

# Escritos de filosofía política, teoría jurídica y derecho penal

Armin Engländer

COORDINADOR  
Eugenio C. Sarrabayrouse



Editores  
del Sur

# Escritos de filosofía política, teoría jurídica y derecho penal

---

Armin Engländer

**Coordinación:** Eugenio C. Sarrabayrouse

**Traducción:** Santiago López Warriner,  
Leandro Alberto Díaz Leston,  
María Lucila Tuñón, Ercilia Ratto Nielsen  
y Hernán Bouvier



# Contenido

Abreviaturas .....	13
Prólogo.....	15

## PRIMERA PARTE. FILOSOFÍA Y TEORÍA DEL DERECHO

La defensa de Popper de la democracia liberal y el resurgimiento del pensamiento autoritario.....	19
I. Introducción .....	19
II. La “sociedad abierta” de Popper como documento de defensa de la teoría de la democracia .....	21
1. Individualismo metodológico y normativo.....	23
2. La democracia como tribunal popular.....	25
3. Reforma en lugar de revolución .....	31
4. Opinión pública crítica .....	33
III. Perspectivas .....	36
Racionalismo Crítico y jurisprudencia. Reflexiones sobre una relación compleja.....	39
I. Introducción .....	39
II. Ética del Derecho .....	41
III. Teoría del Derecho .....	43
IV. Dogmática del Derecho .....	51
Norma y sanción. Observaciones críticas al modelo sancionatorio de la norma .....	59
I. Introducción .....	59
II. Los argumentos para fundar el modelo sancionatorio de la norma .....	63
III. Problemas del modelo sancionatorio de la norma.....	66
1. El problema de la existencia de la norma en ausencia de sanción .....	67

2. El problema de la existencia de la norma en ausencia de la voluntad de evitar la sanción.....	69
3. El problema de la factibilidad teórica de las normas habilitantes en términos de la teoría de la sanción .....	70
4. El problema de la normalización de la práctica sancionadora.....	72
5. El problema de la obligatoriedad de las normas.....	73
IV. La crítica de los teóricos del modelo sancionatorio al modelo estándar de la norma.....	74
V. Conclusión .....	77

## SEGUNDA PARTE. DERECHO PENAL

La teoría del bien jurídico en la ciencia del derecho penal alemán. Una mirada crítica .....	81
I. Introducción .....	81
II. Concepto formal y material de bien jurídico .....	83
III. Tesis de la protección del bien jurídico metodológica y crítica ante la legislación .....	84
IV. La pretendida obligatoriedad de la teoría material del bien jurídico .....	86
V. La teoría personal del bien jurídico y el individualismo normativo.....	90
VI. Conclusión.....	92
Sobre la fundamentación de la legítima defensa en el derecho penal alemán. ¿Supraindividual, dualista o individualista? .....	93
I. Introducción .....	93
II. El enfoque de fundamentación supraindividual .....	94
III. El enfoque de fundamentación dualista.....	95
1. La relación entre la protección de bienes individuales y la acreditación del derecho .....	96
2. La tesis de la preponderancia de los intereses combinados.....	97
3. Génesis y sistemática de la regulación de la legítima defensa .....	99
IV. El enfoque de la fundamentación individualista .....	100
1. Estructura y función de los derechos subjetivos.....	102
2. La ejecución de los derechos subjetivos.....	103
a) ¿Relación conceptual entre derechos subjetivos y facultad de defensa?.....	104
b) Conexión normativa entre los derechos subjetivos y la facultad de defensa .....	107
V. Conclusión .....	109

La aplicabilidad del § 34 del StGB en las colisiones de intereses intrapersonales.....	111
I. Esquema del problema.....	111
II. Fin de la norma y objeto de regulación del § 34 StGB.....	115
1. ¿El § 34 StGB como expresión del principio puramente formal de ponderación? .....	115
2. ¿El § 34 StGB como expresión del principio utilitarista del mayor beneficio global posible? .....	117
3. El § 34 StGB como expresión del principio de solidaridad .....	119
III. Valoración crítica de los argumentos a favor de la ampliación del § 34 StGB a los conflictos de intereses intrapersonales .....	121
1. El argumento del fin de la norma .....	121
2. El argumento de la claridad metodológica .....	122
3. El argumento de la falta de capacidad de formación de preferencias.....	124
4. El argumento de mayor a menor .....	126
IV. Consecuencias .....	127
 La normativización de los elementos del tipo como un problema de determinación.....	129
I. Planteamiento del problema .....	129
II. Normatividad en la interpretación y aplicación de la ley.....	132
1. La normatividad en el nivel de la constitución del significado .....	132
2. La normatividad en el nivel de las funciones del concepto .....	135
3. La normatividad en el nivel de las circunstancias fácticas .....	136
III. La normativización de los elementos del tipo .....	137
IV. Problemas de determinación en la normativización .....	139
V. Conclusión .....	141
 <i>Triage</i> : colisión de deberes <i>ex ante</i> .....	143
I. Introducción .....	143
II. La colisión de los deberes en el sistema de derechos de necesidad .....	145
III. <i>Triage</i> : <i>ex ante</i> y <i>ex post</i> .....	148
IV. La valoración de los deberes de acción en colisión en el caso del <i>triage ex ante</i> .....	151
1. Factores propuestos para una ponderación diferente de los intereses vitales.....	152
2. Fundamentación de los factores de ponderación propuestos .....	154
a) La fundamentación utilitarista.....	155
b) La fundamentación intuicionista.....	156
c) La fundamentación justa ( <i>fairnessbezogene</i> ) .....	157

V. El derecho de elección del médico y los límites posibles.....	161
VI. La decisión aleatoria como resolución del conflicto de deberes de igual rango .....	164
VII. Resumen .....	170
 El desistimiento de la tentativa del delito omisivo a través de la mera inacción.....	 171
I. Planteamiento del problema .....	171
II. Identidad del hecho a pesar del carácter múltiple del suceso.....	173
III. Identidad del hecho a pesar de la modificación de los medios para ejecutarlo .....	175
IV. Identidad del hecho a pesar de diferentes categorías de delitos.....	176
V. Identidad del hecho a pesar de posibles problemas de prueba .....	179
VI. Conclusión .....	181

### TERCERA PARTE. DERECHO PROCESAL PENAL

¿El principio <i>nemo-tenetur</i> como obstáculo para las investigaciones encubiertas? Comentario a la sentencia del Tribunal Supremo Federal 3 StR 104/07 .....	185
 El <i>Acuerdo</i> en el derecho procesal penal según el derecho constitucional alemán y los derechos humanos.....	 195
I. Introducción .....	195
II. La regulación legal del Acuerdo .....	197
III. Las posiciones fundamentales acerca del procedimiento abreviado.....	200
IV. La decisión del Tribunal Constitucional.....	203
V. Conclusión .....	206

---

## Prólogo

Esta compilación de artículos contiene, en español, algunos de mis trabajos de los últimos quince años. He seleccionado once contribuciones que, por un lado, pretenden dar una visión general de los temas en los cuales me centro y, por otro, espero sean de interés más general. Pueden ordenarse en tres áreas temáticas: (1) la filosofía política y la teoría del derecho (especialmente del siglo XX), (2) los fundamentos así como la parte general del Derecho penal (con un cierto énfasis en las causas de justificación), y (3) el Derecho procesal penal. Lo que une las obras es –espero– el espíritu científico-teórico del racionalismo crítico, es decir, la filosofía de Hans Albert y Karl Popper.

El libro comienza con tres textos sobre filosofía y sociología del derecho. El primer artículo examina la actualidad de la teoría de la democracia y la crítica al autoritarismo de Karl Popper en el contexto del resurgimiento del pensamiento autoritario. El segundo trabajo trata sobre la influencia del racionalismo crítico en los debates fundamentales de la ciencia jurídica. El tercero critica a una corriente en la teoría de las normas, la cual intenta remitir de modo naturalístico la normatividad a las sanciones.

Le siguen seis contribuciones sobre los fundamentos y la parte general del Derecho penal. En primer lugar, la llamada teoría del bien jurídico, en la que algunos ven uno de los logros más importantes de la ciencia penal alemana, es sometida a una revisión crítica. El siguiente artículo aboga por una justificación puramente individualista de la legítima defensa, basada en los derechos subjetivos del individuo. Posteriormente, se presenta un trabajo que muestra que el fundamento jurídico del estado de necesidad justificante en el Derecho penal alemán no es aplicable a los conflictos de intereses que implican al mismo titular del bien jurídico. A continuación,

se exponen las consideraciones sobre los distintos niveles en los que la normativización desempeña un papel en la interpretación de la ley, y qué dificultades plantea con respecto a los elementos del tipo –por ejemplo, la alevosía en el asesinato o el engaño en la estafa– con relación al mandato de certeza. A continuación, con el artículo sobre el *Triage ex ante*, se examina con más detalle un problema actual relacionado con la pandemia de la Covid 19. El último texto de este capítulo muestra que, en contra de una opinión generalizada, es posible el desistimiento de la tentativa en el delito omisivo a través de la mera inacción.

El libro concluye con dos trabajos sobre Derecho procesal penal. A la luz de la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos y del Tribunal Supremo Federal alemán, el primero de ellos se pregunta sobre los límites derivados del principio *nemo-tenetur* para las investigaciones encubiertas. El último trata de las condiciones previas y los límites de la negociación de los acuerdos de procedimiento abreviado según el Derecho constitucional alemán y el Convenio Europeo de Derechos Humanos.

La iniciativa para publicar este libro se remonta a mi amigo y colega Eugenio Sarrabayrouse, quien, junto con Santiago López Warriner, Leandro Alberto Dias Leston, María Lucila Tuñón, Ercilia Ratto Nielsen y Hernán Bouvier realizaron el minucioso trabajo de traducirlo al español. Quisiera aprovechar esta oportunidad para darles mi más sincero agradecimiento.

Múnich, agosto de 2022

*Armin Engländer*