

enfoques penales

CRIMINT - Revista En Letra Derecho Penal



DIRECTORES

Leandro A. Dias

Juan Pablo Montiel

Carla Salvatori

Entrevista a Íñigo Ortiz de Urbina Gimeno

ENTREVISTA A CARGO DE LEANDRO A. DÍAS Y
CARLA SALVATORI

Tenemos entendido que solés venir a la Argentina por lo menos una vez por año –bastante seguido–. ¿Cómo describirías tu relación con este país? ¿Cuáles fueron tus primeras experiencias y cómo es hoy tu vinculación con la Argentina?

Sin la menor exageración, para mí Argentina ha sido decisiva. Es un país al que, efectivamente, vengo muy seguido, tanto por razones académicas como por razones personales: aquí (o acá) tengo grandes amigos y me encanta el país. Centrándonos en lo académico, en el año '96, cuando yo con veinticinco años estaba empezando mi doctorado –de hecho, el año

que empecé mi doctorado—, llegué a Argentina porque venía en principio a un curso financiado por la Asociación Española de Cooperación Iberoamericana en la Universidad de Córdoba, y cuando llegué... Bueno, resultó que el curso no existía. De hecho, hacía tres años que no se daba.

Imaginaos la situación: llego, ocurre esta debacle y veo que voy a estar cinco semanas en Córdoba sin nada que hacer —entre comillas— porque el curso al que venía, que era sobre la tentativa (entonces sólo me preocupaba la dogmática “profunda” o más abstracta, no me interesaba la criminología ni la política criminal) no se haría. Sin embargo, dada la gran amabilidad de alguna gente —no de quienes en teoría deberían haberse ocupado de mí, lo que no hicieron—, me encontré yendo a un increíble seminario en Vaquerías. Ocurrió de la forma más casual: tropecé con el entorno de Gabriel Pérez Barberá y de Alejandro Agüero, entonces incipientes doctorandos, ahora un brillante penalista y un brillante historiador del Derecho, ambas personas con las que tengo todavía muy buena relación, y acabé siendo invitado a un seminario con Roxin y Ferrajoli en la sede de Vaquerías... ¡Roxin y Ferrajoli! De repente era como... ¡Wow! Y,

efectivamente, se convirtió en una experiencia intelectualmente muy desafiante, pero no por las razones que pensaba, puesto que no lo fue tanto por Roxin y Ferrajoli (que estuvieron tan bien como corresponde a dos titanes de la academia, pero tampoco me sorprendieron tanto), sino porque, además de Gabriel y de Alejandro, entré en contacto con la escuela de Julio Maier. Fue el momento en el que conocí a un montón de personas con las que he mantenido relación a lo largo de los años, como Leo Pitlevnik, Daniel Pastor o Fabricio Guariglia, a quienes veo seguido (o todo lo seguido que podemos). Y también otras personas, como Eduardo Bertoni, Christian Curtis, o Marcos Salt, con quienes he tenido menos contacto posterior pero que en aquel 1996 me dejaron en estado de shock intelectual. Recuerdo particularmente una conversación con Christian Curtis que para mí fue decisiva. Yo le planteaba todos los temas desde la dogmática alemana estricta y él me devolvía inteligentes argumentos basados en planteamientos filosóficos en los que yo nunca había pensado y que, si bien no terminaban de destruir lo que yo planteaba, lo venían a hacer poco relevante desde el punto de vista práctico (y eso era lo que más me escocía, puesto que yo hablaba desde la “dogmática penal orientada a/por la política criminal”). Después de esa conversación yo dije “tengo que aprender filosofía”. A mí, para qué mentir, no me había interesado nunca mucho la filosofía, pero eso cambió mi visión del Derecho penal y de lo que quería hacer con el Derecho penal. Me influyó mucho y empecé a estudiar filosofía y criminología. A razón de esa visita, por lo tanto, para mí Argentina ha sido siempre un sitio en el que no sólo me he sentido muy a gusto personalmente, sino que ha tenido una clarísima influencia sobre mi carrera académica. Tuve la suerte de que esa influencia poderosa me agarró pronto y no estaba yo tan “mal hecho” como para no poder rectificar (a mejor, creo y espero).

¿Por qué decidiste dedicarte al Derecho penal —y no, por ejemplo, a la filosofía del Derecho—?

La filosofía del Derecho me parecía tremendamente aburrida: tuve malos profesores durante la carrera y no me interesaba en absoluto. A mí me interesaban el Derecho penal y el Derecho administrativo. Siempre he tenido una predilección más virada hacia lo público, y el Derecho penal me fascinó por lo humano que es —tanto por la fragilidad como por la dureza que puede presentar el ser humano—. Las conductas delictivas además son tan variadas y... ¡Contra!,

*(...) para mí
Argentina ha sido
siempre un sitio en
el que no sólo me
he sentido muy a
gusto
personalmente,
sino que ha tenido
una clarísima
influencia sobre
mi carrera
académica*



la teoría jurídica del delito era la gran teoría de entre todo lo que yo había aprendido durante la carrera. No había un sistema intelectualmente tan desafiante como la teoría jurídica del delito. Eso fue lo que hizo que me decidiera. Bueno, eso y que fracasé en el intento de hacerme funcionario del Estado español y, entonces, mientras lamía mis heridas decidí que iba a hacer la tesis doctoral, para después ser funcionario. Pero ese otro proyecto luego ya no me preocupó, porque me enamoré (no sin momentos de intenso odio) de la tesis doctoral.

¿Qué autores influyeron en mayor medida en tu pensamiento actual en Derecho penal?

En mi pensamiento actual han influido tantos... El autor que más influyó al principio, hace muchos años, fue Enrique Gimbernat, sin duda. Y luego Jesús María Silva Sánchez: cuando leí “Aproximación al Derecho penal contemporáneo”, para mí fue un shock... Me dio la vuelta la cabeza. De hecho, la orientación filosófica, aparte de aquella conversación con Christian Courtis, me viene de la lectura de esta obra. “Introducción a las bases del Derecho penal” de Santiago Mir Puig también me pareció muy impresionante en su momento. En español, son los tres autores que me más me influyeron, claramente. Con los años se ha unido un cuarto, José Luis Díez Ripollés, quien actualmente es mi mayor influencia intelectual en España. Sin duda, en los últimos años la deuda mayor la tengo con él: me parece impresionante el rango de sus conocimientos de filosofía, teoría política, criminología, así como su rigor: como Enrique, Jesús y Santiago Mir, son modelos de quehacer académico. Autores más modernos como Fernando Molina o Manuel Cancio —que es además un muy buen amigo—, también me han influido. Y alemanes... Históricamente, Engisch —a quien profesó una gran devoción, a pesar de que estoy en desacuerdo con gran parte de lo que dice, pero creo que tiene una profundidad filosófica brutal—, por supuesto, Roxin, creo que como a todo el mundo. Y, también, en buena medida, Lothar Kuhlen, con quien con los años he tenido el lujo de poder colaborar. Él y, en menor medida, Neumann y Schroth, que en su época también trabajaban cuestiones penales con herramientas de filosofía analítica, me han influido mucho. Y luego, por supuesto, autores estadounidenses, como Paul Robinson, Douglas Husak y, fuera de ellos, dentro del análisis económico del Derecho, John Donohue. John, que además del mejor analista económico del Derecho penal es un tipo encantador y tremendamente divertido, fue la persona que me mostró, con los hechos, que se podía ser analista económico del Derecho penal sin necesidad de ser ideológicamente conservador. Yo ya lo pensaba, y había escrito que había un sesgo ideológico en el movimiento, pero que no tenía que ver con la teoría en sí sino con los teóricos que la desarrollaban. Y John Donohue desde luego me lo demostró con creces. Por supuesto, seguro que muchos más, una de mis influencias principales es Edwin Sutherland, el gran criminólogo, cuyo “White Collar Crime” me parece el mejor libro académico que he leído nunca. Pero, había muerto cincuenta años antes de que yo me dedicara a esto, por lo tanto es una influencia desde el pasado.

¿Recordás cuáles fueron los primeros libros de Derecho penal que leíste?

Sí, uno de los primeros, sin duda alguna, fue “Estudios de Derecho Penal” de Enrique Gimbernat, la tercera edición, que recuerdo compré con dinero que me prestó mi tío (y que todavía no le he devuelto). El primer manual de Derecho penal que leí con intención de aprender algo y no sólo de pasar un examen fue la

En mi pensamiento actual han influido tantos... el autor que más influyó al principio, hace muchos años, fue Enrique Gimbernat, sin duda. Y luego Jesús María Silva Sánchez: cuando leí “Aproximación al Derecho penal contemporáneo”, para mí fue un shock... me dio vuelta la cabeza.

tercera edición del manual de Derecho penal (parte general) de Santiago Mir Puig. El efecto de ese manual sobre mí fue algo brutal. De hecho, le contaba el otro día a Santiago, mi encuentro con su manual fue por completo casual: fui a la biblioteca a buscar el manual porque al compañero que tenía sentado al lado en la clase le habían rebajado la nota por citar mal el nombre de Mir Puig, por haber escrito “Puch” en lugar de “Puig”. Entonces, preocupado ante la posibilidad de que me pudiera ocurrir lo mismo, fui a la biblioteca exclusivamente para verificar los nombres de los autores, sin intención de leerlos porque la persona que me daba la materia Derecho penal no exigía (y tampoco incentivaba) ir más allá de las escasas notas que ella misma nos daba en clase... pero llegué a la biblioteca y ahí estaba el Mir Puig. Y a mí se me ocurrió abrirlo, y lo hice por donde explicaba en el concepto de coautoría la muerte de Julio César a manos de una turba que incluía a su hijo (“tú también, Bruto...”). Me pareció fascinante el tratamiento y saqué el libro. A partir de ahí me enamoré del Derecho penal. Santiago Mir Puig tiene por tanto parte de la culpa y Enrique Gimbernat fue el siguiente culpable, en orden cronológico. Esos son los dos primeros libros. Luego leí “Sobre el contenido de la antijuridicidad” de Susana Huerta Tocildo, un libro pequeñito que me regaló mi profesor de Derecho penal en tercero de carrera (parte especial) y, a partir de ahí, ya no lo podría decir, muchos más. Pero esos tres fueron los primeros libros que leí, que devoré.

¿Qué libros le recomendarías leer a un estudiante que recién está empezando a estudiar Derecho penal?

Uf... Hace poco he tenido que hacer un listado precisamente para un doctorando... Yo sigo pensando que “Aproximación al Derecho penal contemporáneo” de Jesús-María Silva Sánchez, pasados los años —tiene ediciones posteriores—, sigue siendo un libro magnífico para introducirse en el Derecho penal de nuestros días.

A todo el mundo lo obligaría a leer “White Collar Crime” (“Delincuencia de cuello blanco”) de Edwin Sutherland. Me parece el mejor trabajo académico que he leído en mi vida. Es un libro del año ‘49 y todavía me parece impresionante el magisterio, el dominio de una materia cuyo estudio, además, sólo hacía diez años que él mismo había inaugurado. Me parece realmente impresionante.

Académicamente es muy bueno porque es muy preciso, es un libro en el que el autor está todo el rato esforzándose por hacerse entender: te avisa de lo que va a hablar, te lo explica y luego te dice “esto es lo que he dicho”... Y lo ha dicho, efectivamente. Realmente es un libro magnífico en ese sentido.

Enrique Gimbernat, “Delitos cualificados por el resultado y causalidad” me sigue pareciendo un libro que da igual la fecha, es un libro del año 62’... Todavía a día de hoy hay que leer.

Por supuesto, el manual de Roxin. Yo creo que el de Roxin es imbatible como manual. El de Jakobs es muy interesante, el de Hruschka también, pero como manual para empezar, y para seguir un buen trecho sin duda el de Roxin.

Tenemos la suerte de que hay una buena traducción al castellano, debida al equipo dirigido por Diego María Luzón Peña y su potente escuela.

A partir de ahí ya depende de lo que cada uno quiera conocer. Yo creo que el libro de Robinson sobre principios distributivos del Derecho penal es un libro muy importante porque es un gran compendio de información jurídica y científico-social y a la vez un buen análisis teórico, analítico, sobre los fines de la pena. Ese es un libro que también recomendaría.

De Derecho penal español, sin duda, el manual de Mir Puig sigue siendo un

El primer manual de Derecho penal que leí con intención de aprender algo y no sólo de pasar un examen fue la tercera edición del manual de Derecho penal (parte general) de Santiago Mir Puig. El efecto de ese manual sobre mí fue algo brutal.

punto de partida muy importante para alguien que se quiera iniciar en esto desde el punto de vista académico.

¿Cuál es tu opinión respecto de la enseñanza del Derecho penal en España?

La calidad es muy variable. De modo general, se puede decir que la enseñanza del Derecho penal en España está anticuada, si bien hay gente que realmente está haciendo cosas magníficas. Yo recomendaría a todo el mundo que mirara en la web los materiales de Fernando Miró, catedrático de la Universidad de Elche, y un genio de la didáctica... En su docencia utiliza videos, películas, cómics, realmente es un tipo muy innovador y un gran docente (también un gran investigador). Miró tiene videos accesibles al público en los que explica las teorías de una manera fascinantemente didáctica. Pero de modo general en España tenemos un problema muy básico: hemos pasado de tener un año entero para explicar teoría jurídica del delito, a la situación actual, en la que hay que hacerlo en un cuatrimestre, por lo tanto, es imposible. Damos una teoría jurídica del delito *light* y eso es todo lo que podemos hacer en el tiempo del que se dispone. Se supone que la idea es que los alumnos por su cuenta estudien los materiales que uno les indique y vengan a clase con ellos ya preparados, al menos algo trabajados (lo que se denomina "método del aula invertida"). Pero la realidad es que lo que se ha conseguido es bajar el nivel, porque ese estudio autónomo no tiene lugar, o no en la medida en que sería necesario. Excelentes manuales como el de Santiago Mir Puig resultan problemáticos para dar en cuatro meses porque el contenido conceptual es demasiado, y demasiado profundo, como para poder hacerlo en ese tiempo. En ese sentido, el proceso de integración de la enseñanza europea, el llamado "Programa de Bolonia", ha resultado decepcionante porque lo que ha hecho es, en mi opinión y en el caso de Derecho, rebajar el nivel de la enseñanza. No se ha conseguido modernizar, sino que estamos en realidad en un entorno en el que los alumnos ya renuncian a la idea de estudiar mediante libros, esperan que baste con unas diapositivas y las explicaciones de clase. ¿Que hay personas que se mueven mejor en esto que otras? Desde luego. El ejemplo de Fernando Miró es claro: él ha sublimado este método, con gran éxito. Pero de forma general creo que la enseñanza, con el cambio que ha habido en la última década, no ha ido a mejor. Por otro lado, la extrema escasez de tiempo agrava un problema de la enseñanza del Derecho penal que a mí me preocupa especialmente, y que tiene que ver con el poco espacio que dedicamos a cuestiones distintas de la teoría jurídica del delito. En parte es inevitable, porque la teoría jurídica del delito claramente es la joya de la corona, la creación intelectual más importante de la doctrina jurídico-penal —creo que no sólo de la europea: no hay una teoría que se le parezca en el ámbito angloamericano en cuanto a poder explicativo—. Pero lo cierto es que es tan fascinante que se "come" demasiados ámbitos y hay elementos del Derecho penal que quedan por completo sin explicar. Yo creo que muchos académicos españoles de Derecho penal hace quince años no sabían cuántos presos había en España, y muchos todavía no lo saben, porque no les interesa, como tampoco les interesa cómo evoluciona la población penitenciaria. Y me parece una lástima no exponer al alumnado a un dato tal como que durante los años de crisis, del año 2009 al año 2017, se ha reducido un veinticinco por ciento la población penitenciaria, un resultado espectacular en un ámbito de crisis. Cosas tan importantes como esas quedan fuera, precisamente, por la extrema influencia de la teoría jurídica del delito. Desde el punto de vista conceptual o intelectual es claro que no hay ninguna incompatibilidad: se pueden explicar ambas cosas. Pero de facto se prefiere poner el énfasis en la teoría jurídica del delito. Con la estrechez de



tiempo, las cosas no han hecho sino empeorar.

Respecto de la relación entre el ejercicio liberal de la profesión y la enseñanza del Derecho, ¿crees que debería haber una mayor dedicación *full-time* a la docencia o el sistema actual, especialmente en la Argentina, pero también en España, que prácticamente exige que los profesores además de la parte académica tengan que dedicarse a la profesión, podría mantenerse?

Es una pregunta interesante. En Argentina casi todos mis amigos académicos han tenido que ejercer la profesión o acceder a un cargo judicial. Sé que hay gente que se dedica a la academia *full-time* durante la mayor parte de su carrera, pero no es la mayoría.

En España la cosa era distinta. Hace apenas diez años dedicarse al ejercicio de la profesión se veía mal desde la academia. De hecho, el paso al ejercicio de la profesión por parte de prominentes catedráticos era comentado de manera peyorativa por los que no lo hacían. Creo que la crisis económica y la bajada del sueldo del profesorado han tenido como efecto que la gente se haya visto más abocada al ejercicio de la abogacía o al menos al contacto profesional con el sector privado. Por supuesto, no para obtener el mínimo calórico necesario para sobrevivir, pero sí para vivir una vida mínimamente acorde con la de las personas que están en nuestro grupo de edad y que tienen nuestra formación. Quien se dedicaba a la academia sabía que iba a vivir con un sueldo por debajo de lo que ganaba la gente en un estudio jurídico. Pero cuando llegó el momento en el que directamente no podías irte de vacaciones con la gente con la que habías hecho los estudios de licenciatura, la academia dejó de censurar la colaboración con el sector privado. En los últimos diez años ha sido espectacular. Básicamente, te diría que es algo raro tener buena reputación académica y no colaborar de alguna manera con el sector privado. No digo estar a *full*, ni que se tenga que ser abogado en sentido estricto (pisar los tribunales), pero sí es usual que te consulten para recursos de casación, hacer dictámenes, alguna cosa. La gente del sector privado busca esta interacción y a mí eso me parece que es positivo. Yo creo que soy mejor profesor de Derecho penal dada mi experiencia práctica: primero como magistrado, luego como asesor de Ministro, luego como abogado. Creo que me ha dado una perspectiva del Derecho penal además muy poliédrica, lo veo desde diferentes ángulos, y me hace mejor profesor. Más allá de que evidentemente con los casos, si son casos interesantes, pues puedes poner ejemplos a tus alumnos que hacen la docencia más entretenida y más profunda, más efectiva. La única cuestión es que uno tiene que saber poner límites. Yo, por ejemplo, de modo reciente he tomado la decisión de reducir drásticamente mi dedicación al sector privado porque estaba invadiendo espacios (no sólo de tiempo, también mentales) que necesitaba para el desarrollo académico. Pero, bueno, eso es una cuestión personal.

Pudiste tener una formación tanto tradicional continental europea como anglosajona, ¿cuál crees que es la principal diferencia entre cómo se enseña el Derecho en los países anglosajones y en los países continentales?

En los países angloamericanos el Derecho se enseña para ser aplicado, hay una clarísima vocación de resolución de casos prácticos. En el Derecho de raigambre continental nos preocupa más la teoría. Entonces, si el docente es una persona que logra mostrar que una teoría puede ser útil en la praxis (y cómo), el alumno está en mejor situación que en el Derecho angloamericano, porque tiene una teoría muy potente, la teoría jurídica del delito, que puede utilizar en multitud

Yo creo que soy mejor profesor de Derecho penal dada mi experiencia práctica: primero como magistrado, luego como asesor de Ministro, luego como abogado. Creo que me ha dado una perspectiva del Derecho penal además muy poliédrica, lo veo desde diferentes ángulos, y me hace mejor profesor.

de situaciones y para solventar muchísimos casos. Pero me da la impresión de que en buena parte de los casos la teoría jurídica del delito se convierte en la enseñanza en un animal con vida propia y un fin en sí misma. Esto puede llevar a que los estudiantes, preocupados por “acertar” la “solución correcta” conforme a esta teoría, no sean creativos en el momento de resolver casos. Lo cual supone que, al final, están peor y no mejor preparados para la resolución de supuestos prácticos. Por lo tanto, creo que la diferencia principal es esa: mientras que en Estados Unidos la vocación es eminentemente práctica y esa formación se consigue en un porcentaje elevadísimo de los casos, en la formación apoyada en la teoría de cuño más alemán la teoría puede acabar perjudicando a la orientación a la praxis. Pero es importante reparar en que esto no ocurre justamente en Alemania, donde los alumnos desde luego aprenden a resolver casos prácticos de forma eficiente. Lo que muestra que el problema no está en la teoría jurídica del delito, sino en cómo se afronta su enseñanza (y la del resto del Derecho penal).

En los últimos años creció el interés en el Derecho penal económico, particularmente en el *compliance*, ¿a qué crees que se debe este auge?

Desde el punto de vista de la academia, además de a la necesidad de buscar temas nuevos una vez que se “agotan” los anteriores (o más bien nos agotamos los académicos de ellos), a los incentivos económicos. El penal económico es un ámbito en el que la dogmática puede marcar una diferencia clara. Es decir, un montón de instituciones que tienen una relevancia pequeña, por no decir mínima, en la resolución de casos en el Derecho penal “de calle”, por así decir, el Derecho penal de la delincuencia común, se convierten en muy importantes en el ámbito del Derecho penal económico. Y ahí tenemos los penalistas teóricos una capacidad de actuación tremenda. Por si fuera poco, el legislador nos ha hecho el regalo de que el cumplimiento normativo, el llamado *compliance*, se haya hecho también relevante, y ahí también podemos aportar... Aunque, ciertamente, cuando uno mira de cerca el *compliance* (excluyendo la eventual judicialización, si este fracasa), lo que puede aportar exclusivamente un abogado o un jurista académico penal es bastante poco. Un economista podría aprenderlo en dos meses sin ningún problema. Pero por algún motivo hemos conseguido hacer creer al mercado que esta es nuestra parcela, lo que nos viene muy bien para conseguir más réditos. En resumen, creo que el auge académico del Derecho penal económico y del cumplimiento normativo o “*compliance*” en España tienen que ver principalmente, con la crisis económica y la necesidad u oportunidad de conseguir más plata: nos ha venido como anillo al dedo poder acudir a un ámbito en el que el mercado entiende que podemos marcar una diferencia..., y se marca, de hecho.

Hace relativamente poco hiciste una contribución al libro “Cuestiones actuales de Derecho penal médico”, editado por CRIMINT, sobre el estado de necesidad, en el que se combina un enfoque tradicional de la dogmática con perspectivas de economía de la salud. ¿Consideras que con el auge del Derecho penal de la medicina el penalista debe comenzar a comprometerse con otras disciplinas —particularmente por el papel de la bioética en estas discusiones—?

A mí me parece que, de modo más general, en todos los temas, el penalista tiene que comprometerse mucho más de lo que usualmente lo hace con otras disciplinas. Saliendo de lo que es la pura dogmática de parte general —en la que realmente otras disciplinas tienen poquísimo que decirnos, porque la teoría es muy potente y porque podemos abarcar grandes distancias solos, sin necesidad de

ayuda—, en cuanto uno pasa de hacer dogmática de principios a hacer dogmática aplicada, necesita ver qué es lo que dicen las otras disciplinas. Eso es así en Derecho penal económico, donde es necesario saber algo de teoría de la empresa, o en Derecho penal médico, donde es necesario tener en cuenta cuestiones sobre economía de la salud. Pero, insisto, más allá de estos ejemplos es así en cualquier ámbito aplicado.

Con todo, se ha mejorado mucho... Antes la parte especial del Derecho penal era una parte general aplicada a preceptos del código especial y punto. Ahora creo que hay una mayor apreciación de los problemas que supone esa aplicación. Aquí es útil seguir la distinción que se hace en teoría del derecho entre la interpretación y la aplicación. Interpretación es leer un enunciado jurídico y entenderlo; la aplicación tienen que ver con todos los problemas que tienes cuando intentas aplicar ese enunciado que tú ya has entendido (o así lo crees) y te parece (en abstracto) poco problemático: al intentar ponerlo en práctica te das cuenta de que tiene muchos problemas. Sucede lo mismo que cuando en la infancia te explicaban una fórmula matemática y decías “ya la he entendido”, pero ante el siguiente problema resultaba que no la sabías aplicar y, por lo tanto, no la habías entendido realmente. Aquí es donde creo que ayudan las disciplinas externas al Derecho penal, y por eso al jurista le conviene familiarizarse con ellas, con un nivel de usuario sofisticado —no hace falta ser un experto porque no podemos ser expertos en todo, pero sí usuarios sofisticados—: con ese nivel de contacto con otras disciplinas cambia tu perspectiva en el propio momento interpretativo, y se reduce la distancia entre la interpretación y la aplicación, porque sabes de qué estás hablando y por lo menos no cometes los errores más básicos.

¿Consideras que tiene un futuro el estudio de la parte general del Derecho penal en los países continentales?

Absolutamente sí. A mí me parece que la teoría jurídica del delito es una creación intelectual magnífica. Repito mucho lo anterior, lo sé: pero es que no sé por qué motivo en algunos círculos paso por estar en contra de la dogmática, lo cual no sólo no es cierto, sino que de serlo sería absurdo: la dogmática tiene sin duda un papel irrenunciable en la política criminal (de la que es parte, y no al revés). Según creo, los problemas vienen con dos tipos de exageración: en primer lugar, está el intentar otorgarle un estatus normativo que no tiene: la teoría jurídica del delito es una gran teoría, pero no una fuente de Derecho, y por lo tanto tiene que parar ahí donde la norma es clara. En segundo lugar, también hay quien la asciende a criterio autónomo de justicia; igual que se habla de “legalismo ético” para el movimiento que entiende que ley es justa por ser ley, se podría hablar aquí de un “dogmatismo ético”, conforme al cual la adecuación a la teoría jurídica del delito hace a la decisión justa. Esos me parecen los dos únicos puntos en los que hay un riesgo para la teoría jurídica del delito. Por lo demás, como decía Robert Alexy en un punto creo que poco explotado de su tesis doctoral sobre la teoría de la argumentación jurídica, una de las principales funciones de la dogmática es incrementar la eficiencia en la aplicación del Derecho. Y, como apunté antes, la teoría jurídica del delito es el aparato más eficiente que he visto para el aplicador del Derecho. A diferencia de los administrativistas, por ejemplo, que necesitan estudiar conceptos nuevos para casi cada norma que se aprueba, los penalistas, con pocos conceptos, muy densos, muy importantes y muy trabados entre sí, podemos resolver multitud de problemas. La eficiencia que presenta la teoría jurídica del delito es insuperable. No creo que haya un sistema similar, insisto, en el mundo angloamericano, con

creo que el auge académico del (...) “compliance” en España tienen que ver principalmente, con la crisis económica y la necesidad u oportunidad de conseguir más plata: nos ha venido como anillo al dedo poder acudir a un ámbito en el que el mercado entiende que podemos marcar una diferencia..., y se marca, de hecho

todo el respecto que tengo para los planteamientos intelectuales que vienen de ese ámbito (y en especial para su más lograda imbricación entre el análisis del Derecho y la teoría ética). Creo que, en ese sentido, sigue sin duda siendo cierto que existe un futuro para la dogmática jurídico-penal, como ya dijo mi admirado Enrique Gimbernat.

Ya pasaron diez años desde la edición de “La excusa del positivismo”. En una de las últimas secciones del libro dejaste entrever que la dogmática jurídico-penal orientada a las consecuencias, que sería dominante en la actualidad, debía tomarse en serio sus postulados y determinar empíricamente cuáles son los efectos de su aplicación en la sociedad y, además, señalaste que la dogmática actual no se diferencia tanto de aquella dogmática que la posguerra tanto criticó. ¿Cuál es tu diagnóstico actual diez años después? ¿Modificarías en algo las conclusiones?

No modificaría en nada esa conclusión. Uno de los objetivos de esa parte del libro era hacer una llamada para ver hasta qué punto, más allá de autodenominarnos “dogmática jurídico-penal orientada a las consecuencias”, éramos influyentes en la praxis, sea esta legislativa o judicial. Creo que somos menos influyentes de lo que pensamos, claramente, al menos en algunos países. A pesar de las quejas de sus académicos al respecto, no es el caso de Alemania, donde la situación es peor de cara al legislador, pero no en la relación con la jurisprudencia, con la que hay buenos puentes y una continuidad entre la teoría y la praxis que es envidiable — parte de ello tiene que ver con el proceso de selección de los jueces en Alemania: a las personas con mejor nota en los Exámenes de Estado se les permite elegir formarse para la judicatura, y en dicho proceso de formación son expuestos a clases por los mejores catedráticos y, en un ambiente en el que hay mucho interés en aprender y mucho interés en enseñar; se genera una relación que creo que es muy positiva, una simbiosis muy positiva, entre la teoría y la praxis—. Fuera de eso, tanto en el ámbito angloamericano como en el ámbito europeo no alemán hay una distancia muy importante entre la teoría y la praxis. Y, sin embargo, quizás de modo autointeresado, la teoría asume efectos sobre la praxis que no se dan en la realidad. Si bien es cierto que se ha mejorado algo con el incremento de cursos de formación y la mayor exigencia para los operadores jurídicos de estar al día mediante cursos y el otorgamiento de puntos por la realización de esos cursos para concursos internos y otras medidas, creo que los académicos deberíamos poner más de nuestra parte. Sigue siendo cierta esa frase de Peter Noll cuando decía hace 40 años que los dogmáticos jurídico-penales somos como las tortugas de mar, porque ponemos los huevos y luego los dejamos ahí: si son arrastrados al mar y eclosionan, bien, y si son depredados por pájaros o por lagartos, pues bien también: nos da un poco igual. Este creo que es un ámbito en el que todavía se debería mejorar mucho. Respecto a la dogmática orientada a las consecuencias, sigo pensando que es un “bulo”, un engaño retórico. ¿Dogmática orientada a las consecuencias? La dogmática siempre está orientada a las consecuencias, en el sentido de que, como teoría que se encarga de la sistematización, interpretación y aplicación del Derecho vigente (entre otras labores), siempre va a proponer soluciones a supuestos prácticos, y por lo tanto va a proponer que se den unas “consecuencias” y no otras. La cuestión es cuán a menudo las soluciones propuestas son susceptibles de aplicarse en la realidad. Una fina teoría de la imputación objetiva del resultado puede resolver exquisitamente problemas que sólo aparecen en una de cada 10.000 ocasiones en los tribunales. Compárese la relevancia práctica de esto con el desarrollo de criterios de decisión sobre la suspensión del cumplimiento de una pena privativa

de libertad, algo mucho menos espectacular desde el punto de vista dogmático, pero que fácilmente puede aparecer en los tribunales 100 veces más. En cuanto a la idea de “superación de lo anterior” (en la historia del Derecho penal contemporáneo, la superación de la dogmática finalista por el funcionalismo post-funcionalista), lo cierto es que en esta específica cuestión de método Welzel no diferiría mucho de Roxin: a pesar de lo grandilocuente que suena la idea de vinculación del Derecho penal a las categorías lógico-objetivas, en realidad, como ya se arguyó por autores como Stratenwerth, Hassemer o Kuhlen, se trataba de una sujeción bastante suave y guiada por el convencimiento de que esto era lo que daba más seguridad a la dogmática. Si uno lee el manual de Welzel en cualquier caso, las primeras páginas contienen referencias a obras de psiquiatras de la época que apoyaban lo que él considera que es el estrato lógico-objetivo de la acción. Por lo tanto, no es que de un modo, por así decirlo, platónico, él escribiera reflexionando sobre la realidad sin material empírico, sino que se apoyaba en el saber empírico disponible de la época. En realidad, Welzel se mostraba como más naturalista en el sentido moderno que esta expresión tiene en filosofía, es decir, la idea de que las disciplinas intelectuales, sean la filosofía o el Derecho, deben ser compatibles con el conocimiento de las ciencias empíricas (naturales o sociales). La obra de Roxin, desde luego, tiene menos anclaje empírico de lo que tenía la de Welzel. Por lo tanto, y para acabar sí: creo que es un tema que está todavía sin resolver y que haríamos bien en mirar bastante más.

En la década del ‘70 Ulrich Klug dijo que era conveniente abandonar de una vez por todas a Kant y Hegel en el Derecho penal, especialmente en las teorías de la pena. En materia de teorías de la pena, vos sos un conocido consecuencialista pero, como bien dijiste, sensible a la necesidad de merecimiento. Dentro de este marco, ¿qué opinás sobre el renacimiento que está habiendo en Alemania y también en Iberoamérica de las teorías de la retribución?

En primer lugar, yo las llamaría teorías del merecimiento. Me parece que “retribución” es un término que ha sido manchado por una triste historia de incomprensión. Yo no tengo ningún problema con la idea de merecimiento, de hecho me parece que desempeña un papel crucial en la imposición de la pena, no sólo como un límite —como entiende Roxin—, sino también como fundamento. En mi opinión, si bien no es verdad que todo lo que limita, al mismo tiempo fundamenta, sí es verdad que en el caso concreto del merecimiento, dado que es una magnitud escalar, como lo son el peso o la altura, no se puede decir que hay un merecimiento limitador sin decir que hay un merecimiento fundamentador. Y no tengo ningún problema con ello. Como consecuencialista no utilitarista, pienso que el merecimiento puede ser muy importante en la fundamentación de la pena, aunque obviamente, no puede ser necesariamente decisivo sino que puede tener que ceder en el cálculo de consecuencias. El renacimiento que la teoría del merecimiento está teniendo en Europa me parece problemático porque es principalmente una vuelta a Kant y Hegel. Y Kant y Hegel eran dos seres maravillosos intelectualmente pero murieron en 1804 y 1831. Estamos reviviendo o intentando revivir teorías de hace doscientos años sin siquiera considerar lo más interesante en teoría del merecimiento de los últimos cincuenta años, que ha tenido lugar en los países angloamericanos. Simplemente porque en ellos sí que ha habido un desarrollo de la teoría del merecimiento. Autores como Moore, y las dos críticas de Dolinko en momentos distintos a Moore, o actualmente Mitch Berman, me parece que han hecho mucho más por la comprensión de los fundamentos y los límites de la teoría del merecimiento que

la revisión de las teorías hegelianas y kantianas (de hecho, de modo preocupante, más de las teorías hegelianas que creo que son menos decisivas para el Derecho penal que las kantianas). Es una exageración sostener, con la expresión de Klug, que haya que despedirse de Kant y Hegel. Pero, ciertamente, no puede uno quedarse en sus teorías. Creo que los angloamericanos han hecho un mejor trabajo a la hora de reinterpretar lo que significa el merecimiento de lo que hemos hecho nosotros. En resumen, si bien la vuelta a Kant y Hegel no es algo deseable, la vuelta al merecimiento es algo imprescindible.

¿Qué le recomendarías a un joven recién graduado en Derecho penal que desea dedicarse a la docencia universitaria y, eventualmente, poder llegar a ser un catedrático?

¡Paciencia! Y no sé... ¡que recé o de otro modo intente algún tipo de milagro! Me parece que desde luego en España, y me da la impresión de que también en Argentina, ahora mismo, la carrera académica se ha tornado en algo poco recomendable desde el punto de vista profesional, por interesante que pueda resultar intelectualmente. Hubo un espacio de tiempo en España en el que había bastantes ventanas de oportunidad —ventanas que no se aprovecharon de la manera que se debe hacer y que han supuesto una cierta banalización de los puestos más elevados en la jerarquía académica: no pocos profesores funcionarios no merecerían serlo, porque más que académicos funcionan como que profesores de secundaria (no tienen ideas claras de investigación y publican sólo cosas irrelevantes)—. Ahora la carrera universitaria es extremadamente compleja en España, y tenemos a gente que se doctoró hace ya años, en algunos casos una década, y que han llevado a cabo investigación de calidad, mendigando una plaza fija (en el sentido de indefinida, aunque no tenga carácter funcional). A las personas que me muestran interés por que les dirija la tesis yo siempre les deprimó explicándoles la realidad de la promoción académica en la actualidad. No es bonito, pero me parece un deber ético. Al tiempo, también les recomiendo que en cualquier caso hagan un doctorado, porque un doctorado incrementa el valor de mercado de las personas en cualquier país, incluso aunque no sea de una manera tan clara como en Alemania, donde tener un doctorado directamente le pone a uno en un nivel económico distinto de las mismas personas, también licenciadas o graduadas en Derecho, que, sin embargo, no tienen el doctorado. Creo, por lo tanto, que recomendaría, no a todo el mundo pero sí a los que son capaces de hacerlo intelectualmente, que hagan la tesis doctoral, pero siempre con un “plan B” en lo profesional. Lees la autosemblanza de Enrique Gimbernat (todo el mundo debería hacerlo) y piensas: hay que intentarlo, porque la gente que de verdad vale al final llegará (y porque, comparado con los problemas que enfrentaron Enrique y otros penalistas de su generación y la inmediatamente siguiente, los nuestros son banales). Pero Enrique es un genio, y del mismo modo que no se puede pensar en cómo es una carrera profesional en baloncesto pensando que uno va a ser Michael Jordan (Lebron/Curry, para los más jóvenes), hay que mirar la cuestión teniendo en cuenta cuál es el entorno institucional (en la NBA, cuántos equipos hay y cómo eligen a sus jugadores, en el entorno educativo, igual, pero con universidades en lugar de equipos). Así, si yo estuviera de profesor en Chile, y no en Argentina o en España, me costaría menos recomendarle a alguien que se dedicase a la carrera académica, porque en Chile las instituciones favorecen la integración de las mejores mentes dentro de la academia (lo que explica el increíble desarrollo del Derecho penal en los últimos 15/20 años en Chile, donde desde mi punto de vista se están haciendo las cosas

(...) si yo estuviera de profesor en Chile, y no en Argentina o en España, me costaría menos recomendarle a alguien que se dedicase a la carrera académica, porque en Chile las instituciones favorecen la integración de las mejores mentes dentro de la academia

más interesantes en la actualidad). Decididamente, no me parece que sea el caso en España o en Argentina. He visto mentes muy poderosas, desde luego mejores que la mía, quedarse en el camino simplemente por la dificultad y por la ausencia de apoyo institucional.

***Íñigo Ortiz de Urbina Gimeno** es profesor de la Universidad Complutense de Madrid, previamente a haber estado vinculado a la Universidad Pompeu Fabra entre 2003 y 2017. Desde 2011 integra el equipo de investigadores de CRIMINT.*

Tras licenciarse con el mejor expediente de su promoción y realizar estudios en las universidades de Harvard y Múnich, Íñigo Ortiz de Urbina se doctoró en Derecho por la Universidad Complutense de Madrid, con una tesis sobre análisis económico del Derecho penal. Entre 2009 y 2011 fue asesor en el gabinete del Ministro de Justicia, habiendo representado a España en numerosos foros internacionales.

Una de las características más notorias de su perfil académico es el profundo manejo de la dogmática jurídico-penal, la filosofía y la teoría del Derecho, desde la perspectiva continental y analítica.

Entre sus publicaciones se destacan Chantaje e intimidación (Civitas, 2005) y La excusa del positivismo (Civitas, 2007).