EN LETRA: DERECHO PENAL
Año IV, número 7, pp. 186-202

Traducciones

¿IDENTIDAD DE LA SOCIEDAD O IDENTIDAD DE QUIEN APLICA EL DERECHO? OBSERVACIONES SOBRE LA TAREA DE LA CIENCIA JURÍDICO-PENAL

Prof. Dr. Dr. h.c. Michael PAWLIK LL.M*

Fecha de recepción: 14 de septiembre de 2018

Fecha de aprobación: 28 de octubre de 2018

I. El derecho penal como área del saber y el derecho penal como ciencia

En los sistemas jurídicos construidos en la modernidad, la lucha por el derecho, por regla general, solo puede darse de forma verbal.¹ Para convencer a otro de la posición jurídica propia, en especial al juez competente para decidir una disputa jurídica, se requiere de argumentos que puedan “hacerse oír” en esos oídos. Toda contribución individual a este mar de fundamentos se integra a una mezcla sumamente confusa de antejuicios y tomas de posición doctrinarias, en la cual esa contribución se debe relacionar de un modo aprobatorio o negativo para poder ser identificada y valorada como una voz independiente.² Para que este extenso material sea manejable argumentativamente tiene que ser ordenado e interpretado de la mano de puntos de vista evaluativos en gran medida convencionales (por sobre todo, los métodos de interpretación establecidos),

* Profesor de Derecho Penal, Derecho Procesal Penal y Filosofía del Derecho (Universität Freiburg). Profesor honoris causa (Universidades de Huánuco, Ucayali y Chimbote). Doctor en Derecho (Universität Bonn). Master of Law (Cambridge). Traducción del alemán del Mag. Leandro A. Dias (UBA). Orig.: “Identität der Gesellschaft oder Identität des Rechtsanwenders? – Anmerkungen zur Aufgabe der Strafrechtswissenschaft”, en GIERHAKÉ, Katrin et al. (eds.), *Festschrift für Bernd von Heintschel-Heinegg zum 70. Geburtstag*, Múnich, C.H. Beck, 2015, p. 363-376. El traductor agradece a Marcelo Lerman e Ivó Coca Vila por sus valiosos comentarios a un borrador de esta traducción. Se ha respetado, en la medida de lo posible, el estilo de citas del original. Contacto: michael.pawlik@jura.uni-freiburg.de.

¹ De modo preciso MERKEL, *Gesammelte Abhandlungen aus dem Gebiet der allgemeinen Rechtslehre und des Strafrechts*, t. 2, 1899, p. 599.

² LUHMANN, *Das Recht der Gesellschaft*, 1993, p. 236.

refinado e investigado en cuanto a su potencial para armonizar y controlar sentencias.³ En Alemania, esto es considerado la tarea de la dogmática jurídica. Según una definición conceptual actual, a la dogmática se la podría “describir como una disciplina que quiere penetrar y ordenar el derecho positivo y que al mismo tiempo persigue el objetivo de guiar la labor jurídica y de contribuir a la solución de aquellos interrogantes que proporciona la praxis jurídica”.⁴ Por consiguiente, la dogmática jurídica basa su labor en la misma perspectiva que también caracteriza a la praxis jurídica;⁵ según una sucinta caracterización de HASSEMER, extiende la ley hacia la solución de casos.⁶

La dogmática tiene que ser “robusta” para pretender llevar a cabo esta tarea.⁷ Está dirigida, primordialmente, a “juristas medianamente inteligentes, medianamente conscientes de las problemáticas, medianamente conscientes de sus deberes y medianamente abocados a su rutina”.⁸ La *inalienabilidad práctica* de la dogmática jurídica en tanto “disciplina jurídica tendente a la utilización de sus resultados”⁹ no es puesta en duda por nadie, pero sin embargo muy probablemente sí su *cientificidad*. Esto ha sucedido desde KIRCHMANN, quien en 1847 proclamó la “inutilidad del derecho como ciencia”,¹⁰ pasando por JHERING, quien a pesar de ser el creador del entendimiento moderno de la dogmática¹¹ en su discurso inaugural en Viena de 1868 comparó una dogmática desarrollada puramente a la medida de las necesidades de la praxis con un caballo de cargas,¹² hasta llegar JAKOBS, quien hace no mucho tiempo reconoció una semejanza a “ordenar el material de una caja de herramientas de tornillos y clavos”¹³ y la colección no sería algo científico, sino precientífico, en el mejor de los casos.

¿En qué consistió el déficit de la dogmática convencional, desde la perspectiva de los críticos? JAKOBS coincide con LUHMANN en lo que se refiere a la respuesta a esta pregunta. Ambos autores están convencidos de que —en palabras del sociólogo de Bielefeld— una sociedad moderna “no

³ LUHMANN, *Ausdifferenzierung des Rechts*, 1981, p. 21.

⁴ BUMKE, JZ 2014, p. 641. Una compilación de otras consideraciones sobre la tarea de la dogmática puede encontrarse en WALDHOF, en: G. KIRCHHOF et al. (eds.), *Was weiß Dogmatik?*, 2012, p. 22 ss.

⁵ BUMKE, JZ 2014, p. 650.

⁶ HASSEMER, nota 4, p. 14.

⁷ VOBKUHLE, nota 4, p. 112.

⁸ SCHULZ, en ENGEL/SCHÖN (eds.), *Das Proprium der Rechtswissenschaft*, 2007, p. 146 s.

⁹ JESTAEDT, nota. 4, p. 122.

¹⁰ v. KIRCHMANN, *Die Wertlosigkeit der Jurisprudenz als Wissenschaft*, 1973.

¹¹ BUMKE, JZ 2014, p. 648; WALDHOF, nota 4, p. 29.

¹² v. JHERING, *Ist die Jurisprudenz eine Wissenschaft?*, 1998, p. 60.

¹³ JAKOBS, nota 8, p. 105.

puede ser comprendida únicamente a partir de su constitución jurídica” y de que “no es posible alcanzar un entendimiento adecuado del carácter social del derecho por medio de exégesis e interpretación”.¹⁴ JAKOBS extrae de este diagnóstico la consecuencia de que solo un tratamiento de las cuestiones jurídico-penales que co-refleje la integración social merece el título de científico. La realización de su pretensión conduce al funcionalismo de JAKOBS.

En las siguientes páginas valoraré, en primer lugar, la capacidad de rendimiento y los límites de esta concepción (II.), para luego contraponerle un enfoque alternativo según el cual el centro no se encuentra en la identidad de la sociedad, sino en la del sujeto individual que aplica el derecho (III.). Le dedico mis reflexiones a Bernd VON HEINTSCHEL-HEINEGG, con quien no solo he compartido casi diez años en Regensburg, sino que con él también comparto la influencia del pensamiento jurídico-penal de JAKOBS. ¡Ojalá él las reciba como un humilde símbolo de agradecimiento por su amable interés en mi obra y por su incansable predisposición!

II. El desafío del funcionalismo

En la doctrina sociológica, a la que se refiere JAKOBS expresamente,¹⁵ se entiende por funcionalismo toda contribución a la conservación de un sistema o a la conservación de determinados estados del sistema.¹⁶ Como expone LUHMANN, esto luce “como si el método funcional aspirase a aclarar las condiciones causales de la conservación de los sistemas, cuyos resultados podrían indicarles a los juristas qué decisiones tendrían que ser tomadas para poder mantener el sistema social”.¹⁷ El funcionalismo de Parsons se refería a esto en los hechos.¹⁸ También el pensamiento de JAKOBS transita este camino, a saber: por el camino pre luhmanniano.¹⁹ El derecho penal es entendido por JAKOBS como “superestructura de un fundamento”, que por su lado primero habría que descubrir y formular.²⁰ Este fundamento sería la identidad de la sociedad. De ahí que JAKOBS vea que detrás de aquello que es estimado como “justo” se esconde “la conveniencia en términos sociales y la necesidad de existir”.²¹ En última instancia, en el derecho penal (también)

¹⁴ LUHMANN, *Rechtssoziologie*, 3.ª ed. 1987, p. 299; idéntico en cuanto al contenido, JAKOBS, ZStW t. 107 (1995), p. 845.

¹⁵ JAKOBS, ZStW t. 107 (1995), p. 844, nota 4.

¹⁶ Referencias en LUHMANN, nota 3, p. 280.

¹⁷ LUHMANN, nota 3, p. 280.

¹⁸ Referencias en LUHMANN, nota 2, p. 550 s.

¹⁹ Sobre la crítica de LUHMANN al antiguo funcionalismo, cf. LUHMANN, nota 3, p. 280 ss.

²⁰ JAKOBS, FS Hirsch, 1999, p. 48.

²¹ JAKOBS, nota 13, p. 133.

se dependería de este impulso de auto-conservación social.²² El convencimiento de que el derecho penal se “adapta a la garantía de la identidad normativa de la sociedad y a la garantía de su constitución” conforma el núcleo del programa funcionalista de JAKOBS.²³ Entonces, el científico del derecho penal se distingue frente al únicamente dogmático en el sentido de que el primero descubre la mencionada relación, la tiene en cuenta en la interpretación de los institutos y las normas penales y —según el giro historicista de sus ideas centrales, que recientemente JAKOBS ha preferido— de ese modo lleva al derecho penal y al tiempo presente (*Zeit*) hacia un concepto.²⁴

La dogmática jurídico-penal convencional, como es sabido, se ha escandalizado, y con vehemencia, ante la declaración de JAKOBS en favor del funcionalismo. Las argumentaciones funcionalistas, sin importar su procedencia, se caracterizan, según un comentario de LUHMANN, por el hecho de que “ponen en discusión [...] el sentido directo de la verdad y la condenan en forma de relaciones [...] que regulan las posibilidades de sustitución”.²⁵ Esta idea de posibilidad de sustitución es criticada desde la perspectiva jurídico-penal en no pocas ocasiones por ser considerada un relativismo insoportable y un cuestionamiento del Iluminismo que implícitamente afirmaría la equivalencia funcional de modelos de ordenamiento que, según la opinión actual, de ningún modo podrían pretender la misma dignidad normativa.²⁶ En cambio, el propio JAKOBS entiende, ahora otra vez en coincidencia con Luhmann,²⁷ al funcionalismo en sentido directamente inverso, como un “intento de continuar el Iluminismo”,²⁸ porque posibilita la idea en funciones y estructuras que el derecho penal mantiene latentes para sí y que se esconden de sí mismas.²⁹ La comparación con un comentario del filósofo muniqués, Robert SPAEMANN, permite destacar de un modo todavía más claro el entendimiento de Iluminismo que se encuentra detrás de la auto-interpretación de JAKOBS. Según SPAEMANN, el Iluminismo recién se consumaría cuando también iluminase sobre sí mismo. La iluminación del Iluminismo sobre sí mismo, empero, significaría comprenderlo en categorías que serían más fundamentales que él mismo.³⁰ Solo a primera vista se parece esta afirmación de SPAEMANN a aquella de JAKOBS. Y es que en SPAEMANN, tanto ayer como hoy, el horizonte categorial

²² JAKOBS, ZStW t. 107 (1995), p. 853.

²³ JAKOBS, ZStW t. 107 (1995), p. 843.

²⁴ JAKOBS, en: Eser et al. (eds.), *Die Deutsche Strafrechtswissenschaft vor der Jahrtausendwende*, 2000, p. 47.

²⁵ LUHMANN, *Gesellschaftsstruktur und Semantik*, t. 1, 1980, p. 9.

²⁶ Ejemplar, LK-Hirsch, t. 2, 11.ª 2003, comentario previo al § 32, n.º m. 182d.

²⁷ LUHMANN, nota 3, p. 285.

²⁸ JAKOBS, HRRS 2006, p. 290.

²⁹ Cf. LUHMANN, nota 3, p. 8.

³⁰ SPAEMANN, *Gott und die Welt*, 2012, p. 132.

es *normativo*, a saber, aquel del derecho natural clásico. En cambio, JAKOBS quiere ver conceptualizadas e interpretadas las instituciones normativas de su función a partir de una necesidad *extra-normativa*.

Esta necesidad reside, según JAKOBS, en la auto-conservación de la sociedad, en la defensa de su identidad. El fin de la auto-conservación *individual* no exhibe, sin embargo, ninguna fuerza vinculante frente a personas que en el curso de su realización son expuestas a perjuicios. “La vida no es un argumento”.³¹ Que Richelieu le haya dado a un libelista que se disculpó con un *il faut donc que je vive* la concisa respuesta: *je n’en vois pas la nécessité*,³² no es ningún escándalo moral, sino que en una sociedad el individuo es apenas algo más que una obvedad. En relación con la defensa de la identidad *colectiva* actualmente en cuestión existe, en cambio, una serie de posibles enfoques de fundamentación para llenar la mencionada laguna de fundamentación; sus espectros abarcan desde modelos que remiten a la dependencia de los miembros individuales en relación con una totalidad de mayor importancia —ya sea con una vestimenta organológica, o bien con una utilitarista—³³, pasando por argumentos de *fairness* (quien se beneficia de la sociedad tendría que, a la inversa, contribuir a su conservación),³⁴ hasta llegar a las consideraciones prudenciales (la asunción de los deberes en cuestión sería, todo considerado, más ventajoso para el afectado que una existencia fuera del ordenamiento respectivo).³⁵ Es cierto que en JAKOBS tienen resonancia tanto el modelo organológico³⁶ como el basado en consideraciones prudenciales.³⁷ Sin embargo, él se decide en última instancia por la estrategia consistente en un cambio en el nivel de fundamentación: su tesis sobre la relación del sistema del derecho penal con el fin de conservación de la identidad social no se tendría que entender en el sentido de la afirmación de que eso *debería ser así*, sino que eso *sería así*.³⁸

Con esta auto-localización concepcional, sin embargo, JAKOBS paga el precio de los resultados obtenidos con la pérdida de la relevancia de la dogmática. Tal como LUHMANN destaca, es verdad

³¹ NIETZSCHE, *Die fröhliche Wissenschaft*, KSA t. 3, 1988, n.º 121 (p. 477).

³² HEGEL, *Grundlinien der Philosophie des Rechts*, 1986, § 126 Z (p. 239).

³³ Para la discusión en idioma alemán remitase únicamente a V. JHERING, *Der Zweck im Recht*, 1904, t. 1, p. 58 s., t. 2, p. 80 ss., 113.

³⁴ Ejemplar, ROUSSEAU, *Vom Gesellschaftsvertrag*, 1977, p. 37.

³⁵ A modo de ejemplo, HOBBS, *Leviathan*, 1984, p. 94 s.

³⁶ Cf. JAKOBS, ZStW t. 107 (1995), p. 852.

³⁷ Cf. JAKOBS, *Das Schuldprinzip*, 1993, p. 34 s.

³⁸ JAKOBS, ZStW t. 107 (1995), p. 867.

que “también el derecho puede ser ‘indagado’, del mismo modo que la verdad; pero solamente si se renuncia a plantear la cuestión como una cuestión jurídica. La cuestión necesita, para revelar su propio sentido, puntos de conexión en un horizonte de experiencia ya entendido como derecho”.³⁹ Este horizonte de experiencia es identificado por medio del material normativo que se le brinda al jurista⁴⁰ y su “disyunción entre comportamiento conforme o contrario a tal material, con una preferencia incorporada en favor de la conformidad”.⁴¹ Esta restricción, por un lado, alberga potencial reflexivo: con la dogmática “el derecho realiza una introspección y experimenta, de una forma metódica y pasible de realizar una conexión, aquello significativo que acontece”.⁴² Por otro lado, les fija a los juristas, en palabras de LUHMANN “más estructura de la que el sociólogo podría aceptar”.⁴³ De ahí que en última instancia la “*mirada interna*”⁴⁴ o “*auto-descripción*”⁴⁵ del sistema jurídico sea reemplazada por una *contemplación externa*.⁴⁶

Solo puede contemplar un objeto desde afuera quien guarda distancia respecto de este. Por consiguiente, la orientación funcional, según LUHMANN, se destaca por permitir un distanciamiento, ya como una cuestión de principio, de todas las estructuras, es decir, también del derecho.⁴⁷ “Para esta, la *unidad* del derecho es solo una *diferencia*; a saber, la diferencia del sistema jurídico respecto de su entorno”.⁴⁸ En lugar de un sistema de normas, el derecho luce, desde esta perspectiva “como un mecanismo para solucionar problemas de distinta clase, que puede ser comparado con otros y, en muchas ocasiones, sustituido por otros”.⁴⁹ De ese modo, es cierto que el funcionalismo sociológico amplía el campo óptico que tiene a disposición. Pero al mismo tiempo con ello sella el destino marginal del observador funcionalista: ⁵⁰ él, que no está unido a los procesos auto-referenciales del sistema, no puede esperar que sus resultados sean registrados como relevantes jurídicamente y, de igual modo, tampoco como fundamentos del derecho vigente.⁵¹ La relevancia

³⁹ LUHMANN, *Kontingenz und Recht*, 2014, p. 95.

⁴⁰ Al respecto, recientemente, JESTAEDT, *JZ* 2014, 8 s., así como POSCHER, FS Schlink, 2014, p. 208 ss.

⁴¹ LUHMANN, nota 14, p. 125.

⁴² DI FABIO, nota 4, p. 74.

⁴³ LUHMANN, nota 3, p. 290 s.

⁴⁴ LUHMANN, nota 14, p. 125.

⁴⁵ LUHMANN, nota 14, p. 360; *idem*, nota 2, p. 501, 565.

⁴⁶ LUHMANN, nota 14, S. 361; *idem*, nota 3, p. 8; *idem*, nota 2 p. 16 s.

⁴⁷ LUHMANN, nota 3, p. 290.

⁴⁸ LUHMANN, nota 14, p. 361.

⁴⁹ LUHMANN, nota 3, p. 289.

⁵⁰ LUHMANN, nota 3, p. 8.

⁵¹ LUHMANN, nota 2, p. 565.

dogmática que JAKOBS por supuesto le concede a sus interpretaciones de conceptos e instituciones jurídico-penales, por tanto, no puede ser fundamentada desde la perspectiva funcionalista por él defendida.⁵²

A primera vista resulta más prometedora la consideración de JAKOBS de que una dogmática jurídico-penal que ignora el espíritu del tiempo presente (*Zeitgeist*) se auto-marginalizaría, porque no surtiría efecto socialmente, de forma comparable a lo que sucede con una religión mortificante.⁵³ Este argumento, frente al anterior, posee la ventaja de encontrarse en el nivel de la racionalidad práctica de la acción. No obstante, en lo sustancial solo tiene una fuerza persuasiva limitada. Es verdad que se resalta frecuentemente que todo ordenamiento, y especialmente todo ordenamiento normativo, solo podría perdurar si sus mandatos fuesen obedecidos, por regla general, por medio de la razón y no del miedo, y que por ese motivo se recomendaría una realización de la configuración y del desarrollo del respectivo ordenamiento normativo en estrecho contacto con el presupuesto de convicción de los destinatarios de la norma.⁵⁴ El alcance de esta tesis se encuentra, sin embargo, limitado por el cierre operativo del sistema jurídico puesto de relieve por LUHMANN.⁵⁵

Es cierto que también LUHMANN admite que todo sistema de derecho dependería del traslado de las representaciones valorativas de la sociedad hacia valoraciones con relevancia jurídica.⁵⁶ Empero, el problema reside en que los juicios de valor aceptados en general como mucho pueden referirse a valores individuales y fracasarían en los casos de conflictos valorativos. Y justamente el derecho tiene que ver en gran medida con los conflictos valorativos. “Con ello, se determinan en simultáneo los límites de la recepción dogmática de una consciencia valorativa y jurídica de la sociedad (que supuestamente existe), que en la pantalla de los dogmáticos y de quienes intervienen en el ejercicio del derecho solo puede lucir como algo en gran medida indeterminado e inseguro”.⁵⁷ Por ese motivo, los esfuerzos desesperanzados por determinar o crear un consenso social de nivel valorativo se sustituirían por un aparato conceptual y organizativo, que si bien tomaría contacto con las representaciones valorativas de la sociedad, operaría de todos modos condicionado únicamente

⁵² Así, ya PAWLIK, *Das unerlaubte Verhalten beim Betrug*, 1999, p. 61 ss.

⁵³ JAKOBS, FS Dias, t. I, 2009, p. 397.

⁵⁴ PAWLIK, *Das Unrecht des Bürgers*, 2012, p. 39, con otras referencias.

⁵⁵ Fundamental LUHMANN, nota 2, p. 38 ss.

⁵⁶ LUHMANN, nota 3, p. 315.

⁵⁷ LUHMANN, nota 39, p. 251.

por sus problemas y programas de solución de problemas, ambos auto-producidos; en pocas palabras: el derecho se volvería autónomo.⁵⁸

Con esta “independización de las estructuras jurídicas de expectativas”⁵⁹ como trasfondo, es verdad que resulta plausible la reflexión brindada por JAKOBS respecto de algunos casos individuales espectaculares, como p. ej. la regulación del aborto o la interpretación del § 216 StGB;⁶⁰ pero, por lo demás, sobrestima en gran medida el interés del ciudadano en la estructura de fundamentación teórica profunda de los institutos jurídico-penales. De ese modo, p. ej., el ímpetu con el que se discute sobre una configuración “conforme al espíritu del tiempo presente” de la teoría general del delito aparece a menudo con una desproporción que prácticamente luce grotesca respecto de la importancia para la práctica jurídica de los problemas tratados. Incluso el dogmático jurídico-penal cotidiano necesita, por regla general, de asistencia filosófica para identificar las raíces normativas precarias de las opiniones jurídico-penales de la actualidad. La suposición de que resultados de esta clase tendrían una notable influencia en las creencias del ciudadano sobre la legitimidad de las normas y la disposición de estos a obedecerlas representa una ficción.

Todavía resta analizar un argumento de competencia —que sin embargo solo aparece implícito en JAKOBS—. Tanto por medio de una afirmación demasiado precipitada según la cual el derecho penal se alinea a una sociedad que luce como lo desea el intérprete en lugar de alinearse a la sociedad realmente existente, como por medio de un excesivo retardo, según el cual el derecho penal busca comprometerse con las valoraciones sociales anticuadas, la ciencia del derecho penal se disputa con la sociedad la soberanía definicional respecto de su estilo de vida. La cuestión de si, p. ej., la tendencia reciente a la expansión del derecho penal es una sobre-criminalización innecesaria o una necesaria defensa de un núcleo solo podría ser resuelta políticamente y no a través de la ciencia del derecho penal, según JAKOBS.⁶¹ En este sentido, regiría lo siguiente para la ciencia del derecho penal: “carece de poder contra las revisiones políticas y no puede tomar una decisión a favor de las revisiones políticas”.⁶²

⁵⁸ LUHMANN, nota 2, p. 493.

⁵⁹ LUHMANN, nota 14, p. 106.

⁶⁰ Al respecto, PAWLIK, en BECKER/ROTH (eds.), *Recht der Älteren*, 2013, p. 137 ss.; *idem*, FS Kargl, 2015, p. 407 ss.

⁶¹ JAKOBS, ZStW t. 107 (1995), p. 855.

⁶² JAKOBS, ZStW t. 107 (1995), p. 855.

Lo problemático de este argumento es que prueba *demasiado* y de forma tendencial. Dado que “la sociedad”, según lo expuesto previamente, no dispone ni de una *volonté générale* que pueda ser identificada de modo lo suficientemente preciso, ni en cierto sentido de un interlocutor nato, requiere de órganos representativos creados artificialmente, cuyas competencias y ocupación personal conforma el objeto de la disputa política.⁶³ Si se tiene esto en cuenta, parece que *prima facie* hay muchas razones a favor de que una ciencia jurídica que tome en serio los pares opuestos utilizados por JAKOBS —sociedad real versus sociedad inventada⁶⁴ y conocimiento de la ciencia jurídica versus revisiones de la política⁶⁵— y respete la primacía definicional de la sociedad, tendría que limitarse estrictamente a describir y analizar el marco normativo fijado por la aplicación del derecho, de conformidad con la exigencia de KELSEN.⁶⁶ En todo caso, el acceso directo a la sociedad y la facultad que JAKOBS deriva de ello de “interpretar el derecho legal o el derecho que gira en torno al legal, según el aspecto central del ordenamiento del ‘por qué y para qué’ racional [M. P.: esto es, del correspondiente auto-entendimiento de la sociedad]”,⁶⁷ por consiguiente, ya *no* se le presentaría abiertamente a la ciencia jurídica.⁶⁸ No es un accidente que WEBER, autor de referencia de JAKOBS, resalte insistentemente, en contra de los “elementos informales” que ganaban terreno en la praxis jurídica,⁶⁹ las cualidades formales del derecho moderno⁷⁰ y el progreso que significaría una “técnica racional” del proceder jurídico.⁷¹

Con independencia de las reflexiones realizadas anteriormente, JAKOBS merece una aprobación enérgica en cuanto a sus conclusiones. Ya una mirada superficial a la historia del pensamiento jurídico-penal prueba que la irritabilidad del sistema de derecho penal respecto de su entorno social es más importante que la que se traduce en el entendimiento convencional de la actividad dogmática.⁷² En el siguiente apartado se mostrará que existe una buena razón en favor de esta sensibilidad. Esta consiste en el esfuerzo de integrar el cuidadoso estilo de pensamiento que tiene

⁶³ Ejemplar MERKEL, nota 1, p. 598.

⁶⁴ JAKOBS, nota 13, p. 134.

⁶⁵ Cf. JAKOBS, ZStW t. 107 (1995), p. 855.

⁶⁶ KELSEN, *Reine Rechtslehre*, 2.ª 1960, p. 352 ss.

⁶⁷ JAKOBS, nota 53, p. 397.

⁶⁸ Esto ya lo alegaba MERKEL, nota 1, p. 512, contra BINDING; en el mismo sentido, recientemente DIFABIO, nota 42, p. 66 s.

⁶⁹ MAX WEBER, *Wirtschaft und Gesellschaft*, 5.ª ed. 1980, p. 506.

⁷⁰ MAX WEBER, nota 69, p. 503 ss.

⁷¹ MAX WEBER, nota 69, p. 505.

⁷² PAWLIK, GA 2014, p. 301 ss.

lugar dentro de la dogmática en el auto-entendimiento abarcador de los distintos roles de quienes participan profesionalmente de la discusión. Por ese motivo, según el entendimiento aquí defendido, la clave para un abordaje genuinamente científico del derecho penal no es la identidad de la sociedad —como supone JAKOBS—, sino la identidad del penalista individual.

III. Un nuevo concepto central: equilibrio en la identidad

Las personas son seres de alta complejidad que pueden entenderse en distintos ordenamientos y roles al mismo tiempo, y también orientarse según estos. Las ventajas de una división de roles de esta clase es palpable. Por un lado, esto da lugar a una disminución de las demandas de consistencia al ser humano individual;⁷³ por otro lado, esta división en gran medida lo libera de responsabilidad por las consecuencias de una decisión tomada de conformidad con los roles.⁷⁴ FOUCAULT llevó esta conclusión hasta llegar a la tesis de la discontinuidad radical de los acontecimientos discursivos que descomponen al sujeto al dividirlo en una multiplicidad de posiciones y funciones posibles.⁷⁵ A primera vista, parecería que la teoría de LUHMANN del cierre operativo del subsistema social encuentra aquí su correlato en materia de filosofía de la subjetividad. Tanto más notable es el hecho de que el propio LUHMANN nunca extrajo una consecuencia radical de esta clase. Esta sería, según su opinión, incompatible con la estructura de la sociedad moderna que se ha formado entre los siglos XVII y XIX: el paso desde la diferenciación basada en estratos hacia la diferenciación funcional.⁷⁶

En las sociedades estratificadas —sociedades de niveles— la sociedad es “representada como jerarquía”.⁷⁷ La pertenencia a un nivel luce aquí multifuncional: combina ventajas y perjuicios en prácticamente todos los ámbitos de funcionamiento de la sociedad.⁷⁸ En las sociedades diferenciadas funcionalmente, en cambio, el sistema en su conjunto prescinde de toda regla de ordenamiento de la relación entre los sistemas de funcionamiento.⁷⁹ En la lógica de la diferenciación funcional depende más bien de cada partícipe el abrirse las puertas a todas las funciones, en la medida en que el funcionamiento mismo no excluye esta posibilidad, ni la convierte en algo carente de sentido.⁸⁰

⁷³ LUHMANN, nota 14, p. 313 s.

⁷⁴ LUHMANN, nota 14, p. 231 s.; *idem*, nota 3, p. 276; *idem*, nota 2, p. 330.

⁷⁵ FOUCAULT, *Die Ordnung des Diskurses*, 1991, p. 37 s.

⁷⁶ LUHMANN, nota 25, p. 72 ss.

⁷⁷ LUHMANN, *Die Gesellschaft der Gesellschaft*, t. 2, 1997, p. 679.

⁷⁸ LUHMANN, nota 77, p. 679.

⁷⁹ LUHMANN, nota 77, p. 746.

⁸⁰ LUHMANN, nota 25, p. 168.

La sociedad ya no se presenta frente al ser humano como un todo ordenado en el que tiene que integrarse, sino “como complejidad, en la cual se tiene que comportar contingente y selectivamente de modo ciertamente individual”.⁸¹

En esta situación, recae en el individuo, que pasó de integrar un estado a ser una individualidad, una tarea de coordinación e integración muy exigente: de él se espera que esté en condiciones de vincular su actuar con varios sistemas sociales y conciliar sus exigencias desequilibradas en una síntesis de comportamiento personal.⁸² “La división de roles promovida como diferenciación del sistema social encuentra sus límites en el carácter concreto del ser humano [...]”.⁸³ Por eso, el individuo no puede contentarse con operar con una “pluralidad de tarjetas de visita” —en palabras del filósofo francés Vincent DESCOMBES—⁸⁴, sin ocuparse de armonizar las diversas exigencias de los roles. La consecuencia de esto último sería que el individuo se disfrazaría de sujeto portador de estas diferentes identidades parciales: él sería *quelque façon nul*, un ser vivo que ni siquiera estaría en condiciones de explicar cómo sería capaz de intercambiar una y otra vez, con cierta agilidad, los distintos paquetes de expectativas divergentes.⁸⁵ De ahí que sea irrenunciable —no en el sentido de una construcción teórica, sino de una realidad de la vida práctica— la formación y mantenimiento de una identidad del yo que “si bien está diferenciada, también está llena de tensión y, no obstante, interconectada”.⁸⁶ En otras palabras, el individuo se tiene que someter a un “esfuerzo de integración en cuanto a sí mismo”;⁸⁷ él le tiene que dar coherencia a su vida y una dirección por la que él aparece como pasible de ser responsabilizado. La meta de esta actividad consiste, en palabras del filósofo muniqués Dieter Henrich, en la producción de un “equilibrio en la identidad”.⁸⁸ Esto no sería “otra cosa que la estabilidad del ser-sujeto en relación con todas las dimensiones de la vida y del ser-con-tros de la persona en el mundo en el que está posicionada”.⁸⁹

El mencionado esfuerzo de integración será tanto más urgente, cuanto más fuertemente una actividad determinada caracterice a la identidad total de un individuo. En cuanto a la aplicación

⁸¹ LUHMANN, *Gesellschaftsstruktur und Semantik*, t. 3, 1989, p. 225.

⁸² LUHMANN, *Grundrechte als Institution*, 3.ª ed. 1986, p. 53.

⁸³ LUHMANN, nota 3, p. 343.

⁸⁴ DESCOMBES, *Die Rätsel der Identität*, 2013, p. 42.

⁸⁵ DESCOMBES, nota 84, p. 45.

⁸⁶ HÖFFE, *Die Macht der Moral im 21. Jahrhundert*, 2014, p. 128.

⁸⁷ DESCOMBES, nota 84, p. 35.

⁸⁸ HENRICH, *Denken und Selbstsein*, 2007, p. 221.

⁸⁹ HENRICH, nota 88, p. 217.

EN LETRA: DERECHO PENAL

Año IV, número 7 (2018)

profesional del derecho penal, cuyo medio lo conforma la dogmática jurídico-penal, esta actividad se presenta de modo especialmente enérgico. Es cierto que en el rol del jurista ya no es importante el hecho de estar conmovido internamente, “sino aquella agilidad operativa que es capaz de fundamentar convincentemente las sentencias de modo tal que la solución se presente como la única correcta, pero que, no obstante, sea capaz de observar otras posibilidades y tenerlas en cuenta [...]”.⁹⁰ Con independencia de esto, el jurista penal tiene que asimilar el hecho de que sus argumentos no están libres de consecuencias, en tanto “razonamientos que utilizan casos extremos como estímulo”,⁹¹ sino que serían la base de una decisión sobre el ejercicio de la coacción estatal.⁹² Por este motivo, se está en presencia de un diagnóstico de gran peso, en tanto la coacción penal es la sanción más fuerte en términos simbólicos, y a menudo también en términos físicos, que conoce nuestro ordenamiento jurídico. En ese sentido, al jurista penal lo alcanza una responsabilidad que excede en gran medida aquella del científico ordinario de las ciencias del espíritu.⁹³

Son portadores de esta responsabilidad no solo los miembros autoritativamente decisivos del poder judicial, sino también los académicos del derecho penal que se dedican a la dogmática y que asisten a los primeros. Dado que la dogmática jurídica co-influye en el estado del derecho vigente⁹⁴ y dado que los tribunales (superiores) —especialmente en la cultura jurídica alemana y su extraordinariamente estrecha, en comparación con otros países, relación de reciprocidad entre la teoría y la práctica, a pesar de todas las limitaciones—⁹⁵ están obligados a discutir con las tomas de posición de la dogmática⁹⁶, esta última también ejerce el dominio.⁹⁷ De cara a esta contribución co-determinante de la dogmática jurídico penal, esta tiene que co-responder por el hecho de que en el caso individual se termine afirmando (o negando) la aplicación de la pena.⁹⁸ Además, la ciencia jurídica actual tiene en claro que los conceptos jurídicos, si bien pueden tener cierta definición inicial, no pueden tener una definición definitiva.⁹⁹ Sus intérpretes, por ese motivo, no actúan como “bocas que pronuncian las palabras de la ley” de forma impersonal, sino que efectúan valoraciones

⁹⁰ LUHMANN, nota 14, p. 180.

⁹¹ Al respecto, recientemente JESTAEDT, JZ 2014, 10.

⁹² LUHMANN, nota 2, p. 364 s.

⁹³ PAWLIK, nota 54, p. 43 s.

⁹⁴ Al respecto JESTAEDT, JZ 2014, p. 10.

⁹⁵ NEUMANN, GS Brugger, 2013, p. 260; VOBKUHLE, nota 7, p. 113.

⁹⁶ NEUMANN, nota 95, p. 259; WALDHOFF, nota 4, p. 31.

⁹⁷ PAWLIK, nota 54, p. 44, con referencias adicionales.

⁹⁸ ZACZYK, FS Küper, 2007, p. 731.

⁹⁹ MOHR, en SANDKÜHLER (ed.), *Philosophie, wozu?*, 2008, p. 243.

inevitables,¹⁰⁰ en virtud de lo cual ellos también permanecen reconocibles como individuos en su actividad profesional. También por ese motivo la actuación realizada en este ámbito tiene que integrar el acervo de conocimientos del derecho penal de la mejor forma posible en el auto-entendimiento abarcador de los distintos roles de los individuos en tanto sujetos reflexivos de sus vidas. Cuanto más fácilmente el dogmático jurídico-penal logre esta integración, tanto más listo estará para hacer frente a su corresponsabilidad por infligir dolor (penal) a causa de aquella dogmática.

Por esta razón, el pensamiento jurídico-penal se mueve en una relación de tensión entre la “protección de la continuidad en el cambio”,¹⁰¹ de lo que se ocupa la dogmática convencional, y una necesidad excesiva de integración. Por ese motivo, junto a los especialistas en lo específico, que nunca faltan en los sistemas jurídicos desarrollados, el derecho penal necesita también de una sub-disciplina que, como especialista en lo general, se esfuerce por apaciguar profesionalmente la relación de tensión señalada anteriormente. De esta disciplina se ocupa la *ciencia* del derecho penal en sentido estricto. Es verdad que toma como base de sus consideraciones la constitución normativa del derecho y, por consiguiente, no adopta una perspectiva externa, sino interna (a diferencia del funcionalismo). Empero, busca colocar las valoraciones y las figuras de argumentación de la dogmática jurídico-penal establecida en una relación reflexiva entre concepciones de gran alcance respecto de la interpretación del mundo y de la orientación de la vida.¹⁰²

La primera tarea de una ciencia del derecho penal que se ha vuelto auto-reflexiva consiste en investigar la influencia de tales concepciones del mundo en el acervo dogmático existente. La rutina de comunicación, caracterizada por el contacto con acervos dogmáticos establecidos, tiene como consecuencia que con el correr del tiempo se produce una caída en el olvido de sus marcos de referencias originarios en términos de la historia de las ideas. Tan inevitable es el hecho de que la exitosa implantación de nuevos conceptos y figuras en la dogmática existente tenga que estar acompañada de la reducción de relaciones de fundamentación, como es peligroso que esto acontezca de forma irreflexiva.¹⁰³ Entonces, por un lado, amenaza una “momificación” del edificio dogmático¹⁰⁴ —arrastrar despreocupadamente posiciones, cuyo trasfondo original de plausibilidad

¹⁰⁰ Ejemplar, LARENZ/CANARIS, *Methodenlehre der Rechtswissenschaft*, 3.^a ed. 1995, p. 25 ss.; SEELMANN/DEMKO, *Rechtsphilosophie*, 6.^a ed. 2014, p. 138 ss.

¹⁰¹ LUHMANN, nota 3, p. 87. Sobre la tendencia a la inercia de la dogmática, EIFERT, nota 4, p. 86 s.

¹⁰² En detalle PAWLIK, GA 2014, 373 ss.

¹⁰³ Del mismo modo JESTAEDT, nota 9, p. 132.

¹⁰⁴ TESAR, *Die Überwindung des Naturrechts in der Dogmatik des Strafrechts*, 1928, p. VIII.

se encuentra sumergido desde hace tiempo en el inframundo de la historia— y, por otro, el rechazo general de propuestas novedosas por ser consideradas metodológicamente inadmisibles o desacertadas sustantivamente. Por ese motivo, un interés genealógico forma parte de una dogmática jurídico-penal científica.

Empero, la determinación de las estructuras profundas de cultura general de las posiciones dogmáticas tradicionales prepara meramente el terreno para la tarea real y constructiva de la ciencia jurídico-penal. Por un lado, esta tiene que determinar las necesidades y problemas del propio tiempo; por otro, tiene que investigar si la dogmática jurídico-penal puede ser afectada por estos resultados y con la ayuda de qué innovaciones, dado el caso, podría reaccionar ante ello. En esta formulación conceptual de ninguna manera yace una carta blanca para proceder según la discreción individual. Es verdad que la ciencia jurídico-penal, formulada en el sentido aquí expuesto, funciona de un modo metodológicamente más abierto que la dogmática convencional. Pero con independencia de esto, el científico jurídico-penal individual buscará la conexión con los “potenciales de plausibilidad”¹⁰⁵ de su comunidad de comunicación, aunque no ya por convencimiento personal, sino en todo caso por el efecto que él aspira tener sobre sus pares. Estos potenciales se ven, por sobre todo, caracterizados por medio del contacto con el derecho positivo. Por ese motivo, en un ordenamiento jurídico existente no puede “ser introducida cualquier clase de modificación, sino solamente aquellas modificaciones que ofrecen equivalentes funcionales para los problemas existentes —de tipo real o incluso meramente dogmático—”¹⁰⁶ y que son capaces de incluir y justificar, a grandes rasgos, el material jurídico en cuestión y justificarlo.¹⁰⁷ Solo una concepción de la ciencia jurídico-penal que satisfaga estas consecuencias tendrá la perspectiva de ser reconocida, al menos, como digna de ser considerada por un número significativo de otros especialistas.

Además, el científico individual solo en una medida absolutamente restringida es *maître et possesseur* de las suposiciones y convicciones de trasfondo que él busca transformar en material jurídico. Como el especialista en teoría del derecho francfortés Thomas VERSTING recientemente recordó, todo conocimiento, incluso el supuestamente más privado, está constituido socialmente. Nadie es “el resultado de un instrumental meramente conceptual y metodológico que podría

¹⁰⁵ KOPPERSCHMIDT, *Argumentationstheorie zur Einführung*, 2000, p. 66.

¹⁰⁶ LUHMANN, nota 14, p. 349.

¹⁰⁷ En detalle PAWLIK, FS Paeffgen (en prensa).

deducirse de las capacidades de cognición de un sujeto de conocimiento individual”.¹⁰⁸ Todo ser humano se maneja con su habla, pero también con su pensamiento, sentimiento y percepción en un mundo ya desarrollado culturalmente. Su ordenamiento simbólico “inscribe en el individuo una dependencia existencial (inconsciente) respecto de las instituciones sociales”¹⁰⁹ y permite que la auto-autorización del sujeto de razón para la instancia última de lo significativo aparezca como una “ilusión ilustrada”.¹¹⁰ Esta instancia más alta es más bien el *tiempo*.¹¹¹ No como supra-sujeto, en sentido hegeliano, que actúa, premia y castiga independientemente, sino como prototipo de aquellas diversas prácticas comunicativas que al sugerirle al individuo determinados modelos de interpretación y legitimación y tratar a otros modelos, en cambio, como obsoletos, conforma el “trasfondo vivo de las producciones individuales”.¹¹²

Por la subjetividad del ser humano que “desde siempre remite a la pertenencia al ser, a la historia, al lenguaje y a la cultura”,¹¹³ también en el ámbito de la ciencia del derecho penal, del mismo modo que en la historia del pensamiento en líneas generales,¹¹⁴ la arbitrariedad es extraordinariamente escasa. “Esta es más un espectro de la polémica permanente anti-sofística que una realidad histórica”.¹¹⁵ Esto muestra con especial claridad que todo tiempo presente posee un caudal específico de metáforas y planteos de problemas en los cuales trabaja exhaustivamente y a partir de los cuales, cuando todo va bien, es posible lograr un resultado.¹¹⁶ De modo que un científico del derecho penal intelectualmente despierto tuvo que ocuparse, al comienzo del siglo XIX, de la filosofía contemporánea; con el surgimiento del naturalismo, tuvo que trabajar la tensión entre el derecho penal retributivo tradicional, con su postulado de la libre voluntad, y la influencia incalculablemente fuerte de los factores biológicos y sociales respecto de la delincuencia de un individuo; la recepción del neokantianismo le sugirió la realización de reflexiones teóricas a nivel científico sobre el hecho de que la creación de conceptos científicos se encuentra recubierta de valoraciones, esto es, de su carácter teleológico; a partir de la década de 1950 no pudo evitar las reflexiones sobre el concepto de acción y, del mismo modo, una generación más adelante tampoco pudo evitar un análisis del concepto ambiguo de normativismo. El transcurso de los respectivos

¹⁰⁸ VESTING, Die Medien des Rechts, t. 3, 2013, p. 60.

¹⁰⁹ VESTING, nota 108, p. 118.

¹¹⁰ VESTING, nota 108, p. 76.

¹¹¹ Cf. SIMON, Philosophie des Zeichens, 1989, p. 3 ss.

¹¹² FLASCH, Theorie der Philosophiegeschichte, 2005, p. 125.

¹¹³ VESTING, nota 108, p. 80.

¹¹⁴ Al respecto FLASCH, nota 112, p. 273.

¹¹⁵ FLASCH, nota 112, p. 273.

¹¹⁶ SIMON, nota 111, p. 117.

debates prueba de modo suficiente que estos estándares siempre permiten una medida considerable de libertad de acción individual. Empero, el planteo de problemas, alrededor de cuyo desarrollo el científico individual centra su ambición profesional, en gran medida le pertenecería a todos y simultáneamente a ninguno.

Sin embargo, el tiempo desgasta no solo las certezas absolutas, sino que también inevitablemente obliga a actuar en condiciones postlapsarias; en ese sentido, el tiempo es siempre escaso. “Debe ser abandonada la interpretación, en sí misma infinita, del mundo o de los textos. Frente a la posibilidad de un mejor conocimiento se debe actuar como si existiese algo en lo que se pudiese confiar; o en algo que, en todo caso, pudiese justificar la ejecución del actuar”.¹¹⁷ Los jueces tendrían que dictar sus fallos y los juristas formular sus recomendaciones, a pesar de tener en claro (o, en todo caso, estar en condiciones de tener en claro) que aquello que sostienen que es correcto puede ser solucionado nuevamente bajo otras condiciones y su convencimiento actual puede llegar a ser pulverizado.¹¹⁸

Entretanto, es posible vivir con este dilema tan pronto como se tenga presente que recién cuando nosotros contemplamos a una persona como un individuo complemente histórico, que carece de un núcleo esencial que pueda permanecer intacto respecto de su historia, es que los puntos de partida y de llegada casuales de su vida dejan de ser “casualidades para esta vida”.¹¹⁹ Lo que luce casual desde una perspectiva externa es “de hecho necesario como condición de la persona que yo soy, de la identidad que yo tengo”.¹²⁰ Por ese motivo, no presenta únicamente una solución de emergencia, sino una reacción adecuada a la *conditio humana*, el hecho de que nosotros no nos exijamos a nosotros mismos, ni tampoco al resto, una fundamentación de las sentencias basada en el “fundamento de oro del sentido eterno”,¹²¹ sino meramente la *mejor fundamentación posible del tiempo presente*, según nuestro o vuestro convencimiento bien ponderado. De esta manera no se pierde absolutamente nada de seriedad. Según una observación del historiador inglés de las ideas Isaiah BERLIN, los principios no son menos sagrados por el hecho de que no pueda ser garantizada su durabilidad.¹²² Continúa BERLIN: “Requerir algo más que eso quizá es una necesidad metafísica

¹¹⁷ LUHMANN, nota 2, p. 312.

¹¹⁸ Cf. SIMON, nota 111, p. 241.

¹¹⁹ HAMPE, *Die Macht des Zufalls*, 2.ª ed. 2007, p. 36 s.

¹²⁰ HAMPE, nota 119, p. 35; en este sentido también BIERI, *Eine Art zu leben*, 2013, p. 48 s.

¹²¹ FLASCH, nota 112, p. 91.

¹²² BERLIN, *Freiheit*, 2006, p. 255.

profunda e incurable; pero permitir que tal necesidad determine nuestra práctica es un síntoma de una inmadurez moral y política igualmente profunda y más peligrosa”.¹²³ Por eso, dejarla de lado no sería algo así como volver a tiempos anteriores al Iluminismo, sino que por el contrario se está en presencia de un acto decididamente iluminista. La fórmula “auto-convencimiento sin intemporalidad”, proveniente del teólogo Ernst TROELTSCH,¹²⁴ también explica, con otras palabras, el auto-entendimiento de una ciencia del derecho penal verdaderamente ilustrada.

¹²³ BERLIN, nota 122, p. 255 s.

¹²⁴ Citado a partir de JOAS, *Die Sakralität der Person*, 2011, p. 163.