

Recensión: Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft. t. 117, n°s 3-4, 2005

Jean Pierre Matus Acuña

Doctor en Derecho, Profesor Asociado y Director del Centro de Estudios de Derecho Penal de la Universidad de Talca
director@dpenal.cl

El fascículo 3 contiene cuatro artículos de derecho penal, a saber: la especial mirada de Markus Dirk Dubber sobre el aporte de la discusión entre las finalidades de prevención general y de protección de los bienes jurídicos (*Prevención general positiva y teoría de los bienes jurídicos: dos adelantos de la ciencia penal alemana, desde el punto de vista americano*, pp. 485 a 518); un trabajo de Luis Greco sobre un aspecto específico de la parte general (*Imputación subjetiva e imputación objetiva: el “problema” de los conocimientos especiales*, pp. 519 a 554); otro de Ralf Krack sobre ciertos casos muy discutidos de tentativa de coautoría (*Los casos del “comerciante de monedas” –¿un grupo de casos de delitos de omisión?*); y otro de Thomas Roth, sobre los criterios para determinar cuándo se está ante un supuesto agravado de estafa por los graves efectos de la misma, según la legislación alemana (*La gran pérdida patrimonial en los delitos de estafa e infidelidad*). El fascículo 4 contiene los resultados de la *Strafrechtstheherertagung* del año 2005, realizada en la Universidad Europea Vidriana de Frankfurt/Oder, del 5 al 8 de mayo, sobre el tema “Fundamentos transnacionales del Derecho Penal”. De allí que los ocho artículos principales giren en torno a la internacionalización del derecho penal, por una parte, y por otra, al terrorismo como delitos cuyo aspecto internacional es insoslayable. Así nos encontramos con los siguientes títulos relativos a la denominada “europeización” del Derecho penal: *La dinámica del Derecho penal sustantivo bajo el influjo del desarrollo del derecho europeo e internacional* (Gerhard Dannecker, pp. 697-748); *La europeización del Derecho penal, desde el punto de vista polaco* (Anbrzej Zoll, pp. 749-765); *Derecho penal en la Unión Europea* (André Klip, pp. 889-912); *En qué medida establece la Constitución Europea un Derecho penal europeo* (Tonio Walter, pp. 912-936). Más en la línea del derecho comparado tradicional, se encuentran los aportes de Uwe Scheffler (*La técnica de los códigos penales en Alemania y Europa*, pp. 766-800) y Tatjana Hörnle (*Las diferencias entre los sistemas procesales y sus trasfondos culturales*, pp. 801-838). Y, finalmente, en relación al problema del terrorismo, Günther Jakobs vuelve sobre su afirmación de que el Derecho penal “del ciudadano” no puede usarse para “combatir” a los terroristas, considerados no ciudadanos sino “fuentes de peligro”, sino que ha de recurrirse a una regulación *contra* el enemigo (*¿Son los terroristas personas para el Derecho?*, pp. 839-851); contrapesado por el texto de Peter-Alexis Albrecht: “*Guerra contra el terrorismo*”— *Consecuencias para un Derecho penal de un Estado de Derecho*” (pp. 852-864), donde se afirma que esta distinción de Jakobs no sólo “no soluciona” el problema que presenta (la “erosión” del Estado de Derecho en el llamado “derecho penal del enemigo”), sino que lo agrava al legitimar el que algunos sean tratados como “personas” y otros como “enemigos”, dicotomía que encontraría sus fundamentos —según Albrecht—, no en la doctrina de Kant, sino en el derecho penal del Nationalsozialismo, basado en la doctrina de Karl Schmitt.

A continuación, centraremos nuestra atención en los trabajos de Dubber, Kranck, por representar dos visiones diametralmente opuestas de enfrentarse a problemas del derecho penal: la pragmática americana y la sistemática alemana.

Dubber ofrece una interesante crítica externa del eventual aporte que para la discusión americana pueden ser las teorías de la prevención general y de los bienes jurídicos, dominantes en la discusión alemana, pero al mismo tiempo extrañas al pensamiento americano acerca del problema de las finalidades del derecho penal y de la pena: por una parte consecuencialista, esto es, orientado hacia la reducción de la criminalidad, cuando se piensa en la disuasión (*deterrence*), incapacitación (*incapacitation*) o rehabilitación (*reformation*); y por otro lado, deontológico o moral, cuando allí se habla de *retribución* o *justicia* (*retribution* o *just desert*). Así, Dubber critica las distintas teorías de la llamada *prevención general positiva*, pues a pesar de todo su aparato de justificación, no es una teoría orientada hacia las consecuencias, esto es, una teoría que justifique la pena por una finalidad (típicamente: reducción de la criminalidad), dada su propia negación a ser contrastada empíricamente, según cualquiera de sus muchas formulaciones actuales (desde Roxin a Jakobs), por lo que sólo puede ser descrita como una teoría "expresiva" de la función de la pena, cercana a las teorías absolutas de la retribución y a las teorías de la pena como "avergonzamiento" (*shaming*), lo que hace imposible considerarla una verdadera justificación para el castigo penal, sino únicamente para la expresión (mediante la medida que sea, incluyendo una simple declaración judicial), de que la comunidad (¿o la mayoría?) estima que ese hecho podría ser contrario a sus normas (incluso a pesar de que no exista demostración empírica de la utilidad del castigo, en el sentido de "reafirmación" en la comunidad de tales normas por medio de la pena, más allá de la simple descripción de su imposición). En tanto, respecto de la teoría del bien jurídico, Dubber critica sus dos formulaciones actuales: como "bienes de la vida (Jescheck/Weigend) y como "bienes del sistema" (Roxin), básicamente porque no cumplen con las finalidades propuestas de reducir el ámbito de lo punible, haciendo notar que curiosamente no se encuentra en los autores ningún caso en que un tipo penal (actual) no proteja de alguna forma un bien jurídico, y que todas las restantes funciones que se le asignan son cumplidas en el derecho americano por otros conceptos, quizás no reunidos bajo un concepto unitario, pero igualmente útiles para la interpretación de la ley. A pesar de lo anterior, la necesidad de buscar en la doctrina alemana soluciones a problemas penales no deja de interesar al autor, como una forma de buscar justificaciones a la reducción del uso de las penas de prisión en Estados Unidos, país que tiene hoy en día la mayor tasa de encarcelamiento de su historia.

Kranck, sobre la base de recientes fallos de los Tribunales Superiores alemanes, plantea de manera novedosa la posibilidad de sancionar a título de omisión impropia supuestos en los cuales es difícil la imputación directa, como el famoso supuesto del "comerciante de monedas" (antiguas y raras): Un sujeto, engañado por un compinche y en la creencia de que debe simular un robo a un traficante de monedas, quien denunciaría el falso siniestro para obtener el seguro, efectivamente comete el robo creyendo tener el acuerdo del traficante de monedas y entrega lo sustraído al compinche (que no toma parte del robo), recibiendo a cambio una suma fija de dinero, pero sin saber que el traficante de monedas nada tiene que ver con los hechos. Dado que faltaría el *dolo*, no era posible castigar al autor del robo por este delito, la Corte Suprema alemana terminó por condenarlo por coautoría de tentativa de

estafa a la aseguradora (BGHSt., 39, 236, 238), asumiendo que la denuncia del siniestro representaba el comienzo de la ejecución de la estafa como tenía planeado el autor que se realizaría. Según Krack, dos son los problemas de este fallo: primero, que respecto de la estafa, el autor del robo sería a lo más cómplice y no coautor (según la doctrina alemana mayoritaria); y segundo, que en ningún caso la estafa se comienza a ejecutar, ni siquiera en la forma que el autor pensaba se ejecutaría, lo que excluye su punibilidad según el §22 StGB, aún aceptando que según esa regla una tentativa imposible sea punible, pero sólo en la medida que comienza a ejecutarse. Según Krack, la solución a este dilema sería considerar que el autor del robo, desde el momento que conoce el plan para defraudar a la aseguradora, se pone, por ingerencia, en posición de garante de ésta, debiendo ponerle en su conocimiento que el robo sería sólo aparente, para evitar el riesgo de un pago indebido. De este modo, el título de imputación sería el de autoría de tentativa de defraudación por omisión y no la criticada solución de la Corte Suprema alemana. Como el propio Krack reconoce, esta novedosa solución merece una mayor reflexión y, evidentemente, no puede considerarse "la última palabra" ante este problema (p. 576).