

Entrevistas

ENTREVISTA EN LETRA DERECHO PENAL
AL PROF. DR. RICARDO ROBLES PLANAS (UNIVERSITAT POMPEU
FABRA)

¿Cómo describiría su relación con Argentina? En particular, ¿cuáles fueron sus primeras experiencias aquí y cómo es actualmente su vinculación con el país?

Yo diría que mi relación con Argentina viene de lejos y es una relación especialmente intensa y cariñosa, por varias razones que resumo enseguida. En primer lugar, porque mi maestro, el profesor Silva Sánchez, desde hace ya muchos años, tiene una intensa relación científica con muchos países de Latinoamérica y, en particular, con Argentina. Por ello, ha generado una serie de discípulos argentinos que han ido a estudiar a la Universitat Pompeu Fabra y, luego, han regresado y aquí han desarrollado su actividad académica. Esto ha provocado que yo, desde el principio (desde mis inicios prácticamente), tuviera contacto con doctorandos argentinos que iban a la Universitat Pompeu Fabra a trabajar su tesis doctoral y, obviamente, eso generaba una comunicación con ellos, un espacio de debate, de discusión y también de amistad. En definitiva, se iban forjando relaciones personales entre todos los profesores que estábamos ahí. El resultado de eso es que muchos de aquellos doctorandos que vinieron a partir del año 2000, más o menos, hoy ya son doctores y tienen incluso su propia escuela o sus propios grupos de investigación, su reputación, sus trabajos en diversas instituciones importantes —en la fiscalía, en la magistratura, etc.—. Estoy pensando, por ejemplo, en Omar Palermo, que está en Mendoza, en Carlos González Guerra, que está en la Universidad Austral y en Eduardo Riggi, que trabaja en la fiscalía de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires. ¡Pero hay tantos otros!

En segundo lugar, la primera vez que estuve en la Argentina fue en el año 2003, invitado de la mano de Enrique García Vitor, ya fallecido, a hacer una ruta por los másteres del interior —así les llamaban—. Recuerdo además que aquel año viajé con mi mujer, que también es profesora de derecho penal (Carolina Bolea) e hicimos todo el recorrido: Buenos Aires, Córdoba, Mendoza, Santa Fe, Paraná, Jujuy y otra vez Buenos Aires. Dimos clases en todos los másteres o cursos de

capacitación que coordinaba García Vitor. Fue muy interesante y ahí pude ver el gran interés por el derecho penal incluso de personas que no estaban vinculadas a la academia. Y pude comprobar la buena acogida que tenían los planteamientos que llegaban de España y que eran muy normativistas. Les hablaba de los planteos de Jakobs, que eran superadores de las lógicas causalistas y finalistas, que en aquel momento todavía aquí tenían mucho peso. Recuerdo que les hablaba mucho de conductas neutrales. Ahora todos estamos familiarizados con la discusión, pero en aquel momento era diferente. Imagínesse lo que podía pensar un fiscal del joven profesor español que venía aquí y decía que aunque alguien sepa que está participando de un delito, de todos modos realiza una conducta impune porque es neutral. Todos me decían todos: “¡Pero si tiene dolo!”. En fin, no era tan sencillo aplicar el filtro de la imputación objetiva, como lo es ahora.

Poco a poco se fueron forjando unos lazos profundos, personales y científicos que iban a ser duraderos en el tiempo y eso se ha confirmado: con colegas como Marcelo Sancinetti, Daniel Pastor, Fernando Córdoba, Gabriel Pérez Barberá, Carlos Lascano, Guillermo Yacobucci, Alejandro Freeland, Mario Villar, Ricardo Álvarez, Jorge García, Juan Pablo Montiel... ¡No quisiera olvidarme de ninguno! A mí me enriquece muchísimo, cada vez que viene alguno de ustedes a Barcelona y pasa por la Universitat Pompeu Fabra a dar un seminario, a discutir su último artículo o sus últimas tesis y eso es algo que afortunadamente hacemos con relativa frecuencia. Quienes van a estudiar a Europa suelen tener una parada en la Universitat Pompeu Fabra. El propio Marcelo Lerman nos impartió un seminario hace un par de años sobre su tesis doctoral y recuerdo que fue muy interesante y muy discutido. Ese flujo, esa ida y vuelta, me parecen magníficos.

¿Cómo fue su iniciación en el derecho penal? ¿Cuál fue su primer contacto con la materia y como terminó eligiéndola como objeto de estudio?

No sé si esto lo he dicho en público alguna vez. En *petit* comité sí, pero en público, creo que no. Mi primer contacto con el derecho penal fue en el segundo año de la carrera. Fue el primer día de clase de “Derecho penal: parte general”, en la Universitat Pompeu Fabra, donde yo estudié. Yo había comenzado allí Derecho, sin un gran convencimiento, porque mi vocación como joven estudiante tendía más a la parte más humanista que al Derecho —a la filosofía, a la historia, incluso a la literatura—. No había tenido ningún contacto con el Derecho como estudiante en el instituto y, sin embargo, por consejo de algún buen profesor y algún empujón de mi padre, decidí estudiar Derecho en esa nueva universidad porque tenía mucho prestigio y solamente entraban

alumnos con una nota muy alta. En fin, me incliné por esa opción. Y cursé el primer año de Derecho y lo cierto es que no acabé de encontrarme a gusto. Pero, como les digo, llegó el segundo año y la asignatura de derecho penal, respecto de la cual tampoco tenía ningún tipo de noción previa. Y, entonces, entró por la puerta el profesor.

El profesor, un señor bajito, joven, peinado hacia atrás con gomina en el pelo, subió al estrado y empezó a hablar. Se presentó: “Soy Jesús Silva, catedrático de derecho penal de esta universidad —entonces, era recién catedrático, estamos hablando de 1992— y les voy a enseñar ‘Derecho penal: parte general’ y, en particular, la teoría del delito”. Y, bueno, empezó a hablar de la teoría del delito. A los pocos minutos, a los cinco o diez, yo ya supe que esa era mi vocación y me lo expresé a mí mismo de un modo personalista. Quizás un tanto fuerte, pero fue lo que pensé: “Yo quiero ser como él, ¿qué tengo que hacer para ser como este profesor?”. Evidentemente quedé entusiasmado con sus clases, que cada día me gustaban más y más, hasta el punto de que me compraba todos los libros de derecho penal que mis pocos caudales me permitían, los leía por mi cuenta y, hacia el final del curso, me atreví a pedirle una cita, una entrevista. Allí pude expresarle mi deseo de dedicarme al derecho penal en la universidad, desde un punto de vista académico, científico. Él me dijo que le parecía muy bien, pero lo que primero tenía que hacer era terminar de estudiar. Claro, yo estaba recién en segundo año y eran cuatro. Me aconsejó que estudiara derecho penal económico —que era una asignatura optativa— y que tratara de hacerlo lo mejor posible para demostrar que realmente estaba interesado y que podía empezar el camino de una tesis doctoral. Y que, por supuesto, cuando acabara derecho penal económico, volviera a reunirme con él y veríamos cómo encararíamos el futuro. Bueno, eso hice.

Esas pulsiones vocacionales profundas se mantuvieron. Me presenté al examen oral de derecho penal económico —en España no es habitual esto— y traté de hacerlo lo mejor posible. Me fue muy bien y, al ver que yo perseveraba, el profesor Silva me acogió, no sin antes advertirme que lo primero que tenía que hacer era aprender alemán. “Ningún problema, aprendo alemán”, pensé. Me anoté a los cursos de alemán y, bueno, eso de “ningún problema”, no es tan así, porque el alemán es un idioma endiablado que cuesta mucho y yo no tengo facilidad para los idiomas. Y sufrí mucho, pero pienso que eso fue también una especie rito iniciático, para probar que mi vocación era inquebrantable.

A los pocos meses ya estaba contratado por el Dr. Silva como profesor ayudante de su cátedra, impartiendo docencia a los chicos que venían detrás de mí, que eran casi como yo. En fin, nos pusimos manos a la obra, a escoger un tema de tesis. Y sobre todo, a recibir sus enseñanzas: a

participar en los seminarios, a escuchar muy atentamente su manera de comprender el derecho penal, de pensar el derecho penal, de reflexionar siempre con un punto de vista crítico, pero también constructivo. Con él descubrí la dogmática penal y empecé a amarla por transmisión directa de ese amor. Y, pronto, me vi ya en el camino, siguiendo su ejemplo, sus pasos.

Todo esto se enmarca también en una escuela más amplia: la del Prof. Santiago Mir Puig, catedrático de derecho penal de la Universidad de Barcelona y maestro del Prof. Silva. Con Santiago Mir Puig hice los cursos del doctorado, porque en aquel entonces en la Universitat Pompeu Fabra no existía la infraestructura del doctorado y teníamos que ir a hacerlo a la Universidad de Barcelona. Cursé con él y también aprendí muchísimo. Recibí una influencia decisiva, pues, de mi abuelo académico, el maestro de mi maestro, a través del estudio profundo de su manual y de su forma de entender la dogmática, que era muy similar a la del Prof. Silva. Ahí fui consciente, además, de que me hallaba en una escuela y, por tanto, en un recorrido, en una sucesión histórica de pensadores, de penalistas muy importantes que tenían un hilo conductor, un hilo común, en el cual yo me sentía claramente muy cómodo y muy identificado. Estos fueron los inicios.

A partir de ahí, comenzaron mis viajes a Alemania, particularmente a Freiburg. Allí, de nuevo, encontré confirmación de mis impresiones, de mis intuiciones: conocí al gran maestro Frisch, quien tenía una manera de entender el Derecho penal y la dogmática que me resultaba muy familiar, próxima a los postulados de la teoría de las normas de Jesús Silva y del propio Santiago Mir. Esa dogmática distintiva, preocupada por los fundamentos, por la legitimación de cada paso. Una forma de pensar que se aleja de los grandes discursos monistas o basados en un único pilar o idea y que apunta a algo mucho más quirúrgico, distintivo y reflexivo, donde cada paso hay que fundamentarlo muy bien y hay que estar muy seguro. Es una dogmática, además, de una *cierta* orientación filosófica, pero no de una orientación filosófica *absoluta*: hay que tener una mirada atenta a la filosofía, pero no derivar la dogmática directamente de Hegel o de Kant, sino que hay que pasarlo por el tamiz de la reflexión específicamente jurídico-penal, como instancia de pensamiento propio, autónomo e independiente, que procesa los *inputs* que recibe de fuera y los transforma en su propio lenguaje. Eso también lo vi confirmado con Frisch y después lo percibí con la mayor claridad en uno de los grandes penalistas que más me han influido: Karl Binding. En Freiburg estuve dos años trabajando en mi tesis doctoral y entablé una relación personal muy fuerte con Frisch. Luego regresé a Barcelona, defendí mi tesis con éxito en el 2001 y comencé a trabajar codo con codo con el Prof. Silva. Y allí estamos, trabajando con esfuerzo y pasión en nuestra ciencia y tratando de mejorarla cada día. Afortunadamente hoy contamos en el área de

derecho penal de la Universitat Pompeu Fabra con jóvenes penalistas con gran talento y vocación que van confirmando la continuidad de esta forma de entender la dedicación al Derecho penal, en definitiva, la continuidad de la tradición.

¿Cuál es su opinión respecto de la enseñanza del derecho penal en España y en Alemania actualmente?

No es una pregunta fácil de responder, porque existen importantes similitudes pero también diferencias. Por regla general, el derecho penal en España se enseña de una forma esencialmente clásica, es decir, se imparten lecciones que podríamos llamar magistrales, sobre la base de algún manual que en todo caso explique o desarrolle la teoría del delito y, a partir de ahí, se hacen clases prácticas, en seminarios, donde fundamentalmente se ven casos. Los chicos aprenden a resolverlos, de cara a aprobar el examen final, que prácticamente en todas las universidades consiste en una parte teórica —que puede ser más de desarrollo o más tipo test— y una parte práctica —que es la resolución de un caso—.

A partir de ahí, existen diferencias en cada universidad, en función de cada profesor. Yo, por ejemplo, sigo un método que ahora se ha puesto de moda en las universidades americanas, pero que ya hace muchos años que llevo desarrollando, que se llama la “clase inversa”, que consiste en que los alumnos me dan la clase a mí —no yo a ellos—. Ellos vienen con la lección preparada el día que toca... Y empiezan a hablar. Les pregunto “Usted, cuénteme”, “Usted, continúe”. Y van contando la lección según lo que ellos han estudiado. ¿Yo qué hago? En ese momento soy un simple corrector, revisor, de los errores que van cometiendo, o aclaro aquello que no se ha entendido. Con esto, más o menos, consumo media clase. La otra media clase es la mejor, porque es cuando ya me siento liberado: los chicos ya conocen el tema, se aclararon las dudas y ahora puedo arremangarme y profundizar. Ahí puedo explayarme en todo lo que voy pensando, que obviamente implica añadir complejidad a lo que los alumnos han estudiado en el manual. Eso genera un aprendizaje muy interesante, porque los alumnos vienen a clase relativamente motivados, entre otras cosas por razones de prevención general negativa —porque me lo tienen que explicar a mí o si no les pongo una mala nota en mi lista—, pero a su vez cuando vemos que todo funciona, nos relajamos todos. Es decir, les digo “ahora tranquilícense que empieza el show” y les hablo de nuevas teorías, de críticas a lo que puede decir el manual correspondiente o presento casos rarísimos o complicados donde tienen que estrujarse el cerebro para resolverlos.

Los resultados de las evaluaciones docentes, que esto es algo muy importante al menos en España, son buenisimos y no me puedo quejar. Parece que el sistema gusta. Evidentemente en España todo se orienta al examen final. En Alemania las cosas son un poco distintas. No porque la clase magistral no se dé, ya que también se da de la forma que cada profesor crea conveniente. No porque no hayan clases prácticas, ya que también las hay también en Alemania y muy buenas, muy ricas. Pero sí es cierto que en Alemania todo se planifica a partir del famoso examen de Estado final. De tal manera que la enseñanza del Derecho penal se ve un poco “perturbada”, o un poco condicionada, por la necesidad de preparar al alumno para aprobar o sacar buena nota en el famoso examen de Estado. De esa manera, las clases magistrales, y sobre todo las clases prácticas, son clases que consisten en adquirir la técnica de resolución del examen de Estado. Esto no es ni bueno ni malo. Yo pienso que tiene también sus virtudes, porque los estudiantes alemanes aprenden muy bien la técnica de resolución de casos prácticos. Quizá si tuviera que mencionar algún defecto diría que están excesivamente obsesionados por aplicar la “plantilla” a la resolución del caso que les toque y no tanto en tener una reflexión crítica sobre esa plantilla, es decir, efectuar consideraciones un poco más profundas en torno a las corrientes científicas o doctrinales que sostienen un punto de vista u otro. Por tanto, tienen la posibilidad de ser un poco más acríticos y orientarse a acoger el instrumental que un jurista debe tener. Pero eso es una crítica menor, porque después del examen de Estado, quienes realmente tienen vocación académica continúan con sus tesis doctorales y su formación es extremadamente profunda, como lo demuestran los maravillosos resultados que sigue dando la ciencia jurídico-penal alemana, que es terriblemente creativa y prolífica. Por lo tanto, no estoy criticando ni mucho menos el sistema de enseñanza alemán. Al revés, a veces pienso que quizá nosotros, y quizá en todo el mundo latino, tendríamos que poder dar instrumentos más sólidos, más estrictos, más rígidos, a los estudiantes, para que interiorizaran la técnica de resolución de casos prácticos. Esto debería ser el primer paso, y después, más adelante, complementar el estudio con lecturas y clases de otro tipo, para lograr que se pregunte por los fundamentos de la técnica de resolución de casos prácticos, es decir, de la teoría del delito. Esa es, en pocas palabras, mi visión.

¿Qué libros consideraría que un joven penalista no debe dejar de leer?

Es una de las preguntas más difíciles, dado que es muy comprometida. Yo creo que un joven penalista tiene que leer las obras fundamentales de la disciplina. ¿Cuáles son las obras fundamentales de la disciplina? Ahí podemos tener alguna discrepancia entre los propios penalistas, pero creo que las obras fundamentales, hoy en día, pasan por, en general, los grandes tratados, los grandes manuales —españoles, latinoamericanos y alemanes—. De los alemanes,

pues, no me cabe duda de que tengo que mencionar el manual de Roxin, el manual de Jakobs y, probablemente, todavía, el manual de Jescheck. Yo creo que eso da una visión de conjunto, una primera entrada al mundo del Derecho penal, para ir descubriendo sus recovecos y sus diversas áreas y problemas. A partir de ahí, yo tengo una gran debilidad por los clásicos. Es decir, creo que una vez que el joven doctorando se maneja con los tratados, con los grandes sistemas de la actualidad, hay que ir trabajando también los clásicos simultáneamente. Y, por tanto, hay que leer a Welzel a Mezger, hay que leer todo aquello que esté traducido si no se sabe alemán. Por ejemplo, a Feuerbach, Merkel, von Liszt o M. E. Mayer los tenemos traducidos. Por tanto, esa sería una segunda vuelta que habría que dar. Es decir, le diría a un joven penalista que empiece por los panoramas actuales y luego vaya a los modelos, a los paradigmas anteriores, pero también de forma muy genérica. Siempre tratando de mantener una visión de conjunto, una coherencia, quedarse con la idea de *sistema*. Esto es en el fondo lo que creo que tiene que hacer un joven penalista: descubrir que hay un *sistema*, o varios sistemas posibles, pero que en todo caso se mueven dentro de la lógica de que el derecho penal es un engranaje.

Claro que el sistema no solamente se nutre de los grandes tratados, sino también de obras que han sido fundamentales para la historia de la dogmática y de obras más actuales. Por mencionar algunos ejemplos: “Autoría y dominio del hecho” de Roxin y “Lo vivo y lo muerto de la teoría de las normas de Binding” de Armin Kaufmann son libros que trabajamos en un seminario de lectura en la Universitat Pompeu Fabra. Evidentemente también es necesario leer libros como “Comportamiento típico e imputación de resultado” de Frisch, así como los diversos trabajos de Jakobs distintos de su tratado.

Bueno, estas son las primeras lecturas que considero importantes. Después depende del doctorando. Ya que estamos en Argentina diré que es evidente que si manifiesta un interés fuerte por cuestiones de injusto y por la pregunta sobre lo objetivo y lo subjetivo en el injusto, habría que recomendarle el libro de Marcelo Sancinetti. Quien está más próximo a los problemas vinculados con la teoría del error, como del error de prohibición, debería leer trabajos como el de Fernando Córdoba. En materia de dolo está el libro de Gabriel Pérez Barberá, que hay que leer porque prácticamente el dolo está en casi todos los problemas o partes de la teoría del delito. Me da miedo mencionar más obras porque obviamente me voy a olvidar alguna y no querría que nadie se sintiera ofendido. Pero claro, hay muchísimos trabajos de calidad. En España, por ejemplo, el libro de Fernando Molina sobre antijuridicidad y sistema del delito es un libro magnífico y muy formativo sobre la evolución de la teoría de la antijuridicidad penal. La tesis de Francisco Baldó

Lavilla sobre estado de necesidad y legítima defensa es otro de los grandiosos libros que ha dado la ciencia penal española y que un doctorando debe descubrir. En fin, hay tantos libros, tantos...

Claro que una vez que se tiene acceso al idioma alemán se abre otro mundo. El tratado de Köhler es una maravilla. Hay que trabajarlo: es sugerente, distinto a todo lo demás. Yo lo tengo siempre encima de la mesa. El manual de Freund me resulta muy próximo también por la escuela de la que proviene [nota del editor: Freund es discípulo de Wolfgang Frisch], es otro de los libros a los que yo siempre aludo para que se penetre en esa forma un poco distinta de ver la teoría del delito sobre la base de la teoría de las normas. Ese es otro de los libros fundamentales. Bueno, los trabajos de Renzikowski son recomendables: es otro penalista actual que creo que hay que leerlo con mucha pasión, porque trata temas de fundamentos muy importantes. Pawlik ahora mismo también es uno de los referentes en la ciencia penal internacional y, por tanto, su libro, que es un poquito más reciente, del año 2012, “El injusto del ciudadano”, y que no está traducido —aunque tenemos algunas cosas ya traducidas por nosotros en la Universitat Pompeu Fabra—, es uno que todo doctorando con dominio del alemán tiene necesariamente que leer, aunque discrepe de sus tesis. Casi me olvido de que está traducido al español el libro de Schünemann “El sistema moderno del Derecho penal. Cinco cuestiones fundamentales”, que es un libro también de iniciación fundamental para entender el pensamiento teleológico de la escuela de Roxin. Evidentemente también recomiendo leer a Hruschka (hay mucho de él traducido), porque ofrece una visión alternativa y sistemática que resulta muy llamativa y muy enriquecedora, sobre todo en los primeros pasos. Uno descubre con Hruschka un sistema lógico. En fin, si sigo la lista no terminaría nunca [risas].

¿Cómo ve el estado actual de la dogmática jurídico-penal tanto en España como en Alemania?

El estado actual de la dogmática jurídico-penal, si tuviera que resumirlo, diría que es un “estado de alerta”. ¿Por qué? Porque en los últimos tiempos estamos asistiendo a una tendencia que parece cuestionar el papel de la dogmática penal en el sistema global de justicia penal. Esta situación actual, o fuertemente actual, que trata de imponerse, parece que viene provocada, por un lado, por una especie de confianza ciega en la ley y en los procedimientos democráticos que impulsan a la ley en un Estado de derecho. Por otro lado, por una cierta desconfianza respecto del papel de los científicos, es decir, de los profesores del derecho penal, así como de la ciencia jurídico penal, en cuanto a sus postulados o sus posicionamientos teóricos. Y, sobre todo, en cuanto a sus posicionamientos teóricos críticos respecto de la expresión democrática o popular en

materia penal, esto es, a través de leyes aprobadas por el parlamento. Esta situación que, como digo, va siendo algo ya perceptible —en todo caso, lo es en Alemania y lo está empezando a ser en España—, nos está generando un estado de una cierta alerta por cuanto se habla de “aristocracia científica”, de “autoritarismo académico” o de un “déficit democrático” de la academia a la hora de definir los conceptos del derecho penal y trabajarlos. Parecería que para este punto de vista nosotros nos tendríamos que limitar a interpretar la letra de la ley y que el legislador tiene la última palabra respecto de todos los problemas jurídico-penales que existen, incluso aquellos que atienden a la parte general (incluso las clásicas discusiones —algunas de ellas eternas—) y no solamente a la parte especial, donde parece que el protagonismo de la ley es por definición superior. Una palabra del legislador hace inútil centenares de bibliotecas y, por lo tanto, el papel del científico, para este planteamiento, no es diferente al que puede tener cualquier ciudadano con derecho a opinar sobre los asuntos públicos, entre los que se encuentran los jurídico-penales. No tendríamos una voz cualificada en tanto expertos en materia de política criminal, o siquiera en lo que se refiere a la interpretación de la ley penal: esto sería algo que correría a cargo del juez, quien usando los métodos hermenéuticos clásicos de la interpretación (la interpretación sistemática, la teleológica, la histórica y la gramatical) tendría herramientas suficientes para aplicar el derecho vigente al caso y, en fin, no tendría por qué acudir a discusiones científicas u opiniones dogmáticas que serían en cierto modo superfluas. Allí donde hubiera controversias, o problemas, o lagunas interpretativas, tendría que ser el legislador quien viniera a ofrecer una corrección ulterior. La definición del dolo, los problemas del error, la comisión por omisión, las posiciones de garante, las cuestiones de autoría y participación, todo eso sería algo que debería definir el legislador, con el único límite del sometimiento a las reglas o principios constitucionales y, a partir de ahí, habría campo libre en virtud de la legitimación democrática.

Esta corriente de pensamiento va cobrando fuerza últimamente en diversos grupos de profesores alemanes. Actualmente hay un foco muy fuerte en las nuevas generaciones de la escuela de Frankfurt. Anteriormente, el fallecido Joachim Vogel abogaba por este repliegue de la dogmática, para dejar paso al legislador democrático. Esto se ha ido extendiendo y ya algún profesor también lo sostiene en España y esto nos hace estar, evidentemente, en un estado de alerta porque resulta claramente preocupante. Resulta preocupante por varias razones y no puedo detenerme aquí en todas ellas pero, obviamente, una es el auto-desprecio (o, como creo que alguna vez señaló el Prof. Silva, “auto-odio”) de los propios científicos españoles o alemanes sobre la propia producción, es decir, sobre su propio papel en materia de derecho penal. Es algo

bastante raro, curioso, que cuesta comprender. ¿Por qué esa auto-negación de nuestro rol en el sistema? No es fácil esa explicación, pero es, en todo caso, una constatación.

Esto es peligroso porque, efectivamente, dejar todo en manos del legislador penal y su amplísimo margen de libertad, con los únicos límites —escasos límites— que ofrece la Constitución, sobre todo teniendo en cuenta el laxo papel que los tribunales constitucionales tienen a la hora de limitar la actividad del legislador penal, da como resultado una legislación penal que no está basada en argumentos o en una lógica científica, sino en argumentos puramente políticos. Argumentos puramente políticos significa, y esto lo sabemos muy bien los que venimos de la cultura latina, una gran dosis de arbitrariedad. ¿Por qué? Porque cuando el legislador democrático legisla leyes penales lo hace marcado por la necesidad de contentar a la población, normalmente a las demandas de punición. Es el llamado populismo legislativo. Se suele afirmar que se legisla “a golpe de telediarios”, es decir, sin ninguna pretensión de coherencia y, sobre todo, de racionalidad. No está presente la preocupación por tener un derecho penal racional, coherente, sistemático, contenido, limitado, etc.

Esa viene siendo la lógica legislativa en materia penal. A esto hay que añadir que los *lobbies* están cada vez más presentes en el ámbito europeo —en la tradición americana es mucho más explícito— y eso se ve en la propia Unión Europea, donde desde allá, desde las instancias supranacionales, se generan grupos de presión, con diversos intereses sectoriales, no necesariamente siempre de carácter económico —aunque fundamentalmente—. Eso condiciona la actividad de las instancias supranacionales, que, a su vez, condicionan muchísimo las legislaciones nacionales, en forma de directivas, de mandatos de incriminación, que muchas veces son transpuestos directamente, porque el legislador español, o el alemán, no quiere o no tiene por qué cuestionarse lo que les viene impuesto desde las instancias supranacionales. Instancias que tienen un interés, por ejemplo, en un momento dado, en atacar de forma drástica y urgente la corrupción o el blanqueo de capitales y lanzan obligaciones de incriminación muy abiertas, potentes, con elementos incriminadores que están claramente alejados de los principios que deberían inspirar la legislación penal: cláusulas generales, elementos normativos indefinidos y que, en todo caso, luego tienen que ser interpretados y que el juez no sabe cómo hacer. Este tipo de confianza en el legislador democrático es una confianza falsa, dado que los mecanismos legislativos están, en muchas oportunidades, muy perturbados.

Entonces, si no tenemos una ciencia penal que esté allí no solamente como vigilante, sino como interviniente activo en el debate jurídico-penal y, por supuesto, con una teoría del delito

sólida, que le ofrezca a los jueces, más allá de los clásicos cánones de la interpretación, un esquema general de qué significa un delito y cuándo hay delito, el resultado es un empobrecimiento general del sistema de justicia penal. Si no se da esa labor científica por parte de la dogmática se producen estos resultados. Un empobrecimiento que va en detrimento del propio afectado, del propio ciudadano que se ve sometido a un proceso y del propio ciudadano como potencial infractor, o potencial cumplidor, de la norma en cuestión. Por tanto, ese empobrecimiento, esa pérdida de racionalidad, es altamente peligroso y preocupante. Lo que ahora tenemos que hacer, ante esta situación de la dogmática, es estar en alerta y tratar de defender lo nuestro. Este es el mensaje final que les quiero transmitir. Hace treinta años nadie se lo podía imaginar. En la época de las grandes discusiones con Welzel, después con Roxin, nadie se podía imaginar que ahora los penalistas tendríamos que dedicarnos a defender nuestro propio papel en el sistema de justicia penal frente a la actividad del legislador, frente a los populismos, frente a los críticos que están dentro de nuestro propio grupo, es decir, frente a los propios científicos que se auto-niegan esa capacidad para influir en el debate político criminal y para influir en las decisiones judiciales a través de la construcción de la teoría del delito, que es una construcción que tiene más de doscientos años y que algo tendrá que decir tanto a la hora de legislar como a la de interpretar o de aplicar las leyes y resolver los problemas que afrontan los jueces. En realidad, me parece absurdo tener que hacer esto, pero nos vemos obligados a tener que justificar, en cada momento, la importancia de defender la dogmática jurídico-penal para lograr un sistema de justicia penal más justo y más racional.

En la sección de debate del libro *Ciudadanía y Derecho penal* se da una discusión entre usted y Pawlik sobre el concepto de norma en derecho penal. En particular, usted le critica a Pawlik que su distinción entre reglas de comportamiento e imputación daría lugar a un concepto de norma como prohibición de causación objetiva. ¿Podría desarrollar un poco más su postura al respecto?

Sí, efectivamente, en el libro *Ciudadanía y Derecho penal* se da cuenta de una discusión sobre la teoría de las normas que se produjo entre Pawlik y yo mismo en el seminario que se realizó en la Universitat Pompeu Fabra en el año 2015. Esta discusión viene dada porque Pawlik, en su monumental monografía *Das Unrecht des Bürgers*, acoge como estructura donde alojar su planteamiento, esto es, su teoría de las competencias y de la infracción de las competencias como injusto penal, la estructura normativa que proviene de Urs Kindhäuser. Esta última, muy influida por los trabajos de Joachim Hruschka, efectivamente, es una teoría que se ha llamado teoría analítica de las normas y que luego también ha tenido una cierta acogida en Chile, de la mano de

un discípulo de Kindhäuser, Juan Pablo Mañalich, y que, fundamentalmente, distingue entre normas de conducta y reglas de imputación. El problema de esta teoría de las normas es, y así se lo traté de hacer ver a Pawlik, que casa mal con su propia teoría del injusto del ciudadano o, al menos, creo que no es capaz de alojar toda la riqueza del planteamiento de Pawlik de una forma coherente y sistemática. ¿Por qué? Pues porque esta teoría entiende que las normas de conducta son prohibiciones de causación a constatar *ex post* que, por tanto, lo que prohíben es la mera producción de resultados. A esto se lo acompaña con una teoría de la infracción del deber, lo que serían las reglas de imputación, según la cual hay que analizar las capacidades de evitación de las personas que se hallaban en condiciones de no infringir esas prohibiciones de causación. Por tanto, todo aquel sujeto que se hallaba en condiciones de evitar la producción de un determinado resultado infringiría su deber y, por tanto, se generaría responsabilidad penal. Esta estructura de teoría de las normas, a mi juicio, tiene diversos problemas que la hacen mucho menos operativa, mucho menos útil, que la clásica teoría de las normas que proviene de Binding.

El problema fundamental viene, precisamente, por entender que las normas de conducta son prohibiciones de causación. Yo no creo que las normas de conducta sean prohibiciones de causación, ni tampoco creo que toda la carga valorativa y sistemática que debe soportar una norma de conducta pueda ser acogida por una raquíca norma de conducta entendida como norma de causación *ex post*. Creo que el derecho es un sistema de normas de conducta —junto con normas de sanción también, pero, primariamente, un sistema de normas de conducta—, que debe poder decir a los ciudadanos cómo tienen que comportarse en el momento *ex ante*, es decir, en el momento de orientar su comportamiento hacia un lado o hacia otro. Por tanto, una norma de conducta se formula como un juicio de pronóstico donde le dice al ciudadano “prohibido” o “permitido”, es decir, qué es lo que tiene hacer en cada situación concreta. La norma de conducta se emite desde una perspectiva *ex ante* e incorpora un juicio de probabilidad sobre lo que va ocurrir o suceder. Ahí el derecho emite también un juicio valorativo, en la medida que este acontecimiento no es querido y, además, tiene en cuenta las capacidades del sujeto en el momento en el cual tiene que actuar porque, según esas capacidades, la norma de conducta es una, otra, más intensa, o directamente no es norma de conducta alguna. De ese modo, claro que se tiene en cuenta al sujeto a la hora de emitir esa norma de conducta. Por tanto, entiendo que no se emite frente a sujetos que se hallan en una situación de inimputabilidad, por ejemplo. Ahí no hay infracción de ninguna norma de conducta. No será un comportamiento prohibido, jurídico-penalmente prohibido, y, por tanto, no tiene ningún sentido afirmar que ha habido una conducta anti-normativa por parte de un inimputable. Pero, además, la teoría de las normas de conducta de

Kindhäuser lleva a la imposibilidad de fundamentar la tentativa. Esta es una completa anomalía en el planteamiento de Kindhäuser: una infracción del deber sin anti-normatividad, una cosa extraña. ¿Cómo se infringe un deber sin obrar anti-normativamente?

Pero creo que el problema se produce porque a Pawlik, como buen discípulo de Jakobs, no le interesa demasiado anclar su construcción en una teoría de las normas. Yo creo que eso es erróneo, que las construcciones dogmáticas tienen que anclarse en una teoría de las normas. La teoría de las normas no solucionan todos los problemas del derecho penal. En particular, muchos problemas valorativos no se solucionan *per se* con la teoría de las normas, pero sí ubican los problemas relevantes en el lugar adecuado y, sobre todo, ayudan a fundamentar y a legitimar dos cosas: primero, que la restricción de libertad al ciudadano tiene que producirse *ex ante*, mediante la prohibición de conductas idóneas que superen el riesgo permitido y dirigidas a destinatarios también idóneos para cumplir con la prohibición y, segundo, el hecho de que mediante una teoría de la norma de sanción el derecho penal selecciona el castigo de ciertas normas de conductas, les impone algunos requisitos adicionales —como, por ejemplo, la presencia de resultado o un determinado medio comisivo— y, por tanto, recorta el ámbito de lo punible más allá de lo que resulta estrictamente *prohibible*, que vendría definido por el ámbito de la norma de conducta sobre la base de una conducta que resulta personalmente imputable, culpable.

Yo creo que esto sería compatible con el planteamiento de Pawlik. Sin embargo, ahí Pawlik, como digo, creo que se deja llevar un poco por la inercia de su maestro, quien nunca ha defendido una teoría de las normas clásica. En su momento defendió una teoría de las normas como expectativa de conducta, pero tampoco se preocupó demasiado por desarrollarla. Me parece que Pawlik se precipitó a la hora de acoger el planteamiento de su colega de Bonn. No hubiera sido, en realidad, necesario, ni siquiera en el planteamiento de Pawlik, hablar de teoría de las normas para transmitir lo que él quería transmitir: su teoría de las competencias y de la infracción de las competencias, es decir, los criterios de exigibilidad de la conducta conforme a deber. Habría sido incluso mejor que hubiera dejado abierto en qué teoría de las normas encaja bien esa estructura del injusto de Pawlik. Así lo reconoce él mismo, de pasada, en la discusión que recogemos en el libro que he citado antes. El próximo mes de junio viene Pawlik otra vez a la Pompeu, tendremos otro seminario y le preguntaré si he logrado convencerle.