

RESEÑA DE LA OBRA “LA CIENCIA DEL DERECHO PENAL ANTE EL NUEVO MILENIO”

*Orlando Humberto de la Vega Martinis**

INTRODUCCIÓN

La dogmática jurídico penal, se ha dicho por algunos, está sumida en una profunda crisis¹. Otros, por el contrario, estiman que la avalancha de publicaciones vaciadas de contenido y que en la actualidad inundan los mercados no se compara con los verdaderos aportes que hacen avanzar la ciencia penal hacia un horizonte cada vez más productivo y fecundo, el cual por cierto debe ser soportado con rigor científico por los juristas de hoy². Sin embargo, lo cierto es, en todo caso, que tanto en Alemania como en los países que siguen la tradición germana, la cuestión acerca de la importancia y el valor excesivo que se le ha dado a la sistematización de la ley penal, a veces incluso por encima de sus consecuencias prácticas, ha generado toda suerte de polémicas. Así, a título de ejemplo, vale resaltar el aparente distanciamiento entre la praxis y la academia, cuestión puesta ya de presente en la literatura especializada por estudios de corte sociológico³, más no jurídicos. Y ahí radica justamente la enorme importancia

* Profesor Auxiliar de Derecho Penal

1. Cfr. JESÚS MARÍA SILVA SÁNCHEZ. *Aproximación al derecho penal contemporáneo*, Barcelona, J. M. Bosch, 1992, pp. 13 y ss.
2. Así se han expresado recientemente los profesores alemanes CLAUS ROXIN y GÜNTHER JAKOBS, en sendas entrevistas exclusivas concedidas a la Dirección de esta Revista y que próximamente serán publicadas en esta misma Sección.
3. Cfr. GERMÁN SILVA GARCÍA. *El mundo real de los abogados y de la justicia*, t. II y III, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2001.

del texto que aquí se comenta, pues él aborda los temas aludidos, pero no desde la tradicional visión sociológica sino, por el contrario, desde una perspectiva jurídica.

En efecto, la pretendida “crisis de la dogmática”, sumada a la entrada en el calendario del nuevo milenio, dio lugar a que un grupo de importantes profesores alemanes organizara un ciclo de conferencias especializadas en derecho penal⁴, pero donde, más que la dogmática en sí misma, se abordó la cuestión acerca de cuál debía ser el papel de la ciencia del derecho penal al comenzar el nuevo milenio⁵, bajo el título *La ciencia alemana del derecho penal ante el cambio de milenio. Reflexión retrospectiva y perspectivas de futuro*. En ese ciclo de conferencias se presentaron las siguientes ponencias, con sus respectivos comentarios:

Ponencia	Comentarios
“La autocomprensión de la ciencia en el derecho penal frente a las exigencias de su tiempo” WINFRIED HASSEMER	GÜNTHER JAKOBS LOTHAR KUHLEN CARLO ENRICO PALIERO
“Dogmática penal afortunada y sin consecuencias” BJÖRN BURKHARDT	WOLFGANG FRISCH FRANCISCO MUÑOZ CONDE FRANZ SALDITT
“La ciencia alemana del derecho penal desde el punto de vista del derecho comparado” GEORGE FLETCHER	JOSÉ CEREZO MIR MARÍA KAIIFA-GBANDI ANDREJ ZOLL
“La ciencia del derecho penal desde el punto de vista de otras ciencias y de la opinión pública” OTFRIED HÖFFE	HERIBERT PRANTL SEBASTIAN SCHEERER
“La ñeña del derecho penal ante las tareas del futuro” CLAUS ROXIN	GÜNTER HEINE NILS JAREBORG URSULA NELLES
“Consideraciones finales” ALBIN ESER	

El pie de imprenta correspondiente, para los estudiosos que deseen consultar el texto, es el siguiente: ALBIN ESER, WINFRIED HASSEMER y BJÖRN BURKHARDT. *La ciencia del derecho penal ante el nuevo milenio*. FRANCISCO MUÑOZ CONDE (coord. de la versión española), Valencia, Tirant lo Blanch, 2004. El texto contiene, como ya se dijo, las ponencias y los comentarios reproducidos en la tabla, y posee un alto valor para los penalistas de hoy pues, por fuera de la tradicional discusión dogmática, plantea la

4. ALBIN ESER, WINFRIED HASSEMER y BJÖRN BURKHARDT. *La ciencia del derecho penal ante el nuevo milenio*, FRANCISCO MUÑOZ CONDE (coord. de la versión española), Valencia, Tirant lo Blanch, 2004.
5. Así lo hace ver MUÑOZ CONDE en el “Prólogo a la edición castellana”, ob. cit., p. 13.

cuestión del valor de nuestra ciencia y su campo de aplicación frente a las nuevas exigencias del orden mundial, a saber: la globalización y la lucha contra el terrorismo, temas que de por sí podrían constituir los puntos de apoyo para la presente reseña, pues ellos, sumados a la pretendida “crisis de la dogmática”, son el objeto de análisis en la casi totalidad de intervenciones. Sin embargo, se ha preferido exponer, en capítulos independientes y de manera resumida, el texto de las intervenciones así como los comentarios más pertinentes, para que de esta forma cada lector pueda formarse su propia opinión al respecto. De nuestra parte se puede anticipar desde ya que toda la obra goza de un alto nivel y autoridad científica y, por lo tanto, se recomienda su lectura. La reseña de la obra es la siguiente:

I. LA AUTOCOMPRESIÓN DE LA CIENCIA DEL DERECHO PENAL FRENTE A LAS EXIGENCIAS DE SU TIEMPO

A. RESUMEN DE LA PONENCIA

El objetivo de WINFRIED HASSEMER, autor de la conferencia, es lograr una autocomprensión de la ciencia penal que parta de un punto equidistante entre su carácter científico y su carácter práctico⁶. Con ese fin expone lo siguiente.

La dogmática penal está orientada, mayoritariamente, de forma intra-sistemática, dejándose por fuera de ella un gran número de repasos y análisis⁷. Sin embargo, la esencia del derecho penal toca directamente con nuestra vida cotidiana pues las prohibiciones y las sanciones son también un hecho político que, además, afecta nuestros intereses fundamentales⁸. Del carácter político y, por ende, contingente, se deriva que las exigencias del derecho penal cambien con la época, es decir, que la ciencia penal opere con certezas que se ordenan en coordenadas temporales⁹.

Ahora bien, aunque la ciencia penal tenga su propio método y objeto, ella está condicionada por hechos “externos”, por las “necesidades de la práctica”¹⁰, situaciones que la condicionan desde el exterior. Sin embargo, como ciencia el derecho penal no tiene nada que ver con estas cuestiones pero, por otro lado, de llegar a concentrarse de forma exclusiva en la estructura lógica del sistema no abarcaría su objeto de estudio, o por lo menos no en su totalidad¹¹.

En efecto, la libertad de la ciencia no implica que ésta se desligue del bienestar del individuo y de la comunidad¹². De ahí se derivan dos exigencias a la ciencia del

6. HASSEMER. (nota 4) p. 45.

7. *Ibíd.*, p. 22.

8. *Ibíd.*, p. 24.

9. *Ibíd.*, pp. 25 y 30.

10. *Ibíd.*, p. 31.

11. *Ibíd.*, p. 32.

12. *Ibíd.*, p. 33.

derecho penal: una de tipo interno pues está ligada a su *status* de ciencia, y otra de tipo externo en la medida en que proviene de su propio objeto práctico, del mundo externo al que van dirigidos sus preceptos (las ciencias “prácticas” tienen que ver con el mundo exterior)¹³.

Dentro de las exigencias de tipo práctico encontramos que el derecho penal no puede estar desligado de su tiempo. Por ello, el objeto de estudio de la ciencia penal no es una cuestión interna sino externa: es el resultado de la observación científica¹⁴. Sin embargo, el derecho penal ha subestimado su carácter práctico frente al científico¹⁵, muy a pesar de situarse con ello en un dilema pues, en palabras de HASSEMER:

Nuestra ciencia sólo tiene dos opciones: o incluir en sus planteamientos científicos las consecuencias políticas que de ella se derivan y con ello facilitar la discusión, o hacerse la boba ante estas consecuencias¹⁶.

Por eso se propone una “relación adecuada” entre el derecho penal y las exigencias de su tiempo, entre la ciencia penal y la política, donde se atienda el control social de las desviaciones más graves pero también la utilidad que ello le reporte a la sociedad, al Estado y al ordenamiento jurídico¹⁷, pues sólo así se puede conformar a cabalidad el objeto de la ciencia del derecho penal.

B. COMENTARIO A CARGO DE GÜNTHER JAKOBS¹⁸

Para JAKOBS, autor de este comentario, una tarea básica de la comprensión de la ciencia penal moderna (salvo por los planteamientos de KELSEN) es su acoplamiento con el sistema político y con el sistema jurídico, y ello en la medida en que la ciencia jurídica es una ciencia práctica ya que aborda en su objeto de estudio el “actuar justo e injusto”¹⁹. A raíz de lo anterior afirma que “política y praxis, en razón de su propia estabilidad, deben servirse de los conocimientos de la ciencia”²⁰. Además, con el nuevo orden impuesto por la economía puede decirse hoy que la ciencia no está desprovista de fines y, por ello mismo, la ciencia penal (también) debería apuntar a su efectividad, entendida ésta como protección de bienes. No obstante ello el punto es delicado pues, a juicio de JAKOBS, “juridicidad y seguridad no son precisamente una misma cosa”²¹.

13. *Ibíd.*, pp. 34 y 37.

14. *Ibíd.*, p. 38.

15. *Ibíd.*, p. 42.

16. *Ibíd.*, p. 43.

17. *Ibíd.*, pp. 48 y ss.

18. Al leer esta reseña no debe olvidarse que los conceptos utilizados por el profesor JAKOBS son altamente normativos y que, por ello, no corresponden con el significado que a los mismos se les atribuye en el lenguaje usual, cuestión que siempre debe tenerse presente al momento de abordar al autor en comentario.

19. JAKOBS. (nota 4) p. 54.

20. *Ibíd.*, p. 55.

21. *Ibíd.*, p. 56.

En efecto, apelando a la distinción kantiana entre el *homo phaenomenon* y el *homo noumenon*, recuerda que la pena tiene distintas funciones. Así, una cosa es la función confirmadora de la pena y otra sus efectos preventivos, pues mientras los primeros van dirigidos a “*personas*, es decir, a partícipes de la comunicación considerados como poseedores de disposición jurídica”²², los segundos se dirigen a aquellos que carecen, *per se*, de dicha disposición y que, por tanto, necesitan de habituación o de intimidación²³. Además, las personas en derecho no se caracterizan por la seguridad en sus bienes, sino por ser titulares de derechos, con lo cual el hecho penal no se constituye por la lesión de un bien sino por la lesión de la vigencia segura de la norma²⁴, tesis ya tradicional en el profesor JAKOBS. Sin embargo, se percibe un cierto énfasis en el aspecto cognitivo cuando alude a la juridicidad como estado de validez del derecho, pero en todo caso añadiendo “algún tipo de aseguramiento cognitivo”²⁵, pues sin este último ninguna sociedad podría funcionar bien.

Por supuesto, éstas son las reglas del derecho penal interno o de ciudadanos, pues otra cosa es el derecho penal de enemigo, el cual se caracteriza por: 1. Un amplio adelantamiento de la punibilidad, “es decir, cambio de la perspectiva del hecho producido por la del hecho que se va a producir”²⁶; 2. “Falta de una reducción de la pena en proporción a dicho adelantamiento”²⁷; 3. “Paso de la legislación de derecho penal a la legislación de la lucha para combatir la delincuencia”²⁸ y 4. “Supresión de garantías procesales”²⁹, siendo todas estas características simplemente una descripción de la situación legal vigente en Alemania.

II. DOGMÁTICA PENAL AFORTUNADA Y SIN CONSECUENCIAS

A. RESUMEN DE LA PONENCIA

El objetivo principal de BJÖRN BURKHARDT, autor de la presente conferencia, es mostrar la desvinculación entre algunas de las proposiciones dogmáticas y su aplicabilidad práctica³⁰, reseñando algunas de sus causas.

Así, afirma que existe un enfrentamiento entre la dogmática a nivel individual y la dogmática a nivel colectivo o, dicho en otras palabras, se afirma que en el plano penal media un abismo profundo entre la racionalidad individual y la racionalidad colectiva³¹, pues teorías que individualmente hablan bien de su autor, a nivel colectivo

22. *Ibíd.*, p. 57.

23. *Ídem.*

24. JAKOBS. (nota 4) p. 56.

25. *Ibíd.*, p. 58.

26. *Ídem.*

27. *Ídem.*

28. JAKOBS. (nota 4) p. 59.

29. *Ídem.*

30. BURKHARDT. (nota 4), pp. 139 y 142.

31. *Ibíd.*, p. 134.

muestran su poca capacidad de rendimiento práctico. De igual forma destaca cómo la cualidad dogmática (es decir, el método jurídico) y la cualidad extra dogmática (es decir, la capacidad de solución de problemas sociales) no van de la mano pues: “La dogmática jurídica limita las posibilidades de decisión y de solución y puede dificultar la adopción de decisiones adecuadas socialmente”³². También considera que las consecuencias intrasistemáticas priman sobre las consecuencias extrasistemáticas, con lo cual no se tiene ninguna incidencia en la realidad³³.

Lo anterior le permite concluir que el estado actual de la dogmática jurídico-penal alemana muestra una dislocación entre los costos y los beneficios³⁴. Dicho con un ejemplo, el alejamiento de la dogmática frente a la realidad práctica se debe a que la dogmática vive en una jaula³⁵.

Por ejemplo, refiriéndose a la “lucha de escuelas”, se afirma que: “es difícil determinar qué valor tiene esta controversia y si obtiene resultados diferentes en la solución de problemas prácticos”³⁶. De igual forma, al tomar como ejemplo el tema de la ALIC se concluye que dicha figura siempre se ha regido en los tribunales con una tendencia a la sanción, independientemente de los argumentos teóricos³⁷. En efecto, pese a que se demuestra la existencia de 50 publicaciones en los últimos 20 años sobre el tema de las ALIC, aun así se pregunta el autor si: “¿ha mereído la pena que éste sea el resultado de una discusión altamente dogmática que ha utilizado cuantiosos recursos económicos e intelectuales?”³⁸. La respuesta se ofrece después: “No parece posible que la práctica se oriente por esta forma de ‘investigación sobre los fundamentos’”³⁹.

Finalmente, y ante pocas posibilidades de mejora, se acude a un llamado al control de las publicaciones, especialmente en el tema de la calidad, y así mismo a una merma de las controversias científicas para reducir el abismo que media entre la racionalidad individual y la racionalidad colectiva, todo lo cual redundará en interés de la dogmática juríco-penal⁴⁰.

B. COMENTARIO A CARGO DE WOLFGANG FRISCH

Para FRISCH, autor de este comentario, hablar de la dogmática exige no sólo reflexionar sobre su tarea y esencia, sino también tener una idea clara de cuándo una dogmática es afortunada en sus consecuencias y cuándo no⁴¹. Para ello los enunciados dogmáticos

32. Ídem.

33. BURKHARDT. (nota 4) p. 135.

34. *Ibíd.*, p. 142.

35. *Ibíd.*, p. 143.

36. *Ibíd.*, p. 146.

37. *Ibíd.*, pp. 154 y 155.

38. *Ibíd.*, p. 156.

39. *Ibíd.*, p. 159.

40. *Ibíd.*, p. 175.

41. FRISCH. (nota 4), p. 178.

deben fundamentar razonablemente la punibilidad pues sólo con el control objetivo de la decisión se puede orientar la dogmática a la práctica jurídica⁴². Para ello se debe hacer énfasis en el carácter empírico de las consecuencias que traen aparejados los postulados dogmáticos, reconociéndose que para ello es menester un trabajo de campo y no de escritorio⁴³.

III. LA CIENCIA ALEMANA DEL DERECHO PENAL DESDE EL PUNTO DE VISTA DEL DERECHO COMPARADO

A. RESUMEN DE LA PONENCIA

Para GEORGE FLETCHER, profesor de derecho en la Universidad de Nueva York y autor de esta conferencia, la dogmática alemana es una de las grandes conquistas intelectuales del siglo XX que permite desarrollar el derecho penal como una parte de las ciencias del espíritu. Sin embargo, “el mundo de la dogmática jurídico-penal se presenta completamente diferente según se contemple desde el punto de vista del círculo jurídico americano o desde el alemán”⁴⁴ pues, contrario a lo que sucede en la tradición continental, para los juristas del *Common Law* es difícil concebir la dogmática jurídica como una verdadera fuente del derecho⁴⁵.

A continuación expone el mapamundi de influencia alemana en derecho penal, el cual se rige por la distinción entre injusto y culpabilidad, el carácter binario del derecho penal y el principio de culpabilidad⁴⁶, lo que constituye un verdadero progreso cultural al constituirse como un verdadero mundo conceptual común. Sin embargo, el mérito mayor, destaca FLETCHER, es de los cosmopolitas que se arriesgaron a mirar más allá de su cultura jurídica, pues los dogmáticos alemanes han sido reacios a enriquecerse con los aportes de sus visitantes⁴⁷ pues en Alemania “un catedrático, según el uso científico, no debe apartarse mucho de lo que se dice en casa”⁴⁸. Este punto es considerado un error en la medida en que la ciencia no conoce fronteras y “porque una ciencia que tiende, con seriedad, al esclarecimiento de la verdad, tiene que romper las fronteras nacionales”⁴⁹. Para ejemplificar la cuestión apunta que una obra de criminología escrita por un autor alemán que sólo se soporte en bibliografía alemana es un hecho risible de por sí⁵⁰.

42. *Ibíd.*, pp. 181 y 182.

43. *Ibíd.*, p. 215.

44. *Ibíd.*, p. 256.

45. *Ibíd.*, p. 257.

46. FLETCHER, (nota 4), pp. 258 y 259.

47. *Ibíd.*, p. 260.

48. *Ídem.*

49. FLETCHER (nota 4), p. 261.

50. *Ídem.*

De igual forma, en desarrollo de su tesis toma como ejemplos dos institutos jurídico-penales con el fin de explicar su tratamiento desde la óptica alemana y desde su tratamiento en Estados Unidos. Así, en primer lugar destaca que los juristas alemanes han construido su concepto universal del derecho penal sobre la base del concepto de acción, mientras que un penalista anglosajón acudiría más bien al concepto de pena⁵¹ pues, en su sentir, es más universal y permite un mayor entendimiento intercultural. En segundo lugar alude al error de tipo permisivo para criticar su inconsecuencia dogmática y la injusticia que comportan sus soluciones⁵².

Para desarrollar este segundo punto alude a las teorías alemanas limitada y estricta de la culpabilidad, y sus respectivas versiones anglosajonas, teorías subjetivas y objetivas del error, concluyendo que aunque en Alemania hoy en día predomina la teoría limitada de la culpabilidad sobre la estricta, en la jurisprudencia de habla inglesa campea la teoría subjetiva, más cercana a los planteamientos de la teoría estricta alemana⁵³. Ambas teorías, a juicio de FLETCHER, son injustas. Sin embargo no propone ninguna solución, simplemente espera que la dogmática del siglo XXI se construya en común y por encima de los prejuicios nacionales⁵⁴.

B. COMENTARIO A CARGO DE JOSÉ CEREZO MIR

Para CEREZO MIR la influencia de la ciencia penal alemana en los países de habla hispana se remonta al siglo XIX, especialmente por obra del correccionalista RÖDER⁵⁵. Por su parte, la dogmática entró por obra de don LUIS JIMÉNEZ DE ASÚA, quien estudió en Berlín y tradujo el *Tratado* de V. LISZT. Igualmente se notó la influencia en los años 30 de los profesores MAYER y MEZGER, mientras que la escuela de Kiel tuvo poco eco. El finalismo halló gran acogida gracias a las traducciones de WELZEL, MAURACH, KAUFMANN, STRATENWERTH y JESCHECK⁵⁶. Actualmente también se encuentran en español las obras de ROXIN, ESER, BURKHARDT y JAKOBS.

Pese a lo anterior la dogmática española se ha apartado de su homóloga alemana en algunos puntos concretos. En efecto, la regulación del error de prohibición en España “representa una variante de la teoría de la culpabilidad tal como fue formulada por Welzel”⁵⁷. De igual forma el C. P. español de 1995 ha optado por eliminar las penas cortas de prisión, las que han sido sustituidas por las penas de multa y arrestos de fines de semana, lo que se compagina con las tesis de ROXIN⁵⁸. Finalmente, se ha regulado de forma expresa el principio de proporcionalidad de las penas y de las medidas de

51. FLETCHER (nota 4), p. 265.

52. *Ibíd.*, p. 271.

53. *Ibíd.*, pp. 273 y 274.

54. *Ibíd.*, p. 277.

55. CEREZO (nota 4), p. 279.

56. *Ibíd.*, p. 280.

57. *Ibíd.*, p. 282.

58. *Ibíd.*, p. 283.

seguridad, lo que permite una mayor concreción de las garantías del Estado social de derecho. Sin embargo, opina CEREZO, las medidas de seguridad no deberían ser proporcionales a la gravedad del delito sino a la peligrosidad del delincuente. De todas formas, estas medidas de seguridad deben ser limitadas en el tiempo⁵⁹.

IV. LA CIENCIA DEL DERECHO PENAL ANTE LAS TAREAS DEL FUTURO

En esta conferencia CLAUS ROXIN, a diferencia de los anteriores expositores, aborda desde una óptica muy optimista las tareas que se le imponen a la dogmática jurídica en el nuevo milenio, aunque reconoce que son más difíciles de llevar a cabo que las anteriores.

Así, estima que la ciencia del derecho penal en el nuevo milenio habrá de dedicarle especial atención, entre otras, al desarrollo social⁶⁰, el cual puede también servir de pauta en tiempo de globalización en la medida en que la criminalidad es un fenómeno "que aparece de forma muy similar en todos los modernos estados industrializados"⁶¹. Por ello aboga por una política criminal científica y por un derecho penal supranacional, todo lo cual le permite augurarle éxitos a la nueva generación de científicos dogmáticos, de quienes, dice, tienen una tarea más amplia y compleja de aquella con la cual se enfrentó la generación inmediatamente anterior⁶².

V. CONCLUSIÓN

Como puede apreciarse con la reseña expuesta, la obra en comento es de gran valor científico. Por una parte, aborda la discusión sobre el carácter del derecho como ciencia, exponiendo de forma crítica las tesis que al respecto se pueden sostener hoy y, en especial, haciendo énfasis en la vinculación del derecho con otras ramas del saber, lo que en todo caso implica que nuestra disciplina no sea una ciencia aséptica. De igual forma se trabaja, desde diversas ópticas, el fin de la pena, pasando por la defensa de tesis netamente retribucionistas, hasta llegar a una original distinción según el destinatario de la sanción, a saber: un ciudadano o un enemigo. De otra parte, se analiza la ciencia penal alemana desde la visión que de ella tienen los juristas del *Common Law*, lo que sin lugar a dudas enriquece la visión que sobre el derecho continental se pueda tener. Finalmente, pero no en último lugar, se evalúa el papel desempeñado por la dogmática en los últimos cincuenta años, así como las tareas que le depara el nuevo milenio, cuestión de la mayor importancia hoy.

59. *Ibíd.*, pp. 284 y 285.

60. ROXIN (nota 4), p. 389.

61. *Ibíd.*, p. 402.

62. *Ibíd.*, p. 421.

Esta es, en síntesis, la reseña de la obra. Por supuesto, existen algunos puntos que no se comparten y otros que deben ser objeto de mayor discusión. Sin embargo, nada de ello le resta importancia a este esfuerzo mancomunado, que además de la autoridad de sus autores y la contundencia de los argumentos expuestos a favor de una u otra tesis, suma la colosal tarea de traducción conjunta por un elevado número de profesores españoles, a quienes debemos el que la obra se encuentre en lengua castellana. Por las anteriores razones estimamos conveniente recomendar su lectura pues, sin lugar a dudas, el penalista de hoy debe informarse sobre el futuro que el nuevo orden mundial le depara a su ciencia, aunque bien pueda ser, como señala HASSEMER en su ponencia, que la entrada del nuevo milenio sólo sea una excusa más para hablar de derecho penal. Pero, aún si así fuera, la obra conservaría todo su vigor y la ciencia penal también.