

## ¿EXISTE UNA CIENCIA DEL DERECHO PENAL NACIONALMENTE INDEPENDIENTE? \*

HANS JOACHIM HIRSCH

### I

La célebre frase «tres palabras rectificadoras del legislador, y bibliotecas enteras se convierten en papel mojado», que encontramos en el discurso de *Julius von Kirchmann* del año 1847 sobre «La ausencia de valor de la jurisprudencia como ciencia»<sup>1</sup>, sigue describiendo hoy como antes la imagen que no sólo profanos, sino también muchos juristas tienen de la Ciencia del Derecho. Es cierto que el positivismo jurídico se considera superado ya desde hace varios decenios. Pero las miradas de la Ciencia se siguen dirigiendo casi por entero a la interpretación del Derecho nacional vigente y a la respectiva codificación que le sirve de base. El margen de libertad que para sí reivindican hoy la teoría y la praxis frente a la ley se refiere a la obtención de juicios a partir de la totalidad del ordenamiento jurídico nacional, a cuyo efecto tienen especial importancia la merma de autoridad del legislador y la posibilidad —también en sí misma correspondiente a una comprensión legalpositivista— de apelar a las cláusulas generales de la Constitución. Respecto a la orientación constatada, que con carácter general está dirigida exclusivamente al ámbito de aplicación nacional, el teórico del Derecho penal no se diferencia de los representantes de otras disciplinas jurídicas. La interpretación de las leyes penales vigentes en cada momento —limitada además a través del principio *nullum crimen sine lege*— se considera en

---

\* Título original: Gibt es eine national unabhängige Strafrechtswissenschaft?, publicado en *Festschrift für Günther Spindel zum 70. Geburtstag*. Herausgegeben von Manfred Seebode, Walter de Gruyter, Berlin, New York, 1992, pp. 43 a 58.

Traducción del alemán al castellano por Miguel Angel Boldova Pasamar, Profesor Titular de Derecho Penal de la Universidad de Zaragoza (España).

<sup>1</sup> P. 37 en la Reedición de G. NEESE, 1938. Sobre la conocida frase de VON KIRCHMANN, su vida y obra, más ampliamente SPENDEL, *Julius Hermann von Kirchmann, zugleich ein Stück preußischer Justizgeschichte*, *Festschrift für -F.-W. Krause*, 1990, pp. 3 y ss.

la mayoría de los casos el único objeto de investigación. Este objeto de investigación depende de lo que el legislador nacional aporta como antecedentes legales, lo que es una obra relativamente efímera. Por lo tanto, casi siempre se argumenta completa o parcialmente en el marco de los preceptos vigentes en cada momento, y se manifiesta a menudo en los Coloquios internacionales que una determinada teoría como, por ejemplo, la teoría de la diferenciación en el estado de necesidad, según la situación legal puede que sea correcta en el Estado X, pero a causa de este o aquel precepto distinto puede que no lo fuera en el Estado Y. Con esto se corresponde que la concepción dominante hoy diga que el legislador es completamente libre en la construcción de sus conceptos y regulaciones<sup>2</sup>.

La dirección neonormativista representada en Alemania por *Roxin*<sup>3</sup>, *Schünemann*<sup>4</sup> y *Jakobs*<sup>5</sup> constituye la versión actual de este punto de vista. Según *Schünemann*, en el territorio nacional el sistema de la dogmática jurídico-penal debe derivarse de las valoraciones que sirven de base al Derecho Penal vigente de la República Federal Alemana<sup>6</sup>.

El entendimiento orientado exclusivamente al Derecho nacional vigente de la dogmática jurídico-penal que permanece en el centro del interés de la Ciencia jurídico-penal ha contribuido, del mismo modo que otros puntos de vista paralelos que pueden contemplarse en otros ámbitos de la Ciencia del Derecho, a que a la Ciencia del Derecho siempre le haya sido discutido su carácter de ciencia a causa de la relatividad del objeto de su investigación<sup>7</sup>. Además, en aquellas partes

<sup>2</sup> Así expresamente ROXIN, «Zur Kritik der finalen Handlungslehre», *ZStW* 74 (1962), 515, 523, 530 y s.; JAKOBS, *Strafrecht, Allg. Teil*, 2.<sup>a</sup> ed., 1991, pp. VII y s.; SCHÜNEMANN, «Einführung in das strafrechtliche Systemdenken», en: *Grundfragen des modernen Strafrechtssystems*, 1984, pp. 1 y 51; véase además ENGISCH, *Die Idee der Konkretisierung in Recht und Rechtswissenschaft unserer Zeit*, 1953, p. 120; MAURACH/ZIPF, *Strafrecht, Allg. Teil*, Teilbd. 1, 7.<sup>a</sup> ed., 1987, p. 206; CRAMER, en: SCHÖNKE/SCHRÖDER, *StGB*, 24.<sup>a</sup> ed., 1991, Vor § 25 Rdn. 3; y otros.

<sup>3</sup> ROXIN, *Kriminalpolitik und Strafrechtssystem*, 2.<sup>a</sup> ed., 1973, pp. 12, 14 y ss., 40 y s.; *el mismo*, «Zur Problematik des Schuldstrafrechts», *ZStW* 96 (1984), 641, 650 y ss. (sobre la libertad de acción y la capacidad de culpabilidad).

<sup>4</sup> SCHÜNEMANN (nota 2), pp. 45 y ss. (a favor «del abandono completo del pensamiento lógico-objetivo», p. 51); también WOLTER, *Objektive und personale Zurechnung von Verhalten, Gefahr und Verletzung in einem funktionalen Straftatsystem*, 1981, p. 17.

<sup>5</sup> JAKOBS, *Allg. Teil*, pp. VII y s.

<sup>6</sup> Así SCHÜNEMANN (nota 2), p. 56.

<sup>7</sup> Como es sabido, también von LISZT opinaba que «la llamada Ciencia del Derecho Penal, como la Ciencia del Derecho en general, no pertenecen sin duda al concepto de ciencia». Sólo la Sociología-criminal sería «ciencia en el estricto sentido de la palabra», mientras que la Jurisprudencia podría calificarse de «arte» o de «técnica». Cfr. von LISZT, «Über den Einfluß der soziologischen und anthropologischen

del extranjero en las que se ha asumido la dogmática jurídico-penal desarrollada en Alemania, al parecer en todas se ha despertado la sensación de que esa dogmática jurídico-penal es algo ajeno, ya que procede de un ordenamiento jurídico extranjero. Por ello se aspira a acentuar las principales diferencias nacionales. De este modo *Hirano*, uno de los principales penalistas japoneses, en su conferencia presentada en el Coloquio de Derecho Penal germano-japonés de Colonia en 1988 sobre «La dogmática jurídico-penal alemana desde el punto de vista japonés», expuso que el Derecho Penal y la dogmática jurídico-penal están orientadas más bien de modo subjetivo en Alemania y, por el contrario, más bien de modo objetivo en Japón<sup>8</sup>. De ahí que constate diferencias fundamentales en el pensamiento jurídico-penal entre la dogmática jurídico-penal seguida en Alemania y en Japón<sup>9</sup>. Asimismo el prestigioso penalista español *Gimbernat Ordeig*, con ocasión de una serie de conferencias jurídico-penales alemanas celebradas en Madrid, frente a soluciones dogmáticas defendidas en Alemania para la Parte General, se ha remitido a representaciones valorativas en España en parte divergentes<sup>10</sup>.

Sin embargo, surge la cuestión de si es acertada en realidad una visión exclusivamente nacional de la Ciencia del Derecho Penal. ¿No podría suceder que, aparte de un ámbito dedicado a los contenidos específicos del Derecho nacional vigente, igualmente exista una Ciencia del Derecho Penal independiente de aquél? Ciertamente la dogmática jurídico-penal que permanece en el centro del interés tiene en gran medida su origen en Alemania y ahí, además, se la sigue cuidando de manera celosa ¿Pero no podría tratarse en gran medida de que tanto en nuestro caso como en el de otros países, en los que se dedican hoy a la investigación del Derecho Penal de igual manera, se busquen conocimientos universales? La Ciencia médica actual tiene su origen en la Escuela médica de Salerno; sin embargo, este hecho no la convierte en algo propiamente italiano. ¿Por qué debería regirse en general por otras reglas la Ciencia del Derecho Penal?

---

Forschungen auf die Grundbegriffe des Strafrechts», en: *Strafrechtliche Aufsätze und Vorträge*, Bd. 2, 1905, pp. 75, 77 y ss.

<sup>8</sup> HIRANO, «Deutsche Strafrechtsdogmatik aus japanischer Sicht», en: HIRSCH/WEIGEND, *Strafrecht und Kriminalpolitik in Deutschland und Japan*, 1989, p. 81.

<sup>9</sup> (Nota 8), p. 89.

<sup>10</sup> Concretamente en la serie de conferencias de penalistas alemanes organizadas por el Consejo General del Poder Judicial, en noviembre de 1991. Allí GIMBERNAT ORDEIG en el debate rechazó con tales argumentos *de lege lata* y *de lege ferenda* para el Derecho Penal español la teoría de la diferenciación, tomada como base en el estado de necesidad en Alemania, y la posición de garante exigida en los delitos impropios de omisión.

## II

Para la investigación de la cuestión sobre la existencia de un objeto de la Ciencia del Derecho Penal nacionalmente independiente sería realmente una equivocación remitirse a la existencia de un Derecho Penal supranacional, como sucede en parte con algunos Derechos supranacionales, como por ejemplo las disposiciones sancionatorias de la Comunidad Europea. De este modo se trataría tan sólo de una ampliación territorial de puntos de vista fijados en un determinado ordenamiento jurídico vigente. El tema debatido se refiere más bien al problema de si existen ámbitos de la Ciencia del Derecho Penal que sean independientes del contenido de los principios jurídicos vigentes en cada momento.

Si se observa con más meticulosidad la actividad científica del teórico del Derecho Penal, se comprueba que en realidad los esfuerzos científicos se desarrollan en una parte considerable con independencia de la codificación. Esto se hace patente allí donde las codificaciones han dejado a las doctrinas penales generales un gran margen de actuación. Un ejemplo muy claro a este respecto son las regulaciones de la Parte General del Código penal alemán en su redacción de 1871 y en el Código penal japonés de 1907. Estas no se manifiestan acerca de la asignación de los diversos principios jurídicos a los elementos estructurales del delito. Tampoco se definen el dolo y la imprudencia. Asimismo no se pronuncian sobre los presupuestos conceptuales de la acción y la omisión. Todas estas cuestiones no se pueden deducir directamente de los textos legales referidos, ni de las valoraciones allí expresadas. Más bien, se ha remitido a la Ciencia la obtención de juicios universales sobre la estructura del hecho punible y, de ahí, la deducción de consecuencias para la interpretación de las leyes. En mayor o menor medida ésa se encuentra ante esta necesidad en la Parte dogmática General de cada uno de los Códigos penales, también en el alemán en su redacción de 1975, puesto que el legislador ha seguido confiando conscientemente muchos asuntos por entero al desarrollo científico<sup>11</sup>.

En contra de la tesis de que se trata de juicios independientes de la codificación no se podría objetar que al legislador le concierna una decisión previa fundamental sobre si quiere seguir un Derecho Penal del hecho o, tal vez, un Derecho Penal de autor, y que, por consiguiente, prejuzgaría la orientación de las teorías generales que serían aplicables. Desde un punto de vista científico, esta decisión previa tan sólo abarca

---

<sup>11</sup> El legislador alemán sabía que las concreciones jurídicas pueden ser precipitadas y pueden obstaculizar el ulterior desarrollo científico; cfr. BT-Drucks. V/4095, pp. 7 y s.

la elección de uno de los distintos *modelos* previamente dados al legislador. Objeto de la Ciencia son esos modelos. La Ciencia señala cuáles son las exigencias que se derivan del fundamento del respectivo modelo y qué consecuencias se deducen del mismo. Además se ocupa de la cuestión de qué modelo es objetivamente más correcto. Si se obtiene como resultado que un Derecho Penal de autor configura desde un principio un planteamiento contrario a las cosas, entonces un modelo semejante es en todo caso científicamente incorrecto.

El modelo que en general se ha impuesto es, como se sabe, el del *Derecho Penal del hecho*. Por eso se trata de obtener para la Ciencia del Derecho Penal juicios universales con respecto al hecho punible.

El punto de partida para esa misión lo constituye la constatación de que el Derecho Penal trata primordialmente del incumplimiento de prohibiciones y mandatos, y, por consiguiente, de órdenes jurídicas de conducta, puesto que la influencia que debe tener lugar en el autor a través de la pena carecería de fundamento racional si se vinculara a la mera causación de resultados. Por el contrario, debe haberse cometido una acción prohibida u omitido una acción ordenada. A partir de esta base, la dogmática del Derecho Penal tiene que ocuparse de la cuestión de en qué consisten realmente los elementos estructurales de cada una de las acciones humanas. Como el Derecho Penal se ocupa de la realidad vital y las acciones son formas generales de manifestación de la vida humana, un ordenamiento jurídico no puede decretar la estructura de la acción humana, sino que la Ciencia del Derecho Penal debe analizar este fenómeno prejurídico. Este es también el punto de partida en el que se han basado, como es sabido, penalistas tan importantes como *von Liszt*<sup>12</sup> y *Welzel*<sup>13</sup>.

Lo mismo sucede con la estructura de la omisión. Esto también se ha confirmado precisamente a través de la conocida contribución de *Engisch* sobre la diferencia entre acción y omisión<sup>14</sup>. *Engisch*, quien por regla general acogió con reservas planteamientos prejurídicos<sup>15</sup>, se centró

---

<sup>12</sup> VON LISZT, *Lehrbuch des deutschen Strafrechts*, 21.<sup>a</sup>/22.<sup>a</sup> ed., 1919, pp. 115 y s., 120.

<sup>13</sup> WELZEL, «Kausalität und Handlung», *ZStW* 51 (1931), 703, 718 y ss.; *el mismo*, *Vom Bleibenden und vom Vergänglichem in der Strafrechtswissenschaft, Erinnerungsgabe für Grünhut*, 1965, pp. 173, 174 y ss.; *el mismo*, *Das Deutsche Strafrecht*, 11.<sup>a</sup> ed., 1969, pp. 33 y ss., 37.

<sup>14</sup> ENGISCH, *Tun und Unterlassen*, en: *Festschrift für Gallas*, 1973, pp. 163 y 173.

<sup>15</sup> Cfr. ENGISCH (nota 2), p. 120; *el mismo*, *Zur «Natur der Sache» im Strafrecht*, *Festschrift für Eb. Schmidt*, 1961, p. 90; pero también *el mismo*, *Die Kausalität als Merkmal der strafrechtlichen Tatbestände*, 1931, p. 87; *el mismo*, *Auf der Suche nach der Gerechtigkeit*, 1971, p. 238 y s.

en la existencia o ausencia de un uso de energía, lo que evidentemente significa una distinción prejurídica<sup>16</sup>. Asimismo son fenómenos prejurídicos las formas de manifestación de la voluntad humana que surgen en relación con la cuestión de la estructura del dolo. Además hay que mencionar la distinción entre autoría y participación. Este hecho está relacionado también con que se constaten distintas estructuras previamente dadas, es decir, por un lado, la acción que domina el hecho y, por otro lado, la mera inducción o complicidad a una acción ajena que domina el hecho. Es cierto que queda a la discrecionalidad del legislador si quiere asociar jurídicamente a esta distinción objetiva consecuencias diversas. Muy pocos Códigos penales extranjeros y nuestro Derecho administrativo sancionador consideran innecesaria una valoración diferenciada y se basan en el concepto unitario de autor, lo que además sucede en todo caso con los delitos imprudentes, en referencia a las acciones valoradas como contrarias al cuidado. Sin embargo, la posibilidad de una nivelación no significa que la acción que domina el hecho, la inducción y la complicidad no sean fenómenos diferentes previamente dados. Ello se pone claramente de manifiesto también cuando las leyes parten por entero de un concepto unitario de autor, pues luego en su aplicación, sin embargo, se comprueba que la diferencia objetiva existente en la realidad termina manifestándose una y otra vez<sup>17</sup>. Cuando un Código —como normalmente es el caso— atribuye expresamente relevancia jurídico-penal a esa distinción objetiva, al diferenciar entre las conductas que dominan el hecho y las que participan en él, se alza tanto más la pregunta científica de cómo se forman los fenómenos de los que se parte.

De la estructura de tales puntos de partida previamente dados se derivan consecuencias lógico-objetivas que la Ciencia del Derecho Penal ha de poner de relieve. Si un delito de comisión consiste en la realización de una acción prohibida, y la estructura de la acción exige una voluntad gobernante, entonces esto tiene como consecuencia lógico-objetiva que esa

---

<sup>16</sup> (Nota 14), p. 173 (donde habla de un punto de partida «social, fijado conforme a sentido»). También escribe SPENDEL: «Hacer depender la distinción (entre acción y omisión) de puntos de vista puramente valorativos, no clarifica esta cuestión de hechos, sino que sólo la oscurece. Queda por saber cuál debe ser el baremo para la valoración» (*Zur Unterscheidung von Tun und Unterlassen, Festschrift für Eb. Schmidt*, 1961, pp. 183 y 193). Y en otro lugar dice con respecto a la concepción que determina valorativamente esta delimitación que tal «enfoque está equivocado»; cfr. SPENDEL, «Conditio-sine-qua-non-Gedanke und Fahrlässigkeitsdelikt», *JuS* 1964, 14, 15.

<sup>17</sup> Cfr. sobre el § 12 del Código penal austriaco las diferenciaciones en el comentario de FOREGGER/SERINI, *StGB*, 4.<sup>a</sup> ed., 1988, § 12 Anm. I-IX, § 14 Anm. II. Sobre el § 14 OWiG cfr. RENGIER, en: *Karlsruher Kommentar zum OWiG*, 1989, § 14 Rdn. 3 y ss., 41, 87 y ss. La diferencia objetiva se manifiesta además muy claramente en la participación al suicidio, pues allí repercute especialmente la delimitación de la autoría mediata de la mera participación.

voluntad sea ya un elemento constitutivo de la conducta contraria a la prohibición, y, por lo tanto, que pertenezca a lo injusto. Eso significa, según se trate de un hecho doloso o de un hecho imprudente, que en el delito doloso el dolo está integrado ya en el tipo de lo injusto y que en el delito imprudente, en el que la acción constituye el objeto de la contrariedad al cuidado, también la voluntad de la acción correspondiente es relevante para lo injusto<sup>18</sup>.

Asimismo, se deriva de bases lógico-objetivas el requisito de la culpabilidad —o también de un subrogado de la culpabilidad—, por el que se tienen en cuenta las afecciones relevantes del autor para motivarse conforme a Derecho. Es decir, dado que la pena consiste en una sanción que influye en el autor como reacción a la infracción de la norma cometida por él, como consecuencia resulta que al autor sólo se le puede responsabilizar personalmente de lo injusto si aquélla fue cognoscible por él y no estaba incapacitado a causa de determinados déficit psíquicos para actuar conforme a dicho conocimiento. Esto significa que, con independencia de la cuestión, ni positiva ni negativamente probada de forma concluyente, sobre la libertad de la voluntad, tales déficit de la motivabilidad, consistentes en afecciones que se desvían de lo normal, se toman en consideración en beneficio del autor.

En todos estos puntos se demuestra ya que la investigación de los elementos estructurales del hecho punible se vincula a fenómenos prejurídicos, y a relaciones y deducciones lógico-objetivas<sup>19</sup>.

Con una comprensión sólo normativa, o sea referida a la codificación, de las tareas de la dogmática del Derecho Penal en gran parte se

---

<sup>18</sup> Desempeña un papel decisivo en la gravedad de lo injusto de la imprudencia —y por consiguiente también en la medida de la pena—, determinar a qué se dirige la voluntad de la acción de la que hay que comprobar su contrariedad al cuidado; por ejemplo, si alguien en una curva de escasa visibilidad hace uso voluntariamente del carril contrario, o si, en cambio, —por ejemplo, a consecuencia de una señalización de tráfico mal interpretada por él— circula en dirección contraria, sin saber que se encuentra en el carril equivocado.

Por contra, discrepando de la opinión dominante, SPENDEL quiere aferrarse a una concepción puramente objetiva de lo injusto; cfr. SPENDEL, «Zur Notwendigkeit des Objektivismus im Strafrecht», *ZStW* 65 (1953), 519, 529 y ss.; *el mismo*, *Festschrift für Eb. Schmidt*, p. 195.

<sup>19</sup> Sobre los puntos señalados y también sobre otros, más ampliamente KÜPPER, *Grenzen der normativierenden Strafrechtsdogmatik*, 1990, pp. 44 y ss.

Por lo demás, estos fenómenos prejurídicos normalmente no se pueden circunscribir con la exactitud de las Ciencias naturales. Por eso, para su delimitación no se puede prescindir totalmente de las valoraciones. Sin embargo, se trata además de valoraciones que se realizan desde el punto de vista del ámbito inequívoco de los fenómenos, y no de las que se efectúan desde un baremo (en especial jurídico) situado externamente, tal como lo imagina el normativismo.

renunciaría también a la posibilidad de desarrollar soluciones de *lege ferenda*. Es decir, si todos los juicios dogmáticos tuvieran como fuente la respectiva codificación vigente (y la Constitución antepuesta a ella), con frecuencia no habría base científica alguna para criticar un precepto vigente por su contrariedad a lo científico y exigir su modificación. Las propuestas de reforma tratarían sólo de ponderaciones utilitarias y de la consideración de cambios en las representaciones valorativas. Esto, sin embargo, significaría que el desarrollo científico, sobre todo con respecto a las regulaciones dogmáticas de la Parte General, estaría en gran parte paralizado en el nivel de desarrollo de la dogmática que se expresaría en la codificación correspondiente. A medida en que avanzara la respectiva antigüedad de las leyes, frecuentemente tan sólo se podrían interpretar las voces de los sepulcros.

Si se contempla la historia de la Ciencia, puede comprobarse que el punto de vista mostrado anteriormente se corresponde con el autoentendimiento de la Ciencia del Derecho Penal, presente aún en lo fundamental durante el siglo pasado. *Armin Kaufmann* en particular ya ha demostrado que no sólo *Feuerbach* y los *hegelianos*, sino también otros penalistas alemanes de entonces «para legislar e interpretar las leyes recurrían constantemente, naturalmente, y para todos los problemas centrales del Derecho Penal, a la Filosofía, la Antropología, la Psicología, las Ciencias naturales y —posteriormente— a la Sociología, y ciertamente antes que a la legislación»<sup>20</sup>.

En los distintos Estados alemanes, como es sabido, hasta el Código penal unificador de 1870 y 1871, cada uno de estos Estados soberanos tenía una codificación propia. Sin embargo, las opiniones y teorías jurídico-penales generales obtenidas por la Ciencia pretendían validez independientemente del ámbito de aplicación de la respectiva codificación<sup>21</sup>.

Se plantea la cuestión de si esto también es posible entre ordenamientos jurídicos que han heredado culturas jurídicas diferentes.

*Hirano*, en su conferencia ya citada, sostuvo la opinión de que las diferencias en las culturas jurídicas —en este caso, la japonesa y la alemana— debían repercutir en los principios fundamentales de la dogmática de la Parte General<sup>22</sup>. En la cultura jurídica alemana se resaltaría la voluntad humana. La voluntad se realizaría en el mundo exterior y el resultado sería la realización de la voluntad. Por el contrario, en Japón la

---

<sup>20</sup> ARMIN KAUFMANN, *Das Übernationale und Überpositive in der Strafrechtswissenschaft*, *Gedächtnisschrift für Zong Uk Tjong*, 1985, pp. 100, 103 y s.

<sup>21</sup> Más ampliamente respecto a eso ARMIN KAUFMANN (nota 20), pp. 104 y ss.

<sup>22</sup> (Nota 8), pp. 81, 89.

voluntad se acentuaría menos. Mientras en Alemania se destacaría más intensamente el desvalor de la acción, en Japón se pondría el acento en el desvalor del resultado.

Se puede estar de acuerdo con *Hirano* en que el Derecho Penal alemán y la Ciencia del Derecho Penal alemana actuales sugieran algunas exageraciones subjetivas, sobre las que inmediatamente se volverá. Pero parece discutible que detrás de estas diferencias figuren realmente divergencias fundamentales en el pensamiento jurídico-penal. También la teoría causal de lo injusto, dominante en Alemania antes del reconocimiento de la teoría personal de lo injusto, ponía el acento en el desvalor del resultado. Además durante decenios un frente común de la Ciencia se opuso al subjetivismo<sup>23</sup> que la jurisprudencia alemana desde los principios del *Reichsgericht* defendió constantemente en relación con la tentativa inidónea<sup>24</sup>. Por el contrario, el realce de lo injusto de la acción ha sido a menudo bien acogido en Japón. Tempranamente éste se encuentra ya en *Dando*<sup>25</sup>, así como en general no ha quedado en Japón sin resonancia la teoría personal de lo injusto. *Fukuda* ha informado detenidamente sobre el tema en el Libro-homenaje a *Welzel*<sup>26</sup>. Esto dice mucho en favor de que desempeñen un papel no tanto una cultura jurídica diferente, sino más bien los distintos estadios de la discusión del debate científico y la influencia respectiva de los científicos que llevan la voz cantante.

La cuestión sobre el significado fundamental en el Derecho Penal del desvalor de la acción y del desvalor del resultado no se encuentra a disposición de la respectiva condicionalidad histórica de una cultura jurídica, sino que ésta es puramente científica. Se determina exclusivamente conforme a las tareas que la pena tiene que cumplir según su función esencial y lo que se derive de las exigencias del hecho punible. Pero, por consiguiente, el punto de partida principal es, como se demuestra ya desde el comienzo, el desvalor de la acción, lo que, sin

<sup>23</sup> Desde comienzos de los años treinta; cfr. FRANK, *StGB*, 18.<sup>a</sup> ed., 1931, § 43, Anm. I; ROBERT VON HIPPEL, *Deutsches Strafrecht*, Band II, 1930, p. 424; VON LISZT/SCHMIDT, *Lehrbuch des deutschen Strafrechts*, Allg. Teil, 26.<sup>a</sup> ed., 1932, p. 301; MEZGER, *Strafrecht*, 2.<sup>a</sup> ed., 1933, pp. 102 y s.

<sup>24</sup> Véase especialmente RGSt. 1, 439, 441; BGHSt. 11, 324, 327.

<sup>25</sup> DANDO, *Strafrecht*, Allg. Teil, 1957, pp. 90, 137; lo mismo en la 3.<sup>a</sup> ed., 1990, pp. 135, 197 y s.; el mismo, «Die Strafrechts- und Strafprozeßrechtswissenschaft in Japan», GA 1959, 357, 361 y s.

<sup>26</sup> FUKUDA, *Die finale Handlungslehre Welzels und die japanische Strafrechtsdogmatik*, Festschrift für Welzel, 1974, pp. 251 y ss.; igualmente el mismo, «Die Beziehungen zwischen der deutschen und der japanischen Strafrechtswissenschaft», en: HIRSCH/WEIGEND, *Strafrecht und Kriminalpolitik in Japan und Deutschland*, pp. 57, 60 y ss.

embargo, de ningún modo excluye que el desvalor del resultado tenga asimismo por lo general que requerir atención<sup>27</sup>.

Como en todas las ciencias, en la Ciencia del Derecho Penal junto a evoluciones que suponen un progreso caben también evoluciones que suponen eventualmente un retroceso. En efecto, a éstas pertenecen hoy entre nosotros las conocidas tendencias subjetivas de algunos autores. Hay que recordar la concepción que agudiza subjetivamente el concepto personal de lo injusto en el sentido de que lo injusto del delito doloso debe agotarse ya en la tentativa acabada idónea o inidónea<sup>28</sup>. También hay que nombrar la orientación subjetivista de lo injusto de la imprudencia defendida por un sector<sup>29</sup>. Pero estas concepciones evidentemente no se están imponiendo<sup>30</sup>. Además, entre nosotros se toma mientras tanto progresivamente conciencia de que la conversión de los teóricos del Derecho Penal a la teoría subjetiva de la tentativa sostenida continuamente por la jurisprudencia ha sido prematura<sup>31</sup>. A la toma de conciencia de esta evolución equivocada han contribuido autores extranjeros, especialmente japoneses<sup>32</sup>. ¿No confirma esto último también que en la discusión de las teorías generales jurídico-penales no se trata del relativismo nacional, sino de la pregunta que se responde universalmente como «falsa o verdadera»? Pero ello no es menos valedero

<sup>27</sup> Sobre ello, más ampliamente, WELZEL, *ZStW* 51 (1931), 703, 718 y ss.; *el mismo*, *Strafrecht*, p. 62; GALLAS, *Zur Struktur des strafrechtlichen Unrechtsbegriffs, Festschrift für Bockelmann*, 1979, pp. 155, 162 y ss.; HIRSCH, «Der Streit um Handlungs- und Unrechtslehre» (Teil II), *ZStW* 94 (1982), 239, 241 y ss.

<sup>28</sup> Así ARMIN KAUFMANN, «Die Dogmatik im Alternativentwurf», *ZStW* 80 (1968), 34, 50 y s.; *el mismo*, *Zum Stande der Lehre vom personalen Unrecht, Festschrift für Welzel*, 1974, pp. 393, 403, 411; ZIELINSKI, *Handlungs- und Erfolgsunwert im Unrechtsbegriff*, 1973, pp. 135 y ss., 205 y ss.

<sup>29</sup> Véase STRATENWERTH, *Strafrecht, Allg. Teil I*, 3.<sup>a</sup> ed., 1981, Rdn. 1096 y ss.; *el mismo*, *Zur Individualisierung des Sorfaltsmaßstabs beim fahrlässigen Delikt, Festschrift für Jescheck*, 1985, p. 285; JAKOBS, *Allg. Teil*, pp. 320 y ss.; *el mismo*, *Studien zum fahrlässigen Erfolgsdelikt*, 1972, pp. 48 y ss., 55 y ss.

<sup>30</sup> Cfr. las pruebas en HIRSCH, *ZStW* 94 (1982), 240 Anm. 97, 253, Anm. 134-135.

<sup>31</sup> Así, ya tempranamente, SPENDEL, «Die sogenannte Umkehrschluß aus § 59 StGB nach der subjektiven Versuchstheorie», *ZStW* 69 (1957), pp. 441 y ss.; *el mismo*, «Kritik der subjektiven Versuchstheorie», *NJW* 1965, 1881 y ss. Entre tanto también JAKOBS, «Kriminalisierung im Vorfeld einer Rechtsgutsverletzung», *ZStW* 97 (1985), 751, 763 y s.; HIRSCH, *Die Entwicklung der Strafrechtsdogmatik nach Welzel, Festschrift Rechtsw. Fakultät Köln*, 1988, pp. 399, 422 y s.; WEIGEND, «Die Entwicklung der deutschen Versuchslehre», en: HIRSCH/WEIGEND, *Strafrecht und Kriminalpolitik in Japan und Deutschland*, pp. 113, 126 y ss.

<sup>32</sup> NISHIHARA, *Die gegenwärtige Lage der japanischen Strafrechtswissenschaft, Festschrift für Jescheck*, 1985, pp. 1233, 1242 y ss.; NAKA, «Der Strafgrund des Versuchs», en: HIRSCH/WEIGEND, *Strafrecht und Kriminalpolitik in Japan und Deutschland*, pp. 93, 96 y ss. También hay que mencionar el estudio del coreano TAE-HOON HA, *Die strafrechtliche Behandlung des untauglichen Versuchs*, 1991, pp. 50 y ss.

para la corriente opuesta. La orientación centrada unilateralmente en el desvalor del resultado, como se observa en la corriente japonesa ne-objetivista, está sujeta asimismo exclusivamente a la regla científica de su validez universal.

Se ha justificado una contraposición fundamental entre el Derecho Penal japonés y la visión de los penalistas japoneses, de una parte, y el Derecho Penal alemán y la visión de los penalistas alemanes, de otra, en que en Alemania las relaciones sociales interpersonales se regularían mediante normas estatales y los tribunales aplicarían inmediatamente esas normas<sup>33</sup>. Conforme a ello, el Derecho se comprendería en Alemania como la suma de las normas de comportamiento. Frente a ello, en Japón las relaciones sociales interpersonales se regularían principalmente mediante la moral social. El Derecho Penal japonés tendría principalmente por tanto el carácter de una norma de determinación para el tribunal, que trataría de lograr que se resolviera pragmáticamente y conforme a una situación concreta un conflicto interpersonal.

En efecto, la eficacia de las normas ético-sociales en Japón es hoy mayor que en Alemania, a cuyo efecto se acompaña una red de control social informal más tupida. Sobre esto *Miyazawa* ha dado reiteradamente a conocer en publicaciones alemanas investigaciones reveladoras<sup>34</sup>. Ahora bien, si a ello se contraponen que en Alemania, a diferencia de Japón, las relaciones sociales interpersonales se regulan previamente mediante normas estatales, entonces esto no se corresponde con la realidad. En especial, la mayor parte de las disposiciones penales alemanas tienen ya una base ético-social en el Decálogo cristiano. Además, jurídicamente es difícil imaginar que el juez japonés de lo penal castigue a causa de hechos que no representen al mismo tiempo una infracción contra una norma jurídica de conducta. La base jurídica de la condena del juez penal es hoy en todos los Estados que haya nacido una pretensión estatal de pena, y ésta tiene a su vez como condición previa que el acusado haya hecho algo que le estaba prohibido por el ordenamiento jurídico estatal. De lo contrario, el principio jurídico-penal *nullum crimen sine lege*, que es un principio jurídico-material, no tendría un punto de referencia. Por lo demás, la reinterpretación del Derecho Penal como meras normas de determinación judicial tendría la consecuencia de que, al igual que en las regulaciones del Derecho Civil y en

<sup>33</sup> HIRANO (nota 8), p. 89.

<sup>34</sup> MIYAZAWA, *Informelle Sozialkontrolle in Japan*, Festschrift für Jescheck, 1985, p. 1159; *el mismo*, «Erscheinungsbild und Tendenzen der Kriminalität in Japan», *Msch-Krim.* 1977, 1, 12 y ss.; *el mismo*, «Kriminalpolitik in Japan», en: HIRSCH/WEIGEND, *Strafrecht und Kriminalpolitik in Deutschland und Japan*, pp. 21, 28.

otros sectores del Derecho en cuyo contenido se reflejan normas ético-sociales, no podría hablarse nada más que de normas de determinación judicial. Pero, sobre todo, toda la construcción únicamente nos conduce a una desviación de la cuestión que está sometida a discusión, puesto que lo que el juez decide previamente a la solución del conflicto es si en realidad concurren los presupuestos de un hecho punible. Y cada Ciencia del Derecho Penal ha de esforzarse en que sobre ello no se origine una casuística arbitraria bajo la bandera del pragmatismo.

Las diferencias culturales no ejercen influencia alguna sobre el ámbito del que se ocupa la elaboración científica de la teorías generales del hecho punible. Esas teorías solamente se han dirigido más bien de un modo puramente objetivo al modelo del «Derecho penal del hecho».

Nada distinto de lo que sucede con las diferencias *ideológicas*. Llama la atención que penalistas de sistemas políticos completamente diferentes se dediquen, no obstante, a las mismas cuestiones teóricas del Derecho Penal y discutan sobre las mismas bases profesionales. Los contactos científicos que ya se habían mantenido durante la era comunista entre los teóricos del Derecho Penal de Europa del Este y los del mundo occidental, en particular de Alemania occidental, hicieron esto especialmente patente. Se trataba normalmente de la búsqueda de soluciones correctas, objetivamente universales, sin que en ello desempeñaran un papel las valoraciones ideológicas<sup>35</sup>. Por lo demás, se evidencia en relación con las fases del dominio fascista, estalinista y marxista-leninista que las tesis de los teóricos del Derecho Penal que habían borrado conscientemente las fronteras entre ciencia e ideología, al final de esos regímenes caían mercedamente con rapidez en el olvido profesional a causa de déficit científicos.

En realidad, si con la Ciencia del Derecho Penal sólo se tratase de que las codificaciones nacionales vigentes fueran interpretadas por el trasfondo nacional correspondiente, la discusión científica internacional sobre los resultados de la investigación jurídico-penal se agotaría en registrar coincidencias y especialidades, y, por lo tanto, en la dedicación en sentido estricto al Derecho comparado<sup>36</sup>. Por el contrario, faltaría legitimación científica para la *transferencia* de los resultados obtenidos en un país al ámbito de aplicabilidad del Código penal de otro país<sup>37</sup>. Si

---

<sup>35</sup> Cfr. las ponencias y los informes de los debates en la colección de volúmenes compilados por JESCHECK/KAISER y ESER/KAISER/WEIGEND de los *Coloquios de Derecho Penal germano-polacos* de 1981, 1984 y 1986

<sup>36</sup> En contra de semejante «depravación» de lo «supranacional ... a lo entrenacional», ya ARMIN KAUFMANN (nota 20), p. 101.

se piensa en la medida en la que han tenido y siguen teniendo lugar efectivamente tales transferencias, se confirma su contenido declarativo científico independiente de las particularidades de las legislaciones nacionales.

El que todo esto se reprima tantas veces conscientemente se debe a tres razones: la primera, el continuar obrando del pensamiento legal-positivista; la segunda, con independencia de esto, el desagrado de los juristas por implicarse, haciendo caso omiso del legislador, en una esfera previa a éste<sup>38</sup>; la tercera, un deseo incontenible de independencia científica en algunos países, que con facilidad desatiende que la dogmática del Derecho Penal no se dedica a algo específicamente extranjero —aquí alemán—, aunque en Alemania esta forma de proceder científicamente es donde ha experimentado su desarrollo más amplio.

No cabe la menor duda, por las razones que he indicado, que en la Ciencia del Derecho Penal se le atribuye una importancia esencial al esfuerzo por conseguir conocimientos que tengan valor declarativo nacionalmente independiente.

### III

Sin embargo, con ello no se ha dicho que suceda lo mismo con respecto al ámbito de sus tareas *en conjunto*. No se trata de que los contenidos del Derecho Penal se igualen en todos los Estados. De este modo la Ciencia no sólo anularía sin autorización la competencia del legislador nacional para crear, sino que también se discutiría su lugar debido a las diferentes representaciones valorativas. Por lo tanto, se deben *diferenciar*.

En los ejemplos citados con anterioridad se ha puesto de manifiesto que en el lado nacionalmente independiente de la Ciencia del Derecho Penal se mantienen en un primer plano las teorías dogmáticas de la Parte General, por consiguiente, las teorías generales del hecho punible: de la teoría de la acción, pasando por la teoría de la culpabilidad, hasta la teoría de la participación. Lo mismo hay que decir del concepto de pena. También algunas figuras del sistema de consecuencias jurídicas, como por ejemplo la remisión condicional, podrían basarse en juicios científicos universales, especialmente sobre el funcionamiento de la prevención especial y de la prevención general.

---

<sup>37</sup> Cfr. HIRSCH, «Entwicklung der Strafrechtsdogmatik in Deutschland», en: HIRSCH/WEIGEND, *Strafrecht und Kriminalpolitik in Deutschland und Japan*, pp. 65, 74 y s.

<sup>38</sup> WELZEL, *Erinnerungsgabe für Grünhut*, p. 189.

Sería excesivamente limitado por eso que se tuviera a la vista en el lado nacionalmente independiente tan sólo el ámbito óptico. *Welzel*, quien durante toda su vida se dirigió contra el normativismo jurídico<sup>39</sup>, tampoco hacía sólo planteamientos ontológicos. Es cierto que tenía en consideración sobre todo la estructura óptica de la acción, pero reclamaba también la atención sobre otras estructuras lógico-objetivas, como por ejemplo en la culpabilidad<sup>40</sup>. Precisamente más allá del plano del ser existen ámbitos más extensos con respecto a los cuales son posibles juicios universales de la Ciencia del Derecho Penal. En especial, además, se trata de la investigación de las relaciones lógico-objetivas — por ejemplo de la teoría de las normas— de los presupuestos generales del hecho punible, el análisis científico del concepto de pena, así como conocimientos sobre los elementos generales de la estructura del concepto de lo injusto y de la culpabilidad<sup>41</sup>.

Incluso pueden obtenerse conclusiones universales en la Parte Especial. Piénsese, por ejemplo, en la estructura del concepto de honor y, por consiguiente, en la cuestión de si el honor es en su esencia un estado fáctico, esto es, el sentimiento del honor y la reputación real, o, en cambio, una pretensión social de respeto. La simple contraposición de las teorías generales y de la Parte Especial no indica por tanto todavía la delimitación. Lo decisivo más bien es si se trata de juicios universales o de aquellos que son dependientes de las situaciones del Derecho vigente respectivo. Pero en todo caso el ámbito relativo nacionalmente dependiente tiene su *punto central* en la Parte Especial del Derecho Penal. Se encuentra a criterio del legislador nacional la determinación del *contenido* de las acciones punibles. Por ejemplo, la punibilidad del aborto, de la injuria y del adulterio se juzgan en los diversos ordenamientos jurídicos de forma diferente. Asimismo las graduaciones dentro de los delitos de homicidio y de los delitos de lesiones corporales son con frecuencia diferentes. En este ámbito de los *contenidos* de las normas se desarrolla sobre todo la diferencia ya mencionada de las culturas jurídicas. «Cierto a un lado de los Pirineos, erróneo al otro lado», decía con respecto a eso *Pascal*<sup>42</sup>.

<sup>39</sup> Cfr. WELZEL, *ZStW* 51 (1931), 706 y ss.; *el mismo*, *Naturalismus und Wertphilosophie im Strafrecht*, 1935, pp. 64 y ss.; *el mismo*, *Erinungsgabe für Gründhut*, pp. 173 y ss.

<sup>40</sup> Cfr. WELZEL, *Erinungsgabe für Gründhut*, pp. 188 y s.

<sup>41</sup> Más ampliamente sobre las cuestiones del trazado de límites KÜPPER (nota 19), pp. 34 y ss. La delimitación de los ámbitos de las declaraciones de validez general y de las declaraciones de validez (nacional) relativa necesita una precisión más exacta. Esta es una tarea científica de futuro. Analizando la temática con meticulosidad se llega por cierto a la conclusión de que el ámbito que posibilita juicios universales es mayor de lo que aparentaba hasta ahora.

<sup>42</sup> PASCAL, *Pensée*, n.º 319.

Además hay que mencionar la configuración del contenido de las consecuencias jurídicas, en especial la magnitud de las conminaciones penales. Y también en el ámbito dogmático de la Parte General permanecen todavía tales márgenes para la valoración. Pensemos sólo en las diferencias de contenido de las regulaciones nacionales del estado de necesidad con referencia a si en el estado de necesidad exculpante la equivalencia de los daños prevenidos se considera el límite, o si también, bajo determinados presupuestos, se estima suficiente un valor inferior<sup>43</sup>.

## IV

Quizás cabe preguntar si con el ámbito nacionalmente independiente de la Ciencia del Derecho Penal descrito no se está únicamente *recurriendo a otras disciplinas científicas*, un pensamiento que traería a la memoria la Ciencia del Derecho Penal alemana del siglo XIX. En efecto, la estructura de la acción humana es un problema que no interesa sólo a los penalistas. También se ocupan de él los filósofos, los psicólogos, los etólogos y los sociólogos. Por otra parte, la historia de la Ciencia demuestra que las investigaciones más importantes sobre el concepto de acción proceden de penalistas, dado que la acción desempeña en el Derecho Penal un papel tan primordial que representa en cierto modo el punto de Arquímedes del sistema del Derecho Penal. Se trata al fin y al cabo de un fenómeno del que se ocupan varias Ciencias. La estructura lógico-objetiva del hecho punible, como por ejemplo, el entramado de relaciones lógico-objetivas de las normas, las proposiciones permisivas, lo injusto y la culpabilidad, o las estructuras del dolo y la imprudencia son asimismo áreas objeto de investigación de la Ciencia del Derecho Penal independientes. Y lo mismo sucede con los restantes ámbitos mencionados.

## V

Quien hable de una Ciencia del Derecho Penal nacionalmente independiente se enfrenta a la cuestión de qué *consecuencias* tendría para el

---

<sup>43</sup> Véanse, por ejemplo, de una parte el § 37 del C.P. japonés, art. 23, § 1 del C.P. polaco (modificado en parte), art. 44, n.º 2 del C.P. portugués, art. 8, n.º 7 del C.P. español, y de otra el § 25 del C.P. alemán. Sobre el espacio restante dentro del marco dogmático reservado a las diferencias nacionales en aspectos particulares véase HIRSCH, «Die Stellung von Rechtfertigung und Entschuldigung im Verbrechenssystem aus deutscher Sicht», en: ESER/PERRON, *Rechtfertigung und Entschuldigung*, Bd. III, 1991, pp. 27, 54.

Derecho nacional si científicamente resultara que una regulación jurídico-penal es dogmáticamente incorrecta. Además, el recelo hace pensar que la Ciencia podría conducir el Derecho vigente por tales derroteros *contra legem*. No obstante, este temor es infundado. Por ejemplo, si en un Código penal se fijara expresamente que el error de prohibición es irrelevante, es cierto que un precepto legal semejante infringiría claramente el principio de culpabilidad; porque el castigo presupone que el autor haya obrado culpablemente y el elemento intelectual de la culpabilidad del hecho punible consiste en la posibilidad del conocimiento de lo injusto. En un caso de esa índole la constatación científica de la incorrección objetiva señala al legislador tan sólo la necesidad de modificación de la regulación. Por el contrario, la Ciencia no tiene legitimación para, por sí misma, privar a un precepto de validez a causa de su incorrección objetiva. En el ejemplo precitado, de todos modos, esto sería únicamente posible por la vía de la Constitución, si ésta, como por ejemplo en el Derecho alemán<sup>44</sup>, garantiza el principio de culpabilidad.

Por eso resulta claro al mismo tiempo que la tarea de la Ciencia del Derecho Penal mostrada nada tiene que ver con las ideas iusnaturalistas<sup>45</sup>. El Derecho natural se ocupa de la suposición de que pudieran derivarse soluciones jurídicas concretas de un Derecho natural antepuesto al Derecho positivo. Por el contrario, aquí se trata exclusivamente de que sean tomadas en consideración la estructura de los fenómenos a los que se refiere el Derecho y las relaciones lógico-objetivas derivadas de aquéllos por la Ciencia, y que sean analizados con el objeto de encontrar juicios universales<sup>46</sup>.

## VI

La cuestión de si existe una Ciencia del Derecho Penal nacionalmente independiente puede responderse según todo esto afirmativamente.

<sup>44</sup> Cfr. BVerfGE 6, 389, 439; 20, 323, 331; 45, 187, 228.

<sup>45</sup> Más ampliamente KÜPPER (nota 19), pp. 41 y s. Asimismo esto no significa que con la apelación a la naturaleza de las cosas las condiciones del ser deban ser elevadas a la categoría de principios jurídicos; cfr. STRATENWERTH, *Das rechtstheoretische Problem der «Natur der Sache»*, 1957, p. 27.

<sup>46</sup> Esta presentación del enfoque científico posibilita que las regulaciones jurídicas puedan ser interpretadas y desarrolladas conforme al modelo del «Derecho Penal de autor», lo que hace factible una lógica interna de las codificaciones y una uniformidad en la aplicación del Derecho. Por otro lado, la misma tampoco puede prevenir suficientemente contra el abuso del Derecho Penal con respecto a su contenido y, por lo tanto, contra la producción de leyes injustas. Por consiguiente, se precisa una clara distinción entre la validez y la temática en cuestión. Sobre la problemática de la validez véase, por ejemplo, SPENDEL, «Rechtspositivismus und Strafjustiz nach 1945», *JZ* 1987, 581.

Ello proporciona a la discusión jurídico-penal internacional un fundamento común<sup>47</sup>. No hay una Ciencia del Derecho Penal sólo alemana, sólo japonesa, italiana u otra puramente nacional, sino que con respecto al ámbito central de la investigación, según las reglas científicas generales, hay sólo una, total o parcialmente correcta, o falsa.

---

<sup>47</sup> Hasta el momento existe un problema práctico consistente en las dificultades lingüísticas, las cuales entorpecen una discusión científica que traspase los límites nacionales. En muchas otras disciplinas científicas, sin embargo, en este punto ya se ha llegado considerablemente más lejos. Por lo demás, también se ganaría mucho si en las investigaciones teóricas de Derecho Penal se diferenciara con más claridad que hasta el momento entre los juicios científicos generales y aquellos que solamente se refieren a la situación del Derecho nacional correspondiente.