

# POR QUÉ CITAMOS A LOS ALEMANES Y OTROS APUNTES METODOLÓGICOS<sup>1\*\*</sup>

## *WHY WE QUOTE THE GERMANS AND OTHER METHODOLOGICAL APPROACH*

Prof. Dr. Jean Pierre Matus<sup>2</sup>



This work is licensed under a Creative Commons Attribution 4.0 International License.

### 1. INTRODUCCIÓN

Un análisis exploratorio de las citas contenidas en el *Anuario de Derecho Penal* y en la *Revista de Derecho Penal Contemporáneo* nos muestra que, *en la actualidad*, más del 35% de las referencias de los autores iberoamericanos corresponden a autores alemanes. Sin embargo, durante los primeros años posteriores a la Segunda Guerra Mundial era otra la situación: el impacto de la doctrina italiana en la española superaba en porcentaje de citas a la alemana.<sup>3</sup>

La situación es coincidente con el desarrollo de la disciplina en Chile y en Argentina.

En efecto, en Chile, y sin necesidad de ningún cambio relevante en el Código penal chileno de 1874, después del predominio inicial a fines del siglo XIX del *método exegético* de los comentaristas españoles —esto sí muy explicable, dado el hecho de que el Código nuestro

---

<sup>1\*\*</sup> El presente texto es una revisión que incluye algún material argentino, y en la que me hago cargo de las críticas aparecidas frente al original publicado en la *Revista Electrónica Política Criminal*, n° 5 (2008), A5 [<http://www.politicacriminal.cl>], y en *Derecho Penal Contemporáneo: Revista Internacional*, n° 26 (2009), pp. 189-236, el cual fuera escrito durante mi estadía en el Departamento de Derecho Penal Extranjero e Internacional del Instituto de Ciencias Criminales de la Universidad de Gotinga (Alemania), durante los meses de marzo y junio de 2008, y es producto de una investigación iniciada en agosto de 2007, como parte de una Beca Post-Doctoral financiada por la Fundación Alexander von Humboldt, a cuyos directivos, funcionarios y colaboradores agradezco profundamente. Mis agradecimientos se dirigen además al Sr. Rector y directivos de la Universidad de Talca, quienes me han permitido disfrutar esta larga estancia de investigación. *Lamentablemente, carezco de información sobre el estado de esta discusión en Brasil, pero puede ser esta una buena oportunidad para iniciarla.*

Especialmente quiero también agradecer a mi huésped, Prof. Dr. Kai Ambos, quien me facilitó todos los medios materiales y bibliográficos disponibles en la magnífica colección que ha formado sobre derecho penal internacional y comparado, los cuales hicieron posible desarrollar mi trabajo.

<sup>2</sup> Ministro de la Corte Suprema de Chile. Catedrático de Derecho Penal de la Universidad San Sebastián.

<sup>3</sup> Ver Anexo N° 2.

fue, en muchas partes, simplemente copiado del español de 1848—,<sup>4</sup> se vivió un breve dominio del *positivismo italiano*<sup>5</sup> y de la escuela de la *técnica jurídica* de ese país.<sup>6</sup> Sin embargo, a través de la obra divulgadora de Jiménez de Asúa y de las traducciones españolas de los tratados de Liszt, Merkel, Beling, Mezger y Maurach,<sup>7</sup> “la doctrina alemana [...] condujo a un notable florecimiento de la doctrina chilena, en los años 60 y comienzos de los años 70”,<sup>8</sup> lo que dio pie incluso a la realización de una traducción nacional de la 11ª edición alemana del derecho penal de Welzel, por parte de los entonces jóvenes profesores chilenos Juan Bustos y Sergio Yáñez.<sup>9</sup> Esta “recepción entusiasta” y la “admiración” “por la elegancia y armonía” de los sistemas dogmáticos alemanes,<sup>10</sup> es hoy en día tan asentada en Chile, que no sólo las “partes generales” actualmente al uso están basadas en variantes de las propuestas sistemáticas germanas,<sup>11</sup> sino que también en los trabajos preparatorios del Anteproyecto de Código Penal de 2005, en los cuales, particularmente respecto de la Parte General, se adoptó prácticamente sin discusión nuestra propuesta de recurrir al derecho y a la doctrina chilena, española y *alemana* como fuentes principales para su elaboración, dejándose completamente de lado la italiana, tan importante en la primera mitad del siglo XX.<sup>12</sup>

<sup>4</sup> MATUS ACUÑA, Jean Pierre. “Fernández, Fuenzalida y Vera: Comentaristas, autodidactas y olvidados. Análisis diacrónico y sincrónico de la doctrina penal chilena del siglo XIX.” *Ius et Praxis*. Vol. 12, n° 1 (2006), pp. 31-67. En [http://www.scielo.cl/scielo.php?pid=S0718-00122006000100003&script=sci\\_arttext](http://www.scielo.cl/scielo.php?pid=S0718-00122006000100003&script=sci_arttext) [visitado el 11.02.2008].

<sup>5</sup> MATUS ACUÑA, Jean Pierre. “El positivismo en el derecho penal chileno: análisis sincrónico y diacrónico de una doctrina de principios del siglo XX que se mantiene vigente.” *Revista de Derecho Universidad Austral de Valdivia*. Vol. .20, N° 1 (2007), pp. 175-203. En <http://www.scielo.cl/pdf/revider/v20n1/art08.pdf> [visitado el 11.02.2008].

<sup>6</sup> CARNEVALI, Raúl. “La ciencia penal italiana y su influencia en Chile”. Manuscrito facilitado por su autor.

<sup>7</sup> Para un detallado recuento de las traducciones producidas en uno y otro sentido, como indicador del recíproco interés entre las doctrinas germano e hispano parlantes, véase el Anexo N° 1.

<sup>8</sup> POLITOFF, Sergio; MATUS, Jean Pierre; RAMÍREZ, Ma. Cecilia. *Lecciones de derecho penal chileno. 2ª Ed.* Santiago de Chile: Ed. Jurídica de Chile, 2004. 613 pp., p. 42s., donde agregamos que, lamentablemente, dicha “recepción entusiasta” suele hacerse “a menudo sin discriminación” de las diferentes “realidades históricas, sociales y culturales” que ellas presuponen y, por tanto, no ha ido siempre acompañada de “una comprensión clara de la consecuencias para la política criminal de una u otra opción”.

<sup>9</sup> WELZEL, Hans. *Derecho Penal Alemán. Parte General. 11ª Ed.* Trad. BUSTOS RAMÍREZ, Juan; YÁÑEZ, Sergio. Santiago de Chile:, Ed. Jurídica de Chile, 1970.

<sup>10</sup> POLITOFF / MATUS / RAMÍREZ, *Lecciones*, cit. en nota n° 6, p. 43.

<sup>11</sup> Aparte de la nuestra, que sigue una sistemática “clásica” (POLITOFF / MATUS / RAMÍREZ, *Lecciones*, cit. en nota n° 6), pueden consultarse los textos marcadamente “finalistas” de CURY, Enrique. *Derecho penal. Parte general. 7ª ed.* Santiago de Chile: Ediciones Universidad Católica de Chile, 2005; GARRIDO MONTT. *Derecho Penal. Parte General. T. II. Nociones Fundamentales de la Teoría del Delito. 3ª Ed.* Santiago de Chile: Editorial Jurídica de Chile, 2003. 358 pp.; y el más bien “eclectico” de ETCHEBERRY, Alfredo. *Derecho penal. 3ª ed.* Santiago de Chile: Editorial Jurídica de Chile, 1998.

<sup>12</sup> Ver MATUS ACUÑA, Jean Pierre; HERNÁNDEZ BASUALTO, Héctor (SECRETARÍA TÉCNICA COMISIÓN FORO PENAL). “Materiales de Estudio presentados a la Comisión Foro Penal, Parte General.”

Aunque la situación en Argentina pudo ser diferente, ello no fue así, a pesar del hecho de que el primer Código Nacional de 1886, basado en el Proyecto de Tejedor de 1867, contenía en el articulado de su parte general traducciones literales o modificadas del Código Bávaro de Feuerbach de 1813 como la regulación del dolo eventual (Art. 4), el error de tipo (Art. 5) y la presunción del dolo (Art. 6), la formulación de la tentativa (excluyendo, eso sí, la *tentativa remota*), la imprudencia y las reglas sobre autoría y participación. En efecto, como explica Thomas Duve, la recepción parcial del Código de Feuerbach en la primera codificación argentina no tuvo impacto teórico alguno, ya porque ni Tejedor ni los juristas decimonónicos seguían los lineamientos kantianos que se atribuyen a Feuerbach (la separación entre el ser racional y el ser sensible), ya porque a fines del siglo XIX y principios del XX no eran los alemanes ni la Escuela Clásica los que dominaban la discusión, sino los italianos, el positivismo de Ferri y Garófalo y la llamada Escuela Moderna.<sup>13</sup> Por otra parte, el Código de 1886 nació bajo la crítica local y fue rápidamente objeto de proyectos de sustitución y reforma, hasta que en 1921 fue reemplazado completamente por un texto influenciado principalmente por el italiano 1889,<sup>14</sup> aunque sin perder su matriz bávara en algunas disposiciones aisladas y en la sistemática de su parte especial.<sup>15</sup> Pero lo cierto es que no fue sino hasta cien años después, con la traducción dirigida por Zaffaroni de la cuarta edición del Tratado de Feuerbach, en 1989,<sup>16</sup> que no se contó en español en Argentina con una fuente directa para entender los conceptos subyacentes a los textos del Código de Feuerbach (Tejedor, por su parte, contaba sólo con la traducción al francés de Vetel) y que verdaderamente la “reintroducción” de la dogmática alemana en Argentino vino de la mano de las obras e influencia de Soler y Jiménez de Asúa en la década de 1940<sup>17</sup>. Sólo a partir de esas fechas aparecen obras con sistemática alemana y, sobre todo, importantes traducciones de autores germanos. En efecto, sólo en la ciudad de Buenos Aires y hasta el año 2008, habían aparecido más de una docena de traducciones de

---

*Política Criminal*. N° 1 (2006), D2, pp. 1-223. En [http://www.politicacriminal.cl/n\\_01/pdf\\_01/d\\_2.pdf](http://www.politicacriminal.cl/n_01/pdf_01/d_2.pdf) [visitado el 11.02.2008].

<sup>13</sup> DUVE, Thomas, “¿Del absolutismo ilustrado al liberalismo reformista? La recepción del Código penal Bávaro de 1813 de Paul J.A. Von Feuerbach en Argentina y el debate sobre la reforma del derecho penal hasta 1921”, *Revista de Historia del Derecho*, Buenos Aires, INHIDE, N° 27 (1999), pp. 125-152.

<sup>14</sup> NÚÑEZ, Ricardo C., *Derecho penal argentino*, T. I., Buenos Aires: Ed. Bibliográfica Argentina, 1959, pp. 74-81.

<sup>15</sup> ZAFFARONI, Eugenio Raúl, “El pensamiento alemán en el derecho penal argentino”, en *Revista de Derecho Penal y Criminología*, Vol. III, N° 9 (2013), pp. 3-19, p. 6s.

<sup>16</sup> FEUERBACH, Paul Johann Anselm Ritter von, *Tratado de Derecho Penal*, Trad. E. ZAFFARONI e I. HAGEMEIERS, Buenos Aires: Hammurabi, 1989.

<sup>17</sup> ZAFFARONI, “El pensamiento alemán”, cit. nota al pie n° 13, p. 10s.

autores tan importantes como Welzel, Maurach, Dohna y Baumann, en la época de la discusión entre finalismo y “neokantismo”; y más actualmente, en la etapa del paso del “postfinalismo” a las diversas variantes “funcionalistas”, de profesores como de Frisch, Hassemer, Hörnle, Stratenwerth, Struensee, Roxin y Jakobs.<sup>18</sup> En cuanto a las referencias de los autores argentinos, basta una revisión de las mismas para constatar que incluso autores que se encuentran situados aparentemente en las antípodas ideológicas, como Zaffaroni y Sancinetti, recurren insistentemente y sin intermediación local a las citas de autoridad alemanas. Éste último, en la portada y contraportada de su libro *Ilícito personal y participación* aparece en una fotografía titulada “el autor detrás del autor”, en que se ve al Prof. Günther Jakobs de pie tomándole la mano con que aparentemente escribe el texto que nos presenta.<sup>19</sup>

Es por ello que a la doctrina latinoamericana le es aplicable, quizás con unos años de desfase más o menos, lo mismo que respecto de la española declaraba Muñoz Conde en 1999:

“Hace treinta años había la polémica entre las teorías causal y final de la acción con todas sus implicaciones dogmáticas, como la diferenciación entre error de tipo y error de prohibición, autoría y participación, etcétera. Después, bajo el influjo de Roxin, se tomó como base metodológica de la ciencia penal las teorías de la imputación objetiva y del dominio del hecho, así como la necesaria relación entre política criminal y dogmática penal. Hoy en día, sobre todo entre los jóvenes profesores de derecho penal, se puede sentir la influencia de los planteamientos funcionalistas como, por ejemplo, los de Jakobs”.<sup>20</sup>

Sin embargo, a pesar de lo mucho que a nosotros nos importa lo que se publica en Alemania sobre el derecho penal de ese país, en países más cercanos a sus fronteras, como Inglaterra y Francia, por ejemplo, la doctrina alemana es tan ignorada o desconocida como para nosotros la francesa o inglesa.

<sup>18</sup> Véase el *Anexo N° 1*, letra b) de este texto.

<sup>19</sup> SANCINETTI, Marcelo, *Ilícito personal y participación*, Buenos Aires: Ad-hoc, 1997.

<sup>20</sup> MUÑOZ CONDE, Francisco. “Geglückte und folgendlose Strafrechtsdogmatik? (Kommentar)”. En: ESER, Albin; HASSEMER, Windfried; BURKHARDT, Björn (eds.). *Die deutsche Strafrechtswissenschaft vor der Jahrtausendwende. Rückbesinnung und Ausblick*. München: C.H. Beck, 2000. 465 pp., pp. 199-211, quien agrega, en todo caso, que no por ello se debe pensar “que la dogmática española no tiene un perfil propio, pues en muchos problemas llega a soluciones diferentes de las que son dominantes en Alemania” (nota al pie n° 31 en p. 208s). Para una exposición sobre de la entrada en España de la “dogmática” alemana a partir del segundo cuarto del siglo XX, de la mano de los discípulos de von Liszt: Antón Oneca, Saldaña, Cuello Calón y Jiménez de Asúa, y sin necesidad de cambio legislativo alguno, véase, además, CEREZO MIR, José. *Curso de Derecho Penal Español. Parte General I. Introducción*. 6a. Ed. Madrid: Tecnos, 2004. 308 pp., pp. 112-123, con ulteriores referencias. Y, en particular, sobre la influencia del *finalismo*, véase del propio CEREZO MIR, José, “La influencia de Welzel y del finalismo, en general, en la Ciencia del Derecho penal española y en la de los países iberoamericanos”, en *ZIS*, n° 5 (2009), pp. 200-211.

¿Por qué, entonces, se ha producido esta “entusiasta recepción” entre nosotros de la dogmática alemana,<sup>21</sup> al punto que es prácticamente impensable considerar como serio o fundado un texto sobre derecho penal sin que, como en este artículo, su autor haya citado profusamente a la doctrina germana?

## 2. PRIMERA RESPUESTA: PORQUE LA DOGMÁTICA ALEMANA SE ENCUENTRA EN EL LUGAR MÁS AVANZADO DEL DESARROLLO CIENTÍFICO EN LA MATERIA

Como se señala, la respuesta más sencilla a la pregunta de por qué citamos a los alemanes es decir algo así como porque, en el amplio panorama mundial, *la Strafrechtswissenschaft se encuentra en la actualidad en el más alto nivel “científico” y metodológico posible.*

Y sólo ella, en las reiteradamente citadas palabras escritas por Gimbernat hace casi ya cuarenta años,

“Hace posible, [...] al señalar límites y definir conceptos, una aplicación segura y calculable del Derecho penal, hace posible sustraerle a la irracionalidad, a la arbitrariedad y a la improvisación”;

en cambio,

“cuanto menos desarrollada esté una dogmática, más imprevisible será la decisión de los tribunales, más dependerán del azar y de factores incontrolables la condena o la absolución. Si no se conocen los límites de un tipo penal, si no se ha establecido dogmáticamente su alcance, la punición o impunidad de una conducta no será la actividad ordenada y meticulosa que debería ser, sino una cuestión de lotería. Y cuanto menor sea el desarrollo dogmático, más lotería, hasta llegar a la más caótica y

---

<sup>21</sup> Nótese que aquí se estudia el proceso de “recepción” de las construcciones o elaboraciones “dogmáticas”, y no de otros procesos paralelos, pero complementemente independientes y en que no necesariamente toman parte los juristas como tales, sino más bien en su dimensión de políticos con poder legislativo, como sucede con la “recepción” o “importación” directa de textos legales extranjeros, que José HURTADO POZO ha descrito, para en caso peruano, en su texto *La Ley importada*, Lima: CEDYS, 1979, 143 pp. Para el caso del Perú, fácilmente extrapolable al resto de los países latinoamericanos, la explicación sociológica de este proceso de recepción legislativa, radica, según Hurtado Pozo, en que, en “la situación socio-política”, “la influencia económica y cultural de Estados Unidos y de Europa” es tal que “los grupos gobernantes de países como el nuestro creen firmemente que la reforma del derecho es el medio idóneo para crear las condiciones necesarias del despegue económico, facilitando la aparición y el desarrollo de nuevas fuerzas sociales”; aunque en la práctica, la importación de la ley sin consideración a las reales diferencias “socio-políticas” entre la sociedad de origen y la receptora, produzca que éste sea “inaplicado” o “desnaturalizado” (p. 128).

anárquica aplicación de un Derecho penal del que -por no haber sido objeto de un estudio sistemático y científico- se desconoce su alcance y su límite.”<sup>22</sup>

## 2.1 PRIMERA OBJECCIÓN: LA DOGMÁTICA ALEMANA ESTÁ REFERIDA A SU DERECHO POSITIVO, DIFERENTE DEL LATINOAMERICANO

Sin embargo, como Gimbernat lo destaca en varios pasajes del texto de donde se ha extraído la cita recién reproducida, parece que lo que se conoce como *ciencia jurídico penal* o *dogmática* alemana tendría como referente principal el sistema jurídico alemán, su propio *derecho positivo*, y así

“sobre la base de toda una discusión dogmática precedente [...] se escriben esos manuales y comentarios alemanes en los que se nos indica cuál es el contenido del Derecho positivo y se nos sugieren soluciones para interpretarlo de manera diferente a la dominante”.<sup>23</sup>

Esto explicaría por qué, en palabras de Muñoz Conde,

“hay que reconocer que la influencia alemana entre nosotros es grande, pero que la mayoría de los penalistas españoles y su producción científica es desconocida cuando no ignorada en Alemania.”<sup>24</sup>

En efecto, dado que el derecho penal parece ser el más “parroquial” de los ámbitos del derecho positivo de cada país,<sup>25</sup> no sería criticable sino, al contrario, una consecuencia inevitable de ello, que la discusión en la *Strafrechtswissenschaft* se haya desarrollado de manera “conscientemente provinciana”, concentrándose en el estudio de su propio derecho positivo, su jurisprudencia y las opiniones de sus autores, al punto de que en un análisis exploratorio de las citas contenidas en los artículos publicados en la *Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft* y en el *Goldammer’s Archiv für Strafrecht*, prácticamente el 95% de

<sup>22</sup> GIMBERNAT Ordeig, Enrique. “¿Tiene un futuro la dogmática jurídico-penal?”. En: <http://www.unifr.ch/ddp1/derechopenal/articulos/html/artord2.htm> [visitado por última vez el 27.06.2008]. El texto apareció por primera vez en alemán con el título “Hat die Strafrechtsdogmatik eine Zukunft?”, en la *ZStW*, t. 82 (1970), pp. 379-410.

<sup>23</sup> GIMBERNAT, “¿Tiene un futuro?”, cit. nota anterior.

<sup>24</sup> MUÑOZ CONDE, Francisco. “Presente y futuro de la Dogmática jurídico-penal.” *Revista Penal*. n.º 5 (2000), pp. 44-51, nota 29 en p. 51. Este texto es, en principio, la “traducción” al castellano del citado en la nota n.º 11, aunque precisamente este párrafo no aparece en la versión en alemán. Con todo, el texto permite explicar por qué, aunque los autores españoles ofrezcan de cuando en vez soluciones divergentes a ciertos problemas planteados, ellas son ininteligibles sin relación a lo que sucede (o sucedió) en Alemania, lo que no a la inversa: el desarrollo de la dogmática alemana es completamente independiente de lo que ocurre al sur de los Pirineos.

<sup>25</sup> DUBBER, Markus D. “Criminal Law in Comparative Context.” *Journal of Legal Education*. Vol. 56, (2006), pp. 433-443, p. 433.

las referencias correspondan a autores alemanes,<sup>26</sup> del mismo modo que sucede en la gran “parroquia” de los Estados Unidos de América.<sup>27</sup>

Desde este punto de vista, serían *innecesarias* las excusas de Roxin para justificar la indiferencia y desconocimiento que demuestran la mayor parte de los autores alemanes por el derecho penal que se cultiva más allá del Rhein, basadas en la limitada “capacidad de trabajo” humana, la barrera idiomática y la inexistencia en Alemania de bibliotecas adecuadas para la investigación del derecho extranjero, con excepción de la del *Max-Planck Institut für ausländisches und internationales Strafrecht* de Freiburg.<sup>28</sup>

Pero, en cambio, nosotros sí nos preocupamos de conocer el derecho positivo alemán, su jurisprudencia y obras doctrinarias, citándolas rigurosamente, a pesar de que en iberoamérica éste no se encuentra vigente; nuestros derechos positivos tienen principalmente influencia hispana —como el chileno—<sup>29</sup> o italiana, como el argentino de 1921; no es el alemán el idioma materno de la mayor parte de los operadores jurídicos ni de la inmensa mayoría de los destinatarios del sistema penal; no se dispone ni remotamente de los volúmenes contenidos en las bibliotecas jurídicas alemanas ni de los recursos para adquirirlos; y, dejando de lado lo halagador que ello pudiera ser, es dudoso que nosotros tengamos una “capacidad de trabajo” *superior* a la de los alemanes, que nos permita interesarnos sin dificultades y con profundidad en la dogmática local y en la alemana al mismo tiempo.

---

<sup>26</sup> Ver Anexo N° 2.

<sup>27</sup> FLETCHER, Georg P. “Deutsche Strafrechtsdogmatik aus ausländischer Sicht.” En: ESER / HASSEMER / BURKHARDT, *Deutsche Strafrechtswissenschaft*, cit. nota n° 11, pp. 235-253, p. 239s. Como señala Fletcher, quizás una diferencia entre ambas “parroquias” sea que, al menos en los Estados Unidos no se considera una “ciencia” el estudio del derecho penal, como sí lo hace la *Strafrechtswissenschaft*, a pesar de lo “ridículo” que parece ser hablar de una “ciencia” limitada lingüística y geográficamente.

<sup>28</sup> ROXIN, Claus. “Die Strafrechtswissenschaft vor den Aufgaben der Zukunft”. En: ESER / HASSEMER / BURKHARDT, *Deutsche Strafrechtswissenschaft*, cit. nota n° 11, pp. 369-395, p. 381. Hay traducción al castellano: ROXIN, Claus. “La ciencia jurídico-penal ante las tareas del futuro”. En: *La Teoría del Delito en la discusión actual*. Trad. ABANTO, M. Lima: Grijley, 2006. 562 pp., pp. 3-40. En todo caso, al menos para los interesados en la materia en el norte de Alemania, ahora también se cuenta con la biblioteca de derecho comparado formada en la Universidad de Göttingen por el Prof. Kai Ambos.

<sup>29</sup> Al respecto, ver el “Estudio preliminar” en RIVACOBIA Y RIVACOBIA, Manuel. *Código Penal de la República de Chile y Actas de la comisión redactora*. Valparaíso: EDEVAL, 1974. 574 pp., i ss.; y BRAVO LIRA, Bernardino. “Bicentenario del Código Penal de Austria: su proyección desde el Danubio a Filipinas”. *Revista de Estudios Histórico-Jurídicos*. N° 26 (2004), pp. 115-155, para quien la influencia austríaca sólo está en el molde o esquema sistemático del Código, pues “así como el CPB es derecho portugués codificado según los moldes de la ciencia penal centroeuropea, el CPE es derecho castellano, de las *Partidas*, la *Nueva Recopilación*, fueros y demás, puesto también en artículos, al modo centroeuropeo” (XIII.1).

## 2.2 ARGUMENTO CONTRA A LA OBJECCIÓN ANTERIOR: AUNQUE LA DOGMÁTICA ALEMANA ESTÁ BASADA EN SU DERECHO POSITIVO, LA ABSTRACCIÓN QUE DEL MISMO HACE TIENE ALCANCE UNIVERSAL

Pero volvamos a la pregunta con que se encabeza este artículo: ¿por qué citamos a los alemanes si nuestro derecho positivo sólo muy remotamente se emparentaría con el germano, que es el que estudiarían los autores alemanes?<sup>30</sup>

Segunda respuesta: porque la doctrina penal alemana, por su carácter *científico*,<sup>31</sup> aunque lo explica, no estaría limitada “por el acuerdo de las mayorías” que origina el derecho positivo alemán,<sup>32</sup> sino que sería también de “alcance universal”, como desde hace más de un siglo lo declarase von Liszt.<sup>33</sup>

Es más, el fenómeno recién descrito de la *trasposición* de la dogmática alemana a España y Chile habla en favor de la idea de que *efectivamente*, y a pesar de su indiferencia respecto a otros ordenamientos jurídicos, la dogmática penal alemana tendría en sí misma la capacidad de aplicarse con carácter *universal*. Si no sólo en los países iberoamericanos se le cita “disciplinadamente”.<sup>34</sup> Así, también en el otro extremo extremo del mundo, Yamanaka describe la historia de la dogmática japonesa como un proceso similar al vivido en Chile.<sup>35</sup>

<sup>30</sup> En Perú, en cambio, el Código de 1924 recoge no pocas disposiciones de los proyectos suizos de 1916 y 1916, y hay por ello, al menos una razón histórica para mirar hacia el mundo germano parlante a la hora de entender el sentido de las normas importadas, aunque no siempre parece haberse hecho pues tales disposiciones se importaron “en circunstancias en que juristas y magistrados se encontraban imbuidos de la cultura jurídica española” (HURTADO, La ley, cit, nota n° 13, p. 128).

<sup>31</sup> Véase, por ejemplo, el prólogo del *Tratado* de Jakobs, donde se declara el carácter “científico” del “desarrollo de una teoría” como la que propone (JAKOBS, Günther. *Strafrecht. Allgemeiner Teil: Die Grundlagen und die Zurechnungslehre*. 2ª ed. Berlin: De Gruyter, 1991. 944 p., p. vii). En el extremo, Hirsch llega a considerar, que sólo la *dogmática alemana* sería *propriadamente científica* (HIRSCH, Hans Joachim. “Internationalisierung des Strafrechts und Strafrechtswissenschaft. Nationale und universale Strafrechtswissenschaft”. *ZStW*, t. 116 (2004), pp. 835—854, p. 847).

<sup>32</sup> SILVA SÁNCHEZ, José María. “Straftatsystematik deutscher Prägung: Unzeitgemäß?.” *GA*, t. 151 (2004), pp. 679-690, p. 684.

<sup>33</sup> LISZT, Franz von. “Zur Einführung. Rückblick und zukunftspläne”. En *del mismo* (ed): *Das Strafrecht der Staaten Europa*. Berlin: Liebmann, 1894. 743 pp., pp. xi-xxvii, p. xxiv: “La ciencia del derecho penal [...] como aclaración de los elementos generales del concepto del delito es necesariamente internacional”, pues “el concepto de responsabilidad penal es el mismo en Francia y en Suecia”.

<sup>34</sup> AMBOS, Kai. *Der allgemeine Teil des Völkerstrafrechts. Ansätze einer Dogmatisierung*. Berlin. Dunker & Humblot, 2002. 1058 pp., p. 56.

<sup>35</sup> YAMANAKA, Keiichi. “Wandlung der Strafrechtsdogmatik nach dem 2. Weltkrieg Zum Kontextwechsel der Theorien in der japanischen Straftatlehre.” En: JEHLE, Jörg-Martin; LIPP, Volker; YAMANAKA, Keiichi (eds.). *Rezeption und Reform im japanischen und deutschen Recht. Zweites Rechtswissenschaftliches Symposium Göttingen — Kansai*. Göttingen: Universitätsverlag Göttingen, 2008. 276 pp., pp. 173—185. En: [http://webdoc.sub.gwdg.de/univerlag/2008/dtjap\\_symposium\\_GJS\\_2.pdf](http://webdoc.sub.gwdg.de/univerlag/2008/dtjap_symposium_GJS_2.pdf) [visitado el 17.03.2008].

Sin embargo, esta *adaptabilidad* de la dogmática alemana a otros sistemas jurídicos, si bien puede ser una confirmación empírica de que algunas de las teorías que sus cultores han desarrollado poseen un grado suficiente de abstracción como para considerarse “universales” e independientes del derecho positivo alemán, al mismo tiempo vacía de contenido la función que Gimbernat le atribuye, esto es, indicarnos “cuál es el contenido del Derecho positivo” y, eventualmente, sugerirnos “soluciones para interpretarlo de manera diferente a la dominante”, pues para poder ser adaptadas a ordenamientos positivos diferentes, en algún momento dichas teorías universales y abstractas dejan de referirse precisamente a ese *derecho positivo*.

Pero quizás de eso efectivamente se trate el estudio del derecho penal y donde fallaría mi primera interpretación del argumento de Gimbernat es en vincular la labor de la dogmática alemana, por definición *universal*, con el derecho positivo, por definición, *parroquial*.

Esto es a lo que parece referirse Gimbernat cuando describe la forma en que se construyen las “teorías” de la dogmática alemana, la cual

“trata de percibir, en primer lugar, qué problemas presenta la aplicación de una disposición jurídica. Una vez conocido el problema el siguiente paso es el de establecer teorías para su solución. Las teorías, abstractamente formuladas, pretenden dar una solución igual a casos dudosos que –por creer que presentan el mismo problema– han de ser tratados igualmente [...] conocido el alcance de la teoría y el razonamiento en que se basa, es posible controlar si se es consecuente con la teoría misma, si su aplicación a un caso concreto es, sobre la base de los presupuestos que se apoya, correcta –por hallarse comprendido realmente dentro del sector que aquélla abarca– o incorrecta –cuando se extiende a supuestos que caen fuera de su campo–”<sup>36</sup>

En este esquema, las “disposiciones jurídicas” son únicamente las *propuestas normativas de un determinado ordenamiento* para dar *solución a un problema*, el cual, como tal, es *independiente de la propuesta de solución*. Y dado que *los problemas* usuales del derecho penal tienen que ver con la universalmente extendida actividad humana de juzgar el comportamiento de los demás y, en determinados casos, imponerles sanciones o penas que van más allá de la simple reparación pecuniaria del daño —que es lo propio del derecho civil— y suelen afectar el cuerpo, la propiedad o la libertad del juzgado, se trataría de problemas claramente *universales*; en tanto que su solución por una determinada disposición legal o fallo de algún tribunal en un determinado momento y lugar, sería meramente *contingente*.

<sup>36</sup> GIMBERNAT, “¿Tiene un futuro?”, cit. en nota n° 12.

Luego, la elaboración de *teorías*, para no reducirse a esas soluciones contingentes, debería basarse en ciertos *presupuestos* tan *universales* o al menos *pretendidamente tan universales* como los problemas que aborda. Por lo tanto, tales *presupuestos* no pueden referirse directamente al significado *concreto* (y, por tanto, *contingente*) de las palabras de un texto normativo o un fallo judicial, sino a las respuestas a las preguntas *abstractas* (y, por tanto, *universales*) que configurarían los problemas abordados: “¿qué es el derecho en general y el derecho penal en particular?”, “¿qué función cumple en la sociedad?”, “¿qué es una conducta?”, “¿qué es una omisión?”, “¿por qué hechos objetivamente similares tienen tratamientos normativos diferentes?”, “¿qué es un ser humano?”, “¿qué es la propiedad?”, “¿qué es un documento?”, “¿en qué consiste afectar la libertad de otro?”, etc. La *consistencia* entre las respuestas que se dan a esas preguntas y las propuestas normativas de tratamiento de los problemas que las originaron determinarán la *corrección* o *incorrección* del desarrollo de las teorías y de las propuestas normativas que de ellas se derivan.

De esta manera, ya no sería el derecho positivo “parroquial” el baremo para determinar la *corrección* o *incorrección* de esas teorías de alcance *universal*, sino al revés: a partir de éstas se puede declarar como *correcta* o *incorrecta* una solución legal o un fallo judicial, en la medida que contengan proposiciones normativas diferentes a las que se derivan de un “razonamiento” “consistente” con “los presupuestos en que se apoyan” las respectivas teorías.

Esta es la “ambiciosa estrategia” que, según Bleckmann, ha emprendido desde antiguo la dogmática alemana: la construcción de teorías apoyadas en presupuestos ajenos al derecho positivo, esto es, *estructuras externas* o *dogmas*, *axiomas*, *principios* o *preconcepciones indiscutidas*, a partir de las cuales se *deducen* las reglas básicas de imputación aplicables a todos los casos concretos presentes y futuros. Así,

“Welzel probó con [...] una ontología de la conducta que sobre todo corresponde a la de Hartmann; Ziegert, con la psicología; Kindhäuser y Hruschka [...] con la philosophy of language; Burkhardt y otros, con la teoría del acto a través del habla en el sentido de Searle y otros; [...] Lampe, apelando a una “ontología social” [...]; y Lesch, con Hegel.”<sup>37</sup>

---

<sup>37</sup> BLECKMANN, Frank. *Strafrechtsdogmatik – wissenschaftstheoretisch, soziologisch, historisch*. Freiburg i. Br.: Max-Planck-Institut für ausländisches und internationales Strafrecht, 2002. 373 pp., p. 2, donde se encuentran las referencias correspondientes a los textos citados. En su propio caso, Bleckmann se propone seguir estrechamente los planteamientos sociológicos de Luhmann. Al respecto, es interesante destacar que en la reseña crítica a esta obra, Walter sostiene que en ella se comete el “error” de caer en la “absolutización de una idea correcta” (en principio), el cual califica como “un típico ‘pecado de juventud’”, pero sin entrar a cuestionar la extensión de ese “pecado” en otros no tan jóvenes pero con ideas tan o más fijas que las de Bleckmann (WALTER, Michael. “Recensión.” *GA*, t. 151 (2004), pp. 297-299, p. 299).

En palabras de Welzel, para el *Strafrechtswissenschaftler*

“sólo es libre la elección del punto de partida (dentro de un determinado ámbito): todo lo demás se sigue forzosamente, aún cuando ciertas consecuencias a uno lo espanten. Las cosas tienen su propio peso.”<sup>38</sup>

Es decir, lo que sería exigible a la actividad de crear teorías penales no sería ya hacer posible una “calculable” y “segura” aplicación de penas y sanciones en un determinado sistema jurídico, esto es, en un determinado “derecho positivo”, sino algo levemente diferente: la capacidad de construir teorías que respondan a la *idea de sistema*, entendida en Alemania, desde Kant, como “la unidad de los variados conocimientos bajo una idea”;<sup>39</sup> y a partir de esa unidad hacer “calculable” y “segura” las propuestas normativas surgidas *dentro de un determinado sistema teórico*, por definición no atado a las limitaciones de un concreto sistema jurídico y de su aplicación por parte de una concreta jurisprudencia.

Y, por lo mismo, sin las limitaciones *contingentes* que impone su propio y “parroquial” sistema jurídico, las teorías elaboradas por la dogmática alemana con pretensión de universalidad pueden *trasponerse* sin dificultad a nuestros países. De este modo, el objeto primordial de estudio de nuestra disciplina sería básicamente el contenido y desarrollo de esas *teorías universales* y, si acaso, una vez *adoptada* alguna de ellas, a partir de sus propuestas normativas someter a valoración crítica la legislación y jurisprudencia locales.<sup>40</sup>

<sup>38</sup> WELZEL, Hans. “Über den substantiellen Begriff des Strafrechts.” En: *Festschrift für Kohlrausch*. Berlin: 1944, pp. 101-119, p. 116. Una versión digitalizada puede verse en [http://www.politicacriminal.cl/n\\_04/ch\\_3\\_4.pdf](http://www.politicacriminal.cl/n_04/ch_3_4.pdf) [visitada por última vez el 15.11.2007].

<sup>39</sup> La cita de Kant corresponde a un texto de la *Crítica de la razón pura* que se reproduce en ROXIN, Claus. *Strafrecht. Allgemeiner Teil. Band I. Grundlagen. Der Aufbau der Verbrechenslehre. 4 Ed.* München: 2006, 1136 pp., p. 194s.

<sup>40</sup> Esto podría explicar por qué a veces resulta tan difícil tolerar a un penalista, sobre todo en latinoamérica. En efecto, dado que las premisas o puntos de partida dependen de una *elección personal*, al penalista se le puede escuchar, seguir, aplicar sus premisas a algún problema concreto no estudiado todavía, o declarar “incorrectas” las propuestas surgidas con base a otras premisas. Pero “discutir” con él acerca de la utilidad o practicabilidad de tales teorías en realidad no es posible: la elección de las premisas es indiscutible y las consecuencias, lógicamente necesarias. La idea de que sean posibles otros acercamientos a la cuestión debatida equivale a la idea de que las propias capacidades de elección o deducción lógicas son defectuosas, esto es, casi a una ofensa personal. Véase al respecto el debate entre Malamud y Maier, en <http://www.pensamientopenal.com.ar/ndp/index.htm> [visitado el 07.03.2008].

## 2.3 CONTRAARGUMENTO (SEGUNDA OBJECIÓN): SI EL CARÁCTER UNIVERSAL DE LA DOGMÁTICA NO SE LIMITA POR EL DERECHO POSITIVO SINO POR PRINCIPIOS DE ELECCIÓN ARBITRARIA, NO PRODUCE EL EFECTO DE UNA SEGURA Y CALCULABLE APLICACIÓN DEL DERECHO

Pero, si la elección de los *puntos de partida* es independiente del derecho positivo y relativamente *arbitraria* (aún “dentro de un ámbito determinado”), entonces es posible elaborar tantas teorías *diferentes y simultáneamente correctas* como la cantidad de “presupuestos de apoyo” disponibles para *elegir*, aumentándose en consecuencia el ámbito de incertidumbre o inseguridad en la aplicación del derecho.

Esta es, precisamente, la descripción de la función que a la dogmática, en general, le atribuiría un autor de moda (Luhmann), para quien, según la interpretación de Atienza,

“la dogmática jurídica suele caracterizarse por la prohibición de negar ciertos puntos de partida, es decir, por ser una disciplina que considera ciertas proposiciones, de por sí arbitrarias, como superiores a cualquier crítica, y renuncia al postulado de la investigación independiente. Para Luhmann, sin embargo, la dogmática jurídica (cualquier dogmática) depende de ciertas prohibiciones de negación consideradas socialmente necesarias, pero su función (positiva) consiste precisamente en aumentar la libertad en relación con un conjunto de experiencias y textos (material vinculante). La dogmática acrecienta, pues, el grado de incerteza del sistema jurídico (por ejemplo, aumentando la indeterminación de las reglas legislativas para insertar nuevas posibilidades de decisión) que debe resultar compatible con la obligación de observar las normas jurídicas y de decidir en caso de conflicto.”<sup>41</sup>

Y así se llega a la situación actual en Alemania, donde la *Strafrechtswissenschaft*, vertida en una verdadera “inundación de publicaciones” “científicas”, ofrece soluciones contradictorias prácticamente para cada caso,<sup>42</sup> con la consecuencia de que, o bien

<sup>41</sup> ATIENZA, Manuel. “El futuro de la dogmática jurídica”. *El Basilisco*. n° 10 (1980), pp. 63-69. En <http://www.fgbueno.es/bas/pdf/bas11008.pdf> [visitado el 22.02.2008], p. 63.

<sup>42</sup> Lo que está muy bien explicado por BURKHARDT, Björn. “Geglückte und folgenlose Strafrechtsdogmatik”. En: ESER / HASSEMER / BURKHARDT, *Deutsche Strafrechtswissenschaft*, cit. en nota al pie n° 11, pp. 111-157, pp. 141-143. Sobre las causas de esta “inundación” de literatura señala Burkhardt que, más allá de que “para cada dogmático es completamente racional proceder según la divisa ‘publish or perish’ y, permanentemente, producir nuevas y originales ideas y teorías” (p. 136), existen fuertes intereses editoriales y una no despreciable cantidad de subsidios directos e indirectos, como la idea de que las bibliotecas “deben” contar con todo lo publicado en sus estantes, ajenos a los mecanismos de mercado de control por calidad e interés (nota al pie 100 de la p. 140 y p. 156).

sencillamente ella no es tomada en cuenta por la *praxis*<sup>43</sup> o, cuando lo es, permite “fundamentar” cualquier solución, aún las alcanzadas sólo intuitivamente.<sup>44</sup>

Por otra parte, al ser habitualmente escasos los “puntos de partida” adoptados por las teorías más generales, siempre resulta necesario, al detallar las conclusiones para los problemas particulares, introducir nuevas premisas no necesariamente deducidas de los axiomas primarios, y que dependen únicamente de la agudeza e inteligencia de quien las introduce, produciéndose así una sustitución de los axiomas originales por las propias decisiones de quienes los “desarrollan” y, en consecuencia, una serie de conclusiones *ad-hoc* sólo aparentemente sistemáticas.<sup>45</sup> Esta constatación crítica que Schünemann refiere principalmente a las propuestas de la influyente escuela de Jakobs y de la *Escuela de Frankfurt* de Hassemer es, sin embargo, extensible a todas las teorías que emplean la metodología de la deducción a partir de unos cuantos principios indiscutibles, como lo demuestra paradigmáticamente el fenómeno de *disgregación* que se ha producido dentro de la gran corriente del *finalismo*.

En efecto, como con resignación reconoce Bacigalupo, al ser tan escasos los “puntos de partida” de la teoría y arbitraria (“dentro de un cierto ámbito”) su elección, al descender en los niveles de análisis siempre ha sido necesario incorporar otros axiomas tan arbitrariamente elegidos como los primeros, de manera que, siendo diferentes los “puntos de partida” (y también

---

<sup>43</sup> Fenómeno que ya Schünemann había calificado como “dogmática sin consecuencias” (SCHÜNEMANN, Bernd. “Kritische Anmerkungen zur geistigen Situation der deutschen Strafrechtswissenschaft“. *GA*, t. 142, 1995, pp. 201-229, pp. 201 y 221). Una explicación a este fenómeno puede verse en lo que Silva Sánchez describe, por una parte, como “vicio clasificatorio” (*Klassifizierungssucht*) de que parece adolecer la dogmática actual (muchas veces sin consecuencias para las soluciones a los casos concretos); y por otra parte, al pensamiento “binario” de la dogmática, basado en distinciones categóricas que impedirían ver la gradualidad de las “valoraciones” (y soluciones) correspondientes en la vida social (SILVA SÁNCHEZ, “Straftatsystematik”, cit. en nota al pie n° 26, pp. 684-686). En contra, Frisch afirma que la cuestión acerca de la influencia en la práctica y en la legislación de la dogmática es sólo un asunto de tiempo y lo que hoy puede no tener consecuencias, mañana puede tener la fortuna de ser aceptado, pues “abiertamente se debe reconocer que, en el largo espacio de tiempo de alrededor de los últimos 100 a 150 años, [la dogmática] ha valido como fundamento de los fallos [de los tribunales alemanes]” (FRISCH, Wolfgang. “Geglückte und folgenreiche Strafrechtsdogmatik (Kommentar)”. En: ESER / HASSEMER / BURKHARDT, *Deutsche Strafrechtswissenschaft*, cit. en nota al pie n° 11, pp. 159-198, pp. 160s. y 165).

<sup>44</sup> Esto es, “habilitar la Justicia del Cadí” (SCHÜNEMANN, “Kritische Anmerkungen”, cit. en nota al pie n° 37, p. 224).

<sup>45</sup> SCHÜNEMANN, “Kritische Anmerkungen”, cit. en nota al pie n° 37, pp. 203 y 220. Las perplejidades de esta forma de construir una teoría pretendidamente deductiva quedan de manifiesto cuando las nuevas intuiciones con que se fundamentan determinadas propuestas se alejan muy claramente de lo que es esperable conforme a los axiomas o premisas primeramente adoptados, como puede verse en la reacción de los “discípulos” de Jakobs ante su reciente introducción de lo que ellos denominan “elementos corrosivos” de la teoría (SILVA-SÁNCHEZ, Jesús M<sup>a</sup>. “Del Derecho abstracto al Derecho real. Recensión a Günther Jakobs, La pena estatal: significado y finalidad (traducción y estudio preliminar de M. Cancio Meliá y B. Feijóo Sánchez), Thomson-Civitas, Madrid, 2006, 182 págs.” *Indret*. 4 (2006). n° 377, pp. 1-6. En: [http://www.indret.com/pdf/377\\_es.pdf](http://www.indret.com/pdf/377_es.pdf) [visitado el 19.05.2008], p. 6).

los “intermedios”), las proposiciones concretas a que se ha arribado en su desarrollo han llegado a ser también “diferentes”.<sup>46</sup> Lo que ha llevado a la doctrina *finalista* a la situación que, *defendiéndola* –por su carácter “abierto”–, describe Melendo Pardos:

“No conozco una corriente de pensamiento penal dentro de la cual existan diferencias tan amplias ... sus defensores discrep[a]n sobre cuestiones tan básicas — y con consecuencias relevantes— como el concepto de omisión, la interpretación de los requisitos de la comisión por omisión, la admisión de criterios de imputación objetiva en el delito doloso de acción, la propia construcción del tipo del delito imprudente, la configuración de la justificación y los problemas del error sobre los presupuestos de una causa de justificación, el propio concepto de injusto y sus repercusiones —tanto en la tipicidad como en la punibilidad de la tentativa (acabada)—, la comprensión y tratamiento penológico del error de prohibición, por mencionar sólo algunos aspectos conceptuales básicos, discrepancias que, por supuesto, se multiplicarían si nos desplazásemos al plano de la interpretación de las regulaciones —incluso limitándonos a la parte general—.”<sup>47</sup>

De este modo, las teorías elaboradas por la dogmática alemana *con pretensión de universalidad* no permiten cumplir con la función de hacer más “segura” y “calculable” la aplicación del derecho por los tribunales de justicia. La dogmática de origen alemán ya no “se opone a la inseguridad” sino que se ha convertido en la *fuerza* de la misma.

Es decir, aunque sus cultores ofrecen aproximaciones y hasta soluciones que *pretenden aplicarse universalmente*, y son *fácilmente transponibles a otras realidades*, no tienen realmente un *alcance universal*, sino que limitado a la fidelidad y capacidad de aplicación y convencimiento de quienes las han hecho propias. Sin embargo, tanto a la menor “diferencia” en los “puntos de partida” elegidos, como en la medida que se desciende de la abstracción a la proposición normativa de solución de los problemas, las divergencias –aún entre los convencidos de una misma teoría– aumentan a tal punto que no es posible hacer ni segura ni calculable la solución que se ofrecerá.

<sup>46</sup> BACIGALUPO, Enrique. “Die Diskussion über die finale Handlungslehre im Strafrecht,” p. 74s. En: ARNOLD, Jörg *et al* (eds.). *Menschengerechtes Strafrecht. Festschrift für Albin Eser zum 70. Geburtstag*. München: C.H. Beck, 2005, 1459 pp., pp. 61-75. Allí se señala, respecto de la formulación original de la teoría por Welzel, que “una significativa parte de los discípulos de Welzel la rechazan expresamente o abiertamente han modificado” sus presupuestos esenciales (especialmente la teoría final de la acción y la teoría normativa extrema de la culpabilidad), con la consecuencia adicional de que “los distintos puntos de partida permiten diversas soluciones a las cuestiones particulares”, y no una única “solución correcta”.

<sup>47</sup> MELENDO PARDOS, Mariano. “Recensión”. *Revista de Derecho Penal y Criminología*. 2da. Época, tomo 15 (2005), pp. 361-393. Disponible en Internet en: <http://lehrstuhl.jura.uni-goettingen.de/kambos/Person/doc/paros.pdf> [visitado el 25.04.2008]. Las páginas que se cita es la 7 de la versión electrónica.

O sea, parece existir una relación inversa entre la abstracción o capacidad de adaptación o universalización de una teoría penal desarrollada *more germánico* a cualquier ordenamiento jurídico y su capacidad de predictibilidad de la solución de los problemas o casos concretos que dentro de la teoría y en los diferentes ordenamientos se presentan: *a mayor universalidad o abstracción de la teoría dogmática, menor predictibilidad o utilidad de la misma en sus propuestas normativas de solución de los problemas planteados en relación a los casos concretos.*

A la crítica anterior se puede responder diciendo que también existen en Alemania importantes desarrollos teóricos que no siguen ese método *deductivo*, sino uno verdaderamente “abierto” y diferente, como sería el caso de la importante “escuela” de Roxin, donde la *política criminal* jugaría un rol primordial sobre la simple “armonía sistemática”.

Según Roxin la labor “dogmática” consistiría en la “interpretación, sistematización y desarrollo del ordenamiento legal y las opiniones científicas”.<sup>48</sup>

El diferente énfasis en el método de sistematización propuesto por Roxin respecto al *more geométrico* tradicional, radicaría en que, primero, “los puntos de partida” con que se cuentan no serían ya “principios o axiomas indiscutidos”, sino *el derecho positivo*, esto es, “el ordenamiento legal” que debe “interpretarse”; y, en segundo término, que esta interpretación no sólo habría de practicarse *dentro de los límites del sentido literal posible de los textos legales*, sino que ella no sería una labor estrictamente lógica ni podría hacerse aisladamente de la finalidad de *la ley*, y especialmente no de la *política criminal* que ha tenido en cuenta el legislador, concluyendo que

“una sistematización teniendo en cuenta los aspectos teleológicos y políticocriminales es algo que ya está exigido en la tarea interpretativa de la dogmática [...] el dogmático (sea Juez o científico) debe, por tanto, como el legislador, argumentar políticocriminalmente”.<sup>49</sup>

No obstante, insiste Roxin que la argumentación *político criminal* está claramente limitada por un “punto de partida”, que no es ya un “principio” o “axioma” ajeno al derecho positivo, sino el “*sentido literal posible de la ley*”; y, además, porque el intérprete no estaría

<sup>48</sup> ROXIN, *Strafrecht I*, cit. en nota al pie n° 33, p. 194.

<sup>49</sup> ROXIN, *Strafrecht I*, cit. en nota al pie n° 33, p. 228s.

autorizado a “reemplazar con las suyas las propias finalidades políticocriminales del legislador”.<sup>50</sup>

Así, enfrentado Roxin a la discusión que se ha planteado acerca de la pertinencia y validez de la distinción entre *injusto* y *culpabilidad*, puesta ahora en duda en Alemania principalmente por la escuela de Jakobs,<sup>51</sup> y desde hace ya casi 30 años, por autores como Schmidhäuser,<sup>52</sup> responde con el argumento de que

“la parte general [del *StGB*] de 1975 distingue claramente entre antijuridicidad y culpabilidad (como resulta de comparar, por una parte, el § 34, y de otra, el §35).”<sup>53</sup>

Naturalmente, no es este el lugar para discutir cuál sería la correcta interpretación de ciertos párrafos del *StGB*, sino sólo para destacar que, en este caso, el argumento que Roxin emplea no es el recurso a una *teoría universal que explique y justifique la distinción entre injusto y culpabilidad, con independencia del derecho positivo alemán*, sino, sencillamente, el de que tales diferencias provienen de lo dispuesto en “la parte general [del *StGB*] de 1975”, y que, por lo tanto, con otro derecho positivo “no es inimaginable” una solución diferente.<sup>54</sup>

Pero si se toma en serio este método de sistematización, volveríamos a la idea de que la labor dogmática estaría referida al *derecho positivo* de cada sistema jurídico particular, con lo cual las únicas razones para hacerse cargo de las “opiniones científicas” alemanas serían la eventual similitud en el *sentido literal* de los textos a interpretar o una especie de curiosidad intelectual para saber cómo se tratan determinados problemas más allá de nuestras fronteras y así poder apreciar mejor las bondades y defectos del propio sistema jurídico.

<sup>50</sup> ROXIN, *Strafrecht I*, cit. en nota al pie n° 33, p. 229.

<sup>51</sup> Donde no se le atribuye a dicha distinción más valor que un valor subordinado a la función de “alcanzar un entendimiento acerca de qué es un grado suficiente de fidelidad al ordenamiento jurídico y de cuándo éste falta” (JAKOBS, Günther. *Sobre la normativización de la dogmática jurídico-penal*. Trad.: CANCIO MELIÁ, Manuel; FEIJÓO SÁNCHEZ, Bernardo. Madrid: Civitas, 2003. 163 pp., p. 9), llegando a descalificar derechamente como un “duro retroceso” dogmático (LESCH, Heiko H. *Der Verbrechensbegriff. Grundlinien einer funktionalen Revision*. Köln: Heymanns, 1999. 312 pp., p. 198).

<sup>52</sup> SCHMIDHÄUSER, Eberhard. *Strafrecht. Allgemeiner Teil. Lehrbuch. 2. Ed.* Tübingen. J.C.B. Mohr, 1975, 884 pp., pp. 348s y 468. Actualmente, no siendo discípulo de Jakobs, y desde otro “punto de partida”, el de las garantías constitucionales, también rechaza la distinción tradicional entre culpabilidad e injusto, RENZIKOWSKI, Joachim. “Normentheorie und strafrechtsdogmatik.” En: ALEXY, Robert (ed.). *Juristische Grundlagenforschung. Tagung der Deutschen Sektion der Internationalen Vereinigung für Rechts- und Sozialphilosophie (IVR) vom 23. Bis 25. September 2004 in Kiel. ARSP Beiheft Nr. 104*. Stuttgart: Steiner Verlag, 2005. 250 pp., pp. 115-137, pp. 122-135.

<sup>53</sup> ROXIN, *Strafrecht I*, cit. en nota al pie n° 33, p. 664.

<sup>54</sup> ROXIN, *Strafrecht I*, cit. en nota al pie n° 33, p. 664.

Y esas mismas razones serían aplicables para hacerse cargo, eventualmente, de las propuestas normativas ofrecidas por la doctrina, legislación y jurisprudencias francesas, escandinavas o inglesas, pues en la medida que representan respuestas válidas en sus respectivos ordenamientos jurídicos no podrían considerarse *per se* como inferiores a las producidas en Alemania, sino sólo como *diferentes*, como es de hecho el trato que, conforme al principio de igualdad entre los estados comunitarios, reciben *dentro* de la Unión Europea.<sup>55</sup>

Paradójicamente, sin embargo, frente a este proceso de internacionalización del derecho penal, la propuesta de Roxin ha sido poco a poco dejada de lado por sus discípulos directos o indirectos.

Así, Schünemann, quien primero popularizó la idea de que el “sistema”, sin dejar de lado el rigor y la consistencia interna, debía “estar abierto” a la posibilidad de modificar los “puntos de partida” a la luz de su aplicación a los problemas e incorporar nuevos “descubrimientos”,<sup>56</sup> no parece ahora muy dispuesto a adaptarse a los “descubrimientos” que provengan del diálogo entre las distintas tradiciones europeas y las normativas provenientes de la Unión Europea, sino más bien lo contrario: propone que sea la dogmática alemana y “su” pensamiento sistemático quien guíe dicho proceso.<sup>57</sup> Y ello incluye considerar fuera de discusión que Welzel llevaba razón cuando calificaba la distinción practicada por la *Strafrechtswissenschaft* entre injusto (causas de justificación) y culpabilidad (causas de exculpación) como “el más importante progreso dogmático en las últimas dos o tres generaciones”,<sup>58</sup> por lo que no duda en convertirla en el fundamento de su propuesta sistemática basada en la “teoría de los elementos negativos del tipo”.<sup>59</sup>

<sup>55</sup> VOGEL, Joachim. “Europäische Kriminalpolitik – europäische Strafrechtsdogmatik”, *GA*, t. 149 (2002), pp. 517-534. Según Vogel, la integración de la doctrina alemana en este contexto sólo sería posible dando “preferencia al pensamiento problemático frente al sistemático” (p. 522); lo que ya había anticipado KÜHL, Kristian. “Europäisierung der Strafrechtswissenschaft”, *ZStW*, t. 109 (1997), pp. 777-807, donde se afirma que “nosotros [los alemanes] no deberíamos intentar exportar nuestra “furia sistematizadora” [*Systematisierungswut*]” (p. 801s.).

<sup>56</sup> SCHÜNEMANN, Bernd. “Einführung in das strafrechtliche Systemdenken”. En SCHÜNEMANN, Bernd (ed.) *Grundfragen des Modernen Strafrechtssystems*. Berlin: de Gruyter, 1984. pp. 1-68, especialmente pp. 14-18.

<sup>57</sup> SCHÜNEMANN, Bernd. “Ein Gespenst geht um in Europa –Brüsseler >>Strafrechtspflege<< *intra muros*-.” *GA*, t. 149 (2002), pp. 501-516, especialmente p. 511s.

<sup>58</sup> WELZEL, Hans. “Die deutsche strafrechtliche Dogmatik der letzten 100 Jahre und die finale Handlungslehre.” *JuS*. 1966, pp. 421-425, p. 421.

<sup>59</sup> SCHÜNEMANN, Bernd. “Strafrechtsdogmatik als Wissenschaft.” En: SCHÜNEMANN, Bernd; BOTTKE, Wilfried; ACHENBACH, Hans; HAFTKE, Bernhard; RUDOLPHI, Hans- Joachim. *Festschrift für Claus Roxin zum 70. Geburtstag am 15. Mai 2001*. Berlin: de Gruyter, 2001. pp. 1-32, p. 9s.

Lo mismo parece observarse en el desarrollo del pensamiento de Ambos, quien ha abordado el estudio del derecho penal internacional desde la perspectiva de la *Strafrechtswissenschaft*. Así, resulta muy difícil compatibilizar su actual propuesta en orden a que la teoría del delito del futuro derecho penal internacional adopte la sistemática “finalista” o “post-finalista” con sus “inalienables consecuencias” para el sistema de la teoría del delito, incluyendo la categórica distinción entre “injusto” y “culpabilidad”,<sup>60</sup> con aquellas palabras escritas hace ya más de un lustro, donde proponía adoptar en el estudio del “derecho comparado” un “sistema abierto”, “libre de los conceptos sistemáticos del propio ordenamiento jurídico”.<sup>61</sup>

### **3. SEGUNDA RESPUESTA: PORQUE LA DOGMÁTICA PENAL ALEMANA ES “LIBERAL” Y REPRESENTA LA MEJOR DEFENSA CONTRA EL POSITIVISMO AUTORITARIO, LA “ESCUELA DE KIEL” Y SUS VARIANTES MODERNAS**

Según Zaffaroni, la recepción de la dogmática alemana desde el neokantismo en adelante por parte de los autores argentinos no puede ser vista como una suerte de “colonialismo” cultural, atribuyéndole en cambio un sentido *liberal-garantista*, afirmando que la adopción argentina de la ciencia penal alemana neokantiana (*causalista*) tenía como propósito “garantizar un derecho penal liberal o de límites al poder punitivo”, tanto frente al positivismo dominante en la primera mitad del siglo XX como frente a toda forma de “derecho penal autoritario”, incluyendo la llamada *Escuela de Kiel*.<sup>62</sup>

Por su parte, Kai Ambos asegura que la sistemática tripartita tradicional basada en el pensamiento *finalista*, ofrecería un muy buen punto de apoyo a la función ideal de mantenimiento del Estado de Derecho que le atribuye al pensamiento sistemático alemán, pues “ya el reconocimiento de las estructuras lógico-objetivas puede poner límites a la arbitrariedad del legislador autoritario”.<sup>63</sup>

<sup>60</sup> AMBOS, Kai. “Toward a universal System of Crime: Comments on George Fletcher’s *Grammar of Criminal Law*”. *Cardozo Law Review*. 28 (2007), pp. 2647-2673, pp. 2655s.

<sup>61</sup> AMBOS, *Der allgemeine Teil*, cit. en nota al pie n° 28, pp. 44s. y 58.

<sup>62</sup> ZAFFARONI, “El pensamiento alemán”, cit. nota al pie n° , p.15.

<sup>63</sup> AMBOS, Kai. “100 Jahre Belings ‘Lehre vom Verbrechen’: Renaissance des kausalen Verbrechensbegriffs auf internationaler Ebene?“, *ZIS* N° 10 (2006), pp. 464-471, p. 470, nota 89 (hay versión en castellano: “100 años de la “Teoría del delito” de Beling ¿renacimiento del concepto causal de delito en el ámbito internacional?”. *RECPC*. 09-05 (2007), pp. 05:01-05:15. En: <http://criminnet.ugr.es/recpc/09/recpc09-05.pdf>. En

Y sin distinguir entre las variantes al interior del cuerpo de profesores y teorías alemanas, Schönemann plantea la idea de que la dogmática penal alemana cumpliría en general con una “función de mantenimiento del Estado de Derecho”, consistente en su supuesta capacidad crítica frente a la jurisprudencia, los proyectos y textos legales que se apartarían de las ideas de separación de poderes y respeto a las garantías y derechos mínimos de las personas.<sup>64</sup>

### **3.1 OBJECCIÓN: NO EXISTE EVIDENCIA DE QUE LOS PROFESORES, LAS TEORÍAS Y CONSTRUCCIONES DOGMÁTICAS DE ORIGEN ALEMÁN HAYAN SERVIDO A LA FUNCIÓN DE MANTENIMIENTO DEL ESTADO DE DERECHO, PARTICULARMENTE FRENTE A LA INSTAURACIÓN DEL NACIONALSOCIALISMO**

Contra la visión de Zaffaroni, Ambos y Schönemann, reconoce Albin Eser que dado el decidido apoyo que la inmensa mayoría de los profesores de derecho penal alemanes dieran en su momento al régimen nacionalsocialista y sus reformas en la materia, muchas de las cuales son parte de la doctrina dominante hasta hoy en día,<sup>65</sup> se puede ser “escéptico” respecto a la idea de que la *Strafrechtswissenschaft* pueda considerarse a sí misma “un medio de protección contra las dictaduras”.<sup>66</sup> Y lo mismo podría decirse del comportamiento de algunos juristas latinoamericanos frente a las dictaduras de la última mitad del siglo XX, que no veían incompatibilidades entre éstas y el sistema dogmático alemán adoptado acríticamente, como claramente demuestran Politoff<sup>67</sup> y Rivacoba.<sup>68</sup>

En efecto, en general, la actitud complaciente con el régimen nacionalsocialista y su política criminal de la mayor parte de los cultores de la *Rechtstheorie* en dicha época, se

---

el mismo sentido, ver BACIGALUPO, Enrique, “Die Diskussion über die finale Handlungslehre im Strafrecht“. En: ARNOLD, Jörg *et al* (eds.). *Menschengerechtes Strafrecht. Festschrift für Albin Eser zum 70. Geburtstag*, München: C.H. Beck, 2005, pp. 61-75, p. 36.

<sup>64</sup> SCHÜNEMANN, Bernd, “Kritische Anmerkungen zur geistigen Situation der deutschen Strafrechtswissenschaft“, en *GA*, t. 142 (1995), pp. 201-229, p. 224.

<sup>65</sup> WOLF, Gerhard, “Befreiung des Strafrechts vom nationalsozialistischen Denken?“, en *Juristische Schulung* (1996), pp. 189-195.

<sup>66</sup> ESER, Albin, “Schlußbetrachtungen“, en ESER, Albin; HASSEMER, Windfried; BURKHARDT, Björn (eds.), *Die deutsche Strafrechtswissenschaft vor der Jahrtausendwende. Rückbesinnung und Ausblick*, München: C.H. Beck, 2000, pp. 437-448, p. 439.

<sup>67</sup> POLITOFF, Sergio, “Adecuación social y terror en América Latina: el papel de la Justicia“, en *Derecho Penal y Criminología*, N° 22, Vol. VII (1984), pp. 71-81.

<sup>68</sup> RIVACOBA Y RIVACOBA, Manuel de, “Pensamiento penal y criminológico del Código penal tipo para Iberoamérica“, en *Doctrina penal*, N° 40 (1987), pp. 713-734.

derivaba, según Rüping, de que ella voluntariamente habría asumido la tarea de “apoyar al sistema” mediante la “legitimación del *Führerstaat*”.<sup>69</sup> En el ámbito del Derecho penal, se suele citar, tras las investigaciones de Muñoz Conde, como epítome de esta actitud, el giro teórico y la actividad profesional misma de Edmund Mezger (precisamente un “neokantiano” o *causalista*).<sup>70</sup>

Sin embargo, Mezger no fue una figura excepcional en aquella época. Según el prematuramente fallecido Joachim Vogel, el régimen nacionalsocialista no habría significado realmente para *el conjunto* de la *Strafrechtswissenschaft* una ruptura, sino a lo más una “exacerbación” de ciertos rasgos que ya se habían manifestado durante la República de Weimar y que habrían continuado —junto con la continuidad personal de prácticamente todos los profesores de la época— presentes después de 1945, particularmente en lo que respecta a la pérdida de valor del “principio de legalidad”, y la sobrevaloración de la “etización” y la consiguiente “subjetivización” de la teoría del delito,<sup>71</sup> características propias del *finalismo* subsiguiente.

En efecto, no parece que Welzel le haya dado a su teoría la función de oponerse al nacionalsocialismo cuando tuvo la oportunidad de hacerlo, esto es, antes, durante y después de la ascensión y caída del régimen nacionalsocialista. Es más, al contrario de Mezger, no parece que Welzel hubiese tenido que abjurar de ideas previas “liberales”, ni modificar sus pautas de comportamiento, sino que, como veremos, pudo desarrollar sus ideas no sólo en el mismo período de auge del nacionalsocialismo sino también apoyando las ideas y políticas del *Führerstaat*.

En efecto, en cuanto a la conducta personal de Welzel frente a la dictadura nacionalsocialista, ésta puede resumirse en la frase de Karl Siegert (1937), “hombre de confianza de la Federación Alemana de Docentes Nacionalsocialistas en la facultad” de

<sup>69</sup> RÜPING, Hinrich, “Nationalsozialismus und Strafrecht”, *Quaderni Fiorentini per la Storia del Pensiero Giuridico Moderno*, t. 36 (2007), pp. 1007-1030, p. 1009.

<sup>70</sup> Como ha demostrado MUÑOZ CONDE, Francisco, *Edmund Mezger y el Derecho Penal de su tiempo. Estudios sobre el derecho penal en el Nacionalsocialismo*, Valencia: Tirant Lo Blanch, 2002. Durante el nacionalsocialismo, Mezger, al igual que Welzel, aprobó la introducción de la cláusula de analogía como fuente de creación del derecho penal “conforme al sano sentimiento del Pueblo Alemán” e identificó la antijuridicidad material con la infracción al pacto que existía entre el Führer y la “comunidad del pueblo”; no limitándose a apoyar “dogmáticamente” el derecho penal nacionalsocialista, sino también participando activamente en su creación, como asesor ministerial en la elaboración de la Ley sobre “delincuente peligroso habitual” y del Proyecto “sobre tratamiento de extraños a la comunidad” (pp. 136-160, 233-259, y 335-442).

<sup>71</sup> VOGEL, Joachim, *Einflüsse des Nationalsozialismus auf das Strafrechts*, Berlin: BWV, 2003. pp. 14--20, 37, 74 y nota al pie n° 299 en p. 82.

Göttingen, cuyo proyecto era establecer una Facultad con los mejores profesores nacionalsocialistas<sup>72</sup>: aunque a Welzel no podría considerársele “un activista” sus enseñanzas eran tenidas por completamente compatibles con la ideología nacionalsocialista.<sup>73</sup> Así lo acreditan, además, los informes “políticos” de los estudiantes nacionalsocialistas de Bonn,<sup>74</sup> del Decano Niedermayer al momento de llamarlo en 1936 para asumir la cátedra en Göttingen.<sup>75</sup> Dichos informes, así como su membresía en el NSDAP y en otras organizaciones “científicas” nacionalsocialistas, condujeron a que, en el primer proceso de desnazificación a que fue sometido con posterioridad al término de la Segunda Guerra Mundial, Welzel fuese considerado en la categoría de *Mitläufer*. Posteriormente, en el proceso escrito de revisión de dicha calificación, no se consideraron tales informes como “medios de prueba”, sino únicamente los *Persilscheine* (declaraciones juradas de amigos y colegas) que presentó Welzel en su defensa con el efecto de declarársele, en definitiva, como *Entlastet*, esto es, sin cargos.<sup>76</sup>

<sup>72</sup> Una evaluación general de la implementación de este proyecto, que en cinco años supuso el cambio de más de la mitad de los doce profesores de la Facultad, puede verse en HALFMAN, Frank, “Eine ‘Pflanzstätte bester nationalsozialistischer Rechtsgelehrter’: Die Juristische Abteilung der Rechts- und Staatswissenschaftlichen Fakultät”, en: BECKER, Heinrich; DAHMS, Hans-Joachim; WEGELER, Cornelia, *Die Universität Göttingen unter dem Nationalsozialismus*, 2. Ed. München: K. G. Saur, 1998, pp. 102-147.

<sup>73</sup> Según SIEGERT, Karl. *Bericht über die Rechts- und staatswissenschaftliche Fakultät. 06.10.1937*, en *Universitäts Archiv Göttingen*, UAG; R; 4130, p. 4: “*Er ist allerdings kein Aktivist [...] arbeitet aber Loyal mit und vertritt nationalsozialistische Rechtsauffassungen*”.

<sup>74</sup> La copia de la carta de la *Studentenschaft* de Köln (UAG, K, XVI.II.B.18.II, folio 51) retransmitida por su correspondiente en Göttingen con fecha 16.1.1936, dice así: “*Dr. Welzel ist Führer der juristischen Dozentenschaft der Universität Köln. Er ist als Dozent bei seinen Hörern sehr beliebt. Auch als kameradschaftlicher und brauchbarer Mitarbeiter in Arbeitsgemeinschaften und Lagern der Fachschaft hat er sich sehr schnell in unsere Arbeitsdenkweise eingefunden. Wissenschaftlich steht W. in derselben Richtung, wie sie von den beiden Kieler Strafrechtlern Dr. Dahm und Dr. Schaffstein vertreten wird. Heil Hitler! gez. Riechelmann, Leiter der Studentenschaft.*”

<sup>75</sup> El informe del Decano Niedermayer, de 2.1.1936, p. 3, al momento de pedir al Ministerio de Educación el llamado de Welzel para la Cátedra (UAG XVI.II.B.18, Kur 808, folio 48), en la parte que corresponde, dice así: “*Seine Haltung gegenüber dem Nationalsozialismus ist aufgeschlossen und ehrlich, was auch seine Schriften bezeugen-. Er ist nicht Parteimitglied, war aber in Köln Unterführer der Dozentenschaft in der Juristischen Fakultät Köln und ist Bannreferent der Hitlerjugend.*”

<sup>76</sup> El proceso de desnazificación de Welzel, que he consultado personalmente, consta de 43 fojas y se encuentra en el *Staatsarchiv Hannover*, bajo la signatura H-VE/GÖ-ST, Nr. 3680 (Nds. 171 Hild. 10951). La resolución que desestima los informes nacionalsocialistas citados en la nota anterior se encuentra a fojas 22 vuelta. Una exposición detallada del proceso de desnazificación de Welzel, así como una crítica a la conocida falta de apego a la verdad de los mencionados “*Persilscheine*”, puede verse en STICHT, Oliver, *Sachlogik als Naturrecht? Zur Rechtsphilosophie Hans Welzels (1904-1977)*, Paderborn (Alemania): Schönigh, 2000, pp. 25-30, quien, además, “explica” el comportamiento de Welzel durante el régimen nacionalsocialista por su “interés personal en asegurar su existencia y la de su familia” (p. 20). La afirmación de un discípulo de Welzel en Göttingen, LOOS, Fritz, “Schriftum: Oliver Sticht, ‘Sachlogik als Naturrecht? Zur Rechtsphilosophie Hans Welzels (1904-1977)’”, en *ZStW*, t. 114 (2002), pp. 674-680, p. 675, en el sentido de que Welzel habría compartido con Smend una “posición de rechazo al régimen” nacionalsocialista dentro de la Facultad de Derecho de Göttingen, según el “*Persilschein*” que el propio Smend le diera, omite el hecho de que Smend fue todo menos un “opositor” al régimen. En efecto, según me confirmara la Prof. Dra. Eva Schumann, Catedrática de Historia del Derecho en Göttingen, en entrevista personal de 7 de abril de 2008, Smend fue obligado a

Y en lo que respecta a la compatibilidad con el régimen de las propuestas sistemáticas y político criminales de Welzel, las “diferencias” que Bacigalupo detecta entre la teoría finalista y las propuestas de Schaffstein y Dahm,<sup>77</sup> los más reconocidos “ideólogos” del derecho penal nacionalsocialista o *Escuela de Kiel*,<sup>78</sup> no parecen tan radicales. Al contrario, bien pueden asimilarse a las diferencias que hoy existen entre la sistemática tradicional tripartita y la escuela *holística* de Jakobs,<sup>79</sup> pero sin que ello significase diferencias en los conceptos fundamentales de la ideología nacionalsocialista en materias penales.<sup>80</sup> Estas diferencias “intrasistémicas”, que no alcanzaban a servir de base para una crítica decidida de parte de Welzel a la Escuela de Kiel,<sup>81</sup> son atribuibles por Frommel más bien al carácter “conservador” que, dentro del

---

incorporarse a la Facultad de Göttingen por el Ministerio Prusiano de educación, a petición del entonces Decano Siegert, precisamente en razón de su entonces conocida “lealtad” con el nacionalsocialismo (SIEGERT, *Bericht*, cit. nota al pie N° 72, p. 2), lo que explica no sólo que haya sido delegado (*Stellvertreter*) del propio Siegert cuando éste se alistó en el ejército (1939) y su sucesor como Decano a partir de 1941, sino también que le diera a Siegert un *Persilschein* prácticamente idéntico al empleado por Welzel, contradiciendo así la historia construida, *a posteriori*, donde se hace aparecer ese traslado obligatorio como una “degradación” por su supuesta posición contraria al régimen (véase especialmente SCHUMANN, Eva, “Die Göttinger Rechts- und Staatswissenschaftliche Fakultät 1933-1955”, en *Kontinuitäten und Zäsuren. Rechtswissenschaft und Justiz im <<Dritten Reich>> und in der Nachkriegszeit*, Fernwald (Alemania): Wallstein, pp. 65-121, p. 114, nota al pie n° 187). Anteriormente, LOOS, Fritz, “Hans Welzel (1904-1977)”, en *JZ*, t. 22 (2004), pp. 1115-1119, p. 1115s., omitía también toda referencia a las relaciones de su “maestro” con el nacionalsocialismo y, en cambio, destacaba su innegable éxito dogmático, tanto en la jurisprudencia alemana a partir del año 1952, como en la enseñanza del derecho penal en Alemania a través de su “Derecho penal alemán”, y finalmente como asesor ministerial en la Reforma del Código penal comenzada con el Proyecto de 1962, que cristalizó en 1975, con varios cambios en la parte general que reflejaban sus propuestas.

<sup>77</sup> BACIGALUPO, “Die Diskussion”, cit. nota al pie N° 62, pp. 61-75

<sup>78</sup> Por todos, véase el detallado análisis de CATTANEO, Mario A., *Strafrechtstotalitarismus. Terrorismus und Willkür*, Trad.: VORBAUM, Thomas, Baden-Baden (Alemania): Nomos, 2001, pp. 194-226.

<sup>79</sup> Lo que se aprecia claramente en la propuesta de sistematización DAHM, Georg; SCHFFSTEIN, Friedrich, *Methode und System des neuen Strafrechts. Zwei Abhandlungen Sonderabdruck aus der „Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft, band 57“*, Berlin: De Gruyter, sin fecha (aprox. 1939), pp. 225-336, p. 315, donde se propone que “la tipicidad se amplíe más allá del tipo penal, abarcando en sí no sólo las causales de exclusión del injusto, sino también las causales de exclusión de la culpabilidad como elementos negativos de los comprendidos en el tipo penal”.

<sup>80</sup> Al respecto, véase especialmente DAHM / SCHAFFSTEIN, *Methode und System*, cit. nota anterior, pp. 292-294, donde defienden su teoría del derecho penal como realización “orden concreto” (del momento), útil para, sin llegar a “exagerar el pensamiento jurídico normativista”, “la determinación de los deberes de actuación”, decisiva en los “delitos de omisión” y, al mismo tiempo, los contornos de la parte especial; pero, sobre todo, para comprender la esencia del delito “en la comunidad del pueblo”, esto es, como un acto “contrario al orden” [“*das Verbrechen eben <<Unordnung>> ist*”], esto es, como „una contradicción insoportable a la moral de la comunidad“.

<sup>81</sup> De hecho, DAHM / SCHAFFSTEIN, *Methode und System*, cit. nota anterior, p. 225, nota (\*), presentan la obra como una respuesta responden a las críticas recibidas anteriormente por parte de los penalistas de Marburg, Zimmerl y Schwinge, citándose a Welzel únicamente en apoyo de sus propias tesis y no de las de sus críticos. Así, por ej., en nota 4, p. 227, se cita su *Naturalismus* (WELZEL, Hans, *Naturalismus und Wertphilosophie im Strafrecht. Untersuchungen über die ideologischen Grundlagen der Strafrechtswissenschaft*, Mannheim: Deutsches Druck, 1935) como otra obra contraria a las tesis “naturalistas” de la “Escuela de Marburg”; en nota 63<sup>a</sup>, p. 251, se lo trae a colación para fundamentar la idea de que la ley no

nacionalsocialismo, representaban las ideas “etizantes” de Welzel frente a las de Schaffstein y Dahm.<sup>82</sup>

Y todo ello se puede demostrar con un análisis desprejuiciado de las obras de Welzel antes de que el régimen derivara en una dictadura completa, durante la misma y con posterioridad a su total derrota en la Segunda Guerra Mundial, parece apuntar también a que ellas no sólo tenían como propósito ofrecer un sistema de imputación compatible con el estado totalitario que se creaba, sino, además, justificar algunos de sus rasgos más destacables, en lo que a antiliberalismo, odio racial y operaciones eugenésicas se refiere.

Así, en su trabajo de *habilitación*, aparecido en 1935, dos años después del ascenso al poder de Hitler, Welzel afirmaba que “el prodigioso suceso de la revolución nacionalsocialista” lo había llevado a preguntarse por la historia y el futuro del derecho penal, rechazando con Karl Schmitt el “liberalismo” y el “positivismo naturalista” anteriormente imperantes, y afirmando que la “tarea política” que Schaffstein le asignaba a la “ciencia jurídica” del nacionalsocialismo era “comprender los valores de la época histórica concreta” que en ese entonces se vivía, por lo que la “dogmática” no debía ser más vista como un “dominio de lo puramente jurídico”, sino que debía permanecer “estrechamente” unida en su sentir con “la vida histórica, económica, sociológica, religiosa y política” de la comunidad “estado-pueblo”, “de cuyo destino depende”, pues “el concreto orden vital debe ser visto en la gran unidad ... en la comunidad del pueblo, y en relación con la situación histórica concreta, la cual en el ámbito jurídico se condensa sobre todo en la voluntad expresada del Führer, esto es, en la ley”. En este contexto, no parece casualidad que en este trabajo Welzel llame a unir la dogmática con los valores del pueblo; cite profusamente a Schmitt, Dahm, Schaffstein y Freisler; califique al positivismo como “cienticismo” incapaz de comprender “la realidad” de “la raza y el carácter nacional” (“*Rasse und Volkstum*”); y considere como una valiosa “aclaración” del pensamiento “fascista, bolchevique y nacionalsocialista” la denuncia del “relativismo” como una “cosmovisión cultural dominante” que debería cambiarse junto con “la idea del Estado”.<sup>83</sup>

---

crea artificialmente el “orden vital”, sino que éste emana de la “comunidad del pueblo”; y en nota 33, p. 312, para fundamentar la crítica a la distinción entre injusto y culpabilidad de la escuela “clásica” alemana.

<sup>82</sup> FROMMEL, Monika, “Los orígenes ideológicos de la teoría de la acción de Welzel”, en *ADPCP*, t. XLII (1989), pp. 621-632.

<sup>83</sup> WELZEL, *Naturalismus*, cit. nota al pie N° 80, las citas literales, en el orden que aparecen en el texto, corresponden a las pp. vii, 74, 75, 76, las notas al pie N°s 50, 51, 53, 56 y 57, la p. 72 y la nota al pie N° 48.

Por eso es consecuente con estas ideas la identificación que, suponemos en aplicación de este “programa” para el futuro Derecho penal, posteriormente hace Welzel entre el “desvalor de acto” y el abandono de los “valores ético-imperantes” en la dictadura nazi;<sup>84</sup> y en su concepto de delito como “una fractura o caída del orden real de las costumbres del pueblo”.<sup>85</sup> Nótese que Mezger, supuesto contradictor de Welzel, suscribía este concepto en 1941, por estimar que correspondía plenamente a la realización del programa nacionalsocialista, reflejado en el punto 3 de los “Principios” elaborados por la oficina de asuntos jurídicos del NSDAP en 1935, a saber, que “el derecho penal nacionalsocialista debe ser construido sobre el deber de fidelidad al pueblo”.<sup>86</sup> Lo mismo cabe decir del “descubrimiento” *a posteriori* de la filosofía de Hartmann, como fundamento para la teoría de la acción finalista, dado el carácter declaradamente *nazi* y *antiliberal* de dicho autor.<sup>87</sup>

En concreto, Welzel no sólo estimaba de “enorme significado” para “la nueva formación del Derecho penal” “las investigaciones sobre eugenesia y raza”,<sup>88</sup> sino también otorgó su aprobación “científica” a la disolución de la garantía del principio de legalidad para aplicar el derecho penal con fines políticos.

Así, aprobó categóricamente la introducción de la cláusula de aplicación analógica del derecho penal conforme “al sano sentimiento del pueblo alemán”, introducida por el régimen Nazi en el § 2 del entonces vigente StGB, pues ella permitiría aplicar el Derecho penal, sin limitaciones positivas, a quienes infringieran su “contenido material”, esto es, “los valores de acto de la recta conciencia que se encuentran detrás de las normas del Derecho penal”, entre los

<sup>84</sup> WELZEL, Hans, “Studien zum System des Strafrechts”, en *ZStW*, t. 58 (1939), pp. 491-566, p. 497.

<sup>85</sup> WELZEL, Hans, *Der allgemeine Teil des deutschen Strafrechtes in seinen Grundzügen*, 1ª Ed., Berlin: De Gruyter, 1940, p. 2. La frase original de Welzel es: “*ein Ausbrechen oder Abfallen von der wirklichen sittlichen Gemeinschaftsordnungen des Volkes*”.

<sup>86</sup> MEZGER, Edmund, *Deutsches Strafrecht. Ein Grundriss*, 2a. Ed., Berlin: Junker und Dünnhaupt, 1941, pp. 42s. Es de destacar que, en esta época, Mezger tampoco veía diferencias con Welzel en cuanto a que “el concepto de la conducta”, “no pertenece al mundo del simple, naturalista y causalista ser, sino al mundo del ser valorado (mundo de los valores)”, y que en ese mundo la valoración sólo “se logra mediante un concepto finalista de conducta”, poniendo únicamente en duda la reducción de todo el concepto de conducta al “contenido de la voluntad” y la consecuente sistematización welzeliana (p. 47).

<sup>87</sup> Al respecto, CATTANEO, *Strafrechtstotalitarismus*, cit. nota al pie N° 77, p. 237s., muestra como la idea de la “recta conciencia” de la voluntad en el pensamiento ético de Hartmann, se presenta como contraria con el liberalismo de la ilustración, al exigir la constatación de un contenido “positivo” de la voluntad, “superior” al mero comportamiento externo ajustado a la norma.

<sup>88</sup> WELZEL, *Naturalismus*, cit. nota al pie N° 80, p. 75.

cuales menciona, en primer lugar, “la fidelidad al pueblo, al *Reich*, a la *Führung*” y “la obediencia al poder estatal”.<sup>89</sup>

Por eso no extraña que Welzel, en vez de criticarlo, se haya dado el trabajo de buscar una fundamentación adecuada a su teoría de la acción final para la “delimitación” del concepto de *Volkschädlinge* (“parásitos del pueblo”), título de la “ley” de 5.09.1939, cuyo § 4 castigaba con la pena de prisión de 15 años y hasta la de muerte, “cuando así lo exija el sano sentimiento del pueblo”, al que “aprovechándose de las circunstancias de la guerra”, “dolosamente” “cometa cualquier delito”. Según la interpretación del Tribunal Supremo del Reich, siguiendo las directrices del Secretario de Estado Freisler, la amplitud del texto se “limitaba” por el hecho de que sólo se aplicaba a los “parásitos del pueblo”.<sup>90</sup> En la interpretación “finalista” de Welzel, el “contenido de ilicitud” de estos delitos, esto es, lo que convertía a una persona en un “parásito del pueblo”, estaba constituido únicamente los “elementos subjetivos de autor” que demostraban la existencia de “un ánimo que lleva el germen de destrucción de la férrea unidad del pueblo”, que debía castigarse con “todo el rigor del Derecho penal”, esto es, según la “ley” en que ellos se contenían, la pena de muerte.<sup>91</sup>

Que este apoyo al derecho penal nacionalsocialista no se encontraba únicamente dirigido al público interesado en la literatura especializada y en las “notas al pie” de sus obras, queda claro cuando se revisan las ediciones de su *Derecho penal alemán* durante el régimen nacionalsocialista. Así, aparte de su ya citado concepto de delito aparecido en la primera de ellas (1940), en la tercera, aparecida un año antes del término de la guerra (1944), reproducía para sus estudiantes que lo que estaba detrás de la ley penal eran “los valores positivos de la recta conciencia”, esto, es, la “lealtad al pueblo, al *Reich*, a la *Führung*, etc.”,<sup>92</sup> y agregaba, valorando positivamente las reformas nacionalsocialistas, lo siguiente:

---

<sup>89</sup> WELZEL, Hans, “Über den substantiellen Begriff des Strafrechts”, en *Festschrift für Kohlrausch*, Berlin: 1944, pp. 101-119, p. 108.

<sup>90</sup> Según WERLE, Gerhard, “Strafrecht als Waffe: Die Verordnung gegen Volksschädlinge vom 5. September 1939”, en *JuS*, Vol. 29 (1989), pp. 952-958, p. 956, la doctrina de Freisler afirmaba que esta calidad se podría determinar cuando, según la clase de delito, la vida anterior del autor, sus condenas anteriores, su “ánimo” criminal contra la comunidad, o la forma y modo como ha cometido el delito, quede “demostrado” que “el autor corresponde al tipo del Volksschädling”. El texto de esta “ley” puede leerse en [http://de.wikisource.org/wiki/Verordnung\\_gegen\\_Volksschädlinge](http://de.wikisource.org/wiki/Verordnung_gegen_Volksschädlinge) [visitado el 18.02.2008].

<sup>91</sup> WELZEL, Hans, “Personlichkeit und Schuld”, en *ZStW*, t. 60 (1941), pp. 428-475, p. 461, nota al pie 61.

<sup>92</sup> WELZEL, *Das deutsche Strafrecht in seinen Grundzügen*, 3ª Ed., Berlin: De Gruyter, 1944, p. 1. La cita literal es: “*stärker als jeder andere Teil der Rechtsordnung wurzelt das Strafrecht in den spezifisch sittlichen Grundwerten eines Volkes. Hinter seinen Normen, die überwiegend ein "Du sollst nicht" gebieten, stehen die positiven Grundwerte der aus rechtlicher Gesinnung Fliesenden Handlungen: die Treue gegenüber Volk,*

“A pesar de que el StGB se ha mantenido inalterado en su gran parte, las modificaciones legales del Tercer Reich lo han llevado en un nuevo nivel. Entre ellas se cuentan: a) la eliminación de limitaciones liberales, especialmente de la estricta vinculación del juez a la ley, la reordenación y revaloración de los delitos de traición y el aumento de la penalidad en numerosos delitos; b) la complementación de las penas con medidas de seguridad y reeducación; c) el cambio del acento en el concepto de delito, pasando desde el resultado al lado de la voluntad y la conciencia, la derogación de la atenuación obligatoria en la tentativa y la complicidad (una exigencia del “derecho penal de la voluntad”), la introducción de “momentos de la conciencia” en la construcción de delitos, como en el caso del § 211 StGB. Así, la valoración del autor se considera en primer plano frente a la del hecho externo (lo que se denomina muchas veces como derecho penal de autor).”<sup>93</sup>

Esta aprobación personal de Welzel al proyecto penal nacionalsocialista explica por qué, en la siguiente edición de su *Derecho penal*, un par de años después del término de II Guerra Mundial (1947), le atribuyese a dichas reformas un carácter “apolítico”<sup>94</sup> y, por tanto, compatible con el nuevo orden, tal como otros de sus colegas alemanes también lo sugirieron, permitiendo así, que no se produjese una verdadera “desnazificación” en el derecho penal de la posguerra.<sup>95</sup>

Pero, al igual que en el período anterior, una vez restaurada la democracia, Welzel no sólo se limitó a apoyar “en abstracto” las manifestaciones nacionalsocialistas del derecho penal, sino que también prestó, “en concreto”, apoyo “científico” con sus ideas a quienes, por su participación en los crímenes nacionalsocialistas y, en particular, respecto a la “operación eutanasia”, empezaron a ser juzgados penalmente.

Así, con base a su “teoría subjetiva” de la autoría, felicita el fallo del OGH de 5.3.1949, en que se condenó como “cómplices” a un par de médicos que habían participado en la

---

*Reich, Führung, der Gehorsam gegenüber der Staatsgewalt, die Wehrbereitschaft, die Reinheit des Eides [...].”*

<sup>93</sup> WELZEL, *Deutsche Strafrecht*, 3ª ed., cit nota anterior, p. 11. Nuevamente, para evitar malos entendidos, reproduzco literalmente el texto traducido: “*Die Gesetzgebung des Dritten Reiches stellte das StGB trotz unveränderter Beibehaltung der großen Stoffmasse in entscheidenden Punkten auf eine neue Ebene. Hiervon sei hervorgehoben: a) Beseitigung liberaler Einschläge, besonders der strengen Gesetzesgebundenheit des Richters, Neuordnung und Neubewertung der Verratsverbrechen, Straferschwerungen für zahlreiche Tatbestände, b) Ergänzung der Strafe durch sicherende und bessernde Maßnahmen, c) Akzentverlagerung im Verbrechensbegriff von der Erfolgs -auf die Willens- und Gesinnungseite, Beseitigung der obligatorischen Milderbestrafung von Versuch und Beihilfe (Forderungen des "Willenstrafrechts"), Ausbau der Gesinnungsmomente, vgl. § 211 StGB. Die Bewertung des Täters rückt in der Vordergrund gegenüber der Bewertung der äußeren Tat (vielfach Täterstrafrecht genannt).*”

<sup>94</sup> WELZEL, *Das deutsche Strafrecht in seinen Grundzügen*, 4ª ed., Berlin: De Gruyter, 1947, p. 10.

<sup>95</sup> Al respecto, véase , con detalle, VOGEL, *Einflüsse*, cit. nota la pie N° 70, pp. 22–42.

“operación eutanasia”, mediante la selección y transporte a su destino final de los extranjeros, incapaces para el trabajo o la guerra que padecieran determinadas enfermedades mentales.<sup>96</sup>

Según Welzel, sólo Hitler, como el que dio la orden (*Befehlgeber*), sería “el autor” de la operación eutanasia, por lo que estima adecuado considerar a los médicos que materialmente dieron muerte a quienes consideraron a lo más como “cómplices”, para no caer en un “burdo” “objetivismo” (!); criticando, por “incorrecto”, otro fallo del OLG Frankfurt que consideró al que ejecutaba materialmente los hechos como autor.<sup>97</sup> Además, rechaza Welzel categóricamente que en dicho fallo no se haya aceptado para estos médicos como causa de exclusión de la penalidad el “estado de necesidad extralegal” (como sí lo había hecho el tribunal de instancia, liberando de cargos a los acusados). Según Welzel, ese estado de necesidad derivaba del “derecho natural” y operaba justamente en situaciones extraordinarias como las vividas bajo el régimen nazi, y, donde se debía elegir “el mal menor”. A ello agrega que los médicos “podían creer subjetivamente en la adecuación al derecho de la orden” de eliminar a las “vidas sin valor”, pues la prohibición de la eutanasia en esos casos no aparecía como una “regla evidente” del derecho natural, citando escolástica del siglo XVI (!) en ese sentido, por lo que “de ninguna manera” se les debió negar “la posibilidad” de alegar un “error de prohibición excluyente de la culpabilidad”.<sup>98</sup>

Dicho lo anterior, poco queda para seguir ahondando en el supuesto carácter democrático y liberal del pensamiento sistemático alemán. Para la actualidad, remítase el lector simplemente a la creación y defensa de la categoría de los “enemigos” o “no-personas” por

---

<sup>96</sup> Su resumen se encuentra en las pp. 341-343 de la Revista *Monatschrift für deutsches Recht*, vol. 3 (1949). Esta doctrina se ha mantenido incluso en el fallo más o menos reciente del *BGH* de 14.12.1988, donde, aplicando esta doctrina welzeliana, se calificó como mera complicidad la conducta de un médico que se habría encargado personalmente de “abrir el grifo” en la matanza de la menos 2.340 pacientes psiquiátricos mediante el sistema de “duchas” de gas ideado al efecto, condenándolo apenas a tres años de cárcel. VOGEL, *Einflüsse*, cit. nota la pie N° 70, nota n° 329 en p. 89, califica ahora este fallo como “escandaloso.” Una valoración crítica global de los procesos llevados adelante por los tribunales alemanes sobre la operación eutanasia, puede verse en BENZLER, Susanne; PERELS, Joachim, “Justiz und Staatsverbrechen. Über den juristischen Umgang mit der NS-“Euthanasie””, en: LOEWY, Hanno; WINTER, Bettina (Hrsg.), *“Euthanasie” vor Gericht. Fritz Bauer und die Grenzen juristischer Bewältigung*, Frankfurt, New York: Campus, 1996, pp. 15-34.

<sup>97</sup> WELZEL, Hans, “Anmerkung zu dem Urteil OGH 5.3.1949”, en *Monatschrift für deutsches Recht*. Vol. 3 (1949), pp. 373-376.

<sup>98</sup> WELZEL, “Anmerkung”, cit. nota anterior, pp. 373-376. Sobre la “operación eutanasia”, y la pretensión de Welzel de que sus autores materiales estaban amparados por un “error de prohibición”, véase, además, WELZEL, Hans, “Der Irrtum über die Rechtswidrigkeit des Handels”, en *Süddeutsche Juristen-Zeitung*, Vol. 3 (1948), pp. 368-372, nota al pie n° 8 de la p. 371.

parte de Jakobs, como ejemplo de manifestación de la dogmática actual que parecen desvirtuar la pretensión de que ella funcionaría siempre como dique democrático, crítico o lo que sea.<sup>99</sup>

#### **4. TERCERA RESPUESTA: LA SEPARACIÓN DE LEGOS E INICIADOS Y LA PROVISIÓN DE PROPUESTAS NORMATIVAS PARA PROBLEMAS ANTES NO ESTUDIADOS, COMO FUNCIONES EFECTIVAS DE LA DOGMÁTICA ALEMANA EN LA ACADEMIA IBEROAMERICANA. CRÍTICA**

Si no son las ventajas en la aplicación más segura y racional de nuestro derecho en nuestros tribunales, ni tampoco su capacidad para enfrentar los excesos autoritarios, debemos buscar en otras condiciones o circunstancias la explicación a la pregunta acerca de por qué citamos con tanta profusión a los alemanes, si, como en todo caso demuestra el autoreferente desarrollo de la dogmática alemana, es perfectamente posible cultivar esta disciplina “parroquialmente”, interpretando y sistematizando los presupuestos de la responsabilidad penal en general y en relación con cada delito en particular dentro de un determinado sistema jurídico, tomando en cuenta la finalidad de la ley, la jurisprudencia de los tribunales y las opiniones de quienes antes se hayan preocupado de la materia, e incluso desarrollar, a partir de esos materiales “locales”, teorías de alcance pretendidamente universal.

O dicho de otra manera, ¿para qué nos es útil a los iberoamericanos el esfuerzo de aprender el idioma de Goethe, hacer estadías de doctorado y postdoctorado en Alemania e invertir tiempo y recursos en traducir textos y adquirir bibliografía apenas accesible a un mínimo de interesados en nuestros países?

A mi juicio, dos son las funciones útiles de este esfuerzo: por una parte, a pesar de la inseguridad que ello causa, la dispersión y contradicciones que crean las diversas proposiciones normativas generadas a partir de otras diferentes teorías, nos permiten a los cultores de la disciplina disponer de propuestas normativas que ofrecer a los operadores locales (jueces y

---

<sup>99</sup> Según JAKOBS, Günther, “Derecho penal del ciudadano y Derecho penal del enemigo”, en JAKOBS, Günther; CANCIO M., Manuel, *Derecho penal del enemigo*, Madrid: Civitas, 2003, pp. 19-56: “Quien no quiere privar al Derecho penal del ciudadano de sus cualidades vinculadas a la noción de Estado de Derecho — control de las pasiones; reacción exclusivamente frente a hechos exteriorizados, no frente a meros actos preparatorios; respeto a la personalidad del delincuente en el proceso penal, etc. — debería llamar de otro modo aquello que *hay que* hacer contra los terroristas si no se quiere sucumbir, es decir, lo debería llamar Derecho penal del enemigo, guerra refrenada” (p. 41). El subrayado es del autor.

abogados), “dogmáticamente justificadas” y, al mismo tiempo, capaces de adaptarse a los cambios en las valoraciones sociales.<sup>100</sup>

Y por otra, nos permite a quienes poseemos experticia en la “enormemente compleja y comprensiva” doctrina alemana, y, además, acceso a la “intimidadora e inaccesible literatura especializada” escrita en alemán, excluir a los legos del debate sobre el contenido del derecho penal y, consecuentemente, de la posibilidad de formular proposiciones normativas que puedan ser aceptadas por una comunidad que reconoce esa literatura y ese lenguaje como *fuerza de autoridad* en la materia.<sup>101</sup>

Así, aunque producto de la proliferación de teorías, *también en Alemania*, “nadie puede decir, de antemano, cuál es el tratamiento jurídico que van a recibir” los “supuestos dudosos”; lo cierto es que parece llevar razón Gimbernat cuando afirma que al menos en esa tierra de “poetas y filósofos” se tiene “conciencia de que [dichos supuestos dudosos] existen o de las dudas que ofrecen”, lo que no necesariamente es predicable de la doctrina de nuestros países.<sup>102</sup>

Y por eso, cada vez que se aborda un tema “dogmático” “nuevo” (para nosotros), siempre es posible, para quienes tienen la oportunidad de visitar las bibliotecas alemanas, encontrar alguna tesis doctoral o una habilitación o una monografía o un artículo en una Revista o en un *Festschrift* que de cuenta del tema, sistematice los problemas que podrían encontrarse en él y ofrezca alguna propuesta normativa de solución para los casos dudosos.

Es decir, la literatura producida por la *Strafrechtswissenschaft* permite contar con un amplio cuerpo de proposiciones normativas muy variadas frente a cada problema, las cuales, engarzadas en teorías más o menos consistentes, pueden adaptarse a las necesidades sociales en otros lugares y momentos y, ofrecer, por tanto, una “justificación” explícita a los cambios de valoraciones u otras motivaciones implícitas en las decisiones que se adopten o propongan.

<sup>100</sup> BURKHARDT, “Strafrechtsdogmatik”, cit. en nota n° 36, p. 152, habla de posibilitar la adecuación del derecho a los cambios y experiencias sociales y considera que esta es la única que efectivamente se cumple, de entre las varias funciones que se le atribuyen a la dogmática.

<sup>101</sup> Esta función “institucional” ha sido descrita antes por Dubber, pero no respecto a la utilidad que presta el conocimiento de la dogmática alemana a los que a ella tienen acceso en otros países, sino en la propia Alemania, donde la dogmática cumpliría la función “institucional” de “permitir a los jueces profesionales dominar” a los escabinos (legos) en los tribunales de primera instancia donde éstos se encuentran en mayoría (2 escabinos y un juez profesional que preside), pues sólo el juez profesional tiene la experticia en la “enormemente compleja y comprensiva” doctrina, y, además, acceso a la “intimidadora e inaccesible literatura especializada” (DUBBER, Markus Dirk. “The Promise of German Criminal Law: A Science of Crime and Punishment”. En: *German Law Journal*. Vol. 6 (2005), pp. 1049-1072, p. 1058s.)

<sup>102</sup> GIMBERNAT, “¿Tiene un futuro?”, cit. en nota n° 12.

Y si a esas propuestas normativas se les atribuye una suerte de *autoridad superior* a las producidas en nuestros idiomas maternos, la utilidad de este “tesoro” para quienes tenemos acceso *privilegiado* a él es enorme.

En cambio, quienes no han disfrutado del privilegio de estancias en Alemania y de visitar sus bibliotecas, o no tienen dominio suficiente del idioma para consultar la bibliografía disponible en alemán en Chile o en sus países de origen, siempre podrán ser “sorprendidos” mediante la cita de un autor conocido o desconocido o el planteamiento de un problema o solución “novedosos”, con o sin indicación de la fuente, y, en todo caso, sin posibilidad práctica de refutación.

La similitud de este fenómeno con los procesos de segmentación y conservación de privilegios que las instituciones universitarias en la América colonial jugaron en su época, se deja entrever de la sola lectura, por ejemplo, de la descripción que se hace del rol de los colegios universitarios en el Virreinato de Nueva Granada, la actual Colombia:

“La universidad colonial neogranadina, representada esencialmente por los dos grandes colegios de Santafé de Bogotá: el Colegio del Rosario y el Colegio de San Bartolomé, fue, precisamente, una pieza general del mecanismo de segregación social. A más del poder que confería a sus miembros el acceso a un saber determinado; a más del uso reglamentado de una lengua, el latín, que separaba del conjunto; a más de las preeminencias y privilegios sociales y laborales que confería la institución a sus miembros; a más de todo ello, la corporación universitaria funcionó como una forma de defensa contra el mestizaje y sus consecuencias, que amenazaban derruir privilegios largo tiempo ejercidos, no sólo ni principalmente en relación con los grupos subordinados, sino en relación con el propio grupo dominante del cual formaban parte los miembros de la corporación.”<sup>103</sup>

Lamentablemente, además, al no conseguirse el propósito de hacer más “calculable” y “segura” la aplicación de nuestro derecho penal, y, en cambio, servir para poner de manifiesto una posición de privilegio, la cita recurrente a autores alemanes suele parecer muchas veces aquella suerte de “erudición” tan hispana que recomendaba al atribulado Cervantes su “gracioso y bien entendido” amigo en el *Prólogo* del *Quijote*, para que así se le tuviese entre los “hombres leídos, eruditos y elocuentes”:

“En lo de citar en las márgenes los libros y autores de donde sacáredes las sentencias y dichos que pusiéredes en vuestra historia, no hay más sino hacer de manera que

---

<sup>103</sup> SILVA OLARTE, Renán. “Estructuración y disolución de un sistema de reclutamiento de elites: el caso de Santafé de Bogotá, en Nueva Granada.” *Boletín Cultural y Bibliográfico*. N° 32, Vol. XXX (1993). En: <http://www.lablaa.org/blaavirtual/publicacionesbanrep/boletin/boleti5/bol32/elites1.htm> [visitado por última vez el 27.06.2008].

venga a pelo algunas sentencias o latines que vos sepáis de memoria, o a lo menos que os cuesten poco trabajo el buscarle, como será poner, tratando de libertad y cautiverio:

Non bene pro toto libertas venditur auro.

Y luego, en el margen, citar a Horacio, o a quien lo dijo. Si tratáredes del poder de la muerte, acudir luego con

Pallida mors aequo pulsat pede pauperum tabernas regumque turres.

[...] Y con estos latinicos y otros tales os tendrán siquiera por gramático, que el serlo no es de poca honra y provecho el día de hoy [...] Vengamos ahora a la citación de los autores que los otros libros tienen, que en el vuestro os faltan. El remedio que esto tiene es muy fácil, porque no habéis de hacer otra cosa que buscar un libro que los acote todos, desde la A hasta la Z, como vos decís. Pues ese mismo abecedario pondréis vos en vuestro libro; que puesto que a la clara se vea la mentira, por la poca necesidad que vos teníades de aprovecharos dellos, no importa nada, y quizá alguno habrá tan simple que crea que de todos os habéis aprovechado en la simple y sencilla historia vuestra; y cuando no sirva de otra cosa, por lo menos servirá aquel largo catálogo de autores a dar de improviso autoridad al libro. Y más, que no habrá quien se ponga a averiguar si los seguistes o no los seguistes, no yéndole nada en ello.” 104

## 5. ALTERNATIVAS METODOLÓGICAS Y CONCLUSIONES

Pero que es posible intentar la sistematización de un sistema jurídico sin vista a establecer una posición de privilegio y su correspondiente erudición quijotesca, sino procurando modestamente hacer predecible la aplicación de la ley penal, lo demuestra esa otra gran “parroquia” del derecho penal que son los Estados Unidos de América.

En efecto, aunque algunos autores alemanes consideran la disciplina penal norteamericana como “primitiva”,<sup>105</sup> lo que allí se entiende como conceptos *puramente históricos*, son tanto el *more geométrico* (deducir las proposiciones normativas a partir de axiomas o principios indiscutibles) como la idea de considerar a la “Jurisprudencia” una *ciencia*

<sup>104</sup> CERVANTES, Miguel de. *Prólogo de la Primera Parte del Ingenioso Hidalgo don Quijote de la Mancha*. Edición electrónica del Instituto Cervantes. Dirigida por Francisco Rico. Disponible en: <http://cvc.cervantes.es/obref/quijote/edicion/parte1/prologo/default.htm> [visitado el 25.06.2008].

<sup>105</sup> MANSDÖRFER, Marco. “Die Grundlagen des Straftatsystems im common law”. En, del mismo (ed.). *Die allgemeine Straftatlehre des Common Law. Eine Darstellung unter besonderer Berücksichtigung des englischen Strafrechts*. Heilderberg: C.F. Müller, 2005. 238 pp., pp. 1-21, p. 10.

y las bibliotecas jurídicas como los “laboratorios” donde los penalistas investigarían “las verdades imperecederas de la ciencia legal.”<sup>106</sup>

Desde Holmes, en cambio, se afirma que

*“General propositions do not decide concreate cases [...] the decision will depend on a judgment or intuition more subtle than any articulate major premise”.*<sup>107</sup>

Y que, por lo tanto, el derecho no sería ese conjunto de reglas que pueden deducirse desde teorías o principios inmutables, sino algo completamente diferente:

*“The prophecies of what the courts will do in fact, and nothing more pretentious, are what I mean by the law”.*<sup>108</sup>

Luego, allí la labor de sistematización de la disciplina<sup>109</sup> no se refiere a la elaboración de teorías sobre la base de principios más o menos indiscutibles, sino a la determinación de las motivaciones e intereses (personales y políticos) y las asunciones teóricas implícitas de los jueces en las decisiones que se adoptan en los casos concretos, para, al hacerlas explícitas, poder evaluar sus efectos en la vida social.<sup>110</sup> Al mismo tiempo, se trata de clarificar la forma en que, durante el proceso, dichas motivaciones, intereses y teorías se pueden presentar e influir en quienes adoptan las decisiones en los casos concretos<sup>111</sup>. Ello se expresa actualmente en el movimiento denominado *New Legal Realism*, en que se busca, a través del estudio empírico (con la metodología propia de las ciencias sociales) de las características personales de los

<sup>106</sup> HOEFLICH, M.H. “Law & Geometry”. *The American Journal of Legal History*. Vol. XXX (1986), pp. 95-121., p. 96. Ver el desarrollo histórico de estas ideas en SCHWEBER, Howard. “The science of legal science: the model natural sciences in nineteenth-century american education”. *Law and History Review*. Vol. 17, n.º 3 (1999), 94 párrafos. En: <http://www.historycooperative.org/journals/lhr/17.3/schweber.html> [visitado el 03.03.2008].

<sup>107</sup> *Lochner v. New York*. 198 US 45, 76 (1905). Voto disidente del Juez Holmes (En: [http://supct.law.cornell.edu/supct/html/historics/USSC\\_CR\\_0198\\_0045\\_ZS.html](http://supct.law.cornell.edu/supct/html/historics/USSC_CR_0198_0045_ZS.html) [visitado el 15.11.2007]). El caso, referido a la declaración de inconstitucionalidad de una ley que establecía limitación de horario en el trabajo de las panaderías (60 horas semanales, 10 diarias), tiene gran valor en sí mismo, sobre todo, porque Holmes pone claramente en entredicho que la mayoría de la Corte estuviese defendiendo “la Constitución” al declarar que no se podía limitar la libertad contractual en relación con el horario de trabajo, sino más bien el interés de una parte de la sociedad norteamericana por mantener una forma de, diríamos ahora, explotación económica.

<sup>108</sup> HOLMES, Oliver Wendell Jr. “The Path of the Law”. *Harvard Law Review*. Vol. 10 (1897), p. 457. En <http://www.gutenberg.org/dirs/2/3/7/2373/2373-h/2373-h.htm> [visitado por última vez el 15.11.2007].

<sup>109</sup> HALL, Jerome. *General Principles of Criminal Law*. 2. Ed. Indianapolis-Nueva York: Bobbs-Merrill, 1960, 642 pp., p. 12.

<sup>110</sup> ATIYA, P. S.; SUMMERS, ROBERT S. *Form and Substance in Anglo-American Law. A Comparative study of Legal Reasoning, Legal Theory, and Legal Institutions*. Oxford: Clarendon Press, 1987. 437 pp., pp. 249-257.

<sup>111</sup> POUND, Roscoe. “Courts and Legislation”. *The American Political Science Review*. Vol. 7 (1913), pp. 361-383.

jueces, incluidas su afiliación política, origen social y “afiliaciones teóricas” y otras, predecir el contenido de sus sentencias, determinando las regularidades y desviaciones de las mismas.<sup>112</sup>

Pero si abandonamos la simple trasposición del *more germánico*, dejamos de lado la ritual cita y referencia a los autores y discusiones alemanas para intentar comprender nuestro sistema jurídico y, simplemente, consideramos lo que sucede en el país de Beethoven como un punto de comparación tan valioso como los demás, ¿qué nos queda aparte de la “imprevisión”, “inseguridad” y “lotería” en los tribunales de justicia, ahora abandonados a su suerte, sin siquiera la ilusión de que se construye un saber que hará más “calculables” y “seguras” sus decisiones?

Contra todo pronóstico, nos quedan muchas cosas.

Desde luego, nos queda la tarea de intentar por nosotros mismos explicar el funcionamiento de nuestro sistema jurídico, darnos al trabajo de estudiar sin los prejuicios sistemáticos y legales alemanes nuestra propia vasta legislación y las no pocas obras escritas al respecto al menos desde la promulgación de los códigos decimonónicos,<sup>113</sup> averiguar qué problemas se tratan allí, qué teorías se han intentado esbozar para explicarlos y si tales teorías tienen vigencia en la práctica de nuestros tribunales. También nos queda, sobre todo, procurar sistematizar las teorías explícitas e implícitas en los fallos de nuestros tribunales y su *praxis*, para poder predecir sus regularidades e irregularidades, determinando las razones que hacen posibles esas irregularidades, para procurar así también hacerlas predecibles.

Esto es, intentar construir teorías que expliquen adecuadamente el funcionamiento de nuestro sistema jurídico y hagan posible una “calculable” y más “segura” aplicación del derecho penal en nuestros tribunales, cosa que hasta el momento no ha sido posible siguiendo el *more germánico*.

Naturalmente, con ello no quiero decir que *toda* teoría alemana deba rechazarse *per se* ni mucho menos. Eso, aparte de completamente irracional, pues el origen de una idea nada dice

---

<sup>112</sup> Para una visión global del New Legal Realism, ver ERLANGER, Howard; GARTH, Bryant; LARSON, Jane; MERTZ, Elizabeth; NOURSE, Victoria; WILKINS, David. “Is It Time for a New Legal Realism?” *Wisconsin Law Review*. 2005, pp. 335–363. En [http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract\\_id=896762](http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=896762) [visitado el 12.12.2007]. Recientemente, véase también MILES Thomas J.; SUNSTEIN, Cass R. “The New Legal Realism”. *University of Chicago Law Review*. En prensa, postado en SSRN 19.11.2007. En [http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract\\_id=1070283#](http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=1070283#) [visitado el 12.12.2007].

<sup>113</sup> Ver, por ejemplo, para el caso chileno, la recopilación de artículos sistematizada en MATUS, Jean Pierre; CARNEVALI, Raúl. “Análisis descriptivo y cuantitativo de los artículos de Derecho penal y Criminología de autores chilenos en Revistas publicadas en Chile (1885-2006)”. *Política Criminal*. n° 3, 2007. D2, pp. 1-138. En: [http://www.politicacriminal.cl/n\\_03/d\\_2\\_3.pdf](http://www.politicacriminal.cl/n_03/d_2_3.pdf) [visitado el 27-06.2008].

acerca de su valor, haría además imposible la explicación del derecho penal chileno e iberoamericano, donde todos, incluyendo los tribunales de justicia, cuál más cuál menos, hemos recogido ideas y propuestas alemanas y las damos por buenas y aplicables al derecho patrio.

Sólo quiero destacar que ellas se refieren, por una parte, a la discusión acerca del contenido del derecho positivo alemán, no del chileno o de cualquier otro país iberoamericano; y, por otra, que en tanto *pretendidamente universales*, no es seguro que permitan una calculable y segura aplicación del derecho penal en nuestros “parroquiales” tribunales, sino a lo más, proveernos de explicaciones y soluciones a ciertos problemas que pueden o no ser coincidentes con las del derecho positivo y las teorías elaboradas en otros lugares.

Por otra parte, si es cierto que, como dice Fletcher, nuestro interés en la dogmática alemana también pueda explicarse, además, por nuestra pertenencia a una cultura “cosmopolita”,<sup>114</sup> no debemos perder esta ventaja, sino ampliarla y abrir las ventanas de nuestras investigaciones no sólo a lo que se publica en Berlín, sino también en otros lugares donde quizás existan teorías tanto o más adecuadas que las germanas para explicar el funcionamiento del derecho penal y permitir lograr ese objetivo de hacer más calculable y segura su aplicación, sin que estemos, por ello, obligados a *quemar nuestros barcos* para olvidar todo lo que hasta el momento se ha avanzado en la tarea.

Naturalmente, esto no supone la imposible tarea de convertirnos en eruditos de todo lo que se escribe sobre el derecho penal en todas partes del mundo. Dada la actual “inundación de publicaciones”, tanto físicas como electrónicas, y el vasto material acumulado desde la dictación de los códigos decimonónicos, la exhaustividad hoy en día no es posible ni exigible, aún reduciendo nuestro horizonte a lo que se escribe únicamente en alemán y español. Aparte, tampoco es útil, a menos que la empleemos para demostrar nuestra “erudición” en el estilo quijotesco antes reseñado.

Sin embargo, la existencia de bases de datos con publicaciones científicas en línea y la cada vez mayor disponibilidad de recursos electrónicos permite, siempre que se tenga claro que no se trabaja con la premisa de la exhaustividad, acceder a un importante número de fuentes donde los temas concretos se profundizan y es posible encontrar referencias cruzadas a otras obras especializadas.

---

<sup>114</sup> FLETCHER, Georg P. “Deutsche Strafrechtsdogmatik aus ausländischer Sicht.” En: ESER / HASSEMER / BURKHARDT, *Deutsche Strafrechtswissenschaft*, cit. nota n ° 11, pp. 235-253, p. 239s.

Con una real apertura metodológica, y asumiendo que —como Gimbernat también lo ha puesto de manifiesto—, no sólo es cierto que “no está escrito en ninguna parte que un libro de 1989 tenga que aportar mejores soluciones y razonamientos más convincentes que otro de 1919, de 1931 o de 1969”,<sup>115</sup> sino también que tampoco los autores norteamericanos, ingleses, italianos o franceses están completamente huérfanos de soluciones y razonamientos convincentes, así como que nada nos impide a nosotros formular teorías adecuadas a nuestra realidad normativa,<sup>116</sup> lo relevante no será ya el momento o lugar de formulación de una teoría o idea, si no su capacidad explicativa del funcionamiento de nuestro sistema penal.

Pero si queremos hacer realidad con nuestro trabajo la propuesta de hacer “segura” y “calculable” la aplicación de nuestro derecho penal, y no simplemente aumentar el número de fuentes para perseverar en la erudición quijotesca, se ha de insistir en que las teorías que se formulen, adopten o modifiquen al adoptarse, deben no sólo tener capacidad “explicativa” sino, *sobre todo, capacidad predictiva*, esto es, que no se trata únicamente de elegir entre distintas explicaciones igualmente válidas, como si en cuanto al fondo de las cuestiones debatidas existiera una suerte de acuerdo básico o divergencias dentro de un marco determinado,<sup>117</sup> sino que hemos de procurar adoptar aquella que tenga la capacidad de dar cuenta cómo y por qué los tribunales aplican el derecho de determinada manera en determinados ámbitos, de modo que sea predecible su forma de aplicarlo en el futuro, de mantenerse las condiciones iniciales, y qué alternativas habrían, al cambiar éstas.

Luego, ya no se trataría únicamente de discutir la consistencia interna de las teorías adoptadas del extranjero, sino de, a la luz del derecho comparado, poder comprender mejor el

---

<sup>115</sup> GIMBERNAT ORDEIG, Enrique. “Concurso de leyes, error y participación en el delito (a propósito del libro del mismo título del profesor Enrique Peñaranda)”. *ADPCP*, t. 45 (1992), pp. 833-854, p. 833. Disponible en Internet, en [http://www.cienciaspenales.net/portal/page/portal/IDP/1990-1999/1992\\_fasc\\_III.pdf](http://www.cienciaspenales.net/portal/page/portal/IDP/1990-1999/1992_fasc_III.pdf) [visitado por última vez el 27.06.2008].

<sup>116</sup> Como lo demuestra, en un ámbito específico del sistema penal, la experiencia de la elaboración teórica e implementación de la reforma procesal penal de fines del siglo XX y principios de XXI en latinoamérica. Ver al respecto, LANGER, Máximo. “Revolución en el proceso penal latinoamericano: difusión de ideas legales desde la periferia.” En: [http://www.cejamerica.org/doc/documentos/revolucionenprocesopenal\\_Langer.pdf](http://www.cejamerica.org/doc/documentos/revolucionenprocesopenal_Langer.pdf) [visitado el 27.06.2008]

<sup>117</sup> Como, desde su propia perspectiva, propuso una vez Fletcher, esto es, tratando de hacer aplicable al Derecho norteamericano las categorías y conceptos de la dogmática alemana. En este texto, el autor agrupa los diferentes problemas y soluciones que el estudio del derecho penal enfrenta en doce distinciones básicas: derecho sustantivo v. procesal; castigo v. tratamiento; sujeto v. objeto; causación humana v. natural; crimen v. criminal; ofensas v. defensas; intención v. negligencia; legítima defensa v. estado de necesidad; errores relevantes v. irrelevantes; tentativa v. consumación; autoría v. complicidad; y justicia v. legalidad (FLETCHER, Georg P. *Basic Concepts of Criminal Law*. New York: Oxford University Press, 1998. 223 pp. Hay traducción al castellano: *Conceptos básicos de Derecho Penal*. Trad.: MUÑOZ CONDE, Francisco. Valencia: Tirant lo Blanch, 1997. 312 pp.).

funcionamiento de nuestro propio sistema jurídico. En palabras de Dubber, esta forma de considerar el derecho comparado (y también las soluciones que en el propio derecho nacional se dan, desde otros puntos de vista, a los mismos problemas), no es, ciertamente, “sistemática”, *more germánico*, sino

*“is best thought of as a spirit, an approach, an attitude, rather than as a formal discipline or even a serious commitment to the exploration of the details of foreign criminal law (Just what is the Dutch position on assisted suicide?). In this critical comparative spirit, any transjurisdictional comparison, domestic or foreign, internal or external, promises a fresh perspective”.*<sup>118</sup>

Que las teorías y proposiciones normativas utilizadas en la comparación tengan origen alemán, inglés, norteamericano, francés, peruano, colombiano, argentino, chileno o mexicano —donde se ha desarrollado una forma particular de dogmática, la del “modelo lógico”— es, para estos efectos, irrelevante, si ellas permiten formular teorías y proposiciones normativas que permitan explicar y predecir adecuadamente el funcionamiento de nuestro sistema penal en general y en particular, respecto a determinados problemas más o menos concretos, según su alcance.

## 6. COLOFÓN

A.v. Weezel ha publicado una “réplica” al texto arriba reproducido, como fue publicado originalmente, calificándolo de “cuidado y erudito”, pero concluyendo que adolece de “de tres equívocos que restan todo valor a las tesis de fondo, aunque lleve razón en algunas observaciones puntuales”, a saber: i) un equivocado “concepto de ciencia penal”, ii) una “errónea comprensión de las relaciones entre lo universal y lo particular”, y iii) poner “de cabeza el proceso de formación del conocimiento”.<sup>119</sup>

Le agradezco a Weezel la oportunidad que su “réplica” me brinda para aclarar los malentendidos en que ella se fundamenta, los cuales, probablemente, también pueden haber encontrado repercusión en otros lectores del texto.

Para ello, empecemos por recordar que allí se describe un fenómeno que no es refutado por Weezel y que, incluso, es reconocido en la propia Alemania: que mientras nosotros citamos “disciplinadamente” a los alemanes; ellos, con la misma “disciplina”, nos ignoran. Esta

<sup>118</sup> DUBBER, M.D., *Criminal Law. Model Penal Code*, New York: Foundation Press, 2002, p. 436.

<sup>119</sup> WEEZEL, Alex van, “Por qué no citamos más a los alemanes? Réplica a J.P. Matus”, *Política Criminal*, n° 6 (2008), D-2, pp. 1-5.

descripción de la realidad es comprobada mediante un análisis exploratorio de las citas contenidas en dos de las principales revistas publicadas en español y en un número similar de las principales que se publican en alemán. Además, se hace un estudio de las traducciones realizadas en uno y otro sentido y se demuestra con ello que, mientras los hispano-hablantes dedicamos tiempo y esfuerzo en traducir ingentes cantidades de material producido en alemán, los cultores del derecho penal en Alemania no se interesan, salvo muy excepcionalmente, en poner a disposición de los germanoparlantes la producción en la materia escrita en castellano. Es decir, mediante una metodología claramente explicitada y replicable se da cuenta de un hecho que, en el ámbito académico, estaba antes reservado al carácter de especulación: que la doctrina escrita en español es “desconocida cuando no ignorada” (Muñoz Conde) por los estudiosos alemanes en la materia, al punto que el propio Roxin ha calificado esta peculiar relación “científica” como una “calle en un solo sentido”. Además, la misma metodología permite dar cuenta de que el fenómeno detectado en la doctrina hispanoparlante de recurrir al derecho comparado para fundamentar sus propuestas normativas, no es en ningún caso nuevo: antes de 1970 se recurría con la misma “disciplina” a los aportes de los estudiosos italianos del derecho penal. Esto parece confirmar la hipótesis del carácter “cosmopolita” que a la doctrina hispana le atribuye Fletcher, en contraste con el “provinciano” de las culturas alemanas y norteamericanas., el cual, respecto a Alemania, es reconocido por el propio Roxin, argumentando que ellos se debería a la imposibilidad de contar con bibliotecas bien dotadas en derecho extranjero, las incapacidades idiomáticas de los profesores alemanes y su limitada capacidad de trabajo.

Luego, se contrastan algunas hipótesis acerca del por qué de este fenómeno. Se investiga si existe una relación histórica entre las codificaciones hispanas y las alemanas del siglo XIX, descartándose no por capricho o disgusto, sino porque así lo demuestran los textos y documentos disponibles. Luego, se especula acerca de la similitud del recurso a una doctrina en idioma extranjero que no es conocido ni dominado sino por un mínimo grupo de personas que habitan Latinoamérica, como una forma de mantener los privilegios de los profesores, tal como acontecía en la universidad colonial, respecto del uso del latín. Estos resultados tampoco son refutados por Weezel.

¿Dónde radica, entonces, el malentendido que quiero destacar, antes de entrar al análisis de las objeciones puntuales de Weezel?

El malentendido radica en la afirmación de Weezel de que yo descartaría como causa de la relación en un solo sentido de nuestra doctrina con la alemana, “el nivel científico de su producción intelectual”. Por el contrario, el texto procura demostrar cómo el método de los grandes profesores alemanes permite abstraer de la contingencia legal los problemas que analizan y ofrecer soluciones desde un punto de vista *externo* al ordenamiento positivo, lo que permite que sean transponibles a otros sistemas normativos, ya que *no dependen del derecho positivo*, sino únicamente de los puntos de partida *apriorísticos* que se adopten para ello. Y se agrega, entonces, que si esto es así, la validez de las proposiciones normativas que se hagan con este método no dependen ya del texto positivo a que harían eventualmente referencia, sino únicamente a la fuerza de la lógica de su derivación desde el “punto de partida” adoptado. Y todo esto no es algo que se me haya ocurrido a mí de repente: ¡este es el método dogmático como lo describen y emplean los que se denominan “científicos” del derecho penal, desde Welzel hasta el *Doktorvater* de Weezel, el Profesor Jakobs!, tal como documentadamente se demuestra en el texto.

A partir de allí, Weezel comienza por atribuirme un erróneo concepto de la “ciencia penal”, confundiendo la *descripción* que en el texto hago del denominado *new legal realism* con mi propuesta, más modesta, por cierto, de intentar comprender nuestro propio sistema jurídico, procurando determinar las regularidades e irregularidades de nuestra jurisprudencia, aprovechando todos los aportes disponibles a un lado y otro del atlántico y no limitándonos únicamente a la ya descrita (y no refutada por Weezel) “disciplinada” cita de los autores alemanes.

Evidentemente, si uno emplea, como lo hace Weezel, el concepto *apriorístico* de “ciencia del derecho” de su *Doktorvater*, puede decir que a la “ciencia penal” no le interesa la *praxis*, sino que, al contrario, la “actividad científica se ocupa principalmente de la cuestión de la *legitimación* del Derecho penal: la Ciencia del derecho penal debe dar respuesta a la pregunta acerca de cuál Derecho penal es legítimo en una época determinada y cuál no lo es.”<sup>120</sup> Pero, aún cuando Jakobs, aplicando ese concepto clasifica el Comentario de *von Frank* y con ello a todos los comentaristas como simples “auxiliares del Derecho” y “ayudantes de la *praxis*,” (p. 107) –y cabe preguntarse qué diría de obras sin duda menos pretenciosas como las de Pacheco y Labatut-, debe admitir que

---

<sup>120</sup> JAKOBS, Günther, *El derecho penal como disciplina científica*, trad. A.v. WEEZEL, Madrid: Tecnos, 2008, p. 22.

“la Ciencia del Derecho, en cuanto ciencia de la constitución normativa de la sociedad y, en concreto, de aquella que *realmente tiene lugar y no de una meramente imaginada*, no puede pasar por alto –a diferencia de una ciencia *pura* de las normas– *las condiciones necesarias para la realidad del Derecho*, sino que debe tenerlas en cuenta. Las normas jurídicas proporcionan orientación, pero sólo si al mismo tiempo se cimentan cognitivamente” (p. 103s, los subrayados son míos, salvo en *para*).

Y dado que, para citar a otro autor de moda, parece que el cimiento cognitivo de las normas, “*la realidad del Derecho*”, no es otra cosa que lo que “los jueces dicen que es el Derecho” (Luhmann), en un momento histórico determinado, la constitución normativa de una sociedad no puede comprenderse haciendo caso omiso de las regularidades e irregularidades de la aplicación del Derecho por parte de la jurisprudencia. El “dolor penal” no se inflige automáticamente: requiere que un Tribunal así lo ordene tras un proceso legal.

*Segundo supuesto equívoco: errónea comprensión de las relaciones entre lo universal y lo particular.* Otra vez confunde aquí Weezel una *descripción* con una valoración. En efecto, la descripción que hace Bleckmann del método científico alemán no es algo que él critique, sino al contrario, algo que explicita y hace propio. Yo tampoco me propongo su crítica, sino únicamente describirlo. Si la descripción no concuerda con el objeto, quizás no sólo yo esté equivocado, sino también lo estén Bleckmann, Welzel, Lampe, Schmidhäuser, Lesch y Jakobs. Y quizás ahora también Silva Sánchez, para quien

“ha de quedar claro que un determinado ordenamiento jurídico-penal nacional, positivo, no constituye el objeto de la dogmática de la teoría del delito, sino sólo el límite de su construcción *de lege lata*.”<sup>121</sup>

También se confunde Weezel cuando parece interpretar mis palabras en orden a reconstruir nuestro propio sistema normativo como una negativa implícita a consultar el derecho comparado. Eso no está en ninguna parte del texto que Weezel critica. Al contrario, Weezel coincide con el texto en cuanto a la necesidad de recurrir al derecho comparado para tratar de comprender los conceptos de nuestro sistema normativo, “porque la literatura y la jurisprudencia no rara vez beben de fuentes “extranjeras”” (Weezel, p. 3). La diferencia es que yo propongo *conocer más allá de lo escrito en alemán y sus derivados* y, en cambio, Weezel parece conformarse con conocer *menos*, limitándose a los productos editados en Alemania.

---

<sup>121</sup> SILVA SÁNCHEZ, Jesús M<sup>a</sup>, “Dogmática jurídico-penal revisitada”, *InDret Penal*, n° 4 (2008), *editorial*, p. 2. Disponible en Internet en: [http://www.indret.com/code/getPdf.php?id=1172&pdf=editorial\\_penal\\_1\\_1.pdf](http://www.indret.com/code/getPdf.php?id=1172&pdf=editorial_penal_1_1.pdf).

Y el por qué de esta limitación autoimpuesta lo trata de explicar Weezel argumentando sobre *el tercer supuesto equívoco* en que yo incurriría: *poner de cabeza el proceso de formación del conocimiento*. Sin embargo, incurre aquí Weezel no ya en una confusión entre lo que en el texto es una descripción y la argumentación al respecto, sino entre su propia interpretación del texto y lo que allí se dice. Al respecto, parece evidente que existe una diferencia entre destacar que, según los propios alemanes, su método “científico” supone un “punto de partida” conceptual o *apriorístico* que habilitaría la legitimación, reconstrucción, crítica y perfeccionamiento del derecho positivo en un momento determinado, y la idea que ese punto de partida o *a priori* corresponde a una simple “cita”.

Otra cosa es el uso, *entre nosotros*, de la cita directa o indirecta de los autores alemanes como *argumento de autoridad*, el cual no cabría sino compartir o rechazar, sin dejar lugar a la verdadera discusión. Quizás esto se pueda ver en el trabajo de algunos dogmáticos latinoamericanos que fundamentan sus opiniones únicamente en la de los profesores alemanes que eligen como referente, pero es claro que no es éste el método propiamente germánico, sino, si acaso, un remedo del mismo en iberoamérica. Y es a este remedo de “método” al que se dirige la crítica mediante la cita del prólogo del Quijote. Pero no al método dogmático alemán.

Finalmente, despejados los malos entendidos, llegamos al punto central de las objeciones de Weezel: no citamos a los alemanes solamente por tradición, comodidad, conveniencia, simple casualidad histórica o de formación, sino porque la doctrina alemana aportaría “elementos valiosos sobre la forma de plantear algunos problemas y de sintetizar las opciones en juego”, exploraría “en profundidad cuestiones de interés para los investigadores no alemanes”, y abriría “horizontes en la comprensión de algunos asuntos propios de la disciplina” (p. 4).

Pues bien, lo interesante del caso es que, en ese aspecto, la aparente objeción de Weezel no es tal, pues en ninguna parte del texto que él critica se niega la enorme capacidad de producir textos pertinentes y útiles que tiene la dogmática alemana y no sólo por su capacidad para abstraerse del derecho positivo alemán. Y allí expresamente se dice que no debemos abandonar todo lo ganado con el contacto que con dicha tradición hemos tenido.

Lo que se plantea es que no por ello deberíamos ignorar otras tradiciones. O, mejor dicho, que no porque a los alemanes no les interesan otras tradiciones, a nosotros deberían dejar de interesarnos al momento de contrastar diversas soluciones a los problemas jurídicos que se nos plantean. O, como reconoce Weezel, que

“mientras no se pierda de vista la identidad de la sociedad, la configuración normativa del ámbito para el cual se propone esa solución, el origen de los argumentos, puntos de vista, consideraciones, etc. es relativamente indiferente [...] En este sentido, más que prescindir de alguna tradición científica, habría que aspirar a una integración todavía mayor de cualquier tradición capaz de ofrecer obras valiosas” (p. 4).

Es esto precisamente lo que plantea el texto que Weezel critica: que debemos abrirnos a la posibilidad de analizar los problemas jurídicos con una verdadera visión de derecho comparado, sin limitarnos a recurrir al argumento de la *autoridad* de los alemanes.

De allí que sólo el hecho del malentendido de mis palabras, como si se dijese “abandónese todo lo alemán y reemplacémoslo por lo norteamericano”, que no se dice en ningún caso, puede explicar que Weezel, sorpresivamente, en vez de concluir en que esa “integración mayor” de tradiciones ha de suponer al menos *conocer* otras tradiciones diferentes a la germana, concluya diciendo que

“si las citas sólo tienen sentido como auténtica expresión de un trabajo intelectual profundo, más que preguntar por qué citamos a los alemanes habría que preguntarse por qué no los citamos aún más.”

Pero si en verdad buscamos esa “integración mayor” y “el origen de los argumentos, puntos de vista, consideraciones, etc. es relativamente indiferente”, ¿por qué negarnos *a priori* a *conocer* qué y cómo se discute en el ámbito del *Common Law*, en Italia y en nuestro propio ámbito nacional e iberoamericano, reduciendo nuestro espectro de investigaciones a lo alemán?

Ese es el fondo de mi propuesta para este momento histórico, cuando ya hay entre nosotros instituciones procesales y penales de claro origen anglosajón, más allá del procedimiento acusatorio contradictorio, como la responsabilidad penal de las personas jurídicas, la llamada “ceguera deliberada” y los mecanismos de intervención penal en los mercados ilícitos y financieros, por mencionar sólo algunos aspectos “modernos”; pues es obvio que en los “tradicionales” también quizás tenemos algo que aprender, como en los problemas relativos al error sobre los presupuestos objetivos de las causales de justificación o la distinción entre necesidad y coacción -confundida entre nosotros dentro de la categoría de “estado de necesidad exculpante-; o en la misma discusión que Weezel plantea sobre la autoría y la participación, pues no parece claro que un concepto unitario de autoría (como el que se utiliza por los italianos y en el derecho internacional) sea de suyo tan categóricamente rechazable, tanto porque no es claro que el legislador de 1874 estuviese pensando en la dogmática alemana,

como porque ya se han incorporado a nuestra legislación numerosas normas que abiertamente igualan la responsabilidad de autores y cómplices, como en los delitos de tráfico de drogas y demás derivados de la implementación de tratados internacionales.

## 7. ANEXO N° 1

### **Estudio comparativo de las traducciones aparecidas en español y alemán, de obras sobre derecho penal, disponibles en el Max-Planck Institut de Freiburg**

El estudio se llevó adelante para construir un indicador de los términos de intercambio entre la doctrina iberoamericana y la alemana, medido como la inversión de tiempo y recursos en la difusión de obras aparecidas en idioma extranjero en cada uno de los ámbitos culturales asociados, iberoamérica y Alemania, respectivamente.

Para la construcción del indicador se tomaron en cuenta *todas* las traducciones de obras de derecho penal de autores alemanes aparecidas en España (Madrid y Barcelona), Argentina (Buenos Aires) y Colombia (Bogotá) y, viceversa, de obras argentinas, colombianas o españolas, aparecidas en lengua alemana en las principales ciudades editoriales alemanas (Berlín, Frankfurt, München y Heidelberg), contenidas en el catálogo electrónico *del Max-Planck Institut für ausländisches und internationale Recht*.<sup>122</sup>

Allí se encuentran 16 traducciones publicadas en Madrid, 7 en Barcelona, 26 en Bogotá y 14 en Buenos Aires. En cambio, en sentido inverso, el catálogo del *Max-Planck Institut* da cuenta únicamente de dos obras españolas recientes previamente publicadas en castellano: una

<sup>122</sup> Disponible en <http://www.mpicc.de/ww/de/pub/bibliothek/recherche/opac.htm>. La búsqueda se realizó el día 29 de marzo de 2008 y se empleó el sistema de búsqueda “compleja” del catálogo, buscando los resultados conjuntos de las palabras clave “*Deutschland B*” (signatura para “derecho penal alemania”), por una parte, y “*Madrid*”, “*Barcelona*”, “*Bogotá*” y “*Buenos Aires*” (lugar de edición), por la otra, para ubicar las traducciones de textos de autores alemanes al castellano impresas en las principales ciudades de España, Colombia y Argentina; y entre “*Spanien B*”, “*Kolumbien B*” y “*Argentinien B*” (signaturas para “derecho penal española”, “colombiana” y “argentina”, respectivamente), por una parte, y “*Berlin*”, “*Frankfurt*”, “*München*” y “*Heidelberg*” (lugar de edición), por la otra, para encontrar obras españolas o argentinas publicadas en Alemania.

Dado que, especialmente en este último caso, el catálogo arrojaba no sólo traducciones, sino también tesis doctorales de autores de nacionalidad española, colombiana o argentina, junto a textos de autores alemanes referidos a dichos países, los resultados han debido ser refinados caso por caso, lo que produce un margen de diferencia con los resultados originales de la búsqueda.

También hay un margen de error en la omisión de títulos por problemas de catalogación, pues, por ejemplo, se encuentra bajo la signatura *Deutschland A*, el siguiente texto aparecido en Madrid y que claramente debió figurar bajo *Deutschland B*: ESER, Albin; BURKHARDT, Björn. *Derecho penal*. Título original: *Strafrecht I. Schwerpunkt Allgemeine Verbrechenselemente*. Madrid: Colex, 1995. Sin embargo, para no alterar la muestra con mis propias impresiones, no se considerarán los textos omitidos por la catalogación del *Max-Planck Institut*.

de Muñoz Conde que apareció en Berlín,<sup>123</sup> y otra de Silva Sánchez aparecida en Frankfurt.<sup>124</sup> También aparece una obra española antigua (1923) publicada en Heidelberg.<sup>125</sup> Respecto a los autores argentinos y colombianos, la búsqueda no arroja ninguna entrada significativa.<sup>126</sup>

Luego, si contabilizamos únicamente el número de títulos traducidos desde una doctrina a la otra, los términos de intercambio entre la dogmática iberoamericana y la alemana son equivalentes a una razón de 1:20 (=3/63), es decir, por cada texto en castellano traducido al alemán, hay más de veinte traducciones de textos alemanes al castellano. Y si consideramos el número de páginas traducidas, según la información disponible en el catálogo revisado, la relación de desigualdad casi se triplica a 1:54 (=192/10.311). Nótese, además, que de agregarse otra ciudad española importante, como Valencia y una alemana, como Frankfurt o Baden-Baden, probablemente esta desigualdad tiendan a aumentar en vez de disminuir.<sup>127</sup>

a) Traducciones aparecidas en Madrid, por orden alfabético (indicando el nombre del traductor y el título original sólo cuando el catálogo los contiene):<sup>128</sup>

1. BELING, Ernst von. *El rector de los tipos de delito*. Título original: *Die Lehre vom Tatbestand*. Madrid: Reus, 1936. 37 pp.;
2. FRISCH, Wolfgang. *Comportamiento típico e imputación del resultado*. Título original: *Tatbestandsmäßiges Verhalten und Zurechnung des Erfolgs*. Madrid: Marcial Pons, 2004. 716 pp.;

<sup>123</sup> MUÑOZ CONDE, Francisco. *Über das "Feindstrafrecht"*. Berlin: Lit-Verlag, 207. 59 pp. De los 7 resultados que arrojó la búsqueda original, tres corresponden a obras de autores alemanes, dos a tesis doctorales de autores iberoamericanos y uno a la traducción del Código penal español de 1944 (QUINTANO-RIPOLLÉS, Antonio. *Das Spanische Strafgesetzbuch vom 23. Dezember 1944*. Berlin: de Gruyter, 1955. 109 pp.).

<sup>124</sup> SILVA SÁNCHEZ, Jesús María. *Die Expansion des Strafrechts. Kriminalpolitik in postindustriellen Gesellschaften*. Frankfurt am Main: Klostermann, 2003. 102 pp. Los otros dos resultados de la búsqueda original corresponden, uno a una tesis doctoral de un autor español, y el otro a una obra de un autor alemán.

<sup>125</sup> SALDAÑA, Quintiliano. *Moderne Strafrechtsauffassungen in Spanien. Die pragmatische Strafrechtstheorie*. Heidelberg: Winter, 1923. 31 pp.

<sup>126</sup> Sólo en el caso de la combinación "Argentinien B" y "Berlin" aparecen 3 resultados en la búsqueda: dos son de autores alemanes (y uno escrito en castellano), y el otro está escrito en castellano, editado por una fundación alemana de cooperación científica.

<sup>127</sup> Nótese que esto coincide con la apreciación más general contenida en el Informe del *InterAcademy Council*, según el cual, en el "intercambio académico" entre el mundo desarrollado y el subdesarrollado, las relaciones son tan desiguales, que incluso los mejores cerebros de los países más pobres terminan trabajando *para y en beneficio* de los más poderosos (IAC REPORT. *The urgency to promote worldwide science and technology capacity*. 2004. 144 pp., p. 23. En: <http://www.interacademycouncil.net/Object.File/Master/6/731/Chapter%201.pdf> [visitado: 02.04.2008]).

<sup>128</sup> La muestra original arrojó 20 títulos, de ellos, uno sin autor, uno que correspondía a una autora colombiana, y dos que consistían en la traducción del texto del Código penal alemán, no fueron considerados en la contabilidad.

3. HEFENDEHL, Roland (ed.). *La teoría del bien jurídico ¿fundamento de legitimación del Derecho penal o juego de abalorios dogmático?* (recopilación de artículos del autor). Madrid: Marcial Pons, 2007. 478 pp.;
4. JAKOBS, Günther. *La pena estatal: significado y finalidad*. Trad. y estudio preliminar CANCIO MELIÁ, Manuel. Madrid: Thomson Civitas, 2006. 182 pp.;
5. JAKOBS, Günther. *Dogmática de derecho penal y la configuración normativa de la sociedad*. Madrid: Thomson Civitas, 2004. 240 pp.;
6. JAKOBS, Günther; CANCIO MELIÁ, Manuel. *Derecho penal del enemigo*. Madrid: Thomson Civitas, 2003. 102 pp.;
7. JAKOBS, Günther. *Sobre la normativización de la dogmática jurídico-penal*. Madrid: Civitas, 2003. 163 pp.;
8. JAKOBS, Günther. *Derecho penal, parte general. Fundamentos y teoría de la imputación*. 2ª. Ed. Trad.: CUELLO CONTRERAS, Joaquín y SERRANO GONZÁLEZ DE MURILLO. Madrid: Pons, 1997. 1113 pp.;
9. LESCH, Heiko Hartmut. *La función de la pena*. Madrid. Dykinson, 1999. 58 pp.;
10. LÜTTGER, Hans. *Medicina y derecho penal. Inseminación artificial humana; anticonceptivos y aborto*. Madrid: Edersa, 1984. 138 pp.;
11. ROXIN, Claus. *Derecho penal, parte general. Fundamentos. La estructura de la teoría del delito*. 1ª ed. Madrid: Civitas, 2006. 1071 pp.;
12. ROXIN, Claus. *Autoría y dominio del hecho en derecho penal*. Título original: *Täterschaft und Tatherrschaft*. Trad. de la 7. ed. alemana por CUELLO CONTRERAS, Joaquín y SERRANO GONZÁLEZ DE MURILLO. Madrid: Marcial Pons, 2000. 797 pp.;
13. ROXIN, Claus. *Culpabilidad y prevención en derecho penal*. Madrid: Reus, 1981. 200 pp.;
14. SCHÜNEMANN, Bernd (ed.). *El sistema moderno del derecho penal. Cuestiones fundamentales. Estudios en honor de Claus Roxin en su 50. Aniversario*. Título original: *Grundfragen des modernen Strafrechtssystems*. Madrid: Tecnos, 1991. 198 pp.;
15. STRATENWERTH, Günter. *El futuro del principio jurídico penal de culpabilidad*. Trad. BACIGALUPO, Enrique. Madrid: 1980, 127 pp.; y
16. WOLTER, Jürgen (ed.). *El sistema integral del derecho penal. Delito, determinación de la pena y proceso penal*. Madrid: Marcial Pons, 2004. 280 pp.

- b) Traducciones aparecidas en Barcelona, por orden alfabético (indicando el nombre del traductor y el título original sólo cuando el catálogo los contiene):

1. CATHREIN, Victor. *Principios fundamentales del derecho penal. Estudio filosófico-jurídico*. Barcelona: Gili, 1991. 276 pp.;
2. GALLAS, Wilhelm. *La teoría del delito en su momento actual*. Barcelona: Bosch, 1959. 64 pp.;
3. HASSEMER, Winfried. *Fundamentos del derecho penal*. Trad. y notas de MUÑOZ CONDE, Francisco. Bosch: 1984, 428 pp.;
4. ROXIN, Claus. *Política criminal y estructura del delito (elementos del delito en base a la política criminal)*. Barcelona: PPU, 1992. 143 pp.;
5. ROXIN, Claus; ARZT, Gunther; TIEDEMANN, Klaus. *Introducción al derecho penal y al derecho penal procesal*. Trad. y notas de ARROYO ZAPATERO, Luis. Barcelona: Ariel, 1989. 279 pp.;
6. ROXIN, Claus. *Política criminal y sistema del derecho penal*. Barcelona: Bosch, 1972. 81 pp.;
7. SAUER, Wilhelm. *Derecho penal (parte general)*. Barcelona: Bosch, 1956. 431 pp.

c) Traducciones aparecidas en Bogotá, por orden alfabético (indicando el nombre del traductor y el título original sólo cuando el catálogo los contiene): <sup>129</sup>

1. AMBOS, Kai. *Acerca de la antijuridicidad de los disparos mortales en el muro*. Bogotá: Univ. Externado, 1999. 58 pp.;
2. AMBOS, Kai. *Dominio del hecho por dominio de voluntad en virtud de aparatos organizados de poder en virtud de aparatos organizados de poder*. Bogotá: Univ. Externado, 1998. 75 pp.;
3. AMBOS, Kai. *El proceso penal alemán y la reforma en América Latina*. Bogotá: Ibáñez, 1998. 125 pp.;
4. BUSCH, Richard. *Modernas transformaciones en la teoría del delito*. Bogotá: Temis, 1980. 60 pp.;
5. ESER, Albin. *Sobre la exaltación del bien jurídico a costa de la víctima*. Bogotá: Univ. Externado, 1998. 43 pp.;
6. GÖSSEL, Karl Heinz. *Dos estudios sobre la teoría del delito*. Bogotá: Temis, 1984. 68 pp.;

---

<sup>129</sup> La muestra original arrojó 32 títulos, de ellos, cuatro que correspondían a autores colombianos, y dos a traducciones del texto del Código penal alemán, no fueron considerados en la contabilidad.

7. HASSEMER, Winfried. *Persona, mundo y responsabilidad. Bases para una teoría de la imputación en derecho penal*. Bogotá: Temis, 1999;
8. HIRSCH, Hans Joachim. *La posición de la justificación y de la exculpación en la teoría del delito desde la perspectiva alemana*. Bogotá: Univ. Externado, 1996. 54 pp.;
9. JAKOBS, Günther. *Injerencia y dominio del hecho. Dos estudios sobre la parte general del derecho penal*. Bogotá: Univ. Externado, 2001. 109 pp.;
10. JAKOBS, Günther. *Acción y omisión en derecho penal*. Bogotá: Univ. Externado, 2000. 35 pp.;
11. JAKOBS, Günther. *Sobre la teoría de la pena*. Bogotá: Univ. Externado, 1998. 34 pp.;
12. JAKOBS, Günther. *La imputación penal de la acción y de la omisión*. Bogotá: Univ. Externado, 1996. 70 pp.;
13. JAKOBS, Günther. *El concepto jurídico-penal de acción*. Bogotá: Univ. Externado, 1996;
14. JAKOBS, Günther. *Sociedad, norma y persona en una teoría de un derecho penal funcional*. Bogotá: Univ. Externado, 1996. 62 pp.;
15. JAKOBS, Günther. *Sobre el injusto del suicidio y del homicidio a petición. Estudio sobre la relación entre juridicidad y eticidad*. Título original: "Zum Unrecht der Selbsttötung und der Tötung auf Verlangen", en: *Festschrift für Arthur Kaufmann zum 70. Geburtstag* (1993). Bogotá: Univ. Externado, 1996. 32 pp.;
16. JAKOBS, Günther. *La autoría mediata con instrumentos que actúan por error como problema de imputación objetiva*. Bogotá: Univ. Externado, 1996. 35 pp.;
17. JAKOBS, Günther. *La imputación objetiva en derecho penal*. Bogotá: Univ. Externado, 1995. 107 pp.;
18. JAKOBS, Günther. *La competencia por la organización en el delito omisivo*. Bogotá: Univ. Externado, 1995. 44 pp.;
19. KINDHÄUSER, Urs. *Derecho penal de la culpabilidad y conducta peligrosa*. Bogotá: Univ. Externado, 1996. 140 pp.;
20. LESCH, Heiko. *Injusto y culpabilidad en derecho penal*. Bogotá: Univ. Externado, 2001. 36 pp.;
21. MAIWALD, Manfred. *De la capacidad de rendimiento del concepto de "riesgo permitido", para la sistemática del derecho penal*. Bogotá: Univ. Externado, 1996. 44 pp.;
22. MÜSSIG, Bernd J. *Desmaterialización del bien jurídico y de la política criminal*. Bogotá: Univ. Externado, 2001. 69 pp.;

23. RUDOLPHI, Hans-Joachim. *Causalidad e imputación objetiva*. Bogotá: Univ. Externado, 1998. 71 pp.;
24. SCHÖNE, Wolfgang. *Imprudencia, tipo y ley penal*. Trad. del original alemán: “Fahrlässigkeit, Tatbestand und Strafgesetz”, en: *Gedächtnisschrift für Hilde Kaufmann* (1986), Bogotá: Univ. Externado, 1996. 47 pp.;
25. SCHÜNEMANN, Bernd. *Consideraciones críticas sobre la situación espiritual de la ciencia jurídico-penal alemana*. Bogotá: Univ. Externado, 1996. 63 pp.;
26. STRUENSEE, Eberhard. *Actuar y omitir. Delitos de comisión y de omisión*. Bogotá: Univ. Externado, 1996, 47 pp.

d) Traducciones aparecidas en Buenos Aires, por orden alfabético (indicando el nombre del traductor y el título original sólo cuando el catálogo los contiene):<sup>130</sup>

1. BAUMANN, Jürgen. *Derecho penal. Conceptos fundamentales y sistema*. Buenos Aires: Depalma, 1973. 276 pp.;
2. DOHNA, Alexander zu. *La estructura de la teoría del delito*. Buenos Aires: Abeledo-Perrot, 1958, 108 pp.;
3. FRISCH, Wolfgang. *El error en el derecho penal*. Buenos Aires: Ad-Hoc, 1999. 218 pp.;
4. HASSEMER, Winfried. *Crítica al derecho penal de hoy. Norma, interpretación, procedimiento; límites de la prisión preventiva*. Buenos Aires: Ad-Hoc, 1995. 127 pp.;
5. HÖRNLE, Tatjana. *Determinación de la pena y culpabilidad. Notas sobre la teoría de la determinación de la pena en Alemania*. Buenos Aires: Di Plácido, 2003. 118 pp.;
6. JAKOBS, Günther. *La imputación objetiva en derecho penal*. Buenos Aires: AD-HOC, 1996. 127 pp.;
7. JAKOBS, Günther. *Fundamentos del derecho penal*. Buenos Aires: AD-HOC, 1996. 240 pp.;
8. KERN, Eduard. *Los delitos de expresión*. Buenos Aires: Depalma, 1967. 228 pp.;
9. MAURACH, Reinhart. *Derecho penal. Parte general*. Buenos Aires: Astrea, s/f.;
10. ROXIN, Claus. *Teoría del tipo penal. Tipos abiertos y elementos del deber jurídico*. Buenos Aires: Depalma, 1979. 303 pp.;

---

<sup>130</sup> La muestra original arrojó 17 títulos, de ellos, dos que correspondían a autores argentinos, y una traducción del Código penal alemán, no fueron considerados en la contabilidad.

11. STRATENWERTH, Günter. *Acción y resultado en derecho penal*. Buenos Aires: Hammurabi, 1991. 105 pp.;
12. STRUENSEE, Eberhard. *Dolo, tentativa y delito putativo*. Buenos Aires: Hammurabi, 1992. 125 pp.;
13. WELZEL, Hans. *Derecho penal. Parte general*. Buenos Aires: Depalma, 1956. 271 pp.;
14. JAKOBS, Günther; STRUENSEE, Eberhard. *Problemas capitales del derecho penal moderno. Homenaje a Hans Welzel a los 20 años de su fallecimiento*. Buenos Aires: Hammurabi, 1998. 124 pp.

## 8. ANEXO Nº 2.

### Estudio de la influencia recíproca entre la doctrina iberoamericana y la alemana, medida en citas bibliográficas

Para realizar este estudio se estableció como metodología contabilizar las referencias contenidas en las primeras 20 notas al pie de una muestra exploratoria de carácter aleatorio representativa del 1% del número de volúmenes publicados más o menos simultáneamente (1951-2005) de las revistas más tradicionales de derecho penal en el ámbito alemán e iberoamericano, esto es, la *Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft* (volúmenes 63 a 117) y el *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales* (volúmenes 4 a 58), respectivamente.<sup>131</sup>

---

<sup>131</sup> En total, 54 volúmenes, lo que nos da un número a revisar aproximado de 5 artículos por revista. Los números aleatorios se generaron mediante el programa Excel, usando una distribución uniforme con número de inicio 1 en el rango de volúmenes del cual se extrajo la muestra y aproximando los resultados a un decimal, que corresponde al número de artículo de cada volumen analizado (así 1,1 correspondería, teóricamente, al primer artículo del volumen nº; cuando el decimal es 0, se entiende el número 1 y, cuando sobrepasa el número de artículos, el último del volumen). Esto dió como resultado los siguientes números aleatorios: a) para la *Zeitschrift*: 90,7; 72,5; 79,7; 91,9; 114,2; 72,3; 100,9; 75,2; 89,7; 69,7 y b) para el *Anuario*: 31,7; 13,5; 20,7; 32,9; 55,2; 13,3; 41,9; 16,2; 30,7; 10,7. La selección aleatoria abarcó el doble de los artículos del 10% previsto (5), para contar con un número suficiente con que reemplazar, hasta alcanzar (siguiendo el orden aleatorio) el porcentaje fijado, textos que no se referían a temas dogmáticos propiamente tales (del *Anuario*: CODERCH, Pablo Salvador; PIÑEIRO SALGUERO, José; RUBÍ i PUIG, Antoni. “Responsabilidad civil del fabricante por productos defectuosos y teoría general de la aplicación del Derecho (Law enforcement).” t. 55 (2002), pp. 41-68 [55,2]; y de la *Zeitschrift*: RÜPIG, Hinrich. “Der Schutz der menschenrechte im Strafverfahren — Wesentliche Erfordernisse eines gerechten Strafverfahrens—.”t. 91 (1979), pp. 351-363 [91,9]); que no eran de autores iberoamericanos pero aparecían en el *Anuario* (MIDDENDORFF, Wolf. “Problemas generales de la seguridad del tráfico.” *ADPCP*. t. 31 (1978), pp. 277-298 [31,7]), y viceversa (CORTÉS ROSA, Manuel. “Teilnahme am unechten Sonderverbrechen.” *ZStW*, t. 90 (1978), pp. 413-441 [90,7]); que se referían expresamente al derecho extranjero como materia de análisis (GARCÍA PLANAS, Gabriel. “Delincuencia juvenil en Inglaterra.” *ADPCP*. t. 32 (1979), pp. 427-450 [32,9]); que por carecer de citas suficientes, no permitían su análisis (MÜLLER, Rudolf; PREISER, Friedrich. “Wie sollten unverbesserliche Asoziales nach künftigem Recht verwahrt werden.” *ZStW*. t. 79 (1967), pp. 305-330 [79,7]; GALLAS, Wilhelm. “Der Schutz der Persönlichkeit im Entwurf eines Strafgesetzbuches (E 1962).” *ZStW*. t. 75 (1962), pp. 16-42 [75,2]); o

Se diseñaron, además, muestras aleatorias de control por *actualidad* en las mismas revistas, equivalentes al 15% de los artículos contenidos en los últimos volúmenes publicados en la *Zeitschrift* (t. 119) y en el *Anuario* (t. 58);<sup>132</sup> y por *comité editorial*, para lo cual se obtuvo una muestra aleatoria de artículos aparecidos en los volúmenes publicados simultáneamente entre los años 2002 y 2007 en las revistas *Goldammer's Archiv für Strafrecht* (t. 149 a t. 154) y *Derecho Penal Contemporáneo* (todos sus volúmenes, años 2002-2007, los que son publicados en Bogotá, Colombia).<sup>133</sup>

---

cuyos autores o “encuestados”, se repetían (TERUEL CARRALERO, Domingo. “La pluralidad legislativa en los delitos contra el Estado.” *ADPCP*. t. 16 (1963), pp. 17-35 [16.2]).

Para el análisis posterior se contabilizan todas las referencias o citas bibliográficas (aún las repetidas) contenidas en las primeras veinte notas al pie de cada artículo seleccionado, utilizadas para fundamentar una opinión, derivar al lector a mayor información o indicar la posibilidad de una opinión diferente, salvo las que se remiten a legislación o documentos no doctrinarios. Se han elegido las primeras veinte primeras notas para revisión, pues en ellas se refieren los autores normalmente a la descripción del estado de la cuestión que se abordará y a las primeras opiniones que al respecto se toman en cuenta.

Los artículos de la *Zeitschrift* se consultaron directamente en el *Juristisches Seminar* de la Universidad de Göttingen. Los del *Anuario* se pudieron consultar gracias a la iniciativa del *Portal Iberoamericano de las Ciencias Penales*, que ha puesto con acceso libre en Internet una colección prácticamente completa de dicha revista (t. 1 a t. 57), en [http://www.cienciaspenales.net/portal/page/portal/IDP/ANUARIO\\_LISTA](http://www.cienciaspenales.net/portal/page/portal/IDP/ANUARIO_LISTA) [visitado el 01.04.2008]. El t. 58 se consultó en el *Juristisches Seminar* de la Universidad de Göttingen.

<sup>132</sup> Utilizando el método descrito en la nota n° 85, y considerando que, en total, los “*Abhandlungen*” contenidos en el t. 119 (2007) de la *Zeitschrift* son 23, y los artículos de la “sección doctrinal” del t. 58 (2005) del *Anuario* son 12, se generaron los siguientes números aleatorios para cada una de ellas: 11 [11,8], 4, 7 y 12, para la revista alemana; y 6 [6,7], 2, 4 y 7, para la española, de manera de obtener una muestra de tres y dos artículos, respectivamente, equivalente al porcentaje buscado. De la muestra debieron retirarse, por tratar temas no propiamente “dogmáticos”, un artículo de la *Zeitschrift* (BUNG, Jochen. “Nietzsche über Strafe,” pp. 120-136 [4]) y otro del *Anuario* (RODRÍGUEZ-MAGARIÑOS, Faustino Gudín. “Crónica de la vida de John Howard, alma mater del derecho penitenciario”, pp. 95-170 [4]); del cual, además, se retiró un artículo que correspondía a una traducción de un texto italiano (DONINI, Massimo. “Jueces y democracia. El papel de la magistratura y democracia penal”, pp. 403-419 [6])

<sup>133</sup> Siguiendo el método descrito en las notas anteriores, la muestra aleatoria arrojó los siguientes números para *Derecho Penal Contemporáneo*: 3,6; 1,9; 2,5; 3,7; 5,7; 1,8 [1,86]; 4,5; 2,1; 3,5; 1,6; 1,4; 2,9 (dado que esta revista no tiene volúmenes, sino una cantidad variable de números por año, el número entero representa el año y el decimal, el número del artículo, que puede estar comprendido en alguno de los dos números del año correspondiente. Así, 3,1 es el primer artículo publicado en el año 3 de la Revista (2004), el cual se encuentra en el número 10 de la misma). Y para el *GA*, los números son 151,6; 149,9; 150,5; 151,7; 153,7; 149,8 [149,86]; 152,5; 150,1; 151,5; 149,6 (dado que para buscar los artículos seleccionados se sigue el orden de los índices, y en esta revista ellos se ordenan alfabéticamente, el número de artículo seleccionado no corresponde exactamente a su ubicación en el volumen correspondiente, pero se mantiene el carácter aleatorio de la selección, dentro de las posibilidades del alfabeto). Siguiendo los criterios expuestos en las notas anteriores, una vez revisados los artículos seleccionados aleatoriamente, se excluyeron del análisis los números que hacían referencia a artículos inexistentes (1,9 y 1,8 en *Derecho Penal Contemporáneo*); los aparecidos en esa misma revista, pero no elaborados por autores iberoamericanos (AMBOS, Kai. “¿Es el procedimiento penal internacional ‘adversarial’, ‘inquisitivo’ o mixto?.” *Derecho Penal Contemporáneo*. n° 10 (2005), pp. 87-152 [4,5]; AMBOS, Kai; WOISCHNIK, Jan. “Las reformas procesales penales en América Latina. Resumen comparativo.” *Derecho Penal Contemporáneo*. n° 10 (2005), pp. 5-56 [3,7]); y los que, en general, no trataban temas vinculados con la “dogmática penal” (CRUZ REYES, Euménedis. “El principio de oportunidad: ¿un acto de discrecionalidad judicial en poder de la fiscalía?.” *Derecho Penal Contemporáneo*. n° 15 (2006), pp. 35-82 [5,7]; FREUND, Georg. “Stellungnahme eines Arbeitskreises der Strafrechtslehrer zum ‘Eckpunktepapier’ zur Reform des Strafverfahrens.” *GA* 149 (2002), pp. 82-97 [149,8]; GUSY, Christoph. “Rechtsgrundlagen der

Según la muestra principal, en la segunda mitad del siglo XX y principios del actual, la doctrina iberoamericana no ha tenido ningún impacto en la alemana, la cual, si acaso se preocupa de la extranjera, preferentemente lo hace de la escrita en inglés, e insignificativamente de la de algunos otros países europeos. El índice de autoreferencia, medido como la cantidad de citas a autores alemanes dentro del total, es en esta muestra bastante decisorio del interés de la doctrina germana en lo que sucede en el extranjero: 0,89 (=239/266). Esto es, prácticamente el 90% de toda la literatura que utilizaron los autores alemanes en este período es sólo literatura alemana, en tanto que, de la extranjera, casi todo el 10% restante corresponde a la escrita en inglés.

Así, en el primero de los artículos seleccionados aleatoriamente de la *Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft*, Geerds, refiriéndose al consentimiento en las lesiones, a propósito del entonces Proyecto de 1959, critica las disposiciones propuestas con base al desarrollo doctrinal, citando para ello 82 textos alemanes (entre ellos, 30 propios);<sup>134</sup> en el segundo, Middendorff, quien comienza exponiendo el “desarrollo” del derecho penal de la época, haciendo ver que éste se habría producido “no sólo en Alemania, sino también en el derecho penal extranjero”, parece, sin embargo, reducirlo al ámbito anglosajón, del cual extrae 23 referencias, y sólo marginalmente a Suecia (1) y Francia (1), mientras la literatura escrita en alemán sigue manteniendo una presencia mayoritaria (24);<sup>135</sup> en el tercero, Wolter, en un estudio sobre el error en el curso causal, cita única y profusamente textos alemanes (84); mientras Bloy sólo añade a las 30 referencias a autores alemanes, una a un austríaco y dos al Digesto;<sup>136</sup> y en el quinto, tratando sobre el sistema de penas, el autor cita 19 textos alemanes y sólo uno escrito en inglés.<sup>137</sup>

En cambio, en el *Anuario*, la muestra principal contiene 112 referencias, de ellas 22 a autores alemanes y 29 a italianos frente a 45 a autores españoles. El índice de impacto de la doctrina alemana en la española en todo este período (1951-2005) es de 0,20 (=22/112),

---

Richtervorbehalte nach § 100b StPO.” *GA* 150 (2003), pp. 672-692 [150,5]; MEIER, Bernd-Dieter. “Die Reform des Ermittlungsverfahrens. Zur notwendigen Stärkung der Rechtsstellung der Beteiligten.” *GA* 151 (2004), pp. 441-457 [151,6];).

<sup>134</sup> GEERDS, Friedrich. “Einwilligung und Einverständnis des Verletzten im Stragesetzentwurf.” *ZStW*. t. 72 (1960), pp. 42-92.

<sup>135</sup> MIDDENDORFF, Wolf. “Die Prognose im Strafrecht und in der Kriminologie.” *ZStW*, t. 72 (1960), pp. 108-123.

<sup>136</sup> BLOY, René. “Die Straftaten gegen die Umwelt im System des Rechtsgüterschutzes.” *ZStW*. t. 100 (1988), pp. 485-507.

<sup>137</sup> WOLTERS, Gereon. “Der Entwurf eines ‘Gesetzes zur Reform des Sanktionrechts.’” *ZStW*. t. 114 (2002), pp. 63-87.

sorprendentemente un poco inferior al de la doctrina italiana (cuyo predominio en los artículos publicados con anterioridad a 1970 es evidente).

Así, en el primer artículo analizado, Rodríguez Devesa, tratando sobre los delitos contra la propiedad, usa 16 referencias a autores alemanes, 14 a italianos, una a un austríaco, otra a un chino (ambas en alemán) y una sola a un autor español del siglo XIX;<sup>138</sup> en el segundo, Teruel, tratando de un tema específico de parte especial propio de la época, cita 19 veces a autores españoles, y una sola a un italiano;<sup>139</sup> en el tercero, Castro Pérez, tratando sobre la naturaleza de la pena, cita en las primeras veinte notas al pie preferentemente a autores italianos (9), alemanes (3), tres clásicos (Santo Tomás, Grocio y el Digesto), psicólogos y criminólogos (4) y a un solo autor español (1);<sup>140</sup> en el cuarto, Serrano Gómez, analizando la regulación de los juegos ilícitos, junto a numerosas referencias legislativas y jurisprudenciales, cita 9 textos, todos españoles;<sup>141</sup> y en el más reciente de la muestra, Cuerda Riezu cita a 15 autores españoles contra sólo 3 alemanes (traducidos al castellano).<sup>142</sup>

Ahora bien, si controlamos por actualidad los resultados obtenidos, el resultado es tanto un aumento en el índice de autorreferencia de la doctrina alemana (con un índice de autorreferencia equivalente a 0,94 (=96/102), como en el de su influencia en la iberoamericana frente a ésta, dejándose ya completamente de lado a la italiana.

Así, en las primeras veinte notas al pie de tres los artículos analizados del t. 119 (2007) de la *Zeitschrift*, no se emplea ni una sola referencia a un autor iberoamericano: en el primero, sobre la estafa por omisión, sólo hay referencias a autores alemanes (32);<sup>143</sup> en el segundo, sobre la teoría del dominio del hecho, ocurre exactamente lo mismo (40 citas, todas a autores alemanes);<sup>144</sup> y en el tercero, sobre el consentimiento en la autolesión, a 24 autores alemanes, 4 franceses, otra a un autor medieval (*Mattheus*) y una última a un inglés.<sup>145</sup>

<sup>138</sup> RODRIGUEZ DEVESA, José María. “Consideraciones generales sobre los delitos contra la propiedad.” *ADPCP*. t. 13 (1960), pp. 37-65.

<sup>139</sup> TERUEL CARRALERO, Domingo. “Los delitos contra la Religión entre los delitos contra el Estado.” *ADPCP*. t. 13 (1960), pp. 207-228.

<sup>140</sup> CASTRO PÉREZ, Bernardo Francisco. “Consideraciones sobre la pena.” *ADPCP*. t. 20 (1967), pp. 103-145.

<sup>141</sup> SERRANO GÓMEZ, Alfonso. “Los juegos ilícitos.” *ADPCP*. t. 30 (1977), pp. 307-329.

<sup>142</sup> CUERDA RIEZU, Antonio. “Límites jurídico-penales de las nuevas técnicas genéticas.” *ADPCP*. t. 41 (1988), pp. 413-429.

<sup>143</sup> KARGL, Walter. “Die Bedeutung der Entsprechungsklausel beim Betrug durch Schweigen.” *ZStW*, t. 119 (2007), pp. 250-289.

<sup>144</sup> HAAS, Volker. “Kritik der Tatherrschaftslehre.” *ZStW*, t. 119 (2007), pp. 519-546.

<sup>145</sup> NITSCHMANN, Kathrin. “Chirurgie für die Seele? Eine Fallstudie zu Gegenstand und Grenzen der Sittenwidrigkeitsklausel.” *ZStW*, t. 119 (2007), pp. 547-592.

En cambio, en las veinte primeras notas al pie del primero de los artículos analizados del t. 58 (2007) *Anuario*, hay 6 referencias a autores alemanes, 16 a españoles, 3 a otros iberoamericanos y una a un francés;<sup>146</sup> y en el segundo, 37 a autores alemanes, 38 a españoles y 2 al colombiano Yesid Reyes (una de ellas escrita en alemán).<sup>147</sup>

Los resultados no son muy diferentes si se controlan por factores de cuerpo editorial y geográficos.

Así, el análisis de las primeras veinte notas al pie contenidas en los artículos analizados del *Goltdammer's Archiv* muestra lo siguiente: el primero contiene únicamente referencias a autores alemanes (25);<sup>148</sup> lo mismo que el segundo (38 citas).<sup>149</sup> En cambio, en el tercero, Gössel, junto a 17 referencias a autores alemanes, hace 3 a un trabajo (escrito en alemán) de Mir Puig;<sup>150</sup> y Freund cita una vez un trabajo publicado en Alemania por Silva Sánchez, a la que se agregan 41 referencias a autores alemanes.<sup>151</sup> En el resto de los artículos, desaparece toda referencia a la doctrina iberoamericana: así, en el quinto de la muestra, el autor, en un tema de parte especial, hace 116 referencias bibliográficas en las primeras veinte notas al pie, todas a doctrina alemana;<sup>152</sup> y en el último, Hoyer, tratando un tema de derecho penal internacional, cita 26 veces a autores alemanes y 3 a un único francés (Jean Bodin).<sup>153</sup>

Y aunque aquí ya se puede apreciar alguna consideración de la doctrina alemana hacia la iberoamericana y, específicamente, a la española, encontrándose cuatro referencias a dos autores españoles, lo que supone un índice de impacto de 0,01 (=4/269), la existencia de estas

<sup>146</sup> SÁNCHEZ TOMÁS, José Miguel. "Interpretación penal en una dogmática abierta." *ADPCP*. t. 58 (2005), pp. 29-55.

<sup>147</sup> SÁNCHEZ LÁZARO, Fernando Guanarreme. "Hacia una superación de la imputación objetiva del resultado." *ADPCP*. t. 58 (2005), pp. 421-461.

<sup>148</sup> GRUNST, Bettina. "Moderne Gesetzestechniken in StGB und StPO aus kritischer Sicht der juristischen Methodenlehre." *GA* 149 (2002), pp. 215-227.

<sup>149</sup> MEYER, Frank. "Die Problematik des Nötigungsnotstands auf die Grundlage eines Solidaritätsprinzips." *GA* 151 (2004), pp. 356-369.

<sup>150</sup> GÖSSEL, Karl Heinz. "Über Normativismus und Handlungslehre im Lehrbuch von Claus Roxin zum Allgemeinen Teil des Strafrechts." *GA* 153 (2006), pp. 279-284. El texto a que se hace referencia es El texto a que se hace referencia es MIR PUIG, Santiago. "Grenzen des Normativismus im Strafrecht." En: HEFENDEHL, Roland; BOTTKE, Wilfried (eds.): *Empirische und dogmatische Fundamente, kriminalpolitischer Impetus: Symposium für Bernd Schünemann zum 60. Geburtstag Symposium für Bernd Schünemann zum 60. Geburtstag*. Köln: Heymanns, 2005. 380 pp., pp. 77-10.

<sup>151</sup> FREUND, Georg. "Materiellrechtliche und prozessuale Facetten des gesamten Strarechtssystems." *GA* 152 (2005), pp. 321-338. En este caso, el texto referido es SILVA SÁNCHEZ, "Straftatsystematik", cit. en nota al pie n° 26.

<sup>152</sup> BASAK, Denis. "Die Tathandlung der Unterschlagung. Die Diskussion um den Zueignungsbegriff seit der Neufassung des § 246 StGB." *GA* 150 (2003), pp. 109-123.

<sup>153</sup> HOYER, Andreas. "Internationales Strafgerichtshof und nationalstaatliche Souveränität." *GA* 151 (2004), pp. 321-337.

referencias debe tomarse con mucha cautela, básicamente por tres razones: a) porque los textos referidos se han escrito por sus propios autores en alemán y han sido publicados en Alemania; b) porque también en la muestra aparece una cantidad similar de referencias a un autor francés (3), en circunstancias que se supone que esta tradición no se encuentra vinculada a la alemana como la española; y c) porque estas citas aisladas no alteran significativamente el índice de autoreferencia de la doctrina alemana que se desprende de las otras muestras, pues aquí alcanza nada menos que a un 0,97 (=262/269), esto es, el más alto entre todas las muestras analizadas.

En cambio, y como era de esperar, el análisis de las primeras veinte notas al pie de los artículos de la muestra de control tomada de la *Revista de Derecho Penal Contemporáneo* editada en Bogotá, Colombia, refleja una relación inversa, muy similar a la de la muestra del último volumen del *Anuario*. Ordenados cronológicamente, en el primero de los artículos analizados una autora española aborda un tema de parte especial, citando 43 obras españolas y una sola alemana;<sup>154</sup> en el segundo, el autor aborda un tema vinculado tanto al derecho penal internacional como al colombiano, refiriéndose una vez a un autor alemán, 5 a un solo autor de habla inglesa, 3 a españoles y 6 a colombianos;<sup>155</sup> en el tercero, que trata sobre “el concepto de delito”, el autor hace 32 referencias a autores alemanes y tres a españoles;<sup>156</sup> en el cuarto, se analiza el tema de la pena en el nuevo código penal colombiano, citándose 10 veces a autores alemanes, 3 a autores de habla inglesa, 5 a españoles, 7 a colombianos, a un argentino y a un italiano;<sup>157</sup> en el quinto, el autor, de nacionalidad argentina, hace exclusivamente referencia a textos de autores alemanes (27) y españoles (5);<sup>158</sup> y, finalmente, en el último artículo analizado, seguramente por la naturaleza del tema y a pesar de sus estudios en Alemania, cita el autor únicamente a un alemán frente a 16 de habla inglesa, un argentino y un español.<sup>159</sup> En síntesis, en esta última muestra de control se contienen en total 163 referencias, de las cuales 63 son a textos alemanes, 60 a españoles, 24 a textos escritos en inglés, 15 a autores latinoamericanos y

<sup>154</sup> SÁNCHEZ LÓPEZ, Virginia. “Delitos contra la hacienda pública en materia de gastos en el Código Penal Español.” *Derecho Penal Contemporáneo*. n.º 1 (2002), pp. 119-148.

<sup>155</sup> GRANADOS PEÑA, Jaime Enrique. “La responsabilidad de los jefes y otros superiores en la Corte Penal Internacional y el conflicto colombiano.” *Derecho Penal Contemporáneo*. n.º 1 (2002), pp. 179-217.

<sup>156</sup> ALCÁ CER GUIRAO, Rafael. “Apuntes sobre el concepto de delito.” *Derecho Penal Contemporáneo*. n.º 2 (2003), pp. 5-58.

<sup>157</sup> REYES CUARTAS, José Fernando. “Principios orientadores de la imposición de sanciones penales en el Nuevo Código Penal Colombiano.” *Derecho Penal Contemporáneo*. n.º 2 (2003), pp. 143-172.

<sup>158</sup> RIGHI, Esteban. “La revalorización del consentimiento en la relación médico-paciente.” *Derecho Penal Contemporáneo*. n.º 6 (2004), pp. 177-196.

<sup>159</sup> GUERRERO APRÁEZ, Víctor. “La génesis de la noción de crimen de lesa humanidad.” *Derecho Penal Contemporáneo*. n.º 6 (2004), pp. 197-248.

sólo una a un italiano. Así, el índice de impacto de la doctrina alemana en los artículos contenidos en *Derecho Penal Contemporáneo* alcanza a 0,38 (=63/163), sólo cuatro puntos menos que en la muestra de control del *Anuario*, quedando también la doctrina italiana relegada a una posición muy marginal, muy por debajo del impacto de la doctrina escrita en inglés.