

¡REPENSAR EL DERECHO PENAL!*
REFLEXIONES A PROPÓSITO DEL LIBRO *RETHINKING
CRIMINAL LAW* DE GEORGE P. FLETCHER**

JOACHIM HRUSCHKA

Profesor Friedrich - Alexander Universität (Alemania)

Traducción

JUAN IGNACIO PIÑA ROCHEFORT

Profesor de la Universidad de los Andes, Chile

RESUMEN: A fines de los años setenta George P. Fletcher escribió una monumental obra –*Rethinking Criminal Law*, Boston-Toronto, 1978– en que por primera vez se intentó explicar la teoría anglosajona del delito, a partir de los conceptos elaborados por la dogmática europeo-continental de raigambre alemana. Conceptos como el de acción y omisión, la distinción entre justificación y exculpación y muchos otros resultaron de utilidad para explicar algunas opciones del Common Law, sin bien nominalmente, su tradición no los había aceptado con docilidad. Dicho trabajo permitió indagar acerca de aquellas estructuras internas que subyacían a las distintas opciones legislativas de los ordenamientos involucrados, intentando descifrar aquello que, en lenguaje de Chomsky, sería la gramática profunda del Derecho penal. En este artículo el Prof. Joachim Hruschka, un autor de la traducción alemana, recoge el guante ofrecido por Fletcher, explorando las consecuencias de ese intento, e incluso del hecho de que un intento como ese pueda tener lugar.

La publicación de esta voluminosa obra de Fletcher en el año 1978 representa un increíble nuevo hito en la historia de la doctrina Penal desarrollada hasta ese momento y que posiblemente tenga significativos efectos. Fletcher lleva a cabo la tarea de someter a una completa crítica el Derecho Penal angloamericano bajo el prisma del Derecho Penal alemán, esto es, un Derecho Penal de una tradición jurídica completamente distinta. Ello da ocasión a la pregunta acerca de qué elementos no se encuentran vinculados a un ordenamiento jurídico determinado, y hace posible con semejante empresa una teoría del Derecho Penal alemán concebida de

* Traducción de “Das Strafrecht neu durchdenken! Überlegungen aus Anlaß des Buches von George P. FLETCHER, *Rethinking Criminal Law*”, *Goldammer's Archiv für Strafrecht* 1981, pp. 237-250, a cargo de Juan Ignacio Piña Rochefort. El traductor ofrece la traducción de las frases y términos en lengua inglesa que se hallan en el original.

** Boston, Toronto, 1978, XVIII y 898 págs. [Hay reimpr. por la Oxford University Press, Oxford, 2000 (N. del T.)].

modo no positivista [nicht-positivistisch]. Esta pregunta ofrece el desafío de repensar también el Derecho Penal alemán precisamente en esa dirección.

I.

La actividad intelectual organizada que en Alemania suele denominarse “dogmática jurídico-penal” tiene –por lo menos– tres misiones. En primer lugar, ha de indagar ante todo acerca de las estructuras del sistema jurídico-penal de normas. En segundo lugar, ha de hacer reflexiones ético-normativas (“políticojurídicas” [“rechtspolitische”]), que intenten responder a la pregunta acerca de qué conductas humanas son merecedoras de pena y cuáles no. A este ámbito pertenece también, sobre todo, la respuesta a la pregunta acerca del fundamento normativo de la pena. Finalmente, en tercer lugar, ha de trabajar y comentar el llamado Derecho Penal vigente.

Entre estas tareas existen relaciones unilaterales de dependencia. Los comentarios del Derecho Penal “vigente” deben tomar en consideración respectivamente los presupuestos teórico-estructurales y los presupuestos ético-normativos del Derecho. Las consideraciones ético-normativas, por el contrario, pueden hacerse con independencia de cualquier Derecho “positivo”. Deben, por supuesto, efectuarse respetando las conexiones estructurales, pero estas últimas pueden desarrollarse independientemente del Derecho “positivo” y sustancialmente también con independencia de los razonamientos ético-normativos. Dichas conexiones estructurales proporcionan, en cierto modo, el armazón para las consideraciones ético-normativas realizadas, con las que forma conjuntamente los fundamentos del Derecho “positivo” y sus comentarios.

Un sencillo ejemplo para un razonamiento estructural puede encontrarse en la consideración de que las normas que establecen el fundamento del juicio de antijuricidad sobre la realización u omisión de una acción –como la prohibición de matar o la prescripción de socorrer–, por una parte, y, por la otra, las normas que tienen que solucionar los problemas surgidos por la concurrencia o incluso la colisión con aquellas primeras normas, pertenecen a dos niveles lógicos *diferentes*: un nivel de lenguaje primario y un nivel metalingüístico. Por ello, los dos grupos de normas no forman conjuntamente un sistema integrado por un bloque uniforme de normas, sino más bien un sistema de dos sistemas de normas¹. Se muestra así claramente cómo esta diferenciación estructural, por un lado, es independiente de la conformación, en cuanto al contenido, de las normas del lenguaje primario y metalenguaje y de su fundamentación ético-normativa. Por otro, se muestra claramente que cualquier razonamiento ético-normativo y Derecho penal “positivo”, si es que deben aspirar a las más sencillas pretensiones intelectuales –como el principio de no contradicción lógica–, han de tener en cuenta esa diferenciación y las consecuencias que de ella emanan.

¹ Cfr. HRUSCHKA, en *Festschrift für Dreher*, 1977, pp. 189 ss., 192 ss.; vid. también Ingeborg PUPPE, *Idealkonkurrenz und Einzelverbrechen*, 1979, p. 44, n. 1.

Esta distinción de las tres tareas de la dogmática jurídico-penal, y sobre todo la tesis de la independencia de las dos primeras respecto del Derecho “vigente”, es cualquier cosa menos doctrina dominante. En Alemania la doctrina dominante me parece más bien que sigue siendo un positivismo jurídico inquebrantable, por lo menos externamente. Así, en todo caso, cuando se trata de tomar postura al respecto, o cuando se estudian cuestiones concretas, la invocación de determinados párrafos tiene como finalidad cortar el debate sobre un problema o, en el ámbito de la insignificancia, proscribir lo que es irrelevante “para la práctica”. También la expresión “dogmática jurídico-penal” indica un entendimiento iuspositivista de las tareas propuestas de la teoría penal, en el que “dogmática” significa “desarrollo de *opiniones*” que, como meras opiniones, podrían cambiarse al día siguiente². Este dominio externo del iuspositivismo puede descansar en la errada opinión que no ve salida a la *falsa* alternativa “iuspositivismo o iusnaturalismo”. Sin embargo, hay en realidad una sola salida, y ha sido largamente transitada. Más aún: las verdaderas aportaciones precisamente también de la doctrina jurídico-penal alemana se encuentran precisamente aquí –ante todo–, en el campo del análisis estructural del Derecho Penal, que se separa por principio del Derecho “positivo”. A este respecto no debe pensarse exclusivamente en los conceptos fundamentales como la teoría de la acción final de Welzel o en la aun más importante distinción estructural del injusto y de la culpabilidad. A los méritos del Derecho Penal pertenece también –ahora formulada en los §§ 34 y 35 del Código Penal alemán– la distinción entre el estado de necesidad justificante y el estado de necesidad exculpante, que finalmente solucionó un antiquísimo problema estructural. A estos méritos pertenecen los continuos trabajos sobre las distintas posibilidades de algunos errores relevantes para el Derecho Penal que, si bien conserva algunas cuestiones abiertas, ha encontrado una conclusión provisional en la formulación clásicamente concisa de Dreher en el *Libro homenaje a Heinitz*, 1972, pp. 208-212. A estos méritos pertenece la fundamentación de la teoría del concurso para las constelaciones de casos en que una acción realiza varios tipos penales, en el artículo de Klug en la *ZStW* 68 (1956), pp. 399 y ss. Esta enumeración no es en absoluto completa, ni tiene la finalidad de minusvalorar a aquellos que no han sido mencionados.

Con consideraciones analítico-estructurales de este o semejante género, la dogmática penal actual se sitúa en una tradición de pensamiento que se construye en parte sobre la base del trabajo de siglos. Sin embargo, me parece que todavía apenas se es consciente de esto. Como prueba de esta dependencia del trabajo de grandes

² Actualmente en la ciencia del Derecho ya nadie piensa en otro posible sentido de “dogmática” –¡en contraposición a “dogmatismo”!–, como aquel de que parte Kant cuando entiende “dogmática” como “comprobado estrictamente mediante principios a priori seguros” (*Kritik der reinen Vernunft*, B XXXV = Werke, AA, vol. III, p. 21) –parece estar olvidado, así por ejemplo, por ELZE en *Histor. Wörterbuch d. Philosophie*, ed. de J. RITTER, vol. 2, 1972, Art. “Dogma”. Vid. sin embargo, ROTHACKER, *Die dogmatische Denkform in den Geisteswissenschaften und das Problem des Historismus*, 1954, pp. (11) y s.

predecesores puede escogerse la problemática del estado de necesidad y del error. El pensamiento científico sobre el problema del estado de necesidad comenzó con el Libro III de la *Ética a Nicómaco*. El problema se encuentra sin duda allí más planteado que resuelto: según Aristóteles, la acción en situación de necesidad es en cierto sentido “voluntaria” [“freiwillig”], y en otro sentido es “involuntaria” (“unfreiwillig”), por lo cual hasta entrado el siglo XVIII se le denominó “*actio mixta*”³. Ya esta primera formulación del problema en las categorías de “voluntario” e “involuntario” permite reconocer que en las situaciones de necesidad se trata esencialmente también de un problema de culpabilidad. Desde luego, esto también ha afectado parcialmente el futuro, en la medida que en la tradición ha sido tratado *más bien* como un problema de culpabilidad que de justificación. Pero no siempre ello se puede sostener. En no pocos pasajes acerca del estado de necesidad tratados por Tomás de Aquino, por ejemplo, resuena más la aceptación de un fundamento de justificación que de un fundamento de exculpación, principalmente, porque en los casos de situación de necesidad abordados en esos lugares busca aquel la fundamentación para la por él aceptada “*dispensatio*” del mandato o prohibición legal –de modo muy similar al § 34 del Código Penal alemán actual– en una ponderación de intereses cuasi utilitarista⁴. También después de él se han dado una y otra vez autores que ven en el estado de necesidad más un problema de justificación⁵. Esta conjunción de dos aspectos ha preparado el terreno para el pensamiento –desarrollado por fin en Alemania a principios del siglo XX– de que, primero, ciertas situaciones de necesidad justifican la ejecución de una acción prohibida típicamente, otras no justifican la ejecución de tales acciones pero bien pueden excusarla, mientras un tercer tipo de situaciones ni las justifican ni las exculpan; y, segundo: que justificación y exculpación se basan en *diferentes* fundamentos. Se trata, en sentido estricto, de un pensamiento muy simple, y uno se asombra de que no haya surgido con anterioridad. Actualmente, una vez aparecida, nadie que quiera seguir trabajando en el actual nivel de desarrollo alcanzado por la ciencia del Derecho Penal –y más generalmente: de cualquier ciencia moral– puede pasar de largo ante ella.

También el pensamiento científico acerca de la problemática del error comenzó con Aristóteles, que recogió los casos más importantes y sentó los primeros fundamentos⁶. La diferenciación general entre *ignorantia facti* e *ignorantia iuris* se

³ Así, TOMÁS DE AQUINO, *Summa Theologica* II-II, q 125, a 4 c; PUFENDORF, *De Jure Naturae et Gentium*, Lib. I, Cap. IV, § 9; DARIUS, *Institutiones Jurisprudendiae Universalis* (1754), Pars Generalis, § 163.

⁴ Cit. I-II, q 96, a 6 c; II-II, q 120, a 1 c, entre otros.

⁵ FLETCHER (pp. 818 y s.) remite a Francis Bacon; SCHAFFSTEIN, *Die allgemeinen Lehren vom Verbrechen in ihrer Entwicklung durch die Wissenschaft des gemeinen Rechts*, reimpr. 1973, pp. 87 y s., remite a Haunold; cfr. también HUFELAND, *Lehrsätze des Naturrechts*, 2.ª ed. 1795, §§ 204, 246.

⁶ *Magna Moralia*, Libro I, Cap. 33; *Ética nicomáquea*, Libro III, Caps. 1-3, 7, Libro V, Cap. 10.

encuentra ya en el Digesto⁷ y los glosadores proporcionan las correspondientes definiciones⁸. También la diferenciación entre mero desconocimiento [bloßer Unkenntnis] (*ignorantia*) y una positiva representación errónea [positive Fehlvorstellung] (*error*), y la diferenciación entre lo que hoy deficientemente se llama error “simple” [“einfacher” Irrtum] y error “al revés” [“umgekehrter” Irrtum] ya eran conocidas en la alta edad media. Esto hizo posible a la escolástica una teoría del error de alto nivel⁹. Sobre la base de estos trabajos previos, que fueron transmitidos en esencia al Derecho, como también a la Filosofía moral y Teología moral, la dogmática penal de las últimas décadas pudo construir y añadir mejoras esenciales a la teoría tradicional. Una de estas mejoras es que la dicotomía entre *ignorantia facti* e *ignorantia iuris* pudo reemplazarse por la tricotomía de error de hecho [Sachverhaltsirrtum], error de valoración [Bewertungsirrtum] y *error de subsunción* [Subsumtionsirrtum]. Cuando se leen imparcialmente las citadas exposiciones de Dreher, en la que, hasta donde alcanzo a ver, esta tripartición se lleva a cabo completamente por primera vez con rigor lógico, entonces es como si se cayera una venda de los ojos: ¡así es y no puede ser de otro modo! Esto no significa que la tripartición no pueda ser superada también, así como fue superada mediante ella misma la bipartición de *ignorantia facti* e *ignorantia iuris*. Posteriores mejoras también en esta dirección no están descartadas por principio. Sin embargo, nadie que quiera seguir trabajando en el nivel de desarrollo alcanzado puede quedarse rezagado tras esa tripartición.

Con estas advertencias no queda delimitado de ningún modo el ámbito de las posibles consideraciones estructurales respecto de la teoría jurídico-penal del error. Por el contrario: casi todos los problemas importantes acerca del error son, a mi entender, de carácter estructural o tienen, en todo caso, elementos estructurales. Sin embargo, no es posible continuar sobre esto aquí. En lugar de ello, se abordará la esperada objeción iuspositivista según la cual, si bien tal vez no respecto de las llamadas distinciones de la teoría del error, sino en todo caso respecto de las indicadas distinciones de la teoría del estado de necesidad, solo tienen significación para el Derecho “positivo” alemán actual y otros similarmente contruidos y no puede reclamar validez general. Una objeción semejante de ninguna manera sería convincente. En tanto que la distinción entre estado de necesidad justificante, exculpante y ni justificante ni exculpante no sea decididamente sobrepasada estructuralmente como la teoría del error del Digesto y de los glosadores, todo Derecho Penal “positivo” debe ser descrito con estas categorías. Por eso, puede ocurrir que un concreto Derecho “positivo” no admita un solo caso de estado de necesidad como fundamento de justificación. Pero entonces debe *decirse* precisamente en este lenguaje, lo cual demuestra ya por sí solo que la categoría de “estado de necesidad justificante” también

⁷ Como en D. 22.6.1.pr. ss.

⁸ Cfr. la cita en OTTE, *Dialektik und Jurisprudenz*, 1971, p. 91.

⁹ Cfr. HRUSCHKA, *Festschrift für Welzel*, 1974, pp. 115 y ss.

tiene para tal Derecho una significación. No se trata sencillamente de que falte para un determinado Derecho sino, por el contrario, resulta un medio necesario de constatación al que recurre este Derecho no “positivo”. Más allá de esto, el no reconocimiento de un estado de necesidad justificante por parte de un Derecho Penal “positivo”, si se construyera coherentemente, tendría también considerables consecuencias, y por cierto no solo para el estado de necesidad como causa de justificación. Pues si no hay un estado de necesidad justificado (defensivo o agresivo), entonces tampoco hay autorización para intervenir en la situación de necesidad. Y sin autorización para intervenir, entonces tampoco hay deber de tolerancia (de aseguramiento o de protección) en el estado de necesidad. Sin deber de tolerancia (de aseguramiento o de protección) en la situación de necesidad, entonces ya no puede ser plausible que se den deberes de actuar (de aseguramiento o de protección) en la situación de necesidad. Ello a su vez tiene repercusiones para los delitos de omisión –no solo para delitos de omisión como el del § 323 c [omisión de socorro] del Código Penal alemán (según su actual numeración)–, sino también para muchos (y los más importantes) de los llamados deberes de garante¹⁰. La dogmática jurídico-Penal no solo ha de plantear estas consecuencias, sino que le corresponde incluso la tarea de elaborarlas. Lo cual prueba también que la categoría del estado de necesidad justificante pertenece como tal categoría a aquel Derecho Penal “positivo” que no reconozca esta causa de justificación.

Objeto del análisis estructural del Derecho Penal no son tanto las reglas del Derecho “positivo”, como más bien las categorías que pueden servir de base a las reglas del Derecho “positivo”, o más precisamente: *el sistema de estas categorías*. Además, hay que partir de un concepto exacto de sistema, como el que fue desarrollado en la lógica y en la matemática, según el cual un sistema se caracteriza por ser un conjunto de postulados, que –con independencia de los principios fundamentales de cada uno– es completo y carece de contradicciones¹¹. Por eso no está al alcance de la dogmática jurídico-penal si esta debe o no aspirar a la elaboración de un sistema. Principalmente debido al principio de no contradicción, que en el caso de la ciencia del Derecho no solo se refiere a la no contradicción lógica, sino también a una axiológica, esto es, a la evitación de contradicciones en la valoración. La renuncia a estos postulados, esto es, el reconocimiento tanto de una afirmación como también de la afirmación contraria como “verdadera” o “correcta”, aunque solo sea para un único caso, supondría renunciar a la pretensión de racionalidad inherente a la actividad intelectual y reduciría una doctrina a un mero asunto de la fantasía carente de interés. El principio de completud [Vollständigkeit] viene a asegurar la no contradicción, en la medida que en que la coherencia [Konsistenz] solo puede com-

¹⁰ Cfr. HRUSCHKA, *JuS* 1979, pp. 385 y ss.

¹¹ Cfr. W. KNEALE/M. KNEALE, *The Development of Logic*, 1962 (reimpr. 1978), pp. 385 y ss.

probarse positivamente en un sistema completo. Que los conceptos empleados deben ser inequívocos y que no deben rendirse a cualquier indefinición o disolverse en “tipos” [Typen] inconexos, es evidente; pues solo la inequívocidad de los conceptos empleados hace posible un juicio sobre la coherencia o incoherencia de las diferentes proposiciones [Sätze]. Durante la segunda mitad del siglo XIX, la ciencia del Derecho, impresionada por el sorprendente desarrollo de las ciencias naturales, buscó su modelo en la física. Pero si una ciencia debe ser comparable con la teoría de las estructuras del Derecho Penal, más lo será la geometría que la física, cuya comparación debe entenderse *cum grano salis*, pues la teoría estructural del Derecho Penal no es matemática. ¡Aquí está el nuevo modelo a buscar! El modelo de la geometría aclara al mismo tiempo que una doctrina cuando ha desarrollado un sistema completo y exento de contradicciones no necesita de ninguna manera aislarse. El cierre de la geometría euclidiana no significó el fin de la investigación en ese ámbito, pues podía ser completada por una geometría no euclidiana¹². Es infundado el presentimiento de muchos juristas, de que mediante la construcción de un sistema podría verse frenado el desarrollo del Derecho (lo cual ha conducido también a la exigencia de un “sistema abierto”).

El positivismo jurídico condenó a la doctrina jurídico-penal –como a toda doctrina jurídica– al provincialismo. El interés en la positividad del Derecho “positivo” Penal alemán cesa justo al cruzar Flensburg y Aquisgrán y está prácticamente desaparecido si se entra en Basilea o Salzburgo. Lo que sigue siendo interesante más allá de estas fronteras son las consideraciones de carácter estructural y ético-normativo, que se encuentran detrás del Derecho Penal alemán “vigente”. También aquí puede ser útil la comparación con la geometría. Que para los agrimensores egipcios resultaba útil en la práctica la geometría que ellos habían desarrollado, es un importante detalle histórico. Sin embargo, si nos quedáramos con este dato “positivo”, entonces la geometría carecería completamente de interés hoy para nosotros, que nos encontramos en circunstancias completamente diferentes y en otro lugar. Precisamente no nos quedamos en este mero dato, porque los antiguos geómetras descubrieron estructuras con validez universal, independientes de las condiciones topográficas de los terrenos a la derecha e izquierda del Nilo, las describieron y las transformaron en un sistema. Debido a esta validez general e independencia de los concretos problemas cotidianos, es la geometría para nosotros todavía importante. La geometría no es una ciencia egipcia o griega –ello sería una *contradictio in adjecto*–, como tampoco la teoría del Derecho Penal puede ser alemana o una ciencia nacional, también ello sería una *contradictio in adjecto*.

Tras los esfuerzos del segundo cuarto del siglo XX –dicho sin mucha precisión–, cuando se trata de la discusión entre las teorías final y causal de la acción, las

¹² Cfr. sobre esto W. KNEALE/M. KNEALE, cit., pp. 380 y ss.

teorías del dolo y la culpabilidad y las otras cuestiones fundamentales; y tras los esfuerzos en el tercer cuarto del siglo vinculados a la reforma del Derecho Penal, se ha hecho posible superar hoy el peligro de un estancamiento. Los esfuerzos por alcanzar un sistema del Derecho Penal capaz de satisfacer las pretensiones esbozadas se han estancado, la capacidad de rendimiento, sobre todo en el ejemplo de la doctrina final de la acción, no disminuye ciertamente si se le niega el título de “sistema” y se establece que proporciona solo el primer elemento para el *inicio* de un sistema. La reforma del Derecho Penal ha sucumbido, más bien, ante los sucesos del espíritu de su época y se ha convertido hace tiempo en instrumento de juego de los cambiantes intereses en la negociación política. Se intentó además, según me parece, situar en primera línea una interpretación, según la cual la doctrina del Derecho —y con ella también la del Derecho Penal— se consideraba al fin y al cabo solo como una técnica retórica. El hecho indudable de que en el Derecho deben efectuarse valoraciones, sirvió como pretexto para dedicarse solo al “valor”. El hecho indudable de que siempre el todo permanece a la vista y por consiguiente debe tener lugar una “visión global”, sirvió como pretexto para renunciar a un análisis detallado. Y el hecho indudable de que también existe un círculo hermenéutico para el Derecho, sirvió como pretexto para llegar a conclusiones precipitadas (al modo de “fundar” una tesis tan solo o esencialmente con los “resultados” obtenidos), con ello, además, se desatendió habitualmente que una tesis cuyos fundamentos residen en un “resultado” al que se orienta, no será capaz de producir este “resultado”, pues será por su parte producto de dicho “resultado”.

Hay que evitar semejantes tendencias. A una doctrina jurídico-penal que quiera sobrevivir intelectualmente para lo que resta del siglo corresponde la misión de emprender un renovado esfuerzo en la dirección de una total cohesión [Gesamt-zusammenhang] del Derecho Penal, en la dirección de un “sistema” que merezca ese nombre. Los materiales de construcción para ello, que pueden ser tomados de nuestros predecesores, están a nuestro alcance; y uno también deberá orientarse —sin que le afecten los esperables reproches del “logicismo”, de hacer “jurisprudencia de conceptos” o de carencia de “relevancia práctica”— por la imparcialidad y rigor intelectual, que han conducido, por ejemplo, al progreso de las teorías del estado de necesidad, el error y los concursos. Un semejante trabajo no es un fin en sí mismo. La renuncia a una mera acumulación de *topoi* en favor del desarrollo de una teoría estructural del Derecho Penal comprensiva, que asigne su correspondiente lugar en un sistema completo y carente de contradicciones, sirve al necesario *control* de las imprescindibles valoraciones, y sirve al necesario *control* de los “resultados” obtenidos. De lo contrario, se insertarían estos como mera opinión inconexa intelectualmente y quedarían sujetas todas las opiniones a un vaivén; sin contar con el peligro, que no debe subestimarse, de una total ideologización. El desarrollo de una teoría estructural sirve en especial medida también a la praxis —así como la geometría sirve

a la agrimensura— salvo que se entienda como “praxis” solo las exigencias cambiantes del tráfico jurídico cotidiano¹³.

La segunda tarea de los años que vienen consiste en el desarrollo de una ética jurídica normativa que se ocupe de las correspondientes valoraciones como tales. En esto no se ha hecho todavía mucho en Alemania. Por eso no es casualidad que la política criminal presente tantos juristas honestos intelectualmente (como, ciertamente, tal vez, sean necesarios), pero en la misma medida sospechosos intelectualmente. En los países anglosajones, por el contrario, la ética normativa ha experimentado un auge en las últimas décadas; y si bien todavía puede criticarse el utilitarismo que se percibe en el centro de la discusión de habla inglesa, podemos aprender de los métodos ahí utilizados, con los que, por otra parte, se trata exclusivamente de alcanzar la imparcialidad y rigor del razonamiento.

II.

En este contexto, del que depende que la dogmática penal alemana tenga en este siglo un nuevo arranque exitoso —el tercero— aparece el libro de Fletcher *Rethinking Criminal Law*. Fletcher escribe para el Derecho Penal angloamericano. La postura que él adopta es, sin embargo, crítica; por lo que trata de repensar el Derecho Penal de la tradición del “Common Law”. Sin embargo, el modelo con el que realiza la crítica es la dogmática penal europeo-continental, especialmente la alemana y el Derecho Penal por ella desarrollado. Ante el lector se exponen profundos y exactos conocimientos del Derecho Penal alemán, su bibliografía e historia. Ello, sin embargo, no al estilo de un mero informe. Más bien Fletcher se sirve del *Corpus* de consideraciones jurídico-penales por él encontradas únicamente como un arsenal con el que basa sus argumentos. El libro se compone de dos partes. Consecuente con la tradición del “Common Law”, Fletcher comienza con la parte especial, o más precisamente con fragmentos de la parte especial —“Rethinking Specific Offenses”—, donde se ocupa, mediante dos grupos de delitos, “theft” y “homicide” [robo y homicidio], de poner en evidencia la necesidad de un comprensivo y cuidado método analítico, que desemboque después en la exigencia de una parte general. En la segunda parte, sin embargo —“Rethinking the General Part”— se ocupa de la propia parte general, y precisamente aquí (si bien en caso alguno solo aquí), encuentra por fin el lector alemán casi todas las preguntas que le son familiares, formuladas sobria-

¹³ El proverbio “puede ser correcto en la teoría, pero no vale para la práctica” es en el Derecho Penal tan manifiestamente erróneo como en cualquier otra parte. Lo que desde hace tiempo fue refutado también por Kant, entre otros, es hoy todavía un pretexto para mentes perezosas. Si hay algo equivocado en la teoría, entonces no hay un exceso de teoría, sino más bien, por el contrario, “insuficiente teoría” (KANT, *Werke*, AA, vol. VIII, p. 275). Cfr. también lo que FEUERBACH, *Revision der Grundsätze und Grundbegriffe des positiven peinlichen Rechts*, *Erster Theil*, 1799, pp. XII-XV, dejó escrito al respecto.

mente y a un alto nivel analítico. Con ello está ya enunciada la primera razón de por qué el libro es interesante precisamente también para el lector alemán. Se muestra cómo se contemplan la dogmática penal y sus problemas desde la perspectiva de un observador que, por una parte, conoce muy bien esta dogmática penal y la examina de forma no hostil, pero que, por otra, no pertenece a esa tradición, por lo que se encuentra a una cierta distancia. Distancia que generalmente no adoptan los autores que proceden de esta tradición (y que tal vez ni siquiera puedan adoptar).

Sin embargo, que la dogmática alemana sirva a Fletcher como un modelo para una crítica del Derecho Penal angloamericano, no significa que sus resultados sencillamente sean aceptados sin reparos. Por el contrario, Fletcher considera también que hay que pensar nuevamente lo que fue pensado por el Derecho Penal alemán, léanse, por ejemplo, las enérgicas consideraciones sobre la teoría final de la acción en las pp. 433 y ss. Ello significa frecuentemente un ulterior desarrollo de lo ya formulado y siempre, en todo caso, su investigación crítica. Con ello se perfila también la segunda razón de interés para el lector alemán. Puesto que los problemas son *nuestros* problemas, las soluciones desarrolladas por Fletcher son también relevantes para nosotros. En este sentido, el libro pertenece tanto al Derecho Penal alemán como al angloamericano.

Pero la tercera y más importante razón por la que el libro de Fletcher es interesante para el lector alemán estriba, en suma, en el hecho de que un libro de esta naturaleza haya podido escribirse. Que el Derecho Penal angloamericano se critique con el modelo del alemán significa abandonar absolutamente el provincialismo iuspositivista establecido. En efecto, Fletcher no gasta muchos cumplidos en el positivismo. "It is little credit to the legal craft to invest its faith in the fortuities of legislative drafting" (p. 698 ["Resulta de escaso crédito para el oficio jurídico poner su fe en las vicisitudes de la redacción legislativa"]). Por cierto puede que la situación constitucional en los Estados Unidos sea más favorable que la alemana a una forma semejante de proceder, pues la legislación para el núcleo del Derecho Penal reside allí en cada Estado, mientras que aquí reside en la Federación. Desde el comienzo, el Model Penal Code de 1962 no fue capaz de otorgar ningún fundamento para zanjar las discusiones haciendo referencia a la autoridad de algún párrafo, y se estrellaría en Nueva York o Virginia con una escasa comprensión si algún autor quisiera invocar sin más una ley de California. En eso resulta comparable la situación al estado del Derecho Penal alemán en la época de los Derechos particulares, cuando no podía invocarse en Prusia o Baden, lo que se encontraba vigente en Sajonia o Baviera, por lo que la discusión jurídico-penal anterior a la creación del Código Penal del *Reich* de 1871 se encontraba esparcida desde su inicio. Sin embargo, las cuestiones materiales son esencialmente independientes de la situación constitucional, y Fletcher pone precisamente de relieve las tendencias no positivistas en la dogmática jurídico-penal alemana. "The purpose of German theory has not been to facilitate the analysis of legislative judgments, but to understand the criminal law as a received body of

interrelated concepts and practices” (p. 407 [“El objetivo de la teoría alemana no ha sido facilitar el análisis de las opciones legislativas, sino entender el Derecho Penal como un cuerpo dado de conceptos y procedimientos interrelacionados.”]).

Quizá esto resulte al lector alemán una visión demasiado idealizada de la doctrina alemana. Pero esta visión permitió a Fletcher leer en el Derecho Penal alemán un rasgo decisivo, que en nuestro país apenas ha sido vislumbrado con esta agudeza. “There is at least one structural principle immanent in the criminal law, the distinction between wrongdoing and attribution” (p. 515 [“Hay cuando menos un principio estructural inmanente al Derecho Penal, la distinción entre antijuridicidad y culpabilidad”]). Todo Derecho Penal contiene, con otras palabras, cuando menos dos clases altamente distintas de reglas o normas: la clase de normas en atención a las cuales se juzga la realización o la omisión de una acción como ajustada a Derecho o como antijurídica, y una muy diferente clase de reglas que conciernen a la imputación. “The question of wrongdoing is resolved under the set of primary legal norms, prohibiting or requiring particular acts, as supplemented by norms of justification, which provide a license to violate the primary norms. The question of attribution is resolved under an entirely distinct set of norms, which are directed not to the class of potential violators, but to the judges and jurors charged with the task of assessing whether individuals are liable for their wrongful acts”. (pp. 491 y s.; cfr. también p. 458) [“La pregunta acerca de la antijuridicidad se resuelve mediante un conjunto de normas jurídicas primarias que prohíben o mandan determinados actos, complementadas con las normas de justificación, que proporcionan una autorización para infringir esas normas primarias. La pregunta acerca de la culpabilidad se resuelve mediante un conjunto completamente diferente de normas. Estas se dirigen, no a los potenciales infractores de las normas primarias, sino a los jueces y jurados que deben determinar si los individuos son reprochables por sus actos antijurídicos.”]. Esta diferenciación atraviesa todo el libro, hasta llegar a la distinción entre causas de justificación y causas de exculpación: “The nature of a justification is that the claim is grounded in an implicit exception to the prohibitory norm. The “right” of self-defense carves out a set of cases in which violation of the norm is permissible ... Excuses bear a totally different relationship to prohibitory norms. They do not constitute exceptions or modifications of the norm, but rather a judgment in the particular case that an individual cannot be fairly held accountable for violating the norm” (pp. 810 y s. [“La naturaleza de una justificación descansa en que existe una excepción implícita a la norma que establece la prohibición. El “derecho” a la legítima defensa configura una serie de casos en que la infracción de la norma está permitida... Las excusas tienen una relación completamente diferente con las normas que establecen la prohibición. No constituyen modificaciones o excepciones a la norma, sino más bien un juicio de que en el caso particular un individuo no puede, en justicia, hacerse responsable por la violación de la norma”]).

Esto es, en efecto, un sistema comprensivo de principios, y por tanto debe ser apreciado como tal. Sin embargo, se queda también Fletcher en un *inicio* del sistema. Sobre todo porque la distinción entre las dos clases de reglas no ha dado frutos en todos los puntos en que hubiera sido necesario. En concreto, Fletcher no distingue entre los dos niveles de imputación: por una parte, la imputación de un suceso como realización de una acción, o bien la de una inactividad como omisión de una acción; y, por la otra, la imputación de la acción u omisión antijurídica “a la culpabilidad” por la otra, y eso, a pesar de que el paralelismo de las reglas de imputación de los dos niveles aparece ocasionalmente, como al tratar acerca del estado de necesidad exculpante: “Excuses arise in cases in which the actor’s freedom of choice is constricted. His conduct is not strictly involuntary as if he suffered a seizure or if someone pushed his knife-holding hand down on the victim’s throat. In these cases there is no act at all, no wrongdoing and therefore no need for an excuse. The notion of involuntariness at play is what we should call moral or normative involuntariness. Were it not for the external pressure, the actor would not have performed the deed” (p. 802 y s. [“Las excusas aparecen en casos en los que la libertad de elección del autor se encuentra restringida. Su conducta no es estrictamente involuntaria, como cuando sufre un ataque o cuando alguien empuja el cuchillo que sostiene en su mano contra la garganta de la víctima. En estos casos ni siquiera hay un acto, no hay antijuricidad y por ello no hay necesidad de una excusa. La noción de involuntariedad es lo que habitualmente llamamos involuntariedad moral o involuntariedad normativa. De no haber existido la presión externa, el actor no habría realizado el hecho”]). Fletcher remite a este respecto también a la usual distinción en Francia entre “la contrainte physique” y “la contrainte morale”. Pero no se extraen consecuencias de ello, tal vez porque el autor no se remonta a las raíces de esa distinción, que pueden encontrarse en la diferencia desarrollada por la filosofía de la Ilustración entre “imputatio physica” e “imputatio moralis”¹⁴. Por eso permanecen aislados y suspensos en el espacio también los conceptos de “realización” de una “acción” y una “omisión” —con todas las consecuencias también para su determinación conceptual— sin mostrar su ubicación lógica en el sistema completo del Derecho Penal. Ello se corresponde, por cierto, con el modo de tratarlo dominante en Alemania, pero que en este país ha conducido a doctrinas que generalmente niegan

¹⁴ Chr. WOLFF, *Philosophia Practica Universalis, Pars Prior*, 1738, § 642, con manifiestas remisiones a la distinción de Pufendorf entre “entia physica” y “entia moralia”. El discípulo de Wolf, Daries, cit., Schol. al § 225, reconoció entonces que la imputación de primer nivel (por él llamada “*imputatio facti*”) precede lógicamente a la “*adplicatio legis ad factum*”, esto es, a la aplicación del sistema de normas en atención al cual se determina si la realización u omisión de una acción es considerada ajustada a Derecho o antijurídica; mientras que la imputación de segundo nivel por él llamada “*imputatio iuris*” sucede lógicamente a la *adplicatio legis ad factum*.

¹⁵ Cfr., a modo de ejemplo, SCHMIDHÄUSER, *Strafrecht AT*, 2.ª ed., 1975, pp. 177 y s., 200 y ss.; LACKNER, *StGB*, 13.ª ed. 1980, III 1 previo al § 13.

una relevancia propia a los conceptos¹⁵. Las sustanciales aportaciones de Welzel al concepto de acción, y las de Armin Kaufmann al de omisión, solo se mantendrán a la larga, si el lugar que les corresponde en el sistema completo del Derecho Penal se determina con mayor precisión de lo que se ha hecho hasta ahora.

Nos detendremos en dos puntos en los que la distinción de Fletcher entre “wrongdoing” y “attribution”, en lo que alcanzo a ver, da buen resultado. En cuanto al primero, resulta imposible en términos lógicos utilizar precisamente las reglas de *imputación* para la solución de problemas que derivan solamente del sistema normativo, el cual constituye el fundamento para el juicio de antijuricidad. Este sistema de normas debe siempre más bien valerse por sí mismo, sobre todo cuando se impone a un sujeto deberes incompatibles entre sí. En tales casos, se precisan metarreglas que digan qué deber es preferente; y no puede ser, como sucede a menudo, que se abandone la colisión de deberes y se busque la solución en una exculpación. Fletcher critica acertadamente todos los intentos de solución que discurran en ese sentido. “Acquitting people caught in these conflicts is not an expression of compassion for human weakness... Thus it might be preferable to treat the category of inconsistent duties as a special category of exemption, rather than as a case of excused wrongdoing” (p. 855 [“La absolució de aquells que se troben en aquests supòsits no és expressió de compassió per la debilitat humana ... Per això seria preferible tractar la categoria de deures incompatibles com un cas especial d'exempció de responsabilitat en lloc d'un cas d'un fet antijurídic excusat”]).

En cuanto al segundo punto, la distinción entre “wrongdoing” y “attribution”, como hemos dicho, se reconduce a la distinción que existe entre las normas de justificación y las reglas acerca de la exculpación de los hechos antijurídicos. Esto se refleja, además, en la distinción entre el estado de necesidad justificante y el estado de necesidad exculpante, que Fletcher muestra recurriendo a la construcción alemana. Ahora bien, para *toda* situación de necesidad, considerada solo en sí misma, y que tenga como consecuencia una absolució, se plantea la cuestió acerca de lo que debe suceder cuando el autor es en menor medida autorresponsable por dicha situaci6n. Fletcher reprende a los nuevos c6digos penales de los diversos Estados, que no han diferenciado suficientemente este punto. La situaci6n de necesidad solo puede exculpar en la medida en que se exija que el autor mantenga una conducta irreprochable durante toda la ejecuci6n. Si la situaci6n de necesidad, por el contrario, proporciona una causa de justificaci6n, entonces no puede fundamentarse una exigencia semejante. Ello est6 puntualizado por Fletcher, y depende b6sicamente de que el principio de preferencia fundamental del inter6s esencialmente preponderante —esto es, el principio de justificaci6n vigente para el estado de necesidad— se pregunte solamente acerca de c6mo se puede salir de la situaci6n de peligro con el menor costo posible y no acerca de c6mo se meti6 en ella. “This is a good example of the way in which confusing the criteria of justification and of excuse can generate bad

law” (p. 798 [“Este es un buen ejemplo sobre cómo la confusión de criterios de justificación y exculpación puede producir un Derecho defectuoso”])¹⁶.

La representación del problema teórico estructural del Derecho Penal en Fletcher no tiene lugar *more geometrico*. Constatarlo no implica tampoco una crítica negativa; se precisan muchos trabajos de investigación hasta que sea posible una representación verdaderamente sistemática. Ante todo, en las reflexiones jurídicas en el futuro ofrecerá dificultades separar limpiamente entre sí los elementos estructurales y ético-normativos, que en el estado actual de la discusión con frecuencia se entremezclan. Esto vale para Alemania, donde incluso el planteamiento de problemas ético-normativos precede a la toma de conciencia de esos problemas y a la oferta de soluciones que se alcanzarían por un procedimiento intelectual satisfactorio. El libro de Fletcher contiene una abundancia de reflexiones ético-normativas para todos los problemas posibles. En primer lugar, se ocupa Fletcher del utilitarismo: desde los intentos utilitaristas de “justificación de la pena” (pp. 414 y ss.), pasando por las teorías del error fundadas de forma utilitarista (pp. 716 y ss., 755 y ss.), hasta la fundamentación utilitarista de las reglas de exculpación (pp. 813 y ss.). A estas cosas no nos referiremos aquí, remítase el lector al estudio del libro. Desde luego hay que admitir que Fletcher, si se toma como base uno u otro pasaje de su libro, afronta posible y fundamentalmente de forma escéptica un *mos geometricus*. Así se percibe, a modo de ejemplo, en la teoría de las causas de exculpación, el problema “determinismo o indeterminismo”: “In order to defend the criminal law against the determinist critique, we need not introduce freighted terms like “freedom of the will”. Nor need we “posit” freedom as though we were developing a geometric system on the basis of axioms” (p. 801) [“Para defender al Derecho Penal de la crítica determinista, no es necesario introducir términos transportados como “libre albedrío”. Tampoco necesitamos una libertad “afirmada” como si estuviéramos desarrollando un sistema geométrico sobre la base de axiomas”]. No puedo estar de acuerdo con esta tesis. Ni el Derecho Penal puede a la larga escapar del problema del “libre albedrío”, ni es un problema que, a pesar de su carga histórica, sea por principio irresoluble. Por lo demás, no debe imaginarse el establecimiento cuasi geométrico de axiomas, como el postulado de la libertad, como si semejante establecimiento estuviera entregado a la voluntad de sus constructores. Tampoco Euclides estableció su axioma arbitraria-

¹⁶ Fletcher no discute, por lo demás, la doctrina de la anticipación, según la cual ya la producción imputable de la situación de necesidad debe caer en la determinación penal que prohibiría el hecho en situación de necesidad si no estuviera justificado —así, por aplicación del § 34 del Código penal alemán— (así como tampoco discute su análogo de la completa ebriedad autorresponsable). Y ello no es casual, pues la doctrina desde un comienzo es incompatible con uno de los principios fundamentales del Derecho penal, que yo llamo “principio de simultaneidad”, por el que, si un hecho ha de ser punible, todos los elementos de la acción punible (tipicidad, antijuridicidad, “culpabilidad”, etc.) deben darse *al mismo tiempo* por lo menos en un momento (cfr., ampliamente, HRUSCHKA, en *JR* 1979, pp. 125 y ss.).

mente. Cuando Fletcher escribe en el mismo lugar: “It is difficult to resolve this issue” –i. e. “the problem of determinism and responsibility in the standard cases of wrongdoing”– “except by noting that we all blame and criticize others, and in turn subject ourselves to blame and criticism, on the assumption of responsibility for our conduct”, ya se encuentra ahí un primer principio para una solución [“Es difícil resolver este asunto –i.e. el problema del determinismo y responsabilidad en los casos estándar de antijuricidad– salvo si se nota que todos culpamos y criticamos a los otros, en lugar de someternos nosotros a reproche y crítica, asumiendo la responsabilidad por nuestra conducta”]. La idea manifestada por Fletcher (p. 802) de que tal vez un día la aceptación de “libre albedrío” pueda ser empíricamente refutable es en sí misma contradictoria y debe ser calificada en inglés como “self-defeating” [contraproducente]. Aquí se trasluce todavía el modelo de la física¹⁷.

Como conclusión se debe poner expresamente de relieve otra vez, lo que es tan impresionante del libro de Fletcher: se trata de una empresa *filosófica*. Ya en la primera frase del prólogo lo establecía Fletcher lapidariamente: “Criminal law is a species of political and moral philosophy” [“El Derecho Penal es una especie del género Filosofía moral y Filosofía política”]. Ideas como estas hoy día solo raramente se emiten en voz alta. En cambio, Kleinschrod, Feuerbach y los demás fundadores de la doctrina moderna del Derecho Penal en Alemania en el cambio del siglo XVIII al XIX –esto es, en la época de los Derechos particulares– eran conscientes en qué medida tan extraordinaria era deudora su teoría del Derecho Penal a la discusión estructural y ético-normativa de la filosofía de la Ilustración que va desde Pufendorf hasta Kant pasando por Christian Wolf¹⁸. Con ello Fletcher no pretende ordenar en un saco verdades materiales completamente definitiva, eso sería a todas luces una idea extravagante, que sin embargo muchos juristas vinculan con el concepto de “filosofía”, cuando la utilizan en conexión con la expresión “Derecho Penal”. “Let there be no pretense that I have a “general political or moral theory”, however much it might be needed. This book proceeds on the assumption that pending a general theory, normative work on the criminal law is possible and necessary” (p. 395, n. 2 [“No debe haber pretensión alguna de que yo tenga una “teoría política o moral general”, aunque en gran medida se necesitaría. Este libro se constituye sobre la asunción de que, pendiente una teoría general, el trabajo normativo en el Derecho Penal es posible y necesario”]). La empresa es filosófica precisamente porque *no* efectúa meras afirmaciones, sino que los problemas se presentan sin prejuicios y utiliza para su solución los refinados métodos de la actualidad, no pueden desconocerse tampoco las líneas de conexión del libro con la filosofía analítica de Oxford,

¹⁷ Cfr., en general, sobre ello, HRUSCHKA, en *Aus dem Hamburger Rechtsleben. Festschrift für Walter Reimers*, 1979, p. 459 y ss., especialmente p. 472 y ss.

¹⁸ Sobre la influencia de la filosofía de la Ilustración en la teoría del Derecho Penal, cfr. en general, SCHAFFSTEIN, cit., p. 21 y ss.

Harvard y otros lugares. Cabría esperar que la citada primera frase del prólogo no aparte de la lectura a los juristas basándose en el “*Metaphysica sunt, non leguntur!*”¹⁹. La lectura puede, en cambio, ser el primer paso en el camino para entender que también el Derecho Penal alemán ha de seguir –también ahora– repensándose.

¹⁹ Vid. la lamentación al respecto de uno de los precursores de la Lógica moderna, Frege, uno de cuyos libros (“*Grundgesetze der Arithmetik*”) fue ignorado por los matemáticos de su tiempo. Cit. del prólogo de PATZIG en FREGE, *Funktion, Begriff, Bedeutung*, Gotinga, 1962, p. 6.