

E

EN LETRA

DERECHO PENAL

Año VIII, N.º 15
Nov de 2022
ISSN: 2469-0864



Queda hecho el depósito previsto por la ley 11.723.



Esta obra está disponible bajo una licencia Creative Commons Atribución-NoComercial-SinDerivar 4.0 Internacional. Se permite la copia o redistribución total o parcial de la

presente obra por cualquier medio exclusivamente bajo el cumplimiento de la totalidad de las siguientes condiciones: (a) atribución: debe constar claramente: (a.i) la referencia a EN LETRA: DERECHO PENAL, con indicación del nombre de la publicación, volumen, año de publicación, nombre del autor citado o referido, número de páginas de referencia, nombre del artículo; (a.ii) contener un hipervínculo operativo a esta obra; y (a.iii) dejar constancia de si se han introducido cambios respecto del texto original; (b) uso no comercial: esta obra no puede ser total ni parcialmente reproducida con fines comerciales; y (c) forma originaria: la copia o redistribución total o parcial de la presente obra no estará autorizada si su contenido hubiera sido modificado.

ISSN: 2469-0864

Publicación confeccionada en la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, República Argentina, por la **ASOCIACIÓN CIVIL CENTRO DE ESTUDIOS INTERDISCIPLINARIOS DE CIENCIAS JURÍDICAS Y SOCIALES (CEICJUS)**.

Editor responsable / correspondencia epistolar:

Leandro Díaz

La Pampa 2670, 2.º piso

Ciudad Autónoma de Buenos Aires, República Argentina

Correspondencia digital:

leandroalberto.diasleston@uni-wuerzburg.de

Las ideas y términos expresados en esta obra pertenecen exclusivamente a sus autores. EN LETRA: DERECHO PENAL, el CENTRO DE ESTUDIOS INTERDISCIPLINARIOS EN CIENCIAS JURÍDICAS Y SOCIALES y sus miembros no necesariamente los comparten, ni se responsabilizan por ellos.

Ningún contenido de EN LETRA: DERECHO PENAL debe interpretarse como un intento de ofrecer o proporcionar asesoramiento profesional. En caso de dudas o necesidad de asesoramiento profesional, consulte a un profesional matriculado en la materia correspondiente.

DIRECCIÓN

Leandro A. DIAS (UNIVERSITÄT WÜRZBURG)

SUBDIRECCIÓN

José R. BÉGUELIN (UBA)

Noelia T. NÚÑEZ (UBA/CEPDAL)

Pablo LARSEN (UTDT/UBA)

SECRETARÍA DE REDACCIÓN

Agustina SZENKMAN (UBA)

Lara BENÍTEZ (UIDESA)

COMITÉ EDITORIAL

Antonella DONNES (UBA)

Carla SALVATORI (UBA)

Ezequiel JIMÉNEZ (MIDDLESEX UNIVERSITY)

Thomas WOSTRY (UNIVERSITÄT DÜSSELDORF)

Diana VELEDA (UTDT)

Lucía SOLAVAGIONE (UNIVERSITÄT BONN)

Tomás FERNÁNDEZ FIKS (UN. MAR DEL PLATA)

Magdalena LEGRIS (LEIDEN UNIVERSITY)

M^a. Belén RODRÍGUEZ MANCENIDO (UBA)

CONSEJO ACADÉMICO

Kai AMBOS (UNIVERSITÄT GÖTTINGEN)

Marina LOSTAL BECERRIL (THE HAGUE UNIVERSITY)

María Laura BÖHM (LMU MÜNCHEN)

Ezequiel MALARINO (UIDESA/CONICET)

Hernán BOUVIER (UNC/CONICET)

María Laura MANRIQUE (CONICET)

Alejandro CHEHTMAN (UTDT/CONICET)

Juan Pablo MONTIEL (CRIMINT)

Luis CHIESA (SUNY BUFFALO LAW SCHOOL)

Héctor OLÁSULO ALONSO (UIROSARIO)

Fernando J. CÓRDOBA (UBA)

Daniel PASTOR (UBA)

Julieta DI CORLETO (UTDT)

Nuria PASTOR MUÑOZ (UPF)

Marcelo FERRANTE (UTDT)

José Milton PERALTA (UNC)

George P. FLETCHER (COLUMBIA LAW SCHOOL)

Gabriel PÉREZ BARBERÁ (UNC)

Luis GRECO (HUMBOLDT-UNIVERSITÄT ZU BERLIN)

Ricardo ROBLES PLANAS (UPF)

Hernán GULLCO (UTDT)

Marcelo A. SANCINETTI (UBA)

Alejandro KISS (THE HAGUE UNIVERSITY)

Eugenio SARRABAYROUSE (UBA)

Máximo LANGER (UCLA)

Jesús-María SILVA SÁNCHEZ (UPF)

Marcelo D. LERMAN (UBA/UIDESA)

Alejandra VERDE (UIDESA/UTDT)

Eric HILGENDORF (UNIVERSITÄT WÜRZBURG)

Patricia ZIFFER (UBA)



EN LETRA
DERECHO PENAL

“EN LETRA: DERECHO PENAL” es una publicación semestral fundada en 2015 y su premisa es ofrecer una revista de excelencia, guiada por los estándares internacionales de referato doble ciego.

Tres declaraciones y garantías:

1. “EN LETRA: DERECHO PENAL” está diseñada de manera hipervinculada para facilitar su navegación interna y a destinos externos (fuentes referenciales on-line, EnLetra.com, correos electrónicos, etc.).
2. “EN LETRA: DERECHO PENAL” garantiza la publicación de todas las réplicas a los artículos publicados en la edición anterior, siempre que cumplan con una extensión máxima de 30 páginas y se ajusten a los estándares y requisitos de publicación.
3. “EN LETRA: DERECHO PENAL” es un espacio abierto, por lo que los autores podrán enviar sus contribuciones libremente, siempre y cuando se cumplan los requisitos de estilo. La evaluación de los artículos se basará exclusivamente en su contenido.

EDITORIAL: CONFERENCIA EN HOMENAJE A JESÚS-MARÍA SILVA SÁNCHEZ

COLUMNAS

La guerra de Ucrania y la soberanía en cuestión, Esteban Mizrahi y Rodrigo Páez Canosa, 12

ARTÍCULOS

La ciencia jurídica en la enseñanza del derecho, Anna Richter, 17

La ilusión de la taxatividad, María Laura Manrique y Pablo Navarro, 40

Sobre las señales meteorológicas y las bolas de cristal, Luís Greco, 60

Apuntes pedagógicos sobre el método alemán de solución de casos penales, Alejandra Verde, 72

TRADUCCIONES

¿Cuál es el futuro de la ciencia jurídico-penal alemana?, Kai Ambos, 90

RECENSIONES

Si quiere una garantía compre una tostadora, Andrés Rosler, por Lucía Solavagione, 109

PAUTAS DE PUBLICACIÓN

PROCEDIMIENTO DE EVALUACIÓN

EDITORIAL

COLUMNS

Ukrainian war and sovereignty, Esteban Mizrahi and Rodrigo Páez Canosa, 12

ARTICLES

Legal Science and Law Education, Anna Richter, 17

The Void for Vagueness Illusion, María Laura Manrique y Pablo Navarro, 40

Weather signals and crystal balls, Luís Greco, 60

Pedagogical Notes on the German Method for Solving Criminal Cases, Alejandra Verde, 72

TRANSLATIONS

On the Future of German Criminal Law, Kai Ambos, 90

BOOK REVIEWS

Si quiere una garantía compre una tostadora, Andrés Rosler, by Lucía Solavagione, 109

GUIDELINES FOR SUBMISSION OF ARTICLES

EVALUATION PROCEEDINGS

CONGRESO SOBRE LA OBRA DE JESÚS-MARÍA SILVA SÁNCHEZ (WÜRZBURGO, 29 Y 30 DE JULIO DE 2022)

Leandro DIAS (Universität Würzburg) y Lucila TUÑÓN (Universität Würzburg)

La historia de la ciencia del derecho penal en Latinoamérica y España se caracteriza por una recepción y desarrollo ulterior de la dogmática jurídico-penal alemana. Este proceso que está en movimiento desde hace más de un siglo ha tenido diferentes protagonistas y entre ellos se ha destacado en las últimas décadas el Prof. Jesús María SILVA SÁNCHEZ (Universitat Pompeu Fabra). A través de sus numerosas investigaciones, reconocidas en los últimos años p. ej. por la Fundación Alexander von Humboldt (Research Award 2018), él ha contribuido decisivamente a fortalecer los lazos científicos entre Alemania y el mundo hispanohablante.

Con el fin de continuar este camino de intercambio académico, el Prof. Eric HILGENDORF (Würzburg), en colaboración con el Prof. Luis Emilio ROJAS (Universidad Alberto Hurtado), organizó entre los días 29 y 30 de julio de 2022 en la Universität Würzburg una conferencia en la que diez penalistas analizaron críticamente las contribuciones de SILVA SÁNCHEZ. Estas últimas fueron divididas en diez ejes temáticos constituidos por alrededor de tres publicaciones del homenajeado cada uno. Además de los conferencistas, el evento contó con la moderación de la Prof. Liching Chang (National University of Kaohsiung), así como con la participación de decenas de académicos de Alemania, China, España, Latinoamérica y Taiwán.

El día 29 de julio inauguró el evento el Prof. HILGENDORF con una conferencia sobre el rendimiento y el método de la ciencia del derecho penal. Él contrapuso la concepción valorativa del derecho penal de SILVA SÁNCHEZ con una tendente a las descripciones de hechos y a la limitación del uso de valoraciones. También planteó dudas respecto de la utilización de conceptos jurídicos indeterminados como “normatividad” y brindó una serie de pautas metodológicas para desarrollar una buena dogmática del derecho penal. Entre estas últimas se destacó la necesidad de tener en cuenta en mayor medida los estudios empíricos al evaluar distintas propuestas jurídicas. Esto fue analizado expresamente por el Prof. SILVA SÁNCHEZ en la ronda de discusión, quien señaló que uno de los objetivos de la ciencia del derecho penal es el de encontrar un equilibrio entre consideraciones

empíricas y valorativas. De todos modos, señaló que estas últimas deben ser tenidas debidamente en cuenta y no suprimidas sin más. Los enunciados valorativos que subyacen al derecho penal serían ni más ni menos que la expresión de ideas que vienen desarrollándose desde hace siglos y que forman parte del acervo indisponible del pensamiento “occidental”.

La segunda conferencia del día estuvo a cargo de Leandro DIAS (Würzburg) y se centró en la relación entre imputación objetiva y causas de justificación. Él desarrolló las ideas de SILVA SÁNCHEZ sobre legítima defensa contra terceros que contribuyen a una agresión y sobre comportamientos neutrales que excluyen la relación de imputación objetiva. Estas fueron aplicadas, a modo de prueba de fuego, al ámbito de la guerra desde una perspectiva individualista: la guerra (justa) como legítima defensa individual a gran escala frente a una agresión antijurídica. Según DIAS, es cierto que la propuesta del homenajeado llegaría en este contexto a resultados revisionistas, ya que algunos civiles que contribuyen a las hostilidades de un agresor antijurídico podrían ser matados en legítima defensa, en contra de lo que se asume a partir del llamado “principio de distinción”. Sin embargo, la restricción de la complicidad en casos de conductas neutrales coincidiría en gran medida con el derecho internacional humanitario, ya que solo en ciertos casos de participaciones directas en las hostilidades se podría hablar de conductas “no estandarizadas”. Por tanto, las ideas de SILVA SÁNCHEZ le ofrecerían un fundamento firme a la tesis individualista sobre la guerra, a la que suele reprochársele que se aleja demasiado de los estándares del derecho de los conflictos armados. Este resultado del análisis fue en principio compartido por el homenajeado, quien no obstante señaló las dificultades que plantea el enfoque individualista sobre la guerra en los conflictos armados actuales, en gran medida asimétricos y caracterizados por campañas masivas de propaganda.

La Prof. Katharina BECKEMPER (Leipzig) brindó la tercera conferencia, con la particularidad de que el objeto de análisis fue un libro entero del homenajeado: *Die Expansion des Strafrechts* (Vittorio Klostermann, 2003). Ella hizo un detallado repaso de las principales tesis de SILVA SÁNCHEZ y se concentró, en particular, en el núcleo del libro: el pronóstico de un llamado derecho penal de dos velocidades, con garantías estrictas en casos de penas privativas de la libertad y mayor flexibilidad cuando entran en consideración consecuencias jurídicas menos intensas. Según la autora, el vaticinio del homenajeado terminó haciéndose realidad en gran medida, dado que en las últimas dos décadas sobran los ejemplos de tipos penales y estructuras de imputación menos estrictas, en especial en el ámbito del derecho penal accesorio. Para estos casos, en los que suelen estar en juego (aunque no únicamente) multas por infracciones a normas de conducta del llamado derecho penal económico, difícilmente pueda hablarse de un derecho penal liberal clásico. La pregunta que quedó planteada

para la discusión, y que generó un intenso debate entre los participantes, fue la de cómo será el derecho penal del futuro y, en especial, cuál será el papel de las penas privativas de la libertad.

Tras una breve pausa, el Prof. Benno ZABEL (Frankfurt) brindó un panorama sobre cuáles serían los presupuestos pre-jurídicos de la responsabilidad penal según SILVA SÁNCHEZ. En primer lugar, él destacó el clásico problema de la identidad personal entre infractor y castigado cuando han pasado varias décadas entre la comisión del hecho y la condena. Si bien este tema ha sido considerado como esencial solo para teorías de la retribución, se mostró cómo la cuestión tiene importancia también para quienes encuentren la justificación del castigo en ideas consecuencialistas. En segundo lugar, se produjo un debate entre ZABEL y los participantes sobre cómo la inequidad social puede repercutir “favorablemente” en los autores de ciertos delitos. Para ejemplificar la problemática se hizo hincapié tanto en el caso de los excluidos económicamente, como en el de las víctimas de violencia doméstica. Ante argumentos escépticos expresados en la discusión, SILVA SÁNCHEZ propuso que la atención se concentre en la distinción entre delitos *mala in se* y delitos *mala prohibita* (entre los cuales además podría trazarse una categoría intermedia). Solo en estos últimos sería posible justificar una atenuación de responsabilidad, o incluso una exclusión, debido a que no estarían afectados bienes o derechos insustituibles de las personas.

Por su parte, el Dr. Thomas GROSSE-WILDE (Bonn) concentró su atención en la postura de SILVA SÁNCHEZ sobre la medición de la pena, en particular en la posibilidad de aplicar la dogmática del hecho punible a este ámbito. Por un lado, GROSSE-WILDE consideró apropiada esta propuesta y la valoró como una buena chance para brindarle sistematicidad a este ámbito. Por otro lado, consideró que sería presuntuoso valorar todos los aspectos de la medición de la pena como extensiones de la dogmática de la parte general y de la parte especial del derecho penal. En particular, figuras jurídicas como el testigo de la corona no podrían ser explicadas a partir de consideraciones de la dogmática del hecho punible. En este aspecto, resultarían más idóneas para el análisis consideraciones cercanas a las teorías de la pena, como p. ej. las recientes posturas brindadas desde el llamado consecuencialismo retributivo. El Prof. SILVA SÁNCHEZ coincidió esencialmente con este análisis, pero resaltó la necesidad de ofrecer previsibilidad y racionalidad en el ámbito de la medición de la pena. Según su postura, habría al menos dos posibilidades para lograrlo: la mencionada utilización de los criterios de la dogmática del hecho punible para medir la pena o la creación de criterios reglados (*sentencing guidelines*). Debido al carácter rígido de estos últimos, y otros problemas, solo la primera posibilidad sería prometedora.

El sábado 30 de julio continuaron las jornadas con una conferencia de Lucila TUÑÓN (Würzburg) sobre interrupción de cursos causales salvadores. Tuñón describió detalladamente la postura de Silva Sánchez sobre el tema, que tiende a distinguir entre la no realización de una conducta salvadora (p. ej., abrirle la puerta del propio departamento a un necesitado que está a punto de morir de frío) y la realización de una conducta positiva interruptora de un salvamento (p. ej., cerrarle la puerta del propio departamento a un necesitado que está a punto de morir de frío, cuando iba a ingresar justificadamente). En el primer caso el autor realizaría una mera omisión de auxilio (§ 323c, StGB), mientras que en el segundo caso cometería un homicidio (§ 212, StGB, dado el caso por omisión según el § 13, StGB). Ella trasladó estos criterios a un problema poco evaluado en la doctrina jurídico-penal, como el triaje preventivo. En particular, mostró cómo la distinción entre inacción y actuar positivo en la que se centra SILVA SÁNCHEZ genera resultados contrarios al sentimiento jurídico. Por tanto, un análisis objetivo de la problemática necesitaría partir de un punto de vista menos naturalístico, a favor de uno basado en la idea de deberes frente a terceros. Si bien SILVA SÁNCHEZ se mantuvo firme en su postura y consideró que cierto “naturalismo” es una condición necesaria para la teoría del delito, concedió que se trata de casos difíciles de resolver. A su vez, señaló que en los últimos años se ha convencido de que los casos de interrupciones de cursos causales salvadores son en realidad un *tertium genus* entre las acciones y las omisiones, como señalaba en su momento Joachim HRUSCHKA, entre otros.

Las cuestiones metodológicas abordadas en la primera conferencia del día anterior fueron retomadas por el Prof. Hans KUDLICH (Erlangen). Él ofreció, en un primer momento, un desarrollo cronológico de las tomas de posición del homenajeado en materia de interpretación de la ley penal y de la tarea de la dogmática jurídico-penal. Luego, la discusión se centró en la teoría teleológica de la interpretación de la ley penal desarrollada por SILVA SÁNCHEZ en el libro de homenaje a JAKOBS. En particular, la afirmación del homenajeado de que el intérprete le atribuye un significado a la ley penal fue vinculado con la metodología pragmática desarrollada por Friedrich MÜLLER y sus seguidores. El punto de vista de la práctica interpretativa de una determinada comunidad jurídica sería uno de los factores decisivos para tener en cuenta en el proceso de interpretación como atribución de sentido, lo que fue aceptado por SILVA SÁNCHEZ en la discusión posterior. En esta última, también se ubicó en el centro del debate la distinción de Philipp HECK entre “*Begriffskern*” y “*Begriffshof*” y su relevancia para determinar los límites de una interpretación permisible. Además, se hicieron manifiestos ciertos compromisos de SILVA SÁNCHEZ en materia de filosofía del lenguaje. En particular, él asumiría un entendimiento del lenguaje y la semántica característicos del Wittgenstein tardío, lo que permitiría abrir nuevos caminos en las investigaciones futuras.

La tercera ponencia del segundo día de congreso estuvo a cargo del Prof. Luís GRECO (Berlín) y el tema fue el concepto de culpabilidad en el derecho penal. Él realizó, por un lado, un panorama de la postura de SILVA SÁNCHEZ sobre la noción jurídico-penal de culpabilidad, influenciada en gran medida por las discusiones que tuvieron lugar en Alemania especialmente a finales del siglo pasado. Por otro lado, trabajó diversas contribuciones del homenajeado sobre problemas puntuales como el estado de necesidad exculpante y la *actio libera in causa*. Greco constató, con remisión también a otras investigaciones recientes, que detrás de estas consideraciones no se encuentra solamente una toma de postura de dogmática jurídica. Más bien, los fundamentos brindados por SILVA SÁNCHEZ se asientan en nociones básicas de la filosofía práctica y, quizá especialmente, en una toma de postura sobre la antropología humana. En particular durante la ronda de preguntas fue destacada la importancia de asumir una visión del ser humano en la construcción del sistema del hecho punible. El problema del reconocimiento de ciertos derechos pre-jurídicos o derechos innatos derivados de esta antropología fue debatido entre los participantes de la conferencia, así como sus vinculaciones con distintas figuras jurídicas, como el estado de necesidad.

La penúltima conferencia fue presentada por el Prof. Michael KUBICIEL (Augsburg) y tuvo como punto de partida dos aspectos de la obra de SILVA SÁNCHEZ referidos al rol de la víctima en el derecho penal. El primero fue la llamada lucha contra la impunidad y las autorizaciones procesales que se le conceden a las víctimas para lograr el castigo de quien cometió un injusto contra ellas. La discusión fue situada en el contexto de la expansión del derecho penal, discutido el día anterior por la Prof. BECKEMPER, y KUBICIEL señaló las ventajas y las dificultades de este rol ampliado de las víctimas en el proceso penal. En particular, fueron destacados distintos problemas de “*fair trial*” que se producen en este ámbito y en posibles soluciones. El segundo fue el rol de la víctima en la restauración del derecho y la superación del conflicto interpersonal. Aquí fueron mencionados nuevamente distintos aspectos controvertidos, así como cuestiones actuales de política criminal, como la discusión sobre la constitucionalidad de una reapertura de procesos contra acusados previamente absueltos en casos especialmente graves. Durante la discusión no solo se debatieron los detalles de la posición de SILVA SÁNCHEZ, sino que también se volvió a vincular la solución a los problemas mencionados por KUBICIEL con una determinada imagen del ser humano que el derecho penal debería reconocer. En especial, el carácter sufriente del ser humano, pero también capaz de perdonar, debería ser un aspecto ineludible en el análisis.

El Prof. Gunnar DUTTGE (Göttingen) ofreció la última conferencia de las jornadas. El núcleo de sus consideraciones fue la postura de SILVA SÁNCHEZ sobre la protección jurídico-penal de fetos y embriones: la posibilidad de una destrucción intencional de la vida humana no nacida sería, según

el homenajeado, una exclusión de la personalidad de un grupo de seres humanos. DUTTGE vinculó estas consideraciones a cierta tendencia actual a flexibilizar la protección de la vida humana a partir de modificaciones de la regulación penal de la interrupción del embarazo. El eje de la discusión fue la idea de abolir o modificar drásticamente el § 218, StGB a favor de una regulación de plazos mucho más permisiva que la actual regulación moderada de indicaciones. DUTTGE consideró que, si bien la posición de SILVA SÁNCHEZ requiere ciertos matices, sirve para evaluar críticamente estas nuevas posiciones. En particular, debería llevar a los participantes del debate a no perder de vista el valor de la vida humana por nacer en la regulación de estas situaciones. El homenajeado coincidió en gran medida con las apreciaciones y destacó que en el estado actual de las sociedades occidentales podrían ser asumidas dos tomas de postura básicas sobre la interrupción del embarazo. Una sería la de considerar que en estos casos se produce una verdadera tragedia, en la que cualquier solución genera una pérdida de algo valioso. La regulación actual de Alemania, con sus defectos y virtudes, refleja el carácter dilemático de estas decisiones de vida o muerte. La otra sería la de considerar que los casos de interrupción del embarazo son algo intrascendente para el derecho (mera naturaleza), por lo que el derecho penal debería retirarse de la escena. Esta postura es la asumida en las nuevas regulaciones.

El cierre estuvo a cargo del Prof. HILGENDORF, quien destacó el carácter extraordinario de lo sucedido: se trató del primer congreso alemán sobre la obra de un profesor de habla hispana. A esto habría que sumarle que en el año 2020 se realizó el primer libro homenaje en idioma alemán para un profesor de derecho penal de habla hispana: el “*Festschrift*” para el Prof. Marcelo SANCINETTI (Buenos Aires), quien también participó del congreso y a quien se le entregó personalmente un ejemplar del libro homenaje el 29 de julio, tras numerosas postergaciones a causa de la pandemia. Por estas razones, se está frente a uno de los momentos más fructíferos del intercambio académico de cara a cara entre Alemania, Latinoamérica y España. Esta tendencia intentará ser continuada con un libro que compilará todas las ponencias presentadas y que se publicará en 2023.

LA GUERRA EN UCRAANIA Y LA SOBERANÍA EN CUESTIÓN

Esteban MIZRAHI / Rodrigo PÁEZ CANOSA*

Fecha de recepción: 17 de mayo de 2022

Fecha de aceptación: 24 de octubre de 2022

La guerra en Ucrania parece haber despertado a Europa de su largo letargo, un sopor en el que llegó a naturalizar el mapa político del continente alcanzado tras el fin de la guerra de Kosovo en 1999. En ese sueño creyó que una creciente interdependencia económica implicaba razones suficientes para neutralizar todo conflicto político y expulsar de su horizonte a la guerra, precisamente, como eventual prolongación de la política con otros medios, al decir de Clausewitz. Con más de seis millones de ucranianos refugiados y desplazados en poco más de dos meses, ciudades sitiadas y devastadas por misiles y artillería pesada rusa, cerca de 3000 civiles muertos constatados por la ONU (entre ellos más de 200 niños), la irrupción de la guerra ha disipado aquella ilusión de una paz perdurable a base de acuerdos comerciales. Todavía atontada, la Unión Europea da pasos descoordinados sin un rumbo claro.

Esta guerra también ha puesto de manifiesto cuál es el único lenguaje que las fuerzas occidentales agrupadas en torno a la OTAN son capaces de entender. La abstención de toda acción directa en el conflicto armado, pese a los reiterados pedidos del presidente de Ucrania y a sus propios intereses estratégicos, sólo responde al respeto de los aliados de la OTAN por el armamento nuclear ruso y el temor fundado a una escalada del conflicto en esa dirección. En este sentido, el *equilibrio del mal* propio de una *pax atómica* lejos de conducir a la paz perpetua liderada por sus potencias, tal como lo pensaba Kant en el siglo XVIII, produce, por el contrario, las condiciones necesarias para llevar adelante una guerra preventiva con armamento convencional. De ahí que la lógica del accionar ruso no difiera demasiado de la *Estrategia de Seguridad Nacional* imperante en EE. UU. desde la administración Bush: destruir las amenazas antes de que el país se vea seriamente afectado; una buena ofensiva es la mejor defensa. Varían únicamente las retóricas que justifican en cada caso la

* Esteban Mizrahi es profesor titular de la UNLaM y profesor asociado de la UNIPE, especializado en filosofía del derecho y filosofía política. Rodrigo Páez Canosa es docente de filosofía política de la UBA.

acción militar. Pero no los objetivos ni las estrategias utilizadas. En estas circunstancias, sólo aquellos Estados que tienen sus espaldas bien cubiertas con ojivas nucleares pueden emprender una guerra anticipada, tal como lo hizo EE. UU. con Irak (tras cerciorarse una y otra vez por veedores internacionales de la ONU que ese país no disponía de armas de destrucción masiva) y como lo hace ahora Rusia con su invasión a Ucrania. Ello implica no sólo un reordenamiento del damero político mundial en torno a los países que efectivamente disponen de armamento atómico (EE. UU., Francia, Reino Unido, Rusia, China, India, Pakistán y Corea del Norte, presuntamente también Israel) sino además una reformulación teórica respecto del significado de la soberanía como atributo inseparable de la independencia política de un Estado que, ahora, parece haberse desplazado.

Podría pensarse que un aspecto de este desplazamiento se evidencia en el inusual protagonismo que asumen en la guerra las compañías y entidades deportivas globales. La abstención de entrar en el conflicto armado por parte de los países occidentales redundó en la politización extrema de las relaciones comerciales y deportivas. Al 27 de abril, más de 750 compañías de primer orden mundial han cerrado sus establecimientos en Rusia, dejado de operar con ese país o bien reducido al mínimo su actividad. También, organizaciones deportivas internacionales, como la FIFA, han prohibido la participación de equipos rusos en sus certámenes. La medida más radical hasta el momento ha sido la decisión de los organizadores del torneo de Wimbledon de impedir la inscripción de tenistas rusos en la edición de este año, aun cuando lo hagan a título personal y no en representación de Rusia, incluso si están dispuestos a donar lo obtenido en premios a los damnificados por la guerra. Con todo, semejante politización de la vida económica y profesional, ejercida de manera masiva, indiscriminada y discriminatoria, no parece haber afectado hasta el momento el curso de las decisiones políticas y bélicas del Kremlin. Puesto en términos maniqueos: en ello se exhibe la autonomía de lo político frente a la economía, precisamente, como lo propio de un Estado en ejercicio de su soberanía.

Para la filosofía política de la modernidad la atribución de soberanía estaba reservada a un único actor que investido de autoridad representaba la unidad política. Tal actor podía ser el rey, el pueblo, el Estado o la nación, según la corriente de pensamiento que se considerase. Pero en última instancia, sólo podía llamarse “soberano” a un Estado que, llegado el caso, estaba en condiciones de defender su territorio en una contienda armada. Declarar la guerra era una prerrogativa tan inseparable de la soberanía estatal como darse una organización institucional para reglar las formas de vida imperantes en su interior. En tiempos de paz la soberanía estatal habilitaba, por ejemplo, la intervención en la vida económica y social con el fin de evitar que los intereses contrapuestos propios de su dinámica interna no redundasen en la destrucción recíproca de las partes. Este accionar estaba

direccionado a hacer prevalecer el interés común y preservar la seguridad del individuo y la integridad del tejido social. De igual manera, en situaciones de emergencia, dicha soberanía podía materializarse en políticas confiscatorias e incluso en la exigencia de exponer la vida. Una guerra era, precisamente, el caso típico en que el Estado estaba justificado a confiscar bienes y exigir la disposición al sacrificio de la vida de sus ciudadanos en ejercicio de su soberanía. La guerra era el único medio para dirimir los conflictos entre las partes en disputa cuando ellas no llegaban a un acuerdo por la vía diplomática. Pero se trataba de un enfrentamiento armado entre los ejércitos regulares de Estados que se reconocían entre sí como soberanos. Este reconocimiento del Estado enemigo como potencia soberana, presupuesto ya en una mera declaración de guerra, jugaba un rol esencial en el desarrollo de la contienda, pues implicaba una serie de comportamientos a ser observados en la confrontación armada (*ius in bellum*): respetar a embajadores, enviados y mediadores, no asesinar ni esclavizar a los prisioneros de guerra, no atacar hospitales, iglesias y demás instituciones de la vida civil del Estado enemigo, respetar la vida, integridad corporal y bienes de las personas privadas, etc. Con ello quedaba siempre abierta la posibilidad de arribar a un acuerdo de paz entre los Estados beligerantes. No se trataba, entonces, de una guerra de exterminio ni tampoco de una guerra cuyo objetivo principal fuera el sometimiento incondicional del contrincante. Por el contrario, era una guerra simétrica entre contendientes que se reconocían recíprocamente como Estados soberanos. Por esta razón, era posible desarrollar cierta racionalidad en el empleo de la violencia armada plasmada en reglas y principios de derecho internacional. Con todo, tanto en tiempos de guerra como de paz, la función de la soberanía estatal se jugaba en la capacidad para mantener cohesionados a los miembros del cuerpo político con el fin de evitar su disolución. Sólo a tal efecto, el Estado estaba investido de poder. En el ejercicio de la soberanía se expresaba la voluntad de autorregulación y de autodeterminación del pueblo o de la nación. Y si bien es cierto que los atributos clásicos de la soberanía, es decir, su condición de única, indivisible e inalienable, siempre respondieron más a una caracterización teórica que a una práctica efectiva, no es menos cierto que fue el Estado la figura excluyente sobre la que recayó el reconocimiento de un poder soberano en el plano internacional (al menos desde la paz de Westfalia a mediados del siglo XVII).

En la actualidad existen diversos fenómenos que erosionan la soberanía estatal. Se trata de un tópico recurrente, muy estudiado en la teoría política. Por un lado, la integración regional y global, los organismos multilaterales y las organizaciones internacionales condicionan y debilitan la autoridad del Estado y reducen a un mínimo sus márgenes de maniobra. Además, compañías y corporaciones que operan a escala planetaria (tanto lícitas como ilícitas) detentan mayor poder y

capacidad de intervención que los estados, no sólo por su poderío económico sino también porque la mayor parte de las tecnologías empleadas por estos para gestionar, vigilar, asegurar y defender su territorio depende de manera directa o indirecta de aquellas.

A este sombrío panorama se suma la imposibilidad de seguir asignando soberanía territorial plena a aquellos países que no disponen de armas de destrucción masiva. Por el otro, los movimientos sociales transversales de dimensiones también globales, tales como el feminismo, el colectivo LGTBQ+, junto con los pueblos originarios y las minorías étnicas o nacionales, se reconocen a sí mismos como soberanos. Y a tal fin reivindican el principio de soberanía popular, pero reniegan de la centralidad del Estado y de su autoridad. Con ello, se verifica que tras décadas de diagnosticar la crisis terminal de la soberanía y expedir múltiples certificados de defunción, aparecen discursos que reconocen su necesidad en el contexto de un mundo globalizado. Al respecto cabe preguntarse al menos, si acaso es posible defender una idea de soberanía que dé por sentada la obsolescencia del Estado como su forma política. Y si este fuera el caso, entonces, cuál sería el sujeto capaz de encarnarla y de legislar en un territorio determinado. Hasta el momento, ningún actor de los mencionados parece ser el indicado. Porque no basta con dominar por la fuerza un territorio para constituirse en soberano, si al mismo tiempo no se dispone de la capacidad para legislar sobre ese territorio. Por tal motivo, no son soberanas las guerrillas que dominan hace décadas parte del territorio de Colombia y Perú. De igual manera, tampoco basta con que se manifieste la voluntad de autodeterminación para que un colectivo humano se constituya sin más en soberano. Tal voluntad debe estar acompañada de poder fáctico. De lo contrario, sucede lo ocurrido con el plebiscito separatista de Cataluña. Porque en última instancia, el concepto de soberanía se juega en la capacidad para articular el poder fáctico y el jurídico dentro de un territorio determinado. Y, pese a todo, el Estado persiste como el único actor capaz hacerlo. Nada que ya no haya sido dicho y teorizado hace cien años pero que conviene tenerlo presente, porque por más que los poderes fácticos estén allí e impongan sus condicionamientos, ellos carecen de fuerza soberana si no tienen capacidad para crear y mantener vivo un orden jurídico. Es así que aún los países que hoy disponen de un arsenal nuclear como respaldo de sus incursiones militares, no ejercen soberanía inmediata sobre los territorios que de hecho controlan hasta tanto no logran ordenar la vida de sus pobladores bajo una forma jurídica. De ello se sigue que, hasta la fecha, ni Rusia está en condiciones de ejercer su soberanía en territorio ucraniano; ni Ucrania dispone del poder fáctico para hacer prevalecer su voluntad de incorporarse a la Unión Europea o ser miembro de la OTAN. Y como entre Estados soberanos no hay ningún juez que falle con imparcialidad y esté investido de poder suficiente como para hacer cumplir sus decisiones, los conflictos de intereses se resuelven a través de la guerra.

La guerra de Ucrania ha despertado a los países de la Unión Europea de su sueño dogmático. También a quienes referenciados en este proyecto sólo atinan explicar un enfrentamiento bélico en el continente o bien como efecto indeseado de intereses económicos, o bien como resultado del fanatismo étnico-religioso o, por último, como la irrupción desatada de la locura. Ninguna de esas variables alcanza por sí solas para explicar razonablemente la embestida rusa sobre Ucrania. Entretanto, la crudeza despiadada de la guerra, la crueldad desembozada que exhiben sus imágenes, da cuenta de un desastre humanitario como consecuencia inevitable de una práctica exclusivamente humana. Europa despertó así a una realidad de pesadilla que creía haber dejado atrás para siempre y de la que no le será nada sencillo volver a salir.

LA CIENCIA JURÍDICA EN LA ENSEÑANZA DEL DERECHO

Anna RICHTER (CONICET)*

Fecha de recepción: 7 de junio de 2021

Fecha de aceptación: 22 de febrero de 2022

Resumen

Una de las preguntas más desconcertantes que se nos puede hacer a quienes investigamos y escribimos sobre el derecho es la pregunta por la utilidad de la ciencia jurídica. Más allá del disfrute personal de obtener conocimiento y agrandar las bibliotecas jurídicas con artículos que llevan nuestros nombres, ¿cuál es el aporte que brinda esta tarea a la comunidad jurídica y a toda la sociedad? En este trabajo intentaré argumentar que la ciencia jurídica, y con ello la dogmática penal, no solo brinda un servicio importante a la sociedad, sino también que esa tarea requiere de un tipo de enseñanza jurídica específica, que se podría llamar el método de casos. Para ello presentaré primero algunas observaciones sobre las posibles tareas de la ciencia jurídica y, segundo, analizaré qué tipo de formación se requiere para realizar tales tareas. En un tercer punto me ocuparé de algunos desafíos pendientes respecto de la investigación y enseñanza jurídica que todavía no parecen recibir la atención que merecen.

Palabras clave: ciencia jurídica – enseñanza – dogmática – investigación – derecho penal

Title: Legal Science and Law Education

Abstract

* CONICET-UNC-CIJS, UES21, anna.e.m.richter@gmail.com. Abogada por la Universidad Ludwig-Maximilian, Múnich, Alemania; Magister en Global Rule of Law por la Universidad de Génova, Italia; Doctora en Derecho y Ciencias Sociales por la Universidad Ludwig-Maximilian, Múnich, Alemania y la Universidad Nacional de Córdoba, Argentina en co-tutoría. Docente en la Universidad Empresarial Siglo 21 y la Universidad Nacional de Córdoba. Actualmente becaria posdoctoral de CONICET.

One of the most perplexing questions that can be asked of those of us who research and write about the law is the question of the usefulness of legal scholarship. Beyond the personal pleasure of gaining knowledge and adding to law libraries with articles bearing our names, what contribution does it make to the legal profession and to society as a whole? In this paper I will try to argue that legal scholarship, and with it criminal law theory, not only provides an important service to society, but also that this task requires a particular kind of legal teaching, which could be called the case method. To this end, I will first make some remarks about the possible tasks of legal scholarship, and secondly, I will analyse what kind of training is required to carry out such tasks. Thirdly, I will address some outstanding challenges to legal research and teaching that still do not seem to receive the attention they deserve.

Keywords: legal science – teaching – legal theory – research – criminal law

Sumario: I. Introducción; II. La tarea de la ciencia jurídica; III. Implicaciones para la enseñanza del derecho; IV. Desafíos pendientes; V. A modo de cierre; VI. Bibliografía

I. Introducción

Una de las preguntas más desconcertantes que se nos puede hacer a quienes investigamos y escribimos sobre el derecho es la pregunta por la utilidad de la ciencia jurídica. Más allá del disfrute personal de obtener conocimiento y agrandar las bibliotecas jurídicas con artículos que llevan nuestros nombres, ¿cuál es el aporte que brinda esta tarea a la comunidad jurídica y a toda la sociedad? En este trabajo intentaré argumentar que la ciencia jurídica, y con ello la dogmática penal, no solo brinda un servicio importante a la sociedad, sino también que esa tarea requiere de un tipo de enseñanza jurídica específica, que se podría llamar el método de casos. Para ello presentaré primero algunas observaciones sobre las posibles tareas de la ciencia jurídica y, segundo, analizaré qué tipo de formación se requiere para realizar tales tareas. En un tercer punto me ocuparé de algunos desafíos pendientes respecto de la investigación y enseñanza jurídica que todavía no parecen recibir la atención que merecen.

II. La tarea de la ciencia jurídica

Cuando se discuten las posibles tareas de la ciencia jurídica, generalmente se mencionan dos actividades diferentes. Por un lado, la identificación y sistematización de las normas y, por el otro,

una forma de proceder más proactiva, que incluye no solo el análisis crítico de las normas en términos de antinomias o lagunas, sino también propuestas prescriptivas o normativas que van más allá de la normativa existente.

Esta distinción entre las actividades descriptivas y prescriptivas no es menor. De esta dependen por un lado las tareas específicas que deben realizar quienes pretenden hacer ciencia jurídica y, por el otro, ha de determinarse con base en esta el criterio de corrección o la dirección de ajuste para evaluar la labor jurídica. Si la tarea de la dogmática jurídica se limita a una sistematización descriptiva de las normas, entonces el criterio de corrección para las teorías dogmáticas se encuentra en los textos normativos mismos y sus interpretaciones. En ese caso, la labor de la ciencia jurídica consiste en la elaboración de teorías descriptivas que puedan explicar las normas existentes y eventualmente han de adaptarse si no pueden dar cuenta de toda la normativa. Si, en cambio, se considera que la actividad de la dogmática jurídica debe consistir en el desarrollo de guías prescriptivas, en las que se deben orientar, y eventualmente a las que se deben adaptar las reglas del ordenamiento jurídico, entonces el criterio de corrección para las teorías dogmáticas no pueden ser solo los textos jurídicos o sus interpretaciones. Más bien, se tendría que buscar un punto de referencia externo a la normativa.

Una posible manera de determinar el rol de la teoría en el derecho penal consiste en dirigir la mirada a otros campos científicos en los que se desarrollan teorías. Así, emulando de alguna manera las ciencias empíricas, la función de las teorías consiste en la explicación de normas existentes y en la inferencia de principios o reglas existentes, pero no normadas.¹ Aplicado al campo jurídico significa que el valor de una teoría se mide primordialmente por su capacidad de explicar las reglas establecidas por el legislador. Con ello, la dirección de ajuste es teoría-a-ley; la teoría ha de corresponderse con las determinaciones legales, no al revés.

Este enfoque tiene dos ventajas. Primero, logra establecer un criterio común para el desarrollo de teorías en las ciencias sociales y naturales y, segundo, la identificación y consiguiente sistematización de las reglas jurídicas es, sin duda, una tarea importante para cualquier sistema jurídico. Mediante estas tareas se determina "el contenido de la proposición jurídica para ver qué

¹ Sobre esta forma de entender la ciencia jurídica (entre otras) véase NINO, *Consideraciones sobre la Dogmática jurídica (con referencia particular a la dogmática penal)*, México, Universidad Nacional Autónoma de México, 1989, pp. 78 s. Bajo esa concepción (que no es única), el desarrollo de teorías jurídicas debería atenerse a las mismas reglas que la elaboración de teorías en las ciencias naturales.

casos concretos de la vida son subsumibles en ella”,² lo que permite alcanzar una justificación interna de la decisión tomada, a saber, la verificación de que la solución obtenida se puede basar en las dos premisas del silogismo jurídico, la norma general y los hechos correspondientes.³ Con ello, las actividades de identificación y sistematización del cuerpo normativo forman el núcleo de la actividad jurídica. Además, son indispensables para detectar eventuales contradicciones o lagunas y buscar coherencia dentro del ordenamiento jurídico. Así, la sistematización “permite evaluar permanentemente ‘qué se sigue de’ ciertas asunciones en ciertas partes de la estructura de un modo expeditivo y exhaustivo”.⁴ Por último, las actividades de identificación y sistematización permiten descifrar el tipo de sociedad que forman las leyes dado que el ordenamiento jurídico determina de manera relevante la vida en nuestras sociedades. P. ej., establece nuestros derechos y deberes para con los y las demás y da forma a nuestras relaciones comerciales y laborales. Para poder identificar el tipo de sociedad que forman las leyes, es preciso sistematizarlas y ponerlas en relación.

Pero no ha de perderse de vista que el objeto de estudio de las ciencias jurídicas no son fenómenos naturales independientes de los humanos como en las ciencias exactas o en algunos ámbitos de la física, la geología o la biología. Más bien, los textos normativos son construcciones sociales que bien podrían tener otro contenido.⁵ Por ello, la ciencia jurídica no está limitada a la identificación y sistematización del cuerpo normativo. Puede tomar partida en la elaboración y el desarrollo de las normas jurídicas. Incluso puede argumentarse con buenas razones que la ciencia jurídica debe involucrarse en el análisis crítico de la legislación vigente y, eventualmente en la propuesta de *lege ferenda*. Estas tareas pueden describirse como justificación externa del silogismo jurídico, pues se refieren a la evaluación de las premisas mismas y con ello permiten el análisis de las normas con base en sus efectos o su compatibilidad con determinados fines perseguidos en pos de algún valor (p.ej., entre otros, la convivencia en sociedad). Si, como he sostenido arriba, el ordenamiento jurídico da forma a ámbitos elementales de nuestras vidas, entonces la realización de las ciencias jurídicas con mirada crítica puede contribuir a mejorar la normativa para dar respuestas a nuevos problemas sociales o incluso para moldear una sociedad mejor según una cierta perspectiva. Puede servir para identificar las leyes, instituciones e intervenciones estatales que necesitamos para resolver fenómenos novedosos y acercarnos a la sociedad que queremos tener. Bajo este marco hay

² GIMBERNAT ORDEIG, *Concepto y método de la ciencia del derecho penal*, Madrid, Tecnos, 1999, p. 44.

³ ALEXY, *Teoría de la argumentación jurídica*, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1997, pp. 213 s.

⁴ PERALTA, “Dogmática penal y seguridad jurídica”, en *Revista de la Facultad*, vol. VI, n.º 1 nueva serie II, 2015, p. 133.

⁵ FERRAJOLI, “Sobre la enseñanza del derecho”, en *Boletín informativo. Jueces y Jueces para la Democracia*, n.º 82, enero 2021, p. 12.

que analizar críticamente la legislación vigente, ponderar diferentes interpretaciones del texto normativo con miras a sus efectos sociales y, eventualmente, se pueden hacer propuestas de *lege ferenda* cuando el ordenamiento jurídico existente no ofrece una solución satisfactoria para algún problema determinado. Es cierto que las y los juristas no son los únicos que pueden contribuir al desarrollo de la sociedad mediante leyes e instituciones estatales. En esa tarea también están involucrados políticos y políticas, integrantes de ONGs, científicas y científicos de las ciencias políticas, militantes políticos y muchas otras personas. Sin embargo, a las y los juristas les toca un rol particular, porque están más familiarizados con el cuerpo normativo, las diferentes interpretaciones de los textos normativos y su aplicación a los casos concretos. Este conocimiento técnico específico hace que su aporte sea especialmente valioso para la labor de la justificación externa del silogismo judicial.⁶

Por otro lado, ese involucramiento prescriptivo de las y los juristas en la identificación y el desarrollo normativo no solo parece ser deseable, sino inevitable. Como es conocido, es discutido si el conocimiento del texto normativo basta para poder captar la norma, o si, como defiende una opinión fuerte en la ciencia jurídica, existe una diferencia entre el texto normativo y la norma.⁷ Según esa posición, para extraer la norma del texto normativo se requiere un acto mental, la llamada interpretación. Si bien es debatido si hace falta interpretar todos los textos normativos, parece haber consenso en que por lo menos algunos textos requieren de algún tipo de interpretación para poder llegar a la norma. Entonces, la actividad jurídica es —por lo menos en parte— prescriptiva y depende de una decisión individual del o de la agente. Por ello, las visiones del mundo y las posiciones personales de las y los intérpretes jurídicos influyen inevitablemente en el ordenamiento jurídico, lo que hace especialmente importante tener en cuenta sus trasfondos y fomentar su mirada crítica, también respecto de las propias limitaciones y sesgos.⁸

De ello se puede concluir que la ciencia jurídica debe estar preparada para realizar ambas actividades: la sistematización es necesaria para poder captar el contenido y alcance del

⁶ FERRAJOLI, *supra* nota 5, pp. 19 s., va más allá de estos razonamientos y constata un alejamiento de la política de los principios de justicia —provenientes de las constituciones y de las teorías políticas—, con lo que el rol de la ciencia jurídica como protectora de tales principios se volvería aún más importante.

⁷ GUASTINI, *Estudios sobre la interpretación jurídica*, México, Universidad Nacional Autónoma de México, 1999, pp. 3 ss.; MACCORMICK, *Rhetoric and the Rule of Law: A Theory of Legal Reasoning*, Oxford, Oxford University Press, 2005, pp. 121 ss.

⁸ Una mirada muy crítica sobre la influencia ideológica de las facultades de derecho en sus estudiantes es proporcionada por KENNEDY, “La educación legal como preparación para la jerarquía”, en COURTIS (comp.), *Desde otra mirada. Textos de teoría crítica del derecho*, 2.ª ed., Buenos Aires, Eudeba, 2009, pp. 549-577.

ordenamiento jurídico y a la vez es un paso indispensable para el desarrollo del derecho hacia una sociedad mejor, independientemente de cómo se define tal sociedad “mejor”.

III. Implicaciones para la enseñanza del derecho

Con lo anterior pretendo haber establecido que las tareas de sistematizar y de cuestionar críticamente el derecho son importantes para el desarrollo de nuestras sociedades. A partir de allí surge la pregunta de cómo se puede asegurar la existencia de personas aptas para realizar ambas actividades. Si no queremos confiar en que la suerte nos regale suficientes mentes agudas que se desempeñan en la ciencia jurídica, hay que adaptar la enseñanza del derecho de tal manera que fomente la adquisición de las habilidades necesarias para realizar tanto tareas de sistematización como actividades de análisis crítico y desarrollo del derecho.

Para encontrar tal sistema presentaré tres estilos diferentes que se pueden encontrar en la enseñanza del derecho y que aquí llamaré el método teórico, el método de fallos y el método mixto. Estos estilos no solo se expresan en los manuales de derecho a los que recurren los y las estudiantes de grado, sino también en la presentación del contenido en clase y en la forma de evaluar el aprendizaje en la carrera de derecho. Ha de aclararse que las clasificaciones aquí realizadas no siempre se encuentran de manera tan pura en la realidad. Más bien, son construcciones teóricas e ideales para aprehender la realidad. Así, la enseñanza del derecho en las diversas universidades puede presentar formas mixtas o matices de los tres estilos. En una misma universidad incluso puede haber cátedras que aplican estilos diferentes. Lo que aquí se pretende hacer es una presentación de los estilos que mayormente se aplican en la enseñanza del derecho, sin descartar que puede haber desviaciones o variaciones de esas corrientes mayoritarias.

1. Método teórico

Llamaré al primer tipo de enseñanza “método teórico”, porque se centra sobre todo en la enseñanza de los textos normativos y algunas de sus posibles interpretaciones. Esta manera de enseñar el derecho se aplica generalmente en las facultades de derecho de la Argentina y de España. Allí, el foco está puesto en la memorización de textos normativos, el aprendizaje de definiciones y la presentación de diferentes teorías de interpretación y sistematización de la normativa. Como ya se ha mencionado arriba, la determinación de las normas a menudo solo es posible con base en la interpretación del texto normativo. Por ello, el método teórico no se limita meramente a enseñar los textos normativos, sino que se extiende también a inculcar algunas interpretaciones de esos

textos, especialmente las interpretaciones desarrolladas por la dogmática. Estas interpretaciones a menudo están vinculadas a ciertos intentos de sistematización del derecho, p. ej., cuando se recurre a la interpretación gramatical o sistemática,⁹ por lo que la enseñanza teórica también brinda conocimientos sobre las estructuras sistematizadoras del derecho.

Si se observan los manuales jurídicos usados en muchas facultades jurídicas argentinas y españolas, llama la atención su enfoque en tales cuestiones teóricas y en las discusiones dogmáticas.¹⁰ Si bien se cita jurisprudencia, esta generalmente se encuentra en las notas al pie y no cobra un rol preponderante: se hallan pocos resúmenes de fallos o casos ficticios para ilustrar y enriquecer las discusiones teóricas. La evaluación reproduce este enfoque en la teoría, pues los exámenes consisten en preguntas específicas —a veces incluso a modo de un cuestionario de múltiple opción— que permiten determinar si el o la estudiante ha aprendido de memoria los problemas jurídicos planteados de manera teórica, pero no se le exige solucionar un caso mediante la aplicación de los conocimientos jurídicos a la práctica.

Este método tiene la ventaja de permitir una evaluación rápida y simple de los conocimientos adquiridos, porque no requiere de la corrección de soluciones de casos. Sobre todo, en universidades que no disponen de mucho personal y donde los y las docentes no solo trabajan como tales, sino que a la vez litigan o se desempeñan en el poder judicial, ese ahorro de trabajo es un punto a favor del método teórico. Asimismo, para los y las estudiantes tiene la ventaja de permitir el aprendizaje de memoria sin requerir ulteriores esfuerzos. Pero ello conlleva la desventaja de no brindar una adecuada preparación para la vida laboral, en la que la exacta definición del dolo es menos relevante que poder reconocerlo en un caso concreto. Además, esta forma de enseñanza es demasiado estática como para despertar el pensamiento crítico que sería necesario para un análisis profundo de la legislación existente y el desarrollo de propuestas normativas aptas para nuevos desafíos sociales. Para ello hace falta un tipo de enseñanza dirigido a estimular el pensamiento propio y crítico de los y las estudiantes. Es decir, no solo habría que proveerles de conocimiento sobre el texto literal de la normativa vigente y enseñarles diferentes tipos de interpretación, también habría que fomentar las capacidades de argumentación y aplicación de la normativa a diferentes casos y escenarios.

⁹ Sobre las diferentes categorías de argumentos interpretativos véase, p. ej., MACCORMICK, *supra* nota 7, pp. 124 s.

¹⁰ Solo a modo de ejemplo: MIR PUIG, *Derecho penal. Parte general*, 10.ª ed., Barcelona, Reppertor, 2015; ZAFFARONI / ALAGIO / SLOKAR, *Manual de derecho penal: parte general*, 2.ª ed., Buenos Aires, Ediar, 2006.

2. Método de fallos

Debido a los problemas que plantea el método teórico se podría pensar en una segunda manera de enseñar el derecho, que llamaré la enseñanza mediante fallos o el método de fallos. En esta, los conceptos clave del derecho son presentados a través de fallos reconocidos de los altos tribunales. Este estilo pedagógico tiene sus orígenes en los Estados Unidos, donde Christophorus Columbus Langdell, un profesor de la escuela de derecho de Harvard, en la segunda mitad del siglo XIX propuso enseñar el derecho mediante el análisis de fallos jurisprudenciales.¹¹ Esta propuesta se basa en la percepción de que las sentencias judiciales no son ejemplos del derecho, sino que constituyen la fuente misma del derecho. Esa comprensión de los fallos como fuente del derecho generalmente se denomina *case law* y es defendida en el ámbito jurídico anglosajón del *common law*, en el que el estudio de los fallos anteriores, los llamados precedentes, permite conocer no solo la aplicación del derecho, sino también su contenido. Este conocimiento del derecho se basa en la aplicación del razonamiento inductivo, según el cual se pueden inducir los principios básicos del derecho de los fallos relevantes. Estos principios se expresan en la *ratio decidendi* o el *holding* del caso, donde la justificación jurídica de la sentencia es presentada en la forma de una regla general y abstracta.¹² Para determinar las normas vigentes en esos ámbitos jurídicos, el análisis de fallos es entonces de suma relevancia.

Un ejemplo de este estilo enfocado en fallos es el manual que usa la *Harvard Law School* en su curso de la parte general del derecho penal en el primer año de la carrera de derecho.¹³ En este, los conceptos clave del derecho son presentados recurriendo a fallos reconocidos y las diferentes definiciones de esos conceptos que defendieron los tribunales en varias ocasiones. En los Estados Unidos, no solo la presentación del material de estudio, sino también la evaluación de los y las

¹¹ ETCHICHURY, "Por un método crítico de casos", en ROSSETTI / ÁLVAREZ (comps.), *Derecho a la vida, un análisis desde el método de casos*, Córdoba, Advocatus, 2005, p. 52.

¹² KRIELE, *Grundprobleme der Rechtsphilosophie*, 2.ª ed., Münster, LIT, 2004, p. 32.

¹³ KADISH / SCHULHOFER / BARKOW, *Criminal Law and its Processes: Cases and Materials*, 10.ª ed., Nueva York, Wolters Kluwer, 2016. Otro ejemplo, esta vez de la Argentina, es el libro de CARRIÓ, *Garantías constitucionales en el proceso penal*, 5.ª ed., Buenos Aires, Hammurabi, 2008, en el que presenta los principios básicos del derecho penal y procesal penal tal como fueron entendidos y aplicados por los tribunales argentinos.

estudiantes se basa en fallos. Así, los exámenes generalmente consisten en la solución escrita de un caso ficticio o real que se asemeja a los fallos vistos en clase.¹⁴

En el estilo de fallos, el foco está puesto en el análisis de fallos reales. Esto les permite a los y las estudiantes ver cómo los tribunales argumentan y resuelven casos y cómo el derecho funciona en la práctica y no solo en la teoría. Además, les muestra que a menudo no existe una única solución para un caso, lo que significa que la solución no se puede deducir de la ley como si fuera una ecuación matemática, sino que los jueces y las juezas interpretan los textos legales y les dan su significado.

Una desventaja de esa manera de enseñar el derecho consiste en su falta de teorización y sistematización. Si se pone el enfoque principal en las soluciones judiciales, no hay mucho lugar para discusiones teóricas o esquematizaciones, que generalmente son dejadas de lado por los tribunales, porque estos se centran en un caso determinado y no permiten el tratamiento de cuestiones generales y abstractas. Pero tales discusiones más generales pueden ser aclaratorias para entender el derecho como un todo y para comprender las conexiones entre diferentes conceptos. Lo mismo vale para la esquematización del derecho que puede ayudar a distinguir y ordenar diferentes tipos y niveles de problemas jurídicos. Además, el acercamiento teórico al derecho permite un enfoque prescriptivo y no solo descriptivo del derecho, pues posibilita un estudio crítico del derecho vigente y la propuesta de nuevas formas de resolver los problemas jurídicos.

Con ello, el método de fallos tampoco es adecuado para enseñarles a los y las futuras juristas todas las herramientas necesarias para sistematizar y analizar críticamente el derecho. Si bien el método de fallos resalta la contingencia de las decisiones judiciales y las normas basadas en estas, no puede proporcionar una estructura que traspase todo el ordenamiento jurídico y ponga las diferentes normas en relación.

3. Método mixto

El tercer modo de enseñar el derecho que aquí se presenta es el llamado método mixto o método de casos, que combina la enseñanza teórica con la solución de casos. Detrás de este se encuentra la idea según la cual el mero conocimiento teórico todavía no es suficiente para poder

¹⁴ Los exámenes de la escuela de derecho de Harvard de los años 1870 a 1995 se encuentran disponibles en la siguiente página: <https://hollisarchives.lib.harvard.edu/repositories/5/resources/4539>, visitado por última vez el 14 de abril de 2020 [enlace verificado el 1.º de febrero de 2023].

aplicar ese saber a un caso concreto y resolverlo.¹⁵ Por ello, la teoría, es decir, el conocimiento de la legislación, sus posibles interpretaciones y las teorías que ordenan la normativa, ha de combinarse con técnicas y métodos que permiten trasladar el conocimiento teórico a una situación específica. Se trata entonces de un “entrenamiento en la búsqueda de soluciones fundadas en normas legales”.¹⁶

Este método generalmente es aplicado en las facultades jurídicas alemanas y se basa en la presentación de los problemas jurídicos tanto de manera teórica como mediante casos. En los manuales, generalmente se menciona al inicio de un capítulo un caso real o ficticio en cuya solución se aplican las teorías o definiciones relevantes.¹⁷ Los exámenes consisten en la solución de casos, en los que no solo se evalúa la reproducción del conocimiento teórico, sino también su aplicación al caso concreto, así como su transmisión, es decir la argumentación y priorización de los puntos complicados por sobre los fáciles. De esta manera, el conocimiento teórico viene acompañado de un aprendizaje de “técnicas y experiencias que permiten una solución práctica”,¹⁸ para preparar a las y los futuros juristas para la vida laboral.

A diferencia del método de fallos, los casos presentados no necesariamente son reales. A menudo son casos inventados por los o las docentes y autores de los manuales con el único fin de ilustrar el problema jurídico en cuestión. En el marco de ese método, las opiniones defendidas por los altos tribunales no tienen la misma relevancia que en el método de fallos. La razón es que no se trata de aprender y reproducir soluciones judiciales, sino, más bien, los casos que se usan para la aplicación de los conocimientos teóricos.

Detrás de este método se encuentra una manera particular de sistematizar y argumentar en el derecho que por un lado representa la actividad jurídica en la práctica y por el otro lado permite la inclusión de discusiones teóricas y la priorización de cuestiones difíciles que plantea el caso específico. A saber, en el caso, los problemas jurídicos se resuelven a través de una sistematización y argumentación específica. En lo que sigue presentaré el método de casos mediante problemas jurídicos conocidos y discutidos en la dogmática y la jurisprudencia penal. Me limitaré a la

¹⁵ NAUCKE ya dijo en el 1980: “aun cuando se haya llegado a experto en el debate sobre el sistema del hecho punible, faltará, sin embargo, mucho para ser un experto en decidir casos de estafa”, *Strafrecht. Eine Einführung*, 3.ª ed., Fráncfurt a. M., Metzner, 1980, p. 330.

¹⁶ BACIGALUPO, *Técnica de resolución de casos penales*, Buenos Aires, Hammurabi, 1990, p. 8.

¹⁷ Solo a modo de ejemplo: WESSELS / BEULKE / SATZGER, *Strafrecht. Allgemeiner Teil*, 49.ª ed., Heidelberg, C.F. Müller, 2019.

¹⁸ BACIGALUPO, *supra* nota 16, p. 7.

argumentación y sistematización pertenecientes al derecho penal, aunque el método de casos se puede aplicar a todas las ramas del derecho. Dado que aquí no me interesa la solución específica de los casos, sino la metodología aplicada, solamente mencionaré esos problemas sin pretender analizarlos o resolverlos. Tampoco pretendo ofrecer una visión profunda y abarcativa del método de casos que habilite a las y los lectores a su aplicación en el ejercicio de la profesión o la enseñanza jurídica.¹⁹ Más bien, me limitaré a presentar los elementos centrales del método, lo que estimo suficiente para poder demostrar su utilidad a los fines aquí expuestos.

La estructura que guía el pensamiento en el derecho penal —y con ello también ordena el razonamiento en el método de casos— viene dada por la teoría del delito, con lo que está sujeta a cambios según los desarrollos que se van dando y según la corriente que sigue cada penalista. Sin embargo, hoy en día la gran mayoría de las y los penalistas alemanes está de acuerdo en la estructura básica, según la cual hay que distinguir entre la tipicidad —que incluye la acción—, la antijuridicidad, la culpabilidad y, por último, los demás presupuestos de punibilidad. Dentro de esa estructura se ubican todos los problemas encontrados en el nivel que les corresponde.

Con ello se da la siguiente particularidad: si se pretende p. ej. analizar el caso de que Analía, de trece años de edad, prende fuego las bolsas de basura que sus vecinos han dejado en la vereda, no se puede saltar directamente al dato de que Analía es menor de dieciséis años y, por ende, no es imputable según el art. 1, Ley 22.278.²⁰ En su lugar, se debe seguir el esquema antes mencionado y verificar primero que al encender las bolsas de basura Analía cometió una acción penalmente relevante, es decir, una acción humana, externa y mínimamente manejable.²¹ Luego ha de comprobarse que esa acción cumple con los requisitos de algún tipo objetivo, como p. ej. el delito de daños según el art. 183, CP. Aquí habría que discutir si las bolsas de basura dejadas en la vereda son una “cosa ajena”, tal como lo exige el art. 183, CP, o si fueron abandonadas en el sentido del

¹⁹ Una introducción al método de casos se encuentra en RICHTER, “Pensar el derecho: el método de casos alemán”, en *Revista de la Facultad*, vol. XI, n.º 2, nueva serie II, 2020, pp. 81-102. Una presentación más profunda y abarcativa ofrece BACIGALUPO, *supra* nota 16.

²⁰ Algunos autores, como JAKOBS, *System der strafrechtlichen Zurechnung*, Fráncfurt a. M., Vittorio Klostermann, 2012, p. 24, proponen en algunos casos comenzar el análisis del caso con la culpabilidad, a saber, cuando la capacidad de culpabilidad claramente no está dada. Según JAKOBS, en ese caso la imputación penal fracasa debido a que el autor o la autora no está expresando un sentido, más bien, el hecho ha de considerarse como naturaleza. Dicho en las palabras del autor, “antes de la determinación de culpabilidad ha de quedar pendiente si existe un elemento de un sentido delictivo o naturaleza”, *ÍDEM*, p. 24 (la traducción es mía). Aun así, la propuesta central sigue siendo la misma: proceder en el análisis de un caso según un esquema preestablecido, aunque el orden del esquema pueda cambiar según la corriente teórica que se defienda.

²¹ ROXIN, *Derecho penal. Parte general, tomo I, fundamentos. La estructura de la teoría del delito*, Madrid, Civitas, 1997, p. 194, n.º m. 4.

art. 1947, CCyC y por ello ya no pertenecen a nadie, con lo que su destrucción sería una acción atípica según el art. 183, CP.²² Asimismo, se debería mencionar la cuestión de si el art. 183, CP exige que la cosa dañada tenga algún valor económico para poder formar parte del patrimonio de otro²³ y, si se afirma la necesidad del valor económico, si las bolsas de basura tienen tal valor.²⁴ Si se superan esos problemas, habría que verificar la tipicidad subjetiva, es decir, el dolo de Analía y, posteriormente, la antijuridicidad de su acción. Después de haber comprobado que efectivamente existe una acción ilícita cometida por Analía, recién en el marco de la culpabilidad se plantea la pregunta por su imputabilidad, que aquí habría que rechazar por su edad. Si, en cambio, se niega que las bolsas de basura puedan ser susceptibles de ser dañadas en el sentido del art. 183, CP, porque fueron abandonadas o porque carecen de valor económico, entonces el análisis termina con el tipo objetivo y se constata la atipicidad del comportamiento de Analía sin investigar su falta de culpabilidad por inimputabilidad. Es decir, siempre se sigue el esquema mencionado hasta llegar a su fin, constatando la punibilidad o hasta llegar a un punto en el que se determina la falta de punibilidad.

De esta manera, el método de casos permite la enseñanza de varias habilidades importantes. Primero, y al igual que en el método teórico, se requiere un conocimiento sólido de la normativa, las teorías jurídicas, definiciones y métodos de interpretación. Y al igual que el método de fallos, el método de casos presupone el conocimiento de determinadas decisiones judiciales destacadas. En segundo lugar, el método de casos acerca a las y los estudiantes al pensamiento de la práctica, porque les exige solucionar casos, lo que implica la identificación de problemas jurídicos en situaciones cotidianas, la aplicación de las teorías y definiciones aprendidas a hechos, así como el constante uso de los códigos legales, tal como lo tendrán que hacer en su vida profesional. Dado que el método de casos pretende imitar en cierta medida la vida de las y los juristas prácticos, no se exige el aprendizaje de memoria de los textos normativos, sino que se incita el uso de los códigos para identificar el texto específico de la ley. En tercer lugar, el método de casos fomenta el pensamiento crítico. En la mayoría de los casos presentados a las y los estudiantes no existe una única solución posible. Más bien, quien analiza el caso se encontrará con términos que permiten diferentes interpretaciones, con principios cuya ponderación puede llevar a varios resultados y con teorías que

²² MACAGNO, “Los daños simples y agravados”, en VITALE (dir.), *Código Penal comentado de acceso libre*, Asociación Pensamiento Penal, 2018, pp. 10 s.; KINDHÄUSER / HILGENDORF, *Strafgesetzbuch. Lehr- und Praxiskommentar*, 8.ª ed., Baden-Baden, Nomos, 2019, § 242 n.º m. 14.

²³ Acerca de esa discusión, véase MACAGNO, *supra* nota 22, p. 8.

²⁴ KINDHÄUSER / HILGENDORF, *supra* nota 22, § 303 n.º m. 3.

proporcionan diversas consecuencias. Por ello, las y los estudiantes tendrán que decidir qué teoría o interpretación aplicarán a los problemas planteados, teniendo en cuenta los efectos que pueden tener esas teorías e interpretaciones para las posibles soluciones del caso.

Dado que el método de casos exige una solución estructurada de los problemas jurídicos presentados, enseña una visión ordenada del ordenamiento jurídico que relaciona los diferentes elementos normativos tanto entre sí como con los diferentes niveles y exigencias de la teoría del delito. De esta manera, las normas no quedan aisladas, sino que se aprecian en su contexto y en función del rol que les toca dentro de la teoría del delito. Además, esta presentación escalonada de la solución de casos y problemas jurídicos obliga a los y las estudiantes a ordenar sus ideas, a priorizar lo importante sobre cuestiones secundarias y, punto para nada menor, a presentar sus soluciones en una elaboración escrita.

Con ello, se puede concluir que el método de casos es una herramienta útil para asegurar que las y los estudiantes de derecho no solo aprendan el texto normativo y sus interpretaciones jurisprudenciales y dogmáticas, sino que también tengan en cuenta una estructura general y presten atención a las implicaciones que tienen las diferentes interpretaciones y teorías para la solución de los casos concretos. Así, desde el inicio están familiarizados con el hecho de que el derecho no es un fenómeno dado, estático e independiente de la voluntad humana, sino que es una construcción social, cuya forma y contenido depende de quienes la crean, interpretan y aplican.

La transmisión de estas habilidades es especialmente valiosa si la formación jurídica pretende formar funcionarios y funcionarias aptos para la solución de cualquier tipo de problema jurídico, tal como lo pretenden las facultades de derecho alemanas. También es útil en contextos como el argentino, en los que la abogada o el abogado no es visto (de hecho o de derecho) como un "funcionario", pero se lo considera un asistente o auxiliar.²⁵ La formación de un abogado o una abogada en cualquiera de estos casos supone la formación de un operador autorizado del sistema (sea que se lo quiera llamar "asistente-auxiliar de la justicia" o simplemente funcionario o funcionaria sin más).

²⁵ BINDER, *Derecho Procesal Penal, Tomo 1: Hermenéutica del proceso penal*, 2.ª ed., Buenos Aires, Ad-Hoc, 2013, pp. 155 s.; BÖHMER, "Igualadores y traductores", en ALEGRE / GARGARELLA / ROSENKRANTZ (eds.), *Homenaje a Carlos S. Nino*, Buenos Aires, La Ley, 2008, p. 366; CAFFERATA NORES / TARDITTI, *Código Procesal Penal de la Provincia de Córdoba, Tomo 1, artículos 1 a 300*, Editorial Mediterránea Córdoba, 2003, p. 352; CLARIÁ OLMEDO / CHIARA DÍAZ, *Derecho procesal penal, Tomo 2*, Buenos Aires, Rubinzal-Culzoni, 2008, p. 85.

Sin embargo, el método de casos también tiene desventajas: primero, es un método que requiere de una cantidad considerable de tiempo: las y los docentes necesitan más tiempo para ese tipo de enseñanza que para una enseñanza teórica, dado que no solo han de enseñar el contenido teórico, sino que también deben reservar un espacio para la presentación y solución de casos en sus clases. Además, la preparación y corrección de exámenes basados en el método de casos requiere de más tiempo que la corrección de exámenes de múltiple opción. De esta manera, la mayor carga de tareas no les permite a las y los docentes el ejercicio de múltiples cursos. Más bien, han de limitar sus esfuerzos a pocas asignaturas. Para que esto sea factible, es decir, para que las y los docentes puedan cumplir con sus obligaciones y a la vez el ejercicio de su profesión les permita vivir de ello, se puede pensar en varias mejoras que generalmente están dadas en las universidades alemanas, pero que no se encuentran tan difundidas en las universidades argentinas. P. ej., se podría exigir cargos de tiempo completo y buenos sueldos para las y los docentes. También se podría pensar en una mejor infraestructura que incluya la existencia de oficinas equipadas con escritorios, computadoras, impresoras y demás equipamiento necesario, en personal administrativo auxiliar como secretarías y secretarios, o en asistentes de docencia e investigación que ayuden en la elaboración de las clases y la corrección de exámenes.

El método de casos no solo requiere más tiempo de las y los docentes, sino también de las y los estudiantes. Aprender algo de memoria es una tarea mucho más rápida o mecánica que comprender un tema en suficiente profundidad como para poder sacar conclusiones propias y establecer relaciones entre diferentes problemas. Por ello, la enseñanza y el aprendizaje del derecho basados en el método de casos demandará más horas de estudio y exigirá otros tipos de aprendizaje, enfocados en la producción de soluciones, no solo en la memorización del contenido dado.

Segundo, el método de casos requiere de formación y perfeccionamiento constante de las y los docentes: en el método de casos no existe una única solución para los casos presentados, más bien, se puede argumentar en diferentes direcciones y con ello llegar a resultados diversos. Por este motivo, las y los docentes deben estar familiarizados con la jurisprudencia y dogmática actual, deben conocer los debates teóricos, pero también la aplicación (o no) de las teorías en la práctica. Esto significa que se debe fomentar la formación y participación del cuerpo docente en tales discusiones, o, dicho de manera más fácil, se debe incentivar la investigación en las universidades. Por ello, la investigación debe ser parte del trabajo docente, debe ser incluida en el sueldo y el otorgamiento de cargos debería depender en parte del desempeño como investigador o investigadora. Facilitar la investigación implica también mantener las bibliotecas bien equipadas y actualizadas, así como proveer lugares de estudio para docentes y estudiantes.

Este fomento de la investigación también debe extenderse a las y los estudiantes, porque la capacidad de analizar textos, buscar bibliografía, citar correctamente y trasladar sus razonamientos al papel son habilidades necesarias para poder resolver casos exitosamente.

Como se sabe, no todos estos prerrequisitos para la implementación exitosa del método de casos están dados actualmente en las facultades de derecho de las universidades argentinas. Algunos se pueden realizar más fácilmente que otros y muchos son costosos, lo que a menudo establece un límite infranqueable para mejoras y reformas. Quizás esta visión ideal de la vida universitaria no sea completamente realizable en nuestras latitudes. Aun así, puede servir de norte, de línea directriz, cuando pensamos en reformas en la enseñanza del derecho, tanto en lo grande —en reformas universitarias o requisitos para la implementación de nuevos posgrados— como en lo pequeño —en la elaboración de un curso, un programa de estudio o un examen—.

Pese a las dificultades de implementación mencionadas, una enseñanza del derecho basada en el método de casos parece ser un camino prometedor para asegurar la clase de juristas que necesitamos para desarrollar y mejorar nuestros ordenamientos jurídicos y con ello nuestras sociedades.

IV. Desafíos pendientes

Si bien el método de casos tiene ventajas sobre el método teórico y la enseñanza mediante fallos, también tiene falencias. Aparte de los costos y dificultades de implementación en sistemas universitarios menos equipados, mencionaré dos puntos que merecen mejoras y revisiones.

1. Fundamentación de la normativa en teorías políticas

La primera propuesta se refiere a los fines que deberían perseguirse con las normas jurídicas y a los límites que han de tenerse en cuenta en la persecución de esos fines. Si se toma en serio la afirmación de que el derecho es un mecanismo para guiar y moldear la sociedad, entonces, primero habría que elegir qué tipo de sociedad se pretende alcanzar. Como es sabido, esa elección se realiza mediante las llamadas teorías políticas y morales. Una vez que se ha establecido cuál configuración social se persigue, habría que seleccionar las normas y principios necesarios para dar cuenta de las exigencias establecidas por la teoría política en cuestión. En este mismo sentido, FERRAJOLI afirma incluso que “los padres constituyentes del moderno estado de derecho fueron, bastante más que los

juristas o los gobernantes, los filósofos de la política, de Thomas Hobbes a John Locke y a Montesquieu, de Beccaria a Kant y a Stuart Mill”.²⁶

En algunos casos, la conexión entre las normativas jurídicas y las teorías políticas es clara, como en la interpretación de derechos fundamentales. Allí, la discusión sobre el alcance y contenido de principios como la libertad personal depende en gran medida de las asunciones que se aceptan respecto del rol del Estado o las obligaciones y libertades de las personas para con las y los demás.²⁷

Otro ejemplo, esta vez proveniente del derecho penal, es el siguiente razonamiento conocido: el derecho penal es considerado la *ultima ratio* del Estado, la última herramienta que solo se puede aplicar a casos gravísimos y en situaciones en las que otras soluciones del conflicto social no tienen efecto.²⁸ En la dogmática penal centroeuropea esta idea ha sido retomada en la exigencia de que el derecho penal solo debería aplicarse para la protección de los llamados bienes jurídicos,²⁹ mientras que en el ámbito anglosajón se exige para los mismos fines una infracción del principio del daño.³⁰ Si bien estas dos herramientas de delimitación difieren en algunos aspectos y cada una presenta problemas específicos, pueden compartir un ámbito común: los derechos individuales de las personas y la exigencia del *neminem laedere*,³¹ es decir, de un deber fundamental de no dañar a los demás.

Esta obligación básica de no dañar a otros se basa en dos ideas de estirpe liberal: la concesión de una libertad lo más amplia posible para cada persona y la percepción de esa libertad en sentido

²⁶ FERRAJOLI, *supra* nota 5, p. 14.

²⁷ En el mismo sentido CESANO, “Metodología de la ciencia jurídico-penal”, en LARIGUET (comp.), *Metodología de la investigación jurídica. Propuestas contemporáneas*, Córdoba, Editorial Brujas, 2016, p. 460; ALEXI, *Tres escritos sobre los derechos fundamentales y la teoría de los principios*, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, Serie de Teoría Jurídica y Filosofía del Derecho, n.º 28, 2003, p. 35.

²⁸ ROXIN, *Strafrecht, Allgemeiner Teil, Band I, Grundlagen – Der Aufbau der Verbrechenslehre*, 4.ª edición, Múnich, C. H. Beck, 2006, § 2 K n.º m. 97; WELZEL, *Das Deutsche Strafrecht*, 11.ª ed., Berlín, De Gruyter, 1969, p. 6.

²⁹ Según ROXIN, *supra* nota 28, § 2 C n.º m. 7, los bienes jurídicos comprenden “todas las circunstancias o finalidades [...] necesarias para el libre desarrollo del individuo, la realización de sus derechos fundamentales y el funcionamiento de un sistema estatal basado en esos objetivos” (la traducción es mía).

³⁰ Solo a modo de ejemplo: HARCOURT, “*Mill’s On Liberty and the Modern ‘Harm to Others’ Principle*”, en DUBBER (ed.), *Foundational Texts in Modern Criminal Law*, Oxford, Oxford Academic, 2014, pp. 163 ss.; FEINBERG, *The Moral Limits of Criminal Law*, vol. 1: Harm to Others, Oxford Academic, 1984.

³¹ WELZEL, *supra* nota 28, p. 5.

negativo,³² como una garantía contra las interferencias de terceros. Este principio de libertad negativa forma el núcleo de las teorías liberales.³³ Con ello, en el ámbito del pensamiento liberal, las obligaciones básicas de las personas para con las y los demás también se ven expresadas en ese principio de libertad negativa: han de respetar las libertades de terceros y *prima facie* no les es permitido interferir en estas.

De esta manera, la teoría liberal puede proveer un fundamento para la prohibición penal de aquellos actos que dañan a terceros porque interfieren gravemente en sus esferas de libertad.

Sin embargo, la conexión entre las teorías políticas —especialmente el liberalismo— y las normas penales se puede desdibujar cuando no se analizan los principios básicos, sino las normas infraconstitucionales específicas. P. ej., muchos ordenamientos penales contienen obligaciones que van más allá de una mera no infracción de los derechos de las y los demás y por ende no pueden justificarse con el deber liberal de proteger las libertades de las y los ciudadanos.

Un ejemplo claro para ello es el “falso testimonio” y el “perjurio” que se encuentran en muchos Códigos penales, como el argentino, que sanciona el falso testimonio en su art. 275, o el español, que sanciona el falso testimonio de testigos en su art. 458 y el falso testimonio de peritos e intérpretes en su art. 459, el Código penal alemán (*Strafgesetzbuch*, StGB), que sanciona tanto la declaración falsa no juramentada (§ 153, StGB) como el perjurio (§ 154, StGB), así como en el art. 241 del *Model Penal Code* de los EE.UU., que se refiere a diferentes tipos de falsedades.

Todas estas normas comprenden la obligación de la o del testigo, perito o intérprete de no mentir ante un tribunal penal. Con ello, a este grupo de personas se les exige algo más que la mera no interferencia en las libertades de otros, se les pide una colaboración activa en la investigación de los hechos bajo juicio. Tal deber de colaboración no puede basarse directamente en el principio

³² BERLIN, “Two Concepts of Liberty”, en HARDY (ed.), *Isaiah Berlin, Liberty, Incorporation Four Essays on Liberty*, 2.^a ed., Oxford, Oxford University Press, 2002, pp. 169 s.

³³ RAWLS, *Teoría de la Justicia*, México D.F., Fondo de Cultura Económica, 1995, p. 67, lo expresa explícitamente en su primer principio de justicia (“Cada persona ha de tener un derecho igual al esquema más extenso de libertades básicas que sea compatible con un esquema semejante de libertades para los demás”) y le da primacía sobre el segundo principio de las desigualdades económicas y sociales. La misma idea se encuentra, de manera más radical, en NOZICK, *Anarchy, State, and Utopia*, Oxford, Blackwell Publishers, 1974, pp. 30 s., quien permite aún menos limitaciones de esa libertad básica que RAWLS.

liberal de la libertad negativa, sino que requiere de una fundamentación más rebuscada.³⁴ Esto demuestra que no todas las normas penales existentes tienen una base clara en los principios liberales.

Si se toma en serio la afirmación de que el derecho es un mecanismo para darle forma a nuestras sociedades, entonces habría que revisar toda la normativa a la luz de la teoría política que se considera conveniente para alcanzar una determinada conformación de la sociedad. Eso significa que tanto las normas existentes como las nuevas propuestas normativas deberían poder justificarse por su aporte al desarrollo de la sociedad. Cuáles normas serán justificadas y cuáles no dependerá de las teorías políticas subyacentes y de las necesidades de desarrollo de la sociedad en cuestión.

Esta propuesta cobra especial relevancia si se tiene en cuenta la inevitable influencia de las miradas personales en la interpretación del derecho. Disponer de conocimientos de teoría política puede ayudar a las y los juristas a darse cuenta de sus propios posicionamientos políticos, de sus privilegios o de la relevancia que ha tenido su clase social en su desempeño laboral.

Para que la ciencia jurídica pueda incluir tales consideraciones en sus análisis normativos, la enseñanza jurídica tendría que extenderse a la presentación de las teorías políticas y morales y a los razonamientos subyacentes, como el equilibrio reflexivo.³⁵

2. Evaluación de la funcionalidad de la normativa

Dentro del marco de acción establecido por la teoría política elegida para garantizar la convivencia, cobra importancia mi segunda propuesta. Esta consiste en incluir en el análisis de la normativa vigente y especialmente en el desarrollo de nuevas propuestas normativas un punto de vista pragmático mediante el cual se evalúa la utilidad de las medidas impuestas para alcanzar los fines perseguidos. Hasta ahora, la ciencia jurídica, tanto en Alemania como en la Argentina, presta

³⁴ Se podría pensar en una fundamentación a través de la necesidad de asegurar el buen funcionamiento del proceso penal que se podría ver amenazado ante mentiras de testigos y peritos. Sin embargo, esto no podría justificar mentiras irrelevantes para el proceso u obviamente falsas que no engañan a nadie y por ende no interfieren negativamente en el proceso. Otra posibilidad consiste en buscar una fundamentación fuera del liberalismo, p. ej., a través de una concepción social de la libertad que requiere la colaboración de las y los ciudadanos. Aquí no pretendo resolver el problema de la justificación del falso testimonio, solo quiero usarlo como ejemplo para una normativa ampliamente reconocida, cuyos fundamentos no saltan a la vista.

³⁵ Un ejemplo para la propuesta de incorporación de conocimientos provenientes de las teorías políticas y morales a la ciencia jurídica es el texto de SELEME, "El método del equilibrio reflexivo y su uso en el derecho", en LARIGUET, (comp.), *Metodología de la investigación jurídica. Propuestas contemporáneas*, Córdoba, Editorial Brujas, 2016, pp. 167-174.

poca atención a la verificación empírica de las asunciones que la dogmática elabora sobre el funcionamiento del derecho. Es decir, si bien la dogmática penal supone que la existencia de las normas incide en el comportamiento de los ciudadanos y las ciudadanas, y pretende guiar esas acciones mediante permisiones y prohibiciones legales, existe poca verificación empírica de esas asunciones. Por un lado, la dogmática generalmente no incluye en sus razonamientos los estudios empíricos existentes sobre la influencia de normas o sanciones en el comportamiento humano. La ciencia jurídica tampoco inicia tales estudios para determinar los efectos de nuevas normas y no recurre a métodos empíricos para evaluar la eficacia de determinadas normas.³⁶ Sin embargo, si se toma en serio la afirmación de que el ordenamiento jurídico es una herramienta para guiar el comportamiento humano y, especialmente en el derecho penal, para evitar acciones dañinas,³⁷ entonces la comprobación de la hipótesis de que una determinada medida tendría tal o cual efecto tendría que considerarse una parte esencial del análisis normativo.³⁸ Pues, si la norma no alcanza los fines deseados, su justificación se vuelve más dificultosa.

Aunque acabo de indicar que la evaluación de la efectividad de las normas debería formar un elemento indispensable en el análisis dogmático, no quiero ocultar que su realización plantea desafíos. Por un lado, habría que incrementar la enseñanza de métodos empíricos en la formación jurídica para proveer a las y los estudiantes de las herramientas necesarias para la realización de los análisis aquí propuestos. Por otro lado, habría que afinar y adaptar los métodos y estudios disponibles a las particularidades del derecho penal. Pues, el análisis económico del derecho con el que actualmente se cuenta se basa en gran parte en estudios en situación de laboratorio que no toman en cuenta las motivaciones específicas en situaciones en las que se tienen que ponderar las

³⁶ En los países angloamericanos y de *common law* hay una mayor propensión a la verificación empírica de las asunciones normativas. Un ejemplo es el análisis de los efectos de la limitación del derecho a guardar silencio en diferentes ordenamientos jurídicos en O'REILLY, "England limits the right to silence and moves towards an inquisitorial system of justice", en *The Journal of Criminal Law & Criminology*, vol. 85, n.º 2, pp. 430 ss. con muchas más menciones.

³⁷ La asunción de que el derecho penal puede incidir en el comportamiento humano está fuertemente anclada en la ciencia jurídica, como demuestran las conocidas teorías preventivas de la pena. En estas se afirma que la imposición de una pena está justificada porque previene futuras infracciones penales, lo que presupone que las personas tienen en cuenta la posibilidad de una sanción penal cuando deciden qué acciones realizar y cuáles no. Con respecto a ello véase p. ej. ROXIN, *supra* nota 28, § 3 n.º m. 11 ss.

³⁸ En una dirección parecida va el razonamiento de GRECO, "Dos formas de hacer dogmática jurídico-penal", en *Discusiones*, n.º 8, 2008, pp. 177 ss., según el cual la dogmática penal no debe limitarse a plantear los grandes temas, a saber, las construcciones teóricas de la teoría del delito, como p. ej. el derecho penal del enemigo o las corrientes del garantismo o funcionalismo. Más bien, debería preocuparse en igual medida por los problemas concretos de aplicación de las teorías abstractas. Si bien GRECO limita su razonamiento a las preguntas dogmáticas en sentido estricto, y no incluye el reclamo por una verificación empírica de las asunciones hechas, creo que coincidimos en la exigencia de prestar atención a los efectos de las construcciones teóricas.

ventajas y desventajas de la comisión de delitos. Por ello, se tendrían que adaptar los métodos de relevamiento y evaluación de datos a las particularidades del derecho penal.³⁹ Además, habría que reforzar el análisis de situaciones reales antes y después de la implementación de nuevas normativas para poder determinar su eficacia en una sociedad determinada.

V. A modo de cierre

En este trabajo intenté argumentar a favor de una ciencia jurídica involucrada tanto en la sistematización del ordenamiento jurídico, como en el análisis crítico de la normativa existente y el desarrollo de nuevas propuestas normativas. Para asegurar que las y los juristas tengan los conocimientos y herramientas necesarios para realizar estas tareas, propuse una enseñanza basada en el método de casos. Este método logra combinar los conocimientos teóricos con las destrezas prácticas para formar juristas capaces de brindar soluciones no solo en casos fáciles o conocidos, sino también en casos más difíciles que requieren de pensamiento crítico y fomentan una mirada integral del ordenamiento jurídico.

Por último, presenté dos cuestiones todavía desatendidas en la discusión dogmática: la inclusión de las teorías políticas y morales en la justificación de la normativa y la revisión empírica de los efectos de las instituciones y normas jurídicas. Su incorporación en los debates jurídicos no solo enriquecería la discusión, sino que también daría nuevas pautas para la valoración y justificación de las normas existentes y propuestas. Ambas cuestiones pueden verse como ejemplos de una propuesta más general a favor de una mayor interdisciplinariedad entre las diferentes áreas de conocimiento dentro y fuera del ámbito jurídico.

VI. Bibliografía

ALEXY, Robert, *Teoría de la argumentación jurídica*, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1997.

—, *Tres escritos sobre los derechos fundamentales y la teoría de los principios*, Bogotá, Universidad externado de Colombia, Serie de Teoría Jurídica y Filosofía del Derecho, n.º 28, 2003.

³⁹ Una indagación en los desafíos del análisis económico del derecho en ese sentido se encuentra en HAREL / TEICHMAN, “Análisis conductista del derecho penal y su aplicación: una amistosa revisión crítica”, en *Discusiones*, n.º 22, 2018, pp. 40 ss.

- BACIGALUPO, Enrique, *Técnica de resolución de casos penales*, Buenos Aires, Hammurabi, 1990.
- BERLIN, Isaiah, "Two Concepts of Liberty", en HARDY, Henry (ed.), *Isaiah Berlin, Liberty, Incorporation Four Essays on Liberty*, 2.ª ed., Oxford, Oxford University Press, 2002.
- BINDER, Alberto, *Derecho Procesal Penal, Tomo 1: Hermenéutica del proceso penal*, 2.ª ed., Buenos Aires, Ad-Hoc, 2013.
- BÖHMER, Martín, "Igualadores y traductores", en ALEGRE, Marcelo / GARGARELLA, Roberto / ROSENKRANTZ, Carlos (eds.), *Homenaje a Carlos S. Nino*, Buenos Aires, La Ley, 2008.
- CAFFERATA NORES, José / TARDITTI, Aída, *Código Procesal Penal de la Provincia de Córdoba, Tomo 1, artículos 1 a 300*, Córdoba, Editorial Mediterránea, 2003.
- CARRIÓ, Alejandro, *Garantías constitucionales en el proceso penal*, 5.ª ed., Buenos Aires, Hammurabi, 2008.
- CESANO, Daniel, "Metodología de la ciencia jurídico-penal", en LARIGUET, Guillermo (comp.), *Metodología de la investigación jurídica. Propuestas contemporáneas*, Córdoba, Editorial Brujas, 2016.
- CLARIÁ OLMEDO, Carlos R. / CHIARA DÍAZ, Jorge A., *Derecho procesal penal, Tomo 2*, Buenos Aires, Rubinzal-Culzoni, 2008.
- ETCHICHURY, Horacio, "Por un método crítico de casos", en ROSSETTI, Andrés / ÁLVAREZ, Magdalena (comps.), *Derecho a la vida, un análisis desde el método de casos*, Córdoba, Advocatus, 2005.
- FEINBERG, Joel, *The Moral Limits of Criminal Law*, vol. 1: Harm to Others, Oxford Academic, 1984.
- FERRAJOLI, Luigi, "Sobre la enseñanza del derecho", en *Boletín informativo. Juezas y Jueces para la Democracia*, n.º 82, Enero 2021.
- GRECO, "Dos formas de hacer dogmática jurídico-penal", en *Discusiones* n.º 8, 2008.
- HARCOURT, Bernard, "Mill's On Liberty and the Modern 'Harm to Others' Principle", en DUBBER, Markus (ed.), *Foundational Texts in Modern Criminal Law*, Oxford, Oxford Academic, 2014, pp. 163-182.

HAREL, Alon / TEICHMAN, Doron, “Análisis conductista del derecho penal y su aplicación: una amistosa revisión crítica”, en *Discusiones*, n.º 22, 2018.

JAKOBS, Günther, *System der strafrechtlichen Zurechnung*, Fráncfurt a. M., Vittorio Klostermann, 2012.

KADISH, Sanford / SCHULHOFER, Stephen / BARKOW, Rachel, *Criminal Law and its Processes: Cases and Materials*, 10.ª ed., Nueva York, Wolters Kluwer, 2016.

KENNEDY, Duncan, “La educación legal como preparación para la jerarquía”, en COURTIS, Christian (comp.), *Desde otra mirada. Textos de teoría crítica del derecho*, 2.ª ed., Buenos Aires, Eudeba, 2009.

KINDHÄUSER, Urs / HILGENDORF, Eric, *Strafgesetzbuch. Lehr- und Praxiskommentar*, 8.ª ed., Baden-Baden, Nomos, 2019.

KRIELE, Martin, *Grundprobleme der Rechtsphilosophie*, 2.ª ed., Münster, LIT, 2004.

GIMBERNAT ORDEIG, Enrique, *Concepto y método de la ciencia del derecho penal*, Madrid, Tecnos, 1999.

GUASTINI, Ricardo, *Estudios sobre la interpretación jurídica*, México, Universidad Nacional Autónoma de México, 1999.

MACAGNO, Mauricio, “Los daños simples y agravados”, en VITALE, Gabriel (dir.), *Código Penal comentado de acceso libre*, Asociación Pensamiento Penal, 2018.

MACCORMICK, Neil, *Rhetoric and the Rule of Law: A Theory of Legal Reasoning*, Oxford, Oxford University Press, 2005.

MIR PUIG, Santiago, *Derecho penal. Parte general*, 10.ª ed., Barcelona, Reppertor, 2015.

NAUCKE, Wolfgang, *Strafrecht. Eine Einführung*, 3.ª ed., Fráncfurt a. M., Metzner, 1980.

NINO, Carlos, *Consideraciones sobre la Dogmática jurídica (con referencia particular a la dogmática penal)*, México, Universidad Nacional Autónoma de México, 1989.

NOZICK, Robert, *Anarchy, State, and Utopia*, Oxford, Blackwell Publishers, 1974.

O'REILLY, Gregory, “England limits the right to silence and moves towards an inquisitorial system of justice”, en *The Journal of Criminal Law & Criminology*, vol. 85, n.º 2.

PERALTA, José Milton, “Dogmática penal y seguridad jurídica”, en *Revista de la Facultad*, vol. VI, n.º 1 nueva serie II, 2015.

RAWLS, John, *Teoría de la justicia*, México D.F., Fondo de Cultura Económica, 1995.

RICHTER, Anna, “Pensar el derecho: el método de casos alemán”, en *Revista de la Facultad*, vol. XI, n.º 2, nueva serie II, 2020.

ROXIN, Claus, *Derecho penal. Parte general, tomo I, fundamentos. La estructura de la teoría del delito*, Madrid, Civitas, 1997.

—, *Strafrecht, Allgemeiner Teil, Band I, Grundlagen – Der Aufbau der Verbrechenslehre*, 4.ª edición, Múnich, C. H. Beck, 2006.

SELEME, Hugo, “El método del equilibrio reflexivo y su uso en el derecho”, en LARIGUET, Guillermo (comp.), *Metodología de la investigación jurídica. Propuestas contemporáneas*, Córdoba, Editorial Brujas, 2016.

WELZEL, Hans, *Das Deutsche Strafrecht*, 11.ª ed., Berlín, De Gruyter, 1969.

WESSELS, Johannes / BEULKE, Werner / SATZGER, Helmut, *Strafrecht. Allgemeiner Teil*, 49.ª ed., Heidelberg, C.F. Müller, 2019.

ZAFFARONI, Eugenio R. / ALAGIA, Alejandro / SLOKAR, Alejandro, *Manual de derecho penal: parte general*, 2.ª ed., Buenos Aires, Ediar, 2006.

LA ILUSIÓN DE LA TAXATIVIDAD

María Laura MANRIQUE (CONICET)¹ y Pablo E. NAVARRO (CONICET)**

Fecha de recepción: 18 de octubre de 2021

Fecha de aceptación: 14 de marzo de 2022

Resumen

El objetivo principal de este trabajo es analizar la brecha entre los ideales normativos que conforman el Estado de Derecho y la efectiva implementación del principio de taxatividad. Sostendremos que la exigencia de taxatividad refleja una cierta concepción de la legislación, de la autonomía de los individuos y del modo en que el derecho penal limita la libertad en una comunidad que no se ajusta a nuestros enfoques contemporáneos acerca de la naturaleza del lenguaje y la justificación del derecho penal. De este modo, la exigencia de taxatividad nos permite convivir con la ilusión de una garantía esencial en la consolidación del Estado de Derecho.

Palabras clave: principio de legalidad, dogmática penal, lenguaje y normas penales.

Title: *The Void for Vagueness Illusion*

Abstract

Legal determinacy and certainty are, to some extent, fundamental elements of the Rule of Law. However, there is a gap between the normative ideals of the Rule of Law and its effective implementation in our legal systems. In this paper, we only analyze some aspects of legal determinacy and, particularly, focus on the so-called ‘void for vagueness’ principle. We show that this principle reflects certain ideas on legislation, personal autonomy and criminal that do not correspond to contemporary views about the functioning of legal rules, the nature of language and the justification of judicial decisions in applying criminal law. We conclude that the void for

¹ Investigadora del CONICET (Argentina). Doctora en Derecho (Universitat Pompeu Fabra).

** Investigador del CONICET (Argentina). Doctor en Derecho y Ciencias Sociales (Universidad Nacional de Córdoba). Profesor de la Universidad Nacional del Sur y de la Universidad Blas Pascal.

vagueness principle allows us to live with the illusion that we are protected by a fundamental right incorporated in the Rule of Law.

Keywords: Principle of Legality, Legal dogmatics, Language and Criminal rules.

Sumario: I. Introducción; II. El ideal de la taxatividad; III. La precisión mínima del lenguaje; IV. El hogar textual de la taxatividad; V. El umbral de taxatividad; VI. Conclusiones; VII. Bibliografía.

I. Introducción

Uno de los aportes centrales de la dogmática penal es la articulación y justificación del principio de legalidad.² La idea misma de Estado de Derecho no ejercería el atractivo inmenso que actualmente tiene si prescindiésemos de las constantes reelaboraciones y desarrollos dogmáticos de este principio.³ En esta tarea de refinamiento hay una estrecha relación entre los ideales y nuestras prácticas, entre el valor moral de la legalidad y la forma específica que esta adopta en un determinado ordenamiento, entre el derecho penal que deberíamos tener y el derecho penal que efectivamente tenemos en nuestras comunidades.

El objetivo principal de este trabajo es analizar esta brecha entre los ideales normativos que conforman al Estado de Derecho y la efectiva implementación de una de las dimensiones del principio de legalidad: la exigencia de taxatividad de las leyes penales.⁴ La relevancia de la taxatividad en el Estado de Derecho ha sido subrayada por ROXIN de la siguiente manera:⁵

² Entre muchos otros, véase FERRAJOLI, *Derecho y razón. Teoría del garantismo legal*, Madrid, Trotta, 1995; Díez RIPOLLÉS, *La racionalidad de las leyes penales: Práctica y teoría*, Madrid, Trotta, 2003; y ZAFFARONI / ALAGIA / SLOKAR, *Derecho penal: Parte general*, Buenos Aires, Ediar Sociedad Anónima Editora, Comercial, Industrial y Financiera, 2000. Por supuesto, estos desarrollos dogmáticos sustantivos han sido acompañados de una importante transformación metodológica de la disciplina. Al respecto, véase NINO, *Consideraciones sobre la dogmática jurídica*, México D.F., UNAM, 1989; MIR PUIG, *Introducción a las bases del derecho penal: Concepto y método*, Montevideo y otra, B de F, 2003; BACIGALUPO, *Delito y punibilidad*, Buenos Aires, Hammurabi, 1999; VIVES ANTÓN, “Principios penales y dogmática penal”, en VIVES ANTÓN / MANZANERES SAMANIEGO (eds.), *Estudios sobre el Código Penal de 1995*, Consejo General del Poder Judicial, 1996, pp. 37-72; y SILVA SÁNCHEZ, *Aproximación al derecho penal contemporáneo*, Barcelona, Bosch, 1992.

³ Para una presentación simple y breve de los desarrollos dogmáticos continentales y sus diferencias con otros enfoques (e.g., el anglosajón) sobre diferentes dimensiones del principio de legalidad penal, véase FERRERES COMELLA, *El principio de taxatividad en materia penal y el valor normativo de la jurisprudencia: una perspectiva constitucional*, Civitas, 2002, MADRID CONESA, *La legalidad del delito*, Universidad de Valencia, 1983.

⁴ En adelante, utilizaremos las expresiones “mandato de determinación” y “exigencia de taxatividad” como variantes estilísticas de la formulación del principio de taxatividad.

⁵ ROXIN, *Derecho penal. Parte general. T. I, Fundamentos*, Madrid, Civitas, 1997, p. 169.

Una ley indeterminada o imprecisa y por ello poco clara no puede proteger al ciudadano de la arbitrariedad, porque no implica una autolimitación del *ius puniendi* estatal a la que se pueda recurrir; además es contraria al principio de división de poderes, porque le permite al juez hacer cualquier interpretación que quiera e invadir con ello el terreno del legislativo; no puede desplegar eficacia preventivo-general, porque el individuo no puede reconocer lo que se le quiere prohibir; y precisamente por eso su existencia tampoco puede proporcionar la base para un reproche de culpabilidad.

Sin embargo, como esperamos mostrar en este trabajo, aún es necesario emprender un cuidadoso análisis de la exigencia de taxatividad para comprender adecuadamente el modo en que este mandato de determinación ofrece una garantía básica a los individuos en un Estado de Derecho.

Nuestro interés gira, en gran medida, en torno de las conexiones internas entre lenguaje y normas penales.⁶ Aunque estas conexiones se manifiestan principalmente en problemas vinculados con la claridad y precisión de las leyes penales, también nos interesa poner de manifiesto ciertos presupuestos y consecuencias de los enfoques tradicionales. En este sentido, nuestra agenda se nutre de problemas como, p. ej., los siguientes: ¿Qué exige el mandato de determinación de las leyes penales? ¿En qué circunstancias diremos que una ley penal no supera la exigencia de taxatividad? ¿A quiénes se dirige esta exigencia de taxatividad? ¿Cuál es el hogar textual de esta garantía?, etc.

A efectos de evitar confusiones es necesario señalar que este concepto de taxatividad, vinculado a las conexiones internas entre la precisión de las normas y el lenguaje del legislador, tiene que distinguirse de otra idea importante, pero diferente al objeto de nuestro análisis. Así, en ocasiones, los problemas de taxatividad son relativos al funcionamiento de una cierta institución o conjunto normativo. Por ejemplo, la Corte Suprema de la Argentina, en la mayoría de las ocasiones en que ha considerado la taxatividad de las leyes penales en el período 1994-2021, no se ha referido a la precisión del significado de las palabras de la ley, sino más bien a controversias relativas al carácter exhaustivo de ciertos requisitos (*e.g.*, causales de interrupción de la prescripción penal),⁷ o la pluralidad de instrumentos legislativos aplicables a un mismo supuesto de hecho,⁸ etc. En estos casos, el problema no surge por la mayor o menor indeterminación del significado de las palabras

⁶ Para un análisis de las estrategias internas y externas empleadas en el análisis del principio de taxatividad, véase MANRIQUE / NAVARRO / PERALTA, *La relevancia de la dogmática penal*, Universidad Externado de Colombia, 2011.

⁷ Véase, p. ej., CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA NACIÓN, “Endler, Javier Luis s/Extradición”, 19 de noviembre de 2020 (Fallos: 343:1738) y “Farina, Haydée Susana s/ homicidio culposo”, 26 de diciembre de 2019 (Fallos: 342:2344).

⁸ P. ej., CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA NACIÓN, “Valerga Oscar Alfredo s/ínter. ley 23771”, 28 de agosto de 2007, V. 160. XLI.

de la ley, sino más bien por la manera en que se ha regulado un cierto problema y la articulación sistemática de diferentes normas en un cierto ordenamiento jurídico.

II. El ideal de la taxatividad

El núcleo de la exigencia de taxatividad establece que las leyes penales tienen que contener una enunciación exhaustiva de las prohibiciones y las sanciones previstas para la violación de esas normas.⁹ Los fundamentos más intuitivos de esta exigencia son el valor de la seguridad jurídica y su relevancia para que los individuos puedan diseñar y desarrollar planes de vida.¹⁰ En este sentido, MORESO señala:¹¹

... dado que somos seres racionales —capaces de trazar y perseguir fines— es importante para nosotros el conocimiento de los obstáculos que pueden impedirnos alcanzar nuestros fines. Entonces el principio de taxatividad puede contemplarse como una de las dimensiones del principio de legalidad y más en general como una de las garantías del Estado de Derecho —de la *Rule of Law*—, que comporta concebir el Derecho penal como un conjunto de pautas públicas dirigidas a personas racionales con el propósito de guiar su comportamiento y de suministrar las bases de la cooperación social. También puede contemplarse de esta manera la vinculación de la taxatividad con la libertad.

Para comprender cabalmente la estructura de esta exigencia y sus relaciones con otros aspectos centrales del principio de legalidad es necesario recordar previamente algunos aspectos centrales de nuestras prácticas jurídicas.

Uno de los rasgos básicos del derecho es su naturaleza *normativa*. En general, esto significa que las prescripciones y declaraciones de las autoridades no describen eventos, sino que imponen o prescriben pautas de conductas.¹² Esas prescripciones determinan estados de cosas *ideales*. Al respecto, VON WRIGHT afirma:¹³

⁹ Véase, p. ej., BACIGALUPO, *Manual de derecho penal: Parte general*, Santa Fé de Bogotá, Temis, 1984.

¹⁰ RAWLS, *A Theory of Justice*, Oxford University Press, 1999, p. 210. Véase, también, FERRERES COMELLA, *El principio de taxatividad en materia penal y el valor normativo de la jurisprudencia: una perspectiva constitucional*, Madrid, Civitas, 2002.

¹¹ MORESO, “Principio de legalidad y causas de justificación: (sobre el alcance de la taxatividad)”, en *Doxa*, vol. 24, 2001, pp. 525-545.

¹² HURD, “Sovereignty in Silence”, en *The Yale Law Journal*, vol. 99, n.º 5, 1990, pp. 945-1028.

¹³ VON WRIGHT, “Ought to Be – Ought to Do”, en *Six Essays in Philosophical Logic*, vol. 60, Societas Philosophica Fennica, 1996, p. 68.

Las normas válidas en una comunidad generalmente expresan la idea (voluntad, deseo) de un legislador (autoridad normativa) acerca del estado de cosas que idealmente se debe obtener en la comunidad [...]. Los miembros de la comunidad tienen que lograr que se realicen los estados ideales contemplados por las normas.

En el mismo sentido, podría sostenerse que, mediante la legislación penal, la autoridad pretende establecer pautas ideales que se lograrían en la medida en que los individuos de una cierta comunidad acatasen sus prescripciones. Es importante subrayar que estos ideales son *internos* a un cierto ordenamiento jurídico ya que dependen de las normas jurídicamente válidas en una cierta comunidad. Por supuesto, esto no asegura que esos ideales sean “intrínsecamente” valiosos o que necesariamente coincidan con otros ideales externos, *e.g.*, pautas de la moral crítica, que puedan ser implantados conjuntamente. Todos estos problemas constituyen desafíos importantes y bien conocidos que tienen que superarse para asegurar la *legitimidad* de un sistema normativo.¹⁴

Una característica destacable de estos ideales normativos es su carácter *contingente*. Aunque en ocasiones la dogmática celebra el valor de ciertas pautas, instituciones o garantías, nada asegura que se hayan recogido efectivamente en el sistema o que no hayan desaparecido en el desarrollo normativo de la historia jurídica de una comunidad. Por ejemplo, no existen dudas en la dogmática acerca del valor de la *ley* como fundamento exclusivo del reproche penal. Más aún, en la Constitución argentina (art. 18) se recoge específicamente que solo esas leyes son la fuente de atribución de responsabilidad criminal. Sin embargo, en los momentos en que el Parlamento fue desplazado por los gobiernos militares, se formularon disposiciones penales mediante instrumentos formales alternativos (*e.g.*, decretos-leyes) cuya validez fue, en general, confirmada una vez que se reinstauró la legalidad democrática.¹⁵ Por esta razón es importante subrayar que ciertos principios y garantías básicos pueden tener un papel menor (o inexistente) en un cierto sistema jurídico, con

¹⁴ La bibliografía acerca de la legitimidad de un sistema normativo es inabarcable. Entre muchos otros enfoques, véase GARZÓN VALDÉS, “Consenso, racionalidad y legitimidad”, en *Isegoría*, n.º 2, 1990, pp. 13-28. También, NINO, *Ética y derechos humanos: Un ensayo de fundamentación*, Barcelona, Ariel, 1989, pp. 92-128. Acerca del papel del consenso para evaluar la legitimidad del castigo penal, véase NINO, *Los límites de la responsabilidad penal: Una teoría liberal del delito*, Buenos Aires, Astrea, 1980, pp. 197-268.

¹⁵ NINO, “La validez de las normas de facto”, en *La validez del derecho*, Buenos Aires, Astrea, 1985, pp. 89-108. Acerca de la preservación de la validez de normas formuladas por gobiernos *de facto*, véanse los fallos de la Corte Suprema de la Argentina “Godoy, Oscar Eduardo c/ Universidad Nacional de La Plata s/ nulidad de acto administrativo”, 27 de diciembre de 2021 (Fallos 313:1621); “Console de Ulla, Ángela Marta c/ Universidad de Buenos Aires”, 18 de diciembre de 1990 (Fallos 313:1483); “Gaggiamo, Héctor José Carlos c/ Provincia de Santa Fe”, 19 de noviembre de 1991 (Fallos 314:1477); y “Pignataro” (*JA* 1992-II-273). Para una breve nota sobre la evolución de la jurisprudencia de la Corte Suprema en este tema, véase: https://www.hcdn.gob.ar/secparl/dgral_info_parlamentaria/dip/glosario/L/leyes_facto.html [enlace verificado el día 14 de noviembre de 2022].

independencia del consenso unánime acerca de su valor para implementar plenamente el ideal del Estado de Derecho.

Esta conjunción de ideal normativo y contingencia obviamente también afecta al mandato de determinación de las leyes penales, pero pocas veces se pone en cuestión si un cierto ordenamiento —*e.g.*, el derecho penal argentino— efectivamente incorpora o aún mantiene esa dimensión específica del principio de legalidad. De igual manera, normalmente se pasa por alto la cuestión de en qué disposiciones se ha consagrado esta garantía, convirtiéndola en un ideal interno de un cierto orden jurídico. Sin embargo, no sería solamente una falacia, sino también una ilusión inferir de la premisa del innegable valor de la taxatividad para el principio de legalidad penal la conclusión de que esa exigencia de determinación se ha inevitablemente convertido en un ideal interno, *i.e.*, que se ha implementado y se mantiene vigente en un cierto ordenamiento jurídico. Como recuerda SILVA SÁNCHEZ,¹⁶

Es conocida la aspiración iluminista de que las leyes penales determinaran el comportamiento prohibido con tal claridad y precisión que permitieran la orientación *ex ante* de la conducta de los ciudadanos. Pero resulta más que dudoso que tal aspiración se haya hecho realidad en algún momento.

Una manera de comprender el modo en que la exigencia de taxatividad se ha convertido en un ideal interno es subrayar que ese mandato de determinación establece un criterio de *validez* (constitucionalidad) de las leyes penales.¹⁷ En este sentido, puede denominarse “examen de taxatividad” al filtro constitucional según el cual una ley penal es válida solo cuando determina de manera precisa las conductas prohibidas y sus correspondientes sanciones.

En esta idea simple de un examen de taxatividad con rango constitucional se encierran dos presupuestos importantes. Se asume, por una parte, un orden jerárquico del material normativo en el que la exigencia de taxatividad tiene un rango superior al legislativo y, por otra parte, la primacía de la legislación frente a otras fuentes jurídicas informales. En la próxima sección analizaremos brevemente la jerarquía constitucional de la exigencia de taxatividad y ahora solo señalaremos que la consolidación de la legislación como técnica de regulación de conductas ha quitado progresivamente peso a las normas consuetudinarias.

¹⁶ SILVA SÁNCHEZ, “¿Legalidad penal líquida?”, en *Indret*, vol. 3, 2015, pp. 1-3.

¹⁷ Entre muchos otros, véase, p. ej., ROXIN, *supra* nota 4 y BACIGALUPO, *supra* nota 8, pp. 34 ss.

Sin embargo, las controversias acerca de los límites de la costumbre aún son un tema controvertido en la teoría del derecho. Hay un amplio consenso en que en el derecho penal contemporáneo las normas consuetudinarias no pueden utilizarse como fundamento de responsabilidad criminal,¹⁸ pero, p. ej., en el ámbito del derecho internacional la situación es diferente y no es inusual que muchos preceptos del “derecho común” se vean como fuente de responsabilidad.¹⁹ Más aún, desde un punto de vista de la teoría general del derecho, las normas consuetudinarias aún son un tópico importante. Por ejemplo, KELSEN creía que el reconocimiento de la validez jurídica de la costumbre no podía limitarse mediante la legislación. Así, en la segunda edición de su *Teoría pura del derecho* señala:²⁰

El derecho legislado y el consuetudinario se derogan recíprocamente según el principio de *lex posterior*. Mientras, sin embargo, que una norma constitucional, en sentido formal, no puede ser eliminada o enmendada por una ley simple, sino solo mediante una norma de nivel constitucional, el derecho consuetudinario tiene efecto derogatorio también con respecto a una norma constitucional formal, hasta con respecto a la norma constitucional que expresamente excluya la aplicación del derecho consuetudinario.

La pregunta que surge, entonces, es la siguiente: ¿podría ocurrir que la exigencia de taxatividad haya perdido su carácter normativo por imperio del desuso? Al respecto, con el sistema penal alemán en mente, ROXIN señala:²¹

... en la etapa posterior a la guerra *casi nunca* se ha declarado nulo un precepto penal por infringir el mandato de determinación o precisión. Al contrario, no es raro encontrar conceptos vagos y necesitados de complemento valorativo en los preceptos penales. Desde que el BVerfG consideró que el antiguo tipo de la falta del “grave desmán (o abuso)” (§ 360, n.º 11, v. a., actualmente algo precisado como § 118 I OWiG) era

¹⁸ La bibliografía acerca de la transición de las formas consuetudinarias de regulación a las técnicas legisladas es inabarcable. Para un ejemplo, véase ALLOTT, “The Judicial Ascertainment of Customary Law in British Africa”, en *The Modern Law Review*, vol. 20, n.º 3, 1957, pp. 244-263.

¹⁹ Al respecto, véase, p. ej., KUHLLI, “Punishment Based on Customary Law?”, en *Zeitschrift für Internationale Strafrechtsdogmatik ZIS*, vol. 4, 2012, pp. 124-131; TAN, “The Identification of Customary Rules in International Criminal Law”, en *Utrecht Journal of International and European Law*, vol. 34, 2018, pp. 92-110. También, GREPPI, “The evolution of individual criminal responsibility under international law”, en *International review of the Red Cross*, vol. 81, n.º 835, 1999, pp. 531-553; YU, “Customary Law in the Practice of Criminal Law: A Real and Powerful Role”, en *Peking University Law Journal*, vol. 1, n.º 1, 2013, pp. 37-68.; BARZEGARZADEH / KARVEH / RAISI, “Principle of Legality and Its Relation with Customary Law in International Criminal Law”, en *Mediterranean Journal of Social Sciences*, vol. 6, n.º 5, 2015, pp. 398-402.

²⁰ KELSEN, *Teoría pura del derecho*, México D.F., UNAM, 1979.

²¹ ROXIN, *supra* nota 4.

suficientemente preciso, el legislador apenas tiene que reprimirse al utilizar cláusulas generales. [Énfasis añadido]

En un sentido similar, al referirse a la exigencia de taxatividad en los Estados Unidos de Norteamérica, SILVERGLATE y SHAH afirman:²²

A pesar de su centralidad para la libertad y la justicia, la exigencia de taxatividad [*void for vagueness*] ha caído últimamente en una especie de desuso en el ámbito de la legislación penal federal y la persecución penal. Permanece viva en la teoría, pero no contribuye significativamente a la libertad en la práctica.

Ahora bien, aun cuando en pocas ocasiones los tribunales deciden invalidar leyes por su imprecisa formulación, la exigencia de taxatividad es invocada con frecuencia (aunque sea finalmente desatendida) como un elemento imprescindible para el control de la constitucionalidad de las leyes penales. En otras palabras, aunque el mandato de determinación no tuviese un impacto decisivo, hay un amplio consenso acerca de que aún retiene fuerza normativa y consolida un criterio material de validez de la legislación penal ordinaria. El problema, sin embargo, es comprender claramente qué límites impone la exigencia de taxatividad y qué función efectivamente cumple en nuestro diseño institucional. Sin esa comprensión, es probable que la exigencia de taxatividad se convierta en un simple objeto retórico, que oculta la progresiva decadencia de este elemento clásico del principio de legalidad.

III. La precisión mínima del lenguaje

Es bien conocido que la aceptación de la primacía de la legislación (en sentido amplio) frente a la costumbre refleja la predilección por usar una forma específica de comunicar pautas generales de conducta: las instrucciones expresas. En la actualidad, frente a técnicas informales de motivación como, e.g. la ejemplificación, el derecho ha evolucionado hacia la consolidación de formas legisladas. Por ejemplo, en 1981, BULYGIN señalaba con cierta preocupación:²³

²² SILVERGLATE / SHAH, “The Degradation of the Void for Vagueness Doctrine: Reversing Convictions While Saving the Unfathomable Honest Services Fraud Statue”, en *Cato Sup. Ct. Rev.*, 2009, p. 201. Véase también MCCARL, “Incoherent and Indefensible: An Interdisciplinary Critique of the Supreme Court’s Void-for-Vagueness Doctrine”, en *Hastings Const. LQ*, vol. 42, 2014, pp. 73-94. *Void for vagueness* es el nombre utilizado en la doctrina y jurisprudencia de los Estados Unidos de Norteamérica para impugnar la validez de las leyes imprecisas.

²³ BULYGIN, “Teoría y técnica de legislación”, en *Análisis lógico y derecho*, Trotta, 2021, pp. 431-446.

Ni siquiera los países anglosajones, con su fuerte tradición individualista y su resistencia a las normas generales pudieron sustraerse del todo a la fiebre legislativa. En América Latina en general, y en la Argentina en particular, el fenómeno apuntado se da con especial virulencia. Todo gobernante que se respete se siente compelido a dictar un sinnúmero de leyes nuevas, reemplazar o reformar las existentes y proyectar leyes futuras en asombrosa abundancia. Tan es así que para dictar las primeras 5000 leyes, nuestros legisladores tardaron 44 años (1862-1906); para las 5000 siguientes apenas insumieron 9 años (1906-1915). En los últimos veinte años se dictaron más de 7000 leyes, sin contar los numerosos decretos y otras normas generales que bien pueden englobarse bajo el rótulo general de legislación.

Al respecto, en un célebre párrafo de *El concepto de Derecho*, HART recuerda que, en la evolución del derecho como técnica de control social, la expresa formulación de instrucciones de conducta fue considerada como una notable ventaja frente a la imprecisión de los ejemplos y señala que “en contraste con las indeterminaciones de los ejemplos, la comunicación de pautas o criterios generales de conducta mediante normas generales explícitas del lenguaje... parece clara, segura y cierta” (énfasis añadido).²⁴

En la medida en que el objetivo de la exigencia de taxatividad es ofrecer claridad, seguridad y certeza es tentador suponer que en la misma idea de formular normas generales se encuentra una satisfacción, aunque sea mínima, de la garantía de certeza de nuestro sistema penal. Esta noción mínima de taxatividad está implícita en la exigencia de la atribución de responsabilidad penal a partir de una *ley* formalmente promulgada por la autoridad. En el caso del derecho argentino, los arts. 18 y 19 de la Constitución serían el fundamento de esta mínima garantía de certeza para la atribución de responsabilidad penal.²⁵ Obviamente, este hecho acerca del lenguaje *no* implica que las normas formuladas tan solo ofrezcan un mínimo de certeza ya que el margen de determinación en cada caso dependerá de las palabras que utilice el legislador. Más bien, el minimalismo radica en que cualquier

²⁴ HART, *El concepto de Derecho*, Buenos Aires, 2.ª ed. reimp., Abeledo-Perrot, 1963, pp. 156-157.

²⁵ Aunque las garantías de irretroactividad y reserva de ley implican la concepción mínima de la taxatividad, es claro que la relación inversa no se sigue necesariamente. Acerca de la importancia de distinguir —tanto por razones analíticas como sustantivas— entre *lex propria*, *lex stricta* y *lex certa*, véase, p. ej.: BASCUÑAN, “El principio constitucional de legalidad penal”, en *Instituto de Ciencias Penales de Chile*, 6.ª época, vol. XLVIII, n.º 1, 2022. Se trata de un trabajo elaborado en el marco del *Seminario internacional Principios de Derecho penal material para una futura Constitución chilena* (Santiago de Chile, junio 2020) y PÉREZ BARBERÁ, “Reserva de ley, principio de legalidad y proceso penal”, en *En Letra. Derecho Penal*, vol. 1, 2015, pp. 42-92.

ley penal, formulada por la autoridad competente en un lenguaje compartido por la comunidad, superaría el examen de taxatividad ya que esa ley *siempre* generará un mínimo de certeza.

El potencial comunicativo de los acuerdos lingüísticos en una comunidad es el nexo entre las autoridades y sus destinatarios: las normas se dirigen de manera primaria a los ciudadanos, a quienes les indican qué comportamientos serán penalmente reprochados. Esta idea es la que se reafirma, p. ej., en las líneas jurisprudenciales clásicas de la Corte Suprema de los Estados Unidos. Este tribunal en reiteradas oportunidades ha señalado que “una ley es inconstitucionalmente vaga cuando las personas de inteligencia común deben necesariamente adivinar su significado”.²⁶ Esta frase y otras similares utilizadas usualmente son maneras elípticas de referirse al dominio de un cierto lenguaje, ya que poco importaría si por alguna razón especial todos los estadounidenses tuviesen una inteligencia “fuera de lo normal” pero el legislador hubiese elaborado sus normas con un lenguaje incomprensible para los ciudadanos.²⁷ Más bien, con independencia del grado de inteligencia de los ciudadanos, nos interesa que su dominio del lenguaje permita identificar los casos a los que se aplica una norma. Ello requiere agrupar de manera homogénea los mismos objetos a través del uso de las palabras que conforman esa comunidad de lenguaje. En esa idea radica la ventaja decisiva de la legislación como técnica de control social: el destinatario “tiene una regla que puede aplicar por sí mismo a sí mismo”, sin la persistente intermediación de las autoridades.²⁸ En otras palabras, sería inútil una norma general si su aplicación estuviese inevitablemente mediada por la intervención de autoridades o especialistas.²⁹

Es importante subrayar que en esta reconstrucción se asume que las autoridades tienen a los “individuos comunes” como el objetivo primario de comunicación y que la inteligibilidad de sus prescripciones no puede sustituirse con la información que esos ciudadanos podrían obtener al consultar con otros grupos especializados, *e.g.*, sus abogados. Aunque el uso de un lenguaje técnico pudiese incrementar la precisión de la regulación penal, el cambio de interlocutor del mensaje normativo (desde el individuo ordinario a los profesionales del derecho) colocaría a los individuos en una suerte de minusvalía comunicativa que solo se superaría mediante la tutela y supervisión de

²⁶ CORTE SUPREMA DE ESTADOS UNIDOS, “Connally v. General Construction Co.”, 4 de enero de 1926.

²⁷ P. ej., AIGLER, “Legislation in Vague or General Terms”, en *Michigan Law Review*, vol. 21, n.º 8, 1923, pp. 831-851 recuerda que la Corte Suprema de California (caso “Lockett”) señalaba que conforme al artículo 3, sección 6 de la Constitución de California, el inglés es el idioma oficial del estado de California y, por lo tanto, las leyes deben redactarse en ese idioma. Como consecuencia, una ley penal que castigaba la *fellatio* y el *cunnilingus* no eran válidas ya que esos términos no eran del idioma inglés y no debía presumirse que los ciudadanos comprendían esa prohibición (conforme el voto del juez Wilbur).

²⁸ HART, *supra* nota 23.

²⁹ Hemos abordado este problema con mayor detalle en MANRIQUE / NAVARRO / PERALTA *supra* nota 5.

los especialistas.³⁰ Más allá del supuesto progreso que pueda suponer la especialización del lenguaje en la formulación de las leyes penales, la sustitución de los individuos comunes como destinatarios primarios del mensaje legislativo por un grupo de técnicos adiestrados en una práctica social (*i.e.*, los juristas) conduce a una alienación del ciudadano, que se ve “expulsado” de la esfera comunicativa.³¹

En resumen, la formulación de normas en un lenguaje compartido siempre garantiza un mínimo de precisión y en ese marco, por reducido que fuese, ofrece certeza en la clasificación. El legislador usa ciertas palabras en la formulación de sus normas porque esas expresiones *ya tienen* un significado (en mayor o menor medida) determinado en la comunidad. Algunas veces, esta trivialidad —tal vez por su propia obviedad— es pasada por alto. Por ejemplo, en el caso *Hoffman Estates vs. The Flipside, Hoffman Estates, Inc.*, fallado en 1982, la Corte Suprema de los Estados Unidos sostuvo que una norma es inválida “solo si es impermisiblemente vaga *en todas* sus instancias de aplicación” (énfasis añadido).³² O, p. ej., ROXIN señala:³³

... la verdad es que siempre sucede que el contenido de un precepto penal solo es “determinado”, en el sentido de una claridad excluyente de dudas, mediante la interpretación judicial.

A su vez, MIR PUIG sostiene que la exigencia de taxatividad es:³⁴

... un aspecto material del principio de legalidad que trata de evitar la burla del significado de seguridad y garantía de dicho principio, burla que tendría lugar si la ley penal previa se limitase a utilizar cláusulas generales absolutamente indeterminadas.

Pero, por las razones señaladas anteriormente, estos autores pasan por alto que las formulaciones de la autoridad —en la medida en que son expresiones correctas de un cierto lenguaje

³⁰ MONTIEL, “Estructuras analíticas del principio de legalidad”, en *InDret*, vol. 2017, n.º 1, 2017, pp. 1-47.

³¹ Este problema puede verse como un caso especial de un desafío más general. Acerca de la tensión entre desarrollo del conocimiento científico, racionalidad instrumental, progreso social y el impacto en la vida de los individuos, véase VON WRIGHT, “The Myth of Progress”, en *The Tree of Knowledge and other Essays*, Leiden y otras, Brill, 1993, pp. 202-228.

³² CORTE SUPREMA DE ESTADOS UNIDOS, “Hoffman Estates v. The Flipside, Hoffman Estates”, 3 de marzo de 1982 (455 U.S. 489), p. 455. LESSING, “Understanding Changed Readings: Fidelity and theory”, en *Stanford Law Review*, vol. 47, 1995, pp. 395-472.

³³ ROXIN, *supra* nota 4.

³⁴ MIR PUIG, *supra* nota 1.

natural— *siempre* tendrán un núcleo de acuerdo clasificatorio y, *dentro de ese núcleo*, los casos tendrán una clara solución.

IV. El hogar textual de la taxatividad

Es innegable que junto a aquellos casos claros en los que la clasificación parece “mecánica” o “automática” hay una multitud de casos difíciles, en los que las palabras de la ley guían de manera tan indeterminada como los ejemplos. Como señala HART, gran parte de la teoría del derecho del siglo XX se ha dedicado a mostrar —a veces hasta la exageración— que no existe una distinción tan firme entre “la falta de certeza de la comunicación mediante el ejemplo dotado de autoridad (precedente) y la certeza de la comunicación mediante el lenguaje general (legislación)”.³⁵

En general, denominamos “vaguedad” al fenómeno de la imprecisión inerradicable de los lenguajes naturales, que se plasma en desacuerdos persistentes acerca del uso de ciertas expresiones; en las dificultades de clasificación en la zona de penumbra; en la porosidad del lenguaje frente a casos futuros y en sus condiciones variables de aplicación.³⁶ Por ello, en virtud de los problemas derivados de la vaguedad es usual articular la exigencia de taxatividad más allá del mínimo de precisión que ofrece cualquier expresión del lenguaje natural. Ahora bien, ¿cuál sería el “hogar textual” de esta exigencia más robusta? Por “hogar textual” entendemos una disposición específica que consagra una obligación, derecho o una garantía. Por ejemplo, en Argentina, la garantía de la ley penal más benigna está textualmente consagrada en el art. 2, CP, pero no se encuentra en el texto constitucional. Por esta razón, si este fuese su único fundamento, esa garantía podría ser derogada por otras disposiciones legislativas incompatibles en virtud del principio *lex posterior*.³⁷

Por supuesto, la pregunta por el hogar textual de la taxatividad admite diferentes respuestas en función de las disposiciones específicas de cada ordenamiento jurídico. Algunas constituciones consagran explícitamente la exigencia de certeza de la ley penal (*e.g.*, la de Perú del año 1993, en su artículo 2, inciso 24d), pero otras constituciones (*e.g.*, la Constitución argentina de 1994) solo mencionan que el castigo penal tiene que fundarse en una ley previa al delito. En otras palabras:

³⁵ HART, *supra* nota 23.

³⁶ Para una discusión contemporánea acerca de la vaguedad en el derecho, véase ENDICOTT, *Vagueness in Law*, Oxford University Press, 2000.

³⁷ Sin embargo, es preciso recalcar que actualmente la aplicación de la ley penal más benigna está recogida en tratados internacionales ratificados por la Argentina. Al respecto, véase el pronunciamiento de la Corte Suprema en “Torea, Héctor s/recurso de casación”, 11 de diciembre de 2007 (Fallos: 330:5158). En especial, el punto 5 del voto particular del juez Lorenzetti.

supongamos que un legislador desaprensivo decidiese suprimir la exigencia de taxatividad: ¿qué artículo de, p. ej., la Constitución argentina debería eliminarse para que dejase de ser verdad que la validez de una ley depende de que supere un criterio robusto de taxatividad? En otras palabras, aunque fuese inobjetable desde el punto de vista ideal proponer una exigencia de taxatividad más fuerte que la mera formulación de una ley penal, este ideal no coincide necesariamente con el *contenido* del derecho penal argentino.

Este problema es no solo una cuestión de técnica legislativa (es decir, de una redacción más o menos afortunada de la garantía constitucional), sino también de *fidelidad* a las decisiones del constituyente.³⁸ Para bien o mal, en los arts. 18 y 19 de la Constitución argentina, el constituyente no menciona la certeza o determinación de las leyes penales. Parafraseando a la Corte Suprema de los Estados Unidos podemos decir que si el constituyente hubiese querido exigir *más* cosas al legislador ordinario, entonces se habría expresado *más claramente*.³⁹ No tiene mucho sentido creer que el constituyente era lingüísticamente apto para imponer la irretroactividad y reserva de la ley penal, pero que “olvidó” o “perdió” esas habilidades al momento de consagrar la taxatividad de la ley penal. Podría decirse, entonces, que si no se acredita que la Constitución efectivamente recoge la exigencia de que las leyes penales tengan (algún grado específico de) certeza, los jueces que declaran la inconstitucionalidad de una ley por infringir el ideal de taxatividad invadirían un espacio reservado a la discrecionalidad del legislador.

La consecuencia de esa línea de argumento parece clara: si los jueces fuesen más allá de aquello que efectivamente *dice* la Constitución y añadiesen exigencias respecto de la *calidad* de la legislación habría un desconocimiento del modo en que la Constitución ha regulado la forma de creación de leyes. Sin un fundamento constitucional sólido que justifique la exigencia de taxatividad, carecería de sentido indagar acerca de los límites que la taxatividad impone a jueces y legisladores.

V. El umbral de taxatividad

Supongamos que un cierto ordenamiento ha adoptado en su constitución una concepción robusta de la taxatividad. Para poder evaluar la constitucionalidad de las leyes a la luz de esas

³⁸ No pretendemos defender aquí una concepción específica de la fidelidad constitucional, sino solo resaltar la importancia del problema y de sus conexiones con otros aspectos de nuestras prácticas constitucionales, *e.g.*, la distinción entre derechos explícitos y derechos innominados (*e.g.*, art. 33, Constitución argentina o IX enmienda de la Constitución de los Estados Unidos). Entre muchos otros, véanse: LESSING, *supra* nota 31, pp. 395-472 y DWORKIN, “What the Constitution Says”, en *Freedom’s Law: The moral reading of the american constitution*, Oxford University Press, 2005, pp. 72-116.

³⁹ CORTE SUPREMA DE ESTADOS UNIDOS, “McNally v. United States”, 24 de junio de 1987 (483 U. S. 350), p. 37.

propuestas más exigentes, es necesario articularlas previamente con mayor detalle. Para ello, debemos enfrentar el siguiente interrogante: ¿Qué grado de vaguedad de las normas sería compatible con la exigencia de taxatividad? En ocasiones, la exigencia de taxatividad se entiende como una imposición al legislador para que elabore sus normas de manera tal que elimine, en el mayor grado posible, las indeterminaciones. Este enfoque de la taxatividad puede denominarse “concepción máxima” y ha sido recogida —al menos nominalmente— por numerosos dogmáticos penales, que insisten en que una ley penal superará las exigencias de taxatividad cuando sea formulada con la “mayor precisión técnica posible”.⁴⁰ P. ej., según JESCHECK:⁴¹

Los tipos penales han de redactarse con la *mayor exactitud posible*, evitando los conceptos elásticos, recoger las inequívocas consecuencias jurídicas y prever solo marcos penales de alcance limitado. [Énfasis añadido]

Sin embargo, no hay algo así como “la mayor exactitud” o la “mayor precisión posible”. Estas expresiones tienen sentido pleno —y no solamente metafórico— cuando es posible comparar *todas* las formulaciones alternativas posibles y escoger una versión privilegiada que divida el universo del discurso de manera tal que genere menos casos marginales. Esta posibilidad está lejos de las habilidades del legislador (o de cualquier usuario competente del lenguaje) y su misma exigencia revela una comprensión deficiente del funcionamiento del lenguaje. Podríamos decir que es un “hecho semántico” que en una comunidad lingüística carecemos de acuerdos clasificatorios tan exhaustivos que sirvan para dividir exactamente, de una vez y para siempre, todos los casos de un determinado universo del discurso *abierto*, es decir, un conjunto que permita incorporar casos futuros. La absoluta precisión es imposible de lograr mediante lenguaje natural. De esta manera, salvo que el mandato de determinación exprese una quimera, es necesario descartar que ese sea el contenido de la exigencia de taxatividad.

En resumen: la simple formulación de una norma en un lenguaje compartido por las autoridades y los ciudadanos es inútil para distinguir entre normas válidas e inválidas por infracción a la exigencia de taxatividad, ya que todas leyes (en sentido formal) superarían ese examen de validez. A su vez, la concepción máxima, que se satisface solo cuando la autoridad ha legislado mediante la norma más

⁴⁰ ZAFFARONI / ALAGIA / SLOKAR, *supra* nota 1.

⁴¹ JESCHECK, *Tratado de derecho penal. Parte general*, (trad. José Luis, MANZANARES SAMANIEGO), Granada, Comares, 1993, p. 122.

precisa posible, es estéril ya que es demasiado exigente, porque ninguna norma lograría alcanzar esa exigencia.

Es tentador suponer que entre la insuficiencia de mínima precisión que ofrece cualquier ley y la esterilidad de la concepción máxima habría espacio para una concepción intermedia. En este sentido podría buscarse un “umbral” de precisión que tuviese utilidad para evaluar la validez de las leyes penales. Esta nueva concepción exigiría *algo más* que un mínimo de precisión y *algo menos* que la mayor precisión posible. En ese arco analítico en el que dividimos la precisión del significado habría un límite o “umbral”, que nos permitiría separar las leyes válidas de aquellas que no superan la exigencia de taxatividad. Así, según MIR PUIG:⁴²

El postulado de precisión de la ley da lugar al llamado “mandato de determinación”, que exige que la ley determine de forma *suficientemente diferenciada* las distintas conductas punibles y las penas que pueden acarrear. [Énfasis añadido]

Esta concepción intermedia, sin embargo, no puede establecer de una manera neutral y objetiva que una cierta ley es inválida por no alcanzar un cierto umbral semántico. Declarar que se supera (o no) un cierto umbral no es un enunciado descriptivo, sino una evaluación de una determinada situación. Aunque es un hecho semántico que las expresiones son, en mayor o menor medida, imprecisas, no hay ningún hecho semántico que objetivamente muestre que una expresión supera un cierto umbral de precisión. En otras palabras, es implausible suponer que los hablantes competentes de un cierto lenguaje estarán de acuerdo acerca de la cantidad de casos marginales que son necesarios para declarar que una expresión (no) supera un umbral de precisión. En este sentido, la concepción intermedia se distinguiría nítidamente de otras declaraciones de invalidez en las que intervienen los elementos clásicos del principio de legalidad penal. Así, el valor de verdad de una declaración de invalidez *porque* la ley penal es retroactiva depende de si los hechos que esa ley regula son anteriores a su entrada en vigor. Esta fecha puede identificarse de manera neutral, ya que el conocimiento de ese dato no requiere de una valoración por parte de los agentes. Sin embargo, la afirmación de que una ley es inválida *porque* no supera un umbral de precisión es de naturaleza diferente, ya que no es posible conocer objetivamente el margen de imprecisión que tolera la aplicación de la exigencia de taxatividad.

En ocasiones, la idea del “umbral” de taxatividad es utilizada de manera retórica para exponer otra alternativa a los criterios mínimo y máximo. En esta nueva propuesta se asume que no tiene

⁴² MIR PUIG, *supra* nota 1.

sentido proponer una noción descriptiva de taxatividad o, mejor dicho, carece de interés desvincular la aplicación de la exigencia de taxatividad de las valoraciones de los jueces al momento de decidir sobre la validez de las leyes penales. Conforme a esta idea, la validez de una ley dependerá de si su formulación es *suficientemente* precisa para lograr los objetivos que justifican la exigencia de taxatividad: permitir que los individuos diseñen y desarrollen planes de vida sin que el Estado intervenga arbitrariamente en sus bienes básicos (*i.e.*, proteger la autonomía individual).

Como hemos señalado, el principal rasgo de esta estrategia es su naturaleza evaluativa. Para este criterio una ley no es inválida porque sea imprecisa, sino que es inválida porque su imprecisión es incompatible con la protección de otros bienes individuales y socialmente valiosos. El papel de los jueces en la determinación de la validez de las normas excede la tarea formal de comparación entre las disposiciones constitucionales y las leyes inferiores, ya que el contenido de la exigencia de taxatividad —y, por consiguiente, el contenido de la garantía constitucional que lo establece— dependerá de las valoraciones de los jueces acerca de si, a juicio de los evaluadores, la formulación de la ley penal se aleja “demasiado” de las razones subyacentes que justifican esa norma.

VI. Conclusiones

A la luz de las dificultades señaladas en las secciones anteriores, podría aventurarse la siguiente conclusión: la exigencia de taxatividad refleja una cierta concepción de la legislación, de la autonomía de los individuos y del modo en que el derecho penal limita la libertad en una comunidad que no se ajusta a nuestros enfoques contemporáneos acerca de la naturaleza del lenguaje y la justificación del derecho penal. De este modo, la exigencia de taxatividad nos permite convivir con la ilusión de una garantía esencial en la consolidación del Estado de Derecho. Tal vez, una percepción más realista abra camino a ideas nuevas sobre la legislación y aplicación del derecho penal. En esta nueva visión la exigencia de taxatividad no se impone de manera “todo o nada” a los legisladores o a los jueces, sino que más bien es una suerte de principio que exige una adecuada ponderación en su aplicación efectiva.⁴³ De este modo, podría señalarse que cuando los bienes afectados son esenciales para una cierta comunidad en un determinado momento (*e.g.*, la libertad económica a finales del siglo XIX y principios del siglo XX, o la libertad de expresión en la década de los setenta, etc.), el reproche a la imprecisión de las leyes se torna más urgente. La otra cara de la moneda es que sería admisible que el legislador regulase de manera imprecisa conductas relativamente irrelevantes que, por esa misma razón, tienen un castigo leve. Sin embargo, como

⁴³ Véase, p. ej., MORESO, *supra* nota 10, pp. 525-545.

señala ROXIN, “el principio de legalidad rige para todas las normas penales y no autoriza ciertas indulgencias en caso de delitos leves”.⁴⁴

No es implausible considerar que esta “interpretación alternativa” de la taxatividad consagra, finalmente, una alternativa a la taxatividad. La dogmática contemporánea todavía no ha saldado las cuentas con este problema, pero cada vez hay indicios más claros de que las garantías penales ya no son entendidas como una protección exhaustiva e inviolable. En este sentido, SILVA SÁNCHEZ caracteriza como “legalidad penal líquida” a la actual evolución de los desarrollos dogmáticos y jurisprudenciales de las garantías fundamentales en el Estado de Derecho. Conforme a esta idea,

... las garantías del principio de legalidad se entienden como principios en sentido estricto. En esa medida, se admite: a) que se concreten de modo diverso en los distintos ordenamientos jurídicos nacionales; y b) la posibilidad de que esas garantías —entendidas como mandatos de optimización— entren en conflicto con otros principios del Derecho penal, debiendo ser objeto de la correspondiente ponderación razonable (*balancing*).

Acaso este signo de los tiempos anuncie un camino fructífero, capaz de transformar el derecho penal en un mejor instrumento de control social. Sin embargo, antes de emprender este camino de transformación, es conveniente advertir claramente las ilusiones y convicciones que se dejan atrás.

VII. Bibliografía

AIGLER, Ralph W., “Legislation in Vague or General Terms”, en *Michigan Law Review*, vol. 21, n.º 8, 1923, pp. 831-851.

ALLOTT, Anthony N., “The Judicial Ascertainment of Customary Law in British Africa”, en *The Modern Law Review*, vol. 20, n.º 3, 1957, pp. 244-263.

BACIGALUPO, Enrique, *Delito y punibilidad*, 2.ª ed., Buenos Aires, Hammurabi, 1999.

—, *Manual de Derecho Penal: Parte General*, Santa Fé de Bogotá, Temis, 1984.

BARZEGARZADEH, Abbas / KARVEH, Mahmud Jalali / RAISI, Leila, “Principle of Legality and Its Relation with Customary Law in International Criminal Law”, en *Mediterranean Journal of Social*

⁴⁴ ROXIN, *supra* nota 4.

Sciences, vol. 6, n.º 5, 2015, pp. 398-402.

BASCUÑAN, Antonio, “El principio constitucional de legalidad penal”, en *Instituto de Ciencias Penales de Chile*, 6.ª época, vol. XLVIII, n.º 1, 2022, pp. 383-398.

BULYGIN, Eugenio, “Teoría y técnica de legislación”, en *Análisis lógico y derecho*, Madrid, Trotta, 2021, pp. 431-446.

DÍEZ RIPOLLÉS, José Luis, *La racionalidad de las leyes penales: Práctica y teoría*, Madrid, Trotta, 2003.

DWORKIN, Ronald, “What the Constitution Says”, en *Freedom’s Law: The Moral Reading of the American Constitution*, Oxford University Press, 2005, pp. 72-116.

ENDICOTT, Timothy Andrew Orville, *Vagueness in Law*, Oxford University Press, 2000.

FERRAJOLI, Luigi, *Derecho y razón. Teoría del garantismo legal*, Madrid, Trotta, 1995.

FERRERES COMELLA, Víctor, *El principio de taxatividad en materia penal y el valor normativo de la jurisprudencia: Una perspectiva constitucional*, Madrid, Civitas, 2002.

FLETCHER, George P., *Basic Concepts of Criminal Law*, editado Oxford University Press, 1998.

GARZÓN VALDÉS, Ernesto, “Consenso, racionalidad y legitimidad”, en *Isegoría*, n.º 2, 1990, pp. 13-28.

GREPPI, Edoardo, “The Evolution of Individual Criminal Responsibility under International Law”, en *International review of the Red Cross*, vol. 81, n.º 835, 1999, pp. 531-553.

HART, Herbert L. A., *El concepto de Derecho* (trad. Genaro CARRIÓN), 2ª ed., reimp., Buenos Aires, Abeledo-Perrot, 1963.

HURD, Heidi M, “Sovereignty in Silence”, en *The Yale Law Journal*, vol. 99, n.º 5, 1990, pp. 945-1028.

JESCHECK, Hans-Heinrich, *Tratado de Derecho Penal. Parte General* (trad. José Luis, MANZANARES SAMANIEGO), 4.ª ed., Granada, Comares, 1993.

KELSEN, Hans, *Teoría pura del Derecho*, 2.ª ed., México D.F., UNAM, 1979.

KUHLI, Milan, “Punishment Based on Customary Law?”, en *Zeitschrift für Internationale Strafrechtsdogmatik ZIS*, vol. 4, 2012, pp. 124-131.

LESSING, Lawrence, “Understanding Changed Readings: Fidelity and Theory”, en *Stanford Law Review*, vol. 47, 1995, pp. 395-472.

MADRID CONESA, Fulgencio, *La Legalidad del Delito*, Universidad de Valencia, 1983.

MANRIQUE, María Laura / NAVARRO, Pablo Eugenio / PERALTA, José M., *La relevancia de la dogmática penal*, Universidad Externado de Colombia, 2011.

MCCARL, Ryan, “Incoherent and Indefensible: An Interdisciplinary Critique of the Supreme Court’s Void-for-Vagueness Doctrine”, en *Hastings Const. LQ*, vol. 42, 2014, pp. 73-94.

MIR PUIG, Santiago, *Derecho Penal: Parte General*, 7.ª ed., Barcelona, Reppertor, 2006.

—, *Introducción a las bases del derecho penal: Concepto y método*, 2.ª ed., Montevideo y otra, B de F, 2003.

MONTEL, Juan Pablo, “Estructuras analíticas del principio de legalidad”, en *InDret*, vol. 2017, n.º 1, 2017, pp. 1-47.

MORESO, Josep Joan, “Principio de legalidad y causas de justificación (sobre el alcance de la taxatividad)”, en *Doxa*, vol. 24, 2001, pp. 525-545.

NINO, Carlos Santiago, *Consideraciones sobre la dogmática jurídica*, 1.ª reimp., México D.F., UNAM, 1989.

—, *Ética y derechos humanos. Un ensayo de fundamentación*, 1.ª ed., Barcelona, Ariel, 1989.

—, “La validez de las normas de facto”, en *La validez del derecho*, Buenos Aires, Astrea, 1985, pp. 89-108.

—, *Los límites de la responsabilidad penal. Una teoría liberal del delito*, Buenos Aires, Astrea, 1980.

PÉREZ BARBERÁ, Gabriel, “Reserva de ley, principio de legalidad y proceso penal”, en *En Letra. Derecho Penal*, vol. 1, 2015, pp. 42-92.

RAWLS, John, “A theory of justice”, en *Revised*, Oxford University Press, 1999.

ROXIN, Claus, *Derecho Penal. Parte General. T. I, Fundamentos* (trad. Diego-Manuel LUZÓN PEÑA et. al.), Madrid, Civitas, 1997.

SILVA SÁNCHEZ, Jesús María, “¿Legalidad penal líquida?”, en *InDret*, vol. 3, 2015, pp. 1-3.

—, *Aproximación al derecho penal contemporáneo*, Barcelona, Bosch, 1992.

SILVERGLATE, Harvey A. / SHAH, Monica R., “The Degradation of the ‘Void for Vagueness’ Doctrine: Reversing Convictions While Saving the Unfathomable ‘Honest Services Fraud’ Statue”, en *Cato Sup. Ct. Rev.*, 2009.

SPECTOR, Horacio, “Leyes De Facto”, en *Diccionario de Términos Parlamentarios* de la Honorable Cámara de Diputados de la Nación, Secretaría Parlamentaria, 2008.

TAN, Yudan, “The Identification of Customary Rules in International Criminal Law”, en *Utrecht Journal of International and European Law*, vol. 34, 2018, pp. 92-110.

VIVES ANTÓN, Tomás S., “Principios penales y dogmática penal”, en Vives Antón, Tomás S. / MANZANARES SAMANIEGO, José Luis (eds.), *Estudios sobre el Código Penal de 1995*, Consejo General del Poder Judicial, 1996, pp. 37-72.

VON WRIGHT, Georg Henrik, “The Myth of Progress”, en *IDEM, The Tree of Knowledge and other Essays*, Leiden y otras, Brill, 1993, pp. 202-228.

—, “Ought to Be – Ought to Do”, en *Six Essays in Philosophical Logic*, vol. 60, Societas Philosophica Fennica, 1996.

YU, Du, “Customary Law in the Practice of Criminal Law: A Real and Powerful Role”, en *Peking University Law Journal*, vol. 1, n.º 1, 2013, pp. 37-68.

ZAFFARONI, Eugenio Raúl / ALAGIA, Alejandro / SLOKAR, Alejandro, *Derecho Penal: Parte general*, Buenos Aires, Ediar Sociedad Anónima Editora, Comercial, Industrial y Financiera, 2000.

**SOBRE LAS SEÑALES METEOROLÓGICAS Y LAS BOLAS DE CRISTAL.
COMENTARIOS SOBRE LA SITUACIÓN (NO SOLO INTELECTUAL) DE LA
CIENCIA JURÍDICO-PENAL ALEMANA CON MOTIVO DE UNA RECENSIÓN***

Prof. Dr. Luís GRECO (Berlín)**

Fecha de recepción: 10 de marzo de 2021

Fecha de aceptación: 5 de febrero de 2022

Resumen

Pocas veces se ha hablado tanto de una publicación, y menos de una resección, como en el caso del ensayo que KUHLEN le dedicó a una tesis doctoral en el penúltimo número de la revista ZIS.¹ Me interesa menos la parte que es estrictamente una resección que su “perspectiva” final, en la que el autor teme no haber encontrado solo un problema aislado, sino un síntoma general. “Me temo que la lectura de este trabajo me ha permitido vislumbrar el futuro de los estudios de la ciencia jurídico-penal alemana. Y no me gustó lo que vi. Pero entonces, como bola de cristal, la tesis doctoral fue valiosa para quien escribe esta resección”.² Él cree que el problema radica principalmente en garantizar la “calidad de la dirección de las tesis doctorales” y los “estándares (...) a partir de los cuales se juzga la calidad del rendimiento académico en la ciencia jurídico-penal”. Las consideraciones de KUHLEN me animan a reflexionar sobre el presente y el futuro de la ciencia jurídico-penal alemana. Aunque no comparto del todo el pesimismo de KUHLEN, creo que sería una imprudencia no tomar su llamada de atención como una oportunidad para una sincera autocrítica. Mis reflexiones comienzan con un intento de captar lo que podría perderse (I.); luego intento

* Traducción del alemán al español de Leandro Dias (Universidad de Wurzburg). Publicado originariamente bajo el título: “Von Wetterzeichen und Kristallkugeln Anmerkungen zur (nicht nur geistigen) Situation der deutschen (Straf-)Rechtswissenschaft anlässlich einer Rezension”, en ZIS, 10/2020 pp. 463-467.

** Doctor en Derecho y LL.M. por la Universidad Ludwig-Maximilian, Múnich, Alemania. Profesor de Derecho Penal en la Universidad Humboldt de Berlín.

¹ KUHLEN, “Die Auslandsbestechung und die deutsche Strafrechtswissenschaft – eine Rezension Zu Cornelia Spörl, Das Verbot der Auslandsbestechung”, en ZIS, 2020, p. 327.

² KUHLEN, *supra* nota 1, 327 (335).

describir de qué modo podría perderse (II.); finalmente, abordo las consecuencias prácticas, es decir, lo que estamos obligados a hacer ante la situación descrita (III.).

Palabras clave: dogmática penal – recensiones – futuro – crítica – calidad

Title: Weather signals and crystal balls. Comments on the (not only intellectual) situation of German criminal law, based on a book review.

Abstract

Rarely has so much been said about a publication, let alone a review, as in the case of Kuhlen’s essay on a dissertation in the penultimate issue of ZIS. I am less interested in the part that is strictly a book review than in his concluding “perspective”, in which the author fears that he has come across not just an isolated problem, but a general symptom. “I am afraid that reading this work has given me a glimpse into the future of German legal studies in the field of criminal law. And I did not like what I saw. But then, as a crystal ball, the dissertation was valuable to the author of this review”. In his view, the problem lies above all in ensuring the “quality of the direction of doctoral theses” and the “standards (...) by which the quality of academic performance in criminal law is judged”. Kuhlen’s considerations encourage me to reflect on the present and future of German criminal law scholarship. Although I do not fully share Kuhlen’s pessimism, I think it would be unwise not to take his wake-up call as an opportunity for serious self-criticism. My reflections begin with an attempt to grasp what might be lost (I.); then I try to describe how it might be lost (II.); finally, I address the practical consequences, i.e. what we are obliged to do in the situation described (III.).

Key words: criminal law theory – book reviews – future – critique – quality

Sumario: I, II, III, IV.

I. ¿Qué podría perderse?

1. El primer paso en nuestras reflexiones debe ser ilustrar aquello sobre cuyo futuro uno puede preocuparse justificadamente. Porque uno solo puede preocuparse por algo que no debería ocurrir; lo que plantea la cuestión de la causa de la preocupación, es decir, el bien que está en peligro, cuyo destino debe, por tanto, preocupar.

2. Creo que la mejor manera de captar este bien es con la expresión *cultura jurídica*, que ha surgido y se ha establecido en *Alemania*.³

a) El término cultura jurídica me parece adecuado porque se puede diseccionar de forma reveladora. Ya desde un principio, contiene la palabra *cultura*; sin embargo, el significado que interesa aquí no es el sociológico-descriptivo, según el cual toda cultura es igualmente cultura, sino uno idealizador-normativo, que vincula a la cultura con la formación y el cultivo, el carácter y la virtud. No necesitamos una definición más precisa que vaya más allá de estas relaciones. Según esta concepción, la cultura no es algo dado, sino algo adquirido con esfuerzo, que uno no recibe simplemente de sus padres, como un viaje al extranjero después de graduarse en la escuela secundaria, sino que debe adquirirse a través de años o décadas o una vida de trabajo y posteriormente también defenderse y transmitirse.

Forma parte de esta cultura un *pensamiento* estructurado, comprensible y verificable, que tratamos de inculcarle a nuestros alumnos a través del llamado “estilo de dictamen” [*Gutachtenstil*]. Este consiste en un *discurso* preciso, conciso y claro, consciente de que los conceptos jurídicos no son palabras clave que flotan en el aire, sino que desencadenan consecuencias jurídicas que pueden sentirse físicamente. Esto incluye, sobre todo, una *argumentación* abierta y autocomprendida que reconoce a la otra persona como igual en la discusión, que puede universalizarse y que, en este sentido, percibe cada libertad como una obligación al mismo tiempo: desde el grupo de trabajo de casos para estudiantes hasta el seminario, pasando por la tesis doctoral y el artículo científico, desde los escritos de las partes hasta las decisiones de nuestros tribunales supremos, todos piensan, hablan y argumentan de forma comparable; en la medida en que lo hacen, se mueven en un nivel que no conoce ni a superiores ni a subordinados, sino solo a iguales, con el conocimiento constante de que la solución del caso individual nunca tiene que ver solo con ese caso, sino que las consideraciones que se desarrollen sobre el caso individual irán, por fuerza de los hechos, más allá y deberán, por fuerza de la razón, ir más allá.

³ La terminología que se usará a continuación se corresponde en gran medida con lo que SCHÜNEMANN ha denominado *mos analyticophilosophicus civitatis iuris* (mapci) en diversas publicaciones (p. ej., SCHÜNEMANN, “Vom schwindenden Beruf der Rechtswissenschaft unserer Zeit, speziell der Strafrechtswissenschaft”, en HILGENDORF / SCHULZE-FIELTIZ (eds.), *Selbstreflexion der Rechtswissenschaft*, Tübinga, Mohr Siebeck, 2015, pp. 223 ss. [236]; *IDEM*, “Über Strafrecht im demokratischen Rechtsstaat, das unverzichtbare Rationalitätsniveau seiner Dogmatik und die vorgeblich progressive Rückschrittspropaganda”, en *ZIS*, 2016, p. 645 [665]). Más detallado sobre el modelo presentado aquí GRECO, *Strafprozesstheorie und materielle Rechtskraft*, Berlín, Duncker & Humblot, 2015, pp. 41 ss.; ver también LEITE, “Der Kampf um die richtige Straf(prozess)rechtswissenschaft Eine Besprechung des spanischen Liber Amicorum für Jürgen Wolter 2018 - Luzón Peña/Díaz y García Conlledo (Dir.)”, en *GJ*, 2020, p. 273.

b) Con lo expresado, que sería un desarrollo del contenido del concepto de cultura en este contexto, uno se movió en el ámbito anterior al *derecho*; a la inversa, se verá que el derecho no puede entenderse independientemente de la cultura. Pues lo que entendemos por derecho, que se expresa en lo que acabamos de describir, es más bien una actitud que no se contenta con el hecho desnudo del poder superior de los poderosos sobre los débiles, que no acepta el poder como obviedad irresponsable, sino que se avergüenza cuando el derecho aparece simplemente como poder, y reconoce así que hay algo por encima del poder a lo que debe aspirar. El derecho en el pleno sentido de la palabra comienza cuando el poderoso que puede decidir la vida y el destino de otro no se contenta con un *sic volo, sic jubeo*; cuando es posible preguntar por el porqué —preguntas que no son dejadas de lado con un “porque quiero” o “porque puedo”—; cuando no se legitima simuladamente mediante la *auctoritas* o el procedimiento, sino que se aventura a invocar *razones*, es decir, a pensar, hablar y argumentar en lugar de limitarse a imponer.

c) Hasta aquí, la cultura jurídica. Empero, ¿por qué la cultura jurídica *de Alemania*? ¿No es el ideal esbozado más arriba algo así como un bien común de la humanidad? Como brasileño nativo que estudió derecho primero en su país de nacimiento y solo después de obtener un doctorado alemán lo hizo también en este último país, y que a lo largo de los años ha adquirido una gran experiencia con la cultura del pensamiento, del discurso y de la argumentación de otros círculos jurídicos, puedo atestiguar que lo que se da por sentado en nuestro país y que, como he dicho, conecta la resolución de casos en grupos de trabajo para estudiantes con la decisión del Tribunal Supremo Federal y el Tribunal Constitucional Federal, no es precisamente algo usual en la comparación internacional. Es raro que el poder dé cuenta de sí mismo, que se ponga en pie de igualdad con los débiles.

aa) Un atisbo de esta actitud alternativa, la de un poder que se considera inevitable o que no se avergüenza de sí mismo, se deja cada vez más percibir en Alemania, sobre todo cuando el derecho europeo, superior en su rango (primacía de aplicación), pero no necesariamente en su calidad, irrumpe en el derecho alemán. P. ej., cuando el legislador, en cumplimiento de un supuesto mandato del derecho europeo, define el concepto de asociación en el § 129, párr. 2, StGB, vigente desde 2017, de tal manera que a primera vista ya no es posible distinguirlo de una banda;⁴ o cuando la jurisprudencia se resiste valientemente a estas injerencias, que utilizan palabras de moda —como europeización o protección del consumidor— en lugar de una conceptualización reflexiva que

⁴ En detalle, con las correspondientes referencias, también en un intento de “corregir” el error legislativo mediante una interpretación restrictivo-sistemática, STEIN/GRECO, “§ 129” en WOLTER (ed.), *Systematischer Kommentar zum Strafgesetzbuch*, vol. 3, 9.ª ed., Colonia, Carl Heymanns, 2019, § 129, n.º m. 6 ss., 16 ss., 25 ss.

argumenta sobre la base de un sistema.⁵ La cuestión más aguda aparece cuando tenemos que hacernos los tontos para poder cumplir con el mandato constitucional de tener en cuenta la jurisprudencia del TEDH⁶ y desarrollar conceptos jurídicos aplicables de los supuestos criterios o exámenes que el TEDH forma para numerosas cuestiones del proceso penal. Así, se dice que la provocación es contraria a los derechos humanos “si los agentes de policía implicados no se limitan a una investigación penal en gran medida pasiva, sino que influyen en la persona afectada de tal manera que la inducen a cometer un delito que de otro modo no habría cometido”:⁷ como si una “investigación pasiva” no fuera una *contradictio in adjecto*, y como si hacer futurología sobre si la persona provocada también habría cometido el delito si no hubiese sido provocada pudiera ser objeto de una instrucción probatoria. Si la frase “investigación pasiva” apareciera en un trabajo de examen universitario, no dudáramos en restarle puntos; como este error no proviene de un pequeño estudiante que debe rendir un examen, ni del BGH, al que los eruditos profesores tanto nos gusta aleccionar, sino de un tribunal supremo europeo, entonces deja de ser un error. O tomemos la jurisprudencia del TEDH sobre el derecho de confrontación de testigos no disponibles: el tribunal, desde la decisión de la Gran Sala en el caso Al-Khawaja y Tahery contra el Reino Unido,⁸ ha planteado una supuesta teoría de tres niveles: una razón válida para la no comparecencia; el testimonio no debe ser la única base de la decisión (“*sole or decisive rule*”); debe haber factores compensatorios (p. ej., la presencia del abogado defensor en el interrogatorio). Sin embargo, no

⁵ En cuanto al concepto de asociación, BGHSt 54, 216 (223 s.). Es de esperar que no se abandone esta línea (intenté demostrar que es compatible con el derecho vigente en el comentario citado en la última nota); en cuanto a la supuesta interpretación del tipo penal de estafa conforme al derecho europeo sobre el “modelo europeo de consumidor”, BGH, NJW, 2014, p. 2595, n.º m. 28 ss. Respecto de este segundo ejemplo, hay que decir (porque no puedo remitirme a más publicaciones propias): la literatura parece abogar predominantemente por la interpretación europeizante (ampliamente, con las referencias correspondientes, recientemente HOYER, “Reichweite und Grenzen von Verbraucherschutz mithilfe des Betrugsstatbestands”, en ZIS, 2019, p. 412, quien desarrolla una solución diferenciadora); sin embargo, esto pasa por alto el hecho de que el derecho de la lealtad comercial —en este aspecto completamente diferente al § 263, StGB— prevé prohibiciones “abstractas” que intervienen con independencia de la perspectiva del daño. Por tanto, no se vulnera el principio de *ultima ratio* si se exige más para la legitimación de una prohibición “abstracta”, en el sentido de una prohibición que interviene independientemente de la creación de un riesgo no permitido para el patrimonio, que para una prohibición de esta clase que solo se legitima desde la perspectiva de un daño. Con otras palabras: “conducta perjudicial para el patrimonio” no significa necesariamente lo mismo que “conducta desleal + x”. Es posible que algunas de las críticas de la literatura hayan sucumbido a la seducción por medio del latiguillo de la accesoriadad asimétrica (para una crítica al respecto, véase GRECO, “Die Befreiung des Strafrechts vom Pflichtverletzungsdenken – Zur Kritik an der (nicht nur asymmetrischen) Akzessorietät”, en GA, 2019, p. 693).

⁶ P. ej., BVerfG, NJW, 2005, p. 1765.

⁷ Esta ha sido la jurisprudencia constante del TEDH desde la sentencia Judt 4/11/2010 - 18757/06 (Bannikova c. Rusia), párr. 37 ss., 48; otras referencias en SCHÜNEMANN / GRECO, “Kommentierung von §§ 25-31” en CIRENER / RADTKE / RISSING-VAN SAAN / RÖNNAU / SCHLÜCKEBIER (eds.), *Strafgesetzbuch, Leipziger Kommentar*, vol. 2, 13.ª ed., Berlín y otra, De Gruyter, 2021, § 26, n.º m. 72.

⁸ TEDH, Judg. del 15/12/2011 - 26766/05, 22228/06 (Al-Khawaja y Tahery c. Reino Unido).

están en ninguna relación supuestamente escalonada en niveles entre sí, como el propio tribunal tuvo que reconocer en una decisión posterior,⁹ por lo que el BGH se encuentra con que tiene que darle sentido a estas declaraciones.¹⁰

bb) Se podría mostrar —pero no en esta contribución—¹¹ que estas cosas, respecto de las cuales el derecho alemán afortunadamente todavía está afectado solo en aspectos puntuales, es decir, decisiones que no están bien pensadas ni basadas en conceptos, ni abiertas ni argumentadas de forma universalizable, no son otra cosa que la vida jurídica cotidiana en la mayoría de los demás países (incluso en Europa). Para estos, el derecho no es una antítesis del poder, sino su continuación por los mismos medios. Allí, pensar, hablar y argumentar es, ante todo, un ritual, una parte del procedimiento en el sentido luhmanniano; que el interesado no se queje porque se le brindó una larga “fundamentación” cuyo único objetivo es declarar inadmisibles la protesta por su pura materialidad (es decir, por el texto densamente impreso, difícil de leer o directamente incomprensible).

cc) No quiero decir que en esos países solo haya poder y no derecho; pero en esos lugares hay que luchar, sin duda, con mucha más fuerza por el componente jurídico real del derecho. Esta lucha se lleva a cabo como una batalla individual, a menudo con un sacrificio heroico por parte de quienes la emprenden. Para empezar a hablar, a partir de estancias autofinanciadas en el extranjero y la inversión en bibliotecas privadas, hasta el esfuerzo de citar razones en lugar de autoridades, lo que no es garantía de que uno sea escuchado y tomado en serio en absoluto (sino que, más bien, uno

⁹ TEDH, Judg. del 15/12/2015 - 9154/10 (Shachashvili c. Alemania), n.º m. 110 ss. = NJOZ 2017, 544 (en alemán).

¹⁰ En particular, BGH, NStZ 2017, 602; NStZ 2018, 51. La doctrina vuelve a ser predominantemente crítica con el BGH.

¹¹ Dos ejemplos, sobre los que ya he trabajado, y un tercero: la jurisprudencia italiana sobre el concepto de delito en el proceso penal, que, desvinculada de la ley, afirma que el hecho procesal, *fatto* —la misma palabra, por cierto, que se utiliza para designar la categoría sistemática del tipo penal, que constituye el factor de conexión para el obvio *quaternio terminorum*—, consta de las características de acción, resultado y relación causal, pero al mismo tiempo concluye de ello que la receptación de bienes robados y el robo son el mismo hecho (cf. con amplias referencias GRECO, *supra* nota 3, pp. 495 ss.). Francia lo hace ocasionalmente aún mejor: se remite (al menos) a la ley, pero a su mero tenor literal, sin ofrecer un atisbo de justificación que recuerde a una subsunción —de modo que, p. ej., el segundo enjuiciamiento como homicidio doloso de un acto previamente condenado como homicidio imprudente es posible porque la ley (art. 368, *Code de procédure pénale*) solo prohíbe el segundo enjuiciamiento por los “*mêmes faits*” (para referencias, véase GRECO, *supra* nota 3, pp. 63, 490)—. El tercer ejemplo se refiere a mi país de origen: a pesar de la prohibición constitucionalmente reconocida de la analogía, el Tribunal Supremo Federal consiguió subsumir la discriminación de los homosexuales en el delito de discriminación por razón de “raza” (ADO 26 /DF). Para un cuarto ejemplo —la “recepción” brasileña de la doctrina del delito— véase GRECO / LEITE, “Die ‚Rezeption‘ der Tat- und Organisationsherrschaft im brasilianischen Wirtschaftsstrafrecht. Anmerkungen zur Beteiligungsdogmatik im Urteil des brasilianischen Obersten Bundesgerichts über den Korruptionsskandal in der Bundesregierung (,Mensalão-Fall‘, Ação Penal Nr. 470, Supremo Tribunal Federal)”, en *ZIS*, 2014, p. 285; sobre los estilos de decisión de los tribunales no alemanes véase GRECO, *supra* nota 3, pp. 62 ss.

suele ser apartado como un pedante), ni de que no se corra el riesgo de ser percibido como un desafío por las autoridades, a las que no les gusta que se les hable en pie de igualdad. En Alemania, hay menos necesidad de luchar por el derecho que de trabajar en este; la cultura jurídica está *institucionalizada*, es cultivada y vivida por personas que se ganan la vida respetando un alto nivel de pensamiento, discurso y argumentación. La academia y la práctica pueden parecer enfrentadas; quienes piensan que estas dos se enfrentan en Alemania como “mundos extraños y ajenos”¹² pasan por alto que las disputas de opinión solo pueden resolverse sobre un exigente terreno común, en este caso la convicción de trabajar sobre el derecho como una estructura de razones.

El ideal de una cultura jurídica basada en la razón, descrito anteriormente en las secciones a) y b), no ha podido realizarse en ningún otro lugar tanto como en Alemania debido a este anclaje institucional. Es el admirable resultado del trabajo de generaciones, que se remonta al menos a la Edad Media, de teóricos y practicantes, tanto renombrados como anónimos, sobre cuyos hombros nos apoyamos cuando enseñamos y practicamos el derecho hoy en día, el tesoro en cuya búsqueda han venido a este país generaciones de jóvenes entusiastas, entre los que me incluyo.

3. El hecho de que haya destacado los aspectos positivos de esta cultura en mi descripción no significa que no haya nada que criticar y mejorar. En este punto, solo recuerdo nuestro “provincianismo presuntuoso”, que con razón se critica a menudo, y que considera que no hay nada valioso e inteligente al margen de lo que se escribe y se piensa en este país;¹³ pero he tratado de demostrar que esto no tiene por qué ser así en mi nueva edición del manual de parte general de ROXIN.¹⁴ Más adelante, en el apartado II.2, me referiré a otros problemas internos de esta cultura.

II. ¿De qué modo se podría perder?

La cultura, como he dicho, tiene que ser adquirida por cada generación; la cultura es, por tanto, frágil. En el presente, está expuesta a varios peligros, algunos que vienen de afuera, pero también otros que vienen de adentro, de sus propias filas, incluso de destacados representantes de esta

¹² FISCHER, “Straf rechtswissenschaft und straf rechtliche Rechtsprechung – Fremde seltsame Welten”, en MICHALKE / KÖBERER / PAULY / KIRSCH (eds.), *Festschrift für Rainer Hamm zum 65. Geburtstag am 24. Februar 2008*, Berlín y otra, De Gruyter, 2008, p. 63; véase también ROTSCH, “Zur Hypertrophie des Rechts”, en *ZIS*, 2008, p. 1.

¹³ Esta queja puede encontrarse, p. ej., en FLETCHER, “Die deutsche Strafrechtswissenschaft im Spiegel der Rechtsvergleichung”, en ESER / HASSEMER / BURKHARDT (eds.), *Die Deutsche Strafrechtswissenschaft vor der Jahrtausendwende*, Múnich, C.H. Beck, 2000, p. 235 (239); ZOLL, *idem*, p. 283 (285 s.); SILVA SÁNCHEZ, “Straftatsystematik deutscher Prägung. Unzeitgemäß?”, en *GA*, 2004, p. 679 (681).

¹⁴ ROXIN / GRECO, *Strafrecht, Allgemeiner Teil*, 5.ª ed., Múnich, C. H. Beck, 2020 —allí también con referencias respecto de que la actitud criticada empieza a cambiar (§ 7, n.º m. 85w) —.

cultura. Solo puedo hablar de estos peligros como el teórico que soy; por consiguiente, dejo de lado los desafíos de la práctica, no porque no existan —ya se han mencionado algunos que también puedo percibir como científico—, sino porque no los conozco por mi propia experiencia.

1. Los *peligros externos* comienzan con el control externo parcial de los estudios en Alemania por parte de las oficinas estatales de exámenes judiciales, que prescriben lo que debe ser enseñado y aprendido. Aunque al final esto ha tenido sin duda un efecto positivo, en el sentido de una cercanía entre el derecho enseñado-aprendido y también el vivido, que no existe en ningún otro lugar en el orden internacional —al menos hasta donde puedo ver—, existe al mismo tiempo la tentación para todos los implicados en la universidad de ver su propio trabajo como mera preparación de exámenes, de hacer de la universidad en el mejor de los casos una escuela técnica, si no un *repetitorium*.^{*} El proceso penal, la medición de la pena, la ejecución penal, los delitos sexuales, los delitos tributarios, el derecho penal de la corrupción y el derecho de protección del Estado, todo esto solo tiene un interés marginal para la ciencia.¹⁵ Las editoriales también hacen su parte al vender libros; los libros que más se venden no son necesariamente los de mayor valor científico, sino manuales y comentarios que, con pocas excepciones, renuncian al desarrollo de nuevos enfoques en favor de la pura descripción, y ello en un verdadero círculo vicioso de autodescripción mutua.¹⁶ A pesar de la conocida o lamentada sobreabundancia de ambos formatos de publicación, constantemente se producen nuevos y los antiguos reciben nuevas ediciones publicadas en intervalos cada vez más cortos; casi todo el mundo participa en esto, lo que significa que la libertad y la tranquilidad para dedicarse en profundidad a los temas que uno podría enriquecer se están perdiendo lentamente. En las últimas décadas, el derecho se ha visto cada vez más influenciado por terceros que realizan financiaciones generosas y bien intencionadas, cuyos bolsillos son más fáciles de aflojar cuando se presentan solicitudes de financiación que luzcan modernas, en otras palabras, compatibles con el espíritu del tiempo, tanto en lo que se refiere al tema, como a los resultados prometidos; las preguntas por el “si” se encuentran en una desventaja estructural respecto de las preguntas por el

* N. de T.: Un *repetitorium* es un curso optativo, en general privado y extra-universitario, que consiste en el repaso concentrado y orientado a la solución de exámenes, al que asisten muchos estudiantes alemanes como preparación para los exámenes estatales obligatorios, que son extremadamente exigentes (cuya aprobación, en lo posible con una buena nota, es necesaria para graduarse como jurista y poder trabajar de forma privada o en el ámbito público).

¹⁵ Similar HÖRNLE, “Stärken und Schwächen der deutschen Strafrechtswissenschaft”, en DREIER (ed.), *Rechtswissenschaft als Beruf*, Tubinga, Mohr Siebeck, 2018, p. 183 (208).

¹⁶ Y de copias mutuas. De un colega y co-comentarista escuché esta broma: si uno copia de otro, se llama plagio; si todos copian de todos, se llama comentario. Observación: no estoy criticando el formato manual/comentario; sin manuales no habría educación y sin comentarios, una creación alemana (exhaustivamente KÄSTLE-LAMPARTER, *Welt der Kommentare*, Tubinga, Mohr Siebeck, 2016), no existiría el estrecho engranaje entre la ciencia y la práctica que es característico de la cultura jurídica que existe en este país. La crítica solo se aplica a los excesos (igualmente HÖRNLE, *supra* nota 15, p. 209).

“cómo”. *Last but not least*, no hay que dejar de mencionar el clima social cada vez menos libre, la notable presión cuando se quieren tratar temas delicados, si es que acaso resulta posible hacerlo, solo en el sentido de lo políticamente correcto, que ahora también se nota en las universidades alemanas, aunque sea indigno de una sociedad libre y aún más de una universidad libre.¹⁷

2. Todo esto se vuelve aún más problemático cuando los peligros ya no provienen solo del exterior, sino de *nuestras propias filias*. Esto sucede —y estas preocupaciones parecen haber movido a KUHLEN—¹⁸ cuando le ponemos el sello de aprobado a tesis doctorales sin haberlas leído previamente, y más aún cuando las calificamos con *summa cum laude*, lo que al mismo tiempo —dado que la calificación más alta se sigue entendiendo como una invitación a escribir una tesis de habilitación para luego convertirse en profesor y, por tanto, a la carrera académica— selecciona a los jóvenes académicos sin el debido cuidado. Esto es lo que ocurre cuando escribimos solo reseñas elogiosas, o ninguna, o de libros que no hemos leído detenidamente. Ocurre cuando se dice, implícita o explícitamente, que todo lo que publicamos en Alemania no vale nada porque no se da cuenta en la sala de debate de habla inglesa. Esto es lo que ocurre cuando tomamos las decisiones de nombramiento en cátedras según criterios no científicos, como la fuerza de la financiación externa, la cantidad en lugar de la calidad en las listas de publicaciones, etc., o cuando defendemos que el camino hacia la obtención del título de “profesor” de cátedra debe ser más corto para el profesor honorario del que uno es amigo que para el investigador posdoctoral promedio.* Esto es lo que ocurre cuando desechamos como corto de miras al cuidadoso y minucioso trabajo dogmático sin el cual apenas es posible pensar, hablar y argumentar sobre el derecho.¹⁹ Por último, ocurre cuando afirmamos con desparpajo y despreocupación que solo los académicos de países con un “pasado problemático” estarían interesados en el derecho alemán,²⁰ declarando así que generaciones de colegas extranjeros, cuya lucha individual por el derecho los ha llevado y los sigue llevando a Alemania, son ingenuas y ciegas en el mejor de los casos, o directamente estúpidas. Porque el pasado

¹⁷ La Universidad de Edimburgo ha desautorizado recientemente nada menos que a David Hume. De esto nos encontramos en Alemania bastante alejados (¿por ahora?). <https://www.ed.ac.uk/news/students/2020/equality-diversity-and-inclusion-an-update> [enlace verificado el día 15 de febrero de 2023].

¹⁸ Por consiguiente y haber finalizado exitosamente el procedimiento habilitación y, después, recibir el título. Pero algunos juristas dedicados a la praxis, en general solo doctores, también obtienen, después de algunos años contribuyendo con clases, el título de profesor honorífico (*Honorarprofessor*).

* N. de T.: En Alemania, *Professor* es un título protegido; uno solo lo puede usar después de haberlo recibido de una institución universitaria —cf. también § 132a, StGB—. En principio, *Professor* es solo el titular de cátedra o catedrático, quien debe tener un doctorado y haber finalizado exitosamente el procedimiento habilitación y, después, recibir el título. Pero algunos juristas dedicados a la praxis, en general solo doctores, también obtienen, después de algunos años contribuyendo con clases, el título de profesor honorífico (*Honorarprofessor*).

¹⁹ Críticamente, con más referencias, ROXIN / GRECO, *supra* nota 14, § 7, n.º m. 85b ss.

²⁰ Como es bien sabido, VOGEL, “Strafrecht und Strafwissenschaft im internationalen und europäischen Rechtsraum”, en JZ, 2012, p. 25 (27).

problemático de Alemania no es la expresión de una cultura de la discusión entre iguales, para la que solo cuenta el argumento y no la persona, sino su negación más evidente.

3. Los peligros externos siempre han existido, aunque en mi opinión el alcance ha aumentado notablemente. Los peligros internos no solo están más cerca de nosotros, sino que son en gran medida nuevos y por eso tan aterradores. En conjunto, se están convirtiendo en algo más que las “señales meteorológicas de una tormenta” señaladas hace quince años;²¹ en efecto, amenazan con *disolver la institucionalización* del trabajo en el derecho que está presente de forma única en Alemania y con exigirles cada vez más a los implicados una lucha solitaria por el derecho también en este país. Pero como las instituciones siguen existiendo en su “corporeidad”, es decir, como fuente de alimentación y reputación, se vuelven atractivas precisamente para quienes se dedican al derecho y a la ciencia no como profesión, sino como *negocio*.

Cuando la ciencia se convierte en una *alternativa entre el sacrificio heroico y el negocio*, queda claro cuál es más probable que elija un creyente en la ciencia, ya sea establecido o principiante. El establecido se sentirá impulsado a delegar al máximo sus tareas de investigación y docencia en su personal, para poder dedicarse a los mandatos, dictámenes y a los despachos de abogados (como *of counsel*) o directamente al turismo científico. Nuestros jóvenes doctores *summa cum laude*, que se enfrentan a la decisión que marca su biografía de seguir o no en el camino de una tesis de habilitación para acceder a una cátedra, solo pueden interpretar la alternativa descrita como un recordatorio de que hay que pensar detenidamente si no hay que preferir una carrera en la praxis, no a pesar de, sino precisamente porque uno tiene interés en el derecho y en la ciencia.

III. ¿Qué hacer?

De lo descrito ya se deduce lo que hay que hacer, por lo que puedo ser breve en esta sección de conclusiones. Es necesario evitar que la cultura jurídica institucionalizada que se ha establecido en este país sea destruida desde el exterior y socavada desde el interior. Eso significa preservar y desarrollar lo que es bueno y resistir lo que es malo antes de que se llegue al punto en que la resistencia se convierta en martirio. Es precisamente contra los peligros internos más cercanos, en cuya existencia estamos a menudo implicados como responsables, que podemos y debemos hacer más.

²¹ Una alusión a SCHÜNEMANN, *Wetterzeichen des Untergangs der deutschen Rechtskultur*, Berlín, Berliner Wissenschafts-Verlag, 2005.

Como juristas, tenemos la responsabilidad de seguir representando en el mundo la cultura de la distinción entre poder y derecho, entre decisión y fundamentación. No debemos negar esta responsabilidad y ceder frente a las presiones externas e internas.

Cuando estaba terminando las galeras de este ensayo (el 16 de octubre de 2020 a eso de las 15:00 horas), me llegó la triste noticia de que este terrible año también se ha llevado a *Luis Gracia Martín*. También él, el mayor representante del legado de WELZEL en el mundo de habla romance, creía en el valor de la cultura del derecho y la argumentación. Me gustaría dedicar retrospectivamente mis reflexiones a su memoria. Ya te echo de menos, querido amigo.

IV. Bibliografía

FISCHER, Thomas, “Strafrechtswissenschaft und strafrechtliche Rechtsprechung – Fremde seltsame Welten”, en MICHALKE, Regina / KÖBERER, Wolfgang / PAULY, Jürgen / KIRSCH, Stefan (eds.), *Festschrift für Rainer Hamm zum 65. Geburtstag am 24. Februar 2008*, Berlín y otra, De Gruyter, 2008.

FLETCHER, George, “Die deutsche Strafrechtswissenschaft im Spiegel der Rechtsvergleichung” en ESER, Albin / HASSEMER, Windfried / BURKHARDT, Björn (eds.), *Die Deutsche Strafrechtswissenschaft vor der Jahrtausendwende*, Múnich, C.H. Beck, 2000.

GRECO, Luis, *Strafprozesstheorie und materielle Rechtskraft*, Berlín, Duncker & Humblot, 2015.

—, “Die Befreiung des Strafrechts vom Pflichtverletzungsdenken – Zur Kritik an der (nicht nur asymmetrischen) Akzessorietät”, en *GA*, 2019.

GRECO, Luis / LEITE, Alaor, “Die ‚Rezeption‘ der Tat- und Organisationsherrschaft im brasilianischen Wirtschaftsstrafrecht. Anmerkungen zur Beteiligungsdogmatik im Urteil des brasilianischen Obersten Bundesgerichts über den Korruptionsskandal in der Bundesregierung (‚Mensalão-Fall‘, Ação Penal Nr. 470, Supremo Tribunal Federal)”, en *ZIS*, 2014.

HÖRNLE, Tatjana, “Stärken und Schwächen der deutschen Strafrechtswissenschaft”, en DREIER, Horst (ed.), *Rechtswissenschaft als Beruf*, Tübinga, Mohr Siebeck, 2018.

HOYER, Andreas, “Reichweite und Grenzen von Verbraucherschutz mithilfe des Betrugstatbestands”, en *ZIS*, 2019.

KÄSTLE-LAMPARTER, David, *Welt der Kommentare*, Tübinga, Mohr Siebeck, 2016.

KUHLEN, Lothar, “Die Auslandsbestechung und die deutsche Strafrechtswissenschaft – eine Rezension Zu Cornelia Spörl, Das Verbot der Auslandsbestechung”, en *ZIS*, 2020.

LEITE, Alaor, “Der Kampf um die richtige Straf(prozess)rechtswissenschaft Eine Besprechung des spanischen Liber Amicorum für Jürgen Wolter 2018 - Luzón Peña/Díaz y García Conlledo (Dir.)”, en *GA*, 2020.

ROTSCH, Thomas, “Zur Hypertrophie des Rechts”, en *ZIS*, 2008.

ROXIN, Claus / GRECO, Luis, *Strafrecht, Allgemeiner Teil*, 5.^a ed., Múnich, C. H. Beck, 2020.

SCHÜNEMANN, Bernd, “Vom schwindenden Beruf der Rechtswissenschaft unserer Zeit, speziell der Strafrechtswissenschaft”, en HILGENDORF, Eric / SCHULZE-FIELITZ, Helmut (eds.), *Selbstreflexion der Rechtswissenschaft*, Tubinga, Mohr Siebeck, 2015.

—, “Über Strafrecht im demokratischen Rechtsstaat, das unverzichtbare Rationalitätsniveau seiner Dogmatik und die vorgeblich progressive Rückschrittspropaganda”, en *ZIS*, 2016.

—, *Wetterzeichen des Untergangs der deutschen Rechtskultur*, Berlín, Berliner Wissenschafts-Verlag, 2005.

SCHÜNEMANN, Bernd / GRECO, Luis, “Kommentierung von §§ 25-31”, en CIRENER, Gabriele / RADTKE, Henning / RISSING-VAN SAAN, Ruth / RÖNNAU, Thomas / SCHLUCKEBIER, Wilhelm (eds.), *Strafgesetzbuch, Leipziger Kommentar*, vol. 2, 13.^a ed., Berlín y otra, De Gruyter, 2021.

SILVA SÁNCHEZ, Jesús María, “Straftatsystematik deutscher Prägung. Unzeitgemäß?”, en *GA*, 2004.

STEIN, Ulrich / GRECO, Luis, “§ 129” en WOLTER, Jürgen (ed.), *Systematischer Kommentar zum Strafgesetzbuch*, vol. 3, 9.^a ed., Colonia, Carl Heymanns, 2019.

VOGEL, Joachim, “Strafrecht und Strafwissenschaft im internationales und europäisches Rechtsraum”, en *JZ*, 2012.

APUNTES PEDAGÓGICOS SOBRE EL MÉTODO ALEMÁN DE SOLUCIÓN DE CASOS PENALES

Alejandra VERDE (UBA)¹

Fecha de recepción: 1 de julio de 2022

Fecha de aceptación: 20 de octubre de 2022

Resumen

La falta de sistematicidad y de unificación en el método utilizado para enseñar derecho penal en las universidades argentinas no es ya ninguna novedad. Tampoco lo es el efecto que esto produce en las y los estudiantes, quienes muchas veces, a causa de esto, no saben cómo abordar las asignaturas, ni cómo ordenar la información que se les brinda, ni diferenciar lo importante de lo que no lo es, etc. No menos preocupantes son estas consecuencias en quienes ejercen su profesión en la judicatura, en el ministerio público fiscal o de la defensa o en el litigio o la asesoría particular. En este breve aporte quisiera reivindicar la necesidad de que las y los docentes de las carreras de abogacía y, en especial, quienes se dedican a la enseñanza del derecho penal, se valgan de herramientas metodológicas adecuadas y eficientes, como las que presenta el método alemán de solución de casos, empleado allí para todas las áreas del derecho. Por supuesto que existen otros métodos muy fructíferos, pero aquí me concentraré en el que acabo de mencionar.

Palabras clave: dogmática penal – método de solución de casos penales – metodología de la enseñanza – subsunción – casos

Title: Pedagogical Notes on the German Method for Solving Criminal Cases

Abstract

The lack of systematisation and uniformity in the method of teaching criminal law in Argentine universities is nothing new. Nor is the impact on students, who often do not know how to approach

¹ Doctora en derecho y ciencias sociales, Universidad Nacional de Córdoba (Argentina). Exbecaria doctoral del CONICET (Argentina) y del Servicio Alemán de Intercambio Académico (DAAD, Alemania) en la Universidad de Múnich. Profesora adjunta interina de Teoría del Delito en la Universidad de Buenos Aires; profesora de cátedra y coordinadora de la Maestría y Especialización de Derecho Penal de la Universidad de San Andrés (Buenos Aires). Email de contacto: averde@udesa.edu.ar. Agradezco a Gabriel Pérez Barberá por haber leído este trabajo, por sus observaciones y por haberme facilitado material de sus clases basadas en este método de casos. También agradezco a Leandro Dias sus sugerencias y aportes.

the courses, how to organise the information they are given, how to distinguish between what is important and what is not, and so on. These consequences are no less worrying for those who practise their profession in the courts, in the public prosecution service, in the public defence service, in litigation or in private consultancy. In this short paper, I would like to argue for the need for law professors to make use of appropriate and efficient methodological tools, such as the German case-solving method, which is used in all areas of law. Of course, there are other very interesting methods, but here I will concentrate on the one I have just mentioned.

Key words: criminal law theory – method of solving criminal cases – teaching methodology – subsumption – cases

Sumario: I. El problema; II. Presentación del método; III. Funcionamiento del método; IV. Bibliografía

I. El problema

La enseñanza del derecho penal en la Argentina suele ser poco metódica y para nada sistemática. Al menos esa ha sido mi experiencia como estudiante de grado e incluso de posgrado en diferentes universidades, tanto públicas como privadas. Por supuesto que algunos recursos pedagógicos son habitualmente utilizados, pero de ello no se sigue que se esté aplicando un método genuino de aprendizaje.

Así, entre esos recursos, uno de los más utilizados es el PowerPoint. Pero este, muchas veces, sirve más de “ayudamemoria” al docente que de herramienta para que el alumnado pueda fijar mejor algún conocimiento u ordenar la información que recibe. También suele acudirse, como estrategia de enseñanza, a la exposición de un caso o fallo para producir alguna clase de discusión o introducir los temas de la clase y así despertar el interés o el espíritu crítico del grupo. Pero tampoco esto implica, de por sí, la utilización de un método. Al contrario, precisamente por no estar basada la exposición en un método preciso, la discusión sobre casos o fallos suele tener un efecto contrario al que debería buscarse, porque acaba desordenando la discusión y también, por tanto, la adquisición de conocimientos, si es que esta se produce.

Por lo demás, lo que es seguro es que no hay un método *unificado* de enseñanza del derecho penal, que sea aplicado en idéntica forma por la totalidad de docentes que enseñan la parte general

o la especial de esta rama del derecho. El resultado de esto es que cada estudiante aprende “el derecho penal que le enseñaron”, lo que implica la adquisición de conocimientos muy disímiles según quién haya sido la o el docente a cargo del curso de que se trate. Y esto es pernicioso, porque naturaliza desde el inicio mismo de la formación la idea de que no existe un derecho penal objetivo —el que está plasmado en la ley— que la dogmática tiene que intentar reconstruir para poder aplicar, sino un conjunto de opiniones, por lo general de naturaleza crítica, acerca de lo que la ley debería decir. Se privilegia, así, la crítica *de lege ferenda* por sobre la interpretación *de lege lata*. Esto puede ser válido en seminarios para graduados, pero tiene que haber una instancia en la que se aprenda qué dice la ley, para después, en todo caso, poder criticarla. Esa instancia es, naturalmente, la enseñanza de grado. Y ese aprendizaje requiere un método consistente con esa finalidad.

Por supuesto que también hay numerosos profesores y profesoras de derecho penal que cuentan con herramientas pedagógicas y metodológicas eficientes, y que son de hecho excelentes docentes incluso sin ayuda de ninguna tecnología especial.² Pero no siempre es ello así. Lo que trato de resaltar aquí es que la falta de método en la enseñanza del derecho suele tener un efecto muy negativo en las y los estudiantes, que no saben cómo abordar las asignaturas, ni cómo ordenar la información, ni diferenciar lo importante de lo que no lo es, etc.

Los problemas que produce esta situación universitaria impactan, desde luego, en el ejercicio posterior de la profesión, en todos sus roles; es decir, repercute en quienes ejercen su profesión en la judicatura, o en el ministerio público fiscal, o en la defensa pública, o como abogados particulares, etc. Los escritos de las partes, al igual que las decisiones judiciales, muchas veces son innecesariamente extensos, reiterativos, desordenados, con información que no es pertinente o que carece de la que sí interesa, argumentativamente débiles o falaces y léxicamente oscuros, entre otros problemas. Estas falencias, incluso, suelen pasar inadvertidas para algunas o algunos operadores judiciales, que contribuyen, así, a perpetuar o naturalizar estos errores. Pero ¿cómo podría reprocharse esto a quienes no fueron entrenados en la aplicación del derecho con apoyo en una metodología que produzca resultados aceptables?

En este breve aporte quisiera, entonces, reivindicar la necesidad y la utilidad de que los docentes de las carreras de abogacía y en especial (en lo que aquí me interesa) quienes se dedican a la enseñanza del derecho penal, se valgan de herramientas metodológicas adecuadas y eficientes.

² Solo a modo de ejemplo, véase BACIGALUPO, *Técnica de resolución de casos penales*, 2.ª ed., Buenos Aires, Hammurabi, 2002; ROMERO, *Casos De Derecho Penal*, Buenos Aires, De Palma, 1992; SANCINETTI, *Casos de derecho penal. Parte general*, Buenos Aires, Hammurabi, 2005.

Particularmente, voy a exponer las virtudes que, en este sentido, presenta el método alemán de solución de casos, por lo menos para el aprendizaje del derecho penal.

II. Presentación del método

El método alemán de solución de casos tiene como meta central que las y los estudiantes aprendan el proceso de subsunción y que lo aprendan de manera sistemática, de modo tal que puedan hacerlo adecuadamente ante cualquier caso que se les presente, sea imaginario o real. Este método, en efecto, permite generar una matriz suficientemente fija como para aportar sistematicidad y, a la vez, adecuadamente flexible como para que pueda adaptarse apropiadamente a las peculiaridades de cada caso concreto. El proceso de “subsunción”, como es sabido, consiste en determinar si un suceso ocurrido en el mundo se corresponde con la descripción en abstracto de las situaciones de hecho legisladas en los tipos penales.³

Parece una tarea simple, pero no siempre lo es. Es importante, entonces, contar con un método que contribuya a reducir esa complejidad, señalando el camino que invariablemente habrá de seguirse toda vez que la tarea de subsunción sea llevada a cabo. En efecto, que todas las subsunciones de hechos del mundo en normas jurídicas sean efectuadas del mismo modo en la praxis judicial — es decir, que todas “sean iguales”, *metodológicamente* hablando— permite mejorar las destrezas de quienes las realizan y, a la vez, ayuda a la obtención de seguridad jurídica, porque torna previsible la resolución de casos.

Decía que el método en cuestión —cuyo funcionamiento explicaré en el apartado siguiente— es útil para la solución tanto de casos reales como imaginarios. Ello es cierto, pero quizá lo que deba ser destacado es lo inverso, es decir: que tanto casos reales como imaginarios pueden ser útiles para demostrar la utilidad del método. Y es más: que en muchas ocasiones, la finalidad pedagógica central (a saber: que las y los estudiantes entiendan las categorías jurídico-penales que se les pretende enseñar y aprendan a aplicarlas) solo se consigue a partir de casos imaginarios, a los cuales se les aplica el método en cuestión.

Es importante resaltar esto último porque, en tiempos recientes, es bastante frecuente escuchar que en la enseñanza del derecho penal debe evitarse todo método que incluya la exposición de casos imaginarios para explicar los contenidos de la materia. Según esta forma de ver las cosas, en las

³ Por todos, véase HILGENDORF / VALERIUS, *Derecho Penal. Parte General*, 2.^a ed., Buenos Aires, Ad-Hoc, 2017, § 3, p. 37.

clases de grado y de posgrado solo deben ser expuestos casos reales, porque de lo contrario —se dice— se “aleja de la realidad” a las y los estudiantes de derecho.

Sin embargo, no estoy de acuerdo con esa opinión. Por lo general, los casos reales son demasiado complejos y, por tanto, es necesario simplificarlos sobremanera para poder explicar didácticamente el funcionamiento de una categoría jurídica determinada. Lo que se hace, entonces, es simplificar tanto esos casos “reales” que dejan ya de ser el caso que se juzgó ante un tribunal. Frente a ello, lo cierto es que deja de haber tanta distancia entre casos “reales” e “imaginarios”.

Entonces, no tiene nada de objetable directamente inventar un caso que tenga la cualidad de reunir las características que se necesitan para poder explicar una determinada categoría dogmática. Al contrario, considero que ello es pedagógicamente correcto en tanto evita enseñar con casos que, precisamente por presentar otras complejidades, pueden confundir —y de hecho confunden— a las o los estudiantes, quienes, al final del análisis de un caso en tales términos, acaban por no comprender el concepto o tema central de la clase con debida precisión.

Mi impresión es que el rechazo a la utilización de casos imaginarios para enseñar derecho penal parte, en verdad, de un prejuicio negativo respecto de la utilidad de la dogmática penal como herramienta para la solución de casos reales. Es justamente la realidad, sin embargo, la que demuestra diariamente que no es posible resolver esos casos adecuadamente sin auxilio de la dogmática penal,⁴ o sin auxilio, en definitiva, de ciertas categorías abstractas que, precisamente por su generalidad, permiten resolver del mismo modo casos similares, que es lo que se espera de la jurisprudencia para que brinde seguridad jurídica.⁵ Pues bien, llamar a eso “dogmática penal”, teoría del derecho penal (como es usual en el ámbito de discusión anglosajón) o de otro modo es una mera cuestión de etiquetas.

⁴ Por solo poner un ejemplo, ROXIN define a la dogmática penal como “la disciplina que se ocupa de la interpretación, sistematización y elaboración y desarrollo de las disposiciones legales y las opiniones de la doctrina científica en el campo del Derecho penal” (ROXIN, *Derecho penal, parte general*, t. I, 2.ª ed., Madrid, Civitas, 1997, § 7 n. 1).

⁵ Véase, no obstante, PERALTA, “Dogmática penal y seguridad jurídica”, en *Revista de la Facultad de Derecho*, vol. 6, n.º 1 (2015): Nueva Serie II, Córdoba (Argentina), pp. 123-134.

El asunto es que, sin ese recurso teórico de mayor nivel de abstracción, la jurisprudencia no podría tener ninguna sistematicidad y es ello, creo, lo que debería verse como algo negativo.⁶ Además, no puede soslayarse que los precedentes del derecho anglosajón se valen de categorías conceptuales muy similares a las de la dogmática penal que utilizamos aquí, de raíz germánica. Por tanto, la crítica que en este sentido se erige contra “la dogmática alemana”⁷ implica desconocer, además de las ventajas que busco exponer en esta contribución, esa “realidad” de sistemas normativos no alemanes de los que también abrevamos, que de ninguna manera prescinden de categorías abstractas cuya finalidad es, precisamente, facilitar —y sistematizar— la solución de casos.

Dicho esto, corresponde ahora indicar en qué consiste, esencialmente, el método en cuestión, ideado y desarrollado en Alemania, sí, pero perfectamente aplicable en cualquier país que emplee un sistema de categorías normativas generales para facilitar la solución de casos.⁸ La razón por la que el método alemán es popular en Iberoamérica se debe únicamente a la historia de recepción del derecho penal alemán en los ordenamientos de habla hispana, pero lo importante es el contenido del método, no su origen. Insisto: según cuál sea ese sistema, variará el modo que usemos para referirnos a aquello, pero el método en sí es pasible de universalización.⁹

Por solo poner un ejemplo, si lo que se quiere es solucionar un caso en Alemania, España, Italia o la Argentina, entonces las etiquetas en cuestión serán, entre otras, “tipicidad objetiva” (y allí “causalidad”, “imputación objetiva”, etc.) y “tipicidad subjetiva” (y allí “dolo”, “imprudencia”, etc.). Si, en cambio, lo que se pretende es solucionar un caso en los Estados Unidos, Inglaterra, Australia o Canadá, entonces las etiquetas serán, entre otras, “*actus reus*” (y allí “*causality*”, “*voluntary act*”, etc.) y “*mens rea*” (y allí “*purpose*”, “*knowledge*”, “*recklessness*”, “*negligence*”, etc.). Pero todas esas categorías

⁶ Sobre las virtudes de la aplicación de la dogmática penal, véase, por todos, GIMBERNAT ORDEIG, “¿Tiene futuro la dogmática jurídico penal?”, en *Estudios de Derecho Penal*, 3.ª ed., Madrid, Tecnos, 1990, p. 158; SILVA SÁNCHEZ, “Straftatsystematik deutscher Prägung: Unzeitgemäß?”, en *Goldammer's Archiv für Strafrecht*, Decker, 12/2004, pp. 679-690; ÍDEM, “Los tres ámbitos de la dogmática jurídico-penal. Una defensa de la racionalidad valorativa”, en *InDret*, 4/2019, pp. 1-31; ROBLES PLANAS, “La identidad de la dogmática jurídico-penal”, en *Zeitschrift für Internationale Strafrechtsdogmatik*, 2/2010, pp. 134-142.

⁷ Críticamente respecto de las virtudes de la dogmática penal, véase MANRIQUE/NAVARRO/PERALTA, “La relevancia de la dogmática penal”, en *Serie Filosofía Jurídica y Teoría del Derecho*, n.º 58, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2011; BOVINO/COURTIS, “Por una dogmática conscientemente política”, en *Anuario de filosofía del derecho*, n.º 17, Madrid, 2000, pp. 179-213.

⁸ Sobre ello, con más referencias, véase RICHTER, “Pensar en derecho: El método de casos alemán”, en *Revista de la Facultad*, vol. XI, n.º 2, Nueva Serie II (2020), Córdoba (Argentina), pp. 81-102.

⁹ Sobre la influencia de la dogmática alemana y su recepción en el derecho penal argentino, véase ZAFFARONI/CROXATTO, “El pensamiento alemán en el derecho penal argentino”, en *Rechtsgeschichte – Legal History*, Rg 22 (2014), pp. 194-212.

(generales y abstractas, ciertamente) pueden ordenarse en cualquier país del modo en que el método que presentaré aquí lo propone, que en rigor no hace otra cosa que emular la sistematización propia de la teoría del delito (en la tradición continental-europea) y de la teoría de la parte general del derecho penal (en la tradición anglosajona).

Entonces, y ahora de un modo sencillo, el método en cuestión consiste en asegurar que la sistemática propia de la dogmática del hecho punible sea aplicada en cada caso con la debida precisión, para evitar tanto que sean pasados por alto pasos argumentales esenciales como que sean incluidos pasos argumentales innecesarios o sobreabundantes para la solución del caso en concreto del que se trate.

III. Funcionamiento del método

Lo que mencioné en el párrafo anterior es fundamental para comprender la utilidad de este método. Es habitual, en efecto, que quienes estudian la carrera de derecho, al resolver un caso, salteen pasos argumentales esenciales que deben ser incluidos, o que los incluyan, pero en un lugar incorrecto. Lo primero conduce a soluciones desacertadas, y lo segundo, a soluciones desordenadas. También ocurre que se incluyen argumentos innecesarios, o muy extensos para explicar algo muy simple u obvio, lo que conduce a soluciones impertinentes o sobreabundantes. Pues bien, el método en cuestión, tras ser practicado con alguna asiduidad, genera en quienes lo aplican la destreza necesaria para evitar todos estos vicios argumentales.

Para lograrlo, el método indica que debe seguirse muy de cerca el esquema correspondiente de la teoría de la parte general o de la parte especial del derecho penal que resulte aplicable al caso, debe determinarse si los requisitos que surgen de la teoría se dan en ese caso, o no, y debe incluirse mayor argumentación únicamente respecto de los puntos que aparecen como más discutibles.¹⁰ Dicho de otro modo, primero hay que mostrar muy rápidamente “qué hay y qué no hay” en el caso, y luego dar las pertinentes razones o argumentos.

Para que esto sea posible, quien resuelve un caso de acuerdo con este método debe llevar a cabo dos tareas: en primer lugar, elaborar un índice o sumario de la solución, para allí identificar rápidamente si en el caso se presentan, o no, las pertinentes exigencias normativas que plantea la ley, sistematizadas por la dogmática aplicable. P. ej. —si se trata de un caso de la parte general del

¹⁰ Véase OTTO, *Übungen im Strafrecht*, 5.^a ed., JURA, Berlín y otra, De Gruyter, 2001, p. 21.

derecho penal— si hubo o no hubo causalidad, si el resultado es o no es imputable objetivamente al autor, si hubo o no hubo dolo, si la acción es o no es antijurídica, etc.; o, si se trata de un caso de la parte especial —v. gr., uno de estafa— habrá que indicar, p. ej., si hubo o no hubo ardid o engaño, si hubo defraudación, etc. El método es aplicable a cualquier dogmática. En Alemania, de hecho, se aplica en la enseñanza del derecho civil, del derecho administrativo, del derecho constitucional, etc. Cada una de estas áreas tiene su propia dogmática jurídica,¹¹ de características muy similares a lo que aquí conocemos como teoría del delito, y en la enseñanza de todas se aplica este mismo método de casos.

Terminado el sumario con estas indicaciones básicas —que se plasman colocándose un signo “+” (positivo) si un requisito legal se presenta en el caso, y un signo “-” (negativo) si un requisito legal no se da en el caso— hay que pasar a la solución propiamente dicha, que es en la que se indicarán las razones o los argumentos que explican por qué tal o cual requisito legal tiene lugar, o no, en el caso. Pero antes de pasar a ese ítem mostraré un ejemplo de sumario elaborado en función de este método, sobre la base de la siguiente situación de hecho (muy elemental, elaborado para esta ocasión) y de la siguiente consigna:

I. Hecho

A, enfermero del hospital X, tenía que suministrar a la paciente B un antibiótico inyectable muy potente cada ocho horas, estrictamente, todos los días, porque era muy alto el riesgo de infección generalizada que provocaba la bacteria que se había detectado en el cuerpo de B. Sin embargo, en una ocasión, por descuido, en lugar del antibiótico colocó morfina en la jeringa, en una cantidad tal que resultaba mortal para cualquier ser humano. Así, creyendo que le suministraba el antibiótico, A inyectó morfina a B, quien a causa de esto murió unos minutos después.

II. Consigna

Analice la punibilidad de A.

¹¹ P. ej., una explicación —y aplicación— muy ilustrativa de la dogmática de los derechos fundamentales en el derecho constitucional alemán puede verse en PÉREZ BARBERÁ, “El principio general de reserva de ley (o principio general de legalidad) en la doctrina alemana”, en RIVERA, Julio (h) *et. al.*, *Tratado de los derechos constitucionales*, Buenos Aires, Abeledo Perrot, 2014, pp. 330-428.

Lo anterior —puntos I y II— es lo que la o el estudiante recibirá de su docente; a continuación, aparece el primer ítem que debe ser elaborado por la o el estudiante, a saber, el índice o sumario de la solución del caso:

1. SUMARIO

Homicidio imprudente (art. 84, CP)

I. Tipo objetivo

1. Acción (+)

2. Omisión (-). Remisión.

3. Causación del resultado típico

3.1. Resultado típico (+)

3.2. Causalidad (+)

4. Imputación objetiva

4.1. Creación de un riesgo no permitido (+)

4.2. Realización del riesgo en el resultado (+)

5. Conclusión respecto de la tipicidad objetiva

II. Tipo subjetivo

1. Dolo (-)

2. Imprudencia (+)

III. Antijuridicidad (+)

IV. Culpabilidad (+)

V. Conclusión

Como se ve, y como ya dije, cada elemento típico o de otras categorías de la teoría del delito que *se da* en el caso es indicado y señalado con un signo “+”; y también se muestra un elemento que *no se da* en el caso, pero que, por alguna razón, conviene aclarar expresamente que no ocurre y se lo señala con un signo “-”. Elaborar este índice o sumario ofrece —creo que ahora puede verse con toda claridad— las múltiples ventajas pedagógicas ya señaladas, porque permite visualizar rápidamente la estructura completa del caso, con lo que se asegura que no se pase por alto nada importante y que no se incluyan cuestiones irrelevantes o sobreabundantes en el análisis del caso.

Terminado el sumario, se pasa al ítem más importante de la solución del caso, que es —valga la redundancia— el de la solución propiamente dicha. Para poder llevarla a cabo exitosamente es indispensable conocer muy bien las definiciones técnicas centrales de cada una de las categorías normativas a considerar. Así, si continuamos con los ejemplos de más arriba, habrá que saber con precisión qué se entiende, en el marco de la teoría del delito, por “causalidad”, por “imputación objetiva” (y allí por “creación de un riesgo no permitido”, “realización del riesgo”, etc.); o habrá que saber con exactitud qué se entiende por “engaño”, “defraudación”, etc.

Una de las tareas esenciales de la dogmática penal es ofrecer las definiciones de esas categorías.¹² Habrá que buscarlas, por lo tanto, en los trabajos de doctrina o en los fallos jurisprudenciales en los que esa dogmática hubiese sido aplicada y, por tanto, en los que tales definiciones hubiesen sido elaboradas o reproducidas.¹³ Lo aconsejable, en este punto, es que se trabaje con las definiciones ofrecidas por la doctrina o la jurisprudencia consolidada, que es la que debería encontrarse en los manuales y comentarios que conforman lo que se conoce como “doctrina dominante” y en los fallos de los tribunales superiores que pueden unificar jurisprudencia. Esto es lo que permite identificar el derecho que efectivamente rige y de ese modo, como dije, privilegiar en la enseñanza de grado la interpretación *de lege lata*. El método que explico facilita, ciertamente, el logro de esa finalidad, pero hay que tener muy presente que esta quedaría desvirtuada si, pese a enseñarse la materia con

¹² Por solo mencionar algunos ejemplos, véase ROXIN, *Derecho penal. Parte general*, t. 1: *Fundamentos. La estructura de la teoría del delito* (trad. Diego LUZÓN PEÑA y otros), Madrid, Civitas-Thomson Reuters, 2015; WESSELS / BEULKE / SATZGER, *Derecho penal. Parte general*, 46.ª ed. (trad. Raúl PARIONA ARANA), Lima, Instituto Pacífico, 2018; FRISTER, *Derecho Penal. Parte General* (trad. Marcelo SANCINETTI y Mercedes GALLI), Hammurabi, 2011; MIR PUIG, *Derecho Penal. Parte General*, 8.ª ed., Barcelona, Reppertor, 2006; CÓRDOBA, *Elementos de teoría del delito*, t. I, Buenos Aires, Hammurabi, 2021.

¹³ Sobre esta cuestión, véase especialmente PUPPE, “Definiciones y subsunciones”, en *Enfoques penales*, diciembre 2017, en la web: <https://crimint.org/wp-content/uploads/2019/01/Puppe-Definiciones-y-subsunciones-5.pdf> [enlace verificado el 31 de julio de 2023].

este método, cada docente obliga a sus estudiantes a abreviar en definiciones jurídicas ofrecidas por esquemas conceptuales que no se corresponden con los utilizados mayoritariamente en la práctica.

Se aprecia, pues, lo dicho antes: la importancia crucial de la dogmática penal o de cualquier teoría general que brinde y sistematice esas definiciones, es decir, que defina, p. ej., qué significa “riesgo permitido”, “dolo directo de primer grado”, “imprudencia”, “estado de necesidad”, etc. Y más en derecho penal, pues —por buenas razones, a mi criterio— muchas de esas categorías no están definidas en la ley, o solo lo están muy escuetamente.

En el sumario, entonces, estarán solamente indicadas las categorías normativas presentes en el caso, y en la solución se definirán esas categorías y se explicará sucintamente por qué se presentan en el caso. Sin esto último no habría una genuina subsunción, dado que esta consiste en explicar por qué un aspecto del hecho ocurrido en el mundo encuadra en un elemento típico previsto en el derecho. En otras palabras, la solución del caso no debe consistir en un mero listado de definiciones, sino en una explicación de por qué los requisitos legales pertinentes —definidos con precisión— se dan en ese caso concreto. Veamos, entonces, cómo sería esa solución para el caso del ejemplo con el que venimos trabajando.

Conforme a este método, entonces, el “caso” que la o el docente da a sus estudiantes para que lo resuelvan consta de los siguientes ítems: i) la situación de hecho; ii) la indicación de las normas extrapenales aplicables, si las hubiera y iii) la consigna. En la situación de hecho se describe el hecho (real o imaginario) cuya adecuación a una determinada norma penal se debe determinar. Por su parte, lo que las y los estudiantes deben devolver a su docente es una solución al caso que consta de dos partes: i) el sumario y ii) la solución propiamente dicha.

Para que todo esto se comprenda mejor, lo más conveniente es dar ya mismo un ejemplo de lo que acabo de indicar.

III. SOLUCIÓN

Punibilidad de A: A sería punible por homicidio imprudente (art. 84, CP)

I. Tipo objetivo

1. Acción (+)

El hecho a considerar consistió en una conducta activa. Porque B muere a causa de que A le inyectó morfina, esto es, mediante la realización de un movimiento corporal, y eso es una acción. Por supuesto que, al hacerlo, A no cumplió con un determinado deber de cuidado, como se verá después en el apartado I.4.1. Pero la “omisión” del cumplimiento de deberes no hace que el hecho sea omisivo, dado que el carácter activo u omisivo de un hecho se decide únicamente en función de parámetros fácticos.

2. Omisión (-). Remisión

Por lo dicho en I.1, a lo que corresponde remitir, en el caso no hubo omisión típica, sino acción típica.

3. Causación del resultado típico

3.1. Resultado típico

De acuerdo con el artículo 84, CP, para que haya resultado típico debe tener lugar la muerte de una persona, que es exactamente lo que ocurrió en el caso, en el que muere B.

3.2. Causalidad

Conforme a la teoría de la equivalencia de las condiciones, toda condición necesaria del resultado es su causa. La “necesidad” de la condición se comprueba por medio de la fórmula de la *conditio sine qua non* (doctrina dominante). Si A no hubiese inyectado morfina a B, esta no habría muerto. El comportamiento de A fue, entonces, una condición necesaria de la muerte de B, y por tanto causó esa muerte.

4. Imputación objetiva

4.1. Creación de un riesgo no permitido

Una conducta, además de causal del resultado, también debe ser objetivamente imputable. Según la teoría de la imputación objetiva, muchas conductas socialmente valiosas son riesgosas, como es el caso, entre muchos otros, del ejercicio de la medicina y del arte de curar en general. Porque son valiosas, se permiten, pero solo en cierta medida y bajo determinadas condiciones, porque también son riesgosas. Crear un riesgo no

permitido es rebasar, entonces, ese nivel de riesgo permitido. En actividades regladas, como la del arte de curar, el nivel admisible de riesgo —es decir, lo que cabe considerar riesgo permitido— es establecido por normas propias de ese ejercicio profesional: la denominada “*lex artis*”. Pues bien, en tales casos se genera un riesgo no permitido cuando se incumplen los deberes objetivos de cuidado que impone esa *lex artis*, precisamente para asegurar que tales conductas generen solo sus efectos benéficos y no los resultados disvaliosos propios de su ejercicio incorrecto. Esto es lo que ocurrió en el caso, en el que A, al equivocarse respecto de la sustancia a colocar en la jeringa, violó el deber de atención que deben respetar quienes ejercen la profesión de enfermería. Por eso A creó un riesgo no permitido al inyectar a B, por error, no el antibiótico prescripto, sino morfina. Queda claro, pues, que la idea de “violación del deber objetivo de cuidado”, desarrollada en la dogmática de la imprudencia, juega un papel importante en la noción de riesgo permitido, por más que no sea correcto identificar completamente una cosa con la otra (doctrina dominante).

4.2. Realización del riesgo en el resultado

Según la teoría de la imputación objetiva, en los delitos de resultado se realiza un riesgo no permitido en el resultado si ese riesgo y no otro es el que resulta esencialmente relevante para poder explicar por qué, en el caso, el resultado típico es imputable a quien generó el riesgo. En otras palabras, la violación del deber de cuidado que hace que se rebase el nivel de riesgo permitido tiene que haber sido esencialmente relevante para la producción del resultado. Eso no ocurre, p. ej., en los casos en los que el resultado se hubiese producido igualmente pese al cumplimiento del deber, o si el riesgo que explica esencialmente el resultado es uno distinto al creado por el autor. En este caso en concreto, la violación del deber de cuidado por A fue esencial para que B muriera por la razón y del modo en el que murió, dado que, por incumplir ese deber, A inyectó en B una dosis mortal de morfina. El riesgo no permitido creado por A se realizó, pues, en el resultado de la muerte de B.

4.3. Conclusión respecto de la tipicidad objetiva

En función de lo anterior, el resultado producido (la muerte de B) es objetivamente típico. El tipo objetivo del art. 84, CP, por lo tanto, fue realizado por A.

II. Tipo subjetivo

1. Dolo

En el caso, obviamente, no hay dolo, porque este requiere “conocer y querer la realización del tipo” (doctrina dominante) y ello no es lo que allí ocurrió. A, en efecto, no solo no quería matar a B, sino que ni siquiera sabía que, por su accionar, la mataría (dolo directo). Tampoco se representó con seguridad que podría matarla (dolo de consecuencias necesarias), ni una probabilidad de que se realice el resultado ni aceptó tal probabilidad (dolo eventual). No obró, por tanto, con dolo. Pero sí con imprudencia, como se verá en el apartado siguiente.

2. Imprudencia

Precisamente por haber generado A un riesgo no permitido obró con imprudencia. Existe identidad conceptual, en efecto, entre “conducta imprudente” y “conducta objetivamente típica”. Más arriba (en el apartado I.4.1) afirmé que A había generado un riesgo no permitido por haber violado los deberes objetivos de cuidado establecidos por la *lex artis* para la profesión de enfermero, y eso es exactamente lo que exige la tipicidad objetiva de los delitos imprudentes: haber actuado en contra de como lo habría hecho una persona cuidadosa y razonable en la situación del autor y su ámbito de actuación. En este caso, un enfermero cuidadoso habría revisado adecuadamente la medicación antes de inyectarla. Es por ello que la conducta de inyectar morfina sin revisar qué contenía es claramente contraria al deber objetivo de cuidado.

Precisamente por lo expuesto puede ser discutible que se incluya una tipicidad subjetiva en la imprudencia, pero ello no es objetable si se lo hace para diferenciarla del dolo a partir, en definitiva, de lo que conoció o debió conocer el autor. Ahora bien, hay dos clases de imprudencia: la consciente y la inconsciente. El elemento cognitivo de la primera es el mismo que el del dolo eventual: representarse como posible la realización del tipo; solo que, en cuanto a lo volitivo, quien actúa con dolo eventual acepta el acaecimiento del resultado típico, mientras que, quien actúa con imprudencia consciente, confía en que ese resultado no se producirá (doctrina dominante). Hay imprudencia inconsciente, en cambio, cuando el autor ni siquiera se representa como posible el resultado típico, pese a que, por razones jurídicas, tenía el deber de representárselo; y también hay imprudencia

inconsciente si el autor ni siquiera sabe lo que en verdad está haciendo (es decir, ni siquiera tiene consciencia respecto de las características reales de su conducta, con independencia de la cuestión del resultado), pese a que debía saberlo, en virtud de un deber legal. Esto último es lo que ha ocurrido en el caso: A, aunque no lo sabía, debía saber que estaba inyectando morfina en lugar de un antibiótico y debía saberlo porque su *lex artis* le impone un deber de especial atención respecto de los medicamentos que suministra. De hecho, si hubiese cumplido con ese deber, ni siquiera habría colocado morfina en la jeringa, sino el antibiótico prescripto y habría sabido que estaba haciendo exactamente lo que debía hacer.

III. Antijuridicidad

La acción de A no estuvo cubierta por ninguna causa de justificación. A, por lo tanto, actuó antijurídicamente.

IV. Culpabilidad

No se da en el caso ninguna circunstancia que excluya la culpabilidad. A era imputable al momento del hecho y no obró en ninguna clase de error excusante (en sentido amplio). A, en consecuencia, actuó con plena culpabilidad.

V. Conclusión

A es punible por el homicidio imprudente de B (art. 84, CP).

Como se ve, todos los temas importantes a tratar quedan abordados en la solución del caso, y hay una estricta coherencia entre lo que se anuncia en el sumario y lo que se fundamenta después en la solución propiamente dicha. Si se lee con atención el ejemplo mostrado más arriba, se verá que hay algunas “reglas implícitas” del método que tienen que ser enseñadas por las y los docentes al momento de explicarlo. P. ej., lo dicho respecto de que lo que es obvio no debe ser objeto de un tratamiento exhaustivo, sino apenas de una breve mención. Es lo que sucede aquí, p. ej., con lo relativo a la antijuridicidad y a la culpabilidad.

Esto, de alguna manera, emula lo que sucede en los casos reales: si está claro que el hecho no está justificado, nadie argumentará al respecto prácticamente nada, y ello es correcto. Solo corresponde extenderse en la argumentación respecto de aquello que soluciona positivamente el caso (y no respecto de lo que no ocurre en este) o de aquello que puede llegar a ser controvertido.

Por eso decía antes que este método ayuda no solo a que no se saltee ningún paso argumental importante, sino también a que no se incluyan los que no corresponden o a que no se sobreargumente respecto de lo que es obvio.

Por supuesto que en un caso real a resolver en los tribunales no tiene que emplearse una estructura tan rígida como la que exige esta metodología. Esta es útil, como ya dije, para la enseñanza universitaria del derecho penal. Pero lo que es seguro es que, si el derecho penal se aprende de este modo en la universidad, los conceptos se comprenden y fijan mucho más que si son enseñados con clases solo teóricas o —peor aún— sin una metodología seria subyacente. Y, como consecuencia de ello, se adquiere la destreza necesaria para luego producir escritos y exposiciones orales de buena calidad en el ejercicio profesional.

En efecto, el solo hecho de que los conceptos sean apprehendidos no solo a través de casos, sino también de una metodología rigurosa que obliga a reiterar en todos una estructura analítica fija, contribuye a ese mejor aprendizaje que deriva en que luego, en la práctica profesional, puedan ser identificadas muy rápidamente las características de los casos que se nos presentan y, por tanto, a que estos puedan ser resueltos en forma correcta y ordenada. Ahora bien, de esto no se sigue que todos los casos serán (o deban ser) resueltos de la misma manera sin que puedan distinguirse situaciones particulares. Todo lo contrario, precisamente este método permite captar semejanzas y diferencias con otras situaciones (diferentes), exponerlas y solucionarlas adecuadamente en cada caso.

Además, la utilización de este método en las clases de derecho penal obliga al alumnado a estudiar el material bibliográfico durante el cursado y los prepara paulatinamente para el examen final (que tiene que consistir, también, en la solución de un caso mediante este método)¹⁴. Lo que el método posibilita, en suma, es la adquisición de la destreza necesaria para argumentar jurídicamente de manera ordenada y analítica, que es lo que tiene que ocurrir para que el producto del trabajo judicial o de litigio sea claro. Me atrevo a decir, de hecho, que esa opacidad que, desgraciadamente, caracteriza a muchas decisiones judiciales y presentaciones de las partes (patrocinadas por letrados y letradas), se explica precisamente en la ausencia de todo método a la hora de argumentar.

¹⁴ Una visión detallada y a la vez simplificada de esta manera de enseñar y aprender el derecho penal en Alemania puede encontrarse en HILGENDORF, *Casos de Derecho Penal. Curso de examen para principiantes*, t. I, (trad. de la 4.ª ed. alemana por Lucila, TUÑÓN y Leandro, DIAS), Buenos Aires, Editores Del Sur, 2022.

El método alemán de solución de casos no es, desde luego, el único que existe para enseñar o para aprender el derecho penal, pero es una herramienta pedagógica utilizada exitosamente desde hace muchos años en un país en el que, por buenas razones, abrevamos continuamente para legislar e interpretar nuestras normas penales y en el que la calidad de su enseñanza universitaria es reconocida mundialmente. De allí que, a mi modo de ver, vale la pena intentar implementarlo en nuestro país.

IV. Bibliografía

- BACIGALUPO, Enrique, *Técnica de resolución de casos penales*, 2.ª ed., Buenos Aires, Hammurabi, 2002.
- CÓRDOBA, Fernando, *Elementos de teoría del delito*, t. I, Buenos Aires, Hammurabi, 2021.
- COURTIS, Christian, “Por una dogmática conscientemente política”, en *Anuario de filosofía del derecho*, n.º 17, Madrid, 2000, pp. 179-213.
- FRISTER, Helmut, *Derecho Penal. Parte General* (trad. Marcelo SANCINETTI y Mercedes GALLI), Hammurabi, 2011.
- GIMBERNAT ORDEIG, Enrique, “¿Tiene futuro la dogmática jurídico penal?”, en *Estudios de Derecho Penal*, 3.ª ed., Madrid, Tecnos, 1990.
- HILGENDORF, Eric, *Casos de Derecho Penal. Curso de examen para principiantes*, t. I, (trad. de la 4.ª ed. alemana por Lucila, TUÑÓN y Leandro, DIAS), Buenos Aires, Editores Del Sur, 2022.
- HILGENDORF, Eric / VALERIUS, Brian, *Derecho Penal. Parte General*, 2.a ed., Buenos Aires, Ad-Hoc, 2017, § 3, p. 37.
- MANRIQUE, Laura / NAVARRO, Pablo / PERALTA, José, “La relevancia de la dogmática penal”, en *Serie Filosofía Jurídica y Teoría del Derecho*, n.º 58, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2011.
- MIR PUIG, Santiago, *Derecho Penal. Parte General*, 8.ª ed., Barcelona, Reppertor, 2006.
- OTTO, Harro, *Übungen im Strafrecht*, 5.ª ed., JURA, Berlín y otra, De Gruyter, 2001.
- PERALTA, José, “Dogmática penal y seguridad jurídica”, en *Revista de la Facultad de Derecho*, vol. 6, n.º 1 (2015): Nueva Serie II, Córdoba (Argentina), pp. 123-134.

PÉREZ BARBERÁ, Gabriel, “El principio general de reserva de ley (o principio general de legalidad) en la doctrina alemana”, en RIVERA, Julio (h) *et. al.*, *Tratado de los derechos constitucionales*, Buenos Aires, Abeledo Perrot, 2014, pp. 330-428.

PUPPE, Ingeborg, “Definiciones y subsunciones”, en *Enfoques penales*, diciembre 2017, en la web: <https://crimint.org/wp-content/uploads/2019/01/Puppe-Definiciones-y-subsunciones-5.pdf> [enlace verificado el 31 de julio de 2023].

RICHTER, Anna, “Pensar en derecho: El método de casos alemán”, en *Revista de la Facultad*, vol. XI, n.º 2, Nueva Serie II (2020), Córdoba (Argentina), pp. 81-102.

ROBLES PLANAS, Ricardo, “La identidad de la dogmática jurídico-penal”, en *Zeitschrift für Internationale Strafrechtsdogmatik*, 2/2010, pp. 134-142.

ROMERO, Gladys, *Casos De Derecho Penal*, Buenos Aires, De Palma, 1992.

ROXIN, Claus, *Derecho penal, parte general*, t. I, 2.ª ed., Madrid, Civitas, 1997, § 7 n. 1.

—, *Derecho penal. Parte general*, t. 1: *Fundamentos. La estructura de la teoría del delito* (trad. Diego LUZÓN PEÑA y otros), Madrid, Civitas-Thomson Reuters, 2015.

SANCINETTI, Marcelo, *Casos de derecho penal. Parte general*, Buenos Aires, Hammurabi, 2005.

SILVA SÁNCHEZ, Jesús-María, “Straftatsystematik deutscher Prägung: Unzeitgemäß?”, en *Goldammer's Archiv für Strafrecht*, Decker, 12/2004, pp. 679-690.

—, “Los tres ámbitos de la dogmática jurídico-penal. Una defensa de la racionalidad valorativa”, en *InDret*, 4/2019, pp. 1-31.

WESSELS, Johannes / BEULKE, Werner / SATZGER, Helmut, *Derecho penal. Parte general*, 46.ª ed. (trad. Raúl PARIONA ARANA), Lima, Instituto Pacífico, 2018.

ZAFFARONI, Eugenio / CROXATTO, Guido, “El pensamiento alemán en el derecho penal argentino”, en *Rechtsgeschichte – Legal History*, Rg 22 (2014), pp. 194-212.

¿CUÁL ES EL FUTURO DE LA CIENCIA JURÍDICO-PENAL ALEMANA?*

Prof. Dr. Dr. h.c. Kai AMBOS (Univ. Göttingen)**

Fecha de recepción: 20 de febrero de 2022

Fecha de aceptación: 13 de mayo de 2022

I. Diagnóstico y motivos

1. Los alemanes a veces pensamos que lo hacemos todo especialmente bien y de forma correcta.¹ También hay una tendencia en la ciencia jurídico-penal alemana a proclamar su vigencia

* Traducción del alemán al español de Lucila Tuñón (Universität Würzburg). Revisión de Leandro Dias (Universität Würzburg), Gustavo Urquiza (Universität Göttingen) y el autor. Publicado originariamente bajo el título: "Zukunft der deutschen Strafrechtswissenschaft?", en ZIS 10/2020, pp. 452-462. Se ha mantenido el formato original de citas.

** Titular de la Cátedra de Derecho Penal, Procesal Penal, Comparado, Derecho Penal Internacional y Derecho Internacional Público en la Universidad de Gotinga. Le agradezco al señor apl. Prof. Dr. Peter Rackow, Göttingen, por el tan productivo intercambio, así como al Akad. Rat Dr. Alexander Heinze (LL.M), Göttingen, a la Prof. Dr. Stefanie Bock, al Prof. Dr. Stefan Harrendorf y al Prof. Dr. Thomas Weigend por sus valiosas indicaciones.

¹ La creencia en la "grandeza alemana" tiene sus raíces no solo en el militarismo de la época del Kaiser (hasta hoy sin par: "El súbdito" [Untertan] de Heinrich Mann, pero también la novela menos conocida "La cabeza" [Der Kopf]), sino también en el difuso concepto de la nación cultural (sobre esto Dorn/Wagner, *Die deutsche Seele*, 2011, p. 279 ss.). También se cita el esbozo fragmentario en prosa de Schiller "Deutsche Größe" (también disponible en:

<http://www.archiv-svw.de/pdf-bank/Friedrich%20von%20Schiller%20-%20Deutsche%20Gr%F6%DFe.pdf>

[4/10/2020]), donde dice, entre otras cosas: "La majestad del alemán nunca ha descansado sobre la cabeza de un príncipe. Separado de lo político, el alemán ha establecido un valor propio, y aunque el imperio cayese, la dignidad alemana seguiría siendo indiscutible. Es una grandeza moral, habita en la cultura y en el carácter de la nación [...]".

mundial y su superioridad.² Otros autores aconsejan más modestia y humildad.³ Mi ensayo dedicado a *Joachim Vogel*,⁴ *in memoriam*, va en la misma dirección. Recapitulémoslo primero en forma de tesis:

▪ En el ámbito internacional, se puede observar una *pérdida de la importancia* de la ciencia jurídico-penal alemana, en todo caso si se echa un vistazo más allá de los sistemas afines usualmente citados⁵ a este respecto (especialmente, en dirección al derecho angloamericano). Allí donde la influencia alemana (todavía) existe, se muestra más como una “exportación”⁶ unilateral que como un intercambio “entre iguales”.⁷

▪ En lo que respecta a las cuestiones de la *parte general* o de las teorías generales, solo la teoría del dominio del hecho de *Roxin* —gracias a la jurisprudencia del derecho penal internacional—⁸ ha alcanzado una importancia *universal*; principalmente, la teoría del delito sigue siendo en gran medida incomprendida e “ignorada”, entre otras cosas, por sus antecedentes

² Cf. en particular, *Schünemann*, en: Hilgendorf/Schulze-Fielitz (eds.), *Selbstreflexion der Rechtswissenschaft*, 2015, p. 223 (226 ss.); *el mismo*, ZIS 2016, 654 (665 y *passim*), con el postulado de una superioridad fundamental frente al *common law* y el área francófona; también una tendencia en este sentido *Hilgendorf/Kudlich/Valerius*, en: *los mismos* (ed.), *Handbuch des Strafrechts*, tomo 1: Grundlagen des Strafrechts, 2019, p. V (“Segmento común de una ciencia jurídico-penal internacional”); *Hilgendorf*, *ibid.*, § 18 n.º m. 5 (“extraordinariamente influyente a nivel internacional”), n.º m. 8 (“dogmática internacional del derecho penal” [...] cuyo núcleo está constituido por una red de estructuras, conceptos y argumentos de dogmática jurídica y cuyo origen se encuentra en Alemania”). Esta seguridad en sí mismo también se irradia a los jóvenes científicos, véase más recientemente *Babucke*, *Schulddefekt*, 2020, p. 45 (“[...] el papel evidente y [...] la importancia del derecho alemán como modelo a seguir, orientación y punto de referencia para los sistemas jurídicos de diferentes regiones y culturas del mundo en el pasado implica [...] también su idoneidad como punto de referencia para los debates sobre el diseño y las reformas del derecho penal internacional”).

³ *Weigend*, GA 2020, 139 (140 ss., en particular, 145); *Pawlik*, en: *Kindhäuser/Kreß/Pawlik/Stuckenberg* (eds.), *Strafrecht und Gesellschaft*, 2019, p. 217 (254) (“[...] la ciencia del derecho penal alemana, tal vez demasiado segura en cuanto a su vigencia mundial”); Cf. también *Kubiciel*, ZStW 129 (2017), 473 (480), y en particular, *Hörnle*, en: *Tiedemann/Sieber/Satzger/Burchard/Brodowski* (eds.), *Die Verfassung moderner Strafrechtspflege. Erinnerung an Joachim Vogel*, 2016, p. 289 (305): “Podría ser esta una buena oportunidad para que la ciencia del derecho penal de idioma alemán contribuya a un discurso transnacional, si se compromete seriamente con dicho discurso, sin arrogancia ni celo misionario, sino con sensibilidad por los horizontes receptores”.

⁴ *Ambos*, GA 2016, 177; *el mismo*, también en: *Tiedemann/Sieber/Satzger/Burchard/Brodowski* (nota al pie n.º 3), p. 321.

⁵ Cf. por ej. el listado de *Hilgendorf* (nota al pie n.º 2), § 18 n.º m. 5 (jurisdicciones de habla hispana y portuguesa, Asia del Este, Grecia, Turquía); lista similar en *Roxin/Greco*, *Strafrecht, Allgemeiner Teil*, tomo 1, 5.ª ed. 2020, § 7 n.º m. 85v (también se mencionan Austria, Suiza, Italia, Polonia, Estonia, Croacia, Serbia, Eslovenia, Países Bajos y los países escandinavos, aunque la influencia en estos últimos es limitada).

⁶ *Dubber*, *German Law Journal* 2005, 1049 (1049 ss.); *Fletcher*, *Rethinking Criminal Law*, 2000 (reimpresión), p. xxii. Crítica respecto de la dogmática penal como “gran éxito de exportación”, *Hörnle*, en: *Dreier* (ed.), *Rechtswissenschaft als Beruf*, 2018, p. 183 (198 s.: difícilmente medible en términos económicos y, además, no está claro qué se entiende por ello en este contexto).

⁷ *Ambos*, GA 2016, 177 ss.; sobre esto, con una perspectiva sobre Latinoamérica, *Ambos/Malarino*, GA 2016, 336 ss.; también, por ej., *Hörnle* (nota al pie n.º 3), p. 289 (290 y 292).

⁸ Cf. *Ambos*, *Internationales Strafrecht*, 5.ª ed. 2018, § 7 n.º m. 17 ss.

históricos y su complejidad⁹ conceptual y constructiva.¹⁰ En el ámbito de la *parte especial*, el sistema de pensamiento expresado en la teoría del delito está siendo desplazado —también aquí en Alemania— por un pensamiento orientado a los problemas o por una perspectiva de política criminal;¹¹ esto puede observarse tanto en el derecho penal europeo como en el derecho penal internacional.¹²

- En el *derecho procesal*, prevalece internacionalmente una concepción instrumental del proceso penal, que favorece una “ampliación y profundización de las medidas coercitivas”; esto puede verse en el derecho penal europeo, por ejemplo, en el principio de reconocimiento mutuo, implementado por primera vez por la Decisión Marco sobre la Orden de Detención Europea.¹³ ¹⁴ En general, el modelo de un juicio oral adversarial está ganando cada vez más aceptación, incluso en los círculos del *civil law*.¹⁵

- La ciencia jurídico-penal alemana se mantiene alejada de la *política criminal*. En muchos casos, se considera que está “demasiado cerca de la legislación práctica”. En cambio, cuando el objetivo es “dogmatizar” la política criminal, se va más allá de un “acompañamiento científico crítico”.¹⁶ En la medida en que se rechazan las directrices internacionales sobre la base de una autocomprensión ontologizante u orientada a supuestas entidades lógico-objetivas precedentes¹⁷ y se descarta al derecho penal anglosajón en particular por ser considerado inferior, esto no puede comunicarse en el escenario internacional. Sin embargo, tal visión también subestima el hecho de que en el discurso angloamericano, al recurrirse a los “*general principles*”, a la perspectiva de la teoría del derecho o de la filosofía del derecho y a un trabajo de casos “a pequeña escala”, no se consigue

⁹ Crítica también, Hörnle (nota al pie n.º 6), p. 207 (teoría del delito “congelada”).

¹⁰ Ambos, GA 2016, 177 (178).

¹¹ Para esto también, Hilgendorf (nota al pie n.º 2), § 18 n.º m. 45 (consideración de los fines de política criminal, porque la dogmática del derecho penal “queda deficiente sin una reflexión de política criminal”).

¹² Ambos, GA 2016, 177 (178 ss.).

¹³ ABL. EG Nr. L 190 del 18/7/2002, p. 1. Sobre este y otros instrumentos de reconocimiento mutuo (y los problemas asociados a los derechos fundamentales), Ambos (nota al pie n.º 8), § 12 n.º m. 43 ss.

¹⁴ Ambos, GA 2016, 177 (180). Sobre esto también en nota al pie n.º 88 ss., y el texto principal.

¹⁵ Ambos, GA 2016, 177 (180). Esto también lo reconoce Hilgendorf (nota al pie n.º **Error! Bookmark not defined.**), § 18 n.º m. 6, quien parece considerar que solo el derecho “anglosajón” es competitivo en este sentido.

¹⁶ Ambos, GA 2016, 177 (181).

¹⁷ Crítico también en este sentido, Hilgendorf (nota al pie n.º 2), § 18 n.º m. 41 (“A la vista del estado actual de la reflexión sobre la teoría de la ciencia”).

nada inferior, en principio, a lo que brinda la dogmática alemana.¹⁸

■ Por último, en lo que respecta a la *jurisprudencia*, a veces sigue habiendo una “recepción reticente” de los impulsos internacionales.¹⁹

2. En cuanto a las *razones* de estas constataciones, aparecen —aparte de muchos aspectos particulares—²⁰ en primer plano dos aspectos: por un lado, la idea de un *arraigo cultural* del derecho penal sigue desempeñando como antes un papel en la actualidad.²¹ Por muy irrefutable que sea esa referencia a la cultura,²² no se debe permitir que otros factores de influencia pasen a un segundo plano²³ y, por tanto, en un contexto condicionado por la globalización, un derecho penal estrictamente ligado a la cultura debe parecer, en todo caso, una “quimera”.²⁴ Sin embargo, el hecho de que la idea persista tenazmente puede deberse también a que el argumento de la “defensa cultural” tiene cierta afinidad con una (auto)percepción “aristocrática” de la ciencia del derecho penal como una teoría que solo es accesible para los entendidos.²⁵ En cualquier caso, la actitud

¹⁸ *Ambos*, GA 2016, 177 (181 s.); a favor, de *Sousa Mendes*, *Causalidade complexa e prova penal*, 2018, p. 79 con nota al pie n.º 175; en esta dirección, *Hilgendorf* (nota al pie n.º 2), § 18 n.º m. 3, con la aclaración de que “muchos temas clásicos de la dogmática del derecho penal alemana se discuten en otros países en la filosofía práctica”. Cf. también *Hörnle* (nota al pie n.º 6), p. 212 s. (la ciencia del derecho penal alemana tiende a evitar el deseable “intercambio más estrecho con la filosofía contemporánea” y, en su lugar, busca (en parte) una “revalorización a través de grandes nombres, escuelas conocidas o grandes teorías”).

¹⁹ *Ambos*, GA 2016, 177 (182 s.).

²⁰ Así, la limitada influencia del derecho procesal penal alemán puede atribuirse, entre otras cosas, al hecho de que es percibido ampliamente como un procedimiento inquisitorial en el sentido histórico tradicional. Mientras que el término “adversarial” se equipara con un énfasis en los derechos de los acusados y procesados, el derecho procesal alemán es frecuentemente etiquetado como el proceso inquisitivo del *Ancien Régime* (véase, en detalle, *Heinze*, *International Criminal Procedure and Disclosure*, 2014, p. 152 ss.; para un ejemplo reciente de la jurisprudencia de la Corte Penal Internacional, véase *Ambos* [nota al pie n.º 8], § 8 n.º m. 42 con nota al pie n.º 296).

²¹ *Ambos*, GA 2016, 177 (184 s.).

²² Recientemente, por ejemplo, con respecto al derecho penal europeo: *Staffler*, ZStW 130 (2018), 1147 (1178 ss., quien cita mi posición en la nota al pie n.º 162 como relativización de las influencias internacionales). Sobre la comparación cultural y el giro cultural desde la perspectiva del derecho comparado, *Ambos*, RW 2017, 247 (262 ss.), y *el mismo*, *UCLA Journal of International and Foreign Affairs* 2020, 9 (30 ss.), respectivamente con otras referencias.

²³ Por ejemplo, el grado de legitimidad democrática de los procesos legislativos y la calidad artesanal en la elaboración de sus productos. Un ejemplo crítico en este sentido es el derecho penal europeo y la política criminal europea, por lo que había que estar de acuerdo con el resultado de la decisión de Lisboa del *Bundesverfassungsgericht* [Tribunal Constitucional alemán] (*Ambos/Rackow*, ZIS 2009, 397 [especialmente 399, sobre la importancia de los “patrones de identificación” culturales]), incluso si se pusiera demasiado énfasis en la idea (del Estado nación) de la vinculación cultural del derecho penal en comparación con el aspecto de la problemática de la legitimidad democrática de la política criminal de la UE y la correcta exigencia de una interpretación restrictiva de las bases de competencia del derecho primario relevante para el derecho penal (al final, probablemente incluso innecesariamente).

²⁴ *Vogel*, JZ 2012, 25 (29).

²⁵ *Ambos*, GA 2016, 177 (187).

egocéntrica asociada a esto no podrá mantenerse para siempre. Un enfoque más orientado al futuro consiste en abrirse a las ideas de un derecho penal intercultural o transcultural,²⁶ lo que resulta tanto más cierto cuanto que (al menos) en el “‘círculo cultural occidental’ [...] no existen divergencias demasiado marcadas que se opongan a una teoría general del delito”.²⁷ En otras palabras, los valores compartidos y las convicciones fundamentales de las sociedades liberales occidentales pueden defenderse decididamente sin una pizca de relativismo, porque no son “productos de la casualidad” sino “la quintaesencia de la historia de la experiencia y del sufrimiento de Europa y de gran parte del resto del mundo”.²⁸ Por supuesto, esto también forma parte de nuestra cultura, pero no de la historia local o nacional, sino de la historia europea transnacional desde la Ilustración.

La segunda razón principal de la pérdida de importancia del derecho penal alemán en el mundo es terrenal; radica en su *lenguaje*, en un doble sentido. Por un lado, las investigaciones dogmáticas de los autores alemanes carecen a menudo de comprensibilidad y claridad,²⁹ de modo que incluso los hablantes nativos tienen dificultades para entender el mensaje. Volveremos sobre esto más adelante. Por otro lado, el dominio de la lengua inglesa es cada vez mayor, lo que se ve acentuado por el hecho de que algunos términos que en Alemania se dan por sobreentendidos solo pueden ser traducidos a esa lengua y comunicados a un público anglófono con un esfuerzo considerable.³⁰

II. Réplica (en especial, *Schünemann*) y dúplica

Mis reflexiones han recibido —como ya se ha demostrado en parte en las notas al pie

²⁶ *Ambos*, GA 2016, 177 (185). Crítico *De-La-Vega*, en: Böse/Schumann/Toepel (eds.), *Festschrift für Urs Kindhäuser zum 70. Geburtstag*, 2019, p. 107; p. 117: esto significa “vender el burro para comprar la albarda” [N. de T.: en alemán se usa la expresión “tírar al bebé con el agua del baño” pero no hay una traducción literal para el español], porque lo que importaría no es la comprensibilidad, sino la “identidad del soberano con el pueblo”, de modo que “la ley es la voluntad del pueblo”. Pero, ¿qué soberano representa al pueblo en este panorama? Si se trata del gobierno legitimado (de forma indirecta) democráticamente (a través del parlamento), entonces esto coincide con mi posición de la primacía del principio democrático sobre el del derecho penal (dogmáticamente) correcto (sobre esto, también, *Ambos*, ZIS 2019, 548 [550 ss.] con referencia a Morsch y Bung).

²⁷ Con acierto, *Hörnle* (nota al pie n.º 3), p. 297.

²⁸ *Pawlik* (nota al pie n.º **Error! Bookmark not defined.**), p. 253.

²⁹ También crítico en este sentido *Hilgendorf* (nota al pie n.º 2), § 18 n.º m. 43 (“[...] la necesidad de claridad, sencillez y comprensibilidad de los contextos de razonamiento dogmático. Solo así se puede garantizar la transparencia necesaria para que las tesis de la dogmática sean verificables (y, por tanto, también criticables). El ‘sentido de una profundidad prometedor’ no es un rasgo de calidad, sino una debilidad argumentativa: el lenguaje poco claro es, por regla general, un mero signo de pensamiento poco claro”); también n.º m. 95.

³⁰ *Ambos*, GA 2016, 177 (188). De otra opinión, probablemente, *Fletcher*, *The Grammar of Criminal Law. Volume Two: International Criminal Law*, 2020, 4 (“German *Dogmatik* ... lingua franca...” (la cursiva es del original)).

anteriores— aprobación,³¹ críticas bien ponderadas³² y rechazo (duro).³³ Tengo que admitir de forma autocrítica que no advertí que mis consideraciones no estaban respaldadas empíricamente.³⁴ Pero me pareció evidente que se trataba de una valoración subjetiva basada en la experiencia y la observación personal, pero no validada por una investigación empírica exhaustiva. Además, dicha validación empírica —con vistas a establecer la (menguante) influencia *universal* de la ciencia jurídico-penal alemana— solo sería posible con un gran gasto material y de recursos humanos (es decir, en el marco de un proyecto financiado por terceros).

Sea como fuere, solo *Schünemann* se ha ocupado minuciosamente de mis reflexiones. Me siento honrado por ello, porque *Schünemann* es, sin duda, uno de los penalistas alemanes más influyentes.³⁵ Por consiguiente, me gustaría limitar mi réplica a un análisis de su réplica,³⁶ en la medida en que el intercambio es adecuado para impulsar de nuevo las cuestiones de fondo y los aspectos materiales decisivos y hacer avanzar así el discurso —en un sentido absolutamente dialéctico³⁷—.

³¹ Por ejemplo, *Lagodny*, ZIS 2016, 672 (672 con nota al pie n.º 3); *Kubiciel*, ZStW 129 (2017), 480; *Strate*, NJW-aktuell 22/2016; *de Sousa Mendes* (nota al pie n.º 18), p. 79 con nota al pie n.º 175 (“importância da abertura a modelos e estilos estrangeiros de fazer filosofia, ciência e dogmática do direito penal e a necessidade de intensificar o direito comparado”). *Hilgendorf* (nota al pie n.º 2), § 18 n.º m. 5 con nota al pie n.º 10, que me cita como “de otra opinión” con respecto a su tesis de la gran influencia de la ciencia del derecho penal alemana, pero solo se refiere a ciertos países tradicionalmente asociados a nuestro derecho penal (véase la nota al pie n.º 5), donde no discuto en absoluto la influencia alemana. Además, *Hilgendorf* está de acuerdo conmigo en numerosos puntos de fondo, tal como queda acreditado en numerosas notas a pie de página de este texto.

³² Así, *Roxin/Greco* (nota al pie n.º 5), § 7, por un lado, con n.º m. 85t, pero, por otro lado, n.º m. 85x; similar, *Pastor*, en: *Ambos*, Sobre el futuro de la ciencia jurídico-penal alemana, 2016, p. 69 ss. y en: *Ambos*, El futuro de la ciencia jurídico-penal alemana, 2016, p. 71 ss.; *Cote*, en: ídem, p. 51 ss.; puntualmente crítico *De-La-Vega* (nota al pie n.º 26).

³³ *Schünemann*, ZIS 2016, 654; *Robles*, en: Suarez López/Barquín Sanz/Benítez Ortúzar/Jiménez Díaz/Sainz-Cantero Caparrós (eds.), Estudios Jurídico Penales y Criminológicos. En homenaje al Prof. Dr. Dr. h.c.mult. Lorenzo Morillas Cueva, 2019, p. 575 (575 ss. con nota al pie n.º 2, 5: defensa de la dogmática contra el *common law* subdesarrollado y la política criminal aristocrática y autoritaria).

³⁴ Una reserva como tal la hace *Hörnle* (nota al pie n.º 6), p. 185, pero sus consideraciones están más orientadas a los fundamentos (que a lo internacional), y es precisamente en esta orientación en la que uno se da cuenta de lo difícil que es encontrar condiciones objetivas para una ciencia jurídico-penal importante. Por supuesto, se puede debatir si el tiempo de trabajo se invierte de forma “sensata” en temas científicamente importantes y si también se utiliza adecuadamente con vistas a la “urgencia desde una perspectiva social”.

³⁵ Los tres primeros volúmenes de su “*Gesammelten Werke*” sobre fundamentos, autoría y derecho procesal penal acaban de ser publicados por *De Gruyter* (2020).

³⁶ Otras reacciones estarán documentadas en las siguientes notas al pie junto con el texto principal.

³⁷ El discurso dialéctico y el contra-discurso es probablemente el método más productivo para obtener conocimiento científico, al menos si se entiende al discurso del derecho penal como un proceso comunicativo (fundamental *Alexy*, *Theorie der juristischen Argumentation, Die Theorie des rationalen Diskurses als Theorie der juristischen Begründung*, 1978;

El reproche principal de *Schünemann* es que yo argumento en un “metanivel pragmático”³⁸ y que, en cambio, desatiendo el “nivel del objeto”.³⁹ Aquí se da, en parte, un malentendido y, en parte, el reproche es fundamentalmente incorrecto, al menos en su punto decisivo.

En cuanto a lo *fundamental*, se ignora que para una ciencia jurídico-penal que, en primer lugar, no se practica únicamente por su propio interés y, en segundo lugar, reconoce que no es posible (o que ya no es posible) aislarse de las influencias internacionales,⁴⁰ una pérdida de resonancia en el plano internacional *debe* ser preocupante. En otras palabras: la clara separabilidad que supone *Schünemann* entre el “nivel del objeto” y un “metanivel” en el que se producirían resonancias más o menos fuertes, sigue siendo teórica o solo surgiría (de forma relevante para la práctica) si quienes se preocupan por la mencionada pérdida de resonancia practicaran o quisieran practicar la ciencia jurídico-penal para ser reconocidos (exclusivamente) en el ámbito internacional y, *en esa medida*, tener “éxito” en esa empresa. Sin embargo, en contra de lo sostenido por *Schünemann*, mirándolo bien nadie aboga (por lo que se puede observar) por que la ciencia jurídico-penal alemana se involucre en una competencia basada en el *dumping*, en la que lo único que importa es ser escuchado y aceptado en el ámbito internacional en la mayor medida posible.⁴¹ En cambio, se trata — ¡obviamente! — de la transmisión o comunicabilidad de los propios contenidos y conocimientos, porque lo que ha sido ideado, por supuesto, también tiene que poder ser comunicado. Los esfuerzos criticados por *Schünemann* van en esta dirección, pero no implican un rechazo del discurso⁴² ni se

Habermas, Faktizität und Geltung, Beiträge zur Diskurstheorie des Rechts und des demokratischen Rechtsstaats, 1992, p. 272 ss. [sobre “la teoría del discurso jurídico”]; similar, recientemente, *Haas*, en: Kindhäuser/Kreß/Pawlik/Stuckenberg (nota al pie n.º 3), p. 277 [286, 305: “Proceso dialógico de búsqueda de la verdad a través del discurso y el contra-discurso” en discusión con la teoría del delito de Jakobs]).

³⁸ *Schünemann*, ZIS 2016, 654 y passim.

³⁹ *Schünemann*, ZIS 2016, 654 ss.

⁴⁰ El hecho de que “la ‘administración de justicia penal’ de Bruselas es intra muros” ya fue tenido en cuenta —por supuesto, ¡con razón! — por *Schünemann* en 2002 (GA 2002, 501).

⁴¹ Cf. *Schünemann*, ZIS 2016, 654 (664): “propaganda de un retroceso”; también *el mismo* (nota al pie n.º **Error! Bookmark not defined.**), p. 226 (“Proclamación de un retroceso, [...] descenso del nivel de racionalidad y una [...] inmadurez autoinfligida” [en contra de J. Vogel]).

⁴² Cf. *Weigend*, GA 2020, 145 (“Es precisamente en aras de estos principios [que será necesario entablar un diálogo con juristas de otras culturas jurídicas que se ‘tejen’ de manera completamente diferente, sin negar de entrada la honestidad o incluso el carácter científico de sus consideraciones]”); *Hörnle* (nota al pie n.º 3), p. 291 (“Quienes quieran aportarles conocimientos, convicciones y principios a las comisiones, organizaciones y jurisprudencia internacionales deben comunicar y publicar en inglés en lugar de insistir en la lengua y la terminología jurídica alemanas. Pero, sobre todo, es necesario trascender el horizonte habitual del destinatario y analizar con qué conocimientos previos se acercan los demás participantes a los procesos de negociación jurídica. Igualmente importante es el estar dispuesto a desprenderse de lo conocido y acostumbrarse a los compromisos más allá de centrarse en el propio sistema jurídico y la dogmática”).

cierran a las influencias y los desarrollos internacionales.⁴³ Del mismo modo, los “déficits de resonancia en organizaciones internacionales y foros de debate” *pueden* ser, por supuesto, una expresión de puntos vulnerables o déficits referidos al contenido. Pero una diferencia categórica entre el objeto y los metaniveles en cuestión en el sentido de *Schünemann*, entre los que no tienen (o no pueden tener) lugar procesos osmóticos, se sostiene y cae (obviamente) con la imposibilidad de cuestionar lo que él alza como la medida de todas las cosas y que denomina “mos analytico-philosophicus civitatis iuris – ‘mapci’”⁴⁴, es decir, con una entronización de la dogmática del derecho penal (alemana) como un “cuarto poder”.⁴⁵

Quien, como hace finalmente *Schünemann*, acusa en general a todo el ámbito del *common law*, así como al mundo francófono, de no estar interesado en un “diálogo e intercambio constructivo con el resto del mundo” (¡sic!) o de negarse a “reconocer el nivel de racionalidad exigido a todos los participantes en la doctrina jurídico-penal en idioma alemán”,⁴⁶ rechaza en última instancia, incluso *desde el principio*, el “diálogo abierto, sin esperar un resultado concreto, con ordenamientos jurídicos similares, pero sobre todo con ordenamientos jurídicos ajenos”.⁴⁷ Por el contrario, debe tratarse de mejorar la capacidad de diálogo, en la que los aspectos de *comprensibilidad* lingüística desempeñan un papel esencial. En este sentido, es significativo que *Schünemann* me reproche que haya utilizado a *Jareborg*⁴⁸ injustificadamente en un punto central.⁴⁹ En referencia a él, afirmé que un sistema del hecho punible internacionalmente adecuado “debe ser eficiente y comprensible”.⁵⁰ Esta afirmación reproduce claramente el fragmento del texto de *Jareborg*,⁵¹ quien busca el equilibrio entre la accesibilidad o la comprensibilidad y la capacidad de rendimiento conceptual, con la misma autenticidad con la que la siguiente explicación detallada encaja en el contexto: “Quien esté

⁴³ Véase, en este sentido, *Kubiciel*, JZ 2018, 171 s., con una perspectiva desde la política criminal: “Un legislador que responde a impulsos tan dispares porque debe responder a ellos según las normas del derecho internacional o los mandatos de la prudencia política no puede trabajar sistemáticamente”.

⁴⁴ *Schünemann* (nota al pie n.º **Error! Bookmark not defined.**), p. 225, 236; *el mismo*, ZIS 2016, 665. En cuanto a la ganancia de racionalidad a través de la sistematización, a favor *Hilgendorf* (nota al pie n.º 2), § 18 n.º m. 101 (quien sin embargo considera que *Schünemann* podría haber utilizado como mucho el término —“mapci”— “un poco en serio, un poco en broma” [*Hilgendorf*], pero no los contenidos asociados a él).

⁴⁵ *Schünemann*, ZIS 2016, 654 (663).

⁴⁶ *Schünemann*, ZIS 2016, 654 (665); sobre esto, *Weigend*, GA 2020, 139 (145): negación explícita del “carácter científico de lo que se discute en los países francófonos, por ejemplo, así como en todo el ámbito del *common law* en la discusión penal”.

⁴⁷ Para algo así *Ambos*, GA 2016, 177 (189); en ese sentido, a favor, *Roxin/Greco* (nota al pie n.º 5), § 7 n.º m. 85x.

⁴⁸ *Jareborg*, *Revue Internationale de Droit Pénal* 52 (1981), 519.

⁴⁹ *Schünemann*, ZIS 2016, 654 (667 s.).

⁵⁰ *Ambos*, GA 2016, 177 (180, cursivas añadidas).

⁵¹ El pasaje en cuestión dice: “*The important thing is to have a general part that is simple and easy to apply and at the same time conceptually rich enough to enable a judge to make all those distinctions that must play a role in the administration of criminal justice*” (*Jareborg*, *Revue Internationale de Droit Pénal* 52 [1981], 519 [520]).

realmente interesado en un discurso transfronterizo sobre el derecho penal, en una gramática universal, debe *partir* de las estructuras y categorías *más simples posibles*, porque solo entonces existe una *base común de comprensión*.⁵²

En este asunto, desde un punto de vista que, en última instancia, declara que su propio “nivel de racionalidad” es superior e incuestionable,⁵³ no es posible ver —algo que no sorprende— que el esfuerzo de una ciencia jurídico-penal orientada a las consecuencias para encontrar o crear puntos de partida y fundamentos para el discurso en el ámbito internacional no representa un paso atrás, sino más bien un intento de no perder o restablecer completamente la capacidad de la ciencia jurídico-penal alemana de generar conexiones. Lo mismo ocurre con el aspecto *puramente* lingüístico: a este respecto, *Schünemann* piensa (incorrectamente) que estoy adoptando la posición “de que la dogmática alemana sería errónea en cuanto al contenido cuando sus términos no pueden traducirse al inglés”.⁵⁴ Por el contrario, hay que distinguir, en primer lugar —y esto es lo que (me) importa—, entre los límites a los que a menudo llegan las traducciones (*literales*) de los textos alemanes, porque ciertos conceptos dogmáticos son poco o nada familiares en el lenguaje jurídico angloamericano,⁵⁵ y la participación directa y personal en los discursos angloamericanos, que en mi opinión puede ser extremadamente fructífera,⁵⁶ pero que, lamentablemente, todavía está lejos de ser cultivada por suficientes colegas. Una situación especial se presenta cuando, incluso de la misma manera, ciertas ideas de la dogmática penal local no pueden ser transmitidas adecuadamente o —en palabras de *Vogel*— “parafraseadas”.^{57 58} Tales problemas de transmisión indican ciertamente que, al menos en algunos casos, no es el idioma el que falla, sino un excesivo distanciamiento de la dogmática del derecho penal con respecto al problema de fondo,⁵⁹ que también se encuentra generalmente dentro del otro ordenamiento jurídico. Un ejemplo de ello puede ser la notable

⁵² *Ambos*, GA 2016, 177 (180, *cursivas* añadidas).

⁵³ *Schünemann*, ZIS 2016, 654 (665 s.).

⁵⁴ *Schünemann*, ZIS 2016, 654 (668 con nota al pie n.º 85).

⁵⁵ Cf. también *Weigend*, GA 2020, 139 144 (faltaría una lengua común y “el inglés no es adecuado para la comunicación sobre la dogmática penal de derecho continental europeo debido a las figuras de pensamiento bastante diferentes a las de los sistemas jurídicos del *common law*”). Sin embargo, el propio *Weigend* es uno de los intermediarios más importantes y capaces de la dogmática penal alemana en el mundo angloamericano, Cf. *Hoven/Kubiciel*, en: *Hoven/Kubiciel* (eds.), *Zukunftsperspektiven des Strafrechts. Symposium zum 70. Geburtstag von Thomas Weigend*, 2020, p. 10 ss., así como la lista de publicaciones allí expuesta (p. 373 ss.), con numerosas publicaciones en inglés.

⁵⁶ *Hörnle* (nota al pie n.º 3), p. 302.

⁵⁷ *Vogel*, JZ 2012, 25 (28).

⁵⁸ *Ambos*, GA 2016, 177 (190).

⁵⁹ En este sentido, a favor, *Hilgendorf* (nota al pie n.º 2), § 18 n.º m. 43 (citado anteriormente: nota al pie n.º 29).

amplitud interpretativa y configurativa del dogma del bien jurídico.⁶⁰

El área de *lo que se ha malentendido* me parece entonces afectada cuando *Schünemann* se opone a mi crítica a la ciencia jurídico-penal alemana como (todavía demasiado) caracterizada por un “modelo de discurso tendencialmente distanciado de la democracia y aristocrático”⁶¹ (especialmente, en el sentido de *Donini*). Sin embargo, mirándolo bien, (solo) se presentan dos contraargumentos. En primer lugar, según *Schünemann* mi opinión no es convincente⁶² ya por el hecho de que “las pequeñas [...] cuestiones de interpretación, como, por ejemplo, el concepto de arma o herramienta peligrosa” se discuten con bastante intensidad,⁶³ por lo que “mientras tanto, los estudiantes de derecho también participan con sus propias publicaciones” y “una especie de intercambio permanente entre las reseñas críticas de todas las resoluciones judiciales de alguna manera importantes, por un lado, y, por otro, la utilización de la doctrina sobre dogmática en estas sentencias forma parte del estándar mapci”.⁶⁴ No obstante, en cierta medida ese ataque cae por sí solo, ya que —aparte de la sobreproducción literaria,⁶⁵ en su mayor parte superflua, que está vinculada con esto— describe en última instancia lo que *Donini*, por ejemplo, critica: obviamente, el reproche contra una “aristocracia del derecho penal” no puede refutarse refiriéndose al hecho de

⁶⁰ *Ambos*, GA 2016, 177 (188); a favor, *Lagodny*, ZIS 2016, 678 (“Para el derecho comparado, esta idea significa que hay que ser cauteloso al trasladar la teoría del bien jurídico a otros sistemas y tradiciones jurídicas. [...] El número de obras extranjeras que incorporan la teoría del bien jurídico no es una prueba convincente mientras no se revele que el correspondiente sistema jurídico extranjero ofrece puntos de partida para tal transferencia y no muestra ninguna contraindicación”) con la observación adicional de que la función crítico-legislativa de la teoría del bien jurídico, que *Schünemann* ha situado absolutamente en el centro, ni siquiera “se ajusta a la cultura legislativa austriaca”. En este sentido también *Wohlers*, en: *Kindhäuser/Kreß/Pawlik/Stuckenberg* (nota al pie n.º 3), p. 307 (309, no es relevante en otros sistemas jurídicos); Cf. también *Kubiciel*, ZStW 129 (2017), 473 (476), sobre un bien jurídico muy específico del área de la “confianza en la integridad y el funcionamiento del mercado de capitales y otras instituciones”, que ejemplifica lo abierto que está el concepto del bien jurídico al momento de ser desarrollado o configurado. Esto plantea entonces dudas sobre si el dogma del bien jurídico (en sí mismo) puede realmente proporcionar las respuestas decisivas a la cuestión de si, o hasta qué punto, ciertas alteraciones de la “confianza” en los mercados de capitales pueden ser adecuada o legítimamente criminalizadas. Cf. sobre las reservas fundamentales sobre el potencial del dogma del bien jurídico, *infra* nota al pie n.º 77 ss. con el texto principal.

⁶¹ *Ambos*, GA 2016, 177 (178), con referencia a *Donini*, *Strafrechtstheorie und Strafrechtsreform*, 2006, p. 7 ss.

⁶² O, en el mejor de los casos, solo convencería a alguien “que nunca ha leído una revista de derecho penal alemana” (*Schünemann*, ZIS 2016, 654 [667]).

⁶³ *Schünemann*, ZIS 2016, 654 (665 con nota al pie n.º 77).

⁶⁴ *Schünemann*, ZIS 2016, 654 (666).

⁶⁵ Aquí se realiza mucha “dogmática” sin repercusión en el sentido de *Burkhardt* (en: *Eser/Hassemmer/Burkhardt* (eds.), *Die deutsche Strafrechtswissenschaft vor der Jahrtausendwende*, 2000, p. 111 [127 ss.]; con un entendimiento conceptual diferente, *Schünemann*, GA 1995, 201 [221 ss.]: “Eclecticismo”, “La dogmática como defensa de intereses” y “Tradicionalismo”) y se produce una “avalancha de publicaciones” inmanejable (*Burkhardt*, op. cit., p. 129 ss. con numerosas referencias), sobre todo demasiada literatura pedagógica, de manuales y de comentarios, a menudo producto de la presión de publicación en el sistema académico y condicionada por la enseñanza; también crítica *Hörnle* (nota al pie n.º 6), p. 209, 224 (“demasiado tiempo invertido en comentarios y libros de texto cortos”, “repetitivo”); *Roxin/Greco* (nota al pie n.º 5), § 7 n.º m. 85e. Sobre “el exceso de libros homenaje” véase *infra* en la nota al pie n.º 115 con el texto principal.

que jóvenes aristócratas, académicamente ambiciosos, están trabajando en un problema ocasionado por el legislador y con respecto al cual el Tribunal Supremo Federal alemán⁶⁶ le ha pedido insistentemente que lo remedie.⁶⁷ En este contexto, también se constata que ciertas áreas temáticas están “poco investigadas”, en algunos casos a diferencia del mundo angloamericano.⁶⁸

Además, según la segunda objeción de *Schünemann*, el reproche de “ser distante respecto de la democracia” es erróneo, porque las decisiones legislativas solo tienen que ser indirectamente atribuibles al acto electoral⁶⁹ y, en el sentido de la “teoría material de la legitimidad de la democracia deliberativa [...], las decisiones deben tomarse sobre la base de un discurso de ponderación argumentativa lo más abarcador posible, que se realiza idealmente mediante el control intelectual del poder judicial por el mapci que he descrito”.⁷⁰ La objeción de la legitimidad democrática indirecta y, en el mejor de los casos, lograda discursivamente en el proceso de formación de la opinión política es ciertamente correcta, pero —obviamente— no me refiero a esta cuando hablo aquí de tendencias distantes de la democracia en la *ciencia jurídico-penal* alemana. Precisamente uno de los ejemplos citados por *Schünemann*⁷¹ renueva ilustrativamente la cuestión de si es realmente ideal que el estándar “mapci” (y la jurisprudencia) —en lugar del legislador— determine los límites

⁶⁶ Cf. BGHSt 52, 257 (269).

⁶⁷ Sin embargo, esto pone de manifiesto un problema vinculado a los roles que afecta duramente a los jóvenes investigadores: porque también y sobre todo se espera de ellos que se comporten de acuerdo a su rol y que publiquen en consecuencia. El resultado es que, por un lado, se publica mucho material superfluo y, por otro, quedan áreas temáticas enteras sin explorar (véase la siguiente nota a pie de página con el texto principal).

⁶⁸ Sobre el derecho penal de la integridad sexual, por ejemplo, *Hörnle* (nota al pie n.º 6), p. 208; sobre las fuentes de los errores en el proceso penal y sus causas (con especial atención a la evolución en EE.UU.) *König*, en *Dessecker/Harrendorf/Höfler* (eds.), *Angewandte Kriminologie – Justizbezogene Forschung*, 2019, p. 379 (379 ss.), disponible en: <https://univerlag.uni-goettingen.de/handle/3/isbn-978-3-86395-430-7> [enlace verificado el 19 de agosto de 2022]). En general, la investigación en materia de justicia penal en Alemania está poco desarrollada en comparación con el sistema jurídico angloamericano, lo que, por supuesto, también se debe a la escasa importancia y a la insuficiente dotación de personal de la criminología empírica (Cf. en general sobre la situación de la criminología en Alemania el *Freiburger Memorandum* de 2012, disponible en:

https://static.mpicc.de/shared/data/pdf/freiburger_memorandum_kriminologie_de_12.pdf [enlace verificado el 19 de agosto de 2022]). Pero también se debe a nuestro exceso de énfasis en los temas clásicos de la dogmática, lo que a su vez conduce a la justamente lamentada “avalancha de publicaciones” (nota al pie n.º 65) y a una “sobredogmatización” (sobre esto *infra* nota al pie n.º 94 con texto principal).

⁶⁹ *Schünemann*, ZIS 2016, 654 (667): “Según la teoría formal de la representatividad, la democracia significa que el ejercicio del poder estatal, es decir, las decisiones políticas del poder legislativo y, por tanto, indirectamente, la aplicación de la ley por parte del poder ejecutivo (que tiene responsabilidad parlamentaria a través del gobierno) y del poder judicial, puede remontarse en última instancia a un acto de elección por parte del *demos*, la población activa; los enunciados genuinos de la ciencia jurídica se ven tan poco afectados por ello como todos los demás enunciados científicos o expresiones de opinión detrás de los cuales no hay poder estatal”.

⁷⁰ *Schünemann*, ZIS 2016, 654 (667).

⁷¹ *Schünemann*, ZIS 2016, 654 (665 con nota al pie n.º 77).

de la punibilidad en virtud del § 244, párr. 1, n.º 1, letra a, var. 2, StGB.

Para *Schünemann*, el aspecto crítico del sistema del concepto de bien jurídico es central para el estándar “mapci” que él difunde.⁷² Evidentemente con el fin de que el concepto tenga más resonancia en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional alemán (que rechaza el concepto del bien jurídico como límite del derecho penal⁷³), propone una “reinterpretación” de la jurisprudencia del Tribunal.⁷⁴ Ahora bien, por supuesto que es tarea de la ciencia jurídico-penal entrar en diálogo con la respectiva jurisprudencia constitucional para convencerla⁷⁵ de que el derecho constitucional, especialmente el principio de proporcionalidad, no puede reproducir la discusión tan diferenciada de la teoría del derecho penal sobre los fundamentos y los límites de la pena estatal y que, en última instancia, se muestra más permisiva frente a la pretensión estatal de castigar.⁷⁶ Sin embargo, el esfuerzo que *Schünemann* considera necesario para su “reinterpretación”⁷⁷ es sorprendente, habida cuenta del postulado apodíctico realizado unas páginas más adelante respecto de que todas las “resoluciones judiciales de alguna manera significativas” receptan la literatura dogmática en el sentido de los estándares “mapci”.⁷⁸ Por cierto, este postulado tiene poco que ver con la práctica de los órganos judiciales de investigación de los hechos, como se analizará más adelante. El hecho de que allí la literatura dogmática se incluya (siempre) en el proceso de toma de decisiones en el sentido de los estándares-mapci, de forma detallada y cuidadosamente ponderada, es una imagen ideal que

⁷² Cf. *Schünemann*, ZIS 2016, 654 (660–662).

⁷³ BVerfGE 120, 224 (241, no hay “requisitos más estrictos” para las normas penales a partir de la teoría de los bienes jurídicos). De la literatura, véase, por ej., *Appel*, *Verfassung und Strafe*, 1998, p. 390 (“En la Ley Fundamental, el concepto de bien jurídico como límite de punibilidad que se impone al legislador es tan contrario al sistema como superfluo”); *Stächel*, *Strafgesetzgebung im Verfassungsstaat*, 1998, p. 67 ss. (“Una teoría de los bienes jurídicos no establece por sí misma ningún límite para el legislador”, p. 67); *Gärditz*, *Der Staat* 49 (2010), 331.

⁷⁴ *Schünemann*, ZIS 2016, 654 (660).

⁷⁵ Pues “deja en manos de la Constitución y del legislador lo que los penalistas consideran irrazonable, siempre que eso no sea traducible en una inconstitucionalidad” (*Ambos*, GA 2017, 297 [321]). Acertadamente, sobre la diferenciación entre los niveles de derecho constitucional y derecho penal interno, *Stucken*, GA 2011, 653 (660); con razón, sobre el carácter no vinculante legislativo y constitucional del dogma del bien jurídico, *Wohlers* (nota al pie n.º 60), p. 317 s.

⁷⁶ Cf. ya *Ambos*, en: *Zöller/Hilger/Küper/Roxin* (eds.), *Gesamte Strafrechtswissenschaft in internationaler Dimension*, Festschrift für Jürgen Wolter zum 70. Geburtstag am 7. September 2013, 2013, p. 1285 (1292 s.); en este sentido también *Zaczyk*, *Der Staat* 50 (2011), 295 ss.; *Greco*, en: *Brunhöber/Höffler/Kaspar/Reinbacher/Vormbaum* (eds.), *Strafrecht und Verfassung*, 2013, p. 13 (22 ss.); *Roxin/Greco* (nota al pie n.º 5), § 7 n.º m. 85n (el principio de proporcionalidad como “igualador y estabilizador” [Ossenbühl]); *Du Bois-Pedain*, en: *Simester/Du-Bois-Pedain/Neumann* (eds.), *Liberal Criminal Theory*, 2014, p. 305 ss. (sobre esto *Ambos*, GA 2017, 319); también *Lagodny*, *Strafrecht vor den Schranken der Grundrechte*, 1996, p. 536 (con la afirmación de que el derecho penal se escaparía al control constitucional); pero también véase *el mismo*, ZIS 2016, 672, según el cual en Austria se maneja sin la teoría del bien jurídico, “solamente” con el derecho constitucional.

⁷⁷ *Schünemann*, ZIS 2016, 654 (660–662).

⁷⁸ *Schünemann*, ZIS 2016, 654 (666).

solo puede causar desconcierto y asombro entre quienes ejercen la profesión en la praxis.⁷⁹ También es sorprendente que *Schünemann* afirme sin rodeos que el “dogma del bien jurídico [...] fue rechazado en el nacionalsocialismo”⁸⁰ y que es (después de todo esto) “*ab ovo* inadecuado” pretender una reconexión del derecho penal con “la protección de los derechos humanos”, sobre todo porque esto terminaría en “una versión reducida de la doctrina de la protección de los bienes jurídicos”.⁸¹

En cuanto al nivel de la metodología, *Schünemann* critica con exageraciones mis votos a favor de una mayor acentuación del método inductivo y de la inclusión más fuerte de los conocimientos empíricos: según él no se puede sostener una solución en cierto sentido *puramente* inductiva del caso, porque las valoraciones relacionadas con el caso deben derivarse siempre de lo que está fuera del caso⁸² y las normas, como proposiciones del deber ser, no pueden verificarse empíricamente. También aquí solo puedo estar parcialmente de acuerdo en lo fundamental con *Schünemann*. Por supuesto que toda solución de un caso —al menos en un sistema positivista (basado en la ley) — comienza en primera línea con la ley. Y, por supuesto, hay que garantizar que la solución de los casos concretos esté libre de contradicciones.⁸³ Sin embargo, la cuestión es si realmente las soluciones correctas (libres de contradicciones) pueden ser garantizadas de una mejor manera mediante un sistema de pensamiento fuertemente concentrado (por no decir fijo) en el concepto de delito y en el dogma (abierto a la interpretación) del bien jurídico, o si no sería más adecuada una forma de proceder que se acerque más al problema fáctico de un caso como fenómeno social (y, por

⁷⁹ De forma diferenciadora, en ese sentido, *Hörnle* (nota al pie n.º 6), p. 200 ss., quien supone fundamentalmente un “estrecho engranaje” entre la ciencia y la práctica, pero considera que el posible “aseguramiento de la coherencia” y de una mayor justicia o, al menos, de una mejor justificación, se consigue sobre todo con la jurisprudencia de los tribunales supremos y no pretende basarse en el estándar imposible de cuestionar del *mapci*, sino que se refiere a una “dogmática uniforme en sus postulados básicos y, por tanto, influyente”. Además, reconoce “un abismo muy profundo entre la teoría y la práctica” en ámbitos especiales, especialmente el derecho penal económico” (p. 218).

⁸⁰ *Schünemann*, ZIS 2016, 654 (662). Esto resulta sorprendente ante el trasfondo de la defensa del concepto de bien jurídico por parte de *Schwinge* frente a los ataques de la Escuela de Kiel (a este respecto, sobre todo *Dahm*, *Schaffstein*) y el enriquecimiento de su concepto teleológico de bien jurídico con las ideas nacionalsocialistas, por lo que -en contra de lo que afirma *Schünemann*- no tuvo que ser “rechazado” en primer lugar y solo hubo una “disputa aparente” (y metodológica) entre *Schwinge* y la Escuela de Kiel (sobre esto, con otras referencias, *Ambos*, *Nationalsozialistisches Strafrecht*, 2018, p. 60 ss., 75, 87 ss.).

⁸¹ *Schünemann*, ZIS 2016, 654 (669).

⁸² *Schünemann*, ZIS 2016, 654 (667): “Dado que los casos no se deciden por sí mismos, hay que encontrar, por supuesto, una premisa mayor, por lo que, una vez más, hay que poner a prueba esta premisa mayor con nuevos casos para ver si, posiblemente, se ha formulado de forma demasiado general o requiere una mayor diferenciación con respecto a otras peculiaridades de los diferentes casos”.

⁸³ Cf. también *Hilgendorf* (nota al pie n.º 2), § 18 n.º 42 (“Consistencia” como “libre de contradicciones lógicas”).

tanto, también accesible a la reflexión empírica).⁸⁴ Esto es todavía más cierto cuando los principales problemas actuales se refieren a la parte especial y no a la parte general, por lo que están cada vez más influenciados y conformados por las directrices internacionales.

Schünemann también tiene razón (por supuesto) en que las proposiciones/enunciados de deber ser no pueden ser cuestionados empíricamente, pero es un estrechamiento artificial de la perspectiva reducir la ciencia jurídico-penal al trabajo con proposiciones de deber ser, característico de la filosofía (del derecho). Esto se aplica tanto al trabajo sobre casos concretos como a la referencia a la política criminal: por supuesto, es posible, por ejemplo, examinar la relevancia práctica de una determinada teoría, *v. gr.*, entrevistando a personas expertas en la materia que se desempeñan en la praxis. Si resulta que ciertas teorías fracasan en el caso práctico debido a su nivel de abstracción o por la abstracción de sus criterios (de decisión), se puede seguir diciendo, en efecto, que son “correctas”, que utilizan los “conceptos correctos” y que encajan en el “sistema de derecho penal correcto”,⁸⁵ pero una verdadera ciencia total del derecho penal debería esforzarse por darle a la práctica el pan que le pide, no piedras. La importancia de la criminología empírica —el “elefante en la habitación” en estas consideraciones normativo-dogmáticas— es aún más clara en el ámbito de la intersección entre la política criminal y la dogmática del derecho penal. Porque, evidentemente, es posible evaluar con los medios de la investigación social empírica en qué medida determinadas disposiciones penales, por ejemplo, para combatir la trata de personas (§§ 232-233a StGB),⁸⁶ cumplen las expectativas allí depositadas.

Además, cuando *Schünemann*,⁸⁷ precisamente respecto de esta intersección con la política

⁸⁴ Cf. en ese sentido, también *Hörnle*, en: Heilinger/Nida-Rümelin (eds.), *Anthropologie und Ethik* (2015), p. 97 (98 ss., especialmente p. 102: “En particular, una concepción puramente normativa del ser humano no sería base suficiente para un ordenamiento jurídico: son necesarias las referencias al conocimiento empírico sobre el ser humano. Esto se aplica no solo, sino también especialmente, al ámbito de la legislación. Quienes tienen que crear o revisar las normas deben estar lo suficientemente interesados en las circunstancias reales de la existencia humana”); *la misma*, (nota al pie n.º 3), p. 298 (la tarea de la ciencia del derecho es el “desarrollo de las consecuencias que resultan de las precondiciones empíricas y las premisas normativas para las perspectivas de evaluación del derecho penal, y en el desarrollo de categorías, clasificaciones y terminología que sean apropiadas para estas perspectivas de evaluación”); así como *la misma*, (nota al pie n.º 6), p. 215. Cf. además, *Kubiciel*, *JZ* 2018, 171 (177), sobre el cohecho en el sector sanitario (“En lugar de seguir haciéndole eco al concepto jurídico-penal de bien jurídico, los penalistas podrían servir a la política criminal mediante un análisis sobre las particularidades fácticas y jurídicas, el funcionamiento interno y el diseño jurídico de dichas instituciones y examinándolas en cuanto a su vinculación con la libertad”).

⁸⁵ *Schünemann*, *ZIS* 2016, 654 (665, 668 y *passim*).

⁸⁶ Cf. BT-Drs. 18/9095, p. 22: “El Comité le pide al Gobierno Federal que evalúe la nueva versión de los §§ 232-233a del Código Penal alemán (trata de personas, prostitución forzada, trabajo forzado, así como explotación laboral y explotación con privación de libertad) en el plazo de dos años”.

⁸⁷ *Schünemann*, *ZIS* 2016, 654 (668).

criminal (internacional), afirma que yo concibo una política criminal arbitrariamente instrumental, parece pasar por alto el hecho de que mis aclaraciones, especialmente las relativas a los resultados, no pretenden ser normativo-afirmativas, sino *puramente descriptivo-analíticas*. Esto se aplica, por ejemplo, a la acusación de que “elogi[o] la dimensión policial y la cooperación de las autoridades fiscales europeas en la europeización de la administración de justicia”.⁸⁸ A lo que probablemente se refiere con esto es a un pasaje en el que —de forma puramente descriptiva (!)— muestro que en el ámbito del derecho penal europeo se refleja una concepción instrumental del derecho penal en el principio de reconocimiento mutuo.⁸⁹ Sin embargo, ya critiqué la incorporación de este principio al derecho penal en la primera edición de mi manual de derecho penal internacional⁹⁰ y más tarde también la confianza mutua como su (supuesto) fundamento.⁹¹ Lo decisivo en todo esto —y *Schünemann* parece pasarlo por alto— es que la crítica a la política criminal de la UE (o a cualquier otra política criminal), por muy justificada que esté, tendrá mucho más difícil la tarea de conseguir algún efecto si se presenta como incuestionablemente ontologizante y poco abierta al diálogo, ya en sus rasgos básicos.

III. Conclusiones y perspectivas

En esencia, me preocupa —sin querer minimizar en absoluto los innegables logros (históricos) de la ciencia jurídico-penal alemana— mantener su *capacidad de lograr conexiones en el ámbito internacional*. En este sentido, sigo considerando correctos los cambios que he propuesto:⁹²

- discurso abierto con sistemas jurídicos ajenos (en lugar de ser autorreferencial),⁹³
- practicidad y comprensibilidad de las construcciones dogmáticas (en lugar de

⁸⁸ *Schünemann*, ZIS 2016, 654 (669).

⁸⁹ *Ambos*, GA 2016, 177 (180).

⁹⁰ *Ambos*, Internationales Strafrecht, 1.ª ed. 2006, § 9 n.º m. 27.

⁹¹ *Ambos*, Internationales Strafrecht, 2.ª ed. 2008, § 12 n.º m. 60a, y por último 5.ª ed. 2018, § 12 n.º m. 51 (“Fantasmagoría de Bruselas o Luxemburgo”).

⁹² *Ambos*, GA 2016, 177 (189 ss.).

⁹³ También *Hilgendorf* (nota al pie n.º 2), § 18 n.º m. 119 (“sobre todo, aprender a cooperar con las ciencias del derecho penal de otros países en igualdad de condiciones”); crítica el hecho de ser autorreferencial *Hörnle* (nota al pie n.º 6), p. 216. *Weigend*, GA 2020, 146, tiene la impresión de que un intercambio de este tipo, cara a cara, ya se ha constituido (“no más [...] como un maestro [...], sino de igual a igual”).

“sobredogmatización”),⁹⁴

- verificabilidad y revisión empírica (interdisciplinariedad criminológica),⁹⁵
- mayor comunicación en inglés⁹⁶ y
- derecho comparado orientado a los problemas.⁹⁷

En lo que respecta a la consideración de los discursos y conocimientos extranjeros, *Luis Greco* —predestinado a ello como ningún otro por su doble socialización brasileño-alemana y su visión más allá del horizonte alemán— ha marcado los estándares para las futuras obras que aparezcan con la pretensión de una dogmática internacional del derecho penal⁹⁸ con la nueva edición del primer tomo de la parte general de *Roxin*. Esto se corresponde con la posición diferenciada de *Greco* sobre la cuestión del futuro de nuestra disciplina, además de la predisposición al diálogo abierto con las ciencias jurídico-penales extranjeras,⁹⁹ el reconocimiento de la simplicidad (defendible en lo que respecta al problema de fondo)¹⁰⁰ frente a la sobredogmatización y complicación extendidas,¹⁰¹ el diálogo con la jurisprudencia,¹⁰² el control del poder a través del derecho¹⁰³ y la advertencia contra

⁹⁴ Similar *Hilgendorf* (nota al pie n.º 2), § 18 n.º m. 43 (ya citado *supra* en la nota al pie n.º 29); también crítico de los “juegos de abalorios sin significado práctico” y “un exceso de diferenciaciones” (ibíd., § 18 n.º m. 76), así como “una tendencia a analizar detalladamente los problemas dogmáticos que a veces se exagera hasta el absurdo” (ibíd., § 18 n.º m. 106); anteriormente ya *Rotsch*, ZIS 2008, 1 (“hipertrofia”).

⁹⁵ “Los métodos de la criminología empírica” (*Ambos*, GA 2016, 177 [190]) deben entenderse (también) de forma interdisciplinar. A favor de una interdisciplinariedad, *Hilgendorf* (nota al pie n.º 2), § 18 n.º m. 38; crítica a la falta de investigación empírica *Hörnle* (nota al pie n.º 6), p. 215.

⁹⁶ Además de *Weigend* (nota al pie n.º 55), es muy meritório el trabajo de *Hörnle*, quien, además de numerosos ensayos en inglés, ha presentado, junto con *Markus Dubber*, un análisis orientado a problemas de cuestiones básicas (incluyendo problemas seleccionados de la parte especial) del derecho penal estadounidense y alemán, en el que se transmiten importantes posiciones básicas alemanas a un público anglófono mediante la traducción de jurisprudencia central y de los comentarios, cf. *Dubber/Hörnle*, *Comparative Law*, 2014; Cf. también, *la misma* (ed.), *The Oxford Handbook of Criminal Law*, 2014.

⁹⁷ Sobre esto, en detalle, *Ambos*, RW 2017, 248 (260 ss.). Énfasis en el derecho penal comparado también en *Hilgendorf* (nota al pie n.º 2), § 18 n.º m. 119.

⁹⁸ Prospectivo, ya en este sentido, *Roxin*, en: *Eser/Hassemer/Burkhardt* (nota al pie n.º 65), p. 369 ss.

⁹⁹ *Roxin/Greco* (nota al pie n.º 5), § 7 n.º m. 85w, x (en esa medida, en que está explícitamente de acuerdo conmigo).

¹⁰⁰ Nadie quiere “baby talk” (*Roxin/Greco* [nota al pie n.º 5], § 7 n.º m. 85u). Estos conceptos polémicos solo desvían la atención del problema de fondo.

¹⁰¹ *Roxin/Greco* (nota al pie n.º 5), § 7 n.º m. 85d-f, 85s.

¹⁰² *Roxin/Greco* (nota al pie n.º 5), § 7 n.º m. 85g.

¹⁰³ *Roxin/Greco* (nota al pie n.º 5), § 7 n.º m. 85j.

las expectativas exageradas puestas en la filosofía.¹⁰⁴ Sin embargo, el planteamiento de *Greco*,¹⁰⁵ al igual que el de su maestro *Schünemann*, también adolece del hecho de que sermonea el intento de diálogo y el esfuerzo por lograr esta capacidad de lograr una conexión internacional como una “diplomacia científica” inaceptable¹⁰⁶ y, por tanto, los malinterpreta, ya que no se trata, como ya se ha dicho anteriormente,¹⁰⁷ de una competencia basada en el *dumping*.

Sin embargo, el planteo de *Greco* de no solo apostrofar, sino también practicar el diálogo con las teorías extranjeras, apunta en la dirección correcta. Si nos tomamos esto en serio y participamos en los debates internacionales, el futuro de la ciencia jurídico-penal alemana no es tan malo. La mayor apertura del panorama que está asociada a esto también nos ayudará a pensar de nuevo en otras áreas problemáticas,¹⁰⁸ por ejemplo:

- La organización de conferencias más orientadas al diálogo/discusión (especialmente con perspectivas a publicaciones posteriores)¹⁰⁹ y, por tanto, la ruptura de las llamadas comunidades epistémicas,¹¹⁰

¹⁰⁴ *Roxin/Greco* (nota al pie n.º 5), § 7 n.º m. 85p. Pero para un mayor uso de la “capacidad de análisis de los filósofos contemporáneos”, *Hörnle* (nota al pie n.º 6), p. 212.

¹⁰⁵ Menos importante es mi discrepancia con *Greco* en torno a su adopción del dictamen de *Schünemann* sobre el cuarto poder (*Roxin/Greco* [nota al pie n.º 5], § 7 n.º m. 85j), así como su temor a una “constitucionalización inadecuada” (idem, § 7 n.º m. 85n).

¹⁰⁶ *Roxin/Greco* (nota al pie n.º 5), § 7 n.º m. 85t.

¹⁰⁷ Nota al pie n.º 41 con texto principal.

¹⁰⁸ Y así, como acertadamente advierte *Hörnle* (nota al pie n.º 6), p. 223, “desprenderse [de] los caminos ya transitados”.

¹⁰⁹ Sobre esto, *Ambos*, ZIS 2020, 254 (267), con referencia al Anglo-German-Dialogue-Project de Göttingen, disponible en: <https://www.department-ambos.uni-goettingen.de/index.php/forschung/anglo-german-dialogue> [enlace verificado el día 19 de agosto de 2022].

¹¹⁰ Tanto desde el punto de vista estructural como del contenido, la ciencia del derecho penal alemana ha establecido una comunidad epistémica casi cerrada (sobre la autorreferencialidad, nota al pie n.º 93 con el texto principal). Esto significa que solo extrae sus conocimientos de sí misma y de los miembros que la componen. Un ejemplo de ello es la forma en que trata a los jóvenes académicos. Hasta su nombramiento efectivo como profesores, rige algo así como una inversión comunicativa de la carga de la prueba: se supone que los jóvenes y los jóvenes académicos no tienen nada importante que decir que pueda contribuir al discurso, a menos que demuestren lo contrario. En principio, esto tiene cierta vinculación con la naturaleza de la cosa, pero sin duda está fomentado por un sistema profesional que solo puede explicarse históricamente y que todavía exalta con demasiada frecuencia el “respeto al profesor” (*Jakobs*, en: *Kindhäuser/Kreß/Pawlik/Stuckenberg* [nota al pie 3], p. 795), en lugar de considerar el rendimiento independiente del joven académico como criterio de evaluación; por tanto, tampoco es de extrañar que la creación de cátedras junior encuentre resistencia, sobre todo en las facultades de derecho. Esto va acompañado de una desatención del contenido de los artículos de los jóvenes académicos, especialmente en las revistas clásicas que se imprimen y archivan (también en un sentido contrario al aquí expuesto *Schünemann*, *Gesammelte*

- la incorporación de un proceso de *peer-review* (organizado de una manera adecuada) en nuestras revistas,¹¹¹
- la supervisión concentrada (incluso quizás estructurada) de un número abaricable de doctorandos¹¹² y
- (relacionado con esto) la revisión de nuestros procesos de reclutamiento¹¹³ y
- (relacionado con todo esto) la limitación de una sobreproducción doctrinaria (por

Werke, tomo 1, 2020, p. V: “aumento de la cantidad de trabajos [...] por parte de los jóvenes académicos”). Hay razones comprensibles para esta desatención: cada vez más, los libros homenajes se trasladan a las revistas científicas, y dónde podría ser más impermeable una comunidad epistémica que en el homenaje que rinden sus compañeros a un colega mayor (sobre los libros homenaje, véase *infra* nota al pie n.º 115). La avalancha de publicaciones ya mencionada hace casi imposible tomar nota de las publicaciones de los jóvenes académicos. En definitiva, la exclusividad de una comunidad (históricamente desarrollada) siempre tiene razones comprensibles; sin embargo, deberíamos cuestionarla críticamente y pensar en reformas.

¹¹¹ Cf. ya *Ambos*, GA 2016, 177 (194); Cf. también *Rux*, RW 2010, 3 (8 s.), sobre la combinación del “sistema de control de calidad habitual en los países de habla alemana” con las “normas internacionales” (*peer-review*); véase también la recomendación del *Consejo Alemán de Ciencia: Perspektiven der Rechtswissenschaft in Deutschland*. Situation, Analyses, Recommendations, 2012, p. 51; en cambio, en contra, *Kostorz*, KJ 2016, 417 (con una conclusión en la p. 422). Un proceso de revisión de *peer-review* “real” (anónimo) se hace en los artículos publicados en RW link: <https://www.rechtswissenschaft.nomos.de/> [enlace verificado el 19 de agosto de 2022] y también, por ejemplo, los artículos del “Goettingen Journal of International Law” (GOJIL). Véase también *Hilgendorf* (nota al pie n.º 2), § 18 n.º m. 57, quien, sin embargo, considera que se mantiene “un alto nivel académico” en las “principales revistas de derecho (penal)” (¡sic!), como GA, JZ, ZStW, incluso sin *peer-review*.

¹¹² El problema de la garantía de calidad que aborda *Kuhlen*, ZIS 2020, 327 (335), no es en absoluto nuevo, independientemente del caso concreto que critica. Los escándalos de plagio de los últimos años (Guttenberg & Co) son un testimonio elocuente de ello y demuestran que los procedimientos doctorales alemanes necesitan urgentemente un control (externo). Una limitación del número de doctorandos por director/a de tesis (de doctorado) sería una medida, y la participación de revisores externos, posiblemente incluso internacionales, sería otra. En cualquier caso, la necesidad de actuar es evidente.

¹¹³ Este amplio campo abarca desde el apoyo a jóvenes académicos (doctorado, posdoctorado) hasta la creciente introducción de puestos de *tenure track* (especialmente en el contexto de una cátedra junior), pasando por los procedimientos clásicos de nombramiento (sobre los jóvenes académicos, véase *supra* nota al pie n.º 110). Todos los que han participado alguna vez en este tipo de procedimientos —en cualquiera de sus formas— saben que las consideraciones ajenas a la materia desempeñan (cada vez más) un papel, pero nadie habla (abiertamente) de ello. La “causa Halle”, que incluso llegó más allá de la prensa local (por ejemplo, FAZ del 14/10/2020, N 4), es una excepción que confirma la regla (¡además con un jurista como rector!). De este modo, los procedimientos de nombramiento se transforman en un elaborado engendro burocrático para ocultar o pseudo-legitimar apreciaciones ajenas a la materia. Una investigación empírica de los procedimientos de nombramiento en el marco de la ciencia del derecho en los últimos diez años, por ejemplo, sería sumamente interesante y probablemente reveladora, con una comparación del perfil requerido con *todas* las postulaciones y las fundamentaciones (que consten en las actas).

ejemplo, menos comentarios, manuales cortos¹¹⁴ y libros homenaje¹¹⁵).

Esto último podría lograrse fácilmente exigiendo, en el sentido de un verdadero trabajo científico,¹¹⁶ algo más que el mero resumen o incluso la sistematización de las opiniones existentes, esto es, el desarrollo de nuevas ideas o, en todo caso, de nuevas formas de sistematización.¹¹⁷

¹¹⁴ También crítica, en este sentido, *Hörnle* (nota al pie n.º 6), p. 209 (“demasiado tiempo invertido en comentarios y manuales cortos”).

¹¹⁵ Thomas Weigend (Hoven/Kubiciel [nota al pie n.º 55]) y mi colega de Göttingen Jörg-Martin Jehle (Dessecker/Harrendorf/Höffler [nota al pie n.º 68]) han demostrado recientemente que también es posible vivir sin un libro homenaje. Sobre el valor de los libros homenaje desde una perspectiva extranjera, véase la reciente y severa crítica del profesor de NYU *Joseph Weiler*, EJIL:Talk 6.8.2020: “*It is an institution that has lost any real meaning in more than one sense. When is the last time you actually picked up one of those expensive tomes to read through it? When you are approached by the well-meaning organizers and ‘editors’ [...] your heart sinks. Of course one cannot say No to an enterprise honouring a colleague whom you respect, oftentimes a friend. In a world where most of us are always behind with our writing commitments it is usually a considerable disruption. Not surprisingly, many Festschriften are replete with recycled writing, and understandably so. Are we expected to drop what we are doing and start some new research project and pen a new article because someone’s birthday is approaching? And then see it buried in a Festschrift, no matter how eminent the honoree? If most edited books are cemeteries, Festschriften are the Arlington National Cemetery of legal scholarship. Since there is a deadline connected to a birthday, it is hard to delay, and so the pieces become even more rushed and the editing even more lax. If there is any honour in these tomes it is not in the content but, it would seem, in the list of names (‘My festschrift is longer than yours...’). I have often wondered if the honoree himself or herself manages to wade through the whole thing beyond the Table of Contents. [...] outside the German-speaking world [...] citations to Festschriften are scarce. [...] Why does this plague still rain down on us?’*” (disponible en:

<https://www.ejiltalk.org/that-which-is-hateful-to-you-do-not-do-to-your-fellow-that-is-the-whole-torah-the-rest-is-interpretation-from-the-elder-hillel-in-babylonian-talmud-shabbat-31a/> [enlace verificado el 19 de agosto de 2022]). No hay que compartir necesariamente esta opinión de un eminente colega extranjero, pero sí hay que tomar nota de ella. Diferente, *Schünemann* (nota al pie n.º 110), p. V s. (por un lado, “moho de [...] algunos cientos de años”, “fuera de lugar”, bajo “umbral de atención”, por otro, “estilo científico libre”, pero también —como *Weiler*— una metáfora de cementerio: “cementerio de días dormidos, pasado silencioso”).

¹¹⁶ Sobre un concepto de ciencia que incluya la dogmática jurídica en este sentido (alimentar contenidos relevantes y nuevos como “producto de la reflexión metodológica”), *Hörnle* (nota al pie n.º 6), p. 186 ss. (189).

¹¹⁷ Convinciente, *Hörnle* (nota al pie n.º 6), p. 189 con nota al pie n.º 21.

Recensiones

“SI QUIERE UNA GARANTÍA, COMPRE UNA TOSTADORA. ENSAYOS SOBRE PUNITIVISMO Y ESTADO DE DERECHO”, DE ANDRÉS ROSLER

Lucía Solavagione (Bonn)

Fecha de recepción: 20 de agosto de 2022

Fecha de aprobación: 14 de octubre de 2022

ROSLER, Andrés, Si quiere una garantía, compre una tostadora. Ensayos sobre punitivismo y estado de derecho, Ciudad Autónoma de Buenos Aires, Editores del Sur, 2022.

Recientemente terminé la lectura del último libro de Andrés Rosler: *Si quiere una garantía, compre una tostadora. Ensayos sobre punitivismo y Estado de derecho*, más conocido a secas como *La tostadora*.

Rosler no se dedica al derecho penal, sino a la filosofía política y a la filosofía del derecho. Sin embargo, hoy se ha convertido, a mi modo de ver, en lectura imprescindible para todos los que sí nos dedicamos principalmente a esta rama del derecho.

La tostadora combina dos características que suelen definir a los textos de Rosler: a la vez que se toman con seriedad el trabajo académico, son muy amigables, amenos, incluso para los extraños al derecho. Creo que estas dos características, además de la elegancia en el estilo de escritura del autor, explican en gran medida el éxito editorial de su último libro —así como también el de su penúltimo libro *La ley es la ley. Autoridad e interpretación en la filosofía del derecho*—. Estas dos obras conforman la saga rosleriana en defensa de la autoridad del derecho y en contra del así llamado interpretativismo. *La tostadora* se centra en la especial vinculación entre esa corriente y el derecho penal. En particular, se resaltan allí los “daños” o efectos negativos de esta vinculación, de la mano

de los ejemplos del fallo “Batalla” de la Corte Suprema de Justicia de la Nación argentina y del juicio a Luis XVI.

Muy brevemente: el interpretativismo se caracteriza según Rosler por sostener que: i) el derecho debe ser *siempre* interpretado, ii) esa interpretación debe implicar una valoración moral y, como consecuencia de i) y ii), iii) los jueces son co-autores del derecho.¹ El punitivismo, por su parte, es en pocas palabras una corriente cuyo fin es “eliminar la impunidad cueste lo que cueste”.²

Creo que la tesis central del libro es la siguiente: el interpretativismo repercute en las, diría el propio Rosler, “otrora sagradas aguas del derecho penal”.³ Un derecho que, como sabemos, constituye la alternativa más gravosa que tiene el Estado para intervenir en la vida de un sujeto. Por lo tanto, las consecuencias de una mala aplicación de la ley (o directamente de su no aplicación) pueden ser verdaderamente preocupantes. Esta tesis central se podría resumir como sigue: *el interpretativismo es una herramienta o un vehículo del punitivismo*.

Para evitar algunos malentendidos, corresponde hacer una aclaración fundamental respecto de la crítica rosleriana al interpretativismo. No se trata de que el derecho consista *únicamente* en reglas que no deben ser interpretadas *nunca*. Porque Rosler no duda de que por supuesto habrá disposiciones normativas que requieran interpretación. Es más, ni siquiera duda de la posibilidad de apartarse o de desobedecer el derecho en determinados casos. Pues, según Rosler, tan irracional como sostener que la ley *siempre* debe ser interpretada sería sostener que *nunca* debe ser interpretada (o que la aplicación del derecho es puramente mecánica).

¹ ROSLER, *Si quiere una garantía, compre una tostadora. Ensayos sobre punitivismo y Estado de Derecho*, Ciudad Autónoma de Buenos Aires, Editores del Sur, 2022, p. 62. Cabe agregar que las tesis i) y iii) son de algunas de las diversas escuelas del realismo jurídico y son, además, tesis descriptivas que pueden ser verdaderas o falsas. Por el contrario, la tesis ii) es ajena a toda corriente realista —las cuales son descriptivas— dado que es una tesis normativa (carece de valor de verdad). Esta constituiría lo que Tarello llama una ideología de la interpretación (es decir, una serie de prescripciones al juez sobre qué es interpretar “correctamente”). Al respecto, véase entre otros: TARELLO, *El realismo jurídico americano*, Lima, Palestra Editores, 2017, pp. 104 ss.; TARELLO, *La Interpretación de la ley*, Lima, Palestra Editores, 2013, p. 13; CHIASSONI, *El problema del significado jurídico*, Ciudad de México, Editorial Fontamara, 2019, p. 124 ss., 129. Este es un punto central pues, como acertadamente señala Rosler, el interpretativismo se presenta como una descripción del derecho y no como lo que en realidad es: una serie de recomendaciones a los jueces. Podría sospecharse, entonces, que el interpretativismo pretende mostrarse como una variante del realismo cuando lo cierto es que está lejos de serlo. Esta corriente, entonces, opera bajo el deshonesto método de las definiciones persuasivas. Nos dice que informa cuando en realidad lo que pretende es prescribir.

² ROSLER, *supra* nota 1, p. 37.

³ ROSLER, *supra* nota 1, p. 142.

Sobre lo que sí duda Rosler es, por un lado, sobre la necesidad ubicua de interpretación y, por otro, sobre la confusión (¿intencional?) entre supuestos en los cuales sí es necesaria la tarea interpretativa del juez —es decir, “casos difíciles” por problemas vinculados a la vaguedad, ambigüedad, indeterminación, etc. de las premisas normativas en cuestión— y “casos claros” en sentido semántico pero “difíciles” en sentido axiológico, pues la solución normativa que da el derecho se considera incorrecta.

Considero que la crítica de Rosler al interpretativismo no se puede entender correctamente sin tener presente esta distinción —es decir, disposiciones que deben ser interpretadas para poder aplicarse y disposiciones que no requieren interpretación pero cuya aplicación le resulta al decisor axiológicamente problemática—. Según el autor, la apelación a la (supuesta) necesidad (ubicua) de interpretar sirve para enmascarar lo que en realidad es la desobediencia al derecho. En otras palabras, se trata del apartamiento de las disposiciones normativas aplicables y de consecuentes decisiones judiciales en contra de la ley. Este es precisamente el enfoque de Rosler en lo referido al mencionado fallo “Batalla”: el significado del derecho aplicable al caso era básicamente claro y no existía imposibilidad de darle un sentido unívoco a la ley.⁴ No se trataba, entonces, de una discusión sobre la interpretación de las disposiciones normativas en cuestión, sino de una discusión moral referida al merecimiento de un beneficio legal a quienes realizaron conductas delictivas que encuadraban en una determinada categoría de delitos (de lesa humanidad).⁵ Así entonces, Rosler muestra que en el ámbito penal el interpretativismo puede ser utilizado como herramienta de decisiones judiciales punitivistas.

Quisiera dar cuenta ahora de la importancia de la distinción anterior (problema interpretativo en sentido estricto vs. problema axiológico) para el derecho penal.

El derecho penal es el único (sub)sistema normativo con una característica muy particular que lo diferencia de otras áreas del derecho: la presencia de una regla de clausura, la presencia del *nullum crimen sine lege* —que además de funcionar como regla de clausura es expresión del derecho penal liberal—. Esta regla hace que los sistemas penales se caractericen por ser *sistemas lógicamente cerrados*.⁶ Desde la perspectiva del derecho penal, toda acción humana concebible *está regulada*, aunque no *necesariamente tipificada*. Toda conducta está regulada, pues una acción es típica o no lo

⁴ Véase al respecto el voto del juez Rosenkrantz (Fallos: 341:1768, p. 1833).

⁵ ROSLER, *supra* nota 1, pp. 83 s.

⁶ Al respecto, véase: ALCHOURRÓN / BULYGIN, *Sistemas normativos. Introducción a la metodología de las ciencias jurídicas*, Buenos Aires y otra, Astrea, 2012, pp. 198 ss.

es. Si es típica —y además se satisfacen otros requisitos—, se deberá aplicar la sanción que establece el tipo y si no lo es, será obligatorio sobreseer o absolver.⁷ En estos sistemas, entonces, todo caso (genérico)⁸ tiene una solución (igualmente genérica) es decir, a todo caso se le asigna una consecuencia normativa. Dado que la clausura en los sistemas penales es relativa a un universo de soluciones determinado —el de las prohibiciones vinculadas a una sanción de una índole determinada—, estos sistemas no son absolutamente cerrados. Por ello, la regla de clausura penal se enuncia del siguiente modo: “todo lo que no está penalmente prohibido, está penalmente permitido”.⁹ En este ámbito, entonces, todos los casos tienen una solución y, por lo tanto, respecto de los sistemas penales no puede predicarse la existencia de una laguna normativa.¹⁰

En ocasiones —y aquí es donde radica el problema y creo que *esto* es lo central de la crítica de Rosler para el ámbito del derecho penal—, los juzgadores se encuentran ante un caso que no es típico, pero que en un sentido estrictamente lógico sí está regulado: la consecuencia normativa en estos casos es la de sobreseer o absolver (o directamente no habrá si quisiera proceso penal). En estas situaciones lo que puede existir, en realidad, es lo que los penalistas denominan *laguna de punibilidad*, es decir, una clase de conductas cuya criminalización está —a criterio del juzgador— fundamentada, pero que sin embargo no ha sido tomada en cuenta por el legislador.

Las lagunas de punibilidad constituyen, a mi entender, *lagunas axiológicas*.¹¹ Se trata, precisamente, de situaciones en las que el legislador no ha tenido en cuenta una distinción que, a criterio del juzgador, sí debía tener en cuenta. Como explican Alchourrón y Bulygin: “[E]ste tipo de lagunas suponen, pues, la existencia de una propiedad relevante (en el sentido prescriptivo del término) para el caso en cuestión, que, sin embargo, es irrelevante (en el sentido descriptivo) para el sistema considerado”.¹² Es decir, las lagunas de esta clase exigen la existencia de una propiedad que debe ser relevante de acuerdo con un determinado criterio axiológico (hipótesis de

⁷ Ambas son soluciones claras en el sentido de Alchourrón y Bulygin, esto es, contenidos deónticamente caracterizados (es decir, modulados por un operador deóntico; en el ámbito del derecho penal siempre necesariamente). A modo de ejemplo, el tipo penal de homicidio del Código penal argentino (art. 79) sería formulado de la siguiente manera: 79 CP “Op (8/25a)” y “Os”, “s” de sobreseer.

⁸ Sobre la distinción entre “casos genéricos” y “casos individuales”: ALCHOURRÓN / BULYGIN, *supra* nota 6, pp. 43 ss.

⁹ ALCHOURRÓN / BULYGIN, *supra* nota 6, p. 200.

¹⁰ Lagunas normativas son, entonces, casos genéricos sin solución. Esta clase de lagunas solamente pueden resolverse incorporando una nueva norma al sistema (ALCHOURRÓN / BULYGIN, *supra* nota 6, pp. 29 ss.).

¹¹ SOLAVAGIONE, *Administración desleal y taxatividad penal* [Tesis de maestría no publicada], Universidad Nacional de Córdoba, 2019.

¹² ALCHOURRÓN / BULYGIN, *supra* nota 6, p. 156.

relevancia).¹³ Esto significa que la solución que da el sistema normativo en cuestión se considera axiológicamente inadecuada, incorrecta, disvaliosa, inmoral, etc., precisamente, porque no tiene en cuenta la propiedad considerada relevante en sentido prescriptivo.¹⁴ Ahora bien, *determinar si una propiedad debe o no ser relevante es un problema axiológico y supone un juicio de valor*.¹⁵

Las consideraciones anteriores sirven para entender la objeción de Rosler a la decisión de la Corte Suprema de Justicia de la Nación en “Batalla”. Allí, la defensa sostuvo que una omisión no es una ambigüedad.¹⁶ Esto es correcto: la ambigüedad es un problema referido al significado de los términos y da lugar a problemas interpretativos.¹⁷ Por el contrario, la omisión del legislador de hacer alguna distinción (p. ej., entre delitos comunes y delitos de lesa humanidad), por más relevante que nos pueda parecer, no es un problema interpretativo en sentido estricto. Parafraseando a Rosler: la incorporación de requisitos o condiciones que no figuran en el derecho no constituye interpretación; no es una discusión sobre el significado de los términos, es una discusión sobre el valor de una norma.¹⁸

En definitiva: es *especialmente* en el derecho penal donde corresponde ser serios (y estrictos en la lectura de las disposiciones normativas) y distinguir con precisión entre problemas semánticos o de indeterminación de las premisas normativas (que sí dan lugar a desacuerdos interpretativos) de verdaderas lagunas axiológicas. Debido a la presencia de una regla de clausura del *nullum crimen*, las normas del derecho penal deben considerarse inderrotables. *En estos casos, la solución no puede ser otra que considerar a la propiedad valorada por el juzgador como relevante (en sentido prescriptivo) como irrelevante en sentido descriptivo*.¹⁹ Como explica Jorge Rodríguez: “si el juez, con independencia de ello, decide tomarla como relevante para su decisión, estará dejando de lado la solución normativa preestablecida por el sistema”.²⁰ Es el legislador quien debe evaluar si es necesario y, en su caso, cómo debe llenarse esta laguna. De esta forma, se evita la confusión entre el derecho que es con el

¹³ RODRÍGUEZ, *Lógica de los sistemas jurídicos*, Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2002, p. 73.

¹⁴ ALCHOURRÓN / BULYGIN, *supra* nota 6, p. 157.

¹⁵ RODRÍGUEZ, “Lagunas axiológicas y relevancia normativa”, en *Doxa. Cuadernos de Filosofía del Derecho*, n.º 22, p. 354.

¹⁶ CSJN, Fallos: 341:1768, p. 1790.

¹⁷ Al respecto, véase GUASTINI, *Interpretar y argumentar*, Madrid, Centro de Estudios políticos y constitucionales, p. 81.

¹⁸ ROSLER, *supra* nota 1, p. 87.

¹⁹ Cfr. RODRÍGUEZ, “La imagen actual de las lagunas en el derecho”, en: ATRIA, Fernando *et al.*, *Lagunas en el derecho. Una controversia sobre el derecho y la función judicial*, Madrid y otra, Marcial Pons, 2005, p. 155; RODRÍGUEZ, *supra* nota 13, p. 379.

²⁰ RODRÍGUEZ, *supra* nota 15, p. 368.

que *debería ser*. Confusión que, como dice Rosler, “no solamente es un serio error conceptual, sino que además es muy peligrosa políticamente”.²¹

Sería interesante que, en el futuro, Rosler abordara la pregunta de si —y en su caso, cómo— el interpretativismo es utilizado como herramienta, no exclusivamente del punitivismo, sino también de lo opuesto; esto es, si existe una (innecesaria) interpretación de disposiciones normativas (claras) para beneficiar al sujeto acusado por el Estado como posible autor de un delito. En otras palabras, si el interpretativismo es también instrumento de un, por denominarlo de algún modo, garantismo infundado.

Bibliografía

ALCHOURRÓN, Carlos E. / BULYGIN, Eugenio, *Sistemas Normativos. Introducción a la metodología de las ciencias jurídicas*, 2.ª ed., Buenos Aires y otra, Astrea, 2012.

CHIASSONI, Pierluigi, *El problema del significado jurídico*, Ciudad de México, Editorial Fontamara, 2019.

GUASTINI, Riccardo, *Interpretar y argumentar*, Madrid, Centro de Estudios políticos y constitucionales, 2014.

RODRÍGUEZ, Jorge, “La imagen actual de las lagunas en el derecho”, en ATRIA, Fernando *et al.*, *Lagunas en el derecho. Una controversia sobre el derecho y la función judicial*, Madrid y otra, Marcial Pons, 2005, pp. 127-157.

—, *Lógica de los sistemas jurídicos*, Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2002.

—, “Lagunas axiológicas y relevancia normativa”, en *Doxa. Cuadernos de Filosofía del Derecho*, n.º 22, 1999, pp. 349-369.

ROSLER, Andrés, *Si quiere una garantía, compre una tostadora. Ensayos sobre punitivismo y Estado de Derecho*, Ciudad Autónoma de Buenos Aires, Editores del Sur, 2022.

²¹ ROSLER, “Imágenes y objeciones: John Finnis y la libertad académica”, publicado en el blog *La Causa de Catón*, 2019, disponible en: <http://lacausadecaton.blogspot.com/search?q=john+finnis> [enlace verificado el día 28 de agosto de 2023].

—, “Imágenes y objeciones: John Finnis y la libertad académica”, en *La causa de Catón*, 10/01/2019, disponible en: <http://lacausadecaton.blogspot.com/search?q=john+finnis> [enlace verificado el 11 de agosto de 2023].

SOLAVAGIONE, Lucía Gabriela, *Administración desleal y taxatividad penal* [tesis de maestría no publicada], Universidad Nacional de Córdoba, 2019.

TARELLO, Giovanni, *El realismo jurídico americano*, Lima, Palestra Editores, 2017.

—, *La Interpretación de la ley*, Lima, Palestra Editores, 2013.

PAUTAS DE PUBLICACIÓN

1. EN LETRA: DERECHO PENAL se define como un espacio editorial cuya premisa fundamental consiste en fomentar el debate institucional a partir de la crítica informada de materias actuales de interés general, desde una perspectiva académica.

De allí que son pautas sustanciales para la remisión de artículos para la Revista EN LETRA: DERECHO PENAL:

a. Carácter inédito del texto. No debe estar publicado, total o parcialmente, en soporte papel ni digital alguno, lo que incluye —aunque no se limita a—: libros, capítulos de libros, artículos, compilaciones, revistas impresas o electrónicas, suplementos digitales, blogs y sitios de Internet en general.

b. Originalidad y relevancia. Se pretende el análisis de temáticas relevantes a partir de aportes y perspectivas originales, tales que permitan un debate académico e informado de materias actuales.

c. Sistemática y rigurosidad académica. Es preciso que las ideas manifestadas en el texto formen un todo coherente, cohesivo y articulado. El desarrollo y la conclusión deben presentar una extensión razonable y ser acordes a los objetivos planteados en el trabajo. Y a su vez, deben respetarse las reglas gramaticales y ortográficas de la lengua española, y los parámetros generalmente aceptados del discurso académico-científico.

2. Deben redactarse en soporte digital: procesador de textos Microsoft Word 2003 o posterior. Fuente Times New Roman, tamaño 12 puntos, interlineado de 1,5 líneas, hoja tamaño A4 (210 x 297 mm) y márgenes por defecto (superior e inferior 2,5 cm; izquierdo y derecho 3 cm). Las notas a pie de página deben redactarse en tamaño 10 puntos e interlineado simple. La extensión del trabajo —incluyendo notas al pie, citas en el cuerpo del trabajo y bibliografía al final del artículo— debe ser de 15 a 25 páginas. En casos de contribuciones de gran importancia e interés científico podrán publicarse, excepcionalmente, trabajos más extensos.

3. El orden a seguir en la presentación es el siguiente:

a. Título del trabajo en español. Es posible consignar, en nota al pie, cualquier agradecimiento, dedicatoria, aclaración o comentario sobre el texto.

b. Nombre completo del autor o los autores. Es necesario consignar, en nota al pie, profesión, títulos, la afiliación institucional y un correo electrónico de contacto.

c. Resumen del trabajo en español (5 a 15 líneas).

d. Palabras clave en español.

e. Título y resumen del trabajo en inglés (e ser posible).

f. Palabras clave en inglés (de ser posible).

g. Cuerpo del trabajo.

h. Bibliografía.

4. Las notas a pie de página se numerarán consecutivamente en el cuerpo del trabajo y no al final del documento.

5. Los apellidos de los autores se escriben EN VERSALITAS. El nombre del autor solamente se colocará al final del texto, en un apartado dedicado exclusivamente a la bibliografía. Si en vez de ser autor se trata del editor del volumen, va seguido de “(ed.)” y, si es compilador, de “(comp.)”. En caso de ser varios los autores, se coordinan con el símbolo “/”, y de ser más de cinco los autores, es posible colocar la expresión *et al.* (en cursiva). Si son editores, tras los autores se coloca entre paréntesis “(eds.)” y si son compiladores “(comps.)”.

Los títulos de los libros y los nombres de las revistas se escriben en *bastardilla*. En cambio, los títulos de los artículos y capítulos van “entre comillas dobles”. En todos los casos, se deberá colocar el año de publicación (y, si es diferente de la primera edición entre corchetes el año original) y al final el lugar de edición y la editorial. En el caso de las revistas, al final se incluirá el número de volumen, tomo o fascículo. Tanto en el caso de las revistas como en el de capítulos de libros, se indicarán las páginas de inicio y fin (con números completos).

Ejemplos de citas:

a) *Monografías y manuales*

SANCINETTI, Marcelo, *Teoría del delito y disvalor de acción*, Buenos Aires, Hammurabi, 2005 [1991].

b) Capítulos dentro de libro individual

GIMBERNAT, Enrique, “¿Tiene un Futuro la Dogmática Juridicopenal?”, en *Estudios de Derecho Penal*, 3.ª ed., Madrid, Tecnos, 1990 [1970], pp. 158-183.

c) Capítulos dentro de libro colectivo

GALLI, María de las Mercedes, “El desistimiento de la tentativa. La ‘voluntariedad’ como presupuesto para la eximición de pena contenida en el art. 43 del Código Penal”, en ZIFFER, Patricia (ed.), *Jurisprudencia de Casación Penal*, Tomo I, Buenos Aires, Hammurabi, 2009, pp. 15-44.

d) Artículos en revista

FLETCHER, “New Court, Old Dogmatik”, en *Journal of International Criminal Justice*, vol. 9, 2011, pp. 179-190.

e) Jurisprudencia nacional

En las citas se consignarán el tribunal (en mayúsculas abreviadas o versales), la sala (si correspondiera), los “autos” (entre comillas), la fecha de la decisión y, si lo hubiera, la fuente de donde se tomó la sentencia concreta, que se cita entre paréntesis o corchetes:

Ejemplo:

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA NACIÓN, "Priebke, Erich s/ Solicitud de extradición", 2 de noviembre de 1995 (Fallos 318:2148)

f) Jurisprudencia internacional

En las citas se consignarán el tribunal (en mayúsculas abreviadas o versales), el nombre del caso y/o las partes (entre comillas y/o entre paréntesis), la fecha de la decisión y, si lo hubiera, la fuente de donde se tomó la sentencia concreta, que se cita entre paréntesis o corchetes:

Ejemplo:

CORTE PENAL INTERNACIONAL, SJ II, *Fiscal c. Germain Katanga*, “Judgment on the Appeal of Mr. Germain Katanga against the Oral Decision of Trial Chamber II of 12 June 2009 on the Admissibility of the Case”, 25 de septiembre de 2009.

g) Citas de Internet

Solo se admitirán, generalmente, cuando no exista otra fuente de información y siempre que la página web sea totalmente confiable (en general se trata de publicaciones en formato electrónico o documentos oficiales, no de páginas personales o blogs). Debe indicarse al final no solamente la página de Internet sino también, entre corchetes, la fecha en que se consultó por última vez:

Ejemplo:

AMBOS, Kai, “Dogmática jurídico-penal y concepto universal de hecho punible”, en *Política criminal*, número 5, p. 25. Disponible en: http://www.politicacriminal.cl/n_05/A_6_5.pdf [enlace verificado el 5 de abril de 2015].

Casos Especiales

a) Obras traducidas

En las obras traducidas deberá aclararse quién realizó la traducción:

JAKOBS, Günther, *Derecho Penal. Parte General. Fundamentos y teoría de la imputación* (trad. Joaquín CUELLO SERRANO y José Luis SERRANO GONZÁLEZ DE MURILLO), 2.ª ed., Madrid, Marcial Pons, 1997 [1991].

b) Festschrift y comentarios

Tanto los artículos publicados en libros homenajes (Festschrift) como en comentarios a leyes (ej. StGB) se citarán a partir de un sistema abreviado:

HOYER, Andreas, “‘Umräumen von Möbeln’ auf offener Bühne”, en *FS-Frisch*, Duncker & Humblot, Berlín, 2013, pp. 223 ss.

ESER/BOSCH, “§ 242”, en *S/S-StGB*, 28.ª ed., Múnich, C.F. Müller, 2011, n.º m. 37 ss.

6. El envío deberá realizarse exclusivamente por correo electrónico a la dirección enletrapenal@enletra.com. Dentro de las 48 horas se contestará con un acuse de recibo.

7. Recibido el artículo, el Comité Editorial procederá a evaluarlo para su publicación en el próximo número de la Revista, de acuerdo con el procedimiento establecido. En todo caso, podrá solicitar al autor que realice modificaciones formales o sustanciales en su trabajo con anterioridad a su publicación.

PAUTAS SUSTANCIALES Y FORMALES PARA LA REMISIÓN DE RÉPLICAS Y DÚPLICAS

8. Son de aplicación las señaladas para el envío de artículos, a excepción de las siguientes:

- a. El objeto de la réplica viene constituido por el texto replicado y la temática abordada por este. El objeto de la dúplica resulta igualmente de la réplica y la temática en cuestión.
- b. La extensión de la réplica o la dúplica será de 15 páginas como máximo.

CESIÓN DE DERECHOS DE AUTOR Y ASUNCIÓN DE RESPONSABILIDAD

El envío de material a EN LETRA: DERECHO PENAL con miras a su publicación en la revista supone el conocimiento y aceptación de las presentes pautas por parte del autor o de los autores, la declaración formal de que dicho material es inédito y de su autoría, la cesión irrevocable a EN LETRA: DERECHO PENAL de los derechos de autor sobre aquel y la asunción exclusiva de responsabilidad por eventuales daños que la publicación del material pudiera causar a EN LETRA: DERECHO PENAL, sus integrantes o a terceras personas. A tal fin, en ocasión de notificar la aprobación del trabajo y antes de su publicación, se requerirá del autor o de los autores el envío de un compromiso firmado que se les hará llegar oportunamente.

PROCEDIMIENTO DE EVALUACIÓN

El procedimiento de evaluación varía según los tipos textuales enviados a EN LETRA: DERECHO PENAL (artículos, réplicas, columnas, traducciones y comentarios bibliográficos), ya sea que se remita en virtud de la convocatoria editorial abierta y permanente o a través de una invitación a publicar del Comité Editorial de la revista.

Con respecto a los artículos, todo original es sometido a un proceso de dictamen por pares académicos bajo la modalidad doble ciego (*peer review double blind*). Antes de someter el artículo a evaluación de los árbitros, la Secretaría de Redacción realiza un primer informe sobre la adecuación del artículo a las pautas formales de la revista. En caso de incumplimiento de alguna pauta, se le solicitará al autor que modifique su trabajo. Posteriormente, se les asigna el trabajo a árbitros externos, especializados en la materia y con antecedentes equivalentes o superiores a los del autor. Cada dictamen concluirá con el voto por la aprobación o rechazo del trabajo, o el condicionamiento de su publicación a la realización de modificaciones por el autor. El resultado se alcanza por mayoría simple de votos y en cualquier supuesto de empate se estará por solicitar al autor las modificaciones señaladas. En todos los casos, los dictámenes fundados son remitidos al autor.

En cuanto al sistema de doble ciego (*double blind*), el procedimiento de evaluación es anónimo en dos sentidos. Por un lado, los árbitros ignoran la identidad del autor del material que evalúan; a tal fin, antes de la asignación del trabajo, la Secretaría de Redacción quita todo dato o indicio que pudiera conducir a conocer la autoría (nombre, afiliación institucional, agradecimientos, dedicatorias, etc.). Por otra parte, los dictámenes individuales no son suscriptos por los evaluadores, de modo que estos permanecen anónimos para el autor que recibe el resultado del arbitraje.

Las columnas solamente serán publicadas tras una invitación por parte del Comité Editorial y la decisión sobre su publicación se toma a partir de una mayoría simple de los miembros de dicho comité. Para los comentarios bibliográficos se procede de la misma forma, con la diferencia de que la convocatoria es abierta (no se requiere invitación).



EN LETRA
DERECHO PENAL

Año VIII, N.º 15 Nov de 2022

Dirección:

Leandro A. Díaz (Dir.)
José R. Béguelin (Sub.)
Noelia T. Núñez (Sub.)
Pablo D. Larsen (Sub.)
Lara Benítez (Sec.)
Agustina Szenkman (Sec.)

Comité Editorial:

Ltonella Donnes
Tomás Fernández Fiks
Ezequiel Jiménez
Magdalena Legris
Santiago Mollis
Noelia T. Núñez
María Belén Rodríguez Manceñido
Diana Veleda
Thomas Wostry

