

## Editorial

# CONGRESO SOBRE LA OBRA DE JESÚS-MARÍA SILVA SÁNCHEZ

(WURZBURGO, 29 Y 30 DE JULIO DE 2022)

Leandro DIAS (Universität Würzburg) y Lucila TUÑÓN (Universität Würzburg)

---

La historia de la ciencia del derecho penal en Latinoamérica y España se caracteriza por una recepción y desarrollo ulterior de la dogmática jurídico-penal alemana. Este proceso que está en movimiento desde hace más de un siglo ha tenido diferentes protagonistas y entre ellos se ha destacado en las últimas décadas el Prof. Jesús María SILVA SÁNCHEZ (Universitat Pompeu Fabra). A través de sus numerosas investigaciones, reconocidas en los últimos años p. ej. por la Fundación Alexander von Humboldt (Research Award 2018), él ha contribuido decisivamente a fortalecer los lazos científicos entre Alemania y el mundo hispanohablante.

Con el fin de continuar este camino de intercambio académico, el Prof. Eric HILGENDORF (Würzburg), en colaboración con el Prof. Luis Emilio ROJAS (Universidad Alberto Hurtado), organizó entre los días 29 y 30 de julio de 2022 en la Universität Würzburg una conferencia en la que diez penalistas analizaron críticamente las contribuciones de SILVA SÁNCHEZ. Estas últimas fueron divididas en diez ejes temáticos constituidos por alrededor de tres publicaciones del homenajeado cada uno. Además de los conferencistas, el evento contó con la moderación de la Prof. Liching Chang (National University of Kaohsiung), así como con la participación de decenas de académicos de Alemania, China, España, Latinoamérica y Taiwán.

El día 29 de julio inauguró el evento el Prof. HILGENDORF con una conferencia sobre el rendimiento y el método de la ciencia del derecho penal. Él contrapuso la concepción valorativa del derecho penal de SILVA SÁNCHEZ con una tendente a las descripciones de hechos y a la limitación del uso de valoraciones. También planteó dudas respecto de la utilización de conceptos jurídicos indeterminados como “normatividad” y brindó una serie de pautas metodológicas para desarrollar una buena dogmática del derecho penal. Entre estas últimas se destacó la necesidad de tener en cuenta en mayor medida los estudios empíricos al evaluar distintas propuestas jurídicas. Esto fue analizado expresamente por el Prof. SILVA SÁNCHEZ en la ronda de discusión, quien señaló que uno de los objetivos de la ciencia del derecho penal es el de encontrar un equilibrio entre consideraciones

empíricas y valorativas. De todos modos, señaló que estas últimas deben ser tenidas debidamente en cuenta y no suprimidas sin más. Los enunciados valorativos que subyacen al derecho penal serían ni más ni menos que la expresión de ideas que vienen desarrollándose desde hace siglos y que forman parte del acervo indisponible del pensamiento “occidental”.

La segunda conferencia del día estuvo a cargo de Leandro DIAS (Würzburg) y se centró en la relación entre imputación objetiva y causas de justificación. Él desarrolló las ideas de SILVA SÁNCHEZ sobre legítima defensa contra terceros que contribuyen a una agresión y sobre comportamientos neutrales que excluyen la relación de imputación objetiva. Estas fueron aplicadas, a modo de prueba de fuego, al ámbito de la guerra desde una perspectiva individualista: la guerra (justa) como legítima defensa individual a gran escala frente a una agresión antijurídica. Según DIAS, es cierto que la propuesta del homenajeado llegaría en este contexto a resultados revisionistas, ya que algunos civiles que contribuyen a las hostilidades de un agresor antijurídico podrían ser matados en legítima defensa, en contra de lo que se asume a partir del llamado “principio de distinción”. Sin embargo, la restricción de la complicidad en casos de conductas neutrales coincidiría en gran medida con el derecho internacional humanitario, ya que solo en ciertos casos de participaciones directas en las hostilidades se podría hablar de conductas “no estandarizadas”. Por tanto, las ideas de SILVA SÁNCHEZ le ofrecerían un fundamento firme a la tesis individualista sobre la guerra, a la que suele reprochársele que se aleja demasiado de los estándares del derecho de los conflictos armados. Este resultado del análisis fue en principio compartido por el homenajeado, quien no obstante señaló las dificultades que plantea el enfoque individualista sobre la guerra en los conflictos armados actuales, en gran medida asimétricos y caracterizados por campañas masivas de propaganda.

La Prof. Katharina BECKEMPER (Leipzig) brindó la tercera conferencia, con la particularidad de que el objeto de análisis fue un libro entero del homenajeado: *Die Expansion des Strafrechts* (Vittorio Klostermann, 2003). Ella hizo un detallado repaso de las principales tesis de SILVA SÁNCHEZ y se concentró, en particular, en el núcleo del libro: el pronóstico de un llamado derecho penal de dos velocidades, con garantías estrictas en casos de penas privativas de la libertad y mayor flexibilidad cuando entran en consideración consecuencias jurídicas menos intensas. Según la autora, el vaticinio del homenajeado terminó haciéndose realidad en gran medida, dado que en las últimas dos décadas sobran los ejemplos de tipos penales y estructuras de imputación menos estrictas, en especial en el ámbito del derecho penal accesorio. Para estos casos, en los que suelen estar en juego (aunque no únicamente) multas por infracciones a normas de conducta del llamado derecho penal económico, difícilmente pueda hablarse de un derecho penal liberal clásico. La pregunta que quedó planteada

para la discusión, y que generó un intenso debate entre los participantes, fue la de cómo será el derecho penal del futuro y, en especial, cuál será el papel de las penas privativas de la libertad.

Tras una breve pausa, el Prof. Benno ZABEL (Frankfurt) brindó un panorama sobre cuáles serían los presupuestos pre-jurídicos de la responsabilidad penal según SILVA SÁNCHEZ. En primer lugar, él destacó el clásico problema de la identidad personal entre infractor y castigado cuando han pasado varias décadas entre la comisión del hecho y la condena. Si bien este tema ha sido considerado como esencial solo para teorías de la retribución, se mostró cómo la cuestión tiene importancia también para quienes encuentren la justificación del castigo en ideas consecuencialistas. En segundo lugar, se produjo un debate entre ZABEL y los participantes sobre cómo la inequidad social puede repercutir “favorablemente” en los autores de ciertos delitos. Para ejemplificar la problemática se hizo hincapié tanto en el caso de los excluidos económicamente, como en el de las víctimas de violencia doméstica. Ante argumentos escépticos expresados en la discusión, SILVA SÁNCHEZ propuso que la atención se concentre en la distinción entre delitos *mala in se* y delitos *mala prohibita* (entre los cuales además podría trazarse una categoría intermedia). Solo en estos últimos sería posible justificar una atenuación de responsabilidad, o incluso una exclusión, debido a que no estarían afectados bienes o derechos insustituibles de las personas.

Por su parte, el Dr. Thomas GROSSE-WILDE (Bonn) concentró su atención en la postura de SILVA SÁNCHEZ sobre la medición de la pena, en particular en la posibilidad de aplicar la dogmática del hecho punible a este ámbito. Por un lado, GROSSE-WILDE consideró apropiada esta propuesta y la valoró como una buena chance para brindarle sistematicidad a este ámbito. Por otro lado, consideró que sería presuntuoso valorar todos los aspectos de la medición de la pena como extensiones de la dogmática de la parte general y de la parte especial del derecho penal. En particular, figuras jurídicas como el testigo de la corona no podrían ser explicadas a partir de consideraciones de la dogmática del hecho punible. En este aspecto, resultarían más idóneas para el análisis consideraciones cercanas a las teorías de la pena, como p. ej. las recientes posturas brindadas desde el llamado consecuencialismo retributivo. El Prof. SILVA SÁNCHEZ coincidió esencialmente con este análisis, pero resaltó la necesidad de ofrecer previsibilidad y racionalidad en el ámbito de la medición de la pena. Según su postura, habría al menos dos posibilidades para lograrlo: la mencionada utilización de los criterios de la dogmática del hecho punible para medir la pena o la creación de criterios reglados (*sentencing guidelines*). Debido al carácter rígido de estos últimos, y otros problemas, solo la primera posibilidad sería prometedora.

El sábado 30 de julio continuaron las jornadas con una conferencia de Lucila TUÑÓN (Würzburg) sobre interrupción de cursos causales salvadores. Tuñón describió detalladamente la postura de Silva Sánchez sobre el tema, que tiende a distinguir entre la no realización de una conducta salvadora (p. ej., abrirle la puerta del propio departamento a un necesitado que está a punto de morir de frío) y la realización de una conducta positiva interruptora de un salvamento (p. ej., cerrarle la puerta del propio departamento a un necesitado que está a punto de morir de frío, cuando iba a ingresar justificadamente). En el primer caso el autor realizaría una mera omisión de auxilio (§ 323c, StGB), mientras que en el segundo caso cometería un homicidio (§ 212, StGB, dado el caso por omisión según el § 13, StGB). Ella trasladó estos criterios a un problema poco evaluado en la doctrina jurídico-penal, como el triaje preventivo. En particular, mostró cómo la distinción entre inacción y actuar positivo en la que se centra SILVA SÁNCHEZ genera resultados contrarios al sentimiento jurídico. Por tanto, un análisis objetivo de la problemática necesitaría partir de un punto de vista menos naturalístico, a favor de uno basado en la idea de deberes frente a terceros. Si bien SILVA SÁNCHEZ se mantuvo firme en su postura y consideró que cierto “naturalismo” es una condición necesaria para la teoría del delito, concedió que se trata de casos difíciles de resolver. A su vez, señaló que en los últimos años se ha convencido de que los casos de interrupciones de cursos causales salvadores son en realidad un *tertium genus* entre las acciones y las omisiones, como señalaba en su momento Joachim HRUSCHKA, entre otros.

Las cuestiones metodológicas abordadas en la primera conferencia del día anterior fueron retomadas por el Prof. Hans KUDLICH (Erlangen). Él ofreció, en un primer momento, un desarrollo cronológico de las tomas de posición del homenajeado en materia de interpretación de la ley penal y de la tarea de la dogmática jurídico-penal. Luego, la discusión se centró en la teoría teleológica de la interpretación de la ley penal desarrollada por SILVA SÁNCHEZ en el libro de homenaje a JAKOBS. En particular, la afirmación del homenajeado de que el intérprete le atribuye un significado a la ley penal fue vinculado con la metodología pragmática desarrollada por Friedrich MÜLLER y sus seguidores. El punto de vista de la práctica interpretativa de una determinada comunidad jurídica sería uno de los factores decisivos para tener en cuenta en el proceso de interpretación como atribución de sentido, lo que fue aceptado por SILVA SÁNCHEZ en la discusión posterior. En esta última, también se ubicó en el centro del debate la distinción de Philipp HECK entre “*Begriffskern*” y “*Begriffshof*” y su relevancia para determinar los límites de una interpretación permisible. Además, se hicieron manifiestos ciertos compromisos de SILVA SÁNCHEZ en materia de filosofía del lenguaje. En particular, él asumiría un entendimiento del lenguaje y la semántica característicos del Wittgenstein tardío, lo que permitiría abrir nuevos caminos en las investigaciones futuras.

La tercera ponencia del segundo día de congreso estuvo a cargo del Prof. Luís GRECO (Berlín) y el tema fue el concepto de culpabilidad en el derecho penal. Él realizó, por un lado, un panorama de la postura de SILVA SÁNCHEZ sobre la noción jurídico-penal de culpabilidad, influenciada en gran medida por las discusiones que tuvieron lugar en Alemania especialmente a finales del siglo pasado. Por otro lado, trabajó diversas contribuciones del homenajeado sobre problemas puntuales como el estado de necesidad exculpante y la *actio libera in causa*. Greco constató, con remisión también a otras investigaciones recientes, que detrás de estas consideraciones no se encuentra solamente una toma de postura de dogmática jurídica. Más bien, los fundamentos brindados por SILVA SÁNCHEZ se asientan en nociones básicas de la filosofía práctica y, quizá especialmente, en una toma de postura sobre la antropología humana. En particular durante la ronda de preguntas fue destacada la importancia de asumir una visión del ser humano en la construcción del sistema del hecho punible. El problema del reconocimiento de ciertos derechos pre-jurídicos o derechos innatos derivados de esta antropología fue debatido entre los participantes de la conferencia, así como sus vinculaciones con distintas figuras jurídicas, como el estado de necesidad.

La penúltima conferencia fue presentada por el Prof. Michael KUBICIEL (Augsburg) y tuvo como punto de partida dos aspectos de la obra de SILVA SÁNCHEZ referidos al rol de la víctima en el derecho penal. El primero fue la llamada lucha contra la impunidad y las autorizaciones procesales que se le conceden a las víctimas para lograr el castigo de quien cometió un injusto contra ellas. La discusión fue situada en el contexto de la expansión del derecho penal, discutido el día anterior por la Prof. BECKEMPER, y KUBICIEL señaló las ventajas y las dificultades de este rol ampliado de las víctimas en el proceso penal. En particular, fueron destacados distintos problemas de “*fair trial*” que se producen en este ámbito y en posibles soluciones. El segundo fue el rol de la víctima en la restauración del derecho y la superación del conflicto interpersonal. Aquí fueron mencionados nuevamente distintos aspectos controvertidos, así como cuestiones actuales de política criminal, como la discusión sobre la constitucionalidad de una reapertura de procesos contra acusados previamente absueltos en casos especialmente graves. Durante la discusión no solo se debatieron los detalles de la posición de SILVA SÁNCHEZ, sino que también se volvió a vincular la solución a los problemas mencionados por KUBICIEL con una determinada imagen del ser humano que el derecho penal debería reconocer. En especial, el carácter sufriente del ser humano, pero también capaz de perdonar, debería ser un aspecto ineludible en el análisis.

El Prof. Gunnar DUTTGE (Göttingen) ofreció la última conferencia de las jornadas. El núcleo de sus consideraciones fue la postura de SILVA SÁNCHEZ sobre la protección jurídico-penal de fetos y embriones: la posibilidad de una destrucción intencional de la vida humana no nacida sería, según

el homenajeado, una exclusión de la personalidad de un grupo de seres humanos. DUTTGE vinculó estas consideraciones a cierta tendencia actual a flexibilizar la protección de la vida humana a partir de modificaciones de la regulación penal de la interrupción del embarazo. El eje de la discusión fue la idea de abolir o modificar drásticamente el § 218, StGB a favor de una regulación de plazos mucho más permisiva que la actual regulación moderada de indicaciones. DUTTGE consideró que, si bien la posición de SILVA SÁNCHEZ requiere ciertos matices, sirve para evaluar críticamente estas nuevas posiciones. En particular, debería llevar a los participantes del debate a no perder de vista el valor de la vida humana por nacer en la regulación de estas situaciones. El homenajeado coincidió en gran medida con las apreciaciones y destacó que en el estado actual de las sociedades occidentales podrían ser asumidas dos tomas de postura básicas sobre la interrupción del embarazo. Una sería la de considerar que en estos casos se produce una verdadera tragedia, en la que cualquier solución genera una pérdida de algo valioso. La regulación actual de Alemania, con sus defectos y virtudes, refleja el carácter dilemático de estas decisiones de vida o muerte. La otra sería la de considerar que los casos de interrupción del embarazo son algo intrascendente para el derecho (mera naturaleza), por lo que el derecho penal debería retirarse de la escena. Esta postura es la asumida en las nuevas regulaciones.

El cierre estuvo a cargo del Prof. HILGENDORF, quien destacó el carácter extraordinario de lo sucedido: se trató del primer congreso alemán sobre la obra de un profesor de habla hispana. A esto habría que sumarle que en el año 2020 se realizó el primer libro homenaje en idioma alemán para un profesor de derecho penal de habla hispana: el “*Festschrift*” para el Prof. Marcelo SANCINETTI (Buenos Aires), quien también participó del congreso y a quien se le entregó personalmente un ejemplar del libro homenaje el 29 de julio, tras numerosas postergaciones a causa de la pandemia. Por estas razones, se está frente a uno de los momentos más fructíferos del intercambio académico de cara a cara entre Alemania, Latinoamérica y España. Esta tendencia intentará ser continuada con un libro que compilará todas las ponencias presentadas y que se publicará en 2023.