Werkes „Das Verbrechen” von **Hans Hentig**. Siehe **Hentig**, **Hans**: Das Verbrechen (2. Der Delinquent im Griff der Umweltkräfte), Berlin: Springer, VII, 1962; El delito (Vol.2 (El delincuente bajo la influencia de las fuerzas del mundo circundante), Madrid: Espasa-Calpe, 1972.

Welzel 1968 auf einer Konferenz in Madrid gehaltene Rede: „La doctrina de la acción finalista, hoy"[334] (**Cerezo Mir** 2009: 212).

In diesem Vortrag „La doctrina de la acción finalista, hoy" (1968) erkannte **Welzel** (1968: 221) an, dass seine finalistische Theorie dank der mehr als hundert Jahre existierenden Verbindung zwischen der deutschen und der spanischen Strafrechtswissenschaft in Spanien verstanden werde. Dieser Vortrag war von besonderer Bedeutung für die Geschichte der Rezeption der deutschen Strafrechtswissenschaft in Spanien, denn **Welzel** versuchte bei diesem Anlass auf die Kritiken des spanischen Prof. **Rodríguez Muñoz** zu antworten, die dieser auf seinem Einführungsvortrag des Studienjahrs 1953-54 an der Universität von Valencia der finalistischen Handlungslehre entgegengebracht hatte. **Rodríguez Muñoz** sei, zusammenfassend gesagt, zu der Folgerung gelangt, dass die Doktrin der finalen Handlungslehre überaus geeignet für die Auslegung der vorsätzlichen, nicht aber der fahrlässigen Delikte sei (**Welzel** 1968: 221**)**. Nach der Veröffentlichung der Ansprache von **Rodríguez Muñoz** 1954 stand **Welzel** (1968: 221) bis zu dessen Tod in Briefwechsel mit ihm bezüglich der Einwendungen gegen seine Theorie. Schließlich hat **Welzel** zu Ehren dieses großen spanischen Strafrechtlers bei seinem ersten Besuch in Spanien seine Ideen über die fahrlässigen Delikte vorgetragen (1968: 221-222).

Nach dem Tod von **Welzel** waren seine Gedanken in Spanien und Deutschland weiterhin anerkannt, obwohl, laut **Cerezo Mir** (2006: 7), in Deutschland der Bedeutungsrückgang der wissenschaftlichen Lehre von **Welzel** wegen des Aufkommens der Schulen von **Roxin** und **Jakobs** sichtbar geworden sei. **Hans Joachim Hirsch** (Universität von Köln) ist immer noch einer der wichtigstenVertreter der finalen Handlungslehre. Ebenso wird **Basilia Günter Stratenwerth** als Anhänger dieser Strömung genannt. Nach **Cerezo Mir** (2006: 7) finde der Finalismus von **Welzel** aufgrund der Bedeutung, die er durch die finalistische Schule von **Córdoba Roda** und **Suárez Montes** und ihn selbst erhalten hat, im gegenwärtigen Spanien eine größere Aufnahme als in Deutschland. Ebenso eine herausgehobene Bedeutung hätten **Cuello Contreras** und seine Schule. Alles in allem habe sich der Finalismus auch bei wichtigen Fragestellungen durchgesetzt, in der Rechtsprechung des Oberen Gerichtshofes koexistiere die finalistische Schule mit der Schule von **Roxin** (**Cerezo Mir** 2006: 7).

Anders verhalte es sich laut **Cerezo Mir** (2006: 7) mit der Schule von **Jakobs**, welche in Spanien nicht so viel Einfluss wie **Roxin** oder die finalistische Schule hatte. **Cerezo Mir** stellt

[334] Siehe **Welzel**, **Hans**: „La doctrina de la acción finalista hoy", in Anuario de Derecho penal y Ciencias Penales, Bd. XXI, Faszikel II (Mai-August), 1968, S. 221-230. Vgl. **Cerezo Mir** (2009: 212 Fn. 6).

fest, dass der Funktionalismus von **Jakobs** in Spanien eine geringere Ausbreitung geunden habe als in Lateinamerika. Als Anhänger von **Jakobs** hebt er **Manuel Cancio Meliá** und **Enrique Peñaranda** (Universidad Autónoma de Madrid) sowie **Silva Sánchez** (Universidad Pompeu Fabra de Barcelona) hervor. Offensichtlich habe **Cerezo Mir** zufolge der Kausalismus in Spanien nur noch wenig Bedeutung.

4.4.2.2 Die ersten Schritte der deutschen Dogmatik in Lateinamerika

In der neuen Welt entwickelte sich das Strafrecht nicht in allen Ländern gleichmäßig. Während die italienische Strafrechtswissenschaft in den meisten Ländern, insbesondere aber in Argentinien, Uruguay, Kolumbien und Venezuela die Vorrangstellung einnahm, wurden in Mexiko hauptsächlich die spanischen Werke gelesen. In Kuba dagegen, wo neben deutschen, italienischen und französischen insbesondere nordamerikanische Wissenschaften bekannt waren, behielt die spanische strafrechtliche Kultur weiterhin ihre Vorherrschaft. Im Gegensatz dazu hatte die deutsche strafrechtliche Dogmatik in Chile bereits einen höheren Grad an Bekanntheit erlangt (2001: 30). Laut **Jiménez de Asúa** (2001: 30) begünstigten der Fortschritt des Lernens und die Produktion von Bibliographien bezüglich der Dogmatik vorrangig die Staaten mit größerer finanzieller Stabilität. In den Jahren zwischen 1949 und 1950 war der Fortschritt des Strafrechts („Gesetze, Jurisprudenz und bibliographische Doktrin“) hauptsächlich in Argentinien, Brasilien, Kuba und Uruguay feststellbar, wobei die strafrechtlichen Tendenzen dieser Länder auch nicht einheitlich waren (2001: 30).

Unter den Lateinamerikanern, die sich von den deutschen Strafrechtlern beeinflussen ließen, ragt der brasilianische Rechtsprofessor der Universität von Recife **Tobias Barredo** (1839-1889) heraus, welcher mit Hilfe deutscher Bibliographie sehr gute Arbeiten über Strafrecht schrieb (**Jiménez de Asúa** 2001: 20)[335]. Er brachte Kleinzeitungen und u.a. die deutschsprachige Zeitschrift „Deutscher Kämpfer: Literarisches und politisches Zeitungsblatt für die Ausbreitung des Deutschtums in Norden Brasiliens“ (1875) heraus[336]. Ein weiterer Titel ist: „Revista Estudos Alemães: Revista Mensal de Philosophia, Direito, Litetura e Critica” (1880/81) (**Stolleis** 2001: 66).

[335] **Jiménez de Asúa** (2001: 20) weist darauf hin, dass späteren Datums die brasilianischen Strafrechtler **Nelson Hungría** aus Río de Janeiro und **Basileu García** aus San Paulo einige deutsche Autoren in ihren Werken zitieren. Siehe **Hungría**, **Nelson**: A teoría de ação finalística no Direito Penal, Revista Brasileira de Criminalogía e Direito Penal (RDP) 16/7, Río de Janeiro, 1967. Siehe auch **García**, **Basileu**: Instituiçoes de direito penal, Sao Paulo: Max Limonad, 1951-1952.

[336] Vgl. **Stolleis** (2001: 66); **Schmidt** (2009: 44).

Barredo verfolgte die „Idee einer nationalen Erziehung zum Recht und Entwicklung humanistischer Rechtskultur". Er wählte Werke deutscher Philosophen wie **Kant**, **E. Haeckel**, **E. von Hartmann**, **Hermann Post** und **Rudolf von Jhering** aus, um ein „Naturgesetz des Rechts" zu entwickeln, das in seinen Schriften „Escudos de Filososfia"[337] und „Escudos de Direito"[338] zum Ausdruck kam. Sein Ziel war es, zur Schaffung der republikanischen Staatsform in Brasilien und zur Abschaffung der Sklaverei beizutragen (**Stolleis** 2001: 66). Auch **Tobias Barredo** wird die Rezeption der Gedanken von **Jhering** in Brasilien zugeschrieben (**Lloredo Alix** 2007: 215), ohne allerdings Übersetzungen angefertigt zu haben (**Schmidt** 2009: 44). **Barredo** verstand, dass „das Konzept von Strafe nicht juristisch sondern politisch ist (...)". Für ihn sollte, „wer das juristische Fundament der Strafe sucht (...) ebenso, falls er es noch nicht gefunden hat, das rechtliche Fundament des Krieges suchen" (**Zaffaroni** 2002: 52)[339].

In Kuba war in dieser Anfangszeit des Einflusses der deutschen Strafrechtsdogmatik besonders Professor **Guillermo Portela** von Bedeutung. Als Professor der Universität von „La Habana" zitierte er in seinen Strafrechtsvorlesungen (1945-1946)[340] sowohl deutsche als auch italienische und spanische Autoren. Seine systematische Dogmatik basierte im Wesentlichen auf der von **v. Liszt**. Außerdem gründete er in der Jura-Fakultät der „La Habana" eine Professur für Kriminalpolitik (**Jiménez de Asúa** 2001: 20/27).

In Chile erlangte die deutsche Bibliographie u.a dank **Rafael Fontecilla Riquelme** (1889-1976)[341] und **Pedro Ortiz Muñoz** Bekanntheit. Bei **Ortiz Muñoz** ist ein kennzeichnender Einfluss von **v. Liszt** besonders in seinem Werk „Nociones generales del derecho penal" zu

---

[337] **Barreto**, **Tobias**: Ensaios e Estudos de Filosofia e Crítica (Primeira Livração), Recife, Typ, Mercantil, 1875 (2. Aufl. 1889, 3ª Aufl. 1926); Estudos de Filosofia, II Bd., Organização e Apresentação de Paulo Mercadante e Antônio Paim Rio de Janeiro, Instituto Nacional do Livro-MEC, 1966 (2.Aufl. 1977).

[338] **Barreto**, **Tobias**: Estudos de Direito: Rio de Janeiro, 1892 (2. Aufl., Rio de Janeiro, Laemmert, 1889, 3 Aufl., 2 Bd., Rio de Janeiro, Empresa Gráfica Editora de Paulo, Pongetti & C., 1926); Estudos de Direito e Política, Rio de Janeiro, Instituto Nacional do Livro-MEC, 1962.

[339] Laut **Barredo**: „Quem procura o fundamento jurídico da pena deve também procurar, se é que já não encontrou, o fundamento jurídico da guerra, de modo que a pena, antes de jurídico, é um conceito político". Siehe **Barreto**, **Tobias**: Obras completas, Río de Janeiro, Record, Brasilia: Instituto Nacional do Livro/ Ministério da Cultura, Luiz Antônio Barreto (Org.), 1991, 149/151 (o trabalho data de 1886, sendo publicado como apêndice à 2ed. de Menores e Loucos, a 1.ed., Río de Janeiro, 1884 não o inclui).

[340] Siehe **Portela Guillermo**, Derecho Penal: copias de curso, La Habana: Universität, 1945-1946.

[341] Unter den Werken von **Fontecila Riquelme**, siehe: **Fontecila Riquelme**, **Rafael**: La pena, Santiago Cisneros, 1931; Geheimrat, Jahreswerke der Universität von Chile (Erstes Trimester), 1933; El concepto jurídico de delito y sus principales problemas técnicos, Santiago de Chile: Revista de Ciencias Penales, Bd. II, 1936; El juicio penal, Revista de Ciencias Penales, Bd. V, 1941; Concursos de delincuentes, de delitos y de leyes penales y sus principales problemas jurídicos, Santiago: Editorial Jurídica de Chile, 1956.

beobachten, dessen erster Band 1933[342] veröffentlicht wurde (**Jiménez de Asúa** 2001: 20/27). In diesem Werk zitiert **Ortiz Muñoz** sehr oft **v. Liszt** in der Übersetzung, die von **Asúa** veröffentlicht worden war (2001: 20).

In Mexiko hatte **Faustino Ballvé Pallise**[343] (1887-1958) Anteil an der Einführung der deutschen Strafrechtsdogmatik. Er interessierte sich insbesondere für das Studium des Buches „Die Lehre vom Verbrechen" **Belings** (**Jiménez de Asúa** 2001: 21/92). **Ballvés** Verdienst war es, im Jahre 1913 als Erster auf Spanisch mit Klarheit die Verbrechenslehre und die Lehre des Tatbestands[344] von **Beling** dargestellt zu haben (2001: 21). Obwohl **Ballvé** in Barcelona schon 1907 eine Lizenz in Jura erhalten hatte und seit 1910 den Doktortitel trug, verteidigte er im Jahre 1951 in Mexiko erfolgreich seine These „Función de la tipicidad en la dogmática del delito"[345], um auch dort eine Anwaltslizenz zu erhalten. Inhalt dieser These war die Doktrin von **Beling** (**Jiménez de Asúa** 2001: 92). Ein weiterer Verdienst von **Ballvé** ist die Übersetzung des Werkes „Die Rechtwidrigkeit als allgemeingültiges Merkmal im Tatbestand strafbarer Handlungen" des deutschen Rechtswissenschaftlers **Alexander Graf zu Dohna** ins Spanische, die 1959 unter dem Titel „La ilicitud como característica general en el contenido de las acciones punibles: contribución a la doctrina jurídico-penal general"[346] veröffentlicht wurde.

Selbst wenn in den 30er Jahren des 20. Jahrhunderts in Mexiko ein Interesse für die Analyse der Verbrechenslehre aufkam, begann die eigentliche „dogmatische Periode" in diesem Land

---

[342] Siehe **Ortiz Muñoz**, **Pedro**: Nociones generales de derecho penal, Editorial Nascimento, Santiago de Chile: Bd. I, 1933; Bd. II, 1937. Siehe ebenfalls **Ortiz Muñoz**, **Pedro**: Curso breve de derecho penal (común y militar), Vorwort von **Sebastián Soler**, Santiago de Chile: Carabineros, 1947. In letztgenanntem Werk hat **Ortiz** seine Ideen mit mehr eigener terminologischer Originalität versehen. Vgl. **Jiménez de Asúa** (2001: 20).

[343] Der Jurist **Faustino Ballvé** übersetzte die Schrift „Die Lebensanschauungen der großen Denker. Eine Entwicklungsgeschichte des Lebensproblems der Menschheit von Plato bis zur Gegenwart" (Leipzig, Veit & Comp., VIII, 1890) des deutschen Philosophs und Trägers des Literaturnobelpreises **Rudolf Eucken** (1846-1926). Siehe **Eucken**, **Rodolfo**: Los grandes pensadores: su teoría de la vida. Historia de la evolución del problema de la vida de la humanidad desde Platón hasta nuestros días, direkte Uebersetzung aus dem Deutschen von **Faustino Ballvé**, Madrid: Daniel Jorro, 1914.

[344] Siehe **Ballvé Pallis Faustino**, La Teoría jurídica del delito según **Beling**, veröffentlicht in Anales de la Junta para ampliacion de estudios e investigaciones cientificas, Bd. IX, Madrid, 1913. Später reproduziert und vervollständigt zusammen mit einer anderen Arbeit unter dem Titel El delito y el delincuente (Criminalia Mexiko, Juni 1945).

[345] Siehe **Ballvé Pallise**, **Faustino**: Función de la tipicidad en la dogmática del delito, Universidad Nacional Autónoma de México, Fakultät für Rechtswissenschaft, Mexiko, 1951.

[346] Siehe **Graf zu Dohna**, **Alexander**: Die Rechtswidrigkeit als allgemeingültiges Merkmal im Tatbestand strafbarer Handlungen. Habil., Halle an der Saale, 1905; La ilicitud como característica general del contenido de las acciones punibles: contribución a la doctrina jurídico-penal general, Übersetzung von **Faustino Ballvé**, México, Editorial Jurídica Mexicana, 1959.

erst Anfang der 50er Jahre dank der Werke von **Celestino Porte Petit Candaudap**[347] und **Mariano Jiménez Huerta**[348] (1905-1987) (**Moreno Hernández** 2006: 16f.). Beide Juristen standen im Hinblick auf den Verbrechensaufbau unter dem Einfluss der wissenschaftlichen Ideen italienischer, spanischer und deutscher Autoren[349].

Mariano Jiménez Huerta, einer der besten Assistenten des Lehrstuhls von **Jiménez de Asúa** an der Universität von Madrid, ging nach Mexiko ins Exil und übernahm einen Lehrstuhl an der Universidad Nacional (UNAM) dieses Landes (**Jiménez de Asúa** 2001: 54). In 1950 veröffentlichte **Jiménez Huerta** ein Werk mit dem Titel: „Panorama del delito. Nullum crimen sine conducta“[350], welches **Jiménez de Asúa** beeindruckt habe (2001: 54/92f). **Jiménez de Asúa**, der sich ebenfalls im Exil befand, lobte den inhaltlichen Bezug dieses Werkes von **Jiménez Huerta** auf die modernen deutschen (**Mezger** und **Welzel**) sowie italienischen **(Bettiol)** Autoren und stellt **Jiménez Huerta** aufgrund der Deutlichkeit seiner Gedanken „in die erste Reihe der modernen Strafrechtler“[351] **(Jiménez de Asúa** 2001: 54). Laut **Moreno Hernández** (2006: 17) hat Professor **Jiménez Huerta** sein gesamtes Wirken dem mexikanischen Strafrecht gewidmet.

Unter denjenigen, die in ihren Werken die deutsche Strafrechtsdogmatik in Mexiko einführten, ist ebenfalls der Name von **Ricardo Franco Guzmán** aufzuführen. Er schrieb die im Jahre 1950 veröffentlichte Monographie mit dem Titel „Delito y injusto. Formación del concepto de antijuricidad“[352]. Laut **Jiménez de Asúa** (2001: 54-55) habe **Franco Guzmán** sich bei **Beling** inspiriert und das Verbrechen im Sinne von **Mezger** als eine rechtswidrige, tatbestandsmäßige und schuldhafte menschliche Handlung aufgebaut, die durch Strafe sanktioniert werde. In Bezug auf die Tatbestandsmäßigkeit beziehe sich **Franco Guzmán** auf den Gedankengang von **Mayer**, dem zufolge der Tatbestand die Rechtswidrigkeit indiziere.

---

[347] **Porte Petit**, **Celestino**: La importancia de la dogmática jurídico-penal, Mexiko, 1954; Programa de la parte general del derecho penal, Prolog von **Luis Garrido**, Mexiko: Universidad Nacional Autónoma de México, 1958; Dogmática de los tipos contra la vida y la salud, Mexiko: (s.n.), 1959. Apuntamientos de la parte general de Derecho penal, Mexiko: Jurídica Mexicana, 1961.

[348] Siehe **Jiménez Huerta, Mariano**: La antijuricidad, Mexiko, Imprenta Universitaria, 1952; La tipicidad, Mexiko, D.F.: Porrúa, 1955; Corpus delicti y tipo penal, Mexiko: Criminalia. 1956.

[349] Nach **Moreno Hernández** (2006: 17) zeigen sich **Porte Petit** und **Jiménez Huerta** in ihren Abhandlungen zum Verbrechenssystem beeinflusst durch die Gedanken von u.a. **Mezger**, **Bettiol**, **Jiménez de Asúa**, **Anton Oneca**, **Cuello Calón**, **Del Rosal**.

[350] Vgl. **Jiménez Huerta Mariano**, Panorama del delito. Nullum crimen sine conducta, Mexiko, Imprenta Universitaria, 1950.

[351] Diesen Kommentar schreibt **Jiménez de Asúa** (2001: 54) im Zeitraum zwischen 1949 und 1950, als er in Mexiko und anderen hispanoamerikanischen Ländern Strafrecht untersucht.

[352] **Franco Guzmán Ricardo**, Delito e injusto: formación del concepto de antijuridicidad, Mexiko: 1950; La Culpabilidad y su aspecto negativo, in: Criminalia, XXII, 1956; La subjetividad en la ilicitud, Mexiko, José M. Cajica Jr., 1959. Vgl. **Moreno Hernández** (2006: 17 Fn. 113).

Rechtswidrigkeit sei, nach Meinung von **Franco Guzmán**, nicht eine nur für das Strafrecht gültige spezifische Kategorie, sondern betreffe jede Rechtsverletzung. Außerdem äußere er sich gegen die Teilung der Rechtswidrigkeit **v. Liszts** in materielle und formelle Rechtswidrigkeit (**Jiménez de Asúa** 2001: 55).

In Argentinien, wie in der Mehrheit der hispanoamerikanischen Länder, herrschte die italienische Strafrechtswissenschaft. Zu Anfang des 20. Jahrhunderts waren die meisten deutschen Bücher mit Ausnahme der Übersetzungen unbekannt (**Jiménez de Asúa** 2001: 20). Die ersten dogmatischen Autoren in der argentinischen strafrechtlichen Tradition waren **Sebastian Soler**, **Ricardo C. Núñez** und **Carlos Fontán Balestra** (**Zaffaroni** 2002: 106). Diesen Autoren zufolge sei die Dogmatik als Methode in Argentinien in den 40er und 50er Jahren des 20. Jahrhunderts eingeführt worden. Die rechtliche Strafrechtsdogmatik in Argentinien war am Anfang durch **v. Liszt** und **Beling** inspiriert. Später verstärkte **Jiménez de Asúa** den Einfluss von **Mezger** (**Zaffaroni** 2002: 106). Sowohl **Soler** als auch **Fontán Balestra** stützten ihre strafrechtliche Ausrichtung auf die deutsche Dogmatik (**Jiménez de Asúa** 2001: 20), und wichtige Übersetzungen vom Deutschen ins Spanische sind **Fontán Balestra** zu verdanken. Das Werk „Strafprozessrecht“ (1914) von **Beling** wurde dank der Übersetzung von **Ricardo C. Núñez** und **Roberto Goldschmidt**[353] 1943 auf Spanisch veröffentlicht. Zusammen mit **Margarethe Goldschmidt** übersetzte **Ricardo C. Núñez** das Werk „Normativer Schuldbegriff” von **James Goldschmidt**[354] (1874-1949), das im Jahre 1943 von **Núñez** unter dem Titel ”Bosquejo de la culpabilidad“ veröffentlicht wurde.

Jedoch war es dem zwischen 1945 und 1946 veröffentlichten Werk „Derecho penal argentino” (Allgemeiner und Spezieller Teil)[355] von **Sebastián Soler** zu verdanken, dass die in Argentinien vorherrschende „ungerechte Unkenntnis“ bezüglich der deutschen

[353] Siehe **Beling Ernst v.**: Strafprozeßrecht, 5. Band der Enzyklopädie der Rechtswissenschaft (begründet von Franz von Holzendorf), 7. Auflage, herausgeg. von Josef Kohler, Berlin, 1914. Vgl. **Mohnhaupt Heinz**, Rechtsgeschichte in den beiden deutschen Staaten: (1988-1990), Beispiele, Parallelen, Positionen, Frankfurt am Main, Klostermann, 1991, S. 553. Siehe den spanischen Titel der Übersetzung des Werkes von **Beling**: Derecho procesal penal, Übersetzung von **Ricardo C. Núñez** und **Roberto Goldschmidt**, Imprenta de la Universidad de Córdoba (Argentinien), 1943. Vgl. **Frank Armin Paul** (Hrsg.), Übersetzen, verstehen, Brücken bauen: geisteswissenschaftliches und literarisches Übersetzen im internationalen Kulturaustausch, Berlin: Schmidt, II. Bd., 1993, S. 314f.

[354] **Goldschmid**, **James Paul**: Normativer Schuldbegriff, in: Festgabe für **Reinhard von Frank** zum 70. Geburtstag, Bd. 1, Tübingen: Mohr, 1930, S. 428-468; Vom selben Autor nennt sich dieses Werk in Spanisch: La concepción normativa de la culpabilidad: Appendix mit der Übersetzung der Artikel und Gesetze und Projekte, die im Text zitiert wurden, Übersetzung [des deutschen Originals] von **Margarethe Goldschmidt** und **Ricardo C. Núñez**, Buenos Aires: Depalma, XXXII, 1943. Vgl. **Parma**, **Carlos**: Culpabilidad: Lineamientos para su estudio, Mendoza, Ediciones Jurídicas Cuyo, 1997, S. 194.

[355] Siehe **Soler Sebastián**, Argentinisches Strafrecht (Allgemeiner und Spezieller Teil), in fünf Bänden, Buenos Aires: La Ley, 1945-1946.

dogmatischen Werke gebrochen wurde (**Jiménez de Asúa** 2001: 20). **Soler** fundierte sein fünfbändiges Werk auf der deutschen Strafrechtsdogmatik, insbesondere auf den Werken von **Binding**, **Mayer**[356], **Beling** und **Frank** (**Jiménez de Asúa** 2001: 20). Auch ist **Soler** das Verdienst zuzuschreiben, die „Grundzüge des Strafrechts" (11. Ausgabe) und die „Die Lehre vom Tatbestand" von **Beling**[357] übersetzt zu haben. Die Übersetzung dieser beiden Werke basierte auf den originalen deutschen Auflagen des Jahres 1930. 1944 wurden beide Werke in Buenos Aires in einem einzigen Buch veröffentlicht. Außerdem hat **Soler** es übernommen, das Werk „Über den Aufbau des Schuldbegriffs" (1907)[358] von **Reinhard Frank** (1860-1934) zu übersetzen, das 1966 in Santiago de Chile veröffentlicht wurde.

Der Argentinier **Carlos Fóntan Balestra**[359] stand ebenfalls unter unter dem deutlichen Einfluss der deutschen Strafrechtler (**Jiménez de Asúa** 2001: 21). Er übersetzte zusammen mit **Eduardo Friker** zwei wichtige Werke von **Hans Welzel**: Im Jahre 1951 wurde die Übersetzung von „Um die finale Handlungslehre"[360] veröffentlicht, 1956 folgte die Übersetzung von „Das deutsche Strafrecht"[361]. Beide Werke erschienen in Buenos Aires. Schon 1958 wurde die Übersetzung des Werkes „Der Aufbau der Verbrecherlehre" von **Alexander Graf Zu Dohna**[362] durch **Fóntan Balestra** und **Eduardo Friker** veröffentlicht.

---

[356] **Legaz Lacambra** ist die Übersetzung des Werkes „Filosofía del Derecho" von **Max Ernst Mayer** zuzuschreiben. Siehe: **Mayer**, **Max Ernst**, Rechtsphilosophie, 2. unveränd. Aufl., Berlin: Springer, 1926; Filosofía del derecho, 2. Aufl., traducción por Luis Legaz Lacambra, Barcelona: Labor, 1937.

[357] **Beling Ernst von**: Grundzüge des Strafrechts (Mit einer Einleitung zur Bearbeitung von Strafrechtsfällen), 11. Neubearb. Auflage, Tübingen: J.C.B: Mohr, 1930; Die Lehre vom Tatbestand, Tübingen: J.C.B. Mohr, 1930. Siehe auf Spanisch: **Beling**, **von Erns**: Esquema de Derecho Penal/La Doctrina del Delito-Tipo, Übersetzung von **Sebastián Soler**, Editorial Depalma, Buenos Aires, 1944. Vgl. **Beling von Ernst**, Esquena del Derecho Penal y la Doctrina del Delito-Tipo. Übersetzung von **Sebastián Soler**, Oberes Justizgericht des Bundesstaatlichen Bezirks, Mexiko, 2003.

[358] Siehe **Reinhard**, **Frank**: Über den Aufbau des Schuldbegriffs (1907), Berlin: BWV, Berliner Wiss.-Verl., XXI, **2009**; Estructura del concepto de culpabilidad, Übersetzung von **Sebastián Soler**, Santiago: Publicaciones del Seminario de derecho penal, Universität von Chile, 1966.

[359] Siehe **Fontán Ballestra**, **Carlos**: Derecho penal. Introducción y parte general, 2. Aufl., Arayú, Buenos Aires 1953; Manual de derecho penal, Spezieller Teil, Arayú, Buenos Aires, Bd. I (1951); Bd. II (1955). Vgl. **Jiménez de Asúa** (2001: 27 Fn. 40).

[360] **Welzel**, **Hans**: Um die finale Handlungslehre: Eine Auseinandersetzung mit ihren Kritiken, Tübinger, Mohr 1949; La teoría de la acción finalista, Übersetzung von **Carlos Fontán Balestra** und **Eduardo Friker,** Buenos Aires, Depalma, 1951. Vgl. **Jiménez de Asúa** (2001: 27 Fn. 41).

[361] **Welzel**, **Hans**: **Das deutsche Strafrecht**: Eine systematische Darstellung [Der erste Teil des Buches ist zugleich d. 14. erw. Aufl. von Der allgemeine Teil des deutschen Strafrechts in seinen Grundzügen], 4. Aufl., Berlin: de Gruyter, XII, 1954. Dieses Werk nennt sich in Spanisch Derecho Penal Alemán: Allgemeiner Teil, Übersetzung (4. Aufl.) von **Carlos Fontán Ballestra** und **Eduardo Friker**, Buenos Aires: Depalma, XXI, 1956.

[362] **Graf Zu Dohna**, **Alexander**: Der Aufbau der Verbrechenslehre, 4., durchges. Auflage Bonn: Röhrscheid, 1950; La estructura de la teoría del delito, Übersetzung der vierten deutschen Auflage von **Carlos Fontán Balestra** unter Mithilfe von **Eduardo Friker**, Buenos Aires: Abeledo-Perrot, 1958.

Ein Jahr später folgte die Übersetzung der Arbeit „Probleme des Freispruchs beim Morde" von **Hans von Hentig**[363] durch die gleichen Autoren.

Als letzter der Gruppe von Autoren, in deren Werken das Interesse für die deutsche Strafrechtsdogmatik zum Ausdruck kam, sei **Jorge Frías Caballero** genannt. Obgleich er in seinem ersten Buch[364] der italienischen, technischen, rechtlichen Bibliographie gefolgt war, hatte er sich dank des Unterrichts seines Lehrers **Jiménez de Asúa**[365] zu Gunsten des deutschen dogmatischen Systems entschieden (**Jiménez de Asúa** 2001: 21). Laut **Bacigalupo** (2005a:IV) sei **Frías Caballero** nicht nur in Bezug auf die Begabung eines „brillianten Redners" seinem Lehrer gefolgt, sondern habe sich von allen Schülern am konsequentesten an dessen neukantianische Konzeptionen gehalten.

4.4.2.3 **Jiménez de Asúas** Rolle in der historischen Übertragung

Im Prozess der Rezeption der deutschen Strafrechtsdogmatik in Lateinamerika und insbesondere in Argentinien ist der Name des Professors **Jiménez de Asúa** besonders erwähnenswert. Er ging 1939 während der Diktatur von **Franco** nach Argentinien ins Exil, wo er dank der Hilfe von Professor **José Peco** seine Lehrtätigkeit an der „Universidad Nacional de La Plata" fortsetzen konnte (**Naharro** 1991: 113)[366]. Besagtes Universitätszentrum ernannte **Asúa** im Jahre 1940 zum außerordentlichen Professor und Direktor des Instituts für Strafrecht.

Während seiner Arbeit an der Universität von „La Plata" bildete **Jiménez de Asúa** drei zukünftige Professoren in Strafrecht aus: **Jorge Frías Caballero**, **Samuel Dayen** und **Carlos Gallino Yanzi** (**Naharro** 1991: 113). Parallel zu seiner akademischen Tätigkeit veröffentlichte **Asúa** seit 1940 seine systematischen Arbeiten über „Psicoanalisis criminal"[367], im Jahre 1945 das Werk „La Ley y el Delito"[368] und 1946 seine Untersuchungen über

---

[363] Siehe **Henting**, **Hans von**: Probleme des Freispruchs beim Morde, Tübingen, Mohr (Siebeck) 1957. Im Spanischen unter dem Namen: Problemas de la absolución en el asesinato, Übersetzung von **Carlos Fontán Balestra** und **Eduardo Friker**, Buenos Aires: Abeledo-Perrrot, Kop., 1959.

[364] Siehe **Frías Caballero**, **Jorge**: El proceso ejecutivo del delito: notas de dogmática jurdica en torno del art. 42 del Código Penal, Prolog von **Luis Jiménez de Asúa**, Buenos Aires: Librería Jurídica Valerio Abeledo, 1944; die zweite Auflage dieses Buches nennt sich: El proceso ejecutivo del delito, ensayo de dogmática jurídica sobre el art. 42 del C. Penal, 2. Aufl., Bibliográfica Argentina, Buenos Aires, 1956.

[365] Siehe unter den Werken von **Frías Caballero**, **Jorge**: La acción material constitutiva del delito de hurto, Buenos Aires: Abeledo-Perrot, 1962; Temas de derecho penal, Buenos Aires: La Ley, 1970.

[366] **José Peco** verzichtete solidarisch auf den Posten des Direktors des Instituts für Strafrecht der Universität von la Plata, damit **Jiménez von Asúa** ihn besetzen konnte; bekannt als ein Mann, der an die Demokratie glaubte, verblieb er an der Universität von La Plata und unterrichtete als Professor für Strafrecht (**Naharro** 1991: 113). Vgl. **Bacigalupo** (2005a:IV).

[367] Siehe **Jiménez de Asúa**: Psicoanálisis criminal, Buenos Aires: Losada, cop. 1940 (5te. Auflage 1959).

[368] Siehe **Jiménez de Asúa**: La Ley y el delito: curso de dogmática penal, Caracas: Andrés Bello cop. 1945.

vergleichendes Strafrecht in einer Studie mit dem Titel: „Códigos Penales Iberoamericanos"[369]. Seine Arbeit an der Universität von La Plata erreichte ihren Höhepunkt 1946, als **Asúa** sich durch seine Amtsniederlegung mit einer von **José Peco** geleiteten Gruppe von Professoren der Universität von La Plata solidarisierte, die ihrerseits ihre Lehrtätigkeit aus Protest gegen die Universitätsmaßnahmen der Regierung von **Perón** aufgegeben hatten[370] (**Bacigalupo** 2005a: V).

Von 1946 bis 1955 verblieb **Jiménez de Asúa** außerhalb der „Universidad Argentina" und begann mit der Redaktion der fünf Bände seines Lehrbuchs zum Strafrecht (**Bacigalupo** 2005a: V). 1950 wurden die ersten zwei Bände[371], 1951 der dritte Band[372], 1952 der vierte[373] und 1956 der fünfte[374] veröffentlicht. Laut **Muñoz Conde** (2004: 11) verbreitete sich der Einfluss der deutschen Strafrechtswissenschaft schnell in ganz Lateinamerika. Dies sei insbesondere **Luis Jiménez de Asúas** Arbeit und seinem Strafrechtslehrbuch zu verdanken. **Jimenez de Asúa** habe sich überwiegend auf das Lehrbuch von **Edmund Mezger** und die dogmatischen und kriminalpolitischen Beiträgen seines Berliner Professors **Franz von Liszt** gestützt.

Im Jahr 1958 bekam **Jiménez de Asúa** eine Anstellung an der Universität von Buenos Aires, schon wenig später wurde er mit der Leitung des Instituts für Strafrecht und Kriminologie beauftragt (**Binder** 1995: 606f.). Während seiner Zeit als Institutsleiter hat er zusätzlich zu regelmäßiger Seminartätigkeit einen Spezialisierungskurs in Strafrecht eingeführt und mit der Veröffentlichung der Studien über Strafrecht und Kriminologie begonnen (Band I, 1961; Band II, 1963; Band III, 1966)[375], worin ein großer Teil der täglichen Arbeit des Instituts bestand[376] (**Bacigalupo** 2005a:IXf.). Im Jahr 1960 organisierte **Jiménez de Asúa** an der

---

[369] Siehe **Jiménez de Asúa**, Códigos Penales Iberoamerianos según los textos oficiales/Studie zur vergleichenden Gesetzgebung von **Luis Jiménez de Asúa**; Ordnung der Texte und analytischen Vokabeln durch **Francisco Carsi Zacarés**, Caracas: Andrés Bello, 1946.

[370] Vgl. **Naharro** (1991: 113).

[371] **Jiménez de Asúa**, **Luis**: Tratado de Derecho Penal, Bd. I, Concepto del derecho penal y de la criminología, historia y legislación penal comparada, Buenos Aires: Losada, cop., 1950.

[372] **Jiménez de Asúa**, **Luis**: Tratado de derecho penal, Bd. 3, Die Straftat. Teil 1, Buenos Aires, Losada, cop., 1951.

[373] **Jiménez de Asúa Luis**, Tratado de derecho penal, Bd. 4, Die Straftat. Teil 2, Die Gründe der Rechtfertigung (Las causas de justificación), Buenos Aires: Losada, cop., 1952.

[374] **Jiménez de Asúa Luis**, Tratado de derecho penal, Bd. 5, Die Schuld, Buenos Aires: Losada, cop., 1956.

[375] **Jiménez de Asúa**: Estudios de derecho penal y criminalogía, Buenos Aires: Bibliográfica Omeba, 1961-1965.

[376] Der argentinische Professor **Baigún** (**Binder** 1995: 604) schildert wie im Jahre 1959, unter dem Einfluss von **Jiménez de Asúa**, an der Universität von Buenos Aires ein Seminar über das „Strafrecht der Zukunft" abgehalten wird. In diesem Seminar, so **Baigún**, wurde auf eine aus heutiger Sicht abolisionistische Art und Weise über die Probleme der Verbindung zwischen den Gesellschaftsformen, dem Staat und dem Strafrecht gesprochen.

Universität von Buenos Aires „Außerordentliche Strafrechtstagungen“. An diesen nahm auch **Maurach** teil, der von **Jiménez de Asúas**’ Schüler **Baigún** persönlich betreut wurde. Weitere Teilnehmer der Tagung waren **Quintano Ripollés**, **Bettiol**, **Marc Ancel** sowie **Novoa Monreal** und andere angesehene Strafrechtler aus Lateinamerika und Europa (**Bacigalupo** 2005a:X; **Binder** 1995: 607).

Jiménez de Asúa habe, so **Binder** (1995: 609), ebenfalls unter Beweis gestellt, dass er ein erstklassiger Lehrer und Erzieher von neuen Juristen auf dem Gebiet des Strafrechts war. Unter denen, die an seiner Seite im Institut für Strafrecht und Kriminologie gearbeitet hatten, ragen die Namen von **Enrique Bacigalupo**, **Norberto Spolansky**, **Gladys Romero**, **Eugenio Raúl Zaffaroni**, **Andrés Dalessio**, **Enrqiue Paixao**, **Leopoldo Schiffrin**, **Esteban Righi**, **David Baigún**, **Ulrich Rentsch**, **Carlos Tozzini** und **Juan José Ávila** heraus (**Bacigalupo** 2005a: X). Jedoch wurden die Bemühungen von **Jiménez de Asúa**, eine Diskussion, Untersuchungen und Veröffentlichungen zur deutschen und italienischen Strafrechtsdogmatik der Gegenwart zu fördern, 1966 durch einen Militärputsch in Argentinien beendet (**Bacigalupo** 2005a:XIIIf.).

Dank der direkten Vereinbarung zwischen **Jiménez de Asúa** und einem der Besitzer der Zeitschrift „La Ley” **Jerónimo Remorino**[377], konnte im Jahre 1968 die „Revista de Derecho Penal y Criminalogía” gegründet werden (**Binder** 1995: 613). Laut **Baigún**[378] (**Binder** 1995: 613f.) bot diese Zeitschrift der ursprünglichen Schülergruppe seines Instituts der Universidad von Buenos Aires die Möglichkeit der Veröffentlichung eigener Beiträge und eines Diskussionsforums sowie Verbindung zum Ausland. Aber die „Lebenszeit“ der deutlich gegen das Militärregime gerichteten Zeitschrift war nur sehr kurz (**Binder** 1995: 613). Laut **Baigún** (**Binder** 1995: 613) verzichtete **Jiménez de Asúa** auf eine weitere Mitarbeit an der Zeitschrift „Revista de derecho penal y Criminalogía”, weil er seine Kritik am Militärregime in Argentinien und insbesondere an dessen Entwicklung des Strafrechts nicht aufgeben

[377] In 1935 haben **Leonidas Anastasi**, **Jerónimo Remorino** und **Roberto Fraga Patrao** eine Tageszeitung erworben – welche bis dorthin nur Versteigerungen und Edikte einschlossen hatte und sich am Ende desselben Jahres unter der Leitung von **Anastasi** in die Zeitschrift „Revista Jurídica Argentina La Ley“ verwandelte. **Jiménez de Asúa** (2001: 35) erklärt mit Blick auf den Zeitraum zwischen 1949-1950, dass die Zeitschrift „La Ley“ keine auf das Strafrecht spezialisierte Veröffentlichung gewesen sei, jedoch Urteile und dogmatische Artikel dieser Disziplin gedruckt habe. In 1949 gibt **Jiménez de Asúa** der „Revista La Ley“ zwei seiner Beiträge zur Veröffentlichung: „Historia del derecho de asilo y El asilo diplomático“, Band 53 (Januar-Februar-März) 1949, S. 824-835 und S. 906-918. Und „La clasificación de los delitos por su gravedad y las contravenciones o faltas“, 11. Oktober und 8. November, 1949.

[378] **David Baigún** (**Binder** 1995: 606) war im Zeitraum von 1958 bis 1966 Mitarbeiter des Professors **Luis Jiménez de Asúa** im Institut für Strafrecht und Kriminologie der Fakultät für Recht und Sozialwissenschaft der Universität von Buenos Aires. **Baigún** arbeitete mit **Jiménez de Asúa** als Teilnehmer einer Dozentenlaufbahn, welche erlaubt, nach fünf Jahren akademischer Arbeit einen Lehrstuhl zu erwerben.

wollte. Nach **Remorinos** Tod legten die neuen Direktoren der Zeitschrift „La Ley" **Jiménez de Asúa** nahe, seine regierungskritischen Töne zu mäßigen, die nicht der politischen Richtung ihrer Zeitschrift entsprächen. Nach dem Rücktritt von **Jiménez de Asúa** nahmen **La Plaza** und **Fontán Balestra** den Betrieb der Zeitschrift „Revista de derecho penal y Criminalogía" wieder auf. Von beiden sowie von **Sebastian Soler** distanzierte sich **Jiménez de Asúa**, weil sie eine Haltung von klarer Zusammenarbeit mit dem Militärregime zeigten (**Binder** 1995: 614f.).

Wenngleich **Jiménez de Asúa** dem Finalismus gegenüber eine kritische Haltung einnahm, entmutigte er seine Schüler, nicht diesem zu folgen (**Binder** 1995: 612). Zum Beispiel hat **Jiménez de Asúa** seinem wichtigsten, am Finalismus orientierten Schüler **Bacigalupo** dabei geholfen, in Kontakt mit **Welzel** zu treten (**Binder** 1995: 612). **Jiménez de Asúa** hatte 1965, fünf Jahre vor seinem Tod, festgestellt, dass er kein bedingungsloser Anhänger des Systems von **Welzel** sei, aber anders als noch fünfzehn Jahre zuvor auch kein Gegner dieses Systems sein müsse (**Bacigalupo** 2005a:XI**)**. Und im Prolog seines Lehrbuchs vom 25. April 1965 warnte er davor, dass „jeder Wissenschaftler aufhört, ein Wissenschaftler zu sein, wenn er sich in seine Doktrinen verliebt und sie als unveränderlich hält. (...) Vielmehr sind Berichtigung und Fortschritt das Recht und die Pflicht eines jeden Menschen, der sich der noblen geistigen Aufgabe widmet" (**Jiménez de Asúa** 1965) [379].

4.4.2.4 Die Anfänge der finalen Handlungslehre in Lateinamerika

Laut **Bacigalupo** (2005:XVIf.) wird die gesamte spanischsprachige Strafrechtsdogmatik vom Ansatz **Jimenez de Asúas**, den er in seinem Werk „La Teoría Jurídica del Delito" (1931) formulierte, schon zehn Jahre nach dessen Erscheinen dominiert[380]. Im Anschluss an die Übersetzung des Werkes von **Welzel** „Das deutsche Strafrecht" (1954), das 1956 in Buenos Aires erschien, und des Werks von **Graf zu Dohna** „Der Aufbau der Verbrechenslehre" (1950), ebenfalls 1958 durch **Carlos Fontán Balestra** und **Eduardo Friker** in Buenos Aires veröffentlicht, kam es zu einer Erneuerung der Verbrechenslehre.

Zum Ende der 60er Jahre wurde der Finalismus zunächst von Professor **Juan Bustos Ramírez**[381] in Chile, Professor **Enrique Bacigalupo**[382] in Argentinien und später Professor

[379] Siehe **Jiménez de Asúa**: Tratado de derecho penal, Bd. III, Das Verbrechen, 3. Aufl., Buenos Aires: Losada, cop., Prolog, 1965. Vgl. **Bacigalupo** (2005:XVIII).
[380] Vgl. **Ambos** (2006a: 469).
[381] **Bustos Ramírez, Juan**: Culpa y finalidad (Los delitos culposos y la teoría final de la acción), Chile: Juridica de Chile, 1967.

Moisés Moreno Hernández[383] in Mexiko eingeführt. Diese waren allesamt Studenten bei **Hans Welzel** an der Universität von Bonn gewesen und galten als einige der Hauptfiguren der Rezeption des Finalismus (**Ambos** 2006a: 469)[384]. Die eigentliche Verbreitung von **Welzels** Denken in Argentinien erfolgte, so **Baigún** (**Binder** 1995: 612), 1970 durch die Übersetzung der elften Ausgabe von „Das deutsche Strafrecht" (1969)[385] durch **Juan Bustos Ramírez** und **Sergio Yáñez Pérez**.

Und in Mexiko wurde laut **Moreno Hernández** (2006: 16) der Einfluss des Finalismus Mitte der 70er Jahre des 20. Jahrhunderts mit der Übersetzung von „Das deutsche Strafrecht"[386] von **Welzel** durch **Carlos Fontán Balestra** und **Eduardo Friker** (1956) u.a. wahrnehmbar. Weitere wichtige Werke, die übersetzt wurden, waren: „Das neue Bild des Strafrechtssystems: Eine Einführung in die finale Handlungslehre" (1961)[387] von **Welzel** durch **Cerezo Mir** (1964) übersetzt, „Zum gegenwärtigen Stand der Lehre des Verbrechens" (1955)[388] von **Gallas** durch **Córdoba Roda** (1959) übersetzt, „Deutsches Strafrecht – Allgemeiner Teil"[389] von **Maurach** (1954) durch **Córdoba Roda** (1962) übersetzt. Übertragungen neuerer Werke sind u.a.: „Strafrecht. Allgemeiner Teil I, Die Straftat" (1976)[390] von **Stratenwerth** durch

---

[382] **Bacigalupo**, **Enrique**: La noción de autor en el Código Penal, Buenos Aires: Abeledo-Pierrot, 1965; Lineamientos de la teoría del delito, 2te. Aufl., Buenos Aires: Hammurabi, 1986 (1. Aufl. 1974). Gemeinsam mit **Garzón Valdés** hat **Bacigalupo** 1977 das Werk „Lebendiges und Totes in Bindings Normentheorie" von **Armin Kaufmann** übersetzt. Siehe **Kaufmann, Armin:** Lebendiges und Totes in Bindings Normentheorie: Normlogik u. moderne Strafrechtsdogmatik, Göttingen: Schwartz 1954; Teoría de las normas. Fundamentos de la Dogmática penal moderna, übersetzt von **Enrique Bacigalupo** und **Ernesto Garzón Valdés**, Buenos Aires: Depalma, 1977.

[383] Siehe **Moreno Hernández**, **Moises**:Aplicación de la teoría de la acción finalista al Código penal veracruzano (Diplomarbeit, 1971); Der finale Handlungsbegriff und das mexikanische Strafrecht, Bonn, Univ., Diss., 1977; Consideraciones dogmáticas y político criminales sobre la culpabilidad, in: El poder penal del Estado. Festschrift für Hilde Kaufmann, Depalma, Buenos Aires, 1985; Sobre el estado actual de la dogmática penal jurídico penal mexicana. Hacia una mayor vinculación entre dogmática penal y política criminal, in: Criminalia, Jahr LVIII, Nr. 3, México, 1992, S. 33-86; Ontologismo o normativismo como base de la dogmática penal y de la política criminal, in: Modernas tendencias en la ciencia del derecho penal y en la criminología, Congreso Internacional Facultad de Derecho de la Uned, Madrid, 2000, S. 579 ff.; El ontologismo de Welzel y sus implicaciones en la política criminal Latinoamericana, in: Jakobs/ Schünemann/ Moreno/ Zaffaroni (Hrsg.): Fundamentos de la Dogmática penal y de la Política criminal (Ontologismo y Normativismo), Ed. Jus Poenale, CEPOLCRIM, México, 2002, S. 131 ff.; El ontologismo de Welzel como fundamento de la dogmática penal y de la política criminal, in: Problemas Capitales del Moderno Derecho Penal, Ed. Jus Poenale, CEPOLCRIM, México, 2005, S. 187ff.

[384] Vgl. **Velásquez** (2004: 3).

[385] **Welzel**, **Hans**: Das deutsche Strafrecht: Eine systematische Darstellung, [Der 1. Teil d. Buches ist zugleich d. 14. erw. Aufl. von Der allgemeine Teil des deutschen Strafrechts in seinen Grundzügen], 11. neubearbeitete und erweiterte Aufl., Berlin: de Gruyter, XV, 1969; Derecho Penal Alemán: Parte general, Übersetzung (11. Aufl.) von **Juan Bustos Ramírez** und **Segio Yáñez Pérez**, Santiago de Chile: Ed. Jurídica de Chile, cop. 1970.

[386] Siehe Fn. 361.

[387] Siehe Fn. 331.

[388] Siehe Fn. 328.

[389] Siehe Fn. 328.

[390] Siehe **Stratenwerth**, **Günter*:*** Strafrecht, Allgemeiner Teil I, Die Straftat, 2. neubearb. Aufl. Köln: Heymanns, 1976 (3. Aufl. 1981, 4. völlig neu bearb. Aufl. Köln: Heymanns, 2000). Die zweite Auflage

Gladys Romero (1982) übersetzt, die vierte Auflage dieses Werks wurde 2005 von **Cancio Meliá**[391] und **Sancinetti** übersetzt. Die Überarbeitung des Allgemeinen Teils des Lehrbuchs von **Maurach** durch **Heinz Zipf** und **Karl Heinz Gössel**[392] wurde durch **Jorge Bofill Genzsch** und **Enrique Aimone Gibson** 1995 übersetzt.

Die Übersetzungen und das Interesse an **Welzels** systematischen Gedanken und rechtsphilosophischen Überlegungen vertieften die Rezeption. Laut **Sancinetti** (1998: 16) waren **Eugenio Raúl Zaffaroni** und **Enrique Bacigalupo** die ersten in Argentinien, die den Finalismus vertraten. Von **Raúl Zaffaroni** wurde das auf der Lehre der finalistischen Aktion basierende Lehrbuch 1980-1983[393] in fünf Bänden, von **Enrique Bacigalupos** „Lineamento de la teoría del delito“[394] veröffentlicht. Von diesen Werken ging großer Einfluss auf ganz Lateinamerika aus[395]. In Argentinien hat auch **Eduardo Alberto Donna** auf der Grundlage der finalen Handlungslehre sein Werk „Teoría del Delito y la Pena“[396] veröffentlicht (**Cerezo**

---

wurde von **Gladys Romero** im Jahr 1982 und die vierte Auflage anno 2000 von **Melia** und **Sancinetti** ins Spanische übersetzt. Siehe **Stratenwerth**, **Günter**: Derecho Penal, Parte General, Bd. I, El hecho punible, Übersetzung von **Gladys Romero,** 2. Auflage 1976, Madrid: Edersa, 1982; Derecho Penal, Parte General, Bd. I, El hecho punible, traducción de **Manuel Cancio Meliá, Marcelo A. Sancinetti**, Thomson-Civitas, D.L., 2005. Siehe auch **Stratenwerth**, **Günter**: Die Zukunft des strafrechtlichen Schuldprinzips, Heidelberg: C. F. Müller, 1977; El futuro del principio jurídico penal de culpabilidad, Übersetzt von **Enrique Bacigalupo** unter der Mitwirkung von **Agustín Zugaldía Espinal,** Madrid: Instituto de Criminología de la Universidad Complutense, 1980. Sowie „Was leistet die Lehre von den Strafzwecken?“ (1995) von **Stratenwerth** durch **Patricia Ziffer** (1996) übersetzt. Siehe **Stratenwerth**, **Günter*:*** Was leistet die Lehre von den Strafzwecken? (Überarbeitete Fassung eines Vortrages, gehalten vor der Juristischen Gesellschaft zu Berlin am 19. Oktober 1994), Berlin; New York , de Gruyter, 1995; ¿Qué aporta la teoría de los fines de la pena?, Übersetzung von **Patricia Ziffer,** Bogótá, Universidad Externado de Colombia, Centro de Investigaciones de Derecho Penal y Filosofía del Derecho, 1996.

391 Siehe ebenfalls **Hirsch**, **Hans Joachim**: Die Stellung von Rechtfertigung und Entschuldigung im Verbrechenssystem aus deutscher Sicht, in: **A. Eser**/**W. Perron** (Hrsg.), Rechtfertigung und Entschuldigung III. Deutsch-italienisch-portugiesisch-spanisches Strafrechtskolloquium 1990, Freiburg 1991, S. 27-54; La posición de la justificación y de la exculpación en la teoría del delito desde la perspectiva alemana, Übersetzung von **Manuel Cancio Meliá,** Bogotá: Universidad Externado de Colombia, Centro de Investigaciones de Derecho Penal y Filosofía del Derecho, 1996.

392 **Maurach**, **Reinhart**: **Strafrecht**, Allgemeiner Teil : ein Lehrbuch (Fortgef. von Karl Heinz Gössel und Heinz Zipf) **Maurach**/**Gössel**/**Zipf**, Strafrecht, Allgemeiner Teil, Erscheinungsformen des Verbrechens und Rechtsfolgen der Tat, Bd. II, 7. Aufl., 1989; Derecho penal. Parte general. Formas de aparición del delito y las consecuencias jurídicas del hecho, aktualisiert durch **Karl Heinz Gössel** und **Heinz Zipf;** Übersetzung der siebten deutschen Auflage durch **Jorge Bofill Genzsch** und **Enrique Aimone Gibson,** Buenos Aires: Astrea de Alfredo y Ricardo Depalma, 1995.

393 **Zaffaroni**, **Eugenio Raúl**: Tratado de derecho penal. Parte general, Buenos Aires: EDIAR, 5 Bd., 1980-1983.

394 **Bacigalupo**, **Enrique**: Lineamientos de la teoría del delito, Buenos Aires: Hammurabi, 2. Aufl., 1986 (1. Aufl. 1974).

395 Vgl. **Ambos** (2006a: 469), in Mexiko **Moreno Hernández** (2006: 16), in Argentinian **Baigún** (**Binder** 1995: 620).

396 **Donna**, **Edgardo Alberto**: Teoría del delito y de la pena. Teoría de la pena y la culpabiliad, T.1, Buenos Aires: Astrea y Ricardo Depalma, 1992; Teoría del delito y de la pena. Imputación delictiva, T.2, Buenos Aires: Astrea y Ricardo Depalma, 1995; Derecho Penal (Parte General). Fundamentos, Teoria de la ley penal, Bd. I, Editorial Rubinzal-Culzoni, 2006.

Mir 2009: 213). Von **Enrique Cury**[397] und **Luis Cousiño Mac Iver**[398] erschienen „ausgezeichnete Lehrbücher" zum Allgemeinen Teil in Chile (**Cerezo Mir** 2009: 213). In Peru wurde von **Felipe Villavicencio Terreros** sein „Lecciones de Derecho Penal, Parte General"[399] herausgegeben (**Cerezo Mir** 2009: 213). In Ecuador hat **Alfonso Zambrano Pasquel** u.a. „Derecho penal, Parte general"[400] herausgegeben (**Cerezo Mir** 2009: 213). In Brasilien publizierte **Luiz Regis Prado** u.a. einen „Curso de Direito Penal Brasileiro"[401], **Heleno Claudio Fragoso**[402] publizierte „Liçoes de Direito Penal", **Luiz Luisi** „O tipo penal, a teoria finalista e a nova legislação penal"[403] sowie **João Mestieri** den „Curso de Direito Criminal"[404] (**Cerezo Mir** 2009: 213; **Ambos** 2006a: 469).

4.5 Zwischenfazit

Kapitel 4 hat die Komplexität der deutschen Strafrechtswissenschaft in ihrer historischen Entwicklung aufgezeigt. Hierbei wurde deutlich, dass von der Vielzahl verschiedener Ansätze deutscher Dogmatik im zeitlichen Verlauf letztlich nicht alle Ideen tatsächlich in Spanien und Lateinamerika rezipiert wurden. Vielmehr sind es insbesondere die mit den zentralen Evolutionsstufen der Verbrechenslehre verbundenen elementaren Grundbegriffe, die im Mittelpunkt des Übertragungsprozesses standen. Herausgestellt seien an dieser Stelle nochmals explizit **Liszts** und **Belings** systematischer Verbrechensaufbau, dessen Modifizierung durch die neoklassische Integration des subjektiven Tatbestands und der Neudefinition von Schuld als Vorwerfbarkeit ebenso wie **Welzels** Zuordnung des Vorsatzes zum Tatbestand.

Ohne die wiederholt herausgestellte, aus der Übertragung dieser elementaren Grundbegriffe resultierende Verbindung zwischen Deutschland, Spanien und schließlich Lateinamerika dürfte sich die im weiteren Verlauf zu besprechende Übertragung der funktionalen Strafrechtstheorie in zweierlei Hinsicht schwieriger gestaltet haben. Zum einen würde der

---

397 **Cury**, **Urzúa Enrique**: **Derecho penal. Parte general,** Santiago: Universidad Católica de Chile, 7. Aufl., 2005**; Orientación para el estudio de la teoría del delito,** Valparaiso: EDEVAL, 1969.

398 **Cousiño Mac Iver**, **Luis**: Derecho penal chileno. Parte general**,** Santiago de (Chile): Editorial Jurídica de Chile, 1975-1992 [Bd. I (1975), Bd. II (1979), Bd. 3 (1992)].

399 **Villavicencio Terreros**, **Felipe**: Lecciones de derecho penal**.** Parte general**,** Cultural Cuzco editores, Lima 1990.

400 **Zambrano Pasquel**, **Alfonso**: Derecho Penal Parte General., 3. Aufl., ARA Editores E.I.R.L., Perú, 2006.

401 **Prado**, **Luiz Regis**: Curso de Direito Penal Brasileiro, parte geral, Bd. I, 3. Aufl., São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2002.

402 **Fragoso**, **Heleno Cláudio**: Lições de Direito Penal**.** Parte Geral**,** José Bushatsky**,** Rio de Janeiro**,** 1976 (2. Aufl. 1977).

403 **Luisi**, **Luiz**: O Tipo penal, a teoria finalista e a nova legislação penal, Porto Alegre, Fabris, 2. Aufl., 1987.

404 **Mestieri**, **João**: Curso de direito criminal: parte especial, Rio de Janeiro: Alba, 1970.

Übertragung ein grundlegendes, inhaltliches Fundament fehlen. Andererseits ist zu bezweifeln, dass ohne das „traditionelle“ Interesse in Spanien und Lateinamerika am deutschen Strafrecht **Jakobs und Roxin** mit ihren Ideen ein derart große Resonanz gefunden hätten.

Mit Blick auf die Übertragung sei an dieser Stelle ebenfalls noch einmal die besondere Bedeutung der Beeinflussung des als wesentlich geltenden Rezipienten **Jiménez de Asúa** durch **Krauses** Philosophie und die Besserungstheorie dessen Schülers **Röder** herausgestellt. Zudem war **Jiménez de Asúa** Schüler von **Liszt**. Aus dieser Verbindung resultierte die lange Zeit geltende kausalistische Orientierung lateinamerikanischen Strafrechtsdenkens, welche dann überwiegend durch die Übersetzungen von **Welzels** Systemdenken durch finalistische Grundzüge abgelöst wurde. Neben der grundlegenden Wegbereitung dürfte der Finalismus noch einen darüber hinausgehenden indirekten „Beitrag“ zur Rezeption von **Jakobs** und **Roxin** in Lateinamerika geleistet haben, weil Letztere Lösungen für im Finalismus unbeantwortet gebliebene verbrechenssystematische Fragestellungen bietet.

Kapitel 5. Die funktionalistischen Systeme von Roxin und Jakobs und ihre Übertragung nach Lateinamerika

In Kapitel 5 werden mit dem Funktionalismus die aktuellste Weiterentwicklung deutscher Strafrechtsdogmatik und die damit verbundene, umfangreiche Rezeption in Spanien und Lateinamerika vorgestellt. Hierdurch wird die letzte und unmittelbare Grundlage für das Verständnis der Übertragung des Feindstrafrechts nach Lateinamerika gelegt. Im Mittelpunkt des zunächst von **Roxin** und später auch von **Jakobs** vertretenen, funktionalen Strafrechtsansatzes steht die funktionale Auslegung der grundlegenden Begriffe des Allgemeinen Teils. In diesem Zusammenhang wird einerseits gezeigt werden, inwieweit und in welchen Punkten sich der Funktionalismus vom finalistischen Verständnis abwendet; andererseits sollen auch die innerhalb des Funktionalismus vorhandenen Unterschiede zwischen **Roxins** kriminalpolitisch zweckrationalem und **Jakobs**' auf die gesellschaftliche Normbefolgung ausgerichtetem funktionalen Denken erörtert werden. Mit Blick auf Letzteres wird darüber hinaus zu zeigen sein, dass **Jakobs**' Bürger- zwar deutlich von seinem Feindstrafrecht abzugrenzen ist, beide Ansätze jedoch in vielerlei Hinsicht auf dieselben Grundlagen zurückgreifen.

5.1 Roxins Ausrichtung des Strafrechtsystems an der Kriminalpolitik

In den 1970er Jahren wurde in Deutschland „der Positivismus **v. Liszt'scher** Prägung und die ontologisierende Strafrechtsdogmatik der Finalisten" durch den Strafrechtswissenschaftler **Claus Roxin** in Frage gestellt (**Lesch** 1999: 166). Innerhalb eines Jahrzehnts setzte sich sein zweckrationales Systemdenken durch und bewirkte eine radikale Veränderung des Strafrechtssytems (**Schünemann** 1984: 51). Dieses theoretische Konzept, dessen wichtigster Repräsentant neben **Claus Roxin** ab 1976 **Günther Jakobs** war, entwickelte sich seit seiner Entstehung in zwei verschiedene Richtungen (**Moreno Hernández** 2001: 69; **Schneider** 2004: 18f.).

Eine dieser Richtungen beruht auf **Roxins** Idee, das Strafrecht an kriminalpolitischen Gesichtspunkten zu orientieren, welche er erstmals in seiner 1970 erschienenen Schrift „Kriminalpolitik und Strafrechtssystem"[405] darstellte. Für **Lesch** (1999: 166) ist **Roxin** damit „der Pionier der heute prosperierenden, am Strafzweck orientierten, sog. »teleologischen«,

[405] Siehe **Roxin**, **Claus**: Kriminalpolitik und Strafrechtssystem (Vortr. am 13. Mai 1970), Berlin: de Gruyter, 1970.

»funktionalen« bzw. »zweckrationalen« Straftatsystematik". Vor der Publikation seines Lehrbuchs „Strafrecht Allgemeiner Teil"[406] (1992) und seines Artikels „Zur kriminalpolitischen Fundierung des Strafrechtssystems"[407] (1998) hatte **Roxin** sein zweckrational-funktionales Denken in mehreren Werken vertieft dargestellt (**Moreno Hernández** 2001: 71). **Roxins** Neuorientierung der systembildenden Elemente an kriminalpolitischen Aufgaben wurde vor allem von seinen Schülern **Schünemann**, **Rudolphi** und **Wolter** weitergeführt und gefördert[408] (**Schneider** 2004: 229).

5.1.1 Kritik am Strafrechtssystem

Das von **Roxin** geforderte zweckrationale oder funktionale Strafrechtssystem wendet sich gegen die ontologischen Überlegungen **Welzels**, die den Gesetzgeber und die Strafrechtswissenschaft an die sachlogischen Strukturen des Finalismus binden, und baut auf dem „Neukantianismus" auf (**Moreno Hernandez** 2001: 72; **Schünemann** 1984: 51)[409]. **Roxin** kritisiert **Welzels**[410] (1975: 346) Auslegung der sachlogischen Strukturen als „bleibende Strukturen", seiner Meinung nach sei der Gesetzgeber „in seinen Begriffsbildungen und Regelungen" absolut frei (**Roxin** 1962: 523). Wie **Roxin** (1970: 13) erklärt, habe die Handlungs- und Tatbestandslehre des Finalismus eine Nähe zu wirklichem Geschehen und sozialer Realität hergestellt, jedoch durch die angewandte axiomatische Methode ein System geschaffen, bei dem ein vorrechtlich verstandener Handlungsbegriff Grundlage sei. Zwar unterscheide sich **Welzels** Theorie von der klassischen, positivistischen Dreiteilung des Verbrechensbegriffs, sie eigne sich jedoch nicht dazu, eine kriminalpolitische Zwecksetzung in die Dogmatik zu integrieren (**Roxin** 1970: 14).

Die neuere Dogmatik der gegenwärtigen Verbrechenslehre halte sich, so **Roxin** (2006: 204f. Rn. 23), noch überwiegend an Vorgaben des neoklassischen und finalistischen Systems. Der

---

[406] Siehe **Roxin Claus**: Strafrecht**.** Allgemeiner Teil, Bd. 1: Grundlagen, der Aufbau der Verbrechenslehre, München: Beck, 1992 (2. Aufl. 1994, 3. Aufl. 1997, 4. Aufl. 2006).

[407] Siehe **Roxin Claus**: Zur kriminalpolitischen Fundierung des Strafrechtssystems. Internationale Perspektiven in Kriminologie und Strafrecht, in: der Festschrift für Günther Kaiser zum 70. Geburtstag (hrsg. von Hans-Jörg Albrecht, Frieder Dünkel, Hans-Jürgen Kerner, Josef Kürzinger, Heinz Schöch, Klaus Sessar und Bernhard Villmow), Berlin: Verlag Duncker & Humblot, 1998, S. 885-896.

[408] Vgl. **Roxin** (2006: 206 Fn. 45).

[409] Die sich an den Werten einer Kultur orientierende neukantianische Philosophie war in der neoklassischen Verbrechenslehre der Zwischenkriegszeit entwickelt und während des Zweiten Weltkrieges vergessen worden (**Roxin** 2006: 206 Rn. 27). Den Schwerpunkt der Fortentwicklung des Neukantianismus sah **Roxin** (2006: 206 Rn. 27) in der Ersetzung der Ausrichtung an Kulturwerten durch einen spezifisch strafrechtlichen Systematisierungsmaßstab.

[410] Nach **Welzel** (1975: 346) sei es entscheidend, „daß die Behauptung vom Bestehen bleibender Strukturen (sachlogischer Strukturen), an die auch der Gesetzgeber gebunden ist und die er nicht ändern kann, eine der Grundthesen der finalen Handlungslehre ist".

Wert- und Zweckgedanke des neoklassischen Systems bleibe erhalten und werde mit Elementen der finalen Handlungslehre, insbesondere der Integration des Vorsatzes in den Tatbestand, kombiniert. Letzteres werde damit begründet, dass der Sinn einer Tatbestandshandlung ohne den Vorsatz nicht erfasst werden könne. Unrecht werde hierbei im neoklassischen Sinne als „Sozialschädlichkeit" aufgefasst und bedeute ein „Unwerturteil über die Tat", während die Schuld im Sinne von Vorwerfbarkeit eher ein „Unwerturteil über den Täter" ausspreche. Schuld drücke demzufolge eher einen Gesinnungsunwert aus (**Roxin** 2006: 205 Rn. 25).

Die Einwände **Roxins** mit Blick auf den Verbrechensaufbau richten sich nicht gegen dessen „eigentlichen systematischen Ansatz", sondern gegen dessen „tiefe Verwurzelung in der positivistischen Denkweise", wie sie seit **v. Liszts** Werk zum Verbrechensaufbau erkennbar sei (**Moreno Hernández** 2001: 72). Alle drei Systeme – das klassische, das neoklassische und das finalistische – haben den objektiven Tatbestand auf die „naturwissenschaftliche bzw. logische Kategorie der Kausalität" reduziert. Mit dem zweckrationalen Ansatz wird eine andere Kategorie eingeführt, nämlich ein „Regelwerk", das sich an rechtlichen Werten orientiert (**Roxin** 2006: 206 Rd.28). Die Zielsetzung besteht darin, eine Synthese zwischen „rechtlicher Gebundenheit und kriminalpolitischer Zweckmäßigkeit" herzustellen, welche der „dialektischen Einheit" von Rechts- und Sozialstaat entsprechen solle[411] (**Roxin** 1970: 10).

5.1.2 Die Bedeutung der Strafrechtsdogmatik bei **Roxin**

Roxin (1970: 5f.) stellt die Frage nach der „praktischen Leistungsfähigkeit" der Kategorien des Deliktaufbaus. Er wirft die Frage auf, in welchem Verhältnis „gelehrter Aufwand" und „praktischer Ertrag" eigentlich zueinander stehen, und sieht hier eine der Quellen der Forderung nach einem größeren Anteil kriminologischer und kriminalpolitischer Forschung (1970: 4). Die Antwort könne, so **Roxin** (1970: 6), allerdings nicht zu Gunsten eines Verzichts auf die Verbrechenslehre und einer Ausrichtung an „individuelle(r) Wertung" ausfallen. Eher gelte es, dogmatische Fehlentwicklungen zu korrigieren, die, wie **Roxin** (1970: 7) meint, vor allem im Erbe des Positivismus zu sehen seien. Kennzeichnend für den Positivismus sei eine Konzentration auf rein juristische Fragen, wobei die soziale und politische Sphäre ignoriert werde. Dies führe nach Ansicht von **Roxin** (1970: 7) zur „Entgegensetzung von Strafrecht und Kriminalpolitik". Die Rechtswissenschaft sei diesem Verständnis folgend für die Schaffung positiv-rechtlicher Regelungen und Systematisierungen

[411] Vgl. **Schneider** (2004: 231).

verantwortlich, während die Kriminalpolitik die soziale Komponente und den Zweck des Strafrechts betreffe (**Roxin** 1970: 7).

Für **Roxin** (1970: 40) sind Strafrecht und Kriminalpolitik allerdings keineswegs als gegensätzlich anzusehen, vielmehr sei das Strafrecht „die Form, in der kriminalpolitische Zielsetzungen in den Modus des rechtlichen Geltens überführt werden". Es ergebe sich die Notwendigkeit, das Deliktssystem (Handlung, Tatbestandsmäßigkeit, Rechtswidrigkeit und Schuld) von der Seite der teleologischen Perspektive aufzustellen, indem wertende kriminalpolitische Elemente in die Hierarchie des Delikts miteinbezogen werden (**Roxin** 2006: 196f. Rn. 4/222 Rn. 59). Die „inneren Zusammenhänge eines Rechtsgebiets, die ja nur im Normativen liegen können", werden so durch ein teleologisches System deutlicher hervorgehoben als durch eines, das von Abstraktionen geleitet wird[412] (**Roxin** 1970: 40). Nach **Roxin** (1970: 8) „gilt es auch im Strafrecht zu erkennen, daß (...) kriminalpolitische Probleme den eigentlichen Inhalt auch der allgemeinen Verbrechenslehre ausmachen", und deshalb müsse den „kriminalpolitischen Wertungen in den Allgemeinen Teil des Strafrechts Eingang verschafft" werden[413] (1970: 9).

5.1.3 Neuformulierung des Strafzwecks

Im Rahmen der von **Roxin** hergestellten Verbindung des Strafrechts mit der Kriminalpolitik habe die Vergeltungstheorie[414] „in einem säkularisierten Rechtsstaat keinen legitimen Platz"[415]. Sie sei nach Auffassung **Roxins**[416], so **Schneider** (2004: 237), „wissenschaftlich unhaltbar und kriminalpolitisch schädlich"[417], denn von ihr führe kein Weg zu einer effektiven Verbrechensverhütung. Ein Strafvollzug, der kriminelles Verhalten korrigieren soll, benötige theoretische und praktische Kriterien für die Resozialisierung der Täter. Der Vergeltungsansatz könne in dieser Hinsicht keinen Beitrag leisten, er gründe nur auf unwissenschaftlichen Vermutungen (**Schneider** 2004: 237). Da die Aufgabe des Strafrecht darin bestehe, die Freiheit der Gesellschaft und des Individuums zu schützen, müsse sich laut

[412] Vgl. **Moreno Hernández** (2001: 71).
[413] Vgl. **Lesch** (1999: 167).
[414] Nach **Lesch** (1999: 166) stehe **Roxin**, „was die Strafzwecke angeht (...) jedoch nicht in der Tradition **Hegels**, sondern in derjenigen **Hobbes'**, **Feuerbachs** und **v. Liszts**, die das Strafrecht ausschließlich in den Dienst der Verbrechensbekämpfung gestellt und auf diese Weise für die Polizeifunktion des Staates instrumentalisiert haben".
[415] Vgl. **Schneider** (2004: 237).
[416] Siehe **Roxin** (1973: 317).
[417] Siehe **Roxin** (1973: 316f.).

Roxin auch die Strafe präventiv an dieser Zwecksetzung orientieren und dadurch legitimiert werden (**Schneider** 2004: 237). **Roxin** (2006: 91 Rn. 48) führt dazu aus:

> „Der moderne Staat hat kein Recht, auf Grund philosophischer oder religiöser Auffassungen in die Freiheit seiner Bürger einzugreifen. Vielmehr wird das Strafrecht der Zukunft, indem es Postulate der Aufklärung unter den Bedingungen einer völlig veränderten Welt fortführt, immer mehr zu einem völlig säkularisierten Steuerungsinstrument mit dem Ziel, Friedenssicherung, Daseinsvorsorge und Wahrung der Bürgerfreiheit zu einer Synthese zu bringen."

Mit Blick auf den Strafzweck ist **Roxin** in der Tradition der Straftheorien **Feuerbachs** und **v. Liszts** zu sehen, allerdings versuchte er deren einseitige Anwendung der Dogmatik durch eine „dialektische Vereinigungslehre"[418] zu überwinden (**Lesch** 1999: 166). Zweck der Strafe sei hier eine Verbindung von positiver und negativer General- und Spezialprävention, die jedoch nicht unverbunden parallel existieren, sondern konzeptionell in eine wechselseitige Beziehung gestellt werden sollten (**Schneider** 2004: 237)[419]. Für **Roxin** solle das Hauptgewicht dabei einerseits auf der positiven Generalprävention liegen. Von deren drei Komponenten „Normanerkennung", aus tatsächlicher Rechtsdurchsetzung resultierendes Vertrauen, und „Integrationsprävention" hebt er Letztere hervor, da er diese mit der "Einwirkung auf das »allgemeine Rechtsbewusstsein« verbindet". Im Rahmen der positiven Spezialprävention wiederum stehe der Resozialisierungsgedanke im Mittelpunkt. Positive General- und Spezialprävention können gemeinsam, aber auch einzeln die Strafe legitimieren (**Schneider** 2004: 237f.)[420].

5.1.4 Aufbau von **Roxins** teleologisch-kriminalpolitischem System

Roxin orientiert sich bei der Formulierung seines zweckrationalen Strafrechts an den Aufgaben des modernen Rechtsstaats. Ihm zufolge sei der Staat lediglich dazu berechtigt, „den einzelnen vor Übergriffen anderer in seine Persönlichkeitssphäre" zu schützen sowie für die Möglichkeit einer freien Entfaltung der Persönlichkeit zu sorgen. Strikt abzulehnen sei eine Bevormundung mit Moralvorstellungen von Seiten des Staates, insbesondere wenn diese lediglich die Meinung einer gesellschaftlichen Minderheit repräsentieren (**Schneider** 2004: 233). Nach **Roxin** werde somit dem Bürger eine größere Rechtssicherheit und Gewissheit gegeben, und das Strafrecht erfülle die Aufgabe des Schutzes der Rechtsgüter. Rechtsgüter

---

[418] Siehe **Roxin** (2006: 85 Rn. 36).

[419] **Lesch** (1999: 166f.) schreibt, dass **Roxin** Zweckmäßigkeit und Sachgerechtigkeit staatlichen Strafens ohne weiteres mit Kriminalpolitik (Verbrechensbekämpfung) identifiziere: Strafrechtliche Teleologie und spezial- oder generalpräventive Notwendigkeit seien für **Roxin** das Gleiche.

[420] Siehe **Roxin** (1997: 54ff.).

seien „alle Gegebenheiten oder Zwecksetzungen (...), die für die freie Entfaltung des Einzelnen, die Verwirklichung seiner Grundrechte und das Funktionieren eines auf dieser Zielvorstellung aufbauenden staatlichen Systems notwendig sind“ (**Roxin** 2006: 16 Rn. 7). Die Zwecksetzung, die das Strafrecht leitet, solle mit den Zielen der Kriminalpolitik übereinstimmen. „Jede Fallkonstellation (werde) auf den Zweck des Gesetzes zurückbezogen“, und die Voraussetzungen der Strafbarkeit müssten sich an den Zwecken des Strafrechts orientieren (2006: 221f. Rn.59). Die einer Wertung und Zielsetzung durch die Kriminalpolitik unterliegenden Deliktkategorien nach **Roxin** werden im Folgenden als Stufen des Verbrechensaufbaus und Voraussetzungen des Strafrechts dargestellt.

5.1.4.1 Die Handlung

Roxin (2006: 256 Rn. 44) versteht die Handlung als alles, „was sich einem Menschen als seelisch-geistiges Aktionszentrum zuordnen lässt“ im Sinne einer „Persönlichkeitsäußerung“. **Roxins** (2006: 257 Rn. 46) personale Auffassung der Handlung lässt sich, wie er selbst meint, mit der „selbständige(n) Weiterentwicklung des Gedankens der personalen Zurechenbarkeit“ durch **Rudolphi**[421] und der „Personale(n) Handlungslehre“, die im Jahre 1966 von **Arthur Kaufmann**[422] entworfen wurde, vergleichen.

Der Begriff der Handlung als „Persönlichkeitsäußerung“ ist als grundlegendes Element zweckvoll, da er alle Erscheinungsformen deliktischen Verhaltens beinhaltet, d.h. vorsätzliche und fahrlässige Handlungen ebenso wie Unterlassungshandlungen. In dieser Definition der Handlung als Persönlichkeitsäußerung verbinden sich subjektive Zielvorstellungen mit objektiv erzeugten Wirkungen und Bewertungen auf persönlicher, sozialer bzw. rechtlicher Grundlage, welche erst durch ihre Kombination den Gehalt ihrer Bedeutung erfüllen (**Roxin** 2006: 259 Rn. 51).

Demzufolge definiert **Roxin** (2006: 270 Rn.74) Handlung, anders als im natürlichen und finalen Sinne, in einem normativen Verständnis. Normativ ist dieser Handlungsbegriff deswegen, weil „das Kriterium der Persönlichkeitsäußerung von vorneherein den entscheidenden Wertungsaspekt bezeichnet, auf den es (...) bei der Handlungsprüfung rechtlich ankommt“, und weil er im Grenzfall „auf eine diesem Wertungsgesichtspunkt entsprechende rechtliche Entscheidung abstellt“ (**Roxin** 2006: 270 Rn.74). Im Unterschied zu den meisten anderen Handlungsbegriffen könne der personale Handlungsbegriff jede

[421] Vgl. dazu **Rudolphi**, **Hans-Joachim**: ZStW 85 (1973), S. 104-127; **Schneider** (2004: 263ff.).
[422] Vgl. dazu **Kaufmann** (1966: 79ff.); Vgl. **Schneider** (2004: 262).

Erscheinungsform deliktischen Verhaltens angemessen abbilden, ohne dabei „vergewaltigen(d)“ „die begriffliche Gemeinsamkeit in der Einheit des sachlichen Substrats (...) zu suchen“ (**Roxin** 2006: 270f. Rn. 75).

5.1.4.2 Der Tatbestand

Nach **Roxin** (2006: 223 Rn. 61) werde im Tatbestand der Regelfall der Strafbarkeit einer Handlung unabhängig von der Person des konkreten Täters und der jeweiligen Handlungssituation definiert. Ein bestimmtes Verhalten wird in einen Straftatbestand aufgenommen, um durch die Strafandrohung eine „Unterlassung“ des beschriebenen Verhaltens bzw. bei Unterlassungsdelikten die Durchführung der erwarteten Handlung zu bewirken. Diese abstrakte Strafandrohung unterliege dem kriminalpolitischen Zweck der Generalprävention, der Staatsbürger solle zum ordnungsgemäßen Handeln veranlasst werden (**Roxin** 2006: 223 Rn. 61).

Die präventive Zielsetzung mache zweierlei Schritte erforderlich: Zum einen sei jeder Tatbestand teleologisch auszulegen, um die durch das Gesetz missbilligten Verhaltensweisen komplett zu beschreiben und dadurch einen lückenlosen generalpräventiven Motivationseffekt zu erzeugen (**Roxin** 2006: 223 Rn. 62). Zum anderen verlange eine möglichst effektive Generalprävention auch einen exakten und wortgetreuen Gesetzestext nach dem Grundprinzip „nullum crimen sine lege“ (**Roxin** 2006: 223 Rn. 62).

Da sich infolge der Anerkennung subjektiver Tatbestandsmerkmale die Unterscheidung von objektivem und subjektivem Tatbestand in der deutschen Strafrechtswissenschaft manifestiert habe, folgt auch **Roxin** (2006: 305f. Rn. 53) in seinem Werk dieser begrifflichen Differenzierung. Trotz dieser definitorischen Trennung sieht er die beiden Merkmale des Tatbestands aber eng miteinander verbunden, weil die „Tatbestandshandlung eine Einheit innerer und äußerer Faktoren bildet“, und deswegen nicht zerrissen werden dürfe (2006: 305f. Rn. 53).

Bestandteile des objektiven Tatbestands seien immer die „Nennung eines Deliktsubjekts, einer Tatbestandshandlung und in der Regel auch die Beschreibung des verpönten Erfolges“ (**Roxin** 2006: 306 Rn. 54). Nach **Roxin** (2006: 307 Rn. 55) müsse deswegen im Allgemeinen Teil des StGB begründet werden, wie die Beziehung zwischen Deliktssubjekt und Erfolg beschaffen sein soll. Die Grundlage für die Zurechnung zum objektiven Tatbestand stelle die kausale Verknüpfung zwischen Täter und Erfolg dar (**Roxin** 2006: 349 Rn. 1). Entsprechend sieht **Roxin** (2006: 307 Rn. 55) die Zurechnung zum objektiven Tatbestand als „die

Festlegung der Voraussetzungen, unter denen ein Erfolg als Werk eines bestimmten Täters angesehen werden darf“. Ein sog. „schlichtes Tätigkeitsdelikt“ benötigt keinen Erfolg, um den Tatbestand zu erfüllen. Beispiele hierfür sind der Meineid (§ 154 StGB) und der Hausfriedensbruch (§ 123 StGB) (2006: 349 Rn. 1). Bei Begehungsdelikten ist eine objektive Zurechnung unmöglich, „wenn der Täter den Erfolg nicht verursacht hat“ (2006: 349 Rn. 1). Entsprechend gelte, basierend auf der hier fundamentalen Lehre vom Kausalzusammenhang: „Erste Voraussetzung der Tatbestandserfüllung ist immer, dass der Täter den Erfolg verursacht hat“ (2006: 349 Rn. 1). Allerdings könne die Zurechnung darüber hinaus auch dann entfallen, wenn der Täter beispielsweise den Erfolg verursacht habe, dieses aber nur auf reinem Zufall beruhe. Deutlich sei damit, dass eine Zurechnung zum objektiven Tatbestand immer zwei aufeinanderfolgende Phasen beinhalten müsse: Zunächst sei die Lehre vom Kausalzusammenhang abzubilden, um in einem zweiten Schritt die verbleibenden Voraussetzungen der Zurechnung zu behandeln (2006: 349f. Rn. 1).

Roxin hatte seine Gedanken zur objektiven Zurechnung schon 1970 in der Festschrift für **Honig**[423] (**Frisch** 2001: 213ff.) formuliert und damit die Grundlage zur Verbreitung dieser Lehre gelegt. Die einflussreiche Dogmatik konzentriere sich bei Falllösungen von Vorsatzdelikten nicht mehr auf die Behandlung des Vorsatzes, vielmehr würden die Vorsatzprobleme als Teil des objektiven Tatbestands gesehen. Diese Entwicklungslinie reicht über **Honigs** Auffassung von 1930 bis zur Imputationslehre der Naturrechtphilosophie **Samuel Pufendorfs** zurück (**Schneider** 2004: 271). Auch **Kuhlen** (2001: 331) hält die Lehre der objektiven Zurechnung für einen großen Fortschritt in der Strafrechtdogmatik, der zum großen Teil **Roxin** zu verdanken sei. Zu der als anerkanntes Prinzip in der Strafrechtswissenschaft geltenden Lehre schreibt er: „Die objektive Zurechnung wird ganz überwiegend als Problem der Tatbestandslehre, des näheren als objektive Tatbestandsvoraussetzung des Erfolgsdelikts aufgefaßt“ (**Kuhlen** 2001: 331).

In der Zeit des „klassischen Verbrechenssystems“ von **Liszt** und **Beling** zu Beginn des 20. Jahrhunderts haben nur objektive Merkmale zum Tatbestand gehört (**Roxin** 2006: 201 Rn. 15/309 Rn. 61). **Belings** Lehre von der Objektivität des Tatbestands kam jedoch im Laufe der Zeit durch die Einsicht ins Wanken, dass oftmals nicht erst die Schuld, „sondern schon das Unrecht der Tat von der Willensrichtung des Täters – also von subjektiven, innerseelischen Momenten“ – abhänge (2006: 283 Rn. 8). Einen subjektiven Rechtfertigungsgrund stelle zum Beispiel der Verteidigungswille in Notwehrsituationen dar (2006: 283 Rn. 8). Im weiteren

[423] Siehe **Roxin** (1970: 133ff.).

Verlauf sei schnell deutlich geworden, dass auch mit Blick auf den Tatbestand nicht immer auf „subjektive Kriterien (...) verzichtet werden“ könne, damit im Tatbestand die für ein Verbrechen typischen Merkmale nach **Beling** umfassend wiedergegeben werden (2006: 283 Rn. 8). Die Lehre von den subjektiven Tatbestandsmerkmalen habe sich daher schon um 1930 durchgesetzt und gelte heute im deutschen Strafrecht als unbestritten. Nach gegenwärtigem Verständnis setzt sich der subjektive Tatbestand „(...) aus dem Vorsatz und ggf. aus zum Vorsatz hinzutretenden weiteren subjektiven Tatbestandsmerkmalen“ zusammen (**Roxin** 2006: 309f. Rn. 61). Bei historischer Betrachtung seien auf dem Weg zu diesem Verständnis zunächst die subjektiven Elemente des Unrechts als Tatbestandskomponenten zur Anerkennung gelangt. Erst beeinflusst durch die finale Handlungslehre sei im Anschluss daran der zunächst als reine Schuldform geltende Vorsatz dem Tatbestand zugeordnet worden (2006: 309f. Rn. 61).

5.1.4.3 Das Unrecht

Mit der dritten der hier dargestellten, grundlegenden Kategorien des Systems von **Roxin** (2006: 224 Rn. 64) werden tatbestandsmäßige Handlungen unter Berücksichtigung der genauen Situation nach den Kriterien „erlaubt oder verboten“ beurteilt. Folglich bewertet und trennt das Unrechtsurteil legales und illegales Verhalten und schreibt den Bürgern ein Verhalten gemäß den Regeln des Strafrechts vor (2006: 207 Rn. 28).

Roxin (2006: 224 Rn. 64) hält den Begriff Unrecht an Stelle von Rechtswidrigkeit für angemessener, weil Ersterer Handlung und Tatbestand beinhalte und damit „strafrechtliches Unrecht“ abbilde und Letztere nicht nur eine Kategorie des Strafrechts, sondern der Gesamtrechsordnung sei. Nach **Roxin** (2006: 224 Rn. 65) hat die Beurteilung einer Handlung als Unrecht bei kriminalpolitscher Betrachtung drei Funktionen:

Erstens stellt das Unrecht den Tatbestand in einen sozialen Zusammenhang und bewertet den Interessenkonflikt unter dem Aspekt des Verboten- und Erlaubtseins: „Wer bei einem solchen Interessenkonflikt in ein tatbestandlich geschütztes Rechtsgut eingreift, ohne durch einen Rechtfertigungsgrund gedeckt zu sein, begeht Unrecht“ (**Roxin** 2006: 224 Rn. 66). Hier ist der Unrechtsbegriff weniger abstrakt als der des Tatbestands, die Strafbarkeit eines sozialschädlichen Verhaltens wird klar bestimmt und entspricht kriminalpolitischer Wertsetzung. Im Fall des Interessensausgleichs bedeutet die „strafrechtliche Entlastung des einen eine strafrechtliche Belastung des anderen“. Gegensätzliche Interessen haben z.B.

„Angreifer und Verteidiger“, der „strafverfolgende Staat und der in Verdacht geratene Bürger (§ 127 StPO)“ (2006: 224 Rn. 66).

Zweitens dient der Unrechtsbegriff als Anknüpfungspunkt für kriminalpolitische Sanktionen (**Roxin** 2006: 225 Rn. 67). Weil ein Unrecht in materiellem Sinne die konkrete und unannehmbare Sozialschädlichkeit eines Verhaltens darstelle, reiche die „fortdauernde Gefährlichkeit des Täters“ aus, „um bessernde oder sichernde Maßregeln“ durch den Staat zu initiieren (2006: 225 Rn. 67). Die zum Unrecht hinzukommende Gefährlichkeit erfordert erstmals in der Unrechtslehre auch spezialpräventive Bewertungen (2006: 225 Rn. 67).

Drittens beachte das Strafrecht im Zuge der Bewertung von Unrecht, durch die Anerkennung von Rechtfertigungsgründen jeglicher Form aus der gesamten Rechtsordnung, die Interessen der übrigen Gebiete des Rechts, was eine einheitliche und widerspruchsfreie Rechtsordnung ermögliche (**Roxin** 2006: 225 Rn. 68).

5.1.4.4 Die Verantwortlichkeit des Täters

Als weitere Komponente seines zweckrationalen Ansatzes baut **Roxin** (2006: 207 Rn. 29) den Schuldbegriff als „strafauslösende persönliche »Verantwortlichkeit« des Täters“ aus. Neben der Schuld im Sinne der „unerlässlichen Bedingung jeder Strafe“ umfasse diese Verantwortlichkeit auch den präventiven Bedarf einer Strafsanktion (2006: 207 Rn. 29). **Roxin** stellt heraus, dass es bei der Verantwortlichkeit keineswegs um die Entscheidung zwischen „Recht oder Unrecht“, sondern vielmehr um die kriminalpolitische Bewertung einer vorliegenden oder nicht vorliegenden Strafbarkeit gehe (**Roxin** 2006: 207 Rn. 29). Entsprechend betreffe diese Deliktkategorie im kriminalpolitischen Sinne nicht die „Tat“, sondern den „Täter“, weil dessen individuelle Strafbedürftigkeit im Mittelpunkt des Interesses stehe (2006: 227 Rn. 72).

Insgesamt behalte **Roxin** unter der Kategorie Verantwortlichkeit die Interpretation des Schuldbegriffs als „Vorwerfbarkeit“ bei, die Prävention diene als „Leitwert (...) hier nur zur Feineinstellung des Normalitätskriteriums“ und verweise „auf eine Ergänzungsfunktion bei der näheren Ausgestaltung der herkömmlich sog. Schuldausschließungsgründe(n)“ (**Schünemann** 1984: 50). Von besonderer Bedeutung sei laut **Schünemann** (1984: 47f.) **Roxins** Ausrichtung der Schuld am präventiven Bedürfnis einer Strafe, da ein Schuldausschluss nicht mehr „an die Unmöglichkeit des Andershandeln(s)“ gebunden sei, sondern „an den Fortfall eines general- oder spezialpräventiven Strafbedürfnisses“. Dies betrifft sowohl den entschuldigenden Notstand nach § 35 StGB als auch den Notwehrexzess

nach § 33 StGB, bei denen ein psychischer Notstand ein Andershandeln unmöglich macht. Dies wird nicht als relevant für den Verzicht auf Bestrafung angesehen, vielmehr wird eine Drucksituation danach bewertet, ob ein Bedarf an Prävention besteht (**Schünemann** 1984: 48).

5.2 Die funktionale Strafrechtstheorie Günther Jakobs'

Neben **Roxins** zweckrationalem Strafrechtssystem führte **Günter Jakobs** mit seiner Schrift „Schuld und Prävention" aus dem Jahre 1976 eine zweite Richtung des Funktionalismus ein (**Schneider** 2004: 19). **Jakobs** sieht den strafrechtlichen Funktionalismus als eine Lehre, in der das Strafrecht „auf die Garantie der normativen Identität, auf die Garantie der Verfassung, der Gesellschaft ausgerichtet" ist (**Jakobs** 1995: 843)[424].

5.2.1 Das Strafrecht als Teil der Gesellschaft

Jakobs' funktionalistische Theorie des Strafrechts ist auf die Gesellschaft ausgerichtet (**Jakobs** 1995: 844). Da das Rechtssystem und demzufolge auch die Lösung gesellschaftlicher Probleme mit Hilfe des Strafrechts ein Teil der Gesellschaft seien, sei es unmöglich, „Gesellschaft und Strafrecht auseinanderzureißen" (1995: 846). Trotz **Jakobs**' (1995: 843f.) Abgrenzung seines Ansatzes von **Luhmanns** Systemtheorie[425] definiert er Gesellschaft in deren Sinne: Funktionen, zu verstehen als Leistungen, dienen der Stabilisierung eines Systems. Die Leistung des Strafrechts bestehe in der Bestätigung von gesellschaftlichen Normen, die für die Identität der Gesellschaft bestimmend seien. Um die Normen der Gesellschaft zu festigen, definiere das Strafrecht einen Widerspruch gegen sie als „fehlerhafte

[424] Nach der Veröffentlichung der Grundzüge seiner funktionalen Schuldlehre anno 1976 (Schuld und Prävention) – entwickelte **Jakobs** den funktionalen Ansatz kontinuierlich weiter und übertrug ihn in Aufsätzen und Monographien auf weitere Bereiche der Dogmatik des Allgemeinen Teils (z.B. auf den Täterbegriff). Unabhängig von **Jakobs** und **Roxin** wird der funktionale Zugang auch von **Wolfgang Frisch**, einem Freiburger Strafrechtswissenschaftler, gewählt (**Schneider** 2004: 19).

[425] **Jakobs** (1995: 843) stellt in diesem Zusammenhang heraus, dass sich gegenwärtig die „klarste Darstellung der Unterscheidung sozialer und psychischer Systeme mit Folgerungen für das Rechtssystem" in der Systemtheorie **Luhmanns** finden lasse. Allerdings betont er dabei deren begrenzte Übertragbarkeit auf das Strafrecht und stellt entschieden fest, dass sich seine eigene Theorie weder in Grundzügen noch in ihren wesentlichen Bestandteilen an **Luhmanns** Ausführungen orientiere. Methodisch liegt „die besondere Originalität" von **Jakobs'** Systemkonzeption nach **Roxin** (2006: 207f. Rn. 30) darin, „dass er die Strafrechtsdogmatik in den Begriffen und Kategorien der sozialen Systemtheorie (vor allem **Luhmanns**) formuliert". Laut **Neumann** (2007: 435) berufe sich **Jakobs** selbst „inbesondere auf die Strafrechtsphilosophie **Hegels** und auf die systemtheoretischen Analysen **Luhmanns** – beides, wie sich schon aus den unterschiedlichen ideengeschichtlichen Traditionen ergibt, für die diese Namen stehen, nicht ohne Vorbehalte".

Kommunikation, wobei der Fehler dem Täter als sein Verschulden zugerechnet wird“ (**Jakobs** 1995: 844).

Laut **Jakobs** (1993: 6 Rn. 4) muss menschliches Handeln berechenbar sein. Bei sozialen Kontakten ist Orientierung „nur möglich, wenn nicht jederzeit mit jedem beliebigen Verhalten der anderen Menschen gerechnet werden muss. Ansonsten würde jeder Kontakt zu einem unkalkulierbaren Risiko“. Die Art der Auseinandersetzung eines Menschen mit seiner Umgebung bezeichnet **Jakobs** als „Erwartungen“, welche sich am zukünftigen Verhalten anderer orientieren (1993: 6 Rd.4). Ein anderes als das zu erwartende Ereignis führe zu einer enttäuschten „Erwartung“ und es entstehe ein „Konflikt“, welcher eine Gegenreaktion des Enttäuschten zur Folge habe (**Jakobs** 1993: 6 Rd. 4).

Zur Konfliktlösung biete **Jakobs** nach **Stübinger** (1993: 34) eine Reihe von Optionen: Erstens könne laut **Jakobs** der Konflikt ignoriert oder positiv beurteilt werden, wodurch er an Bedeutung verliere oder sich auflöse. Zweitens könne auch Enttäuschung die Erwartungen und damit den Drang nach einem Eintreten des Ereignisses verändern. Drittens könne ein Konflikt auch als Unglück oder Pech gedeutet werden und dadurch in Einzelfällen akzeptiert werden, ohne dass sich die dabei die Erwartung verändere. Als Viertes bestehe die Möglichkeit einer Einflussnahme auf die Umwelt, um diese derart zu verändern, dass zukünftige Enttäuschungen ausbleiben. Fünftens könnten Enttäuschungen auch als „Fehler“ eines anderen Systems (des Täters) erklärt und damit „einseitig zugerechnet“ werden, so dass die eigene Erwartung als nicht tangiert behandelt und an ihr festgehalten werden könne[426] (**Stübinger** 1993: 34).

Mit Blick auf die Erwartungen differenziert **Jakobs** (1993: 7 Rn. 5) kognitive und normative Erwartungen. In der „kognitiven Erwartung“ lerne der Enttäuschte aus der Erfahrung des Konflikts und gebe seine Erwartung danach auf:

> „(...) im Enttäuschungsfall hat man sich verkalkuliert und muss umlernen, also pro futuro – durch Erfahrung klug geworden – besser kalkulieren, wenn man die Enttäuschung nicht als quantité négligeable abtun kann“ (**Jakobs** 1993: 7 Rn. 5).

Bei der für das Funktionieren der Gesellschaft wesentlich bedeutenderen „normativen Erwartung“ hingegen könne der Enttäuschte auf seinen Erwartungen beharren: „Eine

[426] **Stübinger** (1993: 35) merkt an, dass für das Strafrecht insbesondere die letztgenannte Möglichkeit der Lösung eines Konfliktes, die „Kompensation der Erwartungsenttäuschung durch Zurechnung zu einem Täter“, im Sinne der Bestätigung normativer Erwartungen, von Bedeutung sei.

normative Erwartung muß auch im Enttäuschungsfall nicht preisgegeben (werden), sondern kann (...) durchgehalten werden, indem nicht die Erwartung des Enttäuschten, sondern der Normbruch des Enttäuschenden als der maßgebliche Fehler definiert wird“ (1993: 7 Rn. 6).

Die Identität der Gesellschaft wird nach **Jakobs** (1995: 849) durch Normen bestätigt. Ein Teil dieser Normen benötigt keine besondere Stabilisierung und ist hinreichend gesichert, da er ein objektiv nachvollziehbarer Bestandteil der rationalen Welt ist. Diese Normen schaffen verbindliche Verhaltensgrundlagen für sozial Kompetente. Diejenigen, die diesen Teil der Normen nicht akzeptieren und demzufolge nicht gemäß einer naturwissenschaftlich korrekten Weltanschauung leben, verlieren die Chance, kompetent an einer modernen Gesellschaft zu partizipieren. Derartige Personen, welchen der Zugang zu rational nachvollziehbaren Normen fehlt, sind sozial inkompetent und ihre Vorstellungen entsprechen nicht dem Leben in einer solchen Gesellschaft. Sie können in ihr nur als Randgruppe existieren (**Jakobs** 1995: 849). Dem anderen Teil der Normen, denjenigen die nach dem Verständnis der Gesellschaft nicht von Natur aus vorhanden sind und die von **Jakobs** (1995: 848f.) als „aus gutem Grund gemachte Normen“ bezeichnet werden, fehlt hingegen eine „genuine“, selbststabilisierende Kraft. Entsprechend muss ihre Geltung auf anderem Wege sichergestellt werden, zum Beispiel durch Sanktionen (Strafen) bei Nichtbefolgung (**Jakobs** 1993: 8 Rn. 7a). Erinnert sei in diesem Zusammenhang an die mit Blick auf die normativen Erwartungen aufgezeigte Konfliktlösungsmöglichkeit des Strafrechts im Sinne eines Ausgleichs von Erwartungsenttäuschungen durch die Zurechnung zu einem Täter. Dadurch erfülle das Strafrecht die Funktion eines stabilisierenden Faktors für das ganze Gesellschaftssystem (**Stübinger** 1993: 34).

5.2.2 Funktion der Strafe als positive Generalprävention

Die Normverletzung wird nicht wegen der materiellen Verletzung bestimmter Interessen oder Rechtsgüter verfolgt, sondern wegen der Infragestellung der Norm als einer allgemeingültigen Handlungsvorgabe. Da ein derartiger Normbruch zu einem öffentlichen Konflikt führt, wird die Einhaltung der Normen strafrechtlich garantiert. Allerdings garantiert das Strafrecht nur die zum Erhalt der gesellschaftlichen Identität unverzichtbaren Normen. Ein Beispiel für eine derartige Norm ist der Schutz des Eigentums, da es sich beim Eigentum um einen existentiellen Wert handelt. Dabei liege, so **Jakobs** (1993: 8f. Rn. 8), weniger die Betroffenheit des Eigentumbesitzers im öffentlichen Interesse, sondern eher der Erhalt der „gesamtgesellschaftlichen Bedeutung des Eigentums“. Der Normbruch eines Bürgers wird als

„Widerspruch“ zur Norm bezeichnet, da er die Norm als Orientierungsmuster anzweifelt. Die Strafe wiederum nehme dem normbrechenden Verhalten die Bedeutung für die Gesellschaft, indem sie „Widerspruch“ gegen den Normbruch einlege (**Jakobs** 1993: 9 Rn. 10).

Für sich betrachtet sei die Strafe allerdings nach **Hegel** nichts als ein Übel und mit Blick auf die äußere Folge von Tat und Strafe bezogen nur ein Teil der „unvernünftige(n) Sequenz zweier Übel“[427], so **Jakobs** (1995: 844). Eine Bezugnahme der Strafe auf die Tat im Rahmen der gesellschaftlichen Kommunikation ergebe sich erst dann, wenn die Tat als eine „normwidersprechende Behauptung“ und die Strafe als „normbestätigende Antwort“ gesehen werde (**Jakobs** 1995: 844). Auch **Jakobs** (1993a: 7) stellt fest, Strafe müsse zur Erhaltung der sozialen Ordnung notwendig sein, da sie ohne diesen Zweck nur ein nutzloses Übel darstelle.

Nach **Jakobs** (1993: 9 Rn. 9) ist Strafe deswegen notwendig, weil sie durch die Vorbeugung (Prävention) und Aufhebung („Widerspruch“ gegen Normbruch) der negativen Folgen von Normverletzungen Systemstabilität und soziale Integration schaffe. Die Gültigkeit der Norm werde durch die „Strafe“ bestätigt, wodurch sich die Verhaltenserwartungen bewahrten. Demzufolge ist die Aufgabe der „Strafe“ nach **Jakobs** (1993: 10 Rn. 11) weder Vergeltung noch Abschreckung, sondern die Erhaltung der Norm als „Orientierungsmuster“ für den sozialen Kontakt. Dabei erfolge eine Strafe als Reaktion auf einen Normbruch immer auf Kosten des für den Normbruch Zuständigen. Durch die Reaktion werde demonstriert, dass an der gebrochenen Norm dauerhaft festgehalten werden solle (**Jakobs** 1993: 9f. Rn. 11).

Die präventive Funktion der Strafe bezeichnet **Jakobs** (1993: 14 Rn. 15) als „Einübung in Normanerkennung“, welche er in drei Komponenten untergliedert. Erstens wird das Normvertrauen eingeübt, so dass die Norm ebenfalls in Zukunft Geltung beansprucht. Zweitens sollen die hohen Folgekosten einer Straftat die Rechtstreue der Bürger einfordern, und drittens liegt der Mindestnutzen der Strafe in der Akzeptanz der Konsequenzen eines Normbruchs (**Jakobs** 1993: 13f. Rn. 15). Dieser Ansatz, der den Täter außer Acht lässt, die gesellschaftliche Interaktion in Schutz nimmt und nicht primär die Abschreckung, sondern die Erhaltung der Norm als Orientierungsmuster sieht, wird von **Jakobs** (2004a: 31) als „positive Generalprävention“ bezeichnet. Strafe wirkt nach **Jakobs** (2004a: 31) im Sinne der positiven Generalprävention präventiv, da ihr Zweck auf den Erhalt der Normtreue gerichtet ist. Sie richtet sich an die Allgemeinheit und wird deshalb generell genannt. Positiv ist sein Ansatz

[427] Siehe **G**.**W**. **F**. **Hegel**: Grundlinien der Philosophie des Rechts (1821), Ausgabe Glockner, Bd.7, Neudruck 1952, § 99 Anmerkung.

schließlich, weil die Abschreckung der Bürger nicht verfolgt wird, sondern diese sich lediglich als ein sekundärer Effekt einstellt (2004a: 31).

Feijoo Sánchez (2007: 81) fasst **Jakobs**' Strafverständnis wie folgt zusammen: Strafe erzeugt eine über normative Erwartungen hinausgehende Normtreue, da sie den Bürgern ein kognitiv unterstütztes Zutrauen verschafft, dass alle Übrigen die gegebenen Normen befolgen werden.

5.2.3 **Jakobs'** strafrechtlicher Handlungsbegriff

Den Handlungsbegriff und seine Handlungslehre formuliert **Jakobs** insbesondere in seinem 1991 veröffentlichten Lehrbuch[428] sowie in der im Jahre 1992 erschienenen Schrift „Der strafrechtliche Handlungsbegriff"[429]. Das Resultat ist ein am allgemeinen Verbrechensbegriff orientierter Handlungsbegriff (**Schneider** 2004: 93).

Jakobs (1993: 130 Rn. 8) kritisiert wiederholt das kausale Verständnis des Handlungsbegriffes, nach dem Handlung ein physikalisch determinierter Ablauf sei. Es sei sinnlos, „Normen an Kausalfaktoren zu adressieren, und auch sinnlos, sie an Menschen zu adressieren, soweit diese ohne Fähigkeit zur Beeinflussung des Kausalverlaufs (...) sind". Eine Norm könne sich nur auf „vermeidbare Verläufe" beziehen (**Jakobs** 1993: 130 Rn. 8). Die Vermeidbarkeit einer strafbaren Handlung ist für **Jakobs**' (1993: 130 Rn. 8) Handlungsbegriff von größter Relevanz: „Handlung ist das für den Verursacher vermeidbare Bewirken eines Erfolgs". In diesem Zusammenhang hebt er das Verdienst der finalen Handlungslehre **Welzels** hervor, da es dieser gelungen sei, den kausalen Verlauf und die damit im Unrecht verbundene Trennung zwischen „objektiver und subjektiver Deliktseite" zu überwinden und den Schritt vom naturalistischen zum personalen Unrecht[430] zu vollziehen (**Jakobs** 1993: 130 Rn. 8). Auch habe sich Jakobs durch einen individuellen Ansatz im Vorsatzbereich **Welzel** angenähert, jedoch sei sein zentraler Punkt die Vermeidung von Erfolg und nicht die Finalität zum Erfolg hin (**Safferling** 2008: 90). Außerdem stimme **Jakobs Welzel** hinsichtlich dessen Aufnahme der Kategorie Sinn in den Handlungsbegriff zu. Strafrechtlich von Bedeutung sei für **Jakobs** die durch den Finalismus betonte „subjektive Erfolgsvorstellung des Täters" allerdings lediglich dann, „wenn sie auf einem kommunikativ relevanten Deutungsschema" basiere. Ein „kommunikativ relevanter Sinnausdruck" sei dann vorhanden, wenn Dritte den subjektiv gemeinten Sinn des Handelnden als nachvollziehbare

[428] Siehe **Jakobs** (1991).
[429] Siehe **Jakobs** (1992).
[430] Laut **Kelker** (2007: 415) kennt das personale Unrechtsverständnis „neben den objektiven auch subjektive Unrechtselemente".

Weltauslegung begreifen können, weil sich die Deutungsschemata des Handelnden mit denen der Dritten inhaltlich decken (**Schneider** 2004: 102).

Der „strafrechtliche Handlungsbegriff“ müsse nach **Jakobs** (1992: 12f.) eine möglichst vollständige Theorie strafrechtlich relevanten Verhaltens enthalten. Nach **Jakobs**’ (1992: 44) Meinung müsse der Handlungsbegriff „das gesamte Programm des Strafrechts speichern (und) bis zur Schuld durchgezogen werden“. Für ihn durchzieht die Handlung das gesamte Zurechnungsmodell: „Handlung ist Sich-schuldig-Machen“ (**Safferling** 2008: 90)[431].

„Handlung“ sei für **Jakobs** die „vermeidbare Erfolgsverursachung“ (eine Tat wird von einem Urheber erfolgreich durchgeführt, er hätte sie auch vermeiden können), wobei „Unterlassung“ die „vermeidbare Nichthinderung eines Erfolgs“ oder auch die „Erfolgsnichthinderung“ beschreibt (**Herzberg** 2007: 147). In **Jakobs**’ **(**1993: 143 Rn. 32) Worten lässt sich der Oberbegriff des Verhaltens mit dem Begriff der Handlung als vermeidbare Erfolgsverursachung und mit dem Begriff der Unterlassung als vermeidbare Nichthinderung eines Erfolgs formen. Dieser Verhaltensbegriff enthält in den vermeidbaren jeweiligen Erfolgsdifferenzen die Gemeinsamkeit von Handeln wie Unterlassen (**Jakobs** 1993: 143 Rn. 32): „Verhalten ist die Vermeidbarkeit einer Erfolgsdifferenz.“ **Jakobs** gehe also davon aus, dass die Gemeinsamkeit von Handeln wie Unterlassen mit den Worten „Vermeidbarkeit“ und „Erfolgsdifferenz“ aufzeigbar sei (**Herzberg** 2007: 153). Die vermeidbare Differenz stelle für **Jakobs** beispielsweise die Alternative zwischen Tod und Leben dar (**Herzberg** 2007: 148). Im Sinne von **Jakobs** müsse eine „Erfolgsverursachung“ oder eine „Erfolgsnichthinderung“ vorsätzlich oder fahrlässig verübt werden (**Herzberg** 2007: 148). Wo ein Bürger zum Beispiel das Verursachen oder Nichtverhindern eines Ereignisses nicht vermeiden konnte, sei es angesichts äußerlicher Unfähigkeit oder der Abwesenheit von Fahrlässigkeit, so ist seine Verhaltensweise strafrechtlich nicht relevant (**Herzberg** 2007: 148).

Jakobs’ Handlungsbegriff schließe „Handeln im Alltagssinne“ aus, er solle nur strafrechtlich relevantes Verhalten beinhalten (**Herzberg** 2007: 148). Es bestehe folglich ein Gegensatz zu den sonst üblichen auf Deliktstufen aufbauenden Handlungsbegriffen, so **Herzberg** (2007: 148), die möglichst viel Allgemeingültiges erfassen möchten und deren Definition auf kausalen Zusammenhängen basiere (2007: 148).

[431] Handlung und Schuldzurechnung seien für Jakobs miteinander verbunden, sie „fallen in eins“, wie **Stübinger** (1994: 120) formuliert.

Der Handlungsbegriff berührt auch Grenzfälle, die zu erklären sind. Eine Handlung kann zum Beispiel fehlen, wenn die Erfolgsherbeiführung nicht zu verhindern ist und entsprechend nicht einmal fahrlässig geschieht (**Jakobs** 1993: 144 Rn. 34). Da bei mehreren Folgen einer einzigen Körperbewegung die Vermeidbarkeit ungleich zu bewerten sein kann, ist der Handlungsbegriff relativ, das heißt, für gewisse Folgen mag eine Handlung vorhanden sein, für andere dagegen nicht (**Jakobs** 1993: 144 Rn. 34). Ein Handlungserfolg kann bereits der äußere Vollzug des Verhaltens sein, welcher im Körper oder auch nur im Kopf des Subjekts erfolgen kann (**Jakobs** 1993: 144 Rn. 34). Reflexe sind, wie auch bei **Roxin**, aus dem Handlungsbegriff auszuschließen (**Jakobs** 1993: 145 Rn. 36).

Strafrechtlicher Erfolg im Sinne von **Jakobs** (1992: 36) bedeute die Nichtanerkennung der Norm: „Handlung ist die Objektivierung der Nichtanerkennung der Normgeltung, also ein Sinnausdruck des Inhalts, die in Rede stehende Norm sei nicht leitende Maxime“. Nach **Schneiders** (2004: 102) Ansicht vertrete **Jakobs** ein Verständnis von „Erfolg“, das mit dem Begriff des tatbestandlichen Erfolgs nicht übereinstimme. **Jakobs** (1992: 34) erläutert seine Gedanken folgendermaßen:

> „Der strafrechtlich relevante Sinnausdruck einer Unrechtshandlung liegt (...) in der (...) Stellungnahme zur Normgeltung: Er sieht keine Norm, die ihn daran hindert, sei es, dass er die einschlägige Norm nicht kennt, sei es, dass er sie kennt, aber zu brechen vor hat. (…) Diese Stellungnahme zur Normgeltung ist der interessierende Sinn, auf den es strafrechtlich ankommt, also ist es das in der Handlung ausgedrückte, »ich darf« wofür das dort auch ausgedrückte »ich tue es« nur die Basis bildet: »Ich tue es, also darf ich nach meiner Wertung auch«. (...) Dieses Nichtanerkennen der Normgeltung ist dasjenige, worauf Strafrecht, Schuld vorausgesetzt, reagiert.“

5.2.4 Tatbestand und objektive Zurechnung

Die Handlung stellt bei **Jakobs** (1993: 183 Rn. 1) den ersten Schritt zu einer Verbindung von Subjekt und Unrecht dar, die im subjektiven Tatbestand weiterzuführen ist. Im objektiven Tatbestand wird das Vorhandensein von „Außenwirkungen irgendeiner Handlung“ überprüft, um dann im subjektiven Tatbestand zu ermitteln, ob es sich um die Realisierung einer bestimmten Handlung handelt (1993: 183 Rn. 2).

Jakobs setzt die Systemstufen Tatbestand und Unrecht gleich (**Safferling** 2008: 90). Ein erfüllter Tatbestand entspreche unter der Voraussetzung fehlender Rechtfertigung dem Unrecht. Der Tatbestand habe demzufolge nicht mehr die Funktion, das Unrecht („oder formell: Rechtswidrigkeit“) nur zu „indizieren“ (**Jakobs** 1993: 159 Rn. 59). Damit ergibt sich

ein zweistufiges System, bestehend aus Tatbestandmäßigkeit und Schuld. Im Rahmen der Lehre vom negativen Tatbestand werden Tatbestand und Rechtswidrigkeit als positiver und negativer Aspekt eines „Gesamtunrechtstatbestandes“ angesehen (**Safferling** 2008: 93).

Die objektive Zurechnung wird als Teil der Tatbestandlehre aufgefasst (**Kuhlen** 2001: 331)[432]. Mit der Lehre von der objektiven Zurechnung werde der Handlungsbegriff von der naturalistischen Prägung gelöst, die er auch bei den Finalisten noch innehatte (**Pawlik** 2007: 487). Der „Bezugspunkt ist nicht ein naturalistisch verstandener Kausalverlauf, sondern eine durch soziale Wahrnehmungsstrukturen vorgeformte gesellschaftliche Wirklichkeit“ (**Pawlik** 2007: 487f.).

Ge- und Verbote wenden sich an die Allgemeinheit. Entscheidend ist folglich, „was dem Menschen überhaupt prinzipiell möglich ist, zu tun oder zu unterlassen“ (**Rudolphi** 1984: 76). Angesprochen wird der Mensch als „zur Selbstbestimmung und Beherrschung des Kausalgeschehens“ fähiges Vernunftwesen (1984: 76). Ein Tatbestand kann folglich einem Täter nur aufgrund der ihm eigenen Befähigung zur Steuerung einer zurechenbaren Handlung zugeschrieben werden (1984: 76). Laut **Rudolphi** (1984: 75) dienten Verhaltensnormen dem Rechtsgüterschutz. Bei **Jakobs** diene die Zurechnung nicht dem Schutz der Rechtsgüter, vielmehr bestätige sie die Geltung der Normen. Darin verstehe **Jakobs** heute die einzige Funktion der Strafe, so **Sacher** (2006: 574). Von Bedeutung sei ein Verhalten nicht „als äußerliches Ereignis, sondern (durch den) (...) Normwiderspruch“[433] (**Sacher** 2006: 574). Ein solches normwidersprechendes Verhalten lässt sich auf einen Mangel an Motivation zurückführen. Durch die Motivation der Bürger bekommen die Strafrechtsnormen Gültigkeit und können in der Realität ihre Wirkung entfalten. Die Herbeiführung des „Erfolgs“ im Sinne der Straftat wäre durch die Motivation zur Normtreue vermeidbar gewesen (**Jakobs** 1993: 9 Rn. 10).

Handlung hat bei **Jakobs** (1992: 30) die Bedeutung eines „kommunikativ relevanten Sinnenausdruck(s)“. Die Kontakte in der modernen Gesellschaft sind anonymisiert und „subjektunabhängig“ (**Jakobs** 1995: 859). Die Subjektivität eines Menschen ist, so **Jakobs** (1995: 860), nur über „Äußerungen“ oder Objektivierungen wahrnehmbar, und sie wird im

[432] **Roxin** habe mit seiner Festschrift für **Honig** 1970 großen Einfluss ausgeübt und „die Lehre von der Erfolgszurechnung zu einem zentralen Thema der Verbrechenslehre gemacht“ (**Frisch** 2001: 213). Auf der Grundlage dieser Lehre konnten neue Lösungskriterien auch im Fahrlässigkeitsbereich gefunden werden, insbesondere bei der Frage von „begrenzte(n) Verantwortungsbereichen verschiedener beteiligter Personen (**Frisch** 2001: 216).

[433] Vgl. **Jakobs** (1995: 844ff.).

Rahmen weiterer Äußerungen verständlich. Der subjektive Sinn erschließt sich nur aus dem Lebenszusammenhang. Eine Enttäuschung des Vertrauens in einen anderen Menschen ist immer denkbar. Sogar bei einer guten Erklärung der Interpretation bleibt das Subjektive selbst fern, und es muss objektiv ermittelt werden, was ein Verhalten bedeutet, ob es einen „Normbruch oder nur eine Harmlosigkeit“ darstellt (1995: 860). Größere Sicherheit bietet es, das verbindliche Normensystem eines anderen zu kennen, damit dessen Verhalten berechenbar wird. Erst diese Kenntnisse über einen anderen Menschen ermöglichen eine „subjektbezogene Verhaltensinterpretation“ (1995: 860).

Jakobs (1995: 860) versucht demnach ein Schema zu entwickeln, in welches sich Verhalten einordnen lässt. Wenn dieses Schema Ordnung fördern soll, so ist das Vorhandensein objektiver Verhaltensmuster und Rollenstandards notwendig, und die zahllosen subjektiven Besonderheiten können nicht übernommen werden (**Jakobs** 1995: 860). Das Verständnis von Gesellschaft als einer Einrichtung, die sich aus Individuen mit äußerst unterschiedlichen Absichten und Vorzügen zusammensetzt, wird durch ein Gesellschaftsmodell ersetzt, dessen Grundlage „rechtlich-zu-sein-habende“ Personen bilden (1995: 849). Folglich ist daraus zu schließen, dass die Bedeutung eines Verhaltens von seiner Einordnung in den sozialen Kontext abhängt und dass eine subjektive Seite des Unrechts oder genauer eine individualisierende Zurechnung in der Lehre von **Jakobs** abgelehnt wird.

Die Wurzeln der objektiven Zurechnung liegen, so **Jakobs** (1993: 184f. Rn. 4b), im Zweck des Strafrechts, einerseits die Erwartungssicherheit zu gewährleisten und andererseits der Regelung von Erfolgsdelikten zu dienen. Aus dem Zweck der Stabilisierung der Erwartung resultiert, dass „sozialadäquates Verhalten“ von der Zurechnung ausgeschlossen ist (**Jakobs** 1993: 185 Rn. 4b). Entsprechend sei auch eine Gefährdung, welche aus objektiver Sicht nicht zu verhindern ist, im Rahmen der Vernachlässigung von „subjektiven Besonderheiten“ hinzunehmen (**Jakobs** 1995: 860). Beispielsweise habe ein Teilnehmer am Straßenverkehr die mit dem Verkehr verbundenen Risiken zu dulden, weil dies ein Bestandteil seiner Rolle als Verkehrsteilnehmer sei. Die Lehre von tatbestandsmäßigem Verhalten, erlaubtem Risiko, Vertrauensgrundsatz, Handeln auf eigene Gefahr und Regressverbot beruht auf einem funktionalen gesellschaftlichen Ansatz. Dies bedeutet, dass in einer Volkswirtschaft, deren Funktionsweise stark arbeitsteilig ist, jeder nur für sein eigenes Fehlverhalten bezüglich seiner Rolle in dieser Gesellschaft einstehen muss (**Jakobs** 1995: 861).

5.2.4.1 Kausalität und Äquivalenztheorie

Der Hauptanwendungsbereich der Regeln der objektiven Zurechnung findet beim Erfolgsdelikt statt (**Jakobs** 1993: 185 Rn. 4b). Eine wesentliche Eigenschaft des zurechenbaren Verhaltens ist die Kausalität (**Jakobs** 1993: 184 Rn. 4). Der Täter setzt ein Risiko, das sich verwirklichen muss, diesem Kriterium hat die vollendete Tat zu entsprechen. Kausalität und Risikoverwirklichung seien beim Erfolg zu ermitteln (**Jakobs** 1993: 185 Rn. 4b). Kausalität im Sinne des Strafrechts habe alle für den Taterfolg hinreichenden Bedingungen zu benennen, die nicht hinreichenden Bedingungen jedoch auszuschließen. Ein Verbot umfasst nur ein Verhalten, welches für die Tatbestandserfüllung Bedingung ist (daher Bedingungstheorie). Bewertung der Bedingung bedeutet die Feststellung, in wessen Zuständigkeitsbereich sie liegt, die Fragen des Vorsatzes, der Fahrlässigkeit bzw. Unvermeidbarkeit. Diese gelten als Elemente des subjektiven Tatbestands. Entsprechend der Äquivalenztheorie sind alle Bedingungen als gleichwertig zu behandeln (**Jakobs** 1993: 186 Rn. 7). Bei der Beurteilung der Bedingungen unter der Voraussetzung der Äquivalenz aller Bedingungen ist nun zu prüfen, ob ein Erfolg durch ein bestimmtes Verhalten gesetzmäßig bedingt wird, d.h. durch ein sanktioniertes Verhalten verursacht wird. Beurteilungskriterium dafür ist die allgemeine Lebenserfahrung oder die auf Sachverständnis beruhende Erfahrung (**Jakobs** 1993: 188 Rn. 12). Folgende Punkte sind hierbei zu beachten:

Die Bedingung muss objektiv aus der Ex-post- (rückwirkenden) Perspektive beurteilt werden. Sie ist nur für die Rekonstruktion der tatbestandlichen Erfolgsverwirklichung relevant, Begleitumstände als Variationen eines bereits existierenden Risikos sind nicht von Bedeutung (**Jakobs** 1993: 189 Rn. 14). Für die Unterscheidung der Schaffung neuer Risiken von der reinen Risikovariation sind die Ordnungszusammenhänge zu beachten, in deren Rahmen die Zuständigkeit für die Beherrschung eines Risikos gegeben ist (**Jakobs** 1993: 189f. Rn. 16). So muss normativ bestimmt werden, ob ein Geschehen noch die Folge desselben Normbruchs, Pflichtverletzung oder Unglücks ist, oder ob ab einem bestimmtem Moment ein anderer verdrängender Umstand eintritt: „(...) Je deutlicher für die Risiken unterschiedliche Zuständigkeiten bestehen etc., umso mehr geht es nicht um bloße Variation, sondern um neue Risiken“ (**Jakobs** 1993: 190 Rn. 16)[434]. Nur die Kausalität eines konkreten Verlaufs zum

[434] Eine bloße Variation stellt dar, ob bei einem „(...) Großbrand eine Sache verbrennt oder im Löschwasser verdirbt (...), wenn unterschiedliche Zuständigkeiten für die Gefahren nicht in Betracht kommen (...)“ (**Jakobs** 1993: 190 Rn. 16). Beschleunigen oder Verzögern eines Erfolgs kann diesen bedingen, z.B. „wer eine tödliche Vergiftung durch ein Gegengift aufhebt, das dann seinerseits – zum gleichen, zu einem früheren oder zu einem späteren Zeitpunkt – tödlich wirkt, bedingt den Todeserfolg (...)“, (nicht die Rechtswidrigkeit).

Erfolg zählt, das bedeutet, dass hypothetische Erfolgsmöglichkeiten keine Änderung der Kausalität bewirken können und nicht zurechenbar sind (**Jakobs** 1993: 191 Rn. 18), entgegen dem Umstand der „(conditio) sine qua non“, die einen Teil der Äquivalenztheorie bildet. Unter diesem Begriff, der laut **Jakobs** (1993: 186f. Rn. 8) nur Verwirrung stiftet, gilt als Ursache eines strafrechtlich bedeutsamen Erfolgs „»jede Bedingung (...), die nicht hinweggedacht werden kann, ohne daß der Erfolg entfiele«“[435] (1993: 187 Rn. 8). Wie **Jakobs** (1993: 187 Rn. 9) kritisiert, könne eine Bedingung nur weggedacht werden, wenn deren Kausalität schon erkannt sei, weil sich das Resultat andernfalls nicht ermitteln ließe. Damit handle es sich um einen zirkulären Begriff, der für die Ermittlung nicht tauglich sei. Weiterhin sei zu unterscheiden, ob eine Bedingung notwendig zum Erfolg war und ob sie auch hinreichend gewirkt hat.

Für die Erfolgsverwirklichung sind immer mehrere Bedingungen vorhanden, für die der Begriff „kumulative Kausalität“ gilt. Er bezeichnet „das Zusammentreffen von allein je nicht hinreichenden Verläufen, deren Setzung nicht verabredet ist“ (**Jakobs** 1993: 192 Rn. 20).

5.2.4.2 Adäquanztheorie

Einschränkungen des Stellenwertes von Kausalverläufen werden durch die Adäquanztheorie vorgenommen. Strafrechtlich von Bedeutung soll nach dieser Theorie nur eine Ursache sein, die wahrscheinlich ist. Die Haftung für ein Ereignis solle auf „überhaupt von vernünftigen Menschen steuerbare Kausalverläufe beschränkt werden“ (**Jakobs** 1993: 196 Rn. 31). **Jakobs** differenziert zwischen Adäquanz der Folge und Adäquanz des Verlaufs. Die Adäquanz der „Folge einer bestimmten Art“ (1993: 197 Rn. 33) umfasst Handlungen, deren Wahrscheinlichkeit auf Erfolg sehr gering ist. Adäquanz eines konkreten Verlaufs zu einer Folge kann es in dieser Formulierung nicht geben, also bedingt ein Verhalten einen Erfolg (z.B. den Tod eines Menschen) auf einem „ungewöhnlichen und in diesem Sinn inadäquaten Weg“ (1993: 197 Rn. 34). Eine Zurechnung zum Vorsatz würde bei dieser Inadäquanz entfallen (1993: 197 Rn. 34).

5.2.4.3 Erlaubtes Risiko

Die Regulierung menschlichen Verhaltens durch Normen sollte den Ansprüchen der Erwartenssicherung entsprechen, jedoch „bringt diese Sicherheit (...) nicht die Möglichkeit

---

Ein weiteres Beispiel: Als Tötungsdelikt gilt es, entsprechend der §§ 211 ff StGB, einem sterbenden Kranken zu vorzeitigem Tod zu verhelfen (**Jakobs** 1993: 191 Rn. 17).

[435] Siehe **Jakobs** (1993: 187 Fn. 7).

der größeren Differenzierung des sozialen Lebens“ **(Jakobs** 1993: 200 Rn. 35). Das Spektrum potentieller Verhaltensweisen und sozialer Kontakte verringert sich in dem Maße, in dem die Enttäuschungsfestigkeit steigt. Daher sei die Erlaubnis eines gewissen Risikos vorteilhaft, ähnlich wie beim Notstand begründet durch die Interessensabwägung (1993: 200 Rn. 35). Erlaubte Betätigung z.B. im Straßenverkehr kann als „Gewohnheit geworden(es)“ Verhalten akzeptiert werden (1993: 201 Rn. 37). Es schädigt zwar Güter, ist jedoch keine Enttäuschung. Wird das erlaubte Risiko überschritten, so gilt dies als „positive Voraussetzung des Unrechts“ (1993: 201 Rn. 39). Eine praktische Nähe zur Fahrlässigkeit ist vorhanden (1993: 202 Rn. 40). Das erlaubte Risiko endet bei „objektiv erkennbare(n) unglückliche(n) Bedingungen in der Zuständigkeit des Handelnden“ (1993: 203 Rn. 41a).

Die Festlegung einer Handlung, die ein erlaubtes Risiko darstellt, muss ex ante erfolgen und eine „generell akzeptable Handlungsgestalt“ haben (**Jakobs** 1993: 206 Rn. 47). Das bedeutet, der objektive Beurteiler muss Fähigkeiten bzw. Fachwissen zur Verfügung haben, um „risikobefangene Güter“ beurteilen zu können (1993: 206 Rn. 47). Dabei kann es sich um die Betriebssicherheit von Atomreaktoren oder Fahrzeugen handeln oder die Konservierung von Lebensmitteln (1993: 206 Rn. 47).

5.2.4.4 Vertrauensgrundsatz

Der Vertrauensgrundsatz erlaubt, auf das richtige Verhalten anderer Menschen zu vertrauen, trotz der Möglichkeit, dass diese Fehler begehen (**Jakobs** 1993: 208f. Rn. 51). Hierbei geht es darum, dass diese Menschen ihre Fehler zu verantworten haben. Der schädliche Verlauf kann allerdings auch von einer dritten Person verursacht worden sein. So haftet beispielsweise ein Tankwart nicht für die „Verkehrstauglichkeit“ der von ihm betankten Fahrzeuge (1993: 209 Rn. 52). „Eines Vertrauensgrundsatzes bedarf es also nur, wenn der Kausalverlauf an sich von dem Vertrauenden zu verantworten ist, obgleich ein anderer ihn durch ein fehlerhaftes Verhalten ins Schädigende lenkt“ (1993: 209 Rn. 52). Hierbei kann der Vertrauende auch eine „Garantenstellung“ (siehe 5.2.4.5) einnehmen, weil er als Autofahrer, operierender Arzt oder als weisungspflichtige Eltern im eigenen Organisationskreis handelt (1993: 209 Rn. 52). Auch nach den Regeln des Regressverbots (siehe 5.2.4.6) werden Fehler einer dritten Person nicht der Verantwortung des Handelnden angelastet, da dies einer effektiven Arbeitsteilung abträglich wäre. Erlaubtes Vertrauen als Rechtfertigungsgrund scheidet aus, wenn der Zuständige erkennbar seine Regeln nicht befolgt bzw. nicht befolgen kann (z.B. Kinder im Straßenverkehr). Ferner scheidet erlaubtes Vertrauen aus, wenn es Aufgabe jedes Beteiligten

ist, eventuelle Fehler des anderen zu kompensieren (z.B. im Falle fehlenden Sicherheitsabstandes beim Überholen) **(Jakobs** 1993: 210 Rn. 53).

5.2.4.5 Garantenstellung

Im Sinne der Garantenstellung sei eine Person „Garant für die Vermeidung eines Erfolgs", bzw. habe für die Vermeidung einzustehen (**Jakobs** 1993: 213 Rn. 56). Die Garantenstellung resultiere aus der Organisationszuständigkeit. Der Organisationskreis könne auch noch eine Außenwirkung entfalten, wenn keine Handlung mehr vorliegt[436]. Auch trotz fehlender Organisationszuständigkeit könne Haftung wegen „institutioneller Zuständigkeit bestehen, d.h. wegen einer Pflicht zur solidarischen Zuwendung" (**Jakobs** 1993: 213 Rn. 57).

5.2.4.6 Regressverbot

Regressverbot liege dann vor, wenn eine Handlung kausal für einen tatbestandsmäßigen Erfolg sei, weil eine dritte Person durch Umlenken der Handlung der Ersten eine Gefahr schafft, ohne in Relation zur ersthandelnden Person zu stehen. Hier seien die Folgen dem Ersthandelnden nicht zuzurechnen (**Jakobs** 1993: 209f./213f. Rn. 52/Rn. 58).

5.2.5 Der funktionale Schuldbegriff

Bei **Jakobs** folgt dem Unrecht als erster Stufe der Zurechnung auf der zweiten Stufe die Schuld (**Stübinger** 1993: 37). Sie ist das Resultat der Zurechnung und eine zwingende Bedingung der Legitimität von Strafe seitens des Staates (**Jakobs** 1993a: 7). Im Sinne seines systemfunktionalen Verständnisses definiere **Jakobs** Schuld nicht als „Fehlgebrauch des Könnens, sich an der Norm auszurichten" (**Jakobs** 1976: 12), sondern einzig über generalpräventive Notwendigkeit (**Schneider** 2004: 121). Der Schuldbegriff und die einzelnen Schuldvoraussetzungen sind aus den Notwendigkeiten der Generalprävention zu entwickeln, „es geht um die Erhaltung allgemeiner Normanerkennung (nicht um Abschreckung)" (**Jakobs** 1993: 484 Rn. 22). Lediglich wenn der Täter die Geltung einer Norm kommunikativ relevant infrage stellt, agiert er schuldhaft (**Schneider** 2004: 121f.). Auf den Punkt gebracht bedeutet Schuld also „ein Defizit an Rechtstreue" (**Jakobs** 1993a: 35).

Eine grundlegende Differenzierung bei funktionaler Auslegung nimmt **Jakobs** hinsichtlich Gesellschaft und Umwelt vor, welche er mit Blick auf die Kommunikation als „Sinn und

[436] Hier ein Beispiel: Verantwortung trifft jemanden, der mit seinem Auto absichtlich jemanden überfährt, ungeachtet der Tatsache, ob er vorher aktiv handelt, indem er Gas gibt, oder den vorhandenen Schwung nicht abbremst. Das würde als Unterlassung gelten (**Jakobs** 1993: 213 Rn. 56).

Natur“ unterscheidet. Sinnvoll wird ein Verhalten, wenn es zur Kommunikation beiträgt. Das heißt, „der Täter entwirft mit seiner Tat entweder kommunikativ relevanten Sinn oder verfehlt das kommunikativ Relevante, bleibt also in der Natur stecken“. Die Tat eines Kindes zum Beispiel wird in strafrechtlicher Sicht als Natur dargestellt (**Jakobs** 1995: 863f.). Natur umfasst nach **Jakobs** (1995: 864) u.a. Krankheit, einen unvermeidbaren Irrtum, Lebensnot oder Furcht. Weil „unvermeidbar nicht gekannte Verhaltensfolgen“ also nicht zum „kommunikativ relevanten Weltentwurf“ einer Person gehören, seien sie nicht schuldhaft. Vermeidbare Unkenntnis führe zu einer Milderung der Schuld und einer Abschwächung des strafrechtlichen Nachdrucks (**Jakobs** 1993a: 35).

Nach **Jakobs** erhalte die Schuld ihre Legitimation durch das Strafrecht und habe die Funktion, „Normanerkennung einzuüben“. Die Tat wird als die Nichtbefolgung einer Norm definiert (**Stübinger** 1993: 37). Für **Jakobs** (1976: 9) besteht die Schuldermittlung bei dem Gebrauch von geltendem Strafrecht „in der Begründung des Bedürfnisses, zur Bestätigung der Verbindlichkeit der Ordnung gegenüber dem rechtstreuen Bürger in bestimmten Maß zu strafen“. Weil „individuelle Vorzugswürdigkeit der Befolgung sozialer Normen nicht“ zu beweisen sei, habe sich jeder Einzelne zur Normbefolgung respektive Rechtstreue zu motivieren (**Jakobs** 1993a: 35). Menschen seien verantwortlich, zureichend Motivation zur Normbefolgung zu zeigen. Wenn Menschen dementsprechend für sich selbst die Wahl treffen, dass Normbefolgung für sie keinen Sinn macht, machen sie sich schuldig. Schuldhaft ist ihr Mangel an Motivation zur Normtreue bei der Begehung einer Rechtswidrigkeit.

Dieser Schuldbegriff erfüllt die Zurechnungsvoraussetzung einer Zuordnung von Tat zu Bestrafendem. In der Ermöglichung der Strafe durch Zurechnung liegt die Funktion des Schuldbegriffs. Eine Handlung ist dann schuldhaft, wenn die Motivationsbedingungen für den Täter verfügbar waren und die Tat ein „Ausdruck von Rechtsuntreue“ sei, gegen deren Umsetzung sich das Recht verwahrt (**Stübinger** 1993: 37). Als Rechtsuntreue hinsichtlich legitimer Normen wird Schuld nicht durch „die Festlegung der Binnenorganisation von Subjekten auf eine Norm legitimiert“, sondern durch die „Zuschreibung an eine Person, sie beanspruche eine Rolle, zu der die Beachtung der Norm gehöre, insbesondere die Rolle des in seiner Verhaltensgestaltung freien Bürgers“ (**Jakobs** 1993a: 35). Nach **Jakobs** (1976: 14) ist die Schuld allein zweckbestimmt: „Nur der Zweck gibt dem Schuldbegriff Inhalt.“ In diesem Zusammenhang stellt **Jakobs** (1976: 32) fest: „Der Zweck, der in die Schuld eingeht, kann durch Schuld nicht limitiert werden, und die Schuld, in die der Zweck eingegangen ist, begründet Strafe.“

5.2.6 Kritische Diskussion der funktionalen Strafrechtstheorie von **Jakobs**

Auch wenn den funktionalistischen Gedanken von **Jakobs** und insbesondere **Roxin** in der Literatur der Gegenwart vereinzelt ein Aufschwung attestiert wird und diese dabei zum Beispiel als Alternative für den Finalismus bewertet werden (**Moreno Hernández** 2001: 70), sieht sich insbesondere die funktionalistische Straftheorie **Jakobs**' zum Teil erheblicher Kritik ausgesetzt. Aus der Diskussion werden im Folgenden u.a. die kritische Betrachtung des systemtheoretischen Fundaments von **Jakobs**' Theorie sowie seines Legitimations- und Schuldbegriffs dargestellt.

5.2.6.1 Kritik an **Jakobs**' systemtheoretischem Fundament

Jakobs verzichtet auf das philosophische Fundament der traditionellen Strafrechtsauffassung, um es durch seine eigenen Grundlagen zu ersetzen (**Stübinger** 1993: 39). Nach **Aponte** (2006: 131) versuche **Jakobs** auf der Grundlage wissenschaftlicher Erkenntnisse der Soziologie und der Philosophie eine dogmatische Neuausrichtung des strafrechtlichen Diskurses, was an sich schon diskutierbar sei. Deutlich kritisiert **Aponte** in diesem Zusammenhang **Jakobs**' Interpretation der Systemtheorie **Niklas Luhmanns** und deren Verwendung als Grundstein seines zweckrationalen Systems. Zu dieser nähmen vor allem die „**Niklas-Luhmann**-Kenner" eine skeptische Haltung ein (**Aponte** 2006: 131). **Jakobs** bestreitet eine Bezugnahme seiner Theorie auf **Luhmann** (s.o.). Dagegen beschreibt **Aponte** (2004: 223 Fn. 163) **Werner Maihofer**'**s** Kommentar, dass während des gesamten Vortrags „Das Strafrecht zwischen Funktionalismus und ‚alteuropäischem' Prinzipiendenken" von **Jakobs** immer ein anderer Autor (**Luhmann**) im Hintergrund präsent gewesen sei. Kritisiert wird dabei, dass die Rezeption der systemtheoretischen Betrachtungen ohne Überprüfung der Übertragbarkeit von der systemtheoretischen Perspektive des Rechts auf den strafrechtlichen Blickwinkel erfolge (**Stübinger** 1993: 40).

Mit einem Exkurs zu **Luhmanns** Theorie sozialer Systeme legt **Stübinger** (1993: 40f.) die Grundlage für seine Kritik an **Jakobs**' systemtheoretischer Reformulierung des Strafrechts. Nach **Stübinger** (1993: 40 Fn. 36) definiere **Luhmann** das Recht im Rahmen seiner Theorie sozialer Systeme als ein „autopoietisches System", innerhalb dessen sich die Komponenten (im Sinne von Kommunikationen) selbst produzieren und reproduzieren[437]. Dieses geschlossene Rechtsystem beruhe auf der Strukturierung der Kommunikation durch den sog.

[437] Vgl. **Luhmann Niklas**, Die Autopoiesis des Bewußtseins, Soziale Welt 36, Heft 4, 1985, S. 403.

„Binären Code“[438], welcher im Rechtssystem zwischen Recht und Unrecht unterscheide. Die binäre Codierung diene der Beobachtung von gesellschaftlichen Funktionssystemen: Etwas wird unterschieden, um es bezeichnen zu können (**Stübinger** 1993: 41). Der Code liefere jedoch nicht die Kriterien zur Bestimmung des Inhalts von Recht und Unrecht, der konkreten Ge- und Verbote. Er beziehe sich nur auf sich selbst (Recht sei nicht Unrecht) und biete keine weitergehende Information. Das bedeutet, ein Beobachter sieht nur die Unterscheidung von Recht und Unrecht, jedoch nicht die Gründe, die zur Einschätzung von positiv oder negativ durch die Kommunikationsteilnehmer führen. Da sich die Theorie damit nur auf die (externe) Erfassung und Abstrahierung des „Status quo“ beziehe, sei sie nicht zur Prognose einer zukünftigen Ordnung in der Lage (**Stübinger** 1993: 41). Ein Strafrecht, dessen Sinn und Rechtfertigung nur in der Sicherung der Ordnung bestehe, biete keine Kriterien und Maßstäbe mehr, um die Legitimität der Ordnung, die es stützen soll, zu bewerten (**Stübinger** 1993: 39). **Luhmann**[439] *selbst* verweigere sich laut **Sacher** (2006: 600) einer unmittelbaren Anwendung der externen Beobachtung im Sinne der Systemtheorie bzw. der zirkulären Argumentationsweise bei juristischen Fragestellungen.

Entsprechend kritisiert **Sacher** (2006: 589) an **Jakobs**’ Theoriegebäude vor allem die systemtheoretisch fundierte, selbstreferentielle Bezugnahme der Begriffe auf sich selbst (Zirkularität). So werde die Gesellschaft genau wie die Person durch die Norm bestimmt, wodurch sowohl der Norm als auch der Gesellschaft eine „gesellschaftliche Verständigung“ zugrunde liege. Die Bedeutung dieser Verständigung sei jedoch, so **Sacher** (2006: 590), allein in der „Vergewisserung über die Normen“ zu sehen. Bezüge zu empirischen Gegebenheiten, die sich anhand konkreter Gesetze oder Personen bzw. existierender Gesellschaften feststellen ließen, seien bei **Jakobs** nicht zu finden. Mit Hilfe dieser rein abstrakten Theorie sei es weder möglich, die Wirklichkeit zu erklären noch Erkenntnisse zu gewinnen oder juristische Begründungen zu liefern. Auch die Begriffe „Erwartung, Rolle und Zuständigkeit“ böten keinen weiteren Erkenntnisgewinn (2006: 590f.). Während sich soziale Erwartungen bei **Jakobs** nur in Normen widerspiegeln und damit auf gesellschaftlicher Verständigung basieren, haben auch Rolle und Zuständigkeit keine andere Funktion als die Festlegung von Normadressaten sowie die gesellschaftliche Einigung auf Normen (und damit

[438] Nach **Stübinger** (1993: 40): „Die Strukturierung der Rechtskommunikation erledigt das Funktionssystem anhand der sog. »binären Codierung«, mit deren Hilfe (zum Beispiel) zwischen Recht und Unrecht unterschieden“ werden kann. Zur „binären Codierung“ vgl. auch: **Luhmann**, Soziologische Aufklärung 4, 1987, S. 14ff. **Luhmann** stellt fest: „Codes sind binäre Schemata zur Unterscheidung, die Drittes ausschließen und damit die Komplexität von Kommunikation erheblich reduzieren.“

[439] Vgl. **Luhmann** (1995: 344).

Aufgabenbereiche). **Jakobs**' Systemtheorie verwende also „definitorisch zirkuläre Begrifflichkeiten", mit denen das Prinzip des linearen Aufbaus, der Hierarchie der Begriffe oder der Deduktion im Rechtssystem in einen „zirkulären Bewegungsvorgang" (ohne Erkenntnisgewinn) transferiert werde (**Sacher** 2006: 591). Ein derartiges selbstreferentielles Modell, welches die sich (im Sinne der typischen Zirkularität einer Systemtheorie) selbst stützenden Strafrechtsbegriffe aus einem geschlossenen System ableite, könne innerhalb des Rechtssystems nicht funktionieren, so **Sacher** (2006: 597). Auch **Schünemann** (2001: 14ff.) argumentiert in der gleichen Weise. Die Systemtheorie möge ein wissenschaftliches Paradigma sein, jedoch sei die Rechtswissenschaft ohne den Bezug zur Wirklichkeit, zu externen Zwecken und ohne die Möglichkeit der Bestätigung oder Falsifizierbarkeit ihrer Elemente durch empirische Untersuchungen kaum vorstellbar (**Sacher** 2006: 597).

Im weiteren Verlauf seiner kritischen Betrachtung von **Jakobs**' Theorie geht **Sacher** (2006: 598) auf dessen Erklärung ein, die Einhaltung der Normen wie auch die Verhängung von Strafen dienten der Stabilisierung der Gesellschaft. Dies komme einer soziologischen Betrachtung der Wirkung des Rechtssystems in der Gesellschaft gleich. Eine soziologische Perspektive vermittle jedoch nicht die Grundlagen der Legitimität des von den Rechtsteilnehmern zu akzeptierenden Rechtssystems. Vielmehr sei das von der Systemtheorie vorgebrachte Argument, die Gesellschaft bestätige durch die Normen ihre Identität, für die Teilnehmer am Rechtssystem, und deren Bereitschaft, die Normen zu befolgen, irrelevant. Da **Jakobs**' theoretischer Ansatz, seine externe Betrachtungsweise, nichts über die subjektiven Motive zur oder aber auch Interessen bei der Befolgung von Normen aussage (**Sacher** 2006: 597), finde die Teilnehmerperspektive der Konfliktbeteiligten vielmehr keinerlei Berücksichtigung. Dies sei problematisch, weil kein Richter sein Urteil bei der konkreten Fallklärung damit begründen könne, „dass die Gesellschaft dadurch ihre Identität bestätige (...) oder dass die Strafe die Negation der Tat sei" (**Sacher** 2006: 598).

Weiter genüge es für das Strafrecht, welches nicht die soziologische Perspektive übernehmen könne, als Rechtfertigung nicht, das „Sicherheitsbedürfnis einer Gesellschaftsordnung" zu befriedigen (**Stübinger** 1993: 42). Es müsse hingegen die Frage beantworten, wie von der äußerlichen Normbefolgung zur inneren Akzeptanz der Ordnung zu gelangen sei, wie **Stübinger** (1993: 42) meint. Nach **Sacher (**2006: 600) müssten Falllösungen aus einer „internen Perspektive" erarbeitet werden, weil die Rechtsdogmatik nicht die externe Perspektive zu übernehmen habe und sich auch nicht am „Gesamtsinn des Systems im System" orientieren könne. Die systemtheoretische Soziologie sei somit ein unzureichendes

Fundament zur Begründung des Strafrechts, da das Strafrecht nicht nach ihrer objektiven Wirkungsweise beurteilt werden dürfe, so **Stübinger** (1993: 42).

5.2.6.2 Die Kritik an **Jakobs**' Legitimationsbegriff

Nach **Roxin** (2006: 50 Rn. 111) soll die Norm nicht nur Verbote aussprechen, sondern auch das „Leitbild" der Einhaltung der Menschenrechte und der rechtsstaatlichen Demokratie verkörpern. Darin könnten die Norminhalte Legitimierung finden. **Jakobs** vermeide „absichtlich jede Aussage über Legitimität oder Illegitimität" und lehne eine Bestimmung von Norminhalten als unwissenschaftlich ab, da diese politisch zu regeln seien. Wie **Jakobs** meine, ergebe sich dann beim Normenschutz „derselbe kritische Ausgangspunkt, dessen sich die Rechtsgüterschutzlehre rühmt, aber es ist ein politischer Ausgangspunkt, und kein wissenschaftlicher"[440] (2006:50 Rn. 111). Für **Roxin** (2006: 50 Rn. 112) bedeutet dies, den Juristen von gesetzgeberischer "Willkür" abhängig zu machen. Die Justiz habe jedoch die Aufgabe, die Inhalte der Strafgesetzgebung mit den der rechtstaatlichen Verfassung entsprechenden Richtlinien der Kriminalpolitik in Übereinstimmung zu bringen. Dies sei eine wissenschaftliche Aufgabe.

Auch **Sacher** (2006: 604) findet nicht nachvollziehbar, dass **Luhmann** und **Jakobs**[441] beide bei Fragen der gesellschaftlichen Wertung auf die Politikwissenschaft verweisen würden. Bei der kritischen Betrachtung von **Jakobs**' Legitimitätsbegriff[442] biete sich laut **Sacher** (2006: 602) zunächst eine Auseinandersetzung mit dem allgemeinen Verständnis von Legitimation in Systemtheorien an. Wie sie meint, könne für die

> „Legitimation der Strafrechtsanwendung auf externe Zwecke und auf die reale Beziehung des Handelnden zu seiner sozialschädlichen Tat nicht verzichtet werden, so wie auch externe, reale Elemente, namentlich eine Konsensgrundlage, überhaupt für die Legitimation des positiven Rechts unentbehrlich sind" (**Sacher** 2006: 605).

Luhmanns (1983: 28) Definition von „Legitimität" lässt sich „als eine generalisierte Bereitschaft, inhaltlich noch unbestimmte Entscheidungen innerhalb gewisser Toleranzgrenzen hinzunehmen", wiedergeben, wie **Karl Larenz** (1991: 200) schreibt. Im Sinne **Luhmanns** drücke der Begriff Legitimation also das Bewirken von Bereitschaft, Entscheidungen hinzunehmen, aus, die durch eine Beteiligung der Betroffenen am Verfahren

---

[440] Vgl. **Jakobs** (2003: 31).

[441] Vgl. **Luhmann**, Rechtssoziologie, 3. Aufl. 1987, S. 80ff. Nach **Sacher** (2006: 32) ist **Jakobs'** Konzept der systemtheoretischen Rollenverteilung und Enttäuschung der normativen Erwartungen von **Luhmann** geprägt. Siehe auch **Jakobs** ZStW 107 (1995), S. 855.

[442] Vgl. zu **Luhmann** (1983: 28f.).

noch erhöht werden könne. Diese „Legitimation durch Verfahren“ sei allerdings nur dann sinnvoll, wenn Legitimation im **Luhmann**’**schen** Sinne wertfrei definiert werde und sich auf einen Vorgang in der Sozialsphäre beziehe; der normative Anteil des Legitimationsbegriff als „Rechtfertigung“ müsse dann allerdings außen vor gelassen werden (**Larenz** 1991: 200). Da **Luhmann** jedoch dafür plädiere, „ältere naturrechtliche Begründungen“ durch seine Verfahrenslegitimation zu ersetzen, habe er eine Gleichsetzung von soziologischer und normativer Bedeutung des Begriffs vorgenommen. **Luhmann** habe damit zwar im Sinne des von ihm verfolgten Interesses einer „Reduktion von Komplexität“ einen soziologischen Begriff entwickelt, der sich an einer möglichst „sinnhaften Ordnung“ der Gesellschaft und deren Effizienz orientiere. Er ignoriere dabei aber, dass die Frage, ob eine Entscheidung des Gesetzgebers (Richters, Behörde) auf Basis von Naturrecht adäquat ist, nicht mit der Frage gleichzusetzen sei, ob die Betroffenen diese akzeptieren (**Larenz** 1991: 201).

Wie **Sacher** (2006: 602f.) kritisiert, seien Gerechtigkeitskriterien und Legitimation der Systeme im **Luhmann**’**schen** Ansatz nur Möglichkeiten für das rechtliche und politische System und deshalb kontingent[443]. Die „Nichtfestlegung auf Legitimationsgründe (biete) keinen zusätzlichen Vorteil für die Strafrechtswissenschaft“ (**Sacher** 2006: 605). Entsprechend sei geltendes Recht nur gültig, weil eine selektive Entscheidung zu seinen Gunsten getroffen wurde (**Sacher** 2006: 602f.). Mit Blick auf dieses positivistische Verständnis von Recht zitiert **Sacher** (2006: 603) **Luhmann**: „Die Positivierung des Rechts bedeutet, dass für beliebige Inhalte legitime Rechtsgeltung gewonnen werden kann, und zwar durch eine Entscheidung, die das Recht in Geltung setzt und ihm seine Geltung auch wieder nehmen kann“[444] **Sacher** (2006: 605) kritisiert **Luhmanns** Beliebigkeit in Bezug auf die Gerechtigkeit und stellt eine Verbindung zu **Jakobs**’ Ansatz des Feindstrafrechts her: „Die Zuspitzung und zugleich ein Musterbeispiel eines legitimationslosen Strafrechts bildet die Differenzierung von Jakobs in ein Bürgerstrafrecht für die Kategorie der »Personen«, d.h. diejenigen, die eine »hinreichende kognitive Gewähr für personales Verhalten« bieten würden, und ein für den Beschuldigten sowohl im materiellen als auch im prozessualen Sinn garantieloses Feindstrafrecht“ (**Sacher** 2006: 605). Da **Jakobs** den Zweck des Strafrechts in dem Erhalt der Normgeltung sieht, wird es ihm ermöglicht, das „etablierte Strafrecht auf bestimmte Verbrechensformen und Individuen nicht (zur) Anwendung“ zu bringen (**Sacher** 2006: 607).

[443] Laut **Luhmann** soll durch Beobachtung und Versuch eine Ordnung entstehen, die er „soziales System“ nennt. Siehe **Luhmann** (1984).
[444] Vgl. dazu **Luhmann** (1970: 180).

5.2.6.3 Kritik am Strafzweck des Normgeltungsschutzes

Insbesondere in der jüngeren Diskussion von **Jakobs**' Theorie sei, so **Sacher** (2006: 616), berechtigte Kritik an dessen absoluter Ausrichtung seiner Straftheorie und der damit verbundenen Prämisse, Strafrecht habe keinen Zweck, sondern sei selbst Zweckerreichung, laut geworden. Dadurch sei es unmöglich, Ziele der Kriminalpolitik mit dem Strafzweck zu verbinden, die eine empirische Überprüfung der Wirkung der verhängten Strafe erlauben würden. Auch die von **Jakobs**' Strafrecht zu leistende Normbestätigung (Normtreue) sei, wie **Sacher** meint, empirisch nicht überprüfbar. Vielmehr sei es nicht einmal sicher, ob die Bürger überhaupt erfahren würden, dass die Strafe der Bestätigung und Festigung der Norm und damit der Gesellschaft dienen solle.

Jakobs' Konzept von Strafe besage, dass das Ziel der Schutz der Normgeltung und damit die Bestätigung der Gesellschaft sei und nicht der Schutz der Rechtsgüter. Dieser Strafzweck erfülle sich schon allein durch die Verhängung einer Strafe (**Roxin** 2006: 49 Rn. 109). Durch die Strafe werde die „Behauptung eines Täters (...) unmaßgeblich und die Norm gelte unverändert fort“[445]. **Roxin** (2006: 49 Rn. 109) stellt hierbei eine Parallele zu **Hegel** fest, für den Strafe die „Negation der Negation des Rechts“ bedeute. **Roxin** sieht dies kritisch, da es nicht um den Erhalt eines Systems um seiner selbst willen gehen dürfe. Vielmehr sei dies eine Missachtung der Menschen, die einer Gesellschaft zugehörig sind und zu deren Wohl der Erhalt eines sozialen Systems von Bedeutung ist. Des Weiteren dürfe die Funktion der Norm nicht allein in deren gehorsamer Befolgung durch die Bürger liegen, vielmehr müsse dieser immer auch ein konkretes Ziel zugrunde liegen, welches nur die Erreichung eines „friedliche(n) und freie(n), die Menschenrechte respektierende(n) Zusammenleben(s) der Gesellschaftsmitglieder“ sein dürfe (**Roxin** 2006: 50 Rn. 111). Auch **Baratta** (1984: 144) kritisiert die Abwertung des Menschen zum „Objekt der normativen Abstraktion und zum Instrument sozialer Funktion“ im Rahmen der Systemtheorie. Dadurch stehe der Mensch nicht mehr selbst im Mittelpunkt des Rechts (**Baratta** 1984: 144). **Stübinger** (1993: 44) fasst die Kritik an diesem „instrumentellen Verständnis von Strafe“ wie folgt zusammen: „Wird der Mensch lediglich als Mittel verwendet, so degradiert man ihn zur bloßen Sache und verletzt dessen Würde“.

Aponte (2006: 132) merkt kritisch an, dass **Jakobs** versuche, das Strafrecht nur „über die Funktion der Strafe“ zu legitimieren. Ein Strafrecht, welches im Schwerpunkt dazu diene, die

[445] Siehe **Jakobs** (2003: 42).

Normgeltung zu bestätigen, überschreite weit den Rahmen, den die Verteidigung von Rechtsgütern setzt. **Jakobs**' philosophischer Ansatz der Rechtstreue lasse Raum für eine Legitimierung von Strafnormen, die, so **Aponte** (2006: 132), „in deutlichem Widerspruch (...) zu einer bewahrenden und schützenden Vorstellung des Strafrechts" stünden und **Jakobs** als „Verteidiger eines autoritären Strafrechtsmodell" erscheinen ließen.

Auch **Baratta** (1984: 132f.) kritisiert die Fokussierung von **Jakobs**' Strafkonzept auf den Normgeltungsschutz. Da es bei der „formalen Rechtsordnung" nur noch um die Herstellung eines „institutionellen Vertrauens" gehe, verlagere sich die „Subjektivität vom Individuum auf das soziale System". Stabilität und Konsens gelten in der Systemtheorie als vorrangig vor dem Idealbild der kritischen pluralen Gesellschaft, in der individuelle ethische und politische Wertungen unabhängig voneinander existieren. Auch die Strafe diene bei **Jakobs** dem Wiederherstellen des Vertrauens durch „symbolischen Widerspruch".

Vergeltung und Abschreckung seien nach **Jakobs** (1983: 6ff.) nicht das Ziel der positiven Generalprävention. Spezialprävention in Form von Besserung des Täters sei dabei möglich und anstrebenswert, aber kein konkretes Strafziel (**Baratta** 1984: 133). Durch die positive Generalprävention werde folglich das Besserungsprinzip vernachlässigt und der „humanistische und emanzipatorische Kern der Wiedereingliederungsutopie" fallen gelassen (**Baratta** 1984: 142). Im Gegensatz dazu sollte die Wiedereingliederung eines Individuums ein Gebot der Menschenwürde sein. Entsprechend müsse die Rückkehr zu einem repressiven Strafzweck verhindert und die Beibehaltung des Besserungsprinzips fokussiert werden (**Baratta** 1984: 132/142).

Für **Roxin** (2004: 940) ergeben sich mit der Konzentration **Jakobs**' auf den Normgeltungsschutz zu Gunsten eines Verzichtes von Rechtsgüterschutz durch das Strafrecht einige Ungereimtheiten, denn gleichzeitig mit der Ablehnung des Güterschutzprinzips heiße es bei **Jakobs**, dass für den Tatbestand der Vollendung eine Gutsverletzung Voraussetzung sei[446]. **Jakobs** selbst fordert also, dass die unter Strafe gestellte Normverletzung durch eine „Objektivierung" von genügender „Signifikanz" bzw. durch ein Ereignis sichtbar gemacht werde[447]. Handelt es sich bei diesem Ereignis, das einen Normbruch darstellt, um eine vollendete Tat, so habe auch bei **Jakobs** die vollendete Tat aufgrund der Güterverletzung mehr Bedeutung als der Versuch. Für **Roxin** (2004: 941) ist dies mit **Jakobs**' Anspruch, den Normschutz als Strafzweck zu sehen, unvereinbar. Die Abstufungen im Strafmaß zwischen

[446] Vgl. **Jakobs** (1991: 6/73).
[447] Vgl. **Jakobs** (2003: 35).

der „Vollendungsstrafe, der gemilderten Versuchsbestrafung und der Straflosigkeit bei Vorbereitungshandlungen“ seien entsprechend der These von **Jakobs** nicht haltbar, denn diese beinhalte den gleichen Strafgrund für den Versuch und die Vollendung einer Tat, so **Roxin** (2004: 942). Da dies allerdings auch bei **Jakobs** nicht so sei, handle es sich letztendlich doch um eine Rechtsgutverletzung.

Schneider (2004: 71) führt aus, dass **Jakobs** den Rechtsgüterschutz weder als Legitimationsgrund darstelle noch in ihm eine „Aufgabe des Strafrechts“ sehe. Seine Begründung für die Notwendigkeit eines Strafrechts liege vielmehr in der Schaffung von „Enttäuschungsfestigkeit der wesentlichen normativen Erwartung durch „praktizierte Normgeltung“[448]. Damit formuliere **Jakobs** als einzigen Strafzweck die positive Generalprävention. Dabei gehe es ihm weniger, so **Schneider** (2004: 74), um ein Einwirken auf ein individuelles rechtstreues Verhalten als um eine „Bestätigung der gesellschaftliche(n) Identität“ im Sinne der Systemtheorie. Nach **Jakobs** erfülle die Strafe tatsächlich diese Aufgabe des Einübens in Normtreue (**Schneider** 2004: 79). Empirisch überprüfbar seien diese Grundannahmen von **Jakobs** allerdings nicht, da sie mit der gegenwärtigen Methodik kriminologisch-empirischer Sozialforschung weder zu beweisen noch zu falsifizieren seien (**Schneider** 2004: 80).

Auch **Stratenwerth** (1995: 7) sieht eine „Überforderung“ von **Jakobs**’ Straftheorie, bei der es sich seiner Meinung nach nur um beliebige Behauptungen handle und die zur genauen Bestimmung von strafrechtlichen Sanktionen ungeeignet sei. **Jakobs** (1995: 843) selbst bezieht zu diesem Kritikpunkt Stellung, indem er generell eine empirische Überprüfbarkeit ablehnt. Für ihn ist Identität nicht empirisch bestätigbar, weil sie kein Ausfluss des Verfahrens, sondern vielmehr dessen Bedeutung sei.

Wie **Schneider** (2004: 81) ausführt, würden sich sowohl **Jakobs** als auch sein Schüler **Lesch** mit deren Verzicht auf eine empirische Fundierung der positiven Generalprävention der absoluten Straftheorie[449] **Hegels** annähern. Zwischen der absoluten Straftheorie und der positiven Generalprävention bestehe für **Jakobs** kein Gegensatz, sondern ein Zusammenhang, so **Schneider** (2004: 82). Und tatsächlich decke sich zum Beispiel **Jakobs**’ Begriff der „kontrafaktischen Stabilisierung der normativen Verhaltenserwartung“ mit **Hegels** Definition,

[448] Vgl. **Jakobs** (1991: 35).

[449] Allgemein sieht **Gropp** (2005: 40) in absoluten Straftheorien Vergeltung und Sühne als Strafzweck. Die Strafe verfolge weder einen individuellen noch einen gesellschaftlichen Zweck. Nach **Gropp** (2005: 40) sei „der Begriff Vergeltung im wortwörtlichen Sinne zu verstehen“, das heißt. die Tat im Sinne einer Normverletzung des Täters besitze keine „Geltung“, „Vergelten bedeutet somit nicht gelten“.

dass Strafe die Verletzung (der Norm) „vernichte“[450] (**Schneider** 2004: 83). **Jakobs** Bezugnahme auf **Hegel** diene **Schneider** (2004: 84) zufolge insbesondere der Abwehr von Kritiken an der fehlenden empirischen Überprüfbarkeit der positiven Generalprävention.

5.2.6.4 Kritik der Rollentheorien

Wie bereits erwähnt kritisiert **Sacher** (2006: 617) **Jakobs**’ Ablehnung des Rechtsgüterschutzes. Dieses Prinzip sei gerade „im Falle einer Erfolgsbezweckung durch den Täter vorzüglich anzuwenden“. Da nicht davon auszugehen sei, dass sich ein Täter der negativen Auswirkungen seines Tuns für die Gesellschaft bewusst sei, dürfte die Rollentheorie (Einteilung in soziale Rollen) zwar in anderen Gebieten des Rechts zur Anwendung kommen, nicht aber bei vorsätzlichen Handlungen im Strafrecht. Die unterschiedliche Beurteilung eines Tötungsdelikts anhand von Rollen sei anhand des folgenden, regelmäßig von **Jakobs** verwendeten Falls zu beobachten, bei dem der Täter erkennen könne, dass die Handlung schädliche Folgen haben würde, er sich jedoch nicht für zuständig hält, sie zu vermeiden (**Sacher** 2004: 617).

Ein Biologiestudent arbeitet als Kellner und entdeckt in einem zu servierenden Gericht (einem Obstsalat) eine tödlich wirkende Zugabe[451]. Trotzdem serviert er dem ahnungslosen Gast das Gericht. Hier handle es sich, so **Sacher** (2006: 617), um ein Kapitaldelikt in mittelbarer Täterschaft. Die vorsätzliche Vergiftung könne dem Studenten zugerechnet werden. Für einen Kellner ohne botanische Kenntnisse gäbe es allerdings keinen Konflikt mit der Sorgfaltspflicht (**Sacher** 2006: 617). Nach Anwendung des Prinzips des Rechtsgüterschutzes hätte der Student ein tödliches Risiko geschaffen, der Erfolg könne ihm zugeschrieben werden. Bei einer Auslegung im Sinne des Normgeltungsprinzips habe er den Schaden jedoch nicht verursacht, wie **Roxin** (2004: 94) darlegt. Nach **Jakobs**’ Theorie finde eine Verletzung der Normgeltung nur statt, wenn jemand den Erwartungen seiner eigenen sozialen Rolle zuwiderhandle. Ein Kellner benötige bei der Erfüllung seiner Rolle kein biologisches Wissen; und falls er über entsprechende Kenntnisse verfüge, bräuchte er sie nicht einzubringen[452]. Nach **Roxin** (2004: 943) entspricht diese Gesetzesanwendung nicht der Aufgabe des Strafrechts, menschliches Leben zu schützen, denn in diesem Fall werde eine „leicht vermeidbare, völlig sinnlose vorsätzliche Tötung“ hingenommen.

---

[450] Siehe **Hegel** (1955: 185).

[451] Vgl. **Roxin** (2004: 943): „**Jakobs** bildet den Fall, daß »ein Biologiestudent als Aushilfskellner in einem exotischen Salat dank seiner im Studium erworbenen Kenntnisse eine giftige Frucht entdeckt, aber den Salat trotzdem serviert«.“ Siehe **Jakobs** (1989: 273).

[452] Siehe **Jakobs** (1989: 273).

5.2.6.5 Kritik des funktionalen Schuldbegriffs von **Jakobs**

Jakobs habe sich, so die Meinung **Stübingers** (1993: 47), weit von den traditionellen Schuldauffassungen entfernt, indem er den Schuldbegriff seinen systemtheoretischen Überlegungen angepasst habe. Auch wenn er den Begriff noch beibehalten habe, handle es sich nur noch um den „rein formalen Vorgang der Zurechnung für die Zuständigkeit für einen Mangel an dominanter Motivation bei einem rechtswidrigen Verhalten“ (**Stübinger** 1993: 47). Nach **Jakobs** entstehe erst durch die Zuschreibung überhaupt Schuld, und der Täter sei derjenige, welcher für den Rechtsbruch zuständig sei. Daraus ergebe sich jedoch die Schlussfolgerung, „daß der Richter erst dann weiß, ob der Täter schuldig ist, wenn er seinen eigenen Schuldspruch gehört hat“ (**Stübinger** 1993: 47).

Da der Täter sich jedoch auch „zu einer anderen Dominanz seiner Motivation hätte motivieren können“, sei auch **Jakobs**’ These von der „Irrelevanz der Willensfreiheit“ nicht konsequent. Insgesamt dürfe sich eine Interpretation der Schuld im Strafrecht mit der „externen Wirkungsweise“ nicht nur in einem Teilaspekt erschöpfen, sondern müsse stets auch die Perspektive des Teilnehmers berücksichtigen (**Stübinger** 1993: 48). Wie **Baratta** (1984: 134) kritisiert, basiere der Schuldspruch in **Jakobs**’ Theorie nicht mehr auf „der reale(n) Fähigkeit des Subjekts, im Sinne der Norm zu handeln, d.h. (auf der) Fähigkeit, auch anders handeln zu können“. Die Beurteilung der Straftat hänge davon ab, wie weit der symbolische Ausdruck von Rechtsuntreue gegenüber sanktionierten Werten gehe (**Baratta** 1984: 133f). Dadurch bestimme sich das Schuldmaß ebenso wie der objektive Tatbestand. Psychologische, subjektive Elemente des Tatbestands würden bei **Jakobs** unberücksichtigt bleiben (**Baratta** 1984: 134). Damit habe **Baratta** (1984: 134f.) zufolge der Schuldbegriff seine Funktion verloren, die Verantwortung des Täters und das Strafmaß zu begrenzen. Dieser Schutz des Individuums vor der staatlichen Strafe war Bestandteil des „liberalen Strafrechtsdenkens“ gewesen.

5.3 Die Übertragung des Funktionalismus nach Lateinamerika

In den folgenden Ausführungen wird gezeigt, dass der Einfluss des deutschen Strafrechts auf die iberoamerikanische Welt auch gegenwärtig unverändert anhält und derzeit insbesondere von den funktionalistischen Strafrechtstheorien von **Roxin** und **Jakobs** ausgeht. Ersterer hatte 1970, in dem gleichen Jahr, in dem er seinen bedeutenden Vortrag „Kriminalpolitik und

Strafrechtssystem“[453] gehalten hatte, mit Argentinien zum ersten Mal ein spanischsprachiges Land besucht. Von diesem Zeitpunkt bis heute hat sich Roxin bei seinen Kollegen in Spanien die Anerkennung erarbeitet, der „bedeutendste und einflußreichste spanisch-lateinamerikanische Strafrechtswissenschaftler aller Zeiten“ zu sein (**Gimbernat** 2003: 21). **Jakobs**’ erste Einladung nach Lateinamerika datiert aus dem Jahre 1994. Dort hielt er an der „Universidad Externado de Colombia“ in Bogotá einen Vortrag zu den zentralen Punkten seiner Verbrechenstheorie. Durch den engen und regelmäßigen Kontakt zu dieser Universität sowie durch eine Vielzahl weiterer Besuche und Verbindungen nach Lateinamerika hat sich **Jakobs**’ Einfluss auf die spanische und lateinamerikanische Strafrechtswissenschaft seither erheblich ausgeweitet. Dies spiegelt sich nicht nur in „mehreren Ehrendoktoraten (...) sowie zahlreichen Honorarprofessuren“ wider (**Pawlik** 2007:VII), sondern insbesondere in dem hohen Umfang an spanischsprachigen Rezeptionen zu **Jakobs**’ Werken.

5.3.1 **Roxins** wichtigste spanischsprachige Übersetzungen

Als **Claus Roxin** im Jahr 1957 zum Thema „Offene Tatbestände und Rechtspflichtmerkmale“[454] promovierte, begann für ihn eine lange und erfolgreiche Karriere. Seine Doktorarbeit wurde 1979 von dem spanischen Professor **Enrique Bacigalupo Zapater** unter dem Titel „Tipos abiertos y elementos del deber jurídico“ ins Spanische übersetzt[455].

Anno 1962 erhielt **Roxin** den Lehrstuhl an der Universität von Hamburg und veröffentlichte im selben Jahr zwei Schriften. Zuerst erschien der Artikel „Pflichtwidrigkeit und Erfolg bei fahrlässigen Delikten”[456] („Infracción del deber y resultado en los delitos imprudentes”) und dann „Zur Kritik der finalen Handlungslehre”[457] („Contribución a la crítica de la teoría final de la acción”). Beide Artikel wurden 1973 in das Sammelwerk „Strafrechtliche Grundlagenprobleme“[458] aufgenommen und erschienen 1976 in der durch den spanischen Professor **Diego-Manuel Luzón Peña** erfolgten Übersetzung „Problemas básicos del derecho

[453] Der Vortrag „Kriminalpolitik und Strafrechtssystem“ ist bis heute mit Spanisch, Japanisch, Englisch, Portugiesisch, Italienisch und Koreanisch in insgesamt sechs Sprachen übersetzt worden (**Duve** 2006:§ 15).
[454] Siehe **Roxin, Claus:** Offene Tatbestände und Rechtspflichtmerkmale, 1.Ausgabe, Hamburg: Ausgabe Cram, von Gruyter & Co., 1959.
[455] Siehe **Roxin**, **Claus**: Teoría del tipo penal. Tipos abiertos y elementos del deber jurídico, Übersetzung ins Spanische durch **Enrique Bacigalupo**, Buenos Aires: Depalma, XI, 1979.
[456] Siehe **Roxin, Claus**: Pflichtwidrigkeit und Erfolg bei fahrlässigen Delikten, Zeitschrift ZStW, Band 74, 1962, S. 411-444.
[457] Siehe **Roxin, Claus**: Zur Kritik der finalen Handlungslehre, Zeitschrift ZStW, Band 74, 1962, S. 515-561.
[458] Siehe **Roxin, Claus**: Strafrechtliche Grundlagenprobleme, 1.Ausgabe, Berlin, New York: Verlag von Gruyter, VII, 1973.

penal“[459]. In diesem zusammenfassenden Werk finden sich auch die Artikel „Zur Abgrenzung von bedingtem Vorsatz und bewusster Fahrlässigkeit“[460] („Sobre el fin de protección de la norma en los delitos imprudentes“) und „Verwerflichkeit und Sittenwidrigkeit als unrechtsbegründende Merkmale im Strafrecht“[461] („Culpabilidad y responsabilidad como categorías sistemáticas jurídicopenales“).

Im Jahr 1963 veröffentlichte **Roxin** das Buch „Täterschaft und Tatherrschaft“[462]. 1985 übersetzte Prof. **Carlos Elbert** aus Argentinien den § 24 der deutschen Version ins Spanische und gab ihm den Titel „Voluntad de dominio de la acción mediante aparatos de poder organizados“[463]. In den Jahren 1998 und 2000 übersetzten die spanischen Professoren **Joaquín Cuello Contreras** und **José Luis Serrano González de Murillo** die sechste und siebte Ausgabe von „Täterschaft und Tatherrschaft im Strafrecht“. Der Titel der Übersetzung lautet „Autoría y dominio del hecho en Derecho Penal“[464]. Das Vorwort beider Auflagen trug der ebenfalls spanische Prof. **Manuel Cobo del Rosal** bei.

1966 veröffentlichte **Roxin** den Artikel „Sinn und Grenzen staatlicher Strafe“[465]. Dessen Übersetzung „Sentido y límites de la pena estatal“ befindet sich in einem Sammelwerk aus Artikeln **Roxins**, das den Titel „Fundamentos político-criminales del Derecho penal“[466]trägt und 2008 von **Gabriela E. Córdoba** und **Daniel R. Pastor** veröffentlicht wurde. Unter den Artikeln des Buches befinden sich außerdem „Der Allgemeine Teil des materiellen Strafrechts“[467] („La parte general del Derecho penal sustantivo“[468]), „Die Wiedergutmachung

[459] Siehe **Roxin, Claus**: Problemas básicos del derecho penal, Übersetzung durch Dr. Diego-Manuel Luzón Peña, 1.Auflage, Madrid, Verlag Reus, 1976.

[460] Siehe **Roxin, Claus**: Zur Abgrenzung von bedingtem Vorsatz und bewußter Fahrlässigkeit, BGHSt 7 363, S. 209-234; Zeitschrift JuS 1964, S. 53-61.

[461] Siehe **Roxin, Claus**: Verwerflichkeit und Sittenwidrigkeit als unrechtsbegründende Merkmale im Strafrecht (Antrittsvorlesung vom 11.07.1964 in Göttingen), in: Zeitschrift JuS 1964, S. 373-381.

[462] Siehe **Roxin Claus**: Täterschaft und Tatherrschaft, Hamburg: Cram, von Gruyter & Co., XVI, 1963.

[463] Siehe **Roxin**, **Claus**: Voluntad de dominio de la acción mediante aparatos de poder organizados, Übersetzung des § 24 ins Spanische durch **Carlos Elbert**, in: Doctrina Penal, Nr. 31, Juli-September (1985), Buenos Aires: Depalma, 1985, S. 388-411.

[464] Siehe **Roxin, Claus**: Autoría y dominio del hecho en Derecho Penal, Übersetzung (der 6. Auflage ins Spanische) durch **Joaquín Cuello Contreras** und **José Luis Serrano González de Murillo**, mit einem Vorwort von **Manuel Cobo del Rosal**, Madrid, Barcelona: Marcial Pons, 1998; sowie Autoría y dominio del hecho en Derecho Penal, Übersetzung (der 7. Auflage ins Spanische) durch **Joaquín Cuello Contreras** und **José Luis Serrano González de Murillo** mit einem Vorwort von **Manuel Cobo del Rosal**, Madrid, Barcelona: Marcial Pons, 2000.

[465] Siehe **Roxin, Claus**: Sinn und Grenzen staatlicher Strafe, Zeitschrift JuS 1966, S. 377-387. Auch in: **Roxin**, **Claus**: Strafrechtliche Grundlagenprobleme, 1. Aufl., Berlin, New York: Verlag von Gruyter, Beitrag 1, 1973.

[466] Siehe **Roxin, Claus**: Fundamentos político-criminales del Derecho penal, (Hrsg.) Gabriela E. Córdoba und Daniel R. Pastor, 1. Aufl., Buenos Aires, Verlag Hammurabi, 2008.

[467] Siehe **Roxin**, **Claus**: Der Allgemeine Teil des materiellen Strafrechts, in: **Roxin**/**Arzt**/**Tiedemann**: Einführung in das Strafrecht und Strafprozessrecht, 1. Aufl., Heidelberg: Müller, 1983.

im System der Strafzwecke“[469] („La reparación en el sistema de los fines de la pena“[470]), „Zur neueren Entwicklung der Kriminalpolitik“[471] („Acerca del desarrollo de la política criminal“[472]), „Hat das Strafrecht eine Zukunft?“[473] („¿Tiene futuro el Derecho penal?“[474]), „Franz von Liszt und die kriminalpolitische Konzeption des Alternativentwurfs“[475] („Franz von Liszt y la concepción político-criminnal del Proyecto Alternativo“[476]) und „Rechtsgüterschutz als Aufgabe des Strafrechts?“[477] („¿Es la protección de bienes jurídicos una finalidad del derecho penal?“ [478]).

Ferner veröffentlichte **Roxin** den Artikel „Was darf der Staat unter Strafe stellen? Zur Legitimation von Strafdrohungen“[479]. Auf Spanisch nennt sich dieser Artikel „¿Qué puede

---

[468] Siehe **Roxin**, **Claus**: La Parte General del Derecho Penal sustantivo, übersetzt durch **Luis Arroyo Zapatero**, in: Fundamentos político-criminales del Derecho penal, 2008, Beitrag 12. Auch in: Introducción al Derecho Penal y Procesal Penal, Übersetzung der 2. Aufl. ins Spanische übersetzt durch **Luis Arroyo Zapatero** und **Juan Luis Gómez Colomer** mit Anmerkungen der Übersetzer, Barcelona: Ariel, 1988, S. 17-80.

[469] Siehe **Roxin**, **Claus**: Die Wiedergutmachung im System der Strafzwecke, in: Wiedergutmachung und Strafrecht, ein Symposium zur Ehrung von Friedrich Schaffstein anlässlich seines 80. Geburtstags, (Hrsg.) **Heinz Schöch**, Müchen, 1987, S. 37-55.

[470] Siehe **Roxin**, **Claus**: La reparación en el sistema de los fines de la pena, Übersetzer **Julio B. Maier** und **Elena Carranza**, in: Fundamentos político-criminales del Derecho penal, (Hrsg.) **Gabriela E. Córdoba** und **Daniel R. Pastor**, 1. Aufl., Buenos Aires, Verlag Hammurabi, 2008; auch in: Zeitschrift Justicia Penal y Sociedad, Guatemala Jahr I, Nr. 1, S. 5-22; in: De los Delitos y de las víctimas, zusammengestellt von **Julio B. Maier**, hrsg. von **Alberto Bovino** und **Daniel R. Pastor**, Buenos Aires: Verlag AD-HOC, 1992, S. 229-156.

[471] **Roxin**, **Claus**: Zur neueren Entwicklung der Kriminalpolitik, in: Die Bedeutung der Wörter. Studien zur europäischen Rechtsgeschichte, Festschrift für **Sten Gagnér** zum 70 Geburtstag., (Hrsg.) **Michael Stolleis**, **Monika Frommel**, **Joachim Rückert**, **Rainer Schröder**, **Kurt Seelmann** und **Wolfgang Wiegand**, München, Verlag C. H. Beck, 1991, S. 341-356.

[472] Siehe **Roxin**, **Claus**: Acerca del desarollo reciente de la Política Criminal, Übersetzer **Miguel Díaz**, **García Conlledo** und **Mercedes Pérez Manzano**, in: Zeitschrift Cuadernos de Politica Criminal, Nr. 48, Madrid, 1992, S. 795-810. Auch in: Fundamentos político-criminales del Derecho penal, 2008, Beitrag 8.

[473] Siehe **Roxin**, **Claus**: Hat das Strafrecht eine Zukunft?, in: Gedächtnisschrift für **Heinz Zipf**, (Hrsg.) **Karl Heinz Gössel** und **Otto Triffterer**, Heidelberg: C. F. Müller, 1999, S. 135-151.

[474] Siehe **Roxin**, **Claus**: Tiene futuro el Derecho penal?, Übersetzung ins Spanische durch **Emiliano Borja**. Auch in: Revista del Poder Judicial (Spanien), 3a época, número 49, 1998 (I), S. 373-392; in: Fundamentos político-criminales del Derecho penal, 2008, Beitrag 10.

[475] Siehe **Roxin**, **Claus**: Franz von Liszt und die kriminalpolitische Konzeption des Alternativentwurfs, in: ZStW, Bd. 81, 1969, S. 613-649. Auch in: **Roxin**, **Claus**: Strafrechtliche Grundlagenprobleme, 1. Aufl., Berlin, New York: Verlag von Gruyter, 1973.

[476] Siehe **Roxin**, **Claus**: Franz von Liszt y la Concepción político-criminal del Proyecto Alternativo, in: Fundamentos político-criminales del Derecho penal, 2008, Beitrag 7.

[477] Siehe **Roxin**, **Claus**: Rechtsgüterschutz als Aufgabe des Strafrechts?, in: Empirische und dogmatische Fundamente, kriminalpolitischer Impetus (Symposium für Bernd Schünemann zum 60. Geburtstag), (Hrsg.) **Roland Hefendehl**, Köln: Carl Heymanns, 2005, S. 135-150.

[478] Siehe **Roxin**, **Claus**: ¿Es la protección de bienes jurídicos una finalidad del Derecho penal?, übersetzt von **Iñigo Ortiz de Urbina Gimeno**, in: Fundamentos político-criminales del Derecho penal, 2008. Als ¿La protección de bienes jurídicos como misión del derecho penal?, Übersetzung ins Spanische durch **Jorge Fernando Perdomo Torres**, in: Derecho penal y sociedad. Estudios sobre las obras de Günther Jakobs y Claus Roxin, y sobre las estructuras modernas de la imputación, Bd. I, (Hrsg.), **Montealegre Lynett**, Universidad Externado de Colombia, 2007, S. 163-81.

[479] Siehe **Roxin**, **Claus**: Was darf der Staat unter Strafe stellen? Zur Legitimation von Strafandrohungen, in: Studi in onore di **Giorgio Marinucci**, Festschrift für **G. Marinucci** in drei Bänden, (Hrsg.) **Emilio Dolcini** und **Carlo Enrico Paliero**, Bd. I (Teoria del Diritto Penale Criminologia e Politica Criminale), Milano: Dott. A. Giuffrè Editore, 2006, S. 715-737. Auch in: Universitas Vitae, Homenaje a **Ruperto Núñez Barbero**, (Hrsg.) **Fernando Pérez Álvarez**, Ediciones Universidad Salamanca, 2007, S. 671-690.

reprimir penalmente el estado? Acerca de la legitimación de las comunicaciones penales“[480] und befindet sich ebenfalls in einer Sammlung aus Übersetzungen von Schriften **Roxins**, nämlich in „Problemas Actuales de Dogmática Penal“[481]. Die Übersetzungen und das Vorwort stammen von **Manuel A. Abanto Vásquez**. Das Buch enthält außerdem die Artikel „Die Formen der Teilnahme am Verbrechen: Der aktuelle Stand der Diskussion” – („Las formas de participación en el delito: El estado actual de la discusión”[482]), („Zur Erfolgsrechnung bei vorzeitig ausgelöstem Kausalverlauf”[483]) („Acerca de la imputación del resultado en los cursos causales puestos en marcha anticipadamente”[484]), „Mittelbare Täterschaft kraft Organisationsherrschaft”[485] („La autoría mediata por dominio en la organización“[486]) „Normativismus, Kriminalpolitik und Empirie in der Strafrechtdogmatik“[487] („Normativismo, política criminal y empirismo en la dogmática penal“[488]) sowie „Zur

[480] Siehe **Roxin**, **Claus**: ¿Qué puede reprimir penalmente el estado? Acerca de la legitimación de las conminaciones penales, Übersetzung durch **Dr. Manuel A. Abanto Vásquez,** in: der Zeitschrift: Iter Criminis *(Revista de Ciencias Penales)*, Núm. 12 (octubre 2004 – marzo 2005), (Hrsg.) Instituto Nacional de Ciencias Penales, Mexiko, S. 321-347. Als ¿Qué puede reprimir penalmente el estado? Acerca de la legitimación de las conminaciones penales, auch in: Problemas Actuales de Dogmática Penal, 2004.

[481] Siehe **Roxin**, **Claus**: Problemas Actuales de Dogmática Penal, Übersetzungen von Artikeln **Roxins** mit einem kurzen Vorwort von **Manuel A. Abanto Vásquez**, Lima (Peru): ARA Editores E.I.R.L., 2004.

[482] Siehe **Roxin**, **Claus**: Las formas de participación en el delito: El estado actual de la discusión, Übersetzung ins Spanische durch **Manuel A. Abanto Vásquez**, in: Revista Peruana de Ciencias Penales, no 9, 2000, S. 545ff. Auch in: Problemas Actuales de Dogmática Penal, 2004. Auch in: La teoría del delito en la discusión actual, 2007.

[483] **Roxin**, **Claus**: Zur Erfolgszurechnung bei vorzeitig ausgelöstem Kausalverlauf (im Rahmen des Sonderheftes für **Paul-Günter Pötz** zum 80.Geburtstag), in: GA 2003, S. 257-268.

[484] Siehe **Roxin**, **Claus**: Acerca de la imputación del resultado en los cursos causales puestos en marcha Anticipadamente, in: Problemas Actuales de Dogmática Penal, 2004. Auch in: La teoría del delito en la discusión actual, 2007.

[485] Siehe **Roxin**, **Claus**: Mittelbare Täterschaft kraft Organisationsherrschaft, in: Sonderheft für **Gerhard Schäfer** zum 65. Geburtstag am 18. Oktober 2002, (Hrsg.) **Axel Boetticher**, **Martin W. Huff**, **Herbert Landau** und **Gunther Widmaier**, München, Frankfurt a. M.: C. H. Beck, 2002, S. 52-57.

[486] Siehe **Roxin**, **Claus**: La Autoría mediata por Dominio en la Organización, Übersetzung ins Spanische durch **Manuel Abanto Vásquez**, in: Revista Peruana de Ciencias Penales, Tomo 13, 2003, Lima: IDEMSA, S. 17-32. Auch in: Problemas Actuales de Dogmática Penal, 2004. Auch in: Revista de Derecho Penal, 2005-2: Autoría y Participación II, Buenos Aires (Argentinien): Rubinzal/Culzoni Editores, S. 9-28.

[487] Siehe **Roxin**, **Claus**: Normativismus, Kriminalpolitik und Empirie in der Strafrechtsdogmatik, in: Jus humanum. Grundlagen des Rechts und Strafrecht, Festschrift für **Ernst-Joachim Lampe** zum 70. Geburtstag, (Hrsg.) **Dieter Dölling**, Berlin: Duncker & Humblot, 2003, S. 423-437.

[488] Siehe **Roxin**, **Claus**: Normativismo, política criminal y empirismo en la dogmática penal, Übersetzung ins Spanische durch **Manuel A. Abanto Vásquez**, in: Cathedra – Espíritu del Derecho, Revista de los Estudiantes de Derecho de la Universidad Nacional Mayor de San Marcos (Lima, Peru), Año VI, N° 10, 2003, S. 254-262. Auch in: Problemas Capitales del moderno Derecho Penal a principios del Siglo XXI”, (Hrsg.) Centro de Estudios de Política Criminal y Ciencias Penales A.C. (CEPOLCRIM), Mexiko, 2003, S. 23-37. Auch in: Problemas Actuales de Dogmática Penal, 2004.

Normativierung des dolus eventualis und zur Lehre von der Vorsatzgefahr“[489] („Acerca de la normativización del dolus eventualis y la doctrina del peligro de dolo“[490]).

Eines der bekanntesten Werke **Roxins** ist die Schrift „Kriminalpolitik und Strafrechtsystem“[491]. Sie wurde 1970 veröffentlicht und enthält **Roxins** Argumente gegen die kausalistischen und finalistischen Strafrechtstheorien. Zudem führte der Autor in diesem Werk seine „teleologisch-kriminalpolitische Verbrechenslehre“ ein. 1972 wurde die Schrift, dank der Übersetzung von **Franciso Muñoz Conde**, unter dem Titel „Política Criminal y Sistema del Derecho Penal“[492] auch auf Spanisch veröffentlicht. Es gibt auch eine zweite Veröffentlichung mit einer zusätzlichen Einleitung des Übersetzers und einem Vorwort von **Roxin**.[493] Zusätzlich übersetzte **Muñoz Conde** den 1973 von **Roxin** angefertigten Bericht „Kriminalpolitische Überlegungen zum Schuldprinzip“[494]. Die Übersetzung findet sich unter dem Titel „Reflexiones político-criminales sobre el principio de culpabilidad“ [495]als Teil des 1981 veröffentlichten Buches „Culpabilidad y Prevención en Derecho Penal“[496]. In diesem Buch findet sich außerdem die von **Muñoz Conde** ausgeführte Übersetzung des Artikels

[489] Siehe **Roxin**, **Claus**: Zur Normativierung des dolus eventualis und zur Lehre von der Vorsatzgefahr, Ehrung für **Hans-Joachim Rudolphi** anlässlich seines 70. Geburtstag, (Hrsg.) **Klaus Rogall**, **Ingeborg Puppe**, **Ulrich Stein** und **Jürgen Wolter**, Neuwied: Verlag Luchterhand, 2004.

[490] Siehe **Roxin**, **Claus**: Acerca de la normativización del dolus eventualis y la doctrina del peligro de dolo, Übersetzung durch **Manuel A. Abanto Vásquez**, in: Problemas Actuales de Dogmática Penal, Lima (Peru): Verlag ARA 2004. Und in: La teoría del delito en la discusión actual, Übersetzung und Vorwort **Manuel A. Abanto Vásquez**, Lima (Peru): 2007.

[491] Siehe **Roxin**, **Claus**: Kriminalpolitik und Strafrechtssystem, Berlin: Verlag vom de Gruyter & Co., 1970, 43 S., (Schriftenreihe der Juristischen Gesellschaft e.V. Berlin, Heft 39). Und die um ein Nachwort ergänzte Auflage, Berlin, New York: de Gruyter, 1973, 50 S., (Schriftenreihe der Juristischen Gesellschaft e.V. Berlin, Heft 39).

[492] Siehe **Roxin**, **Claus**: Política Criminal y Sistema del Derecho Penal, Übersetzung **Francisco Muñoz Conde**, 1. Aufl., Barcelona: Verlag Bosch, 1972.

[493] Siehe **Roxin**, **Claus**: Política Criminal y Sistema del Derecho Penal, 2. Aufl., Argentinien: Hammurabi, 2000.

[494] Siehe **Roxin**, **Claus**: Kriminalpolitische Überlegungen zum Schuldprinzip, in: MSchrKrim, Band 56, 1973, S. 312-325. Auch in: Strafrecht und Strafrechtsreform, Referate und Diskussionen eines Symposiums der Alexander-von-Humboldt-Stiftung, Bonn-Bad Godesberg, veranstaltet vom 7.-12. 9. 1973 in Ludwigsburg, (Hrsg.) **Kurt Madlener**, **Dietrich Papenfuss**, **Wolfgang Schöne**, Köln (usw.): Heymanns, 1974, S. 281-291 (Internationale Fachgespräche, veranstaltet durch die Alexander-von-Humboldt-Stiftung, Bonn-Bad Godesberg).

[495] Siehe **Roxin**, **Claus**: Reflexiones político-criminales sobre el principio de culpabilidad, Übersetzung durch **Francisco Muñoz Conde**, in: Culpabilidad y Prevención en Derecho Penal, 1981.

[496] Siehe **Roxin**, **Claus**: Culpabilidad Prevención en Derecho Penal, Übersetzung verschiedener Schriften **Claus Roxins** ins Spanische durch **Francisco Muñoz Conde** (mit einer Einleitung und Anmerkungen des Übersetzers), Madrid: Reus, 1981.

„Zweiseitigkeit und Einseitigkeit des Schuldprinzips"[497] („Concepción bilateral y unilateral del principio de culpabilidad"[498]).

Ebenso übersetzte **Muñoz Conde**, **Roxins** Artikel „Schuld und Verantwortlichkeit als strafrechtliche Systemkategorien"[499] aus dem Jahre 1974 unter dem Titel: „Culpabilidad y Responsabilidad como categorías sistemáticas jurídico-penales"[500]. Weitere von **Muñoz Conde** übersetzte Artikel sind „Strafzumessung im Lichte der Strafzwecke"[501] („La determinación de la pena" [502]) und „Prävention und Strafzumessung"[503] („Prevención y Determinación de la Pena"[504]), den **Roxin** 1978 in der Festschrift für **Hans Jürgen Bruns** zum 70. Geburtstag veröffentlicht hatte. Die spanische Übersetzung wurde in „Cuadernos de Política Criminal" im Jahre 1979 herausgegeben.

Die spanische Übersetzung von **Roxins** anno 1981 erschienenem Artikel „Der fehlgeschlagene Versuch – Zugleich ein Beitrag zum Problem der wiederholten Ausführungshandlung"[505] („La tentativa frustrada"[506]) – befindet sich in „Dogmática Penal y Política Criminal"[507], einem weiteren Sammelwerk aus Übersetzungen von Schriften **Roxins**. **Abanto**

---

[497] Siehe **Roxin**, **Claus**: Zweiseitigkeit und Einseitigkeit des Schuldprinzips: Zum Verhältnis von Schuld und Prävention in der Strafrechtsdogmatik und im Strafzumessungsrecht, Übersetzung ins Japanische durch Seiji Saito, in: Journal of Criminal Law, Vol. 24, Dezember 1980.

[498] Siehe **Roxin Claus**: Concepción bilateral y unilateral del principio de culpabilidad, Übersetzung durch **Francisco Muñoz Conde**, in: Culpabilidad y Prevención en Derecho Penal, 1981.

[499] Siehe **Roxin, Claus**: Schuld und Verantwortlichkeit als strafrechtliche Systemkategorien, in: Grundfragen der gesamten Strafrechtswissenschaft zur Festschrift für **Heinrich Henkel** zum 70. Geburtstag, (Hrsg.) **Claus Roxin** zusammen mit **Hans-Jürgen Bruns** und **Herbert Jäger**, Berlin: de Gruyter 1974, S. 171-197. Auch in: Strafrecht und Strafrechtsreform, Referate und Diskussionen eines Symposiums der Alexander-von-Humboldt-Stiftung, Bonn – Bad Godesberg, veranstaltet vom 7.-12.9. 1973 in Ludwigsburg, Köln (usw.): Heymanns, 1974, S. 257-279 (Internat. Fachgespräche, veranstaltet durch die Alexander-von-Humboldt-Stiftung, Bonn-Bad Godesberg).

[500] Siehe **Roxin**, **Claus**: Culpabilidad y responsabilidad como categorías sistemáticas jurídico-penales, Übersetzung durch **Francisco Muñoz Conde**, in: Culpabilidad y Prevención en Derecho Penal, 1. Aufl., Madrid: Verlag Reus, 1981.

[501] Siehe **Roxin, Claus**: Strafzumessung im Lichte der Strafzwecke, in: Lebendiges Strafrecht, Festgabe zum 65. Geburtstag von **Hans Schultz**, (Hrsg.) **Hans Walder** und **Stefan Trechsel**, Schweizerische Zeitschrift für Strafrecht/ Revue Pénale Suisse, 94. Jahrgang/ 94E Année, Bern: Stämpfli & Cie., 1977, S. 463-481. Auch in: Pönometrie-Rationalität oder Irrationalität der Strafzumessung, Schriftenreihe des Institutes für Konfliktforschung, Heft 3, Köln, 1977, S. 55-72.

[502] Siehe **Roxin**, **Claus**: La determinación de la pena, Übersetzung durch **Francisco Muñoz Conde**, in: Culpabilidad y Prevención en Derecho Penal, Madrid: Reus, 1981.

[503] Siehe **Roxin**, **Claus**: Prävention und Strafzumessung, in: Festschrift für **Hans-Jürgen Bruns** zum 70. Geburtstag, (Hrsg.) **Wolfgang Frisch** und **Werner Schmid**, Köln: Heymanns, 1978, S. 183-204.

[504] Siehe **Roxin**, **Claus**: Prevención y Determinación de la Pena, Übersetung durch **Francisco Muñoz Conde**, in: Cuadernos de Política Criminal, Heft, Nr. 9, 1979, S. 55-74. Nachträglich veröffentlicht in: Fundamentos político-criminales del Derecho penal.

[505] Siehe **Roxin**, **Claus**: Der fehlgeschlagene Versuch. Zugleich ein Beitrag zum Problem der wiederholten Ausführungshandlung, in: Jus 1981, S. 1-9.

[506] Siehe **Roxin**, **Claus**: La tentativa frustrada, in: Dogmática Penal y Política Criminal, 1998.

[507] Siehe **Roxin**, **Claus**: Dogmática Penal y Política Criminal, Übersetzung verschiedener Schriften **Claus Roxins** ins Spanische durch **Manuel A. Abanto Vásquez**, vom Übersetzer herausgegeben und mit einem Vorwort versehen, Lima (Peru): IDEMSA, 1998.

Vásquez verantwortete deren Übersetzung und schrieb zudem auch das Vorwort. Unter den Artikeln die dieses Sammelwerk bilden befinden sich weiter: „Über die Einwilligung im Strafrecht“[508] („Acerca del consentimiento en el Derecho Penal“[509]), „Rechtfertigungs- und Entscheidungsgründe in Abgrenzung von sonstigen Strafausschließungen“[510] („Las causas de justificación y exculpación y sus delimitaciones de otras causas de exclusión de la pena“[511]), „Bemerkungen zum Regressverbot“[512] („Observaciones a la prohibición de regreso“[513]), „Was ist Beihilfe?“[514] („¿Qué es la complicidad”[515]) „Die Abgrenzung vom untauglichem Versuch und Wahndelikt“[516] („La delimitación entre tentativa inidónea delito putativo“[517]), „Zur Entwicklung des Strafrechts im kommenden Jahrhundert“[518] („El desarrollo del Derecho Penal en el siguiente siglo“[519]), „Zur kriminalpolitischen Fundierung des Strafrechtssystems“[520] („Acerca de la consolidación político-criminal del sistema de Derecho

[508] Siehe **Roxin**, **Claus**: Über die Einwilligung im Strafrecht, in: Estudos em homenagem ao Prof. **Doutor Eduardo Correia**, Festschrift für **Eduardo Correia**, Bd. III, Coimbra: Universidade de Coimbra, Sondernummer von: Boletim da Faculdade de Direito, 1984, S. 396-434.

[509] Siehe **Roxin**, **Claus**: Acerca del consentimiento en el Derecho Penal, Übersetzung, in: Dogmática Penal y Política Criminal, 1998. Auch in: La teoría del delito en la discusión actual, 2007.

[510] Siehe **Roxin**, **Claus**: Rechtfertigungs- und Entschuldigungsgründe in Abgrenzung von sonstigen Strafausschließungsgründen, in: JuS 1988, S. 425-433. Auch in: Rechtfertigung und Entschuldigung. Rechtsvergleichende Perspektiven, Band S 7/1, (Hrsg.) **Albin Eser** und **George P. Fletcher**, Freiburg i. Br.: Max-Planck-Institut für ausländisches und internationales Strafrecht, 1988, S. 229-262.

[511] Siehe **Roxin**, **Claus**: Las causas de justificación y de exculpación y su delimitación de otras causas de exclusión de la pena, in: Dogmática Penal y Política Criminal, 1998. Auch in: La teoría del delito en la discusión actual, 2007.

[512] Siehe **Roxin**, **Claus**: Bemerkungen zum Regreßverbot, in: Festschrift für **Herbert Tröndle** zum 70. Geburtstag, (Hrsg.) **Hans-Heinrich Jescheck** und **Theo Vogler**, Berlin, New York: de Gruyter, 1989, S. 177-200.

[513] Siehe **Roxin**, **Claus**: Observaciones a la prohibición de regreso, Übersetzung in: Dogmática Penal y Política Criminal, 1998. Auch in: La teoría del delito en la discusión actual, 2007.
Siehe **Roxin Claus**: Observaciones sobre la prohibición de regreso, Übersetzung ins Spanische durch **Marcelo A. Sancinetti**, in: Cuadernos de Doctrina y Jurisprudencia Penal, Buenos Aires, Año III, No. 6, 1997, S. 19-44. Auch in: La prohibición de regreso en derecho penal, (Hrsg.) Universidad Externado de Derecho Penal, Colombia, 1998, S. 149-189.

[514] Siehe **Roxin Claus**: Was ist Beihilfe?, in: Festschrift für **Koichi Miyazawa**, Dem Wegbereiter des japanisch-deutschen Strafrechtsdiskurses, (Hrsg.) **Hans-Heiner Kühne**, Baden-Baden: Nomos, 1995, S. 501-517.

[515] Siehe **Roxin**, **Claus**: ¿Qué es la complicidad?, Übersetzung in: Dogmática Penal y Política Criminal, 1998. Auch in: La teoría del delito en la discusión actual, 2007.

[516] Siehe **Roxin**, **Claus**: Die Abgrenzung von untauglichem Versuch und Wahndelikt, in: JZ 1996, S. 981-987.

[517] Siehe **Roxin**, **Claus**: La delimitación entre tentativa inidónea y delito putativo, in: Dogmática Penal y Política Criminal, 1998. Auch in: La teoría del delito en la discusión actual, 2007.

[518] Siehe **Roxin**, **Claus**: Zur Entwicklung des Strafrechts im kommenden Jahrhundert, in deutscher Sprache mit anschließender Zusammenfassung in polnischer Sprache, in: Aktualne Problemy Prawa Karnego i Kryminologii− Current Problems of the Penal Law and Criminology – Aktuelle Probleme des Strafrechts und der Kriminologie, (Hrsg.) **Emil W. Plywaczewski**, Bialystok: Temida 2, 1998, S. 443-466 (deutscher Text), S. 466-471 (polnische Zusammenfassung).

[519] Siehe **Roxin**, **Claus**: El desarrollo del Derecho Penal en el siguiente siglo, Übersetzung durch **Manuel A. Abanto Vásquez**, in: Dogmática Penal y Política Criminal, 1998.

[520] Siehe **Roxin**, **Claus**: Zur kriminalpolitischen Fundierung des Strafrechtssystems. Internationale Perspektiven in Kriminologie und Strafrecht, in der Festschrift für **Günther Kaiser** zum 70. Geburtstag, (Hrsg.) **Hans-Jörg Albrecht**, **Frieder Dünkel**, **Hans-Jürgen Kerner**, **Josef Kürzinger**, **Heinz Schöch**, **Klaus Sessar** und **Bernhard Villmow**, Berlin: Verlag Duncker & Humblot, 1998, S. 885-896.

Penal“[521]) und „Über den Strafgrund des Versuchs“[522] („Acerca del fundamento penal de la tentativa“[523]).

Roxins wichtigstes Werk zum Strafrecht ist sein Lehrbuch „Strafrecht Allgemeiner Teil“[524]. Es existiert eine vollständige spanische Übersetzung der zweiten Auflage, verwirklicht durch **Diego-Manuel Luzón Peña**, **Miguel Díaz y García Conlledo** und **Javier de Vicente Remesal**. Unter dem Titel „Derecho Penal, Parte General, Tomo I: Fundamentos“[525] wurde sie 1997 in Madrid gedruckt und enthält Bemerkungen seiner Übersetzer.

Im Jahre 1999 hielt **Roxin** einen Vortrag im Rahmen einer Tagung[526], der unter dem Titel „Die Strafrechtswissenschaft vor den Aufgaben der Zukunft“[527] veröffentlicht wurde. Die spanische Übersetzung „La Ciencia del Derecho penal ante las tareas del futuro” [528] übernahm **Carmen Gómez Rivero**. Sie erschien im Jahr 2004 und wurde von **Francisco Muñoz Conde** herausgegeben.

---

[521] Siehe **Roxin**, **Claus**: Acerca de la consolidación político-criminal del sistema de Derecho Penal, Übersetzung ins Spanische durch **Manuel A. Abanto Vásquez**, in: Dogmática Penal y Política Criminal, 1998.

[522] Siehe **Roxin**, **Claus**: Über den Strafgrund des Versuchs, in: Festschrift für **Haruo Nishihara** zum 70. Geburtstag, (Hrsg.) **Albin Eser**, Baden-Baden: Verlag Nomos, 1998, S. 155-168.

[523] Siehe **Roxin**, **Claus**: Acerca del fundamento penal de la tentativa, Übersetzung in: Dogmática Penal y Política Criminal, 1998. Auch in: La teoría del delito en la discusión actual, Übersetzung und Vorwort **Manuel A. Abanto Vásquez**, 1. Aufl., Lima (Peru): Editorial Jurídica Grijley 2007.

[524] Siehe **Roxin**, **Claus**: Strafrecht, Allgemeiner Teil, Bd. I, Grundlagen. Der Aufbau der Verbrechenslehre, 1. Aufl., München: C. H. Beck, 1992 (2. Aufl., München: C. H. Beck, 1994).

[525] Siehe **Roxin**, **Claus**: Derecho Penal, Parte General, Bd. I, Fundamentos. La Estructura de la Teoria del Delito, vollständige Übersetzung der 2. Auflage ins Spanische durch **Diego-Manuel Luzón Peña**, **Miguel Díaz y García Conlledo** und **Javier de Vicente Remesal** mit Anmerkungen der Übersetzer, Madrid: Editorial Civitas, S.A., 1997. Übersetzung der 2. Auflage der Abschnitte § 11 B I: La Ulterior Imputación al Tipo Objetivo und § 24 A I-V: La Imputación Objetiva en los Delitos Imprudentes, in: La Imputación Objetiva en el Derecho Penal, übersetzt durch **Manuel A. Abanto Vásquez** (S. 89-158 und S. 159-186) mit einer Vorbemerkung des Übersetzers – „A manera de presentación: Nociones Preliminares” (S. 13-47) – und einer Einführung von **Paz Mercedes de la Cuesta Aguado** – „Introducción”, (S. 49-87) – Lima-Peru: IDEMSA, 1997, 190 S.

[526] Tagung „Die deutsche Strafrechtswissenschaft vor der Jahrtausendwende – Rückbesinnung und Ausblick“. Kolloquium in der Berlin-Brandenburgischen Akademie der Wissenschaften vom 3.-6.10. 1999.

[527] Siehe **Roxin**, **Claus**: Die Strafrechtswissenschaft vor den Aufgaben der Zukunft, Vortrag im Rahmen des Kolloquiums Die deutsche Strafrechtswissenschaft vor der Jahrtausendwende – Rückbesinnung und Ausblick, (Hrsg.) **Albin Eser**, **Winfried Hassemer** und **Björn Burkhardt**, München: C. H. Beck, 2000, S. 369-395.

[528] Siehe **Roxin**, **Claus**: La Ciencia del Derecho penal ante las tareas del futuro, Übersetzung ins Spanische durch **Carmen Gómez Rivero**, in: La ciencia del Derecho penal ante el nuevo milenio, (Hrsg.) **Francisco Muñoz Conde**, Valencia: Tirant lo Blanch, 2004, S. 389-421. Auch in: El Derecho Contemporáneo – Lecciones Fundamentales para su estudio, México Universidad Autónoma del Estado de Hidalgo, 2004, S. 221-252. Auch in: Fundamentos político-criminales del derecho penal, 1997. Als: La ciencia jurídico-penal ante las tareas del futuro, in: La teoría del delito en la discusión actual, 2007, Teil I, Nr. 34. Auch in: Anales de Jurisprudencia, Tomo 294, Juli/Agosto 2008, Sonderheft zum 75-jährigen Bestehen der Zeitschrift, Mexico 2008, S. 155-200.

Ebenfalls anno 1999 schrieb **Roxin** den Artikel „Gegenwart und Zukunft der Verteidigung im rechtsstaatlichen Strafverfahren“[529], welcher in der Festschrift für **Ernst-Walter Hanack** zum 70. Geburtstag veröffentlicht wurde. Dieser Artikel wurde als Teil des **Roxin**sammelwerks „*Pasado, Presente y Futuro del Derecho Procesal Penal*“[530] unter dem spanischen Titel „Presente y futuro de la defensa en el proceso penal del Estado de Derecho“[531] veröffentlicht. Erwähnte Sammlung wurde von der Procuraduría General de la Nación de Bogotá, Columbia zusammengestellt. Sie erschien dank der Übersetzung von **Óscar Julián Guerrero** im Jahr 2004 und enthält eine Einleitung von **Edgardo Alberto Donna**. Darüber hinaus in der Sammlung enthaltene Artikel sind „Die Stellung des Opfers im Strafsystem“[532] („La posición de la víctima en el sistema penal“[533]), „Über die Reform des deutschen Strafprozessrechts“[534] („Sobre la Reforma del Derecho Procesal Penal Alemán”[535]), „Die Rechtsprechung des Bundesgerichtshofes zum Strafverfahrensrecht − Ein Rückblick auf 40 Jahre“[536] („La jurisprudencia del tribunal supremo con respecto al Derecho Procesal Penal“[537]), „Zum Hörfallen-Beschluss des Großen Senats für Strafsachen“[538] („La decisión de la gran sala del tribunal suspremo relativa al espionaje acústico“[539]), „Involuntary Self-Incrimination and the Right to Privacy in Criminal Proceedings“[540] („Autoincriminación involuntaria y derecho al

[529] Siehe **Roxin**, **Claus**: Gegenwart und Zukunft der Verteidigung im rechtsstaatlichen Strafverfahren, in: Festschrift für **Ernst-Walter Hanack** zum 70. Geburtstag, (Hrsg.) von **Udo Ebert**, **Peter Rieß**, **Claus Roxin** und **Eberhard Wahle**, Berlin, New York: Verlag von Gruyter,1999, S. 1-25.

[530] Siehe **Roxin, Claus**: Pasado, Presente y Futuro del Derecho Procesal Penal (Vergangenheit, Gegenwart und Zukunft des Prozessalen Strafrechts), Übersetzer **Óscar Julián Guerrero** mit einem Vorwort von **Edgardo Alberto Donna**, (Hrsg.) Procuraduría General de la Nación de la República de Colombia, 2004, Bogotá (Kolumbien) 195 S.; Argentinische Aufl., 2007, Santa Fe: Verlag Rubinzal Culzoni, 213 S.

[531] Siehe **Roxin**, **Claus**: Presente y futuro de la defensa en el proceso penal del Estado de Derecho, in: Pasado, Presente y Futuro del Derecho Procesal Penal, 2004 und 2007.

[532] Siehe **Roxin, Claus**: Die Stellung des Opfers im Strafsystem, in: Recht und Politik, 1988, S. 69-76.

[533] Siehe **Roxin**, **Claus**: La posición de la víctima en el sistema penal, in: Pasado, Presente y Futuro del Derecho Procesal Penal, 2004 und 2007.

[534] Siehe **Roxin**, **Claus**: Über die Reform des deutschen Strafprozessrechts, in: Wie würden Sie entscheiden?, Festschrift für **Gerd Jauch** zum 65. Geburtstag, (Hrsg.) **Bernhard Töpper**, München: Verlag C. H. Beck, 1990, S. 183-200.

[535] Siehe **Roxin**, **Claus**: Sobre la Reforma del Derecho Procesal Penal Alemán, in: Pasado, Presente y Futuro del Derecho Procesal Penal, 2004 und 2007.

[536] Siehe **Roxin**, **Claus**: Die Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs zum Strafverfahrensrecht-Ein Rückblick auf 40 Jahre, in: 40 Jahre Bundesgerichtshof, (Hrsg.) von der juristischen Studiengesellschaft Karlsruhe, Heidelberg: Verlag C. F. Müller, 1991, S. 66-99.

[537] Siehe **Roxin**, **Claus**: La Jurisprudencia del Tribunal Supremo con respecto al Derecho Procesal Penal, in: Pasado, Presente y Futuro del Derecho Procesal Penal, 2004 und 2007.

[538] Siehe **Roxin**, **Claus**: Zum Hörfallen-Beschluß des Großen Senats für Strafsachen. Zugleich Anmerkung zum BGH Beschluss vom 13.5.1996 – GSSt 1/96 – NStZ, 1996, 502, in: NStZ 1997, S. 18-21.

[539] Siehe **Roxin**, **Claus**: La decisión de la gran sala del tribunal supremo relativa al espionaje acústico, in: Pasado, Presente y Futuro del Derecho Procesal Penal, 2004 und 2007. Auch als Übersetzung ins Spanische durch **Montserrat de Hoyos Sancho** als Abschnitte VIII, 2. Absatz bis XIV, S. 195-205, von: Comentario a la resolución del Tribunal Supremo Federal alemán sobre las trampas de la escucha, in der spanischen Zeitschrift: Revista del Poder Judicial, 3á época, número 47, 1997 (II), S. 179-205.

[540] Siehe **Roxin**, **Claus**: Involuntary Self-Incrimination and the Right to Privacy in Criminal Proceedings, in: Israel Law Review, Vol. 31, Nr. 1-3, 1997, S. 74-93.

ámbito privado de la personalidad en las actuaciones penales"[541]) und der in deutscher Sprache unveröffentlichte Artikel „La Ciencia del Derecho Penal ante las Tareas del Futuro"[542] (Zukunftsaufgaben der Strafrechtswissenschaft).

Im Jahre 2007 konnte dank der Übersetzung von **Manuel A. Abanto Vázquez** in Lima (Peru) das Sammelwerk aus **Roxin**-Texten „La teoría del delito en la discusión actual"[543] veröffentlicht werden. Unter den Artikeln dieses Sammelwerks befinden sich, außer den in den Anmerkungen bereits erwähnten, auch die folgenden Schriften: „Wandlung der Strafzwecklehre"[544] („Cambios en la teoría de los fines de la pena"[545]), „Kriminalpolitik und Strafrechtdogmatik heute"[546] („Política criminal y dogmática penal hoy en día"[547]), „Zum Strafgrund der Teilnahme"[548] („Acerca del fundamento penal de la participación"[549]),

[541] Siehe **Roxin**, **Claus**: Autoincriminación involuntaria y derecho al ámbito privado de la personalidad en las actuaciones penales, in: Pasado, Presente y Futuro del Derecho Procesal Penal, 2004 und 2007.

[542] Siehe **Roxin**, **Claus**: La Ciencia del Derecho Penal ante las tareas del futuro, in deutscher Sprache unveröffentlicht. In Italienisch: I compiti futuri della scienza penalistica (Zukunftsaufgaben der Strafrechtswissenschaft) nach einem Vortrag von **Claus Roxin** am 23.10.1998 aus Anlass der Verleihung der Ehrendoktorwürde an ihn durch die Juristische Fakultät der Universität Mailand erstveröffentlicht in: Rivista Italiana di Diritto e Procedura Penale, Anno XLIII, Fasc. 1 – 2000, S. 3-16. Auf Spanisch unter dem Title: Las tareas futuras de la Ciencia Penal, in: Pasado, Presente y Futuro del Derecho Procesal Penal, 2004 und 2007.

[543] Siehe **Roxin**, **Claus**: La teoría del delito en la discusión actual, Übersetzer **Manuel A. Abanto Vásquez**, der gleichzeitig für das Vorwort verantwortlich war, 1. Aufl. Lima (Peru): Rechsverlag Grijley E.I.R.L., 2007.

[544] Siehe **Roxin**, **Claus**: Wandlungen der Strafzwecklehre, in: Grundfragen staatlichen Strafens, Festschrift für **Heinz Müller-Dietz** zum 70. Geburtstag, (Hrsg.) **Guido Britz**, **Heike Jung**, **Heinz Koriath** und **Egon Müller**, München: C. H. Beck, 2001, S. 701-715.

[545] Siehe **Roxin**, **Claus**: Cambios en la Teoría de los Fines de la Pena, Übersetzung durch **Gabriel Pérez Barberá**, in: La teoría del delito en la discusión actual, 2007. Als: Transformaciones de la Teoría de los Fines de la Pena, in: Nuevas Formulaciones en las Ciencias Penales, Homenaje al Profesor **Claus Roxin**, (Hrsg.) Facultad de Derecho y Ciencias Sociales der Universidad Nacional de Córdoba (Argentinien), anlässlich der Verleihung der Ehrendoktorwürde an **Claus Roxin** durch die Universidad Nacional de Córdoba am 18. Oktober 2001, Córdoba: Marcos Lerner Editora, 2001, S. 211-226. Auch in: Fundamentos político-criminales del Derecho penal, 2008.

[546] Siehe **Roxin**, **Claus**: Kriminalpolitik und Strafrechtsdogmatik heute, in: **Tiedemann** und **Schünemann**, Strafrechtssystem und Betrug, Bd. 7, der von **Bernd Schünemann** und **Klaus Tiedemann** herausgegebenen Reihe Studien zum Wirtschaftsstrafrecht, (Hrsg.) **Bernd Schünemann**, Herbolzheim: Verlag Centaurus, 2002, S. 21-50.

[547] Siehe **Roxin**, **Claus**: Política criminal y dogmática penal hoy en día, in: La teoría del delito en la discusión actual, 2007. Als: Política criminal y dogmática jurídico penal en la actualidad durch **Carmen Gómez Rivero** übersetzt und mit einem Anhang von **Jesús María Silva Sánchez**, siehe: **Roxin Claus**, La evolución de la Política criminal, el Derecho penal y el Proceso penal, Übersetzungen ins Spanische durch **Carmen Gómez Rivero** und **María del Carmen García Cantizano**, mit einer Einführung von **Francisco Muñoz Conde**, Valencia: Tirant lo Blanch, 2000, 158 S. Als: Política criminal y dogmática jurídico-penal: El debate actual, Übersetzung ins Spanische durch **Minor Salas**, in: Justicia Penal y Estado de Derecho, Homenaje a **Francisco Castillo González**, Costa Rica, 2007, S. 257-270.

[548] Siehe **Roxin**, **Claus**: Zum Strafgrund der Teilnahme, in: Beiträge zur Rechtswissenschaft. Festschrift für **Walter Stree** und **Johannes Wessels** zum 70. Geburtstag, in Verbindung mit **Friedrich Dencker**, **Klaus Marxen**, **H. J. Schneider**, **Heribert Schumann**, **Eberhard Strusensee**, **Thomas Vormbaum**, (Hrsg) **Wilfried Küper** und **Jürgen Welp**, Heidelberg: Verlag C. F. Müller, 1993, S. 365-382.

[549] Siehe **Roxin**, **Claus**: Acerca del fundamento penal de la participación, in: La teoría del delito en la discusión actual, 2007. Auch in: Dogmática Penal y Política Criminal, 1998.

„Organisationsherrschaft und Tatentschlossenheit“[550] („Dominio de la organización y resolución al hecho“[551]) und „Das strafrechtliche Unrecht im Spannungsfeld von Rechtsgüterschutz und individuelle Freiheit“[552] („El injusto penal en el campo de tensiones entre la protección de bienes jurídicos y la libertad individual“[553]).

Im Jahre 2002 erschien in Argentinien das nur auf Spanisch veröffentlichte Buch von **Roxin** und **Marcelo A. Sancinetti** „Desviación del curso causal y „dolus generalis“[554]. In diesem Buch befindet sich, dank der Übersetzung von **Patricia S. Ziffer**, **Roxins** Artikel „Gedanken zum ‚Dolus Generalis‘“ unter dem Namen „Reflexiones sobre el dolus generalis“.[555]

Ebenfalls in Argentinien wurde 2005 die von **Gabriela E. Córdoba** durchgeführte Übersetzung von **Roxins** Artikel „Selbstbelastungsfreiheit und Persönlichkeitsschutz des Beschuldigten in der neuesten deutschen Rechtsprechung“ unter dem Titel „Libertad de autoincriminación y protección de la persona del imputado en la jurisprudencia alemana reciente“[556] veröffentlicht. Von diesem Artikel erfolgte keine Veröffentlichung in deutscher Sprache. Die spanische Fassung gehört zum **Roxin**sammelwerk „La prohibición autoincriminatoria de las escuchas domiciliaria“[557], ein Buch, das noch weitere

---

[550] Siehe **Roxin**, **Claus**: Organisationsherrschaft und Tatentschlossenheit, in: Festschrift für **Friedrich-Christian Schroeder** zum 70. Geburtstag, (Hrsg.) **Andreas Hoyer**, **Henning Ernst Müller**, **Michael Pawlik** und **Jürgen Wolter**, Heidelberg: Verlag C.F. Müller, 2006, S. 387-400. Auch in der Zeitschrift: ZIS – Zeitschrift für Internationale Strafrechtsdogmatik (www.zis-online.com) Ausgabe 7/2006, S. 293-300.

[551] Siehe **Roxin**, **Claus**: Dominio de la organización y resolución al hecho, in: La teoría del delito en la discusión actual, 2007.

[552] Siehe **Roxin**, **Claus**: Das strafrechtliche Unrecht im Spannungsfeld von Rechtsgüterschutz und individueller Freiheit, in: ZStW 2004, Bd. 116, Heft 4, Sonderheft für **Hans-Heinrich Jescheck** zum 90. Geburtstag, S. 929-944.

[553] Siehe **Roxin**, **Claus**: El injusto penal en el campo de tensiones entre la protección de bienes jurídicos y la libertad individual, in: La teoría del delito en la discusión actual, 2007. Auch als: El injusto penal en el campo de tensión entre la protección de bienes jurídicos y la libertad individual, Übersetzung ins Spanische durch **Raúl Pariona Arana**, in: LexisNexis Córdoba, Buenos Aires (Argentinien), 2006, No 5, S. 461-468. Auch als Protección de bienes jurídicos y libertad individual en la encrucijada de la dogmática jurídico-penal, Übersetzung ins Spanische durch **José Antonio Caro John**, in: Revista Peruana de Doctrina y Jurisprudencia Penales No 5 (2004), S. 307ff. Auch in: Derecho penal y sociedad. Estudios sobre las obras de **Günther Jakobs** y **Claus Roxin**, y sobre las estructuras modernas de la imputación, Bd. I, (Hrsg.) **Montealegre Lynett**, Universidad Externado de Colombia, 2007, S. 127-143.

[554] Siehe **Roxin**, **Claus** und **Marcelo A. Sancinetti**, Desviación del curso causal y „dolus generalis”, 1. Aufl., Buenos Aires: Verlag Hammurabi, 2002, 108 S., (spanisch).

[555] Siehe **Roxin**, **Claus**: Gedanken zum „Dolus Generalis“, in: Festschrift für **Thomas Würtenberger**, Berlin, 1977, 109-128 S. Siehe von **Claus Roxin** verfasst, Übersetzung ins Spanische durch **Patricia S. Ziffer**: Reflexiones sobre el dolus generalis (Gedanken zum Dolus Generalis), S. 15-46, sowie „Epílogo“ (Schlusswort), S. 77-82.

[556] Siehe **Roxin**, **Claus**: Libertad de autoincriminación y protección de la persona del imputado en la jurisprudencia alemana reciente, Übersetzung von **Gabriela E. Córdoba**, in: Estudios sobre Justicia Penal, Homenaje al Profesor **Julio B. J. Maier**, Buenos Aires (Argentinien): Verlag Editorial del Puerto, 2005, S. 421-430. Auch in: **Roxin**, **Claus**: La prohibición de autoincriminación y de las escuchas domiciliaria, Buenos Aires (Argentinien), 2008.

[557] Siehe **Roxin**, **Claus**: La prohibición de autoincriminación y de las escuchas domiciliarias, Übersetzung von **Francisco Muñoz Conde** und **Marcela De Langhe**, die auch ein Vorwort, sowie einen „Apéndice jurispru-

Übersetzungen von Texten **Roxins** ins Spanische enthält, die, anders als bei dem oben erwähnten Text, von **Francisco Muñoz Conde** und **Marcela de Langhe** durchgeführt wurden**.** Ebenfalls haben sich die Übersetzer eines Vorwortes, sowie eines „Apéndice Jurisprudencial“ (eines Rechtswissenschaftlichen Nachtrages) und eines „Apéndice Legislativo“ (eines Gesetzlichen Nachtrages) angenommen. Zu diesem Sammelwerk gehört auch der Artikel „Grosser Lauschangriff und Kernbereich privater Lebensgestaltung“[558], welcher von **Francisco Muñoz Conde** ins Spanische übersetzt wurde und dort den Titel „La vigilancia acústica del domicilio y el ámbito esencial de configuración de la vida privada“[559] trägt, sowie die Übersetzung des Textes „Zur Entwicklung des deutschen Strafprozessrechts“ (2008), ein Auszug aus einem Vortrag, den **Roxin** am 14. April 2008 an der Universität von Buenos Aires gehalten hatte. Übersetzer war **Alejandro Kiss**. Er gab ihm den spanischen Titel „Acerca de la evolución del derecho procesal penal alemán“[560].

Eine weitere, aktuelle Übersetzung von **Roxin** trägt den Titel „Entwicklung und moderne Tendenzen der Verbrechenslehre in Deutschland“[561]. Sie wurde im Jahr 2008 in „Theorie und Praxis“ der Festschrift für **Anna Benakis** zum 70. Geburtstag veröffentlicht. Die Übersetzung des Artikels unter dem Namen „Evolución y Modernas Tendencias de la Teoría del Delito en Alemania”[562] ist **Miguel Ontiveros Alonso** zu verdanken und findet sich in dem 2008 erschienenen, gleichnamigen Heft 1 der Sammlung „Vanguardia en Ciencias Penales“ [563].

---

dencial” (S. 118-162) und einen „Apéndice legislativo” (S. 163-181) beitrugen, (Hrsg.) **Francisco Muñoz Conde** und **Marcela de Langhe**, Buenos Aires (Argentinien): Verlag Hammurabi, 2008, 181 S.

[558] Siehe **Roxin**, **Claus**: Großer Lauschangriff und Kernbereich privater Lebensgestaltung, in: Festschrift für OLG-Präsident a.D. Prof. Dr. **Reinhard Böttcher** zum 70. Geburtstag, (Hrsg.) **H. Schöch**, **D. Dölling**, **R. Helgerth** und **P. König**, Verlag de Gruyter Recht, Berlin, 2007, S. 159-174.

[559] Siehe **Roxin**, **Claus**: La vigilancia acústica del domicilio y el ámbito esencial de configuración de la vida privada, in: La prohibición de autoincriminación y de las escuchas domiciliarias, 2008.

[560] Siehe **Roxin**, **Claus**: Acerca de la evolución del derecho procesal penal alemán (Zur Entwicklung des deutschen Strafprozessrechts), Vortrag am 14.4.2008 an der Universität Buenos Aires, Übersetzung durch **Alejandro Kiss**, in: La prohibición de autoincriminación y de las escuchas domiciliarias, 2008.

[561] Siehe **Roxin**, **Claus**: Entwicklung und moderne Tendenzen der Verbrechenslehre in Deutschland, in: Theorie und Praxis, Ehrung für **Anna Benakis** an ihrem 70. Geburtstag, (Hrsg.) **Leonidas Kotsalis**, **Nestor Courakis**, **Christos Mylonopoulos** und **Ioannis Giannidis**, Athen: Verlag Ant. N. Sakkoulas, 2008, S. 497-515.

[562] Siehe **Roxin**, **Claus**: Evolución y Modernas Tendencias de la Teoría del Delito en Alemania, Übersetzung ins Spanische durch **Miguel Ontiveros Alonso**, in: Evolución y Modernas Tendencias de la Teoría del Delito en Alemania, Mexiko 2008, S. 9-36.

[563] Siehe **Roxin**, **Claus**: Evolución y Modernas Tendencias de la Teoría del Delito en Alemania (Entwicklung und moderne Tendenzen der Verbrechenslehre in Deutschland), Erschienen als Heft 1 der Colección Vanguardia en Ciencias Penales, (Hrsg.) Instituto de Formación Profesional, México D.F.: UBIJUS Editorial, 2008, 90 S.

5.3.2 **Jakobs**' wichtigste spanischsprachige Übersetzungen

1974 veröffentlichte **Günther Jakobs** drei Schriften, die auf Spanisch allesamt 1997 in der Artikelsammlung „Estudios de Derecho Penal"[564] in Madrid erschienen. Es handelt sich dabei zuerst um den Artikel „Nötigung durch Drohung als Freiheitsdelikt"[565], der auf Deutsch in „Einheit und Vielfalt des Strafrechts", der Festschrift zu **Klaus Peters**' 70. Geburtstag veröffentlicht wurde. Die spanische Übersetzung in „Estudios de Derecho Penal" trägt den Titel „La coacción con la ayuda de la amenaza como una ofensa a la libertad de la persona".

Bei der zweiten Veröffentlichung des Jahres 1974 handelt es sich um den Artikel „Vermeidbares Verhalten und Strafrechtsystem"[566]. Er erschien auf Deutsch in der Festschrift zu **Hans Welzels** 70. Geburtstag. Die Übersetzung des Artikels in „Estudios de Derecho Penal" trägt den spanischen Titel „Comportamiento evitable y sistemadel Derecho penal"[567].

Jakobs dritte Veröffentlichung des Jahres 1974 war der Artikel „Das Fahrlässigkeitsdelikt"[568]. Diese Schrift wurde 1997 in Madrid ins Spanische übersetzt und in diesem Jahr zweimal unter dem Titel „El delito de la negligencia"[569] veröffentlicht. Er erschien einmal im Sammelwerk „Estudios de Derecho Penal" und außerdem in der Zeitschrift „Cuadernos de Doctrina y Jurisprudencia Penal".

1976 veröffentlichte **Günther Jakobs** die Monographie „Schuld und Prävention"[570], deren Übersetzung ins Spanische unter dem Titel „Culpa y Prevención"[571] ebenfalls 1997 in „Estudios de Derecho Penal" erschien.

Im darauffolgenden Jahr 1977 wurde **Günther Jakobs**' Artikel „Regreßverbot beim Erfolgsdelikt. Zugleich eine Untersuchung zum Grund der strafrechtlichen Haftung für

---

564 **Jakobs**, **Günther**: Estudios de Derecho Penal, Übersetzungen durch **Enrique Peñaranda Ramos**, **Carlos Súarez González**, y **Manuel Cancio Meliá**, 1. Aufl., Civitas (UAM), Madrid, 1997.

565 **Jakobs**, **Günther**: Nötigung durch Drohung als Freiheitsdelikt, in: Einheit und Viefalt des Strafrechts, Festschrift für **Karl Peters** zum 70. Geburstag, (Hrsg.) **Jürgen Baumann/Klaus Tiedermann**, 1974, Tübingen, J.C.B. Mohr, S. 69-89.

566 **Jakobs**, **Günther**: Vermeidbares Verhalten und Strafrechtsystem, in: Festschrift für **Hans Welzel** zum 70. Geburstag, (Hrsg.) u.a. von **Günther Stratenwerth**, Berlin, de Gruyter, 1974, S. 307-325.

567 **Jakobs**, **Günther**: Comportamiento evitable y sistema del Derecho Penal, in: **Jakobs**, **Günther**, Estudios de Derecho Penal, S. 147-165. Auch in: **Jakobs**, **Günther**: Bases para una teoría funcional del derecho penal, Übersetzer und Mitherausgeber **Manuel Cancio Meliá**, Lima, Palestra 2000, S. 109-132.

568 **Jakobs**, **Günther**: Das Fahrlässigkeitsdelikt, Beiheft zur ZStW 86, 1974, S. 6-45.

569 **Jakobs**, **Günther**: El delito de la negligencia, in: **Jakobs**, **Günther**, Estudios de Derecho Penal, S. 167-195. Auch in: Zeitschrift Cuadernos de Doctrina y Jurisprudencia Penal, Buenos Aires, No. 4/5, 1997, S. 19-56. Auch in: **Jakobs**, **Günther**: Bases para una teoría funcional del derecho penal, S. 269-308.

570 **Jakobs**, **Günther**: Schuld und Prävention, Tubingen, Editorial J.C.B., Mohr, 1976, 33 S.

571 **Jakobs**, **Günther**: Culpa y prevención, in: Estudios de Derecho Penal, Übersetzers **Enrique Peñaranda Ramos**, **Carlos J. Súarez**, und **Manuel Cancio Meliá**, 1. Aufl., Madrid, Editorial Civitas, 1997.

Begehung"[572] veröffentlicht. Als „La prohibición de regreso en los delitos de resultado. Estudio sobre el fundamento de la responsabilidad jurídico-penal en la comisión"[573] erschien der Artikel 1996 in Buenos Aires im Sammelwerk „Fundamentos del derecho penal"[574] und 1997 in „Estudios de Derecho Penal".

1998 wurde er in Bogotá in dem von **Günther Jakobs**, **Wolfgang Naucke**, **Harro Otto** und **Claus Roxin** gemeinsam verfassten Buch „La Prohibición del regreso en derecho Penal" veröffentlicht. Die Übersetzungen in diesem Buch erfolgten durch **Marcelo Sancinetti** und **Manuel Cancio Meliá**. Darüber hinaus erschien der Artikel 2000 in „Bases para una teoría funcional del Derecho Penal" und anno 2002 nochmals im Sammelwerk aus **Jakobs'** Artikeln „Moderna Dogmática Penal. Estudios Compilados".

1978 veröffentlichte **Jakobs** „Die subjektive Tatseite von Erfolgsdelikten bei Risikogewöhnung"[575] in der Festschrift für **Hans Jürgen Bruns**. Übersetzt wurde die Schrift 1997 unter dem Titel „El lado subjetivo del hecho de los delitos del resultado en supuestos de habituación al riesgo"[576] in „Estudios de Derecho Penal".

1983 veröffentlichte **Jakobs** sein Lehrbuch „Strafrecht Allgemeiner Teil: Die Grundlagen und die Zurechnungslehre"[577]. Die spanische Übersetzung der zweiten Auflage dieses Werkes (1991) erschien 1995 in Madrid unter dem Titel „Derecho Penal Parte general. Fundamentos y teoría de la imputación"[578]. Die Übersetzer waren **Joaquín Cuello Contreras** und **José Luis Serrano González de Murillo**.

---

[572] **Jakobs**, **Günther**, Regreßverbot beim Erfolgsdelikt. Zugleich zur Begründung der strafrechtlichen Haftung bei Begehung, in: ZStW 89, 1977, S. 1-35.

[573] **Jakobs**, **Günther**: La prohibición de regreso en los delitos de resultado. Estudio sobre el fundamento de la responsabilidad jurídico-penal en la comisión, in: **Naucke Wolfgang/Otto Harro/Jakobs**, **Günther/Roxin**, **Claus**, La Prohibición del regreso en derecho Penal, Übersetzung durch **Marcelo Sancinetti** und **Manuel Cancio Meliá**, 1. Aufl., Bogotá, Editorial de la Universidad de Externado de Colombia, 1998, S. 93-148. Auch in: **Jakobs**, **Günther**: „Estudios de Derecho Penal, S. 241-269. Und in: **Jakobs, Günther**: Bases para una teoría funcional del derecho penal, S. 169-208. Und in: **Jakobs**, **Günther**: Moderna Dogmática Penal. Estudios Compilados, S. 340-390.

[574] **Jakobs**, **Günther**: Fundamentos del derecho penal, übersetzt von **Manuel Cancio Meliá** und **Enrique Peñaranda Ramos**, Buenos Aires, Ad Hoc, 1996, S. 121-172.

[575] **Jakobs**, **Günther**: Die subjektive Tatseite von Erfolgsdelikten bei Risikogewöhnung, in: Festschrift für **Hans Jürgen Bruns**, (Hrsg.) u.a. **Wolfgang Frisch**, 1. Aufl., Köln, Heymann, 1978, S. 31-42.

[576] **Jakobs**, **Günther**: El lado subjetivo del hecho de los delitos del resultado en supuestos de habituación al riesgo, in: **Jakobs**, **Günther**. Estudios de Derecho Penal.

[577] **Jakobs, Günther**: Strafrecht Allgemeiner Teil: Die Grundlagen und die Zurechnungslehre, Berlin/New York, de Gruyter 1983, 787 S. (2. neubearbeitete und erweiterte Auflage 1991).

[578] **Jakobs, Günther**: Derecho Penal Parte general. Fundamentos y teoría de la imputación, Übersetzung durch **Joaquín Cuello Contreras** und **José Luis Serrano González de Murillo**, 1. Aufl., Madrid, Marcial Pons, 1995 (2. Auflage Madrid, 1997).

1985 veröffentlichte **Jakobs** zwei Schriften. Die erste trägt den Titel „Die Aufgabe des strafrechtlichen Ehrenschutzes"[579] und erschien in der „Festschrift für **Hans-Heinrich Jescheck**". Ihre spanische Übersetzung erschien 1997 in „Estudios de Derecho Penal" unter dem Titel „La misión de la protección jurídico-penal del honor"[580]. Im Jahre 2000 wurde sie in „Bases para una teoría funcional del Derecho Penal" veröffentlicht.

Die zweite Veröffentlichung des Jahres 1985 war der Aufsatz „Kriminalisierung im Vorfeld einer Rechtsgutsverletzung"[581]. Seine Übersetzung durch **Enrique Peñaranda Ramos** wurde 1996 unter dem Titel „Criminalización en el estadio previo a la lesión de un bien jurídico"[582] **Jakobs**' Aufsatzsammlung „Fundamentos del derecho penal"[583] veröffentlicht. 1997 erschien er auch in „Estudios de Derecho Penal".

1986 veröffentlichte **Günther Jakobs** den Artikel „Nötigung durch Gewalt"[584] in der „Gedächtnisschrift für **Hilde Kaufmann**", welcher unter dem Titel "Coacción por medio de violencia"[585] ebenfalls in „Estudios de Derecho Penal" erschien.

Im Jahre 1987 veröffentlichte **Günther Jakobs** zwei Aufsätze. Der erste trägt den Titel „Risikokonkurrenz – Schadensverlauf und Verlaufshypothese im Strafrecht"[586] und erschien in der „Festschrift für **Karl Lackner** zum 70. Geburtstag". Die Übersetzung durch **Manuel Cancio Meliá** und **Carlos J. Suárez González** erschien 1989 unter dem Titel „Concurrencia de riesgos: curso lesivo y curso hipotético en Derecho penal"[587] in „Anuario de Derecho penal

---

[579] **Jakobs**, **Günther**: Die Aufgabe des strafrechlichen Ehrenschutzes, in: Festschrift für **Hans-Heinrich Jescheck**, (Hrsg.) **Theo Vogler**, Bd. I, Berlin, Duncker & Humblot, 1985, S. 627-643.

[580] **Jakobs**, **Günther**: La misión de la protección jurídico-penal del honor, Übersetzung durch **Manuel Cancio Meliá**, in: Estudios de Derecho Penal. Auch in: **Jakobs**, **Günther**: Bases para una teoría funcional del derecho penal, S. 349-370.

[581] **Jakobs**, **Günther**: Kriminalisierung im Vorfeld einer Rechtsgutsverletzung, ZStW 97, 1985, S. 751-785.

[582] **Jakobs**, **Günther**: Criminalización en el estadio previo a la lesión de un bien jurídico, Übersetzung durch **Enrique Peñaranda Ramos,** in: Günther Jakobs, Fundamentos del derecho penal, Übersetzung durch **Manuel Cancio Meliá** und **Enrique Peñaranda Ramos**, Buenos Aires, Ad Hoc, 1996, S. 179-240; Auch in: **Jakobs**, **Günther**: Estudios de Derecho Penal, Madrid, Civitas, 1997, S. 293-324.

[583] **Jakobs**, **Günther**: Fundamentos del derecho penal, Übersetzung durch **Manuel Cancio Meliá** und **Enrique Peñaranda Ramos**, Buenos Aires, Ad Hoc, 1996, 240 S.

[584] **Jakobs**, **Günther**: Nötigung durch Gewalt, in: „Gedächtnisschrift für Hilde Kaufmann", (Hrsg.) **Hans Joachim Hirsch**/**Günther Kaiser**/**Helmut Marquardt**, Berlin/New York, De Gruyter, 1986, S. 791-811.

[585] **Jakobs**, **Günther**: Coacción por medio de violencia. Auch in: **Jakobs**, **Günther**. Estudios de Derecho Penal.

[586] **Jakobs**, **Günther**: Risikokonkurrenz. Schadensverlauf und Verlaufshypothese im Strafrecht, in: Festschrift für **Karl Lackner** zum 70. Geburststag, (Hrsg.) u.a. **Wilfried Küper**, Berlin/New York, de Gruyter, 1987, S. 53-75.

[587] **Jakobs**, **Günther**: Concurrencia de riesgos: curso lesivo y curso hipotético en Derecho penal", Übersetzung durch **Carlos J. Súarez** und **Manuel Cancio Meliá**, in: Anuario de Derecho penal y Ciencias penales 42, Ministerio de Justicia de España, 1989, S. 1051-1074. Auch in: Lecciones y Ensayos, Nr. 54, Buenos Aires, Editoral de la Universidad de Buenos Aires, 1990, S. 52-82. Auch in: Estudios de Derecho Penal, Madrid,Civitas, 1997, S. 271-291. Auch in: Moderna Dogmática Penal. Estudios Compilados, S. 435-464. Und in: **Sancinetti**, **Marcelo**: Causalidad, riesgo e imputación, 1. Aufl., Buenos Aires, Hammurabi, 2009.

y Ciencias penales Nr. 42". 1997 wurde sie nochmals in „Estudios de Derecho Penal" veröffentlicht und 2002 ein weiteres Mal im Sammelband „Moderna Dogmática Penal. Estudios Compilados". Darüber hinaus erschien sie 2009 in einem Buch von **Sancinetti** mit dem Titel „Causalidad, riesgo e imputación"[588].

Bei der zweiten Veröffentlichung des Jahres 1987 handelt es sich um den Aufsatz „Über die Aufgabe der subjektiven Deliktseite im Strafrecht"[589], welcher in der Sammlung „Der psychiatrische Sachverständige im Strafrecht" erschien. Außerdem wurde er 1991 in der zweiten Auflage der Abhandlung „Strafrecht Allgemeiner Teil. Die Grundlagen und die Zurechnungslehre" veröffentlicht. Übersetzt wurde der Aufsatz 1989 von **Joaquín Cuello Contreras** und erschien unter dem Titel „Sobre la función de la parte subjetiva del Delito en el Derecho Penal"[590] in „Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales."

Im Jahre 1989 folgten drei Veröffentlichungen **Günther Jakobs**'. Die erste trägt den Titel „Über die Behandlung von Wollensfehlern und von Wissensfehlern"[591]. Sie wurde zweimal ins Spanische übersetzt. Zuerst erschien 1992 in Madrid die Übersetzung von **María del Mar Díaz Pita** unter dem Titel „Sobre el tratamiento de las alteraciones volitivas y cognitivas"[592] in „Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales". Die zweite erfolgte 1997 durch **Carlos J. Súarez González** unter dem Titel „Sobre el tratamiento de los defectos volitivos y de los defectos cognitivos" in bereits mehrfach erwähntem Sammelwerk „Estudios de Derecho Penal".

Die zweite Veröffentlichung von Jakobs in 1989 „Tätervorstellung und objektive Zurechnung"[593] findet sich in der „Gedächtnisschrift für **Armin Kaufmann**". Das Werk wurde 1991 von **Carlos J. Suárez González** übersetzt und erhielt den Titel "Representación

---

588 **Sancinetti**, **Marcelo**: Causalidad, riesgo e imputación, 1. Aufl., Buenos Aires, Hammurabi, 2009, 696 S.

589 **Jakobs**, **Günther**: Über die Aufgabe der subjektiven Deliktseite im Strafrecht, in: „Der psychiatrische Sachverständige im Strafrecht, (Hrsg.) **Hermann Witter** und **Paul H. Bresser**, Berlin/New York, Springer, 1987, S. 271-286. Auch in: **Jakobs, Günther**: Strafrecht Allgemeiner Teil. Die Grundlagen und die Zurechnungslehre, Berlin/New York, de Gruyter, 2. Aufl., 1991, S. 271-275.

590 **Jakobs**, **Günther**: Sobre la función de la parte subjetiva del Delito en el Derecho Penal, Übersetzung durch **Joaquín Cuello Contreras**, in: Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales 42, Ministerio de Justicia de España, 1989, S. 633-652.

591 **Jakobs**, **Günther**: Über die Behandlung von Wollensfehlern und von Wissenfehlern, ZStW 101, 1989, S. 516-538.

592 **Jakobs**, **Günther**: Sobre el tratamiento de las alteraciones volitivas y cognitivas, Übersetzung durch **María del Mar Díaz Pita**, in: Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales 45, Ministerio de Justicia de España, 1992, S. 213-234. Und als Sobre el tratamiento de los defectos volitivos y de los defectos cognitivos, in: Estudios de Derecho Penal", Übersetzung durch **Carlos J. Súarez González**, Madrid, Editorial Civitas, 1997, S. 127-146.

593 **Jakobs**, **Günther**: Tätervorstellung und objektive Zurechnung, in: Gedächtnisschrift für **Armin Kaufmann**, (Hrsg.) u.a. **Gerhard Dornseifer**, Köln/Berlin/Bonn/München, Carl Heymanns, 1989, S. 271-288.

del autor e imputación objetiva"[594]. Die Übersetzung erschien 1991 in „Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales".

Bei der dritten Veröffentlichung des Jahres 1989 handelt es sich um den Aufsatz „Behandlungsabbruch auf Verlangen und § 216 StGB"[595] (Tötung auf Verlangen). Er findet sich in „Medizinrecht – Psychopathologie – Rechtsmedizin", einer Festschrift für **Günther Schewe**. Übersetzt wurde der Artikel im Jahre 1997 in Madrid von **Manuel Cancio Meliá**, der ihm den Titel „La interrupción del tratamiento médico a petición del paciente y el § 216 StGB (homicidio a petición)"[596] gab. Diese Übersetzung erschien ebenfalls als Teil der „Estudios de Derecho Penal".

Jakobs' Artikel „Strafrechtliche Haftung durch Mitwirkung an Abstimmungen"[597] wurde 1991 in der zweiten Auflage seines Lehrbuchs „Strafrecht Allgemeiner Teil: Die Grundlagen und die Zurechnungslehre"[598] veröffentlicht. 1995 erschien derselbe Artikel in Baden-Baden in der „Festschrift für **Koichi Miyazawa**". Des Weiteren wurde er 1998 in Barcelona unter dem Titel „Responsabilidad penal en supuestos de adopcion colectiva de acuerdo" in einer Ausgabe des Buches „Responsabilidad Penal de las empresas y sus órganos y responsabilidad por el producto"[599] von **Luzón Peña und Mir Puig** veröffentlicht.

Im Jahre 1992 veröffentlichte **Jakobs** „Rücktritt als Tatänderung versus allgemeines Nachtatverhalten"[600]. Die Übersetzung erschien 1997 als „El desistimiento como modificación del hecho"[601] in „Estudios de Derecho Penal".

Außerdem erschien 1992 von **Günther Jakobs** die Schrift „Der strafrechtliche Handlungsbegriff – Kleine Studie"[602]. Ihre, von **Manuel Cancio Meliá** erstellte Übersetzung

---

[594] **Jakobs**, **Günther**: Representación del autor e imputación objetiva, Übersetzung durch **Carlos J. Suárez González**, in: Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales 44, Ministerio de Justicia de España, 1991, S. 493-513.

[595] **Jakobs**, **Günther**: Behandslungsabbruch auf Verlangen und § 216 StGB (Tötung auf Verlangen), in: Medizinrecht – Psychopathologie – Rechtsmedizin, Festschrift für **Günther Schewe**, (Hrsg.) **Harald Schutz**, Berlin/Heidelberg, Springer, 1991, S. 72-80.

[596] **Jakobs**, **Günther**: La interrupción del tratamiento médico a petición del paciente y el § 216 StGB (homicidio a petición), in: Estudios de Derecho Penal, 1997, S. 413-421.

[597] **Jakobs**, **Günther**: Strafrechliche Haftung durch Mitwirkung an Abstimmungen, in: Festschirt für **Koichi Miyazawa**, (Hrsg.) **Hans-Heiner Kühne**, Baden-Baden, Nomos, 1995, S. 419-436.

[598] **Jakobs**, **Günther**: Strafrecht Allgemeiner Teil: Die Grundlagen und die Zurechnungslehre, Berlin/New York, de Gruyter, 1983, 787 S. (2. Auflage 1991).

[599] Siehe **Mir Puig, Santiago/ Manuel Luzón Peña, Diego**: Responsabilidad Penal de las empresas y sus órganos y responsabilidad por el producto, (Hrsg.) **Luzón Peña** und **Mir Puig**, Barcelona, J.M. Bosch, 1998, S. 419-436.

[600] **Jakobs**, **Günther**: Rücktritt als Tatänderung versus allgemeines Nachtatverhalten, Revista ZStW 104, 1992, S. 82-104.

[601] **Jakobs**, **Günther**: El desistimiento como modificación del hecho, in: **Günther Jakobs**. Estudios de Derecho Penal, 1997.

wurde 1996 unter dem Titel „El concepto jurídico penal de acción"[603] veröffentlicht. Dieselbe erschien 1994 in der Zeitschrift „Revista Peruana de Ciencias Penales", 1996 in der Zeitschrift „Revista Cuadernos de Doctrina y Jurisprudencia Penal", sowie 1997 in „Estudios de Derecho Penal". Ferner erschien sie 2000 in der gemeinsamen Ausgabe „Bases para una teoría funcional del derecho penal", genauso wie 2002 in „Moderna Dogmática Penal. Estudios Compilados".

Darüber hinaus erschien im Jahr 1992 „Vergangenheitsbewältigung durch Strafrecht? Zur Leistungsfähigkeit des Strafrechts nach einem politischen Umbruch"[604] in „Vergangenheitsbewältigung durch Recht", dem sechzehnten Band der Reihe „Wissenschaftliche Abhandlungen und Reden zur Philosophie, Politik und Geistesgeschichte". **Jakobs**' Artikel wurde von **Patricia S. Ziffer** unter dem Titel „¿Superación del pasado mediante el Derecho Penal?"[605] übersetzt und erschien 1994 in „Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales".

Eine weitere Veröffentlichung des Jahres 1992 war „Objektive Zurechnung, insbesondere im Bereich der Strafrechtlichen Institute, »erlaubtes Risiko«, »Regreßverbot« und »Vetrauensgrundsatz«"[606], herausgegeben von der Keimyung Universität in Korea. Ihre spanische Übersetzung mit dem Titel „La imputación objetiva, especialmente en el ámbito de los institutos jurídico-penales del »riesgo permitido«, de la »prohibición del regreso« y del »principio de confianza«"[607] findet sich in „Estudios de Derecho Penal".

---

602 **Jakobs**, **Günther**: Der strafrechtlichte Handlungsbegriff, Kleine Studie (Broschiert), Vortrag, gehalten vor der Juristischen Studiengesellschaft Regensburg am 21. Mai 1992, München, Beck, 1992, 46 S.

603 **Jakobs**, **Günther**: El concepto jurídico penal de acción, Übersetzung durch **Manuel Cancio Meliá**, 1. Ausf., in: Cuadernos de conferencias y artículos Nr.11, Bogotá, Universität Externado de Colombia, 1996. 52 S. Auch in: Revista Cuadernos de Doctrina y Jurisprudencia 1/2, 1996, S. 73-97. Auch in: Fundamentos del Derecho penal, Buenos Aires, 1996, S. 71-118. Auch in: Revista Peruana de Ciencias Penales, Nr. 3 (Januar-Juni), Lima (Peru), 1994, S. 67-98. Auch in: Estudios de Derecho Penal, S. 101-125. Auch in: Bases para una teoría funcional del derecho penal, Lima (Peru) 2000, S. 77-108. Auch in: Moderna Dogmática Penal. Estudios Compilados, México, 2002, S. 45-78.

604 **Jakobs**, **Günther**: Vergangenheitsbewältigung durch Strafrecht? Zur Leistungsfähigkeit des Strafrechts nach einem politischen Umbruch, in: Vergangenheitsbewältigung durch Recht, (Hrsg.) **Josef Isensee**, Berlin, Duncker & Humblot 1992, S. 37-64.

605 **Jakobs**, **Günther:** ¿Superación del pasado mediante el Derecho Penal?, Übersetzung durch **Patricia S. Ziffer**, in: Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales 47, Ministerio de Justicia de España, 1994, S. 137-158.

606 **Jakobs**, **Günther:** Objektive Zurechnung, insbesondere im Bereich der Strafrechtlichen Institute „erlaubtes Risiko", „Regreßverbot" und „Vetrauensgrundsatz", in: Sammlung sozialwissenschaftlicher Aufsätze, Bd. 11, (Hrsg.) von der Keimyung Universität Korea Sozialwissenschaftliches Institut, 1992, S. 312ff. in koreanischer Sprache, S. 253ff. in deutscher Sprache.

607 **Jakobs**, **Günther**: La imputación objetiva, especialmente en el ámbito de los institutos jurídico-penales del „riesgo permitido", de la „prohibición del regreso" y del „principio de confianza", in: Estudios de Derecho Penal.

Zwei Veröffentlichungen des Jahres 1993 von **Günther Jakobs** wurden ins Spanische übertragen. Zuerst veröffentlichte **Jakobs** die selbständige Schrift „Das Schuldprinzip"[608]. Die Übersetzung von **Manuel Cancio Meliá** war bereits im vorhergehenden Jahr 1992 in Bogotá (Kolumbien) unter dem Titel „El principio de culpabilidad"[609] in „Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales " und 1993 in der Zeitschrift „Revista Peruana de Ciencias Penales" erschienen. 1996 wurde sie in „Fundamentos del Derecho penal" veröffentlicht, 1997 in „Estudios de Derecho Penal" und 2000 in „Bases para una teoría funcional del derecho penal". 2002 erschien die Übersetzung nochmals in „Moderna Dogmática Penal. Estudios Compilados" und im Jahre 2003 ein weiteres Mal in „Culpabilidad en Derecho penal. Dos cuestiones fundamentales"[610], das neben denen von **Manuel Cancio Meliá** auch Übersetzungen von **Marcelo Sancinetti** enthält. Schließlich erschien die spanische Übersetzung des Artikels 2006 in „El fundamento del sistema jurídico-penal"[611], welches durch **Manuel Cancio Meliá** und **Bernardo Feijoo Sánchez** übersetzt wurde.

Die zweite Veröffentlichung des Jahres 1993 war „Zum Unrecht der Selbsttötung und der Tötung auf Verlangen − Zugleich zum Verhältnis von Rechtlichkeit und Sittlichkeit"[612] und erschien in „Strafgerechtigkeit", der Festschrift für **Arthur Kaufmann**. Ihre Übersetzung erschien 1996 unter dem Titel „Sobre el injusto del suicidio y del homicidio a petición. Estudio sobre la relación entre juricidad y eticidad"[613] und stammte von **Manuel Cancio Meliá**

---

608 **Jakobs**, **Günther**: Das Schuldprinzip, Opladen, (Hrsg.) Rheinische-Westfälische Akademie der Wissenschaften, Westdeutscher Verlag, 1993, 35 S.

609 **Jakobs**, **Günther**: El principio de culpabilidad, Übersetzung durch **Manuel Cancio Meliá**, in: Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales 45, Ministerio de Justicia de España, 1992, S. 1051-1083. Auch in: Derecho Penal y Criminología 50, Zeitschrift des Instituto de Ciencias Penales y Criminológicas, Universidad Externado de Colombia, Santafé de Bogotá, Mai-August 1993, S. 125-155. Auch in: Revista Peruana de Ciencias Penales 2, Juli-Dezember, Lima, 1993, S. 503-542. Auch in: Fundamentos del derecho penal, Übersetzung durch **Enrique Peñaranda Ramos** und **Manuel Cancio Meliá**, Buenos Aires, Ad Hoc, 1996, 240 S. Auch in: Estudios de Derecho Penal, S. 365-393. Auch in: Bases para una teoría funcional del derecho penal, S. 133-168. Auch in: Moderna Dogmática Penal. Estudios Compilados, S. 79-118.

610 **Jakobs**, **Günther**: Culpabilidad en Derecho penal. Dos cuestiones fundamentales, Übersetzungen durch **Manuel Cancio Melia** und **Marcelo Sancinetti**, Universität Externado de Colombia, Centro de Investigaciones de Derecho Penal y Filosofía del Derecho, Colección de estudios Nr. 27, Santafé de Bogotá, 2003, S. 11-57.

611 **Jakobs**, **Günther**: El fundamento del sistema jurídico-penal, Übersetzungen durch **Bernardo Feijoo Sánchez** und **Manuel Cancio Meliá**, Lima, ARA, 2006, S. 75-117.

612 **Jakobs**, **Günther**: Zum Unrecht der Selbsttötung und der Tötung auf Verlangen. Zugleich zum Verhältnis von Rechtlichkeit und Sittlichkeit, in: Strafgerechtigkeit, Festschrift für **Arthur Kaufmann**, Heidelberg, C.F. Müller, 1993, S. 459-472.

613 **Jakobs**, **Günther**: Sobre el injusto del suicidio y del homicidio a petición. Estudio sobre la relación entre juricidad y eticidad, Übersetzung durch **Manuel Cancio Meliá** und **Marcelo Sancinetti**, Bogotá, Universität Externado Colombia, Centro de Investigaciones de Derecho Penal y Filosofía del Derecho, Cuadernos de conferencias y artículos 4, 1996, 32 S. Auch in: Revista Peruana de Ciencias Penales 4, Lima, 1994, S. 513-530. Auch in: Cuadernos de Doctrina y Jurisprudencia Nr. 7, Buenos Aires, 1997 S. 413-430. Auch in: Bases para una teoría funcional del derecho penal, Lima (Peru) 2000, S. 331-348. Und in: Moderna Dogmática Penal. Estudios Compilados, Mexico D.F., 2002, S. 549-568.

und **Marcelo A. Sancinnetti**, die darüber hinaus auch als Mitherausgeber dieses Buches fungierten. Zuvor war die Übersetzung bereits im Jahre 1994 in der Zeitschrift „Revista Peruana de Ciencias Penales“ erschienen. Des Weiteren wurde sie 1997 in der Zeitschrift „Revista Cuadernos de Doctrina y Jurisprudencia“ veröffentlicht. Im Jahre 2000 erschien sie wiederum als Teil des Sammelwerkes „Bases para una teoría funcional del derecho penal” und 2002 in „Moderna Dogmática Penal. Estudios Compilados”.

1994 gab es drei Veröffentlichungen von **Günther Jakobs**. Zuerst erschien die Schrift „Die objektive Zurechnung im Strafrecht”[614]. Sie wurde von **Manuel Cancio Meliá** in die spanische Sprache übertragen und 1994 unter dem Titel „La imputación objetiva en Derecho Penal”[615] veröffentlicht. Diese Schrift wurde als Buch in fünf Ländern veröffentlicht. In Kolumbien in den Jahren 1994, 1995 und 1996, in Spanien (Madrid)[616] 1996 sowie 1999, in Argentinien[617] 1996, in Peru (Lima)[618] 2001 und in Mexiko[619] 2001. Im Jahre 2002 erschien sie außerdem in der Sammlung „Moderna Dogmática Penal. Estudios Compilados”.

Die zweite Publikation des Jahres 1994 blieb in deutscher Sprache unveröffentlicht. Sie erschien nur auf Spanisch und trägt den Titel „La competencia por organización en el delito omisivo. Consideraciones sobre la superficialidad de la distinción entre comisión y omisión”[620]. Die Übersetzung war durch **Enrique Peñaranda Ramos** erfolgt und erschien noch einmal 1997 in der Sammlung „Estudios de Derecho penal”.

Bei der dritten Veröffentlichung 1994 handelt es sich um den Artikel „Untaten des Staates. Unrecht im Staat. Strafe für die Tötungen an der Grenze der ehemaligen DDR?”[621], der in der Zeitschrift „Goltdammer´s Archiv für Strafrecht“, erschien. Seine Übersetzung durch **Pilar**

---

614 **Jakobs**, **Günther**: La imputación objetiva en Derecho Penal, Übersetzung durch **Manuel Cancio Meliá**, Bogotá, Universität Externado de Colombia, Centro de Investigaciones de Derecho Penal y Filosofía del Derecho, Colección de estudios 1, 1994 (Nachdrucke 1995 und 1996), 132 S.

615 FN 614. Und in: **Jakobs**, **Günther**: Moderna Dogmática Penal. Estudios Compilados, Übersetzung durch **Manuel Cancio Meliá**, mit einem Vorwort von **Raul Eduardo López Betancourt**, México D.F., Porrúa, 2002, S. 203-282.

616 **Jakobs**, **Günther**: La imputación objetiva en Derecho Penal, Übersetzung durch **Manuel Cancio Meliá**, Madrid, Civitas, 1996 (Nachdruck 1999), 200 S.

617 **Jakobs, Günther**: La imputación objetiva en Derecho Penal, Übersetzung durch **Manuel Cancio Meliá**, Buenos Aires, AdHoc, 1996, 127 S.

618 **Jakobs, Günther**: La imputación objetiva en Derecho Penal, Übersetzung durch **Manuel Cancio Meliá**, Lima, GrijLey, 1998, 120 S.

619 **Jakobs**, **Günther**: La imputación objetiva en Derecho Penal, Übersetzung durch **Manuel Cancio Meliá**, México D.F. editorial Angel, 2001, 100 S.

620 **Jakobs**, **Günther**: La competencia por organización en el delito omisivo. Consideraciones sobre la superficialidad de la distinción entre comisión y omisión, Übersetzung durch **Enrique Peñaranda Ramos**, Bogotá, Editorial Universidad de Externado de Colombia, 1994, 44 S. Auch in: Estudios de Derecho penal, S. 347-363.

621 **Jakobs**, **Günther**: Untaten des Staates. Umrecht im Staat. Strafe für die Tötungen an der Grenze der ehemaligen DDR?, Goltdamer´s Achiv für Strafrecht (GA), Heidelberg, Decker´s, 1994, S. 1-19.

Jiménez Alcover trägt den Titel „Crímenes de Estado. El injusto en el Estado. ¿Pena para los homicidos cometidos en las fronteras de la antigua DDR?"[622] und wurde 1995 veröffentlicht.

Aus dem Jahre 1995 wurde **Günther Jakobs**' Artikel „Das Strafrecht zwischen Funktionalismus und »alteuropäischem« Prinzipiendenken"[623] ins Spanische übersetzt. Der Titel der 1996 in Madrid veröffentlichten Übersetzung lautet „Sociedad, norma y persona en una teoría de un Derecho Penal Funcional"[624]. Sie war durch **Manuel Cancio Meliá** und **Bernardo Feijoo Sánchez** erfolgt. 1999 wurde die Übersetzung als Artikel der Zeitschrift „Cuadernos de Doctrina y Jurisprudencia Penal" gedruckt und erschien im Jahre 2002 in „Moderna Dogmática Penal. Estudios Compilados".

Anno 1996 erschienen mehrere spanische Übersetzungen der Werke von **Günther Jakobs**. Zunächst wurde der Artikel „Die strafrechtliche Zurechnung von Tun und Unterlassen"[625], von **Javier Sánchez-Vera Gómez-Trelles** in die spanische Sprache übertragen. Er erschien unter dem Titel "La imputación penal de la acción y la omisión"[626].

Eine weitere Übersetzung aus dem Jahre 1996 trägt den Titel „Technische oder humanistische Rechtswissenschaft?"[627]. Sie wurde von **Manuel Cancio Meliá** übersetzt und als „Ciencia del Derecho: técnica o humanística?"[628] 1996 veröffentlicht. Im Jahre 2000 erschien sie als Teil des Buches „Bases para una teoría funcional del derecho penal".

---

622 **Jakobs**, **Günther**: Crímenes del Estado. Ilegalidad del Estado, DOXA 17-18, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales de la Universidad de Alicante, 1995, S. 445-468.

623 **Jakobs**, **Günther**: Das Strafrecht zwischen Funktionalismus und „Altereurpaïschen" Prinzipiendenken. Oder Verabschiedung des „alteuropäischen" Strafrechts?, ZStW 107, 1995, S. 843-876.

624 **Jakobs**, **Günther**: Sociedad, norma y persona en una teoría de Derecho Penal Funcional, Übersetzung durch **Manuel Cancio Meliá** und **Bernardo Feijoo Sánchez**, Civitas, Madrid, 1. Aufl., 1996, 85 S. (2. Auflage 2000). Sowie: Sociedad, norma y persona en una teoría de Derecho Penal Funcional, Übersetzung durch **Manuel Cancio Meliá** und **Bernardo Feijoo Sánchez**, Kolumbianische Ausgabe: Universität Externado de Colombia, Cuadernos de Conferencias y Artículos Nr. 13, Santafé de Bogotá, 1996. Auch in: Cuadernos de Doctrina y Jurisprudencia Penal, Buenos Aires, Nr. 9-A, 1999 S. 19-58. Und in: Moderna Dogmática Penal. Estudios Compilados, Porrúa, México D.F., 2002, S. 3-44.

625 **Jakobs**, **Günther**: Die strafrechtliche Zurechnung von Tun und Unterlassen, Opladen Westdeutscher Verlag, 1996, 43 S.

626 **Jakobs**, **Günther**: La imputación penal de la acción y la omisión, Übersetzung durch **Javier Sánchez-Vera Gómez-Trelles**, Bogotá, Universität Externado de Colombia, Cuadernos de Conferencias y Artículos, Nr. 14, 1996, 72 S. Auch in: Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales, Nr. 49, Ministerio de Justicia de España, 1996, S. 835-874.

627 **Jakobs**, **Günther**: Technische oder humanistische Rechtswissenschaft?, in deutscher Sprache unveröffentlicht.

628 **Jakobs**, **Günther**: Ciencia del Derecho: técnica o humanística?, Übersetzung durch **Manuel Cancio Meliá**, Bogotá, Universität Externado de Colombia, 1996, 32 S. Auch in: Bases para una teoría funcional del derecho penal, Lima (Peru) 2000, S. 399-414.

Ebenfalls anno 1996 übersetzt wurde das Werk „Mittelbare Täterschaft bei irrendem Werkzeug als Problem der objektiven Zurechnung"[629]. Es wurde dank der Übersetzung von **Manuel Cancio Meliá** 1996 als „La autoría mediata con instrumentos que actúan por error como problema de imputación objetiva"[630] in spanischer Sprache veröffentlicht. 1997 erschien diese Übersetzung auch als Teil der „Estudios de Derecho penal" und 2000 in „Bases para una teoría funcional del derecho penal". 2002 wurde sie nochmals in **Jakobs**' Aufsatzsammlung „Moderna Dogmática Penal. Estudios Compilados" publiziert.

Bei der letzten hier aufgeführten Übersetzung eines Werkes **Jakobs**' aus dem Jahre 1996 handelt es sich um „Akzessorietät. Zu den Voraussetzungen gemeinsamer Organisation"[631] Dieser Aufsatz erschien in Hamburg in der Zeitschrift „Goltdammer's Archiv für Strafrecht". Seine Übersetzung erschien 1997 als „Accesoriedad sobre los presupuestos de la organización en común"[632] in"Estudios de Derecho Penal". Die Übersetzung erschien ebenfalls in dem Buch „Participación delictiva y conductas neutrales". Im Jahre 2000 erschien sie in der Zeitschrift „Revista del Poder Judicial" und 2002 in „Moderna Dogmática Penal. Estudios Compilados".

Auch im Jahre 1998 erfuhren mehrere Publikationen von **Günther Jakobs** Übertragungen in die spanische Sprache. Zum einen handelt es sich dabei um den Aufsatz „Zur gegenwärtigen Straftheorie"[633], auch bekannt als „Zur Straftheorie", der sich in dem Sammelwerk „Strafe muss sein! Muss Strafe sein? Philosophen – Juristen – Pädagogen im Gespräch" befindet. Er wurde 1997 dank der Übersetzung von **Manuel Cancio Meliá** unter dem Titel „Sobre la teoría de la pena"[634] auf Spanisch veröffentlicht. Bereits 1998 war die Übersetzung in „Cuadernos de Doctrina y Jurisprudencia penal"[635] sowie im Jahre 2000 in dem Buch „Bases

---

629 **Jakobs**, **Günther**: Mittelbare Täterschaft bei irrendem Werkzeug als Problem der objektiven Zurechnung, in deutscher Sprache unveröffentlicht.

630 **Jakobs**, **Günther**: La autoría mediata con instrumentos que actúan por error como problema de imputación objetiva, Übersetzung durch **Manuel Cancio Meliá**, Bogotá, Universität Externado de Colombia, Cuadernos de Conferencias y Artículos Nr. 15, 1996, 36 S. Auch in: Moderna dogmática penal.

631 **Jakobs**, **Günther**: Akzessorietat. Zu den Voraussetzungen gemeinsamer Organisation, Revista Goltdamer´s Achiv für Strafrecht (GA), Hamburg, Deckers 1997, S. 253-268.

632 **Günther**, **Jakobs**: Accesoriedad sobre los supuestos de la organización en común, in: Estudios de Derecho Penal, S. 125-146.

633 **Jakobs, Günther**: Zur Gegenwärtigen Straftheorie, in: Strafe muss sein! Muss Strafe sein? Philosophen – Juristen – Pädagogen im Gespräch, (Hrsg.) **Kodalle**, Würzburg 1998, S. 29-40.

634 **Jakobs**, **Günther**: Sobre la teoría de la pena, Übersetzung durch **Manuel Cancio Meliá**, in: Revista del Poder Judicial, Consejo General del Poder Judicial, Ministerio de Justicia de España, 3era. época, Nr.47, Madrid, 1997, S. 145-163.

635 Siehe **Jakobs**, **Günther**: Sobre la teoría de la pena, Übersetzung durch **Manuel Cancio Meliá**, in: Cuadernos de Doctrina y Jurisprudencia penal, Nr.8 A., Buenos Aires, 1998, S. 35-52.

para una teoría funcional del derecho penal"[636] veröffentlicht. 2002 erschien sie noch einmal in „Moderna Dogmática Penal. Estudios Compilados"[637].

Weiter hatte **Jakobs** den Aufsatz „Normkenntnis und Normunkenntnis"[638] verfasst, welcher sich in der „Festschrift für **Hyung Kook Lee** zum 60. Geburtstag" befindet und 1998 unter dem Titel „Conocimiento y desconocimiento de la Norma"[639] veröffentlicht wurde. Hinzu kommt **Jakobs** Aufsatz „Die sogenannte actio in libera causa"[640] Dieser befindet sich in der „Festschrift für **Haruo Nishihara** zum 70. Geburtstag". Die Übersetzung aus dem Jahre 1998 trägt den Titel „La denominada actio libera in causa"[641].

Die nächste Veröffentlichung **Jakobs**' aus dem Jahre 1998 war die gemeinsame Ausgabe **Jakobs** mit **Claus Roxin** „Tötung auf Verlangen, Euthanasie und Strafrechtsystem"[642]. Es handelt sich um die Übersetzung eines Vortrages zum Thema Tötung auf Verlangen und Euthanasie aus dem rationellen, juristischen Blickwinkel. Die Ausgabe wurde durch die Bayerische Akademie der Wissenschaften realisiert. Die spanische Übersetzung von **Francisco Muñoz Conde** und **Pastora García Alvarez** erschien 1999 unter dem Titel „Suicidio, Eutanasia y Derecho Penal"[643]. Das Vorwort steuerte **Muñoz Conde** bei.

Ebenfalls wurde von **Jakobs**' Schriften aus dem Jahre 1998 „Die Idee der Normativierung in der Strafrechtsdogmatik" durch **Manuel Cancio Meliá** übersetzt und im selben Jahr in México unter dem spanischen Titel „La idea de la normativización en la dogmatica jurídico penal"[644] veröffentlicht. Es erschien als Teil des Sammelwerkes „Problemas Capitales del

---

[636] Siehe **Jakobs**, **Günther**: Sobre la teoría de la pena, Übersetzung durch **Manuel Cancio Meliá**, in: Bases para una teoría funcional del derecho penal, Lima (Peru), 2000, S. 59-76.

[637] Siehe **Jakobs**, **Günther**: Sobre la teoría de la pena, Übersetzung durch **Manuel Cancio Meliá**, in: Moderna Dogmática Penal. Estudios Compilados, Porrúa, Mexiko D.F., 2002, S. 641-660.

[638] **Gunther**, **Jakobs**: Normkenntnis und Normunkenntnis, in: Festschrift für **Hyung Kook Lee** zum 60. Geburtstag, Seoul, 1998, S. 917-937.

[639] **Jakobs**, **Günther**: Conocimiento y desconocimiento de la Norma, in: Problemas Capitales del Derecho Penal moderno. Auch in: Culpabilidad en el derecho penal. Dos cuestiones fundamentales, Übersetzung durch **Manuel Cancio Meliá** und **Marcelo A. Sancinetti**, 1. Aufl., Bogotá, Universität Externado de Colombia, 2003, 86 S.

[640] **Jakobs**, **Günther**: Die sogennante actio libera in causa, in: Festschrift für **Haruo Nishihara** zum 70. Geburtstag, (Hrsg.) **Albin Esser**, Baden-Baden, Nomos, 1998, S. 105-121.

[641] **Jakobs**, **Günther**: La denominada actio libera in causa, Übersetzung durch **Pilar Gonzalez Rivero**, in: Revista del poder Judicial (RJP), n. 50, 1998, S. 241-160.

[642] **Jakobs**, **Günther/Roxin**, **Claus**: Tötung auf Verlangen, Euthanasie und Strafrechtsystem, München, Bayerische Akademie der Wissenschaften, 1998, 36 S.

[643] **Jakobs**, **Günther**: Suicidio, Eutanasia y Derecho Penal, Übersetzung durch **Francisco Muñoz Conde** und **Pastora García Alvarez**, mit einem Vorwort von **Muñoz Conde**, Valencia, Tirant lo Blanch, 1999, 72 S.

[644] **Jakobs**, **Günther**: La idea de la normativización en la dogmática jurídico penal, Übersetzung durch **Manuel Cancio Melía**, in: Problemas Capitales del Derecho Penal moderno. Auch in: Conferencias Penales, México, 2002, S. 1-23. Und in: **Jakobs, Günther**: Sobre la normativización de la dogmática jurídico-penal, Madrid, 2004, 112 S. Auch in: **Jakobs, Günther:** Sobre la normativización de la dogmática jurídico penal, Übersetzungen durch **Manuel Cancio Meliá** und **Bernardo Feijoó Sánchez**, Madrid, Cívitas, 2003, 108 S. Und in:

Derecho Penal moderno"[645]. 2002 wurde es in „Conferencias Penales" veröffentlicht. 2003 erschien es nochmals in „Sobre la normativización de la dogmática jurídico penal"[646], dessen Übersetzungen von **Manuel Cancio Meliá** und **Bernardo Feijoó Sánchez** stammen. Im Jahre 2005 wurde sie in der Festschrift für **Günther Jakobs** „Los desafíos del Derecho Penal en el siglo XXI"[647] veröffentlicht. Herausgeber war **Guillermo J. Yacobucci**. 2007 wurde er noch einmal als Teil der Festschrift zum 25-jährigen Gründungsjubiläum der juristischen Fakultät der Universität Garcilaso de la Vega veröffentlicht. Die Festschrift trägt den Titel „Libro Homenaje por el XXV aniversario de la fundación de la facultad de derecho"[648].

1999 gab **Jakobs** „Zur Genese von Rechtsverbindlichkeit"[649] heraus. Der Artikel, welcher auch als „Zur Genese von Rechtsgeltung" bekannt ist, erschien in der Artikelsammlung „Verbindlichkeit unter den Bedingungen der Pluralität". 1999 übersetzte **Manuel Cancio Meliá** den Artikel in Bogotá und gab ihm den Titel „Sobre la génesis de la obligación jurídica"[650]. Die Übersetzung erschien 2000 in „Doxa Cuadernos de Filosofía del Derecho" sowie in dem Buch „Conferencias sobre temas penales"[651]. Zweimal wurde sie in México

---

Jakobs, **Günther:** Sobre la normativización de la dogmática jurídico penal, Übersetzungen durch **Manuel Cancio Meliá**/**Bernardo Feijoó Sánchez**, Bogotá, Universität Externado de Colombia, 2004, 161 S. Auch in: Los desafíos del Derecho Penal en el siglo XXI, Festschrift für **Günther Jakobs,** (Hrsg.) **Guillermo J. Yacobucci**/**Jorge F. Perdomo Torres**, Lima ARA, 2005, S. 93-116. Und in: Libro homenaje por el XXV aniversario de la fundación de la Facultad de Derecho y Ciencias Políticas de la Universidad Inca Garcilaso de la Vega: parte general de derecho penal, política criminal y derecho penal económico, Lima, Universität Inca Garcilaso de la Vega, 2007, S. 3-26.

645 **Jakobs**, **Günther**/ **Struensee, Eberhard**: Problemas Capitales del Derecho Penal moderno.

646 **Jakobs**, **Günther**, Sobre la normativización de la dogmática jurídico penal, Übersetzungen von **Manuel Cancio Meliá** und **Bernardo Feijoó Sánchez**, Madrid, Cívitas, 2003, 108 S. Und in: **Jakobs, Günther,** Sobre la normativización de la dogmática jurídico penal, Übersetzungen durch **Manuel Cancio Meliá** und **Bernardo Feijoó Sánchez**, Bogotá, Universität Externado de Colombia, 2004, 161 S.

647 Siehe, Los desafíos del Derecho Penal en el siglo XXI, Festschrift für **Günther Jakobs**, (Hrsg.) **Guillermo J. Yacobucci**, Lima, ARA, 2005, S. 93-116.

648 Siehe, Libro homenaje por el XXV aniversario de la fundación de la Facultad de Derecho y Ciencias Políticas de la Universidad Inca Garcilaso de la Vega: parte general de derecho penal, política criminal y derecho penal económico", Lima, Universität Inca Garcilaso de la Vega, 2007, S. 3-26.

649 **Jakobs, Günther**: Zur Genese von Rechtsverbindlichkeit, in: Verbindlichkeit unter den Bedingungen der Pluralität, THEOS – Studienreihe Theologische Forschungsergebnisse, Bd. 34, (Hrsg.) **Gerhard Höver**, Hamburg, Dr. Kovac, 1999, S. 5-42.

650 **Jakobs**, **Günther**: Sobre la génesis de la obligación jurídica, Übersetzung durch **Manuel Cancio Meliá**, in: Cuadernos de Conferencias y Artículos Nr.22, Bogotá, Universität Externado de Colombia 1999, 52 S. Auch in der Zeitschrift: Doxa Cuadernos de Filosofía del Derecho, Nr. 23, Alicante, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales de la Universidad de Alicante, 2000, S. 323-350. Auch in: **Jakobs, Günther**/**Cancio Meliá**, **Manuel**: Conferencias sobre temas penales, Santa Fe, Argentinien, Rubinzal-Culzoni, 2000, (Nachdruck 2004), S. 17-47. Auch in: **Jakobs**, **Günther**: Moderna Dogmática Penal. Estudios Compilados, Übersetzung **Manuel Cancio Meliá**, mit einem Vorwort von **Raul Eduardo López Betancourt**, México, Porrúa, 2002, S. 661-692. Und in: Anales de Jurisprudencia del Tribunal Superior de Justicia del Distrito Federal, Bd. 292, México, 2008 S. 143-187.

651 **Jakobs**, **Günther/Cancio Meliá**, **Manuel**, Conferencias sobre temas penales, Übersetzung durch **Manuel Cancio Meliá**, Buenos Aires, Rubinzal Culzoni, 2000, (Nachdruck 2004) 152 S. Diese Referate wurden vom 29. August bis zum ersten September 2000 gehalten. Die Beiträge der Konferenz waren [u.a.]: Dogmática y política criminal en una teoría funcional del delito, **Manuel Cancio Meliá**; ¿Qué protege el derecho penal: bienes jurídicos o la vigencia de la norma? (Was schützt das Strafrecht: Rechtsgüter oder Normgeltung?),

veröffentlicht, zum einen 2002 in „Moderna Dogmática Penal. Estudios Compilados" und zum anderen 2008 in „Anales de Jurisprudencia del Tribunal Superior de Justicia del Distrito Federal".

Bei der nächsten Veröffentlichung **Jakobs**' aus dem Jahr 1999 handelt es sich um „Bemerkungen zur objektiven Zurechnung"[652]. Sie erschien in der Festschrift für **Hans Joachim Hirsch** zum 70. Geburtstag. Übersetzt wurde sie 1999 von **Yamila Fakhouri Gómez**, **Manuel Cancio Meliá** überarbeitete die Übersetzung, die dann unter dem Titel „Observaciones sobre la imputación objetiva"[653] in der Zeitschrift „Revista del Poder Judicial " sowie im Jahre 2000 in der Zeitschrift „Revista Peruana de Ciencias Penales" erschien.

Eine weitere Schrift **Jakobs**' des Jahres 1999 erschien unter dem Titel „Tun und Unterlassen im Strafrecht"[654] und ist Teil der „Ritsumeikan Hogaku" (Ritsumeikan Law Review). Sie ist als „Tun und Unterlassen" bekannt. Die Übersetzung erfolgte 2000 in Lima durch **Manuel Cancio Meliá** mit dem Titel „Actuar y omitir en Derecho penal"[655], auch bekannt als Actuar y omitir"[656] (2005). Die Übersetzung erschien in dem Buch „Bases para una teoría funcional del derecho penal". 2003 wurde sie im Buch zu einem strafrechtlichen Konferenzzyklus des uruguayischen Instituts der Strafrechtswissenschaft an der juristischen Fakultät der Universidad de la República veröffentlicht. Im selben Jahr wurde die Übersetzung in Madrid in der Sammlung „Sobre la normativización de la dogmática jurídico-penal" veröffentlicht. Als selbständige Schrift erschien sie 2004, verlegt durch die Universität Externado de

---

Günther Jackobs; La teoría de la imputación objetiva y la normativización del tipo objetivo, **Manuel Cancio Meliá**; Teoría y praxis de la injerencia (Theorie und Praxis der Ingerenz), **Günther Jakobs**; El caso del dominio del hecho: una contribución a la normativización de los conceptos jurídicos (Tatherrschaftsdämmerung. Ein Beitrag zur Normativierung rechtlicher Begriffe"), **Günther Jakobs**.

652 **Jakobs**, **Günther**: Bemerkungen zur objektiven Zurechnung, in: Festschrift für **Hans Joachim Hirsch** zum 70. Geburtstag, (Hrsg.) **Georg Küper** und **Thomas Weigend**, Berlin/New York, De Gruyter, 1999, S. 45-63.

653 **Jakobs**, **Günther**: Observaciones sobre la imputación objetiva, Übersetzung durch **Yamila Fakhouri Gómez** und überarbeitet von **Manuel Cancio Meliá**, in: Revista del Poder Judicial Nr. 56, Consejo General del Poder Judicial, Ministerio de Justicia de España, 1999, S. 119-141.

654 **Jakobs**, **Günther**: Tun und Unterlassen im Strafrecht (in japanischer Sprache), in: Ritsumeikan Hogaku (Ritsumeikan Law Review), Nr. 268, Kyoto, Ritsumeikan Daigaku, Jinbun Kagaku Kenkyujo 1999, S. 256-275.

655 **Jakobs**, **Günther**: Actuar y omitir en Derecho penal, in: **Jakobs**, **Günther/Cancio Meliá**, **Manuel**: Bases para una teoría funcional del derecho penal, Übersetzer und Mitarbeiter in der Zusammenstellung **Manuel Cancio Meliá**, Lima, Palestra, 2000, 424 S. Auch in: Conferencias de Derecho penal, Zyklus, 2003, Instituto Uruguayo de Derecho penal, Facultad de Derecho de la Universidad de la República, Montevideo, Uruguay, Verleger Carlos Alvárez, 2003.

656 **Jakobs**, **Günther**: Actuar y omitir, in: Los desafíos del Derecho Penal en el siglo XXI, Festschrift für **Günther Jakobs**, **(**Hrsg.) **Guillermo J. Yacobucci**/**Jorge F. Perdomo Torres**, Tokio, ARA, 2005, S. 157-181. Auch in: El pensamiento filosófico y jurídico penal de Günther Jakobs, 2007, (Hrsg.) **Polaina-Orts/Quintero**, Mexiko, S. 21-44. Auch in: Sobre la normativización de la dogmática jurídico-penal, Madrid, Civitas, 2003, S. 101-133. Und in: Actuar y omitir, Übersetzung durch **Manuel Cancio Meliá**, Bogotá Universität Externado de Colombia, Studiensammlung Nr. 28, Bogotá 2004.

Colombia. Anno 2005 erschien sie in der Festschrift für **Jakobs** mit dem Titel „Los desafíos del Derecho Penal en el siglo XXI"[657]. Darüber hinaus wurde sie 2007 in dem von **Miguel Polaino-Orts** und **Quintero** zusammengestellten Buch „El pensamiento filosófico y jurídico penal de **Günther Jakobs**" veröffentlicht.

Die erste hier aufgeführte Veröffentlichung von **Jakobs** aus dem Jahre 2000 ist „Theorie und Praxis der Ingerenz"[658]. Die Übersetzung von **Manuel Cancio Meliá** heißt „Teoría y Praxis de la Injerencia"[659]. Sie befindet sich in dem Buch „El sistema funcionalista del derecho penal", dessen Beiträge einigen Referaten des zweiten internationalen Strafrechtskurs (II Curso Internacional de Derecho Penal) entsprechen, der im selben Jahr an der Universität zu Piura abgehalten wurde. 1999 erschien der Artikel in Madrid in der „Revista Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales". Außerdem erschien er 2000 im Buch „Conferencias sobre temas penales". 2001 erschien er des Weiteren in einer Sammlung aus Artikeln **Jakobs**' mit dem Titel „Injerencia y dominio del hecho. Dos estudios de la Parte General del Derecho penal", veröffentlicht durch die Universität Externado de Colombia und mit Übersetzungen von **Cancio Meliá**.

Eine weitere Veröffentlichung von **Jakobs** aus dem Jahre 2000 war „Tatherrschaftsdämmerung. Ein Beitrag zur Normativierung rechtlicher Begriffe"[660]. Der spanische Titel lautet „El ocaso del dominio del hecho: una contribución a la normativización de los conceptos jurídicos"[661]. Die erwähnte Veröffentlichung wurde im Jahre 2000 durch

---

[657] Siehe, **Guillermo J. Yacobucci** (Hrsg.), Los desafíos del Derecho Penal en el siglo XXI, Festschrift für **Günther Jakobs**, Lima, ARA, 2005, 1085 S.

[658] **Jakobs**, **Günther**: Theorie und Praxis der Ingerenz, in: **Günther Jakobs/Manuel Cancio Meliá,** El sistema funcionalista del derecho penal, II Curso Internacional de Derecho Penal (in Lima, 29. August bis 1. September 2000), Lima, Grijley 2000, S. 133-164. Und in: **Jakobs**, **Günther/Cancio Meliá**, **Manuel**: Conferencias sobre temas penales, Übersetzung durch **Manuel Cancio Meliá**, Buenos Aires, Rubinzal Culzoni, 2000, (Nachdruck 2004), S. 49-85.

[659] **Jakobs**, **Günther**, Teoría y Praxis de la Injerencia, in: Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales, Nr. 52, Ministerio de Justicia de España, Enero 1999, S. 17-50. Auch in: **Jakobs**, **Günther/Cancio Meliá, Manuel**: El sistema funcionalista del derecho penal, II Curso Internacional de Derecho Penal (in Lima, 29. August bis 1. September 2000), Lima, Grijley 2000, S. 97-132. Auch in: **Jakobs**, **Günther/Cancio Meliá, Manuel**: Conferencias sobre temas penales, Übersetzung durch **Manuel Cancio Meliá**, Buenos Aires, Rubinzal Culzoni, 2000, (Nachdruck 2004) S. 49-85. Und in: **Jakobs**, **Günther**: Injerencia y dominio del hecho. Dos estudios sobre la parte general del Derecho Penal, Übersetzung durch **Manuel Cancio Meliá**, Bogotá, Universität Externado de Colombia, Centro de Investigaciones de Derecho Penal y Filosofía del Derecho, Santafé de Bogotá, 2001, 109 S.

[660] **Jakobs**, **Günther**: Tatherrschaftsdämmerung. Ein Beitrag zur Normativierung rechtlicher Begriffe, in: **Jakobs**, **Günther/Cancio Meliá**, **Manuel**: El sistema funcionalista del derecho penal, II Curso Internacional de Derecho Penal, (in Lima, 29. August bis 1. September 2000), Lima, Grijley 2000, S. 195-224.

[661] **Jakobs**, **Günther**: El ocaso del dominio del hecho: una contribución a la normativización de los conceptos jurídicos, in: **Jakobs**, **Günther/Cancio Meliá, Manuel**: El sistema funcionalista del derecho penal, II Curso Internacional de Derecho Penal, (in Lima, 29. August bis 1. September 2000), Lima, Grijley 2000, S. 165-193. Auch in: **Jakobs**, **Günther/Cancio Meliá, Manuel**: Conferencias sobre temas penales, Übersetzung durch **Manuel Cancio Meliá**, Buenos Aires, Rubinzal Culzoni, 2000, (Nachdruck 2004) S. 87-120. Auch in:

Manuel Cancio Meliá ins Spanische übertragen und als Teil des Buches "Conferencias sobre temas penales" veröffentlicht.

Ebenfalls anno 2000 in Deutschland durch Jakobs veröffentlicht wurde „Strafrechtliche Zurechnung und die Bedingungen der Normgeltung"[662] in „Verantwortung in Recht und Moral". Übersetzt wurde der Artikel 2005 in Granada durch **Carlos Gómez-Jara Díez** und **Javier Sánchez-Vera Gómez-Trelles**, die ihm den Titel „Imputación jurídico-penal y las condiciones de vigencia de la norma"[663] gaben. Er befindet sich in „Teoría de sistemas de derecho penal: Fundamentos y posibilidades de aplicación"[664], einer Zusammenstellung von **Gómez-Jara Díez**. 2007 wurde dieselbe Sammlung nochmals durch die Universität Externado de Colombia verlegt.

Auch „Rechtmäßige Abtreibung von Personen"[665] von **Jakobs** erschien anno 2000, wurde im selben Jahr von **Pilar González Rivero** übersetzt und erschien als „Existe un aborto lícito de personas"[666] in der Zeitschrift „Revista del Poder Judicial". Diese Übersetzung erschien außerdem 2004 in „Dogmática de derecho penal y la configuración normativa de la sociedad"[667].

Jakobs, Günther: Injerencia y dominio del Hecho. Dos estudios sobre la parte general del Derecho Penal, Übersetzung durch **Manuel Cancio Meliá**, Bogotá, Universität Externado de Colombia, Centro de Investigaciones de Derecho Penal y Filosofía del Derecho, Santafé de Bogotá, 2001, 109 S.

662 **Jakobs**, **Günther**: Strafrechliche Zurechnung und die Bedingungen der Normgeltung, in: Verantwortung in Recht und Moral (AARSP-Beiheft 74), (Hrsg.) **Ulfried Neumann**/**Lorenz Schulz**, Stuttgart, Franz Steiner, 2000, S. 57-72.

663 **Jakobs**, **Günther**: Imputación jurídico-penal y las condiciones de vigencia de la norma, Übersetzung durch **Carlos Gómez-Jara Díez** und **Javier Sánchez-Vera Gómez-Trelles**, in: Teoría de sistemas de derecho penal: Fundamentos y posibilidades de aplicación, (Hrsg.) **Carlos Gómez-Jara Díez**, Granada, Comares, 2005, S. 177-196.

664 **Jakobs**, **Günther**/**Baecker**, **Dirk**/**Nassehi**, **Armin/Kargl**, **Walter/Luhmann**, **Niklas**/**Teubner**, **Gunther**/**Willke**, **Helmut**/**García Amado**, **Juan Antonio**/**Müssig**, **Bernd/Peñaranda Ramos**, **Enrique**/**Piña Rochefort**, **Juan Ignacio**/**Prieto Navarro**, **Evaristo**/**Bacigalupo**, **Enrique**/**Bleckmann**, **Frank**/**Gómez-Jara Díez**, **Carlos/Feijoó Sánchez**, **Bernardo**: Teoría de sistemas de derecho penal: Fundamentos y posibilidades de aplicación, (Hrsg.) **Carlos Gómez-Jara Díez**, Granada, Comares, 2005, 544 S. Und: Teoría de sistemas de derecho penal: Fundamentos y posibilidades de aplicación, (Hrsg.) **Carlos Gómez-Jara Díez**, Bogotá, Universität Externado de Colombia 2007, 605 S.

665 **Jakobs**, **Günther**: Rechtmäßige Abtreibung von Personen, Juristische Rundschau (JR), Berlin, de Gruyter, 2000, S. 404-407.

666 **Jakobs**, **Günther**: Existe un aborto lícito de personas, Übersetzung durch **Pilar González Rivero**, in: Revista del poder Judicial Nr. 60, Consejo General del Poder Judicial, Ministerio de Justicia de España, 2000, S. 159-168. Auch in: Dogmática de derecho penal y la configuración normativa de la sociedad", Madrid, Thomson-Civitas, 2004, 245 S.

667 **Jakobs**, **Günther/López Barja de Quiroga, Jacobo**: Dogmática de derecho penal y la configuración normativa de la sociedad, Madrid, Thomson-Civitas, 2004, 245 S.

Jakobs „Das Selbstverständnis der Strafrechtswissenschaft vor den Herausforderungen der Gegenwart“[668] erschien 2000 in „Die Deutsche Strafrechtswissenschaft vor der Jahrtausendwende. Rückbesinnung und Ausblick”. Die Dokumentation des in der Berlin-Brandenburgischen Akademie der Wissenschaft stattfindenden Kongresses wurde 2004 von **Teresa Manso Porto** übersetzt. Die Übersetzung hat den Titel „La autocomprensión de la ciencia del Derecho penal ante los desafíos del presente”[669] – auch bekannt als „La ciencia del Derecho Penal ante las exigencias del presente”[670] – und erschien in der von **Francisco Muñoz Conde** koordinierten Sammlung „La ciencia del Derecho Penal ante el nuevo milenio”[671].

Anno 2001 erschien „Personalität und Exklusion im Strafrecht”[672], ein Artikel, der in der Festschrift für **Dionysius Spinellis** „Die Strafrechtswissenschaften im 21. Jahrhundert” veröffentlicht wurde. Die Übersetzung erfolgte 2003 in Bogotá durch **Teresa Manso Porto** und trägt den Titel „Personalidad y exclusión en derecho penal”[673]. Sie erschien in der Festschrift für **Günther Jakobs** „El funcionalismo en Derecho Penal”, herausgegeben von **Eduardo Montealegre Lynett**.

Des Weiteren erschien 2001 der Artikel „Materielle Vollendung bei Verletzungsdelikten gegen die Person”[674], der in der Festschrift für **Claus Roxin** zum 70. Geburtstag[675] wiederveröffentlicht wurde. Auf Spanisch heißt der Artikel „Consumación material en los

---

668 **Jakobs**, **Günther**: Das Selbstverständnis der Strafrechtswissenschaft vor den Herausforderungen der Gegenwart, in: Die Deutsche Strafrechtswissenschaft vor der Jahrtausendwende. Rockbesinnung und Ausblick, Dokumentation einer Tagung vom 3.-6. Oktober 1999 in der Berlin-Brandenburgischen Akademie der Wissenschaften, (Hrsg.) **Esser**, **Albin**/**Hassemer**, **Winfried**/**Burkhardt**, **Björn**, München, Beck, 2000, XIV, S. 47–56.

669 **Jakobs**, **Günther**: La autocomprensión de la ciencia del Derecho penal ante los desafíos del presente, übersetzt von **Teresa Manso Porto**, in: La ciencia del Derecho penal ante el nuevo milenio, (Hrsg.) **Francisco Muñoz Conde**, Tirant lo Blanch, Valencia, 2004, S. 53-65.

670 **Jakobs**, **Günther**: La Ciencia del Derecho Penal ante las exigencias del presente, übersetzt von **Teresa Manso Porto**, Estudios de Derecho Judicial, Nr. 20, Escuela Judicial CGPJ, Xunta de Galicia, Escuela de Verano del Poder Judicial, Galicia, 1999.

671 Siehe **Conde Muñoz**, **Francisco**: La ciencia del Derecho Penal ante el nuevo de milenio, (Hrsg.) **Muñoz Conde**, Tirant Lo Blanch, Valencia, 2004.

672 **Jakobs**, **Günther**: Personalität und Exklusion im Strafrecht, in: Die Strafrechtswissenschaften im 21 Jahrhundert, (Hrsg.) **Nestor-Constantin Courakis**, Festschrift für **Dionysius Spinellis**, Abteilung für Strafrechtswissenschaften, juristiche Fakultät, Universität zu Athen, Ant. N. Sakkoulas, Athen 2001, S. 447-467.

673 **Jakobs**, **Günther**: Personalidad y exclusión en derecho penal, Übersetzung durch **Teresa Manso Porto**, in: El funcionalismo en Derecho Penal. Festschrift für **Günther Jakobs**, (Hrsg.) **Eduardo Montealegre Lynett**, II Bd., Bogotá, Universität Externado de Colombia, 2003, S. 71-90.

674 **Jakobs**, **Günther**: Materielle Vollendung bei Verletzungsdelikten gegen die Person. Zugleich ein Beitrag zur Verallgemeinerung des Besonderen Teils, in: Festschrift für **Claus Roxin** zum 70. Geburtstag, Berlin/ New York, 2001, S. 793-810.

675 Siehe, Festschrift für **Claus Roxin** zum 70. Geburtstag, (Hrsg.) **Bernd Schünemann**/**Hans Achenbach**/**Wilfried Bottke**/**Bernhard Haffke**/**Hans-Joachim Rudolphi**, Berlin/New York, de Gruyter, 2001, 1579 S.

delitos de lesión contra las personas"[676]. Er wurde von **Sergi Cardenal Montraveta** übersetzt und von **Manuel Cancio Meliá** überarbeitet. Die Übersetzung erschien 2002 in Madrid in der Zeitschrift „Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología".

In 2002 veröffentlichte **Jakobs** den Aufsatz „Strafbarkeit juristischer Personen?"[677] in der „Festschrift für **Klaus Lüdersen** zum 70. Geburtstag". Übersetzt wurde der Artikel 2002 durch **Carlos J. Suárez González** unter dem Titel „¿Punibilidad de las personas Jurídicas?"[678]. Er erschien 2004 in **Percy García Caveros** Sammlung „La responsabilidad penal de las personas jurídicas, órganos y representantes"[679] in Mendoza (Argentinien). Ein weiteres Mal wurde der Artikel in „El Funcionalismo en el Derecho Penal"[680] veröffentlicht.

Ebenfalls 2002 veröffentlichte **Jakobs** „Gleichgültigkeit als dolus indirectus"[681]. Die Übersetzung dieses Artikels heißt „Indiferencia como Dolo Indirecto"[682] und befindet sich in „Dogmática y ley penal"[683], einer Festschrift für **Enrique Bacigalupo**, welche von **Jacobo López Barja de Quiroga** und **José Miguel Zugaldía Espinar** herausgegeben wurde. Übersetzt hatte den Artikel **Carlos Pérez del Valle** 2002 in Mexiko. Die Übersetzung findet sich auch in „Dogmática de derecho penal y la configuración normativa de la sociedad".

In 2003 publizierte **Jakobs** den Aufsatz „Was schützt das Strafrecht: Rechtsgüter oder Normgeltung?"[684]. Bereits im Jahre 2000 war dessen Übersetzung durch **Manuel Cancio Meliá** erfolgt. Der spanische Titel lautet „¿Qué protege el Derecho Penal: bienes jurídicos o la

---

[676] **Jakobs**, **Günther**: Consumación material en los delitos de lesión contra las personas, Übersetzung durch **Cardenal Montraveta**, Überarbeitung von **Manuel Cancio Meliá**, in: Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología Nr. 4 (2002).

[677] **Jakobs**, **Günther**, Strafbarkeit juristicher Personen?, in: Festschrift für **Klaus Luderssen** zum 70. Gerburstag, (Hrsg.) **Cornelius Pritwitz**, Baden-Baden, Nomos, 2002, S. 559-575.

[678] **Jakobs**, **Günther**: Punibilidad de las personas Jurídicas, Übersetzung durch **Carlos J. Suárez González**, in: „La responsabilidad penal de las personas jurídicas, órganos y representantes", (Hrsg) **Percy García Cavero**, Lima, ARA, 2002. Auch in: Ediciones Jurídicas Cuyo, Mendoza (Argentinien), 2004, S. 47-70. Und: Funcionalismo en el Derecho Penal, (Hrsg.) **Montealegre Lynett**, Festschrift für **Günther Jakobs**, Bogotá, Universität Externado de Colombia 2003, S. 31-56.

[679] **García Cavero**, **Percy**: La responsabilidad penal de las personas jurídicas, órganos y representantes, Lima, ARA, 2002. Und: **García Cavero**, **Percy**: La responsabilidad penal de las personas jurídicas, órganos y representantes, Mendoza, Cuyo, 2002.

[680] Siehe, Funcionalismo en el Derecho Penal, (Hrsg.) **Eduardo Montealegre Lynett**, Homenaje al Dr. **Günther Jakobs**, Bogotá, Universität Externado de Colombia, 2003.

[681] **Jakobs, Günther**: Gleichgültigkeit als dolus indirectus, in: ZStW No.114, Bd. 3, 2002 S. 584-599.

[682] **Jakobs**, **Günther**: Indiferencia como Dolo Indirecto, Übersetzung durch **Carlos Pérez del Valle**, in: Dogmatica y ley penal, Homenaje a **Enrique Bacigalupo**, (Hrsg.) **Jacobo Lopez Barja de Quiroga** und **José Miguel Zugaldía Espinar**), Madrid, Bd. I, Marcial Pons, 2004, S. 345-358. Auch in: Dogmática de derecho penal y la configuración normativa de la sociedad, Madrid, Editorial Thomson-Civitas, 2004, 240 S.

[683] Siehe, Dogmatica y ley penal, Homenaje a **Enrique Bacigalupo**, (Hrsg.) **Jacobo Lopez Barja de Quiroga** und **José Miguel Zugaldía Espinar**, Madrid, Bd. I, Marcial Pons, 2004, S. 345-358.

[684] **Jakobs**, **Günther**: Was schützt das Strafrecht: Rechtsgüter oder Normgeltung?, in: Aktualität und Entwicklung der Strafrechtswissenschaft, Festschrift für **Seiji Saito** zum 70. Geburtstag, Tokio Editorial Shinzansha, 2003, S. 780-760.

vigencia de la norma?"[685]. Die Übersetzung erschien in der Zeitschrift „Revista Peruana de Doctrina y Jurisprudencia Penales", sowie in „El sistema funcionalista del Derecho penal". Später, im Jahr 2001, erschien sie in „Cuadernos de Doctrina y Jurisprudencia Penal". 2003 wurde sie als Teil einer Sammlung veröffentlicht, die **Eduardo Montealegre Lynett** zu Ehren **Jakobs**' zusammenstellte. Er nannte sie „Funcionalismo en el Derecho Penal".

„Bürgerstrafrecht und Feindstrafrecht"[686], ein weiterer wichtiger Aufsatz aus dem Jahre 2003, wurde von **Jakobs** gemeinsam mit **Manuel Cancio Meliá** veröffentlicht. Er wurde 2003 in Madrid von **Manuel Cancio Meliá** übersetzt und erhielt den Titel „Derecho penal del ciudadano y Derecho penal del enemigo"[687]. Die Übersetzung erschien im Jahre 2003 in Spanien in „Derecho penal del enemigo"[688], einer gemeinsamen Ausgabe **Jakobs**' und **Cancio Meliás**.

Ebenfalls in 2003 veröffentlicht wurde **Jakobs**' „Beteiligung"[689]. Sie wurde 2004 von **Javier Sánchez-Vera Gómez-Trelles** ins Spanische übertragen und erschien als „La intervención delictiva"[690] in Lima in der peruanischen Zeitschrift „Revista peruana de Doctrina y Jurisprudencia Penales". 2005 wurde sie auch in Madrid in der Zeitschrift „Cuadernos de Política Criminal" veröffentlicht, genauso wie 2007 in Bogotá in dem von **Eduardo Montealegre Lynett** koordinierten Buch „Derecho penal y sociedad. Estudios sobre las obras de Günther Jakobs y Claus Roxin, y sobre las estructuras modernas de la imputación"[691].

---

685 **Jakobs**, **Günther**: ¿Qué protege el Derecho Penal: bienes jurídicos o la vigencia de la norma?, Übersetzung durch **Manuel Cancio Meliá**, in: Revista Peruana de Doctrina y Jurisprudencia Penales Nr. 1-2000, Lima, 2000, S. 151-170. Auch in: **Jakobs**, **Günther**/**Cancio Meliá**, **Manuel**: El sistema funcionalista del Derecho penal, Lima, Perú, Grijley, 2000, S. 43-60. Auch in: Cuadernos de Doctrina y Jurisprudencia Penal Nr.11, Argentinien, 2001, S. 23-41. Und in: Funcionalismo en el Derecho Penal, (Hrsg.) **Eduardo Montealegre Lynett**, Libro Homenaje al Dr. **Günther Jakobs**, Bogotá Universität Externado de Colombia, 2003, S. 39-56.

686 **Jakobs**, **Günther**: Bürgerstrafrecht und Feindstrafrecht, in: Foundations and limits of Criminal Law and Criminal Procedure-An Anthology in Memory of Profesor **Fu-Tseng Hung**, (Hrsg.) **Yu-Shiu Hsu**, Taipei, 2003, S. 41-61(Deutsch), S. 15-39 (Chinesisch). Und in: HRSS 2004, S. 88-95.

687 **Jakobs**, **Günther**: Derecho penal del ciudadano y Derecho penal del enemigo, Übersetzung durch **Manuel Cancio Meliá**, in: Derecho penal del enemigo, (Hrsg.) **Jakobs**/**Cancio Meliá**, Madrid, Editorial Civitas, 2003, S. 21-56.

688 **Jakobs**, **Günther/Cancio Meliá, Manuel**: Derecho penal del Enemigo, (Hrsg.) **Jakobs**/**Cancio Meliá,** Madrid, Editorial Civitas, 2003.

689 **Jakobs**, **Günther**: „Beteiligung", in: Jus humanum. Grundlagen des Rechts und Strafrecht, Festschrift für **Ernst Joachim Lampe** zum 70. Geburstag, (Hrsg.) **Dieter Dolling**, Berlin, Duncker & Humblot, 2003, S. 561-575.

690 **Jakobs**, **Günther**: La intervención delictiva, in: Revista Peruana de Doctrina y Jurisprudencia Penales Nr. 5, Lima, Grijley, 2004. Auch in: Cuadernos de Política Criminal Nr. 85, Universidad Complutense de Madrid, Kriminologisches Institut, 2005, S. 69-86.

691 Siehe, Derecho penal y sociedad. Estudios sobre las obras de Günther Jakobs y Claus Roxin, y sobre las estructuras modernas de la imputación, Bd. II, (Hrsg.) **Eduardo Montealegre Lynett**, Bogotá, Universität Externado de Colombia 2007, 354 S. Eine Sammlung der wichtigsten Referate, die am 26., 27. und 29. Oktober 2004 beim „IV. Internationalen Seminar über Philosophie und zeitgenössisches Recht" an der Universität Externado gehalten wurden.

Eine weitere Veröffentlichung des Jahres 2003 war „Zum Begriff des Delikts gegen die Person"[692] in „Bochumer Beiträge zu Aktuellen Strafrechtsthemen". Es handelt sich dabei um die Dokumentation eines Symposiums, das 2001 zu Ehren von **Gerd Geilen** in Köln stattfand. **Bernardo Feijóo Sánchez** übertrug sie 2003 ins Spanische und nannte die Übersetzung „Sobre el concepto de delito contra la persona"[693]. Im selben Jahr wurde diese Übersetzung sowohl in der Zeitschrift „Revista del Poder Judicial Nr. 70" als auch in „El funcionalismo en Derecho Penal" veröffentlicht.

Im Jahr 2004 veröffentlicht **Jakobs** den Aufsatz „Grade der Zuständigkeit. Überlegungen zur Entstehung und zum Gewicht von Handlungs- und Duldungspflichten"[694] in der Zeitschrift „Himeji Law Review". Die Übersetzung des Jahres 2003 von **Manuel Cancio Meliá** und **Bernardo Feijoó Sánchez** mit dem Titel „Sobre los grados de la incumbencia. Reflexiones sobre el origen y la importancia de los deberes de actuación y de tolerancia"[695] befindet sich in „Sobre la normativización de la dogmática jurídico penal".

Im Weiteren veröffentlichte **Jakobs** 2004 „Staatliche Strafe: Bedeutung und Zweck"[696], einen Aufsatz der 2005 von **Manuel Cancio Meliá** in Zusammenarbeit mit **Bernardo Feijoó Sánchez** übersetzt wurde und den Titel „La pena estatal: significado y finalidad"[697] trägt. Die Übersetzung erschien in „El fundamento del sistema jurídico penal"[698]. Im darauffolgenden Jahr erschien derselbe Artikel als selbständige Schrift. Ebenfalls 2006 veröffentlichte **Jakobs** den Artikel in „Función de la pena estatal y evolución de la dogmática post finalista"[699],

---

[692] **Jakobs**, **Günther**: Zum Begriff des Delikts gegen die Person, in: Bochumer Beiträge zu aktuellen Strafrechtsthemen, (Hrsg.) **Klaus Bernsmann** y **Klaus Ulsenheimer**, Vorträge anlässlich des Symposiums zum 70. Geburtstag von **Gerd Geilen** am 12./13.10.2001, Köln, Heymann 2003, S. 63-78.

[693] **Jakobs**, **Günther**: Sobre el concepto de delito contra la persona, Übersetzung durch **Bernardo Feijóo Sánchez**, in: Revista Española del Poder Judicial Nr. 70, 2003, S. 117-135. Und in: El funcionalismo en el Derecho Penal, Libro homenaje al profesor **Günther Jakobs**, (Hrsg.) **Eduardo Montealegre Lynett**, Bogotá, Universität Externado de Colombia, 2003, S. 425-444.

[694] **Jakobs**, **Günther**: Grade der Zuständigkeit. Überlegungen zur Enstehung und zum Gewicht von Handlungs- und Duldungsspflichten, in: Zeitschrift Himeji Law Review, No. 39-40, 2004, S. 346- 323 (deutsch), S. 322-305 (japanisch).

[695] **Jakobs**, **Günther**: Sobre los grados de la incumbencia. reflexiones sobre el origen y la importancia de los deberes de actuación y de tolerancia, in: Sobre la normativización de la dogmática jurídico penal, Übersetzung durch **Manuel Cancio Meliá** und **Bernardo Feijoó Sánchez**, Madrid, Cívitas, 2003, 108 S. Auch in: Sobre la normativización de la dogmática jurídico penal, Übersetzung durch **Manuel Cancio Meliá** in Zusammenarbeit mit **Bernardo Feijoó Sánchez**, Bogotá, Universität Externado de Colombia, 2004, 161 S.

[696] **Jakobs**, **Günther**: Staatliche Strafe: Bedeutung und Zweck, Paderborn, Ferdinand Schöningh, 2004, 48 S.

[697] **Jakobs**, **Günther**: La pena estatal: significado y finalidad, Übersetzung durch **Manuel Cancio Meliá** und **Bernardo Feijoó Sánchez**, in: El fundamento del sistema jurídico penal, ARA, Lima, 2005, S. 15-74. Auch in: La pena estatal: significado y finalidad, Civitas, Madrid, 2006, 182 S.

[698] **Jakobs**, **Günther**: El fundamento del sistema jurídico penal, Lima, ARA editores, 2005, 165 S.

[699] **Jakobs**, **Günther**/**Polaino Navarrete**, **Miguel**: Función de la pena estatal y evolución de la dogmatica post finalista (Estudios de Derecho Penal Funcionalista), Übersetzung Manuel Cancio Meliá, Lima 2006, 126 S. Und: **Jakobs**, **Günther**/**Polaino Navarrete**, **Miguel**: Función de la pena estatal y evolución de la dogmatica

einem Buch, das er gemeinsam mit **Miguel Polaino Navarrete** herausgegeben hat. Die Laudatio stammt von **Eduardo López Betancourt**. Außerdem erschien der Artikel 2007 in „Derecho penal y sociedad. Estudios sobre las obras de Günther Jakobs y Claus **Roxin**, y sobre las estructuras modernas de la imputación"[700], von **Eduardo Montealegre Lynett**.

In 2005 veröffentlichte **Jakobs** „Wie und was schützt das Strafrecht? Widerspruch und Prävention; Rechtsgüterschutz und Schutz der Normgeltung"[701], erschienen in der Zeitschrift „Himeji Law Review". Sie wurde 2003 von **Manuel Cancio Meliá** und **Bernardo Feijoó Sánchez** übersetzt. Die Übersetzung mit dem Titel „¿Cómo protege el Derecho penal y qué es lo que protege? Contradicción y prevención; protección de bienes jurídicos y protección de la vigencia de la norma"[702] findet sich als Teil des Buches „Sobre la normativización de la dogmática jurídico penal". Außerdem wurde sie 2005 in der Festschrift für **Günther Jakobs** „Los desafíos del Derecho Penal en el siglo XXI" veröffentlicht. 2007 erschien sie in „El pensamiento filosófico y jurídico penal de Günther Jakobs"[703], herausgegeben von **Carlos Daza Gómez** unter Mitwirkung von **Miguel Polaino-Orts** und **María Eloísa Quintero**.

Eine weitere Veröffentlichung von **Jakobs** anno 2005 trägt den Titel „Die subjektive Tatseite"[704] und erschien in der Zeitschrift „Nomos" der Universität zu Kansai in Japan. 2003 wurde die spanische Übersetzung von **Manuel Cancio Meliá** „El lado subjetivo del hecho"[705]

---

post finalista (Estudios de Derecho Penal Funcionalista), Übersetzung **Manuel Cancio Meliá**, Porrúa, México D.F., 2006, 194 S.

[700] Siehe, Derecho penal y sociedad. Estudios sobre las obras de Günther Jakobs y Claus Roxin, y sobre las estructuras modernas de la imputación, Bd. I, (Hrsg.) **Eduardo Montealegre Lynett**, Bogotá, Universität Externado de Colombia 2007, 294 S.

[701] **Jakobs**, **Günther**: Wie und was schützt das Strafrecht? Widerspruch und Prävention; Rechtsgüterschutz und Schutz der Normgeltung, in: Himeji Law Review, Nr. 1, Japan, 2005, S. 22-32 (deutsch), S. 33-41 (japanisch).

[702] **Jakobs**, **Günther**: ¿Cómo protege el Derecho penal y qué es lo que protege? Contradicción y prevención; protección de bienes jurídicos y protección de la vigencia de la norma, in: Sobre la normativización de la dogmática jurídico penal, Übersetzung durch **Manuel Cancio Meliá** und **Bernardo Feijoó Sánchez**, Madrid, Cívitas, 2003, S. 47-73. Auch in: Sobre la normativización de la dogmática jurídico penal, Übersetzung durch **Manuel Cancio Meliá**/**Bernardo Feijoó Sánchez**) Bogotá, Universität Externado de Colombia, 2004, S. 47-73. Auch in: Los desafíos del Derecho Penal en el siglo XXI, Festschrift Dr. **Günther Jakobs**, (Hrsg.) **Guillermo J. Yacobucci**/**Jorge F. Perdomo Torres**, Lima, ARA, 2005, S. 137-157. Und in: **Carlos Daza Gómez**: El pensamiento filosófico y jurídico-penal de Günther Jakobs, (Hrsg.), **María Eloísa Quintero** und **Miguel Polaino-Orts**, mit einem Vorwort von **Miguel Polaino Navarrete**, México, Flores Editor y Distribuidor, 2007, S. 1-20.

[703] Siehe, **Carlos Daza Gómez**: El pensamiento filosófico y jurídico-penal de Günther Jakobs, (Hrsg.), **María Eloísa Quintero** und **Miguel Polaino-Orts**, mit einem Vorwort von **Miguel Polaino Navarrete**, México, Flores Editor y Distribuidor, 2007, 849 S.

[704] **Jakobs**, **Günther**: „Die subjektive Tatseite" In: Zeitschrift Nomos Nr. 15, Kansai, Universität zu Kansai, 2005, S. 67-76.

[705] **Jakobs**, **Günther**: El lado subjetivo del hecho, in: Günther Jakobs, Sobre la normativización de la dogmática jurídico-penal, Madrid, 2004, S. 75-100. In: Los desafíos del Derecho Penal en el siglo XXI, Festschrift für Dr. **Günther Jakobs**, (Hrsg.) **Guillermo J. Yacobucci**/**Jorge F. Perdomo Torres**, Lima, ARA, 2005, S. 117-136. In: **Carlos Daza Gómez**: El pensamiento filosófico y jurídico-penal de Günther Jakobs, (Hrsg.)

in „Sobre la normativización de la dogmática jurídico penal" veröffentlicht. 2005 erschien sie in der Festschrift für **Günther Jakobs** „Los desafíos del Derecho Penal en el siglo XXI". 2007 erschien sie wiederum in der von **Carlos Daza Gómez** gesteuerten und von **María Eloísa Quintero** und **Miguel Polaino-Orts** zusammengestellten Ausgabe „El pensamiento filosófico y jurídico penal de **Günther Jakobs**"[706]. Das Nachwort trug **Miguel Polaino Navarrete** bei.

Ebenfalls aus dem Jahr 2005 stammt „Bemerkungen zur subjektiven Tatseite der Untreue"[707], erschienen in der „Festschrift für Hans Dahs zum 70. Geburtstag". Sie wurde 2008 übersetzt mit dem Titel „Consideraciones del lado subjetivo de la administración desleal"[708] in „La administración desleal de los órganos societarios".[709].

Schließlich erschien 2005 **Jakobs**' „Terroristen als Personen im Recht?"[710]. 2006 folgte die Übersetzung von **Manuel Cancio Meliá** unter dem Titel „¿Terroristas como personas en Derecho?"[711] in „Derecho Penal del Enemigo: El discurso Penal de la Exclusión"[712].

2006 veröffentlichte **Jakobs** den Aufsatz „Feindstrafrecht? Eine Untersuchung zu den Bedingungen von Rechtlichkeit"[713]. Die Übersetzung von **Manuel Cancio Meliá** erschien im selben Jahr unter dem Titel „¿Derecho penal del enemigo? Un estudio acerca de los presupuestos de la juridicidad"[714] in „Derecho Penal del Enemigo: El discurso Penal de la Exclu-

---

María Eloísa Quintero und **Miguel Polaino-Orts**, mit einem Vorwort von **Miguel Polaino Navarrete**, México Stadt, Flores, 2007, S. 45-63.

706 Siehe, **Carlos Daza Gómez**: El pensamiento filosófico y jurídico-penal de Günther Jakobs, (Hrsg.), **María Eloísa Quintero** und **Miguel Polaino-Orts**, mit einem Vorwort von **Miguel Polaino Navarrete**, México, Flores Editor y Distribuidor, 2007, 849 S.

707 **Jakobs**, **Günther**: Bemerkungen zur subjektiven Tatseite der Untreue, in: Festschrift für **Hans Dahs** zum 70. Geburtstag, (Hrsg.) **Günther Windmaier/Heiko Lesch/Bernd Müssig/Rochus Wallau,** Köln, Dr. Otto Schmidt KG, 2005, S. 49-63.

708 **Jakobs**, **Günther**: Consideraciones del lado subjetivo de la administración desleal, Übersetzung durch **Carlos Gómez-Jara Díez**, in: **Jakobs**, **Günther**/**Schünemann**, **Bernd/Gómez-Jara Díez**, **Carlos**, La administración desleal de los órganos societarios, (Hrsg.) **Carlos Gómez-Jara Díez**, Barcelona, Atelier, 2008, S. 99-120.

709 **Jakobs**, **Günther**/**Schünemann, Bernd**/**Gómez-Jara Díez**, **Carlos**: La administración desleal de los órganos societarios, (Hrsg.) **Carlos Gómez-Jara Díez**, Barcelona, Atelier, 2008, 201 S.

710 **Jakobs**, **Günther**: Terroristen als Personen im Recht?, in: Zeitschrift ZStW, Band 117, Nr. 4, 2005, S. 839-851.

711 **Jakobs**, **Günther**: ¿Terroristas como personas en Derecho?, Übersetzung durch **Manuel Cancio Meliá**, in: Derecho Penal del Enemigo. El discurso Penal de la Exclusión, (Hrsg.) **Cancio Meliá**, **Manuel**/**Gómez Jara Díez**, **Carlos**, Bd. II, Madrid, Edisofer, 2006, S. 77-92.

712 **Cancio Meliá**, **Manuel**/**Gómez Jara Díez**, **Carlos**: Derecho Penal del Enemigo. El discurso Penal de la Exclusión, (Hrsg.) **Cancio Meliá**/**Gómez Jara Díez**, Bd.I-II, Madrid, Edisofer, 2006.

713 **Jakobs**, **Günther**: Feindstrafrecht? Eine Untersuchung zu den Bedingungen von Rechtlichkeit, in: Zeitschrift HRRS, Nr. 8-9, 2006, S. 289-297.

714 **Jakobs**, **Günther**: ¿Derecho penal del enemigo? Un estudio acerca de los presupuestos de la juridicidad, Übersetzung durch **Manuel Cancio Meliá**, in: Derecho Penal del Enemigo. El discurso Penal de la Exclusión, (Hrsg.) **Cancio Meliá**/**Gómez Jara Díez**, Bd. II, Madrid, Edisofer, 2006, S. 93-116. Und in: Derecho

sión". Außerdem erschien er 2007 in Bogotá in dem von **Eduardo Montealegre Lynett** koordinierten Buch „Derecho penal y sociedad. Estudios sobre las obras de **Günther Jakobs** y **Claus Roxin**, y sobre las estructuras modernas de la imputación".

2008 veröffentlichte **Jakobs** „Rechtsentzug als Vermögensdelikt: zugleich ein Beitrag zur Verallgemeinerung des Besonderen Teils"[715] in „Strafrecht und Wirtschaftsstrafrecht: Dogmatik, Rechtsvergleich, Rechtstatsachen; Festschrift für **Klaus Tiedemann** zum 70. Geburtstag". Die Schrift wurde 2008 von **Nuria Pastor** übersetzt und erschien online unter dem Titel „La privación de un derecho como un delito patrimonial"[716] in der Zeitschrift für strafrechtliche Auswertung, die die Universidad Pompeu Fabra herausgibt.

Ebenfalls 2008 gaben **Eduardo Montealegre Lynett** und **José Antonio Caro John** eine Festschrift für **Günther Jakobs** zu seinem 70. Geburtstag heraus, die den Titel „El sistema penal normativista en el mundo contemporáneo"[717] trägt.

In der von **Leonidas Kotsalis** herausgegebenen „Festschrift für **Anna Benaki Psadrouda**" erschien 2008 eine weitere Veröffentlichung von **Jakobs** unter dem Titel „Zwang und Personalität. Überlegungen zu einer Theorie der strafergänzenden Maβregeln"[718]. **Nuria Pastor Muñoz** übersetzte sie 2009 in Zusammenarbeit mit **Ricardo Robles Planas**. Diese Übersetzung mit dem Titel „Coacción y personalidad. Reflexiones sobre una teoría de las medidas de seguridad complementarias a la pena"[719] wurde in der Zeitschrift für strafrechtliche Auswertung der Universität Pompeu Fabra veröffentlicht.

5.4 Zwischenfazit

---

penal y sociedad. Estudios sobre las obras de **Günther Jakobs** y **Claus Roxin**, y sobre las estructuras modernas de la imputación, (Hrsg.) **Montealegre Lynett**, Bd. I, Universität Externado de Colombia, Bogotá, 2007, 97-117.

715 **Jakobs**, **Günther**: Rechtsentzug als Vermögensdelikt: zugleich ein Beitrag zur Verallgemeinerung des Besonderen Teils, in: Strafrecht und Wirtschaftsstrafrecht: Dogmatik, Rechtsvergleich, Rechtstatsachen; Festschrift für **Klaus Tiedemann** zum 70. Geburtstag, (Hrsg.) **Ulrich Sieber**/**Gerhard Dannecker**/**Urs Kindhäuser**/**Joachim Vogel**/**Tonio Walter**, Köln, Carl Heymann 2008, S. 649-661.

716 **Jakobs**, **Günther**: La privación de un derecho como un delito patrimonial, Übersetzung durch **Nuria Pastor**, in: Revista Indret, Band 4, Barcelona, Universität Pompeu Fabra, 2008.

717 **Jakobs**, **Günther**: El sistema penal normativista en el mundo contemporáneo, (Hrsg.) **Eduardo Lynett Montealegre**/**José Antonio Caro John**, Libro homenaje al profesor **Günther Jakobs** en su 70. Aniversario, Bogotá, Universität Externado de Colombia, 2008, 710 S.

718 **Jakobs**, **Günther**: Zwang und Personalität. Überlegungen zu einer Theorie der strafergänzenden Maβregeln, in: Festschrift für **Anna Benaki-Psadrouda**, (Hrsg.) **Kotsalis**, 2008.

719 **Jakobs**, **Günther**: Coacción y personalidad. Reflexiones sobre una teoría de las medidas de seguridad complementarias a la pena, Übersetzung von **Nuria Pastor Muñoz** in Zusammenarbeit mit **Ricardo Robles Planas**, Zeitschrift Indret, Bd. 1, Barcelona, Universität Pompeu Fabra, 2009.

Mit Blick auf die Begründung für die umfangreiche spanischsprachige Rezeption von **Roxins** und **Jakobs**' Werken ist **Roxin**[720] zuzustimmen, der das Strafrecht, aufgrund der weltweiten Ähnlichkeit der Formen kriminellen Verhaltens, als besonders geeignet für eine Internationalisierung ansieht. Einen weiteren Beitrag zur Rezeption leistet die in hohem Maße selbständige Konzeption der funktionalen Systeme von **Roxin** und **Jakobs** sowie deren zahlreiche und detaillierte Veröffentlichungen in Lehrbüchern in spanischer Sprache (**Duve** 2006: 22). Trotz dieser von **Roxin** formulierten Parallele und der funktionellen Ausrichtung beider Systeme seien an dieser Stelle allerdings noch einmal die wesentlichsten Unterschiede zwischen **Roxins** und **Jakobs**' System herausgestellt. Während **Roxins** Strafrechtsansatz den Rechtsgüterschutz als wesentliches Ziel formuliert und alle dogmatischen Kategorien an der Kriminalpolitik und rechtsstaatlichen Kriterien auszurichten sucht, stehen für **Jakobs** die Normgeltung und die daraus resultierende Stabilität der Gesellschaft im Mittelpunkt. Mit Blick auf die Zielerreichung bedient sich **Roxin** insbesondere der Integrationsprävention als Teil der positiven Generalprävention und einer positiven Spezialprävention ausgerichtet auf Resozialisierung. **Jakobs** betont ebenfalls die Bedeutung der positiven Generalprävention, versteht darunter allerdings, in deutlicher Abgrenzung zu **Roxin**, eine Einübung in Normanerkennung, welche nicht den Täter, sondern den Schutz der gesellschaftlichen Interaktion fokussiert.

Insgesamt kann die Rezeptionsgeschichte zum deutschen Strafrecht, und hierbei insbesondere die Vielzahl der jüngeren Übertragungen von **Jakobs**' und **Roxins** Werken, als Gegenargument zu der weiter oben beschriebenen Befürchtung **Prittwitz**' und **Ambos**' aufgeführt werden, bestimmte Aspekte des Feindstrafrechts seien eine Bedrohung für Lateinamerika. Vielmehr spricht eben die umfangreiche Verbreitung deutschen Strafrechtsdenkens im spanischsprachigen Raum dafür, dass **Jakobs**' Feindstrafrecht auch in Lateinamerika sinnvoll relativiert und vor dem Hintergrund u.a. der deutschen Strafrechtstradition reflektiert und diskutiert werden kann.

[720] Diese Meinung äußert **Roxin** in einem Interview mit **Thomas Duve** im Januar 2006. Siehe **Duve** (2006: 22).

Kapitel 6. Die Rezeption des Feindstrafrechts in Lateinamerika

Wie anhand des vorhergehenden Kapitels ersichtlich wird, liegt ein großer Teil der Werke, in denen **Günther Jakobs** sein rechtsphilosophisches Denken darlegt, in spanischer Übersetzung vor. Darunter befinden sich auch die wichtigsten der das Feindstrafrecht behandelnden Werke: „Kriminalisierung im Vorfeld einer Rechtsgutverletzung“[721] wurde von **Enrique Peñaranda** übersetzt, „Das Selbstverständnis der Strafrechtswissenschaft vor den Herausforderungen der Gegenwart“[722] wurde dank der Übersetzung von **Teresa Manso Porto** bekannt, und „Bürgerstrafrecht und Feindstrafrecht“[723] wurde in der Übersetzung von **Jakobs**' Schüler **Manuel Cancio Meliá** veröffentlicht. Die Veröffentlichung dieser Werke erleichterte die Rezeption des Feindstrafrechts in Lateinamerika. Bei der Verbreitung des Themas in dieser Weltregion spielt allerdings noch eine Reihe weiterer Faktoren eine Rolle.

Einer der Gründe für das Interesse am Feindstrafrecht war der Bekanntheitsgrad, den das rechtsphilosophische Denken von **Jakobs** schon vor der Verbreitung dieser neuen Schriften zum Thema Feindstrafrecht hatte. Seine Reputation verdankt **Jakobs** einer Einladung der Universität Externado de Colombia im Jahre 1994 zur XVI. Internationalen Strafrechtstagung, die von der Strafrechtsfakultät der Externado organisiert worden war[724] und die zu seinem erstmaligen Besuch in Bogotá und Lateinamerika geführt hatte. Die Rezeptionsleistung der Schriften von **Jakobs** war von dieser Universität fünfzehn weitere Jahre fortgeführt worden. Dort war ein großer Teil der Übersetzung von **Jakobs**' Werken veröffentlicht und seine funktionale Theorie auf nationalen und internationalen Seminaren studiert sowie bekannt gemacht worden. Diese Leistung ist vor allem dem ehemaligen kolumbianischen Verfassungsrichter **Eduardo Montealegre Lynett** zu verdanken. Er ist heute Direktor des „Forschungszentrums für zeitgenössische Philosophie und Recht“ sowie Schüler von **Jakobs** und bemüht sich in dieser Funktion, die akademischen Beziehungen zwischen dem deutschen Professor, dessen Schülern, auserwählten Professoren, die sich mit der deutschen

---

[721] Siehe Fn. 582. Weitere Übersetzungen der Werke von **Jakobs** die für die Problematik des Feindstrafrechts Relevanz haben sind: „Zur gegenwärtigen Straftheorie“ (1998) in der Übersetzung von **Manuel Cancio Meliá**, „Personalität und Exklusion im Strafrecht“ (2001) von **Teresa Manso Porto**, „Staatliche Strafe“ (2004) **Manuel Cancio Meliá** und **Bernardo Feijoo Sánchez** und die beiden Texte „Terroristen als Personen im Recht“ (2005) und „Feindstrafrecht? Eine Untersuchung zu den Bedingungen von Rechtlichkeit“ (2006), übersetzt von **Cancio Meliá**. Siehe hierzu auch die detaillierte Chronologie der für das Thema Feindstrafrecht relevanten Werke bei **Polaino-Orts** (2006: 27f.).

[722] Siehe Fn. 669.

[723] Siehe Fn. 687.

[724] Diese Informationen hat Prof. **Montealegre Lynett** in einem Interview am 4. und 6. December 2009 gegeben. Die Inhalte des Gesprächs beziehen sich auf Urteile **SU**.1184/01 aus dem Jahre 2001 und **C**-939/02 vom 31. Oktober 2002. Das Gespräch wurde nicht aufgezeichnet, **Montealegre Lynett** übergab wichtige schriftliche Materialien zum Thema.

Strafrechtswissenschaft befassen (Deutsche, Spanier und Lateinamerikaner), Studenten und der Universität Externado aufrechtzuerhalten. Darüber hinaus sei die Mitwirkung von **Montealegre Lynett** als Koordinator bei der Sammlung wichtiger Werke zur funktionalistischen Theorie von **Jakobs** herausgestellt[725].

Wie bereits erwähnt, war **Jakobs** schon vor der Konzipierung des Feindstrafrechts durch die Entwicklung seines funktionalistischen Strafrechts in Lateinamerika bekannt geworden. An der Rezeption des Feindstrafrechts hatte der spanische Professor **Cancio Meliá**[726] großen Anteil. Er schrieb nicht nur im Jahr 2003 gemeinsam mit seinem Lehrer **Jakobs** zu diesem Thema, sondern seine Kritiken dienten darüber hinaus auch als Leitfaden für die Diskussion zum Thema in Lateinamerika.[727] Verdienstvoll für die Diskussion war insbesondere seine gemeinsam mit **Gómez-Jara Díez** zusammengestellte Textsammlung von Autoren aus Lateinamerika, Spanien, Deutschland und Italien[728]. Dieses Werk weckte nicht nur das Interesse der beteiligten Autoren[729], sondern erleichterte auch das Verständnis für weitere interessierte Kreise.

Des Weiteren sei auf die Werke einiger anderer Professoren aus Spanien und Lateinamerika verwiesen, die sich zum Thema Feindstrafrecht geäußert haben. Dazu gehören die hier erwähnten Beiträge von **Muñoz Conde**[730], **Zaffaroni**[731] und **Aponte**[732]. Obgleich Letzterer nach eigenem Bekunden keinen Anteil an der Rezeption des Feindstrafrechts gehabt hat, kann seine Analyse von **Jakobs**' Thesen als großer Schritt in der Rezeptionsarbeit betrachtet werden. Wie allerdings im weiteren Verlauf zu sehen sein wird, ist die Diskussion das wichtigste Mittel der Verbreitung des Feindstrafrechts, weil der Austausch von Argumenten das Verständnis des Themas erleichtert. Und durch diesen Prozess des Verstehens haben die

---

725 Siehe Fn. 678, 691 und 717.

726 Die Rolle von **Cancio Meliá** als Überträger von **Jakobs**' wissenschaftlichem Denken nach Lateinamerika sei unter diesen Autoren besonders zu betonen. Er hat nicht nur viele Schriften von **Jakobs** übersetzt, sondern er war der einzige iberoamerikanische Wissenschaftler, der mit **Jakobs** gemeinsam Beiträge zum Thema Feindstrafrecht veröffentlichte. Siehe im Anhang VI. das mit **Cancio Meliá** im Rahmen dieser Arbeit durchgeführte Interview (2010a: xxv). Nach eigener Aussage wurde **Cancio Meliás** (2010a: xviii) in Mexiko geboren und hatte dadurch eine Affinität zu Lateinamerika.

727 Siehe dazu die Diskussion zum Feindstrafrecht von **Jakobs** in Lateinamerika im zweiten Abschnitt dieses Kapitels.

728 Siehe **Cancio Meliá/Gómez-Jara Díez** (2006).

729 Die folgenden Autoren wurden von **Cancio Meliá** eingeladen, durch eigene Beiträge an der Veröffentlichung des Werkes „Derecho penal del enemigo" teilzunehmen, wodurch deren Interesse an diesem Thema geweckt worden ist. Siehe u.a. **Abanto Vásquez**, **Aller**, **Ferreira de Abreu**, **García Cavero**, **Bianchini, Zaffaroni, Aponte**.

730 Siehe **Muñoz Conde** (2005), (2006), (2008).

731 Siehe **Zaffaroni** (2005), (2006).

732 Siehe **Aponte** (2004), (2005), (2006), (2008).

Beiträge der verschiedenen spanischen Professoren große Resonanz in Lateinamerika erhalten.

6.1 Die wichtigsten spanischen Überträger des Feindstrafrechts nach Lateinamerika

In diesem Abschnitt werden die Beiträge folgender Autoren zum Thema Feindstrafrecht behandelt: **Cancio Meliá**, **Silva Sánchez**, **Muñoz Conde**, **Polaino Orts**, **Polaino Navarrete** und **Demetrio Crespo**. Die Argumentation für und gegen das Feindstrafrecht von **Günther Jakobs** hat ihre Fortführung unter lateinamerikanischen Juristen, unabhängig von der Diskussion in Deutschland, erfahren[733].

6.1.1 Positive Generalprävention und Feindstrafrecht – **Cancio Meliá**

Für **Cancio Meliá** (2010: 46) bedeutet das „Feindstrafrecht" keine Rückkehr zu „defensiveren Mitteln". Vielmehr handle es sich um eine „degenerative Entwicklung auf einer symbolischen sozialen Ebene der Bedeutung von Strafe und Strafsystem"[734]. Aber die Transformation der „Bedeutung des Ausdrucks von Strafe in den neuen Regeln des Feindstrafrechts" impliziert nicht die Zulässigkeit dieser Transformation von Strafe im Rahmen der positiven Generalprävention (2010: 46). Der „defensiv-dämonisierende Diskurs", welcher für das Feindstrafrecht kennzeichnend sei, sei mit dem sog. Bürgerstrafrecht von **Jakobs** nicht kompatibel, denn „die funktionalistische Strafrechtstheorie (von **Jakobs**) erfüllt nicht die Voraussetzungen für eine Legitimierung noch erzeugt sie die faktisch-kognitiven Voraussetzungen bei den schuldigen Tätern jenseits der Schuldhaftigkeit". Ganz im Gegenteil wendet sich das Strafrecht an alle Bürger als zurechnungsfähige Subjekte, d.h., das Strafrecht lässt keine Ausnahme bei den Subjekten zu. Ein Schuldstrafrecht könne auch nicht die Gefährlichkeit eines Individuums oder einer Tätergruppe, die für ein Verbrechen verantwortlich ist, vorhersehen.

Auf die Frage, was gegen gefährliche Feinde zu tun sei, könne deshalb nicht mit der Theorie der positiven Generalprävention geantwortet werden (**Cancio Meliá** 2010: 47). Grund dafür

---

[733] Siehe dazu die lateinamerikanische Diskussion zum Feindstrafrecht von **Jakobs** im zweiten Abschnitt dieses Kapitels.

[734] Für **Cancio Meliá** (2010: 38) bedeutet das heute so bezeichnete Feindstrafrecht keinen Rückschritt zu einer autoritären Kriminalpolitik, sondern eine „neue Entwicklungsphase". Für **Cancio Meliá** ist die Diskussion über eine eventuelle Nützlichkeit des Ausnahmezustands, dessen Maßnahmen nicht Bestandteil der Strafrechtsordnung sind, kein Thema, welches das Strafrecht im „engeren Sinn" betreffe. Vielmehr sei es ein Problem der Legislative (2010: 43). Folglich sei die Frage der Zweckmäßigkeit des Ausnahmezustands ein Thema, das politisch diskutiert werden muss (2010: 46).

sei, dass nach der Lage der Strafgerichtsbarkeit die Anwendung dieser Theorie keine darüber hinausgehenden Maßnahmen erlaube. Genauer gesagt, definiere sich das Strafrecht als funktional im Sinne einer Begrenzung auf eine sich aus dem Schuldprinzip ergebende strafrechtliche Antwort. Die Strafe sei nichts anderes als der Widerspruch gegen „relevante Behauptungen". Diejenigen, die sich nicht schuldig gemacht haben, seien vom System der Strafgerichtsbarkeit – im engeren Sinn – ausgenommen. Bei ihnen kommen zivile oder Sicherungsmaßnahmen zur Anwendung.

Mit diesen Argumenten kommt **Cancio Meliá** (2010: 47f.) zu dem Schluss, dass das Strafrecht, verstanden als Bestätigung der Normgültigkeit, ein Bürgerstrafrecht „par excellence" sei, weil es jedem Bürger die Autonomie zur Selbstorganisierung zugestehe. Die Strafe beziehe sich hierbei auf die vom Bürger vorhersehbare Handlung. Es handele sich um ein Strafrecht, das, um effektiv, d.h. in der Praxis durchsetzbar zu sein, einer gewissen kognitiven Unterstützung bedürfe. Aber die kognitive Unterstützung sei eine Bedingung, die das Strafrecht schon vorfindee, die außerhalb seines Systems existiere und die für die ganze Rechtsordnung gelte. Es gehe nicht um eine individuelle Analyse der Rechtsordnung, um „Fall für Fall und Täter für Täter zu bestimmen" (2010: 48).

Für **Cancio Meliá** (2010: 48f.) unterscheidet sich das auf die positive Generalprävention gestützte Strafrecht vom Feindstrafrecht in der Erfüllung unterschiedlicher Funktionen, sie seien „etwas Verschiedenes". Das Feindstrafrecht entbehre der Bewertungskriterien für die soziale Schwere einer Tat, um das Strafmaß bestimmen zu können (**Cancio Meliá** 2010: 48f.). Vollkommen im Widerspruch zu **Jakobs** eigenem Strafzweck stehe die Tatsache, dass durch das Feindstrafrecht Individuen oder soziale Gruppen als Gefährder identifiziert würden („Dämonisierung").

Das Feindstrafrecht stelle etwas viel Schwerwiegenderes als nur die Reaktion auf eine Gefahr dar, da es sich hier um Maßnahmen zum Ausschluss von Subjekten handle.[735] Das Feindstrafrecht erfülle die Aufgabe, durch den „Ausschluss/Dämonisierung künstlich Identitätskriterien zwischen den Exkludierenden zu schaffen", so **Cancio Meliá** (2010: 50f.). Bei der Erfüllung dieser Aufgabe komme es zu der Unvereinbarkeit zwischen dem Feindstrafrecht und der Theorie der positiven Generalprävention von **Jakobs** (**Cancio Meliá**

[735] Dies sei auch eine Quelle der Sorge in den Sozialwissenschaften gewesen, so **Cancio Meliá** (2010: 49f.). Schon **Luhmann** verweise aus Sicht der Systemtheorie darauf, dass die Unterscheidung zwischen Inklusion und Exklusion auf struktueller Ebene viel tiefgehender sei, als es die Unterscheidung in soziale Klassen war (**Cancio Meliá** 2010: 50), weil für den sozialen Ausschluss das Unterscheidungsmerkmal der Delinquenz gewählt wurde.

2010: 51). Diesem Argument folgte auch **Jakobs** selbst, als er bei der Entwicklung seiner Straftheorie feststellte, dass „die Strafe weder den Feind bekämpfe noch der Stabilisierung einer Ordnung diene, sondern nur der Aufrechterhaltung der sozialen Realität".

In diesem Zusammenhang widersetzt sich **Cancio Meliá** (2010a: xviif.)[736] dem aktuellen Vorschlag von **Jakobs** zur Straftheorie. Er kritisiert, dass diese auf der Notwendigkeit basiere, dass jeder Tatbestand des Strafrechtssystems über ein Minimum an faktischer Anerkennung verfüge, damit das Strafrecht real sei. Dies bedeute, dass der Tatbestand eine kognitive Untermauerung brauche, um dem Strafrecht Realität zu verleihen[737]. Dieser Gedankengang von **Jakobs** führe zu der Schlussfolgerung, dass gefährliches Verhalten die kognitive Untermauerung in Gefahr bringe. **Cancio Meliá** (2010a: xviii)[738] hat eine gegenteilige Meinung und erläutert seine Kritik anhand eines Beispiels: Wenn die Straftatbestände eine faktische (reale) Anerkennung benötigen würden, bedeute dies, dass es im engeren Sinn in Lateinamerika kein Recht gebe, da in diesen Ländern sozialer Ungleichheit die Voraussetzung des existierenden Rechtsstaats fehle. Folglich habe der Staat Mexiko, in dem die Straflosigkeitsrate 95% beträgt, kein Strafrecht.

Wenn deshalb in Lateinamerika von positiver Generalprävention oder Feindstrafrecht die Rede sei, gehe die Diskussion in eine andere Richtung (**Cancio Meliá** 2010a: xxi)[739]. Für ihn bedeute es einen Fehler zu glauben, dass durch technisch-juristische Fortschritte ein Schritt in Richtung Rechtsstaat gemacht würde. Das Hauptproblem eines Landes mit sozialer Ungleichheit liege nicht in der Anwendung der Dogmatik; de facto bestehen andere, grundlegende soziale Probleme, wie z.B. die ungenügenden Ressourcen der Judikative, die Korruption der Polizei etc. Diese sozioökonomische Ausgangslage verhindere bis zu einem

[736] Siehe Anhang VI.

[737] Siehe **Jakobs** (2006: 139), der sagt, dass in einer Gesellschaft, in der sich keine Person aus Angst vor Kriminalität frei zu bewegen wage, das Recht auf Bewegungsfreiheit keine Realität sei, wie auch immer die Sache betrachtet wird. **Jakobs** erläutert die letzte Version seiner Straftheorie auf einer Sitzung am 18. Februar 2004 in der Nordrhein-Westfälischen Akademie der Wissenschaften. Siehe **Jakobs** (2004). In seinem Kommentar bezüglich dieser Konferenz äußert **Silva Sánchez** (2006: 1) sich dahingehend, dass **Jakobs** vorher die Strafe als Mittel zur Bestätigung der normativen Identität gesehen hatte, deren Aufgabe die Demonstration einer Reaktion von Seiten des Staates auf ein Verbrechen war, um die Erwartung in die Gültigkeit der Norm zu stabilisieren. In dem erwähnten Vortrag referierte **Jakobs**, dass das Recht, um real zu sein, Faktizität benötige. Die Strafe habe eine Bedeutung, sie stelle den Widerspruch gegen die Negation der Gültigkeit der Norm dar, die durch das Delikt verkörpert werde. Aber die Strafe habe auch einen Zweck (der später nicht mehr als Selbstzweck gelte), nämlich kognitiv die Gültigkeit der Norm zu retten, um reales und nicht nur kontrafaktisches Vertrauen herzustellen (**Silva Sánchez** 2006: 4).

[738] Siehe Anhang VI.

[739] Siehe Anhang VI.

gewissen Grad die Existenz eines Rechtsstaats, „denn ein Rechtsstaat erfordert ein Minimum an realer ökonomischer Gleichheit zwischen den Bürgern“ (2010a: xxi)[740].

In Lateinamerika sehe sich das Strafrecht in einigen Ländern dem Problem gegenüber, dass sich große Teile der Gesellschaft zu kriminellen Handlungen gezwungen sähen, da der Staat nicht einmal Mindeststandards für ein normales Leben biete (**Cancio Meliá** 2010a: xxi)[741]. Und wenn über Feindstrafrecht gesprochen werde, so sei dieses „aus einer gewissen Perspektive das Strafrecht“ (2010a: xxi)[742]. Während in Spanien das Feindstrafrecht etwas Schwerwiegendes darstelle, das an den Grundlagen des Rechtsstaats rüttele, liege in Lateinamerika eine ganz andere Situation vor, die mit Hilfe des Strafrechts nicht erklärbar sei (2010a: xxi)[743].

Für **Cancio Meliá** (2010a: xvii)[744] scheint es möglich, **Jakobs**’ funktionalistische Theorie auf Lateinamerika zu übertragen, jedoch mit unangenehmen Folgen. Die Konsequenz einer Anwendung dieser systemischen Theorie im engeren Sinn wäre die Existenz eines formalen ohne ein materielles Strafrecht. Der Grund dafür liege darin, dass ein bedeutender Teil der Gesellschaft nicht über die Mindesterfordernisse zum Überleben verfüge. Das heißt, ein gewichtiger Teil der Bevölkerung sei einem „Rechtssystem der Rebellion“ unterstellt (2010a: xvii)[745].

6.1.2 Kann das Feindstrafrecht einem Strafrecht mit Garantie Nutzen bringen? – **Cancio Meliá**

Obwohl der Zweck des Feindstrafrechts mit dem Strafrecht der Garantien unvereinbar sei, könnte es sich nach Meinung von **Cancio Meliá** (2010: 19f.) als nützlich erweisen. Der Nutzen liege darin,

> „ die Regulierungssegmente (insbesondere in Bezug auf die Verbrechen mit terroristischem Hintergrund) zu identifizieren, die jenseits des durch die Rechtsordnung auf der Ebene der systemischen Kohärenz (und auch auf der Verfassungsebene) Erlaubten liegen. In einem Satz gesagt, die Stunde der Wahrheit des

[740] Siehe Anhang VI.
[741] Siehe Anhang VI.
[742] Siehe Anhang VI.
[743] Siehe Anhang VI.
[744] Siehe Anhang VI.
[745] Siehe Anhang VI.

> Feindstrafrechts kommt im besonderen Teil (des Strafrechts) und high noon liegt bei den Terrorakten“[746](2010: 21).

Cancio Meliá (2010: 289f.) benutzt das Feindstrafrecht als Analyseinstrument für eine ergänzende Verfügung im spanischen „Gesetz zur Verantwortung von Minderjährigen“[747]. Diese Verfügung ist die Folge von Gewalttaten auf der Straße, die Ende der 90er Jahre des vorigen Jahrhunderts in den Provinzen País Vasco, Navarra und im französischen Baskenland durch eine Gruppe überwiegend Minderjähriger verübt worden sind, die sich „Kale Borroka“ nannte. Ihre Absichten waren politischer Natur und in vielen Fällen kam es zur Unterstützung der terroristischen Organisation ETA. Die Mitglieder dieser Gruppe konnten daher ebenso wie ihre Taten legalerweise als terroristische Elemente betrachtet werden.

Cancio Meliá (2010: 290) beweist, dass die „Spezialbehandlung“, die das Gesetz für Minderjährige enthält, den drei Hauptcharakteristiken des Strafrechtskonzepts entspricht, die **Jakobs** beschrieben hat. **Meliá** (2010: 32) selbst fügt diesen drei Merkmalen noch ein viertes hinzu: die Identifizierung (mittels Ausschluss) einer Gruppe von Individuen als Feinde und die Orientierung der Regelungen am Täterstrafrecht: Laut **Cancio Meliá** (2010: 290) identifiziert das spanische Gesetz, das dieVerantwortung von Minderjährigen betrifft, eine bestimmte Gruppe von Subjekten und definiert sie – ohne Wahrung der Verhältnismäßigkeit hinsichtlich der Schädlichkeit der Taten – als gefährliche Täter und Vergewaltiger. Insgesamt lässt sich sagen, dass nach Meinung **Cancio Meliás** das Feindstrafrecht von **Jakobs** in dem Rahmen nützlich ist, in dem es die Identifizierung von Normen, die weder Recht sind noch zum liberalen Strafrecht gehören sollten, ermöglicht.

6.1.3 Das Feindstrafrecht als „dritte Geschwindigkeit“ – **Silva Sánchez**

Für **Silva Sánchez** (2006: 1ff.) sind die Folgen der Expansion des Strafrechts in den aktuellen Tendenzen zur Schaffung neuer Gesetze und zur Verschärfung bestehender Strafen erkennbar, die in dieser Form auf soziale Probleme reagieren. Im Rahmen dieser sog. Expansion seien neu zu schützende Rechtsgüter entstanden, eine Erweiterung der unerlaubten Risiken habe stattgefunden, die Zurechnungsregeln seien flexibilisiert und die kriminalpolitischen

[746] Wird auch die theoretische Basis des Feindstrafrechts in Betracht gezogen und nicht nur sein deskriptiver Charakter oder seine Formulierung als kriminalpolitischer Vorschlag, so zeigt sich nach Meinung von **Cancio Meliá** (2010: 24) die Nützlichkeit des Feindstrafrechts für die Analyse des antiterroristischen Strafrechts.

[747] Siehe **Cancio Meliá** (2010) für weitere Beispiele zur Nützlichkeit des Feindstrafrechts bei der Analyse des antiterroristischen Strafrechts, vor allem in Spanien.

Prinzipien der Garantie relativiert worden[748] (2006: 5). Hintergrund dafür bilde die reale soziale Forderung (2006: 7f.), das Strafrecht zur Erlangung von Sicherheit zu instrumentalisieren (2006: 10). Neue Interessenslagen, die von den Menschen in den postindustriellen (2006: 11ff.) Gesellschaften rasche Anpassung erwarteten, würden ein Gefühl allgemeiner Verunsicherung erzeugen (2006: 20f.).

Wie **Silva Sánchez** (2003: 39) ausführt, tendiere die strafrechtliche Reaktion in diesen Gesellschaften auf die Verübung von Verbrechen, die für die wirtschaftliche Globalisierung und die überstaatliche Integration charakteristisch sind, dazu, die Verbrechenstheorie und die formellen und materiellen Strafrechtsgarantien zu ignorieren. Dies deute auf die zukünftige Bildung eines „Strafrechts der Globalisierung" hin (**Silva Sánchez** 2006: 84f.). Damit werde die expansive Tendenz in den nationalen Gesetzgebungen in Bezug auf organisierte Kriminalität, die Wirtschaftskriminalität und die Korruption (d.h. die neuen Formen der transnationalen Kriminalität) noch betont (2006: 95/106f.). Aufgrund der Konzentration auf diese Kriminalitätsformen sei der „Bezugspunkt" der „dogmatischen Konstruktion" nicht mehr der Einzeltäter, der sich z.B. des Todschlags schuldig gemacht habe, sondern Korruptionsdelikte einer Firma, die gleichzeitig als Wirtschaftsdelikte anzusehen seien (**Silva Sánchez** 2003: 47). Als Alternative sieht **Silva Sánchez** (2003: 47) eine „Sektorialisierung der Regelungen des Allgemeinen Teils des Strafrechts", die zu einem Strafrecht der zwei Geschwindigkeiten führen könnte. Diese Lösung würde auch einen Verzicht auf die grundlegende Funktion der Verbrechenslehre als Theorie für alle Straftaten bedeuten. Die zweite Alternative wäre eine Modifizierung der Regelungen der Strafrechtsdogmatik aufgrund der neuen Kriminalitätsformen. Die Konsequenz daraus wäre eine Außerkraftsetzung des Gesamtregelsystems, das Garantien biete, aber auch eine Härte der Rechtsfolgen aufweise (**Silva Sánchez** 2003: 47).

Wie **Silva Sánchez** (2003: 79) ausführt, besteht ein Zusammenhang zwischen den gewährten Prozessgarantien und der Härte der Sanktionen. So schreibt er, dass es eine „Beziehung zwischen der minutiösen Genauigkeit der Strafrechtsdogmatik sowie der Strenge der traditionell im Strafrecht gültigen Garantieprinzipien und der Tatsache (gebe), daß die Rechtsfolge des Strafrechts traditionell in der Todesstrafe oder der Körperstrafe bestand" (2003: 80). Eine Abschwächung der Garantien und der Strenge der Zurechnungsregeln könne anerkannt werden, wenn die Strafe in einer Art „Wiedergutmachung" in Form einer

[748] **Silva Sánchez** (2006: 8) stellt fest, dass die gegenwärtige Expansion des Strafrechts nicht mit der nordamerikanischen Law-and-order-Bewegung in Verbindung zu bringen sei, die dort seit den 70er Jahren bestehe.

Geldstrafe bestehe. Als Orientierung könne hier das Ordnungswidrigkeitsrecht dienen, das auf dem Schadensersatzprinzip beruhe (2003: 81). **Silva Sánchez** (2003: 82) sieht kein Problem darin, geringere Garantien zuzulassen, solange die Sanktionen nicht Freiheitsentzug beinhalteten. Mit Hilfe eines „dualistischen Aufbaus des Strafrechtssystems" lasse sich die Expansion des Strafrechts besser handhaben (2003: 83).

Silva Sánchez (2006: 95) optiert deshalb für die erste der von ihm genannten Möglichkeiten, für ein Strafrecht der zwei Geschwindigkeiten. Die zwei Geschwindigkeiten erscheinen notwendig, da es eine tatsächliche Expansion des Strafrechts gegeben habe und eine Umkehrung dieser Tatsache nicht mehr möglich sei (2006: 175). Die erste Geschwindigkeit entspricht der Freiheitsstrafe, die Garantien müssen den kriminalpolitischen Prinzipien, den Zurechnungsregeln und den Prozessgarantien entsprechen (2006: 183). Bei der zweiten Geschwindigkeit seien Haftstrafen auszuschließen, so **Silva Sánchez** (2006: 175f.), auferlegt würden Geldstrafen und Einschränkungen unterhalb der Freiheitsstrafe (2006: 183). In diesen Fällen – beispielsweise im Wirtschaftsstrafrecht (2006: 179) – könne es zu einer Flexibilisierung von „kriminalpolitischen Prinzipien", den Zurechnungsregeln und Prozessgarantien kommen, wobei die „Verhältnismäßigkeit zur geringeren Intensität der Sanktionen" gewahrt bleiben müsse (2006: 183).

Aber was geschieht, wenn die zwei Geschwindigkeiten zusammenkommen? Die kriminalpolitischen Garantien, die Imputationsregeln und die Prozessgarantien erfahren eine größere Relativierung bei gleichzeitiger Verhängung einer Freiheitsstrafe. **Silva Sánchez** (2006: 184) nennt dieses Phänomen, welches im sozioökonomischen Strafrecht bereits existiere, die dritte Geschwindigkeit. Nach seiner Meinung sei diese dritte Geschwindigkeit „in einigen Ausnahmebereichen und bei zeitlicher Begrenzung" sicher unvermeidlich (2006: 184).

Diese dritte Geschwindigkeit sei mit **Jakobs**' Feindstrafrecht gleichzusetzen (**Silva Sánchez** 2006: 184). Das Feindstrafrecht sei vor allem ein „Strafrecht der Sicherungsverwahrung" bei Gefährlichkeitsvermutung. Auch wenn die Sicherungsverwahrung manchmal den Anschein von Strafe habe, handle es sich im engeren Sinn nicht um ein „*Straf*recht" für Feinde (2006: 186). Da die Existenz eines Feindstrafrechts nicht zu leugnen sei, wende sich -laut **Silva Sánchez** (2006: 187) die Diskussion der Frage seiner Legitimität zu. Ein solches Strafrecht müsse „absolute Notwendigkeit, Subsidiarität und Effizienz im Rahmen eines Notstands" zur Voraussetzung haben (2006: 187). Mit anderen Worten, das Feindstrafrecht sei nur zeitlich begrenzt und in Notsituationen denkbar, um bestimmte außergewöhnliche

Kriminalitätsformen unter Anwendung von Maßnahmen, die drastischer sind als das Strafrecht der Garantie, bekämpfen zu können. Aufgrund der Tendenz der Staaten zur Schaffung einer permanenten Notstandssituation prognostiziert **Silva Sánchez** (2006: 188), dass sich das Feindstrafrecht, auch ohne legitimiert zu sein, etablieren und weiter ausdehnen werde.

Andererseits verlangen die postindustriellen Gesellschaften Sicherheit, woraus sich für den Staat die Notwendigkeit einer punitiven Intervention ergebe (**Silva Sánchez** 2006: 121). Aus diesem Grund werde das Strafrecht zu einem Mittel der Erfüllung sozialer Erwartungen, das Strafrecht solle „funktionale Antworten beisteuern" (2006: 121). Um dieses Ziel zu erreichen, müsse das Strafrecht eine Eingrenzung der punitiven Intervention anstreben und nur grundlegende Erwartungen schützen. Es sei nicht irrational, so **Silva Sánchez** (2006: 121f.), dass sich der juristische Funktionalismus mit einem sich selbst beschränkenden Strafrecht verbinde, d.h., ein funktionalistisches Strafrecht könne zwischen interventionistischen und funktionalen Normen unterscheiden.

Laut **Silva Sánchez** (2006: 126f.) sei ein Strafrecht, dessen Auftrag in der Sicherung der Norm bestehe, wenn es um die Frage der Expansion des Strafrechts gehe, mit den gleichen Problemen konfrontiert wie ein Rechtsgüter schützendes Strafrecht. **Silva Sánchez** (2006: 130) schreibt dazu:

> „(...) die Positionen von **Jakobs** in Bezug auf die Reichweite des Strafrechts, der Delikte und der Reaktionen darauf unterscheiden sich nicht sehr von denen anderer Autoren, die bei der klassischen Verbrechenstheorie des Rechtsgüterschutzes verbleiben. Eher erscheinen letztere in einigen Punkten noch expansiver."[749]

6.1.4 Die Aufklärung der „falschen Mythen" über das Feindstrafrecht – **Polaino**/**Polaino**

Ausgehend von ihren Überlegungen, dass die Normen des Feindstrafrechts in der gegenwärtigen Gesetzgebung der demokratischen Staaten de facto vorhanden sind, versuchen **Polaino Navarrete** und **Polaino Orts** (2006: 616f.) sieben Argumente der Kritiker des Feindstrafrechts zu widerlegen.

[749] Die Hervorhebung ist nicht im Original.

Erstens verweisen sie darauf, dass **Jakobs** das Feindstrafrecht nicht erfunden habe, und es gebe für sie keine Gewissheit, dass **Jakobs** wirklich ein Feindstrafrecht vorschlage[750]. Vielmehr sei das Gegenteil der Fall: **Jakobs** habe nur den Begriff geprägt, um die Reaktion der modernen demokratischen Staaten auf bestimmte mutmaßliche Gefahren zu beschreiben, die es schon immer, jedoch nicht unter diesem Namen, gegeben habe (2006: 631). Die Reaktion bestand in der Vorverlagerung der Strafbarkeit, in der Gleichsetzung der Vorbereitung mit einer Straftat, dem Versuch einer Straftat etc. (2006: 631). Für **Polaino Navarrete** und **Polaino Orts** (2006: 632) beobachtet **Jakobs** nur die vorgefundene Realität im Strafrecht und bewertet, beschreibt und bezeichnet sie mit einem Begriff.

Das zweite Argument von **Polaino Navarrete** und **Polaino-Orts** (2006: 633) gilt der Tatsache, dass ein Feindstrafrecht als Rechtsordnung nicht existiere, sondern nur Normen zur Abwehr spezieller Gefahren. Jede einzelne Norm des Feindstrafrechts müsste aufgrund ihrer Besonderheit eine andere unabhängige Bewertung erfahren. Denn jede Norm beschreibe eine Situation und deren mutmaßliche besondere Gefährlichkeit (2006: 636). Es gebe keinen Gesetzeskörper, der Feindstrafrecht genannt wird oder der so genannt werden könnte. Der Begriff Feindstrafrecht bezeichne nur einzelne Normen, weshalb auch kein Gesetzeskörper in seiner Gesamtheit als illegitim verworfen werden könne (2006: 633f.).

Drittens seien nach Meinung von **Polaino Navarrete** und **Polaino-Orts** (2006: 636) die Feindstrafrechtsnormen im Prinzip legitim. Es handle sich um Normen, die in Demokratien entstehen und auf rechtsstaatliche Instrumente wie Prozessgarantien bauen können. Diese Normen hätten bereits die gesetzgeberischen Formalitäten zur Erlangung der Gültigkeit erfüllt und seien damit legitim. Aber auch auf der materiellen Ebene gibt es diese Annahme einer Legitimität, denn das Verfassungsgericht muss die Einschätzung treffen, ob die vom Parlament gebilligten Normen die „materiellen Bedingungen der Legitimität“ erfüllen (2006: 637). Solange die feindstrafrechtlichen Normen nicht als verfassungsfeindlich deklariert würden, müsse zumindest ihre mutmaßliche Legitimität anerkannt werden, da sie als Bestandteil der Rechtsordnung zu gelten haben (2006: 638).

Viertens lehnen **Polaino Navarrete** und **Polaino-Orts** (2006: 640) das Argument ab, das Feindstrafrecht legitimiere autoritäre Regime. Eine Beschreibung von existierenden, als Feindstrafrecht bezeichneten Normen könnte für den Missbrauch durch „unvernünftige Regierungen“ nicht verantwortlich gemacht werden. Denn auch die besten strafrechtlichen

[750] Laut **Polaino Navarrete** und **Polaino Orts** (2006: 630) wird **Jakobs** dafür kritisiert (u.a. von **Zaffaroni** (2005: 1077), den „Vorschlag“ eines Feindstrafrechts gemacht zu haben.

Garantien ließen sich durch Politiker manipulieren. Inkorrekt sei auch die Unterstellung, Jakobs versuche „ein Feindstrafrecht, das legitim sei, zu begründen, um es von einem illegitimen Feindstrafrecht abzugrenzen“. Die Aufgabe, in einem demokratischen Land die Legitimität bzw. Illegitimität von Normen zu bestimmen, könne nicht einem wissenschaftlichen Beobachter zugeordnet werden, denn diese Aufgabe wäre außerhalb seines Organisations- und Kompetenzbereichs“ (**Polaino Navarrete**/**Polaino-Orts** 2006: 641).

Fünftens sei es laut **Polaino Navarrete** und **Polaino Orts** (2006: 641) unklar, ob der Feind in seiner Gestalt als Unperson ohne Rechte wäre. **Jakobs** bezeichne jene Subjekte als Feinde, die durch ihr Verhalten eine besondere Gefährlichkeit erkennen ließen. Bei den durch den Gesetzgeber und die mehrheitliche Doktrin verwendeten Bezeichnungen (Subjekte mit hoher krimineller Energie oder Wiederholungstäter) lasse sich ein Abstraktionsniveau feststellen, welches **Jakobs**’ Begriff des Feindes ähnele. Für **Polaino Navarrete** und **Polaino-Orts** (2006: 641) könne **Jakobs**’ Feindbegriff nicht eindeutig als inkonform mit der Verfassung gedeutet werden, denn es handle sich um einen „relativen, fakultativen, punktuellen und verhältnismäßigen Begriff“. Relativ deshalb, weil nur ein konkreter Persönlichkeitsaspekt angesprochen werde (2006: 642). Fakultativ, weil dem Feind die Möglichkeit bleibe, seine kognitive Fähigkeit zur Erfüllung der Erwartungen an sein zukünftiges Verhalten als Person zu demonstrieren (2006: 642f.). Punktuell, denn der Feindstatus gelte nur so lange, wie die kognitive Garantie nicht geboten wird, um als Person vor dem Recht akzeptiert zu werden (2006: 643). Verhältnismäßigkeit sei gegeben, solange bei der Bekämpfung des Feindes die notwendigen Maßnahmen nicht überschritten würden. **Jakobs**’ Feindbezeichnung stellt für **Polaino Navarrete** und **Polaino-Orts** keine entwertende Kategorie dar, sondern die Anwendung demokratisch gebilligter Normen denjenigen gegenüber, die eine „Quelle der Gefahr“ bedeuten (2006: 643f.).

Sechstens entsprechen die feindstrafrechtlichen Normen einem Täterstrafrecht und bleiben daher legitim. Laut **Polaino Navarrete** und **Polaino-Orts** (2006: 645) würden Strafmaßnahmen (seien es Strafen oder Sicherungsverwahrung) immer die Täterpersönlichkeit berücksichtigen. Beispielsweise müsse während eines Prozesses die Zurechnungsfähigkeit eines Subjekts bestimmt werden, weil davon im Fall der Schuld die Entscheidung zur Verhängung einer Strafe oder zur Einweisung in die Sicherungsverwahrung abhänge. Erweist sich das Subjekt als unzurechnungsfähig, müsse eine seiner Persönlichkeit gemäße

Sicherungsmaßnahme bestimmt werden. Wie schon **Roxin**[751] erwähnt habe, seien Sicherungsmaßnahmen Teil eines Täterstrafrechts, aber deshalb nicht illegitim (2006: 645).

In diesem Zusammenhang vergleichen **Polaino Navarrete** und **Polaino-Orts** (2006: 645) das aktuelle System von Sicherungsmaßnahmen mit den Normen des Feindstrafrechts (2006: 646) und stellen die Legitimität dieser die Sicherungsmaßnahmen betreffenden Normen fest. Und dies auch dann, wenn mit diesen Maßnahmen ein bestimmtes Subjekt aufgrund seiner Persönlichkeit, Gefährlichkeit und des Grad der kognitiven Garantie bezüglich der Respektierung der Norm selektioniert wird. Nach Meinung von **Polaino Navarrete** und **Polaino-Orts** (2006: 647f.) sei es widersprüchlich, auf der einen Seite die Sicherheitsdoktrin zu verteidigen, andererseits aber die Normen des Feindstrafrechts abzulehnen. Verstärkt werde die Widersprüchlichkeit noch durch die Tatsache, dass die Sicherungsmaßnahmen von der Strafe abgegrenzt werden müssen, da sie nicht für begangene Taten, sondern aufgrund einer prognostizierten zukünftigen Gefährlichkeit des Delinquenten verhängt werden. Wie **Polaino Navarrete** und **Polaino-Orts** (2006: 649) in diesem Zusammenhang feststellen, beruhe die ablehnende Haltung dem Feindstrafrecht gegenüber insbesondere auf semantischen Gründen. Hätte **Jakobs** von "Sicherungsmaßnahmen für Unzurechnungsfähige" gesprochen, so wäre die Reaktion anders ausgefallen (2006: 49). Selbst wenn es sich bei einigen Normen des Feindstrafrechts um irrationale oder antidemokratische Normen handle, sollte sich ihre Ablehnung weder auf den Namen – den Etikettenschwindel – noch auf die Tatsache, dass sie zum Täterstrafrecht hinlenken oder weil sie unbedingt illegitim wären, gründen.

Siebtens sei die Bestimmung des Feindes nicht **Jakobs**' Aufgabe. **Polaino Navarrete** und **Polaino-Orts** (2006: 650) zufolge existiere die Feindkategorie schon in der Realität. Sie sei durch den Gesetzgeber eines demokratischen Staates analysiert, bewertet und definiert worden. Dieser habe die auf legaler Grundlage beruhende Macht, die sichere, legitime und verhältnismäßige Anwendung der Gesetze zu garantieren. Es sei nicht Aufgabe eines Rechtswissenschaftlers, sondern des Parlaments, den Zustand der Gefährlichkeit und die Verbrechenstatbestände zu beschreiben. Außerdem verhänge nicht der Wissenschaftler die Strafen oder die Sicherungsverwahrung, sondern der Richter.

Insgesamt betonen **Polaino Navarrete** und **Polaino-Orts** (2006: 654) die wissenschaftliche Irrationalität einer Ablehnung von **Jakobs**' Feindstrafrecht mit „politischen Argumenten". Dabei komme es bei einigen Kritiken gegen **Jakobs** zur Verwechslung von Politik und

[751] Siehe **Roxin** (1997: 189 Rn. 23).

Wissenschaft: „(...) es wurde im politischen Modus gelesen, was nicht mehr als eine wissenschaftliche Überlegung über eine positive Realität war“ (2006: 654f).

6.1.5 Unvereinbarkeit von Feindstrafrecht und Rechtstaat – **Demetrio Crespo**

Vor dem Hintergrund der veränderten Bedrohungslage des 21. Jahrhunderts spricht sich **Eduardo Demetrio Crespo** (2009: 402) eindeutig für eine umfangreiche und notwendige Modernisierung des Strafrechts und dessen Ausrichtung auf gegenwärtige Gefahren aus. Aktuell real existierende Tendenzen eines Feindstrafrechts im Strafrecht (zum Beispiel bei der Bekämpfung von Drogenhandel und Terrorismus) sieht er dabei allerdings keineswegs als einen möglichen Bestandteil dieses Modernisierungsprozesses, sondern vielmehr als einen „bedauernswerten Rückschritt“ (**Demetrio Crespo** 2009: 394,399).

Für **Demetrio Crespo** befinde sich der Rechtsstaat und damit das Strafrecht grundsätzlich in einem sich immer wieder neu justierenden Spannungsverhältnis zwischen Sicherheit und Freiheit. Das Feindstrafrecht konzentriere sich in diesem Spannungsfeld im Wesentlichen auf die Gewährleistung der Sicherheit (**Demetrio Crespo** 2009: 386). Deren Erreichung durch Prävention nehme einen deutlich höheren Stellenwert ein als die Garantie der individuellen Freiheit (2009: 389f.). Diese hingegen gehe durch das vorzeitige Aktivwerden gegenüber potentiellen Bedrohungen, anstelle der einem Rechtsstaat angemessenen Reaktion a posteriori, verloren (2009: 390f.). Im Umkehrschluss führe eine derartige Einschränkung der Freiheit allerdings keineswegs automatisch zu einem höheren Maß an Sicherheit, weil gerade die Verringerung rechtsstaatlicher Garantien durch ein schärferes Strafrecht ein höheres Maß an Unsicherheit für den Einzelnen darstelle (2009: 390). Darüber hinaus bedeute die präventive Bekämpfung der „Feinde“ eine Abkehr von den Grundlagen des Tatstrafrechts hin zu einem Täterstrafrecht, in welchem das rechtsstaatliche Konzept der „Tatschuld“ durch das autoritär ausgerichtete Prinzip der „Täterschuld“ ersetzt werde (2009: 400). Das grundsätzliche Ziel eines den Rechtsgüterschutz sicherstellenden Strafrechts sei dadurch ernsthaft in Gefahr (2009: 411).

Doch nicht nur dadurch fehle es dem Strafrechtsverständnis, das dem Feindstrafrecht zugrunde liegt, aus Sicht von **Demetrio Crespo** (2009) an Legitimität. Einer seiner weiteren Kritikpunkte betrifft dessen unzureichende Berücksichtigung der Würde des Menschen. Das Feindstrafrecht verstoße insofern gegen die Menschenwürde, als es bestimmte Straftäter als Bedrohung der Gesellschaft außerhalb derselben verorte und ihnen unter der Diktion der Sicherheit ihre Grundrechte entziehe (2009: 392). Ein derartiges Vorgehen zeige die

Unvereinbarkeit des „per definitionem (...) die Würde des Menschen leugnende(n)“ Feindstrafrechts mit einem Strafrecht demokratischer Natur (2009: 397). Im Gegensatz dazu müssten die Menschenrechte „als Bindeglied zwischen Sein und Sollen“ (2009: 387) eine nicht zu diskutierende Konstante für einen Rechtsstaat darstellen (2009: 386).

6.1.6 Feindstrafrecht als theoretische Legitimationsgrundlage für autoritäre Regime – **Muñoz Conde**

Für **Muñoz Conde** (2009: 108) besteht die vorrangige Aufgabe eines Strafrechtlers darin, die durch die Verfassung garantierten Grundrechte des Einzelnen zu schützen. Hierfür seien Strafrechtler dazu verpflichtet, darauf zu achten, dass das Strafrecht nicht zu einer Einschränkung dementsprechender Rechte missbraucht und Gewalt nicht als ein legitimes Mittel zur Zielerreichung politischer Ziele eingesetzt werde. In diesem Zusammenhang ist sich **Muñoz Conde** (2009: 111) durchaus im Klaren darüber, dass neue Bedrohungen (wie der internationale Terrorismus) eine große Herausforderung für moderne demokratische Staaten darstellen. Dieser dürfe aber auf keinen Fall dadurch begegnet werden, dass sich ein Staat zur Bekämpfung der Bedrohung über die ihn selbst definierenden verfassungsrechtlichen Grundprinzipien hinwegsetze, weil er dadurch den Status eines Rechtsstaates verliere und sich in einen „Unrechtsstaat“ verwandle. Durch die Ausformung eines die Sicherheit fokussierenden Feindstrafrechts als präventives Täterstrafrecht für den Feind sei aber eben dies der Fall (**Muñoz Conde** 2007: 48ff.).

Mit Blick auf die Praxis in Spanien nach dem Tode Francos im Jahre 1975 stellt **Muñoz Conde** (2009: 109) einen kontinuierlichen Prozess der Anpassung des Strafrechts an das demokratische System eines Sozial- und Rechtsstaats und das europäische Menschenrechtsverständnis fest. Vereinzelte, „weniger liberale Reformen“, insbesondere mit Blick auf die terroristischen Straftaten der ETA, seien hierbei meist durch das Verfassungsgericht korrigiert worden, was bis über den „Codigo Penal“ aus dem Jahre 2005 hinaus zu einem „die Grundprinzipien des Rechtsstaates respektierenden verfassungsmäßigen Rahmen“ (2009: 110) in Spanien geführt habe (2009: 108ff.). Erst mit Blick auf die Reformen des „Codigo Penal“ durch die „Partido Popular“ sieht **Muñoz Conde** (2009: 110) „reaktionäre und autoritäre Tendenzen“, die mit der Begrifflichkeit von **Jakobs** Feindstrafrecht abzubilden seien (2009: 110). Viele der neuen Regelungen (u.a. zum Drogenhandel oder zum Terrorismus) seien nicht mit grundlegenden rechtsstaatlichen Prinzipien vereinbar und stellen strafrechtliche Grundsätze wie die Bestimmtheit und das Legalitätsprinzip in Frage (2009: 110). Auch in anderen westlichen Demokratien sieht **Muñoz**

Conde in der Praxis der Reaktion auf die neuartige Bedrohungslage Regelungen, die „fast wörtlich die Charakeristika des von **Jakobs** in Berlin beschriebenen »Feindstrafrechts«“ widerspiegeln (**Muñoz Conde** 2007: 11). Mit Blick auf die Vereinigten Staaten nennt er u.a. den „Patriot Act“ als Antwort auf die Anschläge im Jahre 2001 und für Großbritannien erinnert er an die Ausnahmegesetzgebung durch die Regierung Blair im Anschluss an die Attentate anno 2005 (2007: 11).

Hierbei wird deutlich, dass **Muñoz Conde** (2007: 12) keineswegs die reale Existenz des von **Jakobs** umschriebenen Feindstrafrechts in der strafrechtlichen Praxis vieler rechtstaatlicher Demokratien leugnet. Vielmehr kritisiert er eben diese Realität selbst und deren Rechtfertigung durch das Feindstrafrecht, weil die damit verbundene Einschränkung der Freiheit und grundlegender Parameter des Rechtstaates nicht mit den Grundsätzen der Menschenrechte und Rechtsstaaten zu vereinen seien (**Muñoz Conde** 2009: 114). Das Feindstrafrecht sei seinem Wesen nach ein Ausnahmestrafrecht, welches die grundlegenden Prinzipien eines klassisch-liberalen Strafrechts außer Kraft setze (2007: 16). Entsprechend sei seine Haltung zu dem Feindstrafrecht, welches nicht einen „Mindestkatalog an Rechten für alle Menschen“ (2007: 52) respektiere, die „ganze und vollkommene Ablehnung“ (2009: 114).

Wie **Muñoz Conde** (2003: 124) schreibt, könne das Modell der Zurechnung einer dem Ideal des demokratischen Rechtsstaats verpflichteten Gesellschaft nicht mit dem Feindstrafrecht kompatibel sein. Aus dieser Behauptung lässt sich laut **Muñoz Conde** (2003: 124) ableiten, dass, wenn die Theorie eines funktionalistischen Strafrechts sich an politisch autoritäre Systeme anpasse, die die Menschenwürde verletzen, diese Theorie im Einklang mit einer die Menschenrechte respektierenden Kriminalpolitik verworfen werden müsse. Die Gefahr bestehe, dass die erwähnten Systeme die strafrechtliche Dogmatik als Instrument der Legitimierung benutzten (2003: 124).

Laut **Muñoz Conde** (2010: 7) lasse sich beim Studium der deutschen Rechtswissenschaft eine Tendenz zur Favorisierung von theoretischen Ansätzen feststellen, die denen von **Jakobs** ähneln. In einem anderen historischen Zusammenhang hätten sich **Franz v. Liszt**, **Karl Binding** und **Edmund Mezger** (u.a.) Ende des 19. Jahrhunderts für Ideen eingesetzt, die als direkte Vorläufer des Feindstrafrechts betrachtet werden könnten. Eine weitere Gemeinsamkeit der damaligen Strafrechtswissenschaftler mit **Jakobs** bestehe in der Beschäftigung mit der Dogmatik. Bedeutsam sei hierbei, dass sie ausgehend von einer „theoretisch-systemischen Konzeption“ eine allgemeine Theorie der Zurechnung entwickelt

haben. Sie haben Schritt für Schritt eine systemische Struktur als Grundlage der strafrechtlichen Verantwortung aufgebaut (2010: 7f.). Nach **Muñoz Conde** (2003: 126) genüge ein kurzer Blick auf die Geschichte der deutschen Dogmatik für die Feststellung, dass „die großen deutschen Juristen keinerlei Hindernis sahen, ihre wissenschaftlichen Ansätze zu überarbeiten und die Dogmatik in den Dienst der Werte zu stellen, die der nationalsozialistische Staat propagierte".

Sowohl im Interview (2010a: lvi)[752] als auch in seinem Werk „**Edmund Mezger** y el derecho penal de su tiempo" (2003: 127) verweist **Muñoz Conde** darauf, dass Strafrechtler einer anderen Epoche, beispielsweise **Mezger**, auch eine Kriminalpolitik der „Ausmerzung" als Strafzweck propagiert hätten, und er sieht parallele Tendenzen zu **Jakobs**' Feindstrafrechtskonzept.

6.1.7 Exkurs **Edmund Mezger** und seine Beziehung zum Gesetz für Gemeinschaftsfremde

Edmund Mezger war Professor für Strafrecht an der Universität München und ein wichtiger Vertreter der Strafrechtsdogmatik der ersten Hälfte des 20. Jahrhunderts. Außerdem war er einer der prominentesten Juristen und Kriminologen des NS-Regimes. Seine Rolle innerhalb dieses Regimes war so dominant, dass er einer der wichtigsten (wenn nicht der wichtigste) Verfasser des Gesetzentwurfs über die Behandlung von Gemeinschaftsfremden war (**Muñoz Conde** 2003: 146f./310f.).

In der NS-Periode (1934-1944) existierte das Gesetz gegen gefährliche Gewohnheitsverbrecher[753], welches eine Maßnahme zur Sicherungsverwahrung enthielt, die es erlaubte, den Gewohnheitsverbrecher auf unbestimmte Zeit in Arbeitslagern weiterhin unterzubringen, nachdem die Strafe bereits abgesessen war. Dieses Gesetz wurde auf mehr als 17.000 Personen angewendet, die in Konzentrationslager eingewiesen wurden (**Muñoz Conde** 2003: 174). Es wurde jedoch die physische Vernichtung von verschiedenen Personengruppen angestrebt, so dass 1939 mit einem Gesetzentwurf über die Behandlung von Gemeinschaftsfremden begonnen wurde (2003: 175). Diese Maßnahmen umfassten u.a. Kastration, Sterilisation und die Einweisung in Konzentrationslager. Als Gemeinschaftsfremde galten „Asoziale, Taugenichtse, Homosexuelle oder Nichtsnutze" (2003: 175).

---

[752] Siehe Anhang XII.

[753] Gesetz gegen gefährliche Gewohnheitsverbrecher und über Maßregeln der Sicherung und Besserung (Gew VbrG) vom 24.11.1933/01.01.1934.

In den Berichten über den Gesetzentwurf zur Behandlung von Gemeinschaftsfremden, die 1943 von **Mezger** für das NS-Regime verfassten wurden, heißt es, dass es in Zukunft zwei Strafrechte geben solle: ein Strafrecht für die Allgemeinheit und ein völlig anderes Strafrecht für besondere Gruppen von bestimmten Personen, wie zum Beispiel die Verbrecher durch Tendenz. Für **Mezger** ist die Trennung innerhalb von Personengruppen neu und bedeutet für ihn einen neuen Anfang, wie **Muñoz Conde** (2003: 236f.) ausführt. Es ging darum, in Krisen die soziale Kontrolle sicherzustellen. Mit diesem neuen Gesetz wollte **Mezger** auf neue Weise der Polizei eine unumschränkte Gewalt verleihen, um gegen interne Regimegegner vorgehen zu können – unabhängig davon, ob diese asozial seien oder nicht. Ihnen seien alle Rechte als Volksgenossen abzusprechen, da es sich um Personen ohne Wert handele (2003: 176f.). Das Asozialenproblem sollte mit einer Politik der Ausrottung gelöst werden. Asoziale waren Personen, die dem Volk schadeten und die den Krieg ausnutzten, um Verbrechen zu begehen. Diese Personen hätten kein Gemeinschaftsgefühl, seien Feinde der Gemeinschaft und stellten deswegen für diese eine Gefahr dar (2003: 245). Die Gemeinschaftsfremden wurden in Konzentrationslager eingewiesen, was eine Haft auf unbestimmte Zeit bedeutete. Es wurden Personen an die Polizei übergeben, die kein Verbrechen begangen hatten und als „unverbesserlich" abgestempelt wurden, nachdem sie ihre Strafe abgesessen hatten. Das lag daran, dass für die Feinde der Gemeinschaft ein Sonderrecht angewendet wurde, das sie willkürlich als Verbrecher durch Tendenz einstufte (2003: 239).

Das Projekt des Gesetzentwurfs über die Behandlung von Gemeinschaftsfremden[754] in seiner Fassung vom 17. März 1944 hat zum Ziel, dass die Gemeinschaftsfremden damit aufhören, der Gemeinschaft des Volkes einen Schaden zuzufügen (**Muñoz Conde** 2003: 184f.). Und unter seinen fundamentalen Vorschlägen kann bezüglich des in der vorliegenden Arbeit behandelten Themas auf folgende hingewiesen werden: Sollte eine verstärkte Kontrolle über die Gesellschaftsfremden nötig sein, werden sie von der Polizei in Konzentrationslager eingewiesen (2003: 194); wer einen Hang zu schweren Straftaten offenbart, wird als delinquierender Feind der Gemeinschaft gelten und zu einer Freiheitsstrafe auf unbestimmte Zeit verurteilt (2003: 194f.); der Feind des Volkes kann zu einer Todesstrafe verurteilt werden, um die Gemeinschaft des Volkes zu beschützen (2003: 195); wenn der Feind der Gemeinschaft unverbesserlich ist, wird er der Polizei zur Verfügung gestellt (2003: 195); es kann die Entmannung des Verbrechers angeordnet werden, wenn die öffentliche Sicherheit es

[754] Das Gesetz für Gemeinschaftsfremde ist nie in Kraft getreten (**Muñoz Conde** 2003: 185).

erfordert (2003: 196); diejenigen, von denen ein für die Gemeinschaft des Volkes unerwünschter Nachwuchs erwartet wird, werden sterilisiert (2003: 196f.).

Als Hauptgründe dafür, dass dieser Text gutgeheißen werden sollte, sind folgende zu nennen: die Kriminalität ernährt sich von den minderwertigen Sippen (**Muñoz Conde** 2003: 198); die meisten von diesen Menschen sind nicht imstande, sich in die Gemeinschaft zu integrieren (2003: 198); der Nationalsozialismus legt überhaupt keinen Wert auf das Individuum, wenn es um die Gemeinschaft geht (2003: 198); der polizeiliche Zwang soll vermeiden, dass in Zukunft neue Schäden entstehen (2003: 199); laut Kriminalbiologie werden die Gemeinschaftsfremden bewertet als: Versagergruppe, Arbeitsscheue, solche, die andere gefährden, Störenfriede, Verbrecher und jene, die einen Hang zu Straftaten haben (2003: 199).

Für die Gemeinschaftsfremden, die kein Verbrechen begangen haben, sind polizeiliche Maßnahmen vorgesehen: Einweisung in Anwesenheitsmitten, Einweisung in Konzentrationslager oder Lager der Polizei (**Muñoz Conde** 2003: 200); die Strafe, die gegen Verbrecher verhängt wird, die keine Gefahr mehr bilden, soll von unbestimmter Dauer sein (2003: 200); Minderwertige Personen bzw. Personen minderen Rechts werden einer auf Verwahrung abgestellten Behandlung zugeführt (2003: 201).

6.2 Analyse des Feindstrafrechts durch lateinamerikanische Autoren

Eine Vielzahl der Themen, die in der deutschsprachigen Diskussion erörtert und von den im vorhergehenden Kapitel beschriebenen „Überträgern“ analysiert werden, finden sich konsequenterweise auch in der gleichwohl eigenständigen und unabhängigen Auseinandersetzung lateinamerikanischer Autoren mit dem **Jakob’schen** Feindstrafrecht wieder. Im Mittelpunkt steht hierbei insbesondere die Reflexion der Feindstrafrechts von **Jakobs** vor dem Hintergrund der Kriminalpolitik der Gegenwart und dessen Verortung im Verhältnis zum Straf- und Kriegsrecht. Weitere zentrale Diskussionspunkte sind die Beziehung zwischen Jakobs Feindstrafrecht und seiner Strafrechtstheorie, die Bewertung des Ausschlusses von Feinden und eine mögliche Interpretation des Feindstrafrechts als internationale Strafmacht.

6.2.1 Kriminalpolitik und feindstrafrechtliche Tendenzen

Wie der argentinische Professor **Carlos Julio Lascano** (2006: 204) in Bestätigung der Meinung **Cancio Meliás** ausführt, lässt sich der gegenwärtige Stand der Kriminalpolitik anhand zweier Begriffe demonstrieren: symbolisches Strafrecht und „Wiederauftauchen" des Punitivismus. Aus der Verbindung der beiden Konzepte sei das „Feindstrafrecht" entstanden (**Lascano** 2006: 2004). Im Folgenden wird zunächst der angesprochene Zusammenhang in der lateinamerikanischen Diskussion analysiert, indem das Feindstrafrecht vor dem Hintergrund der kriminalpolitischen Hauptrichtungen in Relation zum Punitivismus gesetzt wird. Hiernach wird der lateinamerikanische Diskurs zu den traditionellen Zielgruppen der Kriminalpolitik beschrieben.

6.2.1.1 Kriminalpolitische Hauptrichtungen – Verortung des Feindstrafrechts im Punitivismus

Für **Luiz Flávio Gomes** und **Alice Bianchini** (2006: 950f.) verkörpert das Feindstrafrecht die punitivistische Richtung der Kriminalpolitik. Grundsätzlich unterteilen sie die aktuelle Kriminalpolitik in drei Hauptrichtungen: die abolitionistische, die minimalistische und die punitivistische.

Die Vertreter der abolitionistischen Richtung sehen das Strafrecht in seiner gegenwärtigen Ausrichtung in keiner Weise gerechtfertigt und befürworten seine Abschaffung. Einem Teil der Abolitionisten geht es dabei nicht um das ganze Strafrecht, ihre Forderungen beschränken sich hingegen auf die Abschaffung der Todesstrafe. Die Vertreter eines umfassenderen Abolitionismus halten das gesamte Strafrecht für ein soziales Problem und lehnen es ab (**Gomes**/**Bianchini** 2006: 950f.).

Die Minimalisten wollen das Strafrecht nur in seiner repressiven Funktion anerkennen. Das Strafrecht sei nur für einen „fragmentarischen" und „subsidiären" Eingriff in strafrechtliche Konflikte legitimiert, weil sich die Aufgabe des Strafrechts auf den Rechtsgüterschutz erstrecke. Hierbei liege die Betonung auf dem Schutz, denn nicht jedes ein Rechtsgut in Frage stellendes Verhalten bedeute eine kriminelle Handlung (**Gomes**/**Bianchini** 2006: 957f.). Das angesprochene Prinzip der Subsidiarität (oder des letzten Mittels) erlaube den Einsatz des Strafrechts nur in ausweglosen Situationen, die keine andere Wahl lassen und in denen andere Rechtsformen den Güterschutz nicht leisten können. Beide Prinzipien, das fragmentarische und das subsidiäre, böten die Garantie einer Begrenzung der staatlichen Strafmacht. Nur in den Fällen absoluter Notwendigkeit des Erhalts der politischen Strukturen und des

demokratischen Systems sei ein staatlicher Eingriff gerechtfertigt. Eine Aufhebung dieser Beschränkung würde einem autoritären System Vorschub leisten und die rechtsstaatlichen Prinzipien verletzen (**Gomes**/**Bianchini** 2006: 959f.).

Die dritte von **Gomez** und **Bianchini** identifizierte Richtung der Kriminalpolitik ist die punitivistische, welche das Strafrecht als effizientes und notwendiges Mittel der sozialen Kontrolle betrachtet. Das Strafrecht als erstes oder einziges Mittel sollte eine maximale Anwendung finden. **Gomes** und **Bianchini** (2006: 950f.) untergliedern die aktuelle punitivistischen Richtungen[755] in vier Gruppierungen:

Für die erste Gruppe kann das Strafrecht ein Instrument der Herrschaftssicherung darstellen. Sie vertreten eine Form des „Retributionismus", worunter der Strafzweck der Abschreckung zu verstehen ist. Selbst kleinste Vergehen sollen einer strengen Anwendung der Gesetze unterliegen (**Gomes/Bianchini** 2006: 950f.). Wie **Gabriel I. Anitua** (2005: 486f.) ausführt, geschieht dies im Sinne der Law-and-Order-Politik. Diese möchte schon seit den 70er Jahren des vergangenen Jahrhunderts die Zeit der theoretischen Auseinandersetzung mit den Problemen der Kriminalität (durch Psychologen, Soziologen, Kriminologen etc.) hinter sich lassen und zu Grundlegendem zurückkehren, und zwar zu dem, was im Volksmund unter „gut und schlecht" verstanden wird. In dieser Denkrichtung stehe z.B. die Theorie der „Broken Windows", die der Legitimation von Verhaftungen der „üblichen Verdächtigen" diene, bevor diese eine Straftat begehen können (**Anitua** 2005: 488). Auf dieser Theorie baut das Prinzip von „Null Toleranz" („Zero Tolerance Policy") auf, einer Strategie intensiven polizeilichen Vorgehens gegen die Kriminalität. Eine derart strenge Umsetzung des Strafrechts sei beispielsweise in der populistisch zu nennenden Politik des konservativen New Yorker Exbürgermeisters **Rudolph Giuliani** erkennbar gewesen (**Anitua** 2005: 490). Dieser habe in seiner Wahlkampagne die Probleme der Kriminalität, der Sicherheit und der Stadterneuerung thematisiert. Es sollte eine neue Linie verfolgt werden, bei der es keine Toleranz von Gesetzesübertretungen mehr geben würde. Laut **Anitua** (2005: 490f.) basierte diese neue Linie auf einer „bellizistischen Logik", denn sie erklärte den Kleinkriminellen (z.B. den Drogenhändlern, Jugendbanden) und der allgemeinen Gewalttätigkeit auf der Straße den Krieg. Während der Amtszeit **Giulianis** realisierte **William Bratton** als damaliger New Yorker Polizeichef die Anwendung verschärfter Gesetze gegen gesellschaftlich marginalisierte Gruppen.

[755] Siehe dazu **Prittwitz** (2004: 34ff.) der drei punitivistische Tendenzen benennt.

Die Vertreter der zweiten punitivistischen Gruppierung betrachten das Strafrecht als ein Instrument der Etablierung einer Gegenmacht, einer Revolution oder eines gesellschaftlichen Umbaus. **Gomes** und **Bianchini** (2006: 952) ordnen auch diese Gruppierung der Idee der Abschreckung zu, denn für sie biete das Strafrecht eine Handhabe gegen die „Mächtigen der Gesellschaft“ und die „Funktionsträger“ sowie für eine Kontrolle dieses Personenkreises. Nach **Gomes** und **Bianchini** lassen sich hier wiederum zwei Untergruppen feststellen: zum einen die der kritischen Kriminologie bzw. die Bewegung für eine andere Verwendung des Strafrechts, welches sich als ungeeignet und im Umgang mit armen und marginalisierten Bevölkerungsschichten als ungerecht erwiesen habe; zum anderen gehe es den als „atypische Moralunternehmer“ bezeichneten Vertretern der zweiten Untergruppe um die Etablierung einer kollektiven Moral. Das Strafrecht diene ihnen zur Durchsetzung gesellschaftlicher Veränderungen in Bezug auf Ökologie, Frauen- und Minderheitenrechte. Organisiert seien sie in Gruppen und Vereinen mit entsprechender Zielsetzung (**Gomes/Bianchini** 2006: 952).

Für die dritte punitivistische Gruppierung besteht die Funktion des Strafrechts in der Stabilisierung der Norm. Das Strafrecht ist für sie und insbesondere ihren wichtigsten Vertreter, **Günther Jakobs**, ein geeignetes Mittel zu diesem Zweck (**Gomes**/**Bianchini** 2006: 952f.). Für **Gomes** und **Bianchini** (2006: 972ff.) handelt es sich bei diesem Konzept um eine übertriebene Prävention, weil jeder, der sich der Norm gegenüber als untreu erweise, von einer Sanktion betroffen sein könne.

Die vierte kriminalpolitische Strömung mit punitivistischer Ausrichtung konzentriert sich auf eine Absicherung gegen die Risiken der modernen (postindustriellen) Gesellschaft, die das Strafrecht zu leisten habe (**Gomes/Bianchini** 2006: 953f.). Um Risiken auszuschalten, praktiziere das Strafrecht verschärft eine Vorverlagerung der Strafbarkeit. Entsprechend dieser Meinung sei es auch Aufgabe des Strafrechts, unerlaubte Risiken (die z.B. von Firmen oder Experten ausgehen), mit neuen komplizierten technischen Verfahren festzustellen und zu ahnden (**Gomes/Bianchini** 2006: 972).

Diese vier Strömungen der Abschreckungsidee – Strafrecht als Instrument der Beherrschung, als Gegenmacht, als Normstabilisator und als Mittel der Absicherung gegen moderne Risiken – seien nicht als Feindstrafrecht anzusehen, selbst wenn sie die Bestrafung bestimmter Verbrechenskreise und eine Lockerung der Strafrechtsgarantien befürworten. Sie könnten nur als Feindstrafrecht eingestuft werden, wenn sie, ohne Rücksicht auf die Rechte von Angeklagten und die Prozessgarantien, nur an der Effizienz der Strafe orientiert wären (**Gomes**/**Bianchini** 2006: 972).

Für **Gustavo E. Aboso** (2006) hat **Jakobs** 1985 den Begriff Feindstrafrecht in die strafrechtswissenschaftliche Diskussion eingeführt, um damit die neueren kriminalpolitischen Tendenzen zur Ausweitung der Strafmacht des Staates (ius puniendi) zu benennen (**Aboso** 2006: 53). Diese Ausweitung richtete sich insbesondere gegen die organisierte Kriminalität, die in Form von Drogenhandel, Terrorismus etc. eine permanente Gefahr für die Zivilgesellschaft darstellt. **Aboso** (2006: 56) stimmt insofern mit Jakobs Diagnose überein, als die Strafgesetzgebung die Rechte und Prozessgarantien von Beschuldigten bei bestimmten Verbrechenskategorien eingeschränkt habe. Entsprechend sei die Existenz eines Feindstrafrechts nicht zu leugnen (**Aboso** 2006: 56).

Die leitenden Prinzipien eines liberalen Strafrechts würden laut **Aboso** (2006: 54f.) allmählich durch eine an Sicherheitsinteressen orientierte Kriminalpolitik und die Notwendigkeit eines Feindstrafrechts ersetzt. Für **Aboso** (2006: 61) kann jedoch zur Bekämpfung der organisierten Kriminalität nicht irgendein beliebiges Strafrecht als zweckdienlich erklärt werden. Kriminalpolitik und Strafrecht sollten seiner Meinung nach nicht den Erfordernissen der Tagespolitik untergeordnet werden, die einem durch die Massenmedien erzeugten Unsicherheitsgefühl in der Gesellschaft zu begegnen sucht. Als Grundlage einer vernunftgeleiteten Politik wäre im Gegensatz dazu eine Diskussion über die Notwendigkeit strafrechtlichen Eingreifens und dessen Rationalität und Angemessenheit nötig (**Aboso** 2006: 55). Mit diesen Argumenten kritisiert **Aboso**, dass ein liberales Strafrecht, welches üblicherweise die staatlichen Repressionsmöglichkeiten rational anwende, einem Strafrecht mit der Ausrichtung zum „Interventionismus“ Platz mache (2006: 61). Das Feindstrafrecht stelle sich als „neuer Weg zu einer totalitären Lösung“ der Konflikte dar, der durch die Gewaltbereitschaft gewisser krimineller Kreise entstanden sei. Der Terrorismus sei dabei die am stärksten ins Auge fallende Form von beständiger Bedrohung (**Aboso** 2006: 60). Das Feindstrafrecht als Strategie zur Gefahrenbekämpfung und Möglichkeit des Staates, gegen die organisierte Kriminalität vorzugehen, bewirke eine Beschneidung von Rechten und bedeute damit ein Abweichen vom verfassungsmäßigen und Garantien bietenden Strafrecht (**Aboso** 2006: 61).

Diese sog. „neue Beschreibung der Realität der modernen Kriminalpolitik“ existiere in unterschiedlicher Intensität in allen Ländern und habe eine gewisse Polemik hervorgerufen (**Aboso** 2006: 56). Sie begann, als die wissenschaftliche Doktrin dem Feindstrafrecht eine gewisse Legitimation und Billigung zuerkannte. Der Gesetzgeber habe weltweit Ausnahmeregeln für bestimmte Formen von Kriminalität zugelassen. Seit den terroristischen

Angriffen auf New York und Washington anno 2001, auf Madrid in 2004 sowie London im Jahre 2005 sei die Verweigerung von Rechten und Prozessgarantien gegenüber Angeklagten verstärkt zu beobachten (2006: 56). In diesem Zusammenhang sei allerdings die Frage nach der Notwendigkeit eines Feindstrafrechts zu stellen, da der Terrorismus als Erscheinungsform der organisierten Kriminalität gar nicht neu sei.[756] Neu sei vielmehr der Strategiewechsel im Agieren des Terrorismus, der von den Entwicklungsländern weg in die Machtzentren führe (**Aboso** 2006: 56).

Darüber hinaus stellte **Aboso** (2006: 61f.) in Übereinstimmung mit **Jakobs** im Bereich der Strafprozessordnung in letzter Zeit eine Tendenz fest, die Eingriffsmöglichkeiten des Staates zu Lasten der Privatsphäre zu erweitern. Die Methoden der verdeckten Ermittlung, des Lauschangriffs sowie des Zeugenschutzes belegen u.a. den Abbau der verfassungsmäßigen Garantien der Person mit Billigung des Gesetzgebers. Beabsichtigt seien hierbei einerseits die Effizienzsteigerung des Strafrechtssystems und andererseits die Verhinderung des Eindrucks von Straflosigkeit, der durch die Funktionsweise des Systems in der Praxis entstanden sei. Als Beleg für den Eindruck von Straflosigkeit schildert **Aboso** (2006: 62f.) folgenden Fall: Nach der Rückkehr zur Demokratie 1983 wurde das Gesetz 23.077[757], das sog. Gesetz zur Verteidigung der Demokratie, erlassen. Damit sollte bei Verstößen gegen die Verfassung eine Verurteilung in erster Instanz ohne die Möglichkeit der Revision ausgeschlossen werden. Dieses Gesetz verhalf paradoxerweise einer paramilitärischen Gruppe, die einen Regierungssturz geplant hatte, unter Einbeziehung des Interamerikanischen Gerichtshofs für Menschenrechte, eine langjährige Haftstrafe abzuwenden und in eine Bewährungsstrafe umzuwandeln.

Wie **Lascano** (2006: 203f.) schreibt, beschränke sich die Tendenz zur Schaffung neuer, der Kriminalitätsbekämpfung dienender Normen von Seiten des Gesetzgebers nicht auf Deutschland, Spanien bzw. den europäischen Kontinent, sondern erstrecke sich auch auf Lateinamerika. Eine den neuen Risiken der postindustriellen Gesellschaft angepasste Kriminalpolitik sei für die „entwickelte erste Welt“ nachvollziehbar, weil z.B. in Europa aufgrund von Wirtschafts- und Umweltkriminalität auch gegen einen finanziell potenten Personenkreis vorgegangen werde (**Lascano** 2006: 205). Als ein irrationales Vorgehen sei das Phänomen der „Expansion des Strafrechts“ hingegen in den peripheren Ländern ebenso wie in den Einwanderungsländern (zu deren Problemen die Multikulturalität, Armutsgruppen und

[756] Argentinien erlitt in den Jahren 1992 und 1994 zwei terroristische Angriffe (**Aboso** 2006: 56).
[757] Das Gesetz 23.077 wurde am 27. August 1984 veröffentlicht.

gesellschaftlicher Ausschluss gehören) zu bezeichnen, weil es die Ungleichheit, die Ungerechtigkeit und die Marginalisierung der sozial Schwachen weiter steigere. Hier werde die Politik der „Gewährleistung von Sicherheit für die Bürger“ durch die „Kriminalisierung der Armut“ umgesetzt, die Kriminalität der „Mächtigen“ (u.a. Wirtschaftskriminalität, schwerer Betrug, Drogenhandel in großem Stil) bleibe dagegen unbestraft (**Lascano** 2006: 216). Diese Kreise würden mit ihren eigenen privaten Sicherheitskräften in geschützten Luxusvierteln leben, während die kommunale Polizei diese von allen unerwünschten Personen „gesäubert“ habe. Die große Mehrheit der Bürger lebe dagegen in ungesicherten Stadtvierteln ohne jeglichen Schutz (**Lascano** 2006: 216)[758]. Entsprechend richte sich der „punitivistische Diskurs“[759] in Lateinamerika grundsätzlich gegen andere „Feinde“ als jene, die das europäische Strafrecht dazu erklärt habe bzw. denen es „den Krieg erklärt“ habe (**Lascano** 2006: 205).

6.2.1.2 Zielgruppen im Blick der Kriminalpolitik

Wie der argentinische Wissenschaftler **Zaffaroni** (2006a: 1117) erklärt, werde bei der „Theoretisierung“ der Kriminalpolitik ein immer radikaleres Vorgehen gegen gefährliche Verbrechen gefordert. Es sei auch keine Neuheit, dass in der Theorie unterschiedliche Maßstäbe für verschiedene Gruppen angelegt werden, nämlich solche für die unauffälligen und andere für die bei der Polizei bekannten Straftäter. Hierbei sei es üblich, gegen Letztere eliminierende bzw. unverhältnismäßige Maßnahmen hinsichtlich der begangenen Straftat zu verhängen (2006a: 1117). Allerdings unterschieden die Strafgewalt (ius puniendi) und das Strafrecht schon zu anderen geschichtlichen Epochen – seit „den Griechen“ (2006a: 1118) – die Gleichen von den Fremden (2006a: 1146). Die Eliminierung der Rechtsbrecher erfolgte durch den Tod, die Deportation und die Galeerenstrafe. Zu späteren Zeiten wurden lebenslange Freiheitsstrafen oder Verbannung verhängt, um schließlich Sicherheitsmaßnahmen zur Neutralisierung von Fremden[760] zu erfinden (2006a: 1146).

---

[758] Als Beispiel führt **Lascano** (2006: 217) Argentinien an.

[759] **Lascano** (2006: 204) zufolge gründet der „punitivistische Diskurs“ auf einer Verschärfung des gewöhnlichen Strafrechts. Es lasse sich eine Tendenz des Gesetzgebers beobachten, mit Hilfe von „Kampfnormen“ gegen die Kriminalität vorzugehen.

[760] **Zaffaroni** (2006a: 1123) erwähnt, dass die Unterscheidung zwischen Bürger und Feind auch charakteristisch für vergangene Epochen sei. Beispielsweise wurden bei den autoritären Regimen der Zwischenkriegszeit (Nazismus, Faschismus, Stalinismus) die als „auffällig“ betrachteten Personen in Konzentrationslager inhaftiert. Auch die EU-Länder unterscheiden zwischen Fremden oder „Unangepassten“ und Bürgern und kennen entsprechende Sicherheitsmaßnahmen gegen Fremde, die einem unerwünschten Lebensstil folgen. Ein anderes, neueres Beispiel der Unterscheidung zwischen Feinden und Bürgern finde sich im Repressionsmodell der USA. Gefährliche Kriminelle würden dort zur Todesstrafe oder mehrfach lebenslanger Haftstrafe verurteilt. Mehrfach lebenslänglich erhielten dort auch „Auffällige und Dissidenten“.

Daher würden die von **Jakobs** in der neuesten Zeit gemachten Vorschläge nach **Zaffaroni** (2006a: 1118) eigentlich keine Neuerung bedeuten. Entsprechend wirft **Zaffaroni** (2006a: 1118) die Frage auf, wie das „banale Verhalten" eines Strafrechtwissenschaftlers, unter dem Eindruck terroristischer Handlungen von ungewöhnlicher Schwere und in Anbetracht der seit längerem üblichen Unterscheidung zwischen Bürger und Feind, solche Emotionen hervorrufen konnte. Angesichts der Tatsache, dass **Jakobs**, nach Meinung **Zaffaronis** (2006a: 1146), in seinen theoretischen Überlegungen zur Kriminalpolitik nichts Neues hervorgebracht habe, sei nicht klar, ob die Ursache des Skandals, welchen das Feindstrafrecht hervorgerufen habe, nur in der Terminologie zu suchen sei oder in der Offenheit, mit der **Jakobs** seine Thesen präsentierte. Nach **Zaffaroni** (2006a: 1118) hängt die Banalität eines Verhaltens vom Zusammenhang und den historischen Umständen ab, in denen es sich äußere: **Jakobs** habe sein Konzept des Feindstrafrechts in einer Zeit vorgestellt, in der sich „die Macht" über den ganzen Planeten ausdehne und die Bedrohung des Entstehens einer „globalen Diktatur" wachse. Es sei ein Moment, in dem der große technologische Fortschritt das verfassungsmäßig garantierte Recht auf die Privatsphäre unterminiere (2006a: 1118). Als Reaktion auf **Jakobs**' Vorschlag sei die Befürchtung zum Ausdruck gekommen, dass weltweit ein Rückschritt in der Umsetzung des Respekts für die Menschenrechte zu erwarten sei (**Zaffaroni** 2006a: 1146). Es handle sich dabei um eine politische Reaktion, weil das Problem ein politisches sei, was es zu anderen Zeiten auch war (**Zaffaroni** 2006a: 1118). Politisch sei es insofern, als versucht werde, einer Gruppe menschlicher Wesen mit der Unterscheidung Bürger-Feind bestimmte individuelle Rechte zu verweigern. Es stelle sich hier die Frage, wie weitreichend in politischer und juristischer Hinsicht das Konzept von „hostis"[761] des römischen Rechts gegenwärtig umgesetzt werden könne (2006a: 1133).

Eine mögliche Akzeptanz könne **Jakobs**' Konzept des Feindstrafrechts ausschließlich in der Form eines extremen Täterstrafrechts erfahren (**Zaffaroni** 2006a: 1133f.). Dabei bliebe es auf eine spezifische Gruppe von Personen begrenzt, die sich anhand von charakteristischen

---

Zaffaroni erwähnt weiterhin, wie in den lateinamerikanischen Diktaturen der nationalen Sicherheit für gefährliche Kriminelle und Auffällige eliminierende Strafen angewandt und für Dissidenten strafrechtliche Modellverfahren entwickelt worden seien. Einerseits existiere ein „paralleles strafrechtliches Modell", welches, durch die Ausrufung des Kriegszustands gerechtfertigt, Dissidenten unter Berufung auf unbestimmte administrative Vorgaben verhafte und eliminiere. Andererseits gebe es ein Untergrundsystem, durch das Dissidenten getötet würden oder das sie verschwinden lasse. Zum Schluss sei zu erwähnen, dass gegenwärtig in Lateinamerika lebenslange Freiheitsstrafen bei schweren Verbrechen verhängt würden und die Auffälligen mit administrativen Maßnahmen oder unverhältnismäßigen Strafen „unschädlich" gemacht würden – für Rückfalltäter.

[761] Das Feindkonzept beruht, so **Zaffaroni** (2006: 22), auf der römischen Unterscheidung zwischen „inimicus", dem persönlichen bzw. Intimfeind, und „hostis", dem politischen Feind. Dem politischen Feind gegenüber bestand immer die Möglichkeit eines Krieges. Der Fremde, der Auffällige, der Feind, der politische Gegner – sie alle erlitten einen Verlust ihrer gesamten Rechte und wurden aus der Gemeinschaft verbannt.

Merkmalen (welche u.a auch physische einschließen) identifizieren ließen. Da dies möglich sei, sei die Fragestellung nicht mehr, ob die Sonderbehandlung einer Gruppe von auffälligen, fremden oder ungewöhnlichen Menschen zulässig sei oder nicht. Das Diskussionsthema sei vielmehr, ob der Rechtsstaat die Garantien und Freiheitsrechte aller Bürger beschneiden dürfe. In der grundsätzlich politischen Diskussion zum Feindstrafrecht stelle sich zunächst die Frage, ob die Kategorie Feind („hostis romano“) in einem Rechtsstaat möglich ist. Im Anschluss daran sei zu klären, ob auf der Grundlage der Bürger-Feind-Unterteilung eine Beschränkung von Rechten und Garantien für alle Bürger Realität werden könne (2006a: 1134). Diese Fragen stehen in einem inneren Zusammenhang, denn würde geduldet, dass sich das Bild des hostis (d.h. die Feindzuschreibung) auf eine unterschiedliche ethnische Gruppe bezöge, würde dies eine Beschränkung der bürgerlichen Garantien bedeuten. **Zaffaroni** (2006a: 1134) drückt dies folgendermaßen aus:

> „Die unterschiedliche strafrechtliche Behandlung des Feindes bedeutet implizit ein Überschreiten von Grenzen, die dem Staat bezüglich der Respektierung des Bürgers gesetzt sind, bzw. eine Ausdehnung des Einsatzes repressiver Mittel auf alle Bürger, was eher zu einem absolutistischen als zu einem Rechtsstaat passt.“

Mit Blick auf die vorangehenden Problemstellungen eines möglichen Feindstrafrechts vertritt **Zaffaroni** (2006a: 1120) zusammenfassend die These, dass „Feind“ als juristische Kategorie von keinem traditionellen Strafrecht eines Rechtsstaats anerkannt werden könne. Als politisches Konzept habe es Platz in einem absolutistischen Staat, wie er von **Carl Schmitt**[762] gefordert worden sei. Allein die Unterscheidung zwischen Bürger und Feind bedeute permanenten Krieg. Stelle der Krieg die Ausnahme dar, dann sei das Militär- oder Kriegsrecht zuständig. Handle es sich jedoch um einen permanenten Krieg, dann komme das Strafrecht bzw. das Verwaltungsrecht zur Anwendung. Bei Anerkennung eines permanenten Kriegszustands sei es folglich Hauptaufgabe der Politik, im Sinne **Schmitts** zwischen Freund und Feind zu unterscheiden. Der Feind wäre hier als der andere, der Fremde zu identifizieren, damit er mit anderen Mitteln als dem Strafrecht bekämpft werden kann (**Zaffaroni** 2006: 1142f.). In der Vorstellung **Schmitts** bestimme der (politische) Souverän den Feind und unternehme das Notwendige zur Verteidigung gegen den Feind und zu dessen Bekämpfung. Das dem zugrunde liegende Ziel sei stets die Absicherung und der Fortbestand der „eigenen

[762] Bei **Kant** obliege es dem Souverän, die Gemeinschaft vor externen Feinden zu schützen, wie **Aboso** (2006: 57f.) erläutert. Nur das Staatsoberhaupt könne die notwendigen Maßnahmen treffen, um den Weiterbestand der Gemeinschaft abzusichern. Trotzdem hält **Aboso** (2006: 58) **Carl Schmitt** für den Schöpfer der Idee des „Feindes“. Würde das unverkennbar politische Konzept von **Schmitt** mit dem Konzept des Feindstrafrechts in Beziehung gesetzt, dann sollte Letzteres als „neuer“, „totalisierender“ Lösungsansatz gegenüber Gefahren, die von bestimmten Formen von organisierter Kriminalität ausgehen, gesehen werden.

Lebensweise“ (**Zaffaroni** 2006a: 1143). Das Konzept von hostis sei nur als kohärentes Konzept denkbar und führe durch die Annullierung von Garantien und Rechten für die Bürger, um die Verfassung retten zu können, zu den von **Schmitt** erwähnten politischen Folgen (2006: 1144).

Werde das Feindkonzept in das Strafrecht (oder Verwaltungsrecht) eingeführt, könne nicht mehr von einem international begrenzten Krieg gesprochen werden (z.B. durch die Genfer Konvention). Hingegen bedeute die Einführung des Feindkonzepts in das Recht ein Anzeichen für einen „irregulären, permanenten Krieg“, wodurch das Feindkonzept letztlich zu dem „schmutzigen Krieg“ der Doktrin der Nationalen Sicherheit führe (**Zaffaroni** 2006a: 1144). In diesem irregulären Krieg vermischen sich die Sphären der Politik (in der es Bürger sind, die Gesetze brechen) und des Kriegs (in dem Feinde erscheinen) (2006a: 1147), wodurch die Regeln des „regulären Kriegs“ keine Beachtung mehr fänden (2006a: 1144).

Werden die Garantien für die Bürger mit dem Ziel der effizienteren Benennung von Feinden eingeschränkt, so verlieren auch die Bürger aufgrund des nur noch eingeschränkt funktionierenden Rechtsstaats ihren Schutz (**Zaffaroni** 2006a: 1145f.). Abzuwägen sei entsprechend, ob Einschnitte bei den Garantien und Freiheiten der Bürger mit dem Ziel der Identifizierung von Feinden akzeptiert werden sollten, auch wenn dabei das Risiko der irrtümlichen Verdächtigung eines unschuldigen Bürgers bestünde (2006: 1147).

6.2.2 **Jakobs**’ Feindstrafrechtskonzept zwischen Strafrecht und Kriegsrecht

Nach Meinung von **Gomes** und **Bianchini** (2006: 971f.) entspricht das Feindstrafrecht nicht einem Strafrecht im eigentlichen Sinne. Das Feindstrafrecht umschreibe, wie mit einer bestimmten Art von Delinquenten umzugehen sei. Aufgrund der Eigenschaft „Mangel an Rechtstreue“ würden Delinquenten nicht als Personen betrachtet. Diese unterschiedliche und ungerechtfertigte Behandlung von Tätern sei das Hauptmerkmal des Feindstrafrechts (**Gomes/Bianchini** 2006: 971f.). **Aboso** (2006: 53) vertritt eine ähnliche Meinung: Die Besonderheit „dieser neuen Form von Strafrecht“ bestehe in der Aberkennung von Rechts- und Prozessgarantien, die durch das Grundgesetz und internationale Abkommen zu Menschenrechtsfragen Gültigkeit erlangt hätten.

Manuel Salvador Grosso (2006: 3) hingegen kritisiert **Jakobs**’ Konzept nicht als autoritär und antidemokratisch. Vielmehr vertritt er die Meinung, dass der Begriff Feindstrafrecht in Ermangelung einer besseren Formulierung „etwas“ bezeichne, das Bestandteil des Strafrechts

sei, aber nicht sein sollte. Erwiese es sich als richtig, dass dieses „etwas“ tatsächlich die von **Jakobs** als Feindstrafrecht betitelten Voraussetzungen erfüllte, hätte die Wissenschaft die Aufgabe, sich des Themas anzunehmen (**Grosso** 2006: 3). Mit Hilfe von **Jakobs**’ Konzept lasse sich eine Reihe von kriminalpolitischen Phänomenen identifizieren, die mit der traditionellen Beschaffenheit des Strafrechts nicht in Einklang zu bringen seien (**Grosso** 2006: 21). Die Entscheidung, ob die Strafgesetzgebung noch Recht sei oder nur noch staatliche Gewaltausübung, lasse sich durch Überprüfung anhand von **Jakobs**’ Klassifizierung treffen. Dies sei als dessen Verdienst zu betrachten (**Grosso** 2006: 21). Hierbei unterstreicht **Grosso** allerdings die Bedeutung des Meinungswechsels, den **Jakobs** vollzogen habe. 1985 habe dieser unter Feindstrafrecht ein „missbräuchliches“ Überschreiten der Grenzen des liberalen Strafrechts von Seiten des Gesetzgebers verstanden. Nach 1999 und in gegenwärtigem Verständnis beziehe sich der Begriff Feindstrafrecht auf eine „kriegsähnliche“ Reaktion des Staates auf einen realen Feind, mit dem Ziel, sich selbst durch die Etablierung neuer juristischer Sanktionen zu schützen (**Grosso** 2006: 8f.).

Mit Blick auf die Charakteristika der Grenzüberschreitung unterscheide **Jakobs** folgende: Vorverlegung der Strafbarkeit ins Vorfeld einer Rechtsgutverletzung, unverhältnismäßiges Strafmaß und Unterdrückung von Teilen der Prozessgarantien. Anwendung fänden diese Praktiken insbesondere bei den abstrakten Gefährdungsdelikten, die Teil der Strafgesetzgebung seien, sowie bei dem Versuch einer Straftat, der nicht einmal das vorbereitende Stadium erreicht habe (**Grosso** 2006: 8f.). Diese Beispiele, die **Jakobs** als Belege für die Existenz eines Feindstrafrechts dienten, seien **Grosso** (2006: 5) zufolge in keinster Weise mit den von der US-amerikanischen bzw. spanischen Regierung infolge der Attentate des 11. September und des 11. März getroffenen Maßnahmen zu vergleichen, wie es **Jakobs** nachträglich behaupte. Genauso wenig könne ein Vergleich der Beispiele von 1985 mit den heute getroffenen Maßnahmen (gegen Unzurechnungsfähige, mit den Kampfesnormen gegen Kriminalität und mit den Kriegen, die einige westliche Länder gegen islamische Extremisten führen) Bestand haben (**Grosso** 2006: 9).

Grosso (2006: 17) stellt die Frage, ob das Verhalten von Gruppen, die ihre politischen, ökonomischen oder religiösen Ziele mit terroristischen Mitteln zu erreichen suchen, noch als „Delikt“ betrachtet werden könne oder ob es dabei nicht schon um Kriegshandlungen gehe. Wenn Krieg als Konfrontation zwischen Feinden zu verstehen sei, dann unterscheide sich eine Kriegshandlung stark von einem Delikt (**Grosso** 2006: 18). Bei einer Kriegshandlung wird von einem Feind gegen den anderen Gewalt ausgeübt. Handelt es sich um ein Delikt, so

gehe die aggressive Handlung von einem Täter aus, der sich nicht kurz vorher selbst zum Gegner der Gesellschaft erklärt habe, und für den Angegriffenen gelte dies gleichermaßen. Die terroristischen Handlungen von „al-Qaida“ ließen sich dementsprechend genauso wenig als Delikte bezeichnen, wie die Gegenreaktionen der westlichen Länder irgendetwas mit Strafrecht zu tun hätten (**Grosso** 2006: 18). Die Gefangennahme und der Freiheitsentzug von Gefangenen sei nur erklärbar, wenn es sich um Kriegsgefangene handle, die nicht als strafrechtlich zu behandelnde Bürger gelten würden und auf die auch kein Feindstrafrecht anwendbar wäre. Bei erklärter Gegnerschaft könne es sich laut **Grosso** (2006: 19) nicht um kriminelles Verhalten handeln. Im Falle von Konfrontation oder Krieg müsse zwischen dem inneren und dem äußeren Feind unterschieden werden. Beim Erlassen von Kampfgesetzen gegen einen äußeren Feind involviere dies Kriegshandlungen, weswegen jede Regelung dem humanitären Völkerecht unterworfen sein müsse (**Grosso** 2006: 31).

Auch **Zaffaroni** (2006a: 1142) bekundet auf diesem Gebiet Erklärungsbedarf, wenn er die erkennbare Existenz von zwei geschiedenen Gruppen in einem Rechtsstaat, nämlich Bürger und Feinde, mit einem Kriegszustand vergleicht. **Zaffaroni** (2006a: 1145) hält es für gefährlich, zwischen einer politischen Krise – in der es sich um aufständische Bürger handelt – und einer kriegsähnlichen Situation (in der Feinde auftreten) nicht richtig zu unterscheiden. Eine Verwechslung würde dazu führen, dass der Krieg nicht mehr eine genau eingegrenzte Ausnahmesituation darstelle, sondern in eine Art Dauerzustand übergehe (**Zaffaroni** 2006a: 1145).

Wie **Grosso** (2006: 20) diesbezüglich konstatiert, existiere eine Verwirrung bezüglich der Verletzung von internationalen humanitären Gesetzen bzw. den von einem internationalen Kriegsrecht bei Kampfhandlungen gesetzten Grenzen durch ein Feindstrafrecht. Es handle sich eher um kriminelle Handlungen des Staates, denn dieser missachte bei der Verfolgung von Feinden selbst die internationalen Gesetze. **Grosso** (2006: 21) zieht den Schluss, dass sich nicht jede Gewaltanwendung von Seiten des Staates bei der Bekämpfung von Gefahren unter den Begriff Feindstrafrecht unterordnen lasse, weil sich damit die „Grenze zwischen Recht und Krieg ebenso wie die zwischen Recht und Staatsverbrechen“ verschiebe (**Grosso** 2006: 20).

Das Konzept des Feindstrafrechts sei weder klar noch eindeutig, so lautet **Grossos** (2006: 5) Schlussfolgerung. Vor allem die Art und Weise, in der Jakobs das Konzept 1999 wieder in die Diskussion brachte, habe für Verwirrung gesorgt (**Grosso** 2006: 26). **Jakobs** habe 1999 seine kritische Zustandsbeschreibung des Strafrechts von 1985 auf eine neue theoretische

Grundlage gestellt, die er nun zu rechtfertigen suche. 2003 sei klar geworden, dass **Jakobs** sein gesamtes Konzept des Feindstrafrechts für gerechtfertigt und angemessen halte. Die Folge sei gewesen, dass einige Kommentatoren nicht mehr zwischen der Beschreibung des Feindstrafrechts und der Kritik an **Jakobs**' Position differenziert hätten und deshalb die in diesem Konzept enthaltenen Erkenntnisse nicht genügend zur Geltung kämen (**Grosso** 2006: 26f.).

Grosso (2006: 30) führt zwei Aspekte an, um die von **Jakobs**[763] gewonnenen Einsichten des Feindstrafrechts zu bestimmen: Zum einen mache die Existenz eines Feindstrafrechts einen Mangel an gesellschaftlicher Befriedung bzw. eine ungenügende Befriedung offensichtlich. Zum anderen fordere das Feindstrafrecht die Befolgung einer Norm, die gleichermaßen für den Urheber wie für den Empfänger der Norm zu gelten habe (**Grosso** 2006: 30). Sollte die Ursache für das Entstehen eines Feindstrafrechts in einem Defizit an gesellschaftlicher Befriedung liegen, ließe dies auf eine Konfrontation zwischen dem Staat – der die Gesetzgebung gestaltet – und dem Empfänger der Norm schließen (**Grosso** 2006: 31).Von Krieg müsste in dem Fall gesprochen werden, in dem sich die Kampfnormen gegen einen äußeren Feind richten. Würden sich diese Normen gegen einen inneren Feind richten, so könne diese fehlende Befriedung darauf zurückgeführt werden, dass der Staat nicht (oder nicht mehr) das Gewaltmonopol innehalte und infolge dessen auch nicht die volle Souveränität über das gesellschaftliche Leben entfalten könne. Diese Lage biete Möglichkeiten für Konflikte (**Grosso** 2006: 31).

Diese zwei Varianten des Pazifizierungsdefizits ließen, so **Grosso** (2006: 31), auch auf ein Legitimationsdefizit schließen. D.h., dem Staat sei es nicht möglich, einen gesellschaftlichen Konsens und eine darauf basierende Ordnung herzustellen. Ausgehend von dieser Analyse gelangt **Grosso** zu dem Schluss, dass das Feindstrafrecht eine Negation des Rechts sei. Er stimmt dahingehend mit **Cancio Meliá**[764] überein, das Feindstrafrecht nie Recht werden könne.

Nach **Grosso** (2006: 32f.) wäre allerdings bei einer anderen Art der Analyse auch ein anderer Blickwinkel auf das Feindstrafrecht, nämlich ohne die Fiktion eines idealen Rechtsstaats bzw. einer idealen Gesellschaft, von der **Jakobs** ausgehe, möglich. Bei realistischer Betrachtung handle es sich beim Feindstrafrecht um die Beschreibung des Strafrechts einer „globalen Risikogesellschaft" (2006: 36). Die modernen Gesellschaften könnten, so **Grosso** (2006: 32),

[763] Siehe **Jakobs** (2003: 22).
[764] Siehe **Cancio Meliá** (2003: 89f.)

als Risikogesellschaften bezeichnet werden, für die soziologische Konzepte (von **Marx**, **Weber**, **Durkheim** oder **Parson** u.a.) keine brauchbaren Erklärungen mehr lieferten. Neuere Konzepte seien auf die „Postmodernität" bzw. „postnationale Konstellation" (**Habermas**)[765] oder „reflexive Modernität" (**Giddens**, **Lash**, **Beck**) zu beziehen. Diese neue Modernität sei durch die Globalisierung gekennzeichnet, durch das Entstehen neuer Risiken und politischer Probleme über staatliche Grenzen hinweg.[766] Die Globalisierung konfrontiere das traditionelle Strafrecht mit neuen Herausforderungen, denen sich dieses stellen müsse. Das traditionelle Strafrecht könne diese Leistung allerdings in dreierlei Hinsicht nicht erbringen (**Grosso** 2006: 33):

Erstens stehe es nicht mehr auf dem Boden einer ausreichend befriedeten Gesellschaft (**Grosso** 2006: 33). Darunter sei zu verstehen, dass die Risiken, die die Sicherheit und das Vertrauen einer Gesellschaft bedrohen (sei es individuelles oder kollektives Vertrauen), nur von einer äußeren oder inneren Bedrohung ausgehen können. Laut **Grosso** (2006: 34) sei diese Unterscheidung zwischen internen und externen Risiken, die jeweils entweder den Regelungen des Strafrechts oder dem Internationalen bzw. Kriegsrecht unterliegen, nicht mehr der Realität der „globalen Risikogesellschaft" angemessen und liefere keine brauchbare Beschreibung.

Zweitens scheint für **Grosso** (2006: 34) das traditionelle Schuldkonzept nicht mehr praktikabel, d.h., die Selbstverantwortung eines Individuums als einzige Grundlage einer strafrechtlichen Sanktion sei kein geeignetes Konzept angesichts der Bedrohung in der „globalen Risikogesellschaft".

Als dritten Grund nennt **Grosso** (2006: 34) die Sicherheitsgarantie, die der Staat nicht mehr bieten könne. Sicherheit und Vertrauen in den äußeren oder den inneren Schutz seien nicht mehr durch staatliche Maßnahmen herstellbar. Die „Unbestimmtheit der Risikoquellen" mache eine genaue, Sicherheit bietende Reaktion unmöglich. Auch symbolische Handlungen seien als vertrauensbildende Maßnahmen wirkungslos geworden (**Grosso** 2006: 34). Eine Legitimationskrise entstehe, wenn die Entwicklung der globalen Risikogesellschaft gegen rechtsstaatliche Prinzipien verstoße, denn der soziale Konflikt könne die Kapazitäten der politischen Kontrolle zur Konfliktlösung übersteigen. Auf die kollektive Krise antworte die politische Führung angesichts der Herausforderung der „globalen Risikogesellschaft" mit herkömmlichen repressiven Maßnahmen, nämlich dem Notstandsrecht, und in Extremfällen

[765] Siehe **Habermas** (1998) zitiert bei **Grosso** (2006: 33).
[766] Siehe **Ulrich Beck** (1986).

eben mit dem Feindstrafrecht. Anders gesagt erzwängen „die Herausforderungen unserer Zeit“ eine Gegenwehr, die mit dem Abbau materieller und prozessualer Strafrechtsgarantien einhergehe (**Grosso** 2006: 34).

Diese Strategie, auf die neuen Bedrohungsszenarien der postmodernen Zeit mit der Verhängung von Notstand zu reagieren, könne nur scheitern (**Grosso** 2006: 35). Denn die Ursache der gegenwärtigen Bedrohungslage sei nicht die mangelnde Pazifizierung der Gesellschaft, sondern eine neue Realität, welche auch zu einer Erneuerung der Konzepte führen müsse, die den modernen Diskurs ausmachen. Die Begriffe Bürger, Verbrecher, Feind, Krieg und Strafrecht seien nicht mehr in ihrer traditionellen Bedeutung, sondern in anderen Dimensionen zu sehen. Nach **Grosso** (2006: 35) sollten diese Begriffe mit neuen Inhalten gefüllt werden und andere philosophische, politische und juristische Ansätze zur Grundlage haben. Dieser Prozess lasse sich bei der Entwicklung der Feindesnormen im Strafrecht beobachten. Diese Gesetzgebung werde zum großen Teil durch das Verfassungsgericht geprüft und als verfassungsgemäß anerkannt.[767] Daraus lässt sich nach Meinung **Grossos** (2006: 36) der Schluss ziehen, dass das Feindstrafrecht im Rechtsstaat ein gültiges und legitimes Prinzip darstelle. **Grosso** stimmt mit **Jakobs**[768] dahingehend überein, dass Kampfesnormen ein Bestandteil des Strafrechts sein sollten. Anderenfalls müsste eine Neudefinition für staatliche Handlungen gefunden werden, die der Abwehr des Terrorismus dienen (2006: 36).

Laut **Yesid Reyes** (2006: 808) sollte nicht von Feindstrafrecht gesprochen werden, wenn es darum gehe, unter Rechtfertigung durch das Strafrecht in die Privatsphäre einzudringen, die Schaffung von Risiken unter Strafe zu stellen bzw. Normen zu legitimieren – d.h. die Missachtung einer Norm zu bestrafen (beispielweise guerillaähnliche oder terroristische Kampfhandlungen). Hier sollte vielmehr von einer Reaktion des Staates gesprochen werden, die den Rahmen des Strafrechts überschreite. Nur wenn das Strafrecht aus dieser Perspektive betrachtet werde, sei **Cancio Meliá**[769] mit seiner Feststellung zuzustimmen, dass der Begriff Feindstrafrecht einen Widerspruch in sich selbst darstelle.

Wie aber soll das Strafrecht gegen diejenigen, die wiederholte verbrecherische Neigungen zeigen, vorgehen? Nehme eine Person der Norm gegenüber eine ablehnende Haltung ein und demonstriere dadurch den Willen, der Norm nicht zu folgen, so verliere die Sanktion die

[767] Dieses Phänomen ist laut **Grosso** (2006: 36) global und in Kolumbien zu beobachten.
[768] Siehe **Jakobs** (2003: 42).
[769] Siehe **Cancio Meliá** (2003: 61).

Fähigkeit, dieser Person die Gültigkeit der Norm zu vermitteln (**Reyes** 2006: 798f). Dies könne beispielsweise den Fall des politischen Gesetzesbrechers betreffen, der den Sturz des Regimes seines Heimatlandes anstrebe. Hier sei z.B. auf die bewaffneten Auseinandersetzungen zwischen den entstandenen Diktaturen und Guerillagruppen in der zweiten Hälfte des 20. Jahrhunderts (oder den Fall von Bauern indigener Herkunft, die sich weigern, den Kokaanbau für den Bedarf der eigenen Gemeinde einzustellen) verwiesen. Diese Vermittlungsprobleme seien nach Meinung von **Reyes** (2006: 799) nicht dem Empfänger, sondern dem „Absender" der Norm zuzurechnen. Der Verfasser oder Urheber der Norm müsse die Allgemeinheit von den Vor- und Nachteilen eines bestimmten Verhaltens überzeugen können.[770]

Oppositionelle Gruppen zum herrschenden System könnten, so **Reyes**, in ihrer „Diskonformität" so weit gehen, dass es zu Kampfhandlungen in Form von Guerillataktiken, terroristischen Anschlägen oder zwischenstaatlichen Kriegen kommen könne (**Reyes** 2006: 800). Kampfhandlungen seien Ergebnis einer absoluten Infragestellung der Normgültigkeit, insbesondere die Legitimität der Norm werde angezweifelt. Daraus ergebe sich die Frage nach dem Nutzen des Strafrechts bei dieser Art von Angriffen. Wie **Reyes** (2006: 801) ausführt, setzt die Normgültigkeit einen sozialen Konsens bezüglich ihrer Notwendigkeit und Nützlichkeit voraus. Diese Annahme führe zu dem Schluss, dass das Strafrecht nicht das richtige Sanktionsmittel sei, wenn eine repräsentative Gruppe eines Gemeinwesens die Legitimität der Norm nicht mehr anerkenne. Nur auf der Basis eines gesellschaftlichen Konsenses bezüglich der Gültigkeit der Norm sei durch die Verhängung einer Strafe eine erneute Bestätigung der verletzten Norm erreichbar bzw. vermittelbar. Denn wie sollte von denjenigen, die die Norm prinzipiell nicht für legitim halten, die Anerkennung ihrer Gültigkeit gefordert werden (**Reyes** 2006: 801)?

Wird allerdings die Entscheidung getroffen, diese Art von Angreifern – bewaffnete Gruppen – mit Hilfe des Strafrechts abzuwehren, dann richte sich dieser Versuch auf die Legitimierung der Existenz dieser Normen und weniger darauf, ihre Gültigkeit durchzusetzen. Das Strafrecht könne nur der Gültigkeit von Normen Nachdruck verleihen, die zuvor gesellschaftlich als legitim verankert worden waren. Das Strafrecht könne jedoch nicht als Instrument zu einer derartigen Legitimierung dienen (**Reyes** 2006: 801).

[770] Zu den Gründen der Kriminalisierung bestimmter Verhaltensweisen siehe **Cancio Meliá** (2003: 97f.).

Reyes (2006: 803f.) stuft die Konfrontation mit bewaffneten Gruppen wie Guerillaeinheiten oder Terroristen als Kriegsgeschehen ein. Damit bekommt die Problematik, mit welchem Recht, Kriegsrecht oder Feindstrafrecht, die Auseinandersetzung zu führen sei, besonderes Gewicht. Steht im Moment der Krisensituation die Legitimation der Gültigkeit der Norm aus Gründen einer fehlenden Konfliktlösung zur Diskussion, entsteht ein bewaffneter Konflikt. In diesem Fall muss die Existenz des Konflikts anerkannt werden und den Regeln des Völkerrechts unterstellt werden (**Reyes** 2006: 806). Der Versuch, Kampfhandlungen mit Hilfe eines antiliberalen Strafrechts, wie z.B. dem Feindstrafrecht, unter Kontrolle zu halten, bedeute eine Verkennung sowohl der Natur des Krieges als auch des Zwecks des Strafrechts und werde beiden nicht gerecht, so **Reyes** (2006: 806).

6.2.3 Die Beziehung zwischen **Jakobs**' Feindstrafrecht und seiner Strafrechtstheorie

Nach **Fernando Velásquez** (2004: 2f.) ist **Jakobs**' funktionalistische Idee nicht zufällig entstanden, sondern ein Produkt der dogmatischen Entwicklung in Deutschland. In den Grundlagen dieses Funktionalismus sei der Einfluss **Luhmanns**, **Hegels** und **Welzels** spürbar. **Velásquez** (2004: 3f.), dessen Denken in hohem Maße von **Baratta** und dessen vor zwanzig Jahren geäußerter Meinung bezüglich dieses Systems beeinflusst ist, beschreibt einige der Hauptkritikpunkte am funktionalistischen System von **Jakobs**. Im Rahmen dieser kritischen Auseinandersetzung mit **Jakobs** erörtert **Velásquez** (2005: 17ff.) die politische, wirtschaftliche und soziale Realität Lateinamerikas. Die Politik werde vom populistischen Diskurs dominiert, die Wirtschaft stehe am Abgrund und im sozialen Bereich gebe es ganze Bevölkerungsteile, die in extremer Armut leben. Hinzu komme noch das Problem der massenhaften Abwesenheit der Kinder und Jugendlichen vom Schulunterricht. Schließlich sucht der Kolumbianer **Velásquez** (2005: 20) anhand von fünf Argumenten zu verdeutlichen, dass **Jakobs**' System für Lateinamerika ungeeignet sei und der dortigen Realität widerspreche:

Erstens sei in Ländern, in denen dem gültigen Strafrecht eher eine symbolische Wirkung zukomme, die Idee des Garantien bietenden, minimalen Strafrechts zu fördern.

Zweitens erlaube die politische, soziale und ökonomische Situation der Länder Lateinamerikas keine Übernahme einer funktionalen Theorie, die wie **Jakobs**' theoretische Ausarbeitung konzipiert sei und die Effizienz propagiere. Ein Ausnahmefall wäre die Legitimierung eines Notstandsrechts (**Velásquez** 2005: 20). Allerdings betont **Velásquez** in diesem Zusammenhang, dass die praktische Nutzlosigkeit von **Jakobs**' System in

Lateinamerika nicht im Gegensatz zur Bedeutung der Leistung von **Jakobs**' stehe (**Velásquez** 2005: 20). Durch sein Werk und seine akademische Laufbahn zeichne er sich als großer Rechtsdogmatiker aus (2005: 21).

Drittens enthalte **Jakobs**' systemische Konstruktion, unter dem Vorwand der „Neuheit", eine doppelte – soziologische und dogmatische – Botschaft, welche komplett abzulehnen sei. Denn auf einem Kontinent, auf dem in der Menschenrechtsfrage Willkür herrsche, könnten sich die politischen Gefahren potenzieren und die Theorie als Legitimation für die Verletzungen der fundamentalen Rechtsgarantien dienen (**Velásquez** 2005: 21).

Viertens sei die Idee eines Feindstrafrechts neben einem Bürgerstrafrecht abzulehnen, denn darin komme „Diskriminierung, autoritäres Handeln und Irrationalität zum Ausdruck" (**Velásquez** 2005: 21).

Fünftens müsse notwendigerweise eine Strafrechtstheorie entwickelt werden, die den Verhältnissen in Lateinamerika angemessen sei. Nach Meinung von **Velásquez** (2005: 21) sei der Zeitpunkt gekommen, „fremden strafrechtlichen Konstruktionen und Ideologien eine Absage zu erteilen". Die lateinamerikanischen Strafrechtswissenschaftler sollten auf der Grundlage einer eigenen Kriminalpolitik „autochthone Kategorien mit Blick auf die Gestaltung einer besseren Zukunft für diese geschundenen Gesellschaften schaffen" (2005: 22). Anders ausgedrückt, sollten die lateinamerikanischen Strafrechtler auf die Rezeption von Theorien verzichten, die sich unter den Bedingungen des strafrechtlichen Wirkens in Lateinamerika als absurd erweisen.

Der Peruaner **Abanto Vásquez** (2007: 787) warnt davor, dass ein Strafrecht, aus kriminalpolitischer Sicht gesehen, zum Täterstrafrecht werden könne, wenn es auf den Rechtsgüterschutz als theoretischer Grundlage verzichte und seine Legitimität im Normenschutz suche. Für **Abanto** bedeutet die Unterscheidung zwischen denjenigen, denen die gesellschaftliche Kommunikation gelinge, und den anderen, die scheitern, eine Beschneidung strafrechtlicher Garantien und eine Rückendeckung für das Feindstrafrecht. Laut **Abanto** (2007: 787f.) müsse in einem Rechtsstaat der Rechtsgüterschutz die Grundlage des Strafrechts bilden. Beispielsweise denkt **Abanto Vásquez** (2007: 789f.), das Problem der Wirtschaftskriminalität sei mit Hilfe eines „autonomen Unternehmensrechts" in den Griff zu bekommen. Dieses Strafrecht solle auf einer eigenen Gesetzgebung sowie eigenen Prinzipien und dogmatischen Regeln beruhen und zwischen dem gewöhnlichen Strafrecht, welches sich an Personen richte, und dem Verwaltungsrecht angesiedelt sein. Dieses

„Unternehmensstrafrecht“ sei als Ersatz für das heutige Wirtschaftsstrafrecht denkbar und könnte auch bei ökologischen Delikten oder Genmanipulation u.a. zur Anwendung kommen (2006: 792). Grundlage dieses Rechts wäre der Rechtsgüterschutz und es hätte die Funktion einer Ergänzung zum traditionellen Strafrecht (2006: 794). **Abanto Vásquez** (2006: 796) schlussfolgert in diesem Kontext, dass Delinquenten im Rahmen des Wirtschaftsstrafrechts keine Feinde seien. Hingegen müssten ihre Taten durch die Anwendung des traditionellen Strafrechts verurteilt und ihnen selbst alle Garantien des Rechtsstaats gewährt werden. Bei sog. juristischen Personen (kollektive Einheiten) sollte ein neu zu erschaffendes „Unternehmensrecht“ eingesetzt werden.

Francisco Ferreira de Abreu (2010: xxxvi)[771] bewertet die Kritik an **Jakobs**, dieser versuche sein Konzept zu legitimieren, obwohl er es eigentlich nur beschreiben wolle, als grundsätzlich gerechtfertigt. Allerdings sei hierbei zunächst die Frage zu beantworten, ob die Legitimierung eines Zustands, der dieser Beschreibung von **Jakobs** entspreche, überhaupt mit dessen Straftheorie vereinbar sei. Die Kritik am Feindstrafrecht müsse sich zunächst mit **Jakobs**’ Straftheorie und dem Ziel der positiven Generalprävention auseinandersetzen (2010: xxxvi)[772]. Für **Ferreira de Abreu** (2010: xxxvi)[773] besteht eine Vereinbarkeit zwischen **Jakobs**’ Legitimierung des Feindstrafrechts und seiner Straftheorie. Wie dieser erkläre, sei für eine wirkungsvolle Strafe ein Minimum an kognitiver Fähigkeit zur Erfüllung der gesellschaftlichen Erwartungen von Seiten des Täters nötig[774]. Die Strafe als symbolischer Ausdruck von Kommunikation könne nicht gegen diejenigen verhängt werden, die sich außerhalb des Bereichs der Anerkennung von Gesetzen gestellt haben und damit zu Feinden werden (**Ferreira de Abreu** 2010: xxxvi)[775]. **Jakobs** gebe damit zu verstehen, dass es sich beim Feindstrafrecht nicht um einen „Widerspruch in sich selbst“ handle[776], sondern um eine Ergänzung der seiner Straftheorie zugrunde liegenden positiven Generalprävention (**Ferreira de Abreu** 2010: xxxvi)[777]. Das Strafmaß sei nach **Jakobs** zur Gefahrenbekämpfung nicht ausreichend. Die Strafe habe für diese Art von Gefährdern weder eine kommunikative

[771] Siehe Anhang VII.
[772] Siehe Anhang VII.
[773] Siehe Anhang VII.
[774] Siehe **Jakobs** (2003: 36f.).
[775] Siehe Anhang VII.
[776] **Ferreira de Abreu** (2010: xxxvi) stimmt nicht mit der Position von **Cancio Meliá** (2003: 89f.) überein, für den das Feindstrafrecht einen Widerspruch in sich selbst darstelle. Vgl. Anhang VII.
[777] Siehe Anhang VII.

Bedeutung noch eine Orientierungsfunktion. Daher bleibe nur die Möglichkeit der Sicherungsverwahrung (**Ferreira de Abreu** 2010: xxxvi)[778].

Cancio Meliá (2003: 94f.) ist gegenteiliger Meinung. Er bezweifelt das Ausmaß an realer Gefahr für die Existenz der Gesellschaft, die von einem bestimmten deliktischen Verhalten bzw. auch von der „Selbstausschließung vom Personenstatus" durch bestimmte Gruppen ausgehen soll. Diese Behauptung lasse außer Acht, dass das Risiko in einer Bedeutung wahrgenommen werde, die in keinem Verhältnis zur „realen Dimension der Bedrohung" stehe. Keine der kriminellen Verhaltensweisen, gegen die sich das Feindstrafrecht richte (u.a. organisierte Kriminalität, Terrorismus, Drogenkriminalität), bedrohe die Existenz der Gesellschaft. Eine besondere Eigenschaft des deliktischen Verhaltens, die zur Konzeption eines Feindstrafrechts Anlass gegeben habe, sei die symbolische Wirkung, welche schnell zur Erschütterung der gesellschaftlichen Identität führen könne (**Cancio Meliá** 2003: 95f.)[779].

Kennzeichnend für die „Feinde" sei es, dass sie die auf allgemein anerkannten Wertvorstellungen einer Gesellschaft beruhenden Normen brächen und dass dies größeren Schaden als nur eine individuelle Rechtsgutverletzung zur Folge habe. Dies sei zum Beispiel der Fall, wenn die ETA außer den von ihr verübten Gewaltakten auch noch die Legitimität der territorialen Einheit Spaniens anzweifele (**Cancio Meliá** 2003: 96f.).[780] Die Antwort des funktionalen Strafrechts wäre nicht die Forderung nach einem gültigen Feindstrafrecht, sondern käme auf einer symbolischen Ebene in Form einer Demonstration von Normalität und in der Negierung dieses Angriffs auf wesentliche Normen zum Ausdruck. Zu erwarten sei eine angemessene, auf den Zurechnungsregeln des normalen Strafrechts beruhende Reaktion auf den Normbruch (2003: 98). Gleichermaßen sei das Thema „eines Verzichts auf Bürgerrechte" von Seiten des Delinquenten zu behandeln (2003: 99). Der Staat könne unter Berufung auf die Rechtsordnung bestimmen, wer und unter welchen rechtlichen Bedingungen ein Bürger sein darf. Die Zugehörigkeit zu einer kriminellen Organisation oder die Ablehnung der gesamten staatlichen Organisation sei einer Anerkennung als Bürger abträglich. **Cancio Meliá** (2003: 99) merkt entsprechend an:

---

[778] Siehe Anhang VII.

[779] Siehe **Scheerer** (2002: 17f.).

[780] Nach **Cancio Meliá** (2005: 285): „In diesem Sinne scheint es nicht zu gewagt, mehrere Hypothesen aufzustellen: Dass der Punitivismus im Betäubungsmittelstrafrecht vielleicht nicht nur mit den offensichtlichen Schäden zusammenhängt, die Drogen in westlichen Gesellschaften anrichten, sondern auch mit der sehr dürftigen axiologischen Begründung und der mehr als deprimierenden faktischen »Effektivität« des »Kampfes« gegen den Konsum von Rauschgiften; dass die »Organisierte Kriminalität« in jenen Ländern, in denen diesen Organisationen eine relevante Machtposition zukommt, nicht nur das Vermögen und andere persönliche Güter der Bürger bedroht, sondern durch Korruption der staatlichen und politischen Strukturen auch die Idee des Staates an sich (...)."

> „Versteht man Strafe und Strafrecht auf der Grundlage der positiven Generalprävention, so ist von dieser Perspektive aus betrachtet die Reaktion, die Verletzung durch den Feind als etwas Außergewöhnliches zu betrachten, dysfunktional im Sinne des Strafrechts."

Auch für **Reyes** (2006: 793) ist **Jakobs**' konzeptioneller Vorschlag eines funktionalen Strafrechts mit der Existenz des Feindstrafrechts nicht vereinbar. Der Hauptunterschied zwischen Feindstrafrecht und **Jakobs**' Funktionalismus liegt für **Reyes** (2006: 793) in der Garantie der Bürgerrechte, die die funktionale Theorie biete.

Wie **Reyes** (2006: 784f.) darlegt, enthalte die funktionale Verbrechenslehre im Wesentlichen (Prozess-) Garantien, während die gegenwärtig angewandte Verbrechenslehre kritikwürdig sei. Gilt die tatsächliche Verletzung eines Rechtsgutes als Maßstab für die Anwendung des Strafrechts, so müssten Versuchsdelikte konsequenterweise straflos bleiben. Schließlich handle es sich beim Versuch einer Straftat ja nicht um eine Verletzung, sondern um eine Gefährdung des Rechtsguts. **Reyes** (2006: 787) stimmt mit **Jakobs** allerdings insofern überein, als der Versuch ebenso wie die sog. Gefährdungsdelikte aus Sicht der Verbrechenstheorie als ein strafrechtlicher Eingriff im Vorfeld einer Rechtsgutverletzung zu werten seien. Für **Reyes** (2006: 788) ergibt sich angesichts der Tendenz zur Bestrafung eines rechtsgutgefährdenden Verhaltens die Frage, ob Gefährdungsdelikte weiterhin als tatbestandsmäßige Handlungen einzuschätzen seien und ob auf dieser Grundlage eine strafrechtliche Intervention erfolgen könne, oder ob sich dieses Konzept als unhaltbar erweise. Eine Rücknahme der Gefährdung als Strafverfolgungsgrund würde einen Verzicht auf die Strafbarkeit des Versuchs und eines Teils der abstrakten Gefährdungsdelikte bedeuten (**Reyes** 2006: 788f.). Letztere würden jedoch in der gegenwärtigen Lage als unabdingbar erachtet. Auf diese Frage könne **Jakobs**' funktionales Strafrecht eine Antwort geben − entsprechend der funktionalen Theorie sollte der strafrechtliche Eingriff nicht auf die Verletzung des Rechtsguts beschränkt sein (**Reyes** 2006: 784f.).

Nicht jede Gefahr für ein Rechtsgut rechtfertige allerdings ein Eingreifen durch das Strafrecht, sondern nur ein unerlaubte Risiken schaffendes Verhalten (durch den Erfolg würde die Gefahr realisiert) stelle eine unangemessene Art des Angriffs auf ein Rechtsgut dar (**Reyes** 2006: 788). Die Schaffung eines unerlaubten Risikos als erster Schritt zur Gefährlichkeit des Verhaltens, und damit als Anlass für das Eingreifen des Strafrechts, bilde auch die Grenze zu den erlaubten Risiken, die zwar auch das Rechtsgut gefährden, jedoch im Rahmen der jeweiligen Gesellschaft zugelassen seien. Beispiele dafür seien der Arzt, der durch seinen operativen Eingriff auch eine Verletzung erzeuge, oder der Boxer, der seinen Gegner

niederschlägt und unter Umständen dessen Tod herbeiführen könne. In diesen Fällen entstehe für das Strafrecht kein Handlungsbedarf. In den Tatbestand werden nur spezifische Formen des Angriffs auf das Rechtsgut, seien es Verletzungen oder Gefährdungen, aufgenommen (**Reyes** 2006: 789). Darüber hinaus werden auch einfache Bekundungen eines verbrecherischen Willens nicht geahndet. Vielmehr müsse der Täter die innere Sphäre seines Wirkungskreises verlassen haben und in den Organisationskreis einer anderen Person eingedrungen sein (**Reyes** 2006: 792f.).

Die funktionale Verbrechenslehre konzentriere sich auf den Normenschutz. Strafrechtlich relevant sei Verhalten, wenn es einen Normbruch vollziehe (**Reyes** 2006: 790)[781]. In diesem Fall sei die Gültigkeit der Norm dadurch bedroht, dass ein Individuum seinen inneren Kreis verlässt und ein unerlaubtes, äußerlich wahrnehmbares Risiko erzeugt. Erst ab diesem Moment schreite das Strafrecht ein (**Reyes** 2006: 796). Wie **Reyes** (2006: 793) schlussfolgert, sei **Jakobs**' Normentheorie wohl kaum „mit dem Feindstrafrecht kompatibel. Vielmehr dienen die seinem Normenkonzept zugrunde liegenden Annahmen dem Schutz eines Bürgerstrafrechts und schaffen eine Barriere gegen die Ausbreitung eines Feindstrafrechts".

Auch **Alex van Weezel** (2009: lxxxviii)[782] differenziert zwischen **Jakobs**' funktionalistischer Strafrechtstheorie und dessen Konzept des Feindstrafrechts. **Jakobs** erfasse in seiner Verbrechenslehre die Gestalt des Verbrechens nicht vollständig, sondern konzentriere sich nur auf eine Dimension, die er kohärent entwickle. Diese „Dimension" sei nicht abstrakt zu sehen, sondern der Wirklichkeit entnommen und ein Strukturelement in **Jakobs**' System. Die funktionalistische Theorie baue auf der Funktion der Strafe auf, die diese nach Vorstellung der Gesellschaft haben sollte, und strebe nicht eine normative Neustrukturierung der Verbrechenslehre an. **Jakobs** beschreibe, wie die Gerechtigkeitsvorstellungen einer Gesellschaft sich in den Aufbau einer Verbrechenslehre einfügen. In die dogmatischen Konzepte gehen die heutige Gestaltung der zwischenmenschlichen Beziehungen und die damit verbundenen Verantwortlichkeiten ein (**van Weezel** 2009: lxxxviii)[783].

Wichtig ist für **van Weezel** (2009: lxxxviii)[784] die Klarstellung, dass Strafe bei **Jakobs** nicht nur die Verneinung der Straftat impliziere, sondern auch die Bestätigung der Norm. Für **Jakobs** bedeute die Strafe die Wertbestätigung des Rechts: Die kognitive Verankerung der

[781] **Reyes** (2006: 790) stimmt mit **Jakobs** überein, dass das Strafrecht zwar auch mittelbar die Rechtsgüter schütze, aber an erster Stelle gelte die Reaktion des Strafrechts dem Normbruch. Die Norm sanktioniere den Angriff auf das Rechtsgut, während die Rechtsgütertheorie beanspruche, das Rechtsgut zu schützen.
[782] Siehe Anhang XVII.
[783] Siehe Anhang XVII.
[784] Siehe Anhang XVII.

Vorstellung die Rechtsordnung sei real, besitze Gültigkeit und biete einen Orientierungsrahmen für das gesellschaftliche Leben (**van Weezel** 2009: lxxxviii)[785]. Es gehe bei der Bestrafung nicht darum, einen Menschen zu opfern um das Unrecht zu eliminieren. **Van Weezel** (2009: lxxxviii)[786] hält es für eine Fehlinterpretation, **Jakobs**' System beinhalte eine Aberkennung von Personenrechten des Normbrechers. Das Strafrecht stabilisiere und realisiere die Rechtsordnung durch die Verhängung einer Strafe. Teil der Rechtsordnung sei auch die Kategorie „Person" und die Akzeptanz personaler Würde (2009: lxxxviii)[787]. Die Verhängung der Strafe impliziere auch die Anerkennung des Delinquenten als Person, deren Handlungen „Ausdruck von Sinn" seien und die bewertet würden. Aufgabe des Strafrechts sei der Schutz der Rechtsordnung, und diese wiederum habe die Pflicht, die Person zu schützen und sie in ihrer Würde anzuerkennen (**van Weezel** 2009: lxxxviiif.)[788].

Alles in allem sei das mit Feindstrafrecht benannte Konzept laut **van Weezel** (2009: lxxxviii)[789] dem Bereich der Philosophie bzw. der Rechtspolitik zuzuordnen. Es handle sich um den Versuch, das Strafrecht „von außerhalb" zu betrachten, d.h. von einer Perspektive außerhalb des engen Rahmens des Strafrechts. Diese Perspektive diene nicht dazu, ein bestimmtes Konzept von Recht zur Anwendung zu bringen, sondern den Realitätsverlust oder die Irrealität eines bestimmten Rechts zu demonstrieren, wie z.B. „Iustitia est constans et perpetua voluntas ‚ius suum cuique tribuendi'" (die Gerechtigkeit ist der beständige und dauerhafte Wille, jedem sein Recht zukommen zu lassen) (**van Weezel** 2009: lxxxviii)[790].

Auch **Montealegre Lynett** trifft eine Unterscheidung zwischen **Jakobs**' funktionaler Strafrechtstheorie und dessen Feindstrafrecht[791]. Als ehemaliger Richter des kolumbianischen Verfassungsgerichts erläutert er die Nützlichkeit von **Jakobs**' Kriterien der objektiven Zurechnung für die Praxis anhand eines Urteils des Verfassungsgerichts (**SU**.1184/01) aus dem Jahre 2001, welches als das Urteil zum „Massaker von Mapiripán" bekannt ist. Mit diesem Urteil löste das Gericht einen Zuständigkeitskonflikt zwischen Militärgericht und zivilem Strafgericht, indem es sich auf die Garantenstellung, die Teil von **Jakobs**' Zurechnungsregeln ist, berief (**SU**. 2001: 38f.). Der Zuständigkeitskonflikt, der vom

[785] Siehe Anhang XVII.
[786] Siehe Anhang XVII.
[787] Siehe Anhang XVII.
[788] Siehe Anhang XVII.
[789] Siehe Anhang XVII.
[790] Siehe Anhang XVII.
[791] Diese Informationen hat Prof. **Montealegre Lynett** in einem Interview am 4. und 6. Dezember 2009 gegeben. Die Inhalte des Interviews, das in Bogotá durchgeführt wurde, beziehen sich auf Urteile **SU**.1184/01 aus dem Jahre 2001 und **C**-939/02 vom 31. Oktober 2002. Das Gespräch wurde nicht aufgezeichnet, **Montealegre Lynett** übergab wichtige schriftliche Materialien zum Thema.

Verfassungsgericht entschieden wurde, war 1997 durch die Straftaten einer Gruppe von Paramilitärs ausgelöst worden. Diese hatte, zu Täuschungszwecken mit der Soldatenuniform der kolumbianischen Streitkräfte getarnt, das Rathaus von Mapiripán besetzt und 49 Personen gefoltert und getötet. Während der Vorfälle waren Armeeangehörige anwesend, die materielle, funktionelle und territoriale Befugnisse in dem Gebiet hatten. Es war ihre Entscheidung, der Bevölkerung von Mapiripán keinen Beistand zu leisten, obwohl sie über die Mittel verfügten, das Massaker zu verhindern (**SU**. 2001: 11).

Jakobs beweise, dass sich die Probleme um die Unterlassungsdelikte mit einem Umbau des Handlungsbegriffs lösen ließen (**SU**. 2001: 40f.). Es gebe aktives Verhalten, das zwar als sozialadäquat gelten könne, jedoch ein missbilligtes Risiko bei einer Person in Garantenstellung darstelle. Folgendes Beispiel dient **Montealegre Lynett**[792] zur Erklärung der Garantenstellung: Es gelte als sozialadäquates Handeln, das Licht am Tor eines Einfamilienhauses zu löschen, selbst wenn dadurch das Risiko entstünde, in der Dunkelheit zu stürzen. Im Fall, dass der Hausbesitzer jedoch einen Graben gegenüber seinem Tor errichtet, würde das Lichtlöschen zu einer verbotenen Handlung. Der Hausbesitzer sei zu den notwendigen Sicherheitsmaßnahmen verpflichtet, damit ein eventueller Fußgänger nicht in den Graben stürze (Sorgfaltspflicht im Verkehr) (**SU**. 2001: 41). In der Lehre der objektiven Zurechnung, die auf der Garantenposition aufbaut, sei das Wichtige nicht die Begehung der Tat, sondern der Beweis, dass eine Person ihre Pflichten als Garant erfüllt habe (**SU**. 2001: 40). Mit diesen Argumenten lasse sich laut **Montealegre**[793] das Urteil bezüglich des „Massakers von Mapiripan“ begründen. Bei diesem Urteil war die Bestimmung der Garantenfunktion, die der Armee zukam, ausschlaggebend. Die Aufgabe der Armee sei es, die Respektierung der Grundrechte der kolumbianischen Bevölkerung zu überwachen (**SU**. 2001: 47). Wie das Verfassungsgericht verfügte, seien Unterlassungen des Garanten strafrechtlich relevant, wenn sie zu einer Duldung, zum Erleichtern oder zur Verursachung von Menschrechtsverletzungen führten (**SU**. 2001: 8). Erfüllt ein befehlshabender Offizier nicht die Pflichten seiner Garantenstellung, so kann er nicht von einem Militärgericht verurteilt werden.

Das Gericht verwandte bei dem erwähnten Urteil große Mühe auf die Erklärung, dass ein Mitglied der staatlichen Ordnungskräfte eine Garantenstellung einnehme, wenn er beispielsweise bei der Aufrechterhaltung der Verkehrssicherheit seiner Aufgabe nicht gerecht werde – und damit Rechtsgüter einem Risiko aussetze – oder andere Aufgaben staatlicher

[792] Siehe Fn. 791.
[793] Siehe Fn. 791. Vgl. **SU**. 1184/01 (2001: 38ff.).

Pflichterfüllung vernachlässige (**SU.** 2001: 39/41f.). Diese Argumente dienten dem Gericht zur Untermauerung seiner Position, dass die Garantenstellung einen Armeeangehörigen, im Fall von entwürdigenden, gegen die Menschlichkeit verstoßenden Handlungen zum Eingreifen verpflichte (**SU**. 2001: 42ff.). Zusammengefasst lasse sich sagen, dass die Übernahme von **Jakobs**' funktionalistischen Grundkategorien im gegenwärtigen innerstaatlichen Konflikt sowohl in Bezug auf die Handlung als auch auf die Unterlassung zur rechtlichen Entscheidungsfindung bei den Delikten von Menschenrechtsverletzungen beigetragen habe.

Auch wenn es Ablehnung hervorrufe, wie **Jakobs** das Feindstrafrecht mithilfe seines Begriffs von Unpersonen (im systemisch funktionalen Sinn) erkläre, werde das Problem durch die Kritik nicht gelöst. Seine Zustandsbeschreibung gelte für ein „Ausnahmemodell", welches die Prinzipien des liberalen Strafrechts ignoriere und sich an Personen richte, wie auch immer diese definiert würden (**Pastor** 2006: 513 Fn. 137). Aus diesem Grunde kritisiert **Daniel Pastor** diejenigen Arbeiten, welche sich darauf konzentrieren, den Zusammenhang von **Jakobs**' strafrechtswissenschaftlichem Denken mit der Soziologie **Luhmanns** zu dementieren. Für **Pastor** ist es nicht eindeutig klar, ob die Kenntnis von **Luhmann** nötig sei, um über **Jakobs**' System zu diskutieren: „Wir diskutieren über **Jakobs**' und nicht über **Luhmanns** System, unabhängig davon, was **Jakobs** über **Luhmann** denkt und **Luhmann** über **Jakobs**" (**Pastor** 2006: 514 Fn. 137). **Pastor** kommt zu dem Schluss, dass **Jakobs**' System als Bürgerstrafrecht passend wäre und dessen Beschreibung sehr genau die widersprüchlichen Normen und Praktiken benenne, die im liberalen Strafrecht keinen Platz haben sollten.

6.2.4 Bewertung des Ausschlusses von Feinden

Nach Meinung **Percy García Caveros** (2010: xxxvii)[794] könne **Jakobs** zwar wissenschaftliche Untermauerung für seinen Gebrauch des Wortes „Feind" finden, und auch historisch bedeutende Philosophen hätten diesen Begriff in der „bürgerlichen Gesellschaft" benutzt; „Feind" bleibe aber, unbenommen davon, eine Bezeichnung, die Abwehr hervorrufe[795]. Nach **García Cavero** (2010: xxxviii)[796] sei zwischen der Bürgerschaft – dem Bürger als Mitglied einer bürgerlichen Gemeinschaft – und dem Konzept von Personalität –

[794] Siehe Anhang VIII.
[795] Auch **Ferreira de Abreu** (2010: xxxv) betont die Ablehnung, die der Begriff Feind hervorgerufen habe. Vgl. Anhang VII.
[796] Siehe Anhang VIII.

als unabänderliche Eigenschaft des menschlichen Wesens – zu unterscheiden. Als Beispiel führt **García Cavero** den Fall eines Kindes an, welches zwar als Person jedoch nicht als Bürger anzuerkennen sei. Die Anerkennung als Bürger gehe mit der Verleihung von Rechten (beispielsweise politischen) und Pflichten (z.B. Steuern) einher (**García Cavero** 2010: xxxviii)[797].

Eingrenzungen bürgerlicher Rechte können nach Beobachtung von **García Cavero** (2010: xxxviii)[798] im Zusammenhang mit Eingriffen in die Freiheit (z.B. durch die Beschneidung politischer Rechte) oder mit der Verhaftung einer sich illegal im Land befindlichen Person (Einschränkung der Bewegungsfreiheit) stehen. Für **García Cavero** ist die Frage von Bedeutung, ob die Delinquenten bei der Begehung bestimmter Delikte ihren Bürgerstatus verlören. Dies sei zu verneinen, denn die Delinquenten hätten bei der Begehung der Straftat weder die Desintegration der Gesellschaft, das Leben in einem Naturzustand noch die Bildung einer neuen Regierung im Sinn. Vielmehr sei die Bezeichnung Feind auf den Terrorismus und einige wenige, sehr schwere Delikte beschränkt (**García Cavero** 2010: xxxviii)[799].

Die Frage der Legitimierung stelle sich, da der Staat in der Praxis die Möglichkeit eröffne, Normen für den Ausschluss gefährlicher Subjekte aus der Gesellschaft zu etablieren (**García Cavero** 2010: xxxvii)[800]. **García Cavero** (2010: xxxvii)[801] sieht drei mögliche Vorgehensweisen: Die erste Option sei, alles Feindstrafrechtliche für illegitim zu erklären, weil es, einem Großteil der Gegner zufolge, den Feind zur Unperson deklariere. Als Alternative werde von Seiten einer Minderheit gefordert, das Feindstrafrecht in einer eingegrenzten Form für legitim zu erklären. Zu dieser Gruppe gehöre auch **Jakobs**, der die Funktion des Feindstrafrechts im Schutz des Strafrechts für Bürger sieht, um antiliberale Tendenzen zu verhindern (**García Cavero** 2010: xxxvii)[802]. Drittens ließe sich bei der Betrachtung des Feindstrafrechts auch eine andere Perspektive einnehmen, als **Jakobs** dies mit seinem methodischen Ansatz tue. Diesen dritten Standpunkt vertritt **García Cavero** (2010: xxxviif.)[803], für welchen der Personenstatus ontologische Qualität besitzt. Jedes menschliche Lebewesen sei als Person mit einem unveräußerlichen Status anzusehen. Diese Definition von Person führe jedoch nicht zu dem Schluss, dass das gesamte Feindstrafrecht

[797] Siehe Anhang VIII.
[798] Siehe Anhang VIII.
[799] Siehe Anhang VIII.
[800] Siehe Anhang VIII.
[801] Siehe Anhang VIII.
[802] Siehe Anhang VIII.
[803] Siehe Anhang VIII.

illegitim sei. Die Tatsache, dass der Staat das Recht besitzt, einem Delinquenten den Bürgerstatus abzusprechen, biete die Möglichkeit, die punitiven Maßnahmen zu intensivieren (**García Cavero** 2010: xxxviif.)[804]. Wer die Grundregeln des gesellschaftlichen Zusammenlebens nicht erfülle und das Gemeinschaftsleben ablehne, werde folglich zu einem Feind der Gesellschaft. Das bedeute jedoch nicht den Verlust des Personenstatus, wie **García Cavero** meint. Vielmehr sei das Gegenteil der Fall: Der Personenstatus sei mit dem Menschsein verbunden, weshalb auch fundamentale Rechte derjenigen Menschen respektiert werden müssten, die zum Feind geworden seien. Es sind „andere Rechte", die aufgehoben werden können, wie es schon bei Not- oder Belagerungszustand auf dem Verfassungsweg geschehen sei (**García Cavero** 2010: xxxviii)[805].

Eine ähnliche Position vertritt Professor **Minor Salas** (2010: lxxxiii)[806] aus Costa Rica. Seiner Ansicht nach sei es dem Staat erlaubt, einer Person die Bürgerrechte abzuerkennen. Die Kritiker dieser Einstellung müssten sich die Frage gefallen lassen, ob der Staat nicht derartige Maßnahmen treffen müsse und auf Grund welcher Kriterien er sie zu treffen habe. Inakzeptabel wäre allerdings, dass das reine Vorhandensein irgendeiner Gruppierung schon einen Ausschlussgrund darstelle. Auf dieser „Schiene" sei es historisch betrachtet schon zur Marginalisierung oder auch Eliminierung von Mitgliedern verschiedener Dissidentengruppen („Christen, Juden, Schwarze und sogar Hippies") gekommen (**Salas** 2010: lxxxiv)[807]. Grundsätzlich sei der Ausschluss einer bestimmten Dissidentengruppe kein theoretisches, sondern ein praktisches Problem, weil es dabei statt um Prinzipien um Handlungen und die Frage gehe, mit welchen Mitteln in diesen Fällen vorzugehen sei (**Salas** 2010: lxxxiv)[808]. Relevant sei nicht die theoretische Bewertung des Problems, sondern vielmehr die Kenntnis der notwendigen konkreten technologischen Mittel, um – im Sinne der Rationalität **Webers** – das gewünschte Ziel zu erreichen (2010: lxxxiv)[809]. Die Reaktion des Staates gegenüber dem Personenkreis, bei dem sich das Strafrecht als wirkungslos erweise, müsse die Wahl der geeigneten Mittel zur Problemlösung sein, so **Salas** (2010: lxxxiv)[810]. Dabei müsse jedoch immer gegenwärtig bleiben, dass die angewandten Mittel – erlaubt oder nicht –

[804] Siehe Anhang VIII.
[805] Siehe Anhang VIII.
[806] Siehe Anhang XV.
[807] Siehe Anhang XV.
[808] Siehe Anhang XV.
[809] Siehe Anhang XV.
[810] Siehe Anhang XV.

unvorhersehbare Folgen nach sich ziehen können. In **Poppers** Worten handle es sich hier „um die unerwünschten Folgen einer technologischen Maßnahme“ (**Salas** 2010: lxxxiv)[811].

Grosso (2006: 6) stimmt mit **Cancio Meliá** dahingehend überein, dass „Feinde“ nie eine Zielgruppe des Strafrechts sein könnten. Der Feind sei keiner Norm unterworfen und nicht Teil einer Gruppe, für die ein bestimmtes Normensystem Gültigkeit besitze. Folglich könne er auch nicht als Normbrecher bezeichnet werden. Auch der Verweis auf **Hobbes** oder **Kant** zur Untermauerung des Feindbegriffs erscheint **Grosso** (2006: 10ff.) wenig überzeugend. Vielmehr ist er der Meinung, **Jakobs** habe die charakteristischen Merkmale eines Feindes nicht klar genug definiert. Wenn als einziges Kriterium zur Erkennung des Feindes nur die Tatsache gelte, dass eine „konstante Bedrohung“ von ihm ausgehe, dann sei dem Gesetzgeber bei der Bestimmung eines Feinds freie Hand gelassen. Und der Gesetzgeber sei es, der über die Entscheidungsmacht verfüge, drastische Maßnahmen gegen eine bestimmte Gruppe von Gesetzesbrechern zu verhängen. Auch die Identifizierung eines Individuums als Feind anhand des Kriteriums mangelnder Vertrauenswürdigkeit stellt für **Grosso** (2006: 12) keinen gangbaren Weg dar. In **Jakobs**’ Konzept richte sich die Norm an alle Bürger und es liege in der freien Entscheidung des Einzelnen, die Norm zu befolgen oder nicht. In der Normtreue bzw. Untreue sei die Voraussetzung für die Kategorisierung als Feind zu sehen. So analysiert, lasse das Konzept des Feindstrafrechts die Strategie der Repression durch den autoritären Staat durchscheinen (**Grosso** 2006: 12).

Laut **Grosso García** (2009: xl)[812] kann die Zugehörigkeit einer Person zu einer Gruppe der organisierten Kriminalität oder seine Ablehnung der staatlichen Legitimität in seiner Gesamtheit kein ausreichendes Kriterium sein, um staatlicherseits über seinen Bürgerstatus zu verhandeln. Der Staat könne nicht willkürlich darüber entscheiden, wer sich als Bürger betrachten könne und wie er sich zu verhalten habe. **Grosso** verweist auf zweierlei Komponenten, die die Selbstermächtigung des Staates begrenzen: Einerseits seien dies die normativen Vorschriften, die den Bürgerstatus in einer bestimmten Gesellschaft regeln. Diese müssten, um sinnvoll zu sein, allgemeine Kriterien enthalten, wie sie sich in der gesellschaftlichen Praxis herausgebildet haben bzw. das gemeinschaftlich organisierte Leben und sein Wertesystem widerspiegeln. Andererseits müsse es eine Übereinstimmung zwischen der staatlichen Definition vom Bürgerstatus einer Person mit den internationalen Maßstäben geben, wie sie von den Vereinten Nationen mit der Menschenrechtserklärung gesetzt werden.

[811] Siehe Anhang XV.
[812] Siehe Anhang IX.

Es gebe eine materielle normative Begrenzung, die moderne Staaten zur Anerkennung von „ethischen Mindeststandards“ in den übergesetzlichen Normen verpflichte, bevor Entscheidungen getroffen werden (**Grosso** 2009: xl)[813].

Nach **Grosso** (2009: xl)[814] sei des Weiteren zu beachten, dass Mitglieder krimineller Organisationen nicht immer die eine Gesellschaft zusammenhaltenden normativen Strukturen in Frage stellen. Im Gegenteil begehen diese Organisationen ihre Missetaten oft gerade durch das Ausnutzen der normativen Strukturen. Die Forderung, der Staat solle diesen Mitgliedern krimineller Organisationen legitimerweise die Bürgerrechte aberkennen, ergebe deswegen keinen Sinn. Die Mitglieder solcher die Legitimität des Staates ablehnender Organisationen besitzen trotzdem den Status des „universellen Weltbürgers“ den ihnen die Menschenrechte verleihen (**Grosso** 2009: xl)[815]. Zwar mache die Ablehnung der Legitimität des Staates diese Subjekte zu Feinden im Hobbes’schen Sinne, d.h. sie befinden sich als Feinde im Konflikt mit dem Staat. Die „unüberschreitbare Grenze“, die durch die Forderung nach Einhaltung der Menschenrechte gezogen wurde, schütze allerdings unbenommen davon ihren Bürgerstatus und sie bleiben integriert (2009: xl)[816].

Der argentinische Professor **Carlos Parma** (2009: lxvi)[817] zitiert **Muñoz Conde** mit der Äußerung, dass ein Rechtsstaat und ein demokratisches Strafrecht jeden Menschen als verantwortungsvolle Person zu behandeln habe. So sollten in keiner Rechtsordnung Regeln und Vorgehensweisen erlaubt sein, die objektiv die menschliche Würde verletzen[818]. Diese Idee, den Respekt vor der Menschenwürde durchzusetzen, wird ebenfalls von dem argentinischen Professor **Guillamondegui** (2010: xliv)[819] sowie dem costaricanischen Professor **Llobet** (2010:xlv)[820] vertreten. Auch nach Ansicht des Peruaners **Urquizo Olaechea** (2006: 1049) sind Strafrecht und der Respekt vor der Menschenwürde eng miteinander verknüpft, weshalb sich das Strafrechtssystem in Übereinstimmung mit den „grundlegenden Werten“ etablieren müsse. Das Feindstrafrecht sei folglich, aufgrund der „Auswirkungen“, die es auf das Leben menschlicher Wesen habe, abzulehnen – und zwar deswegen, weil es keiner Norm gelänge, eine unterschiedliche Behandlung zu rechtfertigen,

[813] Siehe Anhang IX.
[814] Siehe Anhang IX.
[815] Siehe Anhang IX.
[816] Siehe Anhang IX.
[817] Siehe Anhang XIII.
[818] Siehe **Muñoz Conde** (2002: 118), der von **Parma** (2009: lxvi) zitiert wird. Vgl. Anhang XIII.
[819] Siehe Anhang X.
[820] Siehe Anhang XI.

um eine Person als Feind zu deklarieren (2006: 1050)[821]. **Olaechea** (2010: lxxxvi)[822] schreibt dazu:

> „Im Bereich von liberaler Demokratie steht die Idee des Feindes eher für Krieg und nicht für Beziehungen in einer liberalen Welt. Dieser Ausschluss verletzt u.a. das Prinzip der Gleichheit vor dem Gesetz und wäre nur bei gleichzeitiger Abkehr von Liberalismus möglich, unter der Etablierung eines korporativen Gemeinsinns als Grundlage der Beziehungen zwischen Subjekt und Staat."

Reyes (2006: 782f.) kritisiert den emotionalen Diskussionsstil bezüglich des Begriffs Feind. Die Analyse des Begriffs sollte sich auf seine eigentliche Bedeutung und **Jakobs**' Verwendung desselben beschränken. Zudem müssten die Hintergründe, die zur Positionierung bei bestimmten wissenschaftlichen Fragestellungen beitragen, in die Analyse miteinbezogen werden. Laut **Zaffaronis** (2009: xci)[823] Meinung ist **Jakobs**' Konzept von Person oder Unperson keine Frage der Interpretation. Vielmehr gebe es nur *ein* Rechtskonzept von Person, die universelle Menschrechtserklärung. Konzepte die dazwischen lägen, oder Personen, die keine seien, ließen sich nicht einfach erfinden.

Auch für **Juan Luis Modolell** (2006: 332f.) ist es unmöglich, eine Rechtfertigung für das Feindstrafrecht zu finden. Die von **Jakobs** getroffene Unterscheidung zwischen Person und Unperson sei eine rein theoretische, wobei die Definition von Person aus praktischen Gründen unbrauchbar sei, selbst wenn das gesamte Strafrecht auf Normen ausgerichtet wäre. In der Praxis böte ein normatives Personenkonzept für einen demokratischen Staat keine ausreichende Grundlage dafür, Individuen unter Verletzung ihrer fundamentalen Rechte zu Unpersonen machen zu können. Der chilenische Professor **van Weezel** (2009:xc)[824] stellt fest, dass in der lateinamerikanischen Diskussion um das Feindstrafrecht eine „tiefe Unkenntnis" der Werke von **Jakobs** ebenso offenbar werde wie ein Übermaß an Vorurteilen gegenüber seinen Ansätzen. In Chile und den angrenzenden Ländern werde die Aberkennung des Personenstatus eines menschlichen Lebewesens als etwas Monströses betrachtet, gleichzeitig werde jedoch die Nichtanerkennung des Rechts auf Leben, von denjenigen die erst wenige Wochen zählen bzw. sich in der Sterbephase des schwer Erkrankten befänden, propagiert (**van Weezel** 2009: xc)[825].

---

[821] Weiterhin betonen die Autoren **Luisi** (2006: 256, **Callegari** und **Arruba Dutra** (2006: 339) sowie **Durán Migliardi** (2006: 752) u.a. die Unmöglichkeit, ein Feindstrafrecht legitimerweise in der Rechtsordnung demokratischer Staaten zuzulassen.

[822] Siehe Anhang XVI.

[823] Siehe Anhang XVIII.

[824] Siehe Anhang XVII.

[825] Siehe Anhang XVII.

6.2.5 Die internationale Strafmacht als Feindstrafrecht

Nach dem Zweiten Weltkrieg hat sich allmählich eine internationale Strafgewalt bzw. ein internationales Strafrechtssystem herausgebildet. Diese „Institution" verhängt Strafen gegen die Verantwortlichen für Vergehen, die im Rahmen des Völkerrechts geahndet werden (**Pastor** 2006: 488). Das damit verbundene Ziel ist die Entlastung des nationalen Rechts (**Pastor** 2006: 487 Fn. 48, 66), verfolgt werden Kriegsverbrechen, Völkermord und Verbrechen gegen die Menschlichkeit. Diese Taten werden als so schwerwiegend erachtet, dass sie nicht allein unter die Zuständigkeit nationaler Gerichte fallen sollten (**Pastor** 2006: 488).

Nach Meinung **Pastors** (2006: 487) habe die Verbindung von internationalem und nationalem Recht keine erfolgreiche Zusammenarbeit bewirkt. Er erklärt den Begriff „Internationale Strafmacht" wie folgt: Erstens existieren Verträge, „die Staat und Personen" in der Pflicht sehen, bestimmte Taten zu bestrafen. Diese sind der Vertrag von Den Haag, von Rom und die Genfer Konvention[826]. Zweitens gibt es ein Gewohnheitsrecht mit der Verpflichtung zur Bestrafung[827] („ein undenkbares ius cogens"[828]) (**Pastor** 2006: 487). Drittens existieren Strafgerichte, die diese Gesetze in Teilen oder ganz umsetzen: die nationalen Gerichte, die Gerichte für Sieger in Kriegen, die Sondergerichte des Sicherheitsrats der Vereinten Nationen und der Internationale Gerichtshof von Den Haag (**Pastor** 2006: 487).

---

[826] **Prittwitz** (2003: 470) erläutert dazu: „Das Statut von Rom über die Errichtung eines ständigen Internationalen Strafgerichtshofs wurde im Juli 1998 von 139 Staaten unterzeichnet, nach der Ratifizierung durch mehr als 60 Staaten ist es zum 1. Juli 2002 in Kraft getreten (...)." Nach **Prittwitz** (2003: 470) ergebe sich hier erstmalig eine „realistische Perspektive" und das Internationale Strafrecht sei einen Schritt weitergekommen. Gegen einen wirkungsvollen Einsatz dieses Strafrechts spreche jedoch die Missachtung des Völkerrechts von Seiten der USA als einziger Weltmacht, beispielsweise im Krieg gegen den Irak.

[827] Im Völkerrecht geht die Tendenz zu einer immer stärkeren Kodifizierung. Trotzdem findet im Bereich des humanitären Völkerrechts das nicht schriftlich fixierte Völkergewohnheitsrecht eine verstärkte Anwendung. Möglicher Grund dafür sei, dass die Kodifizierung von Regeln im bewaffneten Konflikt seit einiger Zeit stagniere. Regelungen und Prinzipien des Genfer und Den Haager Rechts, die Kampfhandlungen betreffen, hatten völkergewohnheitsrechtlichen Status erreicht, bzw. wurde ihnen während der internationalen Tribunale, insbesondere zum ehemaligen Jugoslawien, gewohnheitsrechtliche Wirkung zugesprochen (**Hobe** 2008: 555). Wie **Ambos** (2006: 81 Rn. 6) schreibt, seien das Gewohnheitsrecht und allgemeine Rechtsgrundsätze nicht leicht identifizierbar, da sie nicht kodifiziert seien. Als „konstruktiver Ausgangspunkt" bis zur Ausarbeitung von Verträgen sind sie jedoch nützlich, denn auch der IStGH-Status sei nicht vollständig. Problematisch sei die konträre Position ungeschriebener Normen zum „Nullum-crimen-Grundsatz", der Gewohnheitsrecht nicht zulasse. Ein Verhalten könne jedoch bestraft werden, wenn auf die „auf Grund des Nürnberger Rechts entwickelten völkergewohnheitsrechtlichen Regeln Bezug genommen (werde)".

[828] Ius cogens (lat. f. zwingendes Recht) Laut der Wiener Vetragsrechtkonvention, Artikel 53, „ist ein Vertrag, der bei Abschluss gegen ius cogens verstößt, nichtig". Dies gilt ebenfalls für einen Vertrag, der im Widerspruch zu einer zwingenden Norm des allgemeinen Völkerrechts steht. Eine zwingende Norm des allgemeinen Völkerrechts ist „eine von der internationalen Staatengemeinschaft in ihrer Gesamtheit angenommene Norm, von der nicht abgewichen werden darf". Ius-cogens-Regeln betreffen Völkermord, Kriegsverbrechen, Verbrechen gegen die Menschlichkeit, Verbrechen der Agression und Nichtverbreitung von Nuklearwaffen.

Pastors (2006: 488) Kritik an der sog. Internationalen Strafmacht beruht auf zwei Aspekten. Einerseits enthalte dieser Begriff einen Widerspruch in sich selbst, denn „Strafe" setze einen „Staat" voraus. Es existiere jedoch weder ein Weltstaat, eine weltweite Demokratie noch eine universale Verfassung, die Personen als Weltbürger anerkenne. Andererseits verfolge die internationale Strafgewalt nur die Bestrafung schwerwiegender Verbrechen. Sie stelle eine Konzentration an Machtbefugnissen zur Bestrafung von Verbrechen dar, die die „herrschende Strafkultur", d.h. die Strafgewalt des liberalen Rechtsstaats, noch übersteige. Das System des Völkerrechts kenne keine Grenzen, weil es sein Ziel um jeden Preis verfolge. Um zu erreichen, dass Straftaten nicht unbestraft bleiben, sei jedes Mittel recht (2006: 491).

Pastor (2006: 489) sieht in der „Internationalen Strafgewalt" entsprechend den „Prototyp des Feindstrafrechts". Demzufolge stimmt **Pastor** mit **Jakobs**[829] dahingehend überein, dass die Internationale Strafmacht den von **Jakobs** beschriebenen Charakteristiken des Feindstrafrechts entspricht[830]. Die Internationale Strafmacht hebele nicht nur die grundlegenden Prinzipien des Strafrechts aus, die einem Missbrauch der Strafgewalt vorzubeugen suchen, sondern sie erkläre sich durch das Mittel der Unverjährbarkeit selbst für grenzenlos (**Pastor** 2006: 489). Es handele sich um eine Strafmacht mit dem Willen zur Bestrafung, die den Garantieverlust des Verdächtigen mit der Schwere der Schuld rechtfertige. Die Internationale Strafmacht funktioniere nach dem Prinzip des Ausnahmezustands oder permanenten Notstands, was im Gegensatz zum Prinzip der Legalität der liberalen Tradition stehe. Sie folge außergewöhnlichen Regeln und einer „Sondergerichtsbarkeit" (2006: 490), deren Entscheidungen einer internationalen Staatsräson entsprächen, die sich nicht nur der „Rechtsvernunft" widersetze, sondern durch ein „politisches Prinzip der strafenden Intervention" legitimiert werde[831] (2006: 490).

Die internationale Gerichtsbarkeit enthalte den Beschuldigten ihre Anerkennung als Bürger vor und behandle sie wie Unpersonen im Sinne von **Jakobs**' Beschreibung (**Pastor** 2006: 493). Nach Einschätzung von **Pastor** trifft **Jakobs**' Kritik an der Internationalen Strafmacht den Kern der Sache (2006: 494f.). Grund dafür sei vor allem, dass die Menschenrechte keinen universellen Charakter hätten, sondern lediglich eine sehr begrenzte Gültigkeit. Das Fehlen

[829] Siehe **Jakobs** (2004: 95).

[830] Laut **Pastor** (2006: 489) gilt dies für jede Einrichtung der Internationalen Gerichtsbarkeit: das Statut von Rom von 1998 (IstGH), das internationale Recht seit Nürnberg, wie es im Sicherheitsrat der Vereinten Nationen ausgeübt wird, die UN-Tribunale für das ehemalige Jugoslawien und Ruanda und für die nationalen Gerichte.

[831] **Pastor** (2006: 490) bringt die charakteristischen Merkmale des heute sog. Feindstrafrechts mit der Analyse von **Ferrajoli** über das Ausnahmerecht in Zusammenhang. Siehe dazu **Ferrajoli** (2004: 808).

der unabdingbaren Voraussetzung der Strafe, nämlich die Existenz eines Staates und einer Gesellschaft, mache deutlich, dass die internationale Strafmacht keine „Rechtsgewalt“ habe, sondern nur reine Gewalt ausübe (**Pastor** 2006: 495).

Nach Meinung **Pastors** (2006: 496) könne nur derjenige **Jakobs**’ Thesen ablehnen, der an die Existenz von gemeinsamen, von der gesamten Menschheit geteilten Werten glaube. Deshalb sei es unverständlich, dass strenge Kritiker des Feindstrafrechts gleichzeitig die internationale Strafgerichtsbarkeit verteidigen, welche ja ein Feindstrafrecht in „Reinform“ darstelle (2006: 517). In diesem Zusammenhang hält **Pastor** (2006: 517 Fn. 147/76) die Position von **Ambos** für widersprüchlich. Laut dem deutschen Rechtswissenschaftler **Ambos** verhelfe **Jakobs**’ wissenschaftliches Denken „unrechtmäßigen Regime(n)“ zu einer Rechtfertigung, andererseits verteidigt **Ambos** jedoch die Verfassung des Römischen Statuts des IStGH (Internationaler Strafgerichtshof) als eine große Leistung.[832]

Für **Pastor** (2006: 518) verkörpert die internationale Strafgewalt nur eine realitätsfremde Illusion auf der Suche nach einem vernünftigen Strafrecht. Sie erscheine eher wie eine Rechtsbürokratie, die sich selbst Justiz nenne und die sich mit ihrer Rechtfertigung, die Impunität zu beenden, von Kriterien wie Gerechtigkeit oder Vernunft weit entfernt habe. Nach **Pastor** (2006: 519) sei die übertriebene Bedeutung, die die internationalen Institutionen der Strafe (als Mittel zur Erreichung von Zielen) beimessen, kritikwürdig. Strafe als vorteilhaft im Kampf für den Weltfrieden zu propagieren, stellt für **Pastor** keine gute Lösung dar. Denn nicht einmal dem gewöhnlichen Strafrecht, welches weitaus bescheidenere Ziele als das Internationale Strafrecht verfolge, gelinge ein vorteilhafter Einsatz von Strafe. **Pastor** (2006: 519) betont, dass die Strafgewalt nichts zur Verbesserung der Welt beitragen könne[833].

Die Internationale Strafgewalt als Feindstrafrecht sei nach Ansicht **Pastors** (2006: 519) nur eine weitere „Lüge in der Strafrechtsgeschichte“. Die Lüge bestehe darin, eine unbegrenzte Strafgewalt (2006: 520) – die schon für Menschenrechtsverletzungen bekannt sei – als Heilmittel gegen andere Menschenrechtsverletzungen einzusetzen (2000: 519). Es handle sich um ein Heilmittel, das Beschuldigte aus armen besiegten Ländern in den reichen Ländern, mit dem Ziel der Stärkung einer Weltordnung, verurteile. Dies könne nur bedeuten, dass es eine

[832] Siehe **Pastor** (2009: 157f.) zum problematischen Charakter der Auswirkungen des Statuts von Rom von 1998, wie über das Internationale Strafrecht im Allgemeinen.

[833] **Prittwitz** (2003: 486) schreibt dazu: „Ob sich das Internationale Strafrecht tatsächlich als Illusion oder als Illusion mit Zukunft – also in Wirklichkeit keine Illusion – herausstellt, steht noch nicht fest: Es hängt entscheidend davon ab, ob die rationalen oder die illusionären Elemente des Umgangs mit Strafrecht und Strafe überwiegen.“

geteilte Gerechtigkeit gebe: Die eine gelte für ein paar reiche Länder, die andere für die große Mehrheit der armen Länder. **Pastor** (2006: 570) fragt sich, ob irgendein Vernünftiger glaube, dass die Menschenrechte in manchen Ländern aufgrund ihrer vorbildlichen Strafmacht respektiert würden: „Glaubt irgendeine ehrliche Person, dass die Werte der opulenten, reichen, westlichen Länder die der gesamten Menschheit seien?“

Entsprechend stelle das aktuelle internationale Strafsystem ein Problem dar, welches einer drastischen Reform des „mittelalterlichen Zustands“ bedarf, in dem es sich gegenwärtig befinde (**Pastor** 2006: 520f.). Wenn universale Wahrheiten verkündet würden, ohne dass vorher im Westen eine Einigung über Werte und Rechte stattgefunden habe, würden nur partikulare Interessen profitieren. Deshalb müsse die Internationale Strafgewalt auf die Statuten von Rom aus dem Jahre 1998 des IStGH (Internationaler Strafgerichtshof) zurückgeführt und das Gewohnheitsrecht komplett abgeschafft werden (2006: 521). Dabei müsse beachtet werden, dass zur Umsetzung des IStGH alle mächtigeren Länder am System teilhaben sollten. Das Gericht müsse permanente Befugnisse unter Einbeziehung der Staatsanwaltschaft erhalten und der Sitz des IStGH (Internationaler Strafgerichtshof) müsse in dem am wenigsten entwickelten Land liegen. Auch eine Modifizierung des weltweiten politischen Systems in Richtung einer liberalen, repräsentativen Demokratie sei notwendig (2006: 521).

Nach **Pastor** (2006: 522) sei eine Annäherung der Internationalen Strafgewalt an die Prinzipien der Legitimität und Ultima Ratio unter Mitwirkung (anderer) politischer und rechtlicher, aber nicht strafrechtlicher Institutionen zu erreichen. Die Idee sei, die „grobe internationale Strafmacht von Feinden“ in eine Macht zu verwandeln, die den Prinzipien einer Kultur strafrechtlicher Vernunft“ entspreche. **Pastor** (2006: 522) folgt teilweise der Meinung von **Prittwitz**, die Zukunft des Internationalen Strafrechtssystems hänge ebenso vom Ausgang des „Disputs zwischen illusorischen und rationalen Elementen“ ab, wie vom Austausch der feindstrafrechtlichen Strukturen durch die Einhaltung der Prinzipien des liberalen Strafrechts in der Realität.

Nach Meinung des peruanischen Professors **García Cavero** (2010: xxxviii)[834] beschreibe der Argentinier **Pastor** sehr klar, dass das Internationale Strafrecht feindstrafrechtlichen Standards entspreche. Laut **García Cavero** sei mit Gewissheit zu sagen, dass es beim Strafprozessrecht Einschnitte in bestimmte Rechte der Beschuldigten bei Verbrechen gegen die Menschlichkeit

[834] Siehe Anhang XIII.

gebe. Trotzdem hänge die Legitimität dieser Normen von der Art ihrer Rechtfertigung durch die internationale Gemeinschaft ab, die für **García Cavero** der gleichen Logik folgt wie die Rechtfertigung feindstrafrechtlicher Normen aus nationaler Sicht. In diesem Zusammenhang wirft **García Cavero** folgende Fragen auf: Wann kann die Internationale Gemeinschaft die Bürgerrechte einer Person begrenzen oder unterdrücken? Kann von der Figur eines Weltbürgers gesprochen werden (2010: xxxviii)[835]?

Er stellt dazu fest, dass es einerseits für die Internationale Gemeinschaft nur unter der Voraussetzung der Anerkennung von Weltbürgern legitim sei, denjenigen die Bürgerrechte zu beschneiden oder abzuerkennen, die die internationalen von der Gemeinschaft aufgestellten Mindestnormen nicht respektieren. Die sei jedoch nur ohne eine gleichzeitige Negierung der Eigenschaft, Person zu sein, möglich (**García Cavero** 2010: xxxviii)[836]. Andererseits sei die Frage nach der Anwendung des humanitären Völkerrechts in einem bewaffneten Konflikt dahingehend zu beantworten, dass Konfliktlösung nur durch Anwendung der „Regeln des Ausnahmezustands“ möglich sei. Das bedeute jedoch eben nicht die Anwendung von Feindstrafrecht bei einer bewaffneten Auseinandersetzung, weil das humanitäre Recht nicht aufgrund eines Rechts-, sondern eines militärischen Konflikts benötigt werde. Bei der Anwendung des humanitären Strafrechts sei zu bestimmen, ob eventuelle Kollateralschäden gerechtfertigt seien oder nicht und inwieweit Entschuldigungsgründe vorlägen (**García Cavero** 2010: xxxix)[837].

Für **Guillermo J. Yacobucci** (2006: 1085f.) führt **Jakobs**’ Konzept einer Trennung von Bürger- und Feindstrafrecht zu einer neuen Frage: Lässt sich dessen Konzept mit dem Menschenrechtsstrafrecht verbinden? Einer der problematischen Aspekte beim Feindstrafrecht sei **Jakobs**’ Definition von Person. In dessen Denken habe die „Unperson“ keinen Platz im Rechtssystem, weshalb auf sie außergewöhnliche Kriterien bezüglich der normalen Legalität angewendet werden müssten. In diesem Sinn spreche **Jakobs** davon, dass die Täter, die Menschenrechtsverletzungen begangen haben, nicht wie schuldige Bürger, sondern wie gefährliche Feinde behandelt werden sollten (2006: 1087).

Yacobucci (2006: 1089) betont, dass die Flexibilisierung der formalen Legalität auf dem Gebiet der Menschenrechte auf einer anderen Analyse als der von **Jakobs** beruhe[838]. Die

[835] Siehe Anhang XIII.
[836] Siehe Anhang XIII.
[837] Siehe Anhang XIII.
[838] **Yacobucci** (2006: 1073f.) vertritt die Meinung, dass in modernen Zeiten auch das traditionelle Strafrecht offensichtlich einen Wandel durchlaufe. Anlass zur Sorge bereite das sog. Strafrecht der Menschenrechte,

Menschenrechtsgerichte und der Internationale Gerichtshof übernähmen „materielle Kriterien, die Werte von einem universalen und objektiven Charakter beinhalten“ (2006: 1089f.). Der imperative Charakter des Gesetzes, „seine Wertung und Gültigkeit“, seien Folge einer Universalität, welche sich auf eine „überpositive Gerichtsbarkeit“ gründe. Der normative Konflikt entstehe, wenn sich die formale Legalität bei Fällen von schwerer Menschenrechtsverletzung zur Bestätigung dieser Rechte flexibilisiere. Bei den internationalen Konventen und den übernational eingerichteten Gerichtshöfen würden aber spezielle Probleme abgehandelt, die mit den Ursachen der organisierten Kriminalität, dem Drogenhandel etc. nichts gemeinsam hätten. Deshalb sei die strafrechtliche Reaktion auf die Verletzung der Menschenrechte zumindest in Bezug auf die „Interpretation von Quellen und die Anwendung juristischer Schritte“ als eigenständiges Gebiet zu sehen (**Yacobucci** 2006: 1090). Es handle sich um eine Reaktion des Menschenrechtsstrafrechts, die mit besonderer von der übrigen Rechtsordnung unterschiedenen Legalität ausgestattet sei. Diesbezüglich verweist **Yacobucci** (2006: 1105) exemplarisch auf die spezielle Behandlung des Themas in Argentinien, wo die interne Gerichtsbarkeit sich selbst durch zahlreiche Verträge und Menschenrechtsverkündungen, ebenso wie durch die Teilnahme an der Bildung eines „Rechtskörpers des Internationalen Gewohnheitsrechts“, in großem Ausmaß verkleinert habe. Als Konsequenz bleiben die strafrechtliche Legalität und die Frage der Unverjährbarkeit internationalen Kriterien unterworfen.

Yacobucci gelangt weiterhin zu der Frage, ob die strafrechtliche Legalität der Menschenrechte zum Feindstrafrecht gehöre (2006: 1105). Für ihn lässt das Studium von Fällen, bei denen schwere Menschenrechtsverletzungen mit Maßnahmen des Strafrechts geahndet wurden, eine starke Flexibilisierung des Legalitätsprinzips erkennen. Dies berühre direkt den unwiderruflichen Wert der traditionellen Legalität, wie er von **Feuerbach** formuliert worden war.[839] Trotzdem impliziere die Anwendung des Strafrechts der Menschenrechte nicht die Wegschließung der Beschuldigten. Auch werde nicht auf ihre Gefährlichkeit als Rechtfertigungsgrund verwiesen, sondern auf Gerechtigkeit und Wahrheit.

---

welches durch seine Merkmale die Strafgewalt, das „ius puniendi“, in Bezug auf die „Legalität“ modifiziert habe. Mit anderen Worten, die wesentlichen Merkmale des Prinzips der strafrechtlichen Legalität würden flexibilisiert, um den Zielen einer „vollständigen und universellen Gerechtigkeit“ gerecht zu werden (2006: 1074). Es liege nicht in der Intention des Strafrechts der Menschenrechte, so **Yacobucci** (2006: 1074), schnelle und nützliche Antworten zu liefern, sondern differenzierte und ungewöhnliche, die den Zweck der materiellen Gerechtigkeit erfüllen können.

[839] Nach **Kleinheyer**/**Schröder** (1996: 128f.) lässt sich **Feuerbachs** Zentralbegriff folgendermaßen erklären: „Jede Zufügung einer Strafe setzt ein Strafgesetz voraus (nulla poene sine lege)“, „Die Zufügung einer Strafe ist bedingt durch die Existenz der bedrohenden Handlung (nulla poena sine crimine)“ und „das gesetzlich bedrohende Faktum (...) ist bedingt durch die gesetzliche Strafe (nullum crimen sine poena legali)“.

Das Menschenrechtsstrafrecht hat die Verteidigung ethischer Menschheitsideale zum Ziel und nicht den Schutz vor zukünftigen Gefahren. Wie **Yacobucci** schreibt:

> „(...) die Betrachtung der Legalität im Hinblick auf schwere Menschenrechtsverletzungen schließt einen konstitutionellen Bezug auf die Moral mit ein, der es erlaubt, bestimmte ‚supralegale' Kriterien bei Ausnahmefällen auf der Grundlage der materiellen Gerechtigkeit zu erfüllen. An diesem Punkt gibt es eine gewisse Distanz zwischen der Behauptung der Gefährlichkeit und entsprechender negativer Spezialprävention – Sicherungsverwahrung – des Feindstrafrechts und diesem Strafrecht, das für Straftaten gegen das fundamentale Gut der Person."

Eine Affinität zwischen dem Strafrecht der Menschenrechte und dem Feindstrafrecht bestehe weder hinsichtlich der Art noch des Ausmaßes oder der Zweckrichtung der angewandten juristischen Maßnahmen (**Yacobucci** 2006: 1111). Obwohl beide die strafrechtliche Sanktion substantiell verschärfen, bedeute die Sanktion beim Menschenrechtsstrafrecht keine Sicherheitsmaßnahme, noch sei die Gefährlichkeit der Täter der begangenen Verbrechen ein Maßstab für die Strafe. Bei diesem Strafrecht rechtfertige sich die Sanktion durch die Schwere der Menschenrechtsverletzung aus Gründen der materiellen Gerechtigkeit, ungeachtet der Gültigkeit des positiven Rechts. Der Täter werde in seiner Eigenschaft als Person anerkannt, weil ihm vorgeworfen werde, dass ihm das Wissen über die „extreme, natürliche Rechtswidrigkeit" seiner Tat zugänglich war. Mit anderen Worten, er hätte wissen können, dass sein Verhalten gegenüber fundamentalen Rechten von Dritten einer supralegalen Ordnung widersprach, die selbst in nicht schriftlich fixierter Form als Recht oder rechtmäßige Tatsache anerkannt sei. Auf diese Weise werde das Gesetz zu einem Teil eines „höheren und umfassenderen Rechts der Legalität" (**Yacobucci** 2006: 1111).

Wenn eine Ausnahme vom Legalitätsprinzip gemacht werde, um kein schweres, die Menschenrechte verletzendes Verbrechen ungesühnt zu lassen, dann sei das Ziel nicht die Bestrafung gefährlicher Subjekte, sondern die „Bestätigung der materiellen Gerechtigkeit bzw. der höheren Rechtsordnung" (**Yacobucci** 2006: 1112). Die juristischen Maßnahmen stützen sich auf die Idee von Gerechtigkeit, einer unvermeidbaren Vergeltung für das Verbrechen und die Wirkung der positiven Generalprävention bzw. Integrationsprävention. Der Beschuldigte werde in diesem Zusammenhang als Person innerhalb einer mehr oder weniger universalen Gesellschaft, in welcher Rationalität vorherrsche, betrachtet.

Aber kann das Prinzip der Legalität verändert werden, ohne einigen Individuen den Personencharakter abzuerkennen? Im Rahmen von **Yacobuccis** (2006: 1114) Analyse lässt sich diese Frage auf zwei Arten beantworten: Ein Argument besagt, dass sich die durch das

Prinzip der Legalität gesetzten Grenzen im Falle einer unerträglichen Ungerechtigkeit als nicht mehr realitätsnah erweisen würden. Andererseits bestehe die Möglichkeit der Notwendigkeit einer Ausnahme im Legalitätsprinzip zum Zwecke der Demonstration, dass das Gesetz seine größtmögliche Wirkung nur entfalten könne, wenn es nicht auf dramatische Art Ungerechtigkeit dulde. Die Folge sei, dass das Strafrecht der Menschenrechte gewisse Subjekte von den Legalitätsgarantien, aufgrund des großen Widerspruchs zum „objektiven und universalen Gesetz aller menschlichen Wesen", ausschließe. Aber diese Ausnahme reiche nicht so weit, das Menschenrechtsstrafrecht mit dem Feindstrafrecht gleichzusetzen. Vielmehr beruhe das Menschenrechtsstrafrecht auf einer ethischen Ordnung und sei nicht „Teil einer systemischen Logik" (**Yacobucci** 2006: 1115). Für **Zaffaroni** (2009:xcii)[840] weist die Diskussion um das Feindstrafrecht in Lateinamerika eine „Kuriosität" auf: Es werde zunächst von einigen Wissenschaftlern abgelehnt, die dann zu einem späteren Zeitpunkt bestätigen, die Prozesse gegen den Genozid seien Feindstrafrecht.

6.2.6 Feindstrafrecht als Alternative bei Wirkungslosigkeit des Strafrechts

Für **Reyes** (2009: lxxix)[841] stellt sich die Frage, wie der Staat auf Personen reagieren soll, bei denen sich das Strafrecht als wirkungslos erweise und demzufolge sein Ziel nicht erreiche. Des Weiteren sei zu überlegen, in welcher Form Personenkreise bekämpft werden sollen, die ganz offensichtlich die Rechtsordnung in Frage stellen, um doch noch das eigentliche Ziel des Strafrechts zu erreichen. Mit diesen Worten beschreibt der kolumbianische Professor **Reyes** (2009: lxxxi)[842] den seiner Meinung nach zentralen Punkt in der Diskussion um das Feindstrafrecht. Dieses Recht basiere weder auf den allgemeinen, das Strafrecht konstituierenden Prinzipien, noch sei es mit „Kriegshandlungen" vergleichbar (**Reyes** 2009: lxxx)[843]. Beim Feindstrafrecht handle es sich um eine Intervention, die im Vergleich zum bewaffneten Konflikt weniger aggressiv im Umgang mit Gewalt sei, jedoch in heute unüblicher Weise das Strafrecht einsetze, eben in einer verschärften Form. Die Notwendigkeit zur Schaffung eines Feindstrafrechts sei noch umstritten, und bei diesem Punkt sei es in der Diskussion sowohl in Europa als auch in Lateinamerika noch zu keiner Klarheit gekommen. Durch die Konzentration auf die problematische Frage der Aberkennung des Bürgerstatus im

[840] Siehe Anhang XVIII.
[841] Siehe Anhang XIV.
[842] Siehe Anhang XIV.
[843] Siehe Anhang XIV.

Feindstrafrecht hätten andere wichtige Themen zu wenig Aufmerksamkeit bekommen (**Reyes** 2009: lxxxi)[844].

Der Argentinier **Pastor** (2006: 500) stellt fest, dass **Jakobs**' Beschreibung schon Realität sei, auch wenn „es nicht so sein sollte". **Pastor** (2006: 506f.) sieht das Feindstrafrecht für den Kampf gegen die Delinquenz der neuesten „Machart" als nicht geeignet an. Die Antwort auf das Problem liege darin, die Grenzen der Anwendbarkeit eines liberalen Strafrechts nicht zu überschreiten, d.h. seinen Wirkungskreis zu respektieren. Sind die Möglichkeiten des liberalen Strafrechts zur Bekämpfung bestimmter Gefahren ausgeschöpft, könne die Antwort auf das Problem nicht in der Anwendung des Strafrechts gesucht werden. Die Unangemessenheit des liberalen Strafrechts für die Bewältigung gefährlicher Kriminalität werde, so **Pastor** (2006: 510), durch **Jakobs** zwar treffend dargestellt. Sein Konzept (das Feindstrafrecht) sei aber ein Fehlschlag, da es nicht auf dem liberalen Strafrecht aufbaue und folglich nicht als Strafrecht betrachtet werden könne. **Pastor** betont, dass der Kampf gegen gefährliche Kriminelle weder ein Problem der Strafrechtswissenschaft noch der „rudimentären Instrumente eines punitiven Rechts" sei. Der Zustimmung dazu, gefährliche Kriminelle wie Feinde zu behandeln, sei ein Ende der Existenz von öffentlicher Macht und Recht vorzuziehen: es sei „besser an der Krankheit zu sterben als durch ein unehrenhaftes Medikament" (**Pastor** 2006: 511).

Allerdings genüge es nicht, den Begriff Feindstrafrecht zu kritisieren. Vielmehr müssten in der Diskussion Antworten auf zwei Fragen gefunden werden: zum einen, wie die Verbrechen der organisierten Kriminalität „effizient" zu bekämpfen seien, und zum anderen, wie Krieg (verstanden als etwas Schlimmeres als das Feindstrafrecht) verhindert werden könne. Laut **Pastor** sei es die Aufgabe von **Jakobs**' Kritikern, über einen besseren Weg zur Lösung der Probleme zu diskutieren, als ihn das Feindstrafrecht biete. Da **Pastor** (2006: 511) **Jakobs**' Begriff grundsätzlich als nützlich ansieht, um Normen als feindstrafrechtlich zu kennzeichnen[845], empfiehlt er den Kritikern (anstelle der Kritik), „einen Katalog der rechtlichen, die Feinde betreffenden Formen und Praktiken zu erstellen, um ihnen für den Fall einer Übereinstimmung mit **Jakobs**' Kriterien des Feindstrafrechts die Autorität zu entziehen (2006: 511 Fn. 131). Es hat nicht den Anschein von Korrektheit, so **Pastor** (2006: 511), nur das „Etikett" (Feindstrafrecht) abzulehnen, den antiliberalen Normen aber weiterhin ihre

[844] Siehe Anhang XIV.
[845] Zu einer gegenteiligen Position siehe **Greco** (2006: 113), der keinen Nutzen im Begriff des Feindstrafrechts von **Jakobs** sieht.

Gültigkeit zu belassen und sogar die Anwendung „dieser Etikette“ durch eben diese Kritiker hinzunehmen.

In diesem Sinne urteilt auch **Orce** (2006: 411), dass ein großer Teil der Ablehnung des Feindstrafrechts dem Namen geschuldet sei. Seiner Meinung nach werde oft auf widersprüchliche Weise und ohne Verwendung dieser „Etikettierung“ eingestanden, dass nicht einmal ein Befürworter des Feindstrafrechts bestimmte vom Staat angewandte Methoden gutheißen könne[846]. Dies betreffe z.B. die Auswahl der Personen, die auf legale Weise ein Land betreten dürfen, die Überwachung von gefährlichen Personen (wobei das Tatprinzip missachtet werde, weil sich diese Personen durch keinerlei Art von Delikt schuldig gemacht haben), oder aber die Abschiebung von gefährlichen Personen (**Orce** 2006: 412).

Diesbezüglich betont **Aller** (2009: v)[847], in Übereinstimmung mit **Cancio Meliá**, dass das Feindstrafrecht allein aufgrund der Tatsache seiner Existenz auf keinen Fall anzuerkennen, zu beschränken oder zu entschärfen sei. Im Gegenteil sei „diese Negation des Rechts auszuschließen“. In diesem Sinne müssten Strafgefangene in der Haft als Personen anerkannt werden, auch wenn ihr Personenstatus durch dieses System zuvor aberkannt worden war (**Aller** 2009: v)[848]. Das Strafrecht ist nach Meinung **Allers** nicht zur Lösung sozialer Konflikte geschaffen worden. Diese müssten im Gegensatz dazu an ihrem Entstehungspunkt bekämpft werden. Der Sinn des Strafrechts liege vielmehr in der Lösung von Problemen der Strafjustiz. Entsprechend lasse sich mit Hilfe des Strafrechts eine gute Anklage entwickeln, Rückfälle seien jedoch nicht zu verhindern. Das Strafrecht biete in der Praxis auch keine realen Lösungen für die Opfer, allenfalls Ansätze dazu, aber nichts Konkretes. Selbst bei einer Akzeptanz der positiven Generalprävention im Sinne von **Jakobs** bekomme das Opfer bei einer normativen Lösung von Problemen nichts, „es bleibt auf der Schattenseite“. Wenn es

[846] **Orce** (2006: 426) erwähnt eine wichtige Entscheidung bezüglich der Abtreibungsvorschriften. In Deutschland beispielsweise gilt ein Schwangerschaftsabbruch während der ersten Wochen als straffrei, wobei dieses Recht höher bewertet wird als das Lebensrecht des Fötus (2006: 427). **Orce** (2006: 434) hält die Schlussfolgerung, dass „der Fötus eine mentale Bedrohung für den Lebensplan der Mutter darstelle und diese Bedrohung eliminiert werden könne“, für eine drastischere Maßnahme als die Herbeiführung der sog. „Depersonalisierung des Feindes“. „Von einem Fötus kann kein korrektes Verhalten erwartet werden – was bedeuten würde, die Freiheitssphäre seiner Mutter nicht zu stören – (...) (sondern) relevant ist, dass von seinem Verhalten keine Bedrohung ausgeht“ (2006: 435). Wie **Orce** (2006: 435f.) betont, hängt bei Grenzfällen deren Ablehnung oder Annahme vom „Gewicht der Worte“ ab. Aber wenn keine störende Semantik vorhanden sei, würden radikale Entscheidungen oft problemlos akzeptiert, z.B. Depersonalisierung oder Verlust von Grundrechten.

[847] Siehe Anhang II.

[848] Siehe Anhang II.

das Ziel sei, das Strafsystem effizienter zu machen, lasse sich dies nicht durch das Strafrecht erreichen (**Aller** 2009: vf.)[849].

Für den aus Venezuela stammenden **Modolell** (2006: 334) bleibt mit Blick auf die Diskussion unklar, ob es sich beim Begriff des Feindstrafrechts um eine „Flexibilisierung der verfassungsmäßigen Garantien", um eine „Flexibilisierung von traditionellen strafrechtlichen Prinzipien" oder um beides handelt. **Modolell** (2006: 334) hält die Position von **Jakobs** nicht für verwerflich, wenn die Flexibilisierung der traditionellen Prinzipien des Strafrechts gefordert würde, z.B. bezüglich der Verantwortung von juristischen Personen oder abstrakten Gefährdungsdelikten. Werde jedoch die Flexibilisierung von konstitutionellen Garantien gefordert, so sei **Jakobs**' Konzept strikt abzulehnen. **Modolell** (2006: 335) hält auch das Recht der Bürger auf Sicherheit für nicht ausreichend, um jegliche Handlung des Staates zum Schutz dieses Rechts zu rechtfertigen. Im Gegenteil seien die demokratischen Rechtsstaaten vielmehr zur Beschränkung ihrer Handlungen verpflichtet. Das bedeute, Zweck und angewandte Mittel seien als gleichrangig zu werten.

Des Weiteren sei es nach **Modolell** (2006: 336f.) nicht die Aufgabe der Strafrechtswissenschaft, die Existenz eines kriminalpolitischen Phänomens zu akzeptieren oder zu rechtfertigen, welches in der Expansion des Strafrechts, der Flexibilisierung der Garantien und der Aufgabe des „guten, alten Strafrechts" bestehe. Vielmehr sollten die Juristen die Entscheidung treffen, ob die Flexibilisierung der Strafrechtsprinzipien oder die Flexibilisierung von verfassungsmäßigen Garantien angestrebt werde und ob sich ein in größerem Maßstab flexibilisiertes Strafrecht rechtfertigen ließe. Würde die Flexibilisierung des Strafrechts durch die Kriminalpolitik bzw. durch die Verfassung in Frage gestellt, fiele der Dogmatik die Aufgabe zu, Werkzeuge für die restriktive Interpretation des positiven Strafrechts zu schaffen, die diese Merkmale erfüllen. **Modolell** (2006: 337f.) verweist darauf, dass sich der Gebrauch des Strafrechts durch die dogmatische Ausarbeitung rationalisieren ließe. Ungeachtet der Schwere der Verbrechen sei jede strafrechtliche Handlung, die verfassungsmäßige Garantien schwäche, als irrational zu bezeichnen. Der Rechtsstaat dürfe seine eigenen Grenzen nicht überschreiten und wie ein Feind agieren, um nicht in Irrationalität zu verfallen.

Juan I. Piña Roquefort (2006: 588) ist der Meinung, dass die einzige Nützlichkeit des Feindstrafrechts darin bestehe, nicht zum Strafrecht gehörende Anteile in der positiven

[849] Siehe Anhang II.

Gesetzgebung aufzuspüren. Darin stimmt dieser chilenische Professor mit **Cancio Meliá** überein, fügt aber ein „bis jetzt“ hinzu. **Piña Roquefort** (2006: 588) hält das Feindstrafrecht für eine Realität der Gesetzgebung und der Kriminalpolitik, die nicht unter Kontrolle steht. Diese illegitimen Normen bilden „die Struktur, die (...) (das Strafrechtssystem) in seinen Operationen benutzt“, neu (2006: 588).

Wenn das Feindstrafrecht als Täterstrafrecht verstanden werde, müsse akzeptiert werden, dass das Strafrecht seine „Struktur der Täterzurechnung“ neu definiere, auch wenn dieser Prozess noch am Anfang stehe (**Piña Roquefort** 2006: 589). **Piña Roquefort** (2006: 589) hält die Behauptungen nicht für angemessen, die Personeneigenschaft stelle eine Bedingung des Menschseins dar, die jedem Menschen zugesprochen werden müsse, und es könne keinen Ausschluss ohne einen „Systembruch“ geben. Seiner Meinung nach übersehe diese Behauptung, dass die Personeneigenschaft sich in dem Maße verändern werde, wie die ausschließenden Normen akzeptiert würden. So schreibt **Piña Roquefort** (2006: 589): „Mehr als der Systembruch ist die Neubildung auf der Grundlage neuer Konzepte von Feind und Person zu fürchten.“

Wie **Piña Roquefort** (2006: 589f.) argumentiert, habe die Einbeziehung der Normen und Zurechnungsregeln für Feinde ins traditionelle Strafrecht dessen Liberalität verändert. Bei jeder Anwendung des Feindstrafrechts verschöben sich die Grenzen des Wirkungskreises des gewöhnlichen Strafrechts. Die Anwendung von ausschließenden Vorschriften – im Strafprozessrecht oder der Haftanstalt – bestärke die Selektion von Personen und bilde die weiteren damit in Verbindung stehenden Strukturen (u.a. von dem Beweisführungsprozess bis zum Freiheitsentzug bei den Strafprozessen). Nach Ansicht von **Piña Roquefort** (2006: 590) könne gegenwärtig allerdings insgesamt nicht von einem sich an Unpersonen richtenden Feindstrafrecht als Ausnahmerecht gesprochen werden, sondern vielmehr von einer Transformation des gewöhnlichen Strafrechts, welches unter Person „nicht das Gleiche verstehe wie vorher“. Die Ablehnung des Feindstrafrechts genüge nicht, um die „Neugestaltung“ der klassischen Zurechnungsregeln des gewöhnlichen Strafrechts aufzuhalten.

Salas (2010: lxxxii)[850] hält die Diskussion über das Feindstrafrecht gar für überflüssig, da er in ihr im Wesentlichen einen „Etikettenschwindel“ sieht, d.h. es würden „neue Namen für

[850] Siehe Anhang XV.

sehr alte Probleme“ erfunden. **Salas** (2010: lxxxii)[851] stellt mit kritischem Blick fest, dass das Feindstrafrecht mit einer neuen Terminologie Verwirrung über das altbekannte Problem stifte, wie mit Personen umzugehen sei, die tatsächlich oder mutmaßlich sowohl die Rechtsordnung als auch ein bestimmtes Wertesystem ablehnen. Bildlich gesprochen: „Wie verhält sich eine Personengruppe (der Staat), wenn eine andere Personengruppe ihre Bereitschaft, alles zu zerstören, was das Glauben, Denken und Handeln der Ersteren ausmacht, demonstriert (2010: lxxxii)?“ Diese Fragestellung bleibt für **Salas** (2010: lxxxii)[852] in der Diskussion unbeantwortet und ohne konkreten und realistischen Lösungsvorschlag. Es würden nur eher oberflächliche, nicht das Problem erfassende Beobachtungen angestellt. Abstrakte, „überkomplizierte“ Problemlösungen anzubieten, sei einfach, denn allgemeine Prinzipien fänden gewöhnlich von allen Seiten Zustimmung. Wie **Salas** (2010: lxxxii) meint, könnten nur spezifische Lösungsansätze Unstimmigkeiten hervorrufen, was jedoch bei den „Überlegungen bezüglich der aktuellen Strafrechtsdogmatik“ nicht zu finden sei.

Als Lösungsansatz, zum Problem des Umgangs mit denjenigen, die jeweils eine bestimmte Gesellschaftsordnung ablehnen, sieht **Salas** (2010: lxxxiif.)[853] eine streng zu beschreibende Ausarbeitung von Grundpositionen der politischen Philosophie der Aufklärung. Aus den Werken von **Rousseau**, **Kant** und **Hobbes** ließen sich drei grundlegende Aspekte ableiten: Erstens habe nicht **Jakobs** das Problem des „Feinds“ entdeckt, zweitens trage der gegenwärtige Diskussionsstil nichts Neues zur Problemlösung bei, und drittens seien es gerade die klassischen Autoren, die konkrete Antworten liefern würden. Anders als es heute üblich sei, hätten diese ihre ideologische Position klar zum Ausdruck gebracht (**Salas** 2010: lxxxiii)[854]. **Salas** (2010: lxxxiii)[855] schließt mit der Feststellung, das Feindstrafrecht lasse sich auf zwei Arten studieren: einerseits als Bewertungsproblem in politischer, ideologischer, kriminologischer Hinsicht, andererseits als Problem auf der Metaebene, welches zu analysieren und in folgende Komponenten zu differenzieren sei: in Problemlösungen, die bereits zu früheren historischen Zeitpunkten entwickelt worden waren, in den Bereich der Semantik und Pragmatik des Feindbegriffs, in die Definitionskriterien zur Bestimmung des Feindes und in die anschließende Vorgehensweise gegen den erklärten Feind (**Salas** 2010: lxxxiii)[856].

[851] Siehe Anhang XV.
[852] Siehe Anhang XV.
[853] Siehe Anhang XV.
[854] Siehe Anhang XV.
[855] Siehe Anhang XV.
[856] Siehe Anhang XV.

Auch **Alfonso Zambrano Pasquel** problematisiert die Frage, wie der Staat bei nicht integrierbaren Personen reagieren soll – Personen also, bei denen mit den Mitteln des Strafrechts kein Ziel erreicht werden kann, sei es eine erneute Anpassung an die Gesellschaft oder eine Resozialisierung. Laut **Zambrano Pasquel** (2010: xciv)[857] sollte der Staat Sicherheitsmaßnahmen verhängen, die eine lebenslange Internierung bedeuten können, „das Subjekt sollte als unzurechnungsfähig bzw. unfähig behandelt und unter Sicherungsverwahrung gestellt werden". In Bezug auf das Feindstrafrecht habe es, wie **Zambrano Pasquel** (2010: xciv)[858] meint, „die wissenschaftliche Ehrenhaftigkeit" von Prof. **Jakobs** erlaubt, wichtige, allgemein vernachlässigte Themen wieder in die Diskussion zu bringen. Das sog. Feindstrafrecht beschreibe eine soziale Realität, bei der die repressive Maßnahme in der Beschränkung der Prozessgarantien und der Gewährung von Haftprivilegien bestehe. Feindstrafrecht und feindstrafrechtliches Prozessrecht ergänzen sich. Wie **Zambrano Pasquel** (2010: xcvi)[859] ausführt, sei in Ecuador dem Anwachsen von Gewalt und neuen Kriminalitätsformen mit Strafverschärfungen begegnet worden. Trotzdem sei in den letzten Jahren in Ecuador an Vorschlägen für die Stärkung eines verfassungsmäßigen und gerechten Staates gearbeitet worden. Dabei gehe es um die Erreichung des Ziels, die Verhältnismäßigkeit zwischen dem Strafmaß und der Schwere der Rechtgutverletzung zu wahren. **Zambrano Pasquel** (2010: xcvi)[860] zufolge bedeutet die Schaffung eines minimalen Strafrechts nicht, für Straflosigkeit zu plädieren. Das Ziel liege vielmehr in der Anerkennung der Notwendigkeit, das Strafrecht nur bei schwersten Fällen zur Anwendung zu bringen und nach Mitteln der materiellen Entschädigung und der Aussöhnung für die Opfer der Straftat zu suchen.

Die Notwendigkeit einer Begrenzung repressiver Tendenzen sieht auch **Zaffaroni** (2009: xci)[861] als eine der zentralen Aufgaben des Strafrechts in der Zukunft. Die öffentliche Meinung müsse verstehen, dass der Punitivismus keinen Schutz biete, sondern eher eine „Falle" darstelle. Es werde umso mehr Opfer geben, je länger sich die Öffentlichkeit dieser Erkenntnis verweigere.

[857] Siehe Anhang XIX.
[858] Siehe Anhang XIX.
[859] Siehe Anhang XIX.
[860] Siehe Anhang XIX.
[861] Siehe Anhang XVIII.

6.3 Bewertung feindstrafrechtlicher Tendenzen in Lateinamerika

Die Diskussion zum Feindstrafrecht weist eine gewisse Ambiguität auf und spiegelt nicht zuletzt die Vielzahl unterschiedlicher Tendenzen in der Praxis des Feindstrafrechts in Lateinamerika wieder. In der Folge werden zentrale Themen wie das Pazifizierungsdefizit sowie das Feind- und Rollenkonzept herausgearbeitet und das sog. politisch effiziente Feindstrafrecht Kolumbiens beschrieben.

6.3.1 Das Pazifizierungsdefizit

Grosso (2009: xlii)[862] stimmt mit **Jakobs** darin überein, dass die Existenz des Feindstrafrechts ein Pazifizierungsdefizit in der Gesellschaft offenbart habe. Auf die Frage, wie dieses Defizit entstanden sei, gebe es in Deutschland eine Vielzahl an Antworten. Für Lateinamerika müsse die Betrachtung dieser Thematik mit der Feststellung beginnen, dass sich die Idee des Staates als Nation, wie die Französische Revolution diese entworfen habe, nie habe entwickeln können. Der Staat habe in Wirklichkeit nie das ausschließliche Gewaltmonopol besessen (**Grosso** 2009: xlii)[863].

Auch in Bezug auf die soziale Sicherheit habe der Staat in den Ländern Lateinamerikas nie die Aufgaben eines Rechtsstaats erfüllt und noch viel weniger im Sinne eines Wohlfahrtstaats agiert, wie ihn die Verfassung der Bonner Republik vorschreibe und wie er von der kolumbianischen Verfassung von 1991 übernommen worden sei (**Grosso** 2009: xlii)[864]. Die Wurzeln des Problems seien darin zu finden, dass die rechtlichen Strukturen der lateinamerikanischen Gesellschaften postindustriell seien, die wirtschaftlichen Strukturen jedoch vorkapitalistisch (**Grosso** 2009: xlii)[865]. Das Pazifizierungsdefizit sei die direkte Folge des Defizits an staatlicher Macht. In diesen Gesellschaften vermischten sich Prämodernität, Modernität und Postmodernität. Während sich die Tore für Investitionen in transnationale Märkte öffneten, bleibe das politische System ein feudales, in welchem Politiker wie kleine Feudalherren über ihre Anhängerschaft regieren. Die Polizei zeichne sich durch Korruption aus und der Staat lasse den Mittelstand durch Auferlegung hoher Steuern „ausbluten“. Die abgrundtiefe soziale Ungleichheit sei für das große Defizit in der Pazifizierung der Gesellschaft verantwortlich. Für Kolumbien stellt **Grosso** (2009: xlii)[866] fest, dass dies nicht

[862] Siehe Anhang IX.
[863] Siehe Anhang IX.
[864] Siehe Anhang IX.
[865] Siehe Anhang IX.
[866] Siehe Anhang IX.

ein Rückwärtsgehen vom erreichten Zivilisationsstand bedeute. Vielmehr sei dieses Land nie in der Modernität angekommen.

Nach **Lascano** (2006: 207) habe es in den Ländern Lateinamerikas einen Politikwechsel aufgrund der neuen, „neoliberalen Rezepte“ gegeben. Die Öffnung der Märkte habe zu einer Vertiefung des sozialen Grabens geführt und damit ein tatsächliches Problem der Unsicherheit erzeugt (2006: 207 Fn. 17). Der Staat habe angesichts dieser Problemlage die Versorgung der Bürger mit den lebensnotwendigen Bedarfsgütern eingestellt, um gleichzeitig seine punitiven Maßnahmen auszuweiten. Somit sei es angebracht, hierbei von einem Rückzug bzw. der Abwesenheit des Staates zu sprechen (2006: 207). Im Falle Argentiniens beispielsweise dominiert das Gefühl von fehlender Gerechtigkeit und Sicherheit und der Untätigkeit der verantwortlichen Amtsinhaber, welche zu einem guten Teil von dem Druck der Massenmedien abhängig seien (2006: 207f.). **Lascano** (2006: 208) fragt sich deshalb, welchen Sinn die Anwendung von Kategorien der Dogmatik oder von Erkenntnissen der Kriminalpolitik in einer gespaltenen und ungerechten Gesellschaft habe, die wichtige Teile der Bevölkerung vom System ausschließe. Welchen Sinn hätte es, weiterhin die kriminalpolitischen Kriterien anzuwenden, die die postindustrielle Gesellschaft angesichts der durch die aktuelle Expansion des Strafrechts erzeugten Krise fordert?

6.3.2 Die Identifizierung des Feindes in der Gesellschaft

Wie **Lascano** (2006: 207) ausführt, ist der „Feind“ eines Systems keine statische Figur, sondern wechsle entsprechend dem historischen Augenblick, der vorherrschenden Ideologie oder dem staatlichen Herrschaftsmodell seine Gestalt. Die heutigen „Systemfeinde“ – dies gilt für die Zeitspanne ab den 90er Jahren des vorigen Jahrhunderts – seien nicht mehr die Gegner des Kalten Kriegs. Sie hätten in den USA eine Abkehr vom Leitbild der „nationalen Sicherheit“ hin zur „Sicherheit des Bürgers“ und zur Favorisierung von polizeistaatlichen Strukturen bewirkt (**Lascano** 2006: 207). Die enge Verbindung Lateinamerikas zu den USA habe auf diesem Kontinent auch zur Ausweitung der staatlichen Strafmacht und den damit einhergehenden schädlichen Folgen geführt (**Lascano** 2006: 207).

Aboso (2006: 56) konstatiert eine Veränderung der Nationalität von „Feinden“, die mit dem Zeitpunkt der Anschläge des 11. Septembers begann. Bis dahin habe das Hauptinteresse einiger Länder der Bekämpfung des „inneren Feindes“ gegolten, so in Spanien hinsichtlich der baskischen Untergrundorganisation ETA, in Großbritannien mit Blick auf die irische IRA und in den USA bei den paramilitärischen Bewegungen des Südens. In neuester Zeit handele

es sich jedoch um einen Gegner von außen, der keine kulturellen, religiösen oder ethnischen Affinitäten zu den westlichen Ländern aufweise. Auf diese Bedrohungslage durch einen Feind anderer Nationalität wurde mit internationalen strafrechtlichen Reformen reagiert, die auch in Argentinien Auswirkungen zeigten. Laut **Aboso** (2006: 56) sei eine Folge davon die Konzentration auf Prävention und die Schaffung eines rechtlichen Ausnahmezustands bei Verbrechen, die der organisierten Kriminalität zuzurechnen sind.

In Argentinien werde der „illegale Ausländer“ durch das Gesetzesvorhaben 1047-S/04 zur Bekämpfung des Terrorismus zum Feind erklärt (**Aboso** 2006: 63). Dieser Gesetzesentwurf gestattet die Festnahme von illegalen Ausländern unter Terrorismusverdacht für sieben Tage. In diesem Zeitraum darf der Verdächtige weder aus der Haft entlassen noch freigesprochen werden. Im Anschluss daran wird alle drei Monate überprüft, ob der Verdächtige weiterhin eine öffentliche Gefahr darstellt oder nicht. Diese Maßnahmen verwandeln die präventive Festnahme in eine „einstweilige Verfügung“, wie **Aboso** (2006: 64) feststellt. Aufgrund dieses Gesetzentwurfs werde nicht nur die unterschiedslose Verhaftung von illegalen Ausländern unter dem Vorwurf des Verdachts auf Terrorismus ermöglicht, sondern er bedeute für einige Verhaftete auch eine Beschränkung der Prozessgarantien. Der Einsatz von verdeckten Ermittlern und Informanten werde gleichermaßen durch das Betäubungsmittelgesetz Argentiniens (Gesetz 23.737) geregelt (**Aboso** 2006: 73).

Ebenfalls kritikwürdig findet **Aboso** (2006: 74) die Gleichbehandlung der Organisatoren und Finanziers des Terrorismus mit den Ausführenden der Terrorakte, die dieser Gesetzentwurf vorsieht. Alle Formen von Teilhabe werden mit lebenslangem Wegschließen bestraft. Eine differenzierende Bewertung der Schwere des Beitrags zur Vorbereitung und Durchführung eines Terroraktes bleibe aus, beides würde gleichgesetzt. Dadurch würden sich die Grenzen der Strafbarkeit verschieben, und es bestehe ein Widerspruch zum Prinzip der Akzessorietät, welches eine Bestrafung eines Teilnehmers nur bei durchgeführter Tat erlaubt (2006: 74).

Auch das Gesetz zur Strafvollstreckung in Argentinien enthalte feindstrafrechtliche Elemente. Die Idee der Resozialisierung des Verurteilten habe in der Kriminalpolitik ihre Bedeutung verloren (**Aboso** 2006: 76). Wie **Aboso** betont, fanden Strafrechtsreformen in den Bereich der Bewährungsstrafen Eingang, die diese für Schwerverbrecher unmöglich machten. Der Strafzweck der Resozialisierung sei Teil des positiven Rechts Argentiniens, weshalb nach Meinung **Abosos** (2006: 77) diese Reformen nicht verfassungskonform sind, schließlich würden sie eine physische Eliminierung von „unverbesserlichen Kriminellen“ befürworten. **Aboso** zieht hier bewusst eine Parallele zum deutschen Strafrechtswissenschaftler **v. Liszt**.

Die physische Vernichtung von Staatsfeinden ist für **Aboso** (2006: 61) immer noch eine Realität, insbesondere in den Ländern der Dritten Welt. Gleichwohl merkt er an, dass aufgrund der Erfahrungen des Zweiten Weltkriegs, mit Millionen von Opfern unter der Herrschaft des Nationalsozialismus mit seiner Rassenideologie vom „Untermenschen", ein Bewusstseinswandel hinsichtlich der Einhaltung von universalen Menschenrechten stattgefunden hat.

Mit Blick auf Argentinien stellt auch **Guillamondegui** (2010: xliii)[867] fest, dass Angehörige marginalisierter sozialer Schichten als potentiell gefährlich gelten. Während die Wirtschaftskriminalität an zweiter Stelle stehe, beschäftige sich die Justiz vorrangig mit Gruppen, bei denen die Wahrscheinlichkeit straffällig zu werden tatsächlich hoch ist. Eine Lösung sozialer Probleme sei, nach Meinung von **Guillamondegui** (2010: xliii)[868], durch die Anwendung repressiver strafrechtlicher Mittel nicht zu erreichen, sondern liege in der Verantwortung anderer staatlicher Institutionen.

Im Punitivismus würden einseitige Feindbilder zum Schaden der ärmeren Bevölkerungsschichten geschaffen, so **Zaffaroni** (2009: xcii)[869]. Dies sei ohne Zweifel am Resultat erkennbar, nämlich der sozialen Zusammensetzung der Gefängnisinsassen in Lateinamerika. Daran ließe sich leicht die Einseitigkeit bei der Strafverfolgung zu Lasten bestimmter, subalterner Gesellschaftsschichten beweisen. Nach **Zaffaroni** (2006: 69) „wird die Strafmacht in Lateinamerika mit Hilfe von Kontrollmaßnahmen für gefährliche Verdächtige ausgeübt". Dieses Strafrecht stütze sich auf Vermutungen über eine Gefahr, die von den Verdächtigen ausgehe (2006: 69). Nur die reine Gefährlichkeit sei bei der Mehrheit für einen Freiheitsentzug ohne Gerichtsurteil ausreichend. Gleichermaßen sei eine Abneigung der Gerichte festzustellen, eine Person, die schon aus Präventionsgründen inhaftiert worden war, nachträglich freizusprechen. **Zaffaroni** (2006: 70f.) kritisiert in diesem Zusammenhang den in den USA vorherrschend autoritären Stil, bei dem es sich um reinen Populismus handle und der sich für die Vereinigten Staaten als rentabel erwiesen habe (2006: 71). Das Gefängnissystem transformiere sich zu einem Unternehmen, das nicht nur Mittel der Sozialhilfe für sich selbst benutzte, sondern einen scheinbaren Beitrag zur Lösung des Arbeitslosenproblems leiste. In Lateinamerika habe die Haftstrafe hingegen eine ganz andere Funktion. Sie verstärke das Ausschließen von marginalisierten Bevölkerungsteilen (2006: 71). Mit Bezug auf die autoritäre Gesetzgebung meint **Zaffaroni** (2006: 77):

[867] Siehe Anhang X.
[868] Siehe Anhang X.
[869] Siehe Anhang XVIII.

> „Die Gesetzgebung stellt eines der traurigsten Kapitel der aktuellen Situation Lateinamerikas und das beklagenswerteste in der gesamten Entwicklung des Strafrechts der Region dar, eine Situation, in der die durch Angst vor negativer Publizität eingeschüchterten Politiker das größte Chaos unserer Geschichte seit der Unabhängigkeit verursachen, sie tun dies auf eine sowohl legale und autoritäre als auch unverständliche und irrationale Art und Weise".

Grosso (2009: xli)[870] stimmt in dieser Hinsicht mit **Zaffaroni** überein. Er erklärt, dass der Gefährlichkeitsgrad eines Individuums an seiner ökonomischen und sozialen Stellung ablesbar sei, „je mehr eine Person die soziale Leiter hinabsteigt, desto gefährlicher wird sie" (**Grosso** 2009: xli)[871]. Selbst wenn mit Hilfe solcher Kriminalisierungsprozesse der Kampf gegen die organisierte Kriminalität aufgenommen werden könne, betreffe dies in der Praxis nur eine Minderheit von Kleinkriminellen (**Grosso** 2009: xli)[872]. Beispielsweise hatten sich infolge des „Kriegs gegen die Drogen" in Kolumbien die Strafmaßnahmen verschärft. In der Realität aber erleiden nur die kleinen Händler die strengen Sanktionen des Strafrechts, während die großen „Drogenbarone" der Justiz aufgrund ihres Einflusses und ihrer wirtschaftlichen Stärke entkommen können bzw. nur sehr leichte Strafen erhalten. **Grosso** (2009: xli)[873] führt aus, wie die punitivistische Stimmung, die durch diese Art von Kriegen erzeugt wird, eine „Jagd auf Sündenböcke" begünstige, die dann harte Strafen erleiden müssten. Dadurch solle lediglich das durch die Erfolglosigkeit bei der Verfolgung von wahrhaft kriminellen Organisationen entstehende Missverhältnis ausgeglichen werden.

Nach **Bianchinis** Meinung (2010: xiii)[874] lässt sich in Lateinamerika in der Praxis kein effizienter Umgang mit dem Strafrecht als „Gegenmacht" beobachten. Die Gesetze, welche kriminelles Verhalten vermögender Schichten unter Strafe stellen, seien eher von symbolischem Charakter. Das brasilianische Strafrecht kenne als Beispiel der Sonderbehandlung für Täter von „delitos hediondos" (wörtlich: stinkende Delikte, gemeint sind u.a. Delikte der organisierten Kriminalität) die Strafe der Isolationshaft, wie **Gomes** und **Bianchini** (2006: 973f.) anführen. Diese Täter können weder individuelle noch kollektive Vergebung in Anspruch nehmen, genauso wenig ist eine Haftentlassung gegen Kaution möglich. Eine „Spezialbehandlung" erhalten auch Verurteilte für Verbrechen der organisierten Kriminalität. Auch ihnen werden, insofern sie maßgeblich am Verbrechen beteiligt waren, keinerlei Rechte gewährt. Ein weiterer Kritikpunkt von **Gomes** und **Bianchini** (2006: 973f.)

[870] Siehe Anhang IX.
[871] Siehe Anhang IX.
[872] Siehe Anhang IX.
[873] Siehe Anhang IX.
[874] Siehe Anhang V.

betrifft die in Brasilien vorhandene Möglichkeit der Sonderbehandlung für Risikogruppen, bei denen ein hohes Gefahrenpotential vorhanden ist.

Laut **Ferreira de Abreu** (2010: xxviii)[875] verläuft der Strafrechtsdiskurs in den postindustriellen Gesellschaften in Richtung einer Kriminalisierung von einflussreichen und ökonomisch starken Bevölkerungsteilen. In Venezuela dagegen verstärkt der Diskurs der „Sicherheit der Bürger die Neukriminalisierung der immer gleichen Verdächtigen“ (2010: xxviii)[876]. Die neuesten Reformen (2000 und 2005) des Strafrechts und der Strafprozessordnung (2000, 2001, 2006, 2008 und 2009) beschränken die Prozessgarantien und verschärfen die Strafen. Im Rahmen der Strafprozessordnung wurde sowohl die Möglichkeit eingeschränkt, die Zeit bis zur Urteilsverkündung in Freiheit zu verbringen, als auch die Haftverweildauer für vorläufig Festgenommene ohne Anklage erhöht (2010: xxviii)[877]. Diese Maßnahmen spiegeln, so **Ferreira de Abreu** (2010: xxviii)[878], die Sorge um die Sicherheit der Bürger und die Notwendigkeit, strafrechtliche Garantien zu beschneiden, wider. Es handle sich hier um einen „erbitterten Punitivismus“, der zu einer Ausweitung von Gefängnisstrafen für die traditionelle Kriminalität führe. Die Reform des Strafrechts und des Strafprozessrechts wurden vom obersten Gerichtshof Venezuelas gebilligt, so **Ferreira de Abreu** (2010: xxviiif.)[879]. Diese strafrechtliche Expansion sei im Fall von Venezuela durch ein „Wiederauftauchen des Gedankens des Wegsperrens“ begleitet, erkennbar an der Forderung nach dem Abbau von Garantien ebenso wie an populistischer Rede, bei der „jeder“ seine Meinung zur Lösung des Kriminalitätsproblems kundtun kann (**Ferreira de Abreu** 2010: xxxi)[880]. Für **Ferreira de Abreu** (2010: xxxi)[881] sind eindeutig die Ärmsten der Gesellschaft die immer gleichen Verlierer, die von dem Ruf nach Sicherheit für die Bürger und dem dadurch erzeugten politischen Klima am meisten betroffen sind, mit Ausnahme der strafrechtlichen Maßnahmen gegen politische Gegner.

Auch **Rogelio Barba Álvarez** (2009: xi)[882] bestätigt für Mexiko, dass die Angehörigen der unteren sozialen Schichten zum Feind erhoben worden seien und der potentielle Täter schon anhand von charakteristischen anatomischen Merkmalen erkennbar sei, wie der Kriminologe **Cesare Lombroso** (1835-1909) sie beschrieben habe. Ihre Delikte sorgen für einen „sozialen

[875] Siehe Anhang VII.
[876] Siehe Anhang VII.
[877] Siehe Anhang VII.
[878] Siehe Anhang VII.
[879] Siehe Anhang VII.
[880] Siehe Anhang VII.
[881] Siehe Anhang VII.
[882] Siehe Anhang IV.

Alarm“, es seien „blutige Taten“. Die Delikte der Weiße-Kragen-Täter würden dagegen unbemerkt bleiben. Die „hässlichen gefährlichen Subjekte“ seien daher eher im Visier der Gesellschaft, deren Verbrechen im Zusammenhang mit ihren schlechten Lebensbedingungen gesehen würden (**Barba Álvarez** 2009: xi)[883].

Zambrano Pasquel (2010: xcv)[884] ist der Meinung, dass der punitivistische Diskurs und das Feindbild der Armen in Lateinamerika nicht neu seien. Schon der Kriminologe **Massimo Pavarini** habe sich zum Strafrecht „als dem Instrument der Ausübung von Kontrolle und politischer Herrschaft“ geäußert. **Zambrano Pasquel** (2010: xcv)[885] erinnert in diesem Zusammenhang daran (wie schon im berühmten Werk **Sutherlands** „Die Weiße-Kragen-Delikte“ thematisiert), dass die Straftaten der Mächtigen straflos blieben. Diesbezüglich zitiert **Zambrano Pasquel** (2010: xcv)[886] **Alexandro Baratta**, welcher die Notwendigkeit betone, auch kriminelle Handlungen, die typischerweise von den herrschenden Kreisen begangen werden, unter Strafe zu stellen. Der bekannte Besserungstheoretiker **Pedro Dorado Montero** nannte diese Taten der Mächtigen die „mit goldenen Handschuhen begangenen Verbrechen“ (**Zambrano Pasquel** 2010: xcv)[887]. Mit Blick auf das Gefängnis stellt er schließlich fest, dieses sei eine „Institution, die in ihrem Eingriff in das Leben total ist und einer Geißelhaft gleicht (**Massimo Pavarini**, **Roberto Bergalli**)“. Und **Zambrano Pasquel** (2010: xcv)[888] schließt mit den Worten von **Elias Carranza**: „Das Gefängnis erlaubt uns, die Kriminalisierung der Armut zu beweisen.“

Nach **Salas** (2010: lxxxiv)[889] habe sich das Strafrecht schon immer „seinem Wesen entsprechend durch Selektivität“ ausgezeichnet. Sowohl im punitivistischen als auch im garantistischen Diskurs lasse sich dieser Selektionsvorgang finden – „dabei sei an den rhetorischen Charakter dieses Konzeptes erinnert“. Grund dafür seien die „Kriminalisierungsprozesse und die sogenannte sekundäre Viktimologisierung“. **Salas** (2010: lxxxiv)[890] erinnert daran, dass weder die Amtsträger der Justiz (u.a. Richter und Staatsanwälte) noch die Strafrechtswissenschaftler der Pflicht nachkämen, die mutmaßlichen Delinquenten zu verfolgen und in Haft zu nehmen. Sie würden diese Aufgabe der Polizei überlassen, die bei ihrer Amtsausübung oft durch „stereotype Vorstellungen und Vorurteile“

[883] Siehe Anhang IV.
[884] Siehe Anhang XIX.
[885] Siehe Anhang XIX.
[886] Siehe Anhang XIX.
[887] Siehe Anhang XIX.
[888] Siehe Anhang XIX.
[889] Siehe Anhang XV.
[890] Siehe Anhang XV.

geleitet werde. Allerdings sei ein Selektionsmechanismus schon bei der Gesetzgebung, also bereits zu Beginn des Kriminalisierungsprozesses, festzustellen. Entscheidend, so **Salas** (2010: lxxxiv)[891], sei nicht das Problem der Selektivität des Strafrechts, sondern eher die Fragen, wer als Tätergruppe bestimmt wird, welches Verhalten stigmatisiert wird, das zu welchem realen Ergebnis führt, und welche Absichten dahinterstehen.

Für Chile kann **van Weezel** (2009: lxxxix)[892] keine verstärkte Tendenz zu einer Stereotypisierung der unteren Bevölkerungsschichten als Feinde beobachten. Seiner Meinung nach habe sich die Kriminalität auf den Bereich der Verletzung von Menschenrechten und der Wirtschaft konzentriert (einschließlich einer strafrechtlichen Verantwortung von Justizangehörigen). Hervorzuheben sei allerdings ein Abbau von Prozessgarantien.

In Peru wiederum finde laut **García Cavero** (2010: xxxix)[893] keine effektive Verfolgung von Wirtschaftskriminalität statt. Im Gegensatz dazu habe sich der punitivistische Diskurs gegen die gewöhnlichen Verbrechen als effektiv erwiesen. Allerdings führe diese Flexibilisierung in der Reaktion auf die gewöhnliche Kriminalität nicht zu einer Lösung des Problems. Vielmehr solle die Kriminalisierung auf das Notwendigste beschränkt bleiben. Nur die Notwendigkeit einer strafrechtlichen Reaktion legitimiere eine Intensivierung der punitiven Maßnahmen. Nach **García Cavero** (2010: xxxix)[894] sollte es eine Ausgewogenheit des strafrechtlichen Handelns zwischen der gewöhnlichen Delinquenz und der Weiße-Kragen-Kriminalität geben: „Es ist notwendig, rationale Entscheidungen sowohl gegen die armutsbedingte als auch die Bereicherungskriminalität zu treffen. Die Bereiche der Minderung der Kriminalitätsrate und die Beseitigung von Armut gehen für **García Cavero** (2010: xxxix)[895] Hand in Hand: „Die beste Kriminalpolitik ist Sozialpolitik."

Nach Ansicht **Parmas** (2009: lxxviii)[896] stellt die von **Jakobs** initiierte Diskussion über „Schuldhaftigkeit und Feindstrafrecht" einen Rückschritt in Richtung der Kriminalisierung armer Bevölkerungsschichten dar. Dieser Diskurs nütze nur der oberen, machtausübenden Schicht. Wie **Parma** (2009: lxxviii)[897] meint, habe es eine Feinderklärung gegen das Volk der Mapuche in Chile gegeben: „**Jakobs**' Funktionalismus scheint jede Interpretation zuzulassen, denn Funktionalismus in Bezug auf das Strafrecht wird als eine Theorie verstanden, der

[891] Siehe Anhang XV.
[892] Siehe Anhang XVII.
[893] Siehe Anhang VIII.
[894] Siehe Anhang VIII.
[895] Siehe Anhang VIII.
[896] Siehe Anhang XIII.
[897] Siehe Anhang XIII.

zufolge das Strafrecht die normative Identität, die Verfassung und die Gesellschaft garantiere."

6.3.3 Das Rollenkonzept und seine Folgen

Für **Reyes** (2009: lxxix)[898] ist nicht eindeutig festzustellen, ob die Schwächung des Personenstatus eines Normbrechers zu Gunsten des Erhalts des Systems, welches auf Einhaltung von Normen und Anerkennung der Verfassung beruhe, eine Folge von **Jakobs**' Verbrechenstheorie sei. Eher scheine die Anerkennung des Normbrechers als Person in **Jakobs**' System „ein unentbehrlicher Bestandteil für die Existenz und das Funktionieren des Strafrechts" zu sein. Anders ausgedrückt, um den Zweck des Strafrechts zu erreichen, muss der Delinquent als Person gesehen werden. Im Feindstrafrecht wird dagegen Individuen, die ein bestimmtes kriminelles Verhalten demonstrieren, der Personenstatus aberkannt. Diese „Unpersonen" oder Feinde machen, wie **Jakobs** meine, mit ihrem Verhalten die Zweckerfüllung des Strafrechts unmöglich (**Reyes** 2009: lxxix)[899].

Nach **Grossos** (2009: xli)[900] Ansicht würde eine radikale Annahme von **Jakobs**' Thesen in Lateinamerika einen Ausschluss von Angehörigen der marginalisierten sozialen Schichten als Unpersonen bedeuten. Die lateinamerikanischen Gesellschaften seien durch Irregularität und fehlende Normen gekennzeichnet. Das Fehlen einer Infrastruktur schließe eine große Anzahl von Menschen vom Zugang zu Ressourcen aus, die zu einer Verbesserung der Lebensverhältnisse notwendig wären. Die Folge sei eine höhere Wahrscheinlichkeit, dass diese Menschen der Zuschreibung als nicht vertrauenswürdige Personen unterliegen bzw. ein nicht kalkulierbares Verhalten aufweisen (**Grosso** 2009: xli)[901].

Auch Prof. **Ferreira de Abreu** (2010: xxxii)[902] aus Venezuela vertritt die Meinung, dass ein Personenkonzept, welches die Gesellschaft und den Staat von Verantwortung entlastet, für die unteren Bevölkerungsschichten von Nachteil sei. **Jakobs** Personenkonzept sei jedoch nicht die Grundlage des „punitivistischen Ideals" von bürgerlicher Sicherheit des Staates Venezuela. Allerdings könne es interessant sein festzustellen, welche Art von Kriminalpolitik aus **Jakobs**' Konzept von Gesellschaft resultiere. Auch in Venezuela herrsche ein Modell der Sicherheit für die Bürger vor, welches immer weiter fundamentale Freiheitsrechte beschränke.

---

[898] Siehe Anhang XIV.
[899] Siehe Anhang XIV.
[900] Siehe Anhang IX.
[901] Siehe Anhang IX.
[902] Siehe Anhang VII.

Das Strafrecht diene als Selektionsinstrument dem weiteren Ausschluss marginalisierter Schichten. Für **Ferreira de Abreu** (2010: xxxi)[903] werde von Seiten der Regierung anstelle eines „Programms einer demokratischen Kriminalpolitik“ ein autoritärer Punitivismus favorisiert. Um das Ziel der Etablierung eines sozialistischen Systems zu erreichen, werde das „Programm einer expansiven Kriminalpolitik“ angestrebt, die das Individuelle durch das Kollektive ersetze (2010:xxxii). Die sog. „Aktualisierung“ des Strafrechts und des Strafprozessrechts werden von Seiten des Staates damit begründet, dass die „Instrumente der Justiz“ Teil eines Projekts der Oligarchie seien. Im Rahmen des sozialistischen Programms sei auch eine Kontrolle bzw. Supervision der Richter durch die Gemeinden vorgesehen (**Ferreira de Abreu** 2010: xxxii)[904]. Diese Maßnahme unterwerfe die Justiz und ihre Vorstellungen den Wünschen einer Gesellschaft, die eine weitere Intensivierung des Punitivismus und der Beschränkung verfassungsmäßiger Freiheit fordere (**Ferreira de Abreu** 2010: xxxii)[905].

Gomes und **Bianchini** (2006: 975) äußern sich dahingehend, dass eine Doktrin, die auf der Grundlage eines „normativen Menschen“ aufbaut – wie im Falle des Feindstrafrechts – in jedem Winkel der Erde zur Intensivierung von Gewalt führe. Insbesondere sei ein Anwachsen der Gewalt in den Ländern der Peripherie zu befürchten, die auf keine längere Tradition mit demokratischen Verhältnissen zurückblicken können und punitivistischen Idealen folgen. In Bezug auf das brasilianische Strafrecht steht für **Bianchini** (2010: xiii)[906] die Idee von Personen, die außerhalb des Systems von Rechten und Pflichten leben, in direktem Zusammenhang mit den marginalisierten sozialen Schichten. Nach Meinung beider Autoren war der punitivistische Diskurs in einer Meinungsumfrage zur Wiedereinführung der Todesstrafe (die laut Verfassung nur im Kriegsfall möglich wäre) die Ursache für eine Zustimmung von 47% der Bevölkerung. Für Mexiko stellt **Barba Álvarez** (2009: xif.)[907] fest, dass es infolge des punitivistischen Diskurses auch zum Ausschluss von Personen komme. Diese Kriminalisierung der ärmeren Bevölkerung diene dem Vorteil der Mächtigen. Auch in Mexiko sei die Wiedereinführung der Todesstrafe aufgrund der Probleme mit der organisierten Kriminalität bzw. anderen alarmierenden Fällen Diskussionsthema gewesen.

Nach **van Weezel** (2009: lxxxix)[908] besagt die anthropologische Sichtweise von Personalität, dass ein Angehöriger einer Gesellschaft Verantwortung übernehme und sich ihr zugehörig

[903] Siehe Anhang VII.
[904] Siehe Anhang VII.
[905] Siehe Anhang VII.
[906] Siehe Anhang V.
[907] Siehe Anhang IV.
[908] Siehe Anhang XVII.

fühle. Als Beispiel nennt er die Kindererziehung. Bei einem Leben am Rande der Gesellschaft könne es zu einer defizitären Persönlichkeitsentwicklung kommen. Dieses Defizit habe allerdings nur dann strafrechtliche Konsequenzen, wenn es sich in der Realität in Form einer tatbestandsmäßigen Handlung manifestiere. Beim Feindstrafrecht handle es sich jedoch um einen anders gearteten Ansatz. Nach **van Weezel** (2009: lxxxix)[909] werde die „Entpersönlichung" als Bestandteil des Feindkonzeptes nicht durch die Marginalisierung, sondern durch die Verwirklichung einer Straftat ausgelöst. Das Kennzeichnende am Feindstrafrecht sei nicht die Aufnahme von Normverletzungen in den Tatbestand, sondern die Durchsetzung von Normen mit Hilfe von Sanktionen, die Zwangsmaßnahmen darstellen und eben nicht die Bestrafung einer Tat. So verweist **van Weezel** (2009: lxxxix)[910] darauf, dass die Drogengesetze in Chile feindstrafrechtliche Elemente enthielten, die für Normbrecher, d.h. Drogendealer und ihre Hintermänner, gültig seien. Das aktuelle Strafrecht unterscheide sich vom sog. Feindstrafrecht anhand dieser Besonderheit. Die Befürworter eines Feindstrafrechts hielten sich für befugt, das Persönlichkeitsdefizit eines Individuums für „mehr oder weniger permanent" zu erklären und darauf mit einer Zwangsmaßnahme zu reagieren (**van Weezel** 2009: lxxxix)[911].

6.3.4 Politisch effizientes Feindstrafrecht in Kolumbien

Hinsichtlich der Voraussetzungen für ein Strafrecht stellt **Aponte** (2006b: 209f.;2009: ix)[912] wiederholt den aus seiner Sicht grundlegenden Unterschied zwischen der Situation in den europäischen Ländern und Kolumbien heraus: Während in Europa von einem Kriegszustand, auch im Zusammenhang mit dem Terrorismus des 21. Jahrhunderts, keine Rede sein könne, sei eine kontinuierliche und allgegenwärtige Existenz von Krieg für Kolumbien der Normalfall.[913] **Aponte** spricht in diesem Zusammenhang von einem wahren Bürgerkrieg im Sinne eines bewaffneten Konflikts zwischen Staat und Guerillagruppen, der schon seit mehr als 50 Jahren existiere.

Entsprechend sieht **Aponte** (2006: 162) in Kolumbien die Bedingung von Frieden für ein Funktionieren von Staat und Recht als grundsätzlich und seit langer Zeit nicht erfüllt an: Es gibt keinen Frieden als Grundlage für das Recht. Es gibt keine Konsolidierung des Friedens.

[909] Siehe Anhang XVII.
[910] Siehe Anhang XVII.
[911] Siehe Anhang XVII.
[912] Siehe Anhang III.
[913] Siehe **Aponte** (2006b: 217).

Kolumbien ist ein Land, „das gleichzeitig Frieden und Krieg erlebt“ (**Aponte** 2009: viii)[914]. Eine Eskalation der Gewalt zwischen 1989 und 1999[915] mit einer Vielzahl von Morden an Justizbeamten habe schließlich dazu geführt, dass die kolumbianische Regierung mit dem „Statut zur Verteidigung der Justiz“ (Estatuto para la Defensa de la Justicia[916]) eine spezielle, parallel zur ordentlichen existierende Strafgesetzgebung implementierte, die auch unter dem Namen „Justiz ohne Gesicht“ bekannt ist (2009: vii).[917] Ziel dieser neuen Gesetzgebung war u.a. die Anonymisierung des Justizapparats und dadurch insbesondere der Schutz der Richter. Der Gesetzgeber wollte durch diese neue Gesetzgebung eine auf Effizienz ausgerichtete Antwort auf die organisierte Kriminalität geben (**Aponte** 2004: 19).

Laut **Aponte** (2006b: 218f.) hat die in Kolumbien vorherrschende Bedingung der „Anomalität“ bewirkt, dass die Legislative (ein Produkt der Kriminalpolitik) zu einer Aufgabe der Exekutive geworden sei. Gleichermaßen gehe von der Exekutive, angeführt durch den Präsidenten der Republik, eine Initiative für eine Notstandskriminalpolitik aus.[918] Des Weiteren werde die Kriminalpolitik seit seiner Gründung im Jahr 1991 auch durch das Verfassungsgericht mitgestaltet. Auch wenn sich dieser Gerichtshof im Wesentlichen an demokratische Richtlinien halte, würden den Verfassungsrichtern insgesamt zu viele Funktionen übertragen. In dieser Hinsicht handle es sich bei dem „Phänomen“ in Kolumbien um eine Verlagerung vom Anspruch auf Legitimität hin zur Justizverwaltung, die schließlich zu schweren Dysfunktionen bei der Art und Weise führe, wie Strafgerechtigkeit gewährt werde (**Aponte** 2006b: 219). Das ständige Ausrufen des Ausnahmezustands führe zu einer Pervertierung dieses „Mechanismus“, das Ausnahmerecht verliere durch diesen Missbrauch in extremen Notsituationen seine Wirkung, für die es reserviert bleiben sollte. So seien beispielsweise in einer bestimmten Situation Notstandsgesetze ausgerufen worden, die

[914] Siehe Anhang III.

[915] **Aponte** (2006b: 211) führt aus, dass die staatliche Verfolgung von Drogenbanden in Kolumbien zwischen 1989 und 1999 eine Art „städtischen Drogenterrorismus“ erzeugt habe. Drogenhändler wurden in großem Stil zu Terroristen, deren Hauptziel die Bedrohung oder Tötung von Justizangehörigen war. Opfer dieser Auseinandersetzung zwischen Staat und den Drogenmafiabanden waren Polizeibeamte, Staatsangestellte und Zivilisten.

[916] Ende der 80er Jahre des vorigen Jahrhunderts untersuchte eine kolumbianische Regierungsorganisation, wie die Bekämpfung des Terrorismus in anderen Ländern aussah (**Aponte** 2006b: 211). Als Resultat der Untersuchung entstand ein „Ausnahmerecht für Notfälle“, das „Statut zur Verteidigung der Justiz“ (Dekret zum Belagerungszustand 2790 von 1990, das durch das Dekret zum Belagerungszustand 0099 von 1991 ergänzt wurde (2006b: 211).

[917] Siehe Anhang III. Siehe auch **Aponte** (2006b: 212).

[918] Mit Verweis auf **Carl Schmitt** erinnert **Aponte** (2006b: 219) an ein wesentliches Charakteristikum des strafrechtlichen Notstands: „Souverän ist derjenige, der über den Notstand zu bestimmen hat“, siehe dazu **Schmitt** (1993: 13). In Kolumbien sei aus Sicht des Ausnahmezustands – der zum Normalfall wurde – die Rolle des Souveräns historisch betrachtet von der Exekutive übernommen worden (**Aponte** 2006b: 219).

anschließend zu einem festen Bestandteil der Rechtsordnung geworden seien (**Aponte** 2006b: 220).

Aponte (2009: viii; 2006: 162)[919] definiert diese „neue Form" des nach seiner Sicht von der kolumbianischen Verfassung abgekoppelten Strafrechts als politisch effizientes Feindstrafrecht[920]. Der Krieg als unanfechtbare Tatsache gebe diesem Feindstrafrecht Inhalt und werde mit dessen Hilfe durch die Justiz mit zivilen Mitteln fortgesetzt (**Aponte** 2006: 138/161). Als *politisch* beschreibt er es deswegen, weil Feinde vor allem durch Entscheidungen der Politik definiert würden und deswegen eine Bestrafung nur bedingt von begangenen Straftaten abhänge (**Aponte** 2006: 146)[921]. **Aponte** (2006b: 213) spricht in der Bewertung dieses Strafrechts, das an Kriterien der Effizienz ausgerichtet ist, von einem „neuen Modell von Notstandsrecht"[922]. Die Politik könne dieses als Mittel zum Zweck benutzen. Im Falle Kolumbiens instrumentalisiere die Kriminalpolitik das Strafrecht, um damit den Folgen des bewaffneten inneren Konflikts zu begegnen[923] (2006b: 213f.).

Effizient, weil das Feindstrafrecht eine auf Effizienz ausgerichtete Befriedung sucht und die effiziente Bekämpfung der Kriminalität als Hauptziel formuliert (**Aponte** 2009: viii)[924]. Diese Idee der Effizienz im Strafrechtssystem habe sich in Kolumbien „zum Synonym für Strafurteile" entwickelt. Kritisch merkt **Aponte** in diesem Zusammenhang an, dass innerhalb dieser Art von Logik ein Freispruch nur beweise, dass das Strafrechtssystem keinen Nutzen bringe. Mit anderen Worten werde die Straflosigkeit zu einem Synonym für die Ineffizienz des Strafrechts (**Aponte** 2006b: 212).

Und von einem *Feindstrafrecht* spricht **Aponte** (2009: vii)[925], weil sich dieses Ausnahmestrafrecht nicht auf Bürger, sondern ausschließlich auf diejenigen konzentriere, die gegen den Staat handeln und dementsprechend als militärisches Ziel (Feind) anders zu

---

[919] Siehe Anhang III.

[920] Nach **Aponte** (2008: 4) müsse erklärt werden, dass das Konzept von Effizienz gegenwärtig in Kolumbien mit spezifischen Sicherheitsformen verbunden werde. Effizienz und Sicherheit sind Teile eines Diskurses, ohne den das Feindstrafrecht nicht zu verstehen sei.

[921] In Kolumbien existiere die Figur des politischen Delinquenten. Dabei handle es sich vor allem um das Konstrukt eines Feindes, das politisch beliebig definiert werden könne; je nach sozialer und politischer Konjunktur variiere dieses Feindbild (2008: 3).

[922] Siehe **Baratta**, der eine ähnliche Position vertritt. **Baratta**, **Alessandro**: Política Criminal. Entre la política de seguridad y la política social en países con grandes conflictos sociales y políticos, Jurídicas, Seminarios 9, Bogotá, 1998, S. 63.

[923] **Aponte** (2006b: 215f.) erklärt, wie die Notstandsgesetzgebung von der Beziehung zwischen Recht und Krieg abhängt. In Kolumbien übernehme die Politik oft die Rolle einer Verlängerung des Krieges mit anderen Mitteln. Der Krieg kontrolliere die Politik im internen bewaffneten Konflikt (2005: 218).

[924] Siehe Anhang III.

[925] Siehe Anhang III.

behandeln sind. Mit Blick auf die Praxis in Kolumbien unterscheidet **Aponte** in diesem Zusammenhang zwischen relativen und absoluten Feinden und betont dabei ausdrücklich, dass die Zersplitterung der kolumbianischen Gesellschaft (in der der Staat de facto keine Hoheitsfunktion über die von Dissidentengruppen besetzen Gebiete habe, sondern an vielen Orten nur einer unter mehreren um die territoriale Kontrolle kämpfenden Akteuren sei) eine Verwendung des Begriffs Person im Sinne von **Jakobs** nicht zulasse; hierfür fehle es aufgrund der Fragmentierung an Integrationspotential, an Legitimierung durch den Staat sowie an freier Interaktion zwischen den Bürgern (**Aponte** 2006: 145ff., 230). Entsprechend hat das Personenkonzept von **Jakobs** für **Aponte** (2009: viii)[926] keinerlei Bedeutung.

So grenzt sich denn **Aponte** (2009: vii)[927] auch mit seinem Verständnis von Feindstrafrecht wiederholt von dem Feindstrafrecht **Jakobs**' und dessen funktionalistischem Ansatz ab. Für **Aponte** (2009: viiff.)[928] bedeutet es einen Irrtum, seine Aussagen über ein politisches, effizientes Feindstrafrecht in irgendeiner Weise mit **Jakobs**' Verwendung des Wortes Feindstrafrecht in Verbindung zu bringen, weil der Begriff politisches, effizientes Feindstrafrecht die „Suche nach einer Kriminalpolitik gegen Feinde zum Inhalt" habe. Entsprechend habe **Aponte** (2009: viii)[929] sein Konzept des Feindstrafrechts selbstständig und unabhängig von **Jakobs** theoretisch entwickelt und dieses trotz seines grundlegend universalen Anspruchs explizit an den praktischen Verhältnissen in Kolumbien orientiert[930]. Dabei reflektiert **Aponte** (2006: 161) die Praxis des Feindstrafrechts in Kolumbien äußerst kritisch. Für ihn sei durch das politische Feindstrafrecht in Kolumbien kein Problem wirklich gelöst worden. Vielmehr habe das kolumbianische Feindstrafrecht als am „weitesten ausgereifter Ausdruck des Ausnahmezustands" sogar noch mehr Gewalt erzeugt. In den Mittelpunkt der Kritik stellt **Aponte** (2004: 20) hierbei die Umsetzung der effizienten Zielsetzung des Strafrechts „um jeden Preis"; der unbedingte Wille zur Bestrafung habe zu einem Verzicht auf kritische Reflexion der Urteile und den mit ihnen verbundenen hohen sozialen Kosten geführt. Entsprechend existiere in der Praxis des Strafrechts von Kolumbien ein deutlicher Gegensatz zwischen dem von der Regierung vertretenen Effizienzanspruch und

[926] Siehe Anhang III.
[927] Siehe Anhang III.
[928] Siehe Anhang III.
[929] Siehe Anhang III.
[930] Wie **Aponte** (2008: 2; 2009: viii) erklärt, habe seine Arbeit „Krieg und Feindstrafrecht" keinen Bezug zu **Jakobs**. Ausgangspunkt seiner Analyse sei weder **Jakobs**' Beschreibung eines Feindstrafrechts, noch bestehe ein Zusammenhang mit der von **Jakobs** ausgelösten internationalen Diskussion. **Aponte** (2008: 2) betont, dass seine Arbeit sich in „dialektischer Weise" mit dem Bürgerstrafrecht von **Jakobs** in dem Maße, wie Letzteres als verfassungsgemäßes, liberales Konzept verstanden werden könne, auseinandersetze. Siehe Anhang III.

der Einhaltung der Grund- und Menschenrechte (**Aponte** 2004: 21). Doch nicht nur mit Blick auf die Menschenrechte, sondern auch hinsichtlich der wenn auch fragilen Systemstabilität Kolumbiens beherberge dieses deinstitutionalisierende „Willkür-Feindstrafrecht" Bedrohungspotenzial. Durch die Vielzahl an Strafrechtsnormen in Kolumbien, die deinstitutionalisierende Effekte hätten, werde das Strafrecht „im Kampf gegen eine Gefahr (...) selbst zur Gefahr" (**Aponte** 2006: 140).

Nach Meinung **Cancio Meliás** (2010a: xxii)[931] nimmt **Aponte Jakobs**' Aussagen zu ernst. Bei **Jakobs** steht die Idee der Effizienz im Vordergrund, bei der es um die Notwendigkeit gehe, auf hochgefährliche Kriminelle adäquat und differenziert reagieren zu können. So müsse es ein unterschiedliches strafrechtliches Vorgehen einem terroristischen Akt oder einem Raubüberfall gegenüber geben[932]. Im Fall Kolumbiens sei das Phänomen der Gewalt allerdings sehr tiefliegend (**Cancio Meliá** 2010a: xxii)[933]. Nach **Cancio Meliá** (2010: xxii) bleibe ungeklärt, ob die Guerillagruppengruppen „nur" Teil des Sicherheitsproblems in Kolumbien seien, oder im Gegenteil erst die ganze gegenwärtige politische Struktur des Landes ermöglicht hätten. **Cancio Meliá** (2010a: xxiif.) hält es für bedeutsam und problematisch, dass die Gesellschaften der Gegenwart immer wieder eine „Feindfigur" neu bestimmen. Im Okzident sei beispielsweise in Europa der Terrorismus der Feind, das gleiche Phänomen der Feindbestimmung habe sich in Brasilien jedoch ohne den Terrorismus entwickelt. Folglich sei das Feindstrafrecht keine Reaktion auf das Phänomen des Terrorismus, sondern das Feindstrafrecht und der Terrorismus würden Schritte in der gleichen sozialen Entwicklung der Segmentierung darstellen.

Andererseits ist es für **Cancio Meliá** (2010a: xxii)[934] offensichtlich, dass innerhalb des internen Konflikts in Kolumbien das Feindstrafrecht angewandt werde. Trotzdem seien im letzten Jahrzehnt in Kolumbien wichtige Fortschritte erkennbar. So hätten sich dort rechtsstaatliche Instrumente entwickelt, die das, was sich in der Praxis abspielt, ablehnen würden.

---

931 Siehe Anhang VI.

932 Laut **Cancio Meliá** (2010: xxii) verschleiere der Diskurs über Sicherheit und Effizienz von Seiten **Jakobs**' und verschiedenen Politikern das tatsächliche Problem effizienter Reaktionsweisen. Das bedeutet, im Namen eines effizienten Reagierens, z.B. durch Sicherungsmaßnahmen, werde in Wirklichkeit – dies gelte besonders für den Terrorismus – „ein sozialer Feind konstruiert". Wenn die organisierte Kriminalität bekämpft werden soll, sei dafür, laut **Cancio**, das Feindstrafrecht nicht der richtige Weg. Siehe Anhang VI.

933 Siehe Anhang VI.

934 Siehe Anhang VI.

Für **Reyes** (2006: 805) ist in diesem Zusammenhang letztlich die Frage zu klären, wie der kolumbianische Staat gegen die Dissidentengruppen vorgehen sollte: entweder indem er auf das gewöhnliche Strafrecht zurückgreift, oder durch den bewaffneten Kampf unter Völkerrechtsregeln. Laut **Reyes** (2006: 805) hätte die Anwendung des Feindstrafrechts den Status einer Zwischenlösung. Beispielsweise würde der Staat die Mitglieder von Dissidentengruppen (Guerilla oder Paramilitär) als Delinquenten betrachten, ihre Gefangennahme jedoch durch das Militär veranlassen und entsprechende Normen schaffen, die das Militär mit besonderen Befugnissen aus dem Bereich des Strafrechts ausstatte. In der Terminologie von **Jakobs**[935] gesagt: Die Dissidentengruppen werden als Feinde verfolgt, um sie danach mit dem traditionellen Strafrecht als Bürger zu belangen[936]. Ein derartiges Verständnis des Feindstrafrechts als Zwischenlösung sei abzulehnen, denn es entspreche weder „der Natur des Krieges noch der des Strafrechts". Nach Meinung von **Reyes** (2006: 806) sei das Vorhandensein eines bewaffneten Konflikts anzuerkennen und das Völkerrecht anzuwenden, wenn die gewaltsame Auseinandersetzung auf legitime Art unter Anwendung politischer und ökonomischer Lösungen nicht zu verhindern sei. Wie **Reyes** (2006: 806) weiter feststellt, habe das Strafrecht den normbrechenden Dissidenten „nichts zu kommunizieren", denn nicht die Gültigkeit der Norm stehe zur Disposition, sondern deren Legitimität[937] (2006: 807).

Auch **Grosso** (2006: 40) ist der Meinung, dass in Kolumbien die Situation von Bürgern und Feinden, je nach Umstand oder Übereinkünften, austauschbar sei. Beispielsweise bekämpfe der Staat die Dissidentengruppen mit Kriegsstrategien, fordere die Respektierung des Internationalen Humanitären Rechts und klage die Verletzung dieses Rechts an. Aber wenn ein Guerillero in Gefangenschaft käme, würde ihm die Behandlung eines Delinquenten

---

935 Siehe dazu **Jakobs** (2004: 95): „Deswegen ist gegen die Menschenrechtsverletzer, die ja auch für sich keine hinreichende Sicherheit bieten, Person zu sein, an sich alles erlaubt, was notwendig ist, um den »gemeinschaftlich-gesetzlichen« Bereich zu sichern, und das geschieht dann ja auch, indem zunächst Krieg geführt und nicht etwa sogleich die Polizei ausgeschickt wird, einen Haftbefehl zu vollstrecken".

936 wie **Reyes** (2009: lxxx) erklärt, sei das Strafrecht in einem bewaffneten Konflikt nicht geeignet. Um die im Krieg erzeugte Gewalt zu kontrollieren, stünden andere „legale Mechanismen" zur Verfügung, eines davon sei das Internationale Humanitäre Recht. Allerdings sei hierfür Voraussetzung, dass die Existenz des bewaffneten Konflikts anerkannt würde, was in Kolumbien noch nicht geschehen sei. Folglich würden Todesfälle und Verletzungen als Ergebnis der Kampfhandlungen zwischen Militär und Dissidentengruppen unter Anwendung von Normen des gewöhnlichen Strafrechts untersucht und abgeurteilt, d.h. als persönliche Rechtsgutverletzung und gewöhnliche Tötung. Siehe Anhang XIV. Siehe dazu auch den Hinweis von **Aponte** (2006b: 230), dass 1990 beispielsweise dem Militär in Kolumbien die Möglichkeit gewährt wurde, zu polizeilichen Mitteln zu greifen. **Aponte** (2006b: 231) kritisiert diese Möglichkeit mit der Begründung, dass durch die direkte Beteiligung eines der Akteure im bewaffneten Konflikt das Prinzip staatlicher Neutralität nicht gewahrt bleibe, wenn derselbe Akteur auch Beweise sammle.

937 Mit dieser Meinung stimmt **Reyes Alvarado** (2006: 807 Fn. 77), wie er selbst darlegt, mit **Zaffaroni** überein, dass sich die durch das Feindstrafrecht aufgeworfenen Probleme nicht von den seit langer Zeit in der Debatte über die Legitimität und den Grund der Strafe bestehenden Probleme unterscheiden würden.

widerfahren. Gäbe es ein Abkommen oder Verhandlungen zwischen Staat und Guerilla, könnte der Verurteilte nach seiner Anerkennung als Kriegsgefangener aus der Haft entlassen oder ausgetauscht werden. **Grosso** (2006: 39f.) vertritt deshalb die zu **Jakobs** gegenteilige Meinung, dass der Feind nicht nur als eine Person zu definieren sei, in deren zukünftiges Verhalten kein Vertrauen gesetzt werden könne, weil sie wiederholt die an sie gestellten Erwartungen enttäuscht habe. Für **Grosso** (2006: 40f.) sei diese Definition zu eng, denn auch wenn sie einige Arten von Feinden beschreibe, die sich in der gleichen Gesellschaft formieren könnten, erkläre sie nichts zum Umgang mit einem Feind, der unter dieser Bedingung geboren worden oder dem diese Rolle aufgezwungen worden sei. Es ergibt sich die Frage, wie z.B. ein Guerillero der Norm untreu sein solle, der in der Guerilla geboren wurde, der keine andere Sozialisation erlebt hat und dem es nur um sein Überleben geht. Oder können Bauern als Unpersonen gelten, die auf Grund ihrer Nachbarschaft zu umkämpften Gebieten zum Anbau und zur Herstellung von Drogen gezwungen worden sind?

Grosso (2006: 46) sieht im Gegensatz zu **Reyes** den Widerspruch nicht, auf den **Jakobs**[938] verweist, und der darin bestehen solle, dass das Strafrecht bestimmte Normbrecher zu Feinden mache, sie jedoch später als Bürger verurteile. **Grosso** (2006: 45) begründet dies mit **Luhmanns** Aussage, dass die Situation als Bürger oder als Feind alternativ von einer Person angenommen werden könne. Mit anderen Worten, das Individuum kann die Art der Kommunikation mit der Gesellschaft wählen: als Feind oder als Bürger. Es folgt den Normen, sei es im positiven oder negativen Sinn, aber immer als Person[939]. **Grosso** (2006: 46) trennt die Begriffe Personen- und Bürgerstatus. Begehe jemand strafrechtlich relevante Handlungen, so bleibe er weiterhin Person, auch wenn sein Verhalten nicht dem Bürgerideal entspricht. In dieser Hinsicht stelle das Feindstrafrecht „eine Reaktion auf jemanden dar, der trotz seiner Integration ins System als Person eine feindselige Kommunikation entwickelt hat“. Wenn der Staat einem externen Feind gegenübertritt, handele es sich um eine Kriegshandlung, die ausschließend ist. Eine punitive Reaktion einem internen Feind gegenüber gilt als einschließende Pazifizierungshandlung (**Grosso** 2006: 46). Dass dem inneren Feind eine Sanktion auferlegt wird, bedeute nicht nur seine Integration ins System, sondern auch seine Behandlung als Person (2006: 46f). Laut **Grosso** (2006: 47) hat das zur Konsequenz, dass durch die Zuschreibung der Verantwortung der innere Feind zur Person gemacht werde. Dem Delinquenten und dem Feind müssten die gleichen Rechte und Garantien zugestanden

[938] Dazu **Jakobs** (2003: 54f.).

[939] Laut **Grosso** (2006: 45 Fn. 129) besteht **Luhmanns** Idee der doppelten Kontingenz darin, dass jede Norm zwei Erwartungen in sich trage: die positive Erwartung der Erfüllung der Norm und die negative Erwartung der Verletzung oder Enttäuschung.

werden. Der einzige Unterschied bestehe in der Reichweite jeder Normverletzung, d.h., die Garantien würden entsprechend der Art der Verletzung angewandt, sei es das interne oder das humanitäre Strafrecht (**Grosso** 2006: 48). Die Anerkennung des Feindes als Person sei eine „notwendige Bedingung zur Legitimierung jeglicher Form von Ausübung der staatlichen Strafmacht“ (**Grosso** 2006: 50).

6.4 Auswirkungen der Rezeption von Jakobs' Feindstrafrechtsverständnis

Zambrano Pasquel (2010: xcivf.)[940] stellt fest, dass eine Rezeption des Feindstrafrechts von **Jakobs** in Lateinamerika negative Konsequenzen mit sich bringen könne. Die Befürworter des Punitivismus würden sich bestärkt fühlen und bei Politikern könnte die Meinung entstehen, mit der harten Linie, mehr Wähler anzusprechen. Viele politische Parteien vertreten ein Feindstrafrecht in ihren Regierungsprogrammen. Zustimmung zu einem minimalen Strafrecht lasse sich hingegen immer weniger finden. Im Gegensatz dazu habe der Staat Ecuador jedoch in den letzten Jahren eine dem Feindstrafrecht entgegengesetzte Richtung eingeschlagen. Der Rechtsstaat sei konsolidiert und illegitime Gesetze seien auf konstitutionellem Wege bekämpft worden (**Zambrano Pasquel** 2010: xcivf.)[941].

Obwohl in Lateinamerika die Gefahr der Etablierung autoritärer Regime sowohl vor als auch nach **Jakobs**' Feindstrafrecht gegeben war, bestimme die „Politik als nationaler Diskurs“ über das Recht und die Kriminalpolitik (**Abanto Vásquez** 2007: 776). Laut **Abanto Vásquez** (2007: 776) sei deshalb zu befürchten, dass dieses Konzept als „theoretische Untermauerung“ diene, um ein Notstandsstrafrecht zu legitimieren. Andererseits bestehe Anlass zu der Annahme, dass in den sog. unterentwickelten Ländern aufgrund ihrer Zerrissenheit keine reale normative Kommunikation existiere und folglich die Frage offenbleiben müsse, welche strafrechtlichen Konsequenzen der Übergang zur Konsolidierung einer realen Gesellschaft mit sich bringen werde. Die Logik der Unterscheidung zwischen Bürger und Feind könnte in den Ländern Lateinamerikas nur zur Beschränkung der Prozessgarantien führen (**Abanto Vásquez** 2007: 776f.). Eine änliche Meinung vertritt **Llobet** (2010: xlvi)[942], Nach ihm könne die Einführung des Feindstrafrechts in Lateinamerika zu einer weit größeren Toleranz von Menschenrechtsverletzungen führen, als **Jakobs** es für Europa annehmen würde.

[940] Siehe Anhang XIX.
[941] Siehe Anhang XIX.
[942] Siehe Anhang XI.

Salas befürchtet im Gegensatz zu **Abanto Vásquez** (2007: 776) nicht, dass ein Feindstrafrecht als Legitimierung des Notstandsrechts dienen könne. Nach Meinung von **Salas** (2010: lxxxv)[943] kann „Legitimierung einer Kategorie" nicht in allgemeiner Form stattfinden. Anders ausgedrückt, da in Lateinamerika kein Feindstrafrecht existiere, könne auch nicht von einer Legitimation gesprochen werden. Weiterhin stellt **Salas** fest, dass „die Prozesse der semantischen bzw. konzeptionellen Aneignung einer bestimmten Kategorie" aus Gründen von (realen oder möglichen) Gruppeninteressen entstünden – Vertretern aus Politik, Rechtswissenschaft und anderen akademischen Kreisen. Die Bestimmung dieser Interessen ist für **Salas** (2010: lxxxv)[944] eine Frage, die konkret untersucht werden müsse. Das bedeutet, dass die Entwicklung von „Handlungen und Ideen" ab dem Moment verfolgt werden müsse, ab dem eine gewisse „Terminologie zur Anwendung komme oder auch nicht und im Diskurs etabliert werde".

Der peruanische Professor **García Cavero** (2010: xxxix)[945] vertritt die Meinung, **Jakobs**' Konzept des Feindstrafrechts stelle in Lateinamerika keine Neuheit dar. Vielmehr könne es keine unvorhersehbaren Folgen zeitigen, weil durch Gerichte schon seit längerem im Namen von Notstandsgesetzten oder der Sicherheit der Bürger feindstrafrechtliche Normen zugrunde gelegt würden. **García Cavero** (2010: xxxix)[946] empfiehlt einen anderen Weg, um eine Expansion der durch **Jakobs**' Theorie bestärkten strafrechtlichen Praktiken zu verhindern: Die notwendige Verschärfung des Strafmaßes, die der punitivistische Diskurs mit sich bringe, müsse legitimiert und gleichzeitig genau eingegrenzt werden. Dieser Weg wäre effektiver, als das Feindstrafrecht durch Kritik unmöglich zu machen, und würde gleichzeitig bedeuten, „nach exakten Fallanalysen und nicht global vorzugehen".

Jakobs gebe vor, mit seinem Konzept des Feindstrafrechts „Maßnahmen zur Intervention" zu reglementieren, die von bestimmten Staaten als „alternative Reaktionen" auf Rechtsgutverletzungen getroffen würden (**Reyes** 2009: lxxxi)[947]. Beispiel dafür sei die Reaktion der USA gegen die „Terroristen". Dies führe zu der Überlegung, ob die Gültigkeit eines Rechts, das sich auf andere Prinzipien und Regeln stützt, gerechtfertigt sei. Wenn ein Land die Notwendigkeit sieht, das Feindstrafrecht zuzulassen, müssten einige Grundvoraussetzungen geklärt werden: unter welchen Bedingungen ein Feindstrafrecht Gültigkeit habe, gegen welchen Personenkreis es sich richte und in welcher Art und Weise

[943] Siehe Anhang XV.
[944] Siehe Anhang XV.
[945] Siehe Anhang VIII.
[946] Siehe Anhang VIII.
[947] Siehe Anhang XIV.

der Staat interveniere (Verhalten, das Gegenstand der Repression ist, ebenso wie die Beschaffenheit und die Dauer der Repression) (**Reyes** 2009: lxxxi)[948]. **Reyes** (2009: lxxxi)[949] hält **Jakobs**' Konzept aufgrund der ihm entgegengebrachten Kritik für wenig zukunftsfähig. Diese Ablehnung löse allerdings nicht das Problem, wie staatliche Intervention jenem kriminellen Verhalten gegenüber auszusehen habe, welches der Anlass für die Diskussion um die Notwendigkeit eines Feindstrafrechts gewesen sei.

Nach **Ferreira de Abreu** (2010: xxxiv)[950] habe das Parlament bei keiner der Strafrechtsreformen, die in Venezuela den Punitivismus intensivierten, das Feindstrafrecht von **Jakobs** zugrunde gelegt. Der punitivistische Diskurs werde in Venezuela vom politischen Willen getragen, weitgehende Freiheiten zu beschränken, die einige Normen den Delinquenten gewähren. Wie **Ferreira de Abreu** erklärt, sei ab dem Jahr 2000 die Strafprozessordnung (Codigo Orgánico Procesal Penal oder COPP) mehrfach mit dem Ziel reformiert worden, verfassungsmäßige Garantien abzubauen. Weitere punitivistische Reformen betreffen die Schaffung neuer Delikte und Strafverschärfungen, die im Jahre 2005 in das Strafrecht eingingen. Zusätzlich wurden Hafterleichterungen abgeschafft, um die komplette Verbüßung der Strafe sicherzustellen.

Diesbezüglich stellt **Ferreira de Abreu** (2010: xxxiv)[951] fest, dass in Venezuela nicht das Feindstrafrecht, sondern etwas Schlimmeres praktiziert werde. Dieser punitivistische Diskurs werde von der Regierung seit zehn Jahren eingefordert, die Rechtfertigung dafür sei die Notwendigkeit einer kohärenten Kriminalpolitik. Die Legitimierung liefere das Argument, einige Normen seien von der Bourgeoisie beeinflusste Instrumente der „Vierten Republik"[952], welche die Delinquenz und Straflosigkeit begünstigten. Die Ausnahmeregelung, d.h. das Wegsperren, von dem **Jakobs** spricht, würde „den punitivistischen Idealen der venezolanischen Regierung für einen Großteil der die Statistiken dominierenden Straftaten Aufschwung geben". **Ferreira de Abreu** (2010: xxxv)[953] schließt mit der Feststellung, dass die in Venezuela gültigen feindstrafrechtlichen Normen nicht erst nach der Verbreitung von **Jakobs**' Feindstrafrecht erlassen worden seien.

[948] Siehe Anhang XIV.
[949] Siehe Anhang XIV.
[950] Siehe Anhang VII.
[951] Siehe Anhang VII.
[952] Vierte Republik wurde die Staatsform vor der Regierungsübernahme von Präsident **Chavez** genannt.
[953] Siehe Anhang VII.

Abweichend dazu erklärt **Bianchini** (2010: xiv)[954], dass in Brasilien der Begriff Feindstrafrecht von Politikern verwendet und in der Bevölkerung akzeptiert werde. Um die Zustimmung der Bevölkerung zum punivistischen Diskurs der Politiker zu beeinflussen, müsste dieser einer Realitätsprüfung anhand von statistischem Material zur öffentlichen Sicherheit unterzogen werden. Der Bevölkerung müsse vermittelt werden, dass Sozialpolitik die beste Kriminalpolitik sei und repressive Maßnahmen nicht zur Beruhigung der Lage dienlich seien (**Bianchini** 2010: xiii)[955]. Es gebe anhand der empirischen Daten keinen Beweis für einen ursächlichen Zusammenhang zwischen der Armut und der Unsicherheit in einem Land. Folglich dürfe dies nicht als Tatsache behauptet werden. In Brasilien haben nicht die ärmsten Bundesstaaten den höchsten Prozentsatz an Gewalttaten (**Bianchini** 2010: xiii)[956].

Für **Montealegre Lynett** hat die Rezeption des Feindstrafrechts von **Jakobs** keine negativen Konsequenzen gehabt. Ganz im Gegenteil, das Konzept habe sich als nützlich erwiesen[957]. **Montealegre Lynett** nennt als Beleg dafür ein Urteil des kolumbianischen Verfassungsgerichts (**C**-939/02)[958] vom 31. Oktober 2002. Es beurteilte ein Dekret als nicht verfassungskonform, welches der Exekutive – mit Hilfe der Ausrufung des Ausnahmezustands[959] – eine Verschärfung des Strafmaßes und die Schaffung neuer Tatbestände zur Bekämpfung des Diebstahls und des Schmuggels von Kohlenwasserstoff ermöglichen sollte. Als Argumente zur Untermauerung dienten folgende negative Entwicklungen: die Finanzierung von aufständischen Gruppen ebenso wie die Schädigung der Umwelt und der nationalen Volkswirtschaft. Das Verfassungsgericht verwies in seinem Urteil auf die Grenzen der staatlichen Strafmacht im Ausnahmezustand und fällte einen Beschluss bezüglich der Grenzen, die im Sinne der Tatbestände gesetzt seien. Unter Anwendung des Feindstrafrechts erklärt dieses Gericht die Unmöglichkeit, die Grenzen gewöhnlicher Tatbestände über die Bestimmungen des Strafkodexes hinaus zu erweitern. Der Tatbestand dürfe nur während des Ausnahmezustands verändert werden, wenn die Gültigkeit der Änderung nach Beendigung des Ausnahmezustands beibehalten werde. Mit diesem Urteil

---

954 Siehe Anhang V.
955 Siehe Anhang V.
956 Siehe Anhang V.
957 Diese Informationen hat **Montealegre Lynett** in einem Interview am 4. und 6. Dezember 2009 gegeben. Die Inhalte des Gesprächs beziehen sich auf Urteile **SU**.1184/01 aus dem Jahre 2001 und **C**-939/02 vom 31. Oktober 2002. Das Gespräch wurde nicht aufgezeichnet, **Montealegre Lynett** übergab wichtige schriftliche Materialien zum Thema.
958 Siehe Gerichtsurteil **C**-939/02 vom 31 Oktober 2002, S. 67ff.
959 In diesem Urteil **C**-939/02 beantragt die Exekutive, das Dekret Nr. 1900 vom 23. August 2002 als Teil der Verfassung zu deklarieren. Dies wurde mit dem Argument begründet, dass der Präsident bei innerer Aufruhr im Land durch gesetzliche Statuten des Ausnahmerechts dazu befugt sei, Tatbestände zu schaffen, Strafmaßgaben festzulegen bzw. zu verschärfen und allgemeine repressive Maßnahmen zu verhängen, um die Ordnung wiederherzustellen. Siehe **C**-939/02, S. 13ff.

habe das Verfassungsgericht in Kolumbien zum ersten Mal den übertriebenen Punitivismus in seine Schranken verwiesen, denn das Urteil betraf vom Präsident selbst erlassene strafrechtliche Vorschriften[960]. Damit wurde auch ein Präzedenzfall geschaffen, wie **Aponte** (2008: 259) meint, der die wiederholten Versuche der kolumbianischen Regierung, neue Normen gegen die Delikte im Zusammenhang mit dem Kohlenwasserstoff zu schaffen, als nicht verfassungsgemäß einstuft.

Für **Pastor** (2006: 514) ist es andererseits übertrieben und unerklärlich, dass **Jakobs**' Ideen in der wissenschaftlichen Debatte als „gegen die Verfassung verstoßend eingestuft worden waren"[961],bzw. als eine „Zeitbombe"[962]bezeichnet wurden. Noch weniger zutreffend sei die Titulierung von **Jakobs** als „geistiger Brandstifter"[963], auch treffe ihn der Vorwurf, durch seine Art zu schreiben, „zukünftigen rechtswidrigen Regimen eine theoretische Legitimierung" zu liefern[964]. **Pastor** (2006: 515) fragt sich, seit wann die Worte eines deutschen Professors solche Macht in der Praxis hätten, um Vorschriften und strafrechtliche Anwendung legitimieren oder delegitimieren zu können.

Wie **Pastor** (2006: 515f.) meint, werde „Legitimität und Legitimation" nicht in erster Linie aus den Rechtshandbüchern abgeleitet. Vielmehr bedürfe es empirischer Beweise, um in Lateinamerika einen von **Jakobs**' Konzept verursachten Schaden bestätigen zu können. **Pastor** bezweifelt, dass die Ideen von **Jakobs** bzw. die Überlegungen seiner Kritiker irgendeinen „weltverändernden" Effekt hervorrufen könnten[965]. Denn weder „die Paranoia, der Alarm noch die Übertreibungen (seien) für die Wissenschaft rentabel", so **Pastor** (2006: 517). Um zu einer stringenten Kritik an **Jakobs**' Feindstrafrechts zu gelangen und dessen „Abschaffung" fordern zu können, sei es wichtig, die Diagnose von **Jakobs** zu beurteilen. Um auch bei nur eingeschränkten Aussichten dieses Ziel zu erreichen, sei dann zumindest klar, wie **Jakobs**' Konzept zu benennen und zu entkräften sei (2006: 517). Bezüglich der tatsächlichen Reichweite von **Jakobs**' Thesen sei an die Eroberung Afghanistans und des Irak erinnert, an die Lager von Guantánamo und Abu Graib (**Pastor** 2006: 515). Gleichermaßen

[960] Siehe dazu **Cancio Meliá** (2003: 93): „Mit aller Gewissheit lässt sich jede theoretische Konzeption pervertieren oder zu unlauteren Zwecken missbrauchen; diese Realität soll hier nicht geleugnet werden. Aber es ist eine Tatsache, dass das kolumbianische Verfassungsgericht vor kurzem mehrere Gesetzesvorhaben des kolumbianischen Präsidenten – unter expliziter Berufung auf Jakobs' Feindstrafrecht – für nicht verfassungskonform erklärt hatte."

[961] Für konträre Meinung siehe **Portilla Contreras** (2006: 656ff., 686).

[962] Siehe **Schünemann** (2001: 210).

[963] Siehe **Sauer** (2005: 1705).

[964] Siehe **Ambos** (2002: 62f.); (2005: 56f.). Datzu **Eser** (2000: 445).

[965] Siehe dazu die unterschiedliche Postition von **Simon Bello Rengifo** (2006: 324), der die Rezeption des Feindstrafrechts, auch des nur beschreibenden, in Venezuela ablehnt, weil die Beschreibung im Fall des Rechts schon den zusätzlichen Wert einer Legitimierung bringe.

lasse die Behandlung, die ein beliebiger „Weltbürger“ auf einem US-amerikanischen Flughafen erfahren könne, Befürchtungen aufkommen, ebenso wie alle Praktiken, die sich „außerrechtlich gegen Feinde“ richten. **Jakobs**’ Ideen scheinen vor diesem Hintergrund sehr unbedeutend. Dies umso mehr, als seine Theorie Maßnahmen propagiere, die Rechtsordnung vor schwerwiegenden Gefahren zu schützen und den Rechtsstaat zu stärken (2006: 515).

6.5 Zwischenfazit

Das Thema des Feindstrafrechts wurde auf drei unterschiedliche, aber gleichzeitig miteinander zusammenhängende Arten in Lateinamerika eingeführt: durch die Übersetzung der Werke von **Günther Jakobs**, durch die Beiträge spanischer Professoren zum Thema und aufgrund des Diskussionsbedarfs von Seiten der lateinamerikanischen Wissenschaftler.

Den bedeutendsten Anteil bei der Verbreitung und der Entwicklung eines Verständnisses zu diesem Thema in Lateinamerika leisteten die Diskussionsteilnehmer in ihren jeweiligen Ländern. Hierbei wird das Feindstrafrecht in der Regel auf zweierlei Art und Weise behandelt: als Begriff für die Beschreibung eines Zustands und als Konzept.

Der *Begriff* Feindstrafrecht bezeichnet nach **Jakobs**’ Meinung illegitime Normen, bei denen es sich um eine Sanktionierung des Verhaltens von gefährlichen Subjekten im Vorfeld einer Rechtsgutverletzung handelt und die freiheitlichen, rechtsstaatlichen Prinzipien widersprechen. **Piña Roquefort**, **Cancio Meliá** und **Pastor** vertreten die Meinung, dass sich die Beschreibung der feindstrafrechtlichen Normen durch **Jakobs** als nützlich zur Identifizierung von Teilen des Strafrechts erweise, die in einem liberalen Strafrecht keinen Platz haben sollten. In diesem Zusammenhang legen sowohl **Pastor** als auch **Orce** dar, dass das Feindstrafrecht nicht allein aufgrund des Namens abzulehnen sei, denn die Kritiker des Feindstrafrechts akzeptieren die Anwendung von antiliberalen Normen, wenngleich auch oft unter anderen Bezeichnungen. Noch spezifischer erklärt **Piña Roquefort**, dass die Ablehnung von **Jakobs**’ sog. Feindstrafrecht nicht die fortdauernde Umgestaltung der Imputationsregeln gegenüber den Tätern aufhalten könne. Die Deformierung des Personenkonzepts habe im gewöhnlichen Strafrecht begonnen. Insgesamt akzeptiert die Mehrheit der lateinamerikanischen Autoren die Existenz der von **Jakobs** beschriebenen Normen als gesetzgeberische und kriminalpolitische Realität in allen Rechtsordnungen der westlichen Welt.

Nach **Pastor** ermöglicht das Feindstrafrecht als Zustandsbeschreibung eine differenzierte Kritik an der Vorgehensweise des Internationalen Strafrechts. Laut **Pastor** kenne das Internationale Strafrechtssystem keine Grenzen bei der Erreichung seiner Ziele. Er stimmt mit **Jakobs** darin überein, dass die Internationale Strafgewalt ähnliche Charakteristiken wie **Jakobs**' Feindstrafrecht aufweise. Mit einer gleichartigen These erklärt **García Cavero**, dass die internationale Gemeinschaft legitimerweise nur bei denjenigen Personen die Bürgerschaft beschränken oder aufheben könne, die vorher eine Anerkennung als Weltbürger erfahren hätten und die die international etablierten Mindeststandards bei den Normen nicht respektieren würden.

Im Mittelpunkt der Abhandlungen zum *Konzept* des Feindstrafrechts steht die Notwendigkeit, eine Trennung zwischen Bürger- und Feindstrafrecht einzuführen, um die Expansion des Letzteren zu verhindern. In der Diskussion bezüglich des Feindstrafrechts als konzeptioneller Entwurf dominiert die Ablehnung, insbesondere weil dieses Konzept vorsieht, den Ausschluss von Personen juristisch zu regeln. Dies bedeute eine nicht verfassungsgemäße, unterschiedliche strafrechtliche Behandlung eines Teils der Delinquenten. Auch wird **Jakobs** fehlende Klarheit vorgeworfen, da sein Konzept nicht einmal die Charakteristika spezifiziere, die der Identifizierung eines Individuums als Feind bzw. Unperson dienen. Das Feindstrafrecht wird infolgedessen allgemein als Täterstrafrecht eingestuft, für das es in einem Rechtsstaat keinen Raum geben sollte. Diese von **Jakobs** vorgesehene Verweigerung des Personenstatus für bestimmte Delinquenten ist Anlass für die mehrheitliche Einschätzung des Feindstrafrechts als illegitim. Lediglich eine Minderheit hält die feindstrafrechtliche Gesetzgebung für legitim, argumentiert aber gleichzeitig für deren Einschränkung. Andere Autoren, wie **Cancio Meliá**, **Aller** oder **Zaffaroni**, sind der Meinung, dass die Tatsache der Existenz von feindstrafrechtlicher Gesetzgebung noch nicht deren Legitimität bedeute.

In der Diskussion zu **Jakobs**' Feindstrafrechtskonzept sind drei wesentliche Argumentationslinien zu unterscheiden: **Zaffaroni**, **Velásquez**, **Abanto Vásquez** u.a. befürworten eine Ablehnung von **Jakobs**' Vorschlag der Trennung von Feind- und Bürgerstrafrecht, weil auch das Konzept eines Bürgerstrafrechts innerhalb der systemischen Logik von **Jakobs** nicht rechtstaatlich erscheine. Hierbei vertreten **Velásquez** und **Abanto Vásquez** die Ansicht, dass die von **Jakobs** angestrebte „Effizienzsteigerung" durch sein Bürgerstrafrecht, genau wie bei dem Feindstrafrecht, zu vielerlei Arten von strafrechtlichen und prozessualen Garantieverletzungen führen könne. **Zaffaroni** hält die Möglichkeit der Schaffung eines begrenzten Feindstrafrechts unter der Beibehaltung eines liberalen Strafrechts

für utopisch. Denn ein autoritäres Strafrecht – das die Subjekte im Wesentlichen nach dem Grad ihrer Gefährlichkeit aussortiere – könne in einer Kontaminierung des gesamten Strafrechts enden. **Salas** stellt gar fest, dass das Feindstrafrecht von **Jakobs** für Wissenschaftler grundsätzlich ohne den geringsten Nutzen sei.

Widersprochen wird derartigen Aussagen von den Autoren **Cancio Meliá**, **Pastor**, **Pasquel**, **Reyes** und **van Weezel**, die deutlich zwischen dem Konzept des Feindstrafrechts von **Jakobs** und seinem funktionalistischen strafrechtlichen Ansatz differenzieren. Wie vor allem **Cancio Meliá** erklärt, sei die besondere Behandlung von Personen im Kontext der wiederholten Infragestellung von Normen mit einer funktionalen, normativistischen Theorie unvereinbar. Das bedeutet, dass Normbrechern immer mit den Kriterien des gewöhnlichen Strafrechts zu begegnen sei. Viele Diskussionsteilnehmer folgen der These von **Cancio Meliá**, das Feindstrafrecht werde im Gegensatz zum Bürgerstrafrecht scheitern, weil es sich nicht um eine Weiterentwicklung des liberalen Strafrechts handle und somit nicht den Anspruch erfülle, dem ein Strafrecht gerecht werden müsse.

Eine dritte Meinung zu **Jakobs**' Konzept bilden schließlich **Ferreira de Abreus** Abhandlungen ab. Seiner Meinung nach versucht **Jakobs** ein Feindstrafrecht zu legitimieren, welches als Ergänzung zur positiven Generalprävention und zur Stützung seiner Straftheorie diene. Eine derartige Ergänzung sei notwendig, weil die als symbolische Kommunikation verstandene Strafe ihre Nützlichkeit denjenigen gegenüber verliere, die keine kognitive Sicherheit bezüglich ihres zukünftigen Verhaltens als Personen bieten würden. Im Gegensatz dazu betont **Reyes**, bei der Diskussion um das Feindstrafrecht stehe nicht die Gültigkeit der Norm zur Debatte, sondern deren Legitimität. In Übereinstimmung mit **García Cavero** unterstreicht **Reyes** die Rolle des Staates bei der Eröffnung von Möglichkeiten zur Legitimierung von Normen, die dem Ausschluss „gefährlicher Subjekte" aus der Gesellschaft dienen sollen.

Insgesamt lässt sich mit Blick auf die Diskussion des Verständnisses von Feindstrafrecht in Lateinamerika feststellen, dass diese bislang nicht zu allgemein anerkannten bzw. zu spezifischen und generalisierbaren Ergebnissen geführt hat. Der fehlende Konsens in der Interpretation des Begriffes und Konzeptes von Feindstrafrecht für Lateinamerika dürfte hierbei insbesondere in dreierlei Ursachen begründet sein: Erstens fehlt es **Jakobs**' Verständnis selbst an Kontinuität und Spezifität hinsichtlich Begriffsbildung und Konzeptionierung. Nicht zuletzt der Wandel seiner Meinung im Rahmen der Strafrechtslehrertagung anno 1999 und seine bis heute unklare Definition des Feindes dürften

zu einer Unsicherheit in der Interpretation seiner Aussagen auch in Lateinamerika geführt haben. Zweitens mangelt es auch in der lateinamerikanischen Diskussion selbst an einer zureichenden und konkreten Differenzierung zwischen dem Konzept und der Beschreibung des Feindstrafrechts. Vielmehr werden diese beiden bisweilen austauschbar oder zumindest deutlich überlappend eingesetzt.

Drittens, und mitunter wohl von entscheidender Bedeutung, wird das Feindstrafrecht von **Jakobs** den tatsächlichen Gegebenheiten in Lateinamerika nur bedingt gerecht. Einerseits kann zwar in der lateinamerikanischen Praxis von einem Zustand gesprochen werden, der das Feindstrafrecht im Sinne von **Jakobs** als beschreibenden Begriff weit übersteigt. Andererseits betont in diesem Zusammenhang die Mehrheit der Autoren, dass in Lateinamerika andere Themen Priorität hätten als das Studium des Feindstrafrechts. Die voranstehenden Ausführungen in Kapitel 6 zeigen, dass das Problem des Feindstrafrechts in Lateinamerika eigene Charakteristika besitzt. Mehrere Autoren stellen übereinstimmend fest, dass es in Lateinamerika z.B. nie rechtsstaatliche Strukturen gegeben hat, an denen ein Feindstrafrecht relativiert werden könnte. Zwar hat der Staat in vielen Ländern Lateinamerikas die Versorgung der Bürger mit den grundlegendsten Gütern eingestellt und stattdessen die Strafgewalt beträchtlich ausgeweitet; ob in diesem Zusammenhang jedoch von Feindstrafrecht gesprochen werden kann, ist zu bezweifeln. Deswegen wird in der Praxis wiederholt auf die notwendige Suche nach einer Strafrechtstheorie aufmerksam gemacht, die den Verhältnissen in Lateinamerika gerecht werden kann. Wie **García Cavero** meint, sei in dieser Region im Hinblick auf das Strafrecht das von **Jakobs** als Feindstrafrecht benannte Phänomen ohnehin nichts Neues, sondern werde von Strafgerichten schon seit Jahren im Namen von Notstandsgesetzen bzw. der Sicherheit für Bürger angewandt. Laut **Zaffaroni** verstärkt der punitivistische Diskurs in Lateinamerika die Feindzuschreibung zu Lasten der armen Bevölkerungsschichten. Beweise dafür liefern Gefängnisstudien in verschiedenen Ländern Lateinamerikas. Die Strafmacht in Lateinamerika werde mit Hilfe von Maßnahmen gegen gefährliche Verdächtige ausgeübt. Es handelt sich damit um ein Strafrecht, welches auf die mutmaßliche Gefährlichkeit der Verdächtigen reagiert. Wie sich beobachten lasse, geben Gerichte auch nur widerstrebend Personen die Freiheit zurück, die zuvor in Präventivhaft genommen worden sind. Nicht nur **Zaffaroni**, sondern die Mehrheit der in diesem Kapitel behandelten lateinamerikanischen Strafrechtler bestätigen diese Darstellung.

Abschließend ist zu erwähnen, dass drei unterschiedliche Tendenzen bezüglich der praktischen Konsequenzen der Rezeption des Feindstrafrechts von **Jakobs** in Lateinamerika –

d.h. der Legitimierung von Vorschriften und strafrechtlichen Anwendungen – vorherrschen: Erstens gibt es die Meinung, dass die Rezeption diesem Kontinent nur positive Effekte bringen werde. Darunter sei zu verstehen, dass sich mit Hilfe von **Jakobs**' Beschreibung vom Feindstrafrecht jene eigentlich nicht zur Rechtsordnung gehörenden Normen identifizieren ließen, die zu den Prinzipien eines rechtsstaatlichen Strafrechts im Widerspruch stünden. Zweitens könne, nach Meinung einiger Diskussionsteilnehmer, **Jakobs**' Konzept dazu missbraucht werden, zukünftigen rechtswidrigen Regimen eine theoretische Legitimationsgrundlage zu liefern. Und drittens hält eine Minderheit die Annahme, dass die These eines Juraprofessors solchen Einfluss auf die Legitimierung bzw. Delegitimierung der strafrechtlichen Praxis in Lateinamerika entfalten könnte, für schlichtweg unwissenschaftlich.

Schlussfolgerungen −

Die inhaltliche Ausweitung der deutschen Diskussion zum Feindstrafrecht in der Folge ihrer Übertragung nach Lateinamerika

Eine der zentralen Schlussfolgerungen der hier vorliegenden Forschungsarbeit ist, dass das Feindstrafrecht von **Jakobs** in Lateinamerika dank der in der Vergangenheit erfolgten Rezeption der deutschen Strafrechtswissenschaft kein Verständnisproblem aufgeworfen hat. Vielmehr haben die lateinamerikanischen Strafrechtswissenschaftler das Thema durch ihre Beiträge in besonderer Weise bereichert und mit Blick auf die tatsächlichen Gegebenheiten in Lateinamerika analysiert.

In der Diskussion wird von den lateinamerikanischen Autoren detailliert die Gefahr beschrieben, die ein Gebrauch des Feindstrafrechts für einen zwischen Krieg und Strafrecht angesiedelten Bereich darstellen würde. Die Anwendung feindstrafrechtlicher Normen zur Bekämpfung von Gefahren zeigt ein Kontrolldefizit von Seiten der Staatsmacht auf. In diesem Zusammenhang bewirkt die Verfolgung von gefährlichen Subjekten mit Kriegsmitteln, dass die Handlungen des Rechtsstaates gegen den „Feind“ kriminell werden. Denn wenn der Rechtsstaat nicht unterscheidet, wo (noch) Strafrecht anzuwenden ist oder ab welchem Punkt (schon) Krieg (bzw. innerer, bewaffneter Konflikt) herrscht, verliert die Strafe ihre Legitimität. Mit anderen Worten, die fehlende Unterscheidung zwischen Krieg und Strafrecht könnte ein Verwischen der Grenze zwischen beiden zur Folge haben. Dies würde zu einer Strafgewalt des Staates führen, der dann bei der Wahrnehmung politischer Interessen keine Grenzen mehr respektieren und seine Liberalität verlieren würde. Die Konsequenz daraus bestünde in der Anwendung von reinem Zwang, um dadurch die politische Legitimität des Staates wiederherzustellen.

Wie in der vorliegenden Arbeit gezeigt werden konnte, ist Instrumentalisierung des Strafrechts durch die Politik eine Gemeinsamkeit der postindustriellen Gesellschaften (des Westens) und derjenigen Lateinamerikas. In der Diskussion werden folglich die Konsequenzen einer Überbewertung der Möglichkeiten, die das Strafrecht besitzt, betont. Die Neuformulierung der Ziele, Funktionen oder Reichweiten des Strafrechts in den letzten Dekaden ist eine Realität. Die gegenwärtigen punitivistischen Tendenzen der Kriminalpolitik zur Erreichung einer wirkungsvollen Strafe und zur unterschiedlichen Behandlung bestimmter Tätergruppen sind bereits mehr oder weniger Teil des gewöhnlichen strafrechtlichen Alltags in Lateinamerika.

Nahezu übereinstimmend stellen die lateinamerikanischen Autoren fest, dass der wachsende Kampf gegen die Kriminalität die fundamentalen Prinzipien des Strafrechts verändert hat. Der neue juristische Positivismus – der Strafen und Sicherungsmaßnahmen auferlegt – hat das Legalitätsprinzip deformiert. Während die neuen Risiken in den postindustriellen Gesellschaften zu einem punitivistischen Diskurs Anlass gegeben haben, der sich teilweise gegen Mächtige bzw. gegen eine ökonomisch einflussreiche Schicht der Gesellschaft richtet, hat in Lateinamerika die Öffnung der Märkte die sozialen Spaltungen vertieft und ein gravierendes Sicherheitsproblem geschaffen. Der Staat, dessen Maßnahmen durch einen exzessiven populistischen Diskurs gestützt werden, hat seine Aufgabe, die grundlegendsten Bedürfnisse der Bevölkerung zu befriedigen, nicht erfüllt. Vielmehr hat er im Gegenzug seine Strafgewalt beträchtlich aufgestockt. Es lässt sich hier eine Parallele zum Vorschlag des deutschen Strafrechtswissenschaftler **Franz v. Liszt** ziehen, der eine Sonderbehandlung von „unverbesserlichen Kriminellen“ im Sinne der negativen Generalprävention befürwortet hatte.

Nochmals als zentraler Punkt herausgestellt sei in diesem Kontext, dass sich die politische, wirtschaftliche und soziale Realität in Lateinamerika stark von der Realität postindustrieller Gesellschaften unterscheidet. In einigen lateinamerikanischen Gesellschaften kann nicht von der Existenz bürgerlicher Rechte und Pflichten für Personen (im **Jakob’schen** Verständnis) gesprochen werden, weil der Staat nicht die elementarsten Mittel zum Überleben zur Verfügung stellt, die als Voraussetzung zur Wahrnehmung der eigenen Rechte nötig wären. Mit anderen Worten, es besteht hier ein Defizit von Seiten des Staates.

Das Thema der Sicherheit der Bürger verstärkt in Lateinamerika die Kriminalisierung von Wiederholungstätern. Bei diesen handelt es sich um die „störendsten“ Subjekte für die Gesellschaft, und nicht um diejenigen, die sie zerstören wollen. In diesen Gesellschaften kann nicht von der politischen Ernennung eines Feindes auf symbolischer Ebene gesprochen werden, weil dieser damit droht, die Gesellschaft zu destabilisieren. Vielmehr handelt es sich um konkretes Wegsperren (nicht symbolisches) von denjenigen, die den Weg zu einer stabilen Gesellschaft versperren. Auch wenn die Kategorie Feind nicht explizit in das gewöhnliche Strafrecht eingeführt wird, empfangen viele de facto täglich diese Behandlung durch die Justizeinrichtungen. Die alltägliche Bestrafung trifft in erster Linie Personen der marginalisierten Schichten – Initiativen zur Bekämpfung der organisierten Kriminalität (insbesondere der Wirtschaftskriminalität) hingegen stehen hinten an. Zur Feststellung, dass dies Maßnahmen zum gesellschaftlichen Ausschluss der Armen seien, ist nicht einmal eine empirische Untersuchung über die Lage in den Gefängnissen Lateinamerikas nötig –

wenngleich diese aus Sicht der Mehrzahl der Autoren ein eindeutiges Bild zeichnen dürfte. Die fortschreitende Ausgrenzung bestimmter gesellschaftlicher Gruppen wird hingegen bereits bei der Lektüre und Analyse der entsprechenden Gesetze der jeweiligen Länder deutlich. Insgesamt wäre es folglich ein Fehlschluss, **Jakobs**' Feindzuweisung in den postindustriellen Gesellschaften mit denjenigen zu vergleichen, die in den Gesellschaften Lateinamerikas diese Etikettierung bekommen.

In diesem Zusammenhang stellt sich die Frage nach der grundsätzlichen Nützlichkeit von **Jakobs**' typischer Kennzeichnung des Feindstrafrechts für die gespaltenen Gesellschaften Lateinamerikas. Mit Blick auf die in der vorliegenden Untersuchung vorgestellten Ergebnisse darf die Antwort auf diese Fragestellung zu Gunsten des **Jakob'schen** Ansatzes beantwortet und insgesamt von einer intensiven Beschäftigung mit dem Thema Feindstrafrecht in dieser Weltregion gesprochen werden.

So kann das Feindstrafrecht in seinem deskriptiven Sinne dem Auflisten des Normenbestands dienen, der nicht Teil eines liberalen Strafrechts sein sollte. Dies gilt insbesondere für den Besonderen Teil, um eine Wahrnehmung des Strafrechts zu ermöglichen, und zwar wie es ist – und nicht wie es sein sollte. Des Weiteren kann kein Zweifel daran bestehen, dass das Ignorieren der Existenz dieser Normen innerhalb der Rechtsordnung schlimmer wäre als ihre Bezeichnung mit dem Begriff Feindstrafrecht. Mit der Identifizierung der Normen, die feindstrafrechtlichen Merkmalen entsprechen, hat die Strafrechtsdoktrin ihre Aufgabe erfüllt. Die Bestimmung, welche Normen als Ausnahmen bestehen bleiben und welche als nicht rechtsstaatlich verworfen werden sollten, fällt nicht in den Bereich des Strafrechts, weil es sich hierbei um ein politisches Werturteil handelt.

Auch der Vorschlag einer Unterscheidung bzw. Trennung des Feindstrafrechts vom Bürgerstrafrecht kann sich als nützlich für die Strafrechtswissenschaft erweisen, auch wenn diese Meinung nur von einer Minderheit der lateinamerikanischen Diskussionsteilnehmer vertreten wird. Wenn beide Idealtypen (Bürgerstrafrecht und Feindstrafrecht) streng im Rahmen des philosophischen Denkens von **Jakobs** analysiert werden, offenbart sich in dessen Argumentation ein logischer Bezug zwischen ihnen. Feindstrafrecht kann im Rahmen der Normentheorie als Ergänzung zum Bürgerstrafrecht gesehen werden, um eine Antwort auf die Risiken der Globalisierung zu geben. In diesem Zusammenhang kann die Tatsache, dass die Feindkategorie im Strafrecht keinen Platz haben sollte, kein gültiges Argument für die Ablehnung von **Jakobs**' Feindstrafrecht sein und sollte auch nicht zur Abwertung seiner dogmatischen Arbeiten zur Entwicklung eines Bürgerstrafrechts führen. Im Gegensatz dazu

sollte dessen Feindkategorie nicht in historischen Bezügen, sondern nur innerhalb seines Gedankengebäudes betrachtet werden.

Im Fall Lateinamerikas wäre die Übernahme eines Bürgerstrafrechts in seiner Gesamtheit nicht möglich, denn im Gegenteil zu **Jakobs**' Vorstellungen von Effizienz zerbrechen die Normen in diesen Gesellschaften – in einigen mehr als in anderen – an der chaotischen Realität, d.h., es existiert in Wirklichkeit keine praktizierte Ordnung. Und wenn in dieser Weltregion kein Strafrecht für Bürger existiert, könnte im Rahmen der logischen Systematik von **Jakobs** auch nicht von einem Feindstrafrecht gesprochen werden. Die Theorie eines funktionalistischen Strafrechts wäre in Lateinamerika folglich nur zur Lösung bestimmter konkreter Fälle umsetzbar, wie in dieser Arbeit anhand eines Beispiels dargestellt wird, das den Fall eines Zuständigkeitskonflikts zwischen dem Militärgericht und dem gewöhnlichen Strafgericht erörtert. Ein Mitglied der staatlichen Ordnungskräfte nimmt eine Garantenstellung ein – erfüllt ein Armeeangehöriger die Pflichten seiner Garantenstellung nicht, so kann er von einem Zivilgericht verurteilt werden.

Aus dem bisher Gesagten lässt sich erschließen, dass von dem Vorschlag, zur Rettung des Rechtsstaats zwischen einem Bürgerstrafrecht und einem Feindstrafrecht zu unterscheiden, die Argumente bewahrt werden sollten, die zur Entwicklung eines kohärenten Strafrechts nützlich sind. Und die Argumente, die nicht diesem Zweck dienen, betreffen Aufgaben, die nicht in den Bereich des Strafrechts gehören. Als Beispiel sei hier an den Vorschlag eines „Strafrechts der drei Geschwindigkeiten" (**Silva Sánchez**) erinnert, bei dem die zweite Geschwindigkeit eine Flexibilisierung der Garantien im Zusammenhang mit der Verhängung einer Geldstrafe für Wirtschaftsdelikte beinhaltet. Möglich wäre auch ein gesondertes Strafrecht für Wirtschaftsdelikte.

Die rein theoretische Erörterung, die **Jakobs** mit seinem Modell einer unterschiedlichen Behandlung von Bürger und Feind vornimmt, hat auf die Realität des liberalen Strafrechts keinen Einfluss. Dem Strafrecht steht es nicht zu, die Grenze zwischen Demokratie und Autoritarismus zu ziehen. Die feindstrafrechtlichen Normen sind für die Strafrechtswissenschaftler der Gegenwart der beste Beweis der Unfähigkeit des traditionellen Strafrechts, den neuartigen Kriminalitätsformen entsprechen zu können. Es ist deshalb weiterhin ungewiss, inwieweit die durch das Feindstrafrecht ausgelöste Diskussion Lösungsoptionen dafür geliefert hat, wie auf rechtsstaatliche Weise mit gefährlichen Subjekten umgegangen werden kann. Herauszustellen ist diesbezüglich, dass es ohnehin nicht allein ihre Aufgabe sein kann, Antworten zu einem Thema zu finden, das nicht in den Bereich des Strafrechts fällt.

Im Falle Lateinamerikas ist nicht Phantasie zur Rettung des Rechtsstaats, sondern zur Verringerung sozialer Probleme nötig. Bei der Rezeption des Feindstrafrechts in Lateinamerika haben die Wissenschaftler „ihre Hausaufgaben gemacht“, aber im Allgemeinen stehen sie auf der Suche nach konkreten Lösungen den existierenden Verhältnissen machtlos gegenüber. Angesichts der neuen Herausforderungen durch die Kriminalität in den lateinamerikanischen Gesellschaften besteht die Lösung nicht darin, etwas Besseres als das Feindstrafrecht zu suchen, sondern rechtzeitig zu erkennen, wann diese Sondernormen entstehen und erst recht, wann deren Legitimierung zugelassen wird. Denn der Feind ist nicht eine bestimmte Gruppe von Personen oder Unpersonen, wie **Jakobs** vorschlägt, sondern es sind die Normen, die Ausnahmen bei den Menschenrechten und den verfassungsmäßigen Garantien zulassen.

Literaturverzeichnis

Abanto Vásquez, **Manuel A**.: El Llamado Derecho Penal Del Enemigo Especial Referencia Al Derecho Penal Económico, in: Cancio Meliá/ Gómez-Jara Díez (Hrsg.): Derecho penal del enemigo- El discurso penal de la exclusión, Bd. I, Edisofer, Madrid, 2006, S.1-51 (zit. **Abanto Vásquez** 2006).

– El Llamado "Derecho Penal" Del Enemigo. Especial Referencia Al Derecho Penal Económico, in: Revista de Derecho Penal, Delitos de Peligro- I, Buenos Aires, Argentina, 2007-2, S. 747-810 (zit. **Abanto Vásquez** 2007).

– Interview über die Rezeption des Feindstrafrechts in Lateinamerika, 21. Juni 2010, Anhang I., S. i-iii (zit. **Abanto Vásquez** 2010).

Abegg, **Julius Friedrich Heinrich**: Über die Bedeutung des Besserungsprinzips und die praktische Geltendmachung desselben, in: Archiv des Criminalrechts, Neue Folge, 1845, S.239-269 (zit. **Abegg** 1845).

Abels, **Heinz**: Interaktion, Identität, Präsentation. Kleine Einführung in interpretative Theorien der Soziologie, 4. Aufl., Verlag für Sozialwissenschaften, Wiesbaden, 2007 (zit. **Abels** 2007).

– Einführung in die Soziologie, Bd. II, Die Individuen in ihrer Gesellschaft, 3. Aufl., Hagener Studientexte, Wiesbaden, 2007 (zit. **Abels** 2007a).

Aboso, **Gustabo Eduardo**: El Llamado "Derecho Penal Del Enemigo" Y El Ocaso De La Política Criminal Racional: El Caso Argentino, in: Cancio Meliá/ Gómez-Jara Díez (Hrsg.): Derecho penal del enemigo- El discurso penal de la exclusión, Bd. I, Edisofer, Madrid, 2006, S.53-78 (zit. **Aboso** 2006).

Achenbach, **Hans**: Historische und dogmatische Grundlagen der strafrechts-systematischen Schuldlehre, Schweitzer, Berlin, 1974 (zit. **Achenbach** 1974).

Ahrens, **Heinrich**: Cours de Droit Naturel ou de Philosophie du Droit, fait d'aprés l'état actuel de cette science en Allemagne; par H. Ahrens, ancien Docteur agrégé à l'Université de Goettingue, Professeur de Philosophie et de Droit Naturel a l'Université de Bruxelles, Paris, 1838 (zit. **Ahrens** 1838).

– Cours de Philosophie. Cours de Psychologie, Fait à Paris sous les auspices du Gouvernement; par H. Ahrens, ancien Docteur agrégé à l'Université de Goettingue, Professeur de Philosophie a l'Université Libre de Bruxelles. Second Volume, Contenant la psychologie proprement dite et la partie générale de la métaphysique. Paris, Leipzig, 1838 (zit. **Ahrens** 1838a).

Albrecht, **Hans-Jörg**: Forschungen zur Wirtschaftskriminalität in Europa, in: Albrecht/Entorf, Physica (Hrsg.): Kriminalität, Ökonomie und europäischer Sozialstaat, Heidelberg, 2003, S. 39-69 (zit. **Albrecht, H-J** 2003).

– Antworten auf Gefährlichkeit. Sicherungsverwahrung und unbestimmter Freiheitsentzug, in: Feltes/Pfeiffer/Steinhilper (Hrsg.): Kriminalpolitik und ihre wissenschaftlichen Grundlagen. Festschrift für Hans-Dieter Schwind zum 70. Geburstag, Müller, Heidelberg, 2006, S. 191-210 (zit. **Albrecht, H-J** 2006).

Albrecht, **Peter-Alexis**: Erosionen des rechtsstaatlichen Strafrechts, in: KritV 1993, S. 163-182 (zit. **Albrecht, P-A** 1993).

– »Krieg gegen den Terror« – Konsequenzen für ein rechtsstaatliches Strafrecht, in: Uwer (Hrsg.): Bitte bewahren Sie Ruhe. Leben im Feindrechtsstaat, Berlin, 2006, S. 117-128 (zit. **Albrecht, P-A** 2006).

– Das nach-präventive Strafrecht: Abschied vom Recht. Sicherheitsstrafrecht als Entwicklung vom Bürgerstrafrecht zum Feindstrafrecht, in: Betrifft JUSTIZ 2006, S. 289-298 (zit. **Albrecht, P-A** 2006a).

Aller, **Germán**: El Derecho Penal del Enemigo y la sociedad del conflicto, in: Cancio Meliá/ Gómez-Jara Díez (Hrsg.): Derecho penal del enemigo- El discurso penal de la exclusión, Bd. I, Edisofer, Madrid, 2006, S.79-117 (zit. **Aller** 2006).

– Telefonisches Interview über die Rezeption des Feindstrafrechts in Lateinamerika, 23. Oktober 2009, Anhang II., S. iv-vi (zit. **Aller** 2009).

Ambos, **Kai:** Bericht über die Diskussion zum Thema: „Das Selbstverständnis der Strafrechtswissenschaft gegenüber den Herausforderungen ihrer Zeit", im Rahmen der Tagung: Die deutsche Strafrechtswissenschaft vor der Jahrtausendwende Rückbesinnung und Ausblick, in Berlin vom 3.-6. Oktober 1999, in: Eser/Hassemer/Burkhardt (Hrsg.): Die

deutsche Strafrechtswissenschaft vor der Jahrtausendwende, München, 2000, S. 103-107 (zit. **Ambos** 2000).

– Der Allgemeine Teil des Völkerstrafrechts. Ansätze einer Dogmatisierung, Duncker & Humblot, Berlin, 2002, 2004 (zit. **Ambos** 2002, 2004).

– ¿Es posible el desarrollo de un derecho penal sustantivo común para Europa? Algunas reflexiones preliminares, in: Derecho penal liberal y dignidad humana- Libro Homenaje al Dr. Hernando Londoño Jiménez, (Hrsg.) Velásquez V., Temis, Bogotá, 2005 (zit. **Ambos** 2005).

– Internationales Strafrecht. Strafanwendungsrecht, Völkerstrafrecht, Europäisches Strafrecht, C.H. Beck, München, 2006 (**Ambos** 2006).

– 100 Jahre Belings „Lehre vom Verbrechen“: Renaissance des kausalen Verbrechensbegriffs auf internationaler Ebene? In: ZIS 10/2006, S. 464-471 (zit. **Ambos** 2006a).

– Derecho penal del enemigo, übersetzt von Carlos Gómez-Jara Díez, in: Cancio Meliá/Gómez-Jara Díez (Hrsg.): Derecho penal del enemigo- El discurso penal de la exclusión, Bd. II, Edisofer, Madrid, 2006, S. 119-161 (zit. **Ambos** 2006b).

– Feindstrafrecht, in: ZStrR 2006, S. 1-30. Aktualisierung und Überarbeitung durch den Autor in Zusammenarbeit mit Miguel Lamadrid, in: Vormbaum (Hrsg.): Kritik des Feindstrafrechts, LIT, Berlin, 2009, S. 345-383 (zit. **Ambos** 2006c, 2009).

Anitua, **Gabriel Ignacio**: Historias de los pensamientos criminológicos, Del Puerto, Buenos Aires, 2005 (zit. **Anitua** 2005).

Aponte Cardona, **Alejandro**: Krieg und Feindstrafrecht. Überlegungen zum „effizienten“ Feindstrafrecht anhand der Situation in Kolumbien, Nomos, Baden-Baden, 2004 (zit. **Aponte** 2004).

– ¿Derecho penal de enemigo o derecho penal del ciudadano?, Monografías Jurídicas, Temis, Bogotá, 2005 (zit. **Aponte** 2005).

– Feind oder Bürger? Günther Jakobs und das Dilemma eines feindlichen Strafrechts, in: Uwer (Hrsg.): Bitte bewahren Sie Ruhe. Leben im Feindrechtsstaat, Berlin, 2006, S. 131-163 (zit. **Aponte** 2006).

– Krieg und Politik – Das politische Feindstrafrecht im Alltag, in: HRRS 8-9/2006, S. 297-303, im Internet abrufbar unter: http://www.hrr-Strafrecht.de (zit. **Aponte** 2006a).

– Derecho penal del enemigo en Colombia: entre la paz y la guerra, in: Cancio Meliá/ Gómez-Jara Díez (Hrsg.): Derecho penal del enemigo- El discurso penal de la exclusión, Bd. I, Edisofer, Madrid, 2006, S. 205-237 (zit. **Aponte** 2006b).

– Derecho penal del enemigo vs. Derecho penal del ciudadano- Günther Jakobs y los avatares de un Derecho penal de la enemistad, in: Cancio Meliá/ Gómez-Jara Díez (Hrsg.): Derecho penal del enemigo − El discurso penal de la exclusión, Bd. I, Edisofer, Madrid, 2006, S.163-204 (zit. **Aponte** 2006c).

– Guerra y derecho penal de enemigo. Reflexión crítica sobre el eficientismo penal de enemigo, AD HOC, 2. Aufl., 2008 (zit. **Aponte** 2008).

– Interview über die Rezeption des Feindstrafrechts in Lateinamerika, 4. Dezember 2009, Anhang III., S. vii-x (zit. **Aponte** 2009).

Arnold, **Jörg**: Entwicklungslinien des Feindstrafrechts in 5 Thesen, in: HRRS Aug./Sept. 2006, Heft 8-9, S. 303-311, im Internet abrufbar unter: http://www.hrr-Strafrecht.de (zit. **Arnold** 2006).

Bacigalupo, **Enrique**: Estudio preliminar. La teoría jurídica del delito de Jiménez de Asúa (o el nacimiento de la dogmática penal de habla castellana) in: La teoría jurídica del delito por Luis Jiménez de Asúa, Dykinson, Madrid, 2005, S. VII-XXXVII (zit. **Bacigalupo** 2005).

– Epilog. El Exilio de Jiménez de Asúa, in: La teoría jurídica del delito por Luis Jiménez de Asúa, Dykinson, Madrid, 2005, S. I-XVIII (zit. **Bacigalupo** 2005a).

Baratta, **Alessandro**: Integration - Prävention. Eine systemtheoretische Neubegründung der Strafe, in: Kriminologisches Journal 2/1984, S. 132-147 (zit. **Baratta** 1984).

– Jenseits der Strafe – Rechtsgüterschutz in der Risikogesellschaft. Zur Neubewertung der Funktionen des Strafrechts, in: Haft/Hassemer/Neumann/Schild/Schroth (Hrsg.): Strafgerechtigkeit. Festschrift für Arthur Kaufmann zum 70. Geburtstag, Heidelberg, 1993, S. 393-416 (zit. **Baratta** 1993).

– Política Criminal. Entre la política de seguridad y la política social en países con grandes conflictos sociales y políticos, Jurídicas, Seminarios 9, Bogotá, 1998, S. 25-78 (zit. **Baratta** 1998).

– Criminología Crítica y crítica del Derecho Penal: introducción a la sociología jurídico-penal, siglo veintiuno editores, México D.F., 2004 (zit. **Baratta** 2004).

Barba Álvarez, **Rogelio**: Fragenbogen über die Rezeption des Feindstrafrechts in Lateinamerika, 13. Dezember 2009, Anhang IV., S. xi-xii (zit. **Barba Álvarez** 2009).

– Esbozo Criminológico sobre el Derecho Penal del Enemigo, S.1-13, im Internet abruchbar unter: http://criminologiaysociedad.com/articulos/archivos/Esbozo%20Criminologico%20sobre%20el%20Derecho%20Penal%20del%20Enemigo.pdf (zit. **Barba Álvarez** o. J.).

Beck, **Reinhart**: Sachwörterbuch der Politik, 2. Aufl., Kröner, Stuttgart, 1986 (zit. **Beck, R** 1986).

Beck, **Ulrich**: Risikogesellschaft. Auf dem Weg in eine andere Moderne, Suhrkamp, Frankfurt am Main, 1986 (zit. **Beck, U** 1986).

Beling, **Ernst v.**: Grundzüge des Strafrechts, 2. Aufl., 1902 (zit. **Beling** 1902).

– Die Lehre vom Verbrechen, Verlag von J.C. B. Mohr (Paul Siebeck), Tübingen, 1906 (zit. **Beling** 1906).

Bello Rengifo, **Carlos Simón**: Las razones del derecho penal, in: Cancio Meliá/ Gómez-Jara Díez (Hrsg.): Derecho penal del enemigo- El discurso penal de la exclusión, Bd. I, Edisofer, Madrid, 2006, S.305-324 (zit. **Bello Rengifo** 2006).

Bergalli, **Roberto**: Origen de las teorías de la reacción social (un aporte al análisis y crítica del labelling approach), Revista de sociología 13 (1980), S. 49-96, im Internet abrufbar unter: http://ddd.uab.cat/pub/papers/02102862n13p49.pdf (zit. **Bergalli** 1980).

Berner, **Albert Friedrich**: Lehrbuch des deutschen Strafrechts, Leipzig, Tauchnitz, 8vo. XVI, 1857 (zit. **Berner** 1857).

Bianchini, **Alice**: Fragebogen über die Rezeption des Feindstrafrechts in Lateinamerika, 8. März 2010, Anhang V., S. xiii-xvi (zit. **Bianchini** 2010).

Binder, **Alberto M.**: Testimonio y palabra. Conversaciones con el profesor David Baigún, in: El Derecho Penal Hoy. Homenaje al profesor David Baigún, Editores del Puerto, Buenos Aires, 1995, S. 600-630 (zit. **Binder** 1995).

Binding, **Karl**: Die Normen und ihre Übertretung. Normen und Strafgesetze, Bd. I, 2. Aufl., Engelmann, Leipzig, 1890 (zit. **Binding** 1890).

– Grundriß des deutschen Strafrechts, 8. Aufl., Scientia, Leipzig, Aalen, 1913 (zit. **Binding** 1913).

Blumer, **Herbert**: Der methodologische Standort des symbolischen Interaktionismus, in: Arbeitsgruppe Bielefelder Soziologen (Hrsg.): Alltagswissen, Interaktion und gesellschaftliche Wirklichkeit, Bd. 1, Rowohlt, Reinbek bei Hamburg, 1973, S. 80-101 (zit. **Blumer** 1973).

Birkmeyer, **Karl v.**: Was lässt von Liszt vom Strafrecht übrig? Eine Warnung vor der modernen Richtung im Strafrecht, C. H. Beck, München, 1907 (zit. **Birkmeyer** 1907).

Brünneck, **Alexander v.**: Politische Justiz gegen Kommunisten in der Bundesrepublik Deutschland: 1949-1968, Frankfurt a. M., 1978 (zit. **Brünneck** 1978).

Buchbender, **Ortwin**: Wörterbuch zur Sicherheitspolitik mit Stichworten zur Bundeswehr, 4. Aufl., Mittler, Hamburg [u.a.], 2000 (zit. **Buchbender** 2000).

Buechler, **Helmut Georg**: Giner de los Rios, der Rechtsphilosoph des spanischen Krausismus, Phil. Diss., Freiburg in Br., 1954 (zit. **Buechler** 1954).

Bung, **Jochen**: Feindstrafrecht als Theorie der Normgeltung und der Person, in: Wie viel Sicherheit braucht die Freiheit? (Materialheft) 30. Strafverteidigertag, Frankfurt am Main, 2006, S. 56-62. Auch in: Uwer (Hrsg.): Bitte bewahren Sie Ruhe. Leben im Feindrechtsstaat, Berlin, 2006, S.249-265 (zit. **Bung** 2006, 2006a).

Callegari, **André Luís/Arruda**, **Dutra Fernanda**: Derecho penal del enemigo y derechos fundamentales, in: Cancio Meliá/ Gómez-Jara Díez (Hrsg.): Derecho penal del enemigo- El discurso penal de la exclusión, Bd. I, Edisofer, Madrid, 2006, S.325-340 (zit. **Callegari/Arruba Dutra** 2006).

Cancio Meliá, **Manuel**: ¿«Derecho Penal» Del Enemigo? In: Derecho penal del enemigo, civitas, Madrid, 2003, S. 59-102 (zit. **Cancio Meliá** 2003).

– Feind„strafrecht“? In: ZStW 117 (2005), S. 267-289 (zit. **Cancio Meliá** 2005).

- De nuevo: ¿”Derecho penal” del enemigo?, in: Cancio Meliá/ Gómez-Jara Díez (Hrsg.): Derecho penal del enemigo- El discurso penal de la exclusión, Bd. I, Edisofer, Madrid, 2006, S. 341-382 (zit. **Cancio Meliá** 2006).

– Zum Unrecht der kriminellen Vereinigung: Gefahr und Bedeutung, in: Pawlik/Zaczyk (Hrsg.): Festschrift für Günther Jakobs zum 70. Geburtstag am 26. Juli 2007, Carl Heymanns, Köln [u.a.], 2007, S. 27-52 (zit. **Cancio Meliá** 2007).

– Los delitos de terrorismo: estructura típica e injusto, Reus, Madrid, 2010 (zit. **Cancio Meliá** 2010).

– Interview über die Rezeption des Feindstrafrechts in Lateinamerika, 7. Juni 2010, Anhang VI., S. xvii-xxvii (zit. **Cancio Meliá** 2010a).

Cerezo Mir, **José**: Die Auseinandersetzung um den finalen Täterbegriff in der spanischen Strafrechtswissenschaft, in: Stratenwerth [et al.] (Hrsg.): Festschrift für Hans Welzel zum 70. Geburtstag, de Gruyter, Berlin, 1974, S. 635-653 (zit. **Cerezo Mir** 1974).

– Der Einfluß der deutschen Strafrechtswissenschaft in Spanien, in: Eser/Hassemer/Burkhardt (Hrsg.): Die deutsche Strafrechtswissenschaft vor der Jahrtausendwende, C. H. Beck, München, 2000, S. 255-260 (zit. **Cerezo Mir** 2000).

– La ciencia del derecho penal alemana desde el punto de vista de la española, in: Muñoz Conde (Hrsg.): La ciencia del derecho penal ante el nuevo milenio, Tirant lo Blanch, Valencia, 2004, S. 53-64 (zit. **Cerezo Mir** 2004).

– Von Jorge Sánchez mit Prof. José Cerezo Mir durchgeführtes Interview, das am 25. Oktober 2005 in Guayaquil, Ecuador stattfand, in: Revista Latinoamericana de Ciencias Penales y Criminología, 2006, S. 1-12, im Internet abrufbar unter: http://www.ilecip.org/pdf/ Ilecip.Ent.2006-01.pdf (zit. **Cerezo Mir** 2006).

– Der Einfluss von Welzel und der finalen Handlungslehre im Allgemeinen in der Strafrechtswissenschaft von Spanien und den iberoamerikanischen Ländern, in: ZIS 2009, S. 212-224 (zit. **Cerezo Mir** 2009).

Cobler, **Sebastian**: Die Gefahr geht von den Menschen aus. Der vorverlegte Staatsschutz, Berlin, 1976 (zit. **Cobler** 1976).

Comte, **Auguste**: Cours de philosophie positive, 2. Aufl., bes. v. E. Littré, Paris, 1864 (zit. **Comte** 1864).

– Abhandlung über den Geist des Positivismus: Ordnung und Fortschritt, Übers. und (Hrsg.) Sebrecht, Meiner, Leipzig, 1915 (zit. **Comte** 1915).

Cornils, **Katrin**: Bericht über die Diskussion zum Thema „Die Strafrechtswissenschaft vor den Aufgaben der Zukunft“, in: Eser/Hassemer/Burkhardt (Hrsg.): Die deutsche Strafrechtswissenschaft vor der Jahrtausendwende, München, 2000, S. 427-435 (zit. **Cornils** 2000).

Creifelds, **Carl**: Creifelds Rechtswörterbuch, 19. Aufl., C. H. Beck, München, 2007 (zit. **Creifelds** 2007).

Dannecker, **Gerhard**: Das intertemporale Strafrecht, Tübingen, Mohr, 1993.

Demetrio Crespo, **Eduardo**: Del “derecho penal liberal” al “derecho penal del enemigo”, in: Revista de derecho penal y criminología, Nº 14, 2004, S.87-116 (zit. **Demetrio Crespo** 2004).

– Das „Feindstrafrecht“ darf nicht sein! Zur Unzulässigkeit des sogenannten Feindstrafrechts und dem Gedanken der Sicherheit unter besonderer Berücksichtigung der wissenschaftlichen Diskussion und Tendenzen in Spanien, in: Vormbaum (Hrsg.): Kritik des Feindstrafrechts, LIT, Berlin, 2009, S. 385-411 (zit. **Demetrio Crespo** 2009).

Dorado Montero, Pedro: El derecho protector de los criminales, Victoriano Suárez, Madrid, 1915 (zit. **Dorado** 1915).

Durán Migliardi, **Mario**: Derecho penal del enemigo. Formulación y observaciones críticas en el contexto del debate sobre la modernización y expansión del derecho penal, in: Cancio Meliá/ Gómez-Jara Díez (Hrsg.): Derecho penal del enemigo- El discurso penal de la exclusión, Bd. I, Edisofer, Madrid, 2006, S. 725-756 (zit. **Durán Migliardi** 2006).

Duttge, **Gunnar/ Hörnle**, **Tatjana/ Renzikowski**, **Jan**: Das Gesetz zur Änderung der Vorschriften über die Straftaten gegen die sexuelle Selbstbestimmung, in: NJW 2004, S. 1065-1072 (zit. **Duttge/Hörnle/Renzikowski** 2004).

Düx, **Heinz**: Globale Sicherheitsgesetze und weltweite Erosion von Grundrechten- Statt „Feindstrafrecht“ globaler Ausbau demokratischer Rechte, in: ZRP 2003, S. 189-195 (zit. **Düx** 2003).

Ehret, **Susanne**: Strafrechtsbegrenzung durch das Gesetzlichkeitsprinzip bei Franz von Liszt? In: KritV 80 (1997), S. 340-354 (zit. **Ehret** 1997).

Eser, **Albin**: Schlußbetrachtungen, in: Eser/Hassemer/Burkhardt (Hrsg.): Die deutsche Strafrechtswissenschaft vor der Jahrtausendwende, C. H. Beck, München, 2000, S. 437- 448 (zit. **Eser** 2000).

Eucken, **Rudolf**: Zur Würdigung Comtes und des Positivismus, in: Philosophische Aufsätze: Eduard Zeller zu seinem fünfzigjährigen Doctor-Jubiläum gewidmet, Lepzig: Zentral – Antiquariat der Dt. Demokrat. Republik, 1887 (zit. **Eucken** 1887).

Feijoo Sánchez, **Bernardo**: Positive Generalprävention. Gedanken zur Straftheorie Günther Jakobs', in: Pawlik/Zaczyk (Hrsg.): Festschrift für Günther Jakobs zum 70. Geburtstag am 26. Juli 2007, Carl Heymanns, Köln [u.a.], 2007, S. 75-95 (zit. **Feijoo Sánchez** 2007).

Ferreira de Abreu, Francisco: ¿Resocialización o inocuización? Acerca del derecho penal del enemigo en el contexto de la reforma penal venezolana, in: Cancio Meliá/ Gómez-Jara Díez (Hrsg.): Derecho penal del enemigo-El discurso penal de la exclusión, Bd. I, Edisofer s.l., Madrid, 2006, S. 845-886 (zit. **Ferreira de Abreu** 2006).

– Fragebogen über die Rezeption des Feindstrafrechts in Lateinamerika, 11. Januar 2010, Anhang VII., S. xxviii-xxxvi (zit. **Ferreira de Abreu** 2010).

Ferreiro Alemparte, **Jaime:** Aufnahme der deutschen Kultur in Spanien. Der Krausismo als Höhepunkt und sein Weiterwirken durch die Institución Libre de Enseñanza, in: Kodalle (Hrsg.): Karl Chr. F. Krause (1781-1832) Studien zu seiner Philosophie und zum Krausismo, Felix Meiner, Hamburg, 1985, S. 135-151 (zit. **Alemparte** 1985).

Fichte, **Johann Gottlieb**: Das System der Sittenlehre nach den Prinzipien der Wissenschaftslehre (1798), Felix Meiner, Hamburg, 1995 (zit. **Fichte** 1798).

– Grundlage des Naturrechts nach Prinzipien der Wissenschaftslehre, in: Sämtliche Werke, Bd. I, Zweite Abtheilung, A. Zur Rechts- und Sittenlehre, o.J. (zit. o.J. **Fichte**).

Frisch, **Wolfgang**: Faszinierendes, Berechtigtes und Problematisches der Lehre von der objektiven Zurechnung des Erfolgs, in: Schünemann/Achenbach/Bottke/Haffke/Rudolphi (Hrsg.): Festschrift für Claus Roxin zum 70. Geburtstag, De Gruyter, Berlin, 2001, S. 213-238 (zit. **Frisch** 2001).

García Cavero, **Percy**: ¿Existe y debe existir un derecho penal del enemigo? In: Cancio Meliá/ Gómez-Jara Díez (Hrsg.): Derecho penal del enemigo- El discurso penal de la exclusión, Bd. I, Edisofer, Madrid, 2006, S. 925-948 (zit. **García Cavero** 2006).

– Fragebogen über die Rezeption des Feindstrafrechts in Lateinamerika, 03. Februar 2010, Anhang VIII., S. xxxvii-xxxix (zit. **García Cavero** 2010).

García Mateo, **Rogelio**: Das deutsche Denken und das moderne Spanien, Lang, Frankfurt am Main [u.a.], 1982 (zit. **García Mateo** 1982).

Geulen, **Christian**: Einleitung, in: Geulen/von der Heiden/Liebsch (Hrsg.): Vom Sinn der Feindschaft, Akademie, Berlin, 2002, S. 7-15 (zit. **Geulen** 2002).

Goldschmidt, **James**: Normativer Schuldbegriff, in: Festgabe für Reinhard von Frank zum 70. Geburtstag, Bd. 1, Mohr, Tübingen, 1930, S. 428-468 (zit. **Goldtschmidt** 1930).

Gomes Flávio, **Luiz/ Bianchini**, **Alice**: "Derecho penal" del enemigo y los enemigos del derecho penal, in: Cancio Meliá/ Gómez-Jara Díez (Hrsg.): Derecho penal del enemigo- El discurso penal de la exclusión, Bd. I, Edisofer, Madrid, 2006, S. 949-976 (zit. **Gomes**/**Bianchini** 2006).

González Cussac, **José Luis**: Feindstrafrecht. Die Wiedergeburt des autoritären Denkens im Schoße des Rechtsstaates, LIT, Berlin, 2007 (zit. **González Cussac** 2007).

Gössel, **Karl Heinz**: Widerrede zum Feindstrafrecht. Über Menschen, Individuen und Rechtspersonen, in: Hoyer/Müller/Pawlik/Wolter (Hrsg.): Festschrift für Friedrich-Christian Schroeder zum 70. Geburtstag, C. F. Müller, Heidelberg, 2006, S. 33-50 (zit. **Gössel** 2006).

Gracia Martín, **Luis**: Sobre la negación de la condición de persona como paradigma del "Derecho penal del enemigo", in: Cancio Meliá/ Gómez-Jara Díez (Hrsg.): Derecho penal del enemigo- El discurso penal de la exclusión, Bd. I, Edisofer, Madrid, 2006, S. 1051-1080 (zit. **Gracia Martín** 2006).

Graf zu Dohna, **Alexander**: Die Rechtswidrigkeit als allgemeingültiges Merkmal im Tatbestand strafbarer Handlungen. Ein Beitrag zur allgemeinen Strafrechtslehre. Verlag der Buchhandlung des Waisenhauses, Halle, 1905 (zit. **Graf zu Dohna** 1905).

– Zum neuesten Stand der Schuldlehre, in: ZStW 32 (1911), S. 323-338 (zit. **Graf zu Dohna** 1911).

Greco, **Luis**: Über das so genannte Feindstrafrecht, in: GA 2006, S. 96-113. Übersetzung ins Spanische: Cancio Meliá/ Gómez-Jara Díez (Hrsg.): Derecho penal del enemigo- El discurso penal de la exclusión, Bd. I, Edisofer, Madrid, 2006, S. 1081-1111 (zit. **Greco** 2006, 2006a).

Gropp, **Walter**: Tagungsbericht. Diskussionsbeiträge der Strafrechtslehrertagung 1985 in Frankfurt a. M., in: ZStW 97 (1985), S. 919-953 (zit. **Gropp** 1985).

– Strafrecht Allgemeiner Teil, 3. Aufl., Springer, Berlin, Heidelberg, 2005 (zit. **Gropp** 2005).

Gropengießer, **Helmut**: Bericht über die Diskussion zum Thema: „Geglückte und folgenlose Strafrechtsdogmatik", in: Eser/Hassemer/Burkhardt (Hrsg.): Die deutsche Strafrechtswissenschaft vor der Jahrtausendwende, München, 2000, S.221-231 (zit. **Gropengießer** 2000).

Grosso García, **Manuel**: ¿Qué es y qué puede ser el "derecho penal del enemigo"? Una aproximación crítica al concepto, in: Cancio Meliá/ Gómez-Jara Díez (Hrsg.), Derecho penal del enemigo- El discurso penal de la exclusión, Bd. II, Edisofer, Madrid, 2006, S. 1-50 (zit. **Grosso García** 2006).

– Fragebogen über die Rezeption des Feindstrafrechts in Lateinamerika, 25. November 2009, Anhang IX., S. xl-xlii (zit. **Grosso García** 2009).

Guillamondegui, **Luis R.** : La reforma de la ejecución penal y la necesidad del control jurisdiccional en un Estado de Derecho, Jurisprudencia Argentina, Número Especial de Ejecución Penal, 02/08/06, (Hrsg.) Delgado, Lexis Nexis, Buenos aires, 2006, S. 24-32 (zit. **Guillamondegui** 2006).

– Fragebogen über die Rezeption des Feindstrafrechts in Lateinamerika, 6. Februar 2010, Anhang X., S. xliii-xliv (zit. **Guillamondegui** 2010).

– Los discursos de emergencia y la tendencia hacia un derecho penal del enemigo, Artikel in der Digitalausgabe www.carlosparma.com.ar , S. 1-19 (zit. **Guillamondegui** o. J.).

Habermas, **Jürgen**: Die postnationale Konstellation: politische Essays, Suhrkamp, Frankfurt am Main, 1998 (zit. **Habermas** 1998).

Haufe: Online-Redaktion- „Politiker arbeiten sich an EuGH-Urteil ab", vom 27. Mai 2010, in der Digitalausgabe http://www.haufe.de/recht/newsDetails?newsID=1274881062.74 (zit. **Haufe** 2010).

Halder, Alois: Philosophisches Wörterbuch, Herder, Freiburg [u.a.], 2000 (zit. **Halder** 2000).

Hassemer, **Winfried**: Theorie und Soziologie des Verbrechens, Suhrkamp, Frankfurt a.M., 1973 (zit. **Hassemer** 1973).

– Strafrechtsdogmatik und Kriminalpolitik, Rowohlt, Reinbek bei Hamburg, 1974 (zit. **Hassemer** 1974).

– Symbolisches Strafrecht und Rechtsgüterschutz, in: NStZ 1989, S. 553-559 (zit. **Hassemer** 1989).

– Das Schicksal der Bürgerrechte im „effizienten" Strafrecht, in: StV 1990, S. 328-331 (zit. **Hassemer** 1990).

– Kennzeichen und Krisen des modernen Strafrechts, in: ZRP 1992, S. 378-383 (zit. **Hassemer** 1992).

– Perspektiven einer neuen Kriminalpolitik, in: StV 1995, S. 483-490 (zit. **Hassemer** 1995).

Hefendehl, **Roland**: Täter und Opfer bei kindlicher Gewaltkriminalität, in: JZ 12/2000, S. 600-608 (zit. **Hefendehl** 2000).

– Organisierte Kriminalität als Begründung für ein Feind- oder Täterstrafrecht? In: StV 3/2005, S. 156-161 (zit. **Hefendehl** 2005).

Hegel, Georg Wilhelm Friedrich: Grundlinien der Philosophie des Rechts (1821), Bd.7, Ausgabe Glockner, Neudruck 1952 (zit. **Hegel** 1952).

– Grundlinien der Philosophie des Rechts, 4. Aufl., 1955 (1. Aufl. 1821), Hamburg, 1955 (zit. **Hegel** 1955).

Heger, Martin: Diskussionsbeiträge der Strafrechtslehrertagung 2005 in Frankfurt/Oder, in: ZStW 117 (2005), S. 865-888 (zit. **Heger** 2005).

Hegler, **August**: Die Merkmale des Verbrechens, in: ZStW 36 (1915), S. 19-44 (zit. **Hegler** 1915).

Heinitz, **Ernst**: Franz von Liszt als Dogmatiker, in: ZStW 81 (1969), S. 572-596 (zit. **Heinitz** 1969).

Helmholtz, Hermann von: Ueber das Sehen des Menschen. Ein populär wissenschaftlicher Vortrag, gehalten zu Königsberg in Pr. zum Besten von Kant's Denkmal am 27. Februar 1855, Voss, Leipzig, 1855(zit. **von Helmholtz** 1855).

– Natur und Naturwissenschaft, Langen, München, 1925 (zit. **Helmholtz** 1925).

Hellmer, **Joachim**: Jugendkriminalität in unserer Zeit, Fischer, Frankfurt am Main [u.a], 1966 (zit. **Hellmer** 1966).

Herzberg, **Rolf Dietrich**: Die Vermeidbarkeit einer Erfolgsdifferenz. Überlegungen zu Günther Jakobs' strafrechtlichem Handlungs- und Verhaltensbegriff, in: Pawlik/Zaczyk (Hrsg.): Festschrift für Günther Jakobs zum 70. Geburtstag am 26. Juli 2007, Carl Heymanns, Köln [u.a.], 2007, S. 147-173 (zit. **Herzberg** 2007).

– Gedanken zur finalen Handlungslehre, in: RECPC 10-01 (2008) S. 1-31 (zit. **Herzberg** 2008).

Hess, **Henner/ Scheerer**, **Sebastian**: Was ist Kriminalität? Skizze einer konstruktivistischen Kriminalitätstheorie? In: Krim. Journal 2/1997, S. 83-155 (zit. **Hess/Scheerer** 1997).

Hettinger, **Michael**: Bericht/Rezension über: Die Deutsche Strafrechtswissenschaft vor der Jahrtausendwende, im Internet abrufbar unter: http://www.koeblergerhard.de/ZRG120 Internetrezensionen2003/DiedeutscheStrafrechtswissenschaft.htm (zit. **Hettinger** 2003).

Hirsch, Hans Joachim: Gefahr und Gefährlichkeit, in: Festschrift von Arthur Kaufmann zum 70. Geburtstag, Müller, Heidelberg, 1993, 545-563 (zit. **Hirsch** 1993).

Hobe, **Stephan**: Einführung in das Völkerrecht. Begründet von Otto Kimminich, 9. Aufl., Narr Francke Attempto, Tübingen, 2008 (zit. **Hobe** 2008).

Hobbes, **Thomas**: Leviathan, in: The English Works, Bd. 3, (Hrsg.) Molesworth, Aalen, 1962 (zit. **Hobbes** 1962).

Hoerster, **Norbert**: Buchbesprechung zu Norm, Person, Gesellschaft, in: ZRP, Heft 5, 1999, S. 215 (zit. **Hoerster** 1999).

Höffe, **Otfried**: Ethik und Politik: Grundmodelle und –probleme der praktischen Philosophie, Suhrkamp, Frankfurt am Main, 1979 (zit. **Höffe** 1979).

– Proto-Strafrecht: Programm und Anfragen eines Philosophen, in: Eser/ Hassemer/Burkhardt (Hrsg.): Die deutsche Strafrechtswissenschaft vor der Jahrtausendwende, München, 2000, S. 307-337 (zit. **Höffe** 2000).

Holzhey, **Helmut/ Röd, Wolfgang**: Geschichte der Philosophie. Die Philosophie des ausgehenden 19. und des 20. Jahrhunderts, Bd. XII, Neukantianismus, Idealismus, Realismus, Phänomenologie, Beck, München, 2004 (zit. **Holzhey** 2004).

Hörnle, **Tatjana**: Deskriptive und normative Dimensionen des Begriffs „Feindstrafrecht", in: GA 2006, S. 80-95. Übersetzung ins Spanische: Cancio Meliá/Gómez-Jara Díez (Hrsg.): Derecho penal del enemigo- El discurso penal de la exclusión, Bd. II, Edisofer s.l., Madrid, 2006, S. 51-76 (zit. **Hörnle** 2006, 2006a).

Hruschka, **Joachim**: Ordentliche und außerordentliche Zurechnung bei Pufendorf. Zur Geschichte und zur Bedeutung der Differenz von actio libera in se und actio libera in sua causa, in: ZStW 96 (1984), S. 661-702 (zit. **Hruschka** 1984).

– Kants Rechtsphilosophie als Philosophie des subjektiven Rechts, in: JZ 2004, S. 1085-1092 (zit. **Hruschka** 2004).

Jahn, **Matthias**: Das Strafrecht des Staatsnotstandes. Die strafrechtlichen Rechtfertigungsgründe und ihr Verhältnis zu Eingriff und Intervention im Verfassungs- und Völkerrecht der Gegenwart, Vittorio Klostermann, Frankfurt am Main, 2004 (zit. **Jahn** 2004).

Jakobs, **Günther**: Schuld und Prävention, Mohr Siebeck, Tübingen, 1976 (zit. **Jakobs** 1976).

– Die subjektive Seite von Erfolgsdelikten bei Risikogewöhnung, in: Frisch/Schmid (Hrsg.): Festschrift für Hans-Jürgen Bruns zum 70. Geburtstag, Köln, 1978, S. 31-42 (zit. **Jakobs** 1978).

– Kriminalisierung im Vorfeld einer Rechtsgutsverletzung, in: ZStW 97 (1985), S. 751-785 (zit. **Jakobs** 1985).

– Der strafrechtliche Handlungsbegriff, C. H. Beck, München, 1992 (zit. **Jakobs** 1992).

– Strafrecht Allgemeiner Teil. Die Grundlagen und die Zurechnungslehre: Lehrbuch, de Gruyter, Berlin, 1991 [2. Aufl. 1993] (zit. **Jakobs** 1991, 1993).

– Das Schuldprinzip, Westdeutscher, Opladen, 1993, S. 7-35 (zit. **Jakobs** 1993a).

– Das Strafrecht zwischen Funktionalismus und „alteuropäischem“ Prinzipiendenken. Oder: Verabschiedung des „alteuropäischen“ Strafrechts? In: ZStW 107 (1995), S. 843-876. Übersetzung ins Spanische: Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 1998 (zit. **Jakobs** 1995, 1998a).

– Die strafrechtliche Zurechnung von Tun und Unterlassen, Westdeutscher, Opladen, 1996. Übersetzung ins Spanische: Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 1996 (zit. **Jakobs** 1996, 1996a).

– Objektive Zurechnung bei mittelbarer Täterschaft durch ein vorsatzloses Werkzeug, in: GA 1997, S. 553-572 (zit. **Jakobs** 1997).

– Zur gegenwärtigen Straftheorie, in: Kodalle (Hrsg.): Strafe muss sein! Muss Strafe sein?, Könighausen & Neumann, Würzburg, 1998, S. 29-40. Übersetzung ins Spanische: Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 2002 (zit. **Jakobs** 1998, 2002a).

– Norm, Person, Gesellschaft. Vorüberlegungen zu einer Rechtsphilosophie, 2. Aufl., Duncker & Humboldt, Berlin, 1999 (zit. **Jakobs** 1999).

– Das Selbstverständnis der Strafrechtswissenschaft vor den Herausforderungen der Gegenwart, in: Eser/Hassemer/Burkhardt (Hrsg.): Die deutsche Strafrechtswissenschaft vor der Jahrtausendwende, C. H. Beck, München, 2000, 47-56. Übersetzung ins Spanische: Muñoz Conde (Hrsg.): La ciencia del derecho penal ante el nuevo milenio, Tirant lo Blanch, Valencia, 2004, S.53-64 (zit. **Jakobs** 2000, 2004b).

– Injerencia y dominio del hecho. Dos estudios sobre la parte general del Derecho penal, übersetzt von Manuel Cancio Meliá, Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 2001 (zit. **Jakobs** 2001).

– La Imputación objetiva en derecho penal, übersetzt von Manuel Cancio Meliá, AD HOC, Buenos Aires, 2002 (zit. **Jakobs** 2002).

– Bürgerstrafrecht und Feindstrafrecht, in: HRRS 3/2004, S. 88-95. Übersetzung ins Spanische: Derecho penal del enemigo, civitas, Madrid, 2003, S. 59-102 (zit. **Jakobs** 2004, 2003).

– Staatliche Strafe: Bedeutung und Zweck, Ferdinand Schöningh, Paderborn, 2004 (zit. **Jakobs** 2004a).

– Individuum und Person. Strafrechtliche Zurechnung und die Ergebnisse moderner Hirnforschung, in: ZStW 117 (2005), S. 247-266 (zit. **Jakobs** 2005).

– Feindstrafrecht? Eine Untersuchung zu den Bedingungen von Rechtlichkeit, in: HRRS 8-9/2006, S. 289-297 (zit. **Jakobs** 2006).

– Terroristen als Personen im Recht? In: Wie viel Sicherheit braucht die Freiheit? (Materialheft) 30. Strafverteidigertag, Frankfurt am Main, 2006, S. 49-53. Übersetzung ins Spanische: Cancio Meliá/Gómez-Jara Díez (Hrsg.): Derecho penal del enemigo- El discurso penal de la exclusión, Bd. II, Edisofer, Madrid, 2006, S. 77-92 (zit. **Jakobs** 2006a, 2006b).

– Feindstrafrecht? Eine Untersuchung zu den Bedingungen von Rechtlichkeit, in: Zeitschrift HRRS, Nr. 8-9, 2006, S. 289-297. Übersetzung ins Spanische: Cancio Meliá/Gómez-Jara Díez (Hrsg.): Derecho penal del enemigo- El discurso penal de la exclusión, Bd. II, Edisofer, Madrid, 2006, S. 92-116 (zit. **Jakobs** 2006c, 2006d).

– Strafrecht als wissenschaftliche Disziplin, in: Engel/Schön (Hrsg.): Das Proprium der Rechtswissenschaft, Mohr Siebeck, Tübingen, 2007, S. 103-135 (zit. **Jakobs** 2007).

Jescheck, **Hans-Heinrich**: Lehrbuch des Strafrechts Allgemeiner Teil, Duncker & Humblot, Berlin, 1969 [3. Aufl., 1978] (zit. **Jescheck** 1969, 1978).

Jescheck, **Hans-Heinrich/Weigend**, **Thomas**: Lehrbuch des Strafrechts. Allgemeiner Teil, 5. Auflage, Duncker & Humboldt, Berlin, 1996 (zit. **Jescheck/Weigend** 1996).

Jhering, Rudolf von: Das Schuldmoment im römischen Privatrecht, Brühl, Giessen, 1867 (zit. **von Jhering** 1867).

Jiménez de Asúa, **Luis**: El nuevo Derecho penal: escuelas y códigos del presente y del porvenir, Biblioteca de ensayos, Páez, Madrid, 1929 (zit. **Jiménez de Asúa** 1929).

– La teoría jurídica del delito: discurso leído en la solemne inauguración del curso académico de 1931 a 1932 por Luis Jiménez de Asúa, Imp. Estrada Hermanos, Madrid, 1931 (zit. **Jiménez de Asúa** 1931).

– Crónicas del derecho penal en Hispanoamérica (1949-1959), Jurídica Universitaria, México, 2001 (zit. **Jiménez de Asúa** 2001).

Kaiafa-Ghandi, **Maria**: Ein Blick auf Brennpunkte der Entwicklung der deutschen Strafrechtsdogmatik vor der Jahrtausendwende aus der Sicht eines Mitglieds der griechischen Strafrechtswissenschaft, in: Eser/Hassemer/Burkhardt (Hrsg.): Die deutsche Strafrechtswissenschaft vor der Jahrtausendwende, C. H. Beck, München, 2000, S. 261-282 (zit. **Kaiafa-Ghandi** 2000).

Kaiser, **Günther**: Kleines kriminologisches Wörterbuch, Kaiser/Kerner (Hrsg.), 3. Aufl., C.F. Müller, Heidelberg, 1993 (zit. **Kaiser** 1993).

Kaleck, **Wolfgang**: Zu kurz gegriffen. Die Diskussion um das Feindstrafrecht, in: Uwer (Hrsg.), Bitte bewahren Sie Ruhe. Leben im Feindrechtsstaat, Berlin, 2006, S.281-297. Übersetzung ins Spanische: Cancio Meliá/ Gómez-Jara Díez (Hrsg.): Derecho penal del enemigo-El discurso penal de la exclusión, Bd. II, Edisofer, Madrid, 2006, S. 117-136 (zit. **Kaleck** 2006, 2006a).

Kant, **Immanuel**: Grundlegung zur Metaphysik der Sitten (1785), in: Preußische Akademie der Wissenschaften (Hrsg.), Bd. IV, Reimer, Berlin, 1903 (zit. **Kant** 1785).

– Zum ewigen Frieden. Ein philosophischer Entwurf aus dem Jahre 1795, der Nation, Berlin, 1795 = 1985 [Malter (Hrsg.) 2005] (zit. **Kant** 1795, 2005).

– Die Metaphysik der Sitten, Nicolovius, Königsberg, 1797 (2. Aufl., 1798) [Preußische Akademie der Wissenschaften (Hrsg.) 1907 = 1914; Weischedel (Hrsg.) 1983; Ebeling (Hrsg.) 1990] (zit. **Kant** 1797, 1907, 1914, 1983, 1990).

– Sämmtliche Werke, Zweiter Theil, Rosenkranz/Schubert (Hrsg.), Leopold Voss, Leipzig, 1838 (zit. **Kant** 1838).

– Kritik der praktischen Vernunft, in: Weischedel (Hrsg.): Werke in sechs Bänden, Bd. II, Wissenschaftliche Buchgesellschaft, Darmstadt, 1966 (zit. **Kant** 1966).

Kaufmann, **Arthur**: Die ontologische Struktur der Handlung. Skizze einer personalen Handlungslehre, in: Geerds/Naucke (Hrsg.): Festschrift für H. Mayer zum 70. Geburtstag am 1. Mai 1965. Beiträge zur gesamten Strafrechtswissenschaft, Duncker & Humblot, Berlin, 1966, S. 79-117 (zit. **Kaufmann** 1966).

Kelker, **Brigitte**: Zur Legitimität von Gesinnungsmerkmalen im Strafrecht, Vittorio Klostermann, Frankfurt am Main, 2007 (zit. **Kelker** 2007).

Kerner, **Hans Jürgen**: Kriminologie Lexikon, Kerner (Hrsg.), Bearb. von T. Feltes, 4. Aufl., Kriminalistik GmbH, Heidelberg, 1991 (zit. **Kerner** 1991).

Kersting, **Wolfgang**: Neuere Interpretationen der kantischen Rechtsphilosophie, in: Zeitschrift für Philosophische Forschung, Bd. 37, Anton Hain, Meisenheim, 1983, S. 282 – 298 (zit. **Kersting** 1983).

Kindhäuser, **Urs**: Gefährdung als Straftat. Rechtstheoretische Untersuchungen zur Dogmatik der abstrakten und konkreten Gefährdungsdelikte, Vittorio Klostermann, Frankfurt am Main, 1989 (zit. **Kindhäuser** 1989).

– Schuld und Strafe. Zur Diskussion um ein „Feindstrafrecht", in: Hoyer/Müller/Pawlik/Wolter (Hrsg.): Festschrift für Friedrich-Christian Schroeder zum 70. Geburtstag, C. F. Müller, Heidelberg, 2006, S. 81-98 (zit. **Kindhäuser** 2006).

– Retribución de la Culpabilidad y Prevención en el Estado Democrático de Derecho, übersetzt von Nuria Pastor Muñoz, in: Cancio Meliá/ Gómez-Jara Díez (Hrsg.): Derecho penal del enemigo − El discurso penal de la exclusión, Bd. II, Edisofer s.l., Madrid, 2006, S. 137-164 (zit. **Kindhäuser** 2006a).

– Strafrecht Allgemeiner Teil, 3. Aufl., Nomos, Baden-Baden, 2008 (zit. **Kindhäuser** 2008)

Klein, **Martin D.**: Demokratisches Denken bei Gustav Radbruch, Berliner Wissenschafts-Verlag, Berlin, 2007 (zit. **Klein** 2007).

Kleinheyer, **Gerd**/**Schröder**, **Jan** (Hrsg.): Deutsche und europäische Juristen aus neun Jahrhunderten. Eine biographische Einführung in die Geschichte der Rechtswissenschaft, 4. Aufl., Müller, Heidelberg, 1996 [5. Aufl. 2008] (zit. **Kleinheyer/Schröder** 1996, 2008).

Kniesel, **Michael**: Das Strafrecht muß sich zurückziehen, in: Die Zeit Nr. 41/1993, im Internet abrufbar unter: http://www.zeit.de/1993/41/Das-Strafrecht-muss-sich-zurueckziehen (zit. **Kniesel** 1993).

Koch, **Arnd**: Binding vs. v. Liszt – Klassische und moderne Strafrechtschule, in: Hilgendorf/Weitzel (Hrsg.): Der Strafgedanke in seiner historischen Entwicklung, Duncker & Humblot, Berlin, 2007, S. 127 – 145 (zit. **Koch** 2007).

Köhler, Michael: Strafrecht Allgemeiner Teil, Springer, Berlin [u.a.], 1997 (zit. **Köhler** 1997).

– Die Aufhebung der Sicherungsmaßregeln durch die Strafgerechtigkeit, in: Pawlik/Zaczyk (Hrsg.): Festschrift für Günther Jakobs zum 70. Geburtstag am 26. Juli 2007, Carl Heymanns, Köln [u.a.], 2007, S. 273- 292 (zit. **Köhler** 2007).

Kohlrausch, **Eduard**: Über deskriptive und normative Elemente im Vergeltungsbegriff des Strafrechts, in: von der Universität Königsberg (Hrsg.): Zur Erinnerung an Immanuel Kant, Halle, 1904 (zit. **Kohlrausch** 1904).

König, **Peter**: Autonomie und Autokratie. Über Kants Metaphysik der Sitten, de Gruyter, Berlin [u.a.], 1994 (zit. **König** 1994).

Kraepelin, **Emil**: Die Abschaffung des Strafmaßes. Ein Vorschlag zur Reform der heutigen Strafrechtspflege, Enke, Stuttgart, 1880 (zit. **Kraepelin** 1880).

Krause, **Karl Christian Friedrich**: Das Urbild der Menschheit. Ein Versuch. Vorzüglich für Freimaurer, Dieterich, Dresden, 1811(3. Aufl., 1903) (zit. **Krause** 1811).

– Tagblatt des Menschheitlebens, (Hrsg.) Krause, erster Vierteljahrgang 1811, Dresden, in der Arnold'schen Buchhandlung, 1811 (zit. **Krause** 1811a).

– Abriss des Systems der Rechtsphilosophie oder des Naturrechts, Ebd., in Commission, Göttingen, 1828 (zit. **Krause** 1828).

– Ideal de la humanidad para la vida, mit Einleitung und Kommentar von Julián Sanz del Río**,** Madrid, Imprenta de Manuel Galiano, 1860 (2. Aufl. Madrid 1871) (zit. **Krause** 1860).

– Das System der Rechtsphilosophie**,** in: Röder **(**Hrsg.): Karl Christian Friedrich Krause's handschriftlicher Nachlaß, Leipzig: Brockhaus, 1874 (zit. **Krause** 1874).

– Philosophisch-freimaurerische Schriften: 1808-1832, eingeleitet von Seidel/ Ureña/ Fuchs/ Álvarez Lázaro (Hrsg.), Bd. II, Frommann-Holzboog, Stuttgart, 2009 (zit. **Seidel**/**Ureña** 2009).

Krumpel, **Heinz**: Philosophie in Lateinamerika: Grundzüge ihrer Entwicklung, Akademischer, Berlin, 1992 (zit. **Krumpel** 1992).

– Barock und Moderne in Lateinamerika: ein Beitrag zu Identität und Vergleich zwischen lateinamerikanischem und europäischem Denken, Peter Lang, Frankfurt am Main [u.a.], 2008 (zit. **Krumpel** 2008).

Kuhlen, **Lothar:** Objektive Zurechnung bei Rechtfertigungsgründen, in: Schünemann/Achenbach/Bottke/Haffke/Rudolphi (Hrsg.): Festschrift für Claus Roxin zum 70. Geburtstag, de Gruyter, Berlin, 2001, S. 331-347 (zit. **Kuhlen** 2001).

Landau, **Peter**: Karl Christian Friedrich Krauses Rechtsphilosophie, in: Kodalle (Hrsg.): Karl Christian Friedrich Krause: (1781-1832). Studien zu seiner Philosophie und zum Krausismo, Meiner, Hamburg, 1985, S. 80-92 (zit. **Landau** 1985).

Lange, **Hans-Jürgen**: Wörterbuch zur Inneren Sicherheit, Lange (Hrsg.), VS Verlag für Sozialwissenschaften, Wiesbaden, 2006 (zit. **Lange** 2006).

Larenz, **Karl**: Methodenlehre der Rechtswissenschaft, 6. Aufl., Springer, Berlin [u.a.], 1991 (zit. **Larenz** 1991).

Lascano, **Carlos J.**: La "Demonización" del enemigo y la crítica al derecho penal del enemigo basada en su caracterización como derecho penal de autor, in: Cancio Meliá/ Gómez-Jara Díez (Hrsg.): Derecho penal del enemigo- El discurso penal de la exclusión, Bd. II, Edisofer, Madrid, 2006, S. 203-232 (zit. **Lascano** 2006).

Lask, **Emil**: Rechtsphilosophie, Bd. II, in: Windelband (Hrsg.): Die Philosophie im Beginn des zwanzigsten Jahrhunderts, Festschrift für Kuno Fischer, Heidelberg, 1907, S. 269-320; Herrigel (Hrsg.), Gesammelte Schriften/Emil Lask, Mohr, Tübingen, 1923, S. 276-331 (zit. **Lask** 1907).

Lesch, **Heiko Hartmut**: Zur Einführung in das Strafrecht: Über den Sinn und Zweck staatlichen Strafens (1.Teil), in: JA 1994, S. 510-519, (2.Teil) in: JA 1994, S. 590-599 (zit. **Lesch** 1994).

– Der Verbrechensbegriff: Grundlinien einer funktionalen Revision, Heymann, Köln [u.a.], 1999 (zit. **Lesch** 1999).

– La función de la pena, übersetzt von Javier Sánchez-Vera Gómez-Trelles, Dykinson, Madrid, 1999 (zit. **Lesch** 1999a).

Leupolt, **Söhnke**: Die rechtliche Aufarbeitung des DDR-Unrechts, LIT, Münster, 2003 (zit. **Leupolt** 2003).

Liebs, **Detlef**: Lateinische Rechtsregeln und Rechtssprichwörter, 7. Aufl., C. H. Beck, München, 2007 (zit. **Liebs** 2007).

Liszt, Franz von: Von der Rache zur Zweckstrafe: 100 Jahre Marburger Programm, Ostendorf (Hrsg.), Metzner, Frankfurt/Main 1982 (zit. **von Liszt** 1982).

– Kriminalpolitische Aufgaben, in: ZStW 9 (1889), S. 737-782 (zit. **von Liszt** 1889).

– Die deterministischen Gegner der Zweckstrafe, in: ZStW 13 (1893), Bd. XIII, S. 325 -370 (zit. **von Liszt** 1893).

– Strafrechtliche Aufsätze und Vorträge, Guttentag, Berlin, 1905 (zit. **von Liszt** 1905).

– Der Zweckgedanke im Strafrecht, 2. Unveränderte Aufl., Heft II, Wolf (Hrsg.), Klostermann, Frankfurt am Main, 1948 (zit. **von Liszt** 1948).

– Lehrbuch des Deutschen Strafrechts, 26. Auf. [2. Aufl. (1884), 4. Aufl. (1891), 14./15. Aufl. (1905), 21./22. Aufl. (1919), 23. Aufl. (1921)] de Gruyter, Berlin [u.a.], 1932 (zit. **von Liszt** 1884, 1891, 1905, 1919, 1921,1932).

Llobet Rodríguez, **Javier**: Fragebogen über die Rezeption des Feindstrafrechts in Lateinamerika, 22. August 2010, Anhang XI., S. xlv-xlvi (zit. **Llobet** 2010).

Lloredo Alix, **Luis**: Bericht/Rezension über: El Derecho en red. Estudios en Homenaje al profesor Mario G. Losano, Dykinson, Madrid, 2006, im Internet abrufbar unter: http://e-archivo.uc3m.es/bitstream/10016/8370/1/DyL-2007-17-Lloredo-Derecho.pdf, 2007, S. 209-219 (zit. **Lloredo Alix** 2007).

Loos, **Fritz**: Hans Welzel (1904-1977). Die Suche nach dem Überpositiven im Recht, in: Loos (Hrsg.): Rechtswissenschaft in Göttingen, Vandenhoeck & Ruprecht, Göttingen, 1987 (zit. **Loos** 1987).

López Morillas, **Juan**: El krausismo español: perfil de una aventura intelectual, México, Fondo de Cultura Económica, 1956 (zit. **López Morillas** 1956).

Luhmann, **Niklas**: Soziologische Aufklärung, Westdt. Verl., Opladen, 1970 (zit. **Luhmann** 1970).

– Rechtssoziologie, Bd. I- II, Rowohlt, Hamburg, 1972 [3. Aufl. 1987] (zit. **Luhmann** 1972-1987).

– Legitimation durch Verfahren, Suhrkamp, Frankfurt am Main, 1983 (zit. **Luhmann** 1983).

– Soziale Systeme: Grundriß einer allgemeinen Theorie, Suhrkamp, Frankfurt am Main,1984 (zit. **Luhmann** 1984).

– Die Autopoiesis des Bewußtseins, Soziale Welt 36, Heft 4, 1985, S. 402-446 (zit. **Luhmann** 1985).

– Soziologische Aufklärung 4., Westdeutscher Verl., Opladen, 1987 (zit. **Luhmann** 1987).

– Soziologie des Risikos, de Gruyter, Berlin [u.a.], 1991 [2003] (zit. **Luhmann** 1991).

– Das Recht der Gesellschaft, Suhrkamp, Frankfurt am Main, 1993 [1995] (zit. **Luhmann** 1993,1995).

Luisi, **Luiz**: Un derecho penal del enemigo: el derecho penal soviético, in: Cancio Meliá/ Gómez-Jara Díez (Hrsg.): Derecho penal del enemigo- El discurso penal de la exclusión, Bd. II, Edisofer, Madrid, 2006, S. 233- 256 (zit. **Luisi** 2006).

Mayer, **Max Ernst**: Der allgemeine Teil des deutschen Strafrechts. Lehrbuch, 1 Aufl., Winter, Heidelberg, 1915 (zit. **Mayer** 1915).

– Die schuldhafte Handlung und ihre Arten im Strafrecht, Hirschfeld, Leipzig, 1901 (zit. **Mayer** 1901).

Mead, George Herbert: Geist, Identität und Gesellschaft aus der Sicht des Sozialbehaviorismus, Suhrkamp, Frankfurt am Main, 2008 (zit. **Mead** 1968).

Meier, **Bernd-Dieter**: Strafrechtliche Sanktionen, 3. Aufl., Springer, Berlin, Heidelberg, 2009 (zit. **Meier** 2009).

Merkel, **Adolf**: Gesammelte Abhandlungen aus dem Gebiet der allgemeinen Rechtslehre und des Strafrechts, Hälfte 2, Trübner, Strassburg, 1899 (zit. **Merkel** 1899).

– Lehrbuch des Deutschen Strafrechts, Enke, Stuttgart, 1889 (zit. **Merkel** 1889).

Mezger, **Edmund**: Die subjektiven Unrechtselemente**,** in: Der Gerichtssaal, Bd. 89 (1924), Berlin, München, 1924 S. 205-314 (zit. **Mezger** 1924).

– Vom Sinn der strafrechtlichen Tatbestände, in: Festschrift für Ludwig Träger zum 70. Geburtstag, Stilke, Berlin, 1926, S. 187-230 (zit. **Mezger** 1926).

– Strafrecht: ein Lehrbuch, Duncker & Humblot, München [u.a.], 1931 (zit. **Mezger** 1931).

– Moderne Wege der Strafrechtsdogmatik, Duncker & Humblot, Berlin [u.a.], 1950 (zit. **Mezger** 1950).

Modolell González, **Juan Luis**: El derecho penal del enemigo: evolución (¿o ambigüedades?) del concepto y su justificación, in: Cancio Meliá/ Gómez-Jara Díez (Hrsg.): Derecho penal del enemigo- El discurso penal de la exclusión, Bd. II, Edisofer, Madrid, 2006, S. 321-338 (zit. **Modolell González** 2006).

Montealegre Lynett, **Eduardo**: Estudio introductorio a la obra de Günther Jakobs, B. I, in: Montealegre Lynett (Hrsg.): Libro Homenaje al profesor Günther Jakobs. El funcionalismo en derecho penal, Universidad Externado de Colombia, Centro de investigación en filosofía y derecho, Bogotá, 2003 (zit. **Montealegre Lynett** 2003).

Moreno Hernández, **Moisés**: Über die Verknüpfungen von Strafrechtsdogmatik und Kriminalpolitik (Ontologismus versus Normativismus?), in: Schünemann/Achenbach/Bottke/Haffke/Rudolphi (Hrsg.): Festschrift für Claus Roxin zum 70. Geburtstag, De Gruyter, Berlin, 2001, S. 69-91 (zit. **Moreno Hernández** 2001).

– La influencia del finalismo en la dogmática penal mexicana (el modelo lógico del derecho penal), MMH 06/2006, S. 1-24, im Internet abrufbar unter: http://www.alfonsozambrano.com/doctrina_penal/280709/dpinfluencia_dogmatica_mexicana.pdf (zit. **Moreno Hernández** 2006).

Muñoz Conde, **Francisco**: Edmund Mezger y el derecho penal de su tiempo- Estudios sobre el derecho penal en el Nacionalsocialismo, Tirant lo Blanch, Valencia, 2002 [4. Aufl. 2003] (zit. **Muñoz Conde** 2002, 2003).

– De nuevo sobre el "derecho penal del enemigo", Hammurabi, Buenos Aires, 2005 (zit. **Muñoz Conde** 2005).

– Vorwort (zur spanischen Ausgabe), in: La ciencia del Derecho Penal ante el nuevo milenio, (Hrsg.) **Muñoz Conde**, Tirant Lo Blanch, Valencia, 2004, S. 11-15 (zit. **Muñoz Conde** 2004).

– De nuevo sobre el “derecho penal del enemigo”, in: Cancio Meliá/Gómez-Jara Díez (Hrsg.): Derecho penal del enemigo − El discurso penal de la exclusión, Bd. II, Edisofer, Madrid, 2006, S. 339-370 (zit. **Muñoz Conde** 2006).

– Über das „Feindstrafrecht”, LIT, Berlin, 2007 (zit. **Muñoz Conde** 2007).

– De nuevo sobre el “derecho penal del enemigo”, Hammurabi, Buenos Aires, 2008 (zit. **Muñoz Conde** 2008).

– De las prohibiciones probatorias al derecho procesal penal del enemigo, Hammurabi, Buenos Aires, 2008 (zit. **Muñoz Conde** 2008a).

– Politische Straftat und Feindstrafrecht, in: Kritik des Feindstrafrechts, (Hrsg.) Vormbaum, LIT, Berlin, 2009, S. 107 - 114 (zit. **Muñoz Conde** 2009).

– Los orígenes ideológicos del derecho penal del enemigo, persönliche Mitteilung von **Muñoz Conde**, 2010, S. 1-22. Später veröffentlicht, in: Colección- Debates de Derecho Penal, Ubijus, 2010 (zit. **Muñoz Conde** 2010).

– Interview über die Rezeption des Feindstrafrechts in Lateinamerika, 9. Juni 2010, Anhang XII., S. xlvii-lv (zit. **Muñoz Conde** 2010a).

Murmann, **Uwe**: Die Selbstverantwortung des Opfers im Strafrecht, Springer, Berlin, Heidelberg, 2005 (zit. **Murmann** 2005).

Müssig, **Bernd**: Derecho penal del enemigo: concepto y fatídico presagio. Algunas tesis, übersetzt von Manuel Cancio Meliá, in: Cancio Meliá/ Gómez-Jara Díez (Hrsg.): Derecho penal del enemigo − El discurso penal de la exclusión, Bd. II, Edisofer s.l., Madrid, 2006, S. 371-390 (zit. **Müssig** 2006).

Naharro Mora, **José María**: Luis Jiménez de Asúa en el exilio, in: Naharro-Calderón (Hrsg.): El exilio de las Españas de 1939 en las Américas: ¿Adónde fue la canción?, Anthropos, Barcelona, 1991, S. 111-126 (zit. **Naharro** 1991).

Naucke, **Wolfgang**: Die Kriminalpolitik des Marburger Programms 1882, in: ZStW 94 (1982), S. 525- 564 (zit. **Naucke** 1982).

– Gesetzlichkeit und Kriminalpolitik, Klostermann, Frankfurt am Main, 1999 (zit. **Naucke** 1999).

Navarro, **Bernabé**: Der vollständige transzendentale Idealismus: die Stellungnahme Fichtes zu Kant als Bestimmungsgrund seiner Philosophie, München Universität, Disertation, 1966 (Erschienen 1973) (zit. **Navarro** 1973).

Nestler, **Cornelius**: El principio de protección de bienes jurídicos y la punibilidad de la posesión de Armas de fuego y de sustancias estupefacientes, traducido por Guillermo Benlloch Petit, in: Romeo Casabona (Hrsg.): La insostenible situación del derecho penal, Comares, Granada, 2000, S. 63-77 (zit. **Nestler** 2000).

Neumann, **Ulfried**: Feindstrafrecht, in: Uwer (Hrsg.): Bitte bewahren Sie Ruhe. Leben im Feindrechtsstaat, Berlin, 2006, S. 299-314. Übersetzung ins Spanische: Cancio Meliá/ Gómez-Jara Díez (Hrsg.): Derecho penal del enemigo- El discurso penal de la exclusión, Bd. II, Edisofer, Madrid, 2006, S. 391-409 (zit. **Neumann** 2006, 2006a).

– Institution, Zweck und Funktion staatlicher Strafe, in: Pawlik/Zaczyk (Hrsg.): Festschrift für Günther Jakobs zum 70. Geburtstag am 26. Juli 2007, Carl Heymanns, Köln [u.a.], 2007, S. 435-450 (zit. **Neumann** 2007).

Nutz, **Thomas**: Strafanstalt als Besserungsmaschine: Reformdiskurs und Gefängniswissenschaft 1775-1848, Oldenbourg, München, 2001 (zit. **Nutz** 2001).

Nuzinger, **Thomas/Sauer**, **Dirk**: Tagungsbericht. Die deutsche Strafrechtswissenschaft vor der Jahrtausendwende, in: JZ 2000, S. 407-409 (zit. **Nuzinger/Sauer** 2000).

Oneca, **José Antón**: Derecho penal, Tomo I., Parte general, unter Mitarbeit von Rodríguez Muñoz, Madrid, 1949.

– Derecho penal, Tomo II., Parte especial, unter Mitarbeit von Rodríguez Muñoz/Jaso Roldán/Rodríguez Devesa, Madrid, 1949.

– La utopía penal de Dorado Montero, Universidad, Salamanca, 1950 (zit. **Oneca** 1950).

– Die modernen Straftheorien in den lateinischen Ländern, in: ZStW (1968), S. 442-458 (zit. **Oneca** 1968).

Orce, **Guillermo**: Derecho penal del enemigo. Influencia de una idea negativamente cargada en la solución de casos límite, in: Cancio Meliá/ Gómez-Jara Díez (Hrsg.): Derecho penal del enemigo- El discurso penal de la exclusión, Bd. II, Edisofer, Madrid, 2006, S. 411-436 (zit. **Orce** 2006).

Parma, **Carlos**: Culpabilidad -lineamientos para su estudio-, Ediciones Jurídicas Cuyo, Mendoza, 1997 (zit. **Parma** 1997).

– El enemigo del derecho penal del enemigo, Artikel in Digitalausgabe, www.alfonsozambrano.com/dpe/, S. 1-22 (zit. **Parma** o. J.).

– Fragebogen über die Rezeption des Feindstrafrechts in Lateinamerika, 17. December 2009, Anhang XIII., S. lvi-lxxviii (zit. **Parma** 2009).

Pastor, **Daniel R.**: El derecho penal del enemigo en el espejo del poder punitivo internacional, in: Cancio Meliá/Gómez-Jara Díez (Hrsg.): Derecho penal del enemigo- El discurso penal de la exclusión, Bd. II, Edisofer, Madrid, 2006, S. 475-522 (zit. **Pastor** 2006).

– Encrucijadas del derecho penal internacional y del derecho internacional de los derechos humanos, Ibañez, Bogotá, 2009 (zit. **Pastor** 2009).

Pawlik, **Michael**: Person, Subjekt, Bürger. Zur Legitimation von Strafe, Duncker & Humboldt, Berlin, 2004 (zit. **Pawlik** 2004).

– Strafrechtswissenschaftstheorie, in: Pawlik/Zaczyk (Hrsg.): Festschrift für Günther Jakobs zum 70. Geburtstag am 26. Juli 2007, Carl Heymanns, Köln [u.a.], 2007, S. 435-450 (zit. **Pawlik** 2007).

Pérez del Valle, **Carlos**: Zur rechtsphilosophischen Begründung des Feindstrafrechts, in: Pawlik/Zaczyk (Hrsg.): Festschrift für Günther Jakobs zum 70. Geburtstag am 26. Juli 2007, Carl Heymanns, Köln [u.a.], 2007, S. 515-528 (zit. **Del Valle** 2007).

Pérez Luño, **Antonio Enrique**: Trayectorias contemporáneas de la filosofía y la teoría del derecho, Editorial Tébar, 5. Auf., Madrid, 2007 (zit. **Pérez Luño** 2007).

Philosophielexikon/ Hügli/Lübcke (Hrsg.): (Philosophie/Wörterbuch) Personen und Begriffe der abendländischen Philosophie von der Antike bis zur Gegenwart, Rowohlt, Reinbek, 1991 (zit. **Hügli/Lübcke** 1991).

Piña Roquefort, **Juan Ignacio**: La construcción del "enemigo" y la reconfiguración de la "persona" aspectos del proceso de formación de una estructura social, in: Cancio Meliá/ Gómez-Jara Díez (Hrsg.): Derecho penal del enemigo − El discurso penal de la exclusión, Bd. II, Edisofer, Madrid, 2006, S. 572-590 (zit. **Piña Roquefort** 2006).

Polaino Navarrete, **Miguel**: Die Funktion der Strafe beim Feindstrafrecht, in: Pawlik/Zaczyk (Hrsg.): Festschrift für Günther Jakobs zum 70. Geburtstag am 26. Juli 2007, Carl Heymanns, Köln [u.a.], 2007, S. 529-552 (zit. **Polaino Navarrete** 2007).

Polaino Navarrete, **Miguel/Polaino Orts**, **Miguel**: Derecho penal del enemigo: algunos falsos mitos, in: Cancio Meliá/ Gómez-Jara Díez (Hrsg.): Derecho penal del enemigo- El discurso penal de la exclusión, Bd. II, Edisofer, Madrid, 2006, S. 591-656 (zit. **Polaino Navarrete**/**Polaino Orts** 2006).

Polaino Orts, **Miguel**: Derecho Penal del Enemigo- Desmificación de un concepto, Editora Jurídica Grijley, Lima, 2006 (zit. **Polaino Orts** 2006).

Portilla Contreras, **Guillermo**: La legitimación doctrinal de la dicotomía schmittiana en el derecho penal y procesal penal del "enemigo", in: Cancio Meliá/ Gómez-Jara Díez (Hrsg.): Derecho penal del enemigo − El discurso penal de la exclusión, Bd. II, Edisofer, Madrid, 2006, S. 657-686 (zit. **Portilla Contreras** 2006).

Prien, **Bernd**: Kants Logik der Begriffe. Die Begriffslehre der formalen und transzendentalen Logik Kants, de Gruyter, Berlin [u.a.], 2006 (zit. **Prien** 2006).

Prittwitz, **Cornelius**: Strafrecht und Risiko, Klostermann, Frankfurt am Main, 1993 (zit. **Prittwitz** 1993).

– Nachgeholte Prolegomena zu einem künftigen Corpus Juris Criminalis für Europa, in: ZStW 113 (2001), S. 774-799 (zit. **Prittwitz** 2001).

– Krieg als Strafe – Strafrecht als Krieg: Wird nach dem „11. September" nichts mehr sein, wie es war?, in: Prittwitz [et al.] (Hrsg.): Festschrift für Klaus Lüderssen zum 70. Geburtstag, 2002, S.499-514 (zit. **Prittwitz** 2002).

– Internationales Strafrecht: Die Zukunft einer Illusion? In: Biyrd/ Hruschka/Joerden (Hrsg.): Jahrbuch für Recht und Ethik (Annual Review of Law and Ethics), Bd. XI, Duncker & Humblot, Berlin, 2003, S. 469-488 (zit. **Prittwitz** 2003).

– Derecho Penal del Enemigo: ¿Análisis crítico o programa del derecho penal? In: Mir Puig /Corcoy Bidasolo (Hrsg.): La Política Criminal en Europa, Atelier, Barcelona, 2004, S. 107-119 (zit. **Prittwitz** 2004).

– Feindstrafrecht, in: Jahrbuch für Rechts- und Kriminalsoziologie, 2004, S. 215-228 (zit. **Prittwitz** 2004a).

Quensel, **Stephan**: Wie wird man kriminell?, in: KritV (1970), S. 375-382 (zit. **Quensel** 1970).

– Drogenelend: Cannabis, Heroin, Methadon. Für eine neue Drogenpolitik, Campus, Frankfurt am Main, 1982 (zit. **Quensel** 1982).

Quételet, **Adolphe**: Soziale Physik oder Abhandlung über die Entwicklung der Fähigkeiten des Menschen, Bd. I-II übers. von Valentine Dorn, Fischer, Jena, [Bd. I] 1914, [Bd.II] 1921(zit. **Quételet** 1914, 1921).

Radbruch, **Gustav**: Der Handlungsbegriff in seiner Bedeutung für das Strafrechtssystem. Zugleich ein Beitrag zur Lehre von der rechtswissenschaftlichen Systematik, Guttentag, Berlin, 1903 (zit. **Radbruch** 1903).

– Zur Systematik der Verbrechenslehre, in: Festgabe für Reinhard von Frank zum 70. Geburtstag 16. August 1930, Bd. I, Scientia, Aalen,1969, S.158-173 (zit. **Radbruch** 1930).

– Rechtsphilosophie, 3. Aufl., Quellen & Meyer, Leipzig, 1932 [6. Aufl. 1963 (nach d. Tode d. Verf. besorgt u. biograph. eingel. von Erik Wolf), 8. Aufl. 1973] (zit. **Radbruch** 1932, 1963,1973).

– Der innere Weg. Aufriß meines Lebens, Koehler, Stuttgart, 1951 (zit. **Radbruch** 1951).

Reinhold, **Joachim**: Unrechtszurechnung und der Abbruch rettender Verläufe, Mohr Siebeck, Tübingen, 2009.

Reinke, **Herbert**: Kriminalpolitik im Kaiserreich, in: Lange (Hrsg.): Kriminalpolitik, VS Verlag für Sozialwissenschaften, Wiesbaden, 2008, S. 15-23 (zit. **Reinke** 2008).

Reyes Alvarado, **Yesid**: Normativismo y Derecho Penal del Enemigo, in: Cancio Meliá/ Gómez-Jara Díez (Hrsg.): Derecho penal del enemigo- El discurso penal de la exclusión, Bd. II, Edisofer, Madrid, 2006, S. 781-808 (zit. **Reyes Alvarado** 2006).

– Fragebogen über die Rezeption des Feindstrafrechts in Lateinamerika, 26. Oktober 2009, Anhang XIV., S. lxxix-lxxxi (zit. **Reyes** 2009).

Rickert, **Heinrich**: System der Philosophie, Teil I: Allgemeine Grundlegung der Philosophie, Mohr, Tübingen, 1921 (zit. **Rickert** 1921).

Röder, Karl David August: Zur Rechtsbegründung der Besserungsstrafe, Heidelberg, 1846 (zit. **Röder** 1846).

– Grundzüge des Naturrechts oder der Rechtsfilosofie, Winter, Heidelberg, 1846 (zit. **Röder** 1846a).

– Die herrschenden Grundlehren von Verbrechen und Strafe in ihren inneren Widersprüchen: eine kritische Vorarbeit zum Neubau des Strafrechts, Wiesbaden, Niedner, 1867. Übersetzung ins Spanische: Revista General de Legislación y Jurisprudencia**,** Madrid, Imprenta de la Revista de Legislación, 1870 (2. Aufl. 1871, 3. Aufl. 1876) (zit. **Röder** 1867, 1870, 1871, 1876).

– La idea del derecho, übersetzung von Francisco Giner de los Ríos**,** Madrid, Imp. de Fortanet, 1885 (zit. **Röder** 1885).

Roig, **Arturo Andrés**: Los Krausistas Argentinos, Editorial José M. Cajica, Puebla, 1969 (zit. **Roig** 1969).

Roxin, **Claus**: Zur Kritik der finalen Handlungslehre, in: ZStW 74 (1962), S. 515-561 (zit. **Roxin** 1962).

– Kriminalpolitik und Strafrechtssystem, de Gruyter, Berlin, 1970 (zit. **Roxin** 1970).

– Kriminalpolitische Überlegungen zum Schuldprinzip, in: MschrKrim 56., 1973, S. 316-325 (zit. **Roxin** 1973).

– Strafrecht Allgemeiner Teil**,** Bd. I: Grundlagen, der Aufbau der Verbrechenslehre, München, C.H. Beck, 1992 (2. Aufl. 1994, 3. Aufl. 1997, 4. Aufl. 2006) (zit. **Roxin** 1992, 2006).

– Zur kriminalpolitischen Fundierung des Strafrechtssystems, in: Albrecht [et al.] (Hrsg.): Internationale Perspektiven in Kriminologie und Strafrecht, Festschrift für Günther Kaiser zum 70. Geburtstag, Duncker & Humblot, Berlin, 1998, S.885-896 (zit. **Roxin** 1998).

Rudolphi, **Hans-Joachim**: Literaturbericht Strafrecht – Allgemeiner Teil. In: ZStW 85 (1973), S. 104-127.

– Der Zweck staatlichen Strafrechts und die strafrechtlichen Zurechnungsformen, in: Schünemann (Hrsg.): Grundfragen des modernen Strafrechtssystems, de Gruyter, Berlin[u.a.], 1984, S. 69-84 (zit. **Rudolphi** 1984).

Sacher, **Mariana**: Systemtheorie und Strafrecht. Kritik der rollenbezogenen Zurechnungslehre, in: ZStW 118 (2006), S. 574-619 (zit. **Sacher** 2006).

Sack, **Fritz**: Feindstrafrecht – Auf dem Wege zu einer anderen Kriminalpolitik? Vortrag anlässlich der Verleihung des Werner-Holtfort-Preises 2005 an die Redaktion Bürgerrechte & Polizei/ Cilip, im Internet abrufbar unter: http://www.cilip.de/presse/2005/sack.htm (zit. **Sack** 2005)**.**

Sack, **Fritz**: Neue Perspektiven in der Kriminologie, in: Sack/König (Hrsg.): Kriminalsoziologie , Akademischer Verlag Giesen, Frankfurt am Main, 1968, S. 431-475 (zit. **Sack** 1968).

Safferling, **Christoph J. M.**: Vorsatz und Schuld, Mohr Siebeck, Tübingen, 2008 (zit. **Safferling** 2008).

Salas, **Minor E.**: Fragebogen über die Rezeption des Feindstrafrechts in Lateinamerika, 2. Juni 2010, Anhang XV., S. lxxxii-lxxxv (zit. **Salas** 2010).

Saliger, **Frank**: Feindstrafrecht: Kritisches oder totalitäres Strafrechtskonzept?, in: Vormbaum (Hrsg.): Kritik des Feindstrafrechts, LIT, Berlin, 2009, S. 203-219 (zit. **Saliger** 2009).

Sancinetti, **Marcelo A.**: Einleitung − Homenaje a la memoria de Hans Welzel a los 20 años de su fallecimiento, in: Problemas capitales del derecho penal moderno, Hammurabi, 1998, S. 15- 31 (zit. **Sancinetti** 1998).

Sandkühler, **Hans Jörg**: Handbuch Deutscher Idealismus, Metzler, Stuttgart [u.a.], 2005 (zit. **Sandkühler** 2005).

Sauer, **Dirk**: Das Strafrecht und die Feinde der offenen Gesellschaft, in: NJW 2005, S. 1703-1705 (zit. **Sauer** 2005).

Scheerer, **Sebastian**: Die Genese der Betäubungsmittelgesetze in der Bundesrepublik Deutschland und in den Niederlanden, Schwartz, Göttingen, 1982 (zit. **Scheerer** 1982).

– Neue soziale Bewegungen und Strafrecht, in: Kritische Justiz 18., 1985, S. 245-254 (zit. **Scheerer** 1985).

– Atypische Moralunternehmer, in: Kriminologisches Journal, 1. Beiheft, 1986 (Kritische Kriminologie heute), S. 133-156 (zit. **Scheerer** 1986).

– Die Zukunft des Terrorismus. Drei Szenarien, zu Klampen, Lüneburg, 2002 (zit. **Scheerer** 2002).

- ¿La pena criminal como herencia cultural de la humanidad?, übersetzt von Manuel Cancio Meliá, in: Muñoz Conde (Hrsg.): La ciencia del derecho penal ante el nuevo milenio, Tirant lo Blanch, Valencia, 2004, S.375-388 (zit. **Scheerer** 2004).

Scheerer, **Sebastian/Böhm**, **María Laura/Víquez**, **Karolina**: Seis preguntas y cinco respuestas sobre el derecho penal del enemigo, in: Cancio Meliá/ Gómez-Jara Díez (Hrsg.): Derecho penal del enemigo- El discurso penal de la exclusión, Bd. II, Edisofer, Madrid, 2006, S. 917-938 (zit. **Scheerer/Böhm/Viquez** 2006).

Schlüchter, **Ellen**: Irrtum über normative Tatbestandsmerkmale im Strafrecht, Mohr, Tübingen, 1983 (zit. **Schlüchter** 1983).

Schmid, **Josef**: Zwischen Naturgesetz und Kulturverstehen – Das Schisma des Bevölkerungsdenkens am Ende des 19. Jahrhunderts –, in: Mackensen/Reulecke/Ehmer (Hrsg.): Ursprünge, Arten und Folgen des Konstrukts „Bevölkerung" vor, im und nach dem „Dritten Reich". Zur Geschichte der deutschen Bevölkerungswissenschaft, VS Verlag für Sozialwissenschaften, Wiesbaden, 2009, S. 129-140 (zit. **Schmid** 2009).

Schmidhäuser, **Eberhard**: Strafrecht Allgemeiner Teil, Lehrbuch, 2. Aufl., Mohr, Tübingen, 1975 (zit. **Schmidhäuser** 1975).

Schmidt, Eberhard: Vergeltung, Sühne und Spezialprävention, in: ZStW 67 (1955), S. 177 - 195 (zit. **Schmidt** 1955).

– Einführung in die Geschichte der deutschen Strafrechtspflege, 3. Aufl., Vandenhoeck und Ruprecht, Göttingen, 1995 (zit. **Schmidt** 1995).

Schmidt, **Jan Peter**: Zivilrechtskodifikation in Brasilien: Strukturfragen und Regelungsprobleme in historisch-vergleichender Perspektive, Mohr Siebeck, Tübingen, 2009 (zit. **Schmidt** 2009).

Schmidt, Manfred G.: Demokratietheorien: eine Einführung, Leske + Budrich, Opladen, 2000.

Schmitt, **Carl**: Politische Theologie. Vier Kapitel zur Lehre von der Souveränität, 6. Aufl., Duncker & Humblot, Berlin, 1993 (zit. **Schmitt** 1993).

– Der Begriff des Politischen [1932], 7. Aufl., Berlin, 2002 (zit. **Schmitt** 2002).

– Politische Theologie. Vier Kapitel zur Lehre von der Souveränität [1922], 8. Aufl., Duncker & Humblot, Berlin, 2004 (zit. **Schmitt** 2004).

Schneider, **Hendrik:** Bellum Justum gegen den Feind im Inneren?, in: ZStW 113 (2001), S. 499-515 (zit. **Schneider** 2001).

– Kann die Einübung in Normanerkennung die Strafrechtsdogmatik leiten? Eine Kritik des strafrechtlichen Funktionalismus, Duncker & Humblot, Berlin, 2004 (zit. **Schneider** 2004).

Schröder, Rainer Zur Rechtsphilosophie des Krause-Schülers Heinrich Ahrens (1808-1874), in: Kodalle (Hrsg.): Karl Christian Friedrich Krause, Meiner, Hamburg, 1985, S. 93-111 (zit. **Schröder** 1985)

Schulz, **Lorenz**: Tagungsbericht: Die deutsche Strafrechtswissenschaft vor der Jahrtausendwende: Bericht einer Tagung und Anmerkungen zum „Feindstrafrecht“, in: ZStW 112 (2000), S. 653-664 (zit. **Schulz** 2000).

– Normiertes Misstrauen, Vittorio Klostermann, Frankfurt am Main, 2001 (zit. **Schulz** 2001).

– Friktionen einer Fiktion. Jakobs Strafrecht für Feinde, in: Uwer (Hrsg.): Bitte bewahren Sie Ruhe. Leben im Feindrechtsstaat, Berlin, 2006, S. 315-333. Übersetzung ins Spanische: Cancio Meliá/ Gómez-Jara Díez (Hrsg.): Derecho penal del enemigo- El discurso penal de la exclusión, Bd. II, Edisofer, Madrid, 2006, S. 939-962 (zit. **Schulz** 2006, 2006a).

Schünemann, **Bernd**: Einführung in das strafrechtliche Systemdenken, in: Schünemann (Hrsg.): Grundfragen des modernen Strafrechtssystems, de Gruyter, Berlin [u.a.], 1984, S. 1-68 (zit. **Schünemann** 1984).

– Die deutsche Strafrechtswissenschaft nach der Jahrtausendwende in: GA 2001, S. 205-225 (zit. **Schünemann** 2001).

– Feindstrafrecht ist kein Strafrecht! In: Griesbaum [et al.] (Hrsg.): Strafrecht und Justizgewährung. Festschrift für Kay Nehm zum 65. Geburtstag, BWV, Berliner Wiss., Berlin, 2006, S. 219-227 (zit. **Schünemann** 2006).

– ¿Derecho penal del enemigo? Crítica a las insoportables tendencias erosivas en la realidad de la administración de justicia penal y de su insoportable desatención teórica, übersetzt von Mariana Sacher, in: Cancio Meliá/ Gómez-Jara Díez (Hrsg.): Derecho penal del enemigo − El discurso penal de la exclusión, Bd. II, Edisofer, Madrid, 2006, S. 963-984 (zit. **Schünemann** 2006a).

Schwind, Hans-Dieter: Zur Kriminalpolitischen Lage in der Bundesrepublik Deutschland, in: Schwind/Berckhauer/Steinhilper (Hrsg.), Präventive Kriminalpolitik, Kriminalistik-Verl., Heidelberg, 1980, S. 3-26 (zit. **Schwind** 1980).

– Kriminologie. Eine praxisorientierte Einführung mit Beispielen, 14. Aufl., Kriminalistik-Verl., Heidelberg, 2004 (zit. **Schwind** 2004).

Seelmann, Kurt: Atypische Zurechnungsstrukturen im Umweltstrafrecht, in: NJW 1990, S. 1257-1262 (zit. **Seelmann** 1990).

Seuffert, Hermann: Ein neues Strafgesetzbuch für Deutschland, Beck, München, 1902 (zit. **Seuffert** 1902).

Silva Sánchez, **Jesús María**: Aproximación al Derecho Penal Contemporáneo, Bosch, Barcelona, 1992 (zit. **Silva Sánchez** 1992).

– Die Expansion des Strafrechts. Kriminalpolitik in postindustriellen Gesellschaften, Klostermann, Frankfurt am Main, 2003 (zit. **Silva Sánchez** 2003).

– La expansión del Derecho penal- Aspectos de la Política criminal en las sociedades postindustriales, B de F, Buenos Aires, 2006 (zit. **Silva Sánchez** 2006).

Sinn, Arndt: Moderne Verbrechensverfolgung – auf dem Weg zu einem Feindstrafrecht? In: ZIS 2006, S. 107-117 (zit. **Sinn** 2006).

– Straffreistellung aufgrund von Drittverhalten. Zurechnung und Freistellung durch Macht, Mohr Siebeck, Tübingen, 2007 (zit. **Sinn** 2007).

Stächelin, Gregor: Strafgesetzgebung im Verfassungsstaat, Duncker & Humblot, Berlin, 1998 (zit. **Stächelin** 1998).

Starck, Christian: Die philosophischen Grundlagen der Menschenrechte, in: Brenner [et al.] (Hrsg.): Der Staat des Grundgesetzes – Kontinuität und Wandel. Festschrift für Peter Badura zum 70. Geburtstag, Mohr Siebeck, Tübingen, 2004, S. 553- 570.

Stolleis, **Michael**: Juristen. Ein biographisches Lexikon von der Antike bis zum 20. Jahrhundert, Stolleis (Hrsg.), Beck, München, 2001 (zit. **Stolleis** 2001).

Streng, Franz: Vom Zweckstrafrecht zum Feindstrafrecht? Überlegungen zu den Auswirkungen des neueren Sicherheitsdenkens auf ein „demokratisches Strafrecht", in: Uwer (Hrsg.): Bitte bewahren Sie Ruhe. Leben im Feindrechtsstaat, Berlin, 2006, S.227- 248 (zit. **Streng** 2006).

Stübel, Christoph Carl: Über den Thatbestand der Verbrechen, die Urheber derselben und die zu einem verdammenden Endurtheile erforderliche Gewißheit des erstern besonders in Rücksicht der Tödtung nach gemeinen in Deutschland geltenden und Chursächsischen Rechten, Zimmermann, Wittenberg, 1805 (zit. **Stübel** 1805).

Stübinger, Stephan: Nicht ohne meine „Schuld"! Kritik der systemtheoretischen Reformulierung des Strafrechts am Beispiel der Schuldlehre von Günther Jakobs, in: Kritische Justiz 26 (1993), S. 33-48 (zit. **Stübinger** 1993).

– Rezension zu: Günther Jakobs, Der strafrechtliche Handlungsbegriff – Kleine Studie, München 1992, in: Kritische Justiz 27 (1994), S. 119-123 (zit. **Stübinger** 1994).

Sutherland, Edwin H.: White-Collar Criminality, in: American Sociological Review 5, 1940, S. 1-12 (zit. **Sutherland** 1940).

Tellenbach, Silvia: Bericht über die Diskussion zum Thema: „Die deutsche Strafrechtswissenschaft im Spiegel der Rechtsvergleichung", in: Eser/Hassemer/Burkhardt (Hrsg.): Die deutsche Strafrechtswissenschaft vor der Jahrtausendwende, München, 2000, S. 296-304 (zit. **Tellenbach** 2000).

Ureña, Enrique M.: Die Krause-Rezeption in Deutschland im 19. Jahrhundert: Philosophie – Religion – Staat, Frommann-Holzboog, Stuttgart, 2007 (zit. **Ureña** 2007).

Urquizo Olaechea, José: Derecho Penal del Enemigo, in: Cancio Meliá/ Gómez-Jara Díez (Hrsg.): Derecho penal del enemigo- El discurso penal de la exclusión, Bd. II, Edisofer, Madrid, 2006, S. 1031-1055 (zit. **Urquizo Olaechea** 2006).

– Fragebogen über die Rezeption des Feindstrafrechts in Lateinamerika, 27. December 2009 und 4. Januar 2010, Anhang XVI., S. lxxxvi-lxxxvii (zit. **Urquizo Olaechea** 2010).

Uwer, Thomas: Der unsichtbare Dritte. Günther Jakobs, Carl Schmitt und der ganz normale Ausnahmezustand, in: Uwer (Hrsg.): Bitte bewahren Sie Ruhe. Leben im Feindrechtsstaat, Berlin, 2006, S. 37-58 (zit. **Uwer** 2006).

Velásquez Velásquez, Fernando: Hans Welzel: una aproximación a su vida y a su obra, Vortrag im Jahr 2004 in Mexico Stadt gehalten, S. 1-23, im Internet abrufbar unter: http://www.unifr.ch/ddp1/derechopenal/articulos/a_20080527_32.pdf (zit. **Velásquez** 2004).

– El funcionalismo jakobsiano: una perspectiva latinoamericana, in: Revista de Derecho Penal y Criminología, UNED, Nr. 15, 2005 (zit. **Velásquez** 2005).

Vormbaum, Thomas: Einführung in die moderne Strafrechtsgeschichte, Springer, Berlin, Heidelberg, 2009 (zit. **Vormbaum** 2009).

Voß, Monika: Symbolische Gesetzgebung. Fragen zur Rationalität von Strafgesetzgebungsakten, Gremer, Ebelsbach, 1989 (zit. **Voß** 1989).

Weber, Max: Die „Objektivität“ sozialwissenschaftlicher und sozialpolitischer Erkenntnis, in: Gesammelte Aufsätze zur Wissenschaftslehre, 3. Aufl., Mohr, Tübingen, 1968, S. 146 - 214 (zit. **Weber** 1968).

– Gesammelte Aufsätze zur Wissenschaftslehre, in: Winckelmann (Hrsg.), 7. Aufl., Mohr, Tübingen, 1988 (zit. **Weber** 1988).

Weezel, Alex van: Persona como sujeto de imputación y dignidad humana, in: Cancio Meliá/ Gómez-Jara Díez (Hrsg.): Derecho penal del enemigo- El discurso penal de la exclusión, Bd. II, Edisofer, Madrid, 2006, S. 1057-1072 (zit. **van Weezel** 2006).

– Fragebogen über die Rezeption des Feindstrafrechts in Lateinamerika, 3. November 2009, Anhang XVII., S. lxxxviii-xc (zit. **van Weezel** 2009).

Welzel, Hans: Naturalismus und Wertphilosophie im Strafrecht, Deutscher Druck- und Verlagshaus, Mannheim [u.a.], 1935 (zit. **Welzel** 1935).

– Studien zum System des Strafrechts, in: ZStW 58 (1939), S. 491-566 (zit. **Welzel** 1939).

– Das deutsche Strafrecht in seinen Grundzügen: Eine systematische Darstellung [2. Aufl. 1949; 4. Aufl.,1954; 8. unveränd. Aufl. 1963; 11. Aufl. 1969], de Gruyter, Berlin, 1947 (zit. **Welzel** 1947, 1949, 1954, 1963, 1969).

– Naturrecht und Rechtspositivismus, in: Festschrift für Hans Niedermeyer zum 70. Geburtstag, Schwartz, Göttingen, 1953, S. 279-294 (zit. **Welzel** 1953).

– Das neue Bild des Strafrechtssystems. Eine Einführung in die finale Handlungslehre, 4. Aufl., Schwartz, Göttingen, 1961(zit. **Welzel** 1961).

– Naturrecht und materiale Gerechtigkeit, 4. Aufl., Vandenhoeck & Ruprecht, Göttingen, 1962 (zit. **Welzel** 1962).

– La doctrina de la acción finalista, hoy, ADPCP, Bd. XXI, 1968, S. 221-230, im Internet abrufbar unter: http://www.cienciaspenales.net (zit. **Welzel** 1968).

– Die Entstehung des modernen Rechtsbegriffs, in: Der Staat, Jahrgang 8, Heft 4, Duncker & Humblot, Berlin, 1969, S. 441-448 (zit. **Welzel** 1969a).

– Abhandlungen zum Strafrecht und zur Rechtsphilosophie, de Gruyter, Berlin [u.a.], 1975 (zit. **Welzel** 1975).

– Die Naturrechtslehre Samuel Pufendorfs, de Gruyter, Berlin, 1986 [u.a.] (zit. **Welzel** 1986).

Wolf, Erik: Strafrechtliche Schuldlehre. I. Teil: Die gegenwärtige Lage, die theorethischen Voraussetzungen und die methodologische Struktur der strafrechtlichen Schuldlehre, Mannheim, Berlin, Leipzig, 1928 (zit. **Wolf** 1928).

– Die Typen der Tatbestandsmäßigkeit. Vorstudien zur allgemeinen Lehre vom besonderen teil des Strafrechts, Hirt, Breslau, 1931 (zit. **Wolf** 1931).

– Große Rechtsdenker der deutschen Geistesgeschichte, 4. Aufl., Mohr, Tübingen, 1963 (zit. **Wolf** 1963).

Wolter, Jürgen: 35 Jahre Verfahrensrechtskultur und Strafprozessverfassungsrecht in Ansehung von Freiheitsentziehung, (DNA-)Identifizierung und Überwachung. Hans Joachim Hirsch zum 70. Geburtstag, in: GA 1999, S. 158-181 (zit. **Wolter** 1999).

Yacobucci, Guillermo Jorge: El dilema de la legalidad en el derecho penal de los derechos humanos, in: Cancio Meliá/ Gómez-Jara Díez (Hrsg.): Derecho penal del enemigo- El discurso penal de la exclusión, Bd. II, Edisofer, Madrid, 2006, S. 1073-1116 (zit. **Yacobucci** 2006).

Zaffaroni, Raúl Eugenio/Alagia, Alejandro/ Slokar, Alejandro: Derecho Penal Parte General, Ediar, Buenos Aires, 2002 (zit. **Zaffaroni** 2002).

Zaffaroni, Raúl Eugenio: ¿Es posible un derecho penal del enemigo no autoritario?, in: Homenaje al Profesor Dr. Gonzalo Rodríguez Mourullo, Civitas, Navarra, 2005, S. 1077-1091 (zit. **Zaffaroni** 2005).

– El enemigo en el derecho penal, Ediar, Buenos Aires, 2006 (zit. **Zaffaroni** 2006).

- La legitimación del control penal de los extraños, in: Cancio Meliá/ Gómez-Jara Díez (Hrsg.): Derecho penal del enemigo- El discurso penal de la exclusión, Bd. II, Edisofer, Madrid, 2006, S. 1117-1147 (zit. **Zaffaroni** 2006a).

– Fragebogen über die Rezeption des Feindstrafrechts in Lateinamerika, 28. Oktober 2009, Anhang XVIII., S. xci-xcii (zit. **Zaffaroni** 2009).

Zambrano Pasquel, Alfonso: Derecho penal del enemigo y la impronta del terrorismo, 2006, S. 1-22, http://www.iuspenalismo.com.ar/doctrina/zambranoenemigo.pdf (zit. **Zambrano Pasquel** 2006).

– Fragebogen über die Rezeption des Feindstrafrechts in Lateinamerika, 30. April 2010, Anhang XIX., S. xciii-xcvi (zit. **Zambrano Pasquel** 2010).

Zan, **Julio de**: Der Krausismo in Argentinien, in: Kodalle (Hrsg.): Karl Chr. F. Krause (1781-1832) Studien zu seiner Philosophie und zum Krausismo, Felix Meiner, Hamburg, 1985, S. 242-262 (zit. **De Zan** 1985).

Zea, Leopoldo: El positivismo en México, El Colegio de México, México**,** 1943 (zit. **Zea** 1943).

Zeller, Eduard: Über Bedeutung und Aufgabe der Erkenntnistheorie. Vortrag bei Eröffnung der Vorlesungen über Logik und Erkenntnistheorie, gehalten am 22. Oktober 1862 in Heidelberg, in: Vorträge und Abhandlungen. Zweite Sammlung, Fues, Leipzig, 1877, S. 479-496 (zit. **Zeller** 1877).

Zipf, Heinz: Kriminalpolitik. Ein Lehrbuch, 2. Auf., Müller Jur., Heidelberg [u.a.], 1980 (zit. **Zipf** 1980).

Zong, Tjong Uk: Beziehungen zwischen dem deutschen und koreanischen Strafrecht, in: Stratenwerth [et al.] (Hrsg.): Festschrift für Hans Welzel zum 70. Geburtstag, de Gruyter, Berlin [u.a.], 1974, S. 277-288 (zit. **Zong** 1974).

Entscheidungen

Urteil des kolumbianischen Verfassungsgerichts vom 13. November 2001, Nr. 1184/01 (zit. **SU**.1184/01).

Urteil des kolumbianischen Verfassungsgerichts vom 31. Oktober 2002, Nr. 939/02 (zit. **C**-939/02).

Anhang

Anhang I. Interview mit Professor **Abanto Vásquez** i

Anhang II. Telefonisches Interview mit Professor **Aller** iv

Anhang III. Interview mit Professor **Aponte** vii

Anhang IV. Fragebogen an Professor **Barba Álvarez** xi

Anhang V. Fragebogen an Professorin **Bianchini** xiii

Anhang VI. Interview mit Professor **Cancio Meliá** xvii

Anhang VII. Fragebogen an Professor **Ferreira de Abreu** xxviii

Anhang VIII. Fragebogen an Professor **García Cavero** xxxvii

Anhang IX. Fragebogen an Professor **Grosso García** xl

Anhang X. Fragebogen an Professor **Guillamondegui** xliii

Anhang XI. Fragebogen an Professor **Llobet** xlv

Anhang XII. Interview mit Professor **Muñoz Conde** xlvii

Anhang XIII. Fragebogen an Professor **Parma** lvi

Anhang XIV. Fragebogen an Professor **Reyes Alvarado** lxxix

Anhang XV. Fragebogen an Professor **Salas** lxxxii

Anhang XVI. Fragebogen an Professor **Urquizo Olaechea** lxxxvi

Anhang XVII. Fragebogen an Professor **van Weezel** lxxxviii

Anhang XVIII. Fragebogen an Professor **Zaffaroni** xci

Anhang XIX. Fragebogen an Professor **Zambrano Pasquel** xciii

Anhang I. Interview mit Prof. **Manuel A. Abanto Vásquez** von der Universität Nacional Mayor de San Marcos, Lima

Das Interview wurde am 21. Juni 2010 in Freiburg durchgeführt. Prof. **Abanto Vásquez** stimmte der Verwendung eines Aufnahmegerätes zu.

Prof. Abanto usted me ha comentado que su especialidad es el tema de los delitos económicos, y que desde su punto de vista el tema del derecho penal del enemigo se le ha dado mucho más importancia de la que merece en la discusión científica.

Efectivamente yo no estoy de acuerdo con el derecho penal del enemigo, en general no estoy de acuerdo con las tesis de Jakobs. Esto lo digo en el artículo que usted ha revisado, ya de entrada no estoy de acuerdo con sus distinciones entre persona e individuo, ni mucho menos con su distinción entre persona y no persona por razones fundamentales de Estado de derecho. También tengo otro artículo donde explico con mucha más extensión este tema, yo no creo que esa distinción sea útil porque descuida el aspecto esencial del derecho penal, su misión, su tarea que es la protección de bienes jurídicos que se puede vincular mucho mejor con los principios constitucionales que el derecho penal también debe respetar, por eso es que desde el principio no estoy de acuerdo con él.

El hecho mismo de que haya tantos estudiantes investigando sobre el derecho penal del enemigo ya me parece nocivo. Dedicar esfuerzos para estudiar algo tan teórico, y no aplicarlos a problemas más urgentes. A mí me parece que el nivel de abstracción sobre el tema que se ha llegado aquí en Europa puede resultar interesante, pueden tener los medios para dedicarse a eso, pero nosotros tenemos problemas más acuciantes. Cuando se organizan congresos y se dedican exposiciones enteras o propiamente todo el congreso para tratar el tema del derecho penal del enemigo solamente me parece una pérdida de esfuerzos, tenemos el problema de los delitos contra la administración pública, entre otros. Por ejemplo, en mi país, el Perú, ha sido muy perjudicado por una serie de actividades y actos de altos funcionarios públicos.

El derecho penal del enemigo es una reflexión muy teórica y muy polémica, y no veo la consecuencia práctica de todo esto. En Latinoamérica lo que queremos es más bien reafirmar un derecho penal garantista, si se quiere llamarlo: un derecho para personas. Pero para mí lo importante es poner el acento en el respeto de una serie de garantías del Estado de derecho, y claro es que en eso es en lo que estamos, en eso están también aquí. Muchas cosas pueden ser vistas y criticadas por los normativistas radicales que defienden la tesis del derecho penal del enemigo. Pero para nosotros que seguimos la línea tradicional, el derecho penal del enemigo no es más que un derecho penal autoritario y hay que combatirlo.

¿Es el derecho penal del enemigo la respuesta a un sistema de imputación insuficiente?

A mí me parece, lo digo así también, que es una consecuencia lógica de la división entre personas (que somos todas las personas imputables) y las no personas que ha hecho Jakobs. Primero para excluir la imputación penal a aquellos que vendrían a ser para él en su terminología individuos que no se comunican. Porque para él la definición de persona depende de la comunicación, del hecho de poder entrar en la comunicación normativa, los individuos no quieren comunicarse. Entonces qué hacemos con ellos, algo tiene que pasar y por su puesto en la lógica normativista radical de Jakobs, que me parece a mí muy sincera (él no quiere esconder las cosas) en su perspectiva a estos los denomina enemigos, y todo esto tiene una lógica, y es su lógica. En cambio no me parece sincero que los normativistas radicales quieran quedarse solamente con una división individuo-persona y se olviden del enemigo, algo

tiene que pasar con ellos, con los que pudiendo comunicarse no se quieran comunicar. Yo creo que esa extensión conceptual a los enemigos de Jakobs es consecuente y al mismo tiempo demuestra lo insostenible de su posición.

El derecho penal del enemigo es una consecuencia lógica del funcionalismo radical. Jakobs no ha hecho más que ser consecuente y abiertamente sincero. Él dice las cosas como él cree que son, y ahí está el matiz, aunque él lo niegue permanentemente una y otra vez. Desde su perspectiva existen sujetos que pueden comunicarse y otros que no quieren comunicarse: radicales, anarquistas, siempre han habido. Ósea en el mundo actual, real, terrestre, lo que él desea para que no existan enemigos es el paraíso, y luego en un mundo donde siempre van a haber enemigos la respuesta lógica tendría que ser un derecho penal para enemigos. Todo cae sobre su propio peso, yo entiendo la lógica de Jakobs pero no la acepto. Y le repito que no creo que tenga ninguna utilidad para Latinoamérica. Porque: ¿Cuál sería la consecuencia para Latinoamérica? La consecuencia de un derecho penal del enemigo es reglamentar todo. No me he dedicado tampoco al tema, ni lo he conversado con él, pero yo creo que se imagina algo así, como un derecho penal con sus propios principios, destinado a un sujeto del derecho penal llamado enemigo, ya no persona y que contemplaría una serie de consecuencias jurídicas de un proceso determinado, todo reglamentado. Entre otras cosas sería probablemente admisible la tortura.

¿Qué consecuencias puede tener en la práctica – para legitimar o dejar de legitimar preceptos y usos penales – la recepción del Derecho penal del enemigo de Jakobs en Latinoamérica?

En Latinoamérica, primero, nadie ha aceptado el derecho penal del enemigo. Ósea nadie ha considerado siquiera la posibilidad de admitir un derecho penal dirigido a un determinado sujeto. No digo que no haya o existan leyes nuevas o que no existas normativistas radicales, a eso no me refiero. Pero si digo que como concepción nadie ha pensado en legitimar el derecho penal del enemigo utilizando las tesis de Jakobs. Sobre si tiene importancia o no, yo no creo que sea esa la dirección que deban tomar nuestros países. Es verdad que nuestro derecho penal es deficitario todavía, inconstitucional también, pero no por eso vamos a tirar por la borda las garantías que se han desarrollado, y que creo que prometen más que una distinción o una caja de Pandora abierta, que es el derecho penal del enemigo, es muy peligroso.

Ahora pueda que se use, pero no es legitimo. Esa es la diferencia, no es legítimo. Su uso es clandestino, soterrado, cuando se tortura a la gente sin una base legal ni es legítimo, ni tampoco se basa sobre una ley. Es decir, se sabe que es inconstitucional y que en algún momento va a caer, ósea esa es la gran diferencia.

También son peligrosas muchas otras cosas, no solamente esta distinción superior del derecho penal enemigo, sino en general el normativismo radical. El utilizar una terminología difícil de entender, muy difícil de aplicar en la práctica, y que tampoco entiende el destinatario de la norma, el ciudadano común y corriente, ese es un problema de la aplicación práctica de esta teoría. Pero ya en concreto sobre el derecho penal enemigo me parece que es peligroso por lo que le acabo de decir, la legitimación de algo que puede llegar hacer legítimo, sería el reconocimiento de algo que no es derecho. Como ya lo ha dicho Cancio Meliá.

Y sobre este tema el penalista es importante para una cuestión, ya esto se discute desde los principios de la carrera cuando hablamos de dogmática penal, porque la dogmática penal es la concreción del principio de legalidad. Tenemos que controlar de alguna manera las deci-

siones jurisdiccionales, la aplicación de la ley penal, y si un juez sin ninguna fundamentación dice este es autor, este es cómplice, eso es incontrolable. En eso también ha habido un avance impresionante por sobre todo en mi país donde en los últimos años, debido además a la presión internacional al caer el gobierno Fujimori, la administración de la justicia se ha visto presionada sobre todo a fundamentar mejor las resoluciones y cada vez hay una mejor fundamentación y control en las mismas. Un juez no puede decir hoy en día blanco y mañana negro, este tiene que poder fundamentar las resoluciones.

Pero si esto es así: ¿Porque se continúan aplicando normas ilegítimas que cumplen con las características de lo que Jakobs describe como derecho penal del enemigo?

Ese es un déficit que todavía tenemos. Pero no va a solucionarse de la noche a la mañana. Primero hay que ver realmente que es lo qué (y otra vez caemos en la trampa de utilizar la terminología de Jakobs) es ese derecho penal autoritario. Entonces sería aquello que no respeta los principios garantistas, pero no sé si coincidimos en algún punto o no, en lo que usted está pensando en este momento, está pensando en tal o cual ley, que para usted sería derecho penal del enemigo y para mí no. Pero sacando todo lo que pueda ser considerado por mi concepción existen posibilidades de identificar al derecho penal autoritario como violador de las garantías, y existen los medios para eliminarlo. Ya he dicho antes que debería haber un mejor engarce en derecho penal y derecho constitucional para que estas cosas no ocurran o que sean eliminadas de plano. Pero no va a ser nunca perfecto, incluso no va a tener las mejores garantías, siempre ocurrirán abusos porque existe el poder y existe la posibilidad de abusar del poder. El asunto está en ver cómo solucionar este problema sin necesidad de recurrir a teorías que distingan entre ciudadanos y enemigos, personas y no personas.

En el contexto de delitos económicos: ¿Qué tan abstracto es el concepto de enemigo descrito por Jakobs?

Si, solamente lo dice de manera muy general, que entrarían los delitos económicos pero delitos económicos hay muchos. Habría que definir que son delitos económicos, no sé que serán delitos económicos para él, no sé porque también ahí hay discusión, qué delitos entran en los delitos económicos. Le pongo nada mas el ejemplo de los delitos ecológicos, para unos son delitos económicos y para otros no lo son, en fin, entonces hablar nada más de delitos económicos no me dice nada todavía. Quienes entrarían como los enemigos en el campo de los delitos económicos, y por qué ellos y por qué no otros, a mi me da la impresión de que han puesto a los delitos económicos porque fíjese quien está al lado dentro de los enemigos, para no caer en la crítica de que solamente los pobres entrarían dentro de los enemigos, porque cometen homicidios, asesinatos, robos, etc. Este es un pensamiento que no lo he dicho en el articulo porque me parece de todas maneras un pensamiento, una posibilidad (en alemán se dice que tiene función de cuartada), da la impresión de que fuera así, porque si no, no me explico el por qué de los delitos económicos.

Prof. Abanto Vásquez muchas gracias por su tiempo.

Anhang II. Telefonisches Interview mit Prof. **German Aller** von der Universität de la República, Montevideo

Das Interview wurde am 23. Oktober 2009 durchgeführt. Prof. **Aller** stimmte der Verwendung eines Aufnahmegerätes zu.

a) Se ha dicho, que el intervencionismo penal en las sociedades posindustriales se dirige principalmente a la criminalización de los estratos más cercanos a los núcleos de poder y económicamente más pudientes. Cree usted que, contrario a lo dicho: ¿Acentúa el discurso punitivista –de seguridad ciudadana- en los países latinoamericanos la selectividad de "los enemigos" en perjuicio de los sectores de menores recursos?

Primero que ubicarías tú como los enemigos. Cuando me haces esa pregunta hay que ubicar bien el concepto de enemigo. La categoría de enemigo no contempla únicamente una forma de criminalidad, el enemigo se puede ubicar en gente poderosa como en gente que puede ser marginada.

b) En este mismo orden de ideas, considera usted que: ¿Excluiría en Latinoamérica el concepto de persona –como portadora de derechos y obligaciones- a las clases sociales marginales? Piénsese en el concepto de sociedad de Jakobs en comparación con el concepto de sociedad de von Liszt –criticado por dirigirse sólo hacia la Burguesía?

Yo creo que Latinoamérica no es un bloque nada homogéneo, las realidades en Latinoamérica son muy diferentes. En Latinoamérica hay una realidad bien marcada, por ejemplo Centroamérica es una cosa y Argentina es otra cosa. Centroamérica tampoco es tan homogéneo. Los países del sur tienen una idiosincrasia muy distinta que es el resto de América.

Nosotros no somos una única cultura, somos fruto de diferentes grupos de conquista. A eso se le suman los fenómenos migratorios, por ejemplo en mi país Uruguay el fenómeno migratorio estaba integrado por españoles, italianos y algo de alemanes pero es un país con muy poca gente indígena. Eso es una realidad muy diferente a otros países, además agregar que es un país más que todo de clase media, no ha sido un país de severas miserias. Muy diferente es el caso por ejemplo de el Salvador, ahí se veía un núcleo de catorce familias de clase alta mientras que el resto pues vivían prácticamente en la miseria, eso nunca fue la realidad de este país. Si uno revisa Latinoamérica ha habido un incremento en general en la persecución de determinados delitos, ya sean económicos, de cuello blanco o del poder político. La selectividad está dirigida a los sectores carenciados.

Pero también en países europeos como Alemania, España o Italia se seleccionan a los inmigrantes como diferentes. Los inmigrantes constituyen un grupo marginal, son conocidos como enemigos. La categoría de una forma se repite. Los enemigos son estandarizados como diferentes sea por el fenómeno de la droga, inmigratorio, de su raza, eventualmente en algunos sectores, por sexo, o por su religión y particularmente sin llegar a delinquir.

Con respecto a v. Liszt sus teorías se deben ubicar con la época en las que fueron expuestas, estamos hablando de 1871 de una Europa absolutamente convulsionada que venía de la revolución industrial, así que se debe de ser cauteloso y no hacer afirmaciones a la ligera. Liszt no es un hombre proclive a la burguesía, por otro lado es uno de los grandes dogmaticos y que muestra una enorme unanimidad liberal sobre todo en el concepto de bienes jurídicos.

Ahora si uno va hasta Jakobs, para mi Jakobs tiene un perfil distinto a Liszt, no son autores comparables. Jakobs sigue una línea mucho más parecida en algunos aspectos a Binding. Es mucho más normativista. Jakobs se forma en buena medida de su maestro Welzel. Claro que se aparta de su maestro y su concepción termina siendo muy diferente.

Jakobs revisa las afirmaciones de Hobbes, Kant, Puffendorf entre muchos otros autores. Y lo que hace es recuperar una mirada contractualista sobre el derecho penal del enemigo. Él no lo quiere reconocer pero esto se evidencia de las citas de sus textos, él no cita a los autores positivistas italianos. En realidad cuando Jakobs construye todo esto lo va fundamentando muy bien, exhibiendo lo que viene desde esos autores considerados como liberales, como los constructores del derecho penal clásico. Entonces toda la elaboración que él hace en donde él por momentos descataloga el rol de persona y el rol de ciudadano no es tan problemática, al menos desde el punto de vista histórico. Yo considero que el diagnostico de Jakobs es impecable, pero su pronóstico es inaceptable. Es decir, a mi no me parece que se pueda llegar a descatalogar a alguien como persona.

Es cierto lo que Jakobs dice, él no es culpable de que muchos operadores del sistema traten como enemigos y le arrebaten el rol de personas a determinados delincuentes. Pero lo que no podemos y en eso estoy de acuerdo con Cancio Meliá, es que so pretexto de que el derecho penal del enemigo existe, que es verdad que existe, llamémoslo como lo llamemos esto es una expresión semántica y nada más, puede ser derecho penal de autor o derecho penal autoritario. Pero so pretexto de que existe propone Jakobs someterlo a derecho para restringirlo o agotarlo. La intención no es mala, pero para mí no es admisible. Porque uno no puede meter al derecho dentro del no derecho. La negación del derecho ya tiene que ser excluida del derecho.

c) ¿Cómo debe reaccionar el Estado frente a personas respecto de las cuáles el Derecho penal parece estar en incapacidad absoluta de cumplir sus fines?

El derecho penal nunca se ha caracterizado por poder cumplir sus fines ni con las personas ni con los que definamos como personas ni con nadie. Porque el derecho penal no resuelve conflictos, nunca he visto que resuelva un conflicto de base. Lo que si resuelve es un conflicto jurídico penal, podemos producir una buena acusación fiscal, generar una buena defensa y una excelente sentencia. Pero no hemos logrado que el marido deje de agredir a su mujer, por ejemplo.

Ahora, si pasamos a delitos como los que Jakobs menciona que afectan esferas de organización de vida, en esos delitos tampoco el sistema penal se muestra operativo. Porque cuando se captura a alguien por ese tipo de situación el sistema penal tampoco puede solucionar el conflicto. No veo como en la práctica el derecho penal le pueda dar una solución a la víctima. Le reitero, le puede dar pedazos de solución pero nada más. En la realidad los problemas de victimización no se resuelven en los juzgados penales. Estos solo pueden dar una respuesta jurídica normativa que impone una pena que el individuo va a sufrir en carne propia pero eso no se dirige a la víctima, entonces en realidad no va dirigido a solucionar el conflicto, a lo sumo lo atiende mal. Entonces cuando Jakobs habla de la prevención general positiva que está básicamente bien elaborada, que es bastante compartible, él está pensando como una suerte de reparación casi normativa, la víctima propiamente dicha no recibe nada queda como en un cono de sombra no importa si es enemigo o no.

Un sistema de derecho es un sistema normativo, desde que empezamos a estudiar en la facultad de derecho aprendemos a que el derecho en definitiva es estatutario, es decir, se compone de reglas, pautas. El derecho no hay manera de que no sea normativo.

Es verdad que un derecho que proteja individuos requiere normas, y que las normas deben estar construidas de modo tal de ser lo más idóneas pero a su vez ejercer la tutela o protección de los individuos. Ya no de los derechos, porque lo de los derechos es una relación entre el Estado de derecho y el individuo, es decir proteger al individuo. Cuando Jakobs dice que hay que proteger a la norma, que la vigencia de la norma es la clave. Jakobs parte del supuesto de que la norma protege a las personas, entonces el aparato protegiendo a la norma protege a la persona. Consecuentemente, la pena sirve porque restabiliza la vigencia de la norma. Como afirmación técnica no es incorrecta, pues es mucho más sincero que decir, que la pena pretende de alguna manera reparar el mal, eso suena muy romántico, o que va a servir para que el individuo no delinca.

Prof. Aller, le reitero mi infinito agradecimiento por su atención y su tiempo.

Anhang III. Interview mit Prof. **Alejandro Aponte** von der Universität Javeriana, Bogotá

Das Interview wurde am 4. Dezember 2009 in Bogotá durchgeführt. Prof. **Aponte** stimmte der Verwendung eines Aufnahmegerätes zu.

Prof. Aponte, usted me comenta que trabaja el tema del derecho penal del enemigo desde hace muchos años.

Bueno, en 1990 aquí en Colombia se expidió un estatuto especial muy duro para luchar contra el narcotráfico y más contra el narco terrorismo urbano. Porque por primera vez ese conflicto armado paso del campo a la ciudad. Este estatuto se llamó "Estatuto para la defensa de la justicia".

Su propósito era defender entre comillas un poco a los jueces porque más de 100 personas de toda la rama judicial habían sido asesinadas por el narcotráfico o el narcoterrorismo urbano. Entonces ese estatuto era muy restringido, jueces sin rostro, fiscales sin rostro, una famosa justicia sin rostro. De esto hubo algún ejemplo en Perú, pero lo que sucedió en Colombia fue más radical, por más años, testigos sin rostro, etc.

Antes de que el estatuto fuera una norma pude leerlo, en aquél momento yo estaba muy joven pero trabajaba ya en cuestiones académicas, entonces leyendo en esos días hablé con José L. Guzmán que es un profesor Chileno y él me habló de Sergio Politoff. Ya en el año 90 cuando salió ese estatuto leí un trabajito de él, ahí leí de Carl Schmitt, y me vino la intuición a la cabeza y dije: "no, esta legislación no es contra sindicados es contra enemigos". Y escribí mi primer trabajo académico, justamente en 1990. Se trataba de una crítica severa a esa legislación antiterrorista, mi crítica se sustentaba en un derecho penal más dirigido a enemigos que ha sindicados. Esto sin haber nunca leído ha Jakobs.

Después de que monte mi proyecto conseguí a un gran profesor como lo era Alejandro Baratta. Un hombre que entendía rápidamente.

Una de mis tesis desde ese momento era que la justicia se convierte en una continuación de la Guerra por otros medios, y en Colombia existe un conflicto armado interno desde hace 50 años, mucho más explicito en ese momento 60`s con todo el fulgor de la Guerrilla social revolucionaria. Pero que se ha venido trasladando, modificando con nuevos factores endureciendo, etc. Y esa Guerra, guerra, digamos ese conflicto, esa violencia, se trasladaba al sistema judicial, y esas es una de las hipótesis de trabajo más fuertes, que es a través de normas muy complejas. Por ejemplo que han dado la posibilidad de que las fuerzas armadas recojan la evidencia, es decir, de que lleven pruebas al proceso penal. Entonces esas eran más o menos las tesis iniciales mías, cuando yo llegué a Alemania ya yo hablaba de un enemigo militar. No me tocaba inventar enemigos.

¿Existe algún paralelismo entre el derecho penal del enemigo de Jakobs y el sistema Funcionalista del mismo autor?

Dentro del funcionalismo de Jakobs sale su teoría, pero el derecho penal del enemigo es otra cosa. No es que sea el profesor Jakobs el dueño de la categoría y los demás seamos reflejos. Por eso hay gente que lee mi trabajo y dice: No, aquí es al contrario. Mi trabajo no es una reflexión del trabajo de Jakobs. Al contrario y eso es metodológicamente muy importante. En el caso mío, yo no estoy recepcionando el derecho penal del enemigo de Jakobs. Yo estoy creando y dándole contenido a una categoría, construyendo una categoría. Yo lo que hago es construir un concepto relacionado con Colombia, con un impacto absolutamente

global. Yo le puse un nombre a una situación y le di un contexto general y eso coincidió con otro profesor alemán que estaba trabajando en la misma línea. Luego hoy se escribe contra él, y yo no tengo nada que ver con eso. Yo hablo de un Derecho Penal político eficiente del enemigo, esa es mi categoría, que nada tiene ver con Jakobs.

Absolutamente. Ni si quiera de persona. Para mí los conceptos de norma, sociedad y persona de Jakobs no existen. Yo no tengo nada que ver con los conceptos de rol ni de persona ni me interesa agotarlos. Trabajo porque me parecen dos categorías interesantes: derecho penal del enemigo vs derecho penal del ciudadano.

Jakobs ha sido después del ‘99 la persona que más polémica ha resaltado, y lo ha hecho por una cosa que además es inteligente. Esto no se entiende si uno no comprende que todo el derecho penal moderno se levanta sobre la hipótesis de la negación de la guerra. Para el derecho público Europa que se basa en Max Weber, la guerra es desde Hobbes la negación del Estado, donde hay guerra no puede haber Estado y donde hay Estado no puede haber guerra. En Colombia es al contrario no existe la paz como una condición previa para la existencia del derecho. No existe una paz consolidada. Es un país en una anomia estructural. Un país que vive simultáneamente de la paz y de la guerra.

Otra cosa que es importante es que mis categorías están siendo utilizadas en varios países para interpretar fenómenos diversos como son, por ejemplo: La ley contra la migración, sí es un derecho penal del enemigo o no y por qué, o mis categorías están siendo utilizadas también por ejemplo, actualmente en un contexto muy problemático que es la protección penal de derechos humanos. Por ejemplo, Daniel Pastor usa mis trabajos para concluir que esta oleada de derecho penal de protección de derechos humanos es puro derecho penal del enemigo. Precisamente porque yo he creado mi propio sistema de interpretación, que no está en Jakobs, él no habla de eficiencia por ejemplo. Así como yo he creado mi propio camino, ese camino crea categorías y variables que están siendo seguidas por otros autores para interpretar otros fenómenos. Como la lucha actual por ejemplo contra el narcotráfico en otros países, y el punto más duro que yo no alcance a tratar, porque es muy problemático, que es la protección penal de derechos humanos.

Las normas que violan los derechos fundamentales de los sujetos peligrosos ¿Son o no son legítimas?

Para mí no. Cuando yo buscaba respuestas sobre el tema, una vez en una conversación con Albin Eser le contaba cómo era ese derecho penal que yo estaba criticando como derecho penal del enemigo: jueces sin rostro, con base en una prueba secreta que le aplicaban a los condenados penas de hasta 20 años de cárcel. Y él me dijo: “que pena Sr. Aponte eso no es derecho, es una respuesta de pacto”. Lo que pasa es que en el caso de Colombia, yo no puedo simplemente decir que esa es una reacción de pacto. Yo tengo que estudiar el por qué, qué lo origina, cuales son las variables, el tema de la guerra, el tema del conflicto armado. El problema no es solamente sí son o no son legítimas, sino que hay que realmente matizarlo. Ahora, mi reflexión final no es sí estas normas son o no legitimas sino que son totalmente contra producentes frente a la promesa que el legislador o él que sea hace de la solución de los problemas a través de esas normas. Ósea, si la amenaza terrorista requiere de una reacción muy endurecida, la promesa es que esa reacción endurecida pueda eventualmente combatir ese fenómeno que no se puede combatir con normas ordinarias, esa es la ecuación. Y yo en todas estas páginas subvierto esa promesa y digo que ese derecho penal instrumentalizado que se convierte en una continuación de la guerra por otros medios lo que hace es agravar el problema terrorista, agravar todo el problema social creado por ese problema terrorista. Por eso, la tarea de demostrar sí es o no un derecho legitimo como hacen algunos

autores que se acercan superficialmente al tema, no es mi tarea. Mi tarea es ir desentrañando hasta explotar cada una de las contradicciones en ese modelo que tampoco es un modelo ideado y conspirativo, no, es casi una dinámica que escapa a la voluntad de las personas.

Alguna solución del problema que usted logro detectar en Colombia.

Es que son muchos problemas simultáneamente. Yo apuesto todavía, por un derecho penal. Ahí también hay algunos profesores que me dicen, a bueno apuestas por un derecho penal respetuoso, de garantías, de la constitución y ese derecho también tiene una gran cantidad de críticas. Pues, por supuesto. Ese derecho penal de garantías toda la vida lo hemos criticado, es cierto, pero no es lo mismo castigar a una persona a través de un Juez sin rostro, y punto. Independientemente de que tengamos que seguir discutiendo fuertemente sobre la legitimidad o no del sistema penal en todos los países.

Pero usted apuesta por un derecho penal ideal en una sociedad fragmentada

Justo por eso, porque es una sociedad fragmentada, que requiere una construcción previa al derecho. Cuando se trabaje con un derecho penal, tiene que ser un derecho que no cree más decepción, se tiene que trabajar con un derecho que no fragmente más….

¿Cuál es el principal aporte que usted Prof. Aponte considera que han dado sus obras aquí en Colombia y a nivel internacional?

Yo creo que aportar un poquito de clase, ósea, yo creo que es ir un poco más allá de la discusión de moda y aportar categorías de carácter estructural para entender mejor temas que son estructurales y ya de cada país. Mi punto de partida y esa es la diferencia que yo veo radical por ejemplo con Jakobs es que para él el enemigo es un enemigo que se comporta como tal, casi ontológicamente es un enemigo. Para mí el enemigo siempre es un enemigo construido, siempre hay una decisión política que construye al enemigo, esa es una diferencia radical. Entonces, es que después digo que cada sociedad tiene que fijar las variables con base en las cuales se construyen políticamente esos enemigos, cada sociedad tiene que asumir esto. Ese es por ejemplo uno de los aportes de mi trabajo.

¿Qué particularidad considera usted propia de la discusión científica del derecho penal del enemigo en Latinoamérica?

La guerra. Ellos no la tienen, tienen la lucha contra el terrorismo. Nosotros tenemos una guerra y no en América latina, en Colombia. Porque no hay guerra en América latina, en ninguna parte, salvo acá.

¿En Colombia la selectividad de sujetos peligrosos se dirige generalmente en prejuicio de las clases marginales?

Muchas veces sí, cuando aquí, se persiguió a los subversivos en épocas muy radicales de los años 70’s y 80’s. Detrás de la persecución de ese enemigo venían todos los sindicalistas, miembros de movimientos sociales, etc. El derecho penal del enemigo tiene una sustancia, y es que no se dirige donde los problemas se producen sino donde ellos se manifiestan. Y eso es lo que hace que sea tan aparatoso en su funcionamiento. Yo dirijo una batería de normas súper radicales donde el problema se manifiesta no donde se está originando, y donde se está originando se sigue originando, y donde se manifiesta y que yo respondí de manera aparatosa creó otro problema adicional. Esa es la síntesis de todo el cuento. Ósea, para sintetizarlo un poco más, sí estos actores considerados como enemigos expresan en algún momento circunstancias sociales terribles, yo no actúa sobre las circunstancias sociales sino

donde estas se expresan, y creo un problema doble. Por ejemplo: el uso indiscriminado de este modelo normativo contra personas situadas en la cadena del narcotráfico, el que siembra la hoja de coca. Sí se castiga con un derecho híper instrumentalizado sin diferenciar (por eso la diferenciación es una de las máximas fundamentales de mi trabajo) con el gran narcotraficante, entonces se actúa contra el más frágil de la cadena. Entonces ni se resuelve el problema del narcotráfico, que se está produciendo en una cadena complejísima, y además al criminalizar a este señor lo envilece a él y a su entorno, y por eso se siguen multiplicando las consecuencias graves de ese problema.

Prof. Aponte muchas gracias por su tiempo y por su paciencia.

Anhang IV. Fragebogen an Prof. **Rogelio Barba Álvarez** von der Universität Guadalajara

Am 13. December 2009 wurde der Fragebogen per email (rokame00@hotmail.com) beantwortet.

a) ¿Qué lo motivó a estudiar el tema del Derecho penal del enemigo?

R.- Es un tema novedoso de gran relevancia jurídico-penal, en la que Jakobs aborda una parte del derecho que no se había tratado nunca, es decir, la justificación de la pena meramente retributiva, ya no intimida a un sector criminal, por lo que el sujeto no es capaz de aprender del castigo, en ese momento surge la pregunta del qué hacer con el criminal que ejecuta y ratifica su hecho delictivo, indudablemente ha sido un tema muy complejo y la doctrina penalística se ha volcado en darle un tratamiento científico y del que aún no se llega a una posición frente al ejercicio del derecho penal del enemigo, aunque sabemos que se aplica en algunas legislaciones de nuestro entorno.

b) En el ámbito latinoamericano – específicamente en México – la ampliación de los tipos delictivos y el endurecimiento de las penas es reclamada por los ciudadanos, y ejecutada por sus legítimos representantes. ¿Cómo puede el Derecho penal resolver sobre la posible limitación del "ius puniendi"?

R.- La preocupación en los últimos años del ejecutivo federal y del legislativo frente a la criminalidad no convencional ha empujado a estos dos sectores a hipertrofiar el sistema punitivo, incrementando los tipos penales y aumentando las penas a delitos graves, satisfaciendo el "clamor social", de manera "simbólica", repercutiendo en la seguridad jurídica del ciudadano que cada vez ve reducidos sus derechos más fundamentales, por lo que el ius puniendi se vuelve cada vez más autoritario. Por todo esto considero que el derecho penal académico debe fortalecerse a través de ONG's u organizaciones civiles, puesto que lo que busca el académico es regresar al derecho penal liberal, ponderando los principios penales de proporcionalidad, humanidad, legalidad, etc.

c) Se ha dicho, que el intervencionismo penal en las sociedades posindustriales se dirige principalmente a la criminalización de los estratos más cercanos a los núcleos de poder y económicamente más pudientes. Cree usted que, contrario a lo dicho: ¿Acentúa el discurso punitivista de seguridad ciudadana en los países latinoamericanos – específicamente en México – la selectividad de "sujetos peligrosos" en perjuicio de los sectores de menores recursos?

R.- Obviamente el delincuente lombrosiano por antonomasia lo encontramos en los extractos sociales más bajos, pues éstos cometen delitos de gran alarma social, de sangre provocando un rechazo generalizado, mientras que la criminalidad influyente afecta a bienes jurídicos difusos, los cuales no se pueden individualizar, por lo que sigue atrayendo a la sociedad la criminalización de sujetos peligrosos, feos con crímenes asociados a su calidad de vida.

d) En este mismo orden de ideas, considera usted que: ¿Excluiría en México el concepto de persona – como portadora de derechos y obligaciones – a las clases sociales marginales? Piénsese en el concepto de sociedad de Jakobs en comparación con el concepto de sociedad de von Liszt – criticado por dirigirse sólo hacia la Burguesía.

R.- Si, el sistema penal mexicano origina la exclusión del concepto persona, buscando criminalizar ciertas conductas que benefician a la sociedad burguesa, de hecho se ha tratado de

reinstaurar la pena de muerte, como medida emergente para hechos de gran alarma social, secuestro y narcotráfico, siendo esta una medida totalmente fuera de norma internacional toda vez que se faltaría al pacto de San José, en el que se llego a un acuerdo y en el que México firma y ratifica, que una vez que las legislaciones han abolido la pena de muerte no se podrá volver a instalar.

e) ¿Qué consecuencias puede tener en la práctica – para legitimar o dejar de legitimar preceptos y usos penales – la recepción del Derecho penal del enemigo de Jakobs en Latinoamérica?

R.- Te recomiendo que analices los CCPP de Latinoamérica donde verás estados excepcionales, más cercanos al autoritarismo donde existe un sistema caótico, represivo y borroso, lejos de un derecho penal liberal es decir: de leyes, sencillas, pocas y claras, para muestra el CP de Jalisco en el que contamos con tres títulos donde se trata la libertad sexual, o el CP de República Dominicana donde se criminaliza al mendigo, pordiosero.

f) ¿Qué particularidad considera usted propia de la discusión científica del Derecho penal del enemigo de Jakobs en Latinoamérica?

R.- La discusión debería ser doctrinal, sin embargo hay muy poca doctrina que ha abordado el tema, Argentina, Brasil y Colombia son países que se ha dado algún tratamiento dogmático, esto ayudaría obviamente pues las reformas penales deben ser sujetas a los principios limitadores del ius puniendi, bajo la consideración humanística, creo que se deberá revisar los CCPP de América Latina, y nos daremos cuenta como un CP de nuestra región afecta y se fortalece con esta idea de criminalización y desconocimiento del status de la persona, y en el que cada día existen argumentos para imponer este DP del enemigo.

Prof. Barba Álvarez, le reitero mi infinito agradecimiento por su atención y su tiempo.

Anhang V. Fragebogen an Direktorin **Alice Bianchini** vom Strafrechtsinsitut Panamericano, São Paulo

Am 8. Marz 2010 wurde der Fragebogen per email (alice@lfg.com.br) beantwortet.

Acho que sua maneira de escrever é muito clara e valiosa em conteúdo. Gostaria de, com todo respeito, perguntar-lhe:

a) Diz-se que o intervencionismo penal nas sociedades pós-industriais estádirigido principalmente para a criminalização dos estratos mais próximos aos núcleos de poder e economicamente mais poderoso (Direito penal como instrumento de contra-poder). Você acha que, contrário ao que se diz: Acentua o discurso punitivo – de dominação ou opressão – nos países latino-americanos a seletividade de "sujeitos perigosos" em prejuízo dos setores de menos recursos?

Resposta: não obstante o Direito penal estar sendo utilizado, hoje, como contra-poder, o fato é que tal utilização se dá apenas em nível discursivo, ou seja, analisando-se mais a fundo tal questão, observa-se que há inúmeras leis que punem condutas praticadas por aqueles economicamente mais favorecidos, mas, na prática, muito escassas são as punições dirigidas a pessoas que pertencem aos extratos sociais mais elevados.

b) Nesta mesma ordem de ideias, você acha que: Excluiria na América Latina o conceito de pessoa – como portadora de direitos e obrigações – às classes sociais marginais? Pensemos no conceito de sociedade de Jakobs em comparação com o conceito de sociedade de Von Liszt – criticado por dirigir-se somente à Burguesia.

Resposta: no que tange ao direito penal brasileiro, a idéia de pessoas excluídas de direitos e obrigações ainda está diretamente ligada às classes sociais marginais. O discurso social punitivista encontra-se diretamente dirigido a tais pessoas, tanto que, no Brasil, pesquisa recente sobre pena de morte (a qual se encontra textualmente vedada pela Constituição, salvo em caso de guerra declarada), aponta que, em **2008,** 47% da população era favorável a tal prática (Jornal Folha de São Paulo, 6 abr 08)

c) Como deve reagir o Estado diante de pessoas que o Direito penal parece estar em incapacidade absoluta de cumprir seus fins?

Resposta: enquanto não se perceber que a melhor política criminal é a *social*, não se avançará muito sobre o assunto segurança pública. Agora, não se pode entender tal pensamento de forma reducionista, no sentido de que é a pobreza a responsável pela insegurança no país. Isso é desmentido pelas estatísticas. Os países mais pobres não são os que detêm os maiores índices de violência. Mesmo no Brasil podemos observar que os estados mais miseráveis não são os mais violentos.

Ações de cunho preventivo é que devem ser desenhadas, planejadas e implementadas, para minimizar a violência.

É porisso que, atualmente, têm se percebido que a função do direito penal é mais modesta do que se lhe atribuiu historicamente. Além disso, em razão dos efeitos nefastos do direito penal (que atingem o criminoso, sua família e toda a sociedade), ele tem sido utilizado com mais parcimônia, ficando circunscrito aos casos muito graves, ou seja, quando está em jogo um bem jurídico muito importante e quando a lesão a tal bem jurídico tenha sido grave. Lesões de pequena monta ao bem jurídico devem ser objeto de outros ramos do direito (civil, administrativo, etc.).

d) No âmbito latino-americano a ampliação dos tipos delitivos e o endurecimento das penas é reclamada pelos cidadãos, e executada por seus legítimos representantes. Como pode o Direito penal resolver sobre a possível limitação do "ius puniendi"? E sim a missão de Direito penal é lutar contra a criminalidade "moderna", qual é o prognóstico da relação futura entre o Direito penal e a Política criminal?

e) Quais seriam as possíveis consequências na prática – para legitimar ou deixar de legitimar preceitos e usos penais – a recepção de Direito penal do inimigo de Jakobs na América Latina?

O discurso oficial é o de que as leis penais existem para preservar a convivência social, recaindo sua eficácia de forma igualitária sobre todos. Trata-se, entretanto, de afirmação distanciada da realidade e mistificadora, porque as leis penais, na prática, freqüentemente, cumprem a função de fortalecimento de valores impostos por grupos hegemônicos (políticos, econômicos, religiosos, etc.), com a pretensão de preservar seus privilégios.

O uso desvirtuado do Direito penal vem se acentuando. A mídia retrata a violência como um "produto espetacular" e mercadeja sua representação. A criminalidade (e a persecução penal), assim, não somente possui valor para uso político (e, especialmente, para uso "do" político), senão que é também objeto de autênticos melodramas cotidianos que são comercializados com textos e ilustrações nos meios de comunicação. São mercadorias da indústria cultural, gerando, para se falar de efeitos já aparentes, a sua banalização e a da violência.

Em inúmeros casos, então, o legislador, levado pela "urgência" e pelo ineditismo desses novos riscos, não encontra outra resposta que não seja a conjuntural ("reação emocional legislativa"), que tende a ser de natureza "penal" e associada a benefícios eleitorais que possa oferecer. Bradar-se-á como portadora de soluções, ainda que seu recorrente uso solucione coisa alguma.

O discurso do direito penal do inimigo tem sido utilizado por políticos brasileiros e encontra-se bem recepcionado pela sociedade em geral. O rompimento de tal aproximação (discurso político e aceitação social de tal discurso) somente pode se dar com o convenciomento de que, quando o tema é segurança pública, o racional precisa se sobrepor sobre o emocional, mostrando-se, com dados empíricos, que a situação não se encontra da forma como está sendo apresentada. Há necessidade de se compreender que as medidas de cunho repressivo, além de atuarem quando o crime (violência) já foi perpetrado, não são capazes de devolver a tão justa e merecida tranqüilidade social. São as medidas preventivas (ditadas pela política criminal e cujo aporte científico é retirado da criminologia) que são capazes de alterar o atual quadro de criminalidade.

f) Quais particularidades você considera própria da discussão científica do Direito penal do inimigo de Jakobs na América Latina?

O aumento da insegurança por parte da sociedade caminha *pari passu* com a diminuição do seu nível de tolerância. Tal fenômeno propicia que o discurso feito pela sociedade em relação ao controle da criminalidade possa estar sendo obnubilado e, pior, confundido (e fundido) com um sentimento geral de vindita, chegando, em seu caso extremo, à defesa da teoria do direito penal do inimigo.

No lugar de se perquirir acerca das causas da violência, para (bem) combatê-las, a busca tem se limitado à satisfação de um desejo de vingança contra aquele que ofendeu a sociedade ao praticar (ou ao ser acusado de praticar) um crime. A pena (e o direito penal) tem se

prestado muito bem a tal (des)função, sendo, o Direito penal do inimigo, expresão máxima de tudo isso.

A sociedade, não obstante se mostre cada vez mais sensível em relação às causas da violência, apregoando, como forma de prevenir a criminalidade, modelos que enfoquem questões sociais, encerra uma profunda contradição quando se trata de estabelecer o que é justo e correto em relação à intervenção do Estado na figura do criminoso (ou do acusado do cometimento de um crime), exigindo, no geral, meios mais incisivos. A demanda social passa a ser por mais Direito penal, e por um Direito penal desprovido das garantias constitucionais. Tal pretensão social compromete um aspecto tão caro para o cidadão: a própria cidadania.

Não percebe, a sociedade, que, ao permitir (e, mais, insuflar o Estado) o desprestigiamento das garantias constitucionais, acaba por agir contra seus próprios interesses, já que um sistema penal garantista constitui interesse de todos: das vítimas, dos réus e dos cidadãos não envolvidos com a criminalidade, mas que querem a garantia de que caso venham a se envolver pessoalmente, ou ter alguém de seu convívio envolvido com a Justiça Penal, lhe seja assegurada a aplicação dos preceitos constitucionais.[1]

Há que se compreender que o Estado de direito, no que se refere à incidência do Direito penal, precisa resolver uma equação delicada que envolve duas pretensões igualmente legitimadas: "Por um lado, a pretensão de quem vê ameaçados seus direitos pessoais por outros particulares. O Estado de direito deve protegê-lo de *abusos privados*, tanto quanto possível, por meio da pena e da cominação penal. Por outro lado, a pretensão de quem vê ameaçados seus direitos pessoais por parte do Estado. O Estado de direito deve protegê-los de *intervenções estatais*, renunciando à pena e à cominação penal tanto quanto seja possível"[2]

De ver-se, assim, que Direito penal, por si, contém uma relação conflitual, já que, na concepção democrática, ele tanto serve para a proteção do cidadão frente a outro cidadão (controle da violência informal) como para proteger o cidadão do poder do Estado (controle da violência formal). Somente ações muito equilibradas poderão evitar que prevaleça qualquer um desses antagônicos interesses (interesse do cidadão por proteção frente a outros indivíduos e interesse do cidadão de proteção frente ao poder punitivo do Estado).

O Direito penal, como se viu, paradoxalmente, enquanto representa o meio mais incisivo de que se vale o poder instituído para assegurar a pacífica convivência entre os jurisdicionados, equivale, também, àquele que mais restringe a liberdade e enfraquece os direitos de segurança e de dignidade. Resta de capital importância, pois, que se busque estabelecer rígidos critérios — representados pelo modelo constitucional do Direito penal — para a intervenção punitiva.

A legitimidade do sistema penal, num Estado social e democrático de direito, encontra-se condicionada a sua *capacidade de alcançar as finalidades protetoras*, no sentido de diminuir a violência que grassa na sociedade (seja ela privada ou estatal), ao mesmo tempo em que cumpre os *fins de garantia formal e material* a ele assinalados, sem que, para isto, extrapole os *limites* estabelecidos por este tipo de Estado.

---

[1] Dados colhidos no ano de 2002 apontam que "uma parcela na faixa de 30% dos brasileiros apóia sempre ou na maioria das vezes diferentes formas de punição ilegal, como a polícia matar assaltantes rendidos ou bater nos presos para que eles confessem crimes." População dá apoio a ação policial ilegal, diz pesquisa. FSP, 09 abr. 05.

[2] BAURMANN apud SILVA SÁNCHEZ, Jesús-María. *Aproximación al Derecho penal contemporáneo*. Barcelona : Bosch, 1992, p. 185.

Muito embora a sociedade deva manifestar-se sobre temas ligados a todo e qualquer ramo do Direito, há que se fazer uma distinção no que se refere ao Direito repressivo. É que a Política criminal, quando da sua tarefa de buscar instrumentos capazes de minimizar a perturbação social provocada pelo crime, e, até mesmo, no momento em que criam técnicas para preveni-lo, deve basear-se em estudos pormenorizados, também, de outros ramos do conhecimento. As conclusões elaboradas a partir destes estudos dificilmente encontram ressonância nas camadas sociais. Esbarra-se, aqui, em um interrogante ético: o Direito deve representar os anseios imediatos da sociedade, ou deve conformá-los? A primeira assertiva é a que, freqüentemente, é tida por correta. Ocorre que não se podem confundir as questões de fundo, subjacentes ao questionamento suscitado. Para tanto, faz-se necessário distinguir dois momentos: o *primeiro*, no qual o Direito sancionatório deve conformar-se – mais do que isto, representar – aos anseios sociais. Portanto, no momento de se conferir dignidade penal a determinado bem, há que se averiguar se, na sociedade, ele é valorado e em que grau. O *segundo momento* refere-se a questões teóricas, fundado em métodos para a contenção da criminalidade. Requer-se conhecimento especializado, prescindindo de toda e qualquer sugestão que não venha calcada em argumentos verificados, muito embora o relato de experiências vivenciadas seja importante para as conclusões posteriores. O saber, portanto, é científico, pertence ao ramo da Política criminal e se assenta em conclusões extraídas, principalmente, da Criminologia.

Professora Bianchini, reitero meu infinito agradecimento por sua atenção e seu tempo

Anhang VI. Interview mit Prof. **Manuel Cancio Meliá** von der Universität Autónoma de Madrid

Das Interview wurde am 7. Juni 2010 in Madrid durchgeführt. Prof. **Cancio Meliá** stimmte der Verwendung eines Aufnahmegerätes zu.

Prof. Meliá usted me ha comentado que conoce al Prof. Jakobs desde hace mucho tiempo.

Así es. Yo me fui en 1992 a Alemania como es la tradición y sigue siendo para elaborar la tesis doctoral. Los penalistas españoles al igual que administrativistas y algunos civilistas también se van a estudiar a Alemania. Entonces llevaba ya publicado menos de diez años la primera edición del Tratado de Derecho Penal de Jakobs y acababa de publicarse la segunda edición del mismo. Yo recién terminaba la carrera y me fui directamente con 24 años allí porque no necesitaba aprender alemán previamente. Él me dio un tema de tesis en el que inicialmente estuve dos años trabajando.

Al principio teníamos una relación discipular sin más, que yo valoro y todos los que hemos pasado por allí muchísimo. Porque a diferencia de lo que sucede y lo que sucedía por aquel entonces que muchos profesores alemanes están dedicados a sus asuntos también muy burocratizados, a diferencia de lo que puede ser el Estándar, Jakobs siempre tenía tiempo. Él dedicaba una parte muy notable de su jornada a resolver sus asuntos burocráticos en la facultad y a atender al número de discípulos que tenía entonces. Cuando llegué yo era un número limitado, éramos cuatro o cinco personas y la verdad yo me he dado cuenta que nos dedicaba mucho tiempo, mucho más de lo que uno puede dedicarle razonablemente en el momento actual a sus alumnos. Entonces digamos que fue un tipo de relación discipular más intensa de lo que suele ser habitualmente.

¿Considera usted que la Teoría funcionalista de Jakobs tiene efectos positivos en la práctica?

Pues el efecto positivo en la práctica, desde mi punto de vista, es que intenta ver las cosas sin confundir el deber ser con el ser, ósea, analizar la situación normativa tal y como existe. Permite desvincularse mejor de tradiciones y las tradiciones en materia de dogmática son muy importantes, hemos estado discutiendo acerca de cosas por ejemplo la discusión acerca del concepto de acción que con un punto de vista no tradicional sobre la realidad del sistema normativo se habría resuelto muchísimo antes y en particular en materia político criminal, y eso yo ya lo pensaba.

¿Cree usted que la Teoría de Jakobs pueda aplicarse en Latinoamérica?

Si, por supuesto. Lo que pasa es que con conclusiones seguramente poco agradables si se aplica en sentido estricto, pues llegaríamos a la conclusión de que el derecho penal de todos los países latinoamericanos, con alguna excepción, es formalmente republicano, formalmente democrático, formalmente constitucional y materialmente no lo es. Porque excluye a una parte más o menos grande de la población de los elementos mínimos de supervivencia, es decir, coloca una parte muy importante de la población en una situación de digamos de derecho de rebelión por así decirlo.

¿Cuál es el punto de discrepancia entre usted y su maestro?

El punto de discrepancia y que me parece que no está sujeto a opinión, es que a finales de los noventas se produce una modificación en el diseño general de su Teoría de la prevención

general positiva. Esta diferencia se condensa en el librito del año 2000 sobre la Pena Estatal y la diferencia está en que él piensa que ahora está bien la teoría y que antes estaba mal, y yo pienso que estaba mejor la anterior. El punto concreto esta en decir dónde está el ancla normativa. ¿Cómo se evita que toda la construcción sea una construcción hecha en el aire? Que es lo que él le reprocha a su punto evolutivo hasta 1997, entonces él ahora dice: "no es que todo tipo de sistema penal necesita de un mínimo de reconocimiento fáctico". Es decir, necesita esa cimentación cognitiva. Entonces cuando hay gente muy muy peligrosa esta cimentación cognitiva está en riesgo. Y eso es lo que explica y justifica no solamente el derecho penal del enemigo sino también la medida concreta de la pena. Porque lo que se le reprochaba antes por parte de muchos autores que no ven con malos ojos la prevención general positiva pero no están dispuestos a reconocerla como único fundamento, al menos esa era la posición mayoritaria. Es decir, la prevención general positiva está bien pero no como único fundamento de la pena.

A Jakobs se le reprocha, el por qué en su sistema no basta con anunciar sencillamente la conducta incorrecta por parte del individuo, por qué no basta un anuncio. Y él piensa que ahora tiene una buena respuesta para esto. Y que antes no la tenía. Mientras que por el contrario, en mí caso, yo pensaría que cuando uno quiere tener una teoría global como la que él desarrolló tiene que pagar el precio y admitir que los presupuestos concretos de funcionamiento es algo que se tiene que dejar al análisis sociológico, extra normativo, y él piensa ahora que eso no es así. Con esa regla de tres la mayoría de los ordenamientos de países económicamente desiguales no sería derecho en el sentido estricto, es decir, si aplicamos la actual configuración de la teoría de Jakobs al Derecho Penal Mexicano, por ejemplo, con una tasa de impunidad por encima del 95 %, pues llegaríamos a la conclusión de que no existe el Derecho Penal Mexicano como derecho, a mi me parece que esto demuestra también que desde este punto de vista, que está teoría está mal.

¿Hasta qué punto sería imprudente comparar la evolución de los países latinoamericanos a la de los países Europeos?

Sí y no, desde mi punto de vista la evolución es muy distinta en cuanto a las bases económicas y es una especie de mezcla de capitalismo salvaje tipo siglo XIX, con mezclas de otros tipos de costos, pero a mí me gustaría pensar que en América Latina hay una evolución netamente occidental y que puede mejorar, ósea, ese no es el punto de llegada.

Hay quien dice que todo esto tiene que ver con la descolonización que no dejó ningún espacio entre el régimen tradicional de la colonia española y el régimen neo colonial, que no hubo momento para una evolución como la hemos tenido en el siglo XX en Europa Occidental.

¿Por qué el interés en difundir sus ideas en Latinoamérica?

Bueno yo soy americano, nací en México y luego si uno se dedica a la universidad cambian las circunstancias por completo. Yo llevo viviendo emocionalmente de América Latina los últimos diez años por lo menos, porque considero que la universidad europea es una institución fundamentalmente pública que está en declive. Esto también se observa particularmente en la actividad universitaria en temas relacionados con el derecho penal. Este es un país que estaba hambriento de Estado de derecho y esa hambre se va perdiendo cada vez más. Mientras que uno llega a América Latina y tiene la posibilidad de intervenir en debates sobre temas de actualidad que persiguen ese Estado de derecho, en el que si bien uno no es nacional uno tampoco es extranjero, y eso en la vida de uno como profesor te abre un campo completamente distinto.

¿Cuál es su opinión sobre el derecho penal del enemigo?

Bueno, vamos a delimitarlo un poco. Voy a poner un ejemplo: en el Código Penal Español tenemos un delito que está tipificado en el Art. 318 bis que es un delito conforme dice el rótulo: "Delitos contra los derechos de los ciudadanos extranjeros", e incluye unas conductas que son de inmigración clandestina. Entonces cuál es el planteamiento. Le voy a hacer una caricatura total para intentar transmitirle la idea porque esto es una buena metodología. Cuál es el planteamiento metodológico, es decir, el uso. Porque el derecho penal jamás puede estar desvinculado de la Constitución, en todo hay que hacer una lectura constitucional, porque el derecho penal no es una realidad meramente positiva sino que es una especie de Constitución en negativo. Entonces nosotros leemos conforme a esta metodología que la doctrina española, y de hecho así sucedió cuando se introdujo esto en el año 2003, incrimina a la persona que ayuda a otro a inmigrar clandestinamente a España con independencia de que lo explote exista ánimo de lucro o no.

Pensemos en el caso de un ciudadano colombiano que quiere inmigrar a España porque en su país se encuentra mal. ¿Qué derecho lesiona una persona que sin formar parte de ninguna organización le recibe por ejemplo en su casa? No se sabe, entonces aquí hay toda una serie de lucutaciones. En ese sentido ha habido autores que dicen: el bien jurídico protegido es la dignidad humana del inmigrante en la medida en que su ingreso en una situación irregular va a producir una dificultad de integración y una situación de exclusión.

En esto van un poco más allá de lo que la propia norma dice, esa es una conclusión imposible de obtener. Ósea, esto consiste en hacer una especie de cordón sanitario en torno al migrante para colocarle en las proximidades de la criminalidad. El rótulo "de los delitos contra los derechos de los ciudadanos y extranjeros" no es apropiado. La infracción en cuestión es una infracción racista, inconstitucional y que lo que pretende en realidad es contribuir a la identificación entre crimen e inmigración.

Entonces desde el punto de vista metodológico habitual es muy difícil percibir este tipo de cosas. Puesto que todo está en el Sistema Constitucional, mismo que se auto repara y uno tiende a justificar determinadas normas.

España es un país medianamente Estado de derecho, cuya Constitución proclama en su Art. 25 que las penas estarán orientadas a la reinserción y a la reintegración social. Sin embargo, tenemos desde el año 2003 una pena máxima de 40 años. Mismo hecho que ha sido aprobado y apoyado por los grandes partidos políticos (los socialdemócratas y los conservadores). Y el Tribunal Constitucional jamás va a decir que eso es inconstitucional. Entonces yo me pregunto, Qué es mejor: una metodología que se inserte en el sistema o una metodología que sea un poco más aséptica y permita sacar adelante y poner en claro las contradicciones político - criminales del sistema. A mí me parece que una metodología funcional mas vinculada a la realidad social del sistema de imputación sería más óptima, pues es más vigorosa, a estos efectos tiene mayor potencial crítico. Por eso decía, que si el derecho penal del enemigo tiene algún efecto este es definitivamente positivo. El derecho penal del enemigo llama la atención y a la diferencia.

Estaría solamente, entre mi maestro y servidor, en que él piensa que es un instrumento para separar dos ámbitos legítimos de intervención del poder del Estado y no confundir el derecho penal con este derecho de reacción extraordinario. Yo particularmente pienso que eso es ingenuo y que es algo que ha sido falsado por la realidad, no hay manera de contener eso. Sí uno permite un poquito de tortura ¿Donde están los límites? Eso es digamos un poco la idea.

¿Dónde está el límite?

Bueno pues yo creo que el límite está en la política.

Algunos dicen que el problema del derecho penal del enemigo se resuelve en el derecho penal.

No.

¿Dónde se resuelve?

Se resuelve desde fuera del derecho penal, no se puede decir seriamente que los mecanismos de control internos van a funcionar porque no están funcionando, no han funcionado en los Estados Unidos de América y no están funcionando entre nosotros.

Tendría que ser una crítica a la que estemos llamados especialmente los que entendemos de derecho penal porque somos técnicos, pero que en principio podría formular cualquiera, digamos que es una crítica externa, es una crítica política.

¿Se trata solamente de una crítica política?

Yo diría que sí, porque la respuesta jurídica es que la Constitución los ponga (mecanismos de control), pero las constituciones están siendo irrespetadas sistemáticamente. Se está erosionando el valor normativo de la Constitución como norma jurídica, está sufriendo una erosión intensísima.

¿Cómo puede el Estado luchar contra las personas peligrosas sin derecho penal del enemigo?

Para empezar debe asumir que no se puede luchar, el Estado no está para luchar contra nadie, eso es lo primero.

¿Legitima el Estado de Derecho esas normas?

Si, por supuesto, pero es que no debería hacerlo, toda idea de luchar contra determinados individuos ya lleva el germen de una pendiente deslizante donde se le está atribuyendo ya con la denominación lucha, combate, se le está atribuyendo una función al derecho penal que de ninguna manera puede cumplir, porque está más allá de la capacidad que tiene un instrumento interno en la sociedad.

¿Es o no el derecho penal un instrumento idóneo para resolver problemas sociales?

No, y no puede hacer progresar a la sociedad. Así es, me parece que eso forma parte de los delirios de omnipotencia del derecho penal y de los penalistas de creer que nosotros vamos a establecer la idea de que si hubiera una buena comisión de reforma del Código los problemas de Guatemala, por ejemplo, en el sistema penal se iban a resolver y eso no es así.

Yo creo que eso tiene que ver con América Latina y no con Jakobs, porque en América Latina todos y yo el primero, durante muchísimo tiempo hemos estado partiendo de la base de que cualquier avance técnico jurídico era un avance en términos de Estado de derecho también. Durante muchos años el primero, en la medida de que me toque por mi edad en subrayar que eso es así, si uno se dedica a mi tema de tesis: “La conducta de la víctima”, eso es un problema que por su puesto debe tratarse por parte de los tribunales en cualquier pueblo

perdido del Paraguay por ejemplo. Lo que ocurre es que dentro de los problemas del Paraguay seguramente que no es prioritario tener seguridad jurídica que es lo que aporta la dogmatica y limitación de responsabilidad para este tipo de supuestos, el problema del Paraguay es que los jueces no reciben salarios suficientes, son venales, los funcionarios de policía están conectados con el poder político y a esos problemas de base no se dedica nuestra actividad porque lo nuestro es más bien lo otro.

Entonces en ese contexto que de pronto sobre un tema podrían pasar congresos uno detrás de otro y en fin me incluyo a mí en la crítica, pero hasta cierto punto no digo que estuviera mal hacerlo así, pero un congreso detrás de otro a lo largo de los años noventa, que es lo que yo he podido seguir, entonces se habla de la Constitución, de la teoría de la imputación objetiva, de la prevención general positiva entre otros temas. Y no se habla lo suficiente del problema real, y es que las bases socio-económicas no permiten al menos en alguna medida que exista un Estado de derecho, porque un Estado de derecho requiere un mínimo de igualdad económica real entre los ciudadanos.

Por qué esto no se tematizaba, no se tematizaba porque todo esto es importación de los problemas jurídico penales europeos que son la corrupción, el trafico de drogas, entonces habíamos vivido en una especie de sobre entendido. El derecho penal del enemigo aplicado aquí es grave, gravísimo, está produciendo en este país concretamente más que en ningún otro una destrucción del Sistema Constitucional en materia penal que desde el terrorismo se filtra hacia todas partes. Pero es que en América, en todos y en cada uno de los países de América, y en todos excluyendo Canadá seguramente, el problema del derecho penal es que hay gente que no puede garantizar un tratamiento médico medianamente razonable para sus hijos y por eso comete delitos. Entonces el derecho penal del enemigo en América Latina es el derecho penal desde cierta perspectiva y derecho penal del enemigo aquí es otra cosa, es algo que por supuesto es muy grave que ataca las bases del Estado de derecho, pero que no te explica todo el derecho penal.

De ahí, que a su pregunta: qué puede hacer el derecho penal, le respondo, pues poquísimo. Yo pienso que hace lo que dice Jakobs, que es: en un sistema social que está más o menos en orden procesar las desviaciones de la norma siempre que sean marginales. Ese es el problema fundamental de qué es lo que pasa cuando se traslada esta manera de ver el derecho penal a América Latina, ósea, lo que me dijo a mi Jakobs, cuando hicimos el primer viaje a Colombia.

Ahora que menciona su primer viaje a Colombia con el Prof. Jakobs ¿Qué papel juega el Externado de Colombia en la recepción del pensamiento de su maestro? ¿El Prof. Montealegre Lynett también ha contribuido en esta labor de recepción?

Efectivamente, Eduardo fue el primero. Y además todos hemos hecho la experiencia, no es lo mismo leer ha Roxin que ver a Roxin, eso es algo que necesariamente es así. Yo diría que hasta en física, porque la persona añade muchos elementos a la comunicación y luego Jakobs pues siempre está dispuesto a hablar con quien sea en cualquier sitio, entonces eso ha contribuido mucho a la difusión de sus ideas.

El Externado como usted sabe en Colombia tiene una posición que afortunadamente ahora está perdiendo lo que era de prácticamente cuasi monopolio en asuntos jurídicos, ósea, era la Universidad colombiana para temas jurídicos y particularmente jurídico penales por excelencia. Esa situación ahora está cambiando en el sentido de que hay otras universidades muy pujantes que están contratando también muy buenos profesores. En conclusión, el Externado jugó un papel muy importante porque para aquel entonces ocupaba una buena posición

en materia de derecho y en particular de derecho penal. Y luego, sobre todo porque el Externado empezó una línea de publicaciones que son unos cuadernillos que iniciaron primero con Jakobs pero que después se publican hacia todos los que tuvimos algún interés con una muy buena distribución. De tal manera que estos textos de Jakobs eran mucho más valiosos de lo que la mayoría del público percibía, porque realmente antes del 92 más o menos hasta que llego yo a trabajar con él, Jakobs escribía para un público exclusivamente alemán sus textos eran muy difíciles de entender, yo lo sé como traductor porque he traducido muchos de sus trabajos fundamentales.

Quería preguntarle sobre el derecho penal del enemigo en Colombia, según Aponte sus conclusiones al respecto no son un reflejo del pensamiento de Jakobs. ¿Qué opina usted?

A mí lo que me parece es que Alejandro se toma demasiado en serio lo que el propio Jakobs dice. Jakobs dice: esto es una cuestión efectivamente de eficiencia, a Bin Laden no le podemos tratar con las penas con las que tratamos a un señor que ha cometido varios robos, sino que necesita otro tipo de reacción porque si no, no va a ser eficiente. Desde mi punto de vista eso no es así, eso es el discurso tanto de Jakobs como de los agentes políticos que están en los gobiernos y esto es una cuestión de peligrosidad, pero no es así. Sino que sin saber nada de sociología, con haber leído un par de cositas, lo que vemos es que el delincuente y mas este tipo de delincuente terrorista no es un sujeto al que se le pretenda controlar como se le pretende controlar a un esquizofrénico, es decir, sin generar bajo el rotulo digamos eficientista, tipo medidas de seguridad, lo que en realidad sucede es la construcción de un enemigo social.

En la práctica desde luego que en Colombia se vive el derecho penal del enemigo todos los días. En la práctica cualquiera que sepa cómo funciona el asunto en Colombia, las legalizaciones, la implicación del actual presidente en las bandas paramilitares, la putrefacción de todo el sistema militar, todo eso uno sabe que es derecho penal del enemigo practicado. Ahora bien, tal como está el asunto en Colombia en principio está bastante mejor que en otros sitios o como estaba hace diez años con el foro militar.

La guerrilla no es un problema de seguridad en Colombia solamente, la guerrilla por el contrario es lo que ha permitido que exista toda la estructura política en Colombia en el momento actual, es decir, las sociedades actuales estamos desarrollando la necesidad de identificar a un enemigo, yo no sé, como dice Zafaronni eso es propio de cualquier sociedad. Él se mete mucho en la historia pero ahora tenemos un problema de redefinición del enemigo, lo podemos ver dentro del occidente con muchísima claridad, el enemigo aquí es Bin Laden pero en Brasil que no hay Bin Laden se ha desarrollado exactamente el mismo fenómeno sin terrorismo. El derecho penal del enemigo no es una reacción al fenómeno del terrorismo, el derecho penal del enemigo y el terrorismo forman parte de la misma evolución social de segmentación.

Por supuesto, como es ahora no, como es ahora es un fenómeno post-moderno por como muestra esta convergencia evolutiva entre Brasil y los países de Europa occidental porque ahí se ve con mucha claridad que Brasil es una sociedad que está generando la misma necesidad de exclusión, de categorización de grupos de enemigos y como no tiene terrorismo lo sustituye por otro ¿Qué es lo que hay? las organizaciones de traficantes en las favelas, por eso tiene los crímenes hediondos con su legislación especial, es un equivalente perfecto del derecho penal antiterrorista en Estados Unidos de América o en Europa occidental. A mí me parece que es un fenómeno moderno que siempre ha existido en materia de derecho penal, al menos en segmentos en donde lo que se trataba no era tanto de reaccionar frente a una

determinada infracción como de categorizar a un grupo de personas y categorizarlos como enemigos. Lógicamente esto siempre ha existido, pero lo que ocurre es que nosotros llegamos 50 años después de la primera guerra mundial perdiendo de vista que esa evolución también podía acontecer en este feliz jardincito de la social democracia que hemos pensado que era Europa occidental. Entonces, que el derecho penal del enemigo no tiene ningún efecto, no estoy de acuerdo. Para empezar vuelve a poner en la agenda la cuestión de que incluso en los países más avanzados en términos de derechos del individuo hay segmentos del derecho penal que son radicalmente ilegítimos y eso es una discusión que estábamos perdiendo un poco de vista.

¿Qué particularidad considera usted propia de la discusión científica del Derecho penal del enemigo de Jakobs en Latinoamérica?

Lo que a mí siempre me ha llamado mucho la atención es que hubo una época en donde por los años setenta y ochenta estaba muy de moda un discurso académico y real en torno a la abolicionismo como el único horizonte teórico interesante en América Latina. Yo no soy abolicionista porque me parece que en América Latina hay problemas mucho más urgentes. Entonces de esa fase, se pasó a una importación a veces un tanto extraña de teorías europeas muy desvinculadas de los problemas reales y en este contexto estaban los que decían: el derecho no nos interesa nada porque todo es un sistema de opresión y entonces no tiene ningún sentido dedicarle ni dos segundos al discurso jurídico porque todo esto es injusto, es irrazonable y por lo tanto no se puede avanzar y estudiar derecho de reaccionar y escribir sobre temas de derecho siempre reaccionario por necesidad al menos en América Latina. Esa es una actitud caricaturizando, y otra actitud fue el ponerse a discutir la última cuestión de los alemanes entorno al concepto dialógico y no dedicar ningún espacio de estudio a la realidad de la aplicación jurisprudencial y a la parte especial en los países de América Latina.

Entonces a mi me parece que esto, precisamente esta desvinculación de los problema reales de América Latina podría verse afectada positivamente por esto del derecho penal del enemigo. Porque esta discusión vuelve a reverdecer algo que había estado fuera en los últimos 10 o 15 años fuera de la pantalla grande es decir: miren nosotros aquí estamos aplicando derecho penal sobre sociedades en donde hay gente que pasa hambre, entonces los parámetros de legitimidad del hurto en Europa occidental y en América Latina son completamente distintos.

El uso de la palabra “enemigo” ha sido muy criticado en la discusión, usted qué opina al respecto.

Bueno, le pregunto: ¿Ha utilizado alguien la palabra enemigo en sentido positivo? Por ejemplo, hace unos años en el Perú hubo tres proyectos de ley para reintroducir la pena de muerte. Yo me leí estos proyectos y la exposición del motivo y era para terroristas y para asesinos con algún elemento sexual de menores. No necesitamos un derecho penal del enemigo para fundamentar la eliminación de terroristas o asesinos. Quién aparecía era Santo Tomas. El legislador peruano no se tomó mucho tiempo para hacer esta fundamentación.

Prof. Meliá usted va más allá de la caracterización del derecho penal del enemigo, y habla de la necesidad de identificar los segmentos de la regulación que están más allá de lo que el ordenamiento puede admitir en el plano de la coherencia constitucional.

Efectivamente. Jakobs no se mete en la parte especial, que es donde me gustaría estar, lo que yo si he hecho, yo siempre le he dicho: en esto hay que meterse completamente, ver

concretamente los delitos concretos y ver hasta donde llegamos y hasta donde no llegamos. No basta con decir, toda pertenencia a una organización criminal es derecho penal del enemigo porque trata al individuo como si fuera un enemigo, no toda, porque desde mi punto de vista eso no puede ser así. Porque una sociedad segmentada con sus grupos y sus organizaciones no va a poder hacer esto. La gracia está en el detalle. Cómo se hace: no puedes decir por principio, por ejemplo, que todo delito de colaboración con una organización terrorista automáticamente sea ilegítimo, sea derecho penal enemigo.

¿Quién se va a encargar de hacer esto en la práctica?

En la práctica aquí hay un componente que toca a los jueces. Esto es una tarea fundamentalmente teórica, desde mi punto de vista. Sin embargo, debe tener en cuenta de una manera muy especial lo que es la práctica. En el caso de España yo me he dado cuenta a la hora de hacer el libro sobre el terrorismo que las normas a lo mejor no han cambiado mucho en materia de terrorismo pero su aplicación en los últimos diez años si. Entonces esto tiene que ser un análisis que incorpore la aplicación práctica porque de lo contrario no va a ver donde está realmente el derecho penal enemigo. La manera europea de proceder es hipócrita, es decir, voy a criminalizar a los pobres que venden drogas al por menor, por ejemplo. De ahí que sí se quiere obtener el verdadero sentido de las normas sea necesario recurrir a la aplicación práctica.

¿Será conveniente para el Estado Español tratar a los miembros de la ETA como ciudadanos?

Por supuesto, ETA no va a desaparecer, para ETA es mejor que se les trate como enemigos, en el caso de los terroristas las cosas son muy claras. Cuantos atentados se han evitado por utilizar la tortura. Cero, los terroristas no son estúpidos.

Yo estoy convencido de que el derecho penal del enemigo no sirve para nada, nada más que para ser utilizado como instrumento en el debate político.

Y con respecto a la tortura, a mi me parece que en primer lugar por supuesto este debate no se debe hacer porque en el Art. 15 de la Constitución dice que en ningún caso, eso significa bajo ninguna circunstancia tenemos que tratar la prohibición de la tortura. Eso es en el plano de los principios, pero también hablemos del plano de la eficiencia, los atentados aquí en Madrid se produjeron en un país que dispone con las medidas procesales y en materia penal contra el terrorismo más intensas en toda Europa occidental, y no se evitó porque la policía española no tenía traductores de árabe, solo por eso, están grabadas las conversaciones de los autores y a esos efectos de qué sirve que se pueda torturar, de qué sirve, no sirve para nada. Nada más que para hacerle el juego a los terroristas para justificar su existencia, y sinceramente no creo que aporte el derecho penal del enemigo ninguna ventaja preventivo fáctica.

Yo llego a la conclusión de que es legítimo diferenciar los delitos de terrorismo de otros delitos porque son distintos, hay muchos países europeos que hasta el año 2002 no tenían ningún derecho penal anti terrorista porque no tenían terrorismo. A partir del año 2002 esto ha cambiado radicalmente, este derecho ya es parte de la legislación de muchos países y esto no me parece mal. Ahora bien, las peculiaridades de ese derecho penal anti terrorista se tienen que limitar a aquello que es distinto, a lo peculiar. En el caso del derecho penal anti terrorista español es una locura, porque extiende mucho más allá de esa especial característica del ámbito delictivo medidas de intervención que solamente encuentran explicación como mecanismos de confrontación política o mecanismos de exorcismo. Por estas y otras

razones, llego a la conclusión de que la práctica actual de la jurisdicción española es insostenible en materia de terrorismo y que está afectando y contaminando otras áreas de regulación.

¿Por qué el interés de ser el primero que escribe sobre el derecho penal del enemigo en castellano?

Porque yo he tenido una historia de carácter personal como usted debe conocer y como a todos nos pasa cuando las cosas van bien, y que es que tu maestro si es una persona realmente estimulante uno desde el punto de vista emocional no lo ve de una manera neutral sino tiende un poco incluso es razonable y sana hasta cierto punto en una determinada etapa de la vida de uno, pues tiende a formar iglesia, a formar una especie de secta que en el caso de Jakobs que siempre tiene puntos de vista un tanto peculiares no necesariamente mayoritarios.

Entonces yo hasta ese momento que estaba en Alemania en un verano en 1998 trabajando sobre otro tipo de cuestiones no me había encontrado con ninguna cuestión fundamental en la que no estuviera de acuerdo con mi maestro, sino que siempre confirmaba los problemas concretos y la superioridad de su sistema de trabajo. Hasta que en 1998 él estaba preparando una conferencia donde hablo sobre el derecho penal enemigo recuperando lo dicho en 1985 pero desde otra perspectiva completamente distinta, y en cuanto yo leí esto dije: ¡Esto está todo mal! Es incorrecto, es sistemáticamente inadecuado y es político criminalmente un desastre. Entonces revisé el artículo de 1985 que yo ya había leído de otra manera completamente distinta, y eso se quedo así en un par de discusiones porque era 1998, y Bin Landen nadie sabía quién era. En el año 2000 por supuesto escuche toda la polémica del asunto en Berlín y ya en el año 2002 volví a pasar un verano ahí y aunque estaba trabajando de nuevo sobre otro tipo de cuestiones ya tuve varias discusiones con él y entonces me animé a ponerlo por escrito. En ese contexto tuvimos varias discusiones y Jakobs en las discusiones es muy rápido, tiene una enorme habilidad retórica, ósea toda la complejidad que pudiera uno ver en su lenguaje escrito sobre todo en la primera fase, hablando no es así, él es muy brillante y muy rápido. Entonces ahí tuvimos varias discusiones y al final del tema me dijo: "ya que no le puedo convencer, publiquemos nuestra disensión". Y claro, yo por su puesto encantado. Nadie había publicado nunca nada con Jakobs ni en Alemania ni en ningún sitio, pues yo le tome la palabra y dije pues estupendo, después de eso tuvimos más y más discusiones.

¿Persona no debería ser todo ser humano?

Bueno, depende del plano de análisis que uno tenga, uno puede decir existe el Pacto Interamericano de San José Costa Rica, existe el Pacto Internacional de Derechos del Hombre, existe todo lo que dicen las constituciones y esa es la definición de personalidad, eso por su puesto es una realidad que Jakobs no vería de otra manera. Lo que ocurre es que luego en la realidad de las cosas eso no es así, ni siquiera en Costa Rica una persona de color es igual a un blanco, entonces aquí Jakobs mantiene cierta ambigüedad entre un concepto normativo de persona, que también admite de raíz. Él señala y admite sus relativizaciones ¿Qué es persona? Bueno nosotros hemos decidido que el feto no lo es, no es persona. Y además yo particularmente estoy seguro que veremos en el futuro una evolución conforme a la cual la persona dentro de cincuenta años no va hacer entendida de la misma forma. Es decir, por ejemplo, una persona que haya perdido sus facultades mentales no va a ser persona en alguna medida.

Hay autores que diferencian entre ciudadanía y personalidad ¿Usted qué opina?

Depende de qué estemos hablando, de política, de filosofía o de derecho. Sí estamos hablando de derecho desde el punto de vista formal jurídico esa sería una de las raíces, vemos que la personalidad es relativa, entonces yo no veo ninguna diferencia entre ciudadanía y personalidad. Yo no veo ninguna, porque no creo en Dios, no creo en el derecho natural, yo creo que aquí en si somos algo o no somos…

Es que la ciudadanía penal y la personalidad coinciden en este momento histórico, en teoría todos los que se enfrentan a una acusación penal son ciudadanos por el mero hecho de ser ciudadanos mayores de edad. Incluso la extranjería da igual o debería dar igual, en realidad en España ya no es igual ni siquiera en el ordenamiento penal y no lo es por supuesto de facto, pero al menos normativamente ciudadanía y personalidad coinciden. Y existen autores como Jesús Silva que tienen una base religiosa que les obliga a decir que la persona existe en algún lugar, no es mi caso personalmente y no es mi caso en este tipo de actividad.

¿Y eso no es un poco abstracto?

Es muy abstracto, por supuesto, pero nos sirve para comprender que hace treinta años en este país usted no era una persona en el sentido estricto, una persona parcialmente por mujer. Sí usted estaba casada en este país hace treinta años, no hace trescientos, hace treinta, necesitaba la firma de su marido para adquirir un automóvil y había muchas otras cosas que usted no podía hacer, no tenía la ciudadanía plena. Entonces esto depende, los romanos tenían esclavos y la esclavitud del dominio español se abolió a finales del siglo XIX. Entonces está otra raíz que pretende utilizar Jakobs, donde no queda claro cuál es la consideración sociológica, él dice: "a los terroristas no los tratamos como ciudadanos". Reconozcamos cómo lo hacen los norteamericanos, reconozcámoslo. Y luego está detrás de todo esto decir: pero cualquier ser humano tiene una personalidad, por así decirlo, nuclear básica, que le garantiza una seria de derechos, normativamente sí, tácticamente no.

Consecuencias positivas de la recepción del derecho penal del enemigo en Latinoamérica.

Habrá alguno que diga no pasa nada, el derecho penal enemigo pues igual que el derecho penal de la quiebra. Pero casi todos los demás lo utilizamos, ponemos el cartel: ¡El derecho penal enemigo! Entones la gente está toda alarmada, nerviosa, sobre todo en América Latina en donde uno percibe todavía mucho entusiasmo por parte del estudiantado por el Estado de derecho, por un derecho penal legítimo y democrático. Mientras que aquí uno tiene que desplegar muchísimo más argumento para convencer a los estudiantes. Aquí las cosas están muy mal, en América Latina no hace falta tanto esfuerzo porque los estudiantes entienden el horizonte de que el policía no es quien les protege contra el malandro, o no solamente es quien les protege contra el malandro sino es quien les puede pegar en la comisaría, violar a la novia, en fin tienen una visión que era común aquí hace 20 o treinta años una visión derivada de experiencias negativas de desconfianza hacia el poder del Estado. Me parece que especialmente en América Latina si aparece el término de derecho penal del enemigo no es para decir que está todo muy bien, sino precisamente para llamar la atención sobre el hecho que esta putrefacto, sobre todo si lo medimos con las pretensiones de nuestras constituciones y la realidad. Uno ve el Código Penal Mexicano y todo es estupendo o muchas cosas son estupendas y luego la realidad es que los servicios de policía en México son bandas armadas, son organizaciones criminales.

Y es que la mayoría de los estudiantes están ahí muy preocupados por el futuro porque se dan cuenta que el Estado de derecho no es algo que sea de derecho natural y que vaya a existir siempre sino que tiene que haber juristas que lo promuevan, que eso es estupendo,

uno vuelve a América Latina convencido de que lo que uno hace es importante, que tiene sentido.

¿Por qué el interés de coordinar un libro de dos volúmenes que reúne la opinión de más de cincuenta autores, muchos de ellos latinoamericanos, sobre el derecho penal del enemigo?

Lo del derecho penal del enemigo, pues ya le he dicho, que me parece que uno lo ve sobre todo en Chile, Argentina, Perú y Colombia que empieza a haber gente como uno que tienen esa hambre de Estado de derecho. Entonces son personas, estos colegas que sacan de su tiempo libre para generar una discusión, pero esa discusión cada vez empieza a ser más intensa, entonces yo pensé, esto es un tema que puede aportarnos a todos. Yo conozco mucha gente en América Latina y sabia que había llegado el momento de que todos escribiéramos en un mismo libro. Estoy muy orgulloso de este libro porque es el primero en donde todos escribimos en igualdad de condiciones y es un libro que no es editado aquí solamente, gracias a este editor que tuvo la visión de hacer esta posibilidad, está editado de ambos lados del atlántico y a mí me gustaría si llego a verlo dentro de 20 o 30 años, ver que en la patria grande latinoamericana es posible empezar a ver conexiones regionales. Hay muchos países que tienen muchas cosas en común, ósea, si yo fuera chileno a diferencia de lo que han hecho hasta ahora que es copiar lo que hace un legislador aquí en España y se supone que recoge las influencias europeas, pues es momento para sentarse con otros latinoamericanos. Por eso, si yo fuera argentino yo miraría hacia Chile porque es ahí en donde la reforma que están haciendo ahora, la están haciendo mejor, con mayor seriedad de lo que se está haciendo en la mayoría de los países europeos. También habría que ver cómo puede funcionar un sistema universitario razonable. Yo creo que ha llegado el momento en que adquiere cierto peso propio la discusión en América Latina, lo que hay que hacer es organizarla para sacarle rendimiento. Ha llegado el momento en donde no basta con la importación de ideas, usted que está haciendo, no está haciendo una tesis de contar lo que está pasando en Alemania, es una tesis de contar en Alemania lo que está pasando en América latina, o a usted le parece que hace 20 años esta tesis se habría planteado.

Prof. Cancio Meliá, le reitero mi infinito agradecimiento por su atención y su tiempo.

Anhang VII. Fragebogen an **Francisco Ferreira de Abreu**, Assistent am Forschungsinstitut für Strafrecht und Kriminologie "Héctor Febres Cordero", Universität Los Andes, Mérida

Am 11. Januar 2010 wurde der Fragebogen per email (abreuferreira@yahoo.com) beantwortet.

a) Se ha dicho, que el intervencionismo penal en las sociedades posindustriales se dirige principalmente a la criminalización de los estratos más cercanos a los núcleos de poder y económicamente más pudientes. Cree usted que, contrario a lo dicho: ¿Acentúa el discurso punitivista –de seguridad ciudadana- en Venezuela la selectividad de "sujetos peligrosos" en perjuicio de los sectores de menores recursos?

Como lo sugiere el comienzo de la pregunta, el discurso del derecho penal de la sociedad posindustrial se dice estar dirigido a la criminalidad vinculada con el poder económico y las clases más acomodadas o pudientes. Así se afirma por ejemplo en el trabajo del Profesor Silva Sánchez en torno a la expansión del derecho penal. No obstante, en el caso venezolano, como estimo que ocurre en Latinoamérica, el creciente protagonismo del derecho penal discurre en una neo-criminalización de los sujetos de siempre con apoyo en la noción de la seguridad ciudadana, que en el caso venezolano, aparece como un derecho a garantizar por parte del Estado.

Así las cosas, sin asumir que una criminalización sea preferible a otra, verbigracia, la de los sectores poderosos en lugar de los sectores de menos recursos, en el caso venezolano, salvo las reformas de algunas leyes como la de protección al consumidor -*donde el punitivismo se dirige a los empresarios desde un discurso de "izquierda"*-, la reforma penal en su conjunto apunta hacia la referida neo-criminalización.

En este sentido, las últimas reformas al Código Penal (2000 y 2005) y al Código Orgánico Procesal Penal (2000, 2001, 2006, 2008 y 2009), no han sido para expandir el derecho penal hacia sectores económicamente más favorecidos, lo que tampoco sería una conquista desde una perspectiva garantista y restrictiva del derecho penal. Por el contrario, tales reformas se han hecho para limitar el garantismo del Código Orgánico Procesal Penal (**COPP**) e incrementar las penas del vetusto Código Penal (**CP**), de tal suerte que en su versión original (1926) es mucho más garantista.

En el caso del COPP, las principales modificaciones se han hecho para restringir el juzgamiento en libertad y aumentar los plazos para mantener detenidas a las personas hasta la presentación de la acusación. En la primera reforma, por ejemplo, se amplió el tiempo de la detención hasta 30 días con una prórroga de 15 días, mientras que en la última reforma se ha eliminado la prórroga, pero se ha fijado en 45 días el plazo para la presentación de la acusación cuando la persona está detenida. Esta reforma, unida a las modificaciones de la norma que define la flagrancia, a las interpretaciones que de la misma ha hecho la Sala Constitucional[1], así como a las normas que regulan la peligrosidad procesal, en las que se ha inclui-

[1] En una evidente violación del artículo 247 del COPP (*el cual establece que las normas que regulan la flagrancia deben interpretarse restrictivamente*), la Sala Constitucional en sentencia 2.580, del 11 de diciembre de 2001, amplió la noción de flagrancia para favorecer una actuación ilegal de parte de funcionarios auxiliares de investigación penal, señalándose que la intuición o la experiencia policial puede dar lugar a la flagrancia, por ejemplo, cuando se trata de transporte de sustancias estupefacientes por parte de quienes introducen dediles en su organismo (Ver en: *http://www.tsj.gov.ve/decisiones/scon/Diciembre/2580-111201-002866.htm*). También puede apreciarse la ampliación de la noción de flagrancia en el marco de los delitos de género, por parte de esta Sala en sentencia Nº 272 del 15 de febrero de 2007 (*http://www.tsj.gov.ve/decisiones/scon/*

do una presunción *iure et iure* de peligro de fuga cuando el delito por el que se investiga supera los diez años en el límite superior de la pena conminada, han tenido un fin primordial: asegurar en la cárcel a los procesados[2]. Con ello, además de mostrar que si existe una preocupación en orden a la garantía de seguridad ciudadana, también se muestra a la sociedad la necesidad de volver a un derecho penal fuerte y sin mayores beneficios para los delincuentes, debiendo advertir que tales beneficios son nada más y nada menos que los derechos y garantías previstos en el COPP y en la Constitución de la República. A esto se suma el sopado discurso de la alarma social, cuya norma emblemática es la que valora la conducta pre-delictual del imputado para estimar el peligro de la reiteración delictiva y decretar la prisión preventiva. Como se aprecia, una anticipación de la tutela penal frente a los peligros del sujeto que pudiera delinquir si se le da la libertad o se le dicta una medida menos gravosa. Una norma que se inscribe en el denominado Derecho Penal del Enemigo.

De otra parte, como he referido en otro lugar[3], las reformas hechas al COPP, también se han dirigido a limitar instituciones como el acuerdo reparatorio, la admisión de los hechos y la suspensión condicional del proceso, además de introducir considerables recortes en las normas vinculadas con el derecho penitenciario, todo lo cual ha fortalecido el uso de la cárcel con funciones de mera custodia donde destaca la creación de normas para prolongar el tiempo de reclusión, fundamentalmente, con la limitación del sistema progresivo y de la redención de la pena por estudio y/o trabajo, condicionando el acceso a éstos al cumplimiento de la mitad de la pena impuesta.

En el caso del acuerdo reparatorio, los límites han incidido en la disminución de su aplicación, lo que ha afectado la posibilidad de resolver el conflicto que surge del delito por una vía distinta a la reclusión. Mientras que en lo atinente al procedimiento especial por admisión de hechos, la reforma se ha realizado para limitar la rebaja de pena por la admisión del hecho e inclusive para eliminarla de hecho en los supuestos de delitos violentos, toda vez que la rebaja de pena no puede darse por debajo del límite inferior de la pena conminada.

En este mismo orden de ideas, la reforma del COPP afectó considerablemente a la figura de la suspensión condicional del proceso, la cual se redujo para delitos con penas conminadas de no más de 3 años en su límite superior, lo que aunado al aumento de las penas concretada

---

Febrero/272-150207-06-0873.htm), lo que luego ha servido para la reforma de la Ley de Violencia Contra la Mujer y la Familia, derogada por la Ley Orgánica Sobre el Derecho de las Mujeres a una Vida Libre de Violencia, en la que se estableció una definición de flagrancia, la cual, se ha utilizado para restringir la libertad "**Artículo 93.-** Se tendrá como flagrante todo delito previsto en esta Ley que se esté cometiendo o el que acaba de cometerse. También se tendrá como flagrante aquél por el cual el agresor sea perseguido por la autoridad policial, por la mujer agredida, por un particular o por el clamor público, o cuando se produzcan solicitudes de ayuda a servicios especializados de atención a la violencia contra las mujeres, realizadas a través de llamadas telefónicas, correos electrónicos o fax, que permitan establecer su comisión de manera inequívoca, o en el que se sorprenda a poco de haberse cometido el hecho, en el mismo lugar o cerca del lugar donde se cometió, con armas, instrumentos u objetos que de alguna manera hagan presumir con fundamento que él es el autor. (…) *Se entenderá que el hecho se acaba de cometer cuando la víctima u otra persona que haya tenido conocimiento del hecho, acuda dentro de las veinticuatro horas siguientes a la comisión del hecho punible al órgano receptor y exponga los hechos de violencia relacionados con esta Ley*...". (Cursivas fuera del texto).

[2] En este orden de ideas, pueden verse las cifras del Observatorio Venezolano de Prisiones en su Informe de 2008, donde el número de procesados comprende el 60 % de la población reclusa. Siendo que para el 2008 la población reclusa era de **23.347**, mientras que al final del 2009 la misma alcanza la cifra de **32.500** reclusos. Todo ello puede consultarse en el portal del Observatorio (*http://www.ovprisiones.org*). También en *http://www.canaldenoticia.com/ovp-hacinamiento-en-las-carceles-venezolanas-supera-el-170-por-ciento-2*

[3] Ferreira de Abreu, F. (2006). *¿Resocialización o inocuización? Acerca del Derecho Penal del Enemigo en el Contexto de la Reforma Penal Venezolana*. En *Derecho penal del enemigo: el discurso penal de la exclusión. (Cancio Meliá Manuel y Gómez-Jara Díez Carlos Coordinadores). Vol. I. Ed. Edisofer y B de F Editores. 2006.*

en la reforma del CP, ha tornado inaplicable esta importante figura, que fue acogida en la legislación venezolana en 1978, con la puesta en vigencia de la Ley de Sometimiento a Juicio y Suspensión Condicional de la Ejecución de la Pena. Ley ésta que fue sancionada para disminuir la población reclusa, a través de un régimen de prueba en el supuesto de penas no mayores de 8 años, esto es, para evitar la cárcel en delitos o penas privativas de libertad de corta duración. Así las cosas, la necesidad de mantener a quienes delinquen en prisión salta a la vista, por lo que de 8 años que era el límite para acceder al régimen de prueba por causa de las penas altas del CP, se bajó a 5años y luego a 3 años, con el añadido de que las penas de incrementaron en la reforma del CP.

A estas modificaciones del COPP, se suman las del CP, en coherencia con la misma filosofía adoptada por el legislador penal de incrementar el uso de la cárcel en sus funciones de custodia. Para ello, se aumentaron las penas para algunos delitos y se incluyeron unos parágrafos (*por ejemplo, para delitos como el robo agravado*[4]*, el secuestro, el acceso carnal violento y el homicidio intencional*), en los que se prohíbe el acceso a los denominados beneficios penitenciarios y los que llaman beneficios procesales[5]. Como se advierte nuevamente, dichos parágrafos se crearon para mantener a los condenados en prisión hasta el cumplimiento total de la pena impuesta. Cumplimiento íntegro que también fue reeditado en la legislación anti-drogas, para cuyos delitos se prohibió el otorgamiento de tales beneficios, a pesar de que dicha prohibición ya había sido decidida por las Salas Constitucional y Penal del Tribunal Supremo de Justicia, con el argumento de que los delitos previstos en la Ley anti-drogas eran de lesa humanidad, por lo que de acuerdo con el artículo 29 de la Constitución estaban excluidos de los beneficios que implicaran su impunidad[6].

Como se pone de manifiesto, esta aritmética punitivista concretada en las reformas del COPP y el CP ha potenciado el uso de la cárcel, precisamente, en el ámbito de la criminalidad tradicional, lo que ha recibido el respaldo jurisprudencial del Tribunal Supremo de Justicia, paradójicamente, por parte de la Sala que está llamada a declarar la nulidad de tales reformas por inconstitucionales: la Sala Constitucional.

Y es que la suspensión de las normas que prohíben los beneficios penitenciarios por parte de dicha Sala –*lo que se mantiene en este momento a causa de una medida cautelar innominada decretada a propósito de un recurso de nulidad interpuesto*-, así como la derogatoria del recordado artículo 493 del COPP (*en vigencia entre 2001 y 2006*)[7], lejos de ser motivadas por una vocación garantista de la Sala Constitucional y de la Asamblea Nacional, han tenido lugar por causa de la presión realizada por los reclusos y sus familiares. Éstos últimos que inclusive se auto-secuestran para permanecer con los reclusos hasta lograr acuerdos con las autoridades penitenciarias y con miembros del Poder Judicial.

---

4 Robo a mano armada o con amenaza a la vida.

5 Se denominan beneficios penitenciarios a las instituciones del régimen progresivo en la ejecución de penas (*destacamento de trabajo, régimen abierto y libertad condicional*), las cuales aparecen en el CP como medidas alternativas de la pena privativa de libertad. Por su parte, en lo que respecta a los beneficios procesales, su referencia en el CP está relacionada con las medidas cautelares de la prisión preventiva y con las figuras que fueron concebidas en el COPP para restringir el uso de la cárcel.

6 Tal interpretación se hace a pesar de que el Estatuto de la Corte Penal Internacional no contempla el tráfico de drogas ilícitas como de lesa de humanidad. Debiendo destacarse que la interpretación del mencionado artículo de la Carta Magna es desacertada puesto que la aplicación de cualquiera de las fórmulas de cumplimiento de pena (*destacamento de trabajo, régimen abierto y libertad condicional*), comporta el cumplimiento de la pena impuesta. No conlleva impunidad alguna.

7 Esta norma era la que condicionaba el acceso a las fórmulas de cumplimiento de pena (*destacamento de trabajo, régimen abierto y libertad condicional*), al cumplimiento de la mitad de la pena impuesta.

Por tanto, aunque el discurso de la expansión o la modernización del derecho penal se sustenta y orienta hacia las nuevas formas de criminalidad de la sociedad posindustrial, en el caso venezolano dicha expansión está marcada por el avance o lo que algunos llaman el renacer de la inocuización. Avance que en Venezuela se avizora con fuerza si se tiene en cuenta las altas tasas de homicidios[8], la demanda de seguridad ciudadana, la percepción de que el COPP es muy garantista o "flexible con los delincuentes" y la polarización del populismo punitivo en el que todos (*de "izquierda" o derecha, oficialistas u opositores*) quieren ser pro-activos en dar respuesta a la criminalidad.

En este clima punitivista, los afectados por el discurso de la seguridad ciudadana, salvo en el caso del uso del derecho penal para la persecución de los disidentes políticos[9], siguen siendo los sujetos de siempre, los más carenciados.

b) En este mismo orden de ideas, considera usted: ¿Excluiría en Venezuela el concepto de persona –como portadora de derechos y obligaciones- a las clases sociales marginales? Piénsese en el concepto de sociedad de Jakobs en comparación con el concepto de sociedad de von Liszt –criticado por dirigirse sólo hacia la Burguesía?

En el contexto que he intentado describir estimo que la distinción entre el concepto de sociedad de Jakobs y el de von Liszt, aunque resulta de interés para advertir la propuesta político criminal que surge o pudiera surgir de ambos conceptos, es desbordada por el punitivismo del discurso de la seguridad ciudadana.

Tal y como he referido los sujetos de siempre siguen siendo los destinatarios de la seguridad ciudadana, por lo que el Derecho penal se sigue utilizando como un mecanismo de selección y exclusión de los sectores más desfavorecidos, esto es, de aquéllos que no cuentan con una política social de inclusión. No obstante, en el caso venezolano, el discurso punitivista no se fundamenta desde el concepto de sociedad de Jakobs o de von Liszt. Dicho de otro modo, los mismos no explican el ideal punitivo del Estado venezolano.

En este orden de ideas, en el modelo de la seguridad ciudadana que se viene afianzando en Venezuela poco importa si el legislador es de izquierda o de derecha. De ello da cuenta la disputa política entre quienes se afirman de un lado y de otro. Por ejemplo, en el pasado proceso electoral de noviembre de 2009, donde las ofertas de gobierno tenían como primer orden la garantía de seguridad, en un ambiente en el que el sector oficialista –*pretendidamente de izquierda*- esconde y maquilla las cifras de criminalidad, mientras que el opositor –*descalificado como la derecha que acabaría con los ideales de inclusión social*- promete acabar la criminalidad o luchar contra ella sin tregua alguna.

Como se aprecia, estamos ante un pronóstico desfavorable para las libertades ciudadanas, si se tiene presente que el oficialismo no está dispuesto a ceder el espacio a los opositores, de modo que aunque se califiquen de izquierda o progresistas, en lugar de augurar un programa político criminal democrático, avanzan hacia un punitivismo autoritario cuya muestra más reciente se concreta en la reforma del COPP de 2009, en la que se han recortado los plazos

[8] Véanse las cifras del Observatorio Venezolano de Violencia.

[9] En este sentido, debe hacerse un alta para decir que en la reforma del CP de 2005, se incrementaron las penas para los delitos vinculados con fines políticos, además del aumento de penas en los tipos penales previstos en el Título de los delitos contra el orden público, particularmente, para tratar con más fuerza las manifestaciones de los opositores, criminalizadas como guarimbas o desestabilización.

para la fijación de las audiencias preliminares y las de juicio oral y público[10]. Recorte que se hecho para agilizar los trámites del auto de apertura a juicio y la realización del juicio oral y público, todo lo cual persigue dar la sensación de que la justicia penal sí funciona y está acorde a las necesidades y exigencias del pueblo.

Así las cosas, el asunto trasciende la distinción entre ambos conceptos de sociedad, siendo que en el caso venezolano la instauración de un Estado Socialista, en detrimento del Liberal Estado de Derecho, apunta hacia un programa político criminal expansivo donde lo colectivo tiende a desplazar lo individual, al punto que una de las razones que se vienen esgrimiendo para la "actualización" del Código Penal y el ajuste del Código Orgánico Procesal Penal, es que ambos instrumentos legales hacen parte de un proyecto burgués, esto es, de la oligarquía. Finalmente, en este panorama "socialista" se tiene previsto que las comunidades supervisen a los jueces, lo que presagia una justicia penal altamente comprometida con los deseos de una sociedad que reclama más derecho penal, más cárcel y menos libertades[11].

Por lo demás, un concepto de persona con derechos y obligaciones, en tanto que descargue a la sociedad y al Estado de su responsabilidad, sin duda afecta a los sectores menos favorecidos, los cuales, en el caso venezolano aparte de ser la mayoría son los que reclaman el recurso del derecho penal con mayor fuerza, entre otras razones, porque también constituyen el sector más desprotegido en términos de seguridad ciudadana. Un concepto tal de persona, como es sabido, legitima el discurso que parte del irreal y formal estado de igualdad ante la ley, según el cual se estima que todos están garantizados en orden a las condiciones mínimas para el logro de su libre desarrollo.

c) Considera usted, que: ¿Podría el regreso al "viejo y buen Derecho penal liberal" limitar la tendencia del legislador penal de introducir un marco de excepción a la plena vigencia de los derechos y garantías de los "acusados peligrosos"?

Preguntar sobre el regreso al viejo y buen Derecho penal liberal para limitar la tendencia legislativa de hacer de los derechos y garantías una excepción, dice mucho acerca del ecosistema punitivo en el que tratan de sobrevivir las garantías penales y en general las libertades ciudadanas.

Nos indica que el régimen garantista consagrado en las Constituciones ha perdido su vigencia, precisamente, en el ámbito donde más se necesita: en el de la persecución penal. También nos hace pensar, con aires de nostalgia, en el Derecho penal liberal como algo que ha quedado en el pasado. De hecho, las tesis de la expansión y/o la modernización del derecho penal sugieren un replanteamiento político criminal que marca distancia con el garantismo. Por tanto, una primera aproximación en orden a la añoranza del viejo y buen Derecho penal liberal nos coloca ante un importante déficit ciudadano en tanto que asistimos a una flexibilización de los límites del *ius puniendi*.

En este orden de ideas, el reclamo del retorno al Derecho penal liberal se traduce en una necesidad que comprende a todas las personas. Por tal razón afirmamos que su abandono en favor de la política de seguridad ciudadana, lejos de comportar una amarga e inaceptable excepción en el ámbito de los sujetos peligrosos o de los enemigos, constituye un menoscabo del Estado de Libertades que perjudica a todos, por lo que la distinción entre ciudadanos

[10] Así las reformas de los artículos 327 y 342 del COPP, publicadas en Gaceta Oficial Nº 5.930 Extraordinario del 04 de septiembre de 2009, la que puede consultarse en el portal de la Procuraduría General de la República *http//:www.pgr.gob.*

[11] Ello se ha planteado en el proyecto de reforma de la Ley Orgánica del Tribunal Supremo de Justicia.

y sujetos peligros o entre ciudadanos y enemigos poco importa en un clima punitivista que tiende a uniformarse.

Así las cosas, estimo que el anhelado retorno del viejo y buen Derecho penal liberal se enmarca en la misma premisa que ha marcado la crítica de la reacción contra el terrorismo. Particularmente, en el caso del gobierno estadunidense a raíz de su reacción frente al ataque de las torres gemelas.

Lo que muchos Estados reclamaron y criticaron al gobierno norteamericano en el marco del 11-s, en poco se diferencia de lo que viene ocurriendo a lo interno en sus legislaciones penales, dado que el abandono del Estado de Libertades concretado en la persecución de los terroristas o de los sujetos aparentemente vinculados a Al Qaeda, con la restricción de garantías procesales y ciudadanas, es el mismo que de alguna manera se ha venido concretando en el ámbito del discurso de la seguridad ciudadana. Un ejemplo, más allá del recorte de libertades que ambas reacciones comportan, lo representa la funcionalidad de Guantánamo: del mismo modo con el que se procura asegurar a los terroristas o sujetos peligrosos en la cárcel, manteniéndolos en prisión sin debido proceso y con fines de neutralización, se actúa para contener la criminalidad y garantizar el mínimo de seguridad ciudadana con penas altas y prohibición del otorgamiento de beneficios.

De otra parte, el recorte de garantías que supuso la Patriot Act, en términos de la restricción de derechos y libertades sin orden judicial, se queda corto ante lo que denominan como Derecho penal subterráneo[12], esto es, ante el derecho policial que detesta el garantismo visto como una traba para la efectiva persecución del delito y actúa sin límites, lo que a pesar de no encontrar reconocimiento en la ley y la Constitución, se consigue en tribunales que legitiman tales actuaciones policiales. Por consiguiente, el eficientismo con el que se dice debe enfrentarse a la criminalidad termina siendo peor que la legislación anti-terrorista, por lo que en este aspecto podemos concordar con el profesor Jakobs en cuanto a la necesidad de distinguir entre el Derecho penal del ciudadano y el Derecho penal del enemigo. No obstante, esta distinción –*útil en términos descriptivos*- no resulta ideal en el plano de lo legítimo pues toda excepción a las garantías penales termina convirtiéndose en la regla, lo cual, como se ha intentado expresar, se extiende a todas las personas.

Como se advierte, el marco excepcional ante el que se reclama el retorno al viejo y buen Derecho penal liberal es el de la seguridad ciudadana, lo que supone un reto para los penalistas y criminólogos dado que la demanda social ante el crecimiento de las tasas de criminalidad poco o nada tiene que ver con el mencionado retorno.

Un reto consistente en hacerle ver a la sociedad que el delito debe enfrentarse conforme a las reglas del Estado de Derecho, lo que también alcanza al legislador en tanto que éste debe abandonar la senda del populismo punitivo y entender de una vez por todas que el descalificado Derecho penal liberal es una conquista de la humanidad que data de la Declaración Universal de los Derechos Humanos.

d) ¿Qué consecuencias puede tener en la práctica –para legitimar o dejar de legitimar preceptos y usos penales- la recepción del Derecho penal del enemigo de Jakobs en Venezuela?

Hablar de la recepción del Derecho penal del enemigo de Jakobs en Venezuela representa una particularidad, toda vez que la escalada punitiva antes descrita se ha concretado a partir

[12] En este sentido Zaffaroni.

de una matriz orientada a contrarrestar lo que se ha denominado como un exceso de libertades en el contexto de la puesta en vigencia del COPP.

En este orden de ideas, las primeras críticas al COPP se fundamentaron en que dicho instrumento normativo *–el cual sustituyó el proceso predominantemente inquisitivo del Código de Enjuiciamiento Criminal-* permitió la salida de las cárceles de muchos presos sin condena. De otra parte, las limitaciones que a partir de ese momento tuvieron las policías para detener en un sistema procesal donde, contrario al anterior, la libertad era la regla, hizo que los jerarcas policiales y el principal encargado de promover el COPP[13], iniciaran una campaña en la que predominaban argumentos como los siguientes: "*… el nuevo Código favorece mucho a los delincuentes a quienes sólo se puede detener si hay testigos…*", "*…muchos reclusos han salido en libertad lo que favorecerá el aumento de la criminalidad…*", "*… el COPP está hecho para proteger a los delincuentes…*".

En este marco surgió la primera reforma de 2000, con miras a restringir la libertad, lo que se profundizó en la segunda reforma de noviembre de 2001, donde además de aumentar los plazos para mantener la privación de libertad, se introdujeron límites a importantes figuras como el acuerdo reparatorio, la admisión de los hechos y la suspensión condicional del proceso, además de las modificaciones realizadas al régimen progresivo en la ejecución de la pena. Como se ha dicho, para procurar que los condenados permanecieran el mayor tiempo en la cárcel[14].

Reformas éstas que fueron complementadas, bajo el mismo ideal, con las del Código Penal en el 2000 y el 2005, ésta última en la que el legislador, además de crear nuevos delitos y aumentar las penas para los existentes, prohibió los beneficios penitenciarios con la finalidad *–se insiste-* de asegurar el cumplimiento íntegro de las condenas.

En ninguna de estas reformas, el parlamento actuó dando recibo al Derecho penal del enemigo de Jakobs. Por el contrario, como está planteado en este momento con las reformas al COPP y del CP que se han anunciado a comienzos de este año 2010[15], su reacción punitiva se fundamenta en la ausencia de una verdadera y coherente política criminal tendiente a prevenir el delito y evitar las tasas de reincidencia, que legitima con el argumento de que el COPP es un instrumento de la Cuarta República *–un Código burgués-* que ha favorecido el aumento de la criminalidad y la impunidad[16]. Usando un término de la doctrina, la reforma penal venezolana representa una huída al Derecho penal ante la incapacidad para abordar el asunto de la criminalidad, todo lo cual se refleja no sólo en el índice delictivo, sino en la situación de las cárceles.

---

[13] El Fiscal General de la República que para ese entonces era el Dr. Iván Darío Badell.

[14] Un ejemplo de ello lo constituyó la reforma realizada al instituto de la redención de la pena por el trabajo y/o estudio. Dado que los condenados, por efecto de la redención de la pena por trabajo o estudio, alcanzaban el régimen progresivo con anticipación al tiempo efectivo de pena cumplida, se dijo que cabalgaban beneficios y que como ello les permitía quedar en libertad en corto tiempo, había que limitar tal situación. Para tal fin se creó una norma denominada ***redención efectiva***, en atención a la cual sólo podía redimirse la pena por trabajo o estudio después de haber cumplido la mitad de la pena impuesta.

[15] En este sentido, puede verse en el portal de la Asamblea Nacional: *www.asambleanacional.gob.ve*

[16] Un argumento recurrente de quienes gobiernan hace 10 años en Venezuela, es el de endilgarle todos los males sociales a lo que llaman la Cuarta República. De hecho, un aspecto a resaltar en el debate que se dio en el marco de la reforma del CP de 2005, es que ante una propuesta de evaluar un proyecto de Código Penal presentado por uno de los Magistrados de la Sala Penal del Tribunal Supremo de Justicia, se dijo que en dicha propuesta de ley habían trabajado abogados de la oposición. A ello podemos añadir una de las críticas que recibe el COPP: "…fue elaborado por la Cuarta República a las espaldas del pueblo venezolano…".

Tal incapacidad gubernamental, la cual se ha visto agravada por la discontinuidad de políticas en el Ministerio de Interior y Justicia[17], unida a una visión represiva en el abordaje de la criminalidad, es lo que ha motivado las reformas antedichas, a lo que se suma el uso del Derecho penal para la criminalización y persecución de los disidentes o enemigos de la revolución.

Por tales razones, como he concluido en el trabajo antes citado[18], en Venezuela no existe un Derecho Penal del Enemigo sino algo peor. Lo que Jakobs plantea como una reacción excepcional para ciertos delincuentes (*terroristas, criminalidad organizada, narcotraficantes*), utilizando la pena con fines que él denomina como custodia de seguridad, pero que a fin de cuentas se traduce en un ejercicio de prevención especial negativa (*inocuización*), es lo que sustenta el ideal punitivo del legislador venezolano para la mayoría de los delitos o el grueso de los que integran las estadísticas.

Así las cosas, si bien es cierto que la recepción del Derecho penal del enemigo de Jakobs pudiera legitimar preceptos penales, como los del CP que prohíben los beneficios penitenciarios para forzar el cumplimiento íntegro de las penas o como el tipo penal de la Ley Orgánica Sobre el Derecho de las Mujeres a una Vida Libre de Violencia que establece una sanción entre 28 y 30 años de presidio[19], por lo que pudiéramos hablar de Derecho penal del enemigo en estos casos, también lo es que dichas normas no fueron determinadas por la acogida del planteamiento del profesor Jakobs.

e) ¿Qué particularidad considera usted propia de la discusión científica del Derecho penal del enemigo de Jakobs en Latinoamérica?

En torno a la discusión científica del Derecho penal del enemigo en Latinoamérica, estimo que a veces se hace desde la connotación del término "enemigo", el cual convoca a un rechazo de entrada a la tesis. En este orden de ideas, creo que hay buenas investigaciones desde una perspectiva crítica en orden al Derecho penal del enemigo, sobre manera desde el prisma constitucional. Sin embargo, también encontramos trabajos que a veces se pierden en el enfoque emocional del planteamiento y de la propuesta del profesor Jakobs.

En el marco de las investigaciones no emocionales, el discurso crítico hacia el Derecho penal del enemigo siempre se piensa desde la violación de los derechos humanos que comporta, con la consiguiente introducción de un marco excepcional al Estado de Derecho. Este esfuerzo crítico y de denuncia en cuanto a la legitimación que el profesor Jakobs ha venido realizando de lo que en principio describía, sin lugar a dudas, es sumamente importante y

[17] Ministerio que ha cambiado a sus titulares en diversas oportunidades, siendo importante destacar que uno de los Ministros que asumió el cargo se negó a seguir con el trabajo del Ministro saliente, concretamente, en el caso de la Comisión Nacional para la Reforma Policial (CONAREPOL), porque en esta Comisión se expresaban sectores de la burguesía opositora.

[18] Ver nota de pie de página nº 3.

[19] "**Artículo 64.-** (…) **Parágrafo Único:** En los casos de homicidio intencional en todas sus calificaciones, tipificados en el Código Penal, cuando el autor del delito previsto en la Ley sea el cónyuge, ex cónyuge, concubino, ex concubino, persona con quien la víctima mantuvo vida marital, unión estable de hecho o relación de afectividad, con o sin convivencia, la pena a imponer será de veintiocho a treinta años de presidio." De esta norma podemos inferir el ideario político criminal del legislador venezolano, teniendo en cuenta no sólo el exceso en la fijación de la pena (*28 a 30 años*) y su gravedad (*presidio, a pesar de que fue suprimida por el legislador en la reforma de 2005 del CP*), sino que la pena máxima, constitucional y legalmente permitida, es de 30 años de cárcel. De otra parte, un dato a tener en cuenta en el marco de esta Ley es el exceso de punitivismo en el uso de la pena lo que, entre otras cosas, conllevó la supresión de la figura de la conciliación que existía en la Ley de género que fue derogada.

necesario. No obstante, creo que la crítica ha de partir del estudio de su teoría de la pena en el ámbito de la prevención general positiva.

Al respecto, si el profesor Jakobs se ocupara de la legislación penal venezolana, constataría que hay normas las cuales se ajustan al baremo de lo que él denomina Derecho penal del enemigo, con especial énfasis en lo atinente a las penas altas y el uso de la cárcel como medida de aseguramiento o neutralización de quienes han sido condenados. Normas evidentemente inconstitucionales.

Ahora bien, en nuestra modesta opinión, el asunto de la crítica a la tesis del profesor alemán está en preguntarnos si la legitimación que hace de lo descrito es o no coherente con su teoría de la pena.

El profesor Manuel Cancio Meliá sostiene que no, en tanto que la reacción frente al terrorista de ETA con el Derecho penal del enemigo le reconocería la capacidad de cuestionar la norma[20]. Dicho de otro modo y en términos del profesor español, se le privaría a la pena su misión de reafirmar la vigencia de la norma y la identidad normativo-social de que las actividades de ETA no son las que rigen ni constituyen el modelo de orientación.

Por contra, el profesor Jakobs es del criterio que la pena, entendida como comunicación simbólica, no es de utilidad frente a quien ha abandonado el mundo del derecho, esto es, frente a quien no ofrece seguridad cognitiva de cumplir con las expectativas normativas[21]. Por consiguiente, al no estar la pena en capacidad de comunicar o servir como modelo de orientación, es por lo que termina recurriendo a ella como custodia de seguridad[22].

Entonces, en una aproximación al planteamiento del profesor Jakobs, su Derecho penal del enemigo quizá no sea una contradicción en los términos como señala Cancio Meliá, sino un complemento de la prevención general positiva que sustenta su teoría de la pena, todo lo cual lo que merece un tratamiento alejado de la carga emocional que supone la expresión "enemigo" [23].

Prof. Ferreira de Abreu, le reitero mi infinito agradecimiento por su atención y su tiempo.

[20] Ver en Jakobs/Cancio Meliá, M. (2005). *Derecho penal del enemigo*. Ed. Hammurabi. Buenos Aires.
[21] Jakobs/Cancio Meliá, M. (2005). *Derecho penal del enemigo*, ob. cit.
[22] Así en Jakobs, G. (2008). *La pena: significado y finalidad.* Ed. Civitas, Madrid.
[23] En este orden de ideas, puede consultarse una recensión que se ha publicado en la revista cenipec Nº 27 del año 2008, en *http://www.saber.ula.ve/bitstream/123456789/26373/5/articulo6.pdf*

Anhang VIII. Fragebogen an Prof. **Percy García Cavero** von der Universität von Piura

Am 3. Februar 2010 wurde der Fragebogen per email (percy.garcia@udep.pe) beantwortet.

a) ¿Qué lo motivó a estudiar el tema del Derecho penal del enemigo?

Escribí un artículo sobre el tema a raíz de la invitación de los profesores Cancio y Gómez-Jara para una obra colectiva sobre el Derecho penal del enemigo, que Usted seguramente debe conocer. Anteriormente había dado un par de conferencias en mí país sobre este tema, así que lo que hice fue ordenar las ideas que tenía al respecto. El esquema era muy sencillo: En primer lugar, determinar si en mi país teníamos en la legislación penal algo que reuniese los elementos constitutivos de lo que Jakobs vino a llamar Derecho penal del enemigo (lo que presupone aclarar qué debe entenderse por derecho penal del enemigo) y, en segundo lugar, si un derecho penal de tales características resulta legítimo desde la perspectiva de los derechos fundamentales. Mi intención era demostrar no sólo que en mi país hay un Derecho penal del enemigo (aunque no nos guste la denominación), sino que es posible dar legitimidad a muchas de estas normas penales, aunque evidentemente desde unos puntos de partida que distan de los propuestos por Jakobs.

b) Partiendo de que el Derecho penal no es un instrumento idóneo para la legitimación de las normas, sino orientado a la protección de bienes jurídicos. ¿Por qué a una reacción del Estado por fuera del marco propio del Derecho penal, que abre la posibilidad de legitimar normas que permiten la exclusión de "sujetos peligrosos", se le llama Derecho penal del enemigo?

Creo que Jakobs ha tenido un pésimo asesor de marketing, pues la denominación utilizada genera un rechazo natural. Sin embargo, Jakobs tiene una justificación muy científica para ello y es la propia tradición filosófica que desde Rousseau han hecho alusión al enemigo dentro de la propia sociedad civil. Por eso, creo que el tema nominal no debe cargar de alguna manera la objetividad del análisis de este fenómeno.

Su pregunta presupone aceptar que el Estado abre, en los hechos, la posibilidad de legitimar normas para la exclusión de sujetos peligrosos. Estoy completamente de acuerdo de que el Estado abre esa posibilidad y nadie en su sano juicio lo podría negar (en palabras de Jakobs: quien tiene mucho jugo de uva fermentado en casa, no necesita vino). La cuestión, por tanto, es de legitimación. Ante esta situación hay diversas alternativas. Puede decirse, como lo hacen muchos expositores, que todo lo que es Derecho penal del enemigo es ilegítimo fundamentalmente por la exclusión o el retiro del estatus de persona del enemigo. Otros, los menos, pueden admitir como legítimo un derecho penal del enemigo, pero siempre con una vocación restrictiva. El propio Jakobs dice que la función del Derecho penal del enemigo es proteger el derecho penal del ciudadano para que no asuma las características del primero.

Pero hay una lectura distinta al fenómeno del Derecho penal del enemigo que es no asumir necesariamente los presupuestos metodológicos desarrollados brillantemente por Jakobs. Hay que recordar que la idea de personalidad y exclusión es una propuesta de interpretación de la realidad social, pero no tiene uno que asumirla acríticamente. Por mi parte, creo que el estatus de persona no depende de cuestiones sociales de atribución, sino de una calidad de base ontológica. Todo ser humano es persona y ese estatus es imperdible. Sin embargo, esta afirmación no me lleva a la conclusión de decir que todo el derecho penal del enemigo es ilegítimo, sino a encontrar una justificación de por qué en algunos casos la reacción penal se intensifica. Y, en mi opinión, la intensificación punitiva o la restricción de derechos se produce por la pérdida de algo que sí puede perder el delincuente, a saber, su estatus de ciuda-

dano. En efecto, en mi opinión, aquella persona que rompe las reglas básicas de la sociedad y muestra un rechazo abierto a la vida en común, no puede seguir siendo tratado como ciudadano, sino como un "enemigo" de la sociedad. Pero este enemigo sigue siendo una persona y, por lo tanto, la reacción penal no puede desconocer sus derechos fundamentales, esto es, aquellos que se sustentan únicamente en su estatus de persona. Los otros derechos, se los puedo, por el contrario, limitar e incluso suprimir. Y esta situación no es constitucionalmente extraña, pues en los estados de emergencia y de sitio se presenta una situación igual de restricción de derechos ciudadanos.

c) Sobre el tema de la renuncia del delincuente a su ciudadanía, hay quienes sostienen que en una teoría funcional normativista, la respuesta funcional – en el plano simbólico – al cuestionamiento de la norma debe estar en la negación de la "excepcionalidad". Es por ser el Estado quién decide mediante el ordenamiento jurídico quién es ciudadano y los atributos jurídicos que implica tal condición, que no es posible admitir la pretendida "autoexclusión del enemigo" de la que habla el Prof. Jakobs. Considera usted, que: ¿La adhesión de una persona a un grupo criminal organizado o el rechazo a la legitimidad del Estado en su conjunto alcanzan para que la misma pueda decidir sobre su ciudadanía?
Vuelvo sobre lo anterior. Creo que es muy importante distinguir la ciudadanía y la personalidad. Un niño es persona, pero no es aún un ciudadano. Mientras que la personalidad es una atribución incondicional al ser humano, la ciudadanía es el reconocimiento de esa persona como miembro de la comunidad civil, con derechos (como los derechos políticos) y obligaciones (como las tributarias). Ni la personalidad por sí misma da la ciudadanía, ni la pérdida de ciudadanía implica la pérdida de la personalidad. A un preso se le restringen derechos políticos, a un ilegal se le niega el derecho de tránsito dentro del país, pero no por la pérdida de la personalidad, sino por la pérdida o carencia de la ciudadanía. La pregunta es si todo delincuente por el hecho de cometer un delito pierde la ciudadanía. La respuesta es negativa, pues se entiende que el delincuente por lo general no apunta a desintegrar la sociedad para vivir en estado natural o con un nuevo régimen social. Como podrá intuir, el enemigo en mi opinión es un concepto muy limitado, posiblemente al terrorismo y pocos delitos especialmente graves.

d) **Hay autores que afirman que el poder punitivo internacional es un ejemplo más del Derecho penal del enemigo, específicamente el Derecho internacional humanitario que se aplica en situaciones de conflicto armado interno. Desde esta perspectiva, cree usted que: ¿Estas normas excepcionales, que permiten matar al enemigo y hasta causar la muerte (en determinadas circunstancias) a civiles para destruir su objetivo militar, son legítimas?**

Hay un artículo de Daniel Pastor que muestra claramente cómo el derecho penal internacional se maneja con estándares de derecho penal del enemigo. En el plano de la existencia, no hay duda que el DPP tiene ciertas normas que limitan ciertos derechos de los procesados por delitos contra la humanidad. La cuestión vuelve a darse en el plano de la justificación. Evidentemente la justificación tiene la misma lógica, pero desde una comunidad internacional. ¿Puede hablarse de la figura de un ciudadano mundial? Si es así, podría entonces legitimarse la exclusión de esta ciudadanía al que no respeta las condiciones mínimas de esta comunidad internacional, sin llegar nunca a negar la calidad de persona.

En el caso del Derecho internacional humanitario en un conflicto armado interno, considero que es un tema que solamente puede solucionarse con las reglas del estado de necesidad. No hay forma de considerar a esto Derecho penal del enemigo, pues no se trata de una reacción

jurídica, sino militar. En todo caso, lo que habría que determinar es si es posible justificar el daño con las causas de justificación o de exculpación.

e) Se ha dicho, que el intervencionismo penal en las sociedades posindustriales se dirige principalmente a la criminalización de los estratos más cercanos a los núcleos de poder y económicamente más pudientes. Cree usted que, contrario a lo dicho: ¿Acentúa el discurso punitivista – de seguridad ciudadana – en el Perú la selectividad de "sujetos peligrosos" en perjuicio de los sectores de menores recursos?

En el Perú hay una legislación penal que regula delitos económicos, pero tiene una vigencia real muy limitada, es decir, no hay una efectiva persecución. Las razones de ello son muchas. Por el contrario, el discurso punitivista contra la delincuencia común en bandas es, cuando menos, más efectivo (aunque también es verdad que hay muchos ámbitos de impunidad). La solución, sin embargo, no va por flexibilizar la lucha contra la delincuencia común, sino mantenerla en los estándares necesarios (queda claro que si no es necesario más reacción penal, entonces no es legítimo el endurecimiento de la respuesta punitiva). Lo que debe hacerse es conseguir el mismo nivel de reacción penal contra la criminalidad de cuello blanco. Salvo que se maneje un discurso abolicionista o agnóstico (para todo el derecho penal, de los pobres y de los ricos), es necesario mantener una reacción penal racional contra la delincuencia debida a factores de pobreza y contra la delincuencia debida a un mayor ánimo de enriquecimiento. Ni se debe intensificar una ni aligerar otra, ni mucho menos aligerar una porque la otra está aligerada. Está claro que en el plano social, el Estado tendría que intervenir más en la erradicación de las condiciones de pobreza que incentivan la criminalidad: La mejor política criminal es una buena política social.

f) ¿Qué consecuencias puede tener en la práctica – para legitimar o dejar de legitimar preceptos y usos penales – la recepción del Derecho penal del enemigo de Jakobs en Latinoamérica?

Prácticas muy pocas, pues ese derecho rige desde hace mucho (con el nombre de legislación de emergencia o de la seguridad nacional) y se aplica por los tribunales. Sin embargo, puede que el respaldo teórico pueda favorecer su expansión. Por eso, lo que debe hacerse no es caer en un discurso crítico que diga, "fuera el derecho penal del enemigo", sino un discurso que, desde una perspectiva metodológica distinta, permita legitimar el endurecimiento necesario de la reacción punitiva y que deje muy claro sus márgenes para evitar su expansión. Este análisis debe hacerse caso por caso y no en gobal.

Prof. García Cavero, le reitero mi infinito agradecimiento por su atención y su tiempo.

Anhang IX. Fragebogen an Prof. **Manuel Grosso García** von der Universität Santo Tomás, Bogotá.

Am 25. November 2009 wurde der Fragebogen per email (salvadorgrosso@hotmail.com) beantwortet.

a) Sobre el tema de la renuncia del delincuente a su ciudadanía, hay quienes sostienen que en una teoría funcional normativista, la respuesta funcional – en el plano simbólico – al cuestionamiento de la norma debe estar en la negación de la "excepcionalidad". Es por ser el Estado quién decide mediante el ordenamiento jurídico quién es ciudadano y los atributos jurídicos que implica tal condición, que no es posible admitir la pretendida "autoexclusión del enemigo" de la que habla Jakobs. Considera usted, que: ¿La adhesión de una persona a un grupo criminal organizado, o el rechazo a la legitimidad del Estado en su conjunto, alcanza para que esta pueda decidir sobre su ciudadanía?

Si bien es verdad que el Estado "define" las notas normativas fundamentales de lo que se debe considerar "ciudadano" dentro de una determinada organización social, esto no significa que pueda hacerlo a su arbitrio. En realidad esas pautas normativas sólo tienen sentido si en ellas se recogen unos criterios generales establecidos en forma previa por las prácticas sociales, es decir si reflejan lo que es el sentir de la comunidad organizada, en su sistema de valores.

Dado el carácter global alcanzado por las sociedades post-industriales, los parámetros de lo que puede o no considerarse ciudadano, están definidos por la declaración de principios de la ONU en materia de Derechos Humanos. En consecuencia, existe un límite normativo-material previo a las definiciones estatales que le impone reconocer cuando menos esos mínimos éticos consagrados en las normas supralegales.

Así las cosas, la sola pertenencia a un grupo criminal organizado no bastaría para que el Estado le retire el reconocimiento de ciudadanía al individuo, por cuanto existen muchas organizaciones criminales, que aunque lo sean, no cuestionan sin embargo las estructuras normativas que configuran la sociedad, más bien cuentan con ellas incluso para ejecutar sus acciones criminales, por lo que, mal podría pensarse que esto de por sí legitime al Estado para "quitar" la condición de ciudadano.

En lo que respecta a las organizaciones que rechazan la legitimidad del Estado, esto los convierte simplemente en "enemigos" del ente estatal en cuanto a su configuración, lo que podría situarlos como "enemigos" en el sentido de Hobbes es decir, como personas en conflicto con el Estado, pero dado el status de "ciudadanía universal" de los Derechos Humanos, aún se conservaría este último y en consecuencia el alcance de la "exclusión" estaría determinado por ese límite infranqueable con lo cual, continúan incorporados a él.

b) ¿Es necesariamente ilegítimo un Derecho penal que recurre a cláusulas generales en los tipos penales? O por el contrario: ¿Es legítimo admitir las cláusulas generales cuando no existe otra manera de realizar una tipificación mínimamente eficaz de las conductas delictivas?

Eso depende del alcance que se le de a la expresión "cláusulas generales". Si por cláusula general se entiende una fórmula genérica que determine en forma precisa la conducta constitutiva del delito, sin entrar en distinciones, entonces no hay problema. Con un ejemplo la fórmula clásica del homicidio de "quien matare a un ser humano" del § 212 del Código penal alemán es una "cláusula general" que no "describe" que es matar a otro, que no viola el principio de legalidad, pero si la "generalidad" de la cláusula consiste en dejar la conducta "abierta" hasta el punto de hacerla completamente indeterminada o ser un tipo en blanco, entonces estaríamos frente a fórmulas inadmisibles que violarían no sólo el principio de

legalidad sino también el del acto. Las cláusulas pueden ser generales con tal que en ellas se encuentre "definido" el "acto" que constituye la ilicitud.

c) Se ha dicho, que el intervencionismo penal en las sociedades posindustriales se dirige principalmente a la criminalización de los estratos más cercanos a los núcleos de poder y económicamente más pudientes. Cree usted que, contrario a lo dicho: ¿Acentúa el discurso punitivista – de seguridad ciudadana – en los países latinoamericanos la selectividad de "sujetos peligrosos" en perjuicio de los sectores de menores recursos?

Creo que sí, por las siguientes razones: la regla es que los procesos de criminalización pretenden "atacar" formas organizadas de criminalidad. No obstante, ello realmente sólo llega a impactar determinados extremos del proceso. Algo como esto es lo que sucede en Colombia con la "guerra a las drogas". So pretexto de combatir el narcotráfico, se ha creado un sistema muy severo de sanciones. Pero qué sucede en la práctica, que generalmente las personas que son alcanzadas por estas normas son los pequeños expendedores de drogas o las llamadas "mulas" que son personas que sacan del país pequeñas cantidades de droga y cuando son aprehendidas se les imponen penas de hasta 20 años o más. Por el contrario los grandes jefes de estas organizaciones dada su capacidad económica, tienen un gran poder de corrupción del sistema, o en el mejor de los casos, dado que forman estructuras militares armadas, terminan involucradas en el conflicto y generalmente son tratadas con legislaciones de transición. Cuando son capturados y extraditados a USA, allí tienen un gran poder de negociación gracias a su capacidad económica y logran arreglos con la fiscalía a cambio de dinero para purgar penas muy leves. Se dan los casos de grandes jefes de organizaciones criminales, que pagan penas irrisorias de 5 o 7 años, en tanto que los pequeños traficantes, de hasta 20.

Por su parte, esas "guerras", no sólo generan un ambiente punitivista, sino que propician la cacería de "chivos expiatorios" a los que se les trata con mucha severidad, para compensar los desequilibrios de las verdaderas estructuras criminales. Definitivamente la peligrosidad con la que se califica a una persona, está en directa relación con su posición económica y social, entre más se desciende en la escala socio-económica, más "peligroso" es el individuo.

d) En este mismo orden de ideas, considera usted que: ¿Excluiría en Latinoamérica el concepto de persona – como portadora de derechos y obligaciones – a las clases sociales marginales? Piénsese en el concepto de sociedad de Jakobs en comparación con el concepto de sociedad de von Liszt – criticado por dirigirse sólo hacia la Burguesía.

Una adopción radical de las ideas de Jakobs, a eso conduciría, sobre todo porque nuestras sociedades son altamente "anómicas" viven en una irregularidad permanente (habitan barrios de invasión sin títulos de propiedad, usan servicios públicos clandestinos que no pagan, compran objetos robados, se emplean como contrabandistas, reducidores de objetos robados, falsificadores, estafadores etc., no tienen acceso a la educación ni a la salud, etc). Luego son candidatos óptimos para ser presentados como parias, como excluidos, como personas de las que "no es confiable que en el futuro se comporten como personas" y más bien es predecible que "no se comportarán como tales". Luego sí, en el sentido de Jakobs, terminarían por ser excluidos.

e) ¿Qué consecuencias puede tener en la práctica – para legitimar o dejar de legitimar preceptos y usos penales – la recepción del Derecho penal del enemigo de Jakobs en Latinoamérica?

Nefastas, el discurso del derecho penal "del enemigo" tal y como lo entiende Jakobs en la actualidad, vendría a ser el reemplazo de la "doctrina de la seguridad nacional" acuñada por los Estados Unidos en los años 70 durante la guerra fría, para justificar su intervención directa en estos países. Hoy se apela al discurso de la "guerra a las drogas" para continuar justificando esta intromisión y la existencia de sistemas penales punitivistas y antigarantistas. La "lógica" del derecho penal del enemigo, vendría a ser el sustento doctrinal de la nueva "cruzada por la civilización" emprendida por Mr. Busch y continuada por el Departamento de Estado de Estados Unidos, quienes so pretexto de "salvar la civilización" de las garras del terrorismo, estás desmontando todo el sistema de garantías del derecho penal democrático.

f) ¿Qué particularidad considera usted propia de la discusión científica del Derecho penal del enemigo de Jakobs en Latinoamérica?

Hay un elemento muy interesante en el planteamiento de Jakobs, en punto de que el hace ver, creo que con acierto, que la existencia misma del derecho penal del enemigo, denota un déficit de pacificación de la sociedad. Eso creo yo es correcto, sin embargo hay algo que Jakobs no se cuestiona, ¿por qué existe ese déficit de pacificación? En Alemania esto tendría muchas respuestas, pero en América Latina es clara una cosa, el Estado-nación tal como se concibió en la revolución francesa nunca llegó a existir, aquí nunca ha sido cierto que el Estado tenga realmente el "monopolio exclusivo" de la fuerza, tampoco lo es que el Estado sea el gran mediados que garantiza el progreso y protege al ciudadano y mucho menos que sea un Estado benefactor, en el sentido que lo proclama la Constitución de Bonn y lo copia la Constitución colombiana de 1991. Somos una sociedad con estructuras jurídicas post-industriales, pero con estructuras económicas pre-capitalistas. De ese modo, en América Latina el "déficit de pacificación" es un efecto directo del "déficit de Estado", en una sociedad en la que conviven, la pre-modernidad, la modernidad y la postmodernidad juntas. Bogotá (espero que algún día viniera por acá), tiene zonas que son tan postmodernas como Münich, o Bonn y zonas que recuerdan al Londres de los años 30, pero también zonas, que no se diferencias en nada de Beirut o de un pueblo del Africa ecuatorial.

Mientras el capital transnacional tiene grandes inversiones, las estructuras políticas son feudales, con pequeños príncipes políticos que administran feudos electorales. Una policía corrupta y un Estado que desangra las finanzas de una clase media agobiada por impuestos de la misma tasa que países como Estados Unidos, donde ni siquiera el Estado garantiza el saneamiento básico, ni la salud ni la educación.

Aquí hay desigualdades abismales que generan un gran "déficit de pacificación" que lo que indica no es un retroceso del proyecto de la modernidad, no una marcha atrás de la civilización sino que denuncian que aún no hemos llegado allí.

Prof. Grosso García, le reitero mi infinito agradecimiento por su atención y su tiempo.

Anhang X. Fragebogen an Prof. **Luis Raúl Guillamondegui** von der Universität Nacional de Catamarca

Am 6. Februar 2010 wurde der Fragebogen per email (guilla70@hotmail.com) beantwortet.

a) ¿Qué lo motivó a estudiar el tema del Derecho penal del enemigo?

Durante mi estancia por estudios en Sevilla en los años 2003 y 2004, la Doctrina penal liberal española resultaba impactada con una serie de reformas a su Código Penal de la Democracia –que pasaba a ser el "Código Penal de la Seguridad"-. El Director de nuestro Programa de Doctorado, el Prof. Dr. Francisco Muñoz Conde –un referente necesario en la temática- resaltaba los riesgos de la nueva legislación y de sus aproximaciones con el modelo teorizado por el Prof. Jakobs –conocido como el "Derecho Penal del enemigo"-. Al regreso a mi patria –Abril del 2004-, Argentina vivía una experiencia similar, consecuencia del desgraciado crimen que sufriera el joven Axel Blumberg; reclamando su padre al poder político –entre otras cuestiones- la necesidad de una respuesta punitiva más severa para determinados crímenes –que en las discusiones parlamentarias se los mencionaba con el mote de "aberrantes"-. Ante el peligro que conllevaría una producción legislativa intempestiva y espasmódica, me pareció atinado desde mi rol como docente universitario –y como magistrado garantista- advertir hipotéticos perjuicios a nuestras sagradas garantías y principios basales democráticos, plasmando mi humilde razonamiento en el artículo *"Los discursos de emergencia y la tendencia hacia un Derecho penal del enemigo"*, el que fuera disertado a fines de Abril/2004 en un evento académico en mi provincia (Catamarca) y publicado posteriormente en diferentes sitios y revistas jurídicos.

b) En el ámbito latinoamericano – específicamente en Argentina – la ampliación de los tipos delictivos y el endurecimiento de las penas es reclamada por los ciudadanos, y ejecutada por sus legítimos representantes. ¿Cómo puede el Derecho penal resolver sobre la posible limitación del "ius puniendi"?

Aunque suene paradójico, el Derecho penal debe resolver sus problemas desde el mismo Derecho penal. Los Principios penales, con fuerte raigambre constitucional, deber servir como parámetros para orientar la resolución que corresponda al caso. Consecuentemente, la responsabilidad también le cabe al Poder Judicial –especialmente a los magistrados-, quienes deben procurar una interpretación armónica de las normas inferiores respecto las exigencias de la Carta Magna del país democrático, resultando el "Control de constitucionalidad" –más allá de su carácter excepcional- una herramienta válida para "ajustar" los desvaríos legislativos.

c) Se ha dicho, que el intervencionismo penal en las sociedades posindustriales se dirige principalmente a la criminalización de los estratos más cercanos a los núcleos de poder y económicamente más pudientes. Cree usted que, contrario a lo dicho: ¿Acentúa el discurso punitivista de seguridad ciudadana en los países latinoamericanos – específicamente en Argentina – la selectividad de "sujetos peligrosos" en perjuicio de los sectores de menores recursos?

Nuestra realidad es bastante ilustrativa. Históricamente el Derecho penal representó e importa un poder extremadamente selectivo, y dicha arista se visualiza mayormente frente a los sectores de menores recursos. Más allá de la pretendida persecución de la creciente delincuencia económica, se visualiza que el castigo cotidiano arriba a aquellos grupos sociales que por su vulnerabilidad, asentada en diversas razones, terminan atrapados por la "telaraña" penal. Lamentablemente el Derecho penal es exclusivamente represivo y a través de la

pena por sí no se podrán modificar ciertas cuestiones sociales –cuya responsabilidad se aproxima más hacia otros poderes del Estado-

d) En este mismo orden de ideas, considera usted que: ¿Excluiría en Latinoamérica el concepto de persona – como portadora de derechos y obligaciones – a las clases sociales marginales? Piénsese en el concepto de sociedad de Jakobs en comparación con el concepto de sociedad de von Liszt – criticado por dirigirse sólo hacia la Burguesía.

De ninguna manera, no sólo Latinoamérica sino el mundo debe bregar por el máximo respeto al ser humano. Debemos desde nuestro rol comunitario reforzar el concepto de Persona, con sus derechos y obligaciones, y también promoviendo una sociedad justa, igualitaria e inclusiva.

e) ¿Qué consecuencias puede tener en la práctica – para legitimar o dejar de legitimar preceptos y usos penales – la recepción del Derecho penal del enemigo de Jakobs en Latinoamérica?

De hecho, si recorremos los preceptos penales, procesales y penitenciarios de cualquier cuerpo normativo americano podremos observar normas que distinguen al ciudadano del enemigo. Y resulta más ruin aún cuando ello resulta reproducido en la praxis policial, judicial y penitenciaria por funcionarios que olvidan su juramento "de respetar y hacer respetar la Constitución". Con precedentes y experiencias como estas, lentamente puede minarse nuestra forma de vida democrática.

f) ¿Qué particularidad considera usted propia de la discusión científica del Derecho penal del enemigo de Jakobs en Latinoamérica?

Simplemente, y en relación a lo expuesto anteriormente, llamar a la reflexión sobre los riesgos de procederes legislativos intempestivos sin el rigor científico mínimo que terminan provocando un Derecho penal simbólico.

Y por otra parte, no dejar de lado que el destinatario de cada acción política es el Ser Humano, y que debe promoverse, ante todas las cosas, el respeto por la dignidad humana.

Los viejos Principios liberales de la Ilustración y empezados a plasmar en Declaración Francesa de 1789 no por vetustos pierden actualidad. Es nuestra responsabilidad mantenerlos vigentes.

Prof. Guillamondegui le reitero mi infinito agradecimiento por su atención y su tiempo.

Anhang XI. Fragebogen an Prof. **Javier Llobet** von der Universität von Costa Rica, San José

Am 22. August 2010 wurde der Fragebogen per email (javiereduardollobet@gmail.com) beantwortet.

1) ¿Qué lo motivó a estudiar el tema del Derecho penal del enemigo?

Mi interés con respecto al Derecho Penal del enemigo surgió en particular luego del 11 de septiembre de 2001 y los problemas que trajo la Patriot Act, Guantánamo y las cárceles en Irak. En particular el estudio más profundo lo lleve a cabo a partir de mi investigación sobre el proceso penal nacionalsocialista y además el estudio que lleve a cabo sobre la doctrina de la ilustración, partiendo de que el Derecho Penal del enemigo es un Derecho-contra-ilustrado. Por otro lado, el estudio luego lo continué cuando me adentré en la legislación antimaras aprobada en países como El Salvador y Honduras.

2) Se ha dicho, que el intervencionismo penal en las sociedades posindustriales se dirige principalmente a la criminalización de los estratos más cercanos a los núcleos de poder y económicamente más pudientes. Cree usted que, contrario a lo dicho: ¿Acentúa el discurso punitivista – de seguridad ciudadana – en los países latinoamericanos la selectividad de "sujetos peligrosos" en perjuicio de los sectores de menores recursos?

Sin lugar de dudas el discurso del populismo punitivo, que ha estado en auge en Latinoamérica, parte de que los delitos a perseguir son en particular los callejeros, pretendiendo la concentración de la persecución penal en esos delitos y no propiamente en la criminalidad económica. Esto se ha apreciado claramente en la última campaña electoral en Costa Rica y se refleja en la pretensión de eliminar el criterio de oportunidad reglado por insignificancia.

3) En este mismo orden de ideas, considera usted que: ¿Excluiría en Latinoamérica el concepto de persona – como portadora de derechos y obligaciones – a las clases sociales marginales? Piénsese en el concepto de sociedad de Jakobs en comparación con el concepto de sociedad de von Liszt – criticado por dirigirse sólo hacia la Burguesía.
Excluir del concepto de persona a cualquier ser humano es un grave quebranto al principio de dignidad de la persona humana y con ello al Derecho Internacional de los Derechos Humanos. Es importante mencionar que uno de los aspectos en que Latinoamérica tiene un gran déficit es el relativo a la garantía de los derechos económicos, sociales y culturales.
4) Partiendo de que el Derecho penal no es un instrumento idóneo para la legitimación de las normas, sino orientado a la protección de bienes jurídicos. ¿Por qué a una reacción del Estado por fuera del marco propio del Derecho penal, que abre la posibilidad de legitimar normas que permiten la exclusión de "sujetos peligrosos", se le llama Derecho penal del enemigo? ¿Cómo debe reaccionar el Estado frente a personas respecto de las cuáles el Derecho penal parece estar en incapacidad absoluta de cumplir sus fines?

El Derecho Penal debe seguir estando acorde con los principios liberales, herencia de la doctrina ilustrada y que han recibido acogida tanto en el Derecho Constitucional como en el Derecho Internacional de los Derechos Humanos. Un Derecho Penal de autor debe ser considerado como inadmisible. El Derecho Penal frente a hechos de gravedad debe reaccionar y con sanciones serias, pero conformes al principio de culpabilidad, sin que sea admisible ningún aumento de la penalidad por reincidencia, ni tampoco la aplicación de ninguna medida de seguridad a delincuentes habituales, profesionales o reincidentes.

5) ¿Qué consecuencias puede tener en la práctica – para legitimar o dejar de legitimar preceptos y usos penales – la recepción del Derecho penal del enemigo de Jakobs en Latinoamérica?

En Latinoamérica es particularmente grave la recepción de las ideas del Derecho Penal del enemigo, debido a los antecedentes existentes de quebranto de los derechos humanos. Debe recordarse la doctrina de la seguridad nacional, que justificó las detenciones arbitrarias, la tortura y las ejecuciones extrajudiciales con el pretexto de la guerra en contra del comunismo. Luego de superada la doctrina de la seguridad nacional se ha llegado a la doctrina de la seguridad ciudadana, que también justifica quebrantos a los derechos humanos, bajo el argumento de que se está en una guerra contra la delincuencia. Jakobs formula su teoría pensando en Estados Democráticos europeos, que tradicionalmente han actuado bajo los principios de un Estado de Derecho. Aun en Europa es inadmisible ese Derecho Penal del enemigo, pero en Latinoamérica el Derecho Penal del enemigo llegaría mucho más lejos que como habría sido pensado en Europa por Günther Jakobs, no solamente a partir de legislaciones que se distanciarían aun más que en Europa de lo que Jakobs llama el Derecho Penal del ciudadano, sino además porque se llegarían a tolerar situaciones de hecho, de quebranto a los derechos humanos, tal y como ha sido la tradición latinoamericana.

Prof. Llobet, le reitero mi infinito agradecimiento por su atención y su tiempo.

Anhang XII. Interview mit Prof. **Francisco Muñoz Conde** von der Universität Pablo de Olavide, Sevilla

Das Interview wurde am 9. Juni 2010 in Sevilla durchgeführt. Prof. **Muñoz Conde** stimmte der Verwendung eines Aufnahmegerätes zu.

Prof. Muñoz Conde hábleme un poco en qué se sustenta su rechazo a lo que Jakobs denomina como derecho penal del enemigo.

Cuando se consigue tras una evolución de los últimos siglos a partir de la Revolución Francesa y después de las amargas experiencias habidas en Europa y a nivel mundial también pero sobre todo en la muy civilizada Europa durante el siglo XX con las dos guerras mundiales, los regimenes totalitarios brutales, el genocidio, etc. Cuando se ha conseguido por lo menos establecer unos principios que son vinculantes tanto a nivel internacional como después a nivel nacional que hacen que el derecho penal, que es el arma más terrible que expone el Estado para asegurar un determinado sistema social de convivencia, ese derecho penal que teóricamente y evidentemente tiene muchos defectos y que en la práctica a veces no se aplica pero que contiene una serie de principios que hoy día más o menos permiten, yo diría, por lo menos consolarse. Es decir, si esos principios se aplicaran el derecho penal podría ser más justo y más humano. Y cuando estábamos en esa línea si bien como una meta inalcanzable, aparece Jakobs en su conferencia de Berlín, y empieza a decir que desgraciadamente en las sociedades modernas debe existir algo así como un derecho penal para enemigos. En primer lugar el derecho penal del enemigo tendría que reaccionar con penas más draconianas mas allá de la idea de proporcionalidad, en las que precisamente incluiría penas tan brutales como la pena de muerte y en el que las garantías y derechos fundamentales del imputado en el proceso penal tendrían que reducirse, incluso anularse, para darle mayor eficacia. Por lo cual este derecho para enemigos supone o supondría, Jakobs nunca lo dice de una forma contundente, asumir pruebas ilegalmente, por ejemplo mediante la tortura.

Claro esa imagen del derecho penal existe, ha existido, inclusive ha habido teóricos en la época nazi como Mezger o Carl Schmitt que la han apoyado con ese o sin ese nombre. El derecho penal de la emergencia como lo llaman los italianos y que es absolutamente criticable en la medida en que no entra dentro de ese esquema ideal que ha surgido a nivel internacional y nacional en las Constituciones, en las Declaraciones de Derechos Humanos y que yo creo que sigue siendo un marco necesario de referencia.

A nivel supremo o Constitucional o de Tratados Internacionales, Corte de Derechos Humanos de Costa Rica, Tribunales de Derechos Humanos, etc. El Sr. Jakobs lo que viene a decir es que eso tiene que venir paralelo con el derecho penal enemigo. Los principios básicos fundamentales incluso de carácter universal tendrían vigencia porque se trata de luchar contra un enemigo al que él no define claramente, porque también habla de ciertos casos de crimen organizado y se trata de una guerra en la que hay que renunciar a una juridicidad completa. Esa es en resumen la tesis de Jakobs que me parece en la medida en que el no sólo describe sino que asume como necesario e inevitable, me parece que debe de ser como lo he dicho tantas veces absolutamente rechazada.

¿Donde resolvemos los problemas que Jakobs describe en el derecho penal o en la política?

Es que ahí está el tema, es que yo creo que hay que saber combinar, el integrar. Por ejemplo, un señor puede dedicarse a estudiar el dolo sin problemas, y ser un buen jurista, y no por eso estar planteándose todos los días temas de tipo ideológico. Puedo poner tantos

ejemplos, dos ejemplos, uno extra jurídico: un pediatra tiene que aprender a curar una diarrea infantil, el pediatra que ve en un pueblito deteriorado de las grandes ciudades a niños con problemas de diarrea infantil, tiene que saber tratarlos pero también debe saber que en esa zona ese problema será por mala alimentación. Entonces qué pasa, no puede nada más que decir es un problema social y por eso yo no lo curo, usted tiene la obligación de intentar solucionar la muerte de los niños por deshidratación, pero también el tipo tiene que ser consciente que esa medicina debe venir acompañada de algo más. Otro ejemplo, usted tiene que decir porque existe en Bolivia tuberculosis y en Suecia no. Y ahí entra un componente más y con eso volvemos al derecho penal de la política criminal.

El derecho penal tiene que ser dogmático, dentro de un determinado contexto al servicio de los mismos valores. El derecho penal de una sociedad con unos déficit culturales, sociales, etc, tiene que procurar respetar cosas muy mínimas que en otros países se dan por supuesto. Pero no creo que en Suiza el problema de que la policía torture sea tan latente como en Colombia. De hecho no creo ni que sea un problema. Pero en Colombia si lo es. En ese país se puede ver que la policía tortura como un problema de la vida diaria, todos los días.

Yo puedo entender un papá que ante el caso de una niña pequeñita que ha sido secuestrada cuando tenga delante suyo al secuestrador reaccione intentando matarlo o si depende de él torturar al secuestrador para que le diga donde tiene escondida la niña que lo haga. Yo a ese padre le haría una magnifica defensa por la vía del trastorno mental como algo humanamente comprensible, nunca lo legitimaría y nunca pondría en un Código penal y ahí está la gran diferencia, Art. 425: los que secuestraran los niños o les produzcan la muerte, los violaran etc., serán condenados con la pena de muerte o con la pena de 30 años de cárcel, párrafo segundo, los padres de los niños asesinados y secuestrados tienen derecho a matar al violador. Entiendo la reacción en el caso puntual del afectado por ese delito, pero lo que no puedo admitir y eso lo he hablado en Turquía hace una semana, y hubo una discusión muy violenta con un israelita, lo que no puedo admitir es que en nombre del Estado un representante del poder del Estado pueda impunemente utilizar la tortura para sacar un dato. Y mucho menos, aunque en ese caso habría que ver si estaba en una situación de extrema de necesidad, que un representante del Estado no afectado directamente por el delito torture para obtener información a un sospechoso. Eso no es jurídicamente correcto, y la obtención de esa prueba no se pueda valorar como prueba lícitamente obtenida. Es que no solo estoy hablando de interpretaciones jurídicas, es que hay una Convención Internacional que prohíbe la tortura como forma de obtención de pruebas o de castigo. Entonces si decimos que no, que en algunos casos eso no vale, pues que lo diga la Convención y yo no veo que en ningún caso se haya dicho que la tortura puede ser admitida, y hablo no de un acto puntual, hablo de un acto perfectamente realizado conforme a una metodología por un representante del poder del Estado que es lo que son esas matizaciones y diferencias, que a veces el pueblo no entiende.

¿Legitima el Estado de derecho las normas que conforman el derecho penal del enemigo?

No!! El Estado está dentro de un marco. El Estado no puede crear un derecho al margen del derecho que el propio Estado reconoce. Si el Estado se inspira como el Estado español en una cuestión judicial que dice: el Estado es el Estado social y democrático de derecho que se basa en los principios de libertad, igualdad y justicia, el Estado no puede decir: no, voy a hacer otro derecho distinto a este, porque eso es contradictorio.

¿Qué opina usted sobre definir una persona como portadora de derechos y obligaciones?

Creo que el concepto de persona como todos los conceptos de índole filosófica, es un concepto que se puede interpretar de muchas maneras, a mi juicio considero que debe de reservarse, primero para empezar, viene del griego que era la máscara que se ponían los personajes en las tragedias griegas porque el personaje quería ser de personaje de un dios del Olimpo, le ponían la máscara eso es muy conocido, el concepto de persona es griego, es la máscara que se pone el actor para simular el personaje, entonces puede hacerlo en sentido jurídico de atribución, puedes hablarme de ciudadanía, puedes hablarme de nacionalidad.

¿Considera usted adecuado hablar de derechos humanos universales si no existen ni de ciudadanos mundiales ni de una comunidad mundial?

Bueno yo creo que tenemos un juego, es que la experiencia del siglo XX nos debe servir para algo, sobre todo en Alemania, por ejemplo yo no tengo ningún inconveniente de decir que Auschwitz no entra dentro de los parámetros. Para mí la pena de muerte no entra dentro de los parámetros, para mí la tortura no entra dentro de los parámetros. La pena de muerte puede que me equivoque a nivel universal porque la tengo en China o la tengo en Estados Unidos, pero la tortura es una convicción internacional.

En casos extremos y evidentemente en Colombia y en muchos otros países, y no digamos en África ahí el problema sería decir: bueno apliquemos la convención de Ginebra ¿Qué opina usted señor Jakobs de la Convención de de Ginebra? ¿Del derecho humanitario?

Siempre se trata de establecer un límite a la pura violencia Estatal. Si yo quiero tener un instrumento y volvemos otra vez a lo de siempre, si por ejemplo en la actualidad, en el futuro y no digamos en el pasado, el derecho penal del enemigo incluso en el Estado democrático, las leyes excepcionales en Inglaterra respecto a la inmigración y detención de sospechosos. El tema es que el juego jurídico mientras haya Corte Suprema, Corte de Derechos Humanos de Costa Rica, es decir, hasta donde se puede llegar y ese es un tema que ha Jakobs no le preocupa. Jakobs constata que hay un derecho penal del enemigo que no tiene límite, que los limites son de un mínimo de racionalidad, algo que debe de ver, es simplemente reconocer que en algunos temas, respecto algún tipo de delito o de delincuente la juridicidad no puede ser plena. También en Alemania ha habido peles de la teoría del espacio libre de derecho, Guantánamo es un espacio libre de derecho. Cuando empezamos a discutir sobre esto, regresar a una seria de conceptualizaciones de tipo casi filosófico, como decidir sobre persona o no persona eso es una frase muy dura.

Yo creo que hay un mínimo de derechos fundamentales por el hecho de haber nacido del ser humano. Entonces con que me quedo: Yo mejor en vez de regresar a tiempos de autoritarismo, me quedo solo con la prohibición a la tortura. Por lo menos me quedo con todo lo que hemos avanzado hasta el momento en materia de derechos humanos.

Jakobs parte de la existencia de un Estado de derecho para construir su teoría de un derecho penal funcional ¿Es el derecho penal del enemigo la consecuencia de un sistema de imputación insuficiente?

Ya esa es la gran cuestión, hay quien dice: ya no entraría yo en tanto detalle y tampoco me importa mucho. Que la construcción de Jakobs en principio es puramente dogmática y que a pesar de que es discutible si se refiere a la imputación objetiva y de instrumentos puramente dogmáticos, de algún modo avocaba al derecho penal del enemigo, no se pude ser tan co-

herente. Y eso si no se pude traducir como dice Quevedo, de que las mujeres eran de virginidad a absoluta, está hablando de los poetas que tenían que hacer rimar la frase, y eran de una virginidad absoluta para que rimara las hicimos putas. A caramba dice el crítico, de Quevedo que es un hombre, pero como, y es que dice que después de sus maridos que eran ilustres varones para que rimaran los hicimos cabrones. Ese tipo de coherencia me parece que no se puede hacer, me parece que yo no tengo que ser tan coherente que cierre los ojos y solo mire. Si por ejemplo también otra pelea o discusión con Jakobs: ¿Usted es o no es partidario de la pena de muerte? Pero eso no es su problema, entonces se determina si el sujeto conforme al tipo objetivo o subjetivo y todos los demás elementos se le aplica la consecuencia prevista que es la pena de muerte. Usted dice si la pena de muerte tiene que ser por silla eléctrica, por fusilamiento, pero usted no se pronuncia al respecto, solo le preocuparía cual de las dos es más funcional. Pero sobre la pregunta: ¿Es usted o no partidario de la pena de muerte? Usted no toma partido, no puedo entender, por ejemplo otra pregunta, todo esto fue discutido entre él y yo. ¿Es usted o no partidario de Auschwitz, del derecho penal del enemigo? ¿El derecho penal del enemigo que usted representa, que usted cree es inevitable? ¿El derecho penal del enemigo admite la tortura?, usted simplemente contesta que tomar posición no le corresponde, no es su tarea.

Un científico del derecho no puede simplemente no tomar posición sobre estar o no de acuerdo con el tema de la tortura, y argumentar que esa no es su tarea. Ante esa respuesta, uno dice: no puede ser. Por más sistemático y funcionalista que usted sea, ese es el problema del funcionalismo.

¿Me parece que Cancio Meliá sí tiene la respuesta para esa pregunta?

Y entonces estamos en la contradicción, yo me conozco muy bien a Manuel Cancio y me llevo muy bien con él, por eso se ha distanciado en eso de su maestro.

Se puede ser funcionalista y por eso hay tesis de Jakobs y volvemos a la imputación objetiva, que yo nunca compartí, que son muy inteligentes. Por ejemplo, él pone el ejemplo del joven estudiante de botánica que sirve como camarero una ensalada envenenada, entonces él dice: que si el estudiante solo tiene como conocimiento especial previo de botánico que la ensalada estaba envenenada no tiene obligación de advertirle al cliente (no está en su rol). Yo realmente no lo entiendo, es más si me tocara a mi defender a esa persona, le diría: no le diga usted nunca al juez que sabía que la ensalada estaba envenenada, no se lo diga, porque si el juez sabe que la ensalada estaba envenenada, que usted tiene previo conocimiento, el juez lo va a condenar a usted por asesinato.

Entonces alguien dice que no, por homicidio. Entonces hay muchos ejemplos, estamos hablando de imputación objetiva donde Jakobs ha dicho cosas muy interesantes. Pongamos otro ejemplo, imaginemos dos profesores de medicina que se odian, uno lleva la sección A del hospital, y otro la sección B. El profesor de la sección A pasa por la sección B porque es obligatorio para ir a su sitio y se encuentra ahí con un enfermo que está en muy malas condiciones. Se da cuenta que ese es un paciente de la sección B. Entonces seguro Jakobs diría esto no es de mi incumbencia que se muera porque el paciente le corresponde al profesor de la sección B, no a mí, a pesar de que yo se que con ese tratamiento esta persona se va a morir. Esa persona no estar obligada mas allá de lo moral, incluso jurídicamente, me parece que si sabe que se va a morir ese paciente y estoy hablando de distribución de competencia muy clara.

Lo dice Roxin en uno de los últimos artículos sobre el tema, usted no puede decir en un caso donde venga una persona de estas muriendo: ¡no es de mi competencia! Es verdad, hay

ejemplos muy interesantes de Jakobs. Aquí por ejemplo, los médicos del ambulatorio no tienen obligación de salir si hay un enfermo que está afuera del hospital, tienen que mandar una ambulancia que lo traiga. A un hombre le dio un infarto a 200 metros del ambulatorio y el médico no lo atendió porque no estaba dentro del hospital. Claro, quería ser muy coherente, pero al hablar de derecho penal estamos hablando de bienes jurídicos.

Pero volvamos a nuestro tema, quiero decir a mí idea de prevención basada en una sociedad funcionalista. Yo creo ahora que se introduce en el Código Penal Español esta reforma la responsabilidad penal de la persona jurídica, que en materia medio ambiental esto es un tema importante de distribución de roles. Por ejemplo: en una empresa muy importante que hay un producto de consumo de jabones nocivo (que eso ha pasado algunas veces con intoxicaciones alimenticias) es muy probable que en la investigación haya que delimitar el rol de cada miembro de la empresa. Es decir, uno se encarga solamente de la comercialización pero no de la elaboración técnica del producto, etc. Es evidente que en esos casos delimitar los roles dentro de la empresa es fundamental.

Jakobs ha hecho aportaciones tan importantes como llegar a decir y me parece muy interesante en esa materia que cuando hay obligaciones de garante, obligaciones específicas, da lo mismo que se actúe o que no se actúe y equiparación, todo eso es muy excelente. Pero eso aplicado al caso concreto y en situaciones donde está en inminente peligro la vida de una persona las cosas pueden complicarse, yo creo que el derecho penal no es pura funcionalidad.

Le pongo otro ejemplo para que los alumnos lo entiendan, no creo que a ningún juez del mundo se le ocurra cuando hay un accidente de tráfico y hay un muerto investigar qué hizo el conductor el día anterior. Sin embargo, si alguien le dice al juez que el conductor es el marido de la amante de este señor y el día antes tuvieron una discusión y este señor le dijo que lo iba a matar, el accidente de tráfico se convierte en asesinato. Con esto quiero decir que evidentemente la introducción de elementos como la acción significativa, etc., son muy útiles y que Jakobs en eso ha profundizado bastante en algunas cosas que la dogmática pura sistemática en si no la había tenido tan en cuenta. Ahí al utilizar el derecho penal como si fuera un puro instrumento sociológico ve diferencias porque el asesinato, el abuso de menores, el genocidio, la violación, el atraco a mano armada tienen unos componentes éticos tan fuertes o más que los jurídicos. Entonces la prevención general positiva no consiste en establecer la confianza general del derecho, consiste también en que los ciudadanos sepan que el derecho se toma en serio la protección de bienes jurídicos. Cosa que para Jakobs no existe, para él es solo el restablecimiento de la confianza de los ciudadanos, el restablecimiento de la vigencia normativa, y uno dice no, oiga por favor, el restablecimiento también de que el bien jurídico debe ser protegido, no la norma.

Hay quienes argumentan que la lesión al bien jurídico no se puede restablecer, mientras que la vigencia de la norma siempre puede ser restablecida.

Claro, es una causa tautológica evidentemente. A parte del bien jurídico, ósea que si se puede restablecer el bien jurídico, la muerte no, pero hay otros que si, por ejemplo el bien jurídico de la propiedad. Entonces no podemos hablar solo de un derecho penal concreto referido a bienes jurídicos personales hay otros tipos de bienes jurídicos que si pueden ser restablecidos junto con la vigencia de la norma. Uno no puede decir que al derecho solo le preocupa la vigencia de la norma porque entonces la pregunta es y esa es la que tenemos que tener en cuenta siempre: ¿A qué norma se está refiriendo? Uno no puede decir que el derecho solo es un sistema de vigencia de la norma y de restablecimiento de la vigencia de la norma, porque cuando se infringe depende también de qué normas. Hay países donde el

restablecimiento de la norma puede ser el restablecimiento de la norma de una dictadura, entonces lo que quiero es que no se restablezca esa norma. ¿Por qué? Porque esa norma no solo no protege bienes jurídicos o protege bienes jurídicos ilegítimos del régimen dictatorial, sino que además esta lesionando derechos fundamentales. Aquí lo importante es valorar sí yo tengo o no la posibilidad de criticar esa norma o sí solo me limito a confirmar la vigencia de la norma sin preguntarme sí esa norma es o no lícita, no en derecho natural, sino de acuerdo con distintos parámetros vigentes de Convenciones Internacionales de Constitución. Por lo menos, no cita ni una sola vez Jakobs ese tipo de argumentos, no los tiene en cuenta.

Por lo que hemos conversado a lo largo de la entrevista podría interpretarse que lo que Jakobs expone sobre el derecho penal del enemigo, al menos para usted, no es nada original.

No, original no es. Lo que quiero decir con esto es que Alemania que es aficionada a las grandes construcciones teóricas y a la filosofía con una tradición como la de España con lo de torero o en Brasil de jugar al futbol, Jakobs no es nada en ese sentido, no es uno de los grandes, ni mucho menos. Alemania debe ser un poco más modesta y reconocer que aunque ha aportado mucha ciencia y mucha teoría al mundo moderno también ha aportado grandes barbaries y esas barbaries no pueden ser disfrazadas nunca o bien ocultadas. Y de algún modo en Jakobs con esa frialdad en sus planteamientos teóricos llega a admitir que es necesaria la presencia junto al derecho penal de garantías otro derecho penal, un derecho penal autoritario. A uno se le enciendan todas las alarmas y digo ¿A dónde quiere usted llegar con esto? ¿Qué es lo que usted está asumiendo, o legitimando?

La teoría de Jakobs es muy parecida a la que sostenía Mezger en la época Nazi, es decir el enemigo no son los judíos ahora por supuesto que Jakobs no dice eso, pero su construcción teórica es que necesitamos dos derecho penales y que hay que prescindir de todo este tipo de garantías y de dogmáticas jurídicas. En el fondo esto es exactamente lo mismo que estaba diciendo Mezger y ahora Jakobs le cambia el nombre al enemigo, para él el enemigo es el terrorista. Pero el punto central está en asumir esa excepcionalidad, eso me preocupó.

Usted me ha comentado de la importancia de la recepción de la dogmática penal Alemana para poder entender el pensamiento penal de Jakobs.

Si la colonización de la dogmática penal alemana en el mundo latino se debe fundamentalmente a las traducciones españolas. La dogmática penal ha colonizado a la audiencia de habla española. Entonces la dogmática da un lenguaje, como lo hemos traducido y yo soy el responsable en parte de eso, de los tratados alemanes que originalmente vienen con una mala traducción. Entre los tratados que mejor se han traducido se encuentra sin duda el de Mezger, con una excelente traducción que hizo lo de Muñoz. La guerra civil y los penalistas de la escuela de Jiménez de Asúa todos ellos se llevan el Tratado de Mezger a América Latina, con lo cual el libro se expande allí y el tratado sigue siendo en aquella generación el gran libro, el Roxin de ahora. Entonces evidentemente esa recepción fue muy útil porque elevó el nivel de la dogmática. Igualmente en la actualidad las teorías de Jakobs con la imputación objetiva, con esa nueva generación de Cancio, de Eduardo Montealegre y de tantos otros que hay, que han elevado mucho el nivel de la dogmática. Al punto de que los alemanes dicen que la mejor dogmática se hace ahora en España y en el habla española por incluir a los argentinos y a la gente de Chile que cuenta con un muy buen nivel.

Es muy importante que hablemos de ese tema porque es anterior a Jakobs, yo creo que hay que diferenciar, le voy a decir un ejemplo: Guatemala, imaginemos que hubiera ahí un mi-

nistro de educación que fuera un profesor de gramática española y que hubiera escrito una bellísima monografía sobre el idioma español. Pero que a pesar de ello supiéramos que cuando fue ministro de educación en un régimen dictatorial dictó unas normas para que los niños indios no fueran escolarizados, entonces su libro indicaría probablemente un nivel elitista de formación en la gramática española. No se puede desconocer que ese señor utilizó eso y su alto nivel elitista para que las partes que conserva inferiores de la sociedad de ese país no llegaran a alfabetizarse, es decir, no discutiría la validez de su libro sobre la gramática española. Sin embargo podría indagar hasta que punto eso no ha servido también para legitimar una política cultural elitista de la que han sido marginadas las clases procedentes de los indios autóctonos de ese país. De manera que, yo no diría que fuera ilegítimo el que un penalista de Colombia o de Guatemala no se preocupara por la imputación objetiva, creo que es perfectamente legítimo. Pero hay que tener mucho cuidado de que eso no sirva de pantalla o al revés que sirviera para legitimar todo una política genocida que ha cometido ese señor que sabe tanto de imputación objetiva, o que ha querido utilizar la imputación objetiva para legitimar algo que puede y debe ser rechazado. Ese es el problema que creo que ha habido en Latinoamérica y en muchos países con la dogmática alemana que es lo suficientemente atractiva desde el punto de vista de la elaboración compleja, y que tiene como para que muchas veces por ejemplo la polémica finalismo y causalismo haya sido fundamental en la época de Pinochet en Chile o durante la época de la dictadura argentina. El que los penalistas argentinos en esa época genocidas hayan discutido sobre el tipo o la culpabilidad no deslegitima esa discusión, pero si deslegitima la discusión en ese momento y en ese país. Y en este punto, por lo menos me permito decir que sería cuestionable que alguno de esos brutales penalistas o que han legitimado, que han cerrado los ojos, que no han dicho nada respecto a esa situación en ese momento hayan escrito magníficos artículos sobre el problema del finalismo y el causalismo.

De modo que en la recepción de la ciencia alemana en todos estos países y sobretodo en Latinoamérica habría que hacer esas matizaciones. Es válido y es enormemente útil que haya un buen nivel de la dogmática pues es un leguaje jurídico de alto nivel y es bueno que los juristas lo dominen, pero cuidado con hacer de eso el único centro de de discusión en momentos en que el problema de esos países es otro.

En el mundo latino lleno de contradicciones donde la carrera académica por sí misma no es como en Alemania donde una persona puede dedicarse como el señor Jakobs a tiempo completo a la universidad. No le podemos acusar de esas cosas, pero muchos de los que discuten teorías de Jakobs en el mundo latinoamericano van a terminar implicados en políticas de corrupción, en sistemas que son muy poco democráticos o que tienen grandes problemas de tipo social, político y económico. Jakobs va a América Latina invitado por gente muy cuestionada, cuyas ideologías huelen mal. Entonces: Jakobs señor lo siento pero a usted lo han manipulado.

El problema de América latina es que esas construcciones teóricas a veces son de gente que ha tenido el nivel económico para estudiar en Alemania para llegar a conocer las últimas construcciones pero después al regresar a sus países se han implicado en las formas de vida de esos países, en la abogacía de asuntos más o menos turbios, con las políticas más o menos corruptas. Todo el mundo tiene contradicciones, pero a veces en América Latina son demasiado evidentes, es decir, que el finalismo y el causalismo se discutieran en la Argentina de la dictadura brutal de los desaparecidos y que los penalistas prácticamente ninguno se comprometiera con ese tema no me gusta, me siento incomodo.

Yo tengo por ahí una conferencia titulada “Una teoría latinoamericana de la culpabilidad”, en esta se encontraban dos personas muy importantes de Latinoamérica con muy alto nivel

jurídico y dijeron, “que la culpabilidad es un concepto reaccionario que no sirve porque en América Latina la injusticia permanente que se vive no permite imputar como culpable a la gente”, es decir, unas construcciones casi de revolución castrista. Yo me limité a decir que cómo se les ocurría por tener positivo eliminar la responsabilidad por el resultado y no distinguir entre imputables e inimputables. Yo quedé como el conservador, y los otros dos colegas ocupaban cargos muy altos de Corte Suprema en su país. En América Latina le habla gente de la revolución a personas que no tienen unos niveles de vida mínimos, que ni los nazis en Alemania tratarían a las criadas como los tratáis vosotros. Creo que después de treinta años viajando a América Latina ese tipo de actitud de receptividad de las teorías alemanas como adorno a la pompa de las tentaciones, como decían los romanos, como de escaparate sin que eso repercuta en la realidad del país me preocupa. Estoy generalizando igual el nivel ha subido mucho y hay gente joven doctorándose aquí y en Alemania.

Yo contribuyo a todo lo que pueda ayudar a mejorar América Latina, pero lo que quiero decir es que como tu trabajo es totalmente de recepción y de paralelismo que tengas en cuenta que una cierta colonización por parte de la Europa occidental en este caso de la dogmática alemana a través de la española ha tenido ventajas en cuanto a elevar el nivel del lenguaje de la dogmática. Evidentemente se están planteando por la globalización y por la facilidad del Internet temas que antes no se hubieran ni podido soñar pero que hay problemas estructurales y que a veces en algunas construcciones alemanas de finalismo y causalismo, que tuvieron un origen ideológico en la post guerra alemana por implicaciones con sus protagonistas en el nazismo, en América Latina han sido muy superfluas, han sido exageradas a veces en su importancia. Justamente el derecho penal del enemigo que es la teoría que podría de algún modo tener repercusiones políticas directas en la legitimación de las barbaridades y los decesos que se han cometido a veces en los países latinoamericanos, justamente de pronto puede que haya irrumpido con tanta fuerza y hayan convertido a Jakobs en un protagonista tan importante. Entender a Jakobs es difícil, al final yo mismo incluso leyendo la conferencia de Jakobs en español o en alemán, la he tenido que leer dos veces y eso me preocupa, me preocupa el papanatismo de una civilización cultural que no entiende muy bien y que cuatro o cinco que si lo pueden entender mejor lo utilizan para legitimarse en el poder o en su estructura, me preocupa todo eso.

Yo lo que quiero es salvar un poco esa imagen de un derecho penal que puede ser eficaz dentro de los parámetros del respeto a los derechos humanos. En América Latina la gente puede leer directamente del alemán o a través de las traducciones y tener un buen nivel dogmático, para mi encantado, yo no estoy en contra de eso, es mi formación. Es lo que conozco y normalmente le explico a los alumnos. Pero me parece que debe de ser algo que intente ver qué ventajas y qué inconvenientes en el mundo latinoamericano ha podido tener la recepción de estas ideas. Hasta qué punto esas ideas han favorecido en algunos casos un buen nivel de dogmática de lenguaje jurídico más refinado, y hasta qué punto en otros casos pudo servir para reproducir a un nivel latinoamericano esas discusiones que ya eran cuestionables en Alemania como el finalismo y el casualismo. Y que de ahí se tomaran estas discusiones como una forma de evadir una realidad que era bastante dura y que era por supuesto mucho más criticable, esa es mi opinión y creo esa es la que debe de trasmitirse a América Latina. Claro que el alemán debe de estudiarse, Alemania nunca defrauda. Todo esto es una cosa que es paralela a la formación del derecho penal, siempre hay que tener la meta de una formación general.

Lo que pasa profesor es que usted tiene una gran experiencia en Latinoamérica

Pero también la tiene Jakobs, pero volvamos al tema, mi influencia a nivel personal, yo hablo un buen español, florido, brillante, en eso ningún alemán me va a ganar en mi tierra y

mi tierra también es Latinoamérica, pero en mi tierra Latinoamérica también hay muchas contradicciones.

Prof. Muñoz Conde, le reitero mi infinito agradecimiento por su atención y su tiempo.

Anhang XIII. Fragebogen an Prof. **Carlos Parma**, Argentinien

Am 17. December 2009 wurde der Fragebogen per email (carlosparma@yahoo.com.ar) beantwortet.

PRELIMINAR

Mi interés por indagar el pensamiento de Günther Jakobs surgió a colación de la lectura del libro "La imputación objetiva en el derecho penal" (Civitas, 1996, Madrid). De este libro me atrajo muy especialmente el prólogo que practica el autor pues allí –a mi juicio- sintetiza todo su pasado y su futuro: "el mundo social no está ordenado cognitivamente, sino de un modo normativo, *sobre la base de competencias*, y el *significado* de cada comportamiento se rige por su contexto". Apunta aquí a "delimitar comportamiento socialmente adecuado o inadecuado". Me pareció ver en este libro el espíritu aguerrido de Welzel hecho carne, más no su pensamiento. Algo me revelaba un desenlace: el discípulo había decidido enterrar al Maestro.

Las lecturas de principios de los noventa sobre Jakobs no me habían motivado, pero sí este libro donde aparecía el "dogmático" en una agitada dimensión. El texto "Sociedad, norma y persona en una teoría de un derecho penal funcional" (Civitas, 1996, Madrid), me hizo conocer "la otra cara de Jakobs". Lo que sería a la postre parte importante de los cimientos del Derecho Penal del enemigo. En 1997 publiqué "Culpabilidad –Lineamientos para su estudio- (EJC, 1997, Mendoza). En Agosto del año 2000 Jakobs visita Mendoza dando una serie de conferencias allí tomo un intenso contacto personal con este autor. Su fuerte personalidad me mueve a escribir: "El pensamiento de Günther Jakobs" (EJC, 2001, Mendoza) cuya extensa primera edición se agota prontamente. Si bien el libro puede ser considerado "Jakobsiano" fijo en el mismo dos marcadas disidencias: el concepto de **persona** y de **culpabilidad.** Veo en estos dos tópicos los puntos débiles de su sistema, una faz deshumanizada que Jakobs seguirá profundizando con el tiempo. Prontamente publico "La prohibición de regreso en Günther Jakobs" (EJC, 2004, Mendoza) donde aparece otro cuestionamiento: el vaciamiento ético que Jakobs practica en este instituto. Aparte de las publicaciones aparecidas en Argentina (Código Penal Comentado -Tres tomos-, Mediterránea, 2005, Córdoba) distintos libros y artículos se publican en: Perú (Derecho Penal Posmoderno, ARA, 2005, Lima); Colombia (Jakobs o Roxin: ¿Quién es el enemigo?; Andrés Morales, 2008, Bogotá); Bolivia (Derecho Penal Convexo, el original, 2008, La Paz), México, Chile, etc..

En todo este tránsito confieso que mis lecturas sobre Jakobs han sido muchas. En todo este tiempo –insisto que no ha sido poco- Jakobs ha despertado en mi adhesiones, contradicciones, revelaciones, fuertes discrepancias, prudentes admiraciones y decepciones. Quiérase o no, bien o mal... me ha enseñado a pensar ...

Idea de derecho penal del enemigo.

El derecho penal del enemigo no es más que otro "refrito". Una vuelta de tuerca más al totalitarismo. Por lo que se puede afirmar sin temor alguno que se trata de una idea agotada en sí misma. Propuesto académicamente por Jakobs en 1985 obtuvo su partida de nacimiento en el año 2001. Su resurgir guarda ligazón con la expansión del derecho penal, con el punitivismo y el derecho penal simbólico. Es así un **"no derecho penal"** que sirve funcionalmente al poder económico.

En lo prístino el Derecho Penal del Enemigo (D.P.E.) es la negación del derecho y de la persona. En palabras más simples el DPE del enemigo podría asignarle la calidad de ciudadano a

un sujeto y luego quitársela para equipararlo a "un animal peligroso"[1]. *Jakobs* tiene por cierto que el individuo puede perder por su conducta el status de ciudadano – la "exclusión" en una sociedad libre, dice con claridad, es siempre "autoexclusión". Es así entonces que éste Profesor radicaliza uno de los dogmas básicos del liberalismo: la idea de prestación (Leistungsgedanken). Aquí el sujeto no se decide por su origen sino por sus prestaciones. Lo que sería el núcleo duro de la personalidad jurídica, por ejemplo la dignidad humana, no debe poder anularse por la posición de portador de derechos humanos innatos e inalienables. Es decir lleva la idea de prestación (liberal) a lo máximo haciendo desaparecer el paternalismo y lo que ha venido en llamarse la inalienabilidad de los derechos humanos.

Esta relación de seres humanos con animales o monstruos se ha "posmodernizado".

Veamos: "En la tesis de Schmitt la política aparece como vía necesaria para modificar el derecho vigente y ajustarlo a las necesidades o intereses actuales de los ciudadanos en confrontación con el enemigo.De este modo, Schmitt y Hobbes coinciden en el criterio legitimador del derecho, y así lo expresa con claridad el autor alemán al decir que Hobbes ha afirmado una y otra vez "*que la soberanía del derecho significa únicamente la soberanía de los hombres que imponen las normas jurídicas y se sirven de ellas, que el imperio de un 'ordenamiento superior' no es más que una frase vacía sino posee el sentido político de que determinados hombres pretendan gobernar, sobre la base de este ordenamiento superior, sobre personas de un ordenamiento inferior"*

Lo político se define, según Schmitt, como una decisión constitutiva y polémica, ya que por medio de ella se determinan los contenidos en torno a los cuales se va a configurar la identidad de un pueblo; a la vez es polémica porque a través de ella se establece lo político como relación amigo-enemigo, que se produce tanto hacia el exterior, en la relación con otros pueblos y/o Estados, como hacia el interior, frente a aquellos que no comparten o respetan la identidad concreta y específica del Estado.

El enemigo político no necesita ser moralmente malo, simplemente es el otro, el extraño y para determinar su esencia basta con que sea existencialmente distinto en un sentido particularmente intensivo

A partir de estos conceptos Jakobs elabora la idea de derecho penal del enemigo separándolo de un derecho penal del ciudadano, sosteniendo que el primero se aplica sólo a pocos casos y no debe contaminar al segundo.-Para clarificar más aun Ciudadano y Enemigo son términos antagónicos.

Silva Sánchez ha pretendido mitigar estos virulentos conceptos de Jakobs interpretándolo favorablemente. Entiende Silva que el "enemigo" de Jakobs conserva aun su "status civitatis", por tanto se le restringen algunos derechos, ya que la "enemistad" no es absoluta. Que no se lo trata como un animal peligroso y que el término no persona debe ser interpretado más allá del nominalismo por lo que se trata solamente de adelantamiento de la intervención, no limitación de pena y limitación de garantías procesales[2].

Lo tangible y veraz, es que Jakobs propone un derecho penal autoritario que puede dar respuestas a los casos extremos (terrorismos, etc) donde las herramientas del derecho penal del

---

1 Ver palabras usadas por Günther Jakobs en Diario La Nación, Argentina de fecha 26 de Julio de 2006. También ampliado en Villamor Lucía, Fernando; "Una aproximación al derecho penal del enemigo", Editorial Popular, La Paz – Bolivia, 2007.

2 Silva Sánchez, Jesús-María; "Los indeseados como enemigos", www.criminet.ugr.es; 31/01/07.

ciudadano (el liberal) serían insuficientes. De esta manera el Derecho penal del enemigo se caracteriza por tres elementos: en primer lugar, se constata un amplio adelantamiento de la punibilidad, es decir, que en este ámbito la perspectiva del ordenamiento jurídico-penal es prospectiva (punto de referencia: el hecho futuro), en lugar de –como es lo habitual- retrospectiva (punto de referencia: el hecho cometido). En segundo lugar, las penas previstas son desproporcionadamente altas: especialmente, la anticipación de la barrera de punición no es tenida en cuenta para reducir en correspondencia la pena amenazada. En tercer lugar, determinadas garantías procesales son relativizadas o incluso suprimidas.

El discurso encubre un inequívoco peligrosismo (obviamente, a priori) donde la estigmatización del caso como enemigo responde más al autor que al hecho (aunque tiene la franqueza de no disimularlo). Una vez establecido como derecho penal del enemigo no existen herramientas jurídicas para poder salirse de tal estigmatización", se trata de un camino sin retorno.

El enemigo y Derecho Penal del enemigo

En la academia moderna se ha inventado un espejo que al colocar un ser humano frente a él devuelve la imagen del "enemigo". Pawlik, sin tapujos, dice que es "el Islam". Leyes de diversos países (Italia, Inglaterra, etc.) dan cuenta que es el "inmigrante" ilegal (en su mayoría latinoamericano, asiático o africano).

El profesor Jakobs relata que "los enemigos" son individuos que en su actitud de vida, económica o incorporándose a una organización, se han apartado del Derecho presumiblemente de un modo duradero y no sólo de manera incidental. Así, de esta forma no garantizan la mínima seguridad cognitiva de un comportamiento personal y demuestran éste déficit por medio de su comportamiento. Se trata de individuos que pertenecen a organizaciones terroristas, de narcotráfico, de tráfico de personas, etc. Puede verse entonces que estos infractores son analizados maniqueamente por el Profesor Alemán, que sin ningún sustento comprobable les asigna un "estado" a personas que han cometido un delito determinado. Con el apotegma jakobiano si se trató de un solo hecho (de terrorismo por ejemplo) ya esa condición de enemigo le cabe igual, sin perjuicio de otras valoraciones, las cuales –de suyo- concentran en manos del instructor un poder desmesurado y antigarantista.

Con base en Hegel dirá: **"**El mandato del derecho es por tanto: sé una persona y respeta a los demás como personas"[3].

En síntesis, este "derecho penal del enemigo" sostiene: a) el adelantamiento de la punibilidad: b) la falta de una reducción de la pena proporcional; c) la supresión o el debilitamiento de las garantías procesales; d) el desapego de los tratados internacionales de Derechos Humanos y de Tribunales Internacionales.

La idea del DPE se contrapone al "status" del ciudadano. De allí que Jakobs propugne que sea situado en "una posición autónoma"[4].

Sólo el ciudadano se encuentra vinculado con el derecho. Por eso el delito de un ciudadano es un "desliz reparable", una cuestión "normal"[5], pues el criminal (léase normal) tiene derecho a volver a arreglarse con la sociedad. En esta inteligencia, Silva Sánchez explica que el *tránsito*

[3] "Sociedad, norma y persona en una teoría de un Derecho penal funcional"; Jakobs, G.; pág. 39, Editorial Civitas, año 1996.

[4] Jakobs, Günther; "La pena estatal: significado y finalidad"; en Revista peruana de doctrina y jurisprudencia penales, 5, año 2004, Editorial Grijley, ps. 220.

[5] Ambas expresiones entre comillas son poco felices. Jakobs las menciona, sin rescatar la victimología.

del ciudadano al enemigo "se irá produciendo por la reincidencia, la habitualidad, la profesionalidad delictiva y, finalmente, la integración en organizaciones delictivas estructuradas"[6]. Esta situación de peligrosidad real – según éste Maestro- debe ser enfrentada de un modo expeditivo, eficaz.

El enemigo de Europa según Pawlik y por extensión para "parte de la academia" en los tiempos que corren, tiene nombre y apellido: terrorismo islámico. Así se refiere Pawlik haciendo fuertes consideraciones referidas a la "guerra" que plantea el terrorismo internacional, apegándose a las ideas básicas de Carl Smith. Sostiene "Como fundamentación me permito remitirme a las dos conclusiones principales... *Primero*: si el terrorismo representa un equivalente funcional de la tradicional guerra de Estados, no es posible soslayar lo que esta conclusión encierra: la lucha contra este terrorismo apenas tendrá lugar sin normas que contengan elementos del derecho de la guerra o similares a éstos. *Segundo*: dado que el terrorismo se caracteriza por su renuncia a toda forma simétrica de lucha, el sistema de reglas que se busca no podrá ser de la especie del clásico derecho internacional de la guerra ni de la del actual derecho internacional de los conflictos armados no internacionales, que se basan en el principio de la simetría y la reciprocidad. En particular no existe ninguna razón para acordar a personas, cuya estrategia consiste en eliminar la diferencia entre combatientes y no combatientes, las ventajas del status de combatiente y de prisionero de guerra. "*A crime is a crime is a crime*", habría dicho alguna vez *Margaret Thatcher* respecto de actos terroristas violentos y al respecto nada hay que agregar... Por lo tanto, lo específicamente nuevo del sistema jurídico para la lucha contra el terrorismo moderno radica en la conexión de una estructura normativa asimétrica básica -defensa del derecho frente la negación del derecho- con medios análogos a los del derecho de la guerra. La estricta distinción entre un orden pacífico, normativamente asimétrico en la forma del derecho de policía y del derecho penal, autorizaciones de intervención relativamente estrechas, por un lado, y un derecho de la guerra, basado en las más robustas premisas de una simetría normativa entre las parte del conflicto, está -y en ello tienen razón *Beck* y *Schäuble*- superada por la realidad. Esta conclusión es considerada todavía hoy en día como escandalosa. Pero, ello no significa, de todos modos, que la legislación y la práctica jurídica renunciarían a la necesidad de la defensa contra el terror. No; son necesarias, pero se las viste con las formas exteriores, a primera vista más aceptables del tradicional derecho de defensa frente al peligro, es decir, el derecho penal. En lo que sigue explicaré con el ejemplo del derecho penal las consecuencias totalmente inaceptables a las que conduce esta manera de proceder...". Luego acota: "Si alguien está dispuesto a volar por los aires al tiempo que hace explotar una bomba", se lee en un expresivo comentario de la Frankfurter Allgemeine Zeitung (FAZ), "ya no hay nada que pueda disuadirlo"; por lo tanto, opina el Senador para Interior de Berlín *Körting*, tiene que poder ser "retirado del tráfico"[7]. Es obvio que Pawlik banaliza el tema, hace una lectura personalísima y política –errada a mi juicio- y compromete dogmas del derecho penal, toda vez justifica la aplicación de normas procesales ilegítimas al contexto de la dogmática general.

Prácticamente la doctrina garantista se ha unido en forma pacífica y unánime contra la posición de Jakobs, recrudecida por Pawlik. Creo que no alcanza a advertir claramente el Profesor Michael Pawlik es que el Islam ya es Europa. Que la nueva geografía europea y su población así lo determinan y seguramente subsistirá por mucho tiempo. Esto es una verdad insoslayable que no muchos quieren o pueden aceptar, precisamente porque estos datos del "nuevo paradigma" poblacional y cultural son para los cultores del "viejo paradigma" ***invisibles***.

---

[6] Silva Sánchez, Jesús; "La expansión del derecho penal", Segunda Edición, Civitas, Madrid, 2001, ps. 164 y siguientes.

[7] Pawlik, Michael; "El terrorista y su derecho (Sobre la posición teórico-jurídica del terrorismo moderno), traducción Enrique Bacigalupo, de su conferencia en el Instituto Ortega y Gasset, Madrid, Año 2008.

En base a esto es necesario hacer una pausa en el relato para remarcar que el concepto de ENEMIGO no debe pertenecer al Derecho Penal. Es una concepción política, hasta filosófica si se quiere, pero no de derecho penal.

No seré necio a la hora de aceptar que el término se ajusta a la realidad política partidista y que tiene su tratamiento en el derecho. Pero eso es lo que cualquier jurista debe evitar: que el derecho penal sea el receptáculo de cuanta idea nefanda ande dando vuelta por el cosmos. Estas oscuras y bizantinas ideas siempre han clasificado y –en consecuencia- discriminado a seres humanos. Se olvidan que el ser humano es la base del sistema normativo.

Reconozco también que Luhmann indica que lo social no existe fuera de la comunicación, por lo que la sociedad es un sistema que no se compone de seres humanos. Así como sistema sigue las reglas del sistema biológico y psíquico, es decir autopoiético (sistema que se produce a sí mismo). De allí que Luhmann entienda que el derecho se encuentra desligado de la ética, de la moral y de la política. Estos sólo irritan, hacen ruido pero no influyen directamente en la comunicación jurídica.

Es así entonces que el DPE es una idea que parte de considerar que "los individuos que por su actitud personal muestran de manera reiterada el deseo de delinquir no son consideradas personas, sólo individuos. Son enemigos de los que sí son personas. Y para ellos de deben reducir las garantías. Con ellos la pena ya no busca afirmar la vigencia de la norma sino asegurar el mantenimiento extramuros de la sociedad de estos individuos. Lo importante para ellos es la inocuización, su exclusión"[8]. Esta visión del derecho ya fracasó (Lombroso, Ferri, etc.) y es tan antigua como el maniqueísmo.

Jakobs esgrime a favor del DPE el siguiente argumento de defensa diciendo: "yo doy otra respuesta: el derecho excluye al enemigo, pero en una forma y modo que vincula a los ciudadanos (por eso, Derecho penal enemigo)"[9].

Al cuestionarlo se puede adherir a la crítica de Morin que decía: "el error, la ignorancia y la ceguera progresan al mismo tiempo que nuestras certidumbres..."[10]. Pretende Jakobs decir una verdad reafirmando una falacia, pues esa calidad de derecho que vincula ciudadanos, por la misma relación dialéctica, se torna endeble y lo que hoy son ciudadanos mañana por mera presión política son enemigos y viceversa.

Se observa que Jakobs ha abandonado la idea que el hombre pueda ser libre. "La teoría de Jakobs tiende a someter por completo al individuo a las finalidades sociales, ha dejado ya de aplicar el funcionalismo como mero "método de observación" de un statu quo determinado para representar un "criterio de decisión" (statu quo como sistema funcional que debe ser mantenido)[11]. Aquí pone distancia con Kant (en cuanto el hombre es un fin en si mismo y no un medio) al aceptar que el individuo puede ser "sacrificado" en aras de lo que la sociedad exija en un lugar determinado. Por lo que al derecho penal sólo le asigna una cuestión **interpretativa.**

---

8 Guerrero Agripino, Luis; "La seguridad pública en el contexto general del sistema de justicia penal y la política criminal", En Revista de la Universidad de Colima, "De jure", año 5, nro. 3, Colima, México, año 2005, ps. 135.

9 Jakobs, G.; "El fundamento del sistema jurídico penal"; Editorial ARA, Lima, 2005, ps. 11.

10 Grinberg, Miguel; "Edgar Morin y el pensamiento complejo", Editorial Campos de Ideas, Madrid, 2002, ps. 11.

11 Abanto Vasquez, Manuel; "Acerca de la teoría de los bienes jurídicos", en ""Modernas tendencias de dogmática penal y política criminal", libro homenaje a Juan Bustos Ramírez, Lima, Editorial Idemsa, 2007, ps. 49.

Ahora con el DPE el fin pasa a ser la seguridad cognitiva, ya no de la conservación o mantenimiento del sistema, como cuando se sanciona en contra de los delitos comunes. Las ataduras tienen que ver con un Estado de libertades; quien las desata –diría Jakobs- abandona ése modelo de Estado. Lo que hay que hacer entonces, piensan estos sostenedores del DPE, es una regulación jurídica de exclusión de los enemigos, combatiendo los "peligros", es decir los hechos futuros.

En una entrevista sucedida en el año 2005, Jakobs aparece como neokantiano. Sostiene que "el sistema jurídico es un sistema de valores..."[12]. ¿de valores...? Un Estado fuerte, que es autosuficiente, como lo soñaba Hegel, sería imposible que incursione en esquemas donde todo deba ser valorado (como aspiraban los normativistas neokantianos). En esta orientación tenemos el testimonio de Francisco Muñoz Conde quien expresa en "De nuevo sobre el derecho penal del enemigo" que recibió una carta de Jakobs (fechada el 10 de Setiembre de 2002) adjuntándole una fotocopia de una edición antigua de "La paz perpetua"de Kant avalando de esta manera una opinión propia[13]. Desde lo personal le consulté sobre como aceptar su sistema sin ser hegeliano, me contestó: búsquelo en Kant. Debo confesar mi incertidumbre o mi ignorancia, pero a mi juicio Kant se da de bruces con Jakobs. Para Jakobs el hombre es un medio para Kant jamás.

La historia de Jakobs con el tema DPE tiene etapas para destacar. "Las primeras referencias pueden ser encontradas en un trabajo de Jakobs del año 1985[14], en el que advertía de qué manera la consideración del sujeto como ciudadano o como enemigo podía quedar reflejada en la anticipación de la tutela penal a los estadios previos. Pero es seguramente en los últimos años cuando el tema del Derecho penal de enemigo aparece en JAKOBS con un delineamiento mucho más claro, dando un soporte iusfilosófico refinado (recurriendo especialmente a HOBBES y a KANT)[15] y deteniéndose, ahora sí, en las consecuencias directas que depara esta nueva visión de nuestra disciplina, y con lo que, al fin y al cabo, intenta dar cobertura jurídica a reacciones estatales que *prima facie* son vistas como meras vías de hecho. Por todo ello es que afirme que *"quien quiera ser tratado como persona, debe dar también una cierta garantía cognitiva de que se va a comportar como tal. Si esta garantía no se da o incluso es denegada de forma expresa, el derecho penal pasa de ser la reacción de la sociedad frente al hecho de uno de sus miembros a convertirse en una reacción frente a un enemigo. Esto no significa que esté todo permitido, incluso una acción sin medida. Al contrario, al enemigo se le reconoce una personalidad potencial, de tal manera que en una lucha no puede superarse el límite de lo necesario"*[16]. Del mismo modo, esta carencia de aseguramiento cognitivo quedará materializada en un comportamiento no incidental de un individuo o bien en su ocupación profesional o su vinculación a una organización determinada, con lo que mostraría el abandono de manera presuntamente duradera del derecho, y de allí su consideración como enemigo[17].

---

[12] Entrevistador: Jorge Sánchez en www.ilecip.org

[13] Ob. Cit, en Contribuciones críticas al sistema penal de la post modernidad, Ed. Universidad Central de chile, 2008, ps. 335.

[14] Jakobs, "Kriminalisierung im Vorfeld einer Rechtsgutsverletzung", en ZStW 97 (1985), pp. 751 y ss., especialmente en pp. 755 y ss. (existe versión al español, "Criminalización en el estadio previo a la lesión de un bien jurídico" [trad. Peñaranda], en Estudios de Derecho penal, Madrid, 1997, pp. 294-298.)

[15] Jakobs, "Derecho penal del ciudadano y Derecho penal del enemigo" (trad. Cancio), en Jakobs/Cancio, Derecho penal del enemigo, Madrid, 2003, p. 25-33.

[16] Jakobs, "La autocomprensión de la Ciencia del Derecho penal frente a las exigencias de su tiempo. (Comentario)"(trad. Manso Porto), en La Ciencia del Derecho penal ante el nuevo milenio (coord. versión alemana Eser/Hassemer/Burkhardt) (coord. versión española Muñoz Conde), Valencia, 2004, p. 58; del mismo, en Jakobs/Cancio, Derecho penal del enemigo, p. 40.

[17] Jakobs, en La Ciencia del Derecho penal ante el nuevo milenio, p. 59.

De esta manera D.P.E. (Feindstrafrecht) lo introduce académicamente en el año 1985 en las Jornadas de penalistas alemanes, celebradas en Frankfurt am Main. Allí eleva una ponencia –que por cierto fue prácticamente desestimada- cuyo título era "Criminalización en el estadio previo a la lesión de un bien jurídico". Aquí trabajaba la idea del principio del acto. Dicho en palabras simples la exigencia de una manifestación al exterior de la voluntad criminal a través de una conducta perturbadora del bien jurídico. También se abordaba la situación de los delitos de peligro abstracto.

En la idea jakobsiana "las leyes penales son necesarias para el mantenimiento de la sociedad y el Estado"[18]. Obviamente esto lo aparta de la teoría de bienes protegidos y ante la fuerza que cobran términos como norma y sociedad quedamos de cara a las siguientes preguntas: ¿cuál norma jurídica?: las que mantienen la sociedad. ¿cuál sociedad?: la actual[19]

Si bien Jakobs ha hecho históricamente un aporte singular y valioso a la dogmática jurídico penal en algún tiempo, **es necesario advertir un endurecimiento en su línea de pensamiento que se aprecia con mayor claridad desde el año 2001**, específicamente en su concepción filosófica. Es por eso que hoy equipara a los enemigos a "animales peligrosos" asumiendo así una posición discriminatoria para con seres humanos y "peligrosista". Así lo ratifica al decir: "el sujeto peligroso ha sido excluido del ámbito de las personas, contándolo entre los enemigos"[20].

Tal vez Jakobs, a partir del año 2004, comienza una línea "atenuada" de la concepción de la pena, advertido que sus ideas sobre el DPE se han extralimitado en alguno de sus seguidores. Se recuerda que la pena debía IMPONERSE A COSTA DEL DELINCUENTE.

En Jakobs el acto de comunicación que la pena supone no tiene como destinatario al delincuente, sino al conjunto de ciudadanos que poseen ciertas expectativas, que la norma expresa (norma jurídico penal y expectativa normativa), mostrándoles que están en lo cierto y que el defecto está en el actuar del otro. De alli lo que afirmo "ut supra" "que la pena funciona "a costa" del delincuente", en lugar de decir que opera en su contra o como reproche o desvaloración del mismo. Se nota también que JAKOBS no incluía en su teoría de la pena la retribución por lo que le hacia irreal su concepto de la pena, posteriormente en el año 2004 da la última versión de su teoría de la pena[21] al integrar el "dolor" de modo pleno en su teoría; al integrar "el dolor" de modo pleno en su teoría de la pena: "Es palmario que el hecho de infligir dolor penal puede ser comprendido como símbolo de una contradicción ...Sin embargo, permanece sin resolver la cuestión de por qué se elige el infligir dolor como símbolo, y no otra cosa. Pues Téngase en cuenta que el fallo condenatorio constituye una contradicción del delito. ¿Por qué es necesario, además, un dolor producido por la pena?".La pena se mueve entonces en el plano simbólico o comunicativo y no puramente instrumental de protección de bienes jurídicos. En tesis jakobsiana "El delito es –comunicación defectuosa es– defraudación de expectativas –no lesión de bienes– que lesiona la vigencia de la norma (bien jurídico en sí mismo, `lesión de deber´), y la pena tiene el significado de mantener dichas expectativas, es decir, la vigencia de la norma. Por lo que, la imposición de la pena es la forma que tiene el sistema social de tratar las defraudaciones a costa del infractor y cumplir su función de estabilización normativa. La pena expresa que los sujetos pueden seguir confiando en el registro

---

[18] Jakobs, Günther; "Derecho Penal", parte general, Editorial Marcial Pons, Madrid, 2005, ps. 650

[19] Fernández Carrasquilla, Juan; "Derecho penal fundamental", 3ra. Edición, Editorial Ibáñez, Bogotá, 2005, ps. 652.

[20] Jakobs., Günther; ¿Cómo protege el Derecho Penal y qué es lo que protege?; en Los desafíos del derecho penal en el siglo XXI, Editorial Ara, Lima, 2005, ps. 146.

[21] Algunos lo han visto favorablemente como un retorno al mundo real o práctico, en mi caso creo en un franco retroceso de Jakobs, un mundo en el cual él no debió penetrar: el mundo de la política del poder.

establecido y común y que cuando una de sus expectativas de comportamiento ajeno se frustra no es porque estén en un error o porque las reglas comunes no sean tales, sino porque alguien se sitúa al margen de ellas deliberadamente. Pero no se trata de que con la pena se le reproche al delincuente su modo de ser o actuar, la pena no pretende ni penetrar en su constitución individual ni cambiarla. El acto de comunicación que la pena supone no tiene como destinatario prevalerte al delincuente sino al conjunto de ciudadanos que poseen ciertas expectativas, que la norma expresa, mostrándoles que están en lo cierto y que el defecto está en el actuar de otro.

Es importante advertir aquí que en el mundo posmoderno la pena no determina a que “la gente siga confiando en el derecho”, en realidad la gente suele NO CONFIAR en el derecho, pues el pensamiento actual es de DESCONFIANZA, de sospecha, de duda... se trata de la cultura de lo efímero, mundano y vanal. De rescatar el Hedonismo contra los valores absolutos. En mi caso personal lucho entonces por intentar llenar los espacios vacíos del derecho penal con contenidos de ética. Así directamente se lo expresé a Jakobs en una charla que tuve con él sobre prohibición de regreso. Y creo además que es una flaqueza que el mismo Jakobs presenta en su “sistema”. En palabras simples mucho continente y poco contenido.

Retomando la cuestión: El hecho entonces que la pena se mueva en un plano simbólico ha sido rechazada desde plano. La Corte Interamericana de Derechos Humanos ha dicho que la invocación de la peligrosidad para imponer mayor pena "constituye claramente una expresión del ejercicio del jus puniendi estatal sobre la base de características personales del agente y no del hecho cometido, es decir, sustituye el Derecho Penal de acto o de hecho, propio del sistema penal de una sociedad democrática, por el Derecho Penal de autor, que abre la puerta al autoritarismo precisamente en una materia en la que se hallan en juego los bienes jurídicos de mayor jerarquía". Agrega que "la valoración de la peligrosidad del agente implica la apreciación del juzgador acerca de las probabilidades de que el imputado cometa hechos delictuosos en el futuro, es decir, agrega a la imputación por los hechos realizados la previsión de hechos futuros que probablemente ocurrirán. Con esta base se despliega la función penal del Estado. En fin de cuentas, se sancionaría al individuo -con pena de muerte inclusive- no con apoyo en lo que ha hecho, sino en lo que es. Sobra ponderar las implicaciones, que son evidentes, de este retorno al pasado, absolutamente inaceptable desde la perspectiva de los derechos humanos" (Corte Interamericana de Derechos Humanos, Caso Fermín Ramírez vs. Guatemala, sentencia del 20 de junio de 2005, cons. 94 y 95).-

En Argentina Zaffaroni ha sido crítico con la posición de Jakobs y en tal sentido ha expresado en una memorable sentencia de la Corte suprema de Justicia de la Nación Argentina su negativa a la “calidad de enemigo o reducción de enemigo a una persona” diciendo: “no es admisible en nuestro orden jurídico, por tener como base la declaración de que un ser humano no merece ser tratado como persona y, por ende, resulta excluido de las garantías que le corresponden a la pena. Recientemente se ha sincerado esta tesis, se la ha llamado por su nombre y se la teorizó en la doctrina extranjera, con referencia al terrorismo, dando lugar a múltiples críticas y amplia polémica (Günther Jakobs, La ciencia del derecho penal ante las exigencias del presente, trad. de Teresa Manso Porto, en "Revista Peruana de Ciencias Penales", año VII-VIII edición especial N° 12, y especialmente en Bürgerstrafrecht und Feindstrafrecht, en HRRS, marzo de 2004, trad. castellana en Günther Jakobs/Manuel Cancio Meliá, Derecho Penal del enemigo, Cuadernos Civitas, Madrid, 2003. Entre las críticas: Albin Eser, en Eser/Hassemer/ Burkhardt, La ciencia del derecho penal ante el nuevo milenio (Francisco Muñoz Conde, coordinador), Valencia, 2004, p. 472).Ni nuestra tradición legislativa, que remonta a Tejedor y su clara inspiración en Feuerbach, ni nuestra Constitución, que sólo en su art. 23 tolera en circunstancia excepcional y con las debidas garantías que una persona sea contenida por meras consideraciones de peligrosidad, admiten que en nuestro derecho penal

se teorice la enemistad al derecho como exclusión de la dignidad de persona y del consiguiente merecimiento de la pareja dignidad de la pena a quien comete un delito, cualquiera sea el nombre con el que se pretenda ocultar la respetable denominación de pena y cualquiera sea el pretexto peligrosidad no existente o presunta u otro con el que se quiera ocultar una declaración de enemistad jurídica con exclusión de las garantías y derechos que corresponden a todos los habitantes de la Nación. Fallo: Gramajo, Marcelo Eduardo s/ robo en grado de tentativa Causa Nº 1573C del 5 de septiembre de 2006". rechazo que la mayoría de la doctrina evidenció antes estos planteos[22], sin embargo, sólo logró ocultar malamente una realidad legislativa y judicial que cada vez asumía de un modo más o menos expreso la vigencia de esta fenomenología[23]. Esto es también muy claro en la realidad latinoamericana[24], en dónde incluso no se identifica con exclusividad la presencia de este Derecho penal del enemigo con los delitos de terrorismo sino que, dadas las condiciones particulares del entorno, acecha también –según Montiel- contra delitos de lesa humanidad cometidos durante las últimas dictaduras militares y, especialmente en Argentina[25] ―como ya se ha visto―, contra los secuestros que cada vez son más frecuentes y con desenlaces cada vez más violentos[26]". Lo grave a mi juicio es que se aplique el DPE contra etnias (ver el caso Mapuche en Chile) o contra los vulnerables del sistema penal que son en definitiva los que pueblan las cárceles, consolidando así el sistema la desigualdad[27]

El derecho positivo penal alemán, al que presupone legítimo, gira permanentemente en la tesis jakobiana. Percy García Cavero –con cita de Silva Sánchez- nos ilustra diciendo: La construcción de la teoría del delito y de la pena debe estar guiada únicamente por la función social del derecho penal (el mantenimiento de la vigencia de la norma) lo cual, por otra parte, significa una renuncia a pretensiones político criminales trascendentes[28].

Hay que considerar que Jakobs intenta sostener un SISTEMA. Si uno acepta las "reglas" del sistema probablemente pueda entender y compartir su pensar. Hay que aceptar los roles, en la sociedad como sistema y en el mantenimiento de la norma[29]. Algo similar ocurre en quien Jakobs refiere como fuente filosófica: Hegel. Para creer en él hay que aceptar que "todo lo real es racional y todo lo racional es real", luego con la "llave" de la dialéctica en la mano (como unidad de los contrarios) se podrá "ingresar" al sistema hegeliano, que para muchos sigue siendo un laberinto.

---

[22] En este sentido, Cancio Melia, en Jakobs/Cancio, Derecho penal del enemigo, pp. 93 y ss., para quien el Derecho penal del enemigo no estabiliza normas, sino que es un Derecho penal de autor, por lo que al ser un vía de hecho difícilmente pueda hablarse de Derecho para estos casos de reacción punitiva.

[23] No nos animaríamos a juzgar con seguridad la ausencia de aportes doctrinales en nuestro entorno que dan un margen de apoyo a esta nueva legislación; Carrera, "Terrorismo", en Revista de la Facultad de Derecho (NS), Vol. 4 Nº 2, Córdoba, 1996, p. 109, advierte respecto a los delitos de terrorismo que en "estos hechos se crea lo que técnicamente se llama un estado de necesidad, es decir, un conflicto ineludible entre dos valores; o el imperio del derecho o una vida; o el criminal mata a un hombre o la autoridad mata a la ley".

[24] Resaltando su presencia en el Derecho penal colombiano, especialmente en materia de terrorismo, Cancio Melia, en Jakobs/Cancio, Derecho penal del enemigo, p. 93.

[25] Esta opinión de J.P. Montiel no la comparto. Creo que en materia de DDHH si son necesarios los "anclajes" del derecho, donde no puede ni debe haber discusión en torno a lo que se debe defender.

[26] Juan Pablo Montiel : trabajo inédito denominado: "Peripecias político – criminales de la expansión del derecho penal".

[27] Guimaraes, Claudio; "Funciones de la pena privativa de la libertadcomo sistema de producción capitalista", Memorias del XVIII Congreso latinoamericano de derecho penal, Universidad Nacional de Colombia, Bogotá, Editorial Leyer, 2006, ps. 328.

[28] García Cavero, Percy; "Tendencias modernas en la dogmática jurídico penal alemana", Revista de Derecho, Universidad de Piura, Perú, volumen 2, año 2001, ps. 184.

[29] Parma, Carlos; "El pensamiento de Günther Jakobs", 2da. Edición, Ediciones Jurídicas Cuyo, Mendoza, Argentina, 2003, ps. 25.

Véase que cuando el derecho positivo alemán entendió legítimo que los aviones que eran conducidos por terroristas pudieran ser derribados en el aire aun existiendo pasajeros civiles (inocentes) a bordo, la Justicia decretó que esas normas eran inconstitucionales. No es la primera vez que la jurisprudencia y parte de la doctrina alemana sale a resguardar el bien ganado prestigio jurídico germánico.

En esta línea de investigación, si tomamos como base que el hombre persigue fines, que puede transformar el ambiente, que es capaz de dirigirse, desenvolverse y formarse, es obvio que sea sujeto de resguardo normativo. El hombre se presenta ante nuestros ojos con toda la potencialidad del espíritu humano: libre, germinal y jugoso[30]. El derecho debe estar a la altura de tan digna y sagrada imagen.

Cancio Meliá dice que en España Silva Sánchez ha incorporado el fenómeno del derecho penal del enemigo en su propia concepción político criminal[31]. A mi juicio esto es parcialmente cierto pues lo que intenta el Maestro Catalán es "atemperar" la posición de Jakobs con interpretaciones "en buena parte".

"La observación sobre los aspectos de la política criminal en las sociedades postindustriales –según Silva Sánchez- ha llevado a considerar la existencia de un Derecho Penal de tres velocidades. La primera caracterizada por aquel conjunto de normas que imponen sanciones privativas de la libertad; aquí corresponde mantener los principios, las garantías procesales y las reglas de imputación clásicas. En segunda velocidad se encuentran las regulaciones que imponen penas privativas de derechos o pecuniarias, y debido a la menor gravedad de la sanción, bien puede producirse una flexibilización proporcional de los principios y reglas de imputación tradicionales. La tercera velocidad es la que aquí interesa en particular; en ella se aglutinan las normas que imponen penas privativas de la libertad, a la vez que se produce la flexibilización mencionada en el punto anterior. Esta tercera velocidad coincide en lo básico con el derecho penal del enemigo.

Ahora bien, esta herramienta deberá ceñirse a lo estrictamente imprescindible para hacer frente a fenómenos de especial gravedad. La aplicación de esta tercera velocidad, debería poder justificarse conforme al principio de proporcionalidad y evitando cualquier contaminación con el derecho penal de la normalidad. En casos como los de criminalidad de Estado, terrorismo, o crimen organizado, aunque el derecho penal del enemigo sea un mal, cabría admitir que este pudiera constituir el mal menor. Ahora bien, esta admisión con reserva y ceñida a lo estrictamente imprescindible no es lo que sucede en la realidad actual del Derecho Penal. Inversamente, los Estados occidentales van incorporando en forma aparentemente cómoda, una lógica de emergencia permanente o perpetua. Lo recién apuntado refuerza la idea de que esta tercera velocidad (o derecho penal del enemigo en la terminología de Jakobs), irá estabilizándose y ganará terreno. El Derecho penal del enemigo se ha puesto de manifiesto en España, sobre todo en lo que hace a la legislación antiterrorista consagrada en algunos tipos del Código Penal de 1995 y a raíz de la reforma introducida por la ley orgánica LO.7./2000[32].

El derecho penal del enemigo NO TIENE LIMITES, por eso resulta indispensable aclarar hasta dónde se pueden sobrepasar los límites del § 136 a StPO (los métodos prohibidos de

[30] Parma, Carlos; "Culpabilidad. Lineamientos para su estudio"; Ediciones Jurídicas Cuyo, Mendoza, 1997, ps. 69.

[31] Cancio Meliá, Manuel; "De nuevo: ¿derecho penal del enemigo?", Memorias de XVIII Congreso Latinoamericano de derecho penal y criminología, Universidad Nacional de Colombia, Editorial Leyer, Bogotá, 2006, ps. 490.

[32] Marín Fraga, Facundo; "Derecho penal del enemigo", www.eldial.com

interrogatorio: coacción, engaño, amenazas, etc.). Ver a la luz del § 14.3 LuftSG (Ley de Seguridad Aérea que permitía abatir aviones que pudieran ser utilizados como arma contra objetivos determinados ...caso de las Torres Gemelas de N.Y.). Los sostenedores del DPE entienden de esta manera que los ciudadanos víctimas son despersonalizados, pues son privados de su vida a favor de otros. [**Pawlik:** una obligación de todo ciudadano]. Véase que al respecto el § 14.3 LuftSG (Ley de Seguridad Aérea) ha sido declarado inconstitucional por el TC federal, en tanto permitía abatir un avión con pasajeros inocentes y ello implica desconocer la dignidad de la persona.

Sintetizando entonces, acierta Muñoz Conde cuando sostiene que el derecho penal democrático y del Estado de Derecho ha de tratar a todo hombre como persona responsable, y no puede ser lícito ningún ordenamiento que establezca reglas y procedimientos de negación objetiva de la dignidad del ser humano en ningún caso[33].

Finalmente es dable remarcar que esta terminología con carga negativa: DPE, tiene en la historia de la humanidad destacadas referencias filosóficas, cuyas críticas bien ha agotado el Profesor Gracia Martín[34].

Esto nos aproxima a una primera conclusión: **los Latinoamericanos (y otros tantos habitantes del planeta) hemos llegado tarde al banquete de la posmodernidad. Esto nos hizo irremediablemente *diferentes.* La Europa post 2001 ha sido entrenada para ver en el prójimo una amenaza y no una promesa. La política y parte de la academia están sirviendo "funcionalmente" a un proceso de discriminación global[35] sin precedentes. Debemos animarnos a abrir una puerta, aquella que no debimos haber cerrado nunca**.

Sobre si ¿es Jakobs quien debe decidir el status de persona o debe ser el Estado?
Creo que ni una cosa ni la otra
Sobre la persona ... dije oportunamente

Hay un apotegma: que reza: "todo derecho penal está antropológicamente fundado", pues se recorta sobre la imagen del hombre apreciado como actor social"[36]. Es que como afirma Martínez Paz, la pregunta ¿qué es el hombre? no puede ser dejada de lado cuando se trata de reflexionar acerca de la naturaleza del derecho o de encontrar la medida de la justicia[37].

El hombre persigue fines, es potencialmente artífice de su propio destino y así se presenta ante nuestros ojos: *libre, germinal y jugoso*[38]. Como sujeto "dinámico de valores" el hombre se realiza a sí mismo mediante el juicio moral y la acción correspondiente[39].

---

[33] Muñoz Conde; "Edmund Mezger y el Derecho Penal de su tiempo. Estudios sobre el derecho penal en el nacionalsocialismo"; Editorial Tirant lo Blanch, Valencia, 2002; ps. 118.

[34] Gracia Martín, Luis; "Consideraciones críticas sobre el actualmente denominado "Derecho Penal del Enemigo"; en http//criminet.urg.es/recpc 07-02 (2005). También puede verse su publicación "Derecho Penal del enemigo", Editado por la Universidad Central de quito, Ecuador, año 2008.

[35] Puede verse toda la obra de Pierre Bourdieu, sociólogo francés (1930-004), en busca de "intelectuales críticos que se opongan a la mcdonalización del pensamiento".

[36] Lo dicen: Zaffaroni en su "Tratado...", t.II, pág. 429 y Radbruch en "Introd...."pág. 155. Citado por Gonzalo Fernández en "El principio de culpabilidad: para una teoría del sujeto"; pág. 146, en Revistas de Ciencias Penales nro. 5, año 2.000, fundación cuadernos de Cátedra. MAVE Editora, Argentina.

[37] Martínez Paz, Fernando; "La enseñanza del Derecho"; Editorial Mateo García, Córdoba, año 2001, ps. 17.

[38] Parma, Carlos; "Culpabilidad - lineamientos para su estudio -; pág. 69, Ediciones Jurídicas Cuyo, año 1997.

[39] Quiles Ismael; "Filosofía de la persona según Karol Wojtyla"; pág. 10; Editorial Depalma, año 1987.

Por otra parte somos consientes que el núcleo actual del iusnaturalismo moderno fue refundado sobre los derechos del hombre[40], hoy llamados *derechos humanos,* que son tema central en la vida práctica de la gente y obligada reflexión de la filosofía jurídica[41].

De última generación filosófica resulta el pensamiento de Robert Nozcik quien enfrenta este desafío (aunque más próximo a Kant) constituyéndose en un adalid posmoderno. El maestro de Harvard apuesta hacia una ética del valor, porque la persona es valiosa por sí misma. El tú y el yo valen en Nozick lo suficiente y de su relación derivan dos postulados éticos: 1. que debo comportarme a la altura de lo que valgo (ethical push) y 2. que debo tratarte a la altura de lo que tú vales (ethical pull). El "*push*" me ***empuja*** hacia mi alto valor. Con el *"pull"*, el prójimo me tira o reclama hacia su alto valor[42]. Entonces la cuestión es importante: que yo valga y que tu valgas, marca la "diferencia"... es ser único.

Insertos en este análisis no debe soslayarse el pensamiento Rawlsiano. Conforme su trabajo original (teoría de la Justicia), John Rawls fija estos principios: 1. Cada persona ha de tener un derecho igual al esquema más extenso de libertades básicas iguales que sea compatible con un esquema semejante de libertades para los demás. 2. Las desigualdades sociales y económicas habrán de ser conformadas de modo tal que a la vez que: a) se espere *razonablemente* que sean ventajosas para todos y b) se vinculen a empleos y cargos asequibles para todos. Es útil aclarar que en sociedades donde el individuo ha adquirido un nivel mínimo de desarrollo económico, la libertad no puede ser limitada en favor de la obtención de mayores ventajas sociales y económicas, sino sólo en el caso de que entre en conflicto con otras libertades básicas[43].

Este "ir y venir" permanente de respeto entre persona y persona, también fue aceptado, a su tiempo, por Hartmann, quién a su vez influyó notablemente sobre autores latinos de la década del 40 y 50. Hartmann sostenía que "la persona exige para sí misma el *reconocimiento* de aquellos a quienes a su vez admite como personas"[44].Este respeto a la persona y a la sociedad también se vio modernamente en Maritain quien aceptaba la naturaleza humana como obra cumplida por un trabajo de razón y voluntad, libremente consentida. Así decía: "la persona humana reclama la vida política, la vida en sociedad, no solamente con respecto a la sociedad familiar, sino con respecto a la sociedad civil. Esa *sociedad de personas humanas* es un todo de todos, porque la persona como tal es un *todo*. Y es un todo de libertades, porque la persona como tal significa gobierno de sí, o independencia..."[45].

Con respecto al término **persona** hay coincidencia que deviene del griego "prósopon", máscara o careta con la que se cubría el rostro el actor en el teatro clásico para representar al personaje. En esta misma dirección se apunta al verbo latino "personare" que indica "sonar a través de", "resonar la voz", precisamente como lo hacía el actor gracias a su máscara.

---

[40] "Los principios generales del Derecho"; Del Vecchio, Giorgio; pág. 71; 2da. Edición; Editorial Barcelona, año 1948.

[41] Scala, Jorge; "Derechos humanos y constitución"; Diario "El derecho"; serie Filosofía del Derecho, pág. 11; Nro. 1; Univ. Católica Argentina; Mayo del año 2001.

[42] Grondona, Mariano; "Bajo el imperio de las ideas morales"; Editorial Sudamericana, Buenos Aires, 1993, ps. 124..

[43] "Las teorías de la justicia después de Rawls"; Gargarella, Roberto; pág. 39 y 40; Editorial Paidos, año 1999.

[44] "El "ethos" de la personalidad"; Hartmann, Nicolai, Actas del 1er. Congreso de Filosofía. Mendoza; Publicación de la Universidad Nacional de Cuyo, tomo I, pág. 309. Entre otros Hartmann con su visión estratificada del hombre influenció en Soler.

[45] Maritain, Jacques; "Los derechos del hombre"; Editorial Dedalo,1961, ps. 20.

Boecio proporcionó una definición clásica (también aceptada por Santo Tomás) en referencia a que "la persona es una sustancia individual de naturaleza racional".Descartes vió a la persona "como un sujeto interior y espiritual". Kant rescató el valor moral de la misma, viendo a la "personalidad como la libertad e independencia frente al mecanismo de la naturaleza entera"... "así la persona moral es la libertad de un ser racional bajo leyes morales". En su obra "Fundamentación de la metafísica de las costumbres" (año 1785) Kant encuentra la fórmula que "cada ser humano tiene derecho a ser persona en el derecho". Cada persona está caracterizada por el *respeto* y no por una relación jurídica cualquiera. Así -para Kant- la persona es un ejemplo de la restricción de la arbitrariedad en el marco de la realización de relaciones sociales, que son siempre relaciones de poder. Luego (año 1797) Kant otorga al sujeto una imputabilidad, permaneciendo la misma conectada con el respeto.

En opinión de Occam la persona "es una substancia intelectual completa que no depende de otro supuesto". Leibniz por su parte sostenía que "la palabra persona lleva consigo la idea de un ser pensante e inteligente, capaz de razón y reflexión...".

Para Fichte el "yo es persona, no sólo por ser un centro de actividades racionales sino sobre todo por ser un centro metafísico que se constituye a sí mismo poniéndose a sí mismo.

Max Scheler explícitamente entendía que "la persona es la unidad de ser concreta y esencial de actos de la esencia diversa... el ser de la persona fundamenta todos los actos esencialmente diversos".

Más próximo en el tiempo, Kelsen sostuvo que la persona es un centro de derechos y obligaciones, o sea un centro de normas jurídicas que así lo establecen. La persona es un factor unificador de un haz de normas. "Es un centro de imputación de normas". Aquí es donde aparece JAKOBS en este contexto nomativista.

Esta imágen kelseniana encuentra su fuente en el mismo derecho romano, donde la idea de personalidad, jurídicamente hablando, giraba en torno a la atribución de una subjetividad, que entrañaba una capacidad para ser centro de imputación jurídica[46].

En nuestra opinión la persona es, como estructura óntica, un "ser sujeto consciente de su propio actuar". La persona se autorrealiza en el ser (es más persona), en la verdad, en el bien y en la belleza[47] . El ser humano es una persona, y es en ese sentido "la unidad sustancial de materia y espíritu", por eso se afirma que la persona es toda sustancia indivisible de esencia racional"[48]. Es imposible que la persona no sea un ser humano. Ambos conceptos se pertenecen, se comprenden así mismo, se explican el uno al otro.

"La naturaleza esencial social o comunitaria del hombre está arraigada en la naturaleza de la persona, y no al revés", en otra palabras el hombre no es persona porque es social, sino que es social porque es persona. De allí que sostengamos -reitero- que la estructura óntica de la persona, el hecho de *ser* persona, es un valor primero y previo a todos los demás valores humanos, de lo que se deduce que la sociedad debe ser para la persona y no viceversa[49].

---

[46] Parma, Marcelo; "Compendio básico de Derecho Romano"; Editorial Facultad de Derecho, Universidad Católica de Cuyo, Argentina,1997, ps. 91..

[47] Wojtyla, Karol; "Persona y acción"; Editorial BAC; Madrid, año 1982.

[48] Baquero Lazcano, Pedro,"Antropología filosófica para educadores"; Editorial Lerner, año 2001, ps.10.

[49] Quiles, Ismael; "Filosofía de la persona según Karol Wojtyla", Editorial Depalma, Buenos Aires, 1987, ps. 73..

Son más que sabias y oportunas las enseñanzas de Ramella cuando –citando a Dumas- no dice que "*no es el Estado ni la ciudad ni la familia los que han hecho al hombre, sino al contrario. El hombre existe, como hombre, en la sociedad o fuera de ella. Esta es apenas una necesidad condicional, un medio para que el hombre realice mejor su finalidad completa*"[50].

El punto de partida de la ciencia del derecho es el hombre, que socialmente debe ser visto como persona. Así el derecho brota, fluye de la persona que vive en sociedad. Visto así *el derecho no es un ser sino una modalidad de existir del ser humano en sociedad*[51].

Jakobs recorta su imagen de persona explicando: "La realidad en que se objetiva la libertad es el **derecho** que tiene como punto de partida **la persona** y la propiedad", dirá Hegel. Para luego sostener "la persona concreta, que es para sí un fin particular, en cuanto totalidad de necesidades, y mezcla de necesidad natural y árbitro, es uno de los *principios de la sociedad civil.* Pero la persona particular está esencialmente en relación con otra particularidad, de manera tal que sólo se hace valer y se satisface por medio de la otra..."[52].

Jakobs lo relata y lo explica así: "Ser persona significa tener que **representar un papel.** Persona es la máscara, es decir, precisamente no es la expresión de la subjetividad de su portador (con cita de Hobbes y otros), sino que es representación de una competencia socialmente comprensible. Toda sociedad comienza con la creación del mundo objetivo, incluso una relación amorosa, si es sociedad... tienen un papel que representar". Continúa diciendo: " la subjetividad de un ser humano, ya *per definitionem,* nunca le es accesible a otro de modo directo, sino siempre a través de manifestaciones, es decir, de objetivaciones que deben ser interpretadas en el contexto de las demás manifestaciones concurrentes... dicho de otro modo, los actores y los demás intervinientes no se toman como individuos con intenciones y preferencias altamente diversas, sino como aquello que deben ser desde el punto de vista del Derecho: como personas"[53] .

Jakobs dice: "La norma originaria es la siguiente: sé persona, lo que significa: cumple el deber frente al grupo. Hegel enuncia la siguiente norma originaria: sé una persona y respeta a los demás como personas". Esta es una norma, ciertamente, para un estado jurídico ya desarrollado, en el que existen deberes entre las personas, y no, al menos no sólo, hacia el señor: a través de un trato entre ellas, por ejemplo, el comercio, las personas sirven a lo general. Lo mismo sucede respecto de la concepción de Hegel de que el contenido mínimo de la norma originaria se dirige a no lesionar al otro... el rango de una persona viene *determinado por los deberes que le competen* o que cumple ... sacrificando sus derechos"[54].

Hegel machaca la idea de respeto de la persona humana, así deben tratarse y "*reconocerse*", por ello expresa. "*los hombres sólo son hombres en la medida en que reconocen a otros hombres y son reconocidos por estos*"[55].

No debe dejar de comprenderse que tanto Hegel como Jakobs son pensadores que sirven al poder del momento, por lo que deben entonces afirmar que "su sistema" es el correcto y el final. Escriben para los poderosos, justifican el poder. Ser persona significa tener que repre-

---

[50] Ramella, Pablo; "Derecho Constitucional", Editorial Depalma, Buenos Aires, 1985, ps. 275.
[51] Ghirardi, Olsen, "El razonamiento forense"; Ediciones El Copista, Córdoba, año 1998, ps. 34.
[52] Hegel, G. W.; "Principios de la filosofía del derecho"; Editorial Sudamericana; Bos Aires, 1975.
[53] Jakobs, G.; "Sociedad, norma y persona..."; Editorial Civitas, Madrid, 1996, ps. 50/53.
[54] Jakobs, G.; "Sobre la génesis de la obligación jurídica"; Editorial Rubinzal Culzoni, Argentina, 2.000, ps. 41.
[55] En cambio Kant planteaba el respeto en base a las reglas y a la moral... el respeto indica que los seres humanos son receptivos a las leyes y a la autoridad de la moral.

sentar un papel. Persona es la máscara (con citas de Hobbes y Luhmann)...[56]", esa persona que se rinde al poder de la RAZON INSTRUMENTAL que describe ADORNO...

Hegel sentencia: "porque lo universal desperdigado en los átomos de la absoluta multiplicidad de los individuos, este espíritu muerto, es una igualdad en la que todos valen como cada uno, como personas..."[57], rescatando de esta manera el "valor persona" que cada individuo tiene por el hecho de saberse humano.

Como se observa la posición de Hegel sobre la persona fue virulentamente cuestionada en distintos planos (filosóficos, teológicos, psicológicos, etc.). En el rubro estrictamente jurídico y llegando a nuestros días, también la ola de críticas ha vuelto contra Hegel. Lesch increpa el pensar hegeliano así: "hay que preguntarse y tratar de nuevo, cómo ha de definirse a la persona de esa nueva sociedad post - civil y de que derechos disfruta. Puede ser que entonces los argumentos de Kant y Hegel ya no posean relevancia"[58].

Se ha dicho que una sociedad "es un conjunto de personas ligadas de manera orgánica por un principio de unidad que supera a cada una de ellas. Pero el principio, el sujeto, y el fin de todas las instituciones sociales es y debe ser la persona humana"[59]. En la idea de Luhmann: **Sociedad**... **persona.** Existe sociedad si hay normas reales, y en la medida en que las haya... persona es aquel a quien se le adscribe el rol de un ciudadano respetuoso del derecho. La persona no actúa según el esquema individual de satisfacción e insatisfacción, sino según el esquema de deber y espacio de libertad. Persona real es aquel cuyo comportamiento resulta adecuado a la norma. El hecho del infractor de la norma, muestra la contrapartida de la sociedad real y sólo se halla vinculado a ésta por el hecho de que el agente es reclamado por ella (por la sociedad) como persona: justamente por esto, se mantiene su personalidad, su acción tiene sentido, aunque ambas cosas sólo en el plano formal... subsiste su personalidad formal. Por tanto, el infractor de la norma tiene que seguir siendo persona. La sociedad es comunicación .**Sujeto.** En el derecho lo que interesa es el sujeto que desempeña un rol. Aquí lo que pesa es "si existe un deber o no". En el ordenamiento jurídico no existen seres humanos, sólo existen sujetos. Este sólo conoce "personas".

En la tesis jakobiana, siempre una persona porta un rol, que es "su papel" a representar y comunicar con "sentido". De esta manera garantiza a los otros un "comportamiento" conforme la expectativa. Ser persona en Jakobs es *cumplir el deber frente al grupo. La dogmática jurídico penal empieza con la vigencia de la norma y no considera ni la naturaleza ni la conciencia de la persona como materia jurídico penal, son sólo indicadores de un estado respecto de la vigencia de la norma.*El agresor es infiel a la norma, de tal manera con su actitud hostil "resquebraja la confianza en la norma" ¿y la pena qué hace? Restituye la confianza en la norma[60]. La cuestión dicha de este modo no parece presentar fisuras dogmáticas, pero lo cierto que el plano de IGUALDAD no existe entre quien suscriben "EL PACTO" por ende los supuestos roles no pueden cabalmente cumplirse.

A partir que Jakobs –específicamente en el año 2001- adscribe su Derecho Penal del Enemigo, endurece el concepto de persona. Considera que los enemigos no son personas, como se-

---

[56] Jakobs, G. "Sociedad, norma y persona en una teoría de un Derecho Penal funcional"; Editorial Civitas, año 1996,, ps.50.

[57] Hegel, G.; "Fenomenología del espíritu"; Editora Fondo de Cultura Económica, México, 1973, ps. 283.

[58] Lesch, Heiko; "La función de la pena"; Editorial Dyfinson, año 1999, ps.52.

[59] Puede verse esta idea en la Encíclica "Pacem in terris" 9 y en "Elementos de Doctrina Social de la Iglesia", Ricardo Seco, Editorial Alveroni; año 1997.

[60] Parma, Carlos, "El pensamiento penal posmoderno"; en Cuadernos de la Universidad Católica de Cuyo, nro. 30, año 1998, ps. 109.

ñalé supra los reduce casi a "animales peligrosos". En su nueva modalidad que es el "peligrosismo" dice que el enemigo no se toma en serio el derecho, pues "el sujeto peligroso ha sido excluido del ámbito de las personas, contándolo entre los enemigos"[61]. Debe entonces remarcarse que hay un antes y un después en la postura de Jakobs.

Rawls sobre la idea general de persona y su ensamble social aventuraría propuestas interesantes: "nadie sabe cuál es su lugar en la sociedad, su posición, clase o status social, nadie conoce tampoco cual es su suerte en la distribución de ventajas...[62]". Así llegan los hombres al "pacto social", sin nada. Lo hacen con el "velo de la ignorancia" acerca de cómo les irá (son "adanes sin historia"). Entonces deben aceptar la igualdad de oportunidades y el principio de la diferencia, donde el progreso de unos debe redundar en beneficio de los que están peor. Así la igualdad de oportunidades debe ser equitativa. La sociedad debe compensar de alguna manera y así igualar el "punto de partida". La competencia debe "ser justa".

Husmeando en grandes clásicos universales, esta idea ya estaba en Erasmo de Rotterdam, precisamente cuando se refiere a que cualquier sujeto que se sale de su personaje... que se quita la máscara decepciona. Recordemos entonces este pasaje de "El elogio de la locura": "Si estando un cómico en escena se le ocurriese quitarse la careta y enseñar a los espectadores su rostro verdadero, ¿no trastornaría la comedia toda y, merecería que el público le arrojase del teatro como a un insensato o a un loco?... al destruir así la ilusión se ha destruido también el interés de toda la obra... Pues bien: la vida de los hombres, ¿qué es sino una comedia en la que bajo una máscara prestada cada uno sale a *representar un papel*...?.

Jakobs sostiene que "el concepto de persona es relativo a los deberes y derechos atribuidos... los derechos y deberes de las personas pueden representarse como relaciones negativas (no perturbadoras) o positivas (de auxilio)"[63]. Aquí se nota que Jakobs se coloca en la posición de LEGISLADOR UNIVERSAL. En definitiva él nos dirá quien porta el rol y cual es el rol, sólo él nos establecerá las bases de lo que llama "competencia", aunque se encargue de decir que es la sociedad quien tiene ese beneficio.

Dable es aclarar que Luhmann no adscribe al sistema jakobsiano. Luhmann no embarca a las funciones de la pena en su teoría ni a la integridad del ordenamiento legal. Por lo que la idea de prevención general positiva se torna incompatible con el sistema de Luhmann[64].

Se pueden colectar las críticas que Zaffaroni hace a Jakobs invoca en su magna idea: *el principio de superioridad ética del Estado.*

Sostiene el Maestro: "en la medida en que el Estado de derecho cede a las presiones del estado de policía encapsulado en su seno, pierde racionalidad y debilita la función de pacificación social, pero al mismo tiempo pierde nivel ético, porque acentúa la arbitrariedad de la coacción... la renuncia estatal a los límites éticos da lugar a la ilegitimidad ..."[65]

---

[61] Jakobs., Günther; ¿Cómo protege el Derecho Penal y qué es lo que protege?; en Los desafíos del derecho penal en el siglo XXI, Editorial Ara, Lima, 2005, ps. 146.

[62] "La justicia en Rawls"; Bliffeld, Hugo; en Anuario de filosofía jurídica y social nro. 7; Editorial Abeledo - Perrot; año 1987.

[63] Jakobs, Günther; "La idea de la normativización en la dogmática jurídico penal"; en "Los desafíos del derecho penal del siglo XXI", Editorial Ara, Lima, 2005, ps. 114.

[64] Ver: "Prieto Navarro, Evaristo; "Teoría de sistemas, funciones del derecho y control social", En Revista electrónica Doxa, nro. 23 año 2000.

[65] Zaffaroni, Raúl; "Derecho Penal. Parte General", buenos aires, Ediar, 2000, ps. 131.

En la antinomia hombre – persona, el filósofo Carlos Cossio concluía que "la personalidad jurídica del hombre no puede ser negada, ni atribuida su existencia al arbitrio del legislador, por una razón esencial: el hombre, como protagonista, es siempre sujeto del Derecho y no objeto"[66].

Javier Hervada ha insistido en el respeto de los derechos fundamentales diciendo: *"La conclusión es obvia: todo ser humano es titular de derechos humanos, porque allí donde existe la naturaleza humana hay la dignidad y el valor que están en la base de los derechos"*[67].

A modo de corolario sirva pues la imagen que deja Roxin: "Un Estado de Derecho debe proteger al individuo no sólo *mediante* el Derecho Penal, sino también *del* Derecho Penal"[68].

Precisamente "el derecho no es más que un dispositivo que tiene como finalidad garantizar los derechos de los individuos frente a las agresiones de la mayoría y del gobierno"[69].Aceptar un "derecho paralelo" que niegue al ser humano es darle cabida a una ley injusta. Si se propone desde el derecho considerar al ser humano como un animal y tratarlo en consecuencia se va a estar en un error insubsanable. La magnitud de la injusticia legal no nos va a dejar más alternativa que darlo por derecho inválido.

Cuando el derecho positivo lesiona el bien común se torna insostenible. La condición de PERSONA es una cuestión de derecho natural o si se acepta la analogía de DERECHOS HUMANOS.

Dworkin, desde el *"iusnaturalismo sociológico",* enseñaba que el derecho es un fenómeno social argumentativo, donde las personas pueden ganar o perder más por el asentimiento de un juez que por cualquier acto general del Congreso o Parlamento[70].

"La actitud del derecho es constructiva. Su objetivo, en el espíritu interpretativo, es colocar el principio por encima de la práctica para demostrar el mejor camino hacia un futuro mejor, cumpliendo con el pasado".

Agregaba éste maestro de Oxford que hay que tener en cuenta que en el derecho, junto a las normas jurídicas, o por encima de ellas, operan estándares que limitan su alcance. Son mecanismos (la "directriz" y los "principios") de los que hechan mano los jueces en la interpretación de las normas. Son una suerte de "metanorma"[71]

Finnis por su parte, respalda la vigencia del derecho natural en función de la moral y de la razonabilidad práctica arribando a conclusiones muy valiosas para entender el derecho justo e injusto.

Sostengo el criterio que *"Las expectativas sociales institucionalizadas deben pasar necesariamente por un matiz de razonabilidad para poder resolver el problema central, aspirando siempre al bien común"*. En términos simples no deben abandonarse los principios esenciales del derecho natural pues éstos tienen correspondencia directa con los derechos humanos.

---

66 Ramella, Pablo; "Introducción al derecho", Segunda Edición, Universidad Católica de Cuyo, San Juan, 1980, ps. 223.

67 Rivas, Pedro; "El derecho a la vida", en "Natura, ius, ratio. Estudios sobre la filosofía de Javier Hervada", Editorial Ara, Lima, de la Colección jurídica de la Universidad de Piura, 2005, ps. 169.

68 Roxin, Claus, Derecho Penal Parte General, Trad. Diego-Manuel Luzón Peña, Miguel Díaz y Garcia Conlledo, Javier de Vicente Remesal, T. I , Civitas, Madrid, 1997, p. 137.-

69 Dworkin, Ronald; "Los derechos en serio", Editorial Ariel Derecho, Barcelona, 1989, ps. 17.

70 Dworkin, Ronald; "El imperio de la justicia"; pág. 15 y 290; Editorial Gedisa, año 1998.

71 Russo, Eduardo; "Teoría general del Derecho"; pág. 58; Editorial Abeledo Perrot, año 1997.

Finnis se aventura a decir que lo principal en el ámbito jurídico son las normas. Reafirmando esta concepción, hoy en día este pensamiento se ha consolidado, ya que "los juristas elaboran sus conceptos a partir de las normas. Esto no significa que trabajen exclusivamente con material normativo", pero sí nos parece cierto, debo reconocerlo, que "las normas jurídicas son un concepto básico, o elemental, del discurso jurídico contemporáneo"[72]. Pero para ser relevantes en el mundo del derecho deben pasar por un tamiz de razonabilidad para alcanzar el caso central (justo).

La cuestión a plantearse en un primer nivel será: lex injusta non est lex... ("el derecho injusto... ¿es derecho?"). Y es aquí donde el positivismo ha mostrado su lado oscuro.

Intentaremos una obligada síntesis al respecto. Si bien Platón, Cicerón y Aristóteles refirieron observaciones al respecto, fue San Agustín quien arriesgó la idea que "una ley que fuese injusta no parecería ser ley". Tomás de Aquino lo citó, pero en forma más mesurada enseñó que se trataba de "actos violentos", concluyendo que "non lex sed legis corruptio", es decir "cuando la ley del hombre es en sí misma directamente contraria a la ley de la razón o a la ley de Dios, entonces no puede llamarse correctamente ley sino corrupción". Así se plasmó durante años la concepción ius naturalista: "determinadas reglas no pueden ser ley debido a su iniquidad moral".

En el siglo XX, Kelsen –tal vez el autor más influyente en Jakobs- respondía afirmativamente el acertijo pósitivista: "en tanto se cumpla con una serie de requisitos legales el derecho injusto no se puede negar que es derecho", diría el maestro de Praga[73]. En las antípodas del positivismo kelseniano se encontraba Radbruch, quien le negaba validez al derecho si violaba derechos humanos, ya que habría un límite en el legislador en cuanto no puede obligar lo imposible[74].

Radbruch advierte la necesidad histórica de rescatar en la segunda mitad del siglo XX los "derechos humanos" como garantía de libertad. Dice, que el respeto ciego a la ley que postuló el positivismo hizo posible la implementación de un régimen totalitario por ello resulta valioso "reflexionar nuevamente sobre los derechos humanos que están por encima de todas las leyes. En su obra "Filosofía del Derecho" sostenía que "derecho es la realidad cuyo sentido consiste en servir a la idea del derecho". Para él la idea del derecho está constituída por tres elementos fundamentales: *la justicia, la seguridad y la finalidad o funcionalidad*. Estos tres elementos están en permanente tensión y hasta contradicción entre sí, sin que la filosofía del derecho pueda indicarnos cuál de ellos debe prevalecer, porqué la vigencia de estos valores jurídicos cambia según las épocas y las necesidades históricas de la sociedad... esto hace a la relatividad axiológica". Pero aclara que "*cuando la injusticia del derecho positivo* alcanza una medida tal que la seguridad jurídica garantizada por el derecho positivo carece de significación frente a esta injusticia, *el derecho positivo injusto tiene que ceder ante la justicia*"[75].

La naturaleza de la cosa -sentencia Radbruch- es la pauta de todos aquellos que se esfuerzan por aminorar el rudo dualismo entre deber ser y el ser, realidad y valor, buscando la razón en

---

72 "Elementos de análisis jurídico"; Capella, Juan Ramón; pág. 97 y 51, Editorial Trotta, año 1999.

73 "Una norma es válida cuando tiene fuerza obligatoria... la validez es una propiedad normativa".

74 Radbruch propone la "naturaleza de las cosas" como fundamento de "la progresiva transformación de una relación jurídica en una institución jurídica. Esta institución jurídica deriva de los hechos de la naturaleza, de las costumbres, tradiciones, usos o de las relaciones vitales, en una especie de tipo ideal que se obtiene "mediante la tipificación e idealización de la individualidad de la relación vital que se considera" (Cfr.: "Introducción al derecho"; Aftalión, Vilanova y Raffo; Pág. 317, Editorial Abeledo Perrot, año 1999.

75 "La naturaleza de la cosa como forma jurídica del pensamiento"; Radbruch, Gustav; pág. 55 a 59, Editorial de la Universidad Nacional de Córdoba, año 1963.

los entes; es un lema en la lucha entre dos ideologías que en la historia del pensamiento clásico alemán se encarnó en dos grandes figuras Kant y Goethe..."[76].

La tesis de Radbruch plasmada en "Injusticia legal y derecho supralegal", que indicaba que el "derecho incorrecto debe retroceder ante la justicia"[77] fue citada por el Bundesgerichtshof (BGH St, Corte Federal de Alemania) siguiendo sus precedentes y analizada por Jakobs[78], en el caso "los defensores del muro" que citamos precedentemente. Sodero dice que "la fórmula de Radbruch no identifica el derecho con la facticidad de la ley conforme al ordenamiento y la eficacia social, sino que establece para esa facticidad un límite en el umbral hacia la extrema injusticia, haciéndole perder allí el carácter jurídico y la validez jurídica". Este criterio es respaldado por Alexy quien didácticamente dirá: "la injusticia extrema no es derecho"[79] .

Se dice que el fallo "los defensores del muro" sigue el derrotero que trazara oportunamente el juicio de Nüremberg a los criminales de guerra nazis. Esta jurisprudencia hizo opinar a Rommen sobre el "eterno retorno" del derecho natural. En opinión de Sacheri "es lo que se le debe al hombre en virtud de su esencia", esto es por el sólo hecho de ser hombre[80].

Aunque se aproximó al ius positivismo, el realismo escandinavo de Alf Ross, intentó soluciones alternativas diciendo que el modelo de ciencia jurídica debía ser no sólo descriptivo sino empírico. Es decir que la validez de una norma, sea justa o no, debía verificarse sobre la base de experiencias. De esta forma una validez "a priori" debía rechazarse, ya que el derecho no puede estar por encima del mundo de los hechos[81].

Es oportuno señalar que Ross se ha opuesto reiteradamente a la "autorreferencialidad normativa" que oportunamente plasma Luhmann por considerarla lógicamente inadmisible. Hay que considerar que Ross pensaba que las normas hablan con frecuencia como si detrás del tiempo, del mundo y del espacio existiera otra realidad, un *mundo de relaciones jurídicas* determinadas por fuerzas puestas en libertad por hechos creadores, modificadores y extinguidores[82]

John Austin -iuspositivista- entendía que sostener que la ley que contradiga mandato divino no es vinculante, es "enunciar un completo sin sentido", pues las más perniciosas leyes realmente se han aplicado por los Tribunales. Geach niega importancia en cuanto llamarlas "leyes", lo trascendente es "qué consecuencias se siguen", agregando: "una legislación injusta existe de facto, como institución: pero no es un deber de justicia obedecerla, aunque pueda ser imprudente ignorarla".

En su reconocida obra: "Derechos en Serio", Dworkin vierte una profunda crítica al sistema iuspositivista y sugiere cambio de paradigma hermenéutico para replantear el papel del dere-

---

[76] "Relativismo y derecho"; Radbruch, Gustav; Monografías jurídicas nro. 82; pág. 53; Editorial Temis, Bogotá; año 1992.

[77] Puede verse: "Arbitrariedad legal y derecho supralegal", Editorial abeledo Perrot, Argentina, año 1962).

[78] La publicación salió en Neue Zeitschrift Strafrecht, año 1994, nro. 586.

[79] Alexy, Robert; "El concepto y la validez del derecho"; pág. 45 y conc; Editorial Gedisa, Barcelona, año 1994. Citado también por Eduardo Sodero, donde se dice: "El carácter jurídico se pierde cuando la injusticia alcanza una medida insoportable".

[80] Sacheri, Carlos, "El orden natural; Editorial Cruzamantte; año 1980, ps. 24/25

[81] Nino, Carlos, "Algunos modelos metodológicos de las ciencias jurídicas. "Introducción al análisis del derecho", Editorial Astrea Buenos Aires, 1998.

[82] Llabrés de García, Margarita, "Deber jurídico"; Revista Colección Notas de Filosofía del Derecho, nro. 6; Córdoba, Editorial Atenea, año 1995, ps. 13.

cho, cuestionando el liberalismo político, apoyado en una ética liberal. El concepto central de su argumentación "no será el de libertad, sino el de igualdad"[83].

Johannes Messner enfrenta con particular acuidad el conflicto "naturaleza y razón" y "los fines existenciales de la naturaleza humana". Así dice: "la conciencia moral del hombre individual completamente desarrollada, cuando se pregunta por el sentido de la vida, se ve remitida a los fines existenciales, que se encuentran trazados en la naturaleza humana... de allí que el principio de moralidad responda al de realidad, tomándose como parámetro para juzgar la rectitud o incorrección del funcionamiento de las instituciones y "sistemas sociales"[84].

En Argentina, Sagües sentenció que "el comportamiento estatal injusto es, simultáneamente, inconstitucional". Así fue aceptada esta posición por la Corte Suprema de Justicia de la Nación Argentina en reiterados fallos (Saguir Dib; Maurizio, 305; 614; Nordensthol, 307; 326; etc.)[85].

Karl Larenz calificó a la norma de la responsabilidad por el riesgo creado como "principio del derecho justo". En su doctrina define al derecho justo como aquel que está internamente fundado, es decir que posee "exigibilidad intrínseca". Esa clase de principios "no tienen vigencia en virtud del establecimiento o de la autoridad de un legislador, ni por una convicción jurídica generalizada, sino por su justeza"

Ya podemos entonces ingresar a la idea de Finnis, que a contrapelo del ius naturalismo clásico, se atreve a decir que "*el derecho injusto es derecho*"[86]... pero de novedosa forma.

Esta aceptación de que el derecho injusto es derecho (secundum quid) no resulta ajena, por cierto, al pensamiento de Tomás de Aquino, como lo demuestra el propio Finnis[87]. Por ese motivo, para este autor, aquél integra el objeto de la ciencia jurídica; afirmación que supone un deliberado intento de acercamiento de esta teoría del derecho natural al positivismo jurídico. El problema es que el ius positivismo, en su aceptación de un concepto amplio de derecho, que incluya al derecho injusto, éste será un caso licuado del caso más importante que es el derecho justo[88].

Finnis apela a lo que llama el "*caso central"* de la realidad analizada y el "*caso periférico o aguado"* de esa misma realidad.

Dicho sea esto con un pedagógico ejemplo: "un vaso de gaseosa puro es un caso central de gaseosa, mientras que un vaso de gaseosa con un pequeño agregado de agua o mucho hielo, también es gaseosa, pero aguada. Esta versión "aguada" no deja de ser gaseosa, a tal punto que quien la toma puede engañarse. De esta manera, afirma Finnis, un derecho injusto es un caso licuado del caso más importante que es el derecho justo. Finnis entonces acepta que lo más relevante en el ámbito jurídico son las normas, pero éstas deben pasar por un *tamiz de razonabilidad*, así podrán acercarse al derecho justo.

---

83 Dworkin, Ronald; "Los derechos en Serio"; Ed. Ariel, Barcelona, 1989, ps.388.

84 42 Messner, J, "Etica social, política..."; Madrid, 1967, ps. 67.

85 Puede verse al respecto: "Bien común y derecho constitucional"; Santiago, Alfonso (h); Editorial Abaco, año 2002.

86 Reconoce Finnis un antecedente en Tomás de Aquino (ver: "La estructura del Conocimiento Jurídico"; Martínez Doral, J.M.; pág. 68, Universidad de Navarra, Pamplona, año 1963)

87 "Hart. Abogado del positivismo jurídico"; Orrego Sánchez, Cristóbal; pág. 182, Ediciones EUNSA, año 1997. En idéntico sentido José María Martínez Doral. Citado por Legarre.

88 Legarre, Santiago; "El concepto de derecho en John Finnis"; Revista: "Persona y Derecho", nro. 40-1999, pág. 70; Universidad de Navarra, España.

Este maestro australiano, coincide con Raz y Hart al decir: "que la realidad central sub examine está constituida por reglas y por instituciones encaminadas a brindar vigencia y eficacia a esas reglas", por eso su teoría se sustenta en la práctica social de la coordinación autoritativa de conductas mediante reglas.

El caso "central" lo constituyen normas e instituciones que permiten la implementación [89]del sistema. Esta ley positiva es lo que el *lawyer* tiene ante todo ante su vista[90].

Si se admitiese este tópico, dable es razonar como corolario que "*el caso central sería la expectativa social institucionalizada"*. En tanto, si ésta fuera injusta, sería "*un caso licuado"* de aquella.

"El derecho introduce precisión y claridad, y por tanto previsibilidad en las interacciones humanas, siendo de esta manera un SISTEMA de reglas INTERRELACIONADAS de tal manera que las reglas definen, constituyen y regulan las instituciones, y las instituciones a su vez crean y administran las reglas, y resuelven las cuestiones sobre su existencia, alcance, aplicabilidad y funcionamiento"[91]. Entonces si el derecho "introduce" claridad al sistema ("lo reduce"), se pregunta Finnis cómo puede generarse una regla autoritativa sin previa autorización.

El derecho tiene un objeto de reflexión "práctico" (que es pensar acerca de "qué uno debe hacer"), referido a conductas e instituciones destinadas a satisfacer necesidades y exigencias humanas[92].

Sintéticamente –reiteramos-, Finnis coincide con los positivistas en que, lo más relevante *son las normas*, y con los ius naturalistas, en que éstas deben pasar por un *tamiz de razonabilidad* para justificar su carácter central[93]. Por eso reafirma que: "Hay bienes humanos que solamente pueden ser conseguidos mediante *las instituciones de la ley humana*, y *exigencias de razonabilidad práctica* que sólo esas instituciones pueden satisfacer"[94], sin dejar de la lado *el bien común*.

Precisamente el aceptar cualquier derecho por imperativo formal ha llevado en tiempos no muy lejanos a dar cabida a los delitos de lesa humanidad. Es términos propios el derecho penal convexo se ha propuesto violentar la convivencia pacífica de la sociedad, cometiendo atrocidades en contra de personas o grupos civiles que están en su jurisdicción. Para ello apela a su brazo ejecutor (el derecho procesal penal) que justifica y programa la metodología a implementar. Según Nino "las violaciones masivas de derechos humanos suponen el "mal absoluto" o lo que Kant denominó "las radical". Son ofensas contra la dignidad humana tan extendidas, persistentes y organizadas que el sentido moral normal resulta inapropiado"[95]. Si bien la idea de "mal" no debe involucrársela con el derecho en forma directa pues conlleva el peli-

---

89 Legarre, Santiago; "El ius naturalismo positivista de John Finnis"; en El Derecho tomo 179, pág. 1202/1213, Argentina.

90 Soaje Ramos, Guido; "John Finnis y el derecho natural"; En "Anuario de Filosofía jurídica y social", nro. 7, pág. 96, año 1987, Editorial Abeledo Perrot, Argentina.

91 Finnis, John, "Ley Natural y Derechos Naturales", Ed. Abeledo, 2000, ps. 296.

92 Legarre considera que en otras palabras "es un obrar deliberadamente ordenado hacia un fin ". De allí que el jurista deberá observar muy bien la finalidad práctica, lo que lo hará a la hora de analizar la realidad social atender a su razón de ser, su porqué" (Extraído de la ponencia presentada por Santiago Legarre en las 1ras. Jornadas de Derecho Natural en San Luis, en Junio de 2001, organizadas por la Universidad Católica de Cuyo).

93 Parma, Carlos: "El pensamiento de Günther Jakobs", Ediciones Jurídicas Cuyo, 2001.

94 "Ley natural y Derechos Naturales"; Finnis, John; pág. 36, Editorial Abeledo Perrot, año 2000.

95 Nino, Carlos; "Juicio al mal absoluto", Editorial Emece, Buenos Aires, 1997, ps. 8

gro del maniqueísmo, considero que la idea central no debe ser desvirtuada: los derechos humanos son innegociables, deben siempre defenderse.

Por esto no debe temerse al llamado panpenalismo en el sentido de quedar expuesto a Tribunales Internacionales de DDHH[96]. Aunque utópicamente puede pensarse que éste pude ser el camino que Kant sugirió a través de la Constitución perfecta en busca de la Paz perpetua[97]

A modo de colofón la ley natural sería la expresión de las exigencias de la naturaleza humana en orden a los fines del hombre. En tanto el contenido de la ley positiva se deriva de los preceptos de la ley natural mediante la determinación de reglas sobre los medios para obtener los fines naturales[98].

La ley positiva que vulnera el bien común es insostenible científicamente[99].

PREGUNTA:

Se ha dicho, que el intervencionismo penal en las sociedades posindustriales se dirige principalmente a la criminalización de los estratos más cercanos a los núcleos de poder y económicamente más pudientes. Cree usted que, contrario a lo dicho: ¿Acentúa el discurso punitivista – de seguridad ciudadana – en los países latinoamericanos la selectividad de "sujetos peligrosos" en perjuicio de los sectores de menores recursos?

En este mismo orden de ideas, considera usted que: ¿Excluiría en Latinoamérica el concepto de persona – como portadora de derechos y obligaciones – a las clases sociales marginales? Piénsese en el concepto de sociedad de Jakobs en comparación con el concepto de sociedad de von Liszt – criticado por dirigirse sólo hacia la Burguesía.

---

96 En contra de esta posición puede verse un serio trabajo: "El neopunitivismo", Sueiro – Birriel, el LL, suplemento de penal y procesal penal, 25/6/07. ps. 13/20.

97 En "La paz perpetua" (1795), Kant había trazado la tesis que era imprescindible superar el estado de guerra. Decía que el problema mayor del ser humano es la consecución de una sociedad civil que administre el derecho en general en busca de una constitución civil perfecta. Pero ésta dependerá de la relación exterior entre los Estados. En la historia de la especie humana se ve un plan oculto de la naturaleza encaminado al establecimiento de una Constitución estatal perfecta. En este esbozo fija las bases para una Constitución: libertad de los miembros de la sociedad; principio de dependencia como súbditos a la ley y la igualdad de todos (Este republicanismo es inconcebible con la democracia). Debe haber una federación de Estados Libres que condicionen una universal hospitalidad para todos los ciudadanos.
Habermas por su parte entiende que una organización mundial adecuadamente reformada (ONU) no podría cumplir de manera eficiente sus funciones propias sin asumir el rol y la forma de una República Mundial, lo que exige –como dice Kant- cancelar las constituciones democráticas de los Estados miembros. Hay que poder construir una democracia global que sea un bastión inseparable de la batalla contra la guerra perpetua.
La verdad para Habermas (en Occidente dividido") es concebida como un entendimiento preestablecido en una capa de profundas evidencias, de certezas, de realidades que jamás son cuestionadas". Y la verdad es que el siglo XX se ha encargado de rechazar la soberanía absoluta, la razón de estado, la centralización, la unificación de una identidad, el monopolio del poder coercitivo, la impermeabilidad territorial, la construcción de fronteras infranqueables y –lo que es más grave- el pensamiento "absoluto" del hombre. Entonces acude a Kant para analizar la el territorio europeo en búsqueda de un poder intergubernamental. Una idea que ya estaba en Carlomagno.
Como el orden de los procesos tecnoeconómicos globales es el que fija la agenda de los estados y gobiernos nacionales, Habermas busca soluciones y retoma el legado kantiano. Propone asociar un parlamento de los ciudadanos del mundo a la ONU.

98 Hervada, Javier; "Introducción crítica al derecho natural"; 5ta. Edición; pág. 164 y 167; Ediciones Universidad de Navarra, año 1998.

99 Sólo se explica formalmente en base a una disposición de "poder". Esta relación de poder entre economía-verdad y derecho ha sido bien relatada por Foucault entre otros. Finnis adhiere a esta posición.

Las sociedades posindustriales o "posmodernas" han profundizado la represión sobre las capas sociales de menores recursos.

El discurso que Jakobs ostenta actualmente sobre culpabilidad y DPE sirve funcionalmente a quienes detentan el poder y es una vuelta más a la criminalización de la pobreza en Latinoamérica .

Sólo basta ver el ejemplo que el DPE nos da en Chile contra las etnias, especialmente criminalizando al pueblo Mapuche.

El funcionalismo de Jakobs parece permitirlo todo porque e**l funcionalismo jurídico penal** se concibe como aquella teoría según la cual el Derecho Penal está orientado a garantizar la identidad normativa, la constitución y la sociedad[100].

En expresión de Stiglitz "la globalización tal como está siendo gestionada ha traído algunos beneficios, pero distribuye inequitativamente, no solamente el ingreso, sino también la criminalidad"[101]. Es cierto lo que afirma Bodero¨ "La Criminología Administrativa y sus políticas criminales como la *"Teoría de las Ventanas Rotas"* y *"Tolerancia Cero"*, consecuencias de la extinción del Estado Benefactor, y su sustitución por el neoliberalismo, constituyen un retroceso a los días más nefastos y oscuras de la humanidad"[102]

Aunque esta conclusión sea análoga a la metafísica debemos reflexionar asi: Cuando el tiempo haga resumen y las omnipotentes avenidas de claridad trémula que tiene el derecho penal se pueblen de lápidas y cruces, ya nada se podrá salvar. La trágica encrucijada que William Shakespeare nos deja en Hamlet ante la fosa debe ser reexaminada criminologicamente. ¿Debemos seguir afirmando que la represión soluciona todos los males o es posible pensar un mundo mejor... sin violencia?

Prof. Parma, le reitero mi infinito agradecimiento por su atención y su tiempo.

[100] Cfr.: "Sociedad, norma y persona en una teoría de un Derecho penal funcional"; Jakobs, G.; pág. 15; Editorial Civitas, año 1996.

[101] "El delito en la Argentina post – crisis", Kaminsky, Kosovsky y Kessler, del Prólogo de Elías Carranza, editorial sociedad Impresora Americana, Buenos Aires, 2007, ps. 8. "

[102] El retorno de los Brujos, Bodero Edmundo Renné, en www.carlosparma.com.ar

Anhang XIV. Fragebogen an Prof. **Yesid Reyes**, Bogotá

Am 26. Oktober 2009 wurde der Fragebogen per email (yesidreyes8@yahoo.com) beantwortet.

a) Partiendo de que Jakobs, desde su propia perspectiva funcionalista, se propone una "refundamentación" normativa de la teoría jurídica del delito y del método dogmático en general. En la cual, la pena sólo implica la negación del delito y la afirmación de la norma. ¿Se disminuye el "reconocimiento como persona" del infractor de la norma en beneficio de los intereses del sistema: garantizar la identidad normativa y la constitución de la sociedad? ¿Se intensifica esta disminución aún más en la concepción del derecho penal del enemigo?

R: Creo que en la pregunta hay una confusión, porque a mi modo de ver la teoría del delito planteada por Jakobs no disminuye el reconocimiento del delincuente como persona. Por el contrario, el planteamiento de Jakobs supone que al infractor de la norma se le reconoce plenamente su condición de persona, que a su juicio es un presupuesto elemental para que respecto de él operen los fines del derecho penal. Es decir, la teoría del delito propuesta por Jakobs no desconoce la condición de persona de quienes delinquen; por el contrario, su reconocimiento como tal es requisito indispensable para la existencia y funcionamiento del derecho penal. En cuanto a la propuesta de Jakobs en el sentido de crear un "derecho penal del enemigo", ella parte precisamente del supuesto conforme al cual quien desarrolla determinada clase de conductas se coloca al margen del concepto de "persona" que es indispensable para que el derecho penal opere; esa condición de "no persona" es la que Jakobs identifica con la expresión "enemigo" para sostener que respecto de ellos el derecho penal no está en capacidad de cumplir los fines para los cuales ha sido creado.

b) Sí el fundamento de la teoría de Jakobs emana de conceptos sociales – norma, persona y sociedad – observados desde una perspectiva externa del derecho, estos pueden ser criticados por carecer de sentido ontológico. En otras palabras, se trata de conceptos abstractos, sin ningún vínculo con la realidad. Cree usted, que: ¿Exista algún paralelismo entre el fundamento abstracto del Sistema funcional de Jakobs, y las bases de su derecho penal del enemigo?

R: No. Los fundamentos de la teoría del delito defendida por Jakobs son normativos (no ontológicos), por la sencilla razón de que el delito no es un fenómeno natural, sino una manifestación de conducta social. En consecuencia, así como los comportamientos sociales no son positivamente valorados por la naturaleza, las conductas consideradas como delictivas tampoco son objeto de reproche por la naturaleza. La calificación de una conducta como contraria a normas de convivencia es necesariamente normativa y no ontológica, lo cual explica que la teoría del delito deba tener fundamentos y desarrollos normativos y no naturalísticos. De hecho, la sola existencia del delito de omisión en las más antiguas concepciones de la teoría del delito deja ver que algo había de normativo en el derecho penal, pues las omisiones no existen en el plano ontológico; posteriormente surgieron los primeros movimientos hacia la normativización gradual del derecho penal al interior de la escuela finalista, al despojar de su contenido ontológico temas como el de la imprudencia y la culpabilidad. El aporte más importante del normativismo es extender esa labor de "normativización" a otros ámbitos de la teoría del delito como la acción, el dolo, o la participación. El tema central de discusión en el "derecho penal del enemigo" es, más bien, si tiene sentido seguir utilizando el derecho penal frente a conductas respecto de las cuales esta área del derecho parece no tener posibilidad alguna de cumplir los fines para los que fue creada. En otras

palabras, es más un problema de fines del derecho penal que de fundamentación normativa de la teoría del delito.

c) ¿Piensa usted que en el futuro sea posible desarrollar criterios político criminales, como no lo logró v. Liszt, que admitan la diferenciación entre el ciudadano y el enemigo?

R: No creo que el problema sea la fijación de criterios para distinguir entre un ciudadano y un enemigo, pues de hecho el propio Jakobs diseña pautas para diferenciarlos. La discusión es, más bien, si se justifica la existencia de un derecho penal con principios y reglas diversas del que actualmente conocemos, orientado a las personas que pueden ser catalogadas como "enemigas" o como "no ciudadanos". En la forma como ha sido planteado por la doctrina, este "derecho penal del enemigo" no responde a los principios generales y estructura del derecho penal, ni equivale a acciones de guerra; se trataría de una forma de intervención menos agresiva que el uso de la fuerza propio de un conflicto armado, pero más invasiva que el ejercicio de la acción penal en la forma como hoy la conocemos.

d) ¿Qué particularidad considera usted propia de la discusión científica del Derecho penal del enemigo de Jakobs en Latinoamérica?

R: Creo que en la discusión sobre el derecho penal del enemigo se ha puesto demasiado énfasis en la propuesta (de suyo discutible) de crear una modalidad de derecho penal orientada a quienes no pueden ser catalogados como ciudadanos, descuidando el tema central sobre el que Jakobs llamó la atención en su primer escrito: ¿cómo debe reaccionar el Estado frente a personas que, sin desplegar acciones de guerra, organizan su conducta con un desconocimiento tal del ordenamiento legal que aparentemente impide que respecto de ellos se cumplan los fines de la pena? Expresado de otra manera, si bien resulta cuestionable la necesidad de crear un derecho penal del enemigo, es indispensable que se aborde el problema de cómo debe reaccionar el Estado frente a personas respecto de las cuales el derecho penal parece estar en incapacidad absoluta de cumplir sus fines. Creo que ese análisis ha sido descuidado en la mayoría de los textos que en Europa y América Latina se ocupan del tema.

e) En el ámbito latinoamericano – en el caso de Colombia – sí en este país estuviera en vigencia una teoría del delito normativista, en su opinión: ¿Se podría evitar que disposiciones específicas del derecho penal se apliquen a hechos propios de un conflicto armado?

R: el derecho penal es inaplicable en casos de conflicto armado; por eso se han diseñado mecanismos legales propios para regular la violencia propia de la guerra, que en buena parte están recogidos en lo que se conoce como el Derecho Internacional Humanitario. Sin embargo, la aplicación de estas normas tiene como presupuesto indispensable el reconocimiento de que existe un conflicto armado, que es lo que hasta ahora no ha ocurrido en Colombia. Esa situación ha conducido a que todas las muertes y heridas que tienen lugar en desarrollo de los combates que enfrentan a las Fuerzas Militares con los grupos alzados en armas (llámense guerrilla o paramilitares), sean investigados y juzgados de acuerdo con las normas del Código Penal ordinario, es decir, como si se tratara de lesiones personales y homicidios comunes.

f) ¿Qué consecuencias puede tener en la práctica – para legitimar o dejar de legitimar preceptos y usos penales – la recepción del Derecho penal del enemigo de Jakobs en Latinoamérica?

R: En la medida en que un determinado país acepte de manera expresa la necesidad de contar con un derecho penal del enemigo, el paso siguiente sería diseñar ese "derecho penal del enemigo" y expedir la normatividad correspondiente, en la que quedaran claras cuáles son las condiciones bajo las cuales operaría, a quiénes se aplicaría y en qué consistiría la intervención del Estado (conductas objeto de represión, así como naturaleza y duración de la represión). No debe olvidarse que el planteamiento de Jakobs consiste, básicamente, en sugerir la creación de ese derecho penal del enemigo como una forma de reglamentar algunas formas de intervención "paralelas" al derecho penal que se adoptan en algunos países como alternativas de reacción a determinadas formas de atentar contra bienes jurídicos (por ejemplo, las reacciones de Estados Unidos de Norteamérica contra aquellas personas a quienes califica como terroristas). Sin embargo, la masiva oposición a la propuesta de Jakobs hace prever que resulte inviable la creación de un derecho penal del enemigo no solo en Europa, sino también en América Latina; son embargo, eso no elimina la necesidad de abordar el problema de cómo debe intervenir el Estado frente a esos comportamientos que han dado lugar a la polémica sobre la necesidad de poner en funcionamiento la controvertida figura del derecho penal del enemigo.

Prof. Reyes, le reitero mi infinito agradecimiento por su atención y su tiempo.

Anhang XV. Fragebogen an Prof. **Minor E. Salas** von der Universität von Costa Rica, San José

Am 2. Juni 2010 wurde der Fragebogen per email (MAINOR.SALAS@ucr.ac.cr) beantwortet.

a) ¿Qué lo motivó a estudiar el tema del Derecho penal del enemigo?

En realidad yo NO soy un especialista en el tema del llamado derecho penal del enemigo. Lo que conozco al respecto obedece, básicamente, a la necesidad de referir sobre el asunto en mi curso de Derecho Penal (en la Universidad de Costa Rica) y, además, al hecho de que se haya convertido, en los últimos años, en un tema de moda. Por lo tanto, le advierto que mi respuesta probablemente no entre en los detalles y "tecnicismos" que se manejan hoy día en los artículos u obras especializados. A la fecha, tampoco he escrito un artículo monográfico al respecto, por lo que la literatura que conozco es relativamente escasa, limitándome por esto a lo que yo, con la propia cabeza (para ponerlo de esta forma), puedo reflexionar al respecto.

Tengo una opinión bastante clara sobre el problema. Puedo resumirla de una manera lacónica y quizás algo provocativa de la siguiente forma: la discusión sobre el derecho penal del enemigo está envuelta y rodeada de la más gloriosa pedantería. Se trata, en lo esencial, del llamado "fraude de las etiquetas"; o sea, de ponerle nombres nuevos a situaciones o problemas viejísimos y ya harto conocidos. De esta manera, autores de *segunda línea* alcanzan fama y notoriedad, consistiendo sus presuntos aportes en la invención de una novísima jerga lo suficientemente "técnica" como para atraer (¡y atontar!) a un buen grupo de seguidores acríticos, garantizándose así toda suerte de publicaciones, congresos, monografías y tesis. Es más, el hecho de que usted redacte una tesis doctoral sobre el punto es una muestra de la importancia que adquieren estos temas en los círculos de las disciplinas respectivas. Pero, en todo caso, este no es un problema suyo, sino de la forma en que evolucionan este tipo de discusiones y de la manera en que (desde la perspectiva de la sociología del conocimiento) se organizan las denominadas "comunidades científicas".

En el caso particular del derecho penal del enemigo, lo que se hace es (mediante una nueva terminología, únicamente que más confusa e inútil) plantear el *antiquísimo* PROBLEMA de qué hay que hacer con las personas que, real o presuntamente, no aceptan un ordenamiento jurídico ni un determinado esquema de valores. Puesto en términos algo dramáticos, pero ilustrativos: ¿Qué hace un grupo de personas (¿El Estado?) cuando otro grupo de personas les indica que están dispuestos a destruir todo lo que ellos creen, piensan o hacen? Utilizando una imagen bien gráfica: ¿Qué hago yo si me encuentro a un asesino en serie en el patio de mi casa, amenazando con pistolas y granadas en mano, a mis hijos y esposa? ¿Lo mato o le leo la Constitución Política?

Este, y no otro es el problema de fondo, sobre el cual ni los defensores ni los detractores del derecho penal del enemigo ofrecen respuestas o soluciones CONCRETAS Y REALISTAS. Las observaciones que suelen hacerse se quedan en el inmaculado "cielo de los conceptos", sin llegar nunca a aterrizar una respuesta puntual. Es evidente que en abstracto uno puede dar diversas (¡y archielaboradas!) soluciones a un problema como el planteado, pues al final de cuentas, es difícil que sobre **principios generales** haya desacuerdos; pues los desacuerdos surgen únicamente cuando se ofrecen soluciones específicas (que es, repito, lo que brilla por su ausencia en las elucubraciones de la dogmática penal actual).

Un trabajo puramente descriptivo o *meta-teórico* puede (aunque no necesariamente debe) enfrentar el problema señalado de una forma aséptica, ofreciendo, por ejemplo, las respuestas o soluciones que históricamente se han brindado. Recordemos, a título puramente de ejemplificación, algunas de esas soluciones:

Rousseau decía: "Todo malhechor, al atacar el derecho social, se convierte por sus delitos en un rebelde y traidor de la patria, deja de ser miembro de ella al violar sus leyes, y hasta le hace la guerra. Entonces, la conservación del Estado es incompatible con la suya; es preciso que uno de los dos perezca, y cuando se da muerte al culpable, es menos como ciudadano que como **enemigo**". (negrita mía).

Kant, por su parte, afirmaba: "Si un vecino no da seguridad a otro (lo que sólo puede suceder en un Estado legal), cada uno puede considerar como **enemigo** a quien le haya exigido esa seguridad, y por ello yo puedo obligarle a entrar en un Estado social-legal o a apartarle de mi lado." (negrita mía).

Hobbes afirma: "A los rebeldes, traidores y demás convictos de lesa majestad ya no se les castiga según el derecho civil, sino según el natural; esto es, no como a malos ciudadanos sino como a **enemigos** del Estado; y no como por derecho de gobierno o de dominio, sino por derecho de guerra". (negrita mía).

De estas pocas citas se puede concluir: (a) El problema de los "enemigos" no lo inventó Jakobs (ni ningún profesor alemán del siglo XXI), sino que es, como problema, algo muy, pero muy viejo. (b) El lenguaje pedante de las discusiones actuales no agrega mayor cosa a ese problema. (c) Los autores clásicos (he citado solo unos pocos) tenían la virtud de que, primero, le daban una respuesta concreta al asunto y, segundo, tenían el coraje de explicitar su posición ideológica, cosa que rara vez sucede en la actualidad.

Pareciera, entonces, que hay dos formas de abordar el asunto del derecho penal del enemigo: (a) Como un problema **valorativo**, llámese político, ideológico, político-criminal, o (b) Como un problema **metavalorativo** que requiere de un examen más analítico, distinguiendo, entre otras cosas: - las soluciones que se han brindado históricamente, - el ámbito semántico y pragmático del término "enemigo", - los criterios de definición de esos que se estiman enemigos; - Las acciones que se han de tomar una vez aplicados esos criterios, etc., etc.

b) Sobre el tema de la renuncia del delincuente a su ciudadanía, hay quienes sostienen que en una teoría funcional normativista, la respuesta funcional – en el plano simbólico – al cuestionamiento de la norma debe estar en la negación de la "excepcionalidad". Es por ser el Estado quién decide mediante el ordenamiento jurídico quién es ciudadano y los atributos jurídicos que implica tal condición, que no es posible admitir la pretendida "autoexclusión del enemigo" de la que habla Jakobs. Considera usted, que: ¿La adhesión de una persona a un grupo criminal organizado, o el rechazo a la legitimidad del Estado en su conjunto, alcanza para que esta pueda decidir sobre su ciudadanía?

Su pregunta confunde dos planos: el valorativo y el descriptivo. El Estado (llámese las personas concretas de una institución: poder judicial, ministerio….) SÍ PUEDE quitarle la ciudadanía a una persona, pues siempre cabe invocar "razones", valiéndose de fórmulas vacías o conceptos tremendamente generales (por ejemplo, los conocidos principios generales del derecho penal), para realizar tal acción. No obstante, la cuestión CRÍTICA es más bien si el Estado DEBE tomar tales medidas y sobre la base de cuáles criterios específicos.

En lo particular, y reconociendo que se trata de una posición *valorativa* mía, admito que no cabe excusa alguna para proceder de tal manera. No puedo aceptar (por razones valorativas) que la pertenencia a un grupo (cualquiera que éste sea) constituya un criterio de exclusión, pues es por esa vía que, históricamente, se han marginado y hasta eliminado físicamente a los miembros de distintos grupos disidentes (cristianos, judíos, negros, y hasta hippies).

Sin embargo, este NO es, repito, un problema TEÓRICO, sino más bien PRÁCTICO. Tampoco es un problema de principios, sino de acciones, o mejor aún, de medios de acción para proceder en esos caso. La cuestión no radica en lo que yo o cualquiera otra persona pueda valorar sobre el problema en cuestión, sino de conocer la concreta medida tecnológica que hay que idear para alcanzar, según una racionalidad weberiana, el fin deseado. Y la respuesta que hay que hacerse, para evitar toda suerte de disquisiciones (¡en la luna!), es, por consiguiente, esta: ¿Qué haría yo, como ciudadano, si ese grupo atenta precisamente contra mi propia familia, bienes, vida?

c) Se ha dicho, que el intervencionismo penal en las sociedades posindustriales se dirige principalmente a la criminalización de los estratos más cercanos a los núcleos de poder y económicamente más pudientes. Cree usted que, contrario a lo dicho: ¿Acentúa el discurso punitivista – de seguridad ciudadana – en los países latinoamericanos la selectividad de "sujetos peligrosos" en perjuicio de los sectores de menores recursos?

En el derecho penal siempre ha sido así y no se ve cómo pueda ser de otra forma (salvo en la mente o el escritorio de algún utopista tipo Ferrajoli o sus discípulos). El derecho penal es esencialmente SELECTIVO. Pero esto sucede tanto si se maneja un discurso de tipo "punitivista" como si se tiene uno "garantista" (recuérdese el carácter esencialmente retórico de estos conceptos). La razón para ello usted seguramente la conoce con propiedad; me refiero a los procesos de **criminalización y de victimización secundaria**. Finalmente, los encargados de perseguir y meter a la cárcel a los presuntos delincuentes no son los jueces, ni los fiscales, y menos que menos, los profesores de derecho penal de alguna cátedra famosa (en Alemania o Italia), sino que los encargados de tal labor son precisamente los policías, quienes, con sus muchas veces escasa formación, ejecutan una vigilancia y persecución criminal basada en estereotipos y prejuicios. Recuérdese también que el mismo proceso de criminalización primaria, por vía de la creación legislativa, ya entraña una "selección" de las conductas que se desean tipificar.

En definitiva: la cuestión fundamental no es si el derecho penal es selectivo o no, sino más bien, selectivo de quiénes, de cuáles conductas, con cuáles resultados específicos reales y con qué propósitos. Esta es la verdadera cuestión de fondo.

d) Partiendo de que el Derecho penal no es un instrumento idóneo para la legitimación de las normas, sino orientado a la protección de bienes jurídicos. ¿Por qué a una reacción del Estado por fuera del marco propio del Derecho penal, que abre la posibilidad de legitimar normas que permiten la exclusión de "sujetos peligrosos", se le llama Derecho penal del enemigo? ¿Cómo debe reaccionar el Estado frente a personas respecto de las cuáles el Derecho penal parece estar en incapacidad absoluta de cumplir sus fines?

Este es, justamente, el dilema. Repito: este es un dilema que no se resuelve en el discurso teorético, ni en el ámbito de los principios generales y abstractos, sino que hay que enfrentarlo mediante los medios que se decida emplear, conscientes de que esos medios (se quiera o no, se acepte o no) traerán aparejadas CONSECUENCIAS IMPREVISIBLES, o sea, lo que Popper llamaba los "efectos no queridos" de una medida tecnológica.

e) ¿Qué consecuencias puede tener en la práctica – para legitimar o dejar de legitimar preceptos y usos penales – la recepción del Derecho penal del enemigo de Jakobs en Latinoamérica?

Su pregunta está ilegítimamente formulada. Eso no se puede saber de antemano. En primer lugar, porque la "legitimación" de una categoría no opera de una manera general; es decir, no existe tal cosa como una "legitimación del derecho penal en Latinoamérica" (lo cual no es más que incurrir en la conocida "Falacia del Todo")[1]. En segundo lugar, los procesos de apropiación semántica o conceptual, por llamarle de esta forma, de una determinada categoría se da siempre por grupos de personas (políticos, académicos, profesores de derecho, tesiarios), según los intereses que ellos defiendan real o potencialmente. Cuáles sean esos intereses es un asunto que hay que examinar *in concreto*, es decir, ateniéndonos a las acciones e ideas desplegadas en el momento que hagan uso o no de una cierta terminología y su concreción en la pragmática de ese discurso.

Prof. Salas, le reitero mi infinito agradecimiento por su atención y su tiempo.

[1] Ver: "La falacia del Todo. Claves para la crítica del *holismo metodológico* en las ciencias sociales". En *RTFD (Revista Telemática de Filosofía del Derecho)*, No. 10, Número especial del décimo aniversario 1997-2007, ISSN 1575-7382, en la página web: http://www.filosofiayderecho.com/rtfd/numero10/salas.pdf. Creo que otros trabajos míos que podrían serle de utilidad, para efectos de "desmitificar" mucha de la superchería que abunda hoy en la dogmática penal, son los siguientes: "La dogmática jurídico-penal. ¿Un viaje fantástico al reino de Absurdistán o una arma eficaz contra la irracionalidad de la justicia penal?". Publicado en el libro de: Christian Courtis (Editor): *Observar la ley. Ensayos sobre metodología de la investigación jurídica*, Editorial Trotta, Madrid, España, 2006, pp. 259-276. "La teoría de los fines de la pena: Un intento por combatir sus vicios argumentativos", publicado en: El Dial.com, Biblioteca Jurídica Online (Argentina), 2008, localizable en la dirección electrónica: http://www.eldial.com.ar/suplementos/Penal/tcdNP.asp?id=3936&id_publicar=6202&fecha_publicar=14/10/2008&camara=Doctrina. "La pena de muerte en el derecho penal: Un estudio sobre las trampas lógicas del debate", Revista de Ciencias Penales de Costa Rica, Año 21, No. 26, Asociación Costarricense de Ciencias Penales, San José, Mayo del 2009, pp. 137-152. "La acción en el derecho penal: Crítica de un dogma y de sus vicios argumentativos", de próxima publicación en: Libro homenaje a Enrique Castillo, compilador Javier Llobet Rodríguez, en prensa. "Las ciencias sociales como consuelo. Crítica a la concepción misionera de las ciencias sociales y jurídicas", Publicado en: *Sistema. Revista de Ciencias Sociales*, No. 200, Septiembre del 2007, Editorial Sistema, Madrid, España, 2007. "Mitomanías de la política criminal moderna", publicado en el libro: *La influencia de la ciencia penal alemana en Iberoamérica*, Instituto Nacional [Mexicano] de Ciencias Penales (INACIPE), Libro Homenaje a Claus Roxin, Tomo II, coordinado por Mercedes Peláez Ferrusca y Miguel Ontiveros Alonso, México, 2006, pp. 261-270. También apareció una versión algo modificada en: *Cuadernos de Estudios del Ministerio Público de Costa Rica. Revista especializada en Criminología y Derecho Penal*, No. 8, Unidad de Capacitación y Supervisión, Ministerio Público, Poder Judicial, San José, Costa Rica, 2004, pp. 41-48. "Problemas, soluciones y unicornios en el derecho penal", En: *Revista de Ciencias Jurídicas ¿Más Derecho?* 2003/III, Fabián J. Di Plácido, Buenos Aires, Argentina, 2003, pp. 43-78. "Magia Verbal: La manipulación del lenguaje en el discurso jurídico, político y social ". En: *Nómadas. Revista Crítica de Ciencias Sociales y Jurídicas*, No 14, Julio-Diciembre del 2006, Universidad Complutense de Madrid, España, Sitio Web: http://www.ucm.es/info/nomadas/14/ Publicado también en: Revista de Ciencias Jurídicas No. 114, Setiembre-Diciembre, Universidad de Costa Rica, Colegio de Abogados de Costa Rica, San José, 2007, pp. 89-115.

Anhang XVI. Fragebogen an Prof. **José Urquizo Olaechea** von der Universität Nacional Mayor de San Marcos, Lima

Am 4. Januar 2010 wurde der Fragebogen per email (joseurquizo56@gmail.com) beantwortet.

a) Considera usted, que: ¿Podría el regreso al "viejo y buen Derecho penal liberal" limitar la tendencia del legislador penal de introducir un marco de excepción a la plena vigencia de los derechos y garantías de los "acusados peligrosos"?

1.- El sistema penal está constituido en base al Derecho penal liberal, las excepciones a ese Derecho (por ejemplo el caso de los acusados peligrosos) siempre se introducen, sobre todo con una carga de severidad de la pena en términos extremos, de forma tal que agrietan el sistema liberal del Derecho penal, en cuanto se pretende su distorsión y por tanto muchas de las veces su negación como sistema de garantías [aquí también se presenta la lucha entre el comunitarismo corporativista y el individualismo garantista].

Los acusados peligrosos (en realidad el concepto de peligroso ubicado en el pensamiento del positivismo naturalista de Ferri, Garófalo, Lombroso y otros) ha seguido la tendencia de innovarse y volverse a presentar como un elemento diferente de mayor peso en el ámbito de lo criminal y que por tanto merece un trato diferenciado que vaya más allá de las reglas garantistas del DP.

Así las cosas, creo que el DP Liberal por sí mismo es limitador y debe inducir a aplicar esas reglas al legislador [el deber ser], pero, en el campo de la política no siempre ocurre así.

b) Hay quienes sostienen que un Derecho penal legítimo solamente puede estar vinculado a la construcción democrática de cada Estado. En este orden de ideas, cree usted que: ¿Pueden utilizarse medidas excepcionales (como las preconizadas por el Derecho penal del enemigo) solamente en "tiempos excepcionales" como el estado de sitio o defensa?

2.- Las excepciones son parte de las realidades sociales y que al DP no le es extraño. Si es posible, en cuanto los aspectos nucleares no queden vulnerados. Aspecto nuclear sea la definición y redefinición del objeto de protección, la no aplicación de torturas en la línea del procesamiento, la pena irracional (por su carácter desmedido frente a la lesión de bienes jurídicos específicos) y cualquier situación que desvincule las raíces mismas de la relación del ciudadano con el Estado (me refiero al contrato social, donde se cede una parte de la libertad no para ser avasallado y destruido por quién ejerce esa parte de libertad que el ciudadano entrego por razones de seguridad y certeza jurídica, sino para ser tratado en términos razonables. Es decir, la comisión de un delito, no debe entenderse como una idea total de "enemigo del contrato", por que si se entiende así se pierde el contenido ideológico y material del contrato social, que acepta lesiones -daños y perjuicios- a través de la realización de delitos, pero que no constituye estigmatizarlos con el membrete de "enemigos"). Bajo un concepto liberal y democrático la idea de enemigo, es más bien un concepto de guerra y no de relaciones de un mundo liberal. La "exclusión" quiebra entre otros el principio de igualdad ante la ley y sólo se podría justificar negando el liberalismo e incorporando el comunitarismo corporativo como fundamento de las relaciones entre el sujeto y el Estado.

c) Partiendo de que el Derecho penal no es un instrumento idóneo para la legitimación de las normas, sino orientado a la protección de bienes jurídicos. ¿Por qué a una reacción del Estado por fuera del marco propio del Derecho penal, que abre la posibilidad

de legitimar normas que permiten la exclusión de “sujetos peligrosos”, se le llama Derecho penal del enemigo? ¿Cómo debe reaccionar el Estado frente a personas respecto de las cuáles el Derecho penal parece estar en incapacidad absoluta de cumplir sus fines?

3.-El planteamiento del profesor Jakobs presenta fuertes componentes de idealismo (deber ser, por ejemplo la "fidelidad" o la "configuración u organización de la vida conforme a Derecho" caso contrario responsabilidad por organización defectuosa). Quiero decir que de alguna manera se parte de una sociedad con rasgos de perfección. Ahora, el DP nace de diferentes fuentes e intereses de todo nivel y calibre y que necesariamente corresponden a la configuración que tenga el ciudadano de a pie, en un mundo imperfecto las soluciones ideales colisionan.

Ahora, el valor del discurso no se discute en la medida que propugna el imperio del Derecho como respuesta razonable dentro de las necesidades de organización del mundo social, pero, partir el mundo a su vez en amigo-enemigo por su negación a las formas y materialidades del Derecho penal y excluirlo no me resultan razonables.

Es todo lo que le puedo alcanzar conforme a sus preocupaciones.

d)¿Qué consecuencias puede tener en la práctica – para legitimar o dejar de legitimar preceptos y usos penales – la recepción del Derecho penal del enemigo de Jakobs en Latinoamérica?

Quisiera responder dos aspectos de sus preguntas, que, me parecen no fueron debidamente atendidas. Qué consecuencia puede tener en la práctica legitimar o no el DP del enemigo. Toda legitimación trae consigo de modo inevitable una ampliación o extensión desmesurada del DP y por tanto de sus límites. Es decir, el viejo y buen DP pasará a ocupar un lugar en la historia, pero, nunca más en la metódica a aplicar a las reglas del DP dado que su capacidad limitadora quedará maniatada por los criterios de utilitarismo o de funcionamiento del sistema como fin del DP y serán sacrificados por las "razones de Estado". Ese -creo- es el riesgo de ingresar de lleno a DP del enemigo.

e) ¿Qué particularidad considera usted propia de la discusión científica del Derecho penal del enemigo de Jakobs en Latinoamérica?

El DP del enemigo en A. Latina, si tiene particularidades, acaso de forma precisa en el tema de Colombia lo desarrolló el profesor Aponte. Al margen y en sentido general se puede creer que el DP camina por la senda de establecer criterios o segmentos respecto a los sujetos y los actos de los sujetos y colocar a unos dentro del circuito del DP central y a quién se quiera fuera de él. En realidad, el maniqueísmo se sentiría con poder suficiente para convertirse en un categoría "jurídica" y escoger -cuando lo crea conveniente- quién será favorecido por el DP garantista y quién será objeto de su marginación. Disculpe la brevedad.

Prof. Urquizo Olaechea, le reitero mi infinito agradecimiento por su atención y su tiempo.

Anhang XVII. Fragebogen an Prof. **Alex van Weezel** von der Universität de los Andes, Santiago de Chile

Am 3. November 2009 wurde der Fragebogen per email (avanweezel@claro.cl) beantwortet.

a) Sí el fundamento de la teoría de Jakobs emana de conceptos sociales – norma, persona y sociedad – observados desde una perspectiva externa del derecho, estos pueden ser criticados por carecer de sentido ontológico. En otras palabras, se trata de conceptos abstractos, sin ningún vínculo con la realidad. Cree usted, que: ¿Exista algún paralelismo entre el fundamento abstracto del Sistema funcional de Jakobs, y las bases de su Derecho penal del enemigo?

Le respondo con otra pregunta, ¿qué significa "sentido ontológico", "vínculo con la realidad"?" Hay varias ciencias que se ocupan del fenómeno delictivo: la piscología, la sociología, le economía, la política, etc. El sistema de la teoría del delito de Jakobs es expresión de la ciencia jurídica, de la dogmática jurídico-penal. Por cierto que ella no abarca todo lo que se puede decir sobre el delito, sino que se concentra en una dimensión y procura desplegarla en forma coherente. A mi juicio, esta dimensión no es menos "real" que las otras.

La exposición del denominado "derecho penal del enemigo", por su parte, es de orden filosófico- o político-jurídico. Con ella no se trata de operacionalizar un concepto del derecho, sino de observar el derecho penal "desde fuera", para constatar incluso cómo un cierto concepto del derecho –por ejemplo: *ius suum quique tribuendi*– no ha llegado a ser real o ha perdido realidad.

b) Partiendo de que Jakobs, desde su propia perspectiva funcionalista, se propone una "refundamentación" normativa de la teoría jurídica del delito y del método dogmático en general. En la cual, la pena sólo implica la negación del delito y la afirmación de la norma. ¿Se disminuye el "reconocimiento como persona" del infractor de la norma en beneficio de los intereses del sistema: garantizar la identidad normativa y la constitución de la sociedad? ¿Se intensifica esta disminución aún más en la concepción del Derecho penal del enemigo?

Debo hacer algunas precisiones a su pregunta. Jakobs no se propone "refundamentar" la teoría del delito, sino que se limita a constatar que esta teoría es funcional a la forma como en una sociedad se comprende la pena. Su empeño es más bien descriptivo: aquello que nos parece correcto o razonable en la construcción de los conceptos dogmáticos, nos lo parece porque coincide con la forma como en nuestra sociedad y en nuestra época se comprenden las relaciones intersubjetivas y la distribución de responsabilidades. Por ejemplo: la teoría de la culpabilidad sobre los efectos del error se estima correcta en la medida en que recoge la idea de que en principio no es excusable la ignorancia de las reglas de convivencia social.

En segundo lugar, para Jakobs la pena no sólo es negación del delito, sino reconstitución del derecho y, a la vez, su imposición es cimentación cognitiva de la existencia real del orden jurídico como parámetro de orientación válido en la convivencia social. No se trata simplemente de una "cancelación formal" del injusto a costa de alguien.

A su pregunta: el orden jurídico, a cuya estabilización y realización contribuye el derecho mediante la imposición de penas, incluye la categoría "persona" y el reconocimiento de la dignidad personal. De hecho, la misma imposición de la pena es un reconocimiento del delincuente como igual, de modo que sus expresiones son expresiones de sentido que deben

tomarse en serio. El mismo orden jurídico que el derecho penal protege es el que protege a la persona y garantiza el reconocimiento de su dignidad.

c) El intervencionismo penal en las sociedades posindustriales se dirige principalmente a la criminalización de los estratos más cercanos a los núcleos de poder y económicamente más pudientes. Cree usted, que: ¿El discurso punitivista en los países latinoamericanos acentúa la selectividad de los "enemigos" en perjuicio de los sectores de menores recursos?

No sé si el discurso punitivista en Latinoamérica es muy distinto del que existe en el resto del mundo. En lo que respecta a Chile, la criminalización sustantiva se ha concentrado en el ámbito de los delitos contra los derechos humanos (con imprescriptibilidad, inaministiabilidad, efecto retroactivo *in malam partem*, etc.) y en la criminalidad desde la empresa, incluyendo la así llamada responsabilidad penal de las personas jurídicas. Más relevante ha sido a mi juicio la criminalización de índole "procesal", mediante el endurecimiento de la prisión preventiva y la proliferación de "salidas alternativas" –término anticipado del proceso, sin juicio pero con un cierto reproche– en los casos en que la prueba de cargo es muy débil.

Sin embargo, no tengo la impresión de que hayan surgido nuevos "enemigos" en los últimos años.

d) ¿Excluye en Latinoamérica el concepto de persona, como portadora de derechos y obligaciones, a las clases sociales marginales? Piénsese en el concepto de sociedad de Jakobs en comparación con el concepto de sociedad de von Liszt – criticado por dirigirse sólo hacia la Burguesía.

"Latinoamérica" es muy grande, y no creo tener el conocimiento suficiente para contestar su pregunta.

En todo caso: la "despersonalización" asociada al concepto de enemigo no está determinada por la marginalidad, sino por la realización por parte del sujeto de determinados tipos penales. Aunque puede ocurrir algo diverso, las normas de "derecho penal del enemigo" en general no se caracterizan por tipificar lo que no es delito, sino porque las sanciones que se imponen en su virtud no son penas, sino medidas de fuerza.

Por ejemplo, en Chile la legislación penal de drogas contiene varias normas de derecho penal del enemigo. Pero estas normas se aplican a todo el que trafica con drogas o precursores, independientemente de su condición social. Ya lo decía von Liszt: el derecho penal prohíbe robar tanto a los magnates como a los que viven debajo de los puentes.

Por otra parte, es cierto que el concepto de persona, la personalidad en sentido antropológico, está vinculada en parte al "sentido de pertenencia" del sujeto a una sociedad; persona es quien de algún modo se hace responsable en la sociedad, aunque sea sólo a través de la tarea de alimentar a su hijo pequeño. En este sentido la marginalidad es ciertamente un obstáculo al despliegue de la personalidad entendida antropológicamente. Lo que ocurre es que el derecho penal no se hace cargo de un deficiente despliegue de la personalidad sino hasta que la deficiencia se expresa en la realización evitable de un tipo penal. Lo característico del denominado "derecho penal del enemigo" es que se arroga la identificación de un "déficit más o menos permanente" y conecta a él como reacción una medida de fuerza. Se observa, pues, que esto nada tiene que ver con derecho penal o, al menos, con el derecho penal como lo concebimos después de Feuerbach. Dicho sea de paso: lo mismo ocurre cuando se habla de "responsabilidad penal" de las personas jurídicas.

e) ¿Qué particularidad considera usted propia de la discusión científica del Derecho penal del enemigo de Jakobs en Latinoamérica?

No sé si será una particularidad "propia", pero me llama la atención el profundo desconocimiento de los textos de Jakobs y el nivel de prejuicios con que se abordan sus planteamientos. Yo mismo estoy en desacuerdo con la teoría del derecho penal del enemigo de Jakobs. Pero es curioso observar en Chile y en países vecinos la "reivindicación del hombre" como persona que algunos hacen. Señalan que la despersonalización del ser humano siempre es aberrante, y al mismo tiempo proponen la despersonalización del ser humano con pocas semanas de vida, o del que padece una enfermedad terminal.

Prof. van Weezel, le reitero mi infinito agradecimiento por su atención y su tiempo.

Anhang XVIII. Fragebogen an Prof. **Raúl E. Zaffaroni** von der Universität de Buenos Aires

Am 28. Oktober 2009 wurde der Fragebogen per email (raulzaffaroni@csjn.gov.ar) beantwortet.

Respetuosamente le pregunto:

a) ¿Qué consecuencias puede tener en la práctica – para legitimar o dejar de legitimar preceptos y usos penales – la recepción del Derecho penal del enemigo de Jakobs en Latinoamérica?
(a) La creencia de que es posible hacer un derecho penal del enemigo limitado y dejar el resto como derecho penal liberal puede hacer que algunos sectores lo crean y sancionen a aprueben la sanción de leyes que terminarán contaminando a todo el derecho penal.
b) En el ámbito latinoamericano – en el caso de la República Argentina – la ampliación de los tipos delictivos y el endurecimiento de las penas es reclamada por los ciudadanos, y ejecutada por sus legítimos representantes. ¿Cuál es el pronóstico de la relación futura entre el Derecho penal y la Política criminal?
(b) Es difícil decirlo, pues es como predecir el sentido que tomará la historia. Lo que tengo claro es que el derecho penal debe enfrentar abiertamente la tendencia represiva y acotarla, lo mejor que pueda. Personalmente, también estoy seguro de que la opinión pública un día llagará a la conclusión de que la represivización para una mejor "tutela" no es más que un ardid. Cuando más tarde sea, más muertos habrá, lamentablemente.
c) ¿Existe algún paralelismo entre el Derecho penal del enemigo de Jakobs y el Sistema Funcionalista del mismo autor?
(c) No hay un paralelismo, pero hay una disposición común: Jakobs no parece percibir la dinámica social, todo lo presenta como está tico. Eso hace con la teoría de los roles como criterio para la imputación objetiva y también con el derecho penal del enemigo. Esta tendencia a sacralizar todas las relaciones sociales como si fuesen inmóviles, le impide percibir que el derecho penal del enemigo contaminaría a todo el derecho penal.
d)¿Sí históricamente siempre se reprimió y controló de modo diferente a los "extraños", debe ser también el concepto de "persona" interpretado por fuera de los límites que el propio Jakobs le ha asignado?

(d) El concepto jurídico de persona es uno solo: el de la Declaración Universal de Derechos Humanos. No podemos estar inventando conceptos "intermedios" o de "personas que no son personas".

e) El intervencionismo penal en las sociedades posindustriales se dirige principalmente a la criminalización de los estratos más cercanos a los núcleos de poder y económicamente más pudientes. Cree usted, que: ¿El discurso punitivista en los países latinoamericanos acentúa la selectividad de los "enemigos" en perjuicio de los sectores de menores recursos?

(e) Sin duda, basta con ver el resultado, es decir, verificar cuál es la composición de la población penal de América Latina, para verificar su selectividad sobre las clases subalternas de la sociedad.

f) ¿Qué particularidad considera usted propia de la discusión científica del Derecho penal del enemigo de Jakobs en Latinoamérica?

(f) Tiene un efecto curioso: hay quienes lo rechazan y luego afirman que los procesos contra los genocidas son "derecho penal del enemigo" y procuran deslegitimar de ese modo todo el derecho penal internacional (¡!).

Prof. Zaffaroni, le reitero mi infinito agradecimiento por su atención y su tiempo.

Anhang XIX. Fragebogen an Prof. **Alfonso Zambrano Pasquel** von der Universität Católica de Santiago de Guayaquil

Am 30. April 2010 wurde der Fragebogen per email (azambran@interactive.net.ec) beantwortet.

a) ¿Qué lo motivó a estudiar el tema del Derecho penal del enemigo?

R.- En el XVI Congreso Latinoamericano que se cumplió en el año 2004 en la Universidad Nacional Mayor de San Marcos, uno de los temas estaba dirigido al Derecho Penal del Enemigo. Para aquel entonces yo tenía en mi biblioteca la publicación de Civitas de España que tenía ese título, y en el que había un trabajo del profesor Manuel Cancio Melía actual Catedrático de Derecho Penal de la Universidad Autónoma de Madrid, y del propio Dr. Dr. h.c. mult. Gunther Jakobs. Este fue uno de los temas centrales del XVII Congreso Latinoamericano que se cumplió en Guayaquil-Ecuador donde resido.

Aprecié que había una cantidad importante de juristas que estaban terciando sobre el tema, por lo que me pareció conveniente dedicarle tiempo a esta vertiente del derecho penal que se identificaba como *derecho penal del enemigo*. Como dice el Prof. Eugenio Raúl Zaffaroni el profesor Jakobs ha tenido la honestidad académica de reconocer la vigencia de una expresión del derecho penal que ha estado siempre presente, y que en mi opinión ha servido como fuente de legitimación de reiteradas propuestas de derecho penal máximo.

b) Hay quienes sostienen que un Derecho penal legítimo solamente puede estar vinculado a la construcción democrática de cada Estado. En este orden de ideas, cree usted que: ¿Pueden utilizarse medidas excepcionales (como las preconizadas por el Derecho penal del enemigo) solamente en "tiempos excepcionales" como el estado de sitio o defensa?

R.- Estas propuestas de derecho penal máximo toman carta de ciudadanía a raíz de los sucesos de las torres gemelas de Nueva Yok del 11 de septiembre del 2001. Ese fue el gran detonante, pues antes de aquel lamentable suceso se venía trabajando durante algunas décadas a favor de un *derecho penal mínimo* en la línea del garantismo penal del profesor don Luigi Ferrajoli de la Universidad de Camarino, autor de una obra monumental como es *Derecho y Razón*. Criminólogas como la profesora venezolana doña Lolita Aniyar de Castro, ex Directora del Instituto de Criminología del Zulia en Maracaibo incluso reconocían la presencia creciente de un *derecho procesal penal mínimo*, del que se señalaba como el más conspicuo abanderado en América Latina al profesor don Julio Bernardo José Maier, autor del *anteproyecto de código procesal penal modelo para Iberoamérica* que es la simiente del gran movimiento de la reforma procesal penal en América Central y en América del Sur. Hoy se comienza inclusive a mencionar la presencia de un derecho procesal penal del enemigo.

Su pregunta me recuerda las reflexiones de un catedrático de renombre como es el profesor don Miguel Polaino Navarrete de la Universidad de Sevilla, que reconoce la conveniencia de aceptar en determinados momentos y excepcionalmente la aplicación del *derecho penal del enemigo*.

España aplica ya un *derecho penal y procesal del enemigo* en el trato que empieza a darle a los denominados o calificados como *terroristas* vinculados a la ETA, que han experimentado un recorte incluso de sus beneficios de excarcelación, desconociéndose que se trataba de derechos adquiridos de acuerdo con el régimen penal vigente al tiempo de la comisión de los delitos.

Las medidas excepcionales vulneran el Estado de Derecho y por ello no las comparto!

c) Partiendo de que el Derecho penal no es un instrumento idóneo para la legitimación de las normas, sino orientado a la protección de bienes jurídicos. ¿Por qué a una reacción del Estado por fuera del marco propio del Derecho penal, que abre la posibilidad de legitimar normas que permiten la exclusión de "sujetos peligrosos", se le llama Derecho penal del enemigo? ¿Cómo debe reaccionar el Estado frente a personas respecto de las cuáles el Derecho penal parece estar en incapacidad absoluta de cumplir sus fines?

R.- Procede una primera reflexión, será verdad que el derecho penal no es un instrumento idóneo para la legitimación de las normas, sino que está orientado a la protección de los bienes jurídicos? Personalmente creo que uno de los aciertos del pensamiento del Prof. Jakobs ha sido sostener que el derecho penal busca restablecer el respeto a la norma, pues una vez afectado un bien jurídico la pretendida protección del mismo resulta ineficiente. Trabajemos con un ejemplo: si se produce una muerte, la protección del bien jurídico -vida- quedó en el marco teórico (una especie de derecho penal simbólico), pues la pérdida de tal bien jurídico es *irreversible*. En tales circunstancias me parece apropiado sostener que el derecho penal tiene como fin restablecer el respeto por la vigencia de la norma, vale decir que su aplicación tiende a legitimar la norma, que en un caso como el propuesto dice *no matar!*

Al producirse el resultado muerte, el bien jurídico vida es *irrecuperable* y la respuesta penal tiene como finalidad, restablecer el respeto por la vigencia de la norma.

Si el Estado se encuentra frente a sujetos peligrosos e irrecuperables, parece ser que la respuesta justa sea la imposición de una *medida de seguridad*, que podría traducirse en un internamiento de por vida. Si la pena tiene como fin la readaptación, la rehabilitación, la resocialización, y cualquier otro *re* pertinente, y esto no es posible con un sujeto frente al cual el derecho penal se encuentra en incapacidad absoluta de cumplir sus fines, ese sujeto debe ser tratado como inimputable o como incapaz y ser pasible de una *medida de seguridad*.

d) ¿Qué consecuencias puede tener en la práctica – para legitimar o dejar de legitimar preceptos y usos penales – la recepción del Derecho penal del enemigo de Jakobs en Latinoamérica?

R.- Consecuencias peligrosas, porque un discurso de máxima represión y de aumento de penas, cuenta con una legión de seguidores, a lo que hay que sumar el efecto mediático que genera un *derecho penal del enemigo*. Durante algunas décadas dedicadas al derecho penal, he vivido la experiencia de las exigencias ciudadanas de aumentar las penas y al mismo tiempo de recortar los beneficios de excarcelación. Recuerdo preguntas como ésta: " y usted profesor cómo reaccionaría si una hija suya es violada y asesinada?" . Por otra parte un discurso de máxima represión es funcional para obtener beneficios políticos. Muchos partidos políticos en América Latina tienen propuestas de *derecho penal del enemigo* en sus programas de gobierno. A la inversa, tiene poca rentabilidad política que algún partido haga propuestas en plena campaña electoral de un *proyecto de código penal garantista* o de *derecho penal mínimo*. Tiene un gran impacto mediático y electoral proponer un aumento de penas y hasta la *pena de muerte para combatir el crimen atroz.*

Ecuador es uno de los países en la región que en los últimos años se ha apartado del *derecho penal del enemigo,* y desde diferentes frentes, incluyendo el más importante que es el constitucional, viene trabajando por la consolidación del Estado de Derecho, por la implementa-

ción de un modelo acusatorio oral, y por la aplicación del *principio de oportunidad* y de *mínima intervención penal* que tienen carta de residencia en la Constitución vigente que es de octubre del 2008.

e) Se ha dicho, que el intervencionismo penal en las sociedades posindustriales se dirige principalmente a la criminalización de los estratos más cercanos a los núcleos de poder y económicamente más pudientes. Cree usted que, contrario a lo dicho: ¿Acentúa el discurso punitivista – de seguridad ciudadana – en los países latinoamericanos la selectividad de "sujetos peligrosos" en perjuicio de los sectores de menores recursos?

R.- Hace muchos años que un eminente criminólogo italiano Massimo Pavarini se refería al derecho penal como un instrumento de control y dominación política. Otro eminente criminólogo que para muchos era el *padre de la criminología crítica*, don Alessandro Baratta en sus importantes trabajos sobre Derecho Penal y Criminología Crítica, pensaba en la necesidad de la criminalización de la delincuencia propia de los poderosos, y en una criminología de las clases subalternas.

La delincuencia de los grupos de poder ya había sido reconocida por un penalista como don Pedro Dorado Montero de la Universidad de Salamanca que se refería a la delincuencia de *guante dorado*, y para el año 1947 se publica la obra *El delito de Cuello Blanco* cuyo autor es un sociólogo norteamericano, Donald Shuterland. En ese libro que es un documento histórico de gran valor, Shuterland pone al descubierto la delincuencia perpetrada por sujetos que por ser de *cuello blanco* era impune, pues gozaban (y gozan) del respaldo político, social y económicos de los grupos de poder, del que forman parte.

La tendencia sigue siendo a la protección e impunidad de los sujetos que están relacionados con el poder dominante. Como decía Alessandro Baratta, los procesos de criminalización siguen siendo *estratificados*, *selectivos* y *clasistas*. Por nuestra parte agregamos que basta mirar la cárcel, esa *institución total o de secuestro* (Massimo Pavarini, Roberto Bergalli) para comprobar de donde son reclutados los presos de las cárceles latinoamericanos, o como dice don Elías Carranza el director del Instituto Latinoamericano de Naciones Unidas para la Prevención del Delito y Tratamiento del Delincuente, con sede en San José de Costa Rica, la cárcel nos permite comprobar la *criminalización de la pobreza.*

f) ¿Qué particularidad considera usted propia de la discusión científica del Derecho penal del enemigo de Jakobs en Latinoamérica?

R.- El reconocimiento a la honestidad científica del profesor Jakobs que nos ha permitido recordar que el *derecho penal del enemigo* siempre ha estado presente en las diferentes sociedades. Este discurso de máxima represividad permitiría que se presenten proyectos de aumento de penas con recorte de garantías y beneficios de excarcelación, pues el complemento de un *derecho penal del enemigo* es el denominado *derecho procesal penal del enemigo*.

En lo personal reconocemos que aunque venimos trabajando por las propuestas de un Estado constitucional de derechos y justicia, por la consolidación de un derecho penal mínimo y por la aplicación plena del principio de oportunidad que significa la renuncia del Estado al ejercicio de su poder punitivo, frente a los delitos de bagatela o en aquellos casos de poca significancia en cuanto a los bienes jurídicos afectados, cuando se trata de la afectación grave de bienes jurídicos como la vida, la reserva sexual de la infanto-adolescencia, y en los casos de delincuencia organizada trasnacional o transfronteriza, estamos convencidos que la

respuesta adecuada en el ámbito de la punibilidad debe guardar la debida *proporción* con la gravedad del bien jurídico vulnerado.

Admitimos que hace aproximadamente tres décadas sosteníamos que el monto de las penas en el Ecuador era proporcionado a la gravedad de los bienes afectados. Creemos hoy que el aumento de las penas en Ecuador, que se vino dando para llegar desde un máximo de 16 años, hasta la pena de 25 años y en el caso de concurso ideal de delitos hasta 30 años, era una necesaria respuesta social por el incremento de la criminalidad de contenido violento, y la aparición de nuevas formas de criminalidad que demandan de una mejor respuesta social.

Concluyo expresando que creo en un *derecho penal mínimo*, en un *derecho penal de última ratio* o de *extrema ratio* como dijera en su momento un gran jurista chileno don Juan Bustos Ramírez, y en la conveniencia de una *contracción al máximo* del derecho penal y del sistema penal. *Esto no significa abogar por la impunidad* sino que es el reconocimiento de la necesidad de que el derecho penal y el sistema penal queden reservados para los casos más graves, buscando salidas alternativas y mecanismos de compensación y de conciliación que permitan un resarcimiento material y efectivo a las víctimas de los delitos, cuando esto es posible.

Atentamente,

Prof. Dr. Alfonso Zambrano Pasquel

Prof. Zambrano Pasquel, le reitero mi infinito agradecimiento por su atención y su tiempo.