

WEEZEL, Alex van. ¿Por qué no citamos más (por ejemplo, a los alemanes)? Réplica a J. P. Matus.
Polít. Crim., N° 6, 2008, D2-6, pp. 1-5.
[http://www.politicacriminal.cl/n_06/d_2_6.pdf]

¿Por qué no citamos más (por ejemplo, a los alemanes)? Réplica a J.P. Matus

Alex van Weezel
Dr. en Derecho Rheinische Friedrich-Wilhelms- Universität Bonn
Profesor de Derecho Penal de la Universidad de Chile y de la Pontificia Universidad Católica de Chile
avanweezel@claro.cl

En un cuidado y erudito trabajo titulado “Por qué citamos a los alemanes y otros apuntes metodológicos”, J.P. Matus propone desde Alemania “dejar de lado la ritual cita a los autores y discusiones alemanas para intentar comprender nuestro sistema jurídico” (p. 20). Para lograr esto último habría que abandonar el “mos germanicus” y adoptar el *mos americanus (septentrionalis)*: la labor de la ciencia del derecho penal no consiste en construir teorías, sino en “la determinación de las motivaciones e intereses (personales y políticos) y las asunciones teóricas implícitas de los jueces (...) para (...) poder evaluar sus efectos en la vida social. Al mismo tiempo, se trata de clarificar la forma en que, durante el proceso, dichas motivaciones, intereses y teorías se pueden presentar e influir en quienes adoptan las decisiones” (idem). El autor investiga las causas de la influencia en Chile de los autores alemanes y descarta como causa el nivel científico de su producción intelectual y la existencia de razones histórico-legislativas. Por otro lado, la supuesta universalidad o independencia del derecho positivo de las teorías dogmáticas alemanas sería más una deficiencia que una razón para seguir las, pues llevaría a que exista prácticamente una teoría para cada decisión intuitiva o interesada que se quiera fundamentar. Así, y aunque se menciona de paso la posibilidad de que la ciencia alemana aporte “propuestas normativas que ofrecer a los operadores locales” (p. 16), en definitiva la explicación de por “por qué citamos a los alemanes” radicaría en que “nos permite a quienes poseemos experticia en la ‘enormemente compleja y comprensiva’ doctrina alemana y, además, acceso a la ‘intimidadora e inaccesible literatura especializada’ escrita en alemán, excluir a los legos del debate sobre el contenido del derecho penal” (p. 17). Estos “legos”, por lo tanto, “siempre podrán ser ‘sorprendidos’ mediante la cita de un autor conocido o desconocido o el planteamiento de un problema o solución ‘novedosos’, con o sin indicación de la fuente y, en todo caso, sin posibilidad práctica de refutación” (idem).

Pienso que con lo anterior quedan suficientemente resumidos los aspectos que quisiera destacar, pues el planteamiento de Matus adolece a mi juicio de tres equívocos que restan todo valor a las tesis de fondo, aunque lleve razón en algunas observaciones puntuales.

Primer equívoco: el concepto de la ciencia del derecho penal. Según Matus, el objetivo de la ciencia penal sería, “a través del estudio empírico (con la metodología propia de las ciencias sociales) de las características personales de los jueces, incluidas su filiación política, origen social y ‘afiliaciones teóricas’ y otras, predecir el contenido de sus sentencias, determinando las regularidades y desviaciones de las mismas” (p. 20). Por lo tanto, la ciencia penal debe explicar

WEEZEL, Alex van. ¿Por qué no citamos más (por ejemplo, a los alemanes)? Réplica a J. P. Matus.

Polít. Crim., N° 6, 2008, D2-6, pp. 1-5.

[http://www.politicacriminal.cl/n_06/d_2_6.pdf]

las decisiones de los jueces y, sobre todo, ser capaz de predecirlas (p. 22). Todo ello, con el propósito declarado de una *vuelta a lo propio*, de “comprender nuestro sistema jurídico” sin extranjerizarlo.

Pero la definición de la ciencia del derecho penal que Matus adopta sí que se aparta de nuestra tradición intelectual, como se comprueba al echar una ojeada a la manera en que J. F. Pacheco entendía la disciplina (incluso en su dimensión más modesta, lo que él llama jurisprudencia: “comentar, explicar, completar una legislación dada y positiva, partiendo de su espíritu, de sus principios comunes, de las costumbres y precedentes que a su sombra se han creado; inferir, combinar, reformar también, siguiendo esos mismos principios”: Lecciones [1868], p. 5), y al modo en que los autores nacionales han concebido su quehacer científico (por ejemplo y entre muchos otros, Labatut: “el conjunto sistemático de principios relativos al delito, al delincuente y a la reacción social”, DP I [1968], p. 17). En cambio, lo que el articulista describe y llama “ciencia” del derecho penal, es en realidad el modo en que trabajan los fiscales y los abogados defensores, los litigantes. Pero éste no es el interés de los científicos del derecho, ni tampoco el de los jueces. A estos últimos, el artículo reconoce al menos una cierta “filiación teórica”. Pues bien, la ciencia del derecho penal se ocupa precisamente del contenido de esas teorías. Es cierto que en la decisión concreta del tribunal incidirán también muchos otros elementos: en primer lugar, la medida en que se encuentran acreditados los presupuestos de hecho para aplicar una cierta doctrina. Además influyen seguramente el clima social, la destreza de los intervinientes en la argumentación, otros elementos quizá inconscientes, etc. Pero todos estos elementos no son objeto de estudio de la ciencia del derecho penal –que es un estudio de libros y no de cosas (D’Ors)–, sino de las ciencias sociales relacionadas con la operación de la administración de justicia y sus condicionantes fácticas.

La ciencia del derecho penal puede ayudar, y de hecho ayuda, a hacer más predecibles las decisiones de los tribunales, en la medida en que pone en relación la comprensión de una determinada institución con sus fundamentos (y por tanto, con su legitimación), y con las demás instituciones jurídico-penales. Pero tiene sus límites, que derivan no sólo de que la teoría penal es un elemento más en la decisión del tribunal. Por ejemplo, si un juez no puede o no quiere darse el trabajo de estudiar y reflexionar acerca de los fundamentos jurídicos de sus decisiones, efectivamente la ciencia penal poco o nada podrá predecir, aunque quizá en el mismo caso sí puedan hacerlo la sociología o la psicología.

Segundo equívoco: errónea comprensión de las relaciones entre lo universal y lo particular.

Simplificando un poco su argumento, el autor señala que las teorías germanas de la ciencia penal habrían adquirido universalidad al asumir presupuestos generales no sujetos a discusión y, al mismo tiempo, a costa de su vinculación con el derecho positivo. Y como a mayor universalidad, menor capacidad para reflejar las peculiaridades del sistema jurídico de un concreto país, ocurriría que las teorías científicas serían simplemente ignoradas en la praxis, o bien que la ciencia del derecho penal sería como un supermercado donde cada uno podría sacar lo que mejor le convenga para fundamentar sus decisiones intuitivas.

El autor tiene toda la razón cuando fustiga un defecto en que puede incurrir la teoría jurídica: prescindir de la identidad social, de su configuración normativa. Así ocurre, por ejemplo, cuando se interpretan los artículos 15 y 16 del Código Penal como si nuestra ley hubiera consagrado un concepto extensivo de autor, lo que no tiene fundamento ni en la historia de la ley, ni en su interpretación por la doctrina y la mayor parte de la jurisprudencia hasta hace algunos años. Pero no tiene razón cuando afirma, haciendo suyo un planteamiento de Bleckmann, que este defecto sería consustancial a la ciencia penal alemana con su “ambiciosa estrategia”. Por el contrario, el mismo articulista dedica varios apartados a constatar la dependencia que esa ciencia muestra respecto de su propio derecho positivo. Lo que ocurre en realidad es que todo problema jurídico tiene una dimensión particular y una dimensión universal. Para reconocerlo ni siquiera es preciso admitir que “lo verdadero es la totalidad” (Hegel). Basta con observar cualquier institución jurídico-penal. Por ejemplo: de alguna forma hay que reaccionar cuando alguien que lesionó materialmente un bien jurídico alega plausiblemente que no se dio cuenta de lo que estaba haciendo. Y habrá que dilucidar si, por regla general en esa sociedad donde se plantea el problema, el desconocimiento de una regla de convivencia es más o menos digno de indulgencia que un fracaso en la planificación del sujeto. La respuesta a estas preguntas se encuentra en el ordenamiento jurídico, principalmente en las reglas sobre error y responsabilidad por imprudencia. Así, en nuestro sistema el fracaso en la planificación individual excusa mucho, pues la responsabilidad penal por imprudencia es muy excepcional y, además, por lo común se requiere que dicha imprudencia sea “temeraria”. Pero esta opción del sistema jurídico chileno responde a un problema universal, y esconde en sí misma un germen de universalidad, pues allí donde la configuración de la sociedad en cuanto al tráfico motorizado, la responsabilidad por el producto, la realización de obras de ingeniería, etc. presente características análogas a las que existen en Chile, es esperable que el sistema jurídico reaccione también de un modo análogo.

La decisión efectiva acerca de si tal reacción será o no análoga corresponde en los países con un Estado democrático de derecho al legislador. Sin embargo, una parte importante de las valoraciones que implica la aplicación del derecho positivo corresponde al juez. La ciencia del derecho penal procura descubrir y explicar cuáles son las opciones concretas de un sistema jurídico. Es una tarea que muchas veces no resulta fácil, y lo es menos aun cuando la literatura y las consideraciones de fondo en las sentencias recaídas en el propio sistema jurídico-penal – incluso en materias centrales– son más bien escasas (¿qué es lo que presume el artículo 1° inciso 2° del Código Penal?, ¿se comunican o no las cualificaciones personales en los delitos especiales?, ¿permite el artículo 58 del Código Procesal Penal resolver los problemas de actuación en lugar de otro?, y un largo etcétera). Por eso, y además porque la literatura y la jurisprudencia no rara vez beben de fuentes “extranjeras”, resulta necesario mirar más allá de las propias fronteras. Las razones por las que en este proceso se ha ido a parar a la doctrina alemana tienen algo que ver con la exposición del tercer equívoco del artículo que se comenta.

Tercer equívoco: el artículo pone de cabeza el proceso de formación del conocimiento. Quizás por el afán de destacar un aspecto de su argumentación, el autor transmite la idea de que, de

WEEZEL, Alex van. ¿Por qué no citamos más (por ejemplo, a los alemanes)? Réplica a J. P. Matus.

Polít. Crim., N° 6, 2008, D2-6, pp. 1-5.

[http://www.politicacriminal.cl/n_06/d_2_6.pdf]

alguna manera, “lo primero es la cita”, el aparato crítico de una investigación. En realidad ocurre al revés. Lo primero es el problema real, más o menos concreto, y al mismo tiempo con esa dimensión universal a la que se hacía referencia. Hay una serie de casos o grupos de casos que al jurista le interesa resolver. Para hacerlo, reflexiona sobre las posibilidades en el marco de las opciones que admite el sistema jurídico en el que se desenvuelve. Así comienza un proceso, relativamente prolongado, que pasa por considerar argumentos, puntos de vista, datos de la praxis, etc. todos los cuales son valorados según su capacidad de resolver el problema o el grupo de problemas de que se trata, sin sacrificar para ello los principios y las instituciones que han surgido para solucionar otros problemas, se han asentado con el tiempo, y en esa medida gozan de plausibilidad (aunque sólo sea por falta de mejores alternativas). El resultado es generalmente una situación en la que el científico queda delante de dos o tres opciones fundamentales, cada una con sus respectivas variantes, que pueden ser muchas. Habitualmente, el investigador opta por una de aquellas opciones, presenta los argumentos por los que la prefiere e introduce los matices que considera del caso. Mientras no se pierda de vista la identidad de la sociedad, la configuración normativa del ámbito para el cual se propone esa solución, el origen de los argumentos, puntos de vista, consideraciones, etc. es relativamente indiferente. Lo que sí se acostumbra a hacer es dar cuenta de ese origen –hasta donde resulta posible y proporcionado– al exponer la investigación en la que incide. Éste y no otro es el auténtico origen de las citas. Son simplemente una muestra de honestidad intelectual.

Se ha dicho que el origen de los argumentos, reflexiones, etc. es indiferente. Y es cierto, salvo en cuanto a que debe tener siempre en cuenta las fuentes del propio sistema jurídico, del sistema al que la investigación se aplica y al que sus conclusiones aspiran a extenderse. De lo contrario, la construcción teórica podrá tener interés filosófico, antropológico o histórico, pero no tendrá interés jurídico. Sin embargo en lo demás, en aquello que va más allá de las fuentes propias, el origen es realmente indiferente. Dependerá de la formación que haya recibido el investigador, de las oportunidades que ha tenido e, incluso, de sus propias preferencias. Todo ello es legítimo, siempre que lo haga explícito. Si hoy tendemos a citar en derecho penal a los autores alemanes, probablemente ello se deba a la influencia de Jiménez de Asúa, al eco (discípulos, traducciones) que Welzel encontró en España y Sudamérica, a las becas Humboldt y del DAAD, etc. Pero sin duda que se debe también al mérito científico de la producción científica germana. Si no aportara elementos valiosos sobre la forma de plantear algunos problemas y de sintetizar las opciones en juego, si no explorara en profundidad cuestiones de interés para los investigadores no alemanes, si no abriera horizontes en la comprensión de algunos asuntos propios de la disciplina, hace tiempo que los científicos del derecho habrían seguido otros derroteros, y con razón. Puede ser que esto termine ocurriendo, que la ciencia penal alemana “se agote”, que se imponga una manera distinta de hacer derecho penal que convierta en obsoleto al “mos germanicus”, etc. Pero todo parece indicar que eso aún no ha ocurrido. Y cuando ocurra, será bienvenido el “mos” que corresponda, aunque ojalá sean varios y diversos.

Parte de una “vuelta a lo propio” es la capacidad de hacer un buen diagnóstico acerca de los rendimientos locales y su potencialidad. En este sentido, más que prescindir de alguna tradición científica, habría que aspirar a una integración todavía mayor de cualquier tradición capaz de

WEEZEL, Alex van. ¿Por qué no citamos más (por ejemplo, a los alemanes)? Réplica a J. P. Matus.

Polít. Crim., N° 6, 2008, D2-6, pp. 1-5.

[http://www.politicacriminal.cl/n_06/d_2_6.pdf]

ofrecer obras valiosas. Por eso, y si las citas sólo tienen sentido como auténtica expresión de un trabajo intelectual profundo, más que preguntar por qué citamos a los alemanes habría que preguntarse por qué no los citamos aun más. El artículo de Matus tiene el gran mérito de plantear estas cuestiones en nuestro medio con incisividad y erudición poco comunes; esta réplica sólo plantea la posibilidad de que la causa de los problemas que identifica se encuentre en un lugar distinto del que supone.