

Los comentarios legales como género literario (alemán)

Los comentarios son textos (doctrinales) referidos a otro texto (legal) que, claramente, adoptan una naturaleza dependiente de este último. Vistos así, es claro que aportan una herramienta fundamental para quienes –como jueces, fiscales o abogados– intervienen a diario en la aplicación del texto legal a un caso concreto. En este contexto, su función es la de organizar el pasado –hay quien ha puntualizado esto, señalando que se trata de «organizar la memoria y el olvido»– mirando hacia el futuro. Desde luego, con ello prestan un servicio muy relevante a la estabilidad de las interpretaciones y a la formación de auténticas «tradiciones interpretativas». Sin embargo, lo cierto es que en la cultura jurídica hispanohablante no proliferan los comentarios a la legislación. A duras penas se llegan a escribir unos comentarios al Código penal. Sin embargo, aun en tal caso, en tales comentarios se advierte la falta de unidad de concepto, de método y de fuentes. Prácticamente carecen de notas al pie y la información doctrinal y jurisprudencial suele ser sesgada y anticuada. Por lo demás, y salvo excepciones, se quedan en la primera o en la segunda edición y son ellos los que van cayendo, con razón, en el olvido.

En la cultura jurídica alemana, por el contrario, los comentarios al Código penal siempre han gozado –y siguen gozando– de una admirable buena salud. Ciertamente, ello no obsta a que, en el siglo y medio con que cuenta su historia, también se hayan visto rodeados de polémica. Por un lado, por el juicio despectivo de algunos académicos, según el cual los comentarios son cosa de «prácticos del Derecho», en contraposición a los tratados y manuales que, al responder a un sistema teórico, serían la auténtica «ciencia jurídica»¹. Por otro lado, por la consideración legalista de que en ellos se da la pretensión implícita de suplantar al legislador, rodeando el tenor estricto de la ley de elementos ajenos a ella.

¹ El siglo XIX español se caracterizó por la ausencia de tratados o manuales y, en cambio, por la proliferación de comentarios al respectivo código penal –en concreto, a los de 1848-1850 y de 1870–, bastante influyentes en los países de Iberoamérica. En concreto, sobre todo, los de Joaquín FRANCISCO PACHECO Y GUTIÉRREZ CALDERÓN (1808-1865), de Alejandro GROIZARD Y GÓMEZ DE LA SERNA (1830-1919) y de Salvador VIADA Y VILASECA (1843-1904).

El menosprecio académico por los comentarios² ha ido, según creo, perdiendo fuerza con el paso del tiempo. De entrada, es cierto que los primeros comentarios fueron concebidos como «obras de prácticos para prácticos». Sin embargo, ello fue cambiando con el paso del tiempo. Lo que no ha variado es la consideración de que los comentarios constituyen el lugar más adecuado para la comunicación entre la doctrina –con sus pretensiones de ordenación de la materia, que operan de arriba a abajo– y la práctica, que obviamente opera de abajo a arriba –desde el caso hacia la ley y su comentario–; y así sucesivamente. De esa circularidad, aquí virtuosa, deriva precisamente la permanente utilidad de los comentarios. Por lo demás, si se tiene presente la tradición alemana, no puede obviarse que, muy pronto, uno de los más prestigiosos comentarios al Código penal de 1871 fue escrito ni más ni menos que por Reinhard VON FRANK (1860-1934)³. Las dieciocho ediciones de esta obra cubrieron el periodo comprendido entre 1887 y 1931, lo que no obstó a que su autor escribiera simultáneamente algunas de las monografías jurídicas más relevantes de la época. Es más, también acuñó sus famosas «fórmulas», a las que todavía hoy se recurre cuando se trata de explicar la distinción entre dolo eventual y culpa consciente, o entre desistimiento voluntario y fracaso de la tentativa.

En Alemania las décadas posteriores vinieron marcadas, sobre todo, por el comentario fundado por otro profesor, a saber, Adolf SCHÖNKE (1908-1953). Este, escrito en sus dos primeras ediciones antes del fin de la segunda guerra mundial⁴, fue asumido a partir de 1957 por parte del profesor Horst SCHRÖDER (1913-1973), dando lugar al famoso «*Schönke/Schröder*», cuyas treinta ediciones, que llegan hasta 2019⁵, han marcado a generaciones de juristas alemanes y, también, a muchos investigadores extranjeros, que de su mano empezaron a familiarizarse con la Parte especial del Código penal de aquel país. Por cierto, la nueva edición de esta obra cambia su denominación tradicional por la de «*Tübinger Kommentar zum Strafgesetzbuch*», debido a la voluntad editorial de prescindir del cuestionado nombre de Adolf SCHÖNKE⁶.

En un universo dominado por el «*Schönke/Schröder*» como comentario de extensión y profundidad media/grande⁷, aparecieron en Alemania dos modalidades de comentarios al Código Penal. Por un lado, el monumental «*Leipziger Kommentar*»⁸. Por el otro, los comentarios (relativamente) breves, representados, sobre todo, por el «*Dreher/Tröndle*» –y, además, por el quizá menos conocido «*Lackner/Kühl*»–. Ciertamente, el «*Leipziger Kommentar*» venía ya de atrás, pues su primera edición había aparecido en 1919. Sin embargo, su voluminosa extensión y su inigualable profundidad, prácticamente monográfica sobre cada delito, provienen de la 10ª edición, promovida por el profesor Hans-Heinrich JESCHECK (1915-2009), que ya pudo tener por objeto la nueva Parte General del Código penal alemán (1975). Desde entonces, el conocido como

² En parte, aunque con matices, BINDING, «Strafgesetzbuch, Strafrecht und Strafrechtswissenschaft in normalem Verhältnis zu einander», *ZStW*, (1), 1881, pp. 4 ss., 22.

³ *Das Strafgesetzbuch für das Deutsche Reich nebst dem Einführungsgesetze herausgegeben und erläutert von Dr. Reinhard Frank*, 1897.

⁴ *Strafgesetzbuch für das Deutsche Reich*, 1942 y 1944.

⁵ Desde la edición 18ª se incorporaron al comentario Theodor LENCKNER, Peter CRAMER, Albin ESER y Walter STREE y, más adelante, muchos más autores contemporáneos.

⁶ Ciertamente, SCHÖNKE tuvo alguna vinculación con el nacionalsocialismo. Sin embargo, también promovió el «*Seminar für ausländisches und internationales Strafrecht*» de Freiburg i. Br., que, junto con la denominada «*Schönke-Bibliothek*», dio lugar ni más ni menos que al «*Max-Planck-Institut für ausländisches und internationales Strafrecht*», últimamente denominado «*Max-Planck-Institut zur Erforschung von Kriminalität, Sicherheit und Recht*».

⁷ Que también reivindica para sí el MATT/RENZIKOWSKI, *Strafgesetzbuch: StGB*, 2ª ed., 2020.

⁸ *Leipziger Kommentar zum Strafgesetzbuch. Großkommentar*.

«LK» no ha cesado de crecer, de modo que la 13ª edición, cuyos primeros volúmenes aparecieron en 2019 y todavía no ha finalizado, ocupará más de veinte tomos con miles y miles de páginas. Ciertamente, han aparecido otros comentarios relativamente extensos⁹. Sin embargo, no parece que estos puedan llegar a igualar el prestigio de aquél, sin término de comparación con cualquier otro en todo el mundo.

Aparte de lo anterior, en la vida ordinaria de los abogados y de los estudiantes alemanes siempre ha desempeñado un papel decisivo otra clase de comentarios, más breves, caracterizados por dar cuenta, con gran claridad y concisión, de cuáles son la doctrina y jurisprudencia dominantes sobre un determinado problema y cuáles las minoritarias más representativas. Un caso singular es, seguramente, el del «Dreher/Tröndle»¹⁰, un comentario sólo eufemísticamente denominado «breve» (unas 2.000 páginas en papel biblia). Lo que sí es verdad es que se caracteriza por su formato pequeño, que permite que quepa perfectamente en el maletín (o en la mochila) de un abogado. Fundado en los años treinta del siglo pasado, el comentario fue asumido por Eduard DREHER (1907-1996) –otro penalista políticamente cuestionado– desde 1961 a 1977 (es decir, desde su 23ª edición hasta la 37ª). Fue en las décadas siguientes cuando adquirió el nombre antes mencionado, debido a que su realización fue asumida por Herbert TRÖNDLE (1919-2017), quien lo condujo desde 1978 en adelante (esto es, desde la 38ª hasta la 49ª edición). De nuevo, la voluntad de eliminar el nombre de Eduard DREHER condujo a que, a partir de la 50ª edición, en 2001, el comentario, que pasó a ser elaborado por el magistrado y profesor Thomas FISCHER, se denominara únicamente «Tröndle/Fischer». Esto duró hasta la 54ª edición, pues finalmente, desde la edición 55ª, la obra ha pasado a conocerse, sencillamente, como «el Fischer». Otro comentario breve muy conocido es el «Lackner/Kühl», fundado en su día por Eduard DREHER y Hermann MAASSEN, pero asumido luego por Karl LACKNER (1917-2011) y, desde su 21ª edición hasta la 24ª, por este junto con Kristian KÜHL, quien acogió su continuidad en solitario a partir de la 25ª. Desde la 29ª hasta la actual 30ª edición (2023), ha sido realizado conjuntamente por aquel y por el profesor Martin HEGER.

Las líneas anteriores son suficientes para comprobar cómo son concebidos los comentarios en la tradición alemana. En efecto, estos son básicamente entendidos como «fundaciones», con lo que además constituyen un reflejo de la historia jurídica del último siglo en aquel país, con sus luces doctrinales y también con sus sombras políticas. Así, asumidos inicialmente por uno o varios redactores, van pasando de estos a otros que, de una forma muy natural y cuidadosa, incorporan su propio modo de afrontar un determinado problema, sin alterar radicalmente, sino solo de modo progresivo, el planteamiento anterior. Esto, que ha tenido lugar también en los tratados y manuales –basta pensar en el «Mezger/Blei» o en el «Bockelmann/Volk», o en el «Maurach/Gössel/Zipf» y el «Jescheck/Weigend», o ahora, en el «Roxin/Greco»– deja traslucir una visión del trabajo académico como empresa conjunta, colectiva, y sucesiva en el tiempo. Algo que, desde la perspectiva iberoamericana, más individualista, no puede sino provocar admiración. Ahora bien, de este modo se plantea asimismo uno de los debates más relevantes que suelen rodear al género literario de los comentarios. A saber, el de cuánto hay en ellos de exposición ordenada de la posición dominante, así como de la minoritaria más relevante en la jurisprudencia y en la bibliografía, y cuánto de introducción del punto de vista personal. Según algunos, si esto último tiene lugar de un modo «excesivo» –sea lo que sea lo que esto signifique– puede comportar un abuso de la autoridad de la forma propia del comentario, y de sus relativas

⁹ Sobre todo, el *Systematischer Kommentar* y el *Münchener Kommentar*.

¹⁰ *Strafgesetzbuch und Nebengesetze*.

objetividad y neutralidad, para difundir ideas que deben exponerse en un artículo, una monografía o un tratado. Desde la perspectiva de la teoría crítica del Derecho, ello sucedería en realidad siempre, lo que debería conducir a desvelar su naturaleza de «estructuras de poder» jurídico, sin perjuicio de que, obviamente, haya que seguir utilizándolos¹¹.

Existen otros debates, más técnicos, que rodean al género de los comentarios. En particular, el de si son capaces de dar cuenta del estado de cosas real de una determinada cuestión, dado el enorme incremento de publicaciones producido en las últimas décadas en cualquier país, pero de modo muy singular en Alemania, con sus múltiples revistas semanales, mensuales y trimestrales¹². En efecto, eso es lo que realmente se espera de un comentario; concretamente, que dé cuenta de los debates que existen sin perder actualidad, lo que –de nuevo– exige una especial preocupación por una razonable sucesión de ediciones. Como he indicado antes, el que casi nunca haya brillado la virtud de la perseverancia es lo que acaba conduciendo al fracaso de algunos comentarios de nuestro espacio lingüístico. También en esto, por lo tanto, me parece que, pese a todo, es preciso seguir aprendiendo de los alemanes.

Jesús-María Silva Sánchez

¹¹ BRACHTHÄUSER, «Standardkommentare zwischen Hegemonietheorie und Pragmatismus», *Kritische Justiz*, (50), 2017, pp. 448 y ss.

¹² Ya hace décadas, SCHROEDER, F.-C., «Die Last des Kommentators. Zum strafrechtlichen Publikationswesen in der Bundesrepublik Deutschland», en JESCHECK *et al.* (eds.), *Festschrift für Herbert Tröndle zum 70. Geburtstag*, 1989, pp. 77 ss.