

La recepción de la dogmática penal alemana en España y Latinoamérica

Enrique Bacigalupo Zapater

Instituto Universitario de Investigación Ortega y Gasset

Abstract

El artículo analiza la recepción de la dogmática penal alemana, elaborada sustancialmente sobre el StGB 1871 y las bases metodológicas que han permitido explicar derechos no alemanes con las categorías dogmáticas elaboradas para el derecho alemán. Estas categorías fueron introducidas en España e Iberoamérica con la traducción del Lehrbuch de Franz v. Liszt por Luis Jiménez de Asúa y Quintiliano Saldaña en 1917 y desarrolladas posteriormente en La Teoría Jurídica del Delito por Jiménez de Asúa en 1931. Desde entonces la ciencia jurídico-penal hispanoparlante se ha impuesto con tal fuerza que los cambios políticos y legislativos no han llegado a afectar la estructura del sistema de la teoría del delito. Asimismo, este sistema dogmático se ha difundido en los países de habla hispana y portuguesa de Iberoamérica. En el artículo se intenta explicar como ha sido posible esta recepción.¹

Der vorliegende Beitrag erörtert die Rezeption der deutschen Dogmatik, die wesentlich auf der Basis des StGB 1871 bearbeitet wurde, sowie die methodologischen Grundlagen, die die Erklärung von nicht deutschen Rechtsordnungen mit Hilfe der für das deutsche Recht formulierten dogmatischen Kategorien ermöglicht. Letztere Kategorien wurden durch die Übersetzung 1917 des Lehrbuchs von Franz v. Liszt durch Luis Jiménez de Asúa und Quintiliano Saldaña eingefügt und 1931 in La Teoría del delito von Jiménez de Asúa weiter entwickelt. Seit diesem Zeitpunkt hat sich die spanischsprachigen Strafrechtslehre sich so intensiv durchgesetzt, dass die politischen und gesetzlichen Änderungen die Struktur der Straftatlehre nicht betroffen haben. Gleichzeitig hat sich dieses dogmatisches System in den spanisch- und portugiesischsprachigen Länder Iberoamerikas verbreitet. In der vorliegenden Arbeit soll erklären, wie diese Rezeption möglich gewesen ist.

The article analyzes both, the reception of the German Criminal Law foundations under the StGB (1871) and the methodological grounds used for explaining "non-German rights" with "legal categories" elaborated for the German law. These categories were introduced in Spain and Latin America with the translation of Franz v. Liszt Lehrbuch (Textbook) by Luis Jiménez de Asúa and Quintiliano Saldaña (1917) and developed later in "The Legal Theory of Crime" by Jiménez de Asúa (1931). Since then, the Spanish-speaking legal-criminal science (and the structural system of the criminal law) has been consolidated without been undermined by political changes and legislative amendments. Likewise, this system has spread to the Spanish-speaking and Portuguese-speaking countries of Ibero-America. The article tries to explain how this reception was possible.

Titel: Die Rezeption der deutschen Dogmatik in die spanische Dogmatik.

Title: The reception of the German Criminal Law foundations in Spain and Latinamerica.

Keywords: German criminal law foundations, German legal-criminal science, Spanish legal-criminal science, Ibero-America, theory of crime.

Palabras clave: dogmatica penal alemana, ciencia jurídico-penal alemana, ciencia jurídico-penal española, Iberoamérica, teoría del delito.

Stichwörter: deutsche Strafrechtsdogmatik, deutsche Strafrechtswissenschaft, panische Strafrechtswissenschaft, Iberoamerika, Straftatlehre.

¹ Intervención en el Seminario *España-Alemania: cien años de trabajo conjunto en derecho penal*, organizado por el Goethe-Institut-Madrid y el Seminario de Derecho Penal del Instituto Universitario de Investigación Ortega y Gasset, 23/25 de octubre de 2018.

I

Hace ahora un siglo, en 1917, tuvo comienzo el movimiento intelectual de los juristas de habla hispana del derecho penal caracterizado por la recepción de los métodos de la dogmática penal alemana y del sistema de la teoría jurídica del delito, cuyas implicaciones teóricas y, sobre todo, prácticas, han sido muy importantes en nuestra vida jurídica.

Precisamente en ese año de 1917 apareció la versión castellana de la 18ª y 20ª edición del *Lehrbuch des Deutschen Strafrechts* (Derecho Penal Alemán) de FRANZ V. LISZT por LUIS JIMÉNEZ DE ASÚA, adicionadas con notas al derecho español de QUINTILIANO SALDAÑA. Esta obra de V. LISZT, cuya primera edición, con el título *Reichs-Strafrecht*, data de 1881, había tenido una enorme repercusión fuera de Alemania y, en sucesivas ediciones, ya había sido traducida al portugués en 1899, al griego moderno en 1900 y 1914, al serbio en 1902, al ruso en 1903, al japonés en el mismo año y al francés (con prólogo de EMILE GARÇON) en 1911 y 1913².

El conocimiento de la obra de V. LISZT abrió el camino, que permitió a JIMÉNEZ DE ASÚA, en 1931, a SEBASTIÁN SOLER en Argentina en 1940 y a JOSÉ ANTÓN ONECA en España en 1949, consolidar la interpretación y sistematización del derecho vigente en España y en Argentina, refiriéndolo a un modelo de pensamiento jurídico, recientemente caracterizado como “*German approach*”³. De esta manera el sistema conceptual de la teoría del delito alemana fue la base de una nueva sistematización del derecho penal de España y Argentina, que se extendió rápidamente por el resto de Latinoamérica.

La traducción del *Lehrbuch* de VON LISZT no fue la primera traducción al castellano de una obra jurídica alemana de derecho penal. En 1905 ya había aparecido la traducción realizada por PEDRO DORADO MONTERO del *Lehrbuch des Deutschen Strafrechts* de ADOLF MERKEL⁴. La obra de MERKEL, sin embargo, no tuvo una repercusión comparable a la de *v. Liszt*, de la que difería en cuestiones esenciales. Mientras V. LISZT representó a los partidarios de la concepción objetiva de la antijuricidad, que reducía todo lo subjetivo a la culpabilidad, MERKEL, por el contrario, adhirió a un concepto personal de lo ilícito que suponía que la infracción de los mandatos y prohibiciones sólo podía ser cometida por un imputable. Este punto de vista no tuvo ningún eco en la teoría española. Una concepción personal de lo injusto, como la propuesta en los años 50 y 60 del siglo XX por el finalismo, tampoco ha sido, hasta el momento, adecuadamente considerada⁵.

² Estos datos provienen de la 23ª edición, 1921, al cuidado de EB. SCHMIDT.

³ CHR. SCHÖNBERGER, *Der “German Approach”*, 2015. Sobre el desarrollo de la dogmática como ciencia jurídica ver también: CHR. BUMKE, *Rechtsdogmatik*, 2017.

⁴ MERKEL, *Derecho Penal (I y II)*, Madrid, La España Moderna, sin fecha ni indicación del título original de la obra traducida, que debe haber sido el *Lehrbuch des Deutschen Strafrechts*, de 1889.

⁵ Confr. BACIGALUPO, E, en Homenaje a SANTIAGO MIR PUIG, 2017, p. 447 ss. y en *Festschrift für Eser*, 2005, p. 61 ss. En la tradición dogmática española, sin embargo, LUIS SILVELA, *El derecho penal estudiado en principios y en la legislación vigente en España*, 1884, p. 115, podría acaso ser considerado partidario de una concepción subjetiva de la antijuricidad, dado que define el delito como la violación o quebrantamiento del derecho por actos de la libre voluntad o con conciencia, no sólo del acto, sino además de que es opuesto al derecho”. Pero en su texto no hay referencia a MERKEL. En su lección de 1931 JIMÉNEZ DE ASÚA no trató el problema de la antijuricidad objetiva y la subjetiva. En *La ley y el delito*, 1945, citado aquí según la 5ª edición de 1967, se pronunció claramente en favor de la

La cuestión de cómo fue metodológicamente posible esta recepción de la ciencia jurídico-penal alemana, cuyos representantes consideraban la expresión del derecho penal alemán, es una cuestión que hubiera merecido una especial atención. Sin embargo, no fue considerada nunca como problema. En 1983 propuse que “la recepción y el desarrollo las categorías de la dogmática jurídico-penal alemana en los países de habla hispana, merecería sin duda una investigación independiente”⁶. Este punto de vista no tuvo ninguna acogida.

Pero, lo cierto es que en 1916 JIMÉNEZ DE ASÚA caracterizaba al delito como “acto culpable, contrario a derecho, sancionado con una pena”, de acuerdo con la definición de V. LISZT en la primera edición de su *Reichs-Strafrecht* de 1881. Sorprende que la culpabilidad ocupe en esa definición el segundo lugar sistemático, antes que la antijuricidad. Pero, en verdad V. LISZT, que en la primera edición de su libro no se había apartado todavía de la teoría de las normas y aceptaba el concepto de delito de BINDING⁷, era poco claro al respecto, porque a continuación, luego de definir el delito como “acción amenazada con pena, culpable y contraria a la norma”⁸, al enumerar los caracteres del delito, trata la contrariedad a la norma como primer elemento del delito, previo a la culpabilidad⁹, lo que mantiene también en el desarrollo de la teoría del delito, situando a la acción, en primer término, como antijurídica (*Rechtswidrigkeit Handlung*) y luego como culpable. En sucesivas ediciones, al menos desde la 16ª de 1908¹⁰, LISZT abandona la teoría de las normas y el concepto de contrariedad a la norma (*Normwidrigkeit*), introduciendo el término “antijuricidad” (*Rechtswidrigkeit*).

II.

La traducción del Derecho Penal de V. LISZT no fue sorpresiva. En 1913 JIMÉNEZ DE ASÚA ya había publicado su tesis doctoral sobre “La sentencia indeterminada”, basada en ideas de política criminal de FRANZ V. LISZT y en 1916 el mismo JIMÉNEZ DE ASÚA ya había publicado una completa monografía sobre la unificación del derecho penal en Suiza¹¹, materia que había sido su objeto de estudio durante su estancia en Ginebra, bajo la dirección del Prof. ALFRED GAUTIER. Y, como se dijo, PEDRO DORADO MONTERO ya había traducido la obra de MERKEL. Desde las primeras páginas del prólogo de la obra de JIMÉNEZ DE ASÚA sobre el derecho suizo era manifiesta la finalidad reformista respecto del derecho penal español y la postulación de un modelo ortodoxamente inspirado en las ideas de V. LISZT y de la *Internationale Kriminalistische Vereinigung*, así como en los proyectos para Suiza de CARL STOOS, también inspirados en las ideas de V. LISZT.

antijuricidad objetiva y contra toda relación entre la antijuricidad y los elementos subjetivos que entendía pertenecientes a la culpabilidad: “nosotros defendemos -dice- el concepto objetivo de antijuricidad como pieza indispensable en el Derecho penal liberal” (p.280). Este punto de vista explica su inicial rechazo del concepto personal de la ilicitud del finalismo, morigerado considerablemente en la 3ª edición de su Tratado de Derecho Penal (prólogo), 1965.

⁶ Confr. BACIGALUPO, E, *Delito y Punibilidad*, 1983, p. 11.

⁷ BINDING, *Handbuch des Strafrechts*, 1885, p. 503.

⁸ p.64.

⁹ p. 65.

¹⁰ p. 115.

¹¹ Confr. JIMÉNEZ DE ASÚA, *La unificación del derecho penal en Suiza*, 1916.

Por otra parte, ya existía en España una clara influencia de la filosofía del derecho alemana, divulgada por JULIÁN SANZ DEL RÍO¹² y los autores krausistas. A su vez el correccionalismo, considerado como un movimiento de ideas penales claramente español era también, según JIMÉNEZ DE ASÚA, en sus comienzos, “importado de Alemania”¹³.

JIMÉNEZ DE ASÚA había propuesto, además, a propósito de la unificación del derecho penal en Suiza, una interpretación de la situación de la ciencia penal española de su tiempo: “*Nuestro Código de 1870, que nació envejecido, con un espíritu gastado ya -puesto que no es más que una reforma del de 1848- pide, no una capa de barniz, sino una sustitución completa. Los moldes antiguos deben abandonarse -sin que reclamemos el olvido de las tradiciones- para hacer una obra a la moderna, que pueda tenerse en pie durante largo tiempo*”¹⁴. Pero, pocas líneas después, contestando a quienes pedían “que las fuentes científicas y legislativas salgan de nosotros”, afirmaba: “*Discútese aún si en España ha habido Filosofía; lo que sí puede afirmarse es que nunca ha existido una escuela penal con verdaderos trazos definidos, con positiva influencia en la marcha del saber mundial. ¿Cómo pues inspirarnos en lo que no existe?*”¹⁵

Sin embargo, en 1917 existía en el derecho español una teoría de la imputación, cuya estructura conceptual no era lejana de la de los predecesores de VON LISZT. En el citado “Derecho Penal estudiado en principios en la Legislación vigente en España” de LUIS SILVELA, publicado en 1884, el delito era caracterizado como “una violación del derecho”, que tiene lugar “por actos de la libre voluntad” y con “conciencia de que es el derecho lo que se infringe”¹⁶. Y concluía: “La palabra culpabilidad representa lo que en una acción libremente ejecutada hay de opuesto, de contrario a la ley que debe regirla”¹⁷.

Lo que no existía en España en 1917 era una producción científica ni una discusión sobre esta concepción de la teoría de la imputación y de la teoría del delito y su método como la que tenía lugar en Alemania desde las últimas décadas del siglo XIX, en las que los problemas metodológicos tenían una especial relevancia¹⁸.

La obra que, a mi juicio, resume el estado del pensamiento dogmático español a principios del siglo XX es la ya citada de LUIS SILVELA¹⁹. En general la concepción del delito de SILVELA respondía a una teoría de la imputación basada en la “perturbación o violación del derecho” proveniente de la voluntad libre de un sujeto. Este punto de vista no difiere sustancialmente de la

¹² Confr. BACIGALUPO, E., *Die Verbindungen zwischen deutschen und spanischen Recht*, en IWRZ, 2016, p. 186 ss.; TERESA RODRÍGUEZ DE LECEA, *Antropología y Filosofía de la Historia de Julián Sanz del Río*, 1991.

¹³ *Tratado de Derecho Penal*, t. II, 4ª edición, N.º 544 y 560/568.

¹⁴ JIMÉNEZ DE ASÚA, *La unificación del derecho penal en Suiza*, 1916, p. 17 ss.

¹⁵ JIMÉNEZ DE ASÚA, *La unificación del derecho penal en Suiza*, 1916, p. 17 ss. En 1922, a propósito del Proyecto italiano de 1921, JIMÉNEZ DE ASÚA mantenía su escepticismo. Ver: JIMÉNEZ DE ASÚA, *Estudio crítico del Proyecto de Código Penal Italiano de 1921*, p. 146 y ste., donde dice: “Un modelo admirable nos viene de Italia; pero de ese amasijo informe que se designa con el pomposo título de <Comisión General de Codificación>, sería ingenuo esperar una labor científica. Los organismos oficiales se forman en España mediante una cuidadosa y meditada selección al revés”.

¹⁶ SILVELA, *El Derecho Penal estudiado en principios y en la Legislación vigente en España*, 1884, p. 116 ss.

¹⁷ SILVELA, *El Derecho Penal estudiado en principios y en la Legislación vigente en España*, 1884, p. 248.

¹⁸ Confr. F. v. LISZT, *Rechtsgut und handlungsbegriff im Bindingschen Handbuche – Ein kritischer Beitrag zur juristischen Methodenlehre, in Strafrechtliche Vorträge und Aufsätze*, I, 1905, p. 212 ss. (también en ZStW VI, 1886, p. 663 ss.); RADBRUCH, G., *Der Handlungsbegriff in seiner Bedeutung für das Strafrechtssystem*, 1904.

¹⁹ SILVELA, *El Derecho Penal estudiado en principios y en la Legislación vigente en España*, 1884.

teoría alemana que precedió a la elaboración dogmática de v. LISZT. También en 1843 BERNER en Alemania partía de la voluntad libre y de la capacidad de imputación como “*presupuesto subjetivo de la teoría de la imputación*”²⁰, porque “*sólo el hombre puede cometer un delito*”²¹, dado que “*sólo el hombre disfruta del alto honor de apartarse de la necesidad, también de poder ser delincuente, - sólo el hombre es libre*”²².

Lo que tampoco existía todavía era una teoría del delito principalmente orientada a la aplicación del derecho, como la propuesta por v. LISZT.

En este sentido es posible sostener que la introducción del pensamiento de v. LISZT en 1917 fue el presupuesto de una *revolución científica*, tal como las revoluciones científicas son entendidas por THOMAS S. KUHN²³, porque implicó un cambio del paradigma científico de la ciencia jurídico-penal. En ese momento la dogmática española comenzó el tránsito de la exposición de los principios filosóficos del derecho penal, como la de SILVELA, hacia un sistema orientado básicamente a la aplicación del derecho.

Esta revolución estuvo acompañada, además, de una *renovación del lenguaje dogmático de la teoría del delito y de la pedagogía jurídica*. La teoría jurídica del delito elaborada por JIMÉNEZ DE ASÚA en 1931 introdujo nuevas categorías dogmáticas y con ello una nueva terminología. Por otra parte, la enseñanza del derecho penal se orientó, como se dijo, a la aplicación del derecho a los hechos basada en un sistema dogmático. JIMÉNEZ DE ASÚA publicó el primer libro de casos de derecho penal en 1929²⁴, que documenta una importante renovación de la enseñanza del derecho penal.

III.

La vinculación con el pensamiento jurídico-penal alemán se desarrolló luego con las traducciones del *Lehrbuch* de EDMUND MEZGER por J. A. RODRÍGUEZ MUÑOZ y A. QUINTANO RIPOLLÉS en 1957, con notas al derecho español del primero, completadas por QUINTANO RIPOLLÉS, del *Deutsches Strafrecht* de HANS WELZEL por C. FONTÁN BALESTRA en 1954 y por JUAN BUSTOS y SERGIO YAÑEZ en 1976, del *Deutsches Strafrecht* de REINHART MAURACH, por J. CÓRDOBA RODA, con notas al derecho español del mismo, en 1962, la de *Das neue Bild des Strafrechtssystems* de HANS WELZEL, por JOSÉ CEREZO MIR en 1964, la del *Lehrbuch des Strafrechts* de H.-H. JESCHECK, por F. MUÑOZ CONDE y S. MIR PUIG en 1981, con notas de ambos al derecho español²⁵ y el *Strafrecht* de G. JAKOBS, por JOAQUÍN CUELLO CONTRERAS y SERRANO GONZÁLEZ MURILLO en 1995. JAMES GOLDSCHMIDT pasó parte de su exilio en Madrid, donde sostuvo conferencias que fueron

²⁰ BERNER, *Grundlinien der criminalistischen Imputationslehre*, 1843, p. 1.

²¹ BERNER, *Grundlinien der criminalistischen Imputationslehre*, 1843, p. 1.

²² BERNER, *Grundlinien der criminalistischen Imputationslehre*, 1843, p. 1 ss. De todos modos, es claro que SILVELA no llegó a elaborar una teoría de la acción en el sentido de la teoría de la imputación, en la que “*la imputación es un juicio; el concepto que la fundamenta es el de acción*” (BERNER, *Grundlinien der criminalistischen Imputationslehre*, 1843, p. 39).

²³ KUHN, *The Structure of Scientific Revolutions*. 1962.

²⁴ JIMÉNEZ DE ASÚA/CARDO Y CRESPO/RODRÍGUEZ MUÑOZ, *Casos de Derecho Penal para uso de los estudiantes*, 1929.

²⁵ Hay también una segunda traducción de JOSÉ LUIS MANZANARES SAMANIEGO en 1993.

publicadas en Metodología jurídica, 1935 y Problemas jurídicos y políticos del proceso penal, también en 1935²⁶.

Estos libros muestran de una manera bastante fiel el desarrollo del núcleo del pensamiento jurídico-penal de la dogmática alemana del siglo XX y permitieron su divulgación entre los penalistas de habla hispana.

El presupuesto teórico del movimiento científico de la recepción de la dogmática alemana reside en la posibilidad de separar las categorías dogmáticas del derecho vigente, para cuya aplicación dichas categorías fueron creadas²⁷. Dicho con otras palabras: los conceptos de acción, tipicidad y culpabilidad, elaborados en Alemania respecto del Código Penal de 1871, tendrían vida propia y serían, en principio, aplicables a cualquiera de las normas penales de cualquier orden jurídico positivo que se apoye en los principios de legalidad y culpabilidad²⁸.

Una clara demostración de este fenómeno se encuentra en la propia historia dogmática alemana: el sistema dogmático de v. LISZT, BELING, MEZGER Y WELZEL, con sus diferencias, ha sobrevivido al reemplazo del Código de 1871 por la nueva redacción entrada en vigor el 1º de enero de 1975. Con otras palabras: *el mismo código ha sido entendido durante su vigencia con más de un sistema dogmático y el sistema dogmático ha permanecido cuando el código perdió su vigencia y fue reemplazado por otro*.

Precisamente ésta es la tesis implícita con la que JIMÉNEZ DE ASÚA orientó su obra y su magisterio, basado en la independencia del sistema dogmático de conceptos respecto del texto estricto de las leyes en las que se apoyó su elaboración. En el prólogo de la primera edición de La Ley y El Delito, de 1945, concebido por su autor como un curso de dogmática penal, decía JIMÉNEZ DE ASÚA que *“aunque toda obra de este linaje ha de apoyarse en un derecho vigente, y ésta se ha construido sobre el Código penal de Venezuela, lo cierto es que puede ser utilizada, acaso con provecho, en la Argentina o en cualquier otro país hispanoamericano, y hasta en España, si no le impiden la entrada los cancerberos totalitarios”*.

Sin embargo, esta cuestión no ha sido aún tematizada, no obstante que, en 1940, ya en la primera exposición sistemática de un derecho no alemán basada en el sistema alemán de la teoría jurídica del delito, SEBASTIÁN SOLER entreveía el problema cuando señalaba que *“la construcción dogmática no debe ser barrocammente confundida con apreciaciones extra-normativas, con opiniones personales o con teorías derogatorias de la ley”*²⁹. Al parecer el sistema dogmático de la teoría del delito no era considerado por SOLER extra-normativo, lo que no era obvio, ni mucho menos. Ni Soler ni, más tarde, JOSÉ ANTÓN ONECA se plantearon la recepción como problema. Antón Oneca dice en este sentido en el prólogo de su Derecho Penal (1949): *“En cuanto al método científico, se ha concedido consideración a la teoría alemana del delito, divulgada ya entre el*

²⁶ GOLDSCHMIDT señala en el Preámbulo de la Metodología que a sus cursos asistió puntualmente LUIS JIMÉNEZ DE ASÚA.

²⁷ Confr. BACIGALUPO, E, Estudio preliminar en: LUIS JIMÉNEZ DE ASÚA, *La teoría Jurídica del delito*, reedición facsimilar de la de 1931, 2005, p.XXXIII ss.

²⁸ Confr. BACIGALUPO, E, en Revista Penal nº 13 (Homenaje a Adela Reta), Montevideo 2002, p. 17 ss.; W. HASSEMER, *Einführung in die Grundlagen des Strafrechts*, 1981, p. 188 ss.

²⁹ SOLER, S, *Prólogo al Derecho Penal Argentino*, 1ª edición Buenos Aires, 1940.

público español por la traducción del MEZGER, pero no siempre de fácil adaptación a nuestro derecho y mentalidad”³⁰. También reconoce haber recurrido a elaboraciones dogmáticas italianas.

La advertencia de BINDING de que “casi ninguna otra ciencia es tan dependiente de la forma de su material como el derecho”³¹, no parece haber inquietado a los receptores o, probablemente, no fue considerada acertada y fue, *de hecho*, implícitamente rebatida por la propia práctica científica.

Al parecer, como dijimos, se daba por supuesto que la acción, la antijuricidad y la culpabilidad no eran considerados conceptos extra-normativos. Tanto que para justificar metodológicamente su adopción no fue necesario ningún esfuerzo dogmático, como si el sistema dogmático de la teoría del delito fuera deducible directamente de la ley penal. La distinción entre causas de justificación y de exclusión de la culpabilidad no fue nunca cuestionada, a pesar de que, tanto en el Código español, como en el argentino todas las causas que excluyen la pena aparecen agrupadas bajo una misma rúbrica: “circunstancias que eximen de responsabilidad criminal”. La distinción de unas causas que excluyen la antijuricidad y benefician a los partícipes, por un lado, y otras que no excluyen la antijuricidad y sólo benefician al autor o partícipe en quien concurren, por otro, no fue nunca puesta en duda. Sin embargo, desde el art.8º del Código de 1848 hasta el art. 20 del Código vigente, la ley penal no estableció ninguna distinción entre el fundamento y los efectos particulares de las causas que excluyen la responsabilidad criminal. La diferenciación constituye a partir de JIMÉNEZ DE ASÚA³² una premisa no discutida.

Resumiendo: la distinción entre antijuricidad y culpabilidad, hoy puesta en duda³³, se aceptó sin más y, evidentemente, funcionó y funciona, porque permite una interpretación y aplicación de la ley de conformidad con un sistema racional. La decisión fue acertada y, en principio, no la pongo en duda. Señalo simplemente que se trata de un par de conceptos en los que el legislador probablemente ni siquiera pensó, pero que estaban implícitos en su formulación del texto legal y que permiten una razonable aplicación de la ley.

El traslado de las categorías del delito desde un texto legal a otro no sólo es una cuestión de la recepción española de la dogmática alemana. Lo mismo ocurrió con el Código Penal alemán de 1871, sobre el que se elaboró la teoría del delito de VON LISZT. En el cuarto apartado de la primera parte (§§51 y stes.) se incluyen las “*causas que excluyen o atenúan la pena*”: inimputabilidad, coacción, defensa necesaria, estado de necesidad y sordomudez. El texto legal al referirse a cada una de ellas sólo dice que en tales casos “*no existe una acción punible*”. FRANZ V. LISZT, sin embargo, distinguió las excepciones de la norma, en el sentido de BINDING, como causas de justificación (defensa necesaria y estado de necesidad) respecto de las causas que excluyen la culpabilidad.

Es evidente que la aplicación a un caso de cualquier norma de cualquier orden jurídico, basado en los principios de legalidad y de culpabilidad, que prevea una pena para quien realice determinado comportamiento, necesita operar (a) con un concepto de acción y, en ciertos casos

³⁰ ANTÓN ONECA, *Derecho Penal*, 1949, 2ª edición, 1986, p. 13.

³¹ BINDING, *Handbuch des Strafrechts*, 1885, p. 15.

³² JIMÉNEZ DE ASÚA, L., *La teoría Jurídica del delito*, reedición facsimilar de la de 1931, 2005, p. 129 ss, p. 146 ss.

³³ Sin perjuicio de la revisión a la que está sometida; confr. PAWLIK, M., *Das Unrecht des Bürgers*, 2012, p.259 ss.

con la comprobación de las características de un autor especialmente cualificado, (b) con la comprobación de que tal conducta está prevista en una ley, que (c), para el caso, en las circunstancias concretas, no ha sido establecida ninguna excepción y (d) que el autor es personalmente reprochable.

Este procedimiento analítico y lógico no depende, en realidad, de un texto legal concreto. Esto se comprueba también en Alemania: el Código penal de 1974, que entró en vigor en 1975, no ejerció una influencia notable en el sistema de categorías dogmáticas generadas en la aplicación del código anterior.

Quien examine las publicaciones jurídico-penales españolas recientes comprobará, que, en la fase actual del desarrollo jurídico científico español, se han publicado obras de dogmática³⁴ sin duda relevantes, aunque, actualmente no existe el clima apasionado de discusión sobre el sistema dogmático de los años 60 y 70 del siglo pasado. Probablemente esta situación pueda ser explicada porque, en la medida en la que el sistema dogmático está estabilizado, los autores “causalistas” son actualmente claramente minoritarios y los ataques a los sistemas no-causalistas han reducido su virulencia, las investigaciones se han concentrado en problemas intrasistemáticos particulares, especialmente en el ámbito de la autoría y la participación, la omisión, el dolo y el error.

IV.

El método dogmático no ha sido puesto en duda, tampoco se propone un sistema dogmático alternativo³⁵. Pero, sin perjuicio de ello, hoy existe en la ciencia jurídico-penal española un especial interés por el *significado ideológico de los conceptos dogmáticos* receptados de la dogmática alemana y la ideología de sus autores³⁶. Esto se percibe tanto en las discusiones jurídico-penales en España, como en Latinoamérica. Incluso cuando el título de un trabajo permite esperar un estudio de alguna cuestión precisamente dogmática, como p. e. la atenuación de la pena para el partícipe no cualificado en un delito especial, es posible encontrar un análisis, sin duda importante y necesario desde el punto de vista histórico, pero cuyo objeto no es una crítica dogmática, poniendo en duda dicha atenuación de la pena. Se señala, por el contrario, la miserable utilización política de la atenuación de la pena del partícipe no cualificado en los delitos especiales, con el objeto de favorecer la prescripción de delitos de lesa humanidad del nacionalsocialismo durante el III Reich alemán³⁷.

La cuestión no es irrelevante y al respecto no es justo callar ni eludirla, pero no es claro de qué manera afectan al aspecto dogmático de la cuestión. Sobre la atenuación de la pena para el partícipe no cualificado existe actualmente un acuerdo muy generalizado y una muestra de ello

³⁴ Confr.: PEÑARANDA RAMOS, E. , *La participación en el delito y el principio de accesoriedad*, 1990; EL MISMO, *Concurso de leyes, error y participación en el delito*, 1991; MIGUEL DÍAZ Y G^a CONLLEDO, *La autoría en derecho penal*, 1992; SÁNCHEZ VERA, J, *Pflichtdelikt und Beteiligung*, 1999; CAROLINA BOLEA, *Autoría mediata en derecho penal*, 2000; BACIGALUPO, S, *Autoría y participación en los delitos de infracción de deber*, 2007; GÓMEZ MARTÍN, *Delitos especiales*, 2006; GÓMEZ RIVERO, *La inducción a cometer el delito*, 1995; HERNÁNDEZ PLASENCIA, J. U. , *La autoría mediata en Derecho Penal*, 1996; RAGUÉS I VALLÉS, R, *La ignorancia deliberada en Derecho penal*, 2007.

³⁵ Sobre estas cuestiones ver especialmente: SCHÜNEMANN, en ZIS 10/2016, p. 654 ss.

³⁶ Confr. MUÑOZ CONDE, F, *El derecho penal de la posguerra*, 2016.

³⁷ Confr. MUÑOZ CONDE, F, *El derecho penal de la posguerra*, 2016, p. 19 ss.

es que el art. 65.3 CP³⁸, que impone tal atenuación en el derecho español, no guarda ninguna relación con problemas de prescripción de determinados delitos, sino que recoge una tendencia de la jurisprudencia con plausibles fundamentos dogmáticos.

Esta situación es claramente explicable.

Desde hace un siglo, precisamente desde la citada publicación de la traducción del *Lehrbuch* de FRANZ V. LISZT, en 1917, de LUIS JIMÉNEZ DE ASÚA y QUINTILIANO SALDAÑA, la ciencia jurídico-penal española ha tomado parte activa en las discusiones dogmáticas y político-criminales alemanas del derecho penal. Especialmente el sistema conceptual de la parte general y los principios fundamentales de legalidad y culpabilidad, así como las cuestiones de política criminal, tienen en España y Latinoamérica desde entonces una referencia indudable con el estilo discursivo y con los métodos de la ciencia jurídica practicada en Alemania.

Es preciso tener en cuenta que la recepción de los métodos de la dogmática penal alemana no implicaba sólo la posibilidad de aplicar los conceptos dogmáticos elaborados sobre la base de unas leyes penales nacionales al código penal de otro Estado. También ha ido acompañada de una ampliación del ámbito científico de la ciencia jurídica más allá del territorio nacional. *Franz v. LISZT*, ADOLPH PRINS (Bélgica) y GERARD ANTON VAN HAMEL (Holanda) habían fundado en 1888 la *Internationale Kriminalistische Vereinigung*, conocida en francés como *Association Internationale de Droit Pénal*, que agrupó ya en sus comienzos a setenta y cinco de los más importantes penalistas europeos de la época³⁹. La recepción de la dogmática penal alemana venía unida, consecuentemente, al movimiento penal europeo de una época, en la que se llegó a soñar, incluso, con la posibilidad de la unificación, al menos, del derecho penal centro-europeo (Alemania y Austria-Hungría)⁴⁰.

De todos modos, es necesario aclarar que el movimiento internacionalista del derecho penal no tuvo, al menos en primera línea, el propósito de unificar conceptos dogmáticos; su interés principal era la renovación de la concepción de la pena y la adopción de la prevención especial, basada en conocimientos empíricos, como base de la reforma penal. Pero, las traducciones del *Lehrbuch* de VON LISZT a tantos idiomas ponen de manifiesto que también tiene que haber existido un interés especial por la dogmática.

Ocurre, sin embargo, que Alemania vivió entre los años 30 y hasta 1945 una de las dictaduras criminales más crueles de la historia, con persecuciones, represión arbitraria y, sobre todo, con un genocidio sistemáticamente organizado por el propio Estado mediante una administración burocratizada. Lamentablemente, no pocos juristas alemanes se han visto mezclados, de una u otra manera, con mayor o menor intensidad, con el régimen nacionalsocialista⁴¹. En el ámbito del

³⁸ Introducido por la LO 15/2003.

³⁹ Confr. RADZINOWICZ, *The roots of the International Association of Criminal Law and their Significance*, 1991, p. 1.

⁴⁰ Confr. LISZT, *Einheitliches mitteleuropäisches Strafrecht*, en ZStW 38 (1917), p. 1 ss.

⁴¹ Confr. CHR. SCHÖNBERGER, *Der "German Approach"*, 2015, p. 27, lo afirma respecto de los constitucionalistas, pero su juicio puede ser extendido a otras ramas del derecho. EDMUND MEZGER, -con, cuyo tratado de la parte general estudió derecho penal mi generación, mediante la citada traducción de RODRÍGUEZ MUÑOZ, con notas del propio RODRÍGUEZ MUÑOZ y de ANTONIO QUINTANO RIPOLLÉS- y el influyente JOHANNES NAGLER, tuvieron a su cargo el capítulo del Derecho Penal y Procesal Penal del *Nationalsozialistisches Handbuch für Recht und*

derecho penal, tal es el caso, entre otros, de EDMUND MEZGER, JOHANNES NAGLER⁴², FRIEDRICH SCHAFFSTEIN, GEORG DAHM⁴³ o ERIK WOLF⁴⁴. Hoy también se sabe que HANS WELZEL fue miembro del partido nacionalsocialista (NSDAP) desde 1937⁴⁵, aunque, en 1947, con posterioridad a la caída del régimen, fue absuelto en el proceso de desnazificación al que fue sometido y fue designado primer decano de la Facultad de Derecho de Göttingen inmediatamente después del fin de la guerra⁴⁶. También MEZGER Y SCHAFFSTEIN, volvieron a ocupar sus cátedras después de 1945, en Múnich y Gotinga, respectivamente, y fueron objeto de sendos libros de homenaje, en el momento de sus jubilaciones (1954 y 1975 respectivamente), en los que colaboraron los profesores de ese tiempo⁴⁷.

V.

En estas circunstancias es lícito preguntarse si la recepción de la dogmática del “German Approach” no implica también la recepción de una ideología totalitaria.

Lo verdaderamente curioso, en este sentido, es que los penalistas de mi generación, no sospechosos, en general, de tolerancias con las dictaduras, nos hemos formado teniendo como referencia la obra teórica de MEZGER, que conocimos inicialmente a través de la traducción de su *Lehrbuch*, con el título de Tratado de Derecho Penal, de JOSÉ ARTURO RODRÍGUEZ MUÑOZ, adicionada con sus notas al derecho español, completadas por ANTONIO QUINTANO RIPOLLÉS. La influencia del pensamiento dogmático de MEZGER, especialmente en lo concerniente a los llamados elementos subjetivos de lo injusto, y de WELZEL, desde los años 60 del siglo anterior, referida al sistema de la teoría del delito ha llegado hasta el punto que las obras españolas y latinoamericanas sobre la parte general del derecho penal se basaron especialmente en el sistema y en conceptos de estos penalistas alemanes. Desde JIMÉNEZ DE ASÚA, que siempre aclaró referirse al MEZGER de 1932, anterior a su desvío nacionalsocialista, hasta los penalistas españoles actuales, la influencia de V. LISZT, MEZGER, WELZEL, ROXIN O JAKOBS es notoria. Esto no debería llamar la atención, porque también en Alemania ocurre lo mismo: los sistemas dogmáticos de autores como JESCHECK, ROXIN, JAKOBS, KÖHLER O KÜHL, pese a sus diferencias metodológicas, constituyen desarrollos basados esencialmente en el pensamiento de V. LISZT, MEZGER Y

Gesetzgebung, dirigido por el Ministro HANS FRANK. Ambos y EDUARD KOHLRAUSCH, formaron parte de la Comisión Oficial de Reforma del Derecho penal, que bajo la dirección del ministro FRANZ GÜRTNER emitió en 1935 el informe sobre *Das kommende deutsche Strafrecht, Besonderer Teil* (El derecho penal que viene, parte especial).

⁴² Confr. *Die neue Rechtswissenschaft, en Der Gerichtssaal*, 111 (1938), p. 122 ss.

⁴³ SCHAFFSTEIN Y DAHM fueron probablemente los principales ideólogos de un derecho penal nacionalsocialista: confr. DAHM/SCHAFFSTEIN «Liberales oder Autoritäres Strafrecht?», 1933; SCHAFFSTEIN, *Politische Strafrechtswissenschaft*, 1934; EL MISMO, *Das Verbrechen als Pflichtverletzung*, 1935.

⁴⁴ Vom Wesen des Täters, 1932, Die Typen der Tatbestandmässigkeit, 1931. ERIK WOLF fue designado Decano de la facultad de Derecho de la Universidad de Freiburg, por el entonces Rector MARTIN HEIDEGGER, pero dimitió agotado por la resistencia de los profesores de la Facultad a adaptarse a las reformas que proponía, el 7 de diciembre de 1933.

⁴⁵ Confr. STICHT, O, *Sachlogik als Naturrecht?*, 2000, p.17 ss. LOOS, F, *ZStW* 114 (2002), p. 674 ss.

⁴⁶ Confr. LOOS, F, *ZStW* 114(2002), p. 674 ss. (675). Según me contó JAKOBS en Bonn, WELZEL había negado ante sus discípulos toda vinculación con el partido nazi, lo que provocó cierto malestar en algunos de ellos cuando se reveló que no había sido así.

⁴⁷ FESTSCHRIFT F., EDMUND MEZGER zum 70 Geburtstag, 1954; FESTSCHRIFT F., SCHAFFSTEIN zum 70 Geburtstag, 1975, con colaboraciones, entre otros, de ROXIN, ENGISCH, HONIG, GRÜNWALD, STRATENWERTH.

WELZEL⁴⁸. Todas ellas se basan un sistema que reconoce la distinción entre ilicitud y culpabilidad⁴⁹.

En España el pensamiento penal de los penalistas más o menos comprometidos con el régimen de *Franco* no tuvo las pretensiones teóricas e intelectuales que tuvieron en Alemania los penalistas comprometidos con el nacionalsocialismo, que intentaron crear un derecho penal adaptado al “nuevo” Estado. Para ello algunos penalistas alemanes se apoyaron en la reforma del Código Penal de 28 de junio de 1935, según la cual la ley penal debía ser aplicada de conformidad con el “sano sentimiento del pueblo”, es decir, en la práctica abolición del principio de legalidad, la legalización de la analogía y en el *Führerprinzip*, o, lo que es lo mismo, en el poder último del dictador y en la concepción de la ley “como plan y voluntad del Führer”⁵⁰. Según BAUMANN, miembro destacado del Partido Liberal, en cuya representación fue Senador en Berlín, “el daño causado al derecho penal por la reforma de 1935 fue más de naturaleza teórica que práctica”⁵¹.

En España y en Latinoamérica el intento de una dogmática al servicio de la concepción del Estado del régimen parece haberse limitado a JUAN DEL ROSAL, quien en 1943 publicó “Una nueva concepción del delito”, donde señaló “los tres grandes valores del nacionalsocialismo: raza, caudillo y pueblo”⁵². Sin embargo, de estos valores no parece haber extraído consecuencias respecto del método dogmático⁵³.

En general los penalistas españoles continuaron después de 1939 enseñando e interpretando el derecho penal con las mismas categorías dogmáticas (acción, tipicidad, antijuricidad y culpabilidad) introducidas por JIMÉNEZ DE ASÚA en 1931⁵⁴.

Es curioso el caso de JOSÉ ARTURO RODRÍGUEZ MUÑOZ que, incluso, defendió contra la expresa opinión de MEZGER la estricta aplicación del *versare in re illicita* en el derecho español, no obstante, su total incompatibilidad con el principio de culpabilidad. El propio MEZGER decía: “Versare in re illicita, dolus indirectus y culpa dolo determinata no pueden pretender en el derecho de hoy ninguna consideración”⁵⁵. La idea de un derecho penal ajeno al principio de culpabilidad⁵⁶, que RODRÍGUEZ MUÑOZ defendió enfáticamente en sus notas a la traducción de MEZGER, con apoyo en textos ambiguos del Código Penal, no llegó a imponerse en el derecho español, pero, de forma acaso inconsciente, influye todavía en materia de dolo y error. La posición de RODRÍGUEZ MUÑOZ parece consecuencia de la poca significación metodológica que

⁴⁸ Naturalmente hay en Alemania manifestaciones de cambio, como p. e. M. PAWLIK, *Das Unrecht des Bürgers*, 2012; LESCH, H. H., *Der Verbrechenbegriff*, 1999.

⁴⁹ M. PAWLIK, *Das Unrecht des Bürgers*, 2012; LESCH, H. H., *Der Verbrechenbegriff*, 1999.

⁵⁰ Confr. MERTENS, B., *Rechtsetzung im Nationalsozialismus*, 2009, p. 83 ss.

⁵¹ *Strafrecht AT*, 7ª edición, p. 57.

⁵² MIRAT HERNÁNDEZ, P., en vv. aa. *El derecho penal de la posguerra*, 2016, p. 290 ss. (303).

⁵³ Confr. JUAN DEL ROSAL, *Derecho Penal (Lecciones)*, 2ª edición, 1954, p. 315 ss., p.321 ss.

⁵⁴ Confr. CUELLO CALÓN, E., *Manual de Derecho Penal Español*, 1945.

⁵⁵ MEZGER, *Strafrecht*, 3ª edición (reedición de la 2ª, 1933), 1949, § 34, II, p. 263.

⁵⁶ Confr. CERZO MIR, J., *Problemas Fundamentales del derecho penal*, 1982, p. 60.

otorgó a los principios del sistema normativo⁵⁷ y a una cierta preponderancia acordada al método exegético⁵⁸.

Algo similar a lo ocurrido en Alemania después de 1945 tuvo lugar después de la entrada en vigor de la Constitución Española de 1978. El sistema de la teoría del delito y sus conceptos fundamentales no se vieron alterados⁵⁹. La nueva forma de Estado no incidió en el sistema dogmático, como tampoco incidió en él la sanción de un nuevo Código penal en 1995. La teoría del delito, con la que se aplicaba el derecho penal anterior a la Constitución de 1978, no sufrió modificaciones sustanciales provenientes de la nueva concepción del Estado.

Esta comprobación permite concluir que las formas del Estado español desde 1930 hasta hoy y la ideología del sistema político no han tenido una influencia decisiva en el desarrollo conceptual de la dogmática penal.

VI.

A partir de esta conclusión cabe preguntarse: ¿Qué relación existe entre las categorías dogmáticas y una determinada ideología? La pregunta se justifica, porque, como se ha visto, la misma estructura conceptual de la teoría del delito ha servido tanto para la aplicación del derecho penal de un Estado democrático, como había servido en la de un Estado dictatorial, que, por su parte, no llegó a influir en la concepción dogmática introducida durante la IIª República Española.

Sin duda, las concepciones autoritarias han ejercido en la práctica y en la teoría una influencia notoriamente más represiva en determinados delitos o, al contrario, en el caso, por ejemplo, de los delitos sexuales⁶⁰ y en los delitos de funcionarios, más permisivas en la *interpretación* del derecho penal. Como señala acertadamente RÜTHERS, “la discusión metodológica ha tardado largo tiempo en tomar conocimiento y elaborar la cuestión de la dependencia, a menudo inconsciente, de la ciencia de derecho (*Jurisprudenz*) y de la judicatura (*Justiz*) respecto de concepciones de valor extrajurídicas, religiosas, filosóficas o ideológicas (...)”⁶¹. Pero, de todos modos, el *sistema* dogmático, como tal, no se apartó significativamente del propuesto por JIMÉNEZ DE ASÚA, es decir de la noción del delito como acción típica, antijurídica y culpable.

Esta situación también podría ser explicada porque el método jurídico que respalda a la dogmática penal proviene de la filosofía positivista y neokantiana, que fundamentó la cientificidad de la ciencia jurídica en la pureza de su objeto respecto del *valor* de las normas que constituyen el orden jurídico⁶². Dicho de otra manera: distinguió con claridad entre *explicación*

⁵⁷ Confr. ALEXY, R, *Theorie der Grundrechte*, 1986, p. 71 ss.

⁵⁸ Esta tendencia se percibe también en la obra de RODRÍGUEZ MUÑOZ sobre la teoría de la acción finalista: *La doctrina de la acción finalista*, 2ª edición 1978.

⁵⁹ Confr. RODRÍGUEZ DEVESA, J.M, *Derecho penal español*, PG, 8ª edición, 1981.

⁶⁰ Basta verificar el concepto excesivamente estrecho del *acceso carnal* de la jurisprudencia hasta los años 90 del siglo anterior y la influencia que tal concepto tuvo en la distinción entre tentativa y consumación de la violación.

⁶¹ RÜTHERS, *Die unbegrenzte Auslegung*, 8ª edición 2017, p. 514.

⁶² Confr. KELSEN, *Über die Grenzen zwischen juristischer und soziologischer Methode*, 1911 (reimpresión 1970); EL MISMO: *Reine Rechtslehre*, 2ª edición 1960, reimpresión 1983. Confr. también al respecto: LUHMANN, *Legitimation durch Verfahren*, 9ª edición, 2013 (1ª edición 1983), p. 11, nota 2.

científica de un sistema normativo y *crítica de la legitimidad* del mismo. Una distinción que se basó en una clara diferenciación entre *ser* y *deber ser*⁶³. De esta manera el “objeto de la ciencia jurídica son las normas jurídicas, conducta humana, pero sólo en tanto sea contenido de una norma jurídica determinada como condición o consecuencia -o, con otras palabras- en tanto es contenido de una norma jurídica”⁶⁴.

Esta explicación, que favorece al argumento que culpó al positivismo de una cierta indiferencia respecto del régimen legal de la dictadura nazi, ha sido expuesta en 1946 por GUSTAV RADBRUCH, sosteniendo que “*el positivismo con su convicción de que <la ley es la ley> ha convertido a los juristas en sujetos indefensos frente a las leyes de contenido arbitrario y delictivo*”⁶⁵.

Sin embargo, el punto de vista de *Radbruch*, no parece justo, visto desde la perspectiva actual. Sin duda la mayoría de los juristas en Alemania fueron, de una u otra manera, indiferentes ante normas arbitrarias y delictivas. Pero, en realidad, ello obedeció a la cobardía cívica, cuando no al oportunismo, no sólo de los juristas. Este fenómeno, más moral que metodológico, es consustancial de las dictaduras. Lo importante es que la distinción entre *ser* y *deber ser* y la teoría pura del derecho de KELSEN, su consecuencia más clara, no impidieron a ningún jurista conocer y criticar la *legitimidad* de una ley. Los partidarios del positivismo simplemente consideraban que los juicios sobre la legitimidad no eran científicos y, de esa manera, muchos juristas justificaron su silencio y su limitación a aspectos formales, sin enjuiciar la legitimidad de las leyes objeto de estudio.

El positivismo no impedía a los juristas criticar p. e. las leyes raciales del III Reich. Sólo que esos juicios, desde la perspectiva del positivismo, no eran considerados científicos. Por esta razón tampoco podían ser considerados científicos p. e. las conclusiones de FRIEDRICH SCHAFFSTEIN cuando sostenía respecto de los delitos de omisión que “la responsabilidad por el resultado depende de dos requisitos: de la infracción del deber de la omisión y de que el omitente aparezca, de acuerdo con el sano sentimiento del pueblo, como autor del delito correspondiente por el cual se lo responsabiliza”. Es claro que el “*sano sentimiento del pueblo*”, cualquiera sea el significado que se quiera dar a esta confusa e insana expresión, es una valoración que no puede pretender ser admitida como científica. Pero, es claro también que la problemática de la equivalencia de acción y omisión en los delitos impropios de omisión es una cuestión dogmática que hoy es indiscutida como tal⁶⁶ y reconocida en el art. 11 de nuestro “Código Penal de la democracia”, como

⁶³ Confr. Críticamente *Fernando de los Ríos*, en Prólogo a la traducción de la Introducción a la Ciencia del Derecho de RADBRUCH, de *L. Recasens Siches*, 1930. En ese prólogo FERNANDO DE LOS RÍOS pone en duda la distinción entre *ser* y *deber ser* criticando a KELSEN y apoyándose en FELIX KAUFMANN, FRITZ SCHREIBER, HERMANN HELLER Y CARL SCHMITT. Confr. también: BACIGALUPO, E, *Ortega sobre Kelsen y el derecho*, en *Estudios Orteguianos* 33/2017, p. 115 ss.

⁶⁴ KELSEN, *Reine Rechtslehre*, citada, p. 72.

⁶⁵ *Gesetzliches Unrecht und Übergesetzliches Recht*, 1946, en RADBRUCH, G. *Rechtsphilosophie*, editada por ERIK WOLF, 1963, p.347 ss. (352). Confr. al respecto: VASSALLI, G, *Formula di Radbruch e diritto penale*, 2001.

⁶⁶ SCHAFFSTEIN, *Die unechten Unterlassungsdelikte*, separata de *Gegenwartfragen der Strafrechtswissenschaft*, Fest. zum 60. Geburtstag von Graf Gleispach., 1936, p.70 ss. (95). Ver también *J. Nagler*, en *Gerichtssaal* 111, p 1 ss. (69 y ste.). De todos modos, la problemática de la equivalencia entre omisión y acción en los delitos impropios de omisión, con exclusión de toda referencia al sano sentimiento del pueblo, es hoy generalmente reconocida: confr. RUDOLPHI, H-J, *Die Gleichstellungsproblematik der unechten Unterlassungsdelikte un der Gedanke der Ingerenz*, 1966;

justamente se ha dado en llamar al Código Penal de 1995⁶⁷. Debe ser reconocido al Código de 1995 que con la fórmula “según el sentido del texto de la ley”, si bien dice muy poco, excluye, al menos, la posibilidad de recurrir a valoraciones aberrantes como la del “sano sentimiento del pueblo”.

Por lo demás, la distinción entre legalidad y legitimidad era perfectamente conocida en los tiempos del nacional-socialismo⁶⁸ y, a partir de tal distinción, hubiera sido posible la crítica de las leyes de la dictadura nacionalsocialista. Hasta dónde es exigible a un jurista que vive en una dictadura como la del nacional-socialismo o la del franquismo, adoptar posiciones críticas y combativas, es otra cuestión.

En los últimos tiempos la tesis defendida por GÜNTHER JAKOBS sobre el derecho penal del enemigo ha dado lugar a una interesante polémica y ha motivado una serie de trabajos críticos. En general la idea de un derecho penal del enemigo es rechazada desde puntos de vista políticos. Se trata de una cuestión que indudablemente afecta las bases políticas del derecho penal y que, por lo tanto, debe ser discutida en primer lugar desde ese punto de vista. Pero, es preciso tener en cuenta que, en realidad, la idea del derecho penal del enemigo es una creación *ex novo* de Jakobs, sino de una concepción propia del derecho penal del iluminismo (*Aufklärung*)⁶⁹.

VII.

La recepción del sistema y la metodología dogmática alemana no estuvo siempre acompañada de una reflexión sobre sus presupuestos filosóficos. Implícitamente se aceptó que las categorías de la teoría del delito podían ser derivadas exclusivamente del texto legal. En general, no se tuvo en cuenta que la dogmática alemana se desarrolló en un contexto en el que Hegel entendía que “la ciencia del derecho es una parte de la filosofía”⁷⁰ y que KANT decía que “Una teoría del derecho meramente empírica es (como la cabeza de madera en la fábula de Fedro) una cabeza, que puede ser bella,

ROXIN, *Strafrecht AT*, II, 2003, p. 786, donde señala que la cuestión de la equivalencia entre omisión y acción es generalmente aceptada.

⁶⁷ Confr. TIEDEMANN, K, *JZ* 13/1996, p. 647 ss. (649).

⁶⁸ Confr. SMEND, R, *Verfassung und Verfassungsrecht*; SCHMITT, C, *Legalität und Legitimität*, 6ª edición, 1998 (1ª edición 1932); HOFMANN, H, *Legitimität gegen Legalität*, 3ª edición, 1995.

⁶⁹ KANT, *Metaphysik der Sitten*, 1797/98: “Aquellas infracciones, que hacen al que las comete incapaz de ser un ciudadano, se denominan sencillamente delito (crimen), pero también delito público (crimen público); por ello el primero (el delito privado) corresponde a la justicia civil, mientras que el otro corresponde a la justicia penal” (p. 452). “Infidelidad, es decir: distracción (*Unterschlagung*) de mercancías o dinero, estafa ante los ojos de los otros en la compra o venta, son delitos privados (*Privatverbrechen*). Por el contrario: falsificar dinero o letras de cambio, hurto y robo y lo análogos son delitos públicos, porque afectan a la esencia común y no sólo a la persona individual. - Pueden ser distinguidos los que provienen de bajos sentimientos (*indolis abiectae*) y los que manifiestan actividad violenta (*indolis violentae*)” (452). ROUSSEAU, *Du contrat social*, 1762: “Por otra parte todo malhechor, que ataque el derecho social, deviene por su conducta criminal (forfait) rebelde y traidor a la patria, al violar la ley deja de ser miembro del Estado” (p. 69). Pero, será ejecutado “como ciudadano, no como enemigo”. “Por eso, porque es reconocido como tal debe ser retribuido [eliminado (*retrancher*)] con el exilio, como infractor del pacto, o con la muerte como enemigo público; porque tal enemigo no es una persona moral, es un hombre, y es derecho de guerra matar al vencido” (p. 69). KANT (*Metaphysik*) y los Enciclopedistas (*Diderot*) se burlaban de la tesis de BECCARIA contraria a la pena de muerte. (PHILIPP BLOM, *Böse Philosophen*, 2010, p. 269 ss).

⁷⁰ *Grundlinien der Philosophie des Rechts*, 1821, citado según la edición de *Suhrkamp taschenbuch wissenschaft* 145, p. 30.

pero que, lamentablemente, carece de cerebro"⁷¹. Sin duda la dogmática penal alemana no ha sido entendida como una parte de la filosofía, pero siempre ha sido referenciada a ideas filosóficas.

El sistema dogmático de v. Liszt estaba fuertemente vinculado a la concepción mecanicista de la sociedad de R. v. JHERING⁷², cuyo punto de partida era la teoría de la razón suficiente, según la cual "nada sucede en el mundo por sí mismo, *causa sui*, sino que todo lo que sucede, toda modificación en el mundo sensible es la consecuencia de otra anterior previa, sin la cual no hubiera ocurrido. Esta es, como es sabido, la *ley de causalidad*, postulada por nuestro pensamiento y corroborada por los hechos. Esta ley -concluía JHERING- existe también para la voluntad"⁷³. Por lo tanto, JHERING distinguía entre ley de causalidad y ley de finalidad (*Zweckgesetz*): "no hay querer, o lo que es lo mismo, no hay acción sin un fin (*Zweck*)"⁷⁴. Parece claro que la teoría del delito de v. LISZT se basa en estas dos leyes.

Esta desconexión de la dogmática del delito respecto de la filosofía es una característica de nuestra dogmática y también de nuestra filosofía del derecho, que no ha mostrado interés, salvo alguna excepción, por los problemas de la dogmática jurídica.

Esto explica que la irrupción de la teoría finalista de la acción no haya sido discutida en España, salvo excepciones⁷⁵, en el nivel adecuado, es decir: en el nivel de sus fundamentos prejurídicos⁷⁶, y que la defensa de la teoría finalista se haya tenido que centrar en el significado de las palabras "voluntad", "intención" o "malicia" utilizadas con mucha frecuencia en Código Penal español⁷⁷. De otra manera: la teoría de la acción finalista fue rechazada por la mayoría de la doctrina con supuestos apoyos en el texto legal, cuando, en realidad el problema que planteaba era previo a la interpretación del texto legal. Por lo tanto, no se pudo percibir que toda teoría dogmática del delito presupone una determinada concepción de la sociedad y del comportamiento humano y su relación con el mundo exterior. La teoría de la acción finalista suponía precisamente romper con la rígida separación de la ley de causalidad y la ley de finalidad en la que se basó v. LISZT. Para ello WELZEL se valió de las tesis de NICOLAI HARTMANN sobre los tipos de determinación de un suceso real⁷⁸ y la descripción del nexo final⁷⁹.

Sin embargo, hubo excepciones importantes. Son de señalar que respecto los trabajos de José CEREZO MIR⁸⁰ de 1959 y las críticas del sistema de WELZEL formuladas por ENRIQUE GIMBERNAT críticas sistemáticas relevantes⁸¹, que cuestionaron el concepto ontológico de acción partiendo de

⁷¹ KANT, *Metaphysik der Sitten*, p. 336.

⁷² Confr. JHERING, *Der Zweck im Recht I*, 3ª edición, 1893/1898, p. 93 ss.

⁷³ JHERING, *Der Zweck im Recht I*, 1ª edición 1877, 3ª edición 1893, p. 3 ss.

⁷⁴ JHERING, *Der Zweck im Recht I*, 1ª edición 1877, 3ª edición 1893, p. 5.

⁷⁵ Confr. GIMBERNAT ORDEIG, E, *Estudios de Derecho Penal*, 1976, p. 83 ss.; también en la versión alemana del mismo trabajo, en *Grundfragen des gesamten Strafrechtswissenschaft*, Fest, F. H. HENKEL, 1974, p. 171 ss.

⁷⁶ Confr. BACIGALUPO, E, *Festschrift für Albin Eser*, 2005, p. 61 ss.

⁷⁷ Confr. especialmente CEREZO MIR, J, *Problemas fundamentales del Derecho Penal*, 1982, p.15 ss. (37).

⁷⁸ HARTMANN, N. , *Ethik* , 1ª edición 1925, 4ª edición (no modificada) 1962, p. 191 ss.

⁷⁹ HARTMANN, N. , *Ethik* , 1ª edición 1925, 4ª edición (no modificada) 1962, p. 192 ss.

⁸⁰ CEREZO MIR, J, *Problemas fundamentales del Derecho Penal*, 1982, p. 15 ss., p.39 ss., p.90 ss.

⁸¹ Confr. GIMBERNAT ORDEIG, E, *Estudios de Derecho Penal*, 1990, p.162 ss.; EL MISMO, en *Festschrift f. Heinrich Henkel*, 1974, p. 151 ss.; MIR PUIG, en *ZStW* 95, p. 413 ss.

la imposibilidad de demostrar la libertad de la voluntad y en el marco de un paradigma preventivista⁸².

En la etapa de la dogmática alemana que podríamos llamar postfinalismo⁸³ ha tenido una especial trascendencia en la recepción de la dogmática alemana en España el pensamiento de CLAUS ROXIN y de GÜNTHER JAKOBS⁸⁴, sobre los que se han producido muy interesantes trabajos⁸⁵. En esta fase del desarrollo de la dogmática española la producción científica ha sido muy importante. Sin embargo, la desconexión de la dogmática penal y la filosofía y metodología jurídica, por lo general, se ha mantenido.

VIII.

Otra característica de la dogmática de habla castellana es su *tendencia al formalismo*, que se manifiesta especialmente en el ámbito de la autoría y la participación, donde es clara la preferencia por las teorías objetivo-formales. Tal preferencia suele ser fundamentada, por lo general, en el principio de legalidad, entendido también formalmente y en la suposición de que la descripción en el texto de la ley de la acción punible permite distinguir entre la autoría y la participación cuando concurren varios en la realización del delito⁸⁶.

La tendencia al formalismo también puede tener su fundamento en cierta preferencia por el método exegético, que actualmente es probable que haya sido abandonado, superada la disputa en torno a la teoría finalista.

⁸² Confr. GIMBERNAT ORDEIG, E, *Estudios de Derecho Penal*, 1990, p.175 ss. y en *ZStW* 82 (1970), p. 379 ss. Confr. también, en general, sobre el concepto material de culpabilidad: MELENDO PARDOS, M, *El concepto material de culpabilidad y el principio de inexigibilidad*, 2002.

⁸³ Terminología de WALTER, T, *Der Kern des Strafrechts*, 2006.

⁸⁴ *Strafrecht, AT*, 2ª edición 1991; *System der strafrechtlichen Zurechnung*, 2012; NORM,PERSON, *Gesellschaft*, 3ª edición, 2008.

⁸⁵ Por ejemplo: J. SÁNCHEZ-VERA, *Pflichtdelikt und Beteiligung*. 1999; PEÑARANDA RAMOS/ SUÁREZ GONZÁLEZ/ CANCIO MELÍA, «Un nuevo sistema del derecho penal, Consideraciones sobre la teoría de la imputación de G. Jakobs», Bs, As. 1999; FEIJÓO, B, *Resultado lesivo e imprudencia*, 2001; PÉREZ MANZANO, M, *Culpabilidad y prevención: las teorías de la prevención general positiva en la fundamentación de la imputación subjetiva y de la pena*, 1989; HERNÁNDEZ PLASENCIA, *La autoría mediata en Derecho Penal*, 1996; CAROLINA BOLEA BARDÓN, *Autoría mediata en Derecho Penal*, 2000; BUSTOS/HORMAZÁBAL MALARÉE, *Nuevo Sistema de Derecho Penal*, 2004; GONZÁLEZ RIVERO, *Strafrechtliche Zurechnung bei Defekzuständen*, 2001; RAGUÉS I VALLÉS, R, *La ignorancia deliberada en Derecho Penal*, 2007; SILVINA BACIGALUPO, *Autoría y participación en los delitos de infracción de deber*, 2007; LA MISMA, en L. *Homenaje a Santiago Mir*, 2017; MANSO PORTO, T, *Normunkennntnis aus belastende Gründen*, 2009; DÍAZ, M Y CONLLEDO, G, «El error sobre los elementos normativos del tipo penal, 2008» y *La autoría en Derecho Penal*, 1991; GÓMEZ MARTÍN, V, *Los delitos especiales*, 2006; PÉREZ DEL VALLE, C, *Lecciones de Derecho Penal*, 2016, 2ª edición 2018 ; BARJA DE QUIROGA, J, *Tratado de Derecho Penal*. 2ª ed.2018.

⁸⁶ Confr. ANTÓN ONECA, *Derecho Penal*, 1949, 2ª edición, 1986, p. 453; RODRÍGUEZ MOURULLO, G, *Comentarios al Código Penal*, I, 1972, p.,802 ss.; RODRÍGUEZ DEVESA, J. M, *Derecho Penal Español*, PG, 1981, p. 749; GIMBERNAT ORDEIG, E, *Autor y Cómplice en el Derecho Penal*, 1966, p. 92 ss.; p. 135 ss.; DÍAZ, M Y CONLLEDO, G, «La autoría en Derecho Penal», 1991, p. 708 ss.; COBO DEL ROSAL/VIVES ANTÓN, *Derecho Penal*, (PG), 3ª edición, 1990, p. 573; RODRÍGUEZ RAMOS, L, *Compendio de Derecho Penal* (PG), 1988, p. 249; MIR PUIG, *Derecho Penal*, PG, 7ª edición, 2004, p.365.

IX.

Queda por tratar la *recepción de la política criminal*, que en realidad no sólo es una cuestión española, sino, en realidad, europea. Se relaciona con la difusión europea del Programa de Marburg de 1882⁸⁷ y el movimiento reformista de la *Internationale Kriminalistische Vereinigung* (v. LISZT, PRINS Y VAN HAMEL), basado en una concepción sociológica del delito y la prevención especial (clasificación de los delincuentes, penas perpetuas, sistema de doble vía, libertad condicional, suspensión condicional de las penas cortas privativas de la libertad, responsabilidad de las personas jurídicas, etc.)⁸⁸.

⁸⁷ LISZT, *Strafrechtliche Vorträge und Aufsätze*, I, 1905, p, 126 ss.

⁸⁸ Confr. LISZT, *Lehrbuch*, 23ª edición, 1921, p.12, nota 5.

Bibliografía

ALEXY (1987), *Theorie der Grundrechte*, 1 ed., Duncker & Humblot, Berlin.

ANTÓN ONECA (1949), *Derecho Penal*, 2ª ed., Madrid.

BARJA DE QUIROGA (2018), *Tratado de Derecho Penal*. 2ª ed., Civitas, Madrid.

BERNER (1843), *Grundlinien der criminalistischen Imputationslehre*, Berlin.

BUSTOS/HORMAZÁBAL MALARÉE (2004), *Nuevo Sistema de Derecho Penal*. 2ª ed. Trotta, Madrid.

BUMKE (2017), *Rechtsdogmatik*, Mohr Siebeck, Tübingen.

BINDING (1885), *Handbuch des Strafrechts*, Duncker and Humblot, Leipzig.

BACIGALUPO ZAPATER, Enrique (2017), «Sobre la función motivadora de las normas, la noción de injusto (ilícito) no culpable y el concepto personal de lo ilícito», en SILVA SÁNCHEZ/QUERALT/JIMÉNEZ/CORCOY BIDASOLO/CASTIÑEIRA PALOU (coord.), *Estudios de Derecho Penal, Homenaje a Santiago Mir Puig*, 2ª ed., B de F Ltda., Montevideo-Buenos Aires, p. 447.

————— (1983), *Delito y Punibilidad*. 1ª ed., Civitas, Madrid.

BACIGALUPO, Silvina (2007), *Autoría y participación en los delitos de infracción de deber*, 1ª ed., Marcial Pons Ediciones Jurídicas y Sociales, Madrid.

BOLEA BARDÓN (2000), *Autoría mediata en derecho penal*. 1ª ed., Tirant Lo Blanch, Madrid.

COBO DEL ROSAL/VIVES ANTÓN (1990), *Derecho Penal, (Parte General)*, 3ª ed., Tirant lo Blanch, Madrid.

CERZO MIR (1982), *Problemas Fundamentales del derecho penal*, 1ª ed., Tecnos, Madrid.

CUELLO CALÓN (1945), *Manual de Derecho Penal Español*, 11ª ed., Bosch, Barcelona.

DAHM/SCHAFFSTEIN (1993), *Liberales oder Autoritäres Strafrecht?*, Hanseatische Verlagsanstalt, Hamburg.

DÍAZ/CONLLEDO (2008), «El error sobre los elementos normativos del tipo penal», 1ª ed., La Ley, Madrid.

FEIJÓO (2001), *Resultado lesivo e imprudencia*. 1ª ed., Bosch, Barcelona.

GÓMEZ MARTÍN (2006), *Delitos especiales*. 1ª ed., Dykinson, Madrid.

GÓMEZ RIVERO (1995), *La inducción a cometer el delito*, 1ª ed., Tirant Lo Blanch, Madrid.

GIMBERNAT ORDEIG (1990), *Estudios de Derecho Penal*, 1ª ed., Tecnos, Madrid.

GONZÁLEZ RIVERO (2001), *Strafrechtliche Zurechnung bei Defektzuständen*. 1ª ed., Duncker & Humblot, Berlin.

HARTMANN (1925), *Ethik*, 1ª ed., 4ª ed., De Gruyter, Berlin.

- HASSEMER (1981), *Einführung in die Grundlagen des Strafrechts*, Beck, Berlin.
- HERNÁNDEZ PLASENCIA (1996), *La autoría mediata en Derecho Penal*. 1ª ed., Comares, Granada.
- HOFMANN (1995), *Legitimität gegen Legalität*, 3ª ed., Duncker & Humblot, Berlin.
- JIMÉNEZ DE ASÚA (1945), *La ley y el delito*, 5ª ed. de 1967, Editorial Sudamericana, Buenos Aires.
- (1965), *Tratado de Derecho penal*, 4ª ed., Losada, Tomo I, Buenos Aires.
- (1916), *La unificación del derecho penal en Suiza*. 1ª ed., Hijos de Reus, Madrid.
- (1922) *Estudio crítico del Proyecto de Código Penal Italiano de 1921*, Victoriano Suárez Madrid.
- (2005) *La teoría jurídica del delito*, reedición facsimilar de la de 1931, Dykinson, Madrid.
- JIMÉNEZ DE ASÚA/CARDO / CRESPO/RODRÍGUEZ MUÑOZ (1929), «*Casos de Derecho Penal para uso de los estudiantes*».
- JHERING, *Der Zweck im Recht*, 3ª ed. Nabu press, Berlin.
- KANT (1797/98), *Metaphysik der Sitten*.
- KELSEN (1911), *Über die Grenzen zwischen juristischer und soziologischer Methode*.
- (1960) *Reine Rechtslehre*, 2ª ed.
- KUHN (1962), *The Structure of Scientific Revolutions*, University of Chicago Press. Chicago.
- LISZT (1905), *Strafrechtliche Vorträge und Aufsätze*, Guttentag, Berlin.
- (1921), *Lehrbuch*, 23ª ed, De Gruyter, Berlin.
- (1905) *Rechtsgut und handlungsbegriff im Bindingschen Handbuche – Ein kritischer Beitrag zur juristischen Methodenlehre*, en *Strafrechtliche Vorträge und Aufsätze*, I.
- SILVELA (1984), *El derecho penal estudiado en principios y en la legislación vigente en España*, Imprenta de T.Fortanet, Madrid.
- LUHMANN (2013), *Legitimation durch Verfahren*, 9ª ed., Suhrkamp Verlag, Frankfurt.
- MANSO PORTO (2009), *Normunkennntnis aus belastende Gründen*. Baden Baden, Berlin.
- MELENDO PARDOS (2002), *El concepto material de culpabilidad y el principio de inexigibilidad*. 1ª ed. Comares, Granada.
- MIR PUIG (2004), *Derecho Penal, Parte General*, 7ª ed., Reppertor, Barcelona.
- MERTENS (2009), *Rechtsetzung im Nationalsozialismus*. 1ª ed., Mohr Siebeck, Tübingen.
- MEZGER (1949), *Strafrecht*, 3ª ed. (reedición de la 2ª, 1933), § 34, T II.

- MIRAT HERNÁNDEZ (2016), *El derecho penal de la posguerra*. 1ª ed., Lo Blanch, Valencia.
- MERKEL (1910), *Derecho Penal (I y II)*, La España Moderna, Madrid.
- DÍAZ / CONLLEDO, (1992), *La autoría en derecho penal*. PPU, Barcelona.
- PEÑARANDA RAMOS/ SUÁREZ GONZÁLEZ/ CANCIO MELÍA (1999) «Un nuevo sistema del derecho penal, Consideraciones sobre la teoría de la imputación de G. Jakobs», 1ª ed., Ad-hoc, Buenos Aires.
- PÉREZ DEL VALLE (2016), *Lecciones de Derecho Penal*, 2ª ed., Dykinson, Madrid.
- PÉREZ MANZANO (1989), *Culpabilidad y prevención: las teorías de la prevención general positiva en la fundamentación de la imputación subjetiva y de la pena*. 1ª ed., UAM Ediciones, Madrid.
- PHILIPP BLOM (2010), *Böse Philosophen*, C. Hanser, Munich.
- PAWLIK (2012), *Das Unrecht des Bürgers*, 1ª ed., Mohr Siebeck, Tübingen.
- PEÑARANDA RAMOS (1990), *La participación en el delito y el principio de accesoriedad*, 1ª ed., Tecnos, Madrid.
- (1991), *Concurso de leyes, error y participación en el delito*, Civitas, Madrid.
- RADZINOWICZ (1991), *The roots of the International Association of Criminal Law and their Significance*, Max-Planck-Institut, Freiburg.
- RAGUÉS I VALLÈS (2007), *La ignorancia deliberada en Derecho penal*, Atelier, Barcelona.
- RODRÍGUEZ MOURULLO (1972), *Comentarios al Código Penal*, T II, Ediciones Ariel, Barcelona.
- RODRÍGUEZ RAMOS (1988), *Compendio de Derecho Penal (Parte General)*, 2ª ed., Dykinson, Madrid.
- RODRÍGUEZ DE LECEA (1991), *Antropología y Filosofía de la Historia de Julián Sanz del Río*, 1ª ed., Centro de Estudios políticos y Constitucionales, Madrid.
- ROUSSEAU (1762), *Du contrat social*.
- ROXIN (2003), *Strafrecht Allgemeine Teil*, T, II, C.H.Beck, Munich.
- RUDOLPHI (1966), *Die Gleichstellungsproblematik der unechten Unterlassungsdelikte un der Gedanke der Ingerenz*, Göttinger : Schwartz.
- RODRÍGUEZ DEVESA (1981), *Derecho penal español*, Parte General, 8ª ed., Tirant lo Blanch, Valencia.
- RODRÍGUEZ MUÑOZ (1978), *La doctrina de la acción finalista*, 2ª ed., Valencia.
- RÜTHERS (2017), *Die unbegrenzte Auslegung*, 8ª ed., Mohr Siebeck, Tübingen.
- RADBRUCH (1904), *Der Handlungsbegriff in seiner Bedeutung für das Strafrechtssystem*. Wissenschaftliche Buchgesellschaft, Darmstadt.
- SÁNCHEZ VERA (1999), *Pflichtdelikt und Beteiligung*, Duncker & Humblot, Berlin.

SCHAFFSTEIN (1934), *Politische Strafrechtswissenschaft*, Hanseatische Verlagsanstalt.

————— (1935), *Das Verbrechen als Pflichtverletzung*, Junker und Dünhaupt, Berlin.

SCHMITT (1998), *Legalität und Legitimität*, 6^a ed., Duncker & Humblot, Berlin.

SCHÖNBERGER (2015), *Der "German Approach"*, Mohr Siebeck, Tübingen.

STICHT (2000), *Sachlogik als Naturrecht?*, Paderborn, Schoöningh.

SOLER (1940), *Prólogo al Derecho Penal Argentino*, 1^a ed., Tipográfica Editora, Buenos Aires.

VASSALLI (2001), *Formula di Radbruch e diritto penale*, Giuffrè, Milán.

WALTER (2006), *Der Kern des Strafrechts*, Mohr Siebeck, Tübingen.