

# ESTADO Y TENDENCIAS DE LA CIENCIA DEL DERECHO PENAL Y DE LA CRIMINOLOGIA EN LA REPUBLICA FEDERAL DE ALEMANIA °

PROF. DR. KLAUS TIEDEMANN  
Universidad de Friburgo en Brisgovia

La ciencia del Derecho Penal en el Siglo XX está caracterizada por dos grandes corrientes fundamentales: una de índole de dogmática jurídica y otra de política criminal. A éstas se agregó —conforme a la Escuela de Marburgo— a más tardar en el decenio de los treinta, la criminología. Ella evolucionó, de ciencia auxiliar del derecho penal, a disciplina autónoma, aún cuando discutida en los aspectos relativos a sus fundamentos metodológicos y a sus objetivos.

## I. SITUACION Y TENDENCIAS DE LA DOGMATICA PENAL.

La dogmática, con su *teoría de los conceptos fundamentales del derecho penal*, se arraiga históricamente al origen de los grandes códigos europeos, en el punto de partida común centroeuropeo del derecho natural profano (derecho racional), del logro de una sistematización de la ciencia jurídica global y, especialmente, de la construcción de las partes generales de las distintas ramas del Derecho. La separación de la ética social de la teología moral, lleva-

---

° El presente texto es de una Conferencia dada en octubre de 1979, por invitación de la Fundación Alexander von Humboldt en nuestra Universidad, como asimismo en otras de Latinoamérica. También publicada en "Juristenzeitung" (JZ) N° 15 y 16, de 15 de agosto de 1980, pp. 489-495. Traducción del alemán por Enrique Aimone Gibson, Universidad Católica de Valparaíso.

da a cabo por Samuel Pufendorf (1632-1694) llevó a una teoría de la imputabilidad, que en Alemania debió imperar durante dos siglos, y que se apoyaba en la dicotomía de los aspectos objetivos y subjetivos del delito, el *élément matériel* y el *élément moral* de la doctrina francesa.

Así como *Pufendorf*, adhiriendo por un lado a *Descartes* y por otro al cartesiano alemán *Weigel* transfiriera al campo de la ética y del derecho las formas de conocimiento de las matemáticas, así, la *filosofía*, especialmente fue y permaneció más general y más modesta: el *espíritu del tiempo* (*zeitgeist*) como factor generador central, o mejor dicho primario, de la doctrina del derecho penal. La escuela francesa, que en el Siglo XIX tuvo un rol señero, y bajo los nombres de Rossi y Ortolan, partió fundamentalmente de las ideas de *Beccaria* y de *Bentham*; y la dogmática alemana del siglo pasado recibió su impronta de los kantianos y de los hegelianos, hasta que la imagen del mundo mecanicista-causal del Siglo XIX que terminaba y del Siglo XX que apuntaba aportó una visión aparentemente definitiva de las ciencias en su conjunto, elaborada desde el campo de las ciencias naturales. Como es conocido, esta visión es insoslayable en la dogmática penal, en la aún no terminada disputa acerca de la esencia de la *acción penal* (según el concepto de acción causal o natural de la acción, formulada originariamente por von Liszt como “concentración de los músculos”, y sustituida por el de “consciente y deseado excitación de los nervios motores”). El pensamiento neokantiano, con sus valoraciones, llevó, sin embargo, a partir de *Beling*, a una dogmática penal altamente desarrollada, la que, plantea un *sistema conceptual* a primera vista complicado, o casi podría decirse artificioso, o con mayor propiedad, cargado de valores arquitectónico-estéticos, que ofrece los presupuestos y las condiciones para abordar jurídicamente los más difíciles acontecimientos humanos desde el punto de vista de su contenido antijurídico. Esta sistemática ganó terreno también en otros Estados, especialmente de hablas románicas, sobre todo desde que la traducción del Manual de Mezger al español ofreciera al punto final transitorio de una desarrollada teoría de la tipicidad que

llegaría a ser clásica, una vasta audiencia extranjera. Con esta teoría de la acción como el *ilícito tipificado*, con su relación con la antijuridicidad y su función para legislación y culpa, error, participación y tentativa, naturalmente, se perdió la comunidad que había entre ellos y el pensamiento francés; al paso que en el pensamiento jurídico de habla inglesa, la tipicidad (*tipicità*, etc.) tampoco encuentra un concepto equivalente como categoría fundamental del pensar y del juzgar jurídico-penales.

Junto a esta "tipicidad" como juicio acerca de la abstracta valorización del ilícito de un hecho, la dicotomía entre ilícito objetivo y culpa subjetiva, tomada de la dogmática del Derecho Civil de fines de Siglo XIX (von Ihering), constituye la más importante conquista de la teoría del delito. Ella, que de esta manera, tiene una conformación de *tres partes*, fue también adoptada por la práctica judicial, aun cuando ésta, en su trabajo cotidiano, tiende a menudo, en su afán simplificador, a partir de la antigua distinción entre el "hecho" objetivo y subjetivo, usando de tal modo el concepto de "tipicidad" en su sentido más bien no técnico de "presupuestos de procesabilidad penal". A través del reconocimiento de las notas normativas y subjetivas del tipo, del ilícito personal y de la consecuente del precepto al tipo, o en su caso, a la ilicitud, las ecuaciones y los pares de conceptos, que a principios de siglo eran aún bastante primitivos (tipo: objetivo, descriptivo y libre de valorización; ilicitud: objetiva y normativa; culpa: subjetiva y descriptiva), por demás evolucionaría para constituir un sistema constantemente corregido y hoy mundialmente reconocido, que fuera dado a conocer y representado principalmente por *Jiménez de Asúa* en España y Latinoamérica, por *Delitala* en Italia, por *Cavaleiro y Ferreira* y por *Correia* en Portugal.

No puede constituir el objetivo de esta contribución el de retrasar el estado actual de la teoría dogmática penal del delito. Numerosos manuales y monografías relativos a la Parte General señalan el sistema del derecho penal vigente, su método y su contenido. Me refiero tan sólo al "Manual de Derecho Penal" de Jescheck, que ha alcanzado su terce-

ra edición, y que trata de precisar la posición de la doctrina alemana en el plano internacional.

Aquí me interesa fijar algunos *resultados y proyecciones* que podrían ser de importancia para la evaluación global de la dogmática penal alemana.

1. La conocida y persistente disputa entre “finalistas” y “causalistas” ya no existe, como pudiera demostrarlo *Armin Kaufmann* a los especialistas extranjeros en su exposición ante el Simposio de la Fundación Alexander von Humboldt, de Ludwigsburg (octubre de 1973). El “finalismo”, como teoría de la acción *no* ha podido, en su totalidad, prosperar; pero ha podido influenciar y modificar decisivamente innumerables categorías del derecho penal, especialmente la teoría de la ilicitud, como asimismo la teoría, basada en ésta, del error en la prohibición (“error de derecho”). Que el tratamiento del *error* deba partir fundamentalmente de la distinción categorial entre acción y antijuridicidad, constituye una posición expresa del legislador alemán (art. 16, 17 CP, nueva versión), cuya corrección, obviamente, no es indubitada, y que más bien, recibe ataques, aunque aislados, de la más nueva dogmática. En todo caso, la cuestión de si el error acerca de los presupuestos de hecho de la justificación, es decir, acerca de la ilicitud, deba ser enfocado como error en la prohibición o como un error en los hechos, fue dejada conscientemente insoluta por el legislador en su reforma penal. La opinión que hoy prevalece parte en último término —oponiéndose al riguroso sistema de pensamiento del finalismo y a la teoría que expresamente designan como “teoría estricta de la culpa”— de una distinción también usual en los países (de idiomas) románicos y que allí, incluso, se expresa con mayor claridad, y que distingue entre error intelectual y moral; el no reconocimiento de la situación de hecho, en consecuencia, y también respecto de la ilicitud, es apreciada como un error sobre los hechos, y solo la incorrecta valoración individual queda asignada al ámbito del error acerca de la prohibición.

2. El acentuado pensamiento categorial del finalismo, especialmente el carácter decisivo de la distinción entre tipi-

cidad, antijuridicidad y culpa para abordar cada problema de derecho penal y su solución, ha sido hoy sustituido en gran extensión por un método que, no siendo puramente tópico, en el sentido de solucionar caso por caso y problema por problema, combina, sin embargo, el pensamiento deductivo y el inductivo. El rechazo de una "sobreacentuación del pensamiento de sistema" (Jescheck) en cierto sentido había sido insinuado por el último pensamiento de Welzel, al dar éste la primacía a una posición ambivalente, tanto para la tipicidad (en relación con la antijuridicidad) como también respecto de la culpa, o al fundamentar la antijuridicidad, tanto en el valor de la acción, como del resultado. Se entiende que el finalismo, por supuesto, se siga asentando en categorías sistemáticas que, no obstante su preferencia por las estructuras ontológicas, rechace buscar la solución de cada problema puntual en la problemática misma (de la naturaleza de la cosa!), lo que se comprueba por la disputa en el tratamiento del *error en la prohibición en el derecho penal secundario y en el derecho de las contravenciones*; en tal plano son muy pocos los finalistas que están dispuestos a discutir un tratamiento de la prohibición, o en su caso, de la obligación legal, en el marco de la tipicidad, y en consecuencia, del "error de derecho abstracto", dentro del marco del precepto.

Que, por otro lado, el sistema de pensamiento del finalismo, a partir de los años 50 y 60, haya influenciado el *espíritu del tiempo* del derecho penal, manteniéndolo persistente, se muestra fundamentalmente también en la legislación penal, cuando ésta, en sucesivas reformas, y, fundamentalmente, en la nueva Parte General, abordan una total unificación y refusión de las normas jurídicas, sacrificando no sólo las normas especiales y los tipos especiales del antiguo derecho penal secundario, sino también los particularismos procesales de algunas partes, sin ninguna clase de reparos ni tampoco de constataciones empíricas acerca de su justificación. La casi total identificación de la Parte General de la Ley de Contravenciones con la del Código Penal es una comprobación insoslayable de esta pretensión, de la que cabe dudar acerca de si ha sido inteligente y co-

rrecta. Paradojalmente, por lo demás, una de las escasas soluciones propias del derecho penal de contravenciones, como es la figura de la *unidad de autoría* (art. 14 L.P. de C) ha sido especialmente cuestionada, tanto en su justificación objetiva, como en su practicabilidad.

3. Si hoy día la existencia y el contenido de la tríada conceptual del delito no son, fundamentalmente, cuestionados, hay de nuevo, luego de una inseguridad transitoria, originada en influencias y pretensiones que provinieron, en especial, de la sociología y de la psicología de fines de los 60 y principios de los 70, un extenso consenso en que la *dogmática penal* cumple una esencial e insustituible función, consistente en asegurar la *libertad del individuo* frente al Estado que castiga. La cuestión acerca de si la dogmática penal tenga o no futuro recibe, en consecuencia, una unánime respuesta afirmativa, y ello porque tan solo el desarrollo de sistemas y categorías de derecho penal es capaz de hacer confiables y predictibles las sentencias judiciales, es decir de garantizar la juridicidad de esta actividad estatal tan decisiva.

Por lo demás, también la reciente sociología criminal reconoce que un sistema penal predictable tiene menos posibilidades de ser manipulado. Por el contrario, la *sociología* y la *psicología*, inclusive psicología en profundidad, pero también la teología moral y la ética profesional, como tal, acusan en parte categorías de pensamiento y esquemas más burdos y en parte sus conceptos y afirmaciones se dirigen a aspectos del comportamiento humano que no son prioritariamente relevantes para el derecho penal.

Esto, naturalmente, no quiere decir que las teorías, conocimientos y ciencias que no sean el derecho penal no tengan importancia para éste, y sean incapaces de indicarle derroteros. Por el contrario, la literatura del derecho penal de hoy en Alemania muestra una plétora de influencias estimulantes e interesantes, de una importancia no despreciable para el sistema de derecho penal; no solo de la sociología y de la psicología, sino también de la lógica, de las matemáticas y de la filosofía del lenguaje. Por ejemplo, la

teoría central del *bien jurídico* penalmente protegido ha recibido contenidos y perfiles más precisos gracias a la consideración de las teorías de sistema sociológicos; el reconocimiento de que los bienes jurídicos sean valores tan solo relativos, precisamente dependientes del sistema de gobierno imperante (“unidades funcionales”) y que los consecuentes efectos disfuncionales (“socialmente dañinos”) sean diferentes según el sistema global, no es hoy tan solo aceptado en forma unánime, sino que es también una afirmación de fundamental importancia para la evaluación de la punibilidad y la necesidad primitiva de conducta humanas, como asimismo de fundamental importancia para la política penal y para la reforma legal penal (vid. y compárese más en detalle párr. II). Del mismo modo, acaso, la psicología profunda haya contribuido a un notorio mejoramiento del mecanismo de la *prevención general* respecto de los distintos grupos de delitos, luego que, por más de 150 años —desde la teoría de la coerción psicológica de Feuerbach— rigieran ficciones y especulaciones acerca del “si” y del “cómo” de la intimidación. También la más nueva teoría psicológica del aprendizaje está en condiciones, respecto de grupos de delitos particulares, de configurar en forma más precisa, es decir, más racional, nuestras ideas acerca de la prevención. En todo caso, la influencia de conocimientos y ciencias extraños al derecho penal, apreciados en su conjunto, está en condiciones de estimular un proceso de *racionalización* creciente de un derecho penal que, en sus orígenes históricos, se mostrara como una disciplina altamente irracional. La función de la dogmática del derecho penal, como garantía de la reproductibilidad, es decir, de la confiabilidad del derecho penal, no puede ser asumida ni por la sociología ni por la psicología, para seguir con estos dos ejemplos, y las voces sonoras, también matizadas hoy de ideología, que postulan la *supresión* del derecho penal en absoluto, desean de partida, no eliminar el sistema de derecho penal, sino su fundamento: la legislación y las normas de derecho penal. Las perspectivas de realización de semejantes empeños son afortunadamente escasas, y decimos afortunadamente, porque el entramado de medidas preventivas que tales voceros ofrecen, o mantienen escondido en la

otra mano, es de un totalitarismo inhumano, frente al cual el actual derecho penal se nos aparece como un instrumento libertario, que merece la atención incluso del infractor del derecho (en el sentido que Hegel da a este término).

4. Si la influencia, en especial, de la sociología y la sicología, en el pensamiento penal es perceptible, aunque puntual, las *tendencias filosóficas* contemporáneas, entendidas en sentido estricto, no han podido ejercer una influencia sensible en la dogmática penal. Indudablemente, algunos profesores de Derecho Penal y sus trabajos de habilitación reflejan influencias de pensadores como Adorno, Carnap, Gadamer, Habermas, Lipps, Popper o Wittgenstein, para citar, por orden alfabético, tan solo algunos nombres de distinta orientación.

Pero estas obras han contribuido más bien a divulgar (también) el fundamento metódico del derecho penal, que a influenciar o alterar en su contenido la doctrina del armazón del derecho penal y de sus fundamentos. Esta constatación es por un lado sorprendente, si se la compara con la considerable influencia que la filosofía existencial ha ejercido en Sudamérica (*¡Carlos Cossio!*) o Portugal (*¡Figueiredo Dias!*), y que en Alemania se presenta en forma perceptible tan solo en los trabajos de *Maihofer*. Pero, por otro lado, esta constatación es relativamente fácil de explicar, por ser la actual teoría del derecho penal el resultado de un largo proceso de pensamiento y desarrollo, que abarca hacia atrás una buena parte del Siglo XIX, y que ha sido configurado por innumerables corrientes filosóficas y discusiones dogmáticas, proceso que no se basa en una única afirmación filosófica fundamental, excepción hecha de la libertad de la voluntad humana, la cual, no obstante, es fundamental, no tanto para el derecho penal alemán, como para el derecho penal en general. Por ello, debe ser difícil, para la filosofía de hoy y para la futura, lograr de buenas a primera modificar fundamentalmente la actual teoría de la construcción conceptual del delito. En general, se puede hacer la constatación, en comparación con la teo-



ría penal de la inmediata postguerra, de que la influencia del derecho natural y del seudo derecho natural se ha batido en retirada en forma decisiva, dando lugar a una dirección más marcadamente positivista del pensamiento jurídico penal.

A esta estimación debe corresponder también el que las generaciones media y joven de los profesores alemanes de derecho penal se limiten exclusivamente a un desarrollo ulterior de los conceptos fundamentales, de las categorías de la construcción conceptual del delito y a sentar ulteriores diferencias de sus particularidades. En esta tarea también se consideraron los desarrollos de otros campos del derecho, principalmente del derecho civil. Así, la doctrina de la causalidad entre acción y resultado, comienza a apartarse de lo impresionante pero realmente burda fórmula de la *conditio sine qua non* para llegar a formulaciones más cautas, pero con ello obviamente más difíciles y menos seguras, que no se acreditan con los ejemplos de manual de los casos de homicidio por envenenamiento, sino que tratan de probarse en campos de aplicación tan modernos como el *del derecho penal del entorno* con sus conocidos problemas de causalidad cumulativa, alternativa y general ("estadística"). También las doctrinas "clásicas" de la causalidad hipotética y renovadas se han desviado de una interpretación que trata de sustituir el cuadro mecanista de la causalidad de las ciencias naturales por una valoración de imputabilidad. Términos como los de "ámbito de protección de la norma", "correlación de antijuridicidad", "intensificación del riesgo" y "disminución del riesgo" indican los campos de problemas y las proposiciones de solución, fundamentalmente respecto de los delitos de negligencia. También la nuava fundamentación de la *doctrina de los garantes* en derecho penal, como en el caso de la doctrina del bien jurídico, marca por un lado la tendencia hacia un pensamiento funcional y por otros, como en las doctrinas de la causalidad o de la imputabilidad, deja entrever una coincidencia con la doctrina civil de los actos prohibidos (deber de asegurar en el tránsito) ;la tradicional agrupación de las fuentes respecto de la obligación de garantía, que la hace emanar, sea de la

ley, del contrato o de la injerencia, pasa a ser sustituido por el punto de vista (compartido también por la jurisprudencia), que atiende, para tal clasificación, al criterio de si al hecho afectan obligaciones de tutela o patrocinio, de seguridad o de dominación respecto de determinados bienes jurídicos o de determinadas fuentes de riesgos.

5. Por último, para un intento de una valoración integral de la dirección global de la ciencia jurídica penal alemana, de sus investigaciones y resultados, no puede dejarse de considerar que a pesar de la persistente influencia del neokantismo y de su tendencia a la generalización y a la abstracción, los años 60 y 70 mostraron también una clara (y saludable) tendencia al estudio de los tipos delictivos de la Parte Especial y de los problemas actuales de nuestra tecnificada realidad.

El crecido interés por la *Parte Especial* se expresa en numerosos trabajos relativos a tipos individuales y grupos de tipos penales, como por ejemplo, los del derecho penal político del derecho penal sexual, del derecho penal escritural, de los tipos del hurto y de la estafa; de los delitos contra el honor y contra de la pureza del desempeño funcionario. También el "Proyecto Alternativo", elaborado por un círculo de penalistas alemanes y suizos de orientación liberal, concentrado originalmente en problemas de la Parte General, se dirigió en parte precediendo, en parte acompañando, a la política de reforma oficial, hacia las cuestiones del derecho penal político, sexual, del derecho de los delitos contra las personas, contra el entorno y contra la economía. Al respecto nació también la convicción de que es un error el de orientar la Parte General en forma puramente técnica y proyectiva a modelos individuales, muchas veces no expresamente indicados de la Parte Especial, como especialmente homicidio y a otros delitos de violencia, aun cuando dicho proceder pueda ser históricamente justificado o pueda en otros ordenamientos jurídicos ser considerado como unánimemente acertado.

Estas notas de marcada *concreción* y al mismo tiempo de orientación *criminal-política* es, en esta versión en cierto modo nueva para la ciencia del derecho penal alemana; pero ellas coinciden plenamente con la retirada de una acentuación del pensamiento teórico-sistemático y afirman también, posiblemente, la esperanza de una futura y recíproca *integración de la dogmática jurídico-penal con la política criminal* por un lado y con la *criminología* por otra. Acaso este mayor acercamiento a la realidad de la investigación jurídica penal pueda llevar también a una apreciación responsable y consciente de la significación y alcance de la dogmática tradicional, precisamente de las construcciones y figuras de la dogmática penal, las que no pocas veces se desarrollan en la torre de marfil del pensamiento puro y que luego se usan cuando no se abusa de ellas, en la realidad social, para la "solución" de problemas actuales y no pocas veces desgarradoras situaciones. Las detenciones y las condenas de enemigos políticos invocando su presente calidad de "hechores mediatos" son casos conocidos en distintos sistemas políticos. También hay manipulación en el caso del Eichmann o del delincuente económico que opera como "hechor detrás del hechor") (el aspecto organizativo puede en este caso justificar la equiparación entre los delitos de los nazis y de ciertos delitos económicos, que no obstante, no se igualan por el ilícito de unos y otros). Las figuras dogmáticas complicadas, a las cuales corresponde también el concepto de *dolus eventualis*, recientemente tan usado, sirven, pues, adecuadamente a la correcta percepción y valoración del ilícito; ellas pueden no obstante, en regímenes políticos adictos a la manipulación, llevar también el encubrimiento de abusos de poder y de terror. En todo caso, parece justo afirmar que la reforzada preocupación teórica por la Parte Especial del Derecho Penal estimula a la vez el interés de la ciencia jurídica penal por las secciones pertinentes de realidad, y con ello destaca dos aspectos, que son la *consideración empírica de la realidad* y la *posición de reformismo crítico frente a la ley penal*.

## II. INVESTIGACION EN MATERIA DE SANCIONES Y REFORMA LEGAL PENAL.

Las decisiones y los modelos de la *política criminológica* son más perceptibles en sus efectos reales y más adecuadas para constataciones empíricas de eficacia.

1. En sentido estricto, este concepto se refiere a las *penas* y *medidas* que amenazan, sancionan y castigan la violación de normas penales. A tal respecto, después de una evolución en Alemania que dura decenios, y que está vinculada de nuevo, especialmente al nombre de *von Liszt*, el legislador se ha decidido por una drástica reducción de la imposición y de la aplicación de la *pena privativa de libertad de corta duración*, que es absolutamente notable, (Art. 46 párr. 1 CPN V: "El Tribunal solo impondrá una pena de menos de 6 meses, si existen circunstancias especiales, radicadas en la acción o en la personalidad del autor, que hagan indispensable tal aplicación, sea para influir en el autor, sea para defender el orden jurídico").

En 1978, por ejemplo, como en años anteriores, correspondió solo el 17% del total de condenas a penas privativas de libertad; y de ellas, el 65% fueron remitidos condicionalmente; de tal modo que no más de un 11% de todas las condenas (conforme al derecho penal general) llevaron a procedimientos de cumplimiento. Un proceso correspondiente con el descrito ha llevado al incremento de la pena de *multa*. Ella opera conforme a las disposiciones de la nueva Parte General (Art. 40 ff CP n. V.), y siguiendo las orientaciones del sistema escandinavo de sistema penitenciario de remisión por días que en la práctica judicial, por demás es aplicado en proporciones considerables, de tal modo que con ello se puede considerar cumplido uno de los aspectos esenciales de la reforma, cual es la de ajustar la multa a las condiciones económicas del condenado y de tal modo preservar una igualdad social en el derecho penal. La ejecución, en aproximadamente 5%, de penas privativas de libertad en sustitución de la de multa muestra, en todo caso, que el problema de la estratificación y de la igualdad

sociales no está solucionado totalmente; en todo caso, conforme al Art. 459 C.P.P. n. v. el tribunal puede ordenar que el cumplimiento de la pena privativa de libertad por vía de sustitución de la pecuniaria se omita "si esa ejecución significare para el condenado de una dureza no equitativa", eso es especialmente cuando el condenado no pudiere, por razones económicas, y sin endeudarse, pagar la multa. Pero, por el otro lado y como lo comprueba el contradictorio ejemplo en Francia, la efectiva y estricta observancia del pago de la multa, como asimismo la conminación y ejecución de la pena privativa de libertad por vía de sustitución, son como se ha demostrado hasta ahora, instrumentos irrenunciables para la sustitución de la pena breve de privación de libertad por la multa, lo presupone naturalmente un sistema económico eficiente, que procure al dinero valor real y con ello la calidad de "libertad solidificada (*Durig*), es decir, que limite también la posibilidad de comparación y de transferencia internacionales de este tipo de sanción. Las constataciones empíricas del Instituto Max-Planck de Friburgo relativas al control de la eficacia de esta política de reforma alemana, asentada en exigencias de la ciencia de derecho penal alemana muestran, por demás, que los porcentajes de reincidencia de antes y de después de la reforma son aproximadamente idénticos. O sea, en todo caso, la multa no opera menos eficazmente como prevención social que la pena corta de privación de libertad. Las mismas investigaciones, sin embargo, comprueban también que las ejecuciones de penas privativas de libertad por vía de sustitución difieren según la especie del delito, siendo muy baja en los delitos de circulación (2%), más alta en los hurtos (8%) registrando las lesiones corporales el porcentaje más alto (10%), constatación que nuevamente, por razones de una mejor igualdad social, merece aclaraciones y observaciones adicionales.

Por el contrario, la *eficacia especial preventiva de la pena de privación de libertad*, no aparece clarificada (no solo por una incierta comprobación de eficacia) y ha sido objeto de contadas investigaciones (con muy variados grupos de comparación). El reciente escepticismo frente

al cumplimiento por tratamiento en Suecia y los EE.UU. comienza a afectar también a la República Federal, la que, observando el modelo sueco, tuvo un exceso de fe en el progreso, y se ha visto incluso, confrontada con exigencias políticas, el más grande experimento de la reforma penal: el establecimiento de terapia social previsto para el pequeño grupo de criminales de difícil tratamiento, debido a los altos costos de su elevada planta de personal y otros rubros, ha debido ser suspendido incluso antes de la entrada en vigencia del correspondiente proyecto de ley.

En general, debe, desafortunadamente, afirmarse que nuestro conocimiento acerca de la eficacia general y social preventiva de las sanciones penales sigue siendo mínimo. Hay indicios de que las sanciones en una gran parte, serían canjeables, es decir, no indicarían señas de efectos específicos. Debido a la imposibilidad jurídica de proceder a la remisión experimental de sanciones, tampoco podremos tener para el futuro próximo una política de sanciones afirmada en datos exactos.

2. En un sentido amplio, la política criminal plantea de la manera más general el problema de cómo estructurar el sistema de derecho penal para cumplir con su objetivo, cual es el de lograr, de la mejor manera posible, asegurar los fundamentos de la vida social. Se trata, entonces, de la *reforma del derecho penal* (comprendiendo el derecho procesal penal y el derecho de ejecución penal), donde tocan sobre todo a la criminología y al derecho comparado tareas importantes en la obtención de datos empíricos y de modelos normativos de solución y de comparación.

En el ámbito del derecho material, único que puede ser discutido, la reforma y el debate que la originó trajeron consigo una *descriminalización*, sobre todo relativa a los derechos penales políticos y sexual, es decir, en aquellos campos, que, siguiendo la terminología norteamericana, constituyen los *victimless crimes*. Junto con la absoluta supresión de la punición, en los ámbitos del tránsito carretero y del derecho administrativo económico, emergió la institución de la *contravención de la ordenanza*, como un ade-

cuado instrumento de descriminalización, el cual, construyéndose en forma correspondiente el procedimiento, merece ser considerado a un nivel internacional, pero que, al ser imitado puede constituir un mecanismo que se preste para abusos. Así, el hecho de dotar a las autoridades administrativas de competencia vengatorias en el sentido de que constituyan un "cuasi" poder sancionatorio no debe llevar a posiciones de exceso de poder ni a la arbitrariedad de la administración, y ello habrá que considerarlo como un peligro mucho mayor para la libertad individual que las tradicionales infracciones criminales (es decir, judicialmente sancionables). En un sistema democrático de estado de derecho, que controle realmente la administración y su actuación, el tratamiento como contravenciones que se dé a delitos de menor significación, como también a delitos contra determinados bienes jurídicos no individuales, como por ejemplo, el sistema de divisas o el comercio internacional de capitales o de pagos, el monopolio estatal tributario y aduanero, la autoridad de planificación y la supervigilancia de la vida social, o el orden del tráfico en la vía pública, puede, por el contrario, ser una solución de política criminal adecuada, que podrá ayudar a moderar la discusión acerca de un problema a nivel mundial, cual es la *punibilidad de las personas jurídicas y de asociaciones de personas*. El derecho alemán de contravenciones, permite al respecto, para delitos (!) y /o contravenciones, la imposición de una multa contra las personas jurídicas o la asociación de personas (Art. 30, Ley de Contravenciones), pudiendo la contravención del órgano o del representante consistir también en la infracción de su deber de supervigilancia respecto del personal a su cargo (Art. 130, L. de C.). En esta ruta, que continuará abriendo la segunda Ley para el Castigo de la Criminalidad Económica, hoy en preparación, se ha solucionado *de facto* en Alemania el antiguo problema de la punibilidad de las asociaciones de personas, y ello además por el hecho de que el límite máximo de multa aplicable según la L. de C., de mil marcos alemanes (art. 17 L. de C.), fuera aumentada considerablemente en leyes especiales (en la 4ª reforma, de 1980, de la

Ley contra las Restricciones a la Competencia ¡hasta 1 millón de marcos!), y porque el marco legal previsto puede ser constantemente superado, a fin de permitir que se pueda compensar la ventaja económica que el hechor o la empresa hayan logrado a través de la contravención (art. 17, N<sup>o</sup> 4).

La justificación dogmática (y constitucional) para esta cuasi pena de personas jurídicas y de asociaciones de personas se pretende encontrar en el hecho de que la imposición de multa no significa una censura de carácter social-ético, sino que sólo “contendría una advertencia de un deber”, y consecuentemente también en el hecho de que la contravención no presupone una culpabilidad en el sentido penal, sino que tan sólo una “imputación” (comp. art. 1 párr. 1. L. de C.). Este sistema de contravenciones y de multas ha logrado imponerse a escala europea; estando allí, obviamente, limitado al derecho antitrust. *La Corte Europea de Justicia* ha sentado también, para este modelo de (cuasi) derecho penal internacional, una interesante jurisprudencia que asigna responsabilidad (por multa), a las empresas de conglomerados internacionales, elaborando la tesis de la “unidad económica”, que es conocida también en el campo del derecho tributario.

La criminalización de nuevas acciones afecta, nuevamente, excepción hecha del terrorismo y del tráfico de drogas, en forma especial al ámbito económico. La discusión de la 1<sup>a</sup> Ley para el Castigo de la Criminalidad Económica de 1976 demostró en este sentido, especialmente, que a algunos aparece como contradictorio que, en un período en que la política criminal tiende a eliminar delitos, por otro lado se establezcan nuevos tipos. En realidad tal contradicción no existe. Por el contrario, para cada generación es adecuado y lícito eliminar o restringir tipos delictuales que se sientan como superados o que vayan demasiado lejos, o que correspondan a nuevas exigencias de castigo que emerjan o que se reconozcan, creando los nuevos tipos penales. En especial, el abuso de posiciones dominantes en economía, a partir del V y del VI Congreso de la NU para Prevención Delictual y Tratamiento de Delincuentes, ha



generado tal expectativa mundial, que parece adecuada al tiempo de hoy la discusión acerca de la procedencia de sanciones correspondientes, *incluso* penales y ello fundamentalmente porque la restricción que por su esencia se impone derecho penal para actuar frente a actos especialmente graves abre la posibilidad de desarrollar reglas mínimas para el comercio internacional que sean capaces de generar consenso. La distancia que separa a la mayoría de los penalistas de la economía hace que, obviamente, no pueda esperarse para un futuro próximo que la ciencia de derecho penal alemana aborde intensivamente este tema. Por ello, aparece como más notable (antes en el ámbito internacional que en el alemán) la tendencia de innumerables criminólogos para abordar problemáticas económicas.

### III. OBJETOS DE INVESTIGACION Y METODOS DE LA CRIMINOLOGIA

Un estudio del estado y del desarrollo de la *criminología* alemana, entendida como la *ciencia experimental de la comisión, de las causas y de los controles del delito, como del tratamiento del infractor*, merecería ciertamente un estudio independiente no sólo por la pluralidad de orientación de la investigación, sino también en consideración a la multitud de proyectos y de resultados de investigación.

El intento de una muy apresurada visión general puede ser encabezada con la crítica observación, en el sentido de que la tendencia ensayística de la actual *sociología* ha invadido en un amplio margen también la criminología, de modo que la criminología conocida por la denominación de moderna o crítica, que en realidad es una criminología radical y con pretensiones que totalidad, enfrenta también en la República Federal de Alemania el peligro de abordar el delito tan solo como pretexto para hacer *crítica social* y para postular *reformas sociales*. La criminología alemana, entretanto, en esta relación más bien abusiva de la pena ha logrado un acoplo a tendencias internacionales de la criminología, es especial a aquéllas de la criminología nor-

teamericana (y de otras influidas por ésta). Por el contrario, las tendencias más marcadamente (o adicionalmente) *empíricas* de la criminología alemana, en método de investigación y en objeto de investigación, han alcanzado nivel internacional; y al respecto, la objeción que ha nacido de la criminología crítica consistente en una ausencia o en un déficit teórico no puede afectar en su valor al esfuerzo de la obtención y planteamiento de datos empíricos: en qué medida pueden abrir camino las investigaciones empíricamente fundadas, no limitadas a la estadística, lo prueba la investigación que presentara *Sutherland* en 1949, relativa al *whitcollar-crime*, en la que no fue tanto el marco teórico explicativos de la asociación diferencial como plena de sentido y necesaria. A esto hay que agregar la también tradicional *investigación de causas*, que hoy, en general, tiende a una formulación de explicación causal multifactorial, y que considera no la causalidad, sino la probabilidad de la génesis delictiva como su objetivo de investigaciones. En tal sentido se presentan sorprendentes paralelismos y correspondencias tanto respecto de la actual teoría penal de la causalidad como también respecto de la teoría de la unificación de los fines de la pena.

La actual criminología en la República Federal de Alemania se preocupa, además, de otros objetivos que también a nivel internacional se consideran actuales: las *instancias e instituciones del control social*, que, sobre la base de la teoría del *Labeling* se entienden como mecanismos de selección, el *campo obscuro de la criminalidad* concebido como expresión de la normalidad y ubicuidad, de la delincuencia que se pretende aclarar a través de encuestas a hechores, víctimas e informantes y que debe servir sobre todo para practicar una corrección de la *Estadística Criminal Oficial*; y por último, las *sanciones* penales y extrapenales.

Los objetivos de investigación recién enumerados son de especial interés también para la actividad de la legislación dado que una concepción de los tipos legales que prefiera aquellos que concentren en mi grado máximo lo ilícito, y que, además, se formulan de una manera practica-

ble, presupone un conocimiento exacto de las *formas en que la delincuencia se presenta*. Además, la eliminación de factores criminógenos y la construcción de mecanismos de control sólo son posible reconociendo las *causas* de la delincuencia y de las conductas desviadas. Junto a la mencionada criminalidad económica, están en este aspecto los ámbitos de la criminalidad de drogas, de la criminalidad de la violencia, como también especialmente la criminalidad juvenil y de extranjeros en el primer plano de la observación y del análisis.

También son interesantes los problemas de la *génesis de la norma*. Los problemas de las condiciones de gestación, de situaciones de conflicto y de poder, como también los problemas relativos a los destinatarios de las normas legales, especialmente de las penales, incluyendo las influencias de grupos de intereses en la dictación de las normas o en la obstaculización, el estudio del significado de la oportunidad política, y el estudio de las falsas justificaciones normativas, han pasado a un primer plano; y ello especialmente luego del fracaso del estudio de labeling, fundado exclusivamente en el comportamiento del aplicador del derecho, y provocando fundamentalmente entre los no juristas, gran entusiasmo. No hay hasta la fecha resultados de investigaciones empíricas disponibles; y ello a pesar de que el actual forcejeo acerca del castigo penal de los acuerdos en materia de propuestas públicas constituye un ejemplo de influencias que se ejercen sobre el legislador penal.

Las investigaciones relativas a la *personalidad del hechor*, tal como se presentaran, en un primer plano, en la criminología "clásica", interesan hoy respecto de grupos de delitos aislados, y relativamente escasos. No se encuentran, por ejemplo, casi en absoluto, en el campo de la delincuencia económica, donde son reemplazadas por especulaciones acerca de la cuestión si existe "el delincuente económico" (como tipo único), cuestión que parecerá merecer más bien una respuesta negativa. En un primer plano de la investigación acerca de la personalidad de los hechores y su desenvolvimiento encontramos la así llamada investigación de tratamiento de los hechores (y otro de tipo de conducta

desviada). Para tales fines convienen en especial las constataciones empíricas en el marco de la *ejecución de penas*, campo que en el interín ha pasado a ser, como institución, un tema propio de la investigación y de la crítica. De todos modos, sin embargo, la criminología hoy en día en Alemania se ha liberado de su apego al macrosistema, de modo que en la actualidad en la República Federal existe también un campo, dentro del multifacético espectro de la reciente investigación criminológica empírica para investigación de prognosis.

Las investigaciones empíricas que versan sobre el moderno campo oscuro y las instituciones son relativamente numerosas y plenas de resultados. Las encuestas demoscópicas, la observación participante en actividades relacionadas con el control social, como asimismo los métodos estadísticos han llevado a muchas investigaciones científicas puntuales. Naturalmente muchos de estos trabajos reflejan sólo el estrecho ángulo visual de tesis doctorales.

No solo la Academia Policial de Hiltrup, sino también la Agencia Federal de Policía (Wiesbaden) han llevado adelante investigaciones *criminológicas y criminalísticas más vinculadas a la práctica*. Por ejemplo, se examina la criminalidad juvenil bajo el prisma de una acentuada actividad preventiva por parte de la policía, o bien, el complejo, "Organización y Planificación" se olvida, desde el fundamento de la teoría de sistemas, para determinar, a través de estudios, la efectividad, la eficacia y la productividad del trabajo policial. Junto a otras investigaciones, que versan acerca de objetivos no inmediatamente relevantes para la acción policial, como la geografía de la criminalidad, hay programas tan específicamente policiales como los relativos a la técnica como medio de lucha contra la delincuencia. Las series bibliográficas publicadas por la Agencia Federal de Policía facilitan una versión global acerca del contenido y de los resultados de esta investigación. Un panorama de las investigaciones que han llevado adelante los *científicos académicos* lo proporcionan especialmente los informes anuales de la Sociedad Alemana de Investigación (Deutsche "Forschungsgemeinschaft"), con su programa centrado en

“Criminología Empírica y Sociología Criminal” (habiendo también otros temas prioritarios), pero también los informes de la Fundación Volkswagen, dentro del marco de su programa “Hechos relativos al Derecho”, y otros juntas, como los informes sumarios del Ministerio de Justicia Federal, relativos a proyectos de investigación en materia de criminología.

La criminología alemana ha salido indudablemente enriquecida con el hecho de que los métodos y los objetos de investigación sean en tal grado multifacéticos e interdisciplinarios. En comparación con los años 50 y 60, el espectro de las investigaciones de la criminología alemana se ha ensanchado considerablemente; se desarrollaron nuevos instrumentos de investigación, y en general, se logró un acoplamiento al estado y a la tendencia de las investigaciones internacionales. No obstante, la participación personal de sociólogos, sicólogos, médicos, pedagogos, trabajadores sociales y juristas no siempre ha llegado a constituirse en grupos de investigación, y ello ha significado para la moderna investigación criminológica alemana no sólo un vacío para la comparación y el cotejo de los resultados de esa investigación, sino que ha llevado también, junto a la necesaria problematización del campo de trabajo, a arduas *polémicas*, típicas de una ciencia joven, entre los representantes de las distintas tendencias, como también entre investigadores individuales.

Dada la naturaleza y la situación de esta disputa, es urgentemente deseable que la criminología alemana, en el futuro, logre una mayor unidad y llegue a un cierto *nivel mínimo de saber asegurado* acerca de la delincuencia, y del delincuente. Si se piensa que aún no ha llegado a la República Federal la ola norteamericana de la criminología, con su lenguaje casi intraductible, es fácil prever que se presentarán nuevas disputas metodológicas y de objeto de investigación en el horizonte de la criminología, sobre todo si la cesantía académica en Alemania tendiera a aumentar.

#### IV. SINTESIS

Nuestra exposición, necesariamente esquemática e incompleta, se puede resumir expresando que el nivel tradicionalmente alto de la dogmática penal se ha seguido fortaleciendo, aún cuando ha habido un desplazamiento en sus perspectivas y expectativas. El lenguaje de los dos decenios inmediatamente posteriores a la guerra, a menudo casi ininteligible para el extranjero, con su característica polémica entre finalismo y causalismo (con el reconocimiento a la misma época, del derecho natural), ha cedido terreno a un pensamiento más fuertemente positivista, realista y armónico, que también ha permanecido relativamente intacto respecto de los vaivenes de las nuevas corrientes filosóficas, y que ha demostrado una tendencia a ser influido más bien por las ciencias sociales (como también en parte de la psicología).

El intento de una unión de ciencia jurídica penal y ciencias sociales en el último Congreso de Derecho Penal (Bonn, 1979), como también el propósito allí asumido en el sentido de reflexionar también acerca del rol de la ciencia del derecho penal en la legislación penal son señales de luz en un camino que une lo clásico con lo moderno. Lo moderno toma cuerpo en el fortalecimiento, insoslayable que la técnica, las comunicaciones y la economía han originado en las materias del derecho penal médico, del tránsito, del entorno y de la economía, y en los correspondientes campos especiales en las clásicas categorías de la acción, de la causalidad y de la negligencia, a las cuales se plantean nuevos problemas.

La orientación de la ciencia alemana del derecho penal a las realidades de la ley penal y de la política criminal ha contribuido asimismo a un refloreamiento de la *ciencia de la ejecución penal*, sobre todo en relación con la preparación y aprobación de la Ley sobre Ejecución-Penal, luego de que la antigua tradición de la "ciencia penitenciaria" en la postguerra fuera cultivada prioritariamente sólo por escasos profesores de derecho penal, generalmente personalmente comprometidos y que se encontraban en

una situación de estrecha conexión con la práctica. El hecho que, por el contrario, la ciencia del derecho procesal penal, en parte con su notable ampliación, iniciada por *Karl Peters*, y paralela a la del derecho público (administrativos), haya sido largamente postergada por la generación media y joven, y que haya sido redescubierta tan solo recientemente, y precisamente en conexión con problemas de reforma y sucesos políticos, pertenece también a lo destacable en el escenario de la ciencia política, como también la más bien penosa realidad de la riña familiar que se protagoniza en el ámbito de la criminología. El también venturoso como inobjetable acoplo de la criminología alemana al estado internacional de la discusión y de la investigación criminológicas permanecerá a la larga sin valor, si no es posible, dentro de la criminología alemana, llegar a un mínimo de conocimiento compartido y con ello a un mínimo de respeto y reconocimientos personales.