

Recensión a FRIEDRICH-CHRISTIAN SCHROEDER: *Fundamentos y dogmática penal*. Editorial Ad-Hoc, Buenos Aires, 2013. 265 páginas.

DIEGO GONZÁLEZ LILLO

Ayudante de Derecho Penal

Universidad de Valparaíso (Chile)

A despecho de ocupar un sitio de privilegio en la actual discusión jurídico-penal alemana, y de su prolífica contribución en distintos argumentos de la disciplina, es ésta la primera obra de Friedrich-Christian Schroeder que ve la luz en nuestro idioma. No es casual, en consecuencia, que el volumen ofrecido lo componga una amplia colección de estudios, de las más diversas materias, y que son fruto de la vasta trayectoria investigativa del profesor de la Universidad de Regensburg. La victoria del presente aporte, sin embargo, la comparte con sus jóvenes colaboradores y colegas hispanoamericanos, ocupados de escoger y traducir los artículos en que se organiza el libro, además de introducir algunas interesantes notas.

Pues bien, la obra incluye dieciséis publicaciones en las que el célebre discípulo de Reinhart Maurach somete a revisión distintos problemas pertenecientes a las teorías del delito y de la pena, otros a la Parte especial, y algunos ensayos de corte histórico-jurídico, procesal penal, y de Derecho comparado, ordenándose todos los cuales bajo el lacónico pero atractivo título *Fundamentos y dogmática penal*.

En procura de concisión, y atendida la imposibilidad de cifrar nuestra atención en análisis particulares, sólo daremos una noticia general de los estudios.

La compilación debuta con un escrito titulado *Sobre la punibilidad de los homicidios por encargo del Estado*, el cual discurre sobre la responsabilidad de quienes ejecutaron disparos mortales en el muro

mientras existió la República Democrática Alemana. No obstante tratarse de un asunto que en su día animó la inquietud de muchos especialistas, nuestro autor se preocupa, casi en forma exclusiva, de reaccionar contra Jakobs y su propuesta de «condiciones básicas para la admisibilidad de penalización». Particularmente convincentes nos resultan los pasajes en que rechaza una supuesta inimpunitabilidad de los acusados basada en el infundado pretexto de que éstos no serían sino meros seguidores de una política, pues —como razonadamente aduce— ello importaría admitir que el Derecho penal rinde sus armas justo frente a organizaciones delictivas de gran escala (cfr. p. 35).

Sin duda, uno de los principales méritos de la colección es que, precisamente por no tratarse de un manual con pretensiones integrales, mas tampoco de una monografía circunscrita a un tema específico, hace propicia la inclusión de estudios de muy diversa índole, sobre materias que, además, son excepcionalmente exploradas. Así, encontramos *La interpretación normativa*, opúsculo en que Schroeder acomete al examen de un quinto método hermenéutico, arraigado tanto en el verbo doctrinal como jurisprudencial, y, sin embargo, en parangón con los demás cánones clásicos, objeto de mezquina preocupación científica. Logra descifrar al menos cinco posibles sentidos para la expresión «normativo», enlistando, acto seguido, una plétora de casos en los que recibiría aplicación el mentado criterio, aunque —en nuestro sentir— más de alguno de los ejemplos que cita envuelve orientaciones eminentemente teleológicas. En la misma línea podemos ubicar *Desafortunadas metáforas en el Derecho penal*, donde abomina del empleo irreflexivo de ciertos recursos alegóricos diseminados por doquier en la Ciencia penal, que, lejos de inofensivos lugares comunes, pueden atentar seriamente contra el recto entendimiento de la naturaleza y los fines del Derecho punitivo.

Más adelante, en *Entre la intención y el dolo eventual*, emprende la espinosa labor de demarcar el dolo eventual «hacia arriba», o sea, sus deslindes con el dolo directo. En lo medular, indaga la posibilidad de compaginar el dolo eventual con circunstancias anteriores o simultáneas a la acción. Respecto de éstas, según el juicio general de la doctrina germana, sólo cabe hablar de certeza, descartándose la intención. Nuestro autor parece compartir este aserto, no sin la reserva de una urgente precisión: únicamente existirá dolo eventual cuando tales circunstancias sean representadas por el agente como meramente posibles, y no así cuando constituyan la motivación de su actuar.

Posteriormente, en *El rayo como instrumentos de asesinato: un recorrido por 145 años de la ciencia del Derecho penal*, y en *La llamada disminución del riesgo*, revisa algunas de las tesis ofrecidas en la Dogmática tudesca para resolver dos problemas de distinto cariz, pero unidos por la raíz común de haber surgido como «delitos de manual». Pese a que ambas son investigaciones de amable lectura e incuestionable interés científico, en la primera el jurista sólo hace un raudo repaso de posturas —entre ellas, la propia— acerca de las incógnitas que plantea para el homicidio el aprovechamiento de las fuerzas de la naturaleza; en la segunda, en cambio, inquiere con mayor detención un caso de imputación objetiva, asaz frecuente y complejo, esto es, aquel en que el hechor, mediante la realización de la conducta descrita en el tipo, en vez de desfavorecer al paciente, reduce el peligro al que se exponía inicialmente. Ante este nebuloso panorama, Schroeder propone decididamente que «disminución del daño» y «disminución del riesgo» no son por necesidad expresión de una misma idea, y que antes de dar con una respuesta, debe esclarecerse si la producción de un menoscabo puede sin más ser saldada con aquel que se evitó, asignando para estos fines un rol crucial al consentimiento presunto.

Por no albergar temor de enfrascarse en debates de difícil solución, puede apreciarse en la obra de Schroeder una singular disposición a ofrecer, una y otra vez, personales posiciones con entera prescindencia del parecer dominante. Así ocurre en *La imprudencia como reconocibilidad de la realización del tipo*, cuando patrocina dicho criterio en tanto único elemento constitutivo de la culpa. No obstante, en rigor, esta defensa se expresa esencialmente en una severa crítica a la ya clásica fórmula de la lesión a un deber de cuidado, tachándola de «ser producto de un desarrollo defectuoso, que además de resultar intrascendente, trajo aparejado claras desventajas para la noción de la imprudencia» (p. 130). En nuestro concepto, la principal disfunción denunciada es la de haber vuelto necesaria la creación de alambicadas construcciones —como la prueba de una conducta alternativa hipotética— para impedir eventos de punibilidad indeseada; según el autor, este rodeo podría evitarse si se recurriese sólo a la idea de reconocibilidad. Algo similar se puede apreciar en *Colaboración al suicidio y homicidio a petición*, estudio en que se ocupa de justificar la normativa alemana, que conduce a la impunidad del primero y la punición del segundo. Tras pasar revista y desestimar las principales opiniones vertidas en su medio, Schroeder propone una interpretación teleológica, construida desde una mirada atenta a los motivos de la ley, para terminar concluyendo que «la decisión sobre la muerte es tan existencial que no admite

una liberación de su ejecución a otro» (p. 215). En *Las tres formas del constreñimiento* nuevamente se guarda de seguir la vertiente principal al momento de dilucidar si acaso la coacción sólo admite el empleo de vis compulsiva o, si por el contrario, también queda comprendida la vis absoluta. Para estos efectos, Schroeder identifica un trinomio de modalidades que puede asumir aquélla, de cada una de las cuales resultarían distintos medios de imposición, con lo cual —como el autor señala— el análisis se despliega de manera inversa a la seguida por la doctrina mayoritaria, que ha puesto mayor atención en la determinación de los medios que en sus resultados.

En seguida, en *La posesión como hecho punible*, aborda temas relativos al fundamento y las distintas categorías de esta clase de delitos, las objeciones dogmáticas con que han tropezado, amén de las dificultades sistemáticas que traen consigo. Sobre este último aspecto, especial atención reclama la caracterización de la posesión como estado, y su consecuente desapego de los conceptos tradicionales de acción y omisión.

Con toda seguridad, serán de aprecio del lector los preludios históricos y comparados. Así se observa, por ejemplo, en *La legítima defensa como indicador de posiciones políticas básicas*, al explicar cómo este instituto —el principio de proporcionalidad, en definitiva— se ha manifestado históricamente en modalidades antitéticas, toda vez que se funda en políticas centrales de corte reduccionista —como el liberalismo o el Estado policial—, arrastrando así consecuencias que se dejan sentir palmariamente en la legítima defensa de terceros. Otro tanto sucede en *Punibilidad y responsabilidad*, donde, sirviéndose de precisas referencias históricas y comparadas, contrapone ambos conceptos dogmáticos fundamentales, en el entendido de que la estructura del lenguaje jurídico-penal no está —como ningún otro, agreguemos— ontológicamente determinada, y, por consiguiente, es fuente impercedera de conflicto.

En feliz armonía con el variado contenido de la obra, *La renuncia a la sanción en el Derecho penal alemán* constituye una reflexión en torno al abandono anticipado a la formulación de la acusación penal, en la que el autor por diversos motivos niega que semejante facultad comporte una contravención a los postulados de prevención general, cual sostienen otros penalistas. Con todo, la elocuencia de su tesis parécenos debilitarse seriamente cuando cerca del final hace recomendación de este instrumento sólo bajo la inesperada condición de algo indemostrable, a saber, que «el personal de justicia demuestre, a largo plazo, una ética profesional satisfactoria» (p.185).

Mención aparte merecen *El salto del autor detrás del autor de la teoría a la práctica* y *El salto del autor detrás del autor al otro lado del Atlántico*, dos artículos que versan sobre un tema que conforma buena parte del legado científico de Schroeder. En el primero de ellos comenta cómo es que —casi treinta años después de la publicación de su tesis doctoral— el Tribunal Supremo Alemán terminó por reconocer autoría mediata en una acción de completa responsabilidad del instrumento, tras condenarse en calidad de autores al personal jefe de la República Democrática Alemana respecto de los disparos efectuados contra personas que cruzaban el muro, aun cuando quienes ejecutaron tales órdenes ya habían sido castigados en dicha condición. Asimismo, reafirma su criterio de la «consabida disposición al hecho por parte del ejecutante» como elemento fundante de la autoría del hombre de atrás, y su lógico divorcio con la idea de «fungibilidad del instrumento», ofrecida por Roxin casi coetáneamente con él. En tanto, en el segundo estudio mencionado, celebra la aplicación que hubo de recibir su teoría con motivo de sancionar la conducta del antiguo presidente Fujimori respecto de las matanzas de contradictores políticos fraguadas por él, pero concretadas por comandos especiales del servicio secreto del Estado peruano.

El compilado cierra con *La revolución del derecho penal sexual (1992-1998)*, trabajo en el cual, más que en exponer técnicamente el contenido de tales reformas, Schroeder se empeña en descubrir cuáles son los motivos que las han dictado y, de paso, denunciar el recrudecimiento punitivo que en algunos casos éstas han dejado tras de sí. Así, pues, se sirve de una revisión histórico-contemporánea de distintos patrones culturales que han intervenido en el entendimiento de la violación, para demostrar cómo los cambios en dichas consideraciones sociales disponen por necesidad una transformación del sentido y los destinatarios de la protección penal. De este modo, llega a concluir que el delito citado es por estos días perfectamente neutral en cuanto al sexo del sujeto pasivo. Ejercicio parejo despliega respecto del fortalecimiento de la protección penal de los minusválidos y de los menores.

Como es de apreciar, pese a la sugestiva rúbrica, el volumen no pretende asumir una vocación presuntuosa. En este sentido, la prolijidad en la selección de los estudios publicados, su correcta traducción y, en especial, el carácter deliberadamente heterogéneo de los argumentos tratados, permiten tener por sobradamente cumplido su objetivo central, esto es, poner al lector hispanohablante en contacto con los rasgos capitales del pensamiento del autor. Se comprenderá, entonces, que la pieza representa un enorme aporte para el desarrollo científico de nuestro medio, y que iniciativas similares serían objeto del mismo agradecimiento.

