

# CRÓNICAS EXTRANJERAS

## Consideraciones críticas sobre la situación espiritual de la ciencia jurídico-penal alemana (\*)

BERND SCHÜNEMANN

Catedrático en la Universidad de Munich

### I. INTRODUCCIÓN

1. Hace 40 años, Thomas Würtenberger pronunció en Friburgo su discurso inaugural sobre «La situación espiritual de la ciencia jurídico-penal alemana» (1). Este discurso era una verdadera expresión de la cultura de los años cincuenta, y, con ello, de aquella postrera época de restauración que por última vez volvió a conservar la herencia social y cultural del siglo XIX, en realidad ya destruida por completo, antes de que ésta se hundiese definitivamente en los años sesenta y fuese sustituida por la sociedad postmoderna en la que hoy vivimos. Los temas y las fórmulas de solución que en aquel momento aún pudieron ser propuestos por Würtenberger con pleno convencimiento, por un lado aún hoy nos resultan familiares, y por otro ya han pasado a ser completamente inadecuados para abordar los problemas de nuestro tiempo. Con el fin de resaltar mediante el contraste la situación espiritual de la ciencia jurídico-penal actual, quisiera comenzar con un breve recordatorio de la panorámica trazada por Würtenberger hace cuarenta años, para

---

(\*) Título alemán: «Kritische Anmerkungen zur geistigen Situation der deutschen Strafrechtswissenschaft» (versión ampliada de una conferencia pronunciada en las Universidades finlandesas de Helsinki y Rovaniemi). Traducción de *Manuel Cancio Meliá* (Universidad Autónoma de Madrid).

(1) Concretamente, el día 30 de noviembre de 1955, 1.<sup>a</sup> ed. 1957, 2.<sup>a</sup> ed. 1959. Las páginas que a continuación se indican en el texto se refieren a este trabajo.

después destacar desde este punto de partida las líneas de unión que se prolongan hasta el día de hoy.

Si cabe reconducir el esquema de interpretación de Würtenberger a una sola idea dominante, es ésta la de la personalidad humana, esto es, de la personalidad individual, que en su dignidad y responsabilidad es propuesta como punto angular tanto del ordenamiento de bienes jurídicos del Derecho penal como del sistema de sanciones de éste. En este sentido, en la primera parte de su discurso, dedicada a la búsqueda de los fundamentos filosóficos, se declara partidario de un Derecho natural existencial vinculado al ser propio del hombre (pp. 25 a 28), que, en su opinión, por un lado, prescribe la protección de la dignidad humana por parte del Derecho penal, incluso por encima de una legalidad injusta, y, por otro obliga a respetar en el proceso penal la dignidad humana también de quien ha infringido el Derecho (pp. 28 a 31). Coherentemente, Würtenberger demandaba una remodelación del ordenamiento de bienes jurídicos con base en la posición primordial de la dignidad humana, por ejemplo, mediante una mayor protección del honor y de la esfera íntima (pp. 67 a 87). Respecto del sistema de sanciones exigió una profunda individualización, es decir, una adaptación de las características, de la medida, duración y ejecución de los medios de reacción, a las peculiaridades de la personalidad del autor (pp. 87 a 100, tenor literal en la p. 89). En correspondencia con ello, consideraba el delito en primer lugar como producto de la personalidad infractora del Derecho, cuya investigación empírica postulaba como tarea fundamental de la criminología (pp. 39/40, 44), y proponía hallar el contenido del concepto de delito ante todo por medio de una consideración histórica de la criminalidad y de la administración de justicia penal (pp. 34 a 37). Sin embargo, Würtenberger criticó al mismo tiempo acerbamente la teoría personal del injusto de Welzel (pp. 47 a 67), actitud que desde luego resultaba contradictoria con sus propios puntos de vista antes expuestos, pero sin que Würtenberger se percatase de esta contradicción y quedando ésta por tanto sin resolver. Además, en general rechazó de principio el pensamiento lógico-material proclamado por Welzel como base metodológica de la dogmática jurídico-penal (pp. 14 a 16) (2).

2. Resulta fascinante el hecho de que puede trazarse desde estas posiciones fundamentales de Würtenberger en cada caso una línea recta hacia aquellas dos concepciones teóricas del Derecho penal que pueden ser consideradas como los polos, la vanguardia o el contrapunto de la más reciente evolución. Me refiero, por un lado, a la concepción del Derecho penal propugnada por algunos autores radicados en la actualidad o en algún momento anterior en Frankfurt, como Derecho referido exclusivamente al individuo, concepción que se manifiesta del modo más

---

(2) Cfr. el completo y extremadamente sutil análisis del texto de Würtenberger desde la perspectiva actual realizado por MÜLLER-DIETZ, GA 1992, pp. 99 a 133.

claro en la teoría del bien jurídico y en la política procesal penal de Winfried Hassemer y sus discípulos. Por otro lado, hablo del sistema normativista del Derecho penal de Günther Jakobs, orientado con base en la teoría funcional de sistemas y que se concibe a sí mismo como el polo opuesto al pensamiento lógico-material. No es una casualidad que las Jornadas alemanas de Profesores de Derecho penal de este año, a desarrollarse en Rostock, se celebren con el tema general «El Derecho penal entre el funcionalismo y el pensamiento europeo de los principios tradicionales» y que las ponencias generales al respecto hayan sido encomendadas a Günther Jakobs y a Klaus Lüderssen. Por ello, en mis consideraciones críticas sobre la situación intelectual de la ciencia del Derecho penal alemana dedicaré a estas dos corrientes mi atención primordial, a pesar de que (o quizás precisamente porque) a continuación pretendo plantear y fundamentar la tesis de que estamos ante dos callejones sin salida que cortan la ulterior evolución de la ciencia del Derecho penal: el individualismo de Frankfurt está abocado a exprimir en demasía un único principio, convirtiéndolo así, en vez de en un elemento positivo, en un obstáculo; el normativismo de Jakobs, por su parte, necesariamente conduce a una capitulación incondicional ante la práctica política imperante en cada momento en la actividad del legislador o en la jurisprudencia. Ello es así, en todo caso, si se toman en serio las pretensiones teóricas de ambas corrientes, en vez de relativizarlas siempre que sea necesario a través de decisiones *ad hoc*.

3. Claro está que la ciencia jurídico-penal alemana, que puede ser descrita desde el punto de vista empírico como discurso real de unos 400 participantes, no se agota en estas dos posiciones extremas. Por el contrario, si se realizase un análisis detallado, se obtendría un mosaico extraordinariamente compartimentado, en el que, por ejemplo, la dirección defendida por los autores de Frankfurt se descompondría en distintos trazos individuales. Sin embargo, en un estudio con grandes limitaciones de espacio me resulta imposible evitar una drástica reducción y selección, y por ello agrupo en lo demás al mosaico de la ciencia penal alemana en dos grandes bloques. Denominaré al primero de estos bloques la «dogmática sin consecuencias», cuyas causas están o en cierto eclecticismo o tradicionalismo, y en el cual últimamente incluso se percibe la existencia de pura política de intereses meramente disfrazada de ciencia. Y al segundo bloque pertenecen todos aquellos puntos de partida dirigidos a un pensamiento dualista compuesto de lógica material y razón práctica, que están en condiciones de fundamentar el Derecho penal de la sociedad postmoderna ni de modo reaccionario ni arbitrario, sino de manera verdaderamente adecuada; son éstas las posiciones que en mi opinión se impondrán en el futuro y cuyas condiciones de validez habrán de ser analizadas en un ulterior y más amplio estudio. Aquí habré de concentrarme en la «parte crítica», organizada con base en la definición de los bloques antes realizada, definición que también indica los tres pasos en los que comienzo a realizar la panorámica de la

actual ciencia jurídico-penal alemana, de sus perspectivas filosóficas y político-sociales.

## II. EL INDIVIDUALISMO MONISTA DE LA «ESCUELA DE FRANKFURT»

1 Aquello que en el tema general de las Jornadas alemanas de Profesores de Derecho penal de este año se denomina «pensamiento europeo de los principios tradicionales en Derecho penal», Hassemer lo llama, con el mismo contenido conceptual, «Derecho penal clásico», afirmando que éste se desarrolló después de la «muerte del derecho natural», a consecuencia de la «epistemología de la filosofía idealista alemana» y sobre la base de la idea del contrato social en la filosofía política de la Ilustración (3). En todo caso, esta contraposición histórica entre derecho natural e Ilustración resulta poco convincente, pues el derecho natural como derecho racional, por ejemplo, en el sentido de Grocio y Pufendorf, no es otra cosa que la primera fase de la Ilustración y ya supuso la aportación de una nueva y esencial definición al Derecho penal del Estado, definición que en la segunda fase tan sólo fue desarrollada hasta sus últimas consecuencias, encontrando su popular culminación en la obra de Beccaria «De los delitos y de las penas». Pues tanto en la obra de Grocio como en la de Pufendorf se puede advertir que en cierto modo una deducción puramente secularizada del Derecho penal, por un lado, del contrato social y, por otro, de su utilidad social. En Grocio, además, hay una anticipación de la teoría de la coacción psicológica de Feuerbach (4), y tanto Beccaria como en Alemania Hommel y otros se limitaron a extraer de ello las consecuencias necesarias a efectos de circunscribir al Derecho penal a la evitación de verdaderos daños sociales (5). Por tanto, estamos ante un manejo bastante arbitrario de las épocas de la historia de las ciencias del espíritu cuando Hassemer considera que la muerte del derecho natural se produce (tan sólo) en la «epistemología de la filosofía idealista alemana», a través del modelo de ésta de «contrato social» (6) —a pesar de que el contrato social desde Hobbes y Grocio ha sido la base del derecho natural racional. Y también hay que

---

(3) ZRP 1992, pp. 378, 379; coincidiendo en el tenor literal, en: *Produktverantwortung im modernen Strafrecht*, 1994, pp. 3 y ss.

(4) Cfr. GROCIO, *De jure belli ac pacis*, versión alemana de 1869, Capítulo XX, pp. 46, 54, 58; PUFENDORF, *De jure naturae et gentium*, 1759, tomo II, libro 8.º, 3.º capítulos, §§ 8 y ss. (pp. 324 y ss.).

(5) De modo especialmente claro, BECCARIA (cita conforme a la edición de Alff, 1966), pp. 52 a 55, 60 a 63 y 65 a 67; HOMMEL, *Des Herrn Marquis von Beccaria unsterbliches Werk von Verbrechen und Strafen*, ed. de LEKSCHAS, 1966, preámbulo, pp. 2 y ss., 10, 16; *idem*, *Über die Belohnung und Strafe nach türkischen Gesetzen*, reimprección de 1970, §§ 110 y ss., 174.

(6) ZRUP 1992, pp. 378, 379.

considerar una manipulación que Peter-Alexis Albrecht a su vez ubique el «Derecho penal clásico» en la época de la Ilustración, afirmando al mismo tiempo que es éste el momento en el que llega «la hora de la teoría absoluta de la pena» (7)— a pesar de que la teoría de la pena de la Ilustración en realidad consistía en una mezcla de consideraciones preventivo-generales y preventivo-especiales en contra de las que se dirigía precisamente la polémica de Kant en su *Metafísica de las costumbres* (8). Finalmente, también constituye un manejo arbitrario que Herzog deduzca en un «ensayo histórico el nacimiento del Derecho penal de la puesta en peligro del espíritu de los ordenamientos imperiales de policía de 1530, 1548 y 1570» (9), pues la suposición de que existe una continuidad hasta los delitos de peligro abstracto del siglo XX —que según la escuela de Frankfurt son una característica del Derecho penal moderno— no puede realmente estar planteada en serio. Dicho sea de paso, además, que la propia exposición de Herzog demuestra que los ordenamientos imperiales de policía, con sus prohibiciones de monopolios y reglamentos de vestimenta, que podían ser dispensados libremente por el emperador, estaban más bien dirigidos a construir el Estado de autoridades burocráticas que a asegurar por medio del Derecho penal el bien común. Sin embargo, no quiero insistir aquí en estas manifestadas incorrecciones en lo que se refiere al tratamiento de las épocas históricas o a la afirmación de que existen evoluciones continuas, sino pretendo abordar aquella contraposición material de la que Hassemer y sus discípulos deducen una teoría del bien jurídico puramente individualista que ellos denominan «personal». Según esta concepción, el Derecho penal moderno se caracteriza por la continua creación de nuevos tipos penales destinados a la protección de bienes jurídicos universales definidos de modo vago, siendo degradado de este modo a la categoría de un instrumento habitual —si bien cargado de déficits crónicos de ejecución —para la asunción política interna de un futuro incierto (10). Por ello, en su opinión es necesario eliminar la crisis producida por esta expansión incontrolada y sobrecarga del Derecho penal reduciéndolo a un Derecho penal nuclear en el sentido de una teoría personal del bien jurídico. Esta teoría sólo debe reconocer como bien jurídico un interés humano necesitado de protección jurídico-penal, de modo que pasarían claramente a un primer plano los bienes jurídicos individuales; la protección de los bienes jurídicos universales remanentes se llevaría a cabo tan sólo en interés mediato de los individuos afectados, por lo que estos bienes deberían

---

(7) NJ 1994, p. 193.

(8) Cfr. la crítica de KANT a la fundamentación utilitarista de la pena en: *Die Metaphysik der Sitten*, 2.<sup>a</sup> edición 1798, p. 227.

(9) HERZOG, *Gesellschaftliche Unsicherheit und strafrechtliche Daseinsvorsorge*, 1991, pp. 74 y ss.

(10) HASSEMER, ZRP 1992, pp. 378, 381 y ss.; HERZOG, *op. cit.* (en nota 9), pp. 65 y ss.; cfr. también NAUCKE, en HASSEMER (a cargo de la ed.), *Strafrechtspolitik*, 1987, pp. 25 y ss.; *idem*, KritV 1993, pp. 135, 154 y ss.

acomodarse a la función de la protección de individuos y ser delimitados con base en esa misma función (11). De lo anterior, Hassemer ha extraído respecto del *Derecho penal medioambiental* la consecuencia de que la mayoría de los tipos en cuestión deberían ser eliminados del Código penal, debiendo ser calificados de meros injustos administrativos (12), y este postulado ha sido subrayado por sus discípulos Herzog y Hohmann por medio de referencias en profundidad a la inidoneidad del vigente Derecho penal del medio ambiente y a su gran alejamiento de los delitos contra la vida y la integridad física propiamente dichos (13).

2. Esta teoría monista-individualista del bien jurídico parece que lleva a la práctica de modo directo y especialmente coherente el postulado de Würtenberger en el sentido de que debía reorganizarse el ordenamiento de bienes jurídicos sobre la base del individuo como su máximo valor y objeto de protección. De hecho, constituye el contrapunto más destacado a las tendencias legislativas modernas, que discurren exactamente en la dirección contraria y que son sometidas a un análisis extraordinariamente clarividente por parte de la Escuela de Frankfurt, tendencias que prácticamente han establecido el delito de peligro abstracto como instrumento estándar para la protección de bienes jurídicos universales.

a) Comparto con Hassemer la vinculación a la idea de contrato social, idea que domina toda la época de la Ilustración —pero que, dicho sea de paso, en contra de lo sostenido por Hassemer, se encuentra claramente en un segundo plano en el idealismo alemán (14)— y en cuyo amplio restablecimiento en el ámbito de la filosofía práctica por parte de Rawls (15) no es necesario insistir aquí. Sin embargo, al concebir su teoría personal del bien jurídico, Hassemer ha pasado por alto dos aspectos esenciales. En primer lugar, parece evidente que no puede limitarse la participación en el contrato social, y con ello, los derechos y las obligaciones que de él derivan, a los individuos que viven en un determinado momento; pues de lo contrario, con cada muerte y con cada nacimiento habría de concluirse un nuevo contrato social. Además, podría

---

(11) HASSEMER, ZRP 1992, pp. 378, 383; *idem*, en AK, *Alternativkommentar zum StGB*, tomo I, §§ 1 a 21, 1990, n.m. 274 y ss. previos al § 1; *idem*, en SCHOLLER/PHILIPPS (a cargo de la ed.), *Jenseits des Funktionalismus*, 1989, pp. 90 y ss.; en sentido similar (aunque de modo menos decidido), KINDHAÜSER, *Universitas* 1992, pp. 227, 234.

(12) En SCHOLLER/PHILIPPS, *op. cit.* (en nota 11), pp. 93 y ss.; *idem*, ZRP 1992, pp. 378, 383; *idem*, *Produktverantwortung* (*cit.* en nota 3), pp. 23 y ss.

(13) HERZOG, *op. cit.* (en nota 9), pp. 141 y ss., 147 y ss.; HOHMANN, *Das Rechtsgut der Umweltsdelikte*, 1991, pp. 188 y ss., 196 y ss.; *idem*, GA 1992, pp. 76 y ss.

(14) En lo que se refiere al Derecho penal, ello se aprecia claramente en la polémica de KANT en contra de Beccaria (*op. cit.* [en nota 8], pp. 232 y ss.), en la que en realidad el contrato social es sustituido por el imperativo categórico.

(15) RAWLS, *Eine Theorie der Gerechtigkeit*, versión alemana de 1975, 5.ª edición 1990, pp. 28 y ss.; 33 y ss.; 50 y ss.; 134.

legitimarse el genocidio o la reducción a la esclavitud de una población que viva fuera de las fronteras del Estado, o incluso de la siguiente generación —es decir, una especie de matanza de Belén permanente— precisamente a través del contrato social. La idea en su conjunto sólo puede llevarse a la práctica de modo coherente si se concibe como parte del contrato a toda la humanidad, esto es, incluyendo también a las generaciones futuras. Esto, por lo demás, sucede también con todo establecimiento de normas morales aunque no esté fundamentado en contrato y consenso, pues su presupuesto mínimo siempre está en el axioma básico de que han de seguir viviendo seres humanos en la tierra. Sin embargo, si el contrato social se concibe desde la perspectiva de la especie del *homo sapiens* en su conjunto, inmediatamente se aprecia la concepción demasiado estrecha presente en la teoría personal del bien jurídico de Hassemer, ya que no es tal o cual individuo que viva en el momento presente, sino la supervivencia de la especie humana lo que constituye el valor supremo, valor que desde el punto de vista de las personas que viven en el momento actual no es individual, sino universal. Y como, además, no hay razón alguna para que sea de mejor condición una generación frente a las demás, cabe deducir como segunda norma básica que existe un derecho de todas las generaciones a una parte relativamente igual de los recursos naturales, de lo que a su vez puede inferirse la existencia y la preservación de un medio ambiente propicio a la vida y en el que ésta pueda desarrollarse en condiciones favorables como el bien jurídico que ocupa el segundo lugar en la jerarquía de valores después de la existencia y de la preservación de la especie *homo sapiens*. Y en este lugar aparece la segunda falla del concepto personal de bien jurídico, que no tiene en cuenta las dimensiones de las distintas potencialidades de lesión de una determinada sociedad en función de su estadio de desarrollo tecnológico. Antes de la revolución industrial y de la superpoblación de la tierra, todavía las reservas en los recursos ecológicos eran tan abundantes y las potencialidades de lesión a disposición de los individuos tan pequeñas que de hecho en una jerarquización pragmática los bienes jurídicos de los miembros de la sociedad en vida en ese momento podían ocupar el primer plano [aunque no puedo ocuparme en este lugar de los múltiples ejemplos de destrucción irrecuperable de determinados recursos ocurridos en épocas históricas ya muy tempranas (16)]. Sin embargo, a más tardar el consumo abusivo y desaforado de recursos ocurrido en este siglo, junto con la superpoblación de la tierra que a éste acompaña, han conducido a un callejón sin salida que prohíbe cualquier duda acerca del

---

(16) Cfr. en detalle a este respecto KLOEPFER, *Zur Geschichte des deutschen Umweltrechts*, 1994, pp. 10 y ss.; HEINE, en: LÜBBE/STRÖKER (a cargo de la ed.), *Ökologische Probleme im kulturellen Wandel*, 1986, pp. 116 y ss.; *idem*, ZStW 101 (1989), pp. 722, 724 y ss.; *idem*, GA 1989, pp. 116 y ss.

(17) De entre la inabarcable bibliografía sobre la cuestión, tan sólo tres ejemplos: ERNST U. VON WEIZSÄCKER, *Erdpolitik*, 2.ª edición 1990; *idem* (a cargo de la ed.), *Umweltstandort Deutschland*, 1994; WOUTER VAN DIEREN, *Mit der Natur rechnen. Der*

carácter dominante de los bienes jurídicos ecológicos (17), lo que conlleva que la funcionalización individualista proclamada por la escuela de Frankfurt (y lo que esto significa: reducción a los intereses depredatorios de los individuos que viven en este momento) aparezca en cierto sentido como una verdadera perversión del ordenamiento de bienes jurídicos. Si tenemos en cuenta, además, que la teoría personal del bien jurídico naturalmente incluye la protección de la libertad individual de actuación que presta el tipo de coacciones (18), prácticamente, y llevando la cuestión a sus últimas consecuencias, se impone la valoración de que esta teoría tiene en mayor consideración a la más absurda apetencia del individuo egoísta que a las condiciones de vida de las generaciones futuras. Y cabe radicalizar aún más la demostración de esta perversión de valores si se tiene en cuenta que en el centro del concepto personal de bien jurídico también se halla, naturalmente, la propiedad (19), que en la filosofía idealista prácticamente fue elevada a los altares de considerarla un atributo de la dignidad humana (20) y que en aquel entonces, en una sociedad con relativamente escasos bienes materiales, de modo comprensible disfrutaba de una especial valoración.

Hoy, en la época de ingentes cantidades de cachivaches, para cuya producción tiene lugar una constante sobreexplotación de los recursos naturales, el hecho de ubicar los delitos patrimoniales en el sector central del Derecho penal (21), mientras que al mismo tiempo se quiere remitir la mayor parte de los delitos medioambientales al campo de las infracciones administrativas (22), como lo propone la escuela de Frankfurt, tiene que parecer atávico. Y es posible alcanzar un tercer punto álgido en esta *reductio ad absurdum* de la teoría personal del bien jurídico si se la proyecta sobre el trasfondo de la doctrina individualista del bien jurídico de Würtenberger, citada al comienzo. Würtenberger había formulado en la década de los cincuenta el diagnóstico de que el objetivo principal era «destacar la autonomía de la personalidad humana en

---

*neue Club-of-Rome-Bericht zur Lage der Menschheit*, 1995. Sin embargo, ha de decirse que en este sentido no es de ningún modo necesario reconocer la existencia de derechos propios de la naturaleza en el sentido de Hans Jonas, Stone, Meyer-Abich y Bosselmann, de modo que no es preciso ocuparse aquí de la crítica realizada a esta concepción por HOHMANN, *op. cit.* (en nota 13), pp. 77 y ss., 93 y ss.

(18) De modo lacónico, HASSEMER, en AK (*cit.* en nota 11), n.m. 269 previo al § 1.

(9) HASSEMER, *loc. cit.* (en nota 18), *idem*, *Theorie und Soziologie des Verbrechenens*, 1973, p. 236.

(20) Fundamental HEGEL, *Grundlinien der Philosophie des Rechts*, 1821, §§ 41, 45; FICHTE, *Rechtslehre: vorgetragen von Ostern bis Michaelis 1812*, 2.ª edición, 1980, con base en la edición de 1920, pp. 15 y ss., 109, 116 y ss. Cfr. entre las opiniones modernas NOZICK, *Anarchie Staat Utopia*, edición alemana 1976, pp. 152 y ss.

(21) Claramente en este sentido, HASSEMER, *Theorie* (*cit.* en nota 19), pp. 223 y ss.; además, en: AK (*cit.* en nota 11), n.m. 255 previo al § 1.

(22) Cfr. las referencias en las notas 12 y ss.; además, HERZOG, *op. cit.* (en nota 9), p. 158; Naucke, *Die Wechselwirkung zwischen Strafziel und Verbrechensbegriff*, 1985, pp. 38 y ss.; HOHMANN, *op. cit.* (en nota 13), pp. 209 y ss.

cuanto ser intelectual y moral» (p. 71), lo que, a su vez, se correspondía con los cometidos por él propuestos para una «teoría del derecho natural existencial» (p. 26) y era típico del tono retórico algo vacío, pero usado con toda convicción, de los años cincuenta. Los recortes lingüísticos de esa época han sobrevivido a los últimos cuarenta años, pasando por la habitual evolución hacia lo trivial de las posiciones ideológicas (23), y han entrado en el acervo de frases hechas de políticos, oradores festivos y editorialistas. La evolución cultural real, en cambio, ha transcurrido de modo completamente distinto: alejándose de la imagen ideal de la personalidad como felicidad suprema de los terrícolas, imagen perteneciente en realidad al arsenal cultural del siglo XIX, y yendo hacia la cultura de masas de la sociedad postmoderna postindustrial con sus cuatro grandes insignias: todo está prefabricado y producido y degenera por ello en un bien de consumo barato; todo es indeterminado y degenera por ello en la «vertiginosa quietud» (Virilio) del circuito sin sentido de una moda calculada exclusivamente de modo económico; todo se transforma en entretenimiento y pierde con ello la seriedad de un verdadero desarrollo de la personalidad; el mundo público y vecinal cae en una secuencia de mundos aparentes generados por los medios de comunicación de masas, por obra de los cuales al final queda un individuo aislado en su privacidad, narcisista, lloroso y egoísta, cuyas formas de vida en verdad infantiles son ocultadas bajo el manto de la niebla, generada por los medios de comunicación de masas, de los eslóganes culturales del siglo XIX, vacíos de contenido desde hace mucho tiempo, individuo que de este modo es incapaz de ver la génesis manipuladora e industrial de su forma de vida sólo aparentemente individual (24). En última instancia, por tanto, la teoría personal del bien jurídico ha caído en la trampa de esta sociedad postmoderna, ha tomado sus mundos ficticios y sus técnicas de encubrimiento por su núcleo esencial y ha elevado a la categoría de objeto de protección de mayor rango del Derecho penal al despilfarro de los recursos de generaciones venideras por parte del hedonismo sin sentido de un pseudoindividualismo fabricado industrialmente, despilfarro que en verdad cumple con el concepto primigenio de delito.

b) El desconocimiento que deriva de lo anterior de la importancia fundamental y básica de los delitos medioambientales para el Derecho

---

(23) Respecto de esta experiencia constante, cfr. sólo ANDERS, *Die Antiquiertheit des Menschen*, tomo II, 4.ª edición, 1992, p. 31.

(24) Como es claro, respecto de estas tesis aquí sólo cabe dar referencia, y no una demostración, del trasfondo filosófico-cultural; cfr., por ejemplo, ANDERS, *Die Antiquiertheit des Menschen*, t. I y II, 7.ª/4.ª edición 1992, VIRILIO, *Rasender Stillstand*, edición alemana 1992; WELSCH, *Unsere postmoderne Moderne*, 1993; KRENZLIN (a cargo de la ed.), *Zwischen Angstmetapher und Terminus. Theorien der Massenkultur seit Nietzsche*, 1992; POSTMAN, *Wir amüsieren uns zu Tode*, edición alemana 1985; *idem*, *Das Technopol*, edición alemana 1992; SENNETT, *Verfall und Ende des öffentlichen Lebens*, edición alemana 1983; HUNZIKER, *Medien, Kommunikation und Gesellschaft*, 1988.

penal por parte de la escuela de Frankfurt tampoco carece de relevancia por una eventual compensación del punto de partida teórico equivocado por medio de argumentos pragmáticos como suelen aparecer en Hassemmer, Herzog y P.-A. Albrecht. Pues también en ese ámbito, los autores enunciados extraen de constataciones en gran medida acertadas conclusiones erróneas. Naturalmente es cierto que la mayor parte del consumo de recursos en la actualidad se produce con base en autorizaciones administrativas, de modo que un Derecho penal del medio ambiente orientado con base en el principio de la accesoriedad administrativa criminaliza de modo predominante supuestos de bagatela, con lo que el Derecho penal medioambiental se ve degradado a convertirse en un instrumento de coartada y se enfrenta, por su manifiesta infracción del principio de igualdad, también a objeciones jurídico-constitucionales (25). Pero extraen conclusiones equivocadas de ello quienes entran en una alianza *non sancta* con los representantes de los intereses de una política industrial miope que son responsables de esa construcción defectuosa del Derecho penal, e incluso exigen un abandono a gran escala del Derecho penal, en vez de trabajar en la elaboración de un Derecho penal medioambiental más eficiente e igualitario. Quisiera explicar muy brevemente cuál es la dirección que éste ha de seguir con base en el ejemplo de la accesoriedad administrativa, es decir, de aquella doctrina según la cual en Derecho penal han de respetarse incluso aquellas autorizaciones de emisiones contaminantes, realizadas por la autoridad administrativa, que sean antijurídicas. La fundamentación de esta concepción, dominante durante un largo período de tiempo, consistía en lo fundamental en una remisión al principio de unidad del ordenamiento jurídico, así como a la doctrina, reconocida en la dogmática del Derecho público, según la cual incluso un acto administrativo anti-jurídico tiene validez hasta su anulación por los tribunales contencioso-administrativos, de modo que habría de ser respetado también en el ámbito del Derecho penal (26). Cuando en el año 1986 contradije este punto de vista dominante, afirmé que la figura jurídica de la validez del acto administrativo es una institución jurídico-penalmente irrelevante y fundamentalmente de carácter procesal y reivindicué como derecho y cometido del Derecho penal el desarrollo de una determinación autónoma de la antijuridicidad y de la idea —que en realidad conforma el núcleo de la problemática— de protección de la confianza (27), esta concepción en un primer momento no pudo imponerse, e incluso apenas fue tomada en consideración en la bibliografía, dominada por los grupos

---

(25) Respecto de la problemática de que el consumo de recursos realmente importante no puede ser aprehendido por el Derecho penal, cfr. HASSEMER, ZRP 1992, pp. 378, 382; HERZOG, *op. cit.* (en nota 9), pp. 142 y ss.; HOHMANN, *op. cit.* (en nota 13), p. 205; cfr. además P.-A. ALBRECHT, KritV 1988, pp. 182, 188 y ss.

(26) Cfr. sólo DREHER/TRÖNDLE, *StGB*, 47.<sup>a</sup> edición 1995, n.m. 4 b y ss. previos al § 324, con ulteriores referencias; vid. la recopilación exhaustiva de SCHMITZ, *Verwaltungshandeln und Strafrecht*, 1992, p. 14 n. 8.

(27) Wistra 1986, pp. 235, 238 y ss.

de intereses. Mientras tanto, sin embargo, la situación ha cambiado totalmente. En las últimas monografías, la doctrina de la accesoriidad administrativa ha sido *refutada* de modo definitivo (28), y la jurisprudencia ha desarrollado la teoría del *abuso de derecho*, que si bien es poco coherente desde el punto dogmático, sí es muy práctica, y según la cual el sujeto favorecido no puede invocar en Derecho penal un acto administrativo alcanzado por él a través de engaño o cohecho, o (en otra variante) las autorizaciones aquejadas de graves errores no son reconocidas como la «autorización necesaria» en el sentido del Derecho penal y, correspondientemente, carecen de efecto justificante (29). Sólo por este camino el Derecho penal puede volver a hacer justicia a su cometido fundamental de prevenir daños sociales, pues ¿en qué ámbito podría ser más imprescindible el acto de legítima defensa de la sociedad que en última instancia es el Derecho penal que para el aseguramiento de las bases de la supervivencia de la Humanidad? Esto lo ha aceptado entretanto también el legislador en la 2.<sup>a</sup> Ley de Lucha contra la Criminalidad Medioambiental (cfr. § 330 d n.º 5 StGB en su nueva redacción). Por el contrario, la teoría personal del bien jurídico apunta exactamente en la dirección equivocada.

3. La *segunda gran contribución* realizada desde Frankfurt a las corrientes principales de la ciencia jurídico-penal alemana de la actualidad consiste en la crítica acerba y radical de la categoría del delito de peligro abstracto, la crítica que en el momento actual, superando con mucho las consideraciones meramente pragmáticas, ha sido incardinada en el paradigma de la «sociedad de riesgos». También en este ámbito ha sido Hassemer quien primero urdió los hilos que posteriormente fueron conjuntados por Herzog y Prittwitz en un tejido cuya falta de consistencia, sin embargo, ha sido ya señalada por Kuhlen. En mis consideraciones sobre la situación espiritual de la ciencia alemana del Derecho penal no debe dejar de mencionarse la vertiginosa rapidez con la que se conciben, desarrollan y se refutan nuevas perspectivas: en el año 1989, Hassemer vincula las reflexiones expuestas en su artículo «Symbolisches Strafrecht und Rechtsgüterschutz» (30) a la concepción de la sociedad de riesgos; Herzog amplía la crítica allí manifestada en su escrito de habilitación de 1991 «Gesellschaftliche Unsicherheit

---

(28) FRISCH, *Verwaltungsakzessorietät und Tatbestandsverständnis im Umweltstrafrecht*, 1993, pp. 57 y ss.; en el mismo sentido, SCHWARZ, GA 1993, pp. 325 y ss.; cfr. además SCHMITZ, *op. cit.* (en nota 26), pp. 49 y ss.; MARX, *Die behördliche Genehmigung im Strafrecht*, 1993, pp. 143 y ss., 172 y ss. Llega a conclusiones similares, pero con una construcción distinta de un precepto de nulidad extensivo RENGIER, ZStW 101 (1989), pp. 883, 886 y ss.

(29) Es fundamental la sentencia del BGH de 13.3.1975, reproducida en TIEDEMANN, *Neuordnung des Umweltstrafrechts*, 1980, pp. 58 y ss.; StA Mannheim, NJW 1976, p. 585; sigue la misma tendencia también BVerfGE 75, pp. 329, 346; ingeniosa LG Hanau, NJW 1988, pp. 571, 576; NStZ 1988, pp. 179 y ss.; otras referencias en RENGIER, ZStW 101 (1989), pp. 883, 885 y ss.; KUHLEN, *Wirtschaft und Verwaltung* 1991, pp. 226 y ss.; 1992, pp. 245 y s.

(30) NStZ 1989, pp. 553 y ss.

und strafrechtliche Daseinsvorsorge»; un desarrollo exhaustivo de esta concepción crítica del Derecho penal del riesgo, que excede con mucho la crítica a los delitos de peligro abstracto, se lleva a cabo en el escrito de habilitación de Prittwitz «Strafrecht und Risiko», de 1993; y en agosto de 1994 aparece el artículo de recensión de Kuhlen (31), que somete a una crítica exhaustiva a toda la concepción. Teniendo en cuenta la réplica de Kuhlen —en mi opinión, totalmente concluyente— a la concepción crítica fundamental de los representantes de la escuela de Frankfurt frente al Derecho penal del riesgo, quisiera ser breve en este aspecto y centrarme de modo algo más extenso en la crítica de los representantes de la escuela de Frankfurt a los delitos de peligro abstracto, crítica que cada vez tiene más eco, por ejemplo, en un neo-Frankfurtiano como Peter-Alexis Albrecht, en Zaczyk, discípulo de Wolff, y en cierta medida hasta en Kindhäuser, a pesar de que o precisamente porque éste incluso ha asignado a los delitos de peligro abstracto un bien jurídico propio general, concretamente, la disponibilidad despreocupada y, con ello, posibilidad ilimitada de utilizar los bienes jurídicos (32). Por tanto, unas muy breves consideraciones respecto del Derecho penal del riesgo en general: la concepción sociológica de la sociedad, como, por lo demás, Prittwitz mismo ha demostrado con sutileza (33), es tan multiforme como imprecisa y se nos presenta en la variante más conocida, de Beck (34), de modo claramente unilateral. Pues, por ejemplo, los riesgos vitales del individuo son hoy en día mucho menores que al comienzo de la Edad Moderna, en la que la vida era un constante riesgo (35), mientras que la dimensión específica de los grandes riesgos industriales aparece claramente ya también en el siglo XIX. Si se busca el rasgo característico dominante de la sociedad actual, en realidad ha de hablarse con mucha mayor razón de una sociedad de despilfarro, de malgasto y de disipación, ya que el volumen de la puesta en peligro de recursos es muy esencialmente inferior al de la destrucción de recursos. Por tanto, ha de considerarse que desde la perspectiva del Derecho penal del riesgo, la peculiaridad de la sociedad industrial actual estriba únicamente en el extraordinario incremento de las interconexiones causales. Pues debido a la extremadamente densa red de industrialización existente, en muchos ámbitos resulta imposible explicar, por ejemplo, la producción de

---

(31) GA 1994, pp. 347 y ss.

(32) Cfr. ALBRECHT, en; *idem* (a cargo de la ed.), *Informalisierung des Rechts*, 1990, pp. 1 y ss.; *idem*, NJ 1994, pp. 193 y ss.; ZACZYK, en: LÜDERSSEN/NESTLER-TREMEL/E. WEIGEND (a cargo de la ed.), *Modernes Strafrecht und ultima-ratio-Prinzip*, 1990, pp. 113 y ss.; KINDHÄUSER, *Gefährdung als Straftat*, 1989, pp. 344 y ss.; *idem*, en SCHÜNEMANN/SUÁREZ GONZÁLEZ, (a cargo de la ed.), *Bausteine des europäischen Wirtschaftsstrafrechts*, 1995, pp. 113, 121 y ss.

(33) *Strafrecht und Risiko*, 1993, pp. 49 y ss.

(34) *Risikogesellschaft. Der Weg in eine andere Moderne*, 1986; *idem* (a cargo de la ed.), *Politik in der Risikogesellschaft*, 1991.

(35) MÜNCH, *Lebensformen in der frühen Neuzeit*, 1992, p. 314; cfr. también KUHLEN, GA 1994, pp. 351 y ss., refiriéndose a la «investigación tradicional de riesgos».

daños en la salud de los habitantes de una determinada zona a través de una sola relación de causalidad, con base en la cual pudiese identificarse, por ejemplo, la emisión de sustancias tóxicas por parte de una determinada fábrica como causa. Por el contrario, es característico de la sociedad industrial actual la existencia de relaciones causales múltiples cuyo esclarecimiento en detalle es de todo punto imposible con los métodos e instrumentos científico-naturales actuales a causa de su interrelación y de su compleja confluencia (36). El segundo elemento característico de la «sociedad de riesgo» es la sustitución de los contextos de acción individuales por contextos de acción colectivos, en los que el contacto interpersonal es reemplazado por una forma de comportamiento anonimizada y estandarizada. Si se proyecta la misión del Derecho penal, la de garantizar la protección de bienes jurídicos, sobre este cambio en las relaciones de intercambio sociales, y se busca en cada caso aquel punto en el que ha de apoyarse la palanca preventiva de las normas jurídico-penales, el tránsito desde el delito de resultado clásico hacia el moderno delito de peligro abstracto prácticamente deriva de la naturaleza de las cosas, de modo que hay que admirar con qué intuición el legislador supo desarrollar sin indicación alguna por parte de la ciencia del Derecho penal los delitos de peligro abstracto (aquí, por lo demás, hay que afirmar decididamente que este grupo de delitos ya aparece en las leyes penales de la época de la Ilustración, como, por ejemplo, en el Derecho territorial general prusiano [37], de modo que sólo desde el punto de vista cuantitativo es acertado calificarlos de «forma delictiva de la era moderna» [38]. Explicaré muy brevemente lo dicho con base en dos relaciones de distribución que son características del presente: mientras el ciudadano obtuvo sus alimentos siempre de la misma granja, del mismo carnicero o del mismo panadero, cuyo círculo de clientes a su vez era constante y limitado, la distribución de alimentos nocivos para la salud podía ser abarcada sin problema alguno por medio de los tipos del homicidio o, en su caso, de las lesiones imprudentes, ya que autor y víctima se hallaban vinculados a través de relaciones personales y pertenecían a una vecindad que permanecía constante y era perfectamente abarcable. Sin embargo, al producirse la distribución masiva de alimentos producidos por fabricantes anónimos por parte de cadenas de almacenes, estas cadenas causales se pierden en el anonimato de la sociedad de masas, y si se

---

(36) Cfr. sólo KLOEPFER, *Umweltrecht*, 1989, § 4 n.m. 317 y ss., con ulteriores referencias.

(37) (*Preußisches Allgemeines Landrecht*); cfr., por ejemplo, Parte 2.<sup>a</sup>, título 20.<sup>o</sup>, sección 11.<sup>a</sup>, § 740 (almacenado inadecuado de objetos peligrosos), § 749 (tenencia de animales salvajes), Parte 2.<sup>a</sup>, título 20.<sup>o</sup>, sección 15.<sup>a</sup>, § 1431 (falsa denuncia), así como Parte 2.<sup>a</sup>, título 20.<sup>o</sup>, sección 17.<sup>a</sup>, («daños con peligro común»), que, por ejemplo, contiene los delitos de incendio.

(38) HASSEMER, *Produktverantwortung* (cit. en nota 3), p. 11; ALBRECHT, NJ 1994, p. 194, ubica al «derecho del riesgo postmoderno» prácticamente en el ámbito de la «contrailustración».

quiere mantener bajo estas condiciones de todos modos la protección de bienes jurídicos, la palanca del Derecho penal ha de ser apoyada en la acción de riesgo intolerable como tal, esto es, en la producción e introducción en el mercado de elementos idóneos para producir lesiones en la salud, como así ocurre desde hace mucho tiempo en la Ley de alimentos alemana (39). Lo mismo rige respecto de la distribución de inversiones en el mercado de capitales, en el que el prospecto de emisión hace mucho ya que ha asumido el papel de la confianza personal, y en el que además es decisiva la voluntad de riesgo del inversor correctamente informado respecto de la relación de equivalencia entre inversión y valor de participación, a través de formas de inversión como el capital riesgo, las sociedades de amortización con la finalidad de atribución de pérdidas y otras modalidades similares. En consecuencia, el tipo penal moderno de la estafa en la inversión de capitales conforme al § 264 a StGB acertadamente apoya la palanca jurídico-penal en la difusión de datos favorables incorrectos en prospectos de emisión dirigidos a la generalidad (40). Por ello, cuando la escuela de Frankfurt postula la reconducción, por principio, del Derecho penal a los delitos de resultado, está abogando por una negativa a la modernización del Derecho penal, negativa que necesariamente ha de fracasar en la finalidad del Derecho penal de proteger bienes jurídicos, al ignorar la condiciones de actuación de la sociedad moderna. Por lo demás, esta actitud también resulta extraña si se tiene en cuenta que hasta poco tiempo, el momento casual de la producción del resultado, con su correspondiente dependencia al menos del marco penal de un acontecer casual, se encontraba en el centro de las críticas de la dogmática jurídico-penal (41).

Por tanto, es equivocado anatemizar de este modo por principio los delitos de peligro abstracto; ello resulta reaccionario, entre otras cosas, porque con ello se bloquea la necesaria aportación de la ciencia del Derecho penal a una legitimación tanto constructiva como crítica de los delitos de peligro abstracto, y con ello, la aportación a una actividad legisladora racional en este ámbito. Intentaré esbozar muy brevemente la dirección en la que deberá ir la mencionada aportación: para que el Derecho penal pueda seguir cumpliendo su misión de proteger bienes jurídicos bajo las condiciones de distribución del mercado actual (y no sólo genere una sensación ilusoria de seguridad por medio del fetiche de una legislación simbólica, como afirman equivocadamente Herzog y

---

(39) Cfr. §§ 8, 51 LMBG.

(40) Cfr. sólo DREHER/TRÖNDLE, *op. cit.* (en nota 26), § 264 a n.m. 2 y ss. con numerosas indicaciones bibliográficas; Otto, *Grundkurs Strafrecht, Die einzelnen Delikte*, 3.<sup>a</sup> edición 1991, p. 271, con ulteriores referencias; adoptan una postura crítica KINDHÄUSER, en: SCHÜNEMANN/SUÁREZ GONZÁLEZ, *op. cit.* (en nota 32), pp. 113, 121; ZACZYK, en: LÜDERSSEN et al., *op. cit.* (en nota 32), pp. 113, 116 y ss.

(41) ZIELINSKI, *Handlungs- und Erfolgsunwert im Unrechtsbegriff*, 1973, p. 143; Armin Kaufmann, Welzel-FS, 1974, pp. 393, 403; DORNSEIFER, Armin Kaufmann-GS, 1989, pp. 427, 434.

Prittwitz (42), ha de averiguarse en qué lugar se encuentran, por decirlo de este modo, los puntos de conexión colectivos en los que debe intervenir una protección eficaz de los bienes jurídicos. En el caso de la distribución colectiva de inversiones de capital, por ejemplo, este punto es el prospecto, que es difundido colectivamente y en realidad es el medio decisivo para la decisión de inversión del ciudadano individual. En consecuencia, el hecho de que se amenace de pena la mera difusión de un prospecto de contenido falaz para hacer publicidad de una inversión de capitales, constituye una necesaria modernización del Derecho penal, concretamente, su adaptación a los cambios de las relaciones sociales reales. Evidentemente, en un segundo nivel de examen debe asegurarse que esta modalidad de comportamiento no se halle abarcada por el legítimo ámbito de libertad del individuo; por tanto, antes de la creación de un delito de peligro abstracto siempre ha de plantearse qué interés legítimo podría tener el individuo en la realización en la modalidad de acción en cuestión. En este sentido, aparecen numerosísimos ejemplos de esto —que, sin embargo, no son tenidos en cuenta en la discusión jurídico-penal— en los tipos de contravenciones del Derecho de circulación, que en Alemania hace mucho que ha sufrido una escalada hacia una sobrerregulación sin sentido y de imposible legitimación. Por el contrario, en el caso de la estafa de inversión de capitales no llego a ver cuál puede ser el interés legítimo del promotor de una inversión de capital en poder introducir dolosamente un prospecto de emisión falaz. En el tercer nivel ha de tenerse en cuenta el principio de determinación, principio éste que, sin embargo y en contra de los representantes de la escuela de Frankfurt, en el ámbito del delito de peligro abstracto plantea mucho menos problemas que en el tan elogiado delito imprudente de resultado. Pues en el delito imprudente de resultado, la norma de comportamiento concreta por regla general no está escrita y es formulada posteriormente por parte de la jurisprudencia, mientras que en el delito de peligro abstracto, el legislador puede y debe crear un tipo mucho más concreto para que éste pueda cumplir con el principio *nullum crimen sine lege*. Y, finalmente, en el cuarto nivel, a la hora de examinar la proporcionalidad, es decir, la existencia de una relación adecuada entre el injusto típico y la intensidad de la pena amenazada, de nuevo en el ámbito del delito de peligro abstracto puede establecerse una conexión mucho más estrecha que en el delito de resultado, en el que el autor en última instancia es hecho responsable personalmente de todas las demás causas y, con ello, de la desafortunada configuración de la situación social de la que se partía.

---

(42) HERZOG, *op. cit.* (en nota 9), pp. 59 y ss., 68 y ss.; PRITTWITZ, *op. cit.* (en nota 33), pp. 257, 365; cfr. además HASSEMER, *NStZ* 1994, pp. 553, 558; *idem*, *ZRP* 1992, pp. 378, 382.

En consecuencia, la anatemización del delito de peligro abstracto constituye un callejón sin salida; sólo si éste se evita consecuentemente, quedará abierto el camino para la necesaria aportación constructiva que la ciencia del Derecho penal debe ofrecer a la modernización legislativa del Derecho penal.

4. La *tercera gran aportación* a las cuestiones de principio del Derecho penal moderno que fue desarrollada, si bien no de modo exclusivo, sí principalmente por los autores de Frankfurt a través de una defensa decidida de la perspectiva individualista, se refiere al proceso penal, concretamente, a la defensa realizada por estos autores del clásico sumario en contra de su modernización tecnológica hasta su fusión con la actividad preventiva policial. También en este ámbito puede trazarse una línea recta desde la posición de Würtenberger, pues es el estricto respeto a la dignidad humana y a la esfera privada de los ciudadanos, sospechosos o no, lo que ha motivado la acerba crítica a la amenaza de la «conversión del proceso penal en un mecanismo de policía en el Estado de seguridad» y/o a la desformalización del procedimiento penal, y es también ese respeto el que se lanza reiteradamente al debate, sea contra el establecimiento de procedimientos electrónicos de escucha de mayor o menor envergadura, sea contra la introducción del testigo de la corona o contra la reducción de derechos tradicionales de la defensa (43). Puesto que un tratamiento mínimamente concreto de este tema requeriría un trabajo expresamente dedicado a él, debo limitarme a aportar una sola idea; pienso, sin embargo, que la casi completa falta de consideración de esta idea en la discusión actual es de consecuencias muy graves. Naturalmente, la regulación del procedimiento penal ha de tener en cuenta los contextos de actuación del comportamiento intolerablemente desviado, de manera que el conflicto entre las libertades del ciudadano y las necesidades de investigación y de intervención de la Administración de Justicia conlleva que sea necesario someter a revisión las reglas tradicionales cuando cambian las relaciones sociales. También es evidente que la ponderación de este conflicto, tal y como tomó cuerpo en el siglo pasado en el Código de procedimiento, estaba orientada en atención al hecho individual de la criminalidad aventurera y de miseria que en aquel entonces colmaba el concepto de criminalidad, de modo que se basaba en el concepto individualista, aún predominante en Würtenberger, del delito como «producto de la personalidad infractora del Derecho». Creo que la tercera constatación evidente (en el plano empírico) consiste en afirmar que con esta concepción no puede hacerse frente de modo exitoso a las modernas formas de actuación de la criminalidad organiza-

---

(43) Cfr. a este respecto, de entre la bibliografía que se ocupa del tema, que ha llegado a ser prácticamente inabarcable, sólo HASSEMER, StV 1993, pp. 664, 666 y ss.; *idem*, StV 1994, p. 333; HAMM, StV 1994, p. 456; HERZOG, StV 1994, p. 166; NAUCKE, KritV 1993, pp. 135, 150 y ss.; P.-A. ALBRECHT, KritV 1993, pp. 163, 171.

da (44). Por tanto, la postura según la cual ha de mantenerse férreamente la ponderación de intereses fijada originalmente en el Código de Procedimiento penal del Reich, es decir, que busca lo «indisponible en el proceso penal» de modo similar a la teoría personal del bien jurídico en el siglo XIX (45), tiene consecuencias nefastas porque no sólo dificulta y en parte imposibilita una persecución penal efectiva de las modernas formas de criminalidad, sino porque también destruye simultáneamente la legitimidad de la persecución penal también de la «criminalidad clásica». Pues, ¿cómo va a justificarse la ulterior persecución intensa de la criminalidad aventurera y de miseria, si se cierran los ojos frente a las necesidades de la persecución efectiva de la criminalidad organizada moderna, generando de este modo una presión desigual en la persecución, en perjuicio de aquellas formas de criminalidad que en el fondo son menos graves? El hecho de que esto se propugne precisamente desde Frankfurt es tanto más sorprendente si se tiene en cuenta que allí se conoce mejor que en otros muchos lugares el carácter unilateral de aquella imagen del individuo criminal, imagen que si bien aún aparece en las consideraciones de Würtenberger, es completamente obsoleta desde el punto de vista actual. Cuando el porcentaje de factores colectivos, que siempre ha sido considerable, se condensa hasta llegar a contextos de actuación directamente colectivos, como sucede en las formas modernas de criminalidad organizada, de la sustancia original del Derecho penal en cuanto legítima defensa social deriva la necesidad de formas de reacción adecuadas a la realidad, ya sea desde el agente encubierto, pasando por el testigo de la corona hasta los aparatos de escucha. Pero si en vez de ello se pone en duda la existencia de la criminalidad organizada como amenaza específica de nuestra sociedad y se pretende aducir como prueba empírica de ello precisamente una encuesta entre internos en centros penitenciarios ya condenados (46), ello en mi opinión no está menos alejado de la realidad que la concepción de Würtenberger sobre el individuo criminal. Sobre todo, habrá que definir el ámbito de la criminalidad organizada de modo más amplio a lo que suele hacerse en la actualidad, y ello también desde el punto de vista teórico, puesto que deben incluirse en ella tanto la criminalidad empresarial como los sistemas de corrupción (47) existentes en la zona limítrofe entre política y administración. Tampoco pienso que frente a la verdadera criminalidad organizada existan problemas de legitimidad in-

---

(44) De nuevo aquí sólo cabe hacer dos referencias representativas del cuantioso material existente respecto del incremento de la criminalidad derivada de la miseria, característica del siglo XIX, cfr. Blasius, *Bürgerliche Gesellschaft und Kriminalität*, 1976; sobre la discusión relativa a la situación actual de la criminalidad organizada, SIEBER/BÖGEL, *Logistik der Organisierten Kriminalität*, 1993, pp. 17 y ss., 26 y ss.

(45) HASSEMER, StV 1986, pp. 550, 551.

(46) ALBRECHT, NJ 1994, pp. 193, 198.

(47) Respecto del asunto más amplio hasta la fecha, el así llamado caso de las donaciones a partidos (*Parteispendenaffäre*), cfr. de BOOR/PFEIFFER/SCHÜNEMANN (a cargo de la ed.), *Parteispendenproblematik*, 1986; cfr. los ejemplos tratados periódicamente en HAFNER/JACOBY (a cargo de la ed.), *Neue Skandale der Republik*, 1994.

superables respecto de la conjunción de estrategias de control represivas y preventivas, conjunción que constituye el núcleo del problema; por ejemplo, considero que los argumentos tomados prestados del arsenal de la teoría de la retribución en contra de la figura del testigo de la corona (48) son desde un principio obsoletos. Por el contrario, la problemática central aún no resuelta ha de verse en este ámbito en el establecimiento de un control efectivo para evitar los abusos, así como en la eliminación de dudosas pruebas de generación espontánea del juicio oral. Sin embargo, precisamente respecto de esta problemática faltan las tan necesarias aportaciones constructivas y críticas de la ciencia penal, y ello a causa de la oposición fundamentalista existente. A este respecto, tan sólo algunas pocas consideraciones a modo de esbozo: por supuesto que es intolerable la introducción mediata en la vista oral de los presuntos conocimientos de agentes encubiertos por medio del testimonio de personas que participaron en los interrogatorios en cuestión, tal y como viene siendo practicada por la Administración de Justicia alemana desde hace décadas, práctica que viene siendo tolerada por el Tribunal Supremo Federal y el Tribunal Constitucional Federal, pero que ha sido cuestionada con razón por el Tribunal Europeo de Derechos Humanos (49). Pues me parece tan evidente en este caso la existencia de una infracción de los requisitos mínimos del juicio justo como la perversión del juicio oral que tiene lugar mediante la introducción de material de prueba que no puede ser realmente verificado, sino que más bien debe ser evaluado con considerable escepticismo, teniendo en cuenta la frecuentemente dudosa personalidad de los agentes encubiertos (50). Estas objeciones, sin embargo, no tienen igual validez respecto del sumario, procedimiento que debe orientarse sobre todo en atención a cometidos operativos, de modo que una cuidadosa y limitada desformalización del sumario frente al estado de cosas de 1879 parece razonable, si se mantienen las garantías formales del juicio oral. En este sentido, por ejemplo, podría autorizarse la utilización del detector de mentiras exclusivamente para los fines del sumario (51).

Más importante es y menos desarrollado está aún el establecimiento de nuevos mecanismos y procedimientos de control en lugar del control por parte del juez de instrucción, que es prácticamente el único previsto en el Código de Procedimiento penal. Pues éste carece en la práctica en gran medida de efectividad, debido a la conjunción de organización e intereses entre el juzgado y la fiscalía (52). También sería perfectamente

---

(48) Cfr. sobre esto HASSEMER, *StV* 1986, pp. 550, 553.

(49) Cfr. las referencias en KLEINKNECHT/MEYER-GÖBNER, *StPO*, 41.ª edición 1993, § 250, n.m. 5; EGMR NIW 1992, p. 3088.

(50) Cfr. respecto del estado de la discusión ROXIN, *Strafverfahrensrecht*, 23.ª edición 1993, p. 327.

(51) Más exhaustivamente sobre esto, SCHÜNEMANN, *Kriminalistik* 1990, p. 130.

(52) Respecto de la confirmación empírica de este «efecto de solidaridad», cfr. SCHÜNEMANN, en: LAMPE (a cargo de la ed.), *Beiträge zur Rechtsanthropologie* (Anexo a ARSP n.º 22), 1985, pp. 68, 83 y ss.; *idem*, en: KAISER/KURY/H.-J. ALBRECHT (a cargo de la ed.), *Kriminologische Forschung in den 80er Jahren*, 1988, pp. 265 y ss.; *idem*, en

factible establecer en este ámbito instituciones de control ubicadas fuera de la organización de la Administración de Justicia, ya sea en forma de una comisión del Colegio de abogados o de una Facultad de Derecho o sea en forma de salas de legos, siguiendo el ejemplo del Gran Jurado estadounidense (53). Por tanto, lo único que hace falta es algo de fantasía y el deseo de un verdadero control de las medidas de intervención jurídico-procesales en el ámbito penal, pero en este sentido el legislador no se ha visto presionado de ninguna manera por parte de la ciencia del Derecho penal, ya que ésta hasta el momento se ha empeñado en este ámbito en una estéril oposición fundamentalista.

5. En el presente marco no resulta posible seguir adelante desarrollando ulteriores análisis individuales de la teoría monista-individualista. Sin embargo, creo que ya en atención a las consideraciones acabadas de realizar queda justificado el siguiente juicio global: esta retirada a los siglos XIX y XVIII (estando éstos, por lo demás, reconstruidos de modo inexacto) no puede ofrecer perspectiva de futuro alguna y constituye un callejón sin salida que precisamente es incapaz de llevar a cabo la necesaria crítica a las tendencias legislativas dominantes en el momento actual, dejando por ello al legislador tanto más vía libre cuanto con mayor frecuencia sea transitado.

### III. LA TEORÍA DEL DERECHO PENAL MONISTA-NORMATIVISTA DE JAKOBS

1. Antes de abordar a continuación el edificio intelectual de la dogmática jurídico-penal de Günther Jakobs, es necesario hacer algunas consideraciones previas. Desde la perspectiva teórica, Jakobs de ningún modo está en las antípodas de los miembros de la escuela de Frankfurt. De modo general incluso puede decirse que la contraposición ya citada entre el «pensamiento europeo de los principios tradicionales» y el «funcionalismo» en el tema general de las Jornadas de Profesores de Derecho penal alemanes de este año afirma o exagera una contradicción que en realidad no existe de ese modo. Pues el Derecho penal de la Ilustración en verdad sustituyó el puro pensamiento orientado en atención a determinados principios del Derecho penal religioso antes dominante por un pensamiento orientado con base en determinados fines. Concretamente, reconstruyó al Derecho penal como medio para la evitación de daños sociales, colocándolo de ese modo sobre una base funcionalista. Y también los principios de la escuela de Frankfurt antes examinados

---

BIERBRAUER (a cargo de la ed.), *Gerechtigkeit im Verfahren - Rechtspsychologische Forschungsbeiträge für die Justizpraxis*, 1995.

(53) Cfr. NIKLAUS SCHMID, *Strafverfahren und Strafrecht in den Vereinigten Staaten*, 2.<sup>a</sup> edición 1993, pp. 50 y ss.

son tratados de modo funcionalista, al sostener que es la libertad del individuo o la protección del individuo lo que ha de ser garantizado con los medios del Derecho, es decir, aquello que es definido como función del Derecho. Por ello, esta contraposición es más una figura retórica que una construcción lógica y semánticamente correcta y debe ser clarificada de la siguiente manera: la determinación de los fines del Derecho penal a través de la protección de bienes jurídicos, de la que prácticamente nadie duda en Alemania, obliga a la ciencia jurídico-penal en su punto de partida a un pensamiento funcional. Al limitar la escuela de Frankfurt en gran medida esta funcionalidad a las necesidades de protección de individuos concretos, establece barreras de principio para los análisis referidos a los contextos funcionales colectivos, propugnando, por tanto, un funcionalismo circunscrito de modo individualista. En la ciencia del Derecho penal alemana de la actualidad no existe un verdadero polo opuesto a esta concepción, pues éste tendría como presupuesto una limitación radical a funciones colectivas, excluyendo, por tanto, de toda consideración a los puros intereses individuales. Por supuesto, cabe imaginar tal concepción, y de hecho, ésta es habitual en los ordenamientos jurídicos de Estados totalitarios; en Alemania, sin embargo, actualmente nadie defiende tal perspectiva. Por ello, en vez de una antítesis lógica, tan sólo cabe encontrar aquel pensamiento jurídico-penal que se oponga en la práctica de modo más claro a la aproximación monista individualista, tomando en consideración dos características especialmente destacadas de ésta y buscando el tipo opuesto. Puesto que para el individualismo lo importante es la protección de individuos concretos, habitualmente sus conceptos se obtienen del lenguaje común, referido directamente a la realidad, de modo que estos conceptos tienen un núcleo significativo coincidente en gran medida con el significado natural de las palabras y que por tanto en cierto sentido está saturado de realidad. Por ello, estos conceptos oponen una considerable resistencia a una interpretación teleológica orientada en atención al fin de la norma, y tampoco son de fácil integración en una consideración funcional de conjunto, de lo que en última instancia deriva el empecinamiento de la escuela de Frankfurt en contra de las exigencias político-criminales del por ella así denominado Derecho penal moderno. Si se considera a la escuela de Frankfurt desde esta perspectiva, no resulta nada difícil identificar su polo opuesto, que se halla en el funcionalismo normativista de Günther Jakobs.

Ya en el prólogo a la primera edición de su tratado de Derecho penal, Jakobs proclamó a la dogmática ontologizante de Welzel en cierto sentido como pecado original (54). Y desde entonces depura sin descanso los conceptos básicos del Derecho penal de todo componente descriptivo, esto es, referido a la realidad. Su primer gran ataque estuvo

---

(54) 1983, p. V.

dirigido contra el concepto de culpabilidad, cuyo entendimiento tradicional, cómo poder actuar de otro modo, es en su opinión completamente errado, debiendo, por el contrario, obtener la culpabilidad su contenido exclusivamente del fin de prevención general (55).

Posteriormente, Jakobs ha intentado extender esta depuración de todos los elementos descriptivos a otros numerosos conceptos básicos. Por ejemplo, entretanto considera errada toda delimitación entre dolo e imprudencia realizada en virtud del criterio descriptivo psicológico de la conciencia. Afirma que sólo el defecto cognitivo debe exonerar de la pena más grave del delito doloso, de modo que por esta razón, según Jakobs, en el caso de un defecto volitivo como el de una falta de reflexión por indiferencia, únicamente resulta adecuada la pena del delito doloso (56). Y en realidad, desde el punto de partida teórico de Jakobs, no habría dificultad alguna en no limitar el concepto de autor a un individuo que actúa en el ámbito social, sino definirlo de modo puramente normativista-funcionalista como sujeto de normas de imputación, aplicando correspondientemente ya el Derecho penal vigente a las personas jurídicas. Por ello, Jakobs afirma que no sólo las denominaciones, sino también las formas dogmáticas para la acción y para la culpabilidad son idénticas en las personas físicas y jurídicas, pero niega la punibilidad de las personas jurídicas conforme al Derecho positivo (57). Sin embargo, esta última postura ni es necesaria ni puede ser fundamentada de modo convincente en atención a su propio sistema, ya que en el tratamiento del principio *nullum crimen* niega a los conceptos del Derecho penal todo núcleo significativo fijo, derivado de los significados naturales del lenguaje cotidiano (58). Puesto que en vez de ello Jakobs quiere extraer el contenido conceptual exclusivamente de las funciones del sistema social en cuestión, su concepción del Derecho penal se adapta a cualquier política criminal y puede, por tanto, asumir sin problema alguno cualquier modernización del Derecho penal.

En este sentido, Jakobs ha destacado en la discusión con sus críticos que el autor, en aquellos casos en los que resulta beneficioso en el contexto social, es de hecho condenado en virtud de meros fragmentos de imputación objetiva, y que entonces su concepción —de Jakobs— explica también la posibilidad de tal imputación desmedrada. Igualmente afirma que desde el punto de vista material introduce en menor medida

---

(55) Fundamental a este respecto, JAKOBS, *Schuld und Pravention*, 1976, con un ulterior punto álgido en *Das Schuldprinzip*, 1993. Respecto del estado más reciente de la crítica, cfr. STÜBINGER, KJ 1993, pp. 33 y ss.; SCHÜNEMANN, *Chengchi Law Review* 1994 (vol. 50), pp. 259, 281 y ss., 283 y ss., 295 y ss.

(56) Cfr. JAKOBS, ZStW 101 (1989), pp. 530 y ss.; *idem*, *Das Schuldprinzip, passim*, y la crítica exhaustiva en SCHÜNEMANN, *Chengchi Law Review* 1994 (vol. 50), pp. 259 y ss.

(57) *Strafrecht Allgemeiner Teil*, 2.ª edición 1991, pp. 148 y ss.

(58) *Op. cit.* (en nota 57), pp. 84 y ss.

elementos nuevos, sino que, por el contrario, tan sólo interpreta de nuevo elementos existentes desde hace mucho tiempo (59).

2. El método puramente normativista de Jakobs, que rechaza cualquier delimitación descriptiva (descalificada por él como naturalista) de los conceptos dogmáticos, se remite para la interpretación de los conceptos exclusivamente a la funcionalidad sistemática en relación al sistema que en cada momento se utilice como Derecho positivo. A mi juicio, este método conduce en última instancia al establecimiento de toda una serie de argumentaciones circulares, detrás de cuya fachada las verdaderas determinaciones son tomadas de modo puramente decisorista. En ocasiones anteriores he intentado repetidamente demostrar esta afirmación en relación con su concepto de culpabilidad, concepto que Jakobs desliga expresamente de toda idea de poder actuar de otro modo y que es presentado exclusivamente como resultado de la imputación jurídico-penal, de modo que la imputación se explica por la culpabilidad y la culpabilidad por la imputación, estableciéndose un círculo vicioso (60). Entretanto, Jakobs ha continuado con su completa normativización de los conceptos básicos del sistema del Derecho penal, acuñando tanto para el actuar positivo como para la omisión el concepto de acción de «adquirir culpablemente competencia por una lesión de la vigencia de la norma, concepto que carece por completo de núcleo descriptivo, proponiendo dos fundamentos de la imputación que en su concepción han de regir tanto para la comisión como para la omisión, que son la competencia por organización y la competencia institucional (61). En realidad, sin embargo, su nuevo concepto de acción no es otra cosa que un concepto de delito puramente normativo, y tampoco el concepto de competencia se refiere a un objeto que pudiese reconocerse siquiera de modo esquemático con base en el significado natural del término, sino que es el resultado de una imputación realizada exclusivamente desde el Derecho. Esta constatación no se ve en nada modificada por las dos subcategorías de la competencia de organización y competencia derivada de una institución, a las que Jakobs tampoco quiere atribuir significado descriptivo alguno. He expuesto esto recientemente en otro lugar y por ello quisiera remitirme a lo allí dicho (62).

3. Por tanto, el método normativista-funcionalista de Jakobs, como todo normativismo, puesto que erige una fachada de argumentaciones circulares, necesariamente ha de rellenar el vacío mediante puras

(59) *Op. cit.* (en nota 57), pp. 40 nota 45 (*in fine*, derecha) y 483 nota 46.

(60) Cfr., además de la referencia dada *supra* en la nota 57, SCHÜNEMANN, en HIRSCH/WEIGEND (a cargo de la ed.), *Strafrecht und Kriminalpolitik in Japan und Deutschland*, 1989, pp. 147, 158 y ss., con ulteriores referencias.

(61) *Der strafrechliche Handlungsbegriff*, 1992, p. 44; respecto de su concepción sobre la omisión, cfr. *Strafrecht AT* (*cit.* en nota 57), pp. 799 y ss.

(62) En: GIMBERNAT ORDEIG/SCHÜNEMANN/WOLTER a cargo de la ed., *Internationale Dogmatik der objektiven Zurechnung und der Unterlassungsdelikte*, 1995, pp. 49, 50 y ss., 56 y ss. 60 y ss.

decisiones, y ello significa lo siguiente: mientras que la escuela de Frankfurt no quiere llevar a cabo una aportación constructiva a la modernización del Derecho penal, sino que desea convertirse tan sólo en un obstáculo para ésta, la aportación del pensamiento penal de Jakobs consiste en cierto modo en la apertura de todas las compuertas a las meras decisiones que tácitamente se toman por él como presupuesto, y, con ello, en última instancia, en transigir.

#### IV. LA DOGMÁTICA SIN CONSECUENCIAS

Puesto que en el presente marco me es imposible analizar las demás grandes corrientes de la ciencia jurídico-penal de la actualidad ni siquiera por aproximación con la extensión que realmente les correspondería, debo intentar convertir esta necesidad en una ventaja, pasando del plano del objeto a un meta-plano, analizando la «dogmática sin consecuencias» desde la perspectiva de la sociología del conocimiento. En lo que se refiere al examen de las tres tendencias que abordaré a continuación, adoptaré esta perspectiva en todo caso respecto del eclecticismo y de la dogmática como defensa de intereses, mientras que en lo relativo al tradicionalismo definiré mi posición, aunque muy brevemente, en el plano del objeto, es decir, desde el punto de vista de los contenidos.

1. a) Si se estudia la ciencia penal alemana hasta aproximadamente la década de los años sesenta, el rasgo que quizás resulte más impresionante es su enorme coherencia. Ciertamente, existen diferentes escuelas que luchan entre ellas, pero éstas internamente son sorprendentemente homogéneas, de modo que la imagen global puede compararse, por ejemplo, con la gran muralla de Cuzco, es decir, que aparece como una conjunción ordenada de distintos bloques individuales estrechamente relacionados entre sí. Si se busca una imagen similar que case con la situación actual, viene a la memoria —dependiendo del gusto y de la vivencia artística personales— una fachada churrigueresca, un suelo de terrazo o un techo de marquetería. Creo que la causa de ello se encuentra en dos condiciones marco relativas a la sociología del conocimiento: en los cambios en las condiciones de reclutamiento y de formación de los científicos del Derecho penal y en el tránsito hacia la sociedad postmoderna. Puesto que antes el número de los participantes en la discusión científica sobre el Derecho penal era reducido, y éstos además habían tenido una socialización bastante homogénea en determinadas escuelas, el espectro de opiniones que se generaba era desde un principio relativamente limitado. Si además se tiene en cuenta que la capa social que genera el horizonte de valores determinante, que es en Derecho penal la clase media, desde 1870 a 1960 sólo configuró sistemas de valores bastante homogéneos, de ello derivó necesariamente también en Derecho penal un paisaje espiritual ampliamente homogé-

neo. Entretanto, sin embargo, el número de los partícipes en la discusión ha doblado ampliamente al anterior, se ha reducido sustancialmente la formación de escuelas, y la sociedad postmoderna produce una continua cadena de mensajes valorativos cambiantes, contradictorios o que discurren en círculos, que en su conjunto tienden, al igual que los ideales estéticos, hacia la arbitrariedad absoluta. Y puesto que la ciencia del Derecho, a diferencia de las ciencias empíricas, apenas dispone de un conjunto de reacciones que permitan comprobar la corrección de las tesis sostenidas por ella, no existe previsión institucional alguna en contra de que los argumentos fuertes sean sustituidos al cabo de algún tiempo únicamente por razón del cambio de la moda por argumentos débiles —de lo que irremediabilmente deriva una tendencia hacia el eclecticismo—.

b) Este eclecticismo, es decir, la convivencia desordenada de los más diversos puntos de vista valorativos y métodos, modas de argumentación y perspectivas problemáticas, de hecho es característico de gran parte de la ciencia penal alemana. La imagen, frecuentemente desconcertante, de las diversas concepciones y argumentos, deducciones y métodos, perspectivas y posiciones que se solapan en un determinado ámbito de problemas, por regla general no se clarifica en cuanto más tiempo dura la discusión, sino que pasa a ser más compleja, porque muy rara vez se reconoce que una opinión una vez manifestada es ahora obsoleta, de modo que se la elimine del discurso. Como ejemplo sólo me referiré a la teoría del dolo, cuyo rechazo por parte del legislador en el § 17 StGB (\*) fue una de las pocas decisiones dogmáticas claras en la reforma penal y que, a pesar de ello, sigue siendo defendida de modo imposible en la bibliografía (63). La increíblemente fina ramificación del análisis de los problemas, que siempre ha sido una característica de la ciencia penal alemana, ha conducido a aquella «nueva confusión» que Habermas ha elegido como denominación de la cultura de la postmodernidad: pues a la situación antes descrita ha de sumársele el enorme aumento de las oportunidades para publicar, en forma de numerosas nuevas revistas especializadas y de series de monografías, junto a la hoy habitual publicación de la mayoría de las tesis doctorales. Un ejemplo expresivo de lo acabado de decir lo ofrece la ya antes mencionada dogmática de las posiciones de garante en el delito de omisión impropio, que no acaba de calmarse y que también en los últimos años ha sido enriquecida con un cúmulo de nuevos métodos de solución y de posiciones que conducen constantemente a nuevas combinaciones (64).

---

(\*) El § 17 StGB (Strafgesetzbuch, Código penal alemán) dispone lo siguiente: «*Error de prohibición*. Si el autor desconoce en el momento de la comisión del hecho que realiza un comportamiento antijurídico, actúa sin culpabilidad si no podía evitar el error. Si el autor podía evitar el error, la pena puede ser atenuada conforme a lo dispuesto en el § 49, párrafo 1.º.» (n. del t.).

63) Cfr. las referencias en Roxin, *Strafrecht Allgemeiner Teil 1*, 2.<sup>a</sup> edición, 1994, § 21 n.m. 11.

64) Cfr. en detalle mi trabajo citado en la nota 62.

c) Ahora bien, se podría pensar a primera vista que un espectro de opiniones lo más amplio posible en realidad es de utilidad en una disciplina como la dogmática jurídica, que está orientada a su traslado a la práctica y funciona sin criterios terminantes de corrección. Pues precisamente, así cabría razonar, ello aportaría muchos puntos de vista distintos respecto de la solución correcta a la discusión, imponiéndose después de un proceso de selección más largo la opinión que desde el punto de vista científico sea más convincente. Sin embargo, esta perspectiva cándida y optimista no tendría en cuenta cuáles son los especiales criterios de selección, divergentes de los existentes en otras ciencias, según los cuales sobreviven o perecen las teorías de la ciencia del Derecho. En lugar de una selección natural, que, por ejemplo, tiene lugar respecto de las teorías de las ciencias naturales mediante una constante comprobación empírica, en la ciencia del Derecho la selección es realizada en última instancia por la práctica jurídica y sobre todo por la jurisprudencia, que en la compleja interacción con la ciencia del Derecho a la larga tiene la sartén por el mango. Y a su vez, el criterio de selección dominante para la jurisprudencia no es la coherencia dogmática, sino la practicabilidad del resultado. En todo caso, la jurisprudencia no escoge sus soluciones sin sustento alguno en la bibliografía, sino que intenta encontrar cierto apoyo en la doctrina. Y si se tiene en cuenta este contexto sociológico de las decisiones a tomar, que aquí sólo puedo esbozar muy brevemente, aparece de repente una consecuencia tan típica como negativa de la dogmática ecléctica: los tribunales, en cierto sentido, pueden escoger libremente el resultado material que les convenga, pues para cualquier resultado podrán aducir algún apoyo en la bibliografía. En este «eslalon de fundamentación», sin embargo, necesariamente ha de romperse el hilo conductor de la deducción que es imprescindible para cualquier fundamentación científico-jurídica. Pues la jurisprudencia siempre invoca sólo en atención a un resultado concreto una postura concreta, pero no asume el contexto de deducción de esa postura individual en su conjunto, produciendo finalmente tan sólo resultados carentes de deducción sistemática, es decir, una típica justicia de cadí sin verdadero fundamento científico-jurídico. Un ejemplo paradigmático de lo anterior lo ofrece la fundamental sentencia del Tribunal Supremo Federal sobre el deber jurídico-penal de retirada de productos peligrosos en el así llamado caso del pulverizador para cueros (*Lederspray-Fall*). En esta resolución, que fue causa de un encendido debate, el Tribunal Supremo Federal hizo referencia exclusivamente a autores que habían afirmado la existencia de un deber de garante jurídico-penal a la retirada sencillamente como anexo a la responsabilidad jurídico-civil por daños, sin asentar esta posición desde el punto de vista sistemático en la dogmática jurídico-penal de la omisión (BGHSt 37, pp. 106, 116 y ss.). Si dispusiese de más espacio, fácilmente podría ampliar este ejemplo, mostrando en detalle que la línea zigzagueante que describe la jurisprudencia del Tribunal Supremo Federal sobre el delito impropio de omi-

sión en los últimos años pudo ser apoyada en cada caso individual con citas de la bibliografía ecléctica, habiendo perdido precisamente por ello toda coherencia sistemática (65).

d) A modo de conclusión cabe constatar respecto de las tendencias eclécticas en la actual ciencia jurídico-penal alemana que afectan negativamente al papel de la ciencia como mentor de una jurisprudencia con coherencia sistemática, favoreciendo a la larga una praxis de *cadí* con resoluciones *ad hoc*. En este sentido, existe el peligro de que la dogmática carezca de consecuencias, degradándose, si se compara la jurisprudencia con un servicio religioso, de ser el evangelio a convertirse en liturgia.

2. a) El peligro de que la ciencia del Derecho penal pierda relevancia social se ve aún incrementado por la tendencia hacia la práctica de un juego de abalorios sin compromiso que existe en la discusión de las cuestiones fundamentales de la teoría de la pena desde hace más o menos dos décadas. El último verdadero gran impulso que partió de la discusión en la ciencia del Derecho penal sobre el sentido y la finalidad de la pena para la praxis de la Administración de Justicia, fue el impulso emanado en los años sesenta del Proyecto Alternativo y su marcada acentuación de la concepción de la resocialización. Este impulso influyó de modo esencial en la reforma del Derecho penal en su fase decisiva, si bien en este ámbito el legislador demostró tener una fina intuición al no compartir la euforia resocializadora, que culminó en la medida de seguridad de la institución socialterapéutica —medida que también estaba concebida como agravamiento de la sanción—, eligiendo, por el contrario, la así llamada solución de la ejecución (66). Desde que la crisis internacional de la ideología del tratamiento ha alcanzado también a Alemania (67), la discusión alemana sobre la teoría de la pena se ha retirado en lo esencial a sus disensiones internas, perdiendo —si bien con la importante excepción del punto de partida relativo a la reparación (68)— todo efecto configurador sobre la praxis. Mientras que, por ejemplo, en los Estados Unidos las controversias aumentan continuamente en concreción, profundidad y relevancia práctica, alcanzando en forma de las (¡si bien discutidas y discutibles!) teorías de la *selective incapacita-*

---

(65) Cfr. últimamente sobre la sentencia en el caso del nebulizador para cueros KUHLEN, JZ 1994, pp. 1142, 1144 y ss.; LORENZ, en LÜBBE (a cargo de la ed.), *Kausalität und Zurechnung*, 1994, pp. 41 y ss.; PUPPE, *ibid.*, pp. 1147 y ss.; SCHÜNEMANN, *op. cit.* (en nota 62), pp. 66 y ss.; *idem*, en *Umweltschutz und technische Sicherheit im Unternehmern* (UTR 26), 1994, pp. 137, 146 y ss., 163 y ss.

(66) Cfr. a este respecto tan breve como acertadamente STRENG, *Strafrechtliche Sanktionen*, 1991, pp. 95 y ss.

(67) Cfr. sobre esto, en muchos puntos de modo concluyente, P.-A. ALBRECHT, ZStW 97 (1985), pp. 831 y ss.

(68) Cfr. sólo AE-Wiedergutmachung, 1992; SCHÖCH, Dictamen para las 59 Jornadas de Juristas Alemanes (DJT), 1992; §§ 56 a StGB en su versión dada por la Ley de Lucha contra la Criminalidad de 28.10.1994.

tion (69), de la conjunción de las ideas de prevención y justicia —que entre nosotros ha sido calificada erróneamente como neoclasicismo— (70), así como de la limitación del ámbito judicial para la medición de la pena por medio de *sentencing guidelines* (71) una enorme relevancia práctica, en Alemania impera en este campo un tradicionalismo que en sus resultados es completamente arbitrario y carece de consecuencias, por medio del cual la ciencia se ha privado de toda oportunidad de tener influencia en la praxis. Como prueba de lo acabado de decir quisiera elegir tan sólo una rama de la discusión actual, concretamente la nueva vinculación de la teoría de la pena a las deducciones del idealismo alemán, vinculación que entretanto prácticamente ha quedado congelada en formulaciones estereotipadas. Los adelantados de esta evolución son también en este ámbito científicos de Frankfurt, concretamente Ernst Amadeus Wolff y sus discípulos, entre ellos sobre todo Rainer Zaczyk, así como fuera de Frankfurt ante todo Michael Köhler. Conforme a esta posición, la pena tan sólo se impone en virtud de la justicia (72), al haber sido lesionada por el delito la relación de reconocimiento recíproco de los ciudadanos. El autor, según esta opinión, ha creado una relación permanente de subordinación del lesionado, y la comunidad jurídica ha previsto por ello como compensación una disminución del *status* de libertad o de igualdad del autor a un *status* disminuido, correspondiente a su hecho (73). A este respecto ha de comentarse muy brevemente que es perfectamente posible reconocer tanto la acentuación de la relación de reconocimiento mutuo, siguiendo a Kant y Fichte, en cuanto base de un Estado de ciudadanos libres e iguales, como el hecho de su infracción por parte del delincuente, sin que de ello, sin embargo, derivase conclusión lógica alguna acerca de la necesidad de la pena. En el fondo, en la antes citada deducción de Wolff, que es característica de las teorías neoidealistas de la pena, tan sólo se repite la fundamentación de la pena criminal desarrollada por Kant en la Crítica de la razón práctica, que tiene el siguiente tenor: «Finalmente, hay otra cosa en la idea de nuestra razón práctica que acompaña la infracción de una ley moral, a saber, su merecimiento de pena. En toda pena como tal tiene que haber ante todo

---

(69) Cfr. GREENWOOD, *Selective Incapacitation*, Santa Monica, Ca., 1982; Busch, *Selective Incapacitation - Ein Beispiel für den Versuch von Kriminalprävention durch Strafzumessung*, 1988.

(70) Cfr. sólo VON HIRSCH, *Censure and Sanctions*, Oxford 1993; *idem*, *Past or Future Crimes*, New Brunswick 1985; WEIGEND, ZStW 94 (1982), pp. 801 y ss.

(71) Cfr. VON HIRSCH/KNAPP/TONRY (a cargo de la ed.), *The Sentencing Commission and its Guidelines*, Boston 1987; WASIK/PEASE (a cargo de la ed.), *Sentencing Reform: Guidance or Guidelines*, Manchester 1987; WEIGEND, FS der Rechtswissenschaftlichen Fakultät Köln, 1988, pp. 579, 591 y ss.

(72) E.A. WOLFF, ZStW 97 (1985), p. 826; ZACZYK, *Das Strafrecht in der Rechtslehre J.G. Fichtes*, 1981, pp. 108 y ss.; KAHLO, *Das Problem des Pflichtwidrigkeitszusammenhanges bei den unechten Unterlassungsdelikten*, 1990, pp. 296 y ss.; KÖHLER, *Der Begriff der Strafe*, 1986, pp. 50 y ss.; *idem*, *Über den Zusammenhang von Strafrechtsbegründung und Strafzumessung*, 1983, pp. 37 y ss.

(73) Así paradigmáticamente WOLFF, ZStW97 (1985), p. 820.

justicia, y ésta es la parte esencial de este concepto. La pena, por tanto, es un mal físico, que de todos modos habría de ser vinculada como consecuencia en virtud de principios de una legislación moral, pues todo delito es punible *per se*, es decir, implica la pérdida de derecho a felicidad.» (74) Pues el hecho de que el delincuente lesiona el Derecho y que el Derecho está vinculado a la facultad de obtener coactivamente su respeto (75), puede fundamentar con carácter lógicamente necesario tan sólo un deber a la reparación. Por el contrario, la pena como consecuencia jurídica necesaria del delito sólo puede ser deducida de lo anterior si se añade la teoría de la coacción psicológica de Feuerbach, que precisamente aún no aparece en Kant y que tampoco es utilizada por el neoidealismo para el concepto de pena. Por ello, la laguna en esta deducción tan sólo se ve cerrada por medio de la doctrina adicional de Kant sobre el bien supremo como unidad de felicidad y merecimiento de la felicidad, siendo entonces necesario, además, tomar como presupuesto que el Derecho, y con ello el Estado, tiene el cometido de realizar este bien supremo (76). Y ello supondría sin duda alguna sobrepasar los límites estatales que se reconocen en la actualidad; también desde el punto de vista de la filosofía, constituye un recurso poco convincente al eudemonismo, rechazado en lo demás por Kant; y, además, desde un principio, no es más que un puro axioma.

b) El hecho de que siga sin parecer convincente una fundamentación absoluta del Derecho penal, en mi opinión ni siquiera es la objeción central en el contexto de las presentes consideraciones contra el tradicionalismo en la discusión actual sobre los fines de la pena. Considero que es aún más desafortunado el nuevo desplazamiento de los criterios empíricos de funcionamiento de la pena, desplazamiento que conlleva que la discusión científica sobre la pena carezca de relevancia para la realidad del Derecho penal. Por tanto, el legislador puede tranquilamente dejar las cosas como están en el sistema de consecuencias jurídicas, y los tribunales pueden seguir imponiendo aquellas penas que vienen imponiendo desde hace tiempo, sin que pueda enjuiciarse la corrección de esta práctica penal con base en criterios normativos. Y con ello, precisamente la fundamental teoría sobre el sentido y la finalidad de la pena se ha convertido una vez más en una dogmática que carece de consecuencias sociales.

3. Por tanto, el eclecticismo y el tradicionalismo tienen como consecuencia que el actual papel de la ciencia jurídico-penal alemana no se corresponda desde la perspectiva de la sociología del conocimiento con la impresionante ampliación operada en tiempos recientes en su fachada exterior, sino que precisamente a causa de esta ampliación tenga menor

---

(74) Cita conforme a la 1.<sup>a</sup> edición, 1788, pp. 65 y ss.

(75) *Op. cit.* (en nota 8), p. 35.

(76) Cfr. OBEVER, en BRANDT (a cargo de la ed.), *Rechtsphilosophie der Aufklärung*, 1982, p. 402.

importancia en el sistema global del Derecho. Esta evolución se ve acelerada y fortalecida por una tercera tendencia que caracterizó al principio como «política de intereses encubierta». Me refiero con ello a la situación que se presenta cuando los argumentos científicos no se formulan únicamente en razón de la persecución de la verdad y de la justicia, sino para alcanzar otras finalidades, es decir, cuando estos argumentos no sólo son utilizados de modo instrumental, sino que son ya concebidos como instrumentos. Naturalmente, no soy tan cándido como para pensar que la ciencia pueda mantenerse por completo fuera de contextos instrumentales. Y de hecho, la utilización de la ciencia para la persecución de fines estratégicos en gran medida no es objetable en aquellos casos en los que o existen criterios estrictos de verificación, resultando por tanto fácil desenmascarar a las argumentaciones pseudocientíficas, o en los que desde un principio se manifiesta abiertamente el rol partidista desempeñado, como sucede, por ejemplo, en el caso de la argumentación dogmática de un abogado ante los tribunales. Por el contrario, no sólo concurre el peligro de complicaciones de índole moral, sino incluso el de la destrucción de la ciencia, cuando sólo existen criterios muy débiles de corrección y cuando fines que en realidad son políticos se persiguen bajo el ropaje de una ciencia que se presenta como neutral. Vivimos tal situación en la actualidad también en el ámbito de las ciencias naturales y de la técnica, en lo que se refiere a afirmaciones extremadamente complejas, y por ello de imposible verificación, sobre las consecuencias a largo plazo del actual proceso extremo de industrialización, por ejemplo, para la capa de ozono y el clima mundial. En el ámbito de la ciencia del Derecho, en la que tan sólo existen criterios de corrección extraordinariamente débiles, tales peligros son desde un principio aún más elevados. Y podemos observar que estos riesgos han llegado a hacerse realidad durante siglos en una ciencia del Derecho que con mucha frecuencia fue mero curanderismo para adorno ideológico de relaciones de dominio y de propiedad extremadamente injustas. En la actualidad una renovación de ese peligro deriva de una modificación del modo de vida típico de los estudiosos del Derecho. Con la cada vez más extendida asunción de funciones dentro de la práctica jurídica, sea como juez o defensor, como autor de dictámenes jurídico o asesor jurídico de grupos de intereses, existe el riesgo de que la actividad científica del profesor de derecho, en el mejor de los casos, se vea más o menos influida por ello, en el peor de los casos, incluso de que se convierta en un mero derivado de sus actividades prácticas. En este ámbito, habrá que distinguir tres niveles: en un primer nivel, la experiencia acumulada en la práctica ofrece la oportunidad de su análisis científico. Este análisis, a causa de la vinculación a una determinada perspectiva, ciertamente no podrá cumplir con los presupuestos típico-ideales de la objetividad; pero ello no superará los efectos de una comprensión previa de la materia —efectos que de todas maneras son de imposible evitación—, por lo que el valor de la experiencia práctica puede conducir a constatar un ba-

lance positivo para el desarrollo científico. En el segundo nivel, se produce la publicación, sin modificaciones o con modificaciones de poca importancia, de un dictamen elaborado a instancia de parte, dictamen que, dependiendo del caso concreto, puede mostrar una «desviación» bien insignificante o bien enorme a favor de la posición de quien ha encargado el dictamen. Ciertamente, también en las controversias entre los autores de dictámenes contrapuestos se esgrimen argumentos científicos, por lo que creo que no hay nada que objetar en principio a la publicación de tales dictámenes, siempre que se informe al público de la razón de su elaboración. Pero la situación cambia cuando el autor del dictamen permite que quien le ha contratado le enmarque en una determinada estrategia de formación de opinión. Este riesgo, finalmente, es enorme en el tercer nivel, cuando hay una verdadera producción artificiosa de «opiniones dominantes», o ello al menos se intenta realizando una especie de estrategia científica de influir a la opinión pública mediante las publicaciones de simpatizantes ideológicos o de autores de dictámenes. Esto sucedió en Alemania a mediados de los años ochenta en el ya mencionado caso de las donaciones a partidos políticos, en el que se intentó por todos los medios encubrir la clara realización del tipo del delito fiscal que de hecho concurría. Existen otros numerosos ejemplos, aunque éstos no sean tan exagerados, como, por ejemplo, la accesoria administrativa del Derecho penal del medio ambiente antes mencionada. Es éste un tema que a causa de la enorme importancia de los intereses en juego en gran medida es tratado claramente de modo estratégico. Además, existen otros casos en los que no están en juego intereses económicos. Como parte de la campaña de relaciones públicas con la que las asociaciones de homosexuales han influido en la política estatal en materia de SIDA, han intervenido también en la discusión jurídica, especialmente en la discusión jurídico-penal. Más explícita es esta persecución de intereses bajo el ropaje de la ciencia en el campo de los acuerdos en el marco del proceso penal: un pequeño grupo de penalistas prácticos, actuando en connivencia con los colegios profesionales, que están muy interesados en la práctica de los acuerdos, ha intentado coonestar en sus escritos una inversión de los principios centrales del proceso penal alemán que frecuentemente es criminal (! § 336 StGB!\*). La ciencia alemana del Derecho procesal, que no está afectada por la persecución de determinados intereses, ha fracasado en este campo de una manera especialmente lamentable, pues a pesar de que todos los dogmáticos del proceso penal que se han ocupado seriamente de los acuerdos, han puesto al descubierto sin tapujos sus múltiples ilegalidades, los autores de los manuales estándar, sin embargo, de modo manifiesto no han

---

(\*) El § 336 StGB prescribe: «*Prevaricación*. Aquellos jueces, demás cargos públicos o árbitros que en la dirección o decisión de un asunto de índole jurídica infrinjan el Derecho a favor o en contra de una de las partes, serán penados con privación de libertad de uno a cinco años.» (n. del t.).

sido capaces de captar la dimensión del problema, limitándose por ello a vacuas fórmulas de compromiso (77).

He de decir con toda franqueza que creo que esta evolución es una amenaza extremadamente grave para la sustancia de la ciencia alemana del Derecho penal. Si este desarrollo se prolongase, la ciencia del Derecho sufrirá un colapso en cuanto contexto de acción autónomo y se convertirá en un subsistema de la política adornado ideológicamente. Eso sería también una aportación al estado espiritual de la ciencia penal alemana, pero una aportación muy lamentable.

## V. CONSIDERACIÓN FINAL

Todo lo que he dicho hasta ahora sobre el tema elegido ha sido desarrollado desde una perspectiva crítica. Para hacer justicia a la ciencia penal alemana, ahora me correspondería subrayar los campos positivos, dando ejemplos agradables de ello, para quizás al final esbozar las líneas maestras de la ciencia penal alemana que considero acreedora del futuro. El espacio de que dispongo ni siquiera es suficiente para iniciar este cometido, y también quisiera renunciar a intentar dar finalmente una imagen de equilibrio con unos pocos comentarios, que no pasarían de ser lugares comunes. Lo que he intentado es destacar de modo fundamentado algunas zonas problemáticas, algunos callejones sin salida y evoluciones erradas, de la ciencia penal alemana. Todo lo demás ha de reservarse a una ulterior ocasión.

---

(77) Cfr. últimamente respecto del estado de la discusión, con múltiples referencias, SCHÜNEMANN, StV 1993, pp. 657 y ss.