

49

INCLUYE ACCESO
A LA VISUALIZACIÓN
ONLINE DEL FONDO
COMPLETO DE
LA REVISTA

LES PRÉVILÈGES ET PRIVILEGES

Revista

Enero 2022

49

Revista Penal

Penal

Enero 2022



tirant
lo blanch

tirant
lo blanch



Revista Penal

Número 49

Sumario

Doctrina:

- Editorial: Enzo Musco, in memoriam, por *Juan Carlos Ferré Olivé*..... 5
- La justificación penal de la desconexión letal de aparatos médicos. A propósito de la reasignación de respiradores en contextos dilemáticos (triaje ex post), por *Ivó Coca Vila* 7
- El delito de abandono del lugar del accidente, por *Javier García Amez*..... 26
- La convocatoria y celebración de referéndums y consultas ilegales: ¿delito?, por *José León Alapont*..... 38
- La cuestión de la gestación subrogada en el Ordenamiento jurídico italiano. La coexistencia de una prohibición de sanciones penales con la necesidad imperiosa de reconocer el vínculo filial, por *Lavinia Messori y Matteo Caldironi* 61
- La “sociedad del miedo” y el discurso terrorista. Algunas consideraciones sobre el delito de difusión de mensajes o consignas terroristas, por *Elena Núñez Castaño* 77
- Blanqueo, corrupción política y función pública. Una nueva agravación penal bajo el umbral de la Unión Europea, por *Miguel Ángel Núñez Paz*..... 101
- El menor como sujeto pasivo en los delitos contra la libertad e indemnidad sexuales, por *Enrique Orts Berenguer y Margarita Roig Torres* 116
- Del Derecho penal represivo al preventivo. Un desafío a la transmisión intergeneracional de la violencia penal, por *Laura Pascual Matellán*..... 126
- La (infinita) reforma del Derecho penal empresarial, por *Martin Paul Waßmer* 137
- La Fiscalía General del Estado y los delitos de odio: ¿una falta de respeto al Derecho internacional?, por *Marta Rodríguez Ramos* 146
- La Ley Orgánica reguladora de la eutanasia y la adaptación del Código Penal, por *Carlos María Romeo Casabona* 160
- Los ataques de denegación de servicios como ciberdelito en el Código Penal español, por *M^a Ángeles Rueda Martín* 183
- Sistemas penales comparados:** Financiación ilegal de los partidos políticos (*Illegal financing of political parties*)..... 217

Bibliografía:

- **Recensión:** Discurso jurídico y método científico en el Derecho penal de nuestro tiempo. Reseña de “El Derecho penal en el Estado democrático de Derecho”, de Bernd Schünemann (Madrid: Reus/ Montevideo-Buenos Aires: BdeF, 2019, 107 páginas), por *Eduardo Demetrio Crespo*..... 277

* Los primeros 25 números de la Revista Penal están recogidos en el repositorio institucional científico de la Universidad de Huelva Arias Montano: <http://tabida.uhu.es/dspace/handle/10272/11778>



Universidad
de Huelva



UNIVERSIDAD
DE SALAMANCA



UCLM
UNIVERSIDAD DE CASTILLA-LA MANCHA



UNIVERSIDAD
PABLO DE OLAVIDE

am Arias Montano
Repositorio Institucional
de la Universidad de Huelva

tirant lo blanc

Publicación semestral editada en colaboración con las Universidades de Huelva, Salamanca,
Castilla-La Mancha, y Pablo Olavide de Sevilla

Dirección

Juan Carlos Ferré Olivé. Universidad de Huelva
jcferrreolive@gmail.com

Secretarios de redacción

Víctor Manuel Macías Caro. Universidad Pablo de Olavide
Miguel Bustos Rubio. Universidad Internacional de La Rioja

Comité Científico Internacional

Kai Ambos. Univ. Göttingen	José Luis González Cussac. Univ. Valencia
Luis Arroyo Zapatero. Univ. Castilla-La Mancha	Victor Moreno Catena. Univ. Carlos III
Ignacio Berdugo Gómez de la Torre. Univ. Salamanca	Carlos Martínez- Buján Pérez, Univ. A Coruña
Gerhard Dannecker. Univ. Heidelberg	Alessandro Melchionda. Univ. Trento
José Luis de la Cuesta Arzamendi. Univ. País Vasco	Francisco Muñoz Conde. Univ. Pablo Olavide
Norberto de la Mata Barranco, Univ. País Vasco	Francesco Palazzo. Univ. Firenze
Albin Eser. Max Planck Institut, Freiburg	Teresa Pizarro Beleza. Univ. Lisboa
Jorge Figueiredo Dias. Univ. Coimbra	Claus Roxin. Univ. München
George P. Fletcher. Univ. Columbia	José Ramón Serrano Piedecasas. Univ. Castilla-La Mancha
Luigi Foffani. Univ. Módena	Ulrich Sieber. Max Planck. Institut, Freiburg
Nicolás García Rivas. Univ. Castilla-La Mancha	Juan M. Terradillos Basoco. Univ. Cádiz
Juan Luis Gómez Colomer. Univ. Jaume I ^o	John Vervaele. Univ. Utrecht
Carmen Gómez Rivero. Univ. Sevilla	Eugenio Raúl Zaffaroni. Univ. Buenos Aires
Manuel Vidaurri Aréchiga. Univ. La Salle Bajío	

Consejo de Redacción

Miguel Ángel Núñez Paz y Susana Barón Quintero (Universidad de Huelva), Adán Nieto Martín, Eduardo Demetrio Crespo y Ana Cristina Rodríguez (Universidad de Castilla-La Mancha), Emilio Cortés Bechiarelli (Universidad de Extremadura), Fernando Navarro Cardoso y Carmen Salinero Alonso (Universidad de Las Palmas de Gran Canaria), Lorenzo Bujosa Badell, Eduardo Fabián Caparros, Nuria Matellanes Rodríguez, Ana Pérez Cepeda, Nieves Sanz Mulas y Nicolás Rodríguez García (Universidad de Salamanca), Paula Andrea Ramírez Barbosa (Universidad Externado, Colombia), Paula Bianchi (Universidad de Los Andes, Venezuela), Elena Núñez Castaño (Universidad de Sevilla), Carmen González Vaz (Universidad Isabel I^o, Burgos), José León Alapont (Universidad de Valencia), Pablo Galain Palermo (Universidad Nacional Andrés Bello de Chile), Alexis Couto de Brito y William Terra de Oliveira (Univ. Mackenzie, San Pablo, Brasil).

Sistemas penales comparados

Eva Rulands (Alemania)	Sergio J. Cuarezma Terán (Nicaragua)
Luis Fernando Niño (Argentina)	Campo Elías Muñoz Arango (Panamá)
Alexis Couto de Brito y Jenifer Moraes (Brasil)	Victor Roberto Prado Saldarriaga (Perú)
Paula Andrea Ramírez Barbosa (Colombia)	Blanka Julita Stefańska (Polonia)
Angie A. Arce Acuña (Costa Rica)	Frederico de Lacerda Costa Pinto (Portugal)
Elena Núñez Castaño (España)	Volodymyr Hulkevych (Ucrania)
Lavinia Messori (Italia)	Pablo Galain Palermo y Renata Scaglione (Uruguay)
Manuel Vidaurri Aréchiga (México)	Jesús Enrique Rincón Rincón (Venezuela)

www.revistapenal.com

© TIRANT LO BLANCH
EDITA: TIRANT LO BLANCH
C/ Artes Gráficas, 14 - 46010 - Valencia
TELF.S.: 96/361 00 48 - 50
FAX: 96/369 41 51
Email: tlb@tirant.com
<http://www.tirant.com>
Librería virtual: <http://www.tirant.es>
DEPÓSITO LEGAL: B-28940-1997
ISSN.: 1138-9168
MAQUETA: Tink Factoría de Color

Si tiene alguna queja o sugerencia envíenos un mail a: atencioncliente@tirant.com. En caso de no ser atendida su sugerencia por favor lea en www.tirant.net/index.php/empresa/politicas-de-empresa nuestro procedimiento de quejas.

Responsabilidad Social Corporativa: <http://www.tirant.net/Docs/RSCTirant.pdf>

Bibliografía



Comentario bibliográfico

Revista Penal, n.º 49. - Enero 2022

Recensión: “Discurso jurídico y método científico en el Derecho penal de nuestro tiempo”*. Reseña de *El Derecho penal en el Estado democrático de Derecho*, de Bernd Schünemann (Madrid: Reus/ Montevideo-Buenos Aires: BdeF, 2019, 107 páginas), por Eduardo Demetrio Crespo

I. INTRODUCCIÓN

Este opúsculo, publicado originalmente con el título “Über Strafrecht im demokratischen Rechtsstaat, das unverzichtbare Rationalitätsniveau seiner Dogmatik und die vorgeblich progressive Rückschrittspropaganda” (*ZIS*, 2016, pp. 375-393) y traducido al español por Raquel Roso y Carmen Pérez-Sauquillo, cuenta con un prólogo específico del propio autor en el que este lleva a cabo toda una *declaración de principios*. A saber, el texto compendia una suma de reflexiones cultivadas a lo largo de medio siglo sobre el Derecho penal y el cometido y método de la Ciencia que lo estudia (*v.i.* Punto II), cuya esencia estaría constituida por un conocimiento sencillo, pero enterrado durante miles de años bajo *los escombros ideológicos de las diversas teorías de la retribución*: a) “la pena, en la gran mayoría de los casos, no es de ningún modo mera retribución, sino que representa un *exceso* o abuso (*Overkill*) que sólo podría justificarse según reglas del estado de necesidad, precisamente como *ultima ratio* para la protección de bienes

jurídicos”; b) “el uso de la pena para otros fines, por ejemplo, para la imposición de determinadas formas de vida, es ilegítimo en cualquier Estado de Derecho imaginable”. En segundo lugar, estas palabras introductorias contienen una clarísima toma de posición frente al neopositivismo (*v.i.* Punto III) “que quiere permitir la promulgación de leyes penales para casi cualquier fin”, el cual, bajo un equívoco manto de progresismo, retrocedería a un nivel preilustrado anterior a *Beccaria*. *Schünemann* ve en este *Zeitgeist* una *propaganda de la regresión* que apela erróneamente al principio de la democracia, la cual estaría inmersa en una fuerte crisis como consecuencia del abuso de sus formas externas y la manipulación de la opinión pública. Por último, se compromete con un determinado modelo de ciencia del Derecho penal (*v.i.* Punto IV) de carácter sistemático, que fungiría como *cuarto poder* llamado a ejercer un “control intelectual”. En el prefacio de la publicación original arriba citada *Schünemann* revela al lector el propósito último de su escrito, que no es otro que replicar lo expuesto por *Ambos* en su contribución al *Libro Homenaje a Joachim Vogel*, también aparecida en *Goldammer’s Archiv* (2016, 177), cuyo título resulta ya suficientemente expresivo («Zur Zukunft der deutschen Strafrechtswissenschaft: Offenheit und diskursive Methodik statt selbstbewusster Provinzialität»)¹. Pues bien, en este polémico ensayo *Ambos* se adhiere a la tesis sostenida en 2012 por Joachim Vogel (*JZ*, 2012, 25) según la cual la ciencia penal alemana parecía adolecer

* Este trabajo se integra dentro de los siguientes proyectos de investigación: 1.- *Crisis del Derecho Penal del Estado de Derecho: Manifestaciones y tendencias* (SBPLY/17/18501/000223) concedido por la Junta de Comunidades de Castilla – La Mancha y cofinanciado por el Fondo Europeo de Desarrollo Regional (FEDER) [<https://blog.uclm.es/proyectocresta/>] y 2.- *Derecho penal y comportamiento humano* (RTI2018-097838-B-100) concedido por el Ministerio de Ciencia, Innovación y Universidades (Programa estatal de I+D+i orientada a los retos de la sociedad) [<https://blog.uclm.es/proyectodpch/>].

¹ De esta existe traducción al español de Gustavo E. Cote Barco (*Ambos, K., Sobre el futuro de la ciencia jurídico-penal alemana. Apertura y método discursivo en lugar de provincianismo presuntuoso*, Buenos Aires: Ad-Hoc, 2016), con prólogo y epílogo de Daniel R. Pastor [≈ *Ambos, K., El futuro de la Ciencia Jurídico Penal Alemana*, Bogotá: Temis, 2016].

de un “provincianismo autoconvencido o autocomplaciente” y regirse por una mentalidad de “sacerdotes de una comunidad religiosa” y una “perturbadora lejanía de la democracia”².

II. CONCEPTO DE DERECHO PENAL Y DOGMÁTICA JURÍDICO-PENAL EN EL ESTADO DEMOCRÁTICO DE DERECHO

Definiciones

Especificado el modo en que el autor pretende conducir al lector por los puntos clave de su reflexión en torno al modelo del Derecho penal del Estado democrático de Derecho y, vinculado a este, el irrenunciable nivel de racionalidad de su dogmática, *Schünemann* ofrece sendas definiciones: “aquella parte del sistema del Derecho que regula la imposición de sanciones negativas con motivo de un precedente suceso desagradable contra personas o grupos de personas” (p. 27), y “declaraciones sobre el Derecho vigente que poseen una pretensión de corrección o exactitud intersubjetiva” (p. 25). Esto conllevaría, a su vez, la prohibición de contradicciones como presupuesto mínimo y la pertenencia de sus conceptos centrales a la Constitución (escrita o no escrita) de una sociedad jurídicamente establecida, mientras que su función sería responder a dos cuestiones centrales: ¿por qué y para qué necesitamos el Derecho penal y de qué debe depender la sanción penal? (pp. 26-27).

Evolución: del Derecho penal primitivo al Derecho penal moderno

Antes de entrar en el nacimiento del moderno Derecho penal *Schünemann* se para brevemente en la descripción somera de modelos en principio superados tales como el de las sociedades primitivas y mágicas o bien primitivas y arcaicas, dando estas últimas un paso adelante en la medida en que no se conforman con una relación mágica entre la persona y el suceso, sino que se exige una relación específica entre ambos, bien en forma de mera casualidad o de estatus social. Hace referencia asimismo a las teocracias fundadas en una ilusión religiosa, en las que las penas, presentadas como retribución, eran en realidad un abuso intensificado hasta el sadismo (p. 32). Pues bien, este estado de cosas se habría superado con la Ilustración a través de la

doctrina de la evitación del daño social como único fin legítimo del Derecho penal y el *postulado del contrato social* entendido como principio normativo del consenso, destacando a este respecto las figuras de *Beccaria* y *Hommel* (p. 35).

Estado constitucional de Derecho y teoría de la pena

La limitación del Derecho penal con el único fin de la prevención de los daños sociales está anclada para *Schünemann* en las premisas de las Constituciones democráticas y se pone al servicio de la protección del individuo frente a la arbitrariedad de los detentadores del poder, incluyendo, por cierto, a los diputados del Parlamento como titulares del poder legislativo (p. 38). Es decir, se establece un vínculo clarísimo entre teoría del Estado y teoría de la pena, que no se puede pasar por alto. Sus reflexiones se dirigen de modo particularmente intenso contra la *filosofía penal de Immanuel Kant* (1724-1804). De este lamenta que, aunque de la definición del Derecho que plantea como el conjunto de condiciones bajo las cuales el libre arbitrio de uno se puede compaginar con el de los demás según una ley universal de libertad podría haber derivado la consecuencia de que solo pueden penarse las lesiones a la libertad ajena, no extrajo esta conclusión para el Derecho penal, sino que, por el contrario, se “enredó” en una desafortunada polémica contra *Beccaria*, “llegando a defender la propagación de tipos penales cuya realización únicamente infringe normas morales” (p. 40). Esto conllevaría, en términos algo más concretos, que la teoría de la retribución kantiana supone el peligro de una extralimitación e invasión de la moral en el Derecho penal debido al reconocimiento al “reproche moral” de una función independiente fundamentadora de la pena. Pero tampoco sale bien parada la versión del retribucionismo formulada en la *filosofía penal de Georg Wilhelm Friederich Hegel* (1770-1831), al señalar que la creencia de que con el castigo se restablece el Derecho “ciertamente no está tan lejos como la invención —ubicua en muchas religiones— de cualesquiera seres suprasensoriales, pero sin embargo no es más que una *petitio principii* y una confusión entre condición necesaria y suficiente (...)” (p. 42).

2 Además, pone en correlación la celebración del décimo aniversario de la *Zeitschrift für Internationale Strafrechtsdogmatik* con otras magnitudes temporales tales como los cinco mil años de un Derecho penal estatal o los 250 del Derecho penal moderno, cuya fecha de nacimiento data en 1764 con la publicación de la obra *Dei delitti e delle pene* de *Cesare Beccaria*, para de este modo tratar de contextualizar la trayectoria de la internacionalización experimentada en los últimos tiempos en el marco del Derecho penal europeo a partir del Tratado de Ámsterdam (1999) y en el Derecho penal internacional con el Estatuto de Roma (2002).

III. TOMA DE POSICIÓN FRENTE AL NEOPOSITIVISMO

Exclusiva protección de bienes jurídicos y el carácter excesivo (también) del moderno Derecho penal

La tesis que podríamos considerar nuclear del texto comentado es la premisa de que el Derecho penal no puede quedar legitimado por la retribución y ello debido a que, por regla general, salvo en los delitos de homicidio y lesiones, se inflige al autor algo peor que aquello por lo que se le hace responsable. La conclusión que se alcanza es nítida; este *overkill* o exceso estructural vendría a excluir categóricamente una justificación basada en las ideas de retribución, “dejando así solo el fin de protección de bienes jurídicos y dando lugar a la hoy reconocida fórmula de la *ultima ratio* para el ámbito de aplicación del Derecho penal” (p. 46). Semejante posicionamiento requería, sin duda, de algunas aclaraciones básicas, empezando por la necesaria relación de complementariedad entre el principio preventivo de carácter consecuencialista en el plano de la justificación de la pena como institución con uno de carácter deontológico frente a la persona que la sufre en el caso concreto cual es la culpabilidad. Según esto, los dos principios penales fundamentales de todo Estado democrático de Derecho serían los siguientes: a) la racionalidad del fin en la forma de *ultima ratio* para la protección de bienes jurídicos a través de la prevención general intimidatoria; b) la legitimación por medio del principio de culpabilidad (p. 48).

El principio del daño social vendría a formar parte del Estado moderno y como tal quedó consagrado tanto en la *Declaración de Derechos Humanos y Civiles de 1789*, como en el art. 5 de la *Constitución Francesa de 1791*, de modo que su importancia no puede ponerse en entredicho por interpretaciones que pretenden encontrar en la literalidad del texto de la Constitución el concepto de bien jurídico (pp. 48-49). Por este motivo critica con dureza que *Gärditz (Der Staat 49, 2010, 331)* formule un a todas luces injustificado reproche de provincianismo estrecho de miras a la fundamentación y limitación del Derecho penal mediante la máxima de la *ultima ratio* para la protección de bienes jurídicos, contraponiéndolo de modo erróneo al principio democrático, algo que atribuye a una vergonzosa identificación de este con el poder de las mayorías (pp. 50-51). Todo ello no es óbice para reconocer que la Jurispru-

dencia del Tribunal Constitucional Alemán (*BVerfGE*) ha puesto en entredicho e incluso rechazado, en particular en las *sentencias del caso del cannabis (BVerfGE 90, 145)* y *del incesto (BVerfGE 120, 224)*, este principio (pp. 53 y ss., p. 54 nota 2).

Sin embargo, *Schünemann* no se conforma y defiende una reinterpretación de esta jurisprudencia para buscar una salida, alcanzando la conclusión de que, en realidad, habría que combinar hasta cuatro vías de fundamentación que servirían de base a la *doctrina del bien jurídico*: a) el postulado del contrato social; b) la trágica experiencia histórica del Tercer Reich; c) la Ley Fundamental de Bonn y sujeción del legislador a los Derechos Fundamentales; d) La dependencia de la legitimación material de la intervención del Derecho penal de diversas premisas como el reproche ético-social vinculado a la pena y su carácter excesivo, el cual “excluye una domesticación únicamente por el principio de proporcionalidad” (p. 62)³.

IV. EL CARÁCTER SISTEMÁTICO DE LA CIENCIA PENAL COMO CUARTO PODER

Mos analytico-philosophicus civitatis iuris

El último pilar del libro comentado reivindica el papel de la dogmática como dique frente a la arbitrariedad, que actuaría como “cuarto poder”; ahora bien, no de cualquier dogmática, sino de una asentada sobre las bases conceptuales antes mencionadas, en correspondencia, por tanto, con las reglas y principios del Estado constitucional de Derecho. La necesidad de una comprensión de este tipo aparecería aún más urgente a la vista de la “crisis de la democracia”, en la que los medios de comunicación, con su “desenvuelta y desinhibida” intromisión en los procedimientos judiciales, estarían jugando un papel relevante (p. 75).

El autor conecta aquí con el texto de *Ambos* al que nos hemos referido con el objetivo de “echar por tierra” lo que considera más bien una repetición de viejos reproches en la que solo encuentra “malentendidos, imágenes distorsionadas y lugares comunes vulgares” (p. 77). La discusión quedaría centrada geográficamente, por razones históricas, al llamado “círculo geográfico del *Civil Law*” con excepción de los Estados francófonos, denominado por *Schünemann mos analytico-philosophicus civitatis iuris* (“mapci”) (p. 79). A partir de

³ Respecto a la crítica de *Stuckenberg (GA 2011, 653)* al concepto de bien jurídico en el sentido de que, debido a su indeterminación semántica, se trataría tan solo de una llave maestra para cualquier decisión política, motivo por el cual carecería de valor, reivindica de nuevo su convicción de que tal concepto no solo es irrenunciable en una ciencia jurídica sistemática, sino que existen vías para su concreción. Para ello sugiere partir de un núcleo claro y generalmente aceptado que permita nombrar casos ejemplificativos evidentes que operen como “arquetipos” a partir de los cuales se puedan llevar a cabo ampliaciones de manera progresiva mediante la analogía, todo ello en aplicación de conocimientos metodológicos que provienen de la moderna Filosofía del Lenguaje (pp. 66-67).

ahí, los argumentos sometidos a análisis pueden ser agrupados, a mi juicio, en dos niveles.

Nivel político-científico: Democracia y Ciencia

a) Ciencia jurídico-penal alemana como modelo discursivo aristócrata y poco democrático⁴

Schünemann alega que, a la vista de la multitud de estudios sobre cuestiones particulares (sobre todo de la Parte Especial), pero también de los numerosos comentarios críticos de resoluciones jurisprudenciales publicados regularmente en Alemania, esta afirmación “solo es compartible y comprensible para alguien que no haya leído nunca una revista alemana especializada en Derecho penal” (p. 86). Es muy importante poner de relieve que él parte de un concepto de *democracia deliberativa* cuya legitimación no se hace derivar (*formalmente*) del mero derecho al voto, sino (*materialmente*) por la adopción de decisiones “sobre la base de un discurso de ponderación argumentativa lo más amplio posible” (p. 87). Este se llevaría a cabo de manera ideal mediante un control intelectual del poder judicial ejercido a través del *macpi*, de modo que exigir un discurso abierto a resultados y libre de las categorías dogmáticas convencionales conduciría, paradójicamente, a confundir “de manera evidente el discurso jurídico-penal existente entre nosotros desde hace mucho tiempo con la situación dentro de la Iglesia católica” (p. 88).

b) Arbitrariedad instrumental de la política criminal

No menos importante resulta la crítica al “entendimiento instrumental del Derecho penal difundido internacionalmente”⁵, que califica como una “amenazante

entrega del Derecho penal al arbitrio del detentador del poder correspondiente” (p. 94). A este respecto, resulta polémico el papel jugado por el modelo que representan el Derecho penal europeo y, en general, el Derecho internacional penal basado en la protección de los Derechos Humanos, frente a la supuesta valoración de segundo orden de la política criminal en el marco de la ciencia jurídico-penal alemana, a la que sería inmanente, según *Ambos*, una suerte de convicción acerca de la autonomía e incluso superioridad de la dogmática⁶ (p. 94).

Pues bien, *Schünemann* critica esta posición desde un doble ángulo: a) la tesis del déficit político-criminal en la ciencia jurídico-penal alemana estaría basada, por un lado, en una escasa atención a la bibliografía germana relativa a las múltiples discusiones sobre las reformas penales y, por otro lado, en una falta de comprensión de que, en realidad, dogmática penal y política criminal están “grapadas” mediante la doctrina de protección de bienes jurídicos, lo que la convertiría *eo ipso* en parte integrante de la ciencia jurídico penal (p. 98); b) el ensalzamiento del área internacional estaría ignorando las tendencias propias de un estado policial allí imperantes (p. 96)⁷.

c) El “argumento de la defensa cultural”

También trata de rebatir el posicionamiento crítico de *Ambos* frente al llamado “argumento de la defensa cultural”, según el cual en materia penal se trataría en gran medida de preconcepciones culturales, desarrolladas históricamente y marcadas por el lenguaje⁸. Considera a este respecto que la vinculación del Derecho penal a la cultura es, más bien, un hecho (“ser”), que se

4 Cfr.: Ambos, K., *Sobre el futuro...*, *Op.cit.*, pp. 17-18 [«(...) se trata por lo general de sistemas con una estructura similar a la alemana, caracterizados también por un modelo discursivo aristócrata y poco democrático, justamente en el sentido expuesto por Donini (...). Estos sistemas ostentan -dicho enfáticamente- un discurso teórico a veces incluso autoritario, que poco se esfuerza por ser comprensible, dado que está convencido de la corrección científica (y en ocasiones la superioridad cultural) de sus posiciones dogmáticas»].

5 Cfr.: Ambos, K., *Sobre el futuro...*, *Op.cit.*, p. 21 [«Respecto de la parte especial del derecho penal, internacionalmente se procede de una manera menos sistemática y con mayor énfasis en la solución de problemas. De hecho, la penalización de formas específicas de comportamiento se realiza de acuerdo con las necesidades político-criminales que son percibidas en cada momento. Esto es especialmente claro en el desarrollo del derecho penal europeo (...).»].

6 Cfr.: Ambos, K., *Sobre el futuro...*, *Op.cit.*, pp. 26-27 [«(...) lo cual ha sido presentado últimamente incluso bajo el ropaje de una (a nivel internacional difícilmente admisible) “dogmática de la política criminal”, con cita en nota a pie de página nº 34 del trabajo de Robles Planas “Zur Dogmatik der Kriminalpolitik” y crítica de la «firme creencia de este autor (ciertamente no demostrada) en la capacidad de la dogmática para racionalizar la política criminal»].

7 A su vez, remarca que, en lugar de limitarse a criticar el “provincianismo” de la ciencia jurídico-penal alemana, *Ambos* debería haber advertido a los lectores de que “hay todavía autores que no se conforman con la comprensión policial-instrumental del Derecho penal por parte de la UE y que todavía quieren aferrarse al cometido tradicional de la dogmática jurídico-penal como guardián de las libertades civiles” (p. 100).

8 Cfr.: Ambos, K., *Sobre el futuro...*, *Op.cit.*, pp. 39-40: [«Esta perspectiva tiene precisamente en Alemania importantes precursores. Sólo hay que pensar en la idea de la identidad nacional del derecho propuesta por Von Savigny, fundada en el espíritu del pueblo alemán [“Volksgeist”] y arraigada culturalmente, o en el derecho (penal) como “fenómeno cultural [“Kulturerscheinung”] tal como era entendido por Max Ernst Mayer (...)»] y pp. 45-46 [«El discurso internacional actual no está orientado por el condicionamiento cultural del derecho (penal). Por el contrario, los esfuerzos están dirigidos a capturar en el derecho el fenómeno de la globalización a través de discursos sobre pluralismo, fragmentación e interlegalidad»].

ve limitado a la protección de bienes jurídicos (“deber ser”), mientras que la dependencia del Derecho penal de preconcepciones culturales sostenida por el *BVerfG* en su sentencia sobre el Tratado de Lisboa no sería convincente formulada de un modo tan general. Por último, tampoco resultaría procedente situar la protección de los Derechos Humanos como base del Derecho penal en el lugar de la exclusiva protección de bienes jurídicos, por ser aquella solo una versión empujada de esta última (pp. 97-98).

Nivel hermenéutico: La navaja de Ockham y el método científico

Esta variable, que considero bastante más interesante, apunta al pensamiento metodológico en sentido estricto y el (mejor) modo de alcanzar resultados óptimos.

a) Método casuístico-inductivo en la concreta resolución del caso

Schünemann subraya de nuevo lo desacertado de la tesis de *Ambos* de que en la concreta resolución del caso se impone el método casuístico-inductivo⁹, indicando que, más allá de las diferencias o similitudes entre la interpretación teleológica de la ley y el *case law*, “todas las reglas de los casos concretos deben ser agrupadas en un sistema general según la ley o principio de contradicción, pues de lo contrario se vulneraría el principio de igualdad” (p. 89)¹⁰.

b) Comprobabilidad empírica

Por otro lado, la verificabilidad empírica exigida por *Ambos*¹¹ vendría a ser “un tiro errado de corte naturalista” debido a que las normas no son revisables empíri-

camente desde un punto de vista lógico-formal. Ello no es óbice, por cierto, para que se formulen enunciados consecuencialistas cuando es necesario comprobar la existencia o alcance de determinadas premisas causales (p. 90).

c) Elaboración científica simple y comprensible

Schünemann prosigue con su crítica frontal a *Ambos* abordando un aspecto, si se quiere, más global. Reclamar una elaboración científica comprensible y basada en estructuras y categorías lo más sencillas posibles es desde luego algo en principio lógico¹². Como es sabido, lo contrario vulneraría el principio de economía o parsimonia (*lex parsimoniae*) conocido como la “navaja de Ockham”, según el cual, en igualdad de condiciones, la explicación más sencilla suele ser la más probable.

Sin embargo, como el propio *Guillermo de Ockham* (c. 1285-1349) puso de relieve, la explicación más simple y suficiente es la más probable, pero no necesariamente la verdadera. Esto es, en definitiva, lo que *Schünemann* contraargumenta, puesto que igual de absurdo que inventar categorías que no son necesarias, resulta renunciar a diferenciaciones imprescindibles, lo que considera típico de “culturas jurídicas insuficientemente desarrolladas”, de lo que la responsabilidad por el resultado todavía existente en el Derecho penal angloamericano en la forma de *strict liability* sería un buen ejemplo (pp. 91-92)¹³. Por lo tanto, este tipo de exigencias de simplificación bajo pretexto de conectar con otras culturas jurídicas, son descalificadas por *Schünemann* al considerar que no son otra cosa que una suerte de “propaganda de la regresión” que adolece de severos déficits semánticos y metodológicos (p. 94)¹⁴.

9 Cfr.: *Ambos, K., Sobre el futuro..., Op.cit.*, p. 21 [«Joachim Vogel se refirió con anticipación a esta forma de proceder como “primacía del pensamiento problema sobre el pensamiento sistema”. Desde este punto de vista, lo que resulta realmente decisivo es si la codificación de un ámbito específico de criminalidad es considerada necesaria, con lo cual las consideraciones de índole sistemático o teóricas dan un paso atrás»] y p. 54, donde abunda en la misma línea.

10 Es más, el análisis de problemas dogmáticos con un método deductivo -desde los principios superiores hasta los casos concretos- integrándolos en un sistema libre contradicciones, explicaría que resulte atractivo para nuevas generaciones de penalistas la realización de largas estancias de investigación en Alemania, teniendo como resultado el impulso de la discusión conjunta (p. 104). De este modo, la tradicional “exportación dogmática” se habría visto complementada con la correspondiente “importación”, lo que conectaría con una tradición de investigaciones de Derecho comparado en el campo del proceso penal y del Derecho penal sustantivo que se remontan a las investigaciones de *Mittermaier* aparecidas en 1845/1851 y 1909 respectivamente (pp. 104-106).

11 Cfr.: *Ambos, K., Sobre el futuro..., Op.cit.*, p. 54.

12 Cfr.: *Ambos, K., Sobre el futuro..., Op.cit.*, p. 56.

13 No obstante, admite que las discusiones sobre el sistema penal correcto “corren una y otra vez el peligro de confundir *meta-niveles conceptuales* con el *nivel del objeto en sí*, dando lugar al desarrollo de “pensamientos escolásticos que no pueden resistir la navaja de Ockham”, citando a modo de ejemplo la concepción de *Günther Jakobs* que sustituye la idea de bien jurídico por el restablecimiento contrafáctico de la vigencia de la norma (p. 92).

14 A ello se refiere asimismo *Pastor* al constatar en el epílogo arriba citado, que *Ambos* sueña con una “gramática universal del derecho penal”, «pero su método de obtenerla por medio de una simplificación de la técnica (...) puede convertirse en una pesadilla: hay situaciones en las cuales las dificultades son irreductibles y la optimista pérdida de conciencia acerca de las complicaciones del asunto lleva a resultados catastróficos, tal como sucede con la práctica habitual de los jueces que a mayor incerteza probatoria más seguros se

d) Intensificación del derecho comparado

La idea sugerida por *Ambos* acerca de un insuficiente nivel de manejo del Derecho comparado desde un punto de vista funcional por la Ciencia jurídico-penal alemana¹⁵ constituye para *Schünemann* una afirmación dolorosamente falsa, ofreciendo al respecto ejemplos de publicaciones y simposios internacionales que demostrarían lo contrario (pp. 101 y ss.). De hecho, cree que puede hablarse de una “estructura en red” del trabajo dogmático, motivo de que desde hace décadas tenga lugar un intercambio científico-penal sumamente fructífero de los penalistas alemanes con colegas de un área geográfica que va desde Portugal a Grecia, Europa central y del este, Escandinavia, Asia oriental y Latinoamérica (p. 104). Para él, en definitiva, no es posible identificar en ninguna parte el “provincianismo autoconvencido y autoconsciente (de su valía)” apostrofado por *Ambos*, tesis que considera engañosa y conducente a error (p. 107).

V. REFLEXIÓN FINAL

El título de la monografía reseñada excede en parte su cometido real, que parece centrarse en una diatriba con el punto de vista expuesto por *Ambos* en el artículo mencionado. En mi opinión, los argumentos esgrimidos en el que hemos llamado *apartado político-científico* son solo relativamente exportables a otros ámbitos geográficos, como el español o el latinoamericano, por cuanto el grueso de la discusión se centra en resolver aspectos relativos a la conformación actual de la ciencia jurídico-penal alemana. No obstante, no cabe duda de que se puede distinguir un plano general, también observable en España, en cuanto a la influencia del Derecho penal europeo en la expansión, el punitivismo y metamorfosis del Derecho penal, fenómeno al que yo mismo me he referido en otro lugar¹⁶. Pero la cuestión relativa al supuesto provincianismo no es trasladable como tal a nuestro país, donde más bien se critica en ocasiones, no sin cierta razón, desatender el propio contexto científico. Ello no es óbice para reconocer que las tendencias consistentes en “mirarse el propio ombligo”, si las hubiere, no harían sino empobrecer el

panorama científico global y el nivel alcanzado en cada país.

Tan rechazable como la “importación” acritica de teorías foráneas es la ilusión de que los desarrollos locales son mejores solo por esta razón, y el conformismo, siempre cómodo y autocomplaciente, de que no es necesario esforzarse en saber lo que otros tienen que decir. Hasta donde alcanzo este era el sentido del enfoque expuesto en su día por *Hirsch* acerca de la validez de ciertos desarrollos científicos del Derecho penal más allá de las fronteras nacionales de los diversos estados¹⁷. Como es lógico, algo así solo podría basarse en la *fuerza del mejor argumento* como presupuesto inmanente al verdadero “espíritu científico”, implica — entre otras cosas — una consideración “sinalagmática” de todos los involucrados en el debate y, en todo caso, debería estar muy lejos de cualquier tipo de ensoñación o ensimismamiento metodológico¹⁸.

Con todo, entiendo que la parte más valiosa y compleja se expone en los pasajes del libro relativos a la vinculación entre concepto y dogmática del Derecho penal del Estado democrático de Derecho y al posicionamiento crítico frente al neopositivismo (v.s. Puntos II y III), aspectos que son susceptibles de ser trasladados a un contexto más amplio de discusión científica acerca de las bases conceptuales y legitimadoras del *ius puniendi*. Sin embargo, hubiera sido deseable, tal vez, un mayor desarrollo del eje temático acerca del carácter sistemático de la Ciencia penal como cuarto poder (v.s. Punto IV), sobre todo en lo concerniente al que hemos identificado como *nivel hermenéutico*. Sea como fuere, se trata de una lectura obligatoria que evoca lo mejor de una larga y fructífera tradición científica acerca de los *fundamentos teóricos del Derecho penal*. Que ello redunde en un reforzamiento de la perspectiva dogmática se explica, en primera línea, no por las preferencias de su autor o por el mero cultivo de un método *l'art pour l'art*, sino debido a la finalidad última de evitar una aplicación arbitraria del castigo. *Schünemann* conecta así con la idea de *von Liszt*, sistemáticamente desarrollada de manera imponente por *Roxin*, de la *gesamte Strafrechtswissenschaft*. La relación entre dogmática y política criminal debe concebirse según este planteamiento

sienten de haber encontrado certeza, pues siguen el método de Alejandro Magno de resolver lo difícil con el golpe tajante de la espada» (p. 79).

15 Cfr.: *Ambos*, K., *Sobre el futuro...*, *Op.cit.*, pp. 58 y ss.

16 Demetrio Crespo, E., *El Derecho penal del Estado de Derecho entre el espíritu de nuestro tiempo y la Constitución*, Prólogo de Francisco Muñoz Conde, Madrid: Reus, 2020, esp. pp. 187 y ss.

17 Vid.: *Hirsch*, H. J.: “Gibt es eine national unabhängige Strafrechtswissenschaft?”, en M. Seebode (Hg.), *Festschrift für Günther Spendel*, Berlin: De Gruyter, 1992, pp. 43-58; *Id.*, «Internacionalización del Derecho Penal y de la Ciencia del Derecho Penal. Ciencia del Derecho Penal nacional y universal», *Revista Penal*, nº 17, 2006, pp. 166-176 (traducción de Demetrio Crespo).

18 Cfr.: *Ambos*, K., *Sobre el futuro...*, *Op.cit.*, p. 29, quien alude a «una remisión general ontologizante a supuestas categorías lógico-objetivas, que hacen de la dogmática jurídico-penal alemana la medida de todas las cosas (...)» y se refiere en nota a pie de página nº 40 a la «desacreditada tesis de una dogmática jurídico-penal “total o parcialmente correcta o falsa” formulada por *Hirsch*.

miento a modo de vasos comunicantes, de manera que ninguna de ellas puede prescindir por completo de la otra. Naturalmente, el punto de partida que se adopte condiciona esta afirmación, que no es compartida por quienes atribuyen al trabajo dogmático no solo una validez central, sino además única y universalmente aplicable, prescindiendo del contexto histórico jurídico-político, lo que representa, sin duda, un grave error. Pero que tampoco concuerda con quienes prefieren articular

una dogmática con capacidad de adaptación funcional a cualquier momento y lugar, donde la legitimación filosófico-política o axiológica-externa no juega, *de facto*, papel limitador alguno.

Eduardo Demetrio Crespo
Catedrático de Derecho Penal
Universidad de Castilla-La Mancha

1. REVISTA PENAL publica artículos que deben ser el resultado de una investigación científica original sobre temas relacionados con las ciencias penales en sentido amplio; ello incluye investigaciones sobre la parte general y la parte especial del Derecho Penal, el proceso penal, la política criminal y otros aspectos afines a estas disciplinas que preferentemente puedan ser extrapolables a otros países. Los artículos no deben haber sido publicados con anterioridad en otra revista.
2. Los trabajos deben enviarse por correo electrónico en formato Microsoft Word (o en su defecto, en formato *.txt) a la dirección: jcferreolive@gmail.com
3. La primera página del documento incluirá el título del trabajo en castellano y en inglés, el nombre completo del autor o los autores, su adscripción institucional y su correo electrónico, el sumario, un resumen analítico en castellano y en inglés (de unas 100 palabras aproximadamente) y palabras clave en castellano y en inglés (entre 2 y 5 palabras)
4. Los autores deberán elaborar las referencias bibliográficas conforme a las normas ISO 690.
5. Los trabajos se someterán a la evaluación de al menos dos árbitros externos siguiendo el sistema de evaluación doble ciego. Los autores recibirán información del eventual rechazo de sus trabajos, de las reformas requeridas para la aceptación definitiva o de dicha aceptación. Los originales aceptados se publicarán en el primer volumen con disponibilidad de páginas.
6. Es condición para la publicación que el autor o autores ceda(n) a la Revista, en exclusiva, los derechos de reproducción. Si se producen peticiones del autor o de terceros para reproducir o traducir artículos o partes de los mismos, la decisión corresponderá al Consejo de Redacción. Se deberá indicar que el artículo ha sido publicado previamente en el correspondiente número de Revista Penal.

Apuesta por Tirant Online, la base de datos jurídica de la editorial más prestigiosa de España.*



www.tirantonline.com

Suscríbete a nuestro servicio de base de datos jurídica y tendrás acceso a todos los documentos de Legislación, Doctrina, Jurisprudencia, Formularios, Esquemas, Consultas o Voces, y a muchas herramientas útiles para el jurista:

- * Biblioteca Virtual
- * Herramientas Salariales
- * Calculadoras de tasas y pensiones
- * Tirant TV
- * Personalización
- * Foros y Consultoría
- * Revistas Jurídicas
- * Gestión de despachos
- * Biblioteca GPS
- * Ayudas y subvenciones
- * Novedades

* Según ranking del CSJC

 96 369 17 28

 96 369 41 51

 atencionalcliente@tirantonline.com

 www.tirantonline.com