

MATUS, Jean Pierre. "Por qué citamos a los alemanes y otros apuntes metodológicos".

*Polít. Crim.*. N° 5, 2008, A5-5, pp. 1-35.

[[http://www.politicacriminal.cl/n\\_05/a\\_5\\_5.pdf](http://www.politicacriminal.cl/n_05/a_5_5.pdf)]

## **Por qué citamos a los alemanes y otros apuntes metodológicos\* \*\***

Prof. Dr. Jean Pierre Matus

Director Centro de Estudios de Derecho Penal de la Universidad de Talca

[jpmatusa@utalca.cl](mailto:jpmatusa@utalca.cl)

### **Resumen**

El autor analiza el método empleado por la *Strafrechtswissenschaft* para el establecimiento de teorías que luego son traspuestas a otros sistemas jurídicos, como el chileno. Se demuestra tanto la capacidad de dichas teorías para adaptarse a otros ordenamientos, como su simultánea incapacidad para hacer más "segura" y "calculable" la aplicación del derecho penal. Finalmente, se concluye que para alcanzar ese objetivo, es necesario formular teorías propias o adaptar las que lo cumplan, con independencia del momento y lugar de su formulación.

### **Palabras clave**

*Strafrechtswissenschaft*, dogmática penal, Chile, metodología.

### **Abstract**

The author analyzes the method employed by the *Strafrechtswissenschaft* for the establishment of theories which are then transposed to other legal systems, as the Chilean. It demonstrates both the ability of such theories to suit other jurisdictions, as his simultaneous inability to do more "safe" and "calculated" the criminal law enforcement. Finally, we conclude that to achieve this goal, it is necessary to formulate their own theories or adapt the respect it, regardless of time and place of its formulation.

### **Key Words**

*Strafrechtswissenschaft*, criminal law, Chile, methodology.

---

\* Artículo recibido con fecha 27 de junio de 2008 y aprobado por el Comité Editorial el día 10 de julio de 2008.

\*\*El presente artículo fue escrito durante mi estadía en el Departamento de Derecho Penal Extranjero e Internacional del Instituto de Ciencias Criminales de la Universidad de Gotinga (Alemania), durante los meses de marzo y junio de 2008, y es producto de una investigación iniciada en agosto de 2007, como parte de una Beca Post-Doctoral financiada por la Fundación Alexander von Humboldt, a cuyos directivos, funcionarios y colaboradores agradezco profundamente. Mis agradecimientos se dirigen además al Sr. Rector y directivos de la Universidad de Talca, quienes me han permitido disfrutar esta larga estancia de investigación.

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

MATUS, Jean Pierre. “Por qué citamos a los alemanes y otros apuntes metodológicos”.

*Polít. Crim.*. Nº 5, 2008, A5-5, pp. 1-35.

[[http://www.politicacriminal.cl/n\\_05/a\\_5\\_5.pdf](http://www.politicacriminal.cl/n_05/a_5_5.pdf)]

## 1.

Un análisis exploratorio de las citas contenidas en el *Anuario de Derecho Penal* y en la *Revista de Derecho Penal Contemporáneo* nos muestra que, en la actualidad más del 35% de las referencias de los autores iberoamericanos corresponden a autores alemanes. Sin embargo, durante los primeros años posteriores a la Segunda Guerra Mundial era tan fuerte el impacto de la doctrina italiana en la española, que incluso era superior a la alemana.<sup>1</sup>

La situación es coincidente con el desarrollo de la disciplina en Chile. En efecto, y sin necesidad de ningún cambio relevante en el Código penal chileno de 1874, después del predominio inicial a fines del siglo XIX del *método exegético* de los comentaristas españoles —esto sí muy explicable, dado el hecho de que el Código nuestro fue, en muchas partes, simplemente copiado del español de 1848—,<sup>2</sup> se vivió un breve dominio del *positivismo italiano*<sup>3</sup> y de la escuela de la *técnica jurídica* de ese país.<sup>4</sup> Sin embargo, a través de la obra divulgadora de Jiménez de Asúa y de las traducciones españolas de los tratados de Liszt, Merkel, Beling, Mezger y Maurach,<sup>5</sup> “la doctrina alemana [...] condujo a un notable florecimiento de la doctrina chilena, en los años 60 y comienzos de los años 70”,<sup>6</sup> lo que dio pie incluso a la realización de una traducción nacional de la 11ª edición alemana del derecho penal de Welzel, por parte de los entonces jóvenes profesores chilenos Juan Bustos y Sergio Yáñez.<sup>7</sup> Esta “recepción entusiasta” y la “admiración” “por la elegancia y armonía” de los sistemas dogmáticos alemanes,<sup>8</sup> es hoy en día tan asentada en Chile, que no sólo las “partes generales” actualmente al uso están basadas en variantes de las propuestas sistemáticas germanas,<sup>9</sup> sino que también en los trabajos preparatorios del

---

<sup>1</sup> Ver Anexo Nº 2.

<sup>2</sup> MATUS ACUÑA, Jean Pierre. “Fernández, Fuenzalida y Vera: Comentaristas, autodidactas y olvidados. Análisis diacrónico y sincrónico de la doctrina penal chilena del siglo XIX.” *Ius et Praxis*. Vol. 12, nº 1 (2006), pp. 31-67. En [http://www.scielo.cl/scielo.php?pid=S0718-00122006000100003&script=sci\\_arttext](http://www.scielo.cl/scielo.php?pid=S0718-00122006000100003&script=sci_arttext) [visitado el 11.02.2008].

<sup>3</sup> MATUS ACUÑA, Jean Pierre. “El positivismo en el derecho penal chileno: análisis sincrónico y diacrónico de una doctrina de principios del siglo XX que se mantiene vigente.” *Revista de Derecho Universidad Austral de Valdivia*. Vol. 20, Nº 1 (2007), pp. 175-203. En <http://www.scielo.cl/pdf/revider/v20n1/art08.pdf> [visitado el 11.02.2008].

<sup>4</sup> CARNEVALI, Raúl. “La ciencia penal italiana y su influencia en Chile”. Manuscrito facilitado por su autor.

<sup>5</sup> Para un detallado recuento de las traducciones producidas en uno y otro sentido, como indicador del recíproco interés entre las doctrinas germano e hispano parlantes, véase el Anexo Nº 1.

<sup>6</sup> POLITOFF, Sergio; MATUS, Jean Pierre; RAMÍREZ, Ma. Cecilia. *Lecciones de derecho penal chileno*. 2ª Ed. Santiago de Chile: Ed. Jurídica de Chile, 2004. 613 pp., p. 42s., donde agregamos que, lamentablemente, dicha “recepción entusiasta” suele hacerse “a menudo sin discriminación” de las diferentes “realidades históricas, sociales y culturales” que ellas presuponen y, por tanto, no ha ido siempre acompañada de “una comprensión clara de la consecuencias para la política criminal de una u otra opción”.

<sup>7</sup> WELZEL, Hans. *Derecho Penal Alemán. Parte General*. 11ª Ed. Trad. BUSTOS RAMÍREZ, Juan; YÁÑEZ, Sergio. Santiago de Chile: Ed. Jurídica de Chile, 1970.

<sup>8</sup> POLITOFF / MATUS / RAMÍREZ, *Lecciones*, cit. en nota nº 6, p. 43.

<sup>9</sup> Aparte de la nuestra, que sigue una sistemática “clásica” (POLITOFF / MATUS / RAMÍREZ, *Lecciones*, cit. en nota nº 6), pueden consultarse los textos marcadamente “finalistas” de CURY, Enrique. *Derecho penal. Parte general*. 7ª ed. Santiago de Chile: Ediciones Universidad Católica de Chile, 2005; GARRIDO MONTT. *Derecho Penal. Parte General. T. II. Nociones Fundamentales de la Teoría del Delito*. 3ª Ed. Santiago de

MATUS, Jean Pierre. “Por qué citamos a los alemanes y otros apuntes metodológicos”.

*Polít. Crim.*. N° 5, 2008, A5-5, pp. 1-35.

[[http://www.politicacriminal.cl/n\\_05/a\\_5\\_5.pdf](http://www.politicacriminal.cl/n_05/a_5_5.pdf)]

Anteproyecto de Código Penal de 2005, particularmente respecto de la Parte General, y en los cuales –junto a Héctor Hernández– participé activamente en su redacción como miembro de la “Secretaría Técnica del Foro Penal”, se adoptó prácticamente sin discusión la decisión de recurrir al derecho y a la doctrina chilena, española y *alemana* como fuentes principales para su elaboración, dejándose completamente de lado la italiana, tan importante en la primera mitad del siglo XX.<sup>10</sup>

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

“Hace treinta años había la polémica entre las teorías causal y final de la acción con todas sus implicaciones dogmáticas, como la diferenciación entre error de tipo y error de prohibición, autoría y participación, etcétera. Después, bajo el influjo de Roxin, se tomó como base metodológica de la ciencia penal las teorías de la imputación objetiva y del dominio del hecho, así como la necesaria relación entre política criminal y dogmática penal. Hoy en día, sobre todo entre los jóvenes profesores de derecho penal, se puede sentir la influencia de los planteamientos funcionalistas como, por ejemplo, los de Jakobs”.<sup>11</sup>

## 2.

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

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

---

Chile: Editorial Jurídica de Chile, 2003. 358 pp.; y el más bien “eclectico” de ETCHEBERRY, Alfredo. *Derecho penal*. 3ª ed. Santiago de Chile: Editorial Jurídica de Chile, 1998.

<sup>10</sup> Ver SECRETARÍA TÉCNICA COMISIÓN FORO PENAL. “Materiales de Estudio presentados a la Comisión Foro Penal, Parte General.” *Política Criminal*. N° 1 (2006), D2, pp. 1-223. En [http://www.politicacriminal.cl/n\\_01/pdf\\_01/d\\_2.pdf](http://www.politicacriminal.cl/n_01/pdf_01/d_2.pdf) [visitado el 11.02.2008].

<sup>11</sup> MUÑOZ CONDE, Francisco. “Geglückte und folgendlose Strafrechtsdogmatik? (Kommentar)”. En: ESER, Albin; HASSEMER, Windfried; BURKHARDT, Björn (eds.). *Die deutsche Strafrechtswissenschaft vor der Jahrtausendwende. Rückbesinnung und Ausblick*. München: C.H. Beck, 2000. 465 pp., pp. 199-211, quien agrega, en todo caso, que no por ello se debe pensar “que la dogmática española no tiene un perfil propio, pues en muchos problemas llega a soluciones diferentes de las que son dominantes en Alemania” (nota al pie n° 31 en p. 208s). Para una exposición sobre de la entrada en España de la “dogmática” alemana a partir del segundo cuarto del siglo XX, de la mano de los discípulos de von Liszt: Antón Oneca, Saldaña, Cuello Calón y Jiménez de Asúa, y sin necesidad de cambio legislativo alguno, véase, además, CEREZO MIR, José. *Curso de Derecho Penal Español. Parte General I. Introducción*. 6a. Ed. Madrid: Tecnos, 2004. 308 pp., pp. 112-123, con ulteriores referencias.

MATUS, Jean Pierre. "Por qué citamos a los alemanes y otros apuntes metodológicos".

*Polít. Crim.*, Nº 5, 2008, A5-5, pp. 1-35.

[[http://www.politicacriminal.cl/n\\_05/a\\_5\\_5.pdf](http://www.politicacriminal.cl/n_05/a_5_5.pdf)]

La respuesta más sencilla a esta pregunta es decir algo así como porque, en el amplio panorama mundial, *la Strafrechtswissenschaft se encuentra en la actualidad en el más alto nivel "científico" y metodológico posible.*

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

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

en cambio,

"cuanto menos desarrollada esté una dogmática, más imprevisible será la decisión de los tribunales, más dependerán del azar y de factores incontrolables la condena o la absolución. Si no se conocen los límites de un tipo penal, si no se ha establecido dogmáticamente su alcance, la punición o impunidad de una conducta no será la actividad ordenada y meticulosa que debería ser, sino una cuestión de lotería. Y cuanto menor sea el desarrollo dogmático, más lotería, hasta llegar a la más caótica y anárquica aplicación de un Derecho penal del que -por no haber sido objeto de un estudio sistemático y científico- se desconoce su alcance y su límite."<sup>12</sup>

### 3.

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

"sobre la base de toda una discusión dogmática precedente [...] se escriben esos manuales y comentarios alemanes en los que se nos indica cuál es el contenido del Derecho positivo y se nos sugieren soluciones para interpretarlo de manera diferente a la dominante".<sup>13</sup>

Esto explicaría por qué, en palabras de Muñoz Conde,

"hay que reconocer que la influencia alemana entre nosotros es grande, pero que la mayoría de los penalistas españoles y su producción científica es desconocida cuando no ignorada en Alemania."<sup>14</sup>

---

<sup>12</sup> GIMBERNAT Ordeig, Enrique. "¿Tiene un futuro la dogmática jurídico-penal?". En: <http://www.unifr.ch/ddp1/derechopenal/articulos/html/artord2.htm> [visitado por última vez el 27.06.2008]. El texto apareció por primera vez en alemán con el título "Hat die Strafrechtsdogmatik eine Zukunft?", en la *ZStW*, t. 82 (1970), pp. 379-410.

<sup>13</sup> GIMBERNAT, "¿Tiene un futuro?", cit. nota anterior.

<sup>14</sup> MUÑOZ CONDE, Francisco. "Presente y futuro de la Dogmática jurídico-penal." *Revista Penal*, n.º 5 (2000), pp. 44-51, nota 29 en p. 51. Este texto es, en principio, la "traducción" al castellano del citado en la

MATUS, Jean Pierre. “Por qué citamos a los alemanes y otros apuntes metodológicos”.

*Polít. Crim.*. Nº 5, 2008, A5-5, pp. 1-35.

[[http://www.politicacriminal.cl/n\\_05/a\\_5\\_5.pdf](http://www.politicacriminal.cl/n_05/a_5_5.pdf)]

En efecto, dado que el derecho penal parece ser el más “parroquial” de los ámbitos del derecho positivo de cada país,<sup>15</sup> no sería criticable sino, al contrario, una consecuencia inevitable de ello, que la discusión en la *Strafrechtswissenschaft* se haya desarrollado de manera “conscientemente provinciana”, del mismo modo que sucede en la gran “parroquia” de los Estados Unidos de América,<sup>16</sup> concentrándose en el estudio de su propio derecho positivo, su jurisprudencia y las opiniones de sus autores, al punto de que en un análisis exploratorio de las citas contenidas en los artículos publicados en la *Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft* y en el *Goldammer’s Archiv für Strafrecht*, prácticamente el 95% de las referencias correspondan a autores alemanes.<sup>17</sup>

Desde este punto de vista, serían *innecesarias* las excusas de Roxin para justificar la indiferencia y desconocimiento que demuestran la mayor parte de los autores alemanes por el derecho penal que se cultiva más allá del Rhein, basadas en la limitada “capacidad de trabajo” humana, la barrera idiomática y la inexistencia en Alemania de bibliotecas adecuadas para la investigación del derecho extranjero, con excepción de la del *Max-Planck Institut für ausländisches und internationales Strafrecht* de Freiburg.<sup>18</sup>

#### 4.

Pero, en cambio, nosotros sí nos preocupamos de conocer el derecho positivo alemán, su jurisprudencia y obras doctrinarias, citándolas rigurosamente, a pesar de que en iberoamérica no es el alemán el idioma materno de la mayor parte de los operadores jurídicos ni de la inmensa mayoría de los destinatarios del sistema penal; no se dispone ni remotamente de los volúmenes contenidos en las bibliotecas jurídicas alemanas ni de los recursos para adquirirlos; y, dejando de lado lo halagador que ello pudiera ser, es dudoso que nosotros tengamos una “capacidad de trabajo” *superior* a la de los alemanes, que nos permita interesarnos sin dificultades en la dogmática local y en la alemana al mismo tiempo.

---

nota nº 11, aunque precisamente este párrafo no aparece en la versión en alemán. Con todo, el texto permite explicar por qué, aunque los autores españoles ofrezcan de cuando en vez soluciones divergentes a ciertos problemas planteados, ellas son ininteligibles sin relación a lo que sucede (o sucedió) en Alemania, lo que no a la inversa: el desarrollo de la dogmática alemana es completamente independiente de lo que ocurre al sur de los Pirineos.

<sup>15</sup> DUBBER, Markus D. “Criminal Law in Comparative Context.” *Journal of Legal Education*. Vol. 56, (2006), pp. 433-443, p. 433.

<sup>16</sup> FLETCHER, George P. “Deutsche Strafrechtsdogmatik aus ausländischer Sicht.” En: ESER / HASSEMER / BURKHARDT, *Deutsche Strafrechtswissenschaft*, cit. nota nº 11, pp. 235-253, p. 239s. Como señala Fletcher, quizás una diferencia entre ambas “parroquias” sea que, al menos en los Estados Unidos no se considera una “ciencia” el estudio del derecho penal, como sí lo hace la *Strafrechtswissenschaft*, a pesar de lo “ridículo” que parece ser hablar de una “ciencia” limitada lingüística y geográficamente.

<sup>17</sup> Ver Anexo Nº 2.

<sup>18</sup> ROXIN, Claus. “Die Strafrechtswissenschaft vor den Aufgaben der Zukunft”. En: ESER / HASSEMER / BURKHARDT, *Deutsche Strafrechtswissenschaft*, cit. nota nº 11, pp. 369-395, p. 381. Hay traducción al castellano: ROXIN, Claus. “La ciencia jurídico-penal ante las tareas del futuro”. En: *La Teoría del Delito en la discusión actual*. Trad. ABANTO, M. Lima: Grijley, 2006. 562 pp., pp. 3-40. En todo caso, al menos para los interesados en la materia en el norte de Alemania, ahora también se cuenta con la biblioteca de derecho comparado formada en la Universidad de Göttingen por el Prof. Kai Ambos.

MATUS, Jean Pierre. “Por qué citamos a los alemanes y otros apuntes metodológicos”.

*Polít. Crim.*. Nº 5, 2008, A5-5, pp. 1-35.

[[http://www.politicacriminal.cl/n\\_05/a\\_5\\_5.pdf](http://www.politicacriminal.cl/n_05/a_5_5.pdf)]

Luego, la pregunta que surge es por qué *nosotros* nos interesamos ahora tanto en los alemanes, dejando de lado la que antes considerábamos importante doctrina italiana y otras no menos relevantes en el mundo como la anglosajona, por ejemplo, si nuestro código penal recoge la tradición hispánica, y está tan alejado del *StGB* como del *Common Law*.

## 5.

En efecto, aunque sea una obviedad recordarlo, la base del Proyecto de nuestro Código Penal de 1874 fue el Código penal español de 1848/1850. Secundariamente se tuvo también en vista el Código belga de 1867, recomendado por el Ministro de Justicia. Y una razón muy importante para basarse fundamentalmente en el Código español de 1848/50 fue la circunstancia de contar con el muy castizo *Comentario* de Pacheco.<sup>19</sup>

Esta afirmación no es desmentida, sino confirmada, por el hecho de que el código penal español de 1848, base del chileno de 1874, recogiera en parte la *estructura* —que no el contenido— del código imperial brasileño basado en la *Gesetz über Verbrechen und schwere Polizei - Übertretungen* austríaca de 1803, pues, para empezar, la codificación austríaca de 1803 no es la alemana de 1871 ni la bávara de 1813.

Y en lo sustancial, como afirma Bravo Lira, “así como el CPB es derecho portugués codificado según los moldes de la ciencia penal centroeuropea, el CPE es derecho castellano, de las *Partidas*, la *Nueva Recopilación*, fueros y demás, puesto también en artículos, al modo centroeuropeo”.<sup>20</sup> La aislada reintroducción que se hizo en Chile de la atenuante de “irreprochable conducta anterior”, traída a colación en la discusión del Código precisamente con fundamento en el Código austríaco,<sup>21</sup> no constituye sino la excepción que confirma la regla.

Por otra parte, no debe olvidarse que a pesar de que el redactor del Código austríaco de 1803, Franz von Zeiller, pueda considerarse tanto un seguidor de Kant como de Feuerbach, el texto mismo del código tiene como antecedente directo, en lo que a concepto de la pena y estructura del delito se refiere, las anteriores codificaciones austríacas a partir de la *Theresiana* de 1768, y particularmente de la *Josephina* de 1787, de la cual puede considerarse, en estos aspectos, sólo una “ratificación”. Así, en cuanto a la teoría de la pena, el texto del párrafo 10 de la “Patente” del código de 1803, cuando declara que “el culpable no debe sufrir un mal mayor al que para la prevención del delito deba ser amenazado e impuesto”, parece corresponder sin duda a la teoría de la prevención general de

---

<sup>19</sup> Ver, con mayor detalle, el “Estudio premilinar” en RIVACOBIA Y RIVACOBIA, Manuel. *Código Penal de la República de Chile y Actas de la comisión redactora*. Valparaíso: EDEVAL, 1974. 574pp. *passim*.

<sup>20</sup> BRAVO LIRA, Bernardino. “Bicentenario del Código Penal de Austria: su proyección desde el Danubio a Filipinas”. *Revista de Estudios Histórico-Jurídicos*. Nº 26 (2004), pp. 115-155, XI [disponible en Internet en: [http://www.scielo.cl/scielo.php?script=sci\\_arttext&pid=S0716-54552004002600005&lng=es&nrm=iso](http://www.scielo.cl/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0716-54552004002600005&lng=es&nrm=iso), [visitado el 16.01.2008]. Las citas se hacen a los párrafos y apartados del texto de Internet.

<sup>21</sup> BRAVO LIRA, “Bicentenario”, XIII.1.

MATUS, Jean Pierre. “Por qué citamos a los alemanes y otros apuntes metodológicos”.

*Polít. Crim.*, Nº 5, 2008, A5-5, pp. 1-35.

[[http://www.politicacriminal.cl/n\\_05/a\\_5\\_5.pdf](http://www.politicacriminal.cl/n_05/a_5_5.pdf)]

Beccaria --quien trabajó personalmente en la Corte Austríaca al tiempo de dictarse la *Josephina*—, coincidente con la concepción entonces dominante en Austria.<sup>22</sup>

Y en cuanto los aspectos estructurales o sistemáticos que Bravo Lira enfatiza, particularmente en la forma de exponer las eximentes, agravantes y atenuantes, es el código austríaco de 1803 completamente ajeno al esquema después adoptado por Feuerbach: las principales eximentes se enumeran en un solo artículo (§ 2), como excluyentes de la “mala fe” constitutiva del delito (§ 1), con lo que de paso se excluyen los delitos culposos del sistema. Además, el tratamiento del consentimiento, de la participación y de los concursos nada tienen que ver con las propuestas de Feuerbach. Tampoco hace el Código austríaco distinción entre estado de necesidad exculpante y justificante, sino que ofrece una única eximente de “*gerechte Notwehr*” en el § 127 (a propósito del delito de homicidio y no en la parte general). Y aunque pueden encontrarse ciertas coincidencias (como en el contenido de las causales que excluyen la mala fe —si se entienden como excluyentes de la “libertad”—; la distinción entre infracciones de policía y delitos; y el desarrollo del principio de legalidad), todas estas coincidencias tenían en Austria una fuente diferente a Feuerbach y, sobre todo, un fundamento filosófico en la ilustración anterior a la crítica kantiana.<sup>23-24</sup>

## 6.

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

---

<sup>22</sup> MOOS, Reinhard. *Der Verbrechensbegriff in Österreich im 18. Und 19. Jahrhundert. Sinn- und Strukturwandel*. Bonn: Röhrscheid, 1968. 543 pp., pp. 185-267, especialmente pp. 231 y 244. El texto del código penal austríaco de 1803 puede consultarse en Internet en: <http://www.koeblergerhard.de/Fontes/GesetzbuchueberVerbrechenundschwerePolizey-UebertretungenOesterrich1803.pdf> [visitado el 10.02.2008]. La interpretación de Jenull, recogida por Horrow, en el sentido de que el texto citado correspondería a la teoría de Feuerbach (HORROW, Max. *Grundriss des österreichischen Strafrechts. Bd. 1, Hälfte 1: Allgemeiner Teil*. Graz (Austria): Leykam, 1947. 227 pp., p. 49s.), sólo puede entenderse en la medida que la teoría de la *coacción psicológica* se encuentra indudablemente dentro del grupo de las teorías de prelación general y fuertemente emparentada con Beccaria y Bentham, como el propio Feuerbach reconoce (FEUERBACH, Anselm v. *Lehrbuch des gemeinen in Deutschland gültigen peinlichen Rechts. 11ª ed.* Giessen (Alemania): Heyer, 1832. 428 pp., p. 18).

<sup>23</sup> MOOS, *Verbrechensbegriff*, pp. 238s, 265-267, quien destaca por todo lo anterior el *hasta entonces* “independiente” desarrollo de la doctrina y codificación austríacas [nota 165 en p. 265].

<sup>24</sup> Las conclusiones recién expuestas no se contradicen con el hecho de que al actuar casi diez años más tarde, como codificador civil, Zeiller haya procurado plasmar legislativamente las teorías de Kant, pues las condiciones previas de dicha codificación fueron bien diferentes a la penal de 1803. Al respecto, véase FERRANTE, Riccardo. “Un ruolo per l’interprete: la scienza giuridica italiana tra Code Napoléon e ABGB”. *Forum historiae Juris*. (2006), 9, con referencias en nota al pie. En: <http://www.forhistiur.de/zitat/0601ferrante.htm> [visitado el 10.02.2008]; y HOOP, Gerald. *Zur historischen Entwicklung des Vermögensrechts. Beiträge Liechtenstein-Institut Nr. 4/1996*. 21 pp., p. 7. En: [http://www.liechtenstein-institut.li/Portals/11/pdf/lib/LIB\\_4.pdf](http://www.liechtenstein-institut.li/Portals/11/pdf/lib/LIB_4.pdf) [visitado el 10.02.2008]. Sin embargo, en estas materias Zeiller también tenía fuertes vinculaciones con el Common Law, como puede verse en RAHMATIAN, Andreas. “Codification of Private Law in Scotland: Observations by a Civil Lawyer.” *Oxford University Comparative Law Forum*. 1 (2007), en <http://ouclf.iuscomp.org/articles/rahmatian.shtml> [visitado el 10.02.2008].



MATUS, Jean Pierre. “Por qué citamos a los alemanes y otros apuntes metodológicos”.

*Polít. Crim.*. Nº 5, 2008, A5-5, pp. 1-35.

[[http://www.politicacriminal.cl/n\\_05/a\\_5\\_5.pdf](http://www.politicacriminal.cl/n_05/a_5_5.pdf)]

Segunda respuesta: porque la doctrina penal alemana, por su carácter *científico*,<sup>25</sup> *aunque lo explica, no estaría limitada “por el acuerdo de las mayorías” que origina el derecho positivo alemán*,<sup>26</sup> *sino que sería también de “alcance universal”*, como desde hace más de un siglo lo declarase von Liszt.<sup>27</sup>

Es más, el fenómeno recién descrito de la *transposición* de la dogmática alemana a España y Chile habla en favor de la idea de que *efectivamente*, y a pesar de su indiferencia respecto a otros ordenamientos jurídicos, la dogmática penal alemana tendría en sí misma la capacidad de aplicarse con carácter *universal*. Si no sólo en los países iberoamericanos se le cita “disciplinadamente”.<sup>28</sup> También en el otro extremo extremo del mundo Yamanaka describe la historia de la dogmática japonesa como un proceso similar al vivido en Chile.<sup>29</sup>

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

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

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

---

<sup>25</sup> Véase, por ejemplo, el prólogo del *Tratado* de Jakobs, donde se declara el carácter “científico” del “desarrollo de una teoría” como la que propone (JAKOBS, Günther. *Strafrecht. Allgemeiner Teil: Die Grundlagen und die Zurechnungslehre*. 2ª ed. Berlin: De Gruyter, 1991. 944 p., p. vii). En el extremo, Hirsch llega a considerar, que sólo la *dogmática alemana* sería *propriadamente científica* (HIRSCH, Hans Joachim. “Internationalisierung des Strafrechts und Strafrechtswissenschaft. Nationale und universale Strafrechtswissenschaft”. *ZStW*, t. 116 (2004), pp. 835—854, p. 847).

<sup>26</sup> SILVA SÁNCHEZ, José María. “Straftatsystematik deutscher Prägung: Unzeitgemäß?”. *GA*, t. 151 (2004). pp. 679-690, p. 684.

<sup>27</sup> LISZT, “Zur Einführung”, p. xxiv: “La ciencia del derecho penal [...] como aclaración de los elementos generales del concepto del delito es necesariamente internacional”, pues “el concepto de responsabilidad penal es el mismo en Francia y en Suecia”.

<sup>28</sup> AMBOS, Kai. *Der allgemeine Teil des Völkerstrafrechts. Ansätze einer Dogmatisierung*. Berlin. Dunker & Humblot, 2002. 1058 pp., p. 56.

<sup>29</sup> YAMANAKA, Keiichi. “Wandlung der Strafrechtsdogmatik nach dem 2. Weltkrieg Zum Kontextwechsel der Theorien in der japanischen Straftatlehre.” En: JEHLE, Jörg-Martin; LIPP, Volker; YAMANAKA, Keiichi (eds.). *Rezeption und Reform im japanischen und deutschen Recht. Zweites Rechtswissenschaftliches Symposium Göttingen — Kansai*. Göttingen: Universitätsverlag Göttingen, 2008. 276 pp., pp. 173—185. En: [http://webdoc.sub.gwdg.de/univerlag/2008/dtjap\\_symposium\\_GJS\\_2.pdf](http://webdoc.sub.gwdg.de/univerlag/2008/dtjap_symposium_GJS_2.pdf) [visitado el 17.03.2008].



MATUS, Jean Pierre. “Por qué citamos a los alemanes y otros apuntes metodológicos”.

*Polít. Crim.*. Nº 5, 2008, A5-5, pp. 1-35.

[[http://www.politicacriminal.cl/n\\_05/a\\_5\\_5.pdf](http://www.politicacriminal.cl/n_05/a_5_5.pdf)]

“trata de percibir, en primer lugar, qué problemas presenta la aplicación de una disposición jurídica. Una vez conocido el problema el siguiente paso es el de establecer teorías para su solución. Las teorías, abstractamente formuladas, pretenden dar una solución igual a casos dudosos que –por creer que presentan el mismo problema– han de ser tratados igualmente [...] conocido el alcance de la teoría y el razonamiento en que se basa, es posible controlar si se es consecuente con la teoría misma, si su aplicación a un caso concreto es, sobre la base de los presupuestos que se apoya, correcta –por hallarse comprendido realmente dentro del sector que aquélla abarca– o incorrecta –cuando se extiende a supuestos que caen fuera de su campo–.”<sup>30</sup>

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

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

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

---

<sup>30</sup> GIMBERNAT, “¿Tiene un futuro?”, cit. en nota nº 12.

MATUS, Jean Pierre. “Por qué citamos a los alemanes y otros apuntes metodológicos”.

*Polít. Crim.*. Nº 5, 2008, A5-5, pp. 1-35.

[[http://www.politicacriminal.cl/n\\_05/a\\_5\\_5.pdf](http://www.politicacriminal.cl/n_05/a_5_5.pdf)]

7.

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

*“Welzel probó con [...] una ontología de la conducta que sobre todo corresponde a la de Hartmann; Ziegert, con la psicología; Kindhäuser y Hruschka [...] con la philosophy of language; Burkhardt y otros, con la teoría del acto a través del habla en el sentido de Searle y otros; [...] Lampe, apelando a una “ontología social” [...]; y Lesch, con Hegel.”*<sup>31</sup>

En palabras de Welzel, para el *Strafrechtswissenschaftler*

*“sólo es libre la elección del punto de partida (dentro de un determinado ámbito): todo lo demás se sigue forzosamente, aún cuando ciertas consecuencias a uno lo espanten. Las cosas tienen su propio peso.”*<sup>32</sup>

Es decir, que lo que sería exigible a la actividad de crear teorías penales no sería ya hacer posible una “calculable” y “segura” la aplicación de penas y sanciones de un determinado sistema jurídico, de un determinado “derecho positivo”, sino algo levemente diferente: la capacidad de construir teorías que respondan a la *idea* de sistema, entendida en Alemania, desde Kant, como “la unidad de los variados conocimientos bajo una idea”,<sup>33</sup> y a partir de esa unidad hacer “calculable” y “segura” las propuestas normativas surgidas *dentro de un determinado sistema teórico*, por definición no atado a las limitaciones de un concreto sistema jurídico y de su aplicación por parte de una concreta jurisprudencia.

Y, por lo mismo, sin las limitaciones *contingentes* que impone su propio sistema jurídico, las teorías elaboradas por la dogmática alemana con pretensión de universalidad pueden *trasponerse* sin dificultad a nuestros países. De este modo, el objeto primordial de estudio de nuestra disciplina sería básicamente el contenido y desarrollo de esas *teorías universales*

---

<sup>31</sup> BLECKMANN, Frank. *Strafrechtsdogmatik – wissenschaftstheoretisch, soziologisch, historisch*. Freiburg i. Br.: Max-Planck-Institut für ausländisches und internationales Strafrecht, 2002. 373 pp., p. 2, donde se encuentran las referencias correspondientes a los textos citados. En su propio caso, Bleckmann se propone seguir estrechamente los planteamientos sociológicos de Luhmann. Al respecto, es interesante destacar que en la reseña crítica a esta obra, Walter sostiene que en ella se comete el “error” de caer en la “absolutización de una idea correcta” (en principio), el cual califica como “un típico ‘pecado de juventud’”, pero sin entrar a cuestionar la extensión de ese “pecado” en otros no tan jóvenes pero con ideas tan o más fijas que las de Bleckmann (WALTER, Michael. “Recensión.” GA. t. 151 (2004), pp. 297-299, p. 299).

<sup>32</sup> WELZEL, Hans. “Über den substantiellen Begriff des Strafrechts.” En: *Festschrift für Kohlrausch*. Berlin: 1944, pp. 101-119, p. 116. Una versión digitalizada puede verse en [http://www.politicacriminal.cl/n\\_04/ch\\_3\\_4.pdf](http://www.politicacriminal.cl/n_04/ch_3_4.pdf) [visitada por última vez el 15.11.2007].

<sup>33</sup> La cita de Kant corresponde a un texto de la *Crítica de la razón pura* que se reproduce en ROXIN, Claus. *Strafrecht. Allgemeiner Teil. Band I. Grundlagen. Der Aufbau der Verbrechenslehre. 4 Ed.* München: 2006, 1136 pp., p. 194s.

MATUS, Jean Pierre. “Por qué citamos a los alemanes y otros apuntes metodológicos”.

*Polít. Crim.*, Nº 5, 2008, A5-5, pp. 1-35.

[[http://www.politicacriminal.cl/n\\_05/a\\_5\\_5.pdf](http://www.politicacriminal.cl/n_05/a_5_5.pdf)]

y, si acaso, una vez *adoptada* alguna de ellas, a partir de sus propuestas normativas someter a valoración crítica la legislación y jurisprudencia locales.<sup>34</sup>

## 8.

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

Es interesante hacer notar que esta es precisamente la descripción de la dogmática por un autor de moda, como es Luhmann, para quien, según la interpretación de Atienza,

“la dogmática jurídica suele caracterizarse por la prohibición de negar ciertos puntos de partida, es decir, por ser una disciplina que considera ciertas proposiciones, de por sí arbitrarias, como superiores a cualquier crítica, y renuncia al postulado de la investigación independiente. Para Luhmann, sin embargo, la dogmática jurídica (cualquier dogmática) depende de ciertas prohibiciones de negación consideradas socialmente necesarias, pero su función (positiva) consiste precisamente en aumentar la libertad en relación con un conjunto de experiencias y textos (material vinculante). La dogmática acrecienta, pues, el grado de incerteza del sistema jurídico (por ejemplo, aumentando la indeterminación de las reglas legislativas para insertar nuevas posibilidades de decisión) que debe resultar compatible con la obligación de observar las normas jurídicas y de decidir en caso de conflicto.”<sup>35</sup>

Y así se llega a la situación actual en Alemania, donde la verdadera “inundación de publicaciones” “científicas” permite ofrecer soluciones contradictorias prácticamente a cada caso,<sup>36</sup> con la consecuencia de que, o bien sencillamente no es tomada en cuenta por la *praxis*<sup>37</sup> o, cuando lo es, permite “fundamentar” cualquier solución.<sup>38</sup>

---

<sup>34</sup> Esto podría explicar por qué a veces resulta tan difícil tolerar a un penalista, sobre todo en latinoamérica. En efecto, dado que las premisas o puntos de partida dependen de una *elección personal*, al penalista se le puede escuchar, seguir, aplicar sus premisas a algún problema concreto no estudiado todavía, o declarar “incorrectas” las propuestas surgidas con base a otras premisas. Pero “discutir” con él acerca de la utilidad o practicabilidad de tales teorías en realidad no es posible: la elección de las premisas es indiscutible y las consecuencias, lógicamente necesarias. La idea de que sean posibles otros acercamientos a la cuestión debatida equivale a la idea de que las propias capacidades de elección o deducción lógicas son defectuosas, esto es, casi a una ofensa personal. Véase al respecto el debate entre Malamud y Meie Maier, en <http://www.pensamientopenal.com.ar/ndp/index.htm> [visitado el 07.03.2008].

<sup>35</sup> ATIENZA, Manuel. “El futuro de la dogmática jurídica”. *El Basilisco*, nº 10 (1980), pp. 63-69. En <http://www.fgbueno.es/bas/pdf/bas11008.pdf> [visitado el 22.02.2008], p. 63.

<sup>36</sup> Lo que está muy bien explicado por BURKHARDT, Björn. “Geglückte und folgenlose Strafrechtsdogmatik”. En: ESER / HASSEMER / BURKHARDT, *Deutsche Strafrechtswissenschaft*, cit. en nota al pie nº 11, pp. 111-157, pp. 141-143. Sobre las causas de esta “inundación” de literatura señala Burkhardt que, más allá de que “para cada dogmático es completamente racional proceder según la divisa ‘publish or perish’ y, permanentemente, producir nuevas y originales ideas y teorías” (p. 136), existen fuertes intereses editoriales y una no despreciable cantidad de subsidios directos e indirectos, como la idea de que las

MATUS, Jean Pierre. “Por qué citamos a los alemanes y otros apuntes metodológicos”.

*Polít. Crim.*. Nº 5, 2008, A5-5, pp. 1-35.

[[http://www.politicacriminal.cl/n\\_05/a\\_5\\_5.pdf](http://www.politicacriminal.cl/n_05/a_5_5.pdf)]

Por otra parte, al ser habitualmente escasos los “puntos de partida” adoptados por las teorías más generales, siempre resulta necesario, al detallar las conclusiones para los problemas particulares, introducir nuevas premisas, que dependen únicamente de la agudeza e inteligencia de quien las introduce, produciéndose así una sustitución de los axiomas originales por las propias decisiones de quienes los “aplican” y, en consecuencia, una serie de conclusiones *ad-hoc* sólo aparentemente sistemáticas.<sup>39</sup> Esta constatación crítica que Schünemann refiere principalmente a las propuestas de la influyente escuela de Jakobs y de la *Escuela de Frankfurt* de Hassemmer<sup>40</sup> es, sin embargo, extensible a todas las teorías que emplean la metodología de la deducción a partir de unos cuantos principios indiscutible, como ha sucedido paradigmáticamente con en el fenómeno de *disgregación* operado dentro de la gran corriente del *finalismo*.

En efecto, como con resignación reconoce Bacigalupo, al ser arbitraria la elección de los “puntos de partida” de la teoría, al descender en los niveles de análisis siempre ha sido necesario incorporar otros tan arbitrariamente elegidos como los primeros, de manera que,

---

bibliotecas “deben” contar con todo lo publicado en sus estantes, ajenos a los mecanismos de mercado de control por calidad e interés (nota al pie 100 de la p. 140 y p. 156).

<sup>37</sup> Fenómeno que ya Schünemann había calificado como “dogmática sin consecuencias” (SCHÜNEMANN, Bernd. “Kritische Anmerkungen zur geistigen Situation der deutschen Strafrechtswissenschaft“. *GA*. t. 142, 1995, pp. 201-229, pp. 201 y 221). Una explicación a este fenómeno puede verse en lo que Silva Sánchez describe, por una parte, como “vicio clasificatorio” (*Klassifizierungssucht*) de que parece adolecer la dogmática actual (muchas veces sin consecuencias para las soluciones a los casos concretos); y por otra parte, al pensamiento “binario” de la dogmática, basado en distinciones categóricas que impedirían ver la gradualidad de las “valoraciones” (y soluciones) correspondientes en la vida social (SILVA SÁNCHEZ, “Straftatsystematik”, cit. en nota al pie nº 26, pp. 684-686). En contra, Frisch afirma que la cuestión acerca de la influencia en la práctica y en la legislación de la dogmática es sólo un asunto de tiempo y lo que hoy puede no tener consecuencias, mañana puede tener la fortuna de ser aceptado, pues “abiertamente se debe reconocer que, en el largo espacio de tiempo de alrededor de los últimos 100 a 150 años, [la dogmática] ha valido como fundamento de los fallos [de los tribunales alemanes]” (FRISCH, Wolfgang. “Geglückte und folgenlose Strafrechtsdogmatik (Kommentar)”. En: ESER / HASSEMER / BURKHARDT, *Deutsche Strafrechtswissenschaft*, cit. en nota al pie nº 11, pp. 159-198, pp. 160s. y 165).

<sup>38</sup> Esto es, “habilitar la Justicia del Cadi” (SCHÜNEMANN, “Kritische Anmerkungen”, cit. en nota al pie nº 37, p. 224).

<sup>39</sup> SCHÜNEMANN, “Kritische Anmerkungen”, cit. en nota al pie nº 37, pp. 203 y 220. Las perplejidades de esta forma de construir una teoría pretendidamente deductiva quedan de manifiesto cuando las nuevas intuiciones con que se fundamentan determinadas propuestas se alejan muy claramente de lo que es esperable conforme a los axiomas o premisas primeramente adoptados, como puede verse en la reacción de los “discípulos” de Jakobs ante su reciente introducción de lo que ellos denominan “elementos corrosivos” de la teoría (SILVA-SÁNCHEZ, Jesús M<sup>a</sup>. “Del Derecho abstracto al Derecho real. Recensión a Günther Jakobs, La pena estatal: significado y finalidad (traducción y estudio preliminar de M. Cancio Meliá y B. Feijóo Sánchez), Thomson-Civitas, Madrid, 2006, 182 págs.” *Indret*. 4 (2006). nº 377, pp. 1-6. En: [http://www.indret.com/pdf/377\\_es.pdf](http://www.indret.com/pdf/377_es.pdf) [visitado el 19.05.2008], p. 6).

<sup>40</sup> SCHÜNEMANN, “Kritische Anmerkungen”, cit. en nota al pie nº 37, pp. 203 y 220. Las perplejidades de esta forma de construir una teoría pretendidamente deductiva quedan de manifiesto cuando las nuevas intuiciones con que se fundamentan determinadas propuestas se alejan muy claramente de lo que es esperable conforme a los axiomas o premisas adoptados, como puede verse en la reacción de los “discípulos” de Jakobs ante la introducción de lo que denominan “elementos corrosivos” a la teoría (SILVA-SÁNCHEZ, “Derecho real”, p. 6).

MATUS, Jean Pierre. “Por qué citamos a los alemanes y otros apuntes metodológicos”.

*Polít. Crim.*. Nº 5, 2008, A5-5, pp. 1-35.

[[http://www.politicacriminal.cl/n\\_05/a\\_5\\_5.pdf](http://www.politicacriminal.cl/n_05/a_5_5.pdf)]

siendo diferentes los “puntos de partida”, las proposiciones concretas a que se arriban son también “diferentes”.<sup>41</sup> O como Melendo Pardos describe,

“No conozco una corriente de pensamiento penal dentro de la cual existan diferencias tan amplias ... sus defensores discrep[a]n sobre cuestiones tan básicas —y con consecuencias relevantes— como el concepto de omisión, la interpretación de los requisitos de la comisión por omisión, la admisión de criterios de imputación objetiva en el delito doloso de acción, la propia construcción del tipo del delito imprudente, la configuración de la justificación y los problemas del error sobre los presupuestos de una causa de justificación, el propio concepto de injusto y sus repercusiones —tanto en la tipicidad como en la punibilidad de la tentativa (acabada)—, la comprensión y tratamiento penológico del error de prohibición, por mencionar sólo algunos aspectos conceptuales básicos, discrepancias que, por supuesto, se multiplicarían si nos desplazásemos al plano de la interpretación de las regulaciones —incluso limitándonos a la parte general—.”<sup>42</sup>

## 9.

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

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

O sea, parece existir una relación inversa entre la abstracción o capacidad de adaptación o universalización de una teoría penal *more germánico* a cualquier ordenamiento jurídico y su capacidad de predicibilidad de la solución de los casos concretos que en los diferentes

---

<sup>41</sup> BACIGALUPO, Enrique. “Die Diskussion über die finale Handlungslehre im Strafrecht,” p. 74s. En: ARNOLD, Jörg *et al* (eds.). *Menschengerichtes Strafrecht. Festschrift für Albin Eser zum 70. Geburtstag*. München: C.H. Beck, 2005, 1459 pp., pp. 61-75. Allí se señala, respecto de la formulación original de la teoría por Welzel, que “una significativa parte de los discípulos de Welzel la rechazan expresamente o abiertamente han modificado” sus presupuestos esenciales (especialmente la teoría final de la acción y la teoría normativa extrema de la culpabilidad), con la consecuencia adicional de que “los distintos puntos de partida permiten diversas soluciones a las cuestiones particulares”, y no una única “solución correcta”.

<sup>42</sup> MELENDO PARDOS, Mariano. “Recensión”. *Revista de Derecho Penal y Criminología*. 2da. Época, tomo 15 (2005), pp. 361-393. Disponible en Internet en: <http://lehrstuhl.jura.uni-goettingen.de/kambos/Person/doc/paros.pdf> [visitado el 25.04.2008]. Las páginas que se cita es la 7 de la versión electrónica.

MATUS, Jean Pierre. “Por qué citamos a los alemanes y otros apuntes metodológicos”.

*Polít. Crim.*. Nº 5, 2008, A5-5, pp. 1-35.

[[http://www.politicacriminal.cl/n\\_05/a\\_5\\_5.pdf](http://www.politicacriminal.cl/n_05/a_5_5.pdf)]

ordenamientos se presentan: *a mayor universalidad o abstracción de la teoría dogmática, menor predictibilidad o utilidad de la misma en sus propuestas normativas de solución de los casos concretos y viceversa.*

## 10.

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

Según Roxin la labor “dogmática” consistiría en la “interpretación, sistematización y desarrollo del ordenamiento legal y las opiniones científicas”.<sup>43</sup>

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

“una sistematización teniendo en cuenta los aspectos teleológicos y políticocriminales es algo que ya está exigido en la tarea interpretativa de la dogmática [...] el dogmático (sea Juez o científico) debe, por tanto, como el legislador, argumentar políticocriminalmente”.<sup>44</sup>

No obstante, insiste Roxin que la argumentación *político criminal* está claramente limitada por un “punto de partida”, que no es ya un “principio” o “axioma” ajeno al derecho positivo, sino el “*sentido literal posible de la ley*”; no encontrándose el intérprete autorizado a “reemplazar con las suyas las propias finalidades políticocriminales del legislador”.<sup>45</sup>

Así, enfrentado Roxin a la discusión que se ha planteado acerca de la pertinencia y validez de la distinción entre *injusto* y *culpabilidad*, puesta ahora en duda en Alemania principalmente por la escuela de Jakobs,<sup>46</sup> y desde hace ya casi 30 años, por autores como Schmidhäuser,<sup>47</sup> responde con el argumento de que

---

<sup>43</sup> ROXIN, *Strafrecht I*, cit. en nota al pie nº 33, p. 194.

<sup>44</sup> ROXIN, *Strafrecht I*, cit. en nota al pie nº 33, p. 228s.

<sup>45</sup> ROXIN, *Strafrecht I*, cit. en nota al pie nº 33, p. 229.

<sup>46</sup> Donde no se le atribuye a dicha distinción más valor que un valor subordinado a la función de “alcanzar un entendimiento acerca de qué es un grado suficiente de fidelidad al ordenamiento jurídico y de cuándo éste falta” (JAKOBS, Günther. *Sobre la normativización de la dogmática jurídico-penal*. Trad.: CANCIO MELIÁ, Manuel; FEIJÓO SÁNCHEZ, Bernardo. Madrid: Civitas, 2003. 163 pp., p. 9), llegándose a ha

MATUS, Jean Pierre. “Por qué citamos a los alemanes y otros apuntes metodológicos”.

*Polít. Crim.*. Nº 5, 2008, A5-5, pp. 1-35.

[[http://www.politicacriminal.cl/n\\_05/a\\_5\\_5.pdf](http://www.politicacriminal.cl/n_05/a_5_5.pdf)]

“la parte general [del StGB] de 1975 distingue claramente entre antijuricidad y culpabilidad (como resulta de comparar, por una parte, el § 34, y de otra, el §35).”<sup>48</sup>

Naturalmente, no es este el lugar para discutir cuál sería la correcta interpretación de ciertos parágrafos del *StGB*, sino sólo para destacar que, en este caso, el argumento que Roxin emplea no es el recurso a una *teoría universal que explique la distinción entre injusto y culpabilidad, con independencia del derecho positivo de un determinado sistema jurídico*, sino, sencillamente, que tales diferencias dependen de lo dispuesto en “la parte general [del StGB] de 1975”, y por tanto, aunque con otro derecho positivo “no es inimaginable” otra regulación, ese no sería el caso en Alemania.<sup>49</sup>

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

Pero esas mismas razones serían aplicables para hacerse cargo, eventualmente, de las propuestas normativas ofrecidas por la doctrina, legislación y jurisprudencias francesas, escandinavas o inglesas, pues en la medida que representan respuestas válidas en sus respectivos ordenamientos jurídicos no podrían considerarse *per se* como *inferiores* a las producidas en Alemania, sino sólo como *diferentes*, como es de hecho el trato que --bajo el principio de igualdad— reciben *dentro* de la comunidad europea.<sup>50</sup>

---

descalificar derechamente como un “duro retroceso” dogmático (LESCH, Heiko H. *Der Verbrechensbegriff. Grundlinien einer funktionalen Revision*. Köln: Heymanns, 1999. 312 pp., p. 198).

<sup>47</sup> SCHMIDHÄUSER, *Strafrecht*, pp. 348s y 468. Actualmente, no siendo discípulo de Jakobs, y desde otro “punto de partida”, el de las garantías constitucionales, también rechaza la distinción tradicional entre culpabilidad e injusto, RENZIKOWSKI, Joachim. “Normentheorie und strafrechtsdogmatik.” En: ALEXY, Robert (ed.). *Juristische Grundlagenforschung. Tagung der Deutschen Sektion der Internationalen Vereinigung für Rechts- und Sozialphilosophie (IVR) vom 23. Bis 25. September 2004 in Kiel. ARSP Beiheft Nr. 104*. Stuttgart: Steiner Verlag, 2005. 250 pp., pp. 115-137, pp. 122-135.

<sup>48</sup> ROXIN, *Strafrecht I*, cit. en nota al pie nº 33, p. 664.

<sup>49</sup> ROXIN, *Strafrecht I*, cit. en nota al pie nº 33, p. 664.

<sup>50</sup> VOGEL, Joachim. “Europäische Kriminalpolitik – europäische Strafrechtsdogmatik”. *GA*, t. 149 (2002), pp. 517-534. Según Vogel, la integración de la doctrina alemana en este contexto sólo sería posible dando “preferencia al pensamiento problemático frente al sistemático” (p. 522); lo que ya había anticipado KÜHL, Kristian. “Europäisierung der Strafrechtswissenschaft”. *ZStW*, t. 109 (1997), pp. 777-807, donde se afirma que “nosotros [los alemanes] no deberíamos intentar exportar nuestra “furia sistematizadora” [*Systematisierungswut*]” (p. 801s.).



MATUS, Jean Pierre. “Por qué citamos a los alemanes y otros apuntes metodológicos”.

*Polít. Crim.*. Nº 5, 2008, A5-5, pp. 1-35.

[[http://www.politicacriminal.cl/n\\_05/a\\_5\\_5.pdf](http://www.politicacriminal.cl/n_05/a_5_5.pdf)]

## 11.

Paradójicamente, sin embargo, frente a este proceso de internacionalización del derecho penal, la propuesta de Roxin, que aparentemente vuelve al derecho positivo como *medida* o *baremo* para determinar la corrección o incorrección de las proposiciones teóricas, ha sido poco a poco dejada de lado por sus discípulos directos o indirectos.

Así, Schünemann, quien primero popularizó la idea de que el “sistema”, sin dejar de lado el rigor y la consistencia interna, debía “estar abierto” a la posibilidad de modificar los “puntos de partida” a la luz de su aplicación a los problemas e incorporar nuevos “descubrimientos”,<sup>51</sup> no parece ahora muy dispuesto a adaptarse a los “descubrimientos” que provengan del diálogo entre las distintas tradiciones europeas reflejado en las normativas provenientes de la Unión Europea, sino más bien lo contrario: propone que sea la dogmática alemana y “su” pensamiento sistemático quien guíe dicho proceso.<sup>52</sup> Y ello incluye considerar fuera de discusión que Welzel llevaba razón cuando calificaba la distinción practicada por la *Strafrechtswissenschaft* entre injusto (causas de justificación) y culpabilidad (causas de exculpación) como “el más importante progreso dogmático en las últimas dos o tres generaciones”,<sup>53</sup> por lo que no duda en convertirla en el fundamento de su propuesta sistemática basada en la “teoría de los elementos negativos del tipo”.<sup>54</sup>

Lo mismo parece observarse en el desarrollo del pensamiento de Ambos, quien ha abordado el estudio del derecho penal internacional desde la perspectiva de la dogmática alemana. Así, resulta muy difícil compatibilizar su actual propuesta en orden a que la teoría del delito del futuro derecho penal internacional adopte la sistemática “finalista” o “post-finalista” con sus “inalienables consecuencias” para el sistema de la teoría del delito, incluyendo la categórica distinción entre “injusto” y “culpabilidad”,<sup>55</sup> con aquellas palabras escritas hace ya más de un lustro, donde proponía adoptar en el estudio del “derecho comparado” un “sistema abierto”, “libre de los conceptos sistemáticos del propio ordenamiento jurídico”.<sup>56</sup>

## 12.

Luego, si no son las ventajas en la aplicación más segura y racional de nuestro derecho en nuestros tribunales, debemos buscar en otras condiciones o circunstancias la explicación a la pregunta acerca de por qué citamos con tanta profusión a los alemanes, si, como en todo

---

<sup>51</sup> SCHÜNEMANN, “Einführung”, especialmente pp. 14-18.

<sup>52</sup> SCHÜNEMANN, Bernd. “Ein Gespenst geht um in Europa –Brüsseler >>Strafrechtspflege<< *intra muros*.” *GA*, t. 149 (2002), pp. 501-516, especialmente p. 511s.

<sup>53</sup> WELZEL, Hans. “Die deutsche strafrechtliche Dogmatik der letzten 100 Jahre und die finale Handlungslehre.” *JuS*. 1966, pp. 421-425, p. 421.

<sup>54</sup> SCHÜNEMANN, Bernd. “Strafrechtsdogmatik als Wissenschaft.” En: SCHÜNEMANN, Bernd; BOTTKE, Wilfried; ACHENBACH, Hans; HAFTKE, Bernhard; RUDOLPHI, Hans- Joachim. *Festschrift für Claus Roxin zum 70. Geburtstag am 15. Mai 2001*. Berlin: de Gryter, 2001. pp. 1-32, p. 9s.

<sup>55</sup> AMBOS, Kai. “Toward a universal System of Crime: Comments on George Fletcher’s *Grammar of Criminal Law*”. *Cardozo Law Review*. 28 (2007), pp. 2647-2673, pp. 2655s.

<sup>56</sup> AMBOS, Kai. *Der allgemeine Teil des Völkerstrafrechts. Ansätze einer Dogmatisierung*. Berlin. Duncker & Humblot, 2002. 1058 pp., pp. 44s. y 58.

MATUS, Jean Pierre. “Por qué citamos a los alemanes y otros apuntes metodológicos”.

*Polít. Crim.*. Nº 5, 2008, A5-5, pp. 1-35.

[[http://www.politicacriminal.cl/n\\_05/a\\_5\\_5.pdf](http://www.politicacriminal.cl/n_05/a_5_5.pdf)]

caso demuestra el autoreferente desarrollo de la dogmática alemana, es perfectamente posible cultivar esta disciplina, interpretando y sistematizando los prespuestos de la responsabilidad penal en general y en relación con cada delito en particular, tomando en cuenta la finalidad de la ley, la jurisprudencia de nuestros tribunales y las opiniones de quienes antes se hayan preocupado de la materia, e incluso desarrollar teorías de alcance pretendidamente universal.

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

### 13.

Como ya hemos señalado, por una parte, a pesar de la inseguridad que ello causa, la dispersión y contradicciones que crean las diversas proposiciones normativas generadas a partir de otras diferentes teorías, permiten a los cultores de la disciplina, jueces y operadores jurídicos, disponer de propuestas normativas “dogmáticamente justificadas”, que les permiten adaptar a los cambios sociales sus respuestas a los conflictos que deben resolver.<sup>57</sup>

Y por otra, nos permite a quienes poseemos experticia en la “enormemente compleja y comprensiva” doctrina, y, además, acceso a la “intimidadora e inaccesible literatura especializada” escrita en alemán, excluir a los legos del debate sobre el contenido del derecho penal y, consecuentemente, de la posibilidad de formular proposiciones normativas que puedan ser aceptadas por una comunidad que reconoce esa literatura y ese lenguaje como *fuerza de autoridad* en la materia.<sup>58</sup>

### 14.

En cuanto a la primera de esas funciones útiles, aunque producto de la proliferación de teorías también en Alemania “nadie puede decir, de antemano, cuál es el tratamiento jurídico que van a recibir” los “supuestos dudosos”; lo cierto es que parece llevar razón Gimbernat cuando afirma que allí al menos se tiene “conciencia de que existen o de las

---

<sup>57</sup> BURKHARDT, “Strafrechtsdogmatik”, cit. en nota n ° 36, p. 152, habla de posibilitar la adecuación del derecho a los cambios y experiencias sociales y considera que esta es la única que efectivamente se cumple, de entre las varias funciones que se le atribuyen a la dogmática.

<sup>58</sup> Esta función “institucional” ha sido descrita antes por Dubber, pero no respecto a la utilidad que presta el conocimiento de la dogmática alemana a los que a ella tienen acceso en otros países, sino en la propia Alemania, donde la dogmática cumpliría la función “institucional” de “permitir a los jueces profesionales dominar” a los escabinos (legos) en los tribunales de primera instancia donde éstos se encuentran en mayoría (2 escabinos y un juez profesional que preside), pues sólo el juez profesional tiene la experticia en la “enormemente compleja y comprensiva” doctrina, y, además, acceso a la “intimidadora e inaccesible literatura especializada” (DUBBER, Markus Dirk. “The Promise of German Criminal Law: A Science of Crime and Punishment”. En: *German Law Journal*. Vol. 6 (2005), pp. 1049-1072, p. 1058s.)

MATUS, Jean Pierre. “Por qué citamos a los alemanes y otros apuntes metodológicos”.

*Polít. Crim.*. Nº 5, 2008, A5-5, pp. 1-35.

[[http://www.politicacriminal.cl/n\\_05/a\\_5\\_5.pdf](http://www.politicacriminal.cl/n_05/a_5_5.pdf)]

dudas que ofrecen”, lo que no necesariamente es predicable de la doctrina de nuestros países.<sup>59</sup>

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

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

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

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

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

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

---

<sup>59</sup> GIMBERNAT, “¿Tiene un futuro?”, cit. en nota nº 12.

MATUS, Jean Pierre. “Por qué citamos a los alemanes y otros apuntes metodológicos”.

*Polít. Crim.*. Nº 5, 2008, A5-5, pp. 1-35.

[[http://www.politicacriminal.cl/n\\_05/a\\_5\\_5.pdf](http://www.politicacriminal.cl/n_05/a_5_5.pdf)]

sino en relación con el propio grupo dominante del cual formaban parte los miembros de la corporación.”<sup>60</sup>

## 15.

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

“En lo de citar en las márgenes los libros y autores de donde sacáredes las sentencias y dichos que pusiéredes en vuestra historia, no hay más sino hacer de manera que venga a pelo algunas sentencias o latines que vos sepáis de memoria, o a lo menos que os cuesten poco trabajo el buscallo, como será poner, tratando de libertad y cautiverio:

*Non bene pro toto libertas venditur auro.*

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

*Pallida mors aequo pulsat pede pauperum tabernas regumque turres.*

[...] Y con estos latinicos y otros tales os tendrán siquiera por gramático, que el serlo no es de poca honra y provecho el día de hoy [...] Vengamos ahora a la citación de los autores que los otros libros tienen, que en el vuestro os faltan. El remedio que esto tiene es muy fácil, porque no habéis de hacer otra cosa que buscar un libro que los acote todos, desde la A hasta la Z, como vos decís. Pues ese mismo abecedario pondréis vos en vuestro libro; que puesto que a la clara se vea la mentira, por la poca necesidad que vos teníades de aprovecharos dellos, no importa nada, y quizá alguno habrá tan simple que crea que de todos os habéis aprovechado en la simple y sencilla historia vuestra; y cuando no sirva de otra cosa, por lo menos servirá aquel largo catálogo de autores a dar de improviso autoridad al libro. Y más, que no habrá quien se ponga a averiguar si los seguistes o no los seguistes, no yéndole nada en ello.”<sup>61</sup>

---

<sup>60</sup> SILVA OLARTE, Renán. “Estructuración y disolución de un sistema de reclutamiento de elites: el caso de Santafé de Bogotá, en Nueva Granada.” *Boletín Cultural y Bibliográfico*. N ° 32, Vol. XXX (1993). En: <http://www.lablaa.org/blaavirtual/publicacionesbanrep/boletin/boleti5/bol32/elites1.htm> [visitado por última vez el 27.06.2008].

<sup>61</sup> CERVANTES, Miguel de. *Prólogo de la Primera Parte del Ingenioso Hidalgo don Quijote de la Mancha*. Edición electrónica del Instituto Cervantes. Dirigida por Francisco Rico. Disponible en: <http://cvc.cervantes.es/obref/quijote/edicion/partel/prologo/default.htm> [visitado el 25.06.2008].

MATUS, Jean Pierre. "Por qué citamos a los alemanes y otros apuntes metodológicos".

*Polít. Crim.*. Nº 5, 2008, A5-5, pp. 1-35.

[[http://www.politicacriminal.cl/n\\_05/a\\_5\\_5.pdf](http://www.politicacriminal.cl/n_05/a_5_5.pdf)]

## 16.

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

En efecto, aunque algunos autores alemanes consideran la disciplina penal norteamericana como "primitiva",<sup>62</sup> lo que allí se entiende como conceptos *puramente históricos*, son tanto el *more geométrico* (deducir las proposiciones normativas a partir de axiomas o principios indiscutibles) como la idea de considerar a la "Jurisprudencia" una *ciencia* y las bibliotecas jurídicas como los "laboratorios" donde los penalistas investigarían "las verdades imperecederas de la ciencia legal."<sup>63</sup>

Desde Holmes, en cambio, se afirma que

*"General propositions do not decide concreateed cases [...] the decision will depend on a judgment or intuition more subtle than any articulate major premise".*<sup>64</sup>

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

*"The prophecies of what the courts will do in fact, and nothing more pretentious, are what I mean by the law".*<sup>65</sup>

Luego, allí la labor de sistematización de la disciplina<sup>66</sup> no se refiere a la elaboración de teorías sobre la base de principios más o menos indiscutibles, sino a la determinación de las

---

<sup>62</sup> MANSDÖRFER, Marco. "Die Grundlagen des Straftatsystems im common law". En, del mismo (ed.). *Die allgemeine Straftatlehre des Common Law. Eine Darstellung unter besonderer Berücksichtigung des englischen Strafrechts*. Heilderberg: C.F. Müller, 2005. 238 pp., pp. 1-21, p. 10.

<sup>63</sup> HOEFLICH, M.H. "Law & Geometry". *The American Journal of Legal History*. Vol. XXX (1986), pp. 95-121., p. 96. Ver el desarrollo histórico de estas ideas en SCHWEBER, Howard. "The science of legal science: the model natural sciences in nineteenth-century american education". *Law and History Review*. Vol. 17, n° 3 (1999), 94 párrafos. En: <http://www.historycooperative.org/journals/lhr/17.3/schweber.html> [visitado el 03.03.2008].

<sup>64</sup> *Lochner v. New York*. 198 US 45, 76 (1905). Voto disidente del Juez Holmes (En: [http://supct.law.cornell.edu/supct/html/historics/USSC\\_CR\\_0198\\_0045\\_ZS.html](http://supct.law.cornell.edu/supct/html/historics/USSC_CR_0198_0045_ZS.html) [visitado el 15.11.2007]). El caso, referido a la declaración de inconstitucionalidad de una ley que establecía limitación de horario en el trabajo de las panaderías (60 horas semanales, 10 diarias), tiene gran valor en sí mismo, sobre todo, porque Holmes pone claramente en entredicho que la mayoría de la Corte estuviese defendiendo "la Constitución" al declarar que no se podía limitar la libertad contractual en relación con el horario de trabajo, sino más bien el interés de una parte de las sociedad norteamericana por mantener una forma de, diríamos ahora, explotación económica.

<sup>65</sup> HOLMES, Oliver Wendell Jr. "The Path of the Law". *Harvard Law Review*. Vol. 10 (1897), p. 457. En <http://www.gutenberg.org/dirs/2/3/7/2373/2373-h/2373-h.htm> [visitado por última vez el 15.11.2007].

<sup>66</sup> HALL, Jerome. *General Principles of Criminal Law*. 2. Ed. Indianapolis-Nueva York: Bobbs-Merril, 1960, 642 pp., p. 12.

MATUS, Jean Pierre. “Por qué citamos a los alemanes y otros apuntes metodológicos”.

*Polít. Crim.*. Nº 5, 2008, A5-5, pp. 1-35.

[[http://www.politicacriminal.cl/n\\_05/a\\_5\\_5.pdf](http://www.politicacriminal.cl/n_05/a_5_5.pdf)]

motivaciones e intereses (personales y políticos) y las asunciones teóricas implícitas de los jueces en las decisiones que se adoptan en los casos concretos, para, al hacerlas explícitas, poder evaluar sus efectos en la vida social.<sup>67</sup> Al mismo tiempo, se trata de clarificar la forma en que, durante el proceso, dichas motivaciones, intereses y teorías se pueden presentar e influir en quienes adoptan las decisiones en los casos concretos<sup>68</sup>. Ello se expresa actualmente en el movimiento denominado *New Legal Realism*, en que se busca, a través del estudio empírico (con la metodología propia de las ciencias sociales) de las características personales de los jueces, incluidas su afiliación política, origen social y “afiliaciones teóricas” y otras, predecir el contenido de sus sentencias, determinando las regularidades y desviaciones de las mismas.<sup>69</sup>

## 17.

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

Contra todo pronóstico, nos quedan muchas cosas.

Desde luego, nos queda la tarea de intentar por nosotros mismos explicar el funcionamiento de nuestro sistema jurídico, darnos al trabajo de estudiar sin los prejuicios sistemáticos y legales alemanes nuestra propia vasta legislación y las no pocas obras escritas al respecto al menos desde la promulgación de los códigos decimonónicos,<sup>70</sup> averiguar qué problemas se tratan allí, qué teorías se han intentado esbozar para explicarlos y si tales teorías tienen vigencia en la práctica de nuestros tribunales. También nos queda, sobre todo, procurar sistematizar las teorías explícitas e implícitas en los fallos de nuestros tribunales y su *praxis*, para poder predecir sus regularidades e irregularidades, determinando las razones que hacen posibles esas irregularidades para procurar también hacerlas predecibles.

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

---

<sup>67</sup> ATIYA / SUMMERS, *Form and Substance*, pp. 249-257.

<sup>68</sup> POUND, “Courts”, pp. 361-383.

<sup>69</sup> Para una visión global del *New Legal Realism*, ver ERLANGER et al, “*New Legal Realism?*”, *passim*. Recientemente, véase también MILES / SUNSTEIN, “*The New Legal Realism*”, *passim*.

<sup>70</sup> Ver, por ejemplo, para el caso chileno, la recopilación de artículos sistematizada en MATUS, Jean Pierre; CARNEVALI, Raúl. “Análisis descriptivo y cuantitativo de los artículos de Derecho penal y Criminología de autores chilenos en Revistas publicadas en Chile (1885-2006)”. *Política Criminal*. nº 3, 2007. D2, pp. 1-138. En: [http://www.politicacriminal.cl/n\\_03/d\\_2\\_3.pdf](http://www.politicacriminal.cl/n_03/d_2_3.pdf) [visitado el 27-06.2008].

MATUS, Jean Pierre. “Por qué citamos a los alemanes y otros apuntes metodológicos”.

*Polít. Crim.*. Nº 5, 2008, A5-5, pp. 1-35.

[[http://www.politicacriminal.cl/n\\_05/a\\_5\\_5.pdf](http://www.politicacriminal.cl/n_05/a_5_5.pdf)]

Naturalmente, con ello no quiero decir que *toda* teoría alemana deba rechazarse *por se* ni mucho menos. Eso, aparte de completamente irracional, pues el origen de una idea nada dice acerca de su valor, haría además imposible la explicación del derecho penal chileno, donde todos, incluyendo los tribunales de justicia, cuál más cuál menos, hemos recogido ideas y propuestas alemanas y las damos por buenas y aplicables al derecho patrio.

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

Por otra parte, si es cierto que, como dice Fletcher, nuestro interés en la dogmática alemana también pueda explicarse además por nuestra pertenencia a una cultura “cosmopolita”,<sup>71</sup> no debemos perder esta ventaja, sino ampliarla y abrir las ventanas de nuestras investigaciones no sólo a lo que se publica en Berlín, sino también en otros lugares donde quizás existan teorías tanto o más adecuadas que las germanas para explicar el funcionamiento del derecho penal y permitir lograr ese objetivo de hacer más calculable y segura su aplicación, sin que estemos, por ello, obligados a *quemar nuestros barcos* para olvidar todo lo que hasta el momento se ha avanzado en la tarea.

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

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

Con una real apertura metodológica, y asumiendo que —como Gimbernat también lo ha puesto de manifiesto—, no sólo es cierto que “no esta escrito en ninguna parte que un libro de 1989 tenga que aportar mejores soluciones y razonamientos mas convincentes que otro de 1919, de 1931 o de 1969”,<sup>72</sup> sino también que tampoco los autores norteamericanos,

---

<sup>71</sup> FLETCHER, George P. “Deutsche Strafrechtsdogmatik aus ausländischer Sicht.” En: ESER / HASSEMER / BURKHARDT, *Deutsche Strafrechtswissenschaft*, cit. nota n ° 11, pp. 235-253, p. 239s.

<sup>72</sup> GIMBERNAT ORDEIG, Enrique. “Concurso de leyes, error y participación en el delito (a propósito del libro del mismo título del profesor Enrique Peñaranda)”. *ADPCP*. t. 45 (1992), pp. 833-854, p. 833. Disponible en Internet, en [http://www.cienciaspenales.net/portal/page/portal/IDP/1990-1999/1992\\_fasc\\_III.pdf](http://www.cienciaspenales.net/portal/page/portal/IDP/1990-1999/1992_fasc_III.pdf) [visitado por última vez el 27.06.2008].



MATUS, Jean Pierre. “Por qué citamos a los alemanes y otros apuntes metodológicos”.

*Polít. Crim.*. Nº 5, 2008, A5-5, pp. 1-35.

[[http://www.politicacriminal.cl/n\\_05/a\\_5\\_5.pdf](http://www.politicacriminal.cl/n_05/a_5_5.pdf)]

ingleses, italianos o franceses están completamente huérfanos de soluciones y razonamientos convincentes, así como que nada nos impide a nosotros formular teorías allí donde nada convincente se encuentre en su lugar,<sup>73</sup> lo relevante no será ya el momento o lugar de formulación de una teoría o idea, si no su capacidad explicativa del funcionamiento de nuestro sistema penal.

Pero si queremos hacer realidad con nuestro trabajo la propuesta de hacer “segura” y “calculable” la aplicación de nuestro derecho penal, y no simplemente aumentar el número de fuentes para perseverar en la erudición quijotesca, se ha de insistir en que las teorías que se formulen, adopten o modifiquen al adoptarse, deben no sólo tener capacidad “explicativa” sino, *sobre todo, capacidad predictiva*, esto es, que no se trata únicamente de elegir entre distintas explicaciones igualmente válidas, como si en cuanto al fondo de las cuestiones debatidas existiera una suerte de acuerdo básico o divergencias dentro de un marco determinado,<sup>74</sup> sino que hemos de procurar adoptar aquella que tenga la capacidad de dar cuenta cómo y por qué los tribunales aplican el derecho de determinada manera en determinados ámbitos, de modo que sea predecible su forma de aplicarlo en el futuro, de mantenerse las condiciones iniciales, y qué alternativas habrían, al cambiar éstas.

Luego, ya no se trataría únicamente de discutir la consistencia interna de las teorías adoptadas del extranjero, sino de, a la luz del derecho comparado, poder comprender mejor el funcionamiento de nuestro propio sistema jurídico. En palabras de Dubber, esta forma de considerar el derecho comparado (y también las soluciones que en el propio derecho nacional se dan, desde otros puntos de vista, a los mismos problemas), no es, ciertamente, “sistemática”, *more germánico*, sino

*“is best thought of as a spirit, an approach, an attitude, rather than as a formal discipline or even a serious commitment to the exploration of the details of foreign criminal law (Just what is the Dutch position on assisted suicide?). In this critical comparative spirit, any transjurisdictional comparison, domestic or foreign, internal or external, promises a fresh perspective”.*<sup>75</sup>

---

<sup>73</sup> Como lo demuestra, en un ámbito específico del sistema penal, la experiencia de la elaboración teórica e implementación de la reforma procesal penal de fines del siglo XX y principios de XXI en latinoamérica. Ver al respecto, LANGER, Máximo. “Revolución en el proceso penal latinoamericano: difusión de ideas legales desde la periferia.” En: [http://www.cejamerica.org/doc/documentos/revolucionenprocesopenal\\_Langer.pdf](http://www.cejamerica.org/doc/documentos/revolucionenprocesopenal_Langer.pdf) [visitado el 27.06.2008]

<sup>74</sup> Como, desde su propia perspectiva, propuso una vez Fletcher, esto es, tratando de hacer aplicable al Derecho norteamericano las categorías y conceptos de la dogmática alemana. En este texto, el autor agrupa los diferentes problemas y soluciones que el estudio del derecho penal enfrenta en doce distinciones básicas: derecho sustantivo v. procesal; castigo v. tratamiento; sujeto v. objeto; causación humana v. natural; crimen v. criminal; ofensas v. defensas; intención v. negligencia; legítima defensa v. estado de necesidad; errores relevantes v. irrelevantes; tentativa v. consumación; autoría v. complicidad; y justicia v. legalidad (FLETCHER, George P. *Basic Concepts of Criminal Law*. New York: Oxford University Press, 1998. 223 pp. Hay traducción al castellano: *Conceptos básicos de Derecho Penal*. Trad.: MUÑOZ CONDE, Francisco. Valencia: Tirant lo Blanch, 1997. 312 pp.).

<sup>75</sup> DUBBER, “Criminal Law”, cit. en nota al pie nº15, p. 436.

MATUS, Jean Pierre. "Por qué citamos a los alemanes y otros apuntes metodológicos".

*Polít. Crim.*. N° 5, 2008, A5-5, pp. 1-35.

[[http://www.politicacriminal.cl/n\\_05/a\\_5\\_5.pdf](http://www.politicacriminal.cl/n_05/a_5_5.pdf)]

Que las teorías y proposiciones normativas utilizadas en la comparación tengan origen alemán, inglés, americano, francés, peruano o chileno es, para estos efectos, irrelevante, si ellas permiten formular teorías y proposiciones normativas que permitan explicar y predecir adecuadamente el funcionamiento de nuestro sistema penal en general y en particular, respecto a determinados problemas más o menos concretos, según su alcance.

MATUS, Jean Pierre. “Por qué citamos a los alemanes y otros apuntes metodológicos”.

*Polít. Crim.*, Nº 5, 2008, A5-5, pp. 1-35.

[[http://www.politicacriminal.cl/n\\_05/a\\_5\\_5.pdf](http://www.politicacriminal.cl/n_05/a_5_5.pdf)]

## Anexo Nº 1

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

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

Para la construcción del indicador se tomaron en cuenta *todas* las traducciones de obras de derecho penal de autores alemanes aparecidas en España (Madrid y Barcelona), Argentina (Buenos Aires) y Colombia (Bogotá) y, viceversa, de obras argentinas, colombianas o españolas, aparecidas en lengua alemana en las principales ciudades editoriales alemanas (Berlín, Frankfurt, München y Heidelberg), contenidas en el catálogo electrónico *del Max-Planck Institut für ausländisches und internationales Recht*.<sup>76</sup>

Allí se encuentran 16 traducciones publicadas en Madrid, 7 en Barcelona, 26 en Bogotá y 14 en Buenos Aires. En cambio, en sentido inverso, el catálogo del *Max-Planck Institut* da cuenta únicamente de dos obras españolas recientes previamente publicadas en castellano: una de Muñoz Conde que apareció en Berlín,<sup>77</sup> y otra de Silva Sánchez aparecida en Frankfurt.<sup>78</sup> También aparece una obra española antigua (1923) publicada en Heidelberg.<sup>79</sup>

---

<sup>76</sup> Disponible en <http://www.mpicc.de/ww/de/pub/bibliothek/recherche/opac.htm>. La búsqueda se realizó el día 29 de marzo de 2008 y se empleó el sistema de búsqueda “compleja” del catálogo, buscando los resultados conjuntos de las palabras clave “*Deutschland B*” (signatura para “derecho penal alemania”), por una parte, y “*Madrid*”, “*Barcelona*”, “*Bogotá*” y “*Buenos Aires*” (lugar de edición), por la otra, para ubicar las traducciones de textos de autores alemanes al castellano impresas en las principales ciudades de España, Colombia y Argentina; y entre “*Spanien B*”, “*Kolumbien B*” y “*Argentinien B*” (signaturas para “derecho penal españa”, “colombia” y “argentina”, respectivamente), por una parte, y “*Berlin*”, “*Frankfurt*”, “*München*” y “*Heidelberg*” (lugar de edición), por la otra, para encontrar obras españolas o argentinas publicadas en Alemania.

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

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

<sup>77</sup> MUÑOZ CONDE, Francisco. *Über das "Feindstrafrecht"*. Berlín: Lit-Verlag, 207. 59 pp. De los 7 resultados que arrojó la búsqueda original, tres corresponden a obras de autores alemanes, dos a tesis doctorales de autores iberoamericanos y uno a la traducción del Código penal español de 1944 (QUINTANO-RIPOLLÉS, Antonio. *Das Spanische Strafgesetzbuch vom 23. Dezember 1944*. Berlín: de Gruyter, 1955. 109 pp.).

<sup>78</sup> SILVA SÁNCHEZ, Jesús María. *Die Expansion des Strafrechts. Kriminalpolitik in postindustriellen Gesellschaften*. Frankfurt am Main: Klostermann, 2003. 102 pp. Los otros dos resultados de la búsqueda original corresponden, uno a una tesis doctoral de un autor español, y el otro a una obra de un autor alemán.

MATUS, Jean Pierre. "Por qué citamos a los alemanes y otros apuntes metodológicos".

*Polít. Crim.*. Nº 5, 2008, A5-5, pp. 1-35.

[[http://www.politicacriminal.cl/n\\_05/a\\_5\\_5.pdf](http://www.politicacriminal.cl/n_05/a_5_5.pdf)]

Respecto a los autores argentinos y colombianos, la búsqueda no arroja ninguna entrada significativa.<sup>80</sup>

Luego, si contabilizamos únicamente el número de títulos traducidos desde una doctrina a la otra, los términos de intercambio entre la dogmática iberoamericana y la alemana son equivalentes a una razón de 1:20 (=3/63), es decir, por cada texto en castellano traducido al alemán, hay más de veinte traducciones de textos alemanes al castellano. Y si consideramos el número de páginas traducidas, según la información disponible en el catálogo revisado, la relación de desigualdad casi se triplica a 1:54 (=192/10.311). Nótese, además, que de agregarse otra ciudad española importante, como Valencia y una alemana, como Frankfurt o Baden-Baden, probablemente esta desigualdad tiendan a aumentar en vez de disminuir.<sup>81</sup>

a) Traducciones aparecidas en Madrid, por orden alfabético (indicando el nombre del traductor y el título original sólo cuando el catálogo los contiene).<sup>82</sup>

1. BELING, Ernst von. *El rector de los tipos de delito*. Título original: *Die Lehre vom Tatbestand*. Madrid: Reus, 1936. 37 pp.;
2. FRISCH, Wolfgang. *Comportamiento típico e imputación del resultado*. Título original: *Tatbestandsmäßiges Verhalten und Zurechnung des Erfolgs*. Madrid: Marcial Pons, 2004. 716 pp.;
3. HEFENDEHL, Roland (ed.). *La teoría del bien jurídico ¿fundamento de legitimación del Derecho penal o juego de abalorios dogmático?* (recopilación de artículos del autor). Madrid: Marcial Pons, 2007. 478 pp.;
4. JAKOBS, Günther. *La pena estatal: significado y finalidad*. Trad. y estudio preliminar CANCIO MELIÁ, Manuel. Madrid: Thomson Civitas, 2006. 182 pp.;
5. JAKOBS, Günther. *Dogmática de derecho penal y la configuración normativa de la sociedad*. Madrid: Thomson Civitas, 2004. 240 pp.;
6. JAKOBS, Günther; CANCIO MELIÁ, Manuel. *Derecho penal del enemigo*. Madrid: Thomson Civitas, 2003. 102 pp.;
7. JAKOBS, Günther. *Sobre la normativización de la dogmática jurídico-penal*. Madrid: Civitas, 2003. 163 pp.;

---

<sup>79</sup> SALDAÑA, Quintiliano. *Moderne Strafrechtsauffassungen in Spanien*. Die pragmatische Strafrechtstheorie. Heidelberg: Winter, 1923. 31 pp.

<sup>80</sup> Sólo en el caso de la combinación "Argentinien B" y "Berlin" aparecen 3 resultados en la búsqueda: dos son de autores alemanes (y uno escrito en castellano), y el otro está escrito en castellano, editado por una fundación alemana de cooperación científica.

<sup>81</sup> Nótese que esto coincide con la apreciación más general contenida en el Informe del *InterAcademy Council*, según el cual, en el "intercambio académico" entre el mundo desarrollado y el subdesarrollado, las relaciones son tan desiguales, que incluso los mejores cerebros de los países más pobres terminan trabajando para y en beneficio de los más poderosos (IAC REPORT. *The urgency to promote worldwide science and technology capacity*. 2004. 144 pp., p. 23. En: <http://www.interacademycouncil.net/Object/File/Master/6/731/Chapter%201.pdf> [visitado: 02.04.2008]).

<sup>82</sup> La muestra original arrojó 20 títulos, de ellos, uno sin autor, uno que correspondía a una autora colombiana, y dos que consistían en la traducción del texto del Código penal alemán, no fueron considerados en la contabilidad.

MATUS, Jean Pierre. "Por qué citamos a los alemanes y otros apuntes metodológicos".

*Polít. Crim.*. Nº 5, 2008, A5-5, pp. 1-35.

[[http://www.politicacriminal.cl/n\\_05/a\\_5\\_5.pdf](http://www.politicacriminal.cl/n_05/a_5_5.pdf)]

8. JAKOBS, Günther. *Derecho penal, parte general. Fundamentos y teoría de la imputación*. 2ª Ed. Trad.: CUELLO CONTRERAS, Joaquín y SERRANO GONZÁLEZ DE MURILLO. Madrid: Pons, 1997. 1113 pp.;
9. LESCH, Heiko Hartmut. *La función de la pena*. Madrid. Dykinson, 1999. 58 pp.;
10. LÜTTGER, Hans. *Medicina y derecho penal. Inseminación artificial humana; anticonceptivos y aborto*. Madrid: Edersa, 1984. 138 pp.;
11. ROXIN, Claus. *Derecho penal, parte general. Fundamentos. La estructura de la teoría del delito*. 1ª ed. Madrid: Civitas, 2006. 1071 pp.;
12. ROXIN, Claus. *Autoría y dominio del hecho en derecho penal*. Título original: *Täterschaft und Tatherrschaft*. Trad. de la 7. ed. alemana por CUELLO CONTRERAS, Joaquín y SERRANO GONZÁLEZ DE MURILLO. Madrid: Marcial Pons, 2000. 797 pp.;
13. ROXIN, Claus. *Culpabilidad y prevención en derecho penal*. Madrid: Reus, 1981. 200 pp.;
14. SCHÜNEMANN, Bernd (ed.). *El sistema moderno del derecho penal. Cuestiones fundamentales. Estudios en honor de Claus Roxin en su 50. Aniversario*. Título original: *Grundfragen des modernen Strafrechtssystems*. Madrid: Tecnos, 1991. 198 pp.;
15. STRATENWERTH, Günter. *El futuro del principio jurídico penal de culpabilidad*. Trad. BACIGALUPO, Enrique. Madrid: 1980, 127 pp.; y
16. WOLTER, Jürgen (ed.). *El sistema integral del derecho penal. Delito, determinación de la pena y proceso penal*. Madrid: Marcial Pons, 2004. 280 pp.

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

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

c) Traducciones aparecidas en Bogotá, por orden alfabético (indicando el nombre del traductor y el título original sólo cuando el catálogo los contiene):<sup>83</sup>

---

<sup>83</sup> La muestra original arrojó 32 títulos, de ellos, cuatro que correspondían a autores colombianos, y dos a traducciones del texto del Código penal alemán, no fueron considerados en la contabilidad.

MATUS, Jean Pierre. "Por qué citamos a los alemanes y otros apuntes metodológicos".

*Polít. Crim.*. Nº 5, 2008, A5-5, pp. 1-35.

[[http://www.politicacriminal.cl/n\\_05/a\\_5\\_5.pdf](http://www.politicacriminal.cl/n_05/a_5_5.pdf)]

1. AMBOS, Kai. *Acerca de la antijuridicidad de los disparos mortales en el muro*. Bogotá: Univ. Externado, 1999. 58 pp.;
2. AMBOS, Kai. *Dominio del hecho por dominio de voluntad en virtud de aparatos organizados de poder en virtud de aparatos organizados de poder*. Bogotá: Univ. Externado, 1998. 75 pp.;
3. AMBOS, Kai. *El proceso penal alemán y la reforma en América Latina*. Bogotá: Ibáñez, 1998. 125 pp.;
4. BUSCH, Richard. *Modernas transformaciones en la teoría del delito*. Bogotá: Temis, 1980. 60 pp.;
5. ESER, Albin. *Sobre la exaltación del bien jurídico a costa de la víctima*. Bogotá: Univ. Externado, 1998. 43 pp.;
6. GÖSSEL, Karl Heinz. *Dos estudios sobre la teoría del delito*. Bogotá: Temis, 1984. 68 pp.;
7. HASSEMER, Winfried. *Persona, mundo y responsabilidad. Bases para una teoría de la imputación en derecho penal*. Bogotá: Temis, 1999;
8. HIRSCH, Hans Joachim. *La posición de la justificación y de la exculpación en la teoría del delito desde la perspectiva alemana*. Bogotá: Univ. Externado, 1996. 54 pp.;
9. JAKOBS, Günther. *Injerencia y dominio del hecho. Dos estudios sobre la parte general del derecho penal*. Bogotá: Univ. Externado, 2001. 109 pp.;
10. JAKOBS, Günther. *Acción y omisión en derecho penal*. Bogotá: Univ. Externado, 2000. 35 pp.;
11. JAKOBS, Günther. *Sobre la teoría de la pena*. Bogotá: Univ. Externado, 1998. 34 pp.;
12. JAKOBS, Günther. *La imputación penal de la acción y de la omisión*. Bogotá: Univ. Externado, 1996. 70 pp.;
13. JAKOBS, Günther. *El concepto jurídico-penal de acción*. Bogotá: Univ. Externado, 1996;
14. JAKOBS, Günther. *Sociedad, norma y persona en una teoría de un derecho penal funcional*. Bogotá: Univ. Externado, 1996. 62 pp.;
15. JAKOBS, Günther. *Sobre el injusto del suicidio y del homicidio a petición. Estudio sobre la relación entre juridicidad y eticidad*. Título original: "Zum Unrecht der Selbsttötung und der Tötung auf Verlangen", en: *Festschrift für Arthur Kaufmann zum 70. Geburtstag* (1993). Bogotá: Univ. Externado, 1996. 32 pp.;
16. JAKOBS, Günther. *La autoría mediata con instrumentos que actúan por error como problema de imputación objetiva*. Bogotá: Univ. Externado, 1996. 35 pp.;
17. JAKOBS, Günther. *La imputación objetiva en derecho penal*. Bogotá: Univ. Externado, 1995. 107 pp.;
18. JAKOBS, Günther. *La competencia por la organización en el delito omisivo*. Bogotá: Univ. Externado, 1995. 44 pp.;
19. KINDHÄUSER, Urs. *Derecho penal de la culpabilidad y conducta peligrosa*. Bogotá: Univ. Externado, 1996. 140 pp.;
20. LESCH, Heiko. *Injusto y culpabilidad en derecho penal*. Bogotá: Univ. Externado, 2001. 36 pp.;
21. MAIWALD, Manfred. *De la capacidad de rendimineto del concepto de "riesgo permitido", para la sistemática del derecho penal*. Bogotá: Univ. Externado, 1996. 44 pp.;
22. MÜSSIG, Bernd J. *Desmaterialización del bien jurídico y de la política criminal*. Bogotá: Univ. Externado, 2001. 69 pp.;

MATUS, Jean Pierre. “Por qué citamos a los alemanes y otros apuntes metodológicos”.

*Polít. Crim.*. Nº 5, 2008, A5-5, pp. 1-35.

[[http://www.politicacriminal.cl/n\\_05/a\\_5\\_5.pdf](http://www.politicacriminal.cl/n_05/a_5_5.pdf)]

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

d) Traducciones aparecidas en Buenos Aires, por orden alfabético (indicando el nombre del traductor y el título original sólo cuando el catálogo los contiene):<sup>84</sup>

1. BAUMANN, Jürgen. *Derecho penal. Conceptos fundamentales y sistema*. Buenos Aires: Depalma, 1973. 276 pp.;
2. DOHNA, Alexander zu. *La estructura de la teoría del delito*. Buenos Aires: Abeledo-Perrot, 1958, 108 pp.;
3. FRISCH, Wolfgang. *El error en el derecho penal*. Buenos Aires: Ad-Hoc, 1999. 218 pp.;
4. HASSEMER, Winfried. *Crítica al derecho penal de hoy. Norma, interpretación, procedimiento; límites de la prisión preventiva*. Buenos Aires: Ad-Hoc, 1995. 127 pp.;
5. HÖRNLE, Tatjana. *Determinación de la pena y culpabilidad. Notas sobre la teoría de la determinación de la pena en Alemania*. Buenos Aires: Di Plácido, 2003. 118 pp.;
6. JAKOBS, Günther. *La imputación objetiva en derecho penal*. Buenos Aires: AD-HOC, 1996. 127 pp.;
7. JAKOBS, Günther. *Fundamentos del derecho penal*. Buenos Aires: AD-HOC, 1996. 240 pp.;
8. KERN, Eduard. *Los delitos de expresión*. Buenos Aires: Depalma, 1967. 228 pp.;
9. MAURACH, Reinhart. *Derecho penal. Parte general*. Buenos Aires: Astrea, s/f.;
10. ROXIN, Claus. *Teoría del tipo penal. Tipos abiertos y elementos del deber jurídico*. Buenos Aires: Depalma, 1979. 303 pp.;
11. STRATENWERTH, Günter. *Acción y resultado en derecho penal*. Buenos Aires: Hammurabi, 1991. 105 pp.;
12. STRUENSEE, Eberhard. *Dolo, tentativa y delito putativo*. Buenos Aires: Hammurabi, 1992. 125 pp.;
13. WELZEL, Hans. *Derecho penal. Parte general*. Buenos Aires: Depalma, 1956. 271 pp.;
14. JAKOBS, Günther; STRUENSEE, Eberhard. *Problemas capitales del derecho penal moderno. Homenaje a Hans Welzel a los 20 años de su fallecimiento*. Buenos Aires: Hammurabi, 1998. 124 pp.

---

<sup>84</sup> La muestra original arrojó 17 títulos, de ellos, dos que correspondían a autores argentinos, y una traducción del Código penal alemán, no fueron considerados en la contabilidad.



MATUS, Jean Pierre. “Por qué citamos a los alemanes y otros apuntes metodológicos”.

*Polít. Crim.*. Nº 5, 2008, A5-5, pp. 1-35.

[[http://www.politicacriminal.cl/n\\_05/a\\_5\\_5.pdf](http://www.politicacriminal.cl/n_05/a_5_5.pdf)]

## Anexo Nº 2.

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

Para realizar este estudio se estableció como metodología contabilizar las referencias contenidas en las primeras 20 notas al pie de una muestra exploratoria de carácter aleatorio representativa del 1% del número de volúmenes publicados más o menos simultáneamente (1951-2005) de las revistas más tradicionales de derecho penal en el ámbito alemán e iberoamericano, esto es, la *Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft* (volúmenes 63 a 117) y el *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales* (volúmenes 4 a 58), respectivamente.<sup>85</sup> Se diseñaron, además, muestras aleatorias de control por *actualidad* en las mismas revistas, equivalentes al 15% de los artículos contenidos en los últimos volúmenes publicados en la *Zeitschrift* (t. 119) y en el *Anuario* (t. 58);<sup>86</sup> y por *comité*

---

<sup>85</sup> En total, 54 volúmenes, lo que nos da un número a revisar aproximado de 5 artículos por revista. Los números aleatorios se generaron mediante el programa Excel, usando una distribución uniforme con número de inicio 1 en el rango de volúmenes del cual se extrajo la muestra y aproximando los resultados a un decimal, que corresponde al número de artículo de cada volumen analizado (así 1,1 correspondería, teóricamente, al primer artículo del volumen nº ; cuando el decimal es 0, se entiende el número 1 y, cuando sobrepasa el número de artículos, el último del volumen). Esto dio como resultado los siguientes números aleatorios: a) para la *Zeitschrift*: 90,7; 72,5; 79,7; 91,9; 114,2; 72,3; 100,9; 75,2; 89,7; 69,7 y b) para el *Anuario*: 31,7; 13,5; 20,7; 32,9; 55,2; 13,3; 41,9; 16,2; 30,7; 10,7. La selección aleatoria abarcó el doble de los artículos del 10% previsto (5), para contar con un número suficiente con que reemplazar, hasta alcanzar (siguiendo el orden aleatorio) el porcentaje fijado, textos que no se referían a temas dogmáticos propiamente tales (del *Anuario*: CODERCH, Pablo Salvador; PIÑEIRO SALGUERO, José; RUBÍ i PUIG, Antoni. “Responsabilidad civil del fabricante por productos defectuosos y teoría general de la aplicación del Derecho (Law enforcement).” t. 55 (2002), pp. 41-68 [55,2]; y de la *Zeitschrift*: RÜPIG, Hinrich. “Der Schutz der menschenrechte im Strafverfahren —Wesentliche Erfordernisse eines gerechten Strafverfahrens—.” t. 91 (1979), pp. 351-363 [91,9]); que no eran de autores iberoamericanos pero aparecían en el *Anuario* (MIDDENDORFF, Wolf. “Problemas generales de la seguridad del tráfico.” *ADPCP*. t. 31 (1978), pp. 277-298 [31,7]), y viceversa (CORTÉS ROSA, Manuel. “Teilnahme am unechten Sonderverbrechen.” *ZStW*, t. 90 (1978), pp. 413-441 [90,7]); que se referían expresamente al derecho extranjero como materia de análisis (GARCÍA PLANAS, Gabriel. “Delincuencia juvenil en Inglaterra.” *ADPCP*. t. 32 (1979), pp. 427-450 [32,9]); que por carecer de citas suficientes, no permitían su análisis (MÜLLER, Rudolf; PREISER, Friedrich. “Wie sollten unverbesserliche Asoziales nach künftigem Recht verwahrt werden.” *ZStW*. t. 79 (1967), pp. 305-330 [79,7]; GALLAS, Wilhelm. “Der Schutz der Persönlichkeit im Entwurf eines Strafgesetzbuches (E 1962).” *ZStW*. t. 75 (1962), pp. 16-42 [75,2]); o cuyos autores o “encuestados”, se repetían (TERUEL CARRALERO, Domingo. “La pluralidad legislativa en los delitos contra el Estado.” *ADPCP*. t. 16 (1963), pp. 17-35 [16,2]). Para el análisis posterior se contabilizan todas las referencias o citas bibliográficas (aún las repetidas) contenidas en las primeras veinte notas al pie de cada artículo seleccionado, utilizadas para fundamentar una opinión, derivar al lector a mayor información o indicar la posibilidad de una opinión diferente, salvo las que se remiten a legislación o documentos no doctrinarios. Se han elegido las primeras veinte primeras notas para revisión, pues en ellas se refieren los autores normalmente a la descripción del estado de la cuestión que se abordará y a las primeras opiniones que al respecto se toman en cuenta.

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

<sup>86</sup> Utilizando el método descrito en la nota nº 85, y considerando que, en total, los “*Abhandlungen*” contenidos en el t. 119 (2007) de la *Zeitschrift* son 23, y los artículos de la “sección doctrinal” del t. 58 (2005)

MATUS, Jean Pierre. “Por qué citamos a los alemanes y otros apuntes metodológicos”.

*Polít. Crim.*, Nº 5, 2008, A5-5, pp. 1-35.

[[http://www.politicacriminal.cl/n\\_05/a\\_5\\_5.pdf](http://www.politicacriminal.cl/n_05/a_5_5.pdf)]

*editorial*, para lo cual se obtuvo una muestra aleatoria de artículos aparecidos en los volúmenes publicados simultáneamente entre los años 2002 y 2007 en las revistas *Goldammer's Archiv für Strafrecht* (t. 149 a t. 154) y *Derecho Penal Contemporáneo* (todos sus volúmenes, años 2002-2007, los que son publicados en Bogotá, Colombia).<sup>87</sup>

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

Así, en el primero de los artículos seleccionados aleatoriamente de la *Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft*, Geerds, refiriéndose al consentimiento en las lesiones, a propósito del entonces Proyecto de 1959, critica las disposiciones propuestas con base al

---

del *Anuario* son 12, se generaron los siguientes números aleatorios para cada una de ellas: 11 [11,8], 4, 7 y 12, para la revista alemana; y 6 [6,7], 2, 4 y 7, para la española, de manera de obtener una muestra de tres y dos artículos, respectivamente, equivalente al porcentaje buscado. De la muestra debieron retirarse, por tratar temas no propiamente “dogmáticos”, un artículo de la *Zeitschrift* (BUNG, Jochen. “Nietzsche über Strafe,” pp. 120-136 [4]) y otro del *Anuario* (RODRÍGUEZ-MAGARIÑOS, Faustino Gudín. “Crónica de la vida de John Howard, alma mater del derecho penitenciario”, pp. 95-170 [4]); del cual, además, se retiró un artículo que correspondía a una traducción de un texto italiano (DONINI, Massimo. “Jueces y democracia. El papel de la magistratura y democracia penal”, pp. 403-419 [6])

<sup>87</sup> Siguiendo el método descrito en las notas anteriores, la muestra aleatoria arrojó los siguientes números para *Derecho Penal Contemporáneo*: 3,6; 1,9; 2,5; 3,7; 5,7; 1,8 [1,86]; 4,5; 2,1; 3,5; 1,6; 1,4; 2,9 (dado que esta revista no tiene volúmenes, sino una cantidad variable de números por año, el número entero representa el año y el decimal, el número del artículo, que puede estar comprendido en alguno de los dos números del año correspondiente. Así, 3,1 es el primer artículo publicado en el año 3 de la Revista (2004), el cual se encuentra en el número 10 de la misma). Y para el *GA*, los números son 151,6; 149,9; 150,5; 151,7; 153,7; 149,8 [149,86]; 152,5; 150,1; 151,5; 149,6 (dado que para buscar los artículos seleccionados se sigue el orden de los índices, y en esta revista ellos se ordenan alfabéticamente, el número de artículo seleccionado no corresponde exactamente a su ubicación en el volumen correspondiente, pero se mantiene el carácter aleatorio de la selección, dentro de las posibilidades del alfabeto). Siguiendo los criterios expuestos en las notas anteriores, una vez revisados los artículos seleccionados aleatoriamente, se excluyeron del análisis los números que hacían referencia a artículos inexistentes (1,9 y 1,8 en *Derecho Penal Contemporáneo*); los aparecidos en esa misma revista, pero no elaborados por autores iberoamericanos (AMBOS, Kai. “¿Es el procedimiento penal internacional ‘adversarial’, ‘inquisitivo’ o mixto?” *Derecho Penal Contemporáneo*. n.º 10 (2005), pp. 87-152 [4,5]; AMBOS, Kai; WOISCHNIK, Jan. “Las reformas procesales penales en América Latina. Resumen comparativo.” *Derecho Penal Contemporáneo*. n.º 10 (2005), pp. 5-56 [3,7]); y los que, en general, no trataban temas vinculados con la “dogmática penal” (CRUZ REYES, Euménedis. “El principio de oportunidad: ¿un acto de discrecionalidad judicial en poder de la fiscalía?” *Derecho Penal Contemporáneo*. n.º 15 (2006), pp. 35-82 [5,7]; FREUND, Georg. “Stellungnahme eines Arbeitskreises der Strafrechtslehrer zum ‘Eckpunktepapier’ zur Reform des Strafverfahrens.” *GA* 149 (2002), pp. 82-97 [149,8]; GUSY, Christoph. “Rechtsgrundlagen der Richtervorbehalte nach § 100b StPO.” *GA* 150 (2003), pp. 672-692 [150,5]; MEIER, Bernd-Dieter. “Die Reform des Ermittlungsverfahrens. Zur notwendigen Stärkung der Rechtsstellung der Beteiligten.” *GA* 151 (2004), pp. 441-457 [151,6];).

MATUS, Jean Pierre. “Por qué citamos a los alemanes y otros apuntes metodológicos”.

*Polít. Crim.*. Nº 5, 2008, A5-5, pp. 1-35.

[[http://www.politicacriminal.cl/n\\_05/a\\_5\\_5.pdf](http://www.politicacriminal.cl/n_05/a_5_5.pdf)]

desarrollo doctrinal, citando para ello 82 textos alemanes (entre ellos, 30 propios),<sup>88</sup> en el segundo, Middendorff, quien comienza exponiendo el “desarrollo” del derecho penal de la época, haciendo ver que éste se habría producido “no sólo en Alemania, sino también en el derecho penal extranjero”, parece, sin embargo, reducirlo al ámbito anglosajón, del cual extrae 23 referencias, y sólo marginalmente a Suecia (1) y Francia (1), mientras la literatura escrita en alemán sigue manteniendo una presencia mayoritaria (24),<sup>89</sup> en el tercero, Wolter, en un estudio sobre el error en el curso causal, cita única y profusamente textos alemanes (84); mientras Bloy sólo En cambio, en el *Anuario*, la muestra principal contiene 112 referencias, de ellas 22 a autores alemanes y 29 a italianos frente a 45 a autores españoles añade a las 30 referencias a autores alemanes, una a un austriaco y dos al Digesto,<sup>90</sup> y en el quinto, tratando sobre el sistema de penas, el autor cita 19 textos alemanes y sólo uno escrito en inglés.<sup>91</sup>

El índice de impacto de la doctrina alemana en la española en todo este período (1951-2005) es de 0,20 (=22/112), sorprendentemente un poco inferior al de la doctrina italiana (cuyo predominio en los artículos publicados con anterioridad a 1970 es evidente).

Así, en el primer artículo analizado, Rodríguez Devesa, tratando sobre los delitos contra la propiedad, usa 16 referencias a autores alemanes, 14 a italianos, una a un austriaco, otra a un chino (ambas en alemán) y una sola a un autor español del siglo XIX;<sup>92</sup> en el segundo, Teruel, tratando de un tema específico de parte especial propio de la época, cita 19 veces a autores españoles, y una sola a un italiano;<sup>93</sup> en el tercero, Castro Pérez, tratando sobre la naturaleza de la pena, cita en las primeras veinte notas al pie preferentemente a autores italianos (9), alemanes (3), tres clásicos (Santo Tomás, Grocio y el Digesto), psicólogos y criminólogos (4) y a un solo autor español (1);<sup>94</sup> en el cuarto, Serrano Gómez, analizando la regulación de los juegos ilícitos, junto a numerosas referencias legislativas y jurisprudenciales, cita 9 textos, todos españoles;<sup>95</sup> y en el más reciente de la muestra, Cuerda Riezu cita a 15 autores españoles contra sólo 3 alemanes (traducidos al castellano).<sup>96</sup>

---

<sup>88</sup> GEERDS, Friedrich. “Einwilligung und Einverständnis des Verletzten im Stragesetzentwurf.” *ZStW*. t. 72 (1960), pp. 42-92.

<sup>89</sup> MIDDENDORFF, Wolf. “Die Prognose im Strafrecht und in der Kriminologie.” *ZStW*, t. 72 (1960), pp. 108-123.

<sup>90</sup> BLOY, René. “Die Straftaten gegen die Umwelt im System des Rechtsgüterschutzes.” *ZStW*. t. 100 (1988), pp. 485-507.

<sup>91</sup> WOLTERS, Gereon. “Der Entwurf eines ‘Gesetzes zur Reform des Sanktionrechts.’” *ZStW*. t. 114 (2002), pp. 63-87.

<sup>92</sup> RODRIGUEZ DEVESEA, José María. “Consideraciones generales sobre los delitos contra la propiedad.” *ADPCP*. t. 13 (1960), pp. 37-65.

<sup>93</sup> TERUEL CARRALERO, Domingo. “Los delitos contra la Religión entre los delitos contra el Estado.” *ADPCP*. t. 13 (1960), pp. 207-228.

<sup>94</sup> CASTRO PÉREZ, Bernardo Francisco. “Consideraciones sobre la pena.” *ADPCP*. t. 20 (1967), pp. 103-145.

<sup>95</sup> SERRANO GÓMEZ, Alfonso. “Los juegos ilícitos.” *ADPCP*. t. 30 (1977), pp. 307-329.

<sup>96</sup> CUERDA RIEZU, Antonio. “Límites jurídico-penales de las nuevas técnicas genéticas.” *ADPCP*. t. 41 (1988), pp. 413-429.

MATUS, Jean Pierre. "Por qué citamos a los alemanes y otros apuntes metodológicos".

*Polít. Crim.*, Nº 5, 2008, A5-5, pp. 1-35.

[[http://www.politicacriminal.cl/n\\_05/a\\_5\\_5.pdf](http://www.politicacriminal.cl/n_05/a_5_5.pdf)]

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

Así, en las primeras veinte notas al pie de tres los artículos analizados del t. 119 (2007) de la *Zeitschrift*, no se emplea ni una sola referencia a un autor iberoamericano: en el primero, sobre la estafa por omisión, sólo hay referencias a autores alemanes (32);<sup>97</sup> en el segundo, sobre la teoría del dominio del hecho, ocurre exactamente lo mismo (40 citas, todas a autores alemanes);<sup>98</sup> y en el tercero, sobre el consentimiento en la autolesión, a 24 autores alemanes, 4 franceses, otra a un autor medieval (*Mattheus*) y una última a un inglés.<sup>99</sup>

En cambio, en las veinte primeras notas al pie del primero de los artículos analizados del t. 58 (2007) *Anuario*, hay 6 referencias a autores alemanes, 16 a españoles, 3 a otros iberoamericanos y una a un francés;<sup>100</sup> y en el segundo, 37 a autores alemanes, 38 a españoles y 2 al colombiano Yesid Reyes (una de ellas escrita en alemán).<sup>101</sup>

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

Así, el análisis de las primeras veinte notas al pie contenidas en los artículos analizados del *Goldammer's Archiv* muestra lo siguiente: el primero contiene únicamente referencias a autores alemanes (25);<sup>102</sup> lo mismo que el segundo (38 citas).<sup>103</sup> En cambio, en el tercero, Gössel, junto a 17 referencias a autores alemanes, hace 3 a un trabajo (escrito en alemán) de Mir Puig,<sup>104</sup> y Freund cita una vez un trabajo publicado en Alemania por Silva Sánchez, a la que se agregan 41 referencias a autores alemanes.<sup>105</sup> En el resto de los artículos,

<sup>97</sup> KARGL, Walter. "Die Bedeutung der Entsprechungsklausel beim Betrug durch Schweigen." *ZStW*, t. 119 (2007), pp. 250-289.

<sup>98</sup> HAAS, Volker. "Kritik der Tatherrschaftslehre." *ZStW*, t. 119 (2007), pp. 519-546.

<sup>99</sup> NITSCHMANN, Kathrin. "Chirurgie für die Seele? Eine Fallstudie zu Gegenstand und Grenzen der Sittenwidrigkeitsklausel." *ZStW*, t. 119 (2007), pp. 547-592.

<sup>100</sup> SÁNCHEZ TOMÁS, José Miguel. "Interpretación penal en una dogmática abierta." *ADPCP*, t. 58 (2005), pp. 29-55.

<sup>101</sup> SÁNCHEZ LÁZARO, Fernando Guanarteme. "Hacia una superación de la imputación objetiva del resultado." *ADPCP*, t. 58 (2005), pp. 421-461.

<sup>102</sup> GRUNST, Bettina. "Moderne Gesetzestechniken in StGB und StPO aus kritischer Sicht der juristischen Methodenlehre." *GA* 149 (2002), pp. 215-227.

<sup>103</sup> MEYER, Frank. "Die Problematik des Nötigungsnotstands auf die Grundlage eines Solidaritätsprinzips." *GA* 151 (2004), pp. 356-369.

<sup>104</sup> GÖSSEL, Karl Heinz. "Über Normativismus und Handlungslehre im Lehrbuch von Claus Roxin zum Allgemeinen Teil des Strafrechts." *GA* 153 (2006), pp. 279-284. El texto a que se hace referencia es MIR PUIG, Santiago. "Grenzen des Normativismus im Strafrecht." En: HEFENDEHL, Roland ; BOTTKER, Wilfried (eds.): *Empirische und dogmatische Fundamente, kriminalpolitischer Impetus : Symposium für Bernd Schünemann zum 60. Geburtstag Symposium für Bernd Schünemann zum 60. Geburtstag*. Köln : Heymanns, 2005. 380 pp., pp. 77-103."

<sup>105</sup> FREUND, Georg. "Materiellrechtliche und prozessuale Facetten des gesamten Strafrechtssystems." *GA* 152 (2005), pp. 321-338. En este caso, el texto referido es SILVA SÁNCHEZ, "Straftatsystematik", cit. en nota al pie n° 26.

MATUS, Jean Pierre. “Por qué citamos a los alemanes y otros apuntes metodológicos”.

*Polít. Crim.*. Nº 5, 2008, A5-5, pp. 1-35.

[[http://www.politicacriminal.cl/n\\_05/a\\_5\\_5.pdf](http://www.politicacriminal.cl/n_05/a_5_5.pdf)]

desaparece toda referencia a la doctrina iberoamericana: así, en el quinto de la muestra, el autor, en un tema de parte especial, hace 116 referencias bibliográficas en las primeras veinte notas al pie, todas a doctrina alemana;<sup>106</sup> y en el último, Hoyer, tratando un tema de derecho penal internacional, cita 26 veces a autores alemanes y 3 a un único francés (Jean Bodin).<sup>107</sup>

Y aunque aquí ya se puede apreciar alguna consideración de la doctrina alemana hacia la iberoamericana y, específicamente, a la española, encontrándose cuatro referencias a dos autores españoles, lo que supone un índice de impacto de 0,01 (=4/269), la existencia de estas referencias debe tomarse con mucha cautela, básicamente por tres razones: a) porque los textos referidos se han escrito por sus propios autores en alemán y han sido publicados en Alemania; b) porque también en la muestra aparece una cantidad similar de referencias a un autor francés (3), en circunstancias que se supone que esta tradición no se encuentra vinculada a la alemana como la española; y c) porque estas citas aisladas no alteran significativamente el índice de autoreferencia de la doctrina alemana que se desprende de las otras muestras, pues aquí alcanza nada menos que a un 0,97 (=262/269), esto es, el más alto entre todas las muestras analizadas.

En cambio, y como era de esperar, el análisis de las primeras veinte notas al pie de los artículos de la muestra de control tomada de la *Revista de Derecho Penal Contemporáneo* editada en Bogotá, Colombia, refleja una relación inversa, muy similar a la de la muestra del último volumen del *Anuario*. Ordenados cronológicamente, en el primero de los artículos analizados una autora española aborda un tema de parte especial, citando 43 obras españolas y una sola alemana;<sup>108</sup> en el segundo, el autor aborda un tema vinculado tanto al derecho penal internacional como al colombiano, refiriéndose una vez a un autor alemán, 5 a un solo autor de habla inglesa, 3 a españoles y 6 a colombianos;<sup>109</sup> en el tercero, que trata sobre “el concepto de delito”, el autor hace 32 referencias a autores alemanes y tres a españoles;<sup>110</sup> en el cuarto, se analiza el tema de la pena en el nuevo código penal colombiano, citándose 10 veces a autores alemanes, 3 a autores de habla inglesa, 5 a españoles, 7 a colombianos, a un argentino y a un italiano;<sup>111</sup> en el quinto, el autor, de nacionalidad argentina, hace exclusivamente referencia a textos de autores alemanes (27) y españoles (5);<sup>112</sup> y, finalmente, en el último artículo analizado, seguramente por la naturaleza del tema y a pesar de sus estudios en Alemania, cita el autor únicamente a un

---

<sup>106</sup> BASAK, Denis. “Die Tathandlung der Unterschlagung. Die Diskussion um den Zueignungsbegriff seit der Neufassung des § 246 StGB.” *GA* 150 (2003), pp. 109-123.

<sup>107</sup> HOYER, Andreas. “Internationales Strafgerichtshof und nationalstaatliche Souveränität.” *GA* 151 (2004), pp. 321-337.

<sup>108</sup> SÁNCHEZ LÓPEZ, Virginia. “Delitos contra la hacienda pública en materia de gastos en el Código Penal Español.” *Derecho Penal Contemporáneo*. n.º 1 (2002), pp. 119-148.

<sup>109</sup> GRANADOS PEÑA, Jaime Enrique. “La responsabilidad de los jefes y otros superiores en la Corte Penal Internacional y el conflicto colombiano.” *Derecho Penal Contemporáneo*. n.º 1 (2002), pp. 179-217.

<sup>110</sup> ALCÁCER GUIRAO, Rafael. “Apuntes sobre el concepto de delito.” *Derecho Penal Contemporáneo*. n.º 2 (2003), pp. 5-58.

<sup>111</sup> REYES CUARTAS, José Fernando. “Principios orientadores de la imposición de sanciones penales en el Nuevo Código Penal Colombiano.” *Derecho Penal Contemporáneo*. n.º 2 (2003), pp. 143-172.

<sup>112</sup> RIGHI, Esteban. “La revalorización del consentimiento en la relación médico-paciente.” *Derecho Penal Contemporáneo*. n.º 6 (2004), pp. 177-196.

MATUS, Jean Pierre. “Por qué citamos a los alemanes y otros apuntes metodológicos”.

*Polít. Crim.*. Nº 5, 2008, A5-5, pp. 1-35.

[[http://www.politicacriminal.cl/n\\_05/a\\_5\\_5.pdf](http://www.politicacriminal.cl/n_05/a_5_5.pdf)]

alemán frente a 16 de habla inglesa, un argentino y un español.<sup>113</sup> En síntesis, en esta última muestra de control se contienen en total 163 referencias, de las cuales 63 son a textos alemanes, 60 a españoles, 24 a textos escritos en inglés, 15 a autores latinoamericanos y sólo una a un italiano. Así, el índice de impacto de la doctrina alemana en los artículos contenidos en *Derecho Penal Contemporáneo* alcanza a 0,38 (=63/163), sólo cuatro puntos menos que en la muestra de control del *Anuario*, quedando también la doctrina italiana relegada a una posición muy marginal, muy por debajo del impacto de la doctrina escrita en inglés.

---

<sup>113</sup> GUERRERO APRÁEZ, Víctor. “La génesis de la noción de crimen de lesa humanidad.” *Derecho Penal Contemporáneo*. n.º 6 (2004), pp. 197-248.