

**¿Strafrechtswissenschaft o Common Law?** A propósito de MATUS ACUÑA, JEAN PIERRE: *La transformación de la teoría del delito en el derecho penal internacional*, Atelier, Barcelona, 185 páginas.

## I. Introducción

La obra objeto de recensión apenas si puede ser más oportuna en un momento en que la «parte general» del derecho penal internacional está prácticamente en sus inicios.

La tesis que se analiza en el libro es, como vamos a poder ver, sencilla. El punto de partida es la opinión mayoritaria doctrinalmente en este momento de que el actual «sistema de pensar» la teoría del delito en el derecho penal internacional y, por extensión, en el Estatuto de Roma, es el bipartito que proviene del *Common Law* (*offence/defenses*) (pp. 18-22). El objeto de análisis de la obra de MATUS no es éste, claro está, sino cuál puede ser el «sistema de pensar» que configure el *futuro* derecho penal internacional. La cuestión no es baladí: la complementariedad general que se estaría produciendo entre el derecho penal internacional y los derechos internos, por medio del «reconocimiento recíproco de *Principios Generales del Derecho* consagrados en legislaciones locales y tratados multilaterales», así como por la complementariedad específica del art. 17 del Estatuto de Roma, que se extendería a cuestiones procesales y sustantivas «aseguraría la *supervivencia* del sistema bipartito en muchas partes del mundo» (como señala FLETCHER, al que corresponde la cita; la cursiva es de MATUS, p. 22). De ahí la reacción de la *Strafrechtswissenschaft* que propugnaría la adopción de su estructura tripartita (tipicidad, antijuridicidad, culpabilidad), patrocinada por diversos autores, entre los que destaca Kai AMBOS (pp. 22-24)<sup>1</sup>.

---

<sup>1</sup> Esta discrepancia es lo que permite al autor referirse, para simplificar la exposición, a la polémica entre FLETCHER y AMBOS. Por supuesto, MATUS no se centra en una única obra de cada autor, pero sí que, hasta cierto punto, la polémica puede verse perfectamente contraponiendo *The Grammar of Criminal Law. American, Comparative and International. Volumen I: Foundations*, Oxford University Press, New York, 2007,

En definitiva, se trataría de pasar de una estructura bipartita basada en el *Common Law* a una tripartita basada en la *Strafrechtswissenschaft*. Ésta es la cuestión a la que se dedica el libro de MATUS<sup>2</sup>.

Para realizar el análisis, es necesario asumir la idea —lo que no resulta difícil— de que «la determinación del sistema de la teoría del delito en el *futuro derecho penal internacional* “permanece abierta”» (p. 24). Y así es como aparecen los distintos problemas que aborda el libro: por un lado, sería necesario determinar el contenido de ese cambio, las diferencias entre los sistemas relevantes para el Derecho penal internacional (teniendo en cuenta *siempre* que lo importante no son los aspectos sistemáticos *externos* o *explícitos*, sino los planteamientos de fondo, esto es, las diferencias entre las distintas tradiciones en cuanto a sus fundamentos y forma de desarrollar la teoría del delito, aspectos *internos* o *implícitos*, de carácter filosófico y metodológico, que incluyen el rechazo o la aceptación de la tarea del penalista como una labor *científica* o no) (pp. 25-26); posteriormente, sería cuestión de determinar el mecanismo de cambio a través del que podría producirse, explicitando los factores que podrían permitir o no el mismo y, finalmente, se concluiría con una evaluación tanto de las posibilidades de que dicho cambio se produzca, como de las supuestas ventajas del mismo (p. 27).

A lo expuesto en las líneas precedentes se ajusta la estructura formal del libro: tras un primer capítulo introductorio («El estado actual de la teoría del delito en el derecho penal internacional y la importancia del conflicto por su futuro», pp. 17-27) que se correspondería con lo expuesto hasta el momento, le sigue un segundo capítulo dedicado al análisis de las diferencias («Las diferencias del sistema de la teoría del delito entre la *Strafrechtswissenschaft* y el *Common Law*, relevantes para el derecho penal internacional», pp.

---

y «Toward a Universal System of Crimen: Comments on George Fletcher *Grammar of Criminal Law*», *Cardozo Law Review* 28 (2007). Ambas obras pueden encontrarse en nuestro idioma; véanse respectivamente, FLETCHER, G. P., *Gramática del Derecho penal* (traducción de F. Muñoz Conde), Hammurabi, 2008; AMBOS, K., «Dogmática jurídico-penal y concepto universal del hecho punible» (traducción de R. Alcácer Guirao), en *Estudios Penales en Homenaje a Enrique Gimbernat Ordeig*, Tomo I, Edisofer, Madrid, 2008, pp. 97 y ss.

<sup>2</sup> Existiría, claro está, otra posibilidad: la superación de la contradicción entre *Common Law* y *Strafrechtswissenschaft* por medio de una «tercera vía», consistente en la creación de una dogmática penal supranacional, tal y como ha propuesto BORSARI en Italia; MATUS rechaza ocuparse de la misma, tanto porque hasta el momento no ha sido desarrollada, como porque las tesis de BORSARI parten de un entendimiento del quehacer dogmático propio de la *Strafrechtswissenschaft* (pp. 24-25 en n. 28).

29-92); en el tercer capítulo se analiza cómo podría cambiarse el contenido normativo del derecho penal internacional, de cara a la adopción de la sistemática tripartita tradicional alemana («El mecanismo de cambio de la teoría del delito en el derecho penal internacional: la jurisprudencia de la corte penal internacional», pp. 93-137), para concluir con un último capítulo donde se analiza tanto la posibilidad del cambio en sí, como las posibles ventajas del mismo («Evaluación», pp. 139-158).

## II. Diferencias entre la *Strafrechtswissenschaft* y el *Common Law* relevantes para el derecho penal internacional

El capítulo segundo, al que vamos a dedicar las líneas que siguen, es, conceptualmente, el más importante de la obra, dado que en el mismo se delimitaría —al menos hasta cierto punto— el objeto del cambio de un «sistema de pensar» a otro.

MATUS analiza tres cuestiones a este respecto:

1. La distinción entre justificantes («injusto») y exculpantes («culpabilidad») (pp. 29-57).
2. El distinto modo de entender (metodológica y conceptualmente) el trabajo dogmático (*Wissenschaft v. Law*) (pp. 57-67).
3. La distinta aproximación filosófica (KANT y HEGEL *v.* BECCARIA y BENTHAM) (pp. 67-92).

Podría sorprender que el análisis comience con el estudio de un aspecto que se califica expresamente de externo (p. 30), cuando se había señalado que lo importante eran las diferencias internas o implícitas (pp. 25-26). Existen, sin embargo, buenas razones para hacerlo: es sabido que, desde la perspectiva tripartita alemana, en el *Common Law* «faltaría» «una distinción *categorica* entre justificantes y exculpantes» (p. 30, subrayado en el original), cuando, para la dogmática alemana, la distinción entre antijuridicidad y culpabilidad es «la piedra angular de la teoría del delito» (JESCHECK/WEIGEND), o «el más importante progreso dogmático en las últimas dos o tres generaciones» (WELZEL), por limitarnos a las referencias que ofrece el propio MATUS (pp. 30 y 31 respectivamente). Además, se trata de un punto que permite conectar perfectamente con los problemas del derecho penal in-

ternacional —el caso Erdemovic<sup>3</sup> y el art. 31. 1. d) del Estatuto de Roma<sup>4</sup>—.

De todas formas, una exposición inversa a la seguida por MATUS creemos que puede resultar más ilustrativa de las diferencias entre los sistemas, sus planteamientos y consecuencias, al menos en cuanto exista alguna relación entre los diversos aspectos.

Así, mientras la *Strafrechtswissenschaft* estaría muy influida por el idealismo alemán, «incluso en quienes parecen alejados de todo planteamiento metafísico» (p. 67), el *Common Law*, parafraseando a RADBRUCH, «se encuentra influido por el liberalismo utilitarista y empiricista de BECCARIA y BENTHAM, guiado por el principio liberal de que la misión del Estado no es sostener con la fuerza unos principios *ideales*, sino procurar la mayor felicidad posible para el mayor número» (p. 78). Así, a las concepciones absolutas de la pena del idealismo —pese a que su repercusión en la construcción del delito no sea la misma, lo que no carece de importancia—, que la comprenden como una finalidad en sí misma, ajena a toda comprobación empírica (p. 74) se opondría la concepción utilitarista y empirista de la pena de BECCARIA y BENTHAM (pp. 77 y ss.).

Se trata de una diferencia con repercusiones para la comprensión de la tarea del penalista: por un lado, la idea de sistema dominante en la *Strafrechtswissenschaft* sería, precisamente, la de KANT (p. 63), mientras BECCARIA y BENTHAM pueden verse como los fundamentos del análisis económico del derecho, claramente vinculado con el pragmatismo norteamericano y las doctrinas del realismo y el nuevo realismo legal (p. 78). La diferencia entre ambos planteamientos la expone MATUS como sigue:

---

<sup>3</sup> Erdemovic, de origen croata, servía en una unidad serbia y participó en matanzas de civiles musulmanes, ante la amenaza de muerte si no quería participar en la misma. El Tribunal Internacional para la ex Yugoslavia rechazó una eximente de *duress* y le condenó a cinco años por la comisión de un crimen contra las leyes y usos de la guerra. Sobre este caso véase la excelente exposición de RAGUÉS I VALLÉS, «¿Debe el miedo insuperable exculpar a un soldado acusado de crímenes de lesa humanidad? Drazen Erdemovic ante el Tribunal Internacional para la ex Yugoslavia?», *RDPC*, 2.<sup>a</sup> época, n.º 7 (2001), pp. 95 y ss.

<sup>4</sup> En dicho artículo se considera que no es penalmente responsable quien «hubiere incurrido en una conducta que presuntamente constituya un crimen de la competencia de la Corte como consecuencia de coacción dimanante de una amenaza de muerte inminente o de lesiones corporales graves continuadas o inminentes para él u otra persona, y en que se vea compelido a actuar necesaria y razonablemente para evitar esa amenaza, siempre que no tuviera la intención de causar un daño mayor que el que se proponía evitar. Esa amenaza podrá: i) Haber sido hecha por otras personas, o ii) Estar constituida por otras circunstancias ajenas a su control».

De acuerdo con BLECKMANN, «el método del sistema alemán consistiría, en general, en la «ambiciosa estrategia» de *deducir* las reglas básicas de imputación aplicables a todos los casos concretos presentes y futuros a partir de *estructuras externas o dogmas (axiomas, principios o preconcepciones intuitivas)*» (p. 60; cursivas y comillas en el original)<sup>5</sup>. En definitiva, el *método deductivo* sería la característica básica en la creación del sistema para la *Strafrechtswissenschaft* (pp. 60-61).

Por el contrario, en Estados Unidos este «paradigma geométrico» se considera enclavado en la «prehistoria» de su Jurisprudencia, acudiendo al juez HOLMES y su forma de comprender el Derecho como «las profecías sobre lo que los tribunales harán de hecho» (pp. 62-63), lo que pondría en el centro de la actividad del jurista «la determinación de motivaciones e intereses (personales y políticos) y las asunciones teóricas implícitas en las decisiones que se toman en los casos concretos, hacerlas explícitas y evaluar sus efectos en la vida social», además de clarificar cómo pueden influir los mencionados aspectos en quienes tengan que tomar la decisión durante las distintas fases del proceso, razón que justifica la importancia fundamental del estudio del proceso, de quienes intervienen en él y la forma como deciden, dado el carácter de *law-maker* del juez en cada caso particular (p. 62)<sup>6</sup>.

Se llega así a la contraposición entre «*Wissenschaft*» y «*Law*»: el modelo alemán parte de que estamos ante una ciencia de alcance universal que formularía reglas ajenas al derecho positivo particular, de modo que sería el único capaz de enfrentar los posibles problemas de un futuro derecho penal internacional (pp. 65-66); en EE.UU. la jurisprudencia sería un objeto en desarrollo a través de las decisiones de los jueces, lo que tiene una consecuencia: en lugar de bajo un gobierno de leyes, para los norteamericanos existiría un gobierno de hombres utilizando para ello las leyes (pp. 66-67). Esta diferente perspectiva se refleja en dos aspectos: por un lado, en la normalidad con la que en EE.UU. se estudia el rol político de los Tribunales

---

<sup>5</sup> Alude a su vez MATUS a WELZEL, quien en «Über den substantiellen Begriff des Strafgesetzes», señalaba que la aplicación de este método significa que para el penalista «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 espantan. Las cosas tienen su propio peso».

<sup>6</sup> Señala MATUS (pp. 62-63), que la situación sería distinta en Inglaterra y Gales, donde, frente al realismo de los EE.UU., dominaría un formalismo (positivismo) que supone que las discusiones sobre la aplicabilidad de la ley o de precedentes se centren más en la validez de las fuentes o en las conclusiones que puedan derivarse de la doctrina de la *ratio decidendi* de un fallo.

como órganos decisorios en la implementación de políticas públicas; por otro, en el *new legal realism*, movimiento que, a través del estudio empírico (con las técnicas de las ciencias sociales) de las características personales de los jueces, incluidas su afiliación política, origen social y otras, pretende predecir el contenido de sus sentencias, determinando las regularidades y desviaciones de las mismas (p. 67).

Si tenemos en cuenta los dos aspectos anteriores, no resulta extraño que en el *Criminal Law* cause perplejidad «la actual discusión alemana acerca de las finalidades «ideales» del derecho penal («protección de bienes jurídicos» v. «prevención general positiva»), frente a las funciones utilitarias que allí se le asignan: disuasión (*deterrence*), incapacitación (*incapacitation*) y rehabilitación (*reformation*) (pp. 78-79). Mas la cuestión no acaba aquí, pues permite demostrar, igualmente, la mayor «flexibilidad» del pensamiento utilitarista, en cuanto no habría prejuzgado soluciones, sino que dejaría abierta la cuestión de cómo regular las situaciones de conflicto entre los derechos subjetivos, «que son las que interesan al Derecho penal tanto en la formulación de los delitos como de las eximentes», decidiendo «desde abajo», entre todos los miembros de la comunidad, qué es útil a la mayoría, de forma que se excluirían las visiones *iluminadas* de unos pocos (pp. 82-83)<sup>7</sup>. Aspecto este último que se pone de manifiesto, precisamente, en la forma de abordar la resolución del problema de la tabla de Carneades y, con ello, la distinción injusto y culpabilidad, pues, según MATUS, la solución kantiana al mismo es el fundamento filosófico de dicha distinción (p. 68).

Así, resulta objetable que quien primero llegue a la tabla tenga el «derecho objetivo» a defenderla (*Rechtfertigung*), mientras que el segundo sólo tenga una «excusa subjetiva» (*Entschuldigung*), pues ello supone «que la constitución del derecho radica sólo en la fuerza del que llega primero» (pp. 72-73; las comillas en esta última). En defini-

---

<sup>7</sup> Ahora bien, si ello tiene alguna repercusión sistemática es algo sumamente discutible. Como el propio MATUS señala a propósito de FEUERBACH —al que califica de hombre entre dos mundos (p. 83)—, su teoría de la intimidación psicológica no impediría que en el mismo pueda apreciarse «el germen de un esquema tripartito de corte clásico» (pp. 84-85). Por otro lado, el propio BENTHAM, en los principios a los que hace referencia MATUS (pp. 82-83), se refiere expresamente a que «no debe imponerse la misma pena por el mismo delito a todos los delincuentes. Hay que tener en cuenta las circunstancias que afectan a la sensibilidad».

La influencia filosófica puede ser determinante a la hora de intentar «hacer ciencia», por un lado, y, por tanto, en la necesaria sistematización. De ahí, sin embargo, a influir en la concreta sistematización, hay un trecho largo. Que las teorías absolutas han podido influir en el delito es cierto, pero que de las mismas se desprenda todo un sistema de derecho penal es mucho más discutible —esto es, de la culpabilidad al delito—.

tiva, ante una situación de poder constituida de hecho, la regla es respetar el *status quo* (FLETCHER), lo que, para MATUS, no es una solución idealista, sino puramente conservadora (p. 74). Frente a ello, un análisis utilitarista del supuesto preguntaría por «cuál de las dos vidas en juego es más valiosa para la comunidad», cuestión que poco tiene que ver con el aspecto temporal —quién llega primero— y que permite resolver el problema en el caso de que la disputa de los naufragos se produzca antes de que alguno de ellos alcance la tabla, dado que, apoyándose en FINKELSTEIN, lo único que puede afirmarse en este caso es que al menos la salvación de una vida es socialmente más valiosa que la pérdida de las dos, cuestión totalmente alejada de una defensa de «derechos» frente a una pura «necesidad» (p. 78).

De esta forma llega MATUS a la distinción entre justificantes («injusto») y exculpantes («culpabilidad»), que quiere «deconstruir». Desde esta perspectiva, su análisis se centra en dos aspectos: por un lado, si la solución adoptada en el caso Erdemovic es realmente dominante en todos los países del *Common Law* y, por otro, si la solución sería muy diferente desde el punto de vista de la dogmática alemana tradicional.

En cuanto al primer aspecto, señala con razón MATUS que existen grandes diferencias entre el *Common Law* de los Estados Unidos y el de Inglaterra. Mientras en Inglaterra (donde domina el formalismo) no se usa la distinción, ya sea por razones históricas (SIMESTER/SULLIVAN), ya porque se relativizan sus efectos —pese a que se le concede valor analítico y se reconoce que puede evitar confusiones (ASHWORTH)— (pp. 33-35), en Estados Unidos (donde se utilizan planteamientos sustancialistas o realistas), la distinción no es desconocida, sino que, más bien, lo que se critica es su *carácter categórico* (p. 35). Dicho de otro modo: más que su posible existencia, utilidad o practicabilidad, lo que se discute es que los efectos que se atribuyen a la misma sean, como tales, una *consecuencia necesaria* de la misma —al menos respecto a la participación, responsabilidad civil y posibilidad de legítima defensa (pp. 35-36, con referencia a HALL<sup>8</sup>)— y que se puedan trazar *límites exactos*, esto es, la existencia de límites frágiles entre unos comportamientos y otros (pp. 36-37 con referencias a GREENAWALT y FINKELSTEIN). De ahí que no resulte extraño que los manuales utilicen un sistema tripartito y que se discuta vivamente sobre el fundamento y los efectos de la distinción (pp. 36-38 y nn. 52-

---

<sup>8</sup> Enlaza así MATUS con las críticas que RADBRUCH realizó a la resolución del caso *Mignonette*, donde señaló las diferencias que producía la aceptación de una causa de justificación o de exculpación y que, a su vez, recibió la respuesta de HALL (véanse pp. 30-31 en relación con p. 36).

56), a lo que debe añadirse la distinta aproximación judicial y legislativa al problema (pp. 39-42)<sup>9</sup>. Por último, habría que tener en cuenta que tampoco desde otras tradiciones del *Common Law* —como la australiana—, la resolución del caso tiene por qué parecer correcta (pp. 45-46).

A tenor de lo anterior, la conclusión parece obvia: un sistema que se base en el *Common Law* no lleva, *necesariamente*, a una solución como la dictada en el caso Erdemovic. Ahora bien, ¿ofrece la legislación alemana una solución distinta al caso Erdemovic? Tampoco en opinión de MATUS, pues las limitaciones del art. 35 del Código penal alemán —bien porque consideremos que al ser militar tenía una obligación especial de soportar el peligro, bien porque se había situado culpablemente en una situación de necesidad— hacen que, posiblemente, la solución hubiese sido la misma (p. 56).

Sin embargo, todavía puede matizarse más la distinción entre «causas de justificación» y «causas de exculpación», pues si se analiza el estado de la discusión entre «injusto» y «culpabilidad» en la dogmática alemana, podemos ver, por un lado, cómo dicha distinción puede operar en una sistemática tipo *Common Law* y, por otro, al no ser útil para decidir la imputación penal en todos los casos, cómo se produce su disolución en las sistemáticas *holísticas* (p. 46).

Resulta importante tener en cuenta que el fundamento que se utiliza en Inglaterra y Gales para no hacer diferencias *categorías* entre justificantes y excusas es que desde el punto de vista del imputado ambas producen el mismo efecto —niegan la responsabilidad o impiden su castigo—. De este modo afirma que «parece relativamente lógica su construcción de la teoría del delito en clave «procesal» distinguiendo la «*offence*» (lo que debe probar la fiscalía, *actus reus* y *mens rea*) de las «*defenses*» (lo que debe probar la defensa, esto es, cualquier elemento que niegue la existencia de una *offence*, o introduzca limitaciones a la imposición de pena en el caso concreto, como la prescripción)» (p. 46). Pues bien, como precisamente se puede poner de manifiesto de la mano de ESER, si en un lado situamos la tipicidad, la antijuridicidad, la culpabilidad y la punibilidad, y en el otro los elementos que las excluyen, podemos leerlo en «clave procesal», pues tendríamos en un lado el caso de la fiscalía (tipicidad, antijuridicidad y culpabilidad) y, en el otro, el caso de la defensa, de forma que justificaciones y excusas aparecerían produciendo el mismo efecto que las «negaciones» de la tipicidad y las restantes no

<sup>9</sup> Se sirve para ello MATUS del caso *United States v. Holmes* y de la influencia del *Model Penal Code* en la legislación de los diversos Estados.

clasificadas «causas de exclusión de pena» —los que ESER denominó «requisitos especiales de política pública», traduciendo así la referencia alemana a los «especiales elementos de merecimiento o necesidad de pena»— (pp. 46-48). Ahora bien, es importante tener en cuenta que, de aquí, no se sigue ninguna consecuencia procesal de modo necesario (p. 48 n. 81 y, más extensamente, 114 y ss.), por lo que la importancia de esta «transposición»<sup>10</sup> debe radicar en otro lugar. Así es: se pregunta MATUS por qué existen causas de exclusión de pena «no clasificadas» que no formarían parte de los «presupuestos generales de punibilidad» (p. 49) y, más allá todavía, por qué no se ofrece ningún argumento para excluir las razones de política pública que fundamentarían esas causas, de las que fundamentarían las que sí excluyen los presupuestos generales de punibilidad (p. 49). Es más, si las razones de política pública se pudiesen extender a las causas que sí excluyen los presupuestos generales de la punibilidad, la «supuesta diferenciación» tendería a desaparecer, argumentando con los límites de la legítima defensa (p. 49). A ello añade otros supuestos que no se clasifican como justificaciones o excusas o que, aunque puedan clasificarse así, no tienen los efectos previsibles de dicha clasificación, de modo que la misma pierde su capacidad *decisoria litis* (supuestos como la casuística de la imputación objetiva y las acciones neutrales) (pp. 49-50).

Si a ello se añade la negación de algunos de los tradicionales efectos de la distinción (por ejemplo, que la agresión deba provenir de una persona culpable para dar lugar a legítima defensa, o la inconsecuencia que significa adoptar la teoría de la culpabilidad restringida y no la pura) y la negación de la misma por las sistemáticas *holísticas* (pp. 51-54) parece que hay material más que suficiente para relativizar las afirmaciones de AMBOS sobre la necesidad de superar en el futuro Derecho penal internacional la sistemática actual basada en el *Common Law* (pp. 57 y ss.).

---

<sup>10</sup> A la posibilidad de construir un «*inculpatory case*» frente a un «*exculpatory case*», se había referido ya Kai AMBOS, *Der Allgemeiner Teil des Völkerstrafrechts. Ansätze einer Dogmatisierung*, 2. unveränderte Auflage, Duncker & Humblot, Berlin, 2002, pp. 540 y ss. (*La Parte General del Derecho Penal Internacional. Bases para una elaboración dogmática* (traducción de Ezequiel Malarino), Konrad Adenauer Stiftung, Uruguay, 2005, pp. 164 y ss.) refiriéndose a su criticada base procesal o de derecho probatorio y sin darle mayor relevancia.

### III. El mecanismo de cambio: la jurisprudencia de la Corte Penal Internacional

Resulta también de sumo interés el estudio que se realiza del mecanismo de transformación. Así, si partimos de que el estado actual del derecho penal internacional es producto de un análisis global de las fuentes del Derecho penal internacional, un cambio que no se quede en mero voluntarismo o que sea algo más que un producto de una interpretación interesada o parcial del derecho penal internacional supone «necesariamente un cambio en el contenido de las declaraciones o proposiciones normativas emanadas de esas fuentes» (pp. 93-94). Para ello sería necesario, más allá del trabajo interpretativo doctrinal y de las propuestas que se hagan a este respecto, «lograr que estas propuestas de cambio sean aceptadas y transformadas en proposiciones normativas, esto es, *conquistar las voluntades de quienes controlan las fuentes del derecho penal internacional*» (p. 94, cursiva añadida). Si, como señala MATUS, el origen nacional de los magistrados puede resultar determinante a la hora de elegir los principios generales que aplicará en el futuro (pp. 102-103), la situación es favorable a la *Strafrechtswissenschaft*, tal y como se puede ver en la composición actual de la Corte, donde la tradición «romano-germánica» ocuparía alrededor del 70% de los puestos de Magistrados y asesores (pp. 102 y ss.), lo que le asegura una mayoría de Magistrados y asesores en cualquier conformación de la Cámara, sin que haya razones para esperar que adopten como propia la doctrina del *Common Law* (p. 105).

Igualmente, la política de apoyo (financiera, universitaria) es muy distinta en el ámbito de la *Strafrechtswissenschaft* y de los Estados Unidos (pp. 108-114, 140), lo que pone todavía las cosas más a favor de la *Strafrechtswissenschaft*.

Descartado, con razón, el argumento de que la estructura del proceso pueda jugar a favor o en contra de una u otra teoría del delito (pp. 114-129), parece que lo que mejor explica el predominio del *Common Law* en el derecho penal internacional es la gran influencia de los EE.UU. y del Reino Unido en los Estatutos y conformación de los anteriores Tribunales Internacionales, influencia que se habría perdido en la Corte Penal Internacional (pp. 129-130), sin que la adopción de una teoría unitaria de la pena o del inglés como lengua de trabajo vayan a tener influencia (pp. 134-137).

#### IV. La evaluación de Matus

En opinión de MATUS, tal y como están las cosas, la supuesta competencia entre *Common Law* y *Strafrechtswissenschaft* por el dominio del futuro derecho penal internacional, «no tendrá lugar o no será tan dramática», especialmente si nos limitamos a la Corte Penal Internacional donde la situación es muy favorable a la *Strafrechtswissenschaft* (p. 139).

Restan todavía un par de cuestiones:

En primer lugar, si esta transformación lo sería de todo el Derecho penal internacional, o si quedaría limitada a la Corte penal Internacional, siguiendo los demás tribunales bajo el predominio del *Common Law*. Dado que los factores que pueden determinar la adopción de una u otra sistemática no tienen nada que ver con las ventajas o inconvenientes de las diferentes sistemáticas, sino con cuestiones políticas —donde incluyo también las financieras—, augura MATUS que «de no cambiar las circunstancias políticas actuales y la composición de los Tribunales Internacionales actualmente operativos, este distanciamiento entre jurisprudencias se irá profundizando, a pesar de las perplejidades que esto pueda causar, al construirse así dos sistemas de derecho penal internacional claramente diferenciados, con eventuales soluciones contradictorias entre sí» (p. 142)<sup>11</sup>.

Por último, si esta transformación será realmente ventajosa para construir un «mejor» derecho penal internacional y, por efecto del principio de complementariedad, «mejores» derechos penales en cada país que adopte el Estatuto de Roma (p. 141). Esta cuestión, las posibles ventajas de la transformación, es la que nos resulta realmente interesante. Con las propias palabras de MATUS: «¿Qué se gana en el derecho penal internacional con la adopción de una teoría del delito como la sistemática tripartita alemana tradicional, más allá del acceso a literatura, discusiones y soluciones puntuales a ciertos casos

---

<sup>11</sup> Si bien veo claro el segundo aspecto —las eventuales soluciones contradictorias o, al menos, discrepantes—, algo que, por lo demás, puede ocurrir incluso en un único Tribunal, me llama la atención el que ahora se insista en la clara diferencia entre sistemas, cuando, como se había señalado con anterioridad, no resulta difícil reconducir uno a otro (así, además de las reflexiones de AMBOS y ESER desde la perspectiva de la *Strafrechtswissenschaft*, podríamos mencionar, desde el *Common Law*, las de DUBBER, Markus D., *Einführung in das US-amerikanische Strafrecht*, C. H. Beck, München, 2005, pp. 34 y ss.). Ello no impide, por supuesto, que sigan existiendo diferencias importantes —el tratamiento del error de prohibición, por ejemplo, y, hasta donde alcanzo, las cuestiones de autoría y participación—, pero que, al menos hasta cierto punto, pueden salvarse.

concretos que, en definitiva, pueden no ser del todo diferentes a las ofrecidas desde la perspectiva del *Common Law*?» (pp. 142-143)<sup>12</sup>.

Para AMBOS «sólo el pensamiento sistemático alemán permitiría ofrecer soluciones completas y económicas a todos los casos, una racional e igual aplicación de la ley, una simplificación y facilitación de uso de la misma, guiar sus desarrollos futuros e identificar mejor los «valores del sistema» envueltos en la toma de decisiones» (p. 143). En sentido similar BURKHARDT recoge como tareas tradicionalmente asignadas al trabajo dogmático las siguientes; a) producción de reglas y fundamentos para la decisión de cuestiones jurídicas; b) garantizar una igualitaria y previsible aplicación de la ley; c) posibilitar el control de la consistencia de las decisiones judiciales, en orden a asegurar la igual aplicación del derecho; d) hacer más fácil la aplicación de la ley, a través del reconocimiento de criterios conceptuales que contienen propuestas de interpretación de la ley; e) facilitar la enseñanza del derecho, a través de la sistematización; f) proponer alternativas para una buena legislación; g) posibilitar la adecuación del derecho a los cambios y experiencias sociales (p. 142).

MATUS pone de manifiesto que hay una diferencia entre la exposición de dichos autores —y no es insignificante—: para AMBOS éstas son las funciones que *efectivamente* cumple el pensamiento sistemático, mientras que para BURKHARDT es la última —esto es, posibilitar la adecuación del derecho a los cambios y experiencias sociales, ofreciendo nuevas interpretaciones que permiten fundamentar dicha adecuación, aún a costa de la consiguiente inseguridad que ello trae— la única que se cumple completamente (pp. 143-145).

El propio SCHÜNEMANN, ardiente defensor de la posición de vanguardia del pensamiento sistemático alemán, critica la idea de aferrarse a la estructura tripartita tradicional, pues «al ser tan escasos los puntos de partida adoptados, 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» (p. 145). A partir de aquí señala MATUS que «cabe agregar que, en la medida que esta última crítica se dirige a la pretensión de extraer conclusiones de detalle a partir de axiomas abstractos y generales, parece extensible a todos los «desarrollos sistemáticos» que siguen este particular «método», dominante en

---

<sup>12</sup> Esto refrenda, claramente, lo expuesto en la nota anterior.

Alemania» (p. 146), pese a que MATUS ponga el ejemplo del finalismo. En definitiva, «toda pretensión de economía, seguridad, simplificación y facilitación de la aplicación del derecho que se le atribuye al «pensamiento sistemático alemán» no pasa de ser una idealización completamente ajena a la realidad» (p. 147), apareciendo una vez más el finalismo como ejemplo de ello<sup>13</sup>.

Por desgracia, no acaba aquí la cosa; tampoco puede prestar la supuesta función de conservación e identificación de los valores del sistema, equivalente para MATUS a la que otros autores denominan «función de mantenimiento del Estado de Derecho», consistente en su «capacidad crítica frente a la jurisprudencia, los proyectos y textos legales que se apartarían de las ideas de separación de poderes y respeto a las garantías y derechos mínimos de las personas» (pp. 147-148). Así, dado el decidido apoyo de los profesores de derecho penal al nazismo y sus reformas en la materia, muchas de las cuáles son parte de la doctrina dominante hasta hoy en día, se puede ser escéptico respecto a que la *Strafrechtswissenschaft* pueda considerarse a sí misma «un medio de protección contra las dictaduras» (p. 148 con alusión a ESER. En n. 148 se refiere a lo mismo en Latinoamérica). El ejemplo, una vez más, la postura de WELZEL en el nacionalsocialismo, pues no parece que éste diese a las estructuras lógico-objetivas esa utilidad de poner límites a un derecho penal autoritario (pp. 149 y ss.).

## V. Algunas consideraciones críticas

La larga exposición precedente, pese a su carácter resumido (casi comprimido), da perfecta cuenta de la riqueza de ideas y cuestiones presentes en la obra de la que nos ocupamos. Es indudable que su lectura no deja indiferente y lleva, inevitablemente, a la reflexión sobre cuestiones centrales de la teoría jurídica del delito. Pese al reducido espacio del que dispongo, no querría dejar de exponer, sin embargo, algunas consideraciones sobre los aspectos que me resultan más dudosos y/o discutibles.

La *Strafrechtswissenschaft* no sale, desde luego, bien parada, hasta el punto de que la producción de una futura transformación no parece que suponga ventaja alguna (más bien lo contrario, si ello

---

<sup>13</sup> Curiosamente se sirve MATUS de mis propias palabras en defensa del finalismo, referidas a la gran cantidad de cuestiones discutidas dentro del mismo [MELENDO PARDOS, M., «Recensión a AMBOS, Kai, *Der Allgemeine Teil des Völkerstrafrechts. Ansätze einer Dogmatisierung*, Duncker & Humblot, Berlin, 2002, 2. unveränderte Auflage, 2004», *RDPC*, 2.ª época, n.º 15 (2005), p. 369].

lleva a dos teorías del delito paralelas en función del Tribunal Internacional que se ocupe de los casos). Ahora bien, si le exigiésemos al *Common Law* lo que no puede prestar la *Strafrechtswissenschaft*, los resultados no serían distintos. Como precisamente pone de manifiesto MATUS, bajo la etiqueta del *Common Law* se ocultan planteamientos sólo «aparentemente» similares —tanto en método como en sistemática—. Por supuesto, no creo que una «sociología de la actividad judicial» pueda prestar lo que la «ciencia» alemana no puede. Por otro lado, si en la *Strafrechtswissenschaft* los «iluminados» serían los profesores —que construirían sus teorías «de espaldas a la realidad»—, en el *Common Law* serían los jueces, pues, en el fondo, sus actitudes teóricas implícitas, junto con otros factores, desarrollarían el Derecho. Desde el momento en que ni la *Strafrechtswissenschaft* ni las predicciones del *new legal realism* vinculan a los Tribunales, siempre vamos a estar en manos de «iluminados», sin perjuicio de que en el *Common Law* el juez también está vinculado a la ley<sup>14</sup>.

Sin embargo, lo más preocupante del análisis me parece una cierta tendencia a tomar «la parte por el todo». Así, MATUS considera que la «despedida de KANT y HEGEL» fue una despedida «en falso» (p. 69), pero las razones que aduce no son especialmente convincentes:

La pervivencia de HEGEL en los planteamientos *holísticos* no significa, como tal, mucho. Lo único que pondría de manifiesto es que, en el seno de la *Strafrechtswissenschaft*, no existe «una» teoría del delito —lo que, precisamente, tendría mucho que ver con que no pueda cumplir sus funciones—<sup>15</sup>. Igualmente, que la solución de KANT al caso de la tabla de Carneades sea, precisamente, el fundamento de la distinción entre injusto y culpabilidad es algo difícil de aceptar. Las investigaciones de HRUSCHKA ponen de manifiesto que en la filosofía práctica del siglo XVIII se conocía la distinción entre «justificación» y «exculpación», pero precisamente a propósito de KANT ha cambiado de opinión; en la materia objeto de su estudio no se trataba de la distinción entre «justificación» y «exculpación», sino que la «indulgen-

---

<sup>14</sup> Hoy en día el Derecho penal también está principalmente codificado en el *Common Law* y, cuando no es el caso, se crearon los delitos por la jurisprudencia, pero ya no pueden crearse. Salvo error por mi parte, ni en EE.UU. ni en Inglaterra tienen los Tribunales, actualmente, potestad para crear nuevos delitos. El posible desarrollo conceptual que hagan tampoco es, por tanto, tan diferente al que pueden hacer los Tribunales en el ámbito continental.

<sup>15</sup> O, en todo caso, como señala BERNSMANN, «*Entschuldigung*» durch Notstand. *Studien zu § 35 StGB*, Carl Heymanns, Köln-Berlin-Bonn-München, 1989, p. 75, que la historia de la dogmática tiene mucho de circular, en el sentido de que se producen continuos «redescubrimientos».

cia» que tendría en cuenta el Tribunal se apoyaría en la incapacidad de la ley de cumplir su función<sup>16</sup>, lo que nos sitúa mucho más cerca de teorías como la de la «vuelta al estado de naturaleza», el «ámbito libre de derecho», etc.

Más incluso aunque apoyásemos la distinción en KANT, la misma se habría perdido básicamente durante el siglo XIX con el predominio en Alemania de los autores hegelianos, recuperándose a finales del mismo por IHERING y, en el derecho penal, por v. LISZT, autores que, desde luego, no creo que puedan calificarse de «idealistas».

Esta tendencia a tomar «la parte por el todo» puede verse también al considerar la polémica entre «protección de bienes jurídicos» y «prevención general positiva» como una polémica sobre cuestiones «ideales». No lo es, por mucho que bajo la etiqueta de «prevención general positiva» se oculten planteamientos distintos, no olvidando algunos de ellos las cuestiones empíricas<sup>17</sup>. Tampoco nos parece exacta la reconstrucción de la discusión sobre las funciones de la pena en el marco del *Common Law*. MATUS alude, con razón, a una cierta recepción de planteamientos retributivos y aspectos kantianos en la filosofía del Derecho inglesa y en la práctica anglosajona. Pues bien, un autor estadounidense señala que la polémica sobre el «merecimiento» se encuentra en el centro de la discusión académica y en el mundo de las instituciones reales en Inglaterra, pero que lleva camino de hacerlo también en EE.UU.<sup>18</sup>. Y es que, precisamente, pueden aducirse razones de utilidad a favor de la «pena merecida»<sup>19</sup>. Dicho de otro modo: castigar de forma «justa» puede resultar rentable en términos de prevención de delitos, lo que, por supuesto, no es algo ajeno a la discusión que tiene lugar en la *Strafrechtswissenschaft*. Prácticamente cualquier penalista suscribiría hoy las palabras de WELZEL de que «el Estado no puede ni está obligado a realizar la justicia en el transcurso general del mundo. Cuando castiga tiene

---

<sup>16</sup> Véanse HRUSCHKA, «Rechtfertigung- und Entschuldigungsgründe: Das Brett des Carneades bei Gentz und bei Kant», *GA* 1991, pp. 1 y ss. [existe traducción de Ricardo Robles, en *ADPCP* LVII (2004), pp. 5 y ss.], para la primera cuestión y, El mismo, «Von Rechten, die keinen Richter haben. Der Notstand im Argumentationsszusammenhang von Kants Rechtslehre», *Festschrift für Günther Jakobs zum 70. Geburtstag am 26. Juli 2007*, Carl Heymanns, Köln-Berlin-München, 2007, p. 203 n. 81.

<sup>17</sup> Véase, simplemente, GIL GIL, A., «Prevención general positiva y función ético-social del Derecho penal», *La Ciencia del Derecho penal ante el nuevo siglo. Libro Homenaje al Profesor Doctor Don José Cerezo Mir*, Tecnos, Madrid, 2002, pp. 9 y ss.

<sup>18</sup> Véase ROBINSON, P. H., «Competing Conceptions of Modern Desert: Vengeful, Aeonological and Empirical», *The Cambridge Law Journal* 67 (1), 2008, p. 145 y ss.

<sup>19</sup> ROBINSON, P. H./DARLEY, J. M., «The Utility of Desert», *Northwestern University Law Review* 91 (2), 1997, pp. 477 y ss., 498-499.

que castigar justamente; pero si castiga depende de si la pena es necesaria para la existencia del orden jurídico»<sup>20</sup>.

Igualmente, la distinción entre «injusto» y «culpabilidad» no puede igualarse con la distinción entre causas de justificación y causas de exculpación. En dos sentidos: por un lado, porque la existencia de causas de justificación y exculpación presupone, claro está, la diferencia entre injusto y culpabilidad, pero la distinción injusto y culpabilidad no presupone el reconocimiento de causas de exculpación —y, especialmente, de un estado de necesidad exculpante—. Se puede defender la distinción y no querer saber nada de las causas de exculpación en el sentido estricto en el que las entiende MATUS —esto es, dejando fuera las causas de inimputabilidad y el error de prohibición—<sup>21</sup>. Por otro lado, porque la distinción facilita, precisamente, tener en cuenta el error de prohibición, diferencia aparentemente insalvable entre los dos «sistemas de pensar» —pese a que cada vez se debilita más—, y que también se supone que repercute en el Estatuto de Roma<sup>22</sup>.

Por último, para señalar que la diferencia entre «antijuridicidad» y «culpabilidad» poco tiene que ver, por tanto, con el idealismo y las reflexiones de unos «iluminados» basta señalar que la misma ha cambiado de contenido a lo largo de su vida (el paso del injusto causalista a la concepción personal de lo injusto, la introducción de razonamientos preventivos en la tradicional «culpabilidad como reprochabilidad», por ejemplo), lo que, claro está, nos lleva a la conclusión de que tampoco la misma tiene un contenido prefijado de antemano. Siendo así, parece bastante lógico que pueda discutirse su carácter categórico y, por supuesto, que sean discutibles los límites de

---

<sup>20</sup> WELZEL, *Das Deutsche Strafrecht*, 11. Aufl., Walter de Gruyter & Co., Berlin, 1969, p. 239.

<sup>21</sup> Así, por ejemplo, GIMBERNAT ORDEIG, «¿Tiene un futuro la dogmática penal?», pp. 140 y ss.; «El sistema del Derecho penal en la actualidad», pp. 162 y ss., «El estado de necesidad: un problema de antijuridicidad», pp. 218 y ss., todos ellos en *Estudios de Derecho penal*, 3.ª ed., Tecnos, Madrid, 1990. Históricamente, el propio WELZEL defendió diversas posturas sobre el estado de necesidad —considerándolo justificante en alguna época— y, sin embargo, siempre partió de la distinción injusto/culpabilidad; también podríamos mencionar, por ejemplo, a v. HIPPEL, que, aceptando la distinción, negaba el estado de necesidad «exculpante». Sobre ello MELENDO PARDOS, *El concepto material de culpabilidad y el principio de inexigibilidad. Sobre el nacimiento y evolución de las concepciones normativas*, Comares, Granada, 2002, pp. 304 y ss. (especialmente 313-314, 347 y ss., 360 y ss., 559 y ss.) para WELZEL y pp. 191-193 para v. HIPPEL.

<sup>22</sup> Sobre ello, extensamente, MELENDO PARDOS, *Imputación subjetiva y error en el Estatuto de la Corte Penal Internacional. Desafíos para la dogmática penal continental*, Atelier, Barcelona, 2008.

una y otra categoría. Ello, lógicamente, no da la seguridad deseada, pero no olvidemos que, normalmente, existe una concepción dominante, que es a la que suelen aferrarse los Tribunales. Una cosa es que los Tribunales puedan encontrar fundamentación para prácticamente cualquier decisión, y otra cosa es que lo hagan.

Quizá resulte exagerado calificar de «falsa» la «despedida de KANT y HEGEL», al menos en cuanto a los contenidos sistemáticos. Sin embargo, puede que metodológicamente los planteamientos roxinianos no hayan cumplido lo que prometían<sup>23</sup>.

Igualmente, también me parece exagerada la reconstrucción que hace MATUS del pensamiento sistemático alemán. No creo que ninguno de los planteamientos sobre la sistemática del delito haya tenido jamás la vocación de resolver *todos* los casos particulares. A lo máximo que se aspira es a trazar las líneas básicas del sistema de imputación —que sería lo que no cambia, al menos mientras no cambie radicalmente nuestra forma de comprendernos—, pero no desde luego, a la resolución completa. Y menos el finalismo. Por contestar a dos cuestiones de las que se ocupa MATUS: me parece indudable que en la configuración de los límites de la legítima defensa intervienen consideraciones de política pública (política criminal), pero ya Armin KAUFMANN señalaba el margen que aquí tenía el legislador, pues las estructuras lógico-objetivas no decían nada sobre ello (es la diferencia entre juicios lógico-objetivos y juicios axiológicos<sup>24</sup>). Por otro lado, no veo por qué la teoría de la culpabilidad restringida supone una inconsecuencia si se parte de la distinción entre injusto y culpabilidad: para WELZEL, si el legislador reconocía la estructura lógico-objetiva de la culpabilidad, a lo único que estaba obligado era a tener en cuenta el error de prohibición, lo que, sin embargo, no dice todavía nada sobre la pena que deba asignarse al mismo cuando es

---

<sup>23</sup> Véanse las acertadas reflexiones de ORTIZ DE URBINA, I., *La excusa del positivismo. La presunta superación del «positivismo» y el «formalismo» por la dogmática penal contemporánea*, Civitas, Madrid, 2007, pp. 149 y ss.; «La referencia político-criminal en el Derecho penal contemporáneo (¿Es el derecho penal la barrera infranqueable de la política criminal, o se orienta por ella?)», en *Estudios penales en recuerdo del Profesor Ruiz Antón*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2004, pp. 859 y ss.; «Roxin y la dogmática político-criminalmente orientada», en *La influencia de la ciencia penal alemana en Iberoamérica. Libro Homenaje a Claus Roxin*, Tomo I, INACIPE, México, 2003, pp. 415 y ss.

<sup>24</sup> KAUFMANN, Am., «Probleme rechtswissenschaftlichen Erkennens am Beispiel des Strafrechts», en *Strafrechtsdogmatik zwischen Sein und Wert. Aufsätze und Vorträge*, Carl Heymanns, 1982, pp. 17-19; «Das Übernationale und Überpositive in der Strafrechtswissenschaft», *Gedächtnisschrift für Zonk Uk Tjong*, Seibundo Verlag, Tokio, 1985, p. 108.

evitable. Así, puede imponer perfectamente la pena del delito imprudente<sup>25</sup>.

Lo mismo ocurre, en el fondo, con la distinción «antijuridicidad»/«culpabilidad», que ha cambiado con el tiempo, sin que ello le haya hecho perder su carácter básico. Que se discuta sobre los límites entre causas de justificación y de exculpación y sobre las consecuencias de la distinción es algo perfectamente normal en el mundo conceptual del Derecho: por un lado, porque si la realidad es más fértil que la imaginación del legislador, también lo será que la imaginación de los «dogmáticos», de modo que pocas cosas pueden decidirse exactamente de antemano. Claro está que ello no impide que un mejor —más diferenciado— instrumental analítico ayude considerablemente en la resolución de los casos, al proporcionar guías de decisión, pero de ahí a que pueda resolverlos directamente hay un abismo. Evidentemente, tampoco MATUS quiere que haya que construir una teoría jurídica para cada caso (además, si no me equivoco, el realismo legal necesitará de un conjunto de reglas sobre cuya aplicación, ámbito, etc., hará sus predicciones. Cuanto más se pueda simplificar la exposición de las mismas, supongo que más fácil será tener en cuenta el resto de factores). Por otro lado, porque, como vemos, hay pocas «consecuencias necesarias», dado que los propios conceptos básicos evolucionan. Sin embargo, no creo que haya inconveniente alguno en intentar construir una teoría que pueda ir más allá de un ordenamiento concreto y, al mismo tiempo, que sirva como base para la resolución de casos particulares.

En definitiva, sobre lo que tiene que existir acuerdo es sobre los puntos de partida que nos sirvan para construir la sistemática, pues la teoría del delito lo único que debe hacer es reflejarlos convenientemente —la sistemática es un medio, no un fin en sí mismo—. No voy a negar que la *Strafrechtswissenschaft* ha incurrido en exageraciones, pero si vemos las líneas de desarrollo del *Common Law* parece que se produce un acercamiento material, en cuanto las exposiciones doctrinales se acercan a planteamientos tripartitos. En definitiva, si entiendo correctamente la discusión, la misma discurre en dos planos distintos: un plano material, que afectaría a los núcleos valorativos del delito (injusto, culpabilidad, y, en mi opinión, también la punibilidad), y un plano sistemático: *offence/defenses* frente a la tipicidad, antijuridicidad y culpabilidad (y punibilidad). Si el acuerdo existe en

---

<sup>25</sup> WELZEL, «Vom Bleibenden und vom Vergänglichlichen in der Strafrechtswissenschaft», en *Abhandlungen zum Strafrecht und zur Rechtsphilosophie*, Walter de Gruyter, Berlin, New York, 1975, pp. 361-362. MATUS ejemplifica de la mano de ROXIN, lo que, sin embargo, resulta irrelevante a efectos expositivos.

el plano material —al menos en una forma básica—, el reflejo sistemático plantea muchos menos problemas de lo que parece, especialmente si no se piensa que la «localización sistemática» resuelve, sin más, el problema. Personalmente creo que es preferible un sistema al estilo de la *Strafrechtswissenschaft*, porque es más diferenciado y, precisamente, permite por ello una resolución más correcta de los supuestos —*qui bene distinguit, bene iudicat*—. Ello no quiere decir, por supuesto, que el sistema solo nos de las soluciones. Podemos argumentarlo con el ejemplo de la tabla de Carneades: la sistemática alemana no lleva forzosamente a que el caso sea una causa de exculpación y, además, sí permite resolver los supuestos en que la «lucha» —que tampoco tiene siempre por qué ser tal, pues no necesariamente tiene que ser la fuerza la que lleve a uno a conseguir la tabla, dado que puede ocurrir que, por suerte para él, esté más cerca, de modo que la alcanza sin más— tiene lugar antes de que alguno alcance la tabla. Si aceptamos que estamos ante una causa de exculpación, el Derecho no quiere que uno agrede al otro, porque parte del principio de que cada uno corre con los peligros que le amenazan. Por ello ofrece razones morales a los sujetos para que no se agredan entre sí (la conducta es antijurídica), pero elimina las razones prudenciales (la amenaza de pena), pues podemos distinguir entre el hecho desvalorado y la responsabilidad del autor por el mismo. Esto es, no toda conducta antijurídica conlleva, sin más, la imposición de una pena. Tampoco un planteamiento utilitarista nos lleva más allá, especialmente si no se determinan los criterios por los que la vida de uno sea más valiosa socialmente que la de otro. Creo que puede decirse perfectamente que la vida de quien ya se ha aferrado a la tabla es más valiosa porque el sujeto tiene más posibilidades de salvación —lo que la comunidad tendría en cuenta— o que es mejor que se salve el más fuerte, pues demostraría que tiene mayor «capacidad vital», mayor aptitud para vivir, de modo que la comunidad debe valorar más su vida. ¿Es esta última solución realmente liberal y democrática? Si tenemos en cuenta el contexto en el que MAURACH la esgrimió, difícilmente podemos afirmararlo<sup>26</sup>.

El problema estaría en todo caso en los supuestos en que o se salva alguien o perecen todos. Aquí sí es indudable que es mejor que se salve uno a que no se salve nadie. El conflicto no es «vida/vida», sino «una vida/ninguna vida». Mantener el esquema de resolución anterior llevaría a que el derecho desease la muerte de todos para mantener un principio de organización social. ¿Es ello necesario? En mi opi-

---

<sup>26</sup> Véase MAURACH, *Kritik der Notstandslehre*, Carl Heymanns Verlag, Berlin, 1935, pp. 94, 97, 101-102.

nión, no. Que la especialidad del supuesto pudiese llevar a considerarlo justificado, en lugar de exculpado —como podría pensarse por su aparente similitud con los casos habituales— es perfectamente posible. Pese a que tampoco sea una cuestión pacífica, una acción justificada no es necesariamente una acción valorada positivamente por el Derecho, sino, simplemente, no desaprobada por el mismo. Tampoco creo que el «sacrificio» de los principios —podría decirse que autorizar en estos casos la muerte de los demás para la propia salvación supone instrumentalizarlos y, por tanto, vulnerar gravemente la dignidad humana— sea tan excesivo. Si la dignidad es algo que se predica del ser humano, de la vida humana, hay que tener en cuenta que la supervivencia de uno frente al sacrificio con todos, también es digna. Y ello debe tenerse en cuenta.

Para concluir: ni una sistemática bipartita, ni una tripartita ponen límites a un derecho autoritario, pues, como bien señalaba GIMBERNAT, «la dogmática es una ciencia neutra. Lo mismo interpreta leyes progresistas que reaccionarias»<sup>27</sup>. Es el uso de ella el que no lo es. Y eso depende de cada penalista, no de la sistemática. Tampoco, por lo demás, de que se considere la dogmática una *ciencia* o una técnica (perspectiva que, además, cuenta con mis simpatías).

En definitiva, pese a los desacuerdos (o quizá por ellos), me alegro de haber leído el excelente libro de Jean Pierre MATUS. Es más, creo que es un libro que merece la pena leer. Y ello recomiendo.

MARIANO MELENDO PARDOS  
Prof. Titular de Derecho Penal  
UNED.

---

<sup>27</sup> GIMBERNAT ORDEIG, «¿Tiene un futuro la dogmática jurídicopenal?», *Estudios*, p. 160.