

HANS KUDLICH

**CUESTIONES FUNDAMENTALES
DE LA APLICACIÓN
DEL DERECHO PENAL**

**Contribuciones a la teoría del método
y a la imputación en el Derecho penal**

Edición y notas a cargo de
Juan Pablo Cox Leixelard y Juan Pablo Montiel

Prólogo de
Jesús-María Silva Sánchez

Marcial Pons

MADRID | BARCELONA | BUENOS AIRES | SÃO PAULO

2018

ÍNDICE

	Pág.
PRÓLOGO	15
NOTA DE LOS EDITORES	19
ABREVIATURAS	29
INTRODUCCIÓN	31

PRIMERA PARTE

ESTUDIOS SOBRE EL MÉTODO JURÍDICO-PENAL

«REGLAS DE LA GRAMÁTICA», INTERPRETACIÓN GRAMATICAL Y LÍMITES DEL TENOR LITERAL	37
1. INTRODUCCIÓN.....	37
2. EL USO DEL PLURAL EN EL § 152A STGB COMO ASPECTO QUE MUESTRA LA FUERZA ENUNCIATIVA DE LAS REGLAS GRAMATICALES EN LA INTERPRETACIÓN	39
3. ¿SON DISPONIBLES LAS REGLAS GRAMATICALES EN LA INTERPRETACIÓN?.....	41
4. RESUMEN. A LA VEZ, SOBRE EL CORRECTO TRATAMIENTO DE LA INTERPRETACIÓN GRAMATICAL Y DEL LÍMITE DEL TENOR LITERAL.....	47
TENOR LITERAL, DICCIONARIO Y WIKIPEDIA: ¿DÓNDE SE ENCUENTRA EL LÍMITE DEL TENOR LITERAL?	51
1. INTRODUCCIÓN: LA DISCUSIÓN SOBRE EL ORO Y LAS CENIZAS.....	51
2. EL ACCESO DE LOS TRIBUNALES A LOS DICCIONARIOS...	52
2.1. La decisión del OLG de Bamberg de 29 de enero de 2008	53
2.2. La decisión del OLG de Núremberg de 20 de noviembre de 2009	54

	Pág.
2.3. La importancia de los diccionarios en comparación	55
3. DICCIONARIOS, COMENTARIOS Y OTRAS COMPILACIONES DE EJEMPLOS DE USO DE LA LENGUA.....	55
3.1. Planteamiento del problema.....	55
3.2. La incidencia del diccionario sobre la semántica.....	56
3.3. La incidencia de los comentarios sobre la semántica	58
3.4. La incidencia del ordenador sobre la semántica.....	59
3.5. La incidencia semántica sobre los precedentes judiciales	60
4. ESTABLECIMIENTO (QUE NO LOCALIZACIÓN) DEL LÍMITE DEL TENOR LITERAL	61
5. CONCLUSIÓN.....	64
SOBRE LOS ASPECTOS RELEVANTES EN LA MOTIVACIÓN DE LAS DECISIONES DE LOS TRIBUNALES PENALES	65
1. ¿CÓMO SE TRANSMITE LEGITIMIDAD DE LA LEY A LA DECISIÓN JUDICIAL?.....	65
2. PRESUPUESTOS DEL ORDENAMIENTO PROCESAL PENAL.....	67
2.1. La finalidad de la motivación desde la perspectiva de las reglas que la prescriben.....	67
2.2. La finalidad de la motivación desde la perspectiva de las reglas que la restringen.....	70
2.3. La finalidad de la motivación desde la perspectiva de la casación	71
3. REGLAS DEL PROCEDIMIENTO	72
3.1. La inadecuada reducción al horizonte de relevancia semántico.....	72
3.2. La ampliación hacia el horizonte de relevancia pragmático....	75
4. LAS EXIGENCIAS EN LA MOTIVACIÓN DE LAS DECISIONES JUDICIALES	77
4.1. La materia del procedimiento.....	77
4.2. La tarea de motivar	79
4.3. Argumentos válidos como transferencia de legitimación	80
5. CONCLUSIÓN.....	81
LA INTERPRETACIÓN ORIENTADA A LOS DERECHOS FUNDAMENTALES EN DERECHO PENAL	83
1. ESTADO DE LA CUESTIÓN	83
2. RETICENCIAS RESPECTO DE LAS REFLEXIONES JURÍDICO-CONSTITUCIONALES	85

	Pág.
3. PARTICULARIDADES DE LA APLICACIÓN JUDICIAL DEL DERECHO	88
4. EL CONTROL DE PROPORCIONALIDAD EN LA INTERPRETACIÓN DEL DERECHO PENAL	91
4.1. La discusión sobre los bienes jurídicos y el fin legítimo	92
4.2. La idoneidad	93
4.3. La necesidad.....	94
4.4. La adecuación	95
5. CONCLUSIÓN	99
LA INTERPRETACIÓN ORIENTADA AL MARCO PENAL EN EL SISTEMA DE IDENTIFICACIÓN DEL DERECHO PENAL.....	101
1. LA FALTA DE ACOMPAÑAMIENTO TEÓRICO DE LA INTERPRETACIÓN ORIENTADA AL MARCO PENAL EN LA APLICACIÓN PRÁCTICA DEL DERECHO	101
2. CLASIFICACIÓN FORMAL Y VALORACIÓN MATERIAL DE UNA INTERPRETACIÓN ORIENTADA AL MARCO PENAL...	104
2.1. Orientación al marco penal y orientación general a las consecuencias	104
2.2. La orientación al marco penal y los cánones clásicos	106
2.2.1. La interpretación gramatical	107
2.2.2. La interpretación sistemática.....	107
2.2.3. La interpretación histórico-genética	108
2.2.4. La interpretación teleológica.....	110
2.2.5. La interpretación conforme a la Constitución	112
2.2.6. Balance provisional	113
3. JUSTIFICACIÓN DE UNA INTERPRETACIÓN ORIENTADA AL MARCO PENAL A PARTIR DE SU CONTENIDO	115
3.1. La consideración del marco penal como consecuencia de la teleología general de la regulación jurídica	116
3.2. La relación de la gravedad de la sanción y la amplitud de la interpretación	117
3.3. El tratamiento de la extensión de los marcos penales en el StGB y su inconsistencia parcial.....	118
4. LÍMITES DE LA INTERPRETACIÓN ORIENTADA AL MARCO PENAL.....	121
5. RESUMEN Y CONCLUSIÓN	124

	Pág.
«FRAUDE DE LEY» Y OTROS CASOS DE INTEGRACIÓN DE LA- GUNAS EN EL DERECHO PENAL.....	125
1. INTRODUCCIÓN Y PLANTEAMIENTO DEL PROBLEMA....	125
2. METODOLOGÍA Y DERECHO CONSTITUCIONAL: LAS REFLEXIONES DE STÖCKEL SOBRE LA INTERPRE- TACIÓN	126
3. INTERPRETACIÓN, LÍMITE DEL TENOR LITERAL, TE- LEOLOGÍA	128
3.1. Las decisiones del BVerfG de 12 de septiembre de 2006 y de 14 de septiembre de 2007	128
3.1.1. El fin de la equiparación «no doloso = exculpado» en el § 142, II, núm. 2 StGB - 2 BvR 2273/06.....	128
3.1.2. El fin de la equiparación «Automóvil = arma» en el § 113, II StGB - 2 BvR 2238/07	131
3.2. Valoración crítica de las sentencias	133
3.3. La prueba a partir de un ejemplo.....	139
3.3.1. El caso	139
3.3.2. El contenido regulativo del § 119, I, núm. 1 BetrVG: un acceso espontáneo	141
3.3.3. El carácter de delitos comunes de la disposición como argumento decisivo.....	142
3.3.4. Argumentos complementarios relativos a la historia de la ley y a la sistemática	144
3.3.5. ¿El «espíritu de la cogestión empresarial» como su- perargumento teleológico?	145
3.3.6. Conclusión	147
4. RESUMEN	148
 LA EXPORTACIÓN DE BIENES Y SUS LIMITACIONES. LA EX- PORTACIÓN DEL DERECHO PENAL DESDE LA PERSPECTI- VA DE LA TEORÍA DEL DERECHO	 149
1. INTRODUCCIÓN.....	149
2. LOS ARTÍCULOS DE EXPORTACIÓN	150
2.1. ¿Exportación del sistema del Derecho penal?	150
2.2. ¿Exportación del fundamento de la validez del Derecho?.....	151
2.3. Exportación de textos normativos	151
2.4. ¿Exportación de la dogmática penal?	153
3. LIMITACIONES A LA EXPORTACIÓN.....	157
3.1. Tradiciones y desarrollos en la jurisprudencia	157
3.2. El Derecho penal marcado por las concepciones culturales ...	159
4. BALANCE DE LA EXPORTACIÓN.....	161

	Pág.
«LA JUSTICIA» EN LA JURISPRUDENCIA PENAL DEL TRIBUNAL SUPREMO FEDERAL (BGH)	163
1. KRISTIAN KÜHL, EL DERECHO PENAL Y LA FILOSOFÍA DEL DERECHO	163
2. LA PREGUNTA POR LA JUSTICIA Y EL DISEÑO DE LA INVESTIGACIÓN	164
3. RESULTADOS DE LA INVESTIGACIÓN	166
3.1. Resultados estadísticos	166
3.2. Resultados relativos al contenido	168
3.2.1. Fenomenología	168
3.2.2. Temas	169
3.3. El uso del «argumento de justicia»	169
4. INTENTO DE UNA PRIMERA INTERPRETACIÓN	174
4.1. Aparición del argumento de justicia	174
4.2. Sentido «argumentativo» del argumento de justicia	175
4.3. Propositiones respecto a la justicia	175
5. RESUMEN Y CONCLUSIÓN	176

SEGUNDA PARTE

ESTUDIOS SOBRE LA IMPUTACIÓN JURÍDICO-PENAL

INJUSTO OBJETIVO Y SUBJETIVO DE LA ACCIÓN EN EL DELITO DOLOSO	181
1. INTRODUCCIÓN Y PLANTEAMIENTO DEL PROBLEMA....	181
2. INJUSTO DEL RESULTADO E INJUSTO DE LA ACCIÓN EN EL DELITO DOLOSO	182
3. DELIMITACIÓN DE LOS ELEMENTOS OBJETIVOS DEL INJUSTO DE LA ACCIÓN	187
3.1. ¿La «imprudencia» como presupuesto de todo delito doloso?	188
3.2. Imputación adicional en el delito doloso ante el peligro de una sobreexigencia al ciudadano	190
4. RESULTADO: INTERACCIÓN DE ELEMENTOS OBJETIVOS Y SUBJETIVOS DEL DESVALOR DE LA ACCIÓN	192
5. CONCLUSIÓN	194

	Pág.
LA INFRACCIÓN DE NORMAS LEGALES ESPECIALES Y SU SIGNIFICADO PARA LA DETERMINACIÓN DE LA INFRACCIÓN DEL DEBER DE CUIDADO	195
1. PLANTEAMIENTO DEL PROBLEMA: DEBER (JURÍDICO), INFRACCIÓN DE DEBER Y NORMAS ESPECIALES	195
2. SOBRE EL ESTADO DE LA DISCUSIÓN	196
2.1. El punto de vista de la jurisprudencia y de la doctrina dominante: la función indiciaria de las infracciones de normas especiales	196
2.2. Posible significado divergente de la norma especial a partir de concepciones alternativas del castigo imprudente.....	197
3. NORMAS ESPECIALES Y FUNDAMENTACIÓN DEL CASTIGO IMPRUDENTE.....	198
3.1. Cuestiones a tratar brevemente: significado de la noción de «infracción de deber de cuidado» y «baremo objetivo frente a baremo individual»	198
3.2. La relación general entre norma penal y prohibiciones de peligro (extrapenales)	201
3.3. Examen de la mano de la doctrina dominante y conceptos divergentes.....	204
3.3.1. El planteamiento de Ciacchi: la contrariedad al cuidado debido (únicamente) como infracción de normas especiales	205
3.3.2. El planteamiento de Duttge: amplia irrelevancia de las normas especiales	206
3.3.3. El planteamiento de la doctrina mayoritaria y de la jurisprudencia	207
4. RESULTADOS.....	212
 ¿GRADUACIÓN NORMATIVA DEL DOMINIO DEL HECHO ANTE LA CONCURRENCIA DE ÁNIMO DE APROPIACIÓN PARA SÍ Y PARA UN TERCERO?	 215
1. INTRODUCCIÓN Y PLANTEAMIENTO DEL PROBLEMA....	215
2. UNA PRIMERA MIRADA AL CASO INTRODUCTORIO, SEGÚN LAS TEORÍAS GENERALES DE DELIMITACIÓN OBJETIVAS Y SUBJETIVAS.....	218
2.1. Punto de partida	218
2.2. Primera valoración según la teoría del dominio del hecho.....	218
2.3. Primera valoración según la teoría subjetiva de la jurisprudencia.....	219

	Pág.
3. ¿LA CONCURRENCIA DEL ÁNIMO DE APROPIACIÓN PARA SÍ Y PARA UN TERCERO COMO RAZÓN PARA ACEPTAR UNA GRADUACIÓN NORMATIVA DEL DOMINIO DEL HECHO?	221
3.1. Acerca de la plausibilidad de la idea de una graduación normativa del dominio del hecho.....	221
3.2. Limitaciones de la fundamentación de un dominio del hecho sobre la figura de una graduación del dominio del hecho.....	223
4. PRECISIÓN DEL ENFOQUE PARA LA SOLUCIÓN Y CLASIFICACIÓN DE LOS RESULTADOS OBTENIDOS INDUCTIVAMENTE	225
5. RESULTADO	228
¿AUTORÍA MEDIATA «EN DOS NIVELES» POR LA PROVOCACIÓN DE UNA SITUACIÓN DE LEGÍTIMA DEFENSA?.....	231
1. INTRODUCCIÓN: RELEVANCIA PARA EL EXAMEN DE LAS TEORÍAS DE LA INTERVENCIÓN	231
2. PLANTEAMIENTO DEL PROBLEMA: LA PROVOCACIÓN DE UNA SITUACIÓN DE LEGÍTIMA DEFENSA DE UN TERCERO PARA LESIONAR A LA VÍCTIMA.....	232
3. PLANTEAMIENTO DE LA SOLUCIÓN: FUNDAMENTOS GENERALES DE LA AUTORÍA MEDIATA.....	235
4. CONTROL DE LOS RESULTADOS: PANORÁMICA SOBRE EL ESTADO DE OPINIÓN.....	238
¿COMPLIANCE MEDIANTE LA PUNIBILIDAD DE ASOCIACIONES?	241
1. INTRODUCCIÓN.....	241
2. LA PUNIBILIDAD DE ASOCIACIONES Y LA CAPACIDAD DE ACCIÓN DE LAS EMPRESAS	243
3. PUNICIÓN DE ASOCIACIONES Y ASEQUIBILIDAD (ANS- <i>PRECHBARKEIT</i>) JURÍDICO-PENAL	245
4. ¿CATÁLOGO DE DELITOS PARA LA PUNICIÓN DE ASOCIACIONES?	247
4.1. ¿Catálogo o remisión general?.....	249
4.2. Criterios para un catálogo de delitos.....	253
5. CONSIDERACIÓN FINAL	258
RELACIÓN DE TRADUCTORES.....	259

PRÓLOGO

Jesús-María SILVA SÁNCHEZ

El libro que tengo el gusto de presentar contiene algunos de los artículos más representativos del Prof. Hans Kudlich, tanto sobre la aplicación de las leyes penales como sobre la dogmática aplicada del delito. Conocí a Hans Kudlich hace bastantes años, con ocasión de una Acción Integrada Hispano-Alemana entre la Universidad de Bonn y la Universidad Pompeu Fabra. Me lo presentó Urs Kindhäuser, quien se deshizo en alabanzas hacia el joven colega que él mismo había incorporado a la parte alemana de la Acción Integrada. No estoy seguro de si Kudlich estaba todavía entonces en la Bucerius Law School de Hamburgo; pero sí recuerdo que su intervención me gustó muchísimo. Es muy posible que se tratara de alguno de los textos que se compilan en esta obra. Sea como fuere, lo que más me interesó era el manejo que proponía de los textos legales, en su relación con la Constitución y con la praxis interpretativa. La orientación pragmática —frente al literalismo— y la contextualización argumentativa no eran en sus planteamientos una pura teoría, sino que mostraban una gran capacidad de rendimiento en la práctica judicial.

Con el paso de los años, Kudlich recaló en Erlangen y decidió permanecer allí, pese a tener ofertas de otras Universidades, singularmente, de la de Múnich. Ello hizo de esta ciudad un lugar todavía más atractivo de lo que ya era por la presencia allí del recientemente fallecido profesor Joachim Hruschka, antecesor de Kudlich en la cátedra. Las estancias en Erlangen de mis discípulos y colegas Pablo Sánchez-Ostiz y Juan Pablo Montiel han mantenido más que vivo el vínculo con Hans Kudlich quien, además, viene con cierta frecuencia a Barcelona. Su pertenencia a un grupo de investigación germano-iberoamericano que ha dado ya frutos relevantes, en forma de libros colectivos, así como su pertenencia a uno de los sectores más dinámicos de los penalistas alemanes hace prever que su vinculación con la academia de habla hispana sea muy fértil.

Hace ya cuarenta años que leí las primeras referencias a la obra *Juristische Methodik*, de Friedrich Müller¹. Fue allí donde vi consideradas las rela-

¹ Fue efectivamente en 1977 cuando, como estudiante de Derecho, me adentraba en la lectura de la obra de mi maestro MIR PUIG, *Introducción a las bases del Derecho penal*, 1976, pp. 333 y ss.

ciones que Müller proponía entre el programa de la norma (*Normprogramm*) y su ámbito de regulación (*Normbereich*), así como planteado el problema de la concretización del texto legal (*Normkonkretisierung*) en su aproximación al caso, hasta dar lugar a la norma de decisión. Posteriormente, a finales de los años ochenta del pasado siglo, también manejé la obra de Müller —y, con ella, también la de Christensen—² al escribir mi *Aproximación al Derecho penal contemporáneo*³. En ese libro pude considerar algo los desarrollos de la hermenéutica y del análisis del lenguaje en la aplicación de las leyes penales. El problema del tenor literal de la ley como límite en la aplicación del Derecho —y la pugna entre su configuración semántica o pragmática— era entonces, como sigue siendo hoy, una de las pocas cuestiones decisivas⁴. No es inoportuno —creo— subrayar las relaciones existentes entre estos tres juristas alemanes: Friedrich Müller, Ralph Christensen y Hans Kudlich. La *Juristische Methodik* de Müller, en dos volúmenes, es ahora de Müller y Christensen⁵. Por su parte, Christensen y Kudlich llevan casi dos décadas trabajando en tándem⁶. No me cabe duda de que ha sido el profesor Kudlich el penalista que más partido ha sabido sacar de la propuesta metodológica de Müller, vinculada a su teoría estructurante del Derecho (*strukturierende Rechtslehre*), conocida —pero no demasiado— en el ámbito de habla hispana.

Kudlich tiene una visión realista del Derecho penal, le interesa lo cotidiano en tanto que expresión permanente de lo profundo. Su preocupación es dar bases teóricas a aquello que realmente hacen los abogados, fiscales o jueces —y en otro plano, la doctrina— cuando manejan textos legales. Esta preocupación por el caso le lleva a distanciarse del positivismo legalista —para el que todo el Derecho ya está en el texto— pero también de cualquier decisionismo judicial, teorizado o sin teorizar. Frente al modelo silogístico de la subsunción, en su planteamiento tienen una importancia decisiva el lenguaje y las reflexiones que sobre este se vienen desarrollando desde hace décadas. En particular, desde el denominado giro pragmático. La

² *Was heißt Gesetzesbindung? Eine rechtslingüistische Untersuchung*, 1989.

³ SILVA SÁNCHEZ, *Aproximación al Derecho penal contemporáneo*, 1992, p. 120, n. 376 (2.ª ed., 2010, p. 190, n. 376).

⁴ SILVA SÁNCHEZ, *Aproximación*, pp. 122 y ss. (2.ª ed., pp. 193 y ss.). Creo que entonces y luego los trabajos de Schönemann han expresado muy bien cómo nos encontramos los penalistas en este momento. Cfr. SCHÜNEMANN, «Die Gesetzesinterpretation im Schnittfeld von Sprachphilosophie, Staatsverfassung und juristischer Methodenlehre», en *Festschrift für U. Klug zum 70. Geburtstag*, I, 1983, pp. 169 y ss.; *id.*, «Spirale oder Spiegelerei? Vom hermeneutischen zum sprachanalytischen Modell der Rechtsanwendung», en *Festschrift für W. Hassemer zum 70. Geburtstag*, 2010, pp. 239 y ss.

⁵ Cfr. también de ellos MÜLLER/CHRISTENSEN/SOKOLOWSKI, *Rechtstext und Textarbeit*, 1997.

⁶ A mero título de ejemplo, CHRISTENSEN/KUDLICH, *Theorie richterlichen Begründens*, 2001; CHRISTENSEN/KUDLICH, «Die Auslegungslehre als implizite Sprachtheorie der Juristen», *ARSP*, 88, 2002, Heft 2, pp. 230 y ss.; KUDLICH/CHRISTENSEN, «Zum Relevanzhorizont strafgerichtlicher Entscheidungsbegründungen», *GA*, 2002, pp. 337 y ss.; CHRISTENSEN/KUDLICH, *Gesetzesbindung: Vom vertikalen zum horizontalen Verständnis*, 2008.

vinculación del texto legal con un determinado contexto de acción (pragmático), que se da en una situación concreta, pone de relieve hasta qué punto en la «interpretación» tiene lugar una tarea constructora, realmente creativa. Ahora bien, la huida del decisionismo requiere, a su vez garantías. Resulta muy interesante observar cómo afronta Kudlich las cuestiones del límite del tenor literal, de los usos correctos e incorrectos del lenguaje, de la autoridad del diccionario y las decisiones de los lexicógrafos...

Al final, resulta que los juristas nos hallamos vinculados por lo que nosotros mismos producimos⁷. Expresado de otro modo, lo que llamamos interpretación se va construyendo en la medida en que existen precedentes, comentarios, dictámenes. Estos se esgrimen en esa lucha ordenada que llamamos proceso. En este, cada resolución —en realidad, una hipótesis sostenible sobre la norma— se ve obligada a considerar todos los argumentos esgrimidos, para asumirlos o rechazarlos razonadamente. A este respecto, es la doctrina la proveedora institucional del correspondiente arsenal argumental y la que, en amplia medida, puede llevar a cabo una labor de control de los resultados. Por otro lado, existen las vías de recurso en las que, de nuevo, dicha hipótesis se ve sometida a control mediante el intercambio de argumentos. Ciertamente, la resolución conlleva un elemento de fuerza, que deriva de lo que llamamos potestad (*potestas*). Pero esa potestad habrá sido ejercida con auténtica *auctoritas* siempre que sus cimientos se hayan ido conformando sobre una base discursiva-procedimental. Dado todo ello, la legitimidad de la ley se transfiere a la sentencia.

La corriente doctrinal en la que se enmarcan las aportaciones de Kudlich a una teoría de la práctica del Derecho penal me parece de gran interés. Merece, seguramente, más atención de la que le ha sido prodigada en el mundo jurídico de habla hispana. A ese mayor conocimiento quiere contribuir esta obra. Por ello, quiero expresar mi satisfacción por asistir a una nueva iniciativa de dos queridos discípulos e ilustres colegas: Juan Pablo Montiel y Juan Pablo Cox. Y augurar al estimado colega Hans Kudlich el éxito transnacional que merece.

⁷ «Es zeigt sich nämlich das Paradox, dass Juristen an das gebunden sind, was sie selbst produzieren. Aber das ist kein Grund für panischen Schrecken». Cfr. CHRISTENSEN/KUDLICH, *Gesetzesbindung: Vom vertikalen zum horizontalen Verständnis*, 2008, pp. 216-217.

NOTA DE LOS EDITORES

Presentación de la obra y del autor

Juan Pablo MONTIEL
Juan Pablo COX LEIXELARD

Claus llega a su instituto temprano por la mañana y antes de ingresar a su despacho pasa a saludar a su secretaria, quien le hace entrega de su correspondencia y le ofrece una taza de té. Luego de un rato de echar un vistazo a las cartas de sus colegas, llega el momento tan esperado de sentarse en su escritorio para continuar con las elucubraciones sobre el contenido del dolo, que desde hace algunos días le dificultan la conciliación del sueño. Relee las notas del día anterior, reflexiona sobre algunos aspectos resaltados en sus apuntes. Observa que todavía sigue sin encontrar la necesaria claridad para advertir dónde está el verdadero problema que padece su aproximación. Mira por la ventana de su despacho hacia un *Englischer Garten* que amanece soleado y templado y que lo invita a dar un paseo «de inspiración». Esa hora de paseo apacible por los senderos del parque y el aroma de la hierba todavía bañada por el rocío de la madrugada devuelve a Claus la tranquilidad y despeja los «nubarrones» que hasta entonces impedían la llegada de luz diáfana hasta la esencia del concepto de dolo. De vuelta en su oficina, la pluma estilográfica surca a gran velocidad las hojas, que con el correr de los minutos se van manchando con anotaciones finamente hilvanadas y se van amontonando sobre el escritorio. Por la tarde, revisa sus notas de clase, reflexiona sobre las últimas sentencias del BGH relativas al tema y sale raudamente hacia el auditorio para leer su clase y explicar de qué manera las actuales tendencias jurisprudenciales reflejan su propia concepción, o cómo ellas todavía no han alcanzado a «ver la luz». Tras horas intensas, Claus regresa a su despacho para anotar algunos planteamientos interesantes que surgieron en clase y para buscar sus cosas y retirarse finalmente a su hogar, luego de un día provechoso.

Si alguna vez un profesor alemán de Derecho penal tuvo una jornada laboral como la románticamente descrita, hoy nos parece una triste quimera que nos invade de nostalgia y nos llama a la reflexión sobre los profundos cambios *negativos* que la vida posmoderna ha traído consigo. Pero esta imagen también debería llevarnos a admitir cómo han cambiado los tiempos incluso dentro de las universidades, y de qué manera en la actualidad se

demanda de ellas una actitud distinta a la tradicional. Pilas de correos y llamadas para responder, «reunionitis» dentro y fuera de la universidad, demandas para ser satisfechas «ayer». Todo ello resquebraja la apacible atmósfera del relato. *Claus* seguramente habría sido hoy «deglutido» por la actual universidad o, en el mejor de los casos, condenado al ostracismo.

Desde hace algunos años abundan en los círculos de élite del Derecho penal de habla hispana referencias críticas a la situación actual de la ciencia penal alemana. Se condena el oscurantismo de ciertas construcciones teóricas, la marginalización de la dogmática, el autorreferencialismo, en fin, el abandono de Kant y Hegel... Esta situación salta a la vista fácilmente para quienes sentimos fascinación por los frutos del pensamiento alemán en el área de la teoría del delito y seguimos el estado actual de la discusión. Añoramos aquellos viejos buenos tiempos. Pero un mínimo de sabiduría debería darnos la capacidad de saber leer las necesidades de nuestro tiempo y la valentía de salir de nuestras «zonas de confort» intelectual. Dicho esto, no parece disparatado encontrar en la crítica al Derecho penal alemán de hoy algún tinte reaccionario. En el fondo, pareciera condenarse el hecho de que los penalistas «tradicionalistas» no opongan una resistencia beligerante al avance de los nuevos tiempos, a las demandas de la nueva universidad. Llanamente: que los penalistas de hoy no defiendan las joyas heredadas de sus antepasados. Indudablemente, la crítica debería ser siempre un recordatorio de la importancia que tiene no olvidar «de dónde venimos» y los grandes logros intelectuales de nuestra tradición, pero quedarnos solo con ella implica mirar únicamente la «parte vacía del vaso» e ignorar las demandas que los penalistas, como cualquier otro científico, deben satisfacer en la actualidad. En todo caso, un análisis más profundo debería conducirnos a reflexionar si se les reclama no cuidar de esas joyas o si, acaso, es el modo que se tiene de cuidarlas lo que no satisface.

La nueva universidad demanda una figura de profesor mucho más compleja, dotado de competencias cualitativamente distintas a las que estábamos acostumbrados. A simple vista, las tareas esenciales de un catedrático siguen estando enmarcadas dentro de la *investigación*, la *docencia* y la *dirección y formación de recursos humanos*. Sin embargo, el modo en que se demanda cumplimentar cada una de estas tres áreas es tan distinto que no sería exagerado hablar de un cambio de paradigma.

El primer cambio viene de la mano de una revalorización de la docencia, lo cual implica ir mucho más allá de asignarle más tiempo y de incorporar las nuevas herramientas tecnológicas a los procesos de aprendizaje. La universidad parece recuperar su rol de «formadora», algo que se había visto opacado con la sobreestimulación de la producción de conocimiento. En la actual sociedad del saber el profesor ya no es un «manantial de sabiduría jurídico-penal», del que emanan todos los conocimientos fundamentales de los que se nutren los alumnos, sino que —atentos a la inmensa información

de calidad fácilmente accesible y cuya global aprehensión es ya imposible para cualquier docente— debe también tener la capacidad de incentivarlos y guiarlos en un proceso de aprendizaje que es parcialmente autodidacta.

Por el lado de la investigación, el cambio se aprecia más fácilmente al tomar en consideración la mayor inclinación a la práctica, la «colectivización» de la producción científica y la internacionalización. La actual universidad comienza a favorecer decididamente investigaciones que ponen a la teoría del Derecho penal al servicio del tratamiento de problemas prácticos. Ello permite sofisticar el análisis de problemas y el planteamiento de soluciones adecuadas. Semejante tendencia tiene especial fuerza también cuando prestamos atención a la «colectivización de la investigación»: allí donde la investigación deja de ser exclusivamente el producto de un único investigador y se incorporan nuevos científicos en la producción del saber, los profesores tienen incentivos para acudir a fuentes de financiamiento externo, que están dispuestas a apoyar proyectos con orientación práctica. Esto muestra además un nuevo compromiso de la universidad con el entorno social. Por su parte, hoy existen redes internacionales de investigación, que unen a penalistas alemanes y no alemanes en una verdadera relación bilateral y en las que se trabaja sin ninguna prerrogativa de nacionalidad y donde los intereses científicos comunes son el factor aglutinante. Este hito, además de cubrir la necesidad de internacionalización que demanda la actual universidad a nivel global, viene a saldar una deuda que mantiene históricamente la universidad alemana, en tanto academia «receptiva»: los extranjeros ya no vamos a Alemania solo para aprender, reproducir y adaptar sus contribuciones teóricas; también vamos a ser escuchados y a aportar.

En lo que se refiere a la dirección y formación de recursos humanos, además de fungir como motivadores y transmisores entusiastas de su arte, los profesores deben tener la capacidad de trabajar en equipo y de romper con esa imagen de verticalismo que separaba tradicionalmente a catedráticos y asistentes. Esto lleva a incorporar a los juristas jóvenes en actividades de investigación y docencia, de tal manera que vayan haciendo sus propias armas en la carrera académica.

Una vez más la actitud ante los cambios se repite como a lo largo de toda la historia: o nos escabullimos a los desafíos del tiempo y perecemos, o nos *aggiornamos* y evolucionamos. Afirmar que la academia jurídico-penal alemana está en un momento de decadencia solamente puede descansar en una mirada muy parcial de la realidad, que además solo toma en consideración la columna del «debe». Parece excesivo condenar a una de las academias más prolíferas a nivel global por el «crimen» de haber relegado a un segundo plano a la dogmática.

La comunidad de penalistas hispanoparlantes apenas ha tenido a su disposición trabajos que reflejen claramente las características del pensamiento

y de la formación de los académicos alemanes de estos tiempos de cambios. De la generación de catedráticos ya consolidados —pensamos en profesores de entre cuarenta y cincuenta años— se conocen algunas traducciones importantes, por supuesto, pero precisamente el talante de los autores y de las obras seleccionadas permite reconocer en ellos a fieles exponentes de la más tradicional, y por lo demás exquisita, dogmática germana. En esto radica parte de la relevancia del trabajo que bajo el título *Cuestiones fundamentales de la aplicación del Derecho penal* se presenta aquí. El nombre de Hans Kudlich no solo sobresale en la actual discusión jurídico-penal por su muy abundante obra, sino también, entre otras cosas, por haber desarrollado una acabada teoría general de la aplicación del Derecho penal en un contexto como el de hoy, en el que las construcciones generales brillan por su ausencia. Y lo ha hecho, como se verá enseguida, abriendo la reflexión clásica a dimensiones teóricas situadas por momentos fuera del marco común en que se ha desenvuelto la producción dogmática de cuño continental.

Hans Kudlich ocupa actualmente la cátedra de Derecho penal, Derecho procesal penal y Filosofía del Derecho en la Universidad Erlangen-Núremberg, a donde llegó en el año 2004 para suceder al profesor Dr. Joachim Hruschka. Por aquel entonces se trató de su segundo Ruf, dado que entre 2002 y 2004 fue titular de la cátedra de Derecho penal, Derecho procesal penal, Derecho penal accesorio y Teoría del Derecho en la *Bucerius Law School*, posición que alcanzó incluso antes de haber obtenido la habilitación como profesor. Y a juzgar por las decisiones tomadas en los últimos años —rechazo de las ofertas de la Universidad de Bayreuth y de la Universidad de Múnich (¡y nada menos que para suceder a Bernd Schünemann!)—, Kudlich parece haber encontrado en Erlangen su «lugar en el mundo».

En la persona y en la labor académica de nuestro autor se reflejan con claridad las exigencias que los nuevos tiempos demandan a sus profesores de Derecho en el ámbito de la investigación, la docencia y la dirección y formación de recursos humanos. Si bien —como se ve claramente en esta colectánea de artículos— sus principales áreas de investigación están asociadas a la teoría de la interpretación de la ley penal y de la imputación jurídico-penal, Kudlich demuestra en su obra una gran sensibilidad para las cuestiones prácticas, y ha sabido advertir además la necesidad de acercar las herramientas dogmáticas para resolverlas. Detrás de este enfoque está indudablemente la pretensión de mejorar la praxis mediante herramientas conceptuales sólidas y elaboradas. En este sentido, no debería sorprender a nadie que los máximos tribunales alemanes hayan seguido explícitamente en sentencias de algunos *leading cases* los puntos de vista defendidos por nuestro autor¹. Por su parte, Hans Kudlich ha sabido conjugar de manera

¹ Véase BGH, de 28 de enero de 2014 - 2 StR 495/12, f. 23; BVerfG, de 4 de septiembre de 2009 - BvR 338/09, f. 29.

tan armoniosa la investigación y la docencia, que esta última, lejos de ser la responsable de una merma en la producción científica, le permite potenciar su rendimiento y su figura como *Vollprofessor*. Ello explica también que sus textos de Parte general y Especial del Derecho penal, y también sobre Derecho penal económico, tengan tan buena recepción en los estudiantes alemanes. A ello se suma la inmensa cantidad de artículos publicados en revistas destinadas a alumnos de grado. En su incansable labor de director de trabajos doctorales, Kudlich obra bajo el convencimiento de que en espacios de cercanía, afabilidad y confianza mutua se diluyen las presiones inevitables (pero inútiles) de los procesos de formación doctoral y se logran además mejores resultados académicos. La manera más clara de ver la ruptura con el verticalismo imperante en la vieja universidad alemana es la permanente presencia de sus contribuciones en coautoría con sus asistentes y doctorandos².

También siguiendo los dictados de su tiempo, es hijo de una generación en la que la férrea pertenencia a una determinada «genealogía» académica está en retirada. De su maestro, el actual director del Instituto Max Planck de Derecho penal extranjero y comparado, el profesor Dr. h.c. mult. Ulrich Sieber, heredó un claro interés por los desafíos jurídico-penales que plantean los nuevos fenómenos tecnológicos³, aunque desde muy temprano sus líneas de investigación se apartaron notablemente de las de su *Doktorvater*. Los títulos de su tesis doctoral (*Proceso penal y prohibición general de exceso*, Duncker & Humblot) y de su trabajo de habilitación (*Favorecimiento de delitos ajenos mediante comportamientos ligados a la actividad laboral*, 2004) son un claro indicador de la autonomía del discípulo, que se vio aún más marcada cuando su desembarco en el mundo del método jurídico acabó por consumarse. Esta diferencia de intereses académicos no impide que Kudlich considere que haber conocido a Ulrich Sieber ha sido uno de los mayores golpes de suerte de su vida académica, porque vio en él lo fascinante que puede ser hacer ciencia, que ella siempre es compatible con una vida armoniosa y, además, aprendió lo feliz que puede volverse el trabajo siempre que uno forme un equipo de asistentes motivados. Estas «enseñanzas extracurri-

² Cfr. entre muchos otros, KUDLICH/NOLTENSMEIER, «Ausschluss und Befangenheit von Richtern» (§§ 22 ff.), en SATZGER/SCHLUCKEBIER/WIDMAIER (eds.), *Kommentar zur Strafprozessordnung*, 2014; KUDLICH/SCHUHR, «Versuch und Rücktritt» (§§ 22-24), en SATZGER/SCHMITT/WIDMAIER (eds.), *Kommentar zum Strafgesetzbuch*, 2009, 2.^a ed., 2014; *id.*, «Verfahren bei Festsetzung von Geldbuße gegen juristische Personen und Personenvereinigungen» (§ 444), en SATZGER/SCHLUCKEBIER/WIDMAIER (eds.), *Kommentar zur Strafprozessordnung*, 2014; KUDLICH/OĞLAKCIOĞLU, «Rechtsprechung im Spannungsfeld zwischen kurz- und langfristiger Rechtssicherheit», en SCHUHR (ed.), *Rechtssicherheit durch Rechtswissenschaft*, 2014, pp. 171 y ss.; *id.*, *Wirtschaftsstrafrecht*, 2011.

³ Basta con echar un vistazo, entre otras, a sus contribuciones al Derecho penal de internet: «Strafprozessuale Probleme des Internet. Rechtliche Probleme der Beweisgewinnung in Computernetzen», *JA 2000*, 227 y ss.; «Die strafrechtliche Verantwortung von Internet Providern. Die Änderungen des TDG durch das EGG, insbesondere aus strafrechtlicher Sicht», *JA 2002*, 798 y ss.; «Strafverfolgung im Internet», *GA 2011*, 193 y ss.

culares», tan frecuentemente menospreciadas, son las que al final del camino permiten alcanzar el éxito. Todo esto nos transmite, además, algo frecuentemente olvidado en nuestro tiempo: la sabiduría de los grandes maestros no debe ser buscada en las palabras que repiten sus discípulos, sino en el aleteo que producen cuando vuelan en libertad.

Las influencias de Kudlich pueden advertirse con facilidad en su teoría del método jurídico, mientras que no resulta tan sencillo identificar aquellos autores que más intensamente marcaron su aproximación al Derecho penal. Su estrecha amistad y colaboración científica con el gran metodólogo Ralf Christensen se remonta a sus tiempos en Würzburg como asistente científico, donde tomaron forma innumerables artículos y su segunda monografía —previa a su escrito de habilitación—, titulada *Teoría de la fundamentación judicial*⁴, todos escritos en coautoría. Por intermedio de las enseñanzas de Christensen se vio a su vez profundamente influenciado por la escuela fundada por el metodólogo alemán Friedrich Müller. Por su parte, además de la ascendencia del profesor Sieber, fueron muy importantes en los tiempos en que estudiaba Derecho las figuras de los profesores Werner Beulke y Joachim Herrmann.

Metiéndonos en el contenido del presente libro, es necesario destacar que en él se recopilan las contribuciones más relevantes realizadas por nuestro profesor de la Universidad de Erlangen-Núremberg a la teoría de la aplicación del Derecho penal. De entrada, conviene destacar que los planteamientos de Kudlich se alejan de la pirotecnia lingüística que por momentos arrecia en nuestro entorno. En ellos no se ofrecen soluciones rocamboleras ni giros sorprendivos y misteriosos destinados a obnubilar al lector: por el contrario, oficia de guía para una lectura segura bajo su compañía. El resultado es un trabajo sólido y claro, que recuerda en parte el gran avance que la técnica de Eurípides representó para el teatro griego. Como se sabe, para él lo crucial es que el espectador conozca la trama para que pueda seguirla adecuadamente, reemplazando el valor de la tensión dramática que supone la ignorancia del desenlace de la obra por la comprensión conceptual de lo representado. Que el espectador se incorpore al escenario de la representación es lo que marca a Kudlich como un genuino profesor y no como un mago.

Bajo el rótulo «teoría de la aplicación del Derecho penal» se agrupan estudios referidos al método jurídico-penal y a la imputación. Que también pueda incluirse esta última problemática —sobre todo de la imputación objetiva— bajo el paraguas de la expresión «aplicación del Derecho penal», es algo que en este momento no debería sorprendernos. Como viene señalando acertadamente desde hace ya algún tiempo Pablo Sánchez-Ostiz⁵, los pro-

⁴ *Theorie richterlichen Begründens*, 2001.

⁵ Entre muchos otros trabajos, cfr. especialmente SÁNCHEZ-OSTIZ, *La libertad del Derecho penal*, 2014, pp. 105 y ss.

blemas que la doctrina viene trabajando impropriamente bajo el *topos* de la «imputación objetiva», no son otra cosa que cuestiones de carácter interpretativo y valorativo, vinculadas a la etapa de la *applicatio legis ad factum*, y por ende no representan instancias de imputación en sentido estricto.

La primera parte del libro está centrada en una variada paleta de problemas ligados a la teoría de la interpretación de la ley penal. Dos temas clásicos, pero tan insuficientemente tratados por la doctrina como son los de la *función vinculante del tenor literal* y la *operatividad de los cánones interpretativos en la interpretación*, van a recorrer toda la primera parte al hilo de consideraciones jurídico-penales, jurídico-constitucionales, lingüísticas y filosóficas. Con todo, conviene resaltar una cuestión no menor: el punto de partida de estas aproximaciones lo representa siempre algún caso jurisprudencial. Para entender correctamente la posición de Kudlich frente a la tarea interpretativa en Derecho penal es necesario considerar que su aproximación trasciende las concepciones hermenéuticas y toma como núcleo de su construcción la distinción —que en las últimas décadas ha sido más frecuentada por la tradición analítica, y en Alemania especialmente por Friedrich Müller— entre las dimensiones de la semántica y la pragmática. Frente a ella, la concepción de Kudlich favorece abiertamente la segunda, dando relevancia a los contextos de uso de los términos en la asignación de significados⁶.

En efecto, entiende que en la interpretación la semántica puede y debe representar el punto de partida, debido a que existe aquí un componente de significados relativamente seguro y porque además no puede estarse discutiendo permanentemente sobre el significado de cada concepto. Sin embargo, la pragmática recuerda que los diccionarios tampoco son códigos lingüísticos y que, por ende, los intérpretes siempre tienen sobre sus espaldas la carga de justificar una determinada comprensión o la afirmación del uso de una determinada palabra, allí donde el significado se ve envuelto en una disputa. Abreviadamente, podría decirse con Wittgenstein: el significado es la regla del uso, y por ello no es posible una semántica estable sin una fundición con la pragmática. Ello pone sobre el tapete que Kudlich adoptaría una posición sobre la actividad interpretativa intermedia respecto a las concepciones *lingüísticas* y *materiales* del Derecho⁷.

Semejante concepción tiene inevitablemente consecuencias directas sobre el funcionamiento de los cánones interpretativos y sobre la sujeción del tenor literal. Frente a la liviana (aunque extendida) comprensión de que el denominado canon literal (y lo que quiera ello significar, algo de lo que los penalistas no nos hemos ocupado seriamente, pese a su importancia)

⁶ Sobre esta cuestión, extensamente CHRISTENSEN/KUDLICH, *Theorie richterlichen Begründens*, 2001, pp. 128 y ss., 174 y ss., 361 y ss.

⁷ Sobre estas concepciones del Derecho, cfr. GARCÍA AMADO, *Doxa* (24), 2001, pp. 86 y ss.

es necesariamente «el» referente, Kudlich postula que ningún canon interpretativo tiene prioridad sobre los restantes. En realidad, cuál sea el canon triunfante frente a los restantes no es algo definido *a priori*, sino algo que se define mediante un proceso argumentativo en el que participan diversos factores⁸. Todo este complejo trabajo argumentativo que obliga a considerar los diferentes contextos de uso de los conceptos es a la vez lo que permite acabar delimitando el ámbito de aplicación de la norma, esto es, el tenor literal. Aquí se aprecia con claridad también la influencia que recibe Kudlich de Ralf Christensen: en definitiva, la decisión judicial (y concretamente la labor interpretativa) se ve envuelta en una paradoja⁹, pues aquello que representa el límite a la interpretación solamente puede ser alcanzado una vez que se concluye con el proceso de intelección del enunciado.

La segunda parte del libro condensa sus contribuciones a la teoría de la imputación, aunque mirados sus artículos más de cerca, el conjunto permite ofrecer un buen panorama de la posición del autor frente a diversos y relevantes temas de la teoría del delito. Así, esta parte reúne contribuciones relativas a la «imputación» objetiva y subjetiva, a la autoría y participación, e incluso aparecen estudios sobre responsabilidad penal de las personas jurídicas y en contextos del denominado *Vorverschulden*. Como el propio Kudlich comenta en su introducción, no pretende con estos artículos dar cuenta de una teoría acabada sobre su concepto del hecho punible, sin embargo, sí ofrecen al lector una buena panorámica de sus tomas de postura en los principales temas de la teoría del delito.

A partir de una lectura profunda de este grupo de estudios el lector podrá advertir como primera cuestión que Hans Kudlich toma como punto de partida de sus principales reflexiones dogmáticas una determinada concepción del injusto. Defiende una conexión entre los elementos objetivos y subjetivos para la fundamentación del injusto y además ahonda en la necesidad de conectar más intensamente la estructura de los delitos dolosos e imprudentes. En este contexto, comprende que estas clases de delitos comparten una misma estructura objetiva y lo que en definitiva marca la diferencia es el lado subjetivo, y de ahí que lance la propuesta de que para el análisis de la configuración global de la tipicidad sea necesario partir de la realización del tipo subjetivo. Especialmente en el terreno de los delitos imprudentes formula enriquecedores planteamientos que permiten comprender mejor el papel que cumple la lesión de normas especiales para la fundamentación del injusto. Igualmente, en el ámbito de la participación su contribución titulada «Hospitalidad tirolesa también para el dinero alemán» —en la que plasma

⁸ Esta distinción fundamental subyace a la clasificación de interpretaciones como posibles y óptimas, cfr. MONTIEL, *Grundlagen und Grenzen der Analogie in bonam partem im Strafrecht*, 2013, pp. 29 y ss.

⁹ CHRISTENSEN, en MONTIEL (ed.), *La crisis del principio de legalidad en el nuevo Derecho penal: ¿decadencia o evolución?*, 2012, pp. 127 y ss.

un muy breve resumen de las tesis principales de su escrito de habilitación— realiza afirmaciones de gran interés para la teoría de la participación: ofrece criterios de medición de la «neutralidad», pero también plantea la necesidad de una graduación de las formas de participación. En este punto, si el lector se toma el trabajo de unir las diferentes conclusiones a las que llega Hans Kudlich podrá observar que, bajo el ropaje de la «aplicación del Derecho penal», se presenta un conjunto de artículos ricos en sustancia para discutir sobre los principales temas de la teoría del delito.

Seguramente, la manera más honrada y respetuosa de dar la bienvenida a este libro que hoy se presenta no sea mediante una genuflexión acrítica de las tesis defendidas. Nos animamos a aventurar que la penalística de habla hispana se verá tentada a rebatir muchos de los puntos de vista defendidos por Hans Kudlich en cuestiones interpretativas y de «imputación». Así, y a guisa puramente ilustrativa, su concepción del tenor literal y algunas consideraciones del funcionamiento de los cánones interpretativos, del mismo modo que su visión sobre la estructura del injusto de los delitos imprudentes, de seguro levantarán polvo. Todo esto no hace más que remarcar lo evidente: el libro que se presenta nos ofrece enjundioso material para «entretenernos» con discusiones profundas sobre el método jurídico-penal y la teoría del delito. Sin pretender adelantar contenido de los textos, hay una cuestión que debe remarcarse, más allá de lo discutibles y eventualmente polémicas que puedan resultar algunas de las tesis defendidas en el terreno del método, el nivel al que Kudlich eleva el análisis de los problemas interpretativos es absolutamente encomiable. Y, podemos agregar, refrescante. Lo es, en buena medida, porque en cuanto se aleja de las versiones hermenéuticas más al uso en la tradición continental, aporta una mirada que resulta en este ámbito novedosa e incisiva, ofreciendo de paso un intento no solo agudo sino que también original y sofisticado por poner a la teoría de la interpretación de la ley penal en el primer plano que debiera ocupar en cualquier construcción metodológica.

Quisiéramos expresar nuestro agradecimiento a los prestigiosos profesores que se sumaron al cuerpo de traductores. Su experiencia y dominio del alemán han hecho el trabajo de edición mucho más grato y llevadero de lo que suele ser en este tipo de libros. La deuda es especialmente intensa con Vicente Valiente, quien (como siempre) demostró una enorme generosidad y seriedad para ayudar con algunos problemas que surgieron en el proceso. Igualmente quisiéramos dar las gracias a Sergio Ureña, asistente de investigación, por su gran ayuda en la revisión de estilos, ejecutada con el perfeccionismo y la laboriosidad que lo caracterizan. También agradecemos a las diferentes editoriales alemanas que cedieron los derechos para la publicación de los artículos en su versión española.

De modo especial, queremos dar las gracias a nuestro querido maestro, el profesor Dr. h. c. mult. Jesús-María Silva Sánchez, por mucho más que el

haber destinado parte de su valiosísimo (y escaso) tiempo a mirar el texto completo, a hacer comentarios y a escribir el prólogo.

Adenda

Haber conocido a Hans Kudlich ha sido uno de los acontecimientos más afortunados de mi vida (personal y académica), y ello ha sido gracias a ese «olfato» tan afinado que caracteriza a Jesús Silva en su lectura de la academia jurídico-penal. Muchas veces sus discípulos y admiradores nos quedamos con su extraordinaria producción científica y magisterio, olvidando esa capacidad notable de saber leer (y prever) la academia. Fue justamente el profesor Silva quien, ante mi búsqueda de un «maestro alemán», me recomendó enfáticamente contactar a Kudlich. Y lo hizo, luego de elogiar a Hans, con la siguiente frase: «Erlangen es una ciudad fea, pero te van a tratar muy bien».

Esta frase de mi maestro me acompañó los años siguientes de mi vida, en los que esa pequeña ciudad de Franconia me tuvo asiduamente como visitante, primero solo y luego con mi familia. La imagen de Hans Kudlich estará siempre asociada a infinidad de momentos de enorme felicidad y a momentos trascendentales de mi vida académica, en los que recibí de él valiosas enseñanzas sobre la teoría del delito y la teoría del método, pero sobre todo la sabiduría de vivir armónicamente y de encontrar en el trabajo un lugar de gozo y diversión, a partir de cultivar grupos humanos *emocionalmente saludables*. Al margen de mi interés académico en que el mundo del Derecho penal hispanoparlante aproveche en su lengua las contribuciones de uno de los penalistas alemanes más importantes de esta generación, en la edición de esta obra me movió fuertemente mi afán por expresar mi agradecimiento a Hans Kudlich por sus enseñanzas, por su incondicional amistad, por su gigantesca generosidad y por haberme abierto lugares en la academia alemana a los que pocas personas pueden acceder.

Al cerrar estas notas viene a mi mente automáticamente una imagen de mis primeras entrevistas con Kudlich en Erlangen: yo escuchaba atentamente cómo él iba desarrollando agudamente su visión sobre los efectos *in malam partem* de las causas supraleales de justificación, mientras su mano regordeta se escabullía ágilmente en un gran tarro de *Gummibärchen*. Una imagen que me visita constante y me llena de nostalgia, pero además retrata a la perfección la personalidad del profesor Hans Kudlich, tan cercano a aquel *Claus*, pero tan hombre de su tiempo. Y aquí vuelve la frase de Jesús Silva, aunque necesariamente reformulada por lo que me dicta el corazón y la experiencia: «Erlangen es una ciudad preciosa y encima te van a tratar muy bien». ¡Y vaya que ha sido así!

INTRODUCCIÓN*

Según una metáfora empleada asiduamente, el Derecho penal representa la espada más afilada de todas las injerencias dispuestas por el Estado sobre los ciudadanos. De ahí que su aplicación deba tener lugar de una manera especialmente cuidadosa e intersubjetivamente comprensible. Por ello, incluso en mayor medida que en otras ramas del Derecho, es necesario llevar a cabo la subsunción bajo una norma del Derecho penal de una manera que resulte correcta desde el punto de vista del método, pero que al mismo tiempo también tome conciencia de cuáles son los límites del método jurídico, impuestos mediante la redacción de los textos legales en el medio del lenguaje natural. Desde otro ángulo, es necesario precisar también cómo puede ser garantizada la racionalidad del proceso interpretativo cuando se ha desistido de la ilusión de una determinación suya mediante la semántica del texto de la ley. Todas estas reflexiones rigen por supuesto también fuera del Derecho penal y en esta medida son de interés general para la teoría del método jurídico. Sin embargo, son importantes justamente para el Derecho penal porque la especial gravedad de las injerencias que representan sus sanciones debe corresponderse también con un especial cuidado en la verificación de sus presupuestos, y porque también el método jurídico está al servicio, en definitiva, de la realización del programa del principio de legalidad¹ en su manifestación de «*nulla poena sine lege*». De ahí que diferentes textos sobre la interpretación (algunos desde una perspectiva general, otros enfocados especialmente en el Derecho penal) conformen una parte de las contribuciones que se publican aquí. En este sentido, los textos también deben ofrecer un panorama general sobre mi visión en el ámbito de la teoría del método y de la teoría del Derecho, la que por cierto se halla influida por la obra de mi amigo Ralph Christensen (razón por la que también se publican aquí dos textos que hemos escrito en coautoría). Además, en esos textos me he esforzado, entre otras cosas, por hacer fructíferas reflexiones procedentes de la

* Traducción a cargo de Juan Pablo MONTIEL.

¹ Cfr. sobre el principio de legalidad en el Derecho penal, desde diferentes perspectivas, las contribuciones en KUDLICH/MONTIEL/SCHUHR (eds.), *Gesetzlichkeit und Strafrecht*, 2012, publicado por Duncker & Humblot [o en su versión en español, MONTIEL (ed.), *La crisis del principio de legalidad en el nuevo Derecho penal: ¿decadencia o evolución?*, 2012, publicado por Marcial Pons en esa misma colección].

filosofía del lenguaje a partir del giro pragmático. Sin embargo, estos textos también deben ser entendidos como la expresión de mi modo de pensar el Derecho penal, debido a que, a partir de ideas realistas sobre la capacidad de rendimiento del lenguaje natural, una observación exacta de los procesos interpretativos, al igual que el esfuerzo por una racionalización de los resultados de la interpretación, representan instrumentos relevantes para limitar el ejercicio del poder estatal mediante el Derecho, algo que se necesita especialmente en el ámbito del Derecho penal.

Sin embargo, de manera más intensa que lo que sucede en otras ramas del Derecho, en el Derecho penal no se trata únicamente de asegurar el seguimiento de reglas abstractas de comportamiento, sino también de fundamentar el reproche de una lesión imputable de bienes jurídicos. Por ello, la aplicación de las normas penales, formuladas frecuentemente a partir de los denominados delitos de resultado, está marcada en buena medida por reflexiones relativas a la imputación. De este modo, la teoría de la imputación y sus cuestiones específicas pueden entenderse en general como parte de la interpretación de los tipos penales, es decir, vinculadas con exigencias principalmente no escritas relativas a la causalidad y la imputación. Empero, justamente la falta de escritura permite diferenciar la teoría de la imputación de las reflexiones tradicionales sobre la interpretación. Dicha teoría, en efecto, aparece menos fundamentada en las posibilidades de significado y de sujeción de los textos normativos, y, al contrario, siempre representa el intento de construir un sistema aplicable a mayor escala. Con todo, los textos aquí seleccionados no conforman el bosquejo de una teoría autónoma de la imputación, sino que mayormente aparecen resaltados distintos problemas individuales, interesantes en cierta medida para la praxis y la academia.

A primera vista ocupan un lugar ciertamente especial las contribuciones «La justicia en la jurisprudencia del Tribunal Supremo Federal» y «*Compliance* mediante la punibilidad de asociaciones». Ahora bien, desde una mirada más rigurosa, ellas se vinculan también a los dos grandes campos temáticos (y su inclusión no responde simplemente a querer completar una muestra de mis áreas de interés)²: la apelación a la «justicia» necesariamente debe ser vista en contexto junto a otros esfuerzos interpretativos (y así junto a la teoría del método), debido a que la advertencia de este principio central debe ayudar a asegurar los resultados de la interpretación. En cambio, la cuestión relativa al castigo de asociaciones gira esencialmente en torno al

² En todo caso, ambos artículos son en cierto modo ejemplares por otros motivos: la aproximación «empírica» a la pregunta por la justicia sobre el análisis del contenido de los textos de las sentencias presenta paralelos con la monografía escrita conjuntamente con Ralph Christensen sobre la argumentación del *Bundesgerichtshof* en materia penal. El texto sobre la punibilidad de las asociaciones, a su vez, se deriva del libro del primer proyecto de investigación de CRIMINT, que en los últimos años ha tenido para mí un papel importantísimo.

problema de cómo y con qué mecanismos pueden ser imputados resultados de lesión que están originados en una pluralidad de personas.

Este librito no habría podido aparecer sin el gran y desinteresado trabajo de diferentes colegas, quienes han hecho un gran trabajo y un gran esfuerzo en las traducciones. A ellos no solo les agradezco inmensamente, sino que también les expreso mi mayor respeto. Pero un agradecimiento muy especial le debo a mi querido amigo Juan Pablo Montiel y a mi colega Juan Pablo Cox Leixelard, quienes han dado el empujón a esta colectánea, la han coordinado y han controlado las traducciones, del mismo modo que han asumido la completa edición. De este modo, veo en este libro no solamente la posibilidad de poner a disposición de los muchos interesados en la dogmática jurídico-penal alemana en el mundo hispano-parlante algunos textos que pueden leer en su lengua materna (pese a que muchos de ellos dominan el alemán con un nivel que a nosotros solo puede ruborizarnos), sino también un recuerdo permanente del hermoso tiempo y de las experiencias compartidas en los últimos diez años junto a Juan Pablo Montiel, así como también (ojalá) otra piedra en los cimientos de lo que le depara el futuro a nuestra amistad.

Hans KUDLICH
Erlangen, abril de 2017

PRIMERA PARTE
**ESTUDIOS SOBRE EL MÉTODO
JURÍDICO-PENAL**

«REGLAS DE LA GRAMÁTICA», INTERPRETACIÓN GRAMATICAL Y LÍMITES DEL TENOR LITERAL*

1. INTRODUCCIÓN

Casi de manera espontánea se asocia al nombre de Ingeborg Puppe con la mayoría de las discusiones más profundas sobre la dogmática general del Derecho penal. Concretamente, tanto la causalidad como la teoría de la imputación (con especial relevancia también del concepto de resultado en el Derecho penal)¹ han sido tratadas por la homenajeadora no solo en numerosas contribuciones individuales, sino también en el comentario previo al § 13 del *Nomos-Kommentar*, así como en interesantes monografías² dirigidas fundamentalmente a estudiantes, aunque también a los teóricos del Derecho penal. Sin embargo, la obra de Puppe no se limita solo a estas cuestiones, sino que además tiene por objeto detallados y agudos análisis sobre cuestiones de la Parte especial (por ejemplo, sus comentarios a los delitos de falsificación de moneda y falsedad documental en el *Nomos-Kommentar*), o sobre metodología jurídica (sin olvidar en los últimos tiempos su *Kleine Schule des juristischen Denkens*). Estas dos submaterias, la «Parte especial del Derecho penal» y la «metodología jurídica», son mencionadas simultáneamente ya que tradicionalmente los elementos de los tipos penales de la Parte especial son objeto de una intensa interpretación que se sirve de los cánones propios de la metodología jurídica, como una especie de piedras de toque para el cumplimiento del principio *nulla poena* del art. 103, II GG y del § 1 StGB, estrechamente vinculado con el tema de la interpretación³.

* Traducción del original «Regeln der Grammatik», grammatische Auslegung und Wortlautgrenzen», en PAEFFGEN *et al.* (eds.), *Strafrechtswissenschaft als Analyse und Konstruktion. Festschrift für Ingeborg Puppe*, Berlin, Duncker & Humblot, 2011, pp. 123 y ss., a cargo de Vicente Valiente Iváñez. El traductor agradece a Juan Pablo Montiel los comentarios a la presente traducción.

¹ Cfr. KINDHÄUSER/NEUMANN/PAEFFGEN (eds.), *Nomos-Kommentar zum StGB-PUPPE*, 4.^a ed., 2013, Vor § 13 nm. 62 y ss.

² Cfr. PUPPE, *Die Erfolgszurechnung im Strafrecht*, 2000; y en *id.*, *Strafrecht Allgemeiner Teil im Spiegel der Rechtsprechung*, vol. I, 2.^a ed., 2011.

³ Cfr., por ejemplo (en diferentes contextos), KREY, *JZ* 1978, 361, 363; KUDLICH, *Strafprozeß und allgemeines Mißbrauchsverbot*, 1998, pp. 116 y s.

Si bien es cierto que la interpretación *lege artis* es de una importancia extraordinaria para todo el Derecho penal, además de ser exigida acertadamente por el art. 103, II GG⁴, es evidente, no obstante, que en el ámbito de las estructuras generales de imputación —con frecuencia no escritas— las exigencias de determinación de una regulación legal deben ser menores debido a la inmensa variedad de casos a enjuiciar; así, frente a una eventual ampliación de los mecanismos de imputación, será menos probable que pueda negarse una aplicación del derecho *praeter legem*⁵ *in malam partem*. Ello se advierte con mayor claridad si se acude a la sofisticada dogmática de la autoría mediata⁶, junto con los casos especiales del «autor detrás del autor»⁷, cuya conexión normativa con el StGB solo comprende, en el fondo, las palabras «por medio de» [*durch*] conforme al § 25, I StGB. O dicho de otro modo: mientras que el Derecho penal general trata fundamentalmente de la creación de categorías sistemáticas, la delimitación del caso concreto representa el centro de interés de la Parte especial.

La presente contribución tiene por objeto una de esas frecuentes «circunscripciones al caso» de la Parte especial, a las que se ha dedicado de manera especial la homenajeada en el marco de sus comentarios. El motivo de ello tiene que ver no solo con el hecho de que la profesora Puppe haya influido en la conformación de una doctrina en este ámbito, especialmente en el delito de falsificación de medios de pago (§ 152b StGB)⁸ (al menos durante un cierto periodo de tiempo, hasta que se presentó una decisión contraria por parte del BGH), sino también con el hecho de que mediante esta cuestión queda planteado un problema interpretativo fundamental (aunque probablemente con una relevancia práctica muy limitada en el caso concreto), que nos devuelve a las raíces de la prohibición de la analogía y del límite del tenor literal.

⁴ Sobre la problemática, en detalle, cfr. JÄHNKE, «“Zur Frage der Geltung des, nullum-crimen-Satzes” im Allgemeinen Teil des Strafgesetzbuches», en GEIS/NEHM/BRANDNER/HAGEN (eds.), 2000, pp. 393 y ss.; KUDLICH, *Die Unterstützung fremder Straftaten durch berufsbedingtes Verhalten*, 2004, pp. 260 y ss.

⁵ Según reiterada jurisprudencia del BVerfG y la doctrina dominante, la prohibición de analogía (mandato de *lex stricta*) del art. 103, II GG no se limita a las analogías en sentido técnico, sino que comprende toda aplicación de la ley que va más allá del tenor literal en perjuicio del acusado, cfr. BVerfGE 71, 108, 115; 92, 1, 12, 16; ulteriores referencias en LAUFHÜTTET/RISSING-VAN SAAN/TIEDEMANN (eds.), *Leipziger Kommentar zum StGB-DANNECKER*, 12.^a ed., 2007 (vol. 1), § 1, nm. 245.

⁶ Cfr. en detalle, LAUFHÜTTET/RISSING-VAN SAAN/TIEDEMANN (eds.), *Leipziger Kommentar zum StGB-SCHÜNEMANN* (nota 5), § 25, nm. 60 y ss.; resumidamente, VON HEINTSCHEL-HEINEGG (eds.), *StGB-KUDLICH*, 2013, § 25, nm. 19 y ss.

⁷ En detalle, LK-SCHÜNEMANN (nota 5), § 25, nm. 89, 97 y ss., 122 y ss.; VON HEINTSCHEL-HEINEGG-KUDLICH (nota 6), § 25, nm. 31 y ss.

⁸ Cfr. con más detalle las referencias en las notas 10 y 11.