

MATUS, Jean Pierre, “¿Por qué deberíamos conocer más y no menos?

Respuesta a A.v. Weezel”

Polít. crim. Vol. 4, Nº 7 (Julio 2009), Doc. 1, pp. 230-234 (1-5).

[http://www.politicacriminal.cl/Vol_4/n_07/Vol4N7D1.pdf]

¿Por qué deberíamos conocer más y no menos? Respuesta a A.v. Weezel

Dr. Jean Pierre Matus A.

Director Centro de Estudios de Derecho Penal, Campus Santiago de la Universidad de Talca

director@dpenal.cl

A.v. Weezel ha publicado una “réplica” a mi “Por qué citamos a los alemanes y otros apuntes metodológicos”, calificándolo de “cuidado y erudito”, pero concluyendo que adolece de “de tres equívocos que restan todo valor a las tesis de fondo, aunque lleve razón en algunas observaciones puntuales”, a saber: i) un equivocado “concepto de ciencia penal”, ii) una “errónea comprensión de las relaciones entre lo universal y lo particular”, y iii) poner “de cabeza el proceso de formación del conocimiento”.¹

Le agradezco a Weezel la oportunidad que su “réplica” mi brinda para aclarar los malos entendidos en que ella se fundamenta, los cuales, probablemente, también pueden haber encontrado repercusión en otros lectores del texto.

Para ello, empecemos por recordar que allí se describe un fenómeno que no es refutado por Weezel y que, incluso, es reconocido en la propia Alemania: que mientras nosotros citamos “disciplinadamente” a los alemanes; ellos, con la misma “disciplina”, nos ignoran. Esta descripción de la realidad es comprobada mediante un análisis exploratorio de las citas contenidas en dos de las principales revistas publicadas en español y en un número similar de las principales que se publican en alemán. Además, se hace un estudio de las traducciones realizadas en uno y otro sentido y se demuestra con ello que, mientras los hispano-hablantes dedicamos tiempo y esfuerzo en traducir ingentes cantidades de material producido en alemán, los cultores del derecho penal en Alemania no se interesan, salvo muy excepcionalmente, en poner a disposición de los germanoparlantes la producción en la materia escrita en castellano. Es decir, mediante una metodología claramente explicitada y replicable se da cuenta de un hecho que, en el ámbito académico, estaba antes reservado al carácter de especulación: que la doctrina escrita en español es “desconocida cuando no ignorada” (Muñoz Conde) por los estudiosos alemanes en la materia, al punto que el propio Roxin ha calificado esta peculiar relación “científica” como una “calle en un solo sentido”. Además, la misma metodología permite dar cuenta de que el fenómeno detectado en la doctrina hispanoparlante de recurrir al derecho comparado para fundamentar sus propuestas normativas, no es en ningún caso nuevo: antes de 1970 se recurría con la misma “disciplina” a los aportes de los estudiosos italianos del derecho penal. Esto parece confirmar la hipótesis del carácter “cosmopolita” que a la doctrina hispana le atribuye Fletcher, en contraste con el “provinciano” de las culturas alemanas y norteamericanas., el cual, respecto a Alemania, es reconocido por el propio Roxin, argumentando que ellos se

¹ WEEZEL, Alex van, “Por qué no citamos más a los alemanes? Réplica a J.P. Matus”, *Política Criminal*, nº 6 (2008), D-2, pp. 1-5.

debería a la imposibilidad de contar con bibliotecas bien dotadas en derecho extranjero, las incapacidades idiomáticas de los profesores alemanes y su limitada capacidad de trabajo.

Luego, se contrastan algunas hipótesis acerca del por qué de este fenómeno. Se investiga si existe una relación histórica entre las codificaciones hispanas y las alemanas del siglo XIX, descartándose no por capricho o disgusto, sino porque así lo demuestran los textos y documentos disponibles. Luego, se especula acerca de la similitud del recurso a una doctrina en idioma extranjero que no es conocido ni dominado sino por un mínimo grupo de personas que habitan Latinoamérica, como una forma de mantener los privilegios de los profesores, tal como acontecía en la universidad colonial, respecto del uso del latín. Estos resultados tampoco son refutados por Weezel.

¿Dónde radica, entonces, el malentendido que quiero destacar, antes de entrar al análisis de las objeciones puntuales de Weezel?

El malentendido radica en la afirmación de Weezel de que yo descartaría como causa de la relación en un solo sentido de nuestra doctrina con la alemana, “el nivel científico de su producción intelectual”. Por el contrario, el texto procura demostrar cómo el método de los grandes profesores alemanes permite abstraer de la contingencia legal los problemas que analizan y ofrecer soluciones desde un punto de vista *externo* al ordenamiento positivo, lo que permite que sean trasponibles a otros sistemas normativos, ya que *no dependen del derecho positivo*, sino únicamente de los puntos de partida *apriorísticos* que se adopten para ello. Y se agrega, entonces, que si esto es así, la validez de las proposiciones normativas que se hagan con este método no dependen ya del texto positivo a que harían eventualmente referencia, sino únicamente a la fuerza de la lógica de su derivación desde el “punto de partida” adoptado. Y todo esto no es algo que se me haya ocurrido a mí de repente: ¡este es el método dogmático como lo describen y emplean los que se denominan “científicos” del derecho penal, desde Welzel hasta el *Doktorvater* de Weezel, el Profesor Jakobs!, tal como documentadamente se demuestra en el texto.

A partir de allí, Weezel comienza por atribuirme un erróneo concepto de la “ciencia penal”, confundiendo la *descripción* que en el texto hago del denominado *new legal realism* con mi propuesta, más modesta, por cierto, de intentar comprender nuestro propio sistema jurídico, procurando determinar las regularidades e irregularidades de nuestra jurisprudencia, aprovechando todos los aportes disponibles a un lado y otro del atlántico y no limitándonos únicamente a la ya descrita (y no refutada por Weezel) “disciplinada” cita de los autores alemanes.

Evidentemente, si uno emplea, como lo hace Weezel, el concepto *apriorístico* de “ciencia del derecho” de su *Doktorvater*, puede decir que a la “ciencia penal” no le interesa la *praxis*, sino que, al contrario, la “actividad científica se ocupa principalmente de la cuestión de la *legitimación* del Derecho penal: la Ciencia del derecho penal debe dar respuesta a la pregunta acerca de cuál Derecho penal es legítimo en una época determinada y cuál no lo

es.”² Pero, aún cuando Jakobs, aplicando ese concepto clasifica el Comentario de *von Frank* y con ello a todos los comentaristas como simples “auxiliares del Derecho” y “ayudantes de la *praxis*,” (p. 107) –y cabe preguntarse qué diría de obras sin duda menos pretenciosas como las de Pacheco y Labatut-, debe admitir que

“la Ciencia del Derecho, en cuanto ciencia de la constitución normativa de la sociedad y, en concreto, de aquella que *realmente tiene lugar y no de una meramente imaginada*, no puede pasar por alto –a diferencia de una ciencia *pura* de las normas- *las condiciones necesarias para la realidad del Derecho*, sino que debe tenerlas en cuenta. Las normas jurídicas proporcionan orientación, pero sólo si al mismo tiempo se cimentan cognitivamente” (p. 103s, los subrayados son míos, salvo en *pura*).

Y dado que, para citar a otro autor de moda, parece que el cemento cognitivo las normas, “*la realidad del Derecho*”, no es otra cosa que lo que “los jueces dicen que es el Derecho” (Luhmann), en un momento histórico determinado, la constitución normativa de una sociedad no puede comprenderse haciendo caso omiso de las regularidades e irregularidades de la aplicación del Derecho por parte de la jurisprudencia. El “dolor penal” no se inflige automáticamente: requiere que un Tribunal así lo ordene tras un proceso legal.

Segundo supuesto equívoco: errónea comprensión de las relaciones entre lo universal y lo particular. Otra vez confunde aquí Weezel una *descripción* con una valoración. En efecto, la descripción que hace Bleckmann del método científico alemán no es algo que él critique, sino al contrario, algo que explicita y hace propio. Yo tampoco me propongo su crítica, sino únicamente describirlo. Si la descripción no concuerda con el objeto, quizás no sólo yo esté equivocado, sino también lo estén Bleckmann, Welzel, Lampe, Schmidhäuser, Lesch y Jakobs. Y quizás ahora también Silva Sánchez, para quien

“ha de quedar claro que un determinado ordenamiento jurídico-penal nacional, positivo, no constituye el objeto de la dogmática de la teoría del delito, sino sólo el límite de su construcción *de lege lata*.”³

También se confunde Weezel cuando parece interpretar mis palabras en orden a reconstruir nuestro propio sistema normativo como una negativa implícita a consultar el derecho comparado. Eso no está en ninguna parte del texto que Weezel critica. Al contrario, Weezel coincide con el texto en cuanto a la necesidad de recurrir al derecho comparado para tratar de comprender los conceptos de nuestro sistema normativo, “porque la literatura y la jurisprudencia no rara vez beben de fuentes “extranjeras”” (Weezel, p. 3). La diferencia es que yo propongo *conocer más allá de lo escrito en alemán y sus derivados* y, en cambio, Weezel parece conformarse con conocer *menos* limitándose a los productos editados en Alemania.

² JAKOBS, Günther, *El derecho penal como disciplina científica*, trad. A.v. WEEZEL, Madrid: Tecnos, 2008, p. 22.

³ SILVA SÁNCHEZ, Jesús M^a, “Dogmática jurídico-penal revisitada”, *InDret Penal*, n° 4 (2008), *editorial*, p. 2. Disponible en Internet en: http://www.indret.com/code/getPdf.php?id=1172&pdf=editorial_penal_1_1.pdf.

Y el por qué de esta limitación autoimpuesta lo trata de explicar Weezel argumentando sobre *el tercer supuesto equívoco* en que yo incurriría: *poner de cabeza el proceso de formación del conocimiento*. Sin embargo, incurre aquí Weezel no ya en una confusión entre lo que en el texto es una descripción y la argumentación al respecto, sino entre su propia interpretación del texto y lo que allí se dice. Al respecto, parece evidente que existe una diferencia entre destacar que, según los propios alemanes, su método “científico” supone un “punto de partida” conceptual o *apriorístico* que habilitaría la legitimación, reconstrucción, crítica y perfeccionamiento del derecho positivo en un momento determinado, y la idea que ese punto de partida o *a priori* corresponde a una simple “cita”.

Otra cosa es el uso, *entre nosotros*, de la cita directa o indirecta de los autores alemanes como *argumento de autoridad*, el cual no cabe sino compartir o rechazar, sin dejar lugar a la verdadera discusión. Quizás esto se pueda ver en el trabajo de algunos dogmáticos latinoamericanos que fundamentan sus opiniones únicamente en la de los profesores alemanes que eligen como referente, pero es claro que no es éste el método propiamente germánico, sino, si acaso, un remedo del mismo en iberoamérica. Y es a este remedo de “método” al que se dirige la crítica mediante la cita del prólogo del Quijote. Pero no al método dogmático alemán.

Finalmente, despejados los malos entendidos, llegamos al punto central de las objeciones de Weezel: no citamos a los alemanes solamente por tradición, comodidad, conveniencia, simple casualidad histórica o de formación, sino porque la doctrina alemana aportaría “elementos valiosos sobre la forma de plantear algunos problemas y de sintetizar las opciones en juego”, exploraría “en profundidad cuestiones de interés para los investigadores no alemanes”, y abriría “horizontes en la comprensión de algunos asuntos propios de la disciplina” (p. 4).

Pues bien, lo interesante del caso es que, en ese aspecto, la aparente objeción de Weezel no es tal, pues en ninguna parte del texto que él critica se niega la enorme capacidad de producir textos pertinentes y útiles que tiene la dogmática alemana y no sólo por su capacidad para abstraerse del derecho positivo alemán. Y allí expresamente se dice que no debemos abandonar todo lo ganado con el contacto que con dicha tradición hemos tenido.

Lo que se plantea es que no por ello deberíamos ignorar otras tradiciones. O, mejor dicho, que no porque a los alemanes no les interesen otras tradiciones, a nosotros deberían dejar de interesarnos al momento de contrastar diversas soluciones a los problemas jurídicos que se nos plantean. O, como reconoce Weezel, que

“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 [...] En este sentido, más que prescindir de alguna tradición científica, habría que aspirar a una integración todavía mayor de cualquier tradición capaz de ofrecer obras valiosas” (p. 4).

Es esto precisamente lo que plantea el texto que Weezel critica: que debemos abrirnos a la posibilidad de analizar los problemas jurídicos con una verdadera visión de derecho comparado, sin limitarnos a recurrir al argumento de la *autoridad* de los alemanes.

De allí que sólo el hecho del malentendido de mis palabras, como si se dijese “abandónese todo lo alemán y reemplacémoslo por lo norteamericano”, que no se dice en ningún caso, puede explicar que Weezel, sorpresivamente, en vez de concluir en que esa “integración mayor” de tradiciones ha de suponer al menos *conocer* otras tradiciones diferentes a la germana, concluya diciendo que

“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.”

Pero si en verdad buscamos esa “integración mayor” y “el origen de los argumentos, puntos de vista, consideraciones, etc. es relativamente indiferente”, ¿por qué negarnos *a priori* a *conocer* qué y cómo se discute en el ámbito del *Common Law*, en Italia y en nuestro propio ámbito nacional e iberoamericano, reduciendo nuestro espectro de investigaciones a lo alemán?

Ese es el fondo de mi propuesta para este momento histórico, cuando ya hay entre nosotros instituciones procesales y penales de claro origen anglosajón, más allá del procedimiento acusatorio contradictorio, como la llamada “ceguera deliberada” y los mecanismos de intervención penal en los mercados ilícitos y financieros, por mencionar sólo algunos aspectos “modernos”; pues es obvio que en los “tradicionales” también quizás tenemos algo que aprender, como en los problemas relativos al error sobre los presupuestos objetivos de las causales de justificación o la distinción entre necesidad y coacción -confundida entre nosotros dentro de la categoría de “estado de necesidad exculpante-; o en la misma discusión que Weezel plantea sobre la autoría y la participación, pues no parece claro que un concepto unitario autoría (como el que se utiliza por los italianos y en el derecho internacional) sea de tan categóricamente rechazable, tanto porque no es claro que el legislador de 1874 estuviese pensando en la dogmática alemana, como porque ya se han incorporado a nuestra legislación numerosas normas que abiertamente igualan la responsabilidad de autores y cómplices, como en los delitos de tráfico de drogas y demás derivados de la implementación de tratados internacionales.