

**Recensión: Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft (ZStW), Tomo 119 (2007), fascículos 1 y 2.**

Jean Pierre Matus Acuña

Dr. en Derecho, Profesor Asociado y Director del Centro de Estudios de Derecho Penal de la Universidad de Talca

[director@dpenal.cl](mailto:director@dpenal.cl)

El fascículo 1 contiene como primer texto la presentación del Programa de Investigación propuesto por el nuevo Director del Instituto Max-Planck de Derecho Penal Extranjero e Internacional, Ulrich Sieber, titulado *Límites del Derecho Penal* (p. 1-68), según el cual las principales cuestiones que en dicho instituto se abordarán serán: a) el análisis de los cambios reales en la delincuencia y las condiciones de seguridad producidas por la globalización, los progresos técnicos (especialmente informáticos) y el nuevo marco de relaciones económicas; b) el análisis y apreciación crítica de los correspondientes cambios normativos en el derecho penal y la praxis judicial, y c) el desarrollo de respuestas a las actuales y futuras preguntas de política criminal que dichos cambios suponen. A continuación, Henning Radtke se pregunta sobre *Las relaciones entre la ciencia jurídico penal y la jurisprudencia*, pero a pesar del sugestivo título que utiliza ("*¿Relaciones recíprocas rotas?*", p. 69-92), ofrece un panorama más que positivo de las relaciones entre la dogmática penal alemana y las sentencias de su Corte Suprema, minimizando las diferencias "inevitables" de objeto y resultados, y destacando, en cambio, la mutua influencia de ambas con el ejemplo de la recepción por parte de la Corte Suprema alemana del concepto de autoría mediata de Roxin en casos de "aparatos organizados de poder" para castigar a los miembros del Consejo Nacional de Defensa de la ex-DDR, y su extensión o "desarrollo" –más allá de lo que la teoría proponía- a la criminalidad empresarial, reemplazando el requisito de la "fungibilidad" del autor inmediato –"inadecuado" en este ámbito- por el de la "explotación de procesos regulares" por parte del autor mediato, esto es, la "necesaria disposición del autor inmediato para la realización del hecho punible", dada la relación laboral de subordinación existente (p. 91s.).

Finalmente, Jochen Bung expone bajo el título *Nietzsche y la pena* (p. 120-136), las tesis de este filósofo sobre el origen de la pena y la culpa, su crítica a las teorías clásicas de la pena, su decidido abolicionismo y la forma cómo imagina una sociedad libre del derecho penal, con "la esperanza" de que la dogmática penal tome conciencia de que "el Topos 'la pena debe ser' no pertenece a los axiomas de su sistema de creencias" (p. 122). En efecto, la visión de Nietzsche, que el Bung recoge principalmente de su *Genealogía de la moral*,<sup>1</sup> resulta muy diferente a la del *idealismo filosófico alemán* que

---

<sup>1</sup> Una muy buena traducción de A. Sánchez Pascual (Madrid: Alianza, 1980) se encuentra en Internet en [http://www.pensament.com/filoxarxa/filoxarxa/pdf/Nietzsche.%20Friedrich%20-%20Genealogia%20de%20la%20moral%20\(completo\).pdf](http://www.pensament.com/filoxarxa/filoxarxa/pdf/Nietzsche.%20Friedrich%20-%20Genealogia%20de%20la%20moral%20(completo).pdf) [visitado el 26.12.2007], y es la que aquí se utiliza para la traducción de los pasajes que cita Bung.

parece predominar en la dogmática alemana actual, reencantada con Hegel<sup>2</sup> y Kant,<sup>3</sup> a pesar de los esfuerzos ya antiguos y aislados de Klug por despedirse de ellos, destacando las falacias lógicas que existirían en sus argumentaciones básicas.<sup>4</sup> En efecto, según Nietzsche, la pena como sufrimiento se origina en la necesidad "de criar animales" capaces de mantener las promesas básicas para participar en la vida social, sin dejarse llevar por la fuerza de la "capacidad de olvido" que los libera de toda atadura con el pasado y los demás. Para ello se recurriría a la "mnemotécnica" más antigua conocida: "«Para que algo permanezca en la memoria se lo graba a fuego; sólo lo que no cesa de *doler* permanece en la memoria»" ... Cuando el hombre consideró necesario hacerse una memoria, tal cosa no se realizó jamás sin sangre, martirios, sacrificios; los sacrificios y empeños más espantosos (entre ellos, los sacrificios de los primogénitos), las mutilaciones más repugnantes (por ejemplo, las castraciones), las más crueles formas rituales de todos los cultos religiosos (y todas las religiones son, en su último fondo, sistemas de crueldades)– todo esto tiene su origen en aquel instinto que supo adivinar en el dolor el más poderoso medio auxiliar de la mnemónica" (p. 123). El origen de la pena no es así otro que la necesidad del disciplinamiento del hombre, y al grado de indisciplina o falta de "memoria" se correspondería el de su crueldad: "Cuanto peor ha estado «de memoria» la humanidad, tanto más horroroso es siempre el aspecto que ofrecen sus usos; en particular la dureza de las leyes penales nos revela cuánto esfuerzo le costaba a la humanidad lograr la victoria contra la capacidad de olvido" (p. 124). Por otra parte, la idea de la "culpa" penal, que en alemán se escribe con la misma palabra que "deuda" civil (*Schuld*), no tendría su origen en la libertad o en el reproche por actuar de otra manera, sino precisamente en la antigua forma de pagar las deudas

---

<sup>2</sup> Ver, por ejemplo (y por no citar siempre a Jakobs), LESCH, Heiko H. *Der Verbrechensbegriff. Grundlinien einer funktionalen Revision*. Köln: Heymanns, 1999. 312 p., especialmente p. 173: Una revisión normativo-funcional del concepto del delito, orientada a la culpabilidad del hecho, no puede tener éxito basándose en Feuerbach y v. List, sino sólo en Hegel".

<sup>3</sup> Así, KÖHLER, Michael. *Strafrecht. Allgemeiner Teil*. Berlin: Springer, 1997. 713 p. Una recesión de la obra, donde se la designa como uno de los tratados modernos más importantes del derecho penal alemán", destacándose su carácter kantiano y las consecuentes disputas con el funcionalismo hegeliano de Jakobs, véase BROND, Leonardo Germán. „Michael Köhler, *Strafrecht. Allgemeiner Teil*, Springer, Berlín, 1997". *Revista General de Derecho Penal*. n° 8 (2007). Disponible en Internet bajo suscripción en [http://www.iustel.com/v2/revistas/detalle\\_revista.asp?id\\_noticia=401167&popup=](http://www.iustel.com/v2/revistas/detalle_revista.asp?id_noticia=401167&popup=) [visitado el 5.12.2006].

<sup>4</sup> KLUG, Ulrich. "Abschied von Kant und Hegel". En: BAUMANN, Jürgen. *Programm für ein neues Strafgesetzbuch. Der alternativ-Entwurf der Strafrechtslehrer*. Frankfurt a. M.: Fischer, 1968, 160 p., p. 36-41. En este breve escrito, demuestra Klug las debilidades argumentativas de las teorías absolutas de la pena de Kant y Hegel, las cuales "no son probadas, sino simplemente proclamadas", esto es, ellas no se constituyen como un "conocimiento" ("*Erkenntnis*"), sino como una "declamación" o "artículo de fe" ("*Bekentnis*"): En el caso de Kant, no existiría un argumento para negar la "justicia" de una pena útil en vez de una puramente retributiva, y "el imperativo categórico <<condúcese según una máxima, que pueda valer como una ley general>> (>Metaphysik der Sitten<, Einleitung IV) deja fácilmente reconocerse como vacío, pues la pregunta, a qué clase de ley general debiera referirse, permanece abierta. El imperativo categórico podría valer, en todo caso, incluso en una pandilla de Gangsters. De un principio vacío, del cual no se puede extraer ningún contenido, no se puede deducir el principio de retribución" (p. 39). Y respecto del pensamiento de Hegel, el argumento de que la pena es la negación del delito ("la violencia [del delito] es anulada por la violencia [de la pena]") puede calificarse, según Klug, de "pseudo-lógico", pues en ningún modo resulta lógicamente obligatorio, ya que bien puede decirse lógicamente que la "violencia es aumentada por la violancia", o que "la violencia es anulada por la no-violencia", al mismo tiempo que la frase que afirma que la pena es "<<la negación de la negación>>" del Derecho por el delito no sería más que "una metáfora y, más encima, confusa", esto es, sólo "una estructura del habla y no de los hechos objetivos" (p. 40).

con el sufrimiento propio: "Durante el más largo tiempo de la historia humana se impusieron penas *no porque* al malhechor se le hiciese responsable de su acción [...] sino [...] por cólera de un perjuicio sufrido, la cual se desfoga sobre el causante -pero esa cólera es mantenida dentro de unos límites y modificada por la idea de que todo perjuicio tiene en alguna parte su *equivalente* y puede ser realmente compensado, aunque sea con un *dolor* del causante del perjuicio" (p. 124). La clave del origen de la pena como sufrimiento estaría, entonces, no en una "justa retribución" al deudor, sino en compensar al acreedor el daño sufrido proporcionándole un pago alternativo: el placer de hacer sufrir al otro, de someterlo a su voluntad como a un inferior (p. 125); de este modo, según Bung, "si el concepto de culpa se remite a la introyección de los instintos y de los impulsos sádicos tribales, bajando de la altura del reino de la Libertad a la simpleza de las necesidades mercantiles, la pena pierde su fundamento metafísico y su especial dignidad o evidencia normativa" (p. 127). En cuanto a la finalidad de las penas, Nietzsche se presenta como un decidido antikantiano (p. 128) y comienza por afirmar que los moralistas tradicionales suelen confundir, "por desgracia", la finalidad de la pena con su origen, "dos problemas que son distintos": "De modo ingenuo, como siempre", "descubren en la pena una «finalidad» cualquiera, por ejemplo, la venganza o la intimidación, después colocan despreocupadamente esa finalidad al comienzo, como *causa fiendi* [causa productiva] de la pena y ya han acabado" (p. 129), en circunstancias que hoy en día no sería posible "decir, exactamente, por qué se pena", pues con el avance de la historia se han ido añadiendo y superponiendo a ese procedimiento innumerables sentidos, mencionado entre ellos: la "neutralización de la peligrosidad"; el "pago del daño al damnificado en alguna forma"; el "aislamiento de una perturbación del equilibrio, para prevenir la propagación de la perturbación"; la "inspiración de temor respecto a quienes determinan y ejecutan la pena"; "una especie de compensación por las ventajas disfrutadas hasta aquel momento por el infractor (por ejemplo, utilizándolo como esclavo para las minas)"; la "segregación de un elemento que se halla en trance de degenerar"; su utilización como "fiesta, es decir, como violentación y burla de un enemigo finalmente abatido"; "como medio de hacer memoria, bien a quien sufre la pena -la llamada «corrección»-, bien a los testigos de la ejecución"; "como pago de un honorario, estipulado por el poder que protege al infractor contra los excesos de la venganza"; o "como compromiso con el estado natural de la venganza"; una "declaración de guerra y medida de guerra contra un enemigo de la paz, de la ley, del orden, de la autoridad, al que, por considerársele peligroso para la comunidad, violador de los pactos que afectan a los presupuestos de la misma, por considerársele un rebelde, traidor y perturbador de la paz, se le combate con los medios que proporciona precisamente la guerra" (p. 129). Lo único que Nietzsche considera imposible de obtener con la pena es producir en el condenado "un sentimiento de culpa" por el hecho cometido, lo cual se encontraría totalmente desmentido por la práctica (p. 130). Finalmente, Bung da cuenta del pensamiento abolicionista de Nietzsche, el cual no sería partidario -como al parecer se habría antes sostenido- de la "patologización del delito" y su tratamiento como "enfermedad" mediante castraciones y eutanasia (p. 134); sino más bien, un promotor de la "reparación" y la "resocialización" como medios para "sacar del mundo los conceptos de culpa y pena" (p. 135).

El Fascículo 2 contiene bajo el título "*Un debate público como origen del 'Programa de Marburgo'*" (p. 195-213) un trabajo de Adrian Schmidt-Recla y Holger Steinberg, que pretende reconstruir las discusiones habidas en Alemania entre juristas, penitenciarias y

siquiatras, previas a la famosa obra de Listz, y que, según los autores, demuestran que éste no fue ni el iniciador del debate, ni el primero que se mostró contrario a las dominantes teorías de la retribución, y ni siquiera el primero en reflexionar acerca de la prevención especial (p. 195); lamentablemente, como suele ser demasiado habitual en la literatura alemana, los autores de este trabajo sólo dan cuenta de otros trabajos previos al de Listz dados a la luz en Alemania (citando a Mittelstädts, Kraepelins, Sontags y Sicharts) olvidando mencionar el contemporáneo, sino anterior, debate sobre el positivismo penal en la Italia de Lombroso y Garófalo. A continuación, Grisch Merkel entrega un trabajo sobre "*La punibilidad de los comportamientos automáticos*" (p. 214-249), destacando que ello no está del todo decidido en la dogmática alemana, pues tales automatismos, como los actos reflejos, parecieran en principio no ser compatibles con el concepto de "acción" dominante al faltar la decisión o voluntad de actuar, a pesar de lo cual la jurisprudencia alemana, en casos como el del "pequeño animal" que se cruza intempestivamente en la carretera o el de "la mosca" que se posa en el ojo del desprevenido conductor, los ha calificado consistetemente como hechos punibles diferentes de los actos reflejos (impunes), con el argumento de que es posible un control de los mismos por la conciencia, aún cuando el tiempo de reacción sea breve. Al respecto, Grisch Merkel ofrece un concepto de conducta punible como "comportamiento aprendible" (p. 247), que afirma es el que corresponde a una teoría como la de Jakobs, donde la pena es una finalidad en sí misma, desvinculada de procesos psicológicos, que le permite ofrecer soluciones diferenciadas (hacer punibles sólo los actos automáticos aprendibles e impunes los que no pueden aprenderse) a casos que el propio Jakobs resolvería, según Merkel, de manera indiferenciada (impunidad general por falta de decisión contra la norma). El Fascículo 2 contiene otro artículo donde se puede apreciar la influencia actual del funcionalismo a partir de la obra de Jakobs (aunque con resultados no siempre coincidentes con las propuestas de éste, pero siempre en base a la idea de que la pena constituye una finalidad en sí misma: comunicar el rechazo del sistema jurídico a la defraudación normativa que constituiría el delito, y de ese modo, reafirmar la vigencia de la norma) no sólo en Alemania sino también en España: la contribución de Carlos Gómez-Jara Díez titulada "*Fundamentos del concepto constructivista de culpabilidad de la empresa*" (p. 290-333), que sintetiza en idioma germano su reciente tesis doctoral (Carlos Gómez-Jara. *La culpabilidad penal de la empresa*. Madrid: Marcial Pons, 2005. 365 p.), donde desarrolla su propio concepto "constructivista" de persona que considera a las empresas como "sistemas autopoieticos" funcionalmente equivalentes a los "sistemas autopoieticos" que constituirían las personas individuales y, por tanto, a unas y otras capaces de defraudar las expectativas normativas del "sistema jurídico-penal".<sup>5</sup> En cambio, siguiendo la tradición de la teoría del Bien Jurídico como límite del alcance del Derecho penal, Walter Kargl rechaza la interpretación mayoritaria en Alemania de "*El significado de la cláusula de equivalencia en la estafa a través del silencio*" (p. 250-289), sosteniendo que en ese análisis se debe abordar, en primer lugar, la determinación del contenido de injusto del § 263 StGB (estafa) y sólo después, la interpretación material del § 13 StGB (cláusula de equivalencia), lo que lo lleva a concluir que debe tenerse "por correcta", "la opinión minoritaria de que la estafa no podría cometerse por omisión", dado que la

---

<sup>5</sup> Una excelente recensión crítica del texto original puede verse en PASTOR, Nuria. "¿Organizaciones culpables?. Recensión a Carlos Gómez-Jara, La culpabilidad penal de la empresa, Marcial Pons, Madrid, 2005, 365 págs." *In Dret.* N° 2 (2006), 340, p. 1-16. En: [http://www.indret.com/pdf/340\\_es.pdf](http://www.indret.com/pdf/340_es.pdf) [visitado el 26.12.2007]:

MATUS, Jean Pierre. "Recensión: Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft (ZStW), Tomo 119 (2007), fascículos 1 y 2." *Polit. Crim.* n°4, 2007. R3, p. 1-5.  
[<http://www.politicacriminal.cl>]

transformación del silencio en una declaración positiva difícilmente podría superar la prohibición constitucional de la analogía, lo que también se extendería a la llamada "estafa a través de actos concluyentes" (p. 287).