

2. DOCTRINA INTERNACIONAL

BASES DE UNA DOGMÁTICA JURÍDICO-PENAL SUPRANACIONAL

JESÚS-MARÍA SILVA SÁNCHEZ

Catedrático de Derecho penal Universidad
Pompeu Fabra. Barcelona. España.

Vivimos una era en la que cada vez resulta más perceptible la internacionalización de los problemas y la exigencia de que también sean globales sus soluciones. En el ámbito de las instituciones jurídicas ello ha cristalizado en diversos fenómenos de los que el más significativo ha sido, sin duda, la Comunidad Europea, hoy ya Unión Europea. De ahí que también en el Derecho penal se adviertan ciertas tendencias hacia la unificación. Sin embargo, resulta llamativo que estas tendencias se manifiesten básicamente sólo en propuestas de una armonización y uniformización de las legislaciones.¹ Ello, con ser necesario e importante, no es sin embargo suficiente si no se trabaja simultáneamente en una construcción supranacional relativamente homogénea del sistema del Derecho penal, de los conceptos y categorías de la teoría jurídica del delito.²

De este modo se respondería satisfactoriamente a una convicción profundamente arraigada entre los penalistas, cual es la del carácter supranacional de la

ciencia del Derecho penal. Sucede, sin embargo, que esta convicción se había asentado tradicionalmente en la creencia acerca de que el Derecho penal se hace supranacional por su vinculación con determinadas estructuras lógico-objetivas (así, las de la acción, de la culpabilidad o de la autoría)³ de las que se derivaría el conjunto del sistema dogmático de modo deductivo-axiomático.⁴ Ello determinaría que nuestra ciencia fuera no sólo transnacional, sino, más aún, global, universal, desvinculada de referencias espacio-temporales, independiente de culturas y sistemas de valores. Modernamente, en cambio, se rechaza por muchos la posibilidad de construir de modo completo el sistema dogmático del Derecho penal sobre la única base de las verdades — supuestamente permanentes e inmutables — inherentes a las estructuras lógico-objetivas. De este modo, sin negar la importante función de límite que tiene la realidad del ser, a la que obviamente no puede oponerse la construcción dogmática, se tiende de modo creciente a construir el sistema, en el seno de un marco ontológico que se estima bastante amplio, sobre la base de conceptos normativos.

1. Vid., con todo, el importante esfuerzo constructivo de Tiedemann, *Der Allgemeine Teil des europäischen supranationalen Strafrechts*, en *Festschrift für Jescheck*, II, Berlin 1988, pp. 1.411 y ss.

2. Cfr. Las observaciones de Courakis, *Struktur— und Auslegungsaspekte des angelsächsischen Strafrechts*, *Goltdammer's Archiv für Strafrecht* 1981, p. 533 y ss., 533.

3. Finalidad, poder actuar de otro modo, dominio final del hecho, respectivamente.

4. Así en Armin Kaufmann, *Das Übernationale und Überpositive in der Strafrechtswissenschaft*, en *Gedächtnisschrift für Zong Uk Tjong*, Tokio 1985, pp. 100 y ss.

Estos adquirirían su contenido concreto desde perspectivas teleológicas, conformadas a partir de las finalidades político-criminales del Derecho penal. Unas finalidades político-criminales que no se reducen a meras consideraciones utilitaristas de eficiencia, sino que comprenden de modo esencial consideraciones valorativas derivadas de un principio de respeto a la dignidad humana y a las garantías fundamentales del individuo.⁵ De la relación dialéctica de lo uno y lo otro han de surgir, sin duda, enunciados valorativos concretos, cuya aptitud para dotar de contenido a las categorías sistemáticas debe quedar fuera de duda.⁶

Resulta ocioso subrayar lo esencial de la aportación de Roxin a este objetivo.⁷ Asimismo, que la adopción de esta perspectiva puede permitir también dotar al sistema del Derecho penal de un innegable carácter supranacional, si se toma como punto central de referencia

la comunidad cultural y de valores que subyace a las constituciones occidentales actuales. Mas ello implica un factor de relativización. Una ciencia del Derecho penal basada exclusivamente en las estructuras lógico-objetivas, o que se limite a construir el sistema de problemas o de estructuras de imputación,⁸ puede ser universal. En cambio, una ciencia penal de rasgos teleológico-valorativos, si bien puede ser supranacional, independiente de los ordenamientos jurídicos nacionales, no puede independizarse de las culturas, de los sistemas de representaciones valorativas: tiene, por tanto, obvios condicionantes espacio-temporales.⁹ Por poner un ejemplo evidente, difícilmente se llegará a un acuerdo

5. Cfr. cómo se observa que es éste el punto de vista desde el que se trata de construir una aproximación común a los problemas en Fletcher, *Criminal Theory as an International Discipline*, en Eser / Fletcher (Hrsg.), *Rechtfertigung und Entschuldigung. Rechtsvergleichende Perspektiven*, II, Freiburg 1988, pp. 1595 y ss., 1621: "The most significant consequence of the conference was the recognition that we share a common discipline. Both German and American thinkers, it turns out, are committed to systematic as well as to pragmatic analysis. It may be that many Americans are discovering the virtues of systematic thought as many German scholars are finding new insights in pragmatic, case analysis. The Germans may be importing Bentham, and we, Kant and Hegel. If we sense that we are becoming one intellectual community, we can only be confident that the discussions of the future will be even deeper and more searching".

6. Cfr. al respecto Silva Sanchez, *Aproximación al Derecho penal contemporáneo*, Barcelona 1992, p. 103-178.

7. Sobre su concepción cfr. ahora Strafrecht. AT, I, München 1992, pp. 115 y ss.

8. No puede ignorarse, en efecto, que existe otra vía metodológica distinta de la de las estructuras lógico-objetivas desde la cual la ciencia del Derecho penal se hace auténticamente universal. Se trata de la propuesta de Hruschka de centrarse en la conformación del sistema de casos problemáticos y de estructuras de imputación, dejando para un nivel secundario, y de discutible estatuto científico, el tema de las respuestas a los problemas, esto es, en suma, el tratamiento valorativo de las estructuras de imputación. Cfr. Hruschka, *Das Strafrecht neu durchdenken! Überlegungen aus Anlaß des Buches von George P. Fletcher, Rethinking Criminal Law*, Goldammer's Archiv für Strafrecht 1981, pp. 237 y ss.; El Mismo, *Kann und sollte die Strafrechtswissenschaft systematisch sein?*, Juristenzeitung 1985, pp. 1 y ss. También, del mismo autor, la "Vorbemerkung" de las dos ediciones de su *Strafrecht nach logisch-analytischer Methode*, Berlin 1983 (1.ª) y 1988 (2.ª).

9. En contra, aunque obviamente partiendo de una concepción según la cual la teoría del delito no es un producto teleológico-valorativo, sino puramente ontológico, Hirsch, *Gibt es eine national unabhängige Strafrechtswissenschaft?*, en *Festschrift für G. Spindel*, Berlin 1992, p. 43 y ss, 50-51, 53: "...las diferencias culturales no tienen influencia alguna en el ámbito en el que se trata de la elaboración científica de las doctrinas generales del delito".

valorativo completo, en cuanto a la atribución de finalidades político-criminales al Derecho penal, y por tanto tampoco en cuanto a la concreta atribución de contenido a las categorías y conceptos del sistema dogmático, entre el mundo occidental, el mundo islámico y el del extremo oriente.¹⁰ En efecto, la relación entre razonamiento de principios y razonamiento utilitarista, así como la articulación de la relación individuo-sociedad, entre otras cuestiones, tienen lugar en unos y otros ámbitos culturales de modo sustancialmente distinto.¹¹ De ahí que, desde este punto de vista, la labor de la ciencia penal no sólo discurrirá en el marco generado por las estructuras ontológicas y en el que establece, en virtud del principio de legalidad, el respectivo Derecho positivo nacional,¹² sino que se vería evidentemente limitada por los condicionantes que establece un determinado horizonte valorativo común. Así las cosas, el penalista podrá dedicarse, sin marco alguno que le constriña, a elaborar de modo universal las estructuras lógico-objetivas que pueden condicionar — a mi juicio, de modo no determinante en lo concreto — la ulterior construcción doctrinal. De la misma manera, y en

idénticos términos, a elaborar los sistemas de problemas y las estructuras formales de imputación. Cuando pretenda, sin embargo, construir el concreto sistema de proposiciones (de soluciones a los problemas) en el que se expresan los contenidos últimos de la dogmática como disciplina práctica, ha de moverse en un contexto valorativo determinado (además de los obvios marcos, antes indicados, del plano ontológico y del Derecho positivo). A partir de ahí, la cuestión radica en determinar quiénes pueden llegar a compartir un “contexto valorativo” de configuración dada. A reserva de estudios más concretos al respecto me inclino por recurrir al término ambiguo de “lo occidental” para designar a la comunidad de sujetos en la que nos hallamos comprendidos.¹³

10. La importancia de la diversidad de las representaciones valorativas, con concreta referencia al extremo oriente, la subraya Courakis, GA 1981, p. 534-535.

11. En su polémico y trascendente trabajo *The Clash of Civilizations*, publicado en *Foreign Affairs*, Summer 1993, pp. 22 y ss, 25, señala el profesor Samuel P. Huntington que “las personas de diferentes civilizaciones tienen puntos de vista diversos sobre las relaciones entre Dios y el hombre, el individuo y el grupo, el ciudadano y el Estado, padres e hijos, marido y mujer, así como perspectivas distintas sobre la importancia relativa de derechos y responsabilidades, libertad y autoridad, igualdad y jerarquía”.

12. Un marco, éste, que en la construcción conceptual de la teoría del delito resulta especialmente amplio y flexible.

13. Dicho término, ciertamente, es susceptible, a mi juicio, de comprender no sólo el occidente europeo sino también los países eslavos del Este de Europa, así como los países americanos (del norte, centro y sur de América). Ello supone adoptar una postura distinta a la de Huntington, para quien la civilización occidental se contraponen no sólo a las orientales (confuciana, japonesa, hindú), la islámica y la africana, sino también a la eslavo-ortodoxa y a la “latino-americana”. La razón de acoger este punto de vista es la existencia de innegables vínculos en los valores sobre los que se asientan las estructuras estatales vigentes — o las que se aspiran a construir —, así como la evidente base cristiana de las culturas de todos estos pueblos. De todos modos ello no conlleva olvidar la existencia de posibles divergencias relativas en el seno de “lo occidental” por razón de peculiaridades culturales. Pero son divergencias en el seno de un sistema cuyos trazos generales se comparten. Lo mismo sucede con las diferencias ideológicas, que obviamente también incidirán en aspectos concretos de la configuración de las categorías dogmáticas, contra lo que pretende Hirsch, Spindel-FS, p. 53, para quien se trata de “la búsqueda de soluciones materialmente correctas de modo general, sin que las valoraciones ideológicas desempeñaran papel alguno en ello”.

Ello, con las obligadas matizaciones de que, en primer lugar, lo occidental no es una referencia estática, sino dinámica, en la medida en que su significado varía con el tiempo¹⁴ y su extensión espacial también puede ser variable. Y, en segundo lugar, que el establecimiento de un marco valorativo común no implica la pretensión de una construcción definitiva (cerrada) del sistema, sino que, por el contrario, debe aceptarse de antemano la existencia presente y futura en el seno de dicho marco de discrepancias culturales relativas,¹⁵ así como ideológicas y científicas. Más bien se trata de establecer una referencia negativa según la cual podrían participar en la trabajosa construcción de esa ciencia común quienes no participaran del mismo horizonte valorativo asimismo común.

Es evidente, desde luego, que este modelo constructivo plantea no pocos obstáculos derivados de la dificultad tanto de la determinación de los presupuestos valorativos de referencia,¹⁶ como de las condiciones de su puesta en común para los diversos países. Así se explica que las primeras críticas a tal modo de proceder se hayan centrado en la inseguridad de un sistema centrado en consideraciones valorativas de este género, e incluso en su

14. Para expresarlo podemos acudir a la interesante noción de "Zeitgeist". Sobre el influjo de tal "espíritu del tiempo" en la conciencia jurídica y social así como en el sentimiento jurídico, con una interesante exposición esquemática sobre los cambios producidos (en el ámbito occidental) en los últimos años, cfr. Würtenberger, *Zeitgeist und Recht*, 2.ª ed., Tübingen 1991, p. 105 y ss.

15. Un ejemplo sencillo, que cita Würtenberger, *Zeitgeist*, p. 108 y ss., es el de la distinta actitud de los ciudadanos alemanes y norteamericanos en torno a la noción de Estado social, a pesar de que, como él constata, se advierten aproximaciones relativas en los últimos años.

16. A partir de declaraciones muy genéricas o de modelos culturales relativamente difusos.

menor científicidad (!). Sin embargo, ello es perfectamente rebatible. Como claramente lo es la afirmación¹⁷ de que el sistema teleológico tiene un carácter nacional (por su vinculación a un determinado ordenamiento constitucional) que se opone frontalmente a las pretensiones transnacionales de la dogmática.¹⁸ Creo, precisamente, que es virtud de buena parte de los textos que siguen la de poner de relieve cómo ese carácter transnacional, y sin embargo valorativo, es posible en los países que pertenecen a un mismo ámbito de cultura: la occidental, en nuestro caso.¹⁹

17. Que encontramos en Hirsch, *Die Entwicklung der Strafrechtsdogmatik nach Welzel*, en *Festschrift der Rechtswissenschaftlichen Fakultät zur 600-Jahr-Feier der Universität zu Köln*, Köln 1988, pp. 399 y ss., 416; proponiendo también como única posibilidad de modelo transnacional del sistema del Derecho penal el supuestamente asentado en realidades ontológicas, Küpper, *Grenzen der normativierenden Strafrechtsdogmatik*, Berlin 1990, p. 34 y ss., 44 y ss.; de nuevo Hirsch, *Spendel-FS*, pp. 44, 49.

18. Cfr. el intento de Baldo Lavilla, *La justificación en situaciones de necesidad*, Tesis doctoral mecanografiada, Diciembre 1993, p. 37 y ss., 39, de construir la resolución de los conflictos de intereses que plantean las situaciones de necesidad mediante principios operativos de segundo nivel, derivados de las ideas rectoras de libertad y solidaridad, subrayando el carácter transnacional de tal ordenación.

19. Cfr. también en este sentido Schünemann, *La Política Criminal y el Sistema del Derecho penal* (trad. Martínez Escamilla), *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales* 1991, pp. 693 y ss., p. 712-714: "...ha de constatarse actualmente, por lo menos en las sociedades occidentales, una nivelación rasantemente de las decisiones fundamentales y convicciones básicas político-criminales (...) A causa de esta comunidad en las convicciones básicas político-criminales incluso hoy me parecen más favorables que antaño las perspectivas de nivelación de los ordenamientos jurídicos nacionales así como de los sistemas jurídico-penales".

Pese a todas las dificultades propias del proceso, el objetivo que se pretende alcanzar merece el esfuerzo. Trátase, fundamentalmente, de enfocar de modo realista los conceptos y categorías del sistema mediante el que atribuimos responsabilidad penal, mostrando su, en la base, innegable carácter cultural, de filosofía social y política. A partir de ahí, debe intentarse introducir criterios racionales que permitan la argumentación (y, con ello, el control) en un terreno en el que, demasiadas veces y con demasiado poco fundamento, se apela únicamente al texto de la ley o a la naturaleza de las cosas. Sentado claramente, como ya hemos indicado, que lo uno y lo otro constituyen desde luego marcos infranqueables, debemos esforzarnos por introducir ele-

mentos de racionalidad valorativa, teleológica, en la toma de decisiones en el seno de dichos marcos. Ello tiene la ventaja de responder a la realidad esencialmente valorativa de dichas decisiones —una realidad sistemática ocultada en argumentaciones que pretenden ser deductivo-axiomáticas— y de reducir los espacios de arbitrariedad que de ese modo tienden a producirse. A la vista de todo ello, la supuesta inseguridad sería el precio que habría que pagar en los primeros esfuerzos en pro de un objetivo tan ambicioso. Un precio que, a la vista de lo expresado no parece excesivo: es preciso mostrar la radical inseguridad existente tras pantallas de seguridad ficticia, a fin de construir sobre aquélla crecientes ámbitos de relativa seguridad “real”.

ESTE EXEMPLAR PERTENCE A BIBLIOTECA
INSTITUTO BRASILEIRO DE CIÊNCIAS CRIMINAIS