Maestros del Derecho Penal

Director: Gonzalo D. Fernández - Coordinador: Gustavo E. Aboso

Francisco Muñoz Conde

INTRODUCCIÓN AL DERECHO PENAL

2da edición

editorial B de f
Montevideo - Buenos Aires

Libros Derecho Perú
Biblioteca Jurídica Virtual

INTRODUCCIÓN AL DERECHO PENAL

FRANCISCO MUÑOZ CONDE
Catedrático de Derecho Penal
en la Universidad Pablo de Olavide
de Sevilla, España

INTRODUCCIÓN AL DERECHO PENAL

editorial B de f
Montevideo - Buenos Aires

2001 *Julio César Faira* - Editor

www.librosderechoperu.blogspot.com

Primera edición: Bosch, Casa Editorial, Barcelona, 1975.

I.S.B.N.: 987-98334-3-0

Colección: Maestros del Derecho Penal, N° 3

Dirigida por: Gonzalo D. Fernández, catedrático de Derecho Penal en la Facultad de Derecho de la Universidad de la República Oriental del Uruguay.

Coordinada por: Gustavo Eduardo Aboso, profesor de Derecho Penal, Parte general, en las Universidades de Buenos Aires y de Belgrano, República Argentina.

© Julio César Faira ©
B de F Ltda.
En Buenos Aires: Euros Editores S.R.L.

En Montevideo, Uruguay:
Buenos Aires 671 (C.P. 11.000), telefax: 916-5238
e-mail: bdef@netgate.com.uy

En Buenos Aires, R. Argentina:
Av. Congreso 4744 (CPA C1431AAP) tel.: 4523-6225 Tucumán 1484, 10° "B" (CPA C1050AAD) telefax: 4371-7510 e-mail: euros®ciudad.com.ar

Hecho el depósito que establece la ley. Derechos reservados.
Impreso en la Argentina

www.librosderechoperu.blogspot.com

ÍNDICE GENERAL

NOTA DEL AUTOR A LA SEGUNDA EDICIÓN 13

LA *"INTRODUCCIÓN..."* TREINTA AÑOS DESPUÉS,
POR GONZALO FERNÁNDEZ 19

FUNDAMENTOS CONCEPTUALES

CAPÍTULO PRIMERO LA NORMA
JURÍDICA PENAL

.....39
A) Estructura de la norma jurídica penal.....44
a) Normas penales incompletas 45
1. Concepto 45
2. Fundamento.....46
3. Normas de remisión 48
b) Normas penales en blanco 48
1. Concepto y fundamento.....48
2. Delitos consistentes en la infracción de un deber.....[56]

www.librosderechoperu.blogspot.com

3. Remisiones a la norma penal, previstas en normas extrapenales 59

B) Los elementos integrantes de la norma jurídica penal. 62
a) Delito 62
1. Desvalor de acción, desvalor de resultado y reprochabilidad 64
2. Relatividad del concepto de delito y cambio histórico 68
b) Pena 69
1. Teorías absolutas 71
2. Teorías relativas 71
3. Teoría de la unión 72
4. Crítica y toma de posición 73
c) Medidas de seguridad 76
1. Medidas predelictuales y medidas posdelic-tuales: la Ley de Peligrosidad y Rehabilitación social 79
2. Naturaleza y efectos 82
3. Crítica 84
4. Conclusiones 86

C) Función de la norma penal 88
a) Función de protección 90
1. Concepto de bien jurídico protegido 90
2. "Perversión" del concepto de bien jurídico 92
b) Función de motivación 93
1. Concepto de motivación 94
2. Motivación general y motivación individual 96

www.librosderechoperu.blogspot.com

CAPÍTULO II

PRINCIPIOS LIMITADORES DEL PODER PUNITIVO DEL ESTADO

..... 105
A) El principio de intervención mínima 107
a) La subsidiariedad del derecho penal 108
1. La tesis de subsidiariedad 108
2. La tesis de autonomía 111
3. Crítica y toma de posición. Especial referencia al derecho penal administrativo..' 112
b) Otras consecuencias 123
1. De orden cuantitativo 123
2. De orden cualitativo 131
B) Principio de intervención legalizada 135
a) Evolución y fundamento del principio de inter vención legalizada 137
1. Evolución y origen histórico 137
2. Fundamento político: principio de intervención legalizada y Estado de derecho 140
3. Fundamento jurídico 145
b) Consecuencias del principio de intervención legalizada.....147
1. En materia de fuentes del derecho penal.....148
2. En materia de interpretación de la ley penal: la prohibición de la analogía 150
3. Prohibición de la retroactividad de la ley penal 153
4. Principio de intervención legalizada y técni ca legislativa penal 155

www.librosderechoperu.blogspot.com

LA CIENCIA DEL DERECHO PENAL Y SU MÉTODO

CAPÍTULO III LA CIENCIA DEL DERECHO PENAL

..... 163
A) El problema del carácter científico de la actividad jurídicopenal 166
a) El concepto positivista de ciencia 167
1. El positivismo científico 167
2. La tesis de Kirchmann 168
3. El positivismo jurídico 170
4. Consecuencias del positivismo en la ciencia del derecho penal 171
b) El neokantismo 176
1. Planteamiento doctrinal 176
2. La influencia del neokantismo en la ciencia del derecho 177
3. La influencia del neokantismo en la ciencia del derecho penal 179
c) Conclusiones 181
1. La objeción de la movilidad del objeto 181
2. La objeción de la falta de progreso 182
3. El carácter científico de la ciencia del derecho penal 184

B) La ciencia del derecho penal y las ciencias penales 185
a) La ciencia del derecho penal 186
1. La dogmática jurídicopenal y la lógica formal .. 187
2. El sistema jurídicopenal y sus crisis 188
3. La crítica 189

www.librosderechoperu.blogspot.com

b) Las ciencias penales: especial consideración de la criminología 190
1. Concepto de criminología 193
2. Contenido de la criminología 195
3. Métodos de la criminología 200
4. Relaciones entre criminología y derecho penal 202
c) Hacia una ciencia totalizadora del derecho penal 204

CAPÍTULO IV

EL MÉTODO DE LA CIENCIA DEL DERECHO PENAL: LA DOGMÁTICA JURÍDICOPENAL

..... 211
A) Interpretación 216
a) Los criterios de interpretación 217
1. Interpretación gramatical e "insuficiencia funcional del lenguaje" 217
2. Interpretación histórica: voluntad del legislador y voluntad de la ley 221
3. Interpretación sistemática 225
4. Interpretación teleológica 229
5. Relación entre los distintos criterios 231
b) Problemas especiales de interpretación. Inter pretación y analogía 232
1. Analogía a favor y en contra del reo 233
2. Analogía e interpretación analógica 234
3. Interpretación extensiva y restrictiva 238
c) Interpretación, subsunción y aplicación 240
1. La determinación del hecho 242
2. Enjuiciamiento jurídico 247

www.librosderechoperu.blogspot.com

B) Sistema 253
a) Evolución del sistema de la teoría general del delito 255
1. El sistema de von Liszt y Beling 257
2. El neokantismo y su influencia en la transformación del sistema 259
3. La teoría final de la acción 262
b) Consideraciones críticas 268
1. Las consecuencias del sistema 268
2. La superación de los criterios ontológicos en la configuración del sistema 270
3. La superación del pensamiento sistemático. Tensión dialéctica entre el sistema y el pro blema 271

C) Crítica 277
a) Bases para una dogmática crítica del derecho penal 279
1. Bases jurídicas 280
2. Bases políticosociales 281
b) Crítica y reforma del derecho penal 282

BIBLIOGRAFÍA 285

www.librosderechoperu.blogspot.com

NOTA DEL AUTOR A LA SEGUNDA EDICIÓN

Hace ya casi treinta años que concebí y empecé a escribir esta obra. Acababa de obtener una beca de la Fundación Alexander von Humboldt y me marchaba a Alemania, a estudiar en la Universidad de Munich con el que luego iba a ser mí maestro y mentor durante todos estos años: el Profesor, muchas veces doctor honoris causa Claus ROXIN.

El sistema de acceso a cátedra que había por aquel entonces en España obligaba a escribir, a los que aspirábamos a obtenerla, una Memoria sobre el Concepto, Método y Fuentes de la disciplina, en este caso el Derecho penal, que casi siempre, como casi todas las cosas de obligado cumplimiento burocrático, era mera rutina o recopilación de textos y citas (mientras más mejor), cuando no copia literal, más o menos disimulada, de otras Memorias similares que habían tenido que redactar los que nos habían precedido en tales eventos, generalmente los maestros, los amigos y compañeros, que, ay, con el paso de los años se han convertido, para no romper con una tradición muy española, en muchos casos, en ex xmaestros, enemigos declarados y adversarios acérrimos, hasta que la muerte nos separe.

www.librosderechoperu.blogspot.com

Pero hace treinta años también había en España una dictadura de corte cuasi totalitario-fascista, que parecía no iba a acabar nunca, y que desde luego no veía con muy buenos ojos que algún joven aspirante a los más altos grados de la docencia universitaria se mostrara crítico con algo tan sensible para cualquier régimen, especialmente si es el de una dictadura, como es el derecho penal; y mucho menos todavía, si además ese joven mostraba o defendía incluso ideas marxistas revolucionarias, o, como también se decía entonces, simplemente "comunistoides". Probablemente, ni éramos tan marxistas, ni tan revolucionarios como pensábamos (algunos, desde luego, con el paso del tiempo se han pasado completamente al otro bando) o el régimen nos suponía, ni, por supuesto, nuestras críticas académicas o formuladas en el ámbito puramente académico de unas oposiciones a cátedras socavaban lo más mínimo la dureza brutal de aquel derecho penal, ni la firmeza incombustible de la dictadura. Pero menos da una piedra, y cada uno desde su peculiar atalaya (y la del mundo académico español era y es muy, muy peculiar) procuraba aportar su granito de arena a la caída de la dictadura y a la construcción de un régimen democrático más libre y quizás más justo que el que nos había tocado vivir durante más de treinta años, precedidos de una brutal Guerra Incivil.

Y así fue cómo se me ocurrió convertir mi particular Memoria en una especie de panfleto contra la dictadura, o si se prefiere contra el derecho penal de aquella dictadura, camuflándolo, eso sí, con todo el oropeljuridico, fundamentalmente de carácter dogmático, pero también -y ahí se notaba ya la influencia de mi maestro Claus ROXIN- políticocriminal, que había adquirido en aquellos años de duro bregar por los seminarios y bibliotecas universitarias y del aún mucho más duro aprendizaje de la lengua y la cultura jurídica alemanas.

www.librosderechoperu.blogspot.com

Ahora, casi treinta años después de haber escrito esa Memoria y haber obtenido la cátedra, y veintiséis después de su publicación, en noviembre de 1975, que coincidió con la muerte en su cama, y por causas naturales, del dictador Francisco Franco, me parecen bastante ingenuas, por obvias, muchas de las cosas que decía entonces, o el énfasis que ponía al decirlas, ya que hoy nadie pensaría siquiera en discutirlas. Pero así, el lector de ahora puede hacerse una idea mejor de cómo estaría entonces la situación en España, para que el decir estas que hoy parecen obviedades le hiciera suponer, al que las decía, algún tipo de riesgo no meramente intelectual.

Desde ese ayer, cuántas cosas a todos nos han pasado; el mundo y no sólo España han cambiado tanto, que ni siquiera lo que se decía hace poco más de diez años parece tener ahora validez. Por lo que respecta al derecho penal, su ampliación desmesurada hacia sectores antes inexistentes o poco relevantes como el medio ambiente, el uso de la informática y de las nuevas tecnologías, la manipulación genética, el fenómeno de la globalización económica, la delincuencia organizada, el narcotráfico, etc., la irrupción cada vez más potente en la dogmática jurídicopenal alemana y por su influencia en la española y en muchas latinoamericanas del funcionalismo sistémico y la importancia cada vez mayor de nuevos instrumentos conceptuales como los delitos de peligro meramente hipotético, o los bienes jurídicos puramente funcionales o institucionales, han determinado una nueva imagen del derecho penal que Winfried HASSEMER y algunos colegas suyos de la Escuela de Frankfurt como Klaus LÜDERSEN y Wolfgang NAUCKE han calificado, y no precisamente con intención laudatoria, como "moderno" derecho penal.

Es probable que esta tendencia sea imparable y que los nuevos tiempos exijan también un aggiornamiento *del de-*

www.librosderechoperu.blogspot.com

recho penal, para que se adapte a la realidad del mundo actual y pueda combatir con mayor eficacia estos problemas característicos de las sociedades de nuestro tiempo; pero mientras no se demuestre otra cosa, esta tendencia no puede significar el abandono o la destrucción de los principios que dieron origen al derecho penal del Estado de derecho, un derecho garantista y respetuoso con los derechos humanos consagrados constitucionalmente en muchos países y en las declaraciones y convenciones internacionales.

Igual que entonces, el derecho penal no puede ser concebido tampoco ahora como único o principal instrumento para la consecución de fines políticos, económicos o sociales, sino como un último recurso inspirado por el principio de intervención mínima, *al que el Estado debe recurrir sólo cuando se trata de evitar o sancionar comportamientos muy graves que atacan a bienes jurídicos fundamentales, y sólo en la medida en que no sean suficientes otros instrumentos protectores menos lesivos y limitadores para los derechos humanos que los puramente punitivos.*

Tampoco el moderno derecho penal debe renunciar a las finalidades de reinserción social del delincuente, *o por lo menos, como he puesto posteriormente de relieve en otros trabajos míos sobre el tema, debe evitar que las sanciones penales, especialmente las privativas de libertad, la cárcel, acentúen aún más el estado de marginación y deterioro social que es lo que lleva a la mayoría de los delincuentes a cometer delitos. Y, por supuesto, el derecho penal, hoy más que nunca, tiene que estar presidido por el* principio de legalidad o de intervención legalizada *en todas sus actuaciones y en todos sus niveles, evitando que sean la arbitrariedad judicial, el oportunismo político o las campañas mediáticas manipuladoras de la opinión pública, las que determinen los límites entre lo punible y lo impune, entre el castigo del perdedor y la glorificación del triunfador, que muchas veces lo es sólo porque ha tenido suerte, aunque no*

www.librosderechoperu.blogspot.com

por eso deje de ser un tiburón financiero, un empresario desaprensivo o un político corrupto y demagogo.

Si a esto se le añade la vigencia de otros principios autónomos o derivados de los anteriores, como el de responsabilidad subjetiva o *culpabilidad, exclusiva protección de bienes jurídicos, proporcionalidad y humanidad, por solo citar los que afectan al derecho penal material, que son de los que me ocupo en esta obra, dejando por ahora a un lado los también muy importantes que afectan al proceso penal, veremos que en estos treinta años el derecho penal no ha cambiado tanto, y que incluso, muchos de los principios que propugnábamos entonces siguen estando muy lejos de ser una realidad, por más que, por lo menos en España, no tengamos ya una dictadura oprobiosa ni un régimen nega-dor de los derechos humanos más elementales.*

*Por supuesto que, en el plano teórico, son muchos los planteamientos que han renovado el arsenal, no sólo dogmático sino también político*criminal *y criminológico, en estos últimos treinta años, y yo mismo me he ocupado de ellos en otras muchas publicaciones y trabajos que he ido realizando durante toda esta época de absoluta y exclusiva dedicación a tareas docentes en muchas Universidades por prácticamente todo el mundo. Pero tengo la satisfacción de poder decir ahora que lo que escribí entonces sigo, en lo fundamental, manteniéndolo, si bien corregido, matizado y a veces aumentado, sin que tenga que arrepentirme y mucho menos avergonzarme de lo que, a veces con ingenuidad, pero siempre con sinceridad, dije en otras épocas que parecen ya tan lejanas. Y es esta coherencia y fidelidad a unas ideas lo único que, quizás, después de tantos años, puedo mostrar con orgullo frente a los que ya las han olvidado, probablemente porque nunca creyeron de verdad en ellas y sólo las utilizaron para medrar y situarse, muy bien por cierto, al lado de los poderosos, los corruptos o los facinerosos.*

www.librosderechoperu.blogspot.com

Agradezco, por último, aunque no en último lugar, a mis queridos amigos, Gonzalo Fernández y Julio Faira, su amable insistencia y su interés en que esta obra, ya hace tiempo agotada, vuelva a aparecer ahora del otro lado del Atlántico y en la muy querida por mí América latina.

Sevilla, veintiocho de febrero del 2001, Día de Andalucía

FRANCISCO MUÑOZ CONDE

www.librosderechoperu.blogspot.com

LA *"INTRODUCCIÓN..."* TREINTA AÑOS DESPUÉS

I. EL AUTOR Y LA OBRA

El profesor Francisco MUÑOZ CONDE no precisa, por cierto, de mayores presentaciones. Cualquier semblanza de su trayectoria científica permite identificarlo, sin vacilaciones, como una de las figuras cumbres del derecho penal hispanoamericano contemporáneo.

Graduado tempranamente como Doctor en Derecho (1970), con una tesis sobre *El delito de alzamiento de bienes* -publicada en 1971- MUÑOZ CONDE marcha de inmediato a la Universidad de Munich, a trabajar junto a su maestro, el profesor Claus ROXIN. Son los *"Wanderjahre"* de un joven jurista sevillano, acaso algo agobiado por el conservadurismo imperante en la Universidad española, que procura ampliar su formación jurídica en el mundo cultural (y no menos fermental) de la dogmática alemana, siguiendo un periplo frecuente, que ya había inaugurado mucho antes, tan luego en 1914, JIMÉNEZ DE ASÚA, acudiendo al *"Kriminalistisches Institut"* de Berlín, dirigido por Franz von LISZT. [1]

[1] Luis JIMÉNEZ DE ASÚA, *Franz von Liszt*, en "El Criminalista", Tipográfica Editora Argentina, Buenos Aires, 1948, t. VIII, p. 253.

www.librosderechoperu.blogspot.com

Durante su estancia en Munich, como becario de la Fundación Alexander von Humboldt (1971-1973), amén de algunos trabajos monográficos aparecidos en publicaciones alemanas, MUÑOZ CONDE escribe un segundo libro sobre *El desistimiento voluntario de consumar el delito* (1972), y traduce al castellano *Política criminal y sistema del derecho penal* (1972) de ROXIN, donde éste expone un drástico cambio de paradigma, que MUÑOZ CONDE ha advertido, *in limine,* en toda su intensidad: no puede haber un concepto dogmáticamente correcto que no sea, al mismo tiempo, político-criminalmente útil y viceversa. La vinculación al derecho y la utilidad político-criminal -según el axioma de ROXIN- no pueden contradecirse, sino que tienen que compaginarse en una síntesis[2].

Culminada su estadía en Alemania, MUÑOZ CONDE obtiene, en plena juventud -con apenas veintinueve años de edad- la Cátedra de Derecho Penal de la prestigiosa Universidad de Sevilla (1974).

Ya al año siguiente, en 1975, publica esta *Introducción al derecho penal,* elaborada básicamente en Munich, en la Ludwig-Wilhelms-Universität. Casi enseguida, en 1976, aparece su *Derecho penal. Parte especial,* un clásico de la literatura penal española, que lleva ya doce ediciones consecutivas.

Entre 1980 y 1989, MUÑOZ CONDE pasa a dirigir el Departamento de Derecho Penal de la Universidad de Cádiz. A esa época pertenece también su actuación como Miembro de la Comisión Redactora de la Propuesta de Ante-

[2] Claus ROXIN, *Política criminal* y *sistema del derecho penal,* Bosch Casa Editorial, Barcelona, 1972, p. 33.

www.librosderechoperu.blogspot.com

proyecto de Nuevo Código Penal (PANCP); una iniciativa malograda que no obtiene aprobación legislativa[3].

Pero, además, la producción científica de MUÑOZ CONDE adquiere en la década del ochenta un ritmo impresionante: publica su *Teoría general del delito* (1983), *Derecho penal y control social* (1985), *El error en derecho penal* (1987), a la par que traduce -junto con el profesor Santiago MIR PUIG- la 3ª edición del *Tratado de derecho penal* de Hans-Heinrich JESCHECK (1981), y traduce también -esta vez con el profesor Luis ARROYO ZAPATERO- los *Fundamentos de derecho penal* de Winfried HASSEMER (1984), el ascendente catedrático de Frankfurt. No conforme con ello, MUÑOZ CONDE logra todavía el tiempo necesario para realizar la versión castellana de varios artículos monográficos de ROXIN, nucleados en el libro *Culpabilidad y Prevención en derecho penal* (1981).

De regreso a la Universidad de Sevilla (1986), la carrera académica de MUÑOZ CONDE asume un giro inesperado, porque comienzan sus contactos con el derecho penal norteamericano, a través del profesor George P. FLETCHER, de la Columbia University School of Law de Nueva York.

Precisamente, de FLETCHER traduce o comenta MUÑOZ CONDE varios libros: *En defensa propia* (1992), *Las víctimas ante el jurado* y los *Conceptos básicos de derecho penal* (1997).

Si ya de por sí, ese puente al mundo jurídico anglosajón significa una apertura poco frecuente para quie-

[3] Se ha publicado una colección de estudios doctrinarios sobre la PANCP, que comenta sus disposiciones, en la serie "Documentación Jurídica", Ministerio de Justicia, Madrid, 1983, 2 volúmenes. En esa colectánea de estudios, MUÑOZ CONDE analiza *La reforma de los delitos contra el patrimonio*, en el vol. I, p. 667 y siguientes.

www.librosderechoperu.blogspot.com

nes son tributarios de la tradición jurídica continental europea, MUÑOZ CONDE va más lejos aún, desempeñándose como profesor invitado en el Japón, durante el año 1992, en la Universidad Tsukuba y durante 1995, en la Universidad Central de Tokyo.

Sin embargo, las tareas docentes en el extranjero no hacen decrecer su actividad publicista. Así, en colaboración con Winfried HASSEMER, publica la *Introducción a la criminología y al derecho penal* (1989) -adaptación y reelaboración de una obra originariamente escrita en alemán por HASSEMER- y escribe, con el mismo autor, *La responsabilidad por el producto en derecho penal* (1995).

En 1993, en colaboración con la profesora Mercedes GARCÍA ARAN, de la Universidad Autónoma de Barcelona, MUÑOZ CONDE da a luz otro texto destinado a convertirse en una nueva obra clásica de la bibliografía jurídico-penal española: se trata del *Derecho penal. Parte general,* un manual que computa, hasta la fecha, cuatro ediciones sucesivas.

Y recientemente, como para confirmar esa señera trayectoria científica, ha dado a conocer tres trabajos -los tres últimos- de notable valor académico y jurídico: *La búsqueda de la verdad en el proceso penal* (1999), su lección inaugural en la Universidad Pablo de Olavide, de Sevilla, donde es catedrático desde octubre 1999; una vieja traducción hasta ahora inédita de los *Moderne Wege...* de Edmund MEZGER -*Modernas orientaciones de la dogmática jurídico-penal*- y el estudio preliminar a esa monografía, publicado en forma autónoma, bajo el título *Edmund Mezger y el derecho penal de su tiempo. Los orígenes ideológicos de la polémica entre causalismo y finalismo* (2000).

Esta semblanza quedaría incompleta si no recordáramos que MUÑOZ CONDE, doctor honoris causa por varias

www.librosderechoperu.blogspot.com

Universidades, profesor invitado en Alemania, Italia, Estados Unidos, Corea y Japón, autor de más de veinte libros y casi un centenar de artículos monográficos publicados en varios idiomas, ganador del Premio Mutis-Humboldt de Investigación en Ciencias Jurídicas, etc., cultiva un hondo afecto por la Universidad y por sus colegas latinoamericanos.

Ese sentimiento que le fluye con absoluta espontaneidad, esa disposición solidaria que hemos encontrado, indefectiblemente, todos quienes acudimos a él en demanda de colaboración, justifican que lleve dictados múltiples cursos y conferencias en Méjico, Cuba, Venezuela, Colombia, Perú, Brasil, la Argentina, Chile y Uruguay. Su entrega fraterna, su cabal comprensión de las dificultades que sobrellevan, azarosamente, los centros universitarios de América latina -siempre postergados por los gobiernos-, explican asimismo la generosidad para autorizar la reedición de varias de sus obras, aquí en el Sur. Detrás de esa actitud existe un compromiso muy profundo con la ciencia y la cultura que son -todo el pensamiento de MUÑOZ CONDE no hace sino confirmarlo-, el único camino de desarrollo viable y el punto de partida de la verdadera emancipación del hombre, que sólo se realiza a través del conocimiento.

II. LA *INTRODUCCIÓN. ..*: UNA REVULSIVA MEMORIA DE CÁTEDRA

Dentro de la extensa producción bibliográfica del profesor MUÑOZ CONDE, que acabamos de reseñar en forma somera, este libro de los años iniciales -publicado por

www.librosderechoperu.blogspot.com

única vez en España, en 1975[4] e, inexplicablemente, sin reediciones posteriores-, tuvo gran repercusión en el mundo académico iberoamericano. La *Introducción...* causó un fuerte impacto entre los jóvenes penalistas de aquella época *(altri tempü),* que aún buscábamos -permítaseme una confesión personal- nuestro propio camino científico.

Si bien el origen del libro resulta de una Memoria de oposiciones, elaborada para aspirar a una cátedra universitaria, su proyección trasciende largamente ese requerimiento casi administrativo, propio de la maraña burocrática que ha ido cercando, cada vez más, la vida universitaria.

Como lo relata MUÑOZ CONDE en la hermosa "Nota" que prologa esta segunda edición, le hubiera bastado con abordar un trabajo de rutina, de mera recopilación de textos, para sortear la exigencia administrativa y tener por cumplida la Memoria. Pero su espíritu inquieto y su compromiso social no podían contentarse con semejante "estafa de etiquetas". Entonces aprovechó el cumplimiento de un rutinario deber burocrático, para consumar, sin duda alguna, una obra jurídica mayor.

La *Introducción...* debe valorarse en la exacta dimensión de su época, pues sólo así logrará entender el lector cómo y por qué aquella ha perdurado. En el contexto de una España que empezaba a sacudirse cuarenta años ininterrumpidos de autoritarismo, de dictadura institucional, un joven profesor -no fue el único, desde luego-intentaba quebrar una acusada xenofobia cultural, retomando la orientación de la dogmática germana y señalando, al mismo tiempo, la problematicidad esencial

[4] Publicado por Bosch Casa Editorial, Barcelona, 1975.

www.librosderechoperu.blogspot.com

del derecho penal y la centralidad que posee el momento político dentro de la reflexión jurídico-penal.

Discrepo radicalmente con el autor cuando, en su "Nota" preliminar, califica a su Memoria académica como "una especie de panfleto contra la dictadura". La *Introducción...* de MUÑOZ CONDE avanza mucho más allá, puesto que traza los grandes lincamientos del derecho penal del Estado de derecho. Demarca el olvidado derecho penal de la Constitución, para anteponerlo como paradigma democrático frente a una sociedad oprimida por el franquismo, que carece todavía de democracia política y de una verdadera *"Charta Magna"*.

No en balde, ya desde la portada del libro, MUÑOZ CONDE destaca la necesidad de "renunciar a un planteamiento puramente juridicista y considerar al derecho penal como una parte y un reflejo a su vez de un contexto social mucho más amplio. El cambio del derecho penal supone, en efecto, el cambio de la situación política, económica y social que lo condiciona ...".

La aludida perspectiva carece de connotaciones "panfletarias", antes bien, ella sienta las bases epistemológicas para una nueva comprensión del derecho penal, indicándole una inflexión metodológica al jurista.

Pues bien, a mediados de la década del setenta, cuando todo el Cono Sur de América latina (Brasil, Argentina, Chile, Uruguay) estaba ahogado bajo sangrientas dictaduras militares, semejante planteamiento no podía menos que cautivar a los penalistas del "inxilio"[5], que por las rendijas del régimen castrense soñábamos con

[5] La expresión alude al llamado exilio interior; esto es, a la situación de quienes, por diversas razones, debieron permanecer en nuestros países bajo dictaduras, sin tener la opción de exiliarse en el extranjero.

www.librosderechoperu.blogspot.com

reconquistar la democracia y la libertad, apostando a la restauración del Estado de derecho; el cual incluía, por supuesto, la restauración de nuestra querida Universidad, agredida por una larga serie de "depuraciones".

No obstante, pese a su planteo filosófico y a su comprensión raigalmente política del derecho penal, MUÑOZ CONDE tampoco se conformaba con la mera constatación de la injusticia social -una situación dramática en América latina-, ni se extraviaba en el esquema de la denuncia antidictatorial, ése sí panfletario, tan corriente en aquellos años de plomo.

De pronto, un desconocido profesor español -cuanto menos por estas latitudes-, venía a demostrar que al lado de la alternativa de ruptura criminológica, al lado de la criminología crítica, donde buscó refugio buena parte del pensamiento progresista latinoamericano[6], restaba aún la alternativa de una *dogmática crítica* y que ella constituía un instrumento todavía más eficaz para poner de manifiesto los excesos del poder penal, recon-duciéndolo a un prisma compatible con las libertades ciudadanas. Como lo sostuvo años más tarde ZAFFARONI, naturalmente con otras palabras, la propuesta fundamental pasaba por sostener que desde la dogmática penal y la teoría jurídica del delito era posible contener la violencia expansiva del poder penal[7].

Por si fuera poco, la *Introducción...* de MUÑOZ CONDE venía a abrir ventanas hacia la modernidad; nos traía oxígeno a todos quienes nos habíamos formado en el

[6] Ver, entre otros: Roberto BERGALLI, *Crítica a la criminología*, Temis, Bogotá, 1982, ps. 267 y siguientes; Lola ANIYAR DE CASTRO, *Criminología de la liberación.* Universidad del Zulía, Maracaibo, 1987.

[7] Eugenio Raúl ZAFFARONI, *En busca de las penas perdidas*, Ediar, Buenos Aires, 1989, p. 252.

www.librosderechoperu.blogspot.com

ambiente enclaustrado del causalismo clásico y de la dirección técnico-jurídica en derecho penal.

Julio Cortázar hablaba, a propósito de aquella época oscura y oscurantista, de los "años de alambradas culturales". Pues bien, en derecho penal, nuestras alambradas culturales -el marco teórico de aquella precaria formación universitaria- indicaban que debíamos apegarnos más a la interpretación exegética que a las construcciones sistemáticas. La política criminal, previsible-mente, no tenía cabida alguna en esa orientación tecni-cista -menos aún la criminología- y, para colmo de males, la simple adhesión a los planteos del finalismo implicaba automáticamente, no sólo una sospecha de herejía científica, sino también, aunque me siga pareciendo increíble, una sospecha de subversión política[8].

Los planteos del profesor MUÑOZ CONDE fueron objeto de inconcebibles diatribas por algún catedrático de la época[9], que lejos de descalificarlo, significan un verdadero reconocimiento a su trayectoria intelectual. En efecto, de los partidarios del autoritarismo político y penal no cabía aguardar otra actitud, como no fuera un cuestionamiento duro, huérfano de fundamentos científicos, pero lanzado a ultranza. El fenómeno confirma, en todo caso, que también aquí, en el Plata, tuvimos el

[8] Fernando BAYARDO BENGOA, *Dogmática jurídico penal. Reformula ción y perspectivas*, Ediciones Jurídicas Amalio M. Fernández, Montevideo, 1983, p. 58, llega a decir -por ejemplo- que el fina lismo pretende "con argumentos metajuridicos, que el derecho penal es el instrumento técnico para asegurar la preservación de las masas proletarias".

[9] BAYARDO BENGOA, ob. cit., p. 60, quien cita además el pensa miento de Francisco P. LAPLAZA -otro exponente de la derecha penal argentina-, cuando señala que el derecho penal "no puede estar al servicio de la lucha de clases".

www.librosderechoperu.blogspot.com

triste privilegio de contar con una pléyada de *"furchtbare Juristen"*[10].

Sin embargo, a pesar de la influencia contraria de los catedráticos de turno, para muchos estudiantes y jóvenes juristas de aquel entonces, el sistema "abierto" de MUÑOZ CONDE llegaba para quedarse. Llegaba para enseñarnos, por ejemplo, que "la ciencia del derecho penal debe elaborarse de un modo que transforme los conocimientos criminológicos en exigencias político-criminales y éstas, a su vez, en normas jurídicas, en un proceso en el que todos estos estadios son igualmente importantes y necesarios para el establecimiento de lo so-cialmente justo". Llegaba, en fin, adquiriendo carta de ciudadanía, para señalarnos que la ciencia penal no se contenta con interpretar la ley, sino que procura -ella también- transformar al mundo circundante.

Como se comprenderá, el criterio de las "barreras infranqueables" entre derecho y política criminal, pregonado por LISZT[11], que habíamos aprendido como una oración secular, se derrumbaba para siempre.

III. TREINTA AÑOS DESPUÉS

De todas maneras, la idea de reeditar esta monografía no obedece a la pura reminiscencia histórica. Tam-

[10] La expresión significa "juristas terribles" y MUÑOZ CONDE la toma de una obra de Ingo MÜLLER. Ver: *Edmund Mezger y el derecho penal de su tiempo,* ob. cit., p. 16.

" Franz von LISZT, *Tratado de derecho penal,* Ed. Reus, Madrid, 1927, vol. II, p. 65.

www.librosderechoperu.blogspot.com

poco a razones ligadas al recuerdo y al afecto personal que los universitarios guardamos por algún maestro, o bien por alguna publicación científica de especial impacto formativo.

Por el contrario, la *Introducción...* es una obra jurídica de valor indiscutido. El autor desentraña con envidiable claridad y sencillez los intrincados problemas teóricos, los presenta con verdadera pulcritud pedagógica y cumple así, respecto de cualquiera que recorra estas páginas, una notable función didáctica. Por lo pronto, realiza su cometido: la obra "introduce" al lector en el espinoso tema de la cuestión criminal y en esta disciplina terrible que se ocupa de los delitos y de las penas. Lo hace recomendando máximo cuidado y enseñando a no encandilarse con la potencialidad de la represión penal -un vicio frecuente en muchos jóvenes-, porque detrás de ella se juega el destino de la dignidad del hombre.

De ahí la idea de reeditar el libro casi treinta años después. Sencillamente, porque esta vieja Memoria de cátedra no merece perderse en el olvido, pasando a convertirse en un hallazgo ocasional, una *rara avis* en las librerías de viejo. No lo merece, aun cuando MUÑOZ CONDE haya encarado, años más tarde, monografías de mayor enjundia todavía[12]. Así y todo, la *Introducción...* tiene, todavía, mucha tarea por delante.

Ha sido la voluntad del profesor MUÑOZ CONDE -compartida por la casa editorial y por nosotros-, la de reimprimir la obra sin alteraciones ni adiciones, a fin de preservar la autenticidad y la frescura del texto original.

Sólo que treinta años no transcurren en vano. Vuelvo a disentir con el autor cuando señala, en su "Nota"

[12] Me refiero a la *Teoría general del delito*, Temis, Bogotá, 1983 y al *Derecho penal. Parte general.* Tirant lo Blanch, Valencia, 1993, escrito en colaboración con Mercedes GARCÍA ARAN.

www.librosderechoperu.blogspot.com

preliminar, que muchas de sus afirmaciones le resultan hoy bastante obvias e ingenuas. ¿Obvias? ¿Es que la brutal expansión del sistema penal no nos obliga a insistir, una y mil veces, en el principio de *extrema ratio?* Si el aparato penal es, en el esquema de ALTHUSSER[13], uno de los aparatos ideológicos del Estado, ¿es ingenuo cuestionar la inseguridad del juicio de peligrosidad y alertar sobre la penalización elíptica que significan en ocasiones las medidas de seguridad, infringiendo el *ne bis in ídem?* Si, como lo admitía sin ambages BETTIOL[14], el derecho penal es una política, ¿puede reputarse de obvia la denuncia relativa a la "perversión" sufrida por el concepto de bien jurídico o bien el reclamo radical en pos de la subsidiariedad del derecho penal?

Las interrogantes precedentes se contestan por sí solas. Este no es un libro para iniciados, quienes manejan, comprensiblemente, otra dimensión de lo obvio. Es una obra de iniciación, imprescindible para reflexionar y crecer con ella.

Por supuesto, el tiempo transcurrido y, sobre todo, el proceso de expansión creciente que refiere el autor en su "Nota" a esta edición, la ampliación desmesurada del derecho penal hacia nuevos sectores de la vida social, obligarán algún día a complementar esta monografía con un *post-scriptum.*

Si tuviéramos que enunciar las líneas de un eventual *aggiornamento* de la obra -el lector excusará nuestra audacia-, lo dejaríamos limitado a un pequeño puñado de adiciones:

[13] Louis ALTHUSSER, *Ideología* y *aparatos ideológicos del Estado,* Ediciones Nueva Visión, Buenos Aires, 1984, ps. 27-28.

[14] Giuseppe BETTIOL, "II problema pénale", en *Scritti giuridici,* Cedam, Padova, 1966, vol. II, p. 638.

www.librosderechoperu.blogspot.com

A) En primer lugar, nos parece provechoso ampliar la exposición en materia de desvalor de acto y desvalor de resultado, mencionada en el Capítulo I del libro. En efecto, el resurgimiento de la orientación subjetivista -lidera-da en América latina por el profesor Marcelo SANCINETTI [15]-y la estimación del resultado como simple condición de punibilidad o criterio de necesidad de pena de un ilícito cuyo epicentro radicaría en el desvalor de acción[16] justifica, a nuestro modo de ver, detenerse en el tema y explicar la posición de síntesis: que la polémica entre desvalor de acto y de resultado es infructuosa, ya que ambos conceptos -sin relación de prioridad entre sí-, son igualmente relevantes en la configuración de la antijuridicidad[17].

B) En segundo término, creemos que acaso sea útil otorgarle mayor desarrollo al concepto de bien jurídico y a su proceso de "perversión" o erosión, que le ha privado de su *rol* limitador, tolerando la expansión desmedida del sistema penal, por cuanto -según apunta Klaus GÜNTHER- se ha relajado la correlatividad entre derechos subjetivos de libertad y el deber de omitir injerencias en la libertad de otros[18].

[15] Marcelo A. SANCINETTI, *Teoría del delito y disualor de acción,* Hammurabi, Buenos Aires, 1991.

[16] Diethart ZIELINSKI, *Disvalor de acción y disvalor de resultado en el concepto de ilícito,* Hammurabi, Buenos Aires, 1990, p. 238. Ver también SANCINETTI, *Subjetivismo e imputación objetiva en dere cho penal,* Ad-Hoc, Buenos Aires, 1997, ps. 66-70.

[17] Cfr.: MUÑOZ CONDE-GARCÍA ARAN, ob.cit., p. 279.

[18] Klaus Günther, "De la vulneración de un derecho a la infrac ción de un deber. ¿Un 'cambio de paradigma' en el derecho pe nal?", en AA.W., *La insostenible situación del derecho penal,* Ins tituto de Ciencias Criminales de Frankfurt-Área de Derecho Pe nal de la Universidad Pompeu Fabra (ed.), Editorial Comares, Granada, 2000, ps. 496-497.

www.librosderechoperu.blogspot.com

En lo personal, reivindicamos la utilidad del concepto de bien jurídico -pese a admitir el proceso de depreciación y deterioro que ha padecido- y nos parece imprescindible hacerle cumplir una función sistemática, valorando la lesión del bien protegido (principio de lesividad) como un elemento constitutivo del ilícito penal[19].

C) En otro orden de cosas, pensamos que resultaría beneficioso adicionar el *principio de culpabilidad* entre los principios limitadores del poder punitivo del Estado, que se enuncian en el Capítulo II de esta *Introducción al derecho penal.*

Pese a la álgida polémica habida en la dogmática a propósito de la culpabilidad penal[20] y a la reconducción de esta categoría estructural del delito a términos de prevención general, fundamentalmente con JAKOBS[21], O bien su subsunción en la falta de fidelidad al derecho -insuficiente socialización del autor, que obsta el actuar orientado a la comprensión comunicativa, según lo pretende KIND HÄUSER[22]-, pensamos que el principio de culpabilidad continúa siendo uno de los principios cardinales del *ius*

[19] Gonzalo D. FERNÁNDEZ, "Bien jurídico y sistema del delito", en *Teorías actuales en el derecho penal-75" Aniversario del Código Penal* de AA.W., Ad-Hoc, Buenos Aires, 1998, p. 425.

[20] Ver una síntesis en Bernd SCHÜNEMANN "La culpabilidad: esta do de la cuestión", en Sobre el estado de *la teoría del delito,* de Claus Roxin, Günther JAKOBS, Bernd SCHÜNEMANN, Wolfgang FRISCH, y Michael KÖHLER, Civitas, Madrid, 2000, ps. 93 y si guientes.

[21] Günther JAKOBS, "Schuld und Prävention", en *Recht und Staat,* Heft 452/453, J.C.B. Mohr (Paul Siebeck), Tübingen, 1976.

[22] Urs KINDHÄUSER, "La fidelidad al derecho como categoría de la culpabilidad", en *Cuestiones actuales de la teoría del delito,* de Diego Manuel LUZÓN PEÑA y Santiago MIR PUIG (ed.), McGraw Hill, Madrid, 1999, p. 210.

www.librosderechoperu.blogspot.com

puniendi. Pues, conforme lo precisa el propio MUÑOZ CONDE, "parece hoy fuera de discusión en el moderno derecho penal que la pena tanto en su fundamento, como en sus límites, depende del grado de participación subjetiva del sujeto en la realización del delito ..."[23].

D) Por último, en la Parte Segunda del libro, Capítulos III y IV, está faltando la actualización de las nuevas orientaciones de la dogmática alemana, que han impreso su correlativa influencia en el pensamiento penal iberoamericano. Sería provechoso presentar, ordenadamente, esos posicionamientos de escuela. En otros términos, otorgarle mayor desarrollo a cuanto ha producido en los últimos treinta años la Escuela de Munich y en especial Claus ROXIN, a los planteamientos articulados por la Escuela de Frankfurt, con Winfried HASSEMER como representante emblemático y a la Escuela de Bonn, con el giro imprevisto de Günther JAKOBS hacia el funcionalismo sistémico.

Aunque una de las últimas obras del profesor MUÑOZ CONDE vuelve a internarse en la peripecia de la polémica entre causalismo y finalismo[24], es innegable que ello configura un estadio superado en la evolución histórica de la dogmática penal. Hoy por hoy, definitivamente socavados los fundamentos ontologicistas del sistema de derecho penal, el punto de tensión se sitúa entre orientación político-criminal, normativismo y funcionalismo sistémico. Por esos andariveles ha discurrido la dogmática penal, desde que viera la luz la primera edición de esta obra.

[23] MUÑOZ CONDE y GARCÍA ARAN, ob. cit., ps. 87-88.

[24] MUÑOZ CONDE, *Edmund Mezger y el derecho penal de su tiempo.* ob. cit., en especial ps. 36 y siguientes.

www.librosderechoperu.blogspot.com

IV. COLOFÓN

Acabo de consumar el atrevimiento, realizándolo a dolo directo, de sugerirle al autor las asignaturas pendientes para una próxima reedición de este libro, que seguramente vendrá, más temprano que tarde.

Pero aun siendo dolosa mi intención, queda de todas formas justificada por el principio del interés público preponderante. Todo cuanto ha escrito y enseñado el profesor MUÑOZ CONDE -en particular, esta monografía inicial, buque insignia de toda su copiosa producción bibliográfica posterior-, ha servido para orientar con lucidez el pensamiento y las reflexiones de nuestra generación.

En aquel entonces -1975-, aturdidos por la dictadura, encerrados en el conservadurismo penal que nos habían impartido desde las aulas, con absoluta ortodoxia -el argumento *ad verecundiam-*, aprendimos con un imprevisto profesor español a separar la paja del trigo y a mirar hacia delante. Nada mejor, por tanto, que delegarle también la responsabilidad de orientar a nuestros discípulos de hoy en día, que acuden al salón de clase lastrados de dudas y de legítimas incertidumbres.

Si la causa de justificación invocada no fuera suficiente, puedo aducir todavía en mi favor una causa de exclusión de la punibilidad por el reato de lesa audacia. Más allá de afinidades no menores por cierto -la literatura, el jazz-, más allá de reconocerlo sin ambages como *magister* allende el océano, siento por el profesor MUÑOZ CONDE, el querido *Paco*, una honda amistad. Y los amigos siempre pueden atreverse a formular sugerencias -fueren o no atinadas-, dado que todo les está excusado a priori, en la dimensión insondable de los afectos.

Porque si es mi deber dejar consignado el respeto intelectual que me merece el MUÑOZ CONDE jurista, idén-

www.librosderechoperu.blogspot.com

tico imperativo me determina a agradecerle públicamente su indeclinable solidaridad para con América latina, esa actitud fraterna y generosa hacia quienes trabajamos, cercados por dificultades, en estos países tan relegados. Con *Paco* MUÑOZ CONDE hemos ido tejiendo sueños y proyectos, en cada uno de nuestros esporádicos reencuentros por la comarca y el mundo. La reedición de este libro no es el último de ellos, sino tan sólo el más reciente.

Playa Verde (Uruguay), 3 de marzo del 2001

GONZALO D. FERNÁNDEZ*

* Catedrático de Derecho Penal (Montevideo).

www.librosderechoperu.blogspot.com

www.librosderechoperu.blogspot.com

FUNDAMENTOS CONCEPTUALES

www.librosderechoperu.blogspot.com

www.librosderechoperu.blogspot.com

CAPÍTULO PRIMERO

LA NORMA JURÍDICA PENAL[1]

Llamo "norma" a toda regulación de conductas humanas en relación con la convivencia. La norma tiene por base la conducta humana que pretende regular y su misión es la de posibilitar la convivencia entre las distintas personas que componen la sociedad.

[1] Empleo aquí la palabra "norma" en un sentido genérico, como proposición jurídica formulada de manera general. Por parecer-me más precisa la empleo en lugar de *proposición jurídica.* De todos modos, tanto una como otra son preceptos que rigen de "modo general", independientemente de donde procedan: ley, costumbre, decisión judicial, etc.; cfr. LARENZ, *Metodología de la ciencia del derecho,* trad. de Gimbernat, Barcelona, 1966, p.161 (hay 3ª ed. alemana de esta obra, aparecida en 1975). Igualmente considero equivalentes los términos "norma penal" y "ley penal", pues en derecho penal, por imperativo del *principio de legalidad,* sólo puede considerarse como norma vinculante la ley penal positiva; ver cap. II, B. En este lugar me parece innecesario recurrir a la conocida distinción de BINDING *(Die Normen und ihre Übertretung,* Iª ed., Leipzig, 1872, t. I, ps. 4 y ss.), entre norma y ley penal, pues toda ley penal plasma una norma de conducta, preexistente o concomitante a ella que, en todo caso, adquiere eficacia jurídica desde el momento en que entra en vigor la ley penal. Sobre el pensamiento de BINDING puede verse KAUFMANN, Armin, *Lebendiges und Totes in Bindings Normentheorie,* Gotinga, 1954, ps. 3 y ss. y pássim, que hasta la fecha es la mejor exposición de las ideas de aquel autor.

www.librosderechoperu.blogspot.com

La persona no puede vivir aislada en sí misma. Para alcanzar sus fines y satisfacer sus necesidades precisa de la comunicación con otras personas y de su auxilio. En una palabra, la existencia del *Ego* supone necesariamente la existencia de *Alter*, es decir, que la existencia humana supone siempre la coexistencia o convivencia. Pero esta convivencia no es, ni mucho menos, idílica, sino conflictiva. Es el resultado de un proceso dialéctico en el que el individuo renuncia a sus impulsos egoístas a cambio de que la comunidad con los demás le posibilite un mejor desarrollo de su personalidad y los medios necesarios para su supervivencia.

Para regular la convivencia entre las personas, se establecen normas vinculantes que deben ser respetadas por esas personas en tanto son miembros de la comunidad. El acatamiento de esas normas es una condición indispensable para la convivencia. Frente al *principio del placer*, que impulsa a la persona a satisfacer por encima de todo sus instintos, existe el *principio de la realidad*, representado por las normas que los demás imponen, que obliga al individuo a sacrificar o limitar esos instintos y a tener en cuenta a los demás[2]. La re-

[2] FREUD, Sigmund, "Formulierungen über die zwei Prinzipien des psychischen Geschehens", en *Gesammelte Werke, t.* VIII, 5ª ed., 1969, ps. 229 y ss.; del mismo, "Das Unbehagen in der Kultur", en ob. cit., t. XIV, p. 424. Esta contraposición entre principio del placer y principio de la realidad no debe entenderse de un modo absoluto; cfr. CASTILLA DEL PINO, *La culpa*, 2ª ed., Madrid, 1973, ps. 104 y siguientes. Sobre este dualismo montó MARCUSE su obra capital: *Eros* y *civilización.* Sobre la inflexión del pensamiento de MARCUSE en la antropología freudiana, ver CASTILLA DEL PINO, *Psicoanálisis* y *marxismo*, 2ª ed., Madrid, 1971, ps. 140 y siguientes. Sobre la dimensión histórica del principio de la realidad en MARCUSE, ver Heide BERNDT, y Reimut REICHE, , en *Respuestas a Marcuse*, ed. por Jürgen Habermas, trad. de Manuel Sacristán, Barcelona, 1969, ps. 102 y siguientes.

www.librosderechoperu.blogspot.com

gulación de la convivencia supone, por consiguiente, un proceso de comunicación o interacción entre los miembros de una comunidad, que se consuma a través de una relación estructural que en la sociología moderna se denomina con el nombre de *expectativa.* Cualquiera puede esperar de mí que me comporte conforme a una norma y lo mismo puedo esperar yo de los demás. La convivencia se regula, por tanto, a través de un *sistema de expectativas* que se deriva de una norma o conjunto de normas. Pero estas expectativas corren, sin embargo, el peligro de que no se cumplan. Por las razones que sean, muchas veces *se frustran,* surgiendo entonces el problema de cómo pueden solucionarse esas frustraciones o, en la medida en que esas frustraciones sean inevitables, de cómo pueden canalizarse, para asegurar la convivencia. El sistema elegido para ello es la *sanción,* es decir, la declaración de que se ha frustrado una expectativa y la consiguiente reacción frente a esa frustración[3].

La imposición de una sanción se lleva a cabo, primariamente, a nivel social. En cualquier tipo de sociedad, por primitiva que ésta sea, se dan una serie de reglas, *las normas sociales,* que sancionan de algún modo -segregación, aislamiento, pérdida de prestigio social, etc-los ataques a la convivencia. Estas normas sociales for-

[3] Este esquema coincide con el plateo funcionalista de Talcott PARSONS, *El sistema social,* trad. de Jiménez Blanco y Cazoria Pérez, Madrid, 1966. Las repercusiones de las ideas de este autor en la sociología en general y fundamentalmente en la sociología alemana del derecho son evidentes, ver por ejemplo, la copiosa obra de LUHMANN, Niklas, sobre todo su *Rechtssoziologie,* dos volúmenes aparecidos en 1973. Deben señalarse, sin embargo, las insuficiencias del planteamiento funcionalista y las críticas de Este esquema coincide con el planteamiento funcionalista de Talcott que ha sido objeto; cfr. Carlos MOYA, *Teoría sociológica,* Madrid, 1971, ps. 97 y siguientes.

www.librosderechoperu.blogspot.com

man el orden social. Históricamente, este orden social se ha mostrado por sí sólo como insuficiente para garantizar la convivencia. En algún momento histórico se hizo necesario un grado de organización y regulación de conductas humanas más preciso y vigoroso. Nace así, secundariamente, la *norma jurídica* que, a través de la sanción jurídica, se propone, conforme a un determinado plan, dirigir, desarrollar o modificar el orden social. El conjunto de estas normas jurídicas constituye el orden jurídico. Titular de este orden jurídico es el Estado, titular del orden social, la sociedad[4]. Tanto el orden social como el jurídico se presentan como un medio de represión del individuo, justificado sólo en tanto sea un medio necesario para posibilitar la convivencia.

El orden jurídico y el Estado no son, por consiguiente, más que el reflejo o superestructura de un determinado orden social, incapaz por sí mismo para regular la convivencia de un modo organizado y pacífico. En la medida en que el orden social sea autosuficiente, podrá prescindirse del orden jurídico y del Estado. Hoy por hoy debe aceptarse, sin embargo, el hecho de que existe un orden jurídico, garantizado por el Estado, porque sólo aceptándolo como objeto a interpretar, a aplicar, y, por supuesto, también a criticar, podrá superarse algún día. Esta es la tarea que corresponde al jurista en la *libergangsg es Seilschaft*[5].

[4] JESCHECK, *Lehrbuch des Strafrechts,* Allgemeiner Teil, 2ª ed., Berlín, 1972, p. 2.

[5] Cfr. PASCHUKANIS, Eugen, *Allgemeine Rechtslehre und Marxismus*, trad. alemana de la 3ª ed. rusa de 1927, 3ª ed., Frankfurt, 1970, p.19. Sobre la evolución del pensamiento soviético en esta materia ver SCHROEDER, Fiedrich-Christian, en *50 Jahre SowjetrechU* ed. por Maurach y Meissner, 1969, ps. 52 y siguientes. Para una buena exposición de conjunto ver *Marxistische und sozialitische Rechtstheorie,* ed. por Norbert Reich, Frankfurt del Main, 1972;

www.librosderechoperu.blogspot.com

Una parte de esas normas jurídicas que forman el orden jurídico se refiere a las conductas que más gravemente atacan la convivencia humana, tal como es regulada por el orden jurídico, y que, por eso mismo, son sancionadas con el medio más duro y eficaz de que dispone el aparato represivo del poder estatal: la *pena*. La *norma jurídica penal* constituye también un sistema de expectativas: se espera que no se realice la conducta en ella prohibida y se espera también que, si se realiza, se reaccione con la pena en ella prevista[6]. La realización de la conducta prohibida supone la frustración de una expectativa, y la consiguiente aplicación de una pena, la reacción frente a esa frustración. Estructuralmente, la norma penal no difiere, por tanto, en nada de cualquier otro tipo de norma, social o jurídica; su contenido, en cambio, sí es distinto del de las demás normas; porque la frustración de la expectativa debe ser en la norma penal un *delito* y la reacción frente a ella una *pena* y, en determinados casos, lo que se llama una *medida de seguridad o de rehabilitación o* una *reparación del daño civil causado*, que se aplican alternativa o juntamente con la pena. Funcionalmente, también la norma jurídica penal tiene algunas características que la distinguen de los demás tipos de normas, porque en ella la protección de la convivencia se lleva a cabo a través de un complicado proceso psicológico de intimidación y repre-

CERRONI, *Marx e il diritto moderno*, Roma, 1962 (hay trad. española de 1964). Igualmente interesantes las diversas aportaciones contenidas en el libro *Probleme der marxistischen Rechtstheorie.* ed. por Rottleuthner, 1975.

[6] Sobre la norma penal como sistema de expectativas, cfr. la obra de CALLIES, Rolf-Peter, *Theorie der Strafe im demokratischen und sozialen Rechtsstaat*, Frankfurt del Main, 1974, ps. 15 y siguientes.

www.librosderechoperu.blogspot.com

sión de los individuos que no es característico de las demás normas.

En lo que sigue voy a exponer detenidamente la estructura, el contenido y la función propios de la norma jurídica penal.

A) ESTRUCTURA DE LA NORMA JURÍDICA PENAL

Como toda norma jurídica la norma penal consta de un *supuesto de hecho* y de una *consecuencia jurídica*[7]. La diferencia entre la norma penal y las demás normas jurídicas radica en que, en la norma penal, el supuesto de hecho lo constituye un *delito* y la consecuencia jurídica es una *pena* o una *medida de seguridad.*

Prototipo de una norma penal es el art. 407 del Código Penal: "El que matare a otro será castigado, como homicida, con la pena de reclusión menor". Se trata de una *penal completa*, porque en ella se describe claramente el supuesto de hecho, "matar a otro", y la consecuencia jurídica, "la pena de reclusión menor". Pero no debe confundirse norma penal con artículo del Código Penal. Normalmente pueden coincidir, pero otras veces el supuesto de hecho y la consecuencia jurídica se encuentran repartidos en diferentes artículos del Código Penal. Cuando los artículos entre los que se reparte el supuesto de hecho y la consecuencia están en inmediata conexión, dentro de la misma sección o capítulo, no hay dificultad en considerar también estos casos como normas penales completas. Así, por ejemplo, ocurre con los arts. 514 y 515 del Código Penal: en el primero se definen los distintos supuestos de hecho de hurto y en

[7] Cfr. LARENZ, *Metodología de la ciencia del derecho*, cit., p. 164.

www.librosderechoperu.blogspot.com

el segundo se contienen las distintas sanciones que les corresponden.

Sin embargo, no siempre se encuentra tan claramente en la configuración legislativa de la norma penal esta sencilla estructura. Muchas veces, para completar el supuesto de hecho o la consecuencia jurídica hay que acudir a distintos artículos del Código que no están en inmediata conexión o, incluso, a una norma jurídica de carácter extrapenal. Esto plantea dos problemas: el de las *normas penales incompletas* y el de las *normas penales en blanco.*

a) *NORMAS PENALES INCOMPLETAS*

1. *Concepto.*— Llamo *normas penales incompletas* o dependientes a aquellos preceptos que completan o aclaran el supuesto de hecho o la consecuencia jurídica descritos en otro lugar[8].

Ejemplo de este tipo de normas son las causas de exclusión de la responsabilidad criminal recogidas en el art. 8 o el art. 30 que se refieren a la duración de las penas.

Si se analiza una cualquiera de las causas descritas en el art. 8, se observa que en ella no se hace referencia a ningún supuesto de hecho concreto. Dice así, por ejemplo, el art. 8, 2: "Están exentos de responsabilidad criminal (...) 2. El menor de dieciséis años." ¿Dónde está aquí el supuesto de hecho? ¿dónde la consecuencia jurídica? Si no se pone en relación este precepto con alguno de los supuestos de hecho recogidos en la Parte especial, Libro II del Código Penal, no se puede saber qué

[8] Cfr. LARENZ, ob. cit., ps. 175 y ss., que las clasifica en aclaratorias, limitativas y de remisión.

www.librosderechoperu.blogspot.com

es lo que quiere decir. Sin embargo, pronto aparece su sentido, si se representa un imaginario art. 407 que estuviera redactado de la siguiente forma: "El que matare a otro será castigado como homicida, *siempre que fuera mayor de dieciséis años,* con la pena de reclusión menor".

Como este sencillo ejemplo señala, las causas recogidas en el art. 8 del Código Penal sólo tienen sentido si se ponen en relación con alguno de los supuestos recogidos en su Libro II. La "minoría de edad", la "enfermedad mental", la "sordomudez", la "legítima defensa", etc., son, por consiguiente, partes de la descripción del supuesto de hecho y como tal pertenecen también a la norma.

El mismo carácter tienen aquellos preceptos que sirven para aclarar el ámbito o extensión de la consecuencia jurídica.

Así, por ejemplo, dice el art. 30: "La duración de las penas será la siguiente (…). La de *reclusión menor* de doce años y un día a veinte años". Una tal declaración sólo tiene sentido si se la relaciona con la consecuencia jurídica de algún supuesto de hecho del Libro II del Código Penal, por ejemplo, con el art. 407: "El que matare a otro será castigado, como homicida, con la pena de *reclusión menor".* Ahora ya se sabe cuál es el alcance de la declaración del art. 30; no es más que la clave que permite averiguar la duración de la pena que se impone al homicida y, por tanto, es también un elemento de la norma penal que sirve para completar la consecuencia jurídica.

2. Fundamento.— ¿Cuál es el fundamento de este tipo de preceptos?

No es ninguno sustantivo, sino una mera razón de

www.librosderechoperu.blogspot.com

técnica y economía legislativa[9]. El legislador no tiene que ir repitiendo a cada instante que el menor de dieciséis años está exento de responsabilidad criminal, que el cómplice será castigado con una pena inmediatamente inferior en grado a la señalada al autor, que la tentativa será castigada con una pena inferior en uno o dos grados a la señalada para el delito consumado, etcétera. Para evitar estas repeticiones ha ido elaborando una especie de catálogo de hechos, que frecuentemente modifican el supuesto de hecho o la consecuencia jurídica, que sirven para aclararlos, etcétera. Se ha formado así la llamada "Parte general" del derecho penal, que en el Código Penal se encuentra fundamentalmente en el Libro I. Puede decirse, por tanto, que los preceptos contenidos en el Libro I del actual [1975] Código Penal son normas penales incompletas.

En realidad, el nombre de "norma" le viene un poco ancho a este tipo de preceptos, ya que, dado que no contienen un supuesto de hecho y una consecuencia jurídica, no pueden considerarse como tales normas en sentido propio. Se trata más bien de "fragmentos de normas", pues, al completar el supuesto de hecho o la consecuencia que integran la norma, forman también parte de ésta. No es, por tanto, muy afortunado el nombre de "norma penal incompleta", porque puede llevar a confusiones, pero tiene la ventaja de ser lo suficientemente expresivo para mostrar cuál es la esencia de estos "fragmentos de norma". Algunos autores prefieren utilizar el término "disposiciones" para denominarlas[10], pero ni idio-

[9] En el mismo sentido RODRÍGUEZ DEVESA, *Derecho penal español*, "Parte general", 4ª ed., Madrid, 1974, p. 150.

[10] Así STAMPA BRAUN, *Introducción a la ciencia del derecho penal*, 1953, p. 25.

www.librosderechoperu.blogspot.com

máticamente es más afortunado que el aquí empleado, ni es tan gráfico.

3. *Normas de remisión.*— Entre las normas penales incompletas debe incluirse otro procedimiento legislativo, usado a veces en el Código Penal, en el que, para establecer la pena correspondiente a un determinado supuesto de hecho, el legislador *se remite* a la pena fijada para un supuesto de hecho distinto. Ejemplo típico de este procedimiento es el art. 535, en el que se castiga el delito de apropiación indebida con las penas señaladas en los arts. 528 y 530 para el delito de estafa. Aquí, más que de "técnica legislativa" se puede hablar de "pereza legislativa". El art. 535 sigue siendo una norma penal completa, pues él contiene la consecuencia jurídica, pero para saber cuál es ésta hay que acudir a otro artículo del Código.

El procedimiento en sí no tendría mayor trascendencia, si no fuera porque encierra el peligro de borrar las diferencias valorativas entre un delito y otro[11], y por la consecuencia práctica de que al juez le dé lo mismo la calificación por uno o por otro delito, en caso de dificultad de diferenciación del supuesto de hecho, porque, al fin y al cabo, la consecuencia jurídica, la pena, es la misma.

b) *NORMAS PENALES EN BLANCO*

1. *Concepto y fundamento.*— Entiendo por "norma penal en blanco", *aquella cuyo supuesto de hecho viene consignado en una norma de carácter no penal.*

Comparada con las otras definiciones de norma pe-

" RODRÍGUEZ DEVESA, ob. u. cit., p.149, nota 29.

www.librosderechoperu.blogspot.com

nal en blanco que se dan en la doctrina, la definición aquí propuesta puede considerarse demasiado estricta o demasiado amplia.

Demasiado estricta, en cuanto a que algunos consideran también como norma penal en blanco aquella en la que el supuesto de hecho se consigna en otro precepto contenido en la misma ley penal[12]. Un ejemplo de ello sería el art. 306 (falsificación de documentos privados) que se remite a las modalidades de acción descritas en el art. 302 (falsificación de documentos públicos).

Demasiado amplia, en cuanto que para otros sólo es norma penal en blanco aquélla en la que el supuesto de hecho se determina por una autoridad de *categoría inferior,* a la que dicta la norma penal[13]. Ejemplo de ello serían los arts. 238 y 342, cuyos supuestos de hecho se determinan por órdenes del Gobierno o por formalidades prescritas en los Reglamentos, respectivamente.

En contra de la primera postura, me parece que la primera inclusión en la norma penal en blanco de aquellos casos en los que el supuesto de hecho se consigna en otra norma de carácter penal da excesiva amplitud al concepto de norma penal en blanco y hace casi imposible distinguirla de las normas penales incompletas o de aquellas normas penales completas en las que supuesto de hecho y consecuencia jurídica vienen consignados en distintos artículos del Código. Como ya se ha dicho, se trata, en estos casos, de un simple procedimiento de técnica legislativa, sin mayores razones sustanciales.

[12] RODRÍGUEZ DEVESA, ob. u. cit., p.149.

[13] STAMPA BRAUN, ob. u. cit., p. 33. Otras clasificaciones se en cuentran en MEZGER, *Tratado de derecho penal,* trad. de Rodríguez Muñoz, t. I, Madrid, 1955, p. 397; y en JIMÉNEZ DE ASÚA, *Tratado de derecho penal,* t. II, 1950, ps. 300 y siguientes.

www.librosderechoperu.blogspot.com

Más importantes razones esgrimen los que consideran que la norma penal en blanco sólo es aquella cuyo presupuesto se determina por una autoridad de categoría inferior a la que ha dictado la norma penal. Aquí ya no se trataría de una mera cuestión de técnica legislativa, sino de un problema de competencia: sólo lo dictado por una autoridad administrativa en virtud de una concesión o autorización del legislador puede constituir el supuesto de hecho de una norma penal en blanco. El legislador no tiene necesidad de pedir o autoconcederse autorización para legislar. En los casos en los que el legislador mismo rellene el supuesto de hecho, bien por una ley penal o extrapenal, no existe norma penal en blanco[14].

En mi opinión, esta última concepción tampoco desentraña la naturaleza de la norma penal en blanco. Si existe alguna razón por la que el legislador no consigna el supuesto de hecho de una norma penal dentro de la misma norma penal, ésta no es otra que la siguiente: la conducta que constituye el supuesto de hecho de la norma penal en blanco está estrechamente relacionada con otras ramas del ordenamiento jurídico, de finalidades y alcances diferentes a los de la norma penal.

La regulación de determinadas actividades peligrosas para la sanidad de un país, su orden económico, etc. -por sólo citar los sectores en los que se da más frecuentemente este tipo de técnica legislativa-, está fuertemente condicionada por las circunstancias histó-rico-sociales concretas. La actividad legislativa en estos sectores es incesante: a una ley sigue otra que poco después la modifica, un reglamento que la desarrolla, etcétera. Si se incluyeran estas conductas que forman el supuesto de hecho de la norma penal en la redacción

[14]Cfr. STAMPA, ob. u. cit., p. 33.

www.librosderechoperu.blogspot.com

de la norma penal misma, habría que estar continuamente reformando ésta, so pena de quedar prácticamente sin aplicación. Para evitar este deterioro legislativo de la norma penal, surge la norma penal en blanco. Ésta existe independientemente de que el acto a través del que se consigna el supuesto de hecho tenga origen legislativo o proceda de una autoridad administrativa. Esto es accesorio. Es más, el que un tal supuesto de hecho se determine por una ley o por un reglamento es, muchas veces, accidental. Un claro ejemplo de ello se da en el art. 339, que castiga "al que practicare o hiciere practicar la inhumación contraviniendo lo dispuesto por las *leyes o reglamentos* respecto al tiempo, sitio y demás formalidades prescritas para las inhumaciones". El hecho de que una vez sea una ley la que determine el supuesto de hecho -principalmente la ley de Registro Civil de 1957, art. 82 y ss.- y otra un reglamento -el de la policía sanitaria y mortuoria[15]- no debe llevar a negar

[15] Cfr. RODRÍGUEZ DEVESA, *Derecho penal español* "Parte especial", 5ª ed., 1973, p. 954. Y lo mismo puede decirse de algunos delitos contra la libertad y seguridad en el trabajo introducidos por la reforma de 15 de noviembre de 1971 en el Código Penal; cfr. SAINZ CANTERO, *En torno a los delitos contra la libertad y seguridad en el trabajo,* Murcia, 1972, p. 4. El art. 499 bis, Iº, se remite expresamente a las disposiciones legales o convenios colectivos sindicales que protegen los derechos laborales, incluyéndose entre las primeras, según el mismo SAINZ CANTERO, tanto las leyes ordinarias como los reglamentos. Con respecto al num. 3" de este art. 499 bis, dice QUINTERO OLIVARES, en *Algunas considera ciones críticas sobre los delitos contra la libertad y la seguridad en el trabajo en la reforma del Código Penal de 15 de noviembre de 1971,* en "Revista Jurídica de Cataluña", 1972, p. 315, que "se presenta como norma penal en blanco, pues el contenido del tipo objetivo viene dado por las citadas disposiciones legales", refiriéndose concretamente al Reglamento de Colocación obrera que regula el tráfico y colocación de mano de obra y cuya infracción criminaliza el citado precepto.

www.librosderechoperu.blogspot.com

el carácter de norma penal en blanco de este precepto, cuando la regulación del supuesto de hecho se encuentre en una ley, o a afirmarlo, sólo cuando se dé una infracción reglamentaria.

En lo que sí hay acuerdo es en que en la norma penal en blanco, una vez completada, es tan norma penal como cualquier otra[16]. Desde un punto de vista meramente estructural, la norma penal en blanco no plantea, por consiguiente, especiales dificultades. El supuesto de hecho consignado en la norma extrapenal pertenece a la norma penal, integrándola o completándola. Pero materialmente el uso o abuso de este procedimiento técnico legislativo dificulta extraordinariamente la labor del penalista, *no* sólo porque se ve remitido a ámbitos jurídicos que le son desconocidos, o que, por lo menos, no conoce tanto como el penal propiamente dicho, sino también porque el distinto alcance y contenido de la norma penal respecto de las demás normas jurídicas producen una discordancia entre las propias normas penales, que no ayuda en absoluto a la certeza y seguridad jurídicas. Por otra parte, la norma penal en blanco supone, muchas veces, una infracción del principio de legalidad y del de la división de poderes estatales que le sirve de base, al permitir que el carácter delictivo de una conducta pueda ser determinado por una autoridad que, constitucional-mente, no está legitimada para ello. En el Código Penal existen algunos ejemplos que demuestran lo dicho.

El art. 520 del Código Penal dispone: "El quebrado que fuese declarado en insolvencia fraudulenta, *con arreglo al Código de Comercio,* será castigado con la pena de presidio mayor".

A través de esta remisión al Código de Comercio, se

[16]En el mismo sentido MEZGER, lug. u. cit., y STAMPA, lug. citado.

www.librosderechoperu.blogspot.com

introduce toda una definición jurídica mercantil en el ámbito del derecho penal, que distorsiona la regulación penal de esta materia. En mi libro *El delito de alzamiento de bienes* me he ocupado detenidamente de las consecuencias negativas de esta remisión. Resumiré ahora, lo más brevemente posible, lo que expuse allí con más detalles.

Como es sabido, en el art. 519 del Código Penal se castiga al "que se alzare con sus bienes en perjuicio de sus acreedores" y en el art. 890 del Código de Comercio, al que se remite el art. 520 del Código Penal, se considera como uno de los supuestos de la quiebra fraudulenta que el quebrado se haya alzado "con todo o parte de sus bienes". Un mismo supuesto, el alzamiento de bienes, puede subsumirse, por tanto, en dos preceptos penales distintos. La cuestión en sí, no tendría mayor importancia y todo lo más que habría que criticar es la falta de coordinación legislativa, si no fuera por las consecuencias de esta falta de coordinación. A causa de ella, el comerciante que se alce con sus bienes puede ser castigado con la pena de *presidio menor,* si se le aplica el art. 519, o con la de *presidio mayor,* si se le aplica el art. 520. La elección entre una u otra posibilidad es una cuestión puramente aleatoria que, cuanto más, depende de algo tan ajeno a la regulación penal y a la culpabilidad del alzado como el que haya habido o no un juicio previo universal de ejecución de los bienes[17]. De este dato depende, pues, en definitiva, que alguien pueda ser castigado con una pena que oscila entre los seis meses y un día y los seis años (presidio

[17] Sobre ello ver MUÑOZ CONDE, *El delito de alzamiento de bienes,* Barcelona, 1971, ps. 71 a 81. De otra opinión QUINTERO OLIVARES, *El alzamiento de bienes,* Barcelona, 1973, p. 171.

www.librosderechoperu.blogspot.com

menor) o con otra que oscila entre los seis años y un día y los doce años (presidio mayor). Esta consecuencia es tanto más criticable cuanto no se dan en esta materia las razones políticocriminales y técnicas antes apuntadas que, en cierto modo, justifican el empleo de la norma penal en blanco. Las normas civiles o mercantiles que regulan la insolvencia no son, desde luego, tan movibles como las administrativas que se refieren a la sanidad pública o a la economía.

Gravemente peligrosa para la seguridad jurídica y para la vigencia del principio de legalidad en una materia políticamente tan importante como el ejercicio de los derechos democráticos es otra norma penal en blanco, el art. 166, 1º, del Código Penal. En este precepto se dice que no son reuniones o manifestaciones pacíficas: "Las que se celebren con infracción de las disposiciones de policía establecidas con carácter general en el lugar en que la reunión o manifestación tenga efecto". De este modo, queda al criterio de la Administración la determinación de la licitud o ilicitud del ejercicio de un derecho tan fundamental como es el de reunión, reconocido incluso en el art. 16 del Fuero de los Españoles. Todavía podría salvarse el espacio excesivamente amplio concedido a la Administración en este precepto, si se exigiera, como hace un siglo pedía GROIZARD[18], la existencia de una norma general que determinara previamente el ámbito de prohibición. "El texto -decía GROIZARD- no les da (a las autoridades políticas y administrativas) facultad en ningún caso para impedir una reunión, dictando para ello disposiciones especiales de policía. No; las disposiciones de que habla para que la reunión pierda el

[18] GROIZARD y GÓMEZ DE LA SERNA, *El Código Penal de 1870*, concordado y comentado, t. III, Burgos, 1874, p. 247.

www.librosderechoperu.blogspot.com

carácter de pacífica, han de ser anteriores a la misma reunión, han de tener carácter general o permanente: han de ser, en una palabra, *verdaderos actos de legislación, inspirados en ideas generales no ejecutadas* ad hoc, *para impedir o para incriminar ningún hecho actual."* Desgraciadamente, no existe, según indica RODRÍGUEZ DEVESA[19], en nuestro ordenamiento jurídico, una norma general de esta índole y es una desgracia, porque lo que sí existe es una jurisprudencia constante que considera, en contra de la interpretación más elemental, que la falta de autorización administrativa concreta para celebrar cualquier tipo de reunión convierte a ésta automáticamente en una reunión ilegal[20].

No me voy a ocupar ahora de la posible solución a estos problemas; lo único que me interesa es poner de relieve el peligro que encierra el empleo de la norma penal en blanco. En principio, el derecho penal debe crear los presupuestos de sus normas de un modo autónomo y en lo posible sin remisiones expresas a otras ramas de ordenamiento jurídico. Sólo cuando existan razones técnicas y políticocriminales muy precisas y evidentes puede recurrirse a este procedimiento. Pero aun en este caso debe procederse con sumo cuidado. La determinación del supuesto de hecho por normas de carácter no penal puede producir las discordancias y confusiones a las que se ha hecho anteriormente referencia; pero lo verdaderamente peligroso para la seguridad jurídica y para las garantías de los ciudadanos frente al poder punitivo estatal es que se conceda a la autoridad política o administrativa, a través de la remisión a las

[19] RODRÍGUEZ DEVESA, *Derecho penal español*, "Parte especial", cit., p. 648.

[20] En este sentido, STS de 3 nov. 1967; 13 die. 1968; 30 enero, 22 feb., 10 marzo, 1 abril, 7 julio 1969; 14 feb. 1970.

www.librosderechoperu.blogspot.com

órdenes o reglamentos que se hacen en las normas penales en blanco, la facultad de determinar el ámbito de prohibición penal. Para evitar estos peligros, dice JESCHECK, deberían determinarse, con suficiente claridad, en la misma norma penal, los presupuestos de la punibilidad y la extensión de la pena[21]. A ello habría que añadir, en todo caso, una limitación de las excesivas atribuciones que en nuestro ordenamiento jurídico tiene el Poder Ejecutivo y un control, judicial y legislativo, fuerte de ese poder que, en ningún caso, debería ser competente para determinar el supuesto de hecho ni, desde luego, la consecuencia jurídica de una norma penal.

2. *Delitos consistentes en la infracción de un deber.*— Dentro de la categoría de las normas penales en blanco, deben tratarse también estos delitos.

Ha sido ROXIN quien ha llamado por primera vez la atención sobre esta forma de tipificar conductas penalmente, usada por el legislador[22]. Para él existen dos métodos fundamentalmente distintos de los que se sirve el legislador para tipificar penalmente conductas. El primero consiste en la descripción, lo más precisa posible, de las acciones que estima dignas de castigo. Del segundo método se sirve el legislador cuando, más que la cualidad externa de la acción de un sujeto, le interesa tipificar la infracción de determinados deberes que se derivan del papel que el sujeto desempeña en el grupo social[23]. A este segundo grupo le llama ROXIN "delitos consistentes en la infracción de un deber" *{Pflichtdelikte)*

[21] JESCHECK, *Lehrbuch,* cit., p. 87

[22] ROXIN, *Täterschaft und Tatherrschafí,* 2ª ed., 1967, ps. 252 y siguientes.

[23] ROXIN, *Política criminal* y *sistema del derecho penal,* trad. de Muñoz Conde, Barcelona, 1972, ps. 43 y siguientes.

www.librosderechoperu.blogspot.com

y su esencia radica, según él, en que lo decisivo es el deber emanado de una norma no penal infringido por el autor del delito. Ejemplos de este tipo de delitos pueden considerarse, en el Código Penal, los arts. 362 y 363 (infidelidad en custodia de presos), la prevaricación de abogado y procurador (arts. 360 y 361), el delito de apropiación indebida (art. 535), el delito de alzamiento de bienes (art. 519), etcétera.

Desde el punto de vista de la norma penal en blanco, lo que ahora interesa resaltar es que en todos estos delitos también hay que acudir a una norma no penal para determinar el deber que les sirve de fundamento: al Reglamento de prisiones en los arts. 362 y 363; a la reglamentación del Colegio respectivo en la prevaricación de sus miembros; a las normas jurídicoprivadas sobre mandato, comisión, depósito, etc., en la apropiación indebida, etcétera. La estructura de estos delitos es, por consiguiente, similar a la de las normas penales en blanco, pues para completar el supuesto de hecho de la norma penal en cuestión hay que acudir a una norma extrapenal de carácter reglamentario o legislativo. El mismo ROXIN reconoce el carácter de norma penal en blanco de muchos de los delitos consistentes en la infracción de un deber[24].

Aunque sólo sea de paso, señalaré las consecuencias dogmáticas que extrae ROXIN de esta categoría de delitos. Por una parte, la equiparación entre acción y omisión es aquí absoluta, pues en estos delitos lo que interesa es la infracción del deber, siendo indiferente el que esta infracción se lleve a cabo por acción o por omisión. Así, por ejemplo, dice que es indiferente, en el delito de infidelidad en la custodia de presos, que el

[24] ROXIN, ob. u. cit., p. 51

www.librosderechoperu.blogspot.com

vigilante ayude al preso a escapar con acciones positivas o sencillamente omitiendo cerrar la puerta de la celda[25]. Otra consecuencia importante se extrae en el ámbito de la autoría; mientras que en los delitos de *acción* sólo puede ser autor quien tenga el dominio del hecho, en los delitos consistentes en la infracción de un deber sólo puede ser autor quien lesione el deber extrapenal, sin que interese en lo más mínimo el dominio del suceso externo. El administrador que se apropia del patrimonio a él confiado es siempre autor de apropiación indebida, aunque su participación activa en la maniobra de apropiación haya sido mínima; el extraño, por el contrario, es siempre partícipe, aunque tenga el dominio del hecho[26].

La idea de ROXIN es ciertamente sugerente y encuentra cada vez más partidarios, pero está expuesta a las mismas objeciones que se hacen a las normas en blanco. Ciertamente se trata, tanto aquí como allí, de un procedimiento técnico legislativo del que el intérprete puede extraer determinadas consecuencias dogmáticas, al modo que lo hace ROXIN. Pero un tal procedimiento encierra el peligro de que se atente gravemente contra el principio de legalidad en su vertiente *nullum crimen sine lege.* Pues si estos deberes sociales no están descritos legalmente, su constatación debe hacerla el juez a su libre arbitrio por medio de la creación libre del derecho. Contra tales peligros, por lo que se refiere a la tesis de ROXIN en el ámbito de la autoría y participación, ha llamado ya la atención GIMBERNAT[27]. Pero, a mi juicio,

[25] ROXIN, ob. u. cít., p. 45.

[26] ROXIN, ob. u. cit., p. 49.

[27] GIMBERNAT ORDEIG, *Autor y cómplice en derecho penal,* Madrid, 1966, ps. 296 y ss., especialmente p. 298. Asimismo, puede ver se mi "Introducción" a la traducción de la obra de ROXIN, *Política criminal,* cit. p. 11.

www.librosderechoperu.blogspot.com

tal critica debe dirigirse más contra el legislador, que usa y abusa de estos procedimientos, que contra el intérprete, que lo único que hace es deducir las consecuencias que se derivan de la regulación legal. Ya el mismo ROXIN es consciente del peligro, pero este peligro -dice con razón- rio radica en la falta de descripción de la acción, sino en la vaguedad de los deberes a los que el legislador penal se refiere[28].

3. *Remisiones a la norma penal, previstas en normas extrapenales.*— Antes de terminar este apartado, me voy a ocupar de una técnica legislativa que está en estrecha conexión con los problemas de la norma penal en blanco. Me refiero a aquellas *normas extrapenales que consideran delictivos supuestos de hecho cuya subsunción en una norma penal es, por lo menos, dudosa.*

Indicaré sólo tres ejemplos de ello:

— El art. 48 de la Ley de Arrendamientos Rústicos de 15 de marzo de 1935, reproducido literalmente en el art. 48 del Reglamento de 29 de abril de 1959, dice: "Perteneciendo a ambas partes en común y proindiviso los productos de la finca cedida en aparcería hasta tanto se haya realizado la partición de los mismos, el hecho de que cualquiera de ellas retirase sin el consentimiento de la otra la totalidad o parte de dichos productos, dará lugar al ejercicio de la correspondiente acción penal".

¿En qué delito se basaría esta acción penal? En principio, parece que la calificación correcta sería la de hurto, pero esta calificación tropieza con el problema de que en este delito se exige que la cosa mueble sea *ajena* al que realiza la acción de hurtar: ¿son ajenos los frutos pendientes de recolección para el aparcero cultivador o

[28] ROXIN, ob. u. cit., p.44.

www.librosderechoperu.blogspot.com

propietario?, ¿qué se entiende por "ajenidad", a los efectos penales?, ¿coincide el concepto de "ajenidad" del derecho civil con el del derecho penal?; por último ¿puede considerarse una acción típica de hurto: "tomar" la disposición de esos frutos? La respuesta a estas preguntas son de gran interés para el penalista, pues de ella dependerá la punibilidad o impunidad de una conducta, la calificación por un delito u otro, etcétera. Y los mismos problemas se plantean si se estima que la calificación procedente es la de apropiación indebida: ¿es el contrato de aparcería uno de los títulos que se indican en el art. 535?[29].

— El art. 59 de la Ley de Hipoteca mobiliaria y prenda sin desplazamiento de 16 de diciembre de 1954 dice: "El dueño de los efectos pignorados, a todos los efectos legales, tendrá la consideración de depositario de los mismos, con la consiguiente responsabilidad civil y criminal, no obstante su derecho a usar los mismos sin menoscabo de su valor".

¿A qué tipo de responsabilidad criminal dará lugar el quebrantamiento de esa especial relación de "depósito"? Si se estima que por el hecho de haber realizado una prenda sin desplazamiento sobre sus bienes, el deudor pignorante pierde la propiedad sobre ellos, convirtiéndose, como dice la ley, en un mero "depositario", la infracción de sus deberes como depositario podría encuadrarse en el art. 535, como delito de apropiación indebida. Pero si, a pesar de esta terminante afirmación de la ley, se estima que el deudor sigue siendo propietario de los bienes pignorados, mal podrá condenarse por apropiación indebida a quien realiza actos de dominio sobre sus

[29] Sobre esta cuestión ver QUINTANO RIPOLLÉS, *Tratado de la paite especial del derecho penal,* t. II, Madrid, 1964, ps. 969 y siguientes.

www.librosderechoperu.blogspot.com

propios bienes. La calificación en este último caso podría ser la de alzamiento de bienes del art. 519, siempre que se dieran los demás requisitos exigidos en este delito: insolvencia, intención de perjudicar, etcétera.

— Otras veces la calificación penal viene impuesta ya por la propia norma extrapenal. Ejemplo de ello es el art. 12 de la Ley de Compraventa de bienes muebles a plazos, de 1965: "El comprador que dolosamente, en prejuicio del vendedor, o de un tercero que haya financiado la operación, dispusiera de la cosa o la dañare, será castigado con las penas previstas en el Código Penal para los delitos de apropiación o de daños, respectivamente, persiguiéndose el hecho solamente a denuncia del perjudicado".

A pesar de esta terminante calificación de la ley, apropiación o daños, el problema se plantea aquí igual que en la ley sobre prenda sin desplazamiento. O se estima que el comprador no adquiere la propiedad del bien hasta que no haya pagado el último plazo, y entonces la calificación correcta es la que dice la ley, o se considera que la compraventa regulada por esta ley se perfecciona con la mera entrega de la cosa y que, además, desde ese momento el comprador adquiere su propiedad, y entonces la calificación correcta podría ser, en todo caso, la de alzamiento de bienes[30]. La cuestión no es puramente teórica, sino práctica, sobre todo si se atiende a la diferente gravedad de las penas con que se conminan el delito de apropiación indebida y el de alzamiento de bienes.

La solución de estos problemas pertenece a la parte especial. Lo que con estos ejemplos he querido resaltar

[30]Cfr. QUINTANO RIPOLLÉS, *Breve glosa a la Ley 50/1965, de 17 de julio, sobre la venta de bienes muebles a plazos,* en "Anuario de Derecho Penal", 1965, p. 324.

www.librosderechoperu.blogspot.com

aquí, es que el penalista no está sujeto a una previa calificación extrapenal en la interpretación de la norma penal, sino que, por el contrario, tiene siempre que adoptar como punto de partida la norma penal misma y su finalidad políticocriminal.

En resumen: a través de los apartados a y b se ha ido viendo que la estructura de la norma penal es siempre la misma: *supuesto de hecho y consecuencia jurídica;* pero existen diversos procedimientos legislativos para configurar esta sencilla estructura. El penalista debe ser siempre consciente de ello, para precisar lo más exactamente posible el alcance de la norma que le va a servir de base en su actividad científica, investigadora o práctica

B) LOS ELEMENTOS INTEGRANTES DE LA NORMA JURÍDICA PENAL

Hasta aquí se ha dicho que el derecho penal se ocupa del delito, de la pena y de las medidas de seguridad y se ha visto cómo se estructuran estos elementos en la norma penal. Ahora, se trata de saber qué es lo que se entiende por delito, por pena y por medida de seguridad.

Por supuesto que en este lugar no se pretende hacer un estudio exhaustivo de estas categorías, lo que supondría tener que escribir un tratado completo de derecho penal. Ahora sólo se trata de dar una idea sustancial de estos tres elementos, que sirva para una mejor comprensión de la esencia de la norma penal.

a) *DELITO*

La primera dificultad con que se tropieza, al intentar dar un concepto de delito, es la imposibilidad de concebirlo al margen del derecho penal positivo.

www.librosderechoperu.blogspot.com

En efecto, delito es toda conducta que el legislador sanciona con una pena.

Todo intento de definir el delito al margen del derecho penal vigente, es situarse fuera del ámbito de lo jurídico, para hacer filosofía, religión, moral o sociología. La verdad es que las concepciones filosóficas morales o sociológicas del delito ayudan poco en esta materia al jurista[31].

Esto es una consecuencia del principio *nullum crimen sine lege* que rige en nuestro derecho penal positivo -art. 23 del Código Penal- y que impide considerar como delito toda conducta que no caiga dentro de las mallas de la ley penal[32].

Pero esto no quiere decir que el penalista quede vinculado a un *concepto formal del delito,* sin que pueda indagar cuál es el contenido material de este concepto. La elaboración de un *concepto material del delito* es también una tarea que corresponde al jurista. Claro está que para ello deberá partir de lo que considere como delito el derecho penal positivo. Pero, deduciendo de él las características generales que convierten una conducta en delito, podrá llegar a saber, aproximadamente, cuál es el concepto material del delito que sirve de base al derecho penal positivo.

Por otra parte, la labor del jurista no debe agotarse en la determinación del concepto material del delito. Una vez obtenido éste, debe compararlo con las demás concepciones materiales del delito no jurídicas vigentes en la sociedad. De esta comparación podrá deducir las

[31] Sobre las distintas concepciones del delito, ver JIMÉNEZ DE ASÚA, *Tratado de derecho penal* t. III, 3ª ed., Buenos Aires, 1965, ps. 24 a 86.

[32] En este sentido RODRÍGUEZ DEVESA, *Derecho penal español*, "Parte general", cit., p. 268.

www.librosderechoperu.blogspot.com

posibles *consecuencias críticas* sobre el concepto material del delito que maneja el derecho penal positivo, si éste no coincide con la concepción dominante en la sociedad. Al mismo tiempo que una *función crítica,* las concepciones extrajurídicas del delito tienen también una *función politice-criminal,* pues, convertidas en principios informadores politicocriminales, pueden cambiar el concepto material del delito en el derecho penal vigente.

1. *Desvalor de acción, desvalor de resultado y reprochabilidad.*— La frustración de expectativas inherente a la comisión de un delito se contempla en la actual ciencia del derecho penal desde una doble perspectiva que, simplificando un poco, se presenta como un juicio de desvalor que recae sobre el acto o hecho prohibido y como un juicio de desvalor que se hace del autor de ese hecho.

Al juicio de desvalor sobre el hecho se le llama *injusto* o antijuridicidad; al juicio de desvalor que recae sobre el autor, *culpabilidad*[33]. Injusto es, pues, la desaprobación del acto por el legislador; culpabilidad, el reproche que se dirige contra el autor de ese acto.

Esta distinción tiene un valor sistemático y teórico importante. La ciencia del derecho penal, sobre todo la alemana, se ha ocupado durante los últimos setenta años en elaborar esta distinción sistemática, distribuyendo los componentes del delito entre estas dos categorías. En el desvalor del acto, en el injusto, se incluyen normalmente la acción u omisión, los medios, modos y situaciones en que se producen, la relación causal y, según los partidarios de la teoría final de la acción, tam-

[33] Sobre esta distinción "desvalor del acto-desvalor de autor", ver MAURACH, *Tratado de derecho penal,* trad. de Córdoba Roda, Barcelona, 1962, t. I, p. 167 (hay 4ª ed. alemana de esta obra aparecida en 1972).

www.librosderechoperu.blogspot.com

bien la psicológica entre la acción y el resultado; en el desvalor del autor, en la culpabilidad, se incluyen, sistemáticamente hablando, las facultades psíquicas del autor, sus motivaciones y el conocimiento de la ilicitud de su acto, entre otros datos[34].

Esta distinción- sistemática tiene también un valor práctico importante. Para imponer, por ejemplo, una medida de seguridad o reeducadora, basta sólo con la presencia del desvalor del acto, del injusto -en nuestro ordenamiento jurídico ni siquiera eso, como más adelante se verá-. La imposición de una pena requiere, sin embargo, algo más que debe añadirse al desvalor del acto: el desvalor del autor; sin la presencia de este segundo juicio de desvalor derivado del que se hace sobre el acto, la aplicación de una pena supone una grave lesión del *principio de culpabilidad,* cuya vigencia, tan deseable como discutible en nuestro ordenamiento penal, se considera hoy como imprescindible[35].

Pero no todo injusto realizado por una persona culpable es un delito. El incumplimiento de una obligación contractual puede ser un acto injusto y culpable -el legislador desaprueba tal incumplimiento y al deudor puede reprochársele su conducta-. A pesar de esto, el incumplimiento contractual es, en principio, impune, es decir, no constituye delito.

Así ocurre en el siguiente ejemplo. A, en vez de pagarle una deuda a B, emplea el dinero que tenía destinado a tal efecto, en comprarse una maquinaria que le hacía falta, pensando que ya le pagaría más adelante o confiando, quizás, en que a B se le olvide exigirle el pago.

[34] Sobre la evolución del sistema de los elementos del delito, ver cap. IV, B, a.

[35] Cfr. JERSCHECK, *Lehrbuch,* cit., p. 14.

www.librosderechoperu.blogspot.com

En este caso existe un acto injusto y culpable. B, el acreedor, puede exigir el cumplimiento de la obligación o, en su caso, la correspondiente indemnización de perjuicios -arts. 1096 y 1101 del Código Civil-; en última instancia B siempre podrá satisfacerse con cualquier objeto del patrimonio de A y cobrar así su deuda (art. 1911 del Código Civil). Hasta aquí, la conducta de A no constituye delito.

Pero si A no sólo no paga a B, sino que además oculta sus bienes, quedando en insolvencia, con la intención de frustrar la futura reclamación de éste y hacer imposible su satisfacción, a B ya no le queda ninguna otra posibilidad de satisfacer su derecho de crédito. La única posibilidad de impedir la conducta de A en este caso es la de recurrir a un medio jurídico más grave que la mera sanción civil, convirtiendo tal conducta en delito, como se hace en el art. 519 del Código Penal, y amenazándola con una pena. Pero no sólo porque el ordenamiento jurídico no tiene otro remedio que recurrir a la pena para impedir la conducta de A: en este segundo caso, existe un delito. Lo decisivo es más bien que la conducta de A, en el segundo caso, es mucho más peligrosa para el tráfico jurídico que en el primero. Si el derecho penal no interviniera aquí, el tráfico jurídico patrimonial sería imposible.

El desvalor de la acción, su especial peligrosidad para los bienes jurídicos es, pues, la primera característica que separa una conducta delictiva, de otra que no lo es[36]. Sólo así se explica que sea impune un incumplimiento contractual de varios millones de pesetas y que se considere como delito, en cambio, un simple hurto o una estafa de mínima cuantía.

[36] GALLAS, "Gründe und Grenzen der Strafbarkeit", en *Beilrage zur Verbrechenslehre*, Berlin 1968, p. 10.

www.librosderechoperu.blogspot.com

Otras veces lo decisivo para convertir una conducta en delito es el valor del bien jurídico lesionado o puesto en peligro. En el ejemplo anterior, se ha visto que tanto en una variante como en otra se afecta el bien jurídico, el derecho de crédito del acreedor; la diferencia entre un caso y otro sólo consistía en la especial peligrosidad de la conducta del deudor, en el desvalor de la acción. Pues bien, existen bienes jurídicos cuyo valor es tan grande para la existencia humana que el más leve ataque dirigido contra ellos puede considerarse ya un delito. Esto sucede, principalmente, con los bienes jurídicos vida o integridad corporal. Toda lesión dolosa o imprudente de la integridad corporal o la muerte de un semejante, dolosa o culposamente producida es, de por sí, un delito. El valor de tales bienes jurídicos y la irre-parabilidad de los ataques a ellos dirigidos justifican su sanción punitiva.

El *desvalor del resultado,* la lesión del bien jurídico es, por tanto, otra característica del concepto material del delito[37].

Una última característica del concepto material del delito es la *reprochabilidad.* El individuo que realiza acciones peligrosas para la normal convivencia o que ataca bienes jurídicos de tanta importancia como la vida muestra un desprecio olímpico por los valores que rigen en una comunidad. Desde el punto de vista ético social, su conducta es más reprochable que en las restantes infracciones de carácter no penal. Al delito acompaña siempre, por tanto, un cierto grado de reprochabilidad.

Desvalor de acción, desvalor de resultado y reprochabilidad son los tres pilares en los que descansa el concepto material del delito en el derecho penal positivo. Ellos

[37] GALLAS, ob. u. cit., p. 12.

www.librosderechoperu.blogspot.com

son los que convierten una conducta en "merecedora de pena"[38] y, por consiguiente, a través de su tipificación en la ley, en delito.

2. *Relatividad del concepto de delito y cambio histórico.*— Ahora bien, estos tres pilares que sirven de base al concepto material del delito están condicionados históricamente. Lo que es reprochable, qué tipo de acciones son peligrosas o qué bienes jurídicos merecen una protección jurídicopenal son cuestiones a las que se ha respondido de forma muy diferente en cada época y, aun dentro de cada época, según la sociedad o país. Es por eso por lo que el concepto material de delito no puede tener un sentido absoluto, sino relativo.

En la Edad Media, por ejemplo, el derecho penal estaba vinculado a determinadas concepciones religiosas o morales y se consideraban gravemente delictivos hechos como la brujería o la herejía. Igualmente la concepción teocrática del poder motivaba que los delitos contra el rey o contra los poderes a él en exclusiva conferidos -la acuñación de moneda, por ejemplo- fueran considerados como delitos de lesa majestad. Consecuentemente, se aplicaba a estos delitos las penas más graves: en general, la de muerte.

La revolución que en todos los órdenes significó el pensamiento racional y humanista del siglo xvm produjo un cambio en las concepciones materiales del delito. De acuerdo con la teoría del contrato social, según la cual el poder no emanaba de la divinidad sino del pacto entre los ciudadanos que consentían en limitar sus derechos y su libertad y admitían un poder coactivo superior

[38] GALLAS, ob. u. cit., p.16. En el mismo sentido JESCHECK, *Lehrbuch*, cit., p. 33, resumiendo la tesis de GALLAS.

www.librosderechoperu.blogspot.com

en tanto sirviera para garantizar la convivencia pacifica, surgió la idea de *nocividad social* como sustrato del concepto material del delito. El concepto de *nocividad social* exige algo más que la simple inmoralidad de un hecho para castigarlo como delito. La homosexualidad, las relaciones heterosexuales entre adultos solteros, las discrepancias religiosas constitutivas de herejías, etc., podrían ser todo lo inmorales que se quisiera, pero, al no perjudicar los derechos de terceros, debían quedar al margen del derecho penal. Esta idea se extendió ampliamente entre los filósofos penalistas más importantes del siglo XVIII como Beccaria, Hommel y Lardizabal y posteriormente produjo una restricción beneficiosa de los hechos considerados punibles en los Códigos Penales decimonónicos.

De todos modos, el concepto de nocividad social, que como principio rector tiene gran valor en la determinación del concepto material del delito, es excesivamente abstracto y está también sujeto al cambio histórico. Es, pues, en definitiva, el *cambio social-histórico* en sus distintas vertientes de cambio político, económico, tecnológico, etc., el condicionamiento principal del concepto material del delito. En este sentido, puede decirse que históricamente cada época y cada sociedad han condicionado un determinado tipo de delitos, y que en tanto existan las actuales estructuras económicas y sociales existirá un número más o menos grande de "conductas desviadas" que serán castigadas como delitos.

b) *PENA*

También a la hora de indagar sobre el concepto de pena se plantea la dificultad de un concepto formal. Pena es el mal que impone el legislador por la comisión de un delito.

www.librosderechoperu.blogspot.com

Con esta definición no se dice nada sobre cuál es la naturaleza de ese mal o por qué o para qué se impone. La respuesta a estas cuestiones es uno de los problemas más discutidos de la ciencia del derecho penal y la polémica desborda incluso los límites jurídicos, para convertirse en un tema de interés general para otras ciencias, sociología y filosofía principalmente.

Si se quiere conseguir algo de claridad en este asunto, deberán distinguirse, desde el principio, tres aspectos de la pena: su justificación, su sentido y su fin. Mientras que con relación al primer aspecto puede decirse que existe unanimidad, no ocurre lo mismo con respecto a los otros dos.

La pena se *justifica* por su necesidad como medio de represión indispensable para mantener las condiciones de vida fundamentales para la convivencia de personas de una comunidad[39]. Sin la pena, la convivencia humana en la sociedad actual sería imposible. "Se trata de un elemental recurso al que debe acudir el Estado para posibilitar la convivencia entre los hombres"[40]. Su justificación no es, por consiguiente, una cuestión religiosa ni filosófica, sino una "amarga necesidad en una sociedad de seres imperfectos como lo son los hombres[41].

Más discutidos son los problemas sobre el sentido y fin de la pena. Ellos han constituido el objeto de la llamada "lucha de Escuelas", que durante muchos años ha ocupado el centro de gravedad de las discusiones y polémicas en la ciencia del derecho penal. Aunque aquí no

[39] Opinión dominante, ver por ejemplo, JESCHECK, *Lehrbuch des Strafrechts,* cit., p. 44.

[40] GIMBERNAT ORDEIG, *¿Tiene un futuro la dogmática jurídicopenal?,* Salamanca, 1971, ps. 72 y 95.

[41] *Alternativ Entwurf eines Strafgesetzbuches,* 2ª ed., 1969, p. 29.

www.librosderechoperu.blogspot.com

voy a ocuparme de esta polémica con detalle[42], expondré sucintamente los tres puntos de vista principalmente mantenidos y el estado actual del problema en la más reciente doctrina.

Tradicionalmente, se distingue entre teorías absolutas, teorías relativas y teorías eclécticas o de la unión.

1. *Teorías absolutas.*— Son las que atienden sólo al sentido de la pena, prescindiendo totalmente de la idea de fin. Para ellas, el sentido de la pena radica en la *retribución*, imposición de un mal por el mal cometido. En esto se agota y termina la función de la pena.

La pena es, pues, la consecuencia justa y necesaria del delito cometido, entendida bien como una necesidad ética, como un "imperativo categórico" al modo que la en-. tendió KANT, bien como una necesidad lógica, negación del delito y afirmación del derecho, como la concibió HEGEL[43].

2. *Teorías relativas.*— Son las que atienden al fin que se persigue con la pena. Se dividen en teorías de la prevención especial y teorías de la prevención general.

Las teorías de la prevención general ven el fin de la pena en la intimidación de la generalidad de los ciudadanos, para que se aparten de la comisión de delitos. Su principal representante fue FEUERBACH, que consideraba

[42] Una buena información dan MAUKACH, *Tratado de derecho pe nal*, cit., t. I. ps. 66 y ss., y JESCIIECK, *Lehrbuch des Strafrechts*, cit.. ps. 48 y ss. Una crítica moderna a las distintas teorías puede verse en ROXIN, "Sinn und Grenzen staatlicher Strafe", publica do primeramente en *Juristischen Schulung*, 1966, ps. 377 y ss., y ahora recogido juntamente con otros trabajos suyos en *Strafrechtliche Grundlagenpróbleme*, Berlin, 1972, ps. 1 y ss., y en SCHMIDHÄUSER, *Vom Sinn der Strafe*, 2ª ed., 1971, ps. 16 y siguientes.

[43] Cfr. SCHMIDHÄUSER, ob. u. cit., ps.17 y siguientes.

www.librosderechoperu.blogspot.com

la pena como una "coacción psicológica" que se ejercía en todos los ciudadanos para que omitieran la comisión de delitos. Actualmente esta concepción es defendida por SCMIDHÄUSER, aunque con determinadas correcciones[44]. *Las teorías de la prevención especial* ven el fin de la pena en apartar al delincuente de la comisión de futuros delitos, bien a través de su corrección y educación, bien a través de su aseguramiento. Su principal representante fue Franz von LISZT, quien consideró al delincuente como el objeto central del derecho penal y a la pena como una institución que se dirige a su corrección o aseguramiento[45].

3. *Teoría de la unión.*— Tras estas, aparentemente irreconciliables, posiciones se defiende actualmente una postura intermedia que intenta conciliar ambos extremos, partiendo de la idea de retribución como base, pero añadiéndole también el cumplimiento de fines preventivos, tanto generales como especiales. Esta nueva postura, llamada *teoría de la unión*, es hoy la dominante[46].

[44] Ob. u. cit., ps. 48 y siguientes. Del mismo autor *Strafrecht,* 1970, p. 36.

[45] Von LISZT, "Der Zweckgedanke im Strafrecht", en *Strafrechtliche Aufsätze und Vorträge,* reimpresión de 1970, ps. 126 y siguientes.

[46] En Alemania, ver por todos JESCHECK, *Lehrbuch des Strafrechts,* cit., p. 55. En España, RODRÍGUEZ DEVESA, *Derecho penal español,* "Parte general", cit., p. 742, mantiene también una postura se mejante, partiendo de una distinción entre la pena está ticamente considerada y la pena dinámicamente considerada. Una teoria de la unión o "completiva" mantiene también CASABO RUIZ, en *Comentarios al Código Penal,* obra conjunta de Córdoba Roda, Rodríguez Mourullo, Del Toro Marzal y Casabo Ruiz, Barce lona, 1972, t. II, ps. 9 y ss., con buena información. En Francia y en Italia se ha extendido recientemente la *teoría de la defensa social,* la cual, en su esencia, coincide con las teorías de la pre-

www.librosderechoperu.blogspot.com

4. *Crítica y toma de posición.*— Las teorías de la "unión" aparecen en la historia del derecho penal como una solución de compromiso en la lucha de Escuelas, que dividió a los penalistas en dos bandos irreconciliables: los partidarios de la retribución y los partidarios de la prevención, general y especial. Pero, como toda solución de compromiso, desemboca en un eclecticismo que, queriendo contentar a todos, no satisface totalmente a nadie. Retribución y prevención son dos polos opuestos de una misma realidad, que no pueden subordinarse el uno al otro, sino coordinarse mutuamente. Las teorías de la unión tienen, sin embargo, el mérito de haber superado el excesivo parcia-lismo que late tanto en las teorías absolutas como en las relativas. Ninguna de estas dos teorías puede comprender el fenómeno de la pena en su totalidad, porque solo fijan su atención en partes de ese fenómeno. Cualquier teoría que pretenda comprender el fenómeno penal deberá enfrentarse con él, por consiguiente, desde un punto de vista *totalizador*, sin perjuicio de descomponerlo después, diferenciando sus distintos aspectos.

vención especial. Dentro de la teoría de la defensa social, existe un ala más moderada patrocinada por Marc ANCÍCL, *La nuova difesa sociale,* trad. italiana con "Prólogo" de P. Nuvolone. 1966, quien, sin prescindir de los aspectos jurídicos, intenta una aproximación mayor a los problemas sociales que acompañan al fenómeno criminal. Más radical es la teoría de GRAMÁTICA, Filippo, *Principi di difesa sociale,* Padova, 1961 (hay traducción española, Madrid, 1974), que sustituye los conceptos "delito" y "pena" por los de *antisocialidad* y *medida.* Una buena información de estas teorías en España dan BERISTAIN, *Estructuración ideológica de la nueva defensa social,* en "Anuario de Derecho Penal", 1961, ps. 409 y siguientes.; TALÓN MARTÍNEZ, *El proceso de defensa social y la protección de los derechos humanos,* en "Revista Jurídica de Cataluña". 1966, ps. 903 y ss.; BARREIRO, Jorge, "Consideraciones en torno a la nueva defensa social", en *Ensayos penales,* Santiago de Compostela, 1974, ps. 205 y siguientes.

www.librosderechoperu.blogspot.com

Precisamente en esto fracasan también las teorías de la unión. Para estas teorías, lo fundamental sigue siendo la pura retribución del delito culpablemente cometido y sólo dentro de este marco retributivo y por vía de excepción admiten que con el castigo se busquen fines preventivos. Pero como recientemente ha demostrado ROXIN, la retribución no es el único efecto de la pena, sino uno más de sus diversos caracteres. Si se distingue cada uno de los distintos estadios en que la pena aparece, se observará que en cada uno de ellos la pena cumple funciones y finalidades distintas. *En el momento de* la amenaza penal, es decir, cuando el legislador prohibe una conducta amenazándola con una pena, es decisiva la idea de *prevención general*, pues se intimida a los miembros de la comunidad, para que se abstengan de realizar la conducta prohibida. Pero si, a pesar de esa amenaza e intimidación general, se llega a cometer el hecho prohibido, entonces a su autor debe aplicársele la pena prevista para ese hecho, predominando en *la aplicación de la pena la idea retributiva.* Finalmente, *durante la ejecución de la pena impuesta*, prevalece, sobre todo si se trata de una pena privativa de libertad, la idea de *prevención especial*, porque lo que en ese estadio debe perseguirse es la reeducación y socialización del delincuente[47]. Con otras palabras, cuando nuestro legislador amenaza con la pena de reclusión menor, en el art. 407 del Código Penal, el matar a otra persona, lo hace con la esperanza de que, a la vista de la pena con que conmina la realización de ese hecho, la generalidad de los ciudadanos normales se abstendrá de matar a sus semejantes -prevención general-. Pero si, a pesar de esta conminación, alguien llega a cometer culpable-

ROXÍN, Sinn und Grenzen staatlicher *Strafe*, citado.

www.librosderechoperu.blogspot.com

mente un homicidio, entonces debe aplicársele la pena prevista con un criterio retributivo, es decir, porque ha cometido el homicidio. Una vez impuesta la pena correspondiente, debe procurarse sin embargo, de acuerdo con la idea de prevención especial, que durante la ejecución de lá pena se actúe directamente sobre el delincuente, educando y reprimiendo sus instintos agresivos, para que, una vez cumplido el castigo impuesto, pueda integrarse en la comunidad como miembro perfectamente idóneo para la convivencia.

De acuerdo con este esquema se puede concluir, diciendo que la pena es retribución, en tanto que supone la imposición de un mal al hecho punible cometido. La idea de retribución traza los límites de la intervención punitiva del Estado. El límite mínimo, porque sólo puede aplicarse, prescindiendo ahora de las medidas de seguridad, cuando se haya cometido un hecho delictivo completo en todos sus elementos. El límite máximo, porque obliga a no sobrepasar la gravedad de la pena que tiene asignada en la ley el hecho que dio lugar a su aplicación[48]. Pero la pena no se agota en la idea de retribución, sino que cumple también otra función importante, luchando contra el delito a través de su prevención. A través de la prevención general, intimidando a la generalidad de los ciudadanos, amenazando con una pena el comportamiento prohibido. A través de la prevención especial, incidiendo sobre el delincuente ya condenado, corrigiéndolo y recuperándolo para la convivencia.

[48] La existencia de los antecedentes penales y del Registro de penados es una clara infracción de este límite, justificada sólo por razones políticocriminales; ver MUÑOZ CONDE, *El cómputo del tiempo para la cancelación de los antecedentes penales de los condenados condicionalmente,* en "Boletín del Ministerio de Justicia", n° 807, p. 3.

www.librosderechoperu.blogspot.com

Naturalmente, debe tenerse en cuenta que éste es un planteamiento dialéctico general ideal que sólo sirve para describir fenomenológicamente el proceso de la intervención punitiva del Estado; sin que ello implique una valoración de las "desviaciones" que en cada uno de los estadios en los que se lleva a cabo ese proceso puedan darse. Así, por ejemplo, puede ocurrir, en el estadio de la amenaza penal, una exageración de la idea de prevención general que lleva a la implantación de una especie de "terror penal", amenazando, con penas verdaderamente draconianas, hechos de escasa trascendencia y aun de dudosa punibilidad. También el imperio absoluto de la idea retributiva puede conducir a una concepción puramente "vindicativa" del derecho penal en el momento de la aplicación de la pena, haciendo del juez una especie de autómata ejecutor de la venganza pública. Finalmente, durante la ejecución de la pena, una idea exagerada de la prevención especial puede hacer del delincuente una especie de "conejillo de Indias", aplicándole medidas o tratamientos que vayan contra su voluntad o contra su dignidad como persona, como por ejemplo, los trabajos forzados o el tratamiento esterilizador, o mediatizando la concesión de determinados beneficios, como la libertad condicional, con criterios muy especiales. Sólo la integración armónica, progresiva y racional de estos tres estadios del fenómeno penal puede eliminar esos peligros. Pero esto es ya un problema que excede la propia problemática de la teoría de los fines de la pena.

c) *MEDIDAS DE SEGURIDAD*

El derecho penal no sólo es un medio de represión, sino también un medio de prevención y lucha contra la delincuencia. Si esta doble tarea se lleva a cabo sola-

www.librosderechoperu.blogspot.com

mente con la aplicación de un solo medio, con la pena, se habla de un derecho penal monista. Por el contrario, se habla de un derecho penal dualista cuando, junto a la pena, se aplican otras medidas de distinta naturaleza, a las que se llaman *medidas de seguridad*[49].

En el derecho penal moderno, junto a la pena, como principal consecuencia del delito, vienen también en consideración las medidas de seguridad, adoptándose así en la mayoría de los países un sistema dualista de las consecuencias jurídicas del delito.

Originariamente los Códigos Penales decimonónicos respondían a la idea de un derecho penal monista y regulaban sólo una consecuencia del delito: la pena, que respondía fundamentalmente al pensamiento retributivo y en cierta medida también al de la prevención general. Pero poco a poco fue destacándose la idea de la prevención especial, apareciendo en primer plano la persona del delincuente como sujeto que hay que corregir, rehabilitar o asegurar. Se hizo así precisa la introducción, en los sistemas legales punitivos vigentes, de determinadas medidas que pudiesen realizar más adecuadamente dicha idea. Por lo que a nuestro ordenamiento jurídico se refiere, tuvo esto lugar con la Ley de Vagos y Maleantes de 1933. Antes de esta fecha existían y existen aún algunos preceptos en el Código Penal que también respondían a esta idea, pero se encuentran dis-

[49] El origen de las medidas de seguridad en la legislación penal moderna se encuentra en el Anteproyecto del Código Penal suizo de STOOS y en las exigencias de la Escuela Positivista italiana, quien quería sustituir las penas por medidas cautelares y de corrección que atendieran a la peligrosidad del delincuente; cfr. RODRÍGUEZ DEVESA, "Parte general", cit., p. 812. En realidad, algunas de estas medidas se encontraban ya recogidas en los Códigos Penales decimonónicos, pero sólo de un modo accesorio a la pena y únicamente en casos muy concretos.

www.librosderechoperu.blogspot.com

persos en el Código, sin denominación o sistematización concretas. Ejemplos de estas medidas contenidas en dicho Código son las previstas en los números 1 (in-ternamiento en manicomios de los sujetos exentos de responsabilidad penal por enajenación mental) y 3 (in-ternamiento en un establecimiento de educación de anormales para sordomudos de nacimiento o desde su infancia que carezcan en absoluto de instrucción y que hayan delinquido) del art. 8. Estas medidas tienen más bien un carácter asegurativo del individuo peligroso y vienen a sustituir la pena, que no se aplica en estos casos.

Al igual que la pena, la medida de seguridad se justifica por ser un medio de lucha contra el delito. La diferencia fundamental con aquélla radica en que, mientras la pena atiende sobre todo al acto cometido y su base es la *culpabilidad* del sujeto, en la medida de seguridad se atiende a la *peligrosidad*[50].

Por peligrosidad, se entiende la probabilidad de que se produzca un resultado, en este caso, la probabilidad de que se *cometa en* el futuro un delito por parte de una determinada persona.

El interés en evitar ese posible futuro delito es lo que justifica la medida de seguridad; pero como esa posibilidad se refiere a una persona determinada, la esencia de la medida de seguridad es de naturaleza *preventiva-espe-cial.* El delincuente es el objeto de la medida de seguridad, bien para reeducarlo y corregirlo, bien para apartarlo de la sociedad en el caso de que aquello no sea posible[51].

[50] Sobre el contraste *culpabilidad-peligrosidad y* sus *efectos, ver* MAURACH, *Tratado de derecho penal, cit., t.* I, ps. 60 y siguientes.

[51] De aquí se desprende que el nombre de "medida de seguridad" es demasiado restringido, pues sólo abarca los casos de asegura miento del delincuente para que no perturbe la vida social, pero no aquellos en los que se trata de corregirlo o educarlo. A pesar de ello, mantengo el nombre por ser el más corrientemente usado.

www.librosderechoperu.blogspot.com

Este juicio de peligrosidad se lleva a cabo a través de una "prognosis" de la vida del sujeto en el futuro[52]. Para ello deben tenerse en cuenta varios datos: el género de vida del sujeto, su constitución psíquica, el ambiente en que vive, etcétera. De aquí se desprende que la peligrosidad de un sujeto, es decir la posibilidad de que cometa un delito en el futuro, puede constatarse aún antes de que se haya cometido delito alguno. Frente a esa *peligrosidad predelictual* está la *peligrosidad posdelictual*, que es la probabilidad de delinquir en el futuro, que muestra una persona que ha cometido ya un delito, es decir, un delincuente.

En lo que sigue, me voy a ocupar de cuál de éstos dos conceptos de peligrosidad constituye el presupuesto de las medidas de seguridad jurídicopenales y del alcance y límites de éstas.

1. *Medidas predelictuales y medidas posdelictuales: la Ley de Peligrosidad y Rehabilitación social*— En mi opinión, no hay ninguna duda de que el presupuesto de las medidas de seguridad jurídicopenales lo constituye la peligrosidad posdelictual. Ello se deriva de la propia naturaleza y concepto del derecho penal.

En efecto, el derecho penal se ocupa del delito, al que vincula determinadas consecuencias jurídicas, penas o medidas de seguridad. Sólo el delito, la conducta criminal definida como tal en el Código Penal, constituye el punto de partida y el presupuesto de toda reacción jurídicope-nal. El mismo Código Penal dice en su art. 1 que se ocupa de delitos y faltas, es decir de conductas criminales.

[52] Sobre la "prognosis", ver MIDDENDORK, *Teoría* y *práctica de la prognosis criminal* trad. de Rodríguez Devesa, Madrid. 1970; GÓPPINGER, *Kriminologie*, 1971, ps. 233 y ss. (hay traducción española, 1975); LÓPEZ REY, *Criminología*, 1, 1975, ps. 437 y siguientes.

www.librosderechoperu.blogspot.com

Esta clara consecuencia es ignorada totalmente por nuestra legislación positiva que, primeramente con la Ley de Vagos y Maleantes de 1933 y luego con la que ha venido a sustituirla, de Peligrosidad y Rehabilitación social de 1970, aplica indistintamente medidas de seguridad a casos de peligrosidad predelictual y de peligrosidad posdelictual, llevando así prácticamente a la equiparación de ambas. Es más, el centro de gravedad de dichas leyes lo constituye la peligrosidad predelictual, como se puede ver con una lectura de los supuestos: 1. Vagos habituales; 3. Los que realicen actos de homosexualidad; 4. Los que habitualmente ejerzan la prostitución; 7. Los ebrios habituales y los toxicómanos; 11. Los que sin justificación lleven consigo armas, y 15. Los que por su trato asiduo con delincuentes o maleantes y por la asistencia a las reuniones que celebren (...) revelen inclinación delictiva. Otros supuestos se refieren a conductas delictivas, pero no se exige que hayan sido objeto de sanción penal; así los números: 2. Rufianes y proxenetas; 5. Los que promuevan o fomenten el tráfico, comercio o exhibición de cualquier material pornográfico o hagan su apología; 6. Los mendigos habituales y los que vivieren de la mendicidad ajena o explotaren con tal fin a menores, lisiados o ancianos; 8. Los que promuevan y realicen el ilícito tráfico o fomenten el consumo de drogas, y 12. Los que de modo habitual o lucrativo faciliten la entrada en el país o la salida de él a quienes no se hallen autorizados para ello. Sólo en un supuesto del art. 2 de la Ley de Peligrosidad, en el 15 *in fine* -los que (...) por la reiterada comisión de faltas penales, atendidos el número y entidad de éstas, revelen inclinación delictiva-, y en el art. 4 de la misma ley, que se refiere a los reincidentes, se tratan casos en los que es preciso que haya recaído sentencia condenatoria por un delito.

www.librosderechoperu.blogspot.com

Esta peculiar regulación legislativa se debe, por un lado, a la confusión entre los términos "peligrosidad social" y "peligrosidad criminal", ya que también se tratan en la Ley de conductas antisociales y peligrosas para la comunidad, pero que no se hallan tipificadas como delitos en el Código Penal y cuya prevención corresponde a otras ramas del derecho, al derecho administrativo principalmente. Por otro lado, existe una confusión entre peligrosidad predelictual y posdelictual, al equiparar la peligrosidad de asocíales que no han cometido todavía delitos, con la del delincuente que ya ha sido una vez condenado.

Pero ¿a qué se deben estas confusiones? A poco que se cale en las intenciones del legislador, leyendo el preámbulo y las discusiones en Cortes, de la ley de 1970[53], se ve claramente que no se ha pretendido crear un sistema de medidas complementarias de la pena y auxiliares del derecho penal en su lucha contra el delito, sino que se ha querido crear un derecho penal "sui generis", un pseudo Código Penal, en el que se *sanciona* una serie de conductas que, de otro modo, quedarían impunes, con razón o sin ella; a mi juicio, con razón, pues no está justificado desde ningún punto de vista aplicar a la mayoría de los supuestos recogidos en el art. 2 de la Ley de Peligrosidad una sanción penal.

No puede entenderse de otro modo el internamiento, por ejemplo, en *establecimientos de trabajo,* cuya duración puede alcanzar los tres años, de vagos habituales, proxenetas, homosexuales, prostitutas, etcétera. Y aun en los casos en que está previsto el internamiento de algunos de estos sujetos, que no han cometido delito

[53] Una completa información del debate de esta ley en las Cortes ofrece RODRÍGUEZ DEVESA, *Derecho penal,* "Parte general", cit., ps. 819 y siguientes.

www.librosderechoperu.blogspot.com

alguno, en un establecimiento de reeducación, no deja de ser tal medida una coacción, poco justificada, por lo demás, dada la dificultad para reeducar a estas personas, si éstas no acceden voluntariamente a ello.

En eso reside el principal defecto de la legislación positiva en esta materia, pues, como muy bien dice RODRÍGUEZ DEVESA, "una intervención que signifique una privación prolongada de libertad, llámese pena o custodia de seguridad, perfora todo el dispositivo de garantías características de un Estado de derecho, que no puede admitir injerencias de esta clase en la vida privada, si no se ha realizado todavía ningún acto delictivo"[54].

2. *Naturaleza y efectos.*— Es evidente, por tanto, que el derecho penal sólo debe ocuparse de conductas peligrosas *posdelictuales* y que, por consiguiente, las medidas de seguridad jurídicopenales únicamente deben referirse a dichas conductas. Pero, aún aceptando este punto de partida, deben analizarse, siquiera brevemente, las ventajas e inconvenientes de esta consecuencia del delito.

La medida de seguridad, no cabe duda, es un instrumento indispensable en la actual lucha contra el delito. Ella se adecúa mejor que la pena a la personalidad del delincuente y puede contribuir con más eficacia a su readaptación en la sociedad. Por otra parte, es el único recurso de que dispone el Estado en aquellos casos en los que no se puede imponer una pena por ser el sujeto inimputable[55], aún cuando ha cometido un hecho tipificado en la ley como delito y es peligroso.

[54] RODRÍGUEZ DEVESA, ob. u. cit, p. 813.

[55] Enajenación mental, sordomudez, minoría de edad. En el art. 8, números 1, 2 y 3, se dispone una serie de medidas aplicables a estas personas. Las medidas de seguridad aplicables a los enajenados se encuentran ya en el Código Penal de 1850.

www.librosderechoperu.blogspot.com

Pero de todos modos, no deben ocultarse sus inconvenientes. Estos son sobre todo de tipo jurídicoconstitu-cional. El presupuesto de la medida de seguridad, la peligrosidad, es un juicio de probabilidad y como tal, puede ser erróneo: el que no se considera peligroso vuelve a reincidir y el que se considera altamente peligroso puede no volver a delinquir nunca más. Las bases sobre las que descansa un tal juicio son movedizas y los criterios que se manejan en la prognosis son todavía muy inseguros. Contra ellos se formulan objeciones de índole dogmática y psicosocial. En realidad, como dice GÖPPINGER, debe aceptarse el riesgo de que la prognosis falle[56]; y efectivamente la experiencia así lo demuestra.

También se pueden formular objeciones contra la aplicación misma de la medida de seguridad. La aplicación de una pena es la consecuencia fundamental del delito, con ella se retribuye la conducta culpable y se consiguen los fines de prevención general, intimidando a los demás ciudadanos, y de prevención especial, asegurando o corrigiendo al delincuente. La aplicación conjunta de pena y medida de seguridad puede lesionar el principio de ne *bis in idem*[57]. Por más que digamos que el fundamento y los fines son distintos en una y otra, en

[56] *Kriminologie,* cit., p. 236.

[57] Precisamente por ello se pide la unificación de pena y medi da de seguridad en una sola sanción, criticándose el sistema dualista que informa las legislaciones penales europeas. Natu ralmente, las críticas no se dirigen contra las medidas de segu ridad que se imponen a los inimputables -menores de edad, en fermos mentales, etc.- en sustitución de la pena, cuando han cometido un hecho antijurídico tipificado en la ley penal, sino contra aquellas medidas que se imponen *conjuntamente* con la pena a sujetos declarados culpables de un delito. En este senti do ver ANTOLISEI, *Manual de derecho penal,* trad. de Torio y Del Ro sal, 1960, ps. 578 y ss.

www.librosderechoperu.blogspot.com

verdad es el mismo individuo quien soporta ambas consecuencias por el hecho cometido.

Por otra parte, alguna de estas medidas de seguridad en concreto puede lesionar los derechos fundamentales del individuo, al imponer *coactivamente* actividades que emanan de la libertad personalísima del individuo como, por ejemplo, el trabajo, o que en última instancia descansan en la voluntad del sujeto afectado como, por ejemplo, el tratamiento terapéutico o correccional. Y aún existe el peligro de que con la medida de seguridad se persiga en realidad un aumento de la gravedad de las penas, aduciendo la supuesta finalidad de la defensa social o de la corrección del individuo, imponiendo, por ejemplo, a un homosexual siete meses de privación de libertad por un delito de abusos deshonestos y recluyéndole después, durante tres años, en un establecimiento de trabajo o correccional.

3. *Crítica.*— Todos estos inconvenientes aumentan, cuando se trata, como sucede con la Ley de Peligrosidad en la mayoría de los casos, de medidas de seguridad *predelictuales.*

Si difícil es constatar la peligrosidad de personas que ya han delinquido, esas dificultades se convierten en insuperables cuando las bases del pronóstico de peligrosidad no descansan en el suelo firme de la realización de una conducta tipificada y amenazada con una pena, sino en determinadas cualidades o estados de la persona.

La aplicación de una medida de seguridad es aquí, por consiguiente, aun más criticable que cuando, por lo menos, se aplicaba porque se había cometido un hecho tipificado legislativamente como delito. El peligro no es

www.librosderechoperu.blogspot.com

ya solamente que se pueda agravar innecesariamente a través de la medida de seguridad la pena impuesta, sino que se camufle una pena auténtica bajo el manto hipócrita de la medida de seguridad resocializadora.

Las consecuencias de las medidas de seguridad pre-delictuales para el concepto del derecho penal pueden ser muy graves. Frente a ellas, el penalista se encuentra ante esta alternativa: o modifica el concepto del derecho penal, que tradicionalmente sólo se refiere a *delitos* y a *penas y medidas de seguridad posdelictuales,* para dar cabida en él a los estados de peligrosidad y las medidas de seguridad predelictuales, o se excluyen estos conceptos del derecho penal para llevarlos a otras ramas del ordenamiento jurídico.

La primera solución llevaría a una desnaturalización del propio derecho penal que siempre se ha considerado como la ultima *ratio* del ordenamiento jurídico y que, por tanto, únicamente se debe referir a actos que pongan gravemente en peligro la convivencia humana y que puedan imputarse a la voluntad del que los realiza.

Parece, por consiguiente, preferible la segunda solución, es decir, la exclusión del ámbito del derecho penal de los estados de peligrosidad y de las medidas de seguridad predelictuales. Pero esto no quiere decir que el derecho deba quedar al margen de estos problemas. Existen otras ramas jurídicas más idóneas para regularlos y en ellas deben ser incluidos. Su exclusión del derecho penal no significa tampoco que estos sujetos social y criminalmente peligrosos queden sin garantías y al arbitrio de las autoridades administrativas. Las garantías jurídicas no son privativas del derecho penal. Lo que sí es privativo del derecho penal son los delitos y las consecuencias jurídicas que se derivan del delito. Sería,

www.librosderechoperu.blogspot.com

por tanto, un abuso jurídico el que por un simple cambio de etiqueta se impusieran, con el nombre de medidas de seguridad, verdaderas penas a hechos, conductas o situaciones que ni son delitos ni deben llegar a serlo[58].

4. *Conclusiones.*— Resumiendo lo anteriormente expuesto, se puede decir que la actual Ley de Peligrosidad Social plantea al penalista dos problemas fundamentales:

Por un lado, al admitir ampliamente la peligrosidad y las medidas de seguridad predelictuales, cuestiona el propio concepto del derecho penal tradicionalmente referido sólo a los hechos tipificados en la ley penal como delitos.

Por otro lado, la propia noción y contenido de la peligrosidad social, tal como está configurada en la ley de 1970, contradice el principio de legalidad considerado hoy, según se verá más adelante, como un principio fundamental y limitador del poder punitivo del Estado. Frente al primer problema no cabe, como ha señalado COBO,

[58] Sobre las medidas de seguridad en relación con el Estado de derecho puede verse la obra conjunta de varios penalistas europeos, BETTIOL, HEINITZ y GLASER entre otros, en la que se recogen sus aportaciones al "Convegno di Diritto Pénale" celebrado en Bressasone en 1961, con el título de *Stato di diritto e misure di sicuMrezza,* Padova, 1962. Especialmente interesante es el artículo de Stefan GLASER, "Sur les conditions régissant les mesures de süreté dans leurs rapports avec l'État de Droit", recogido en dicha obra, ps. 47 y siguientes. Ver también infra, nota 61.

Sobre los problemas prácticos que la aplicación de la Ley de Peligrosidad y Rehabilitación Social plantea, ver las circulares relacionadas con dicha ley, publicadas por la Fiscalía del Tribunal Supremo, Madrid, 1972.

Sobre los problemas procesales es, asimismo, interesante el libro de GUILLEN FAIREN, *Problemas del proceso de peligrosidad sin delito,* Madrid, 1972.

www.librosderechoperu.blogspot.com

adoptar la táctica del avestruz y excluir del ámbito del derecho penal las medidas predelictuales por el simple hecho de que no encajen en nuestros esquemas mentales tradicionales[59]. El penalista tiene que ver cómo se las arregla con un problema que está ahí y que, desde luego, lo afecta[60]. Pero la aceptación de esta realidad no significa su aceptación "acrítica". La Ley de Peligrosidad pone en peligro gravemente el principio de legalidad, al no precisar debidamente los supuestos de su aplicación y abandonar, en definitiva, al arbitrio judicial, esta tarea. Más grave todavía es que no existan los establecimientos adecuados o el número suficiente para llevar a cabo esas tareas de rehabilitación y corrección y que, por consiguiente, se tengan que cumplir estas medidas en cárceles, borrándose así, en la práctica, toda diferencia entre pena y medida de seguridad y encerrando el peligro de que ésta funcione como una sanción penal de hechos que ni formal ni materialmente son delitos. Aunque sólo fuera por las razones apuntadas, debería rechazarse la Ley de Peligrosidad en su actual configuración. A ellas hay que añadir la dificultad que entraña *incluir* en el *actual esquema* del derecho penal la peligrosidad sin referencia al delito. De este modo se puede llegar, como señala RODRÍGUEZ MOURULLO, a un desarrollo ilimitado de la idea de prevención a costa de los derechos fundamentales del individuo. Como bien sigue diciendo el citado autor, el destierro de las medidas predelictuales del ámbito del derecho penal no significa el

[59] COBO DEL ROSAL, "Prevención y peligrosidad social en la Ley de 4 de agosto de 1970", en *Peligrosidad social* y *medidas de seguri dad,* Valencia, 1974, p. 98.

[60] Como acertadamente ha puesto de relieve BERISTAIN, *Medi das penales en derecho contemporáneo,* Madrid, 1974, ps. 28 y siguientes.

www.librosderechoperu.blogspot.com

abandono de las funciones preventivas. La prevención antidelictual puede llevarse a cabo de manera más eficaz a través de otros cauces menos comprometedores para los derechos fundamentales de la persona a través del derecho administrativo, con las necesarias garantías frente a la Administración o, todavía mejor, a través de una acertada política económica y social que evite las causas de este tipo de peligrosidad[61]. Sí, en definitiva, lo que se quiere es sustituir el derecho penal tradicional represivo por un derecho de medidas resocializantes y reeducadoras y *no* se quiere que este cambio sea puramente terminológico, deberán modificarse, en primer lugar, las estructuras económicas y sociales que hagan posible este cambio, pues, de lo contrario, podría decirse de la Ley de Peligrosidad social lo que PASCHUKANIS decía del Código Penal ruso de 1922: que "sólo había cambiado la terminología, pero no la realidad penal"[62].

C) FUNCIÓN DE LA NORMA PENAL

La función de la norma penal, como la de cualquier otra institución, sólo puede comprenderse en referencia a un sistema social de convivencia[63].

[ül] RODRÍGUEZ MOURULLO, "Medidas de seguridad y Estado de derecho", en *Peligrosidad social y medidas de seguridad,* cit., ps. 364 y 367.

[62] PASCHUKANIS, *Allgemeine Rechtslehre,* cit., p. 170.

[63] Cfr. PARSONS, *El sistema social,* cit., ps. 23 y siguientes. Sobre el pensamiento funcionalista en derecho penal, ver mi artículo "Funktion der Strafnorm und Strafrechtsreform" en *Strafrecht und Strafrechtsreform,* Colonia, 1974, ps. 309 y ss.; BRINGEWAT, Peter, *Funktionales Denken im Strafrecht,* Berlin, 1974.

www.librosderechoperu.blogspot.com

Con esto no se ha dicho, sin embargo, todavía nada sobre las cualidades que debe tener ese sistema de convivencia ni sobre la forma específica de funcionar de la norma penal sobre ese sistema. A la primera cuestión sólo se puede responder situándose en una perspectiva ideológica, desde la que se puede decir, por ejemplo, que el sistema social ideal de convivencia es el comunista, el capitalista o el anarquista. En este sentido, una norma funcional para un sistema puede ser disfuncional para otro y viceversa. Pero, puesto que desde esta perspectiva el concepto de función es demasiado neutro, hay que precisarlo más y preguntar, no por la función de la norma penal respecto de un determinado sistema ideológico, sino por la función de la norma penal respecto de la convivencia humana, que es el fin y al mismo tiempo la base de todo sistema social. En tanto la norma penal posibilite una mejor convivencia, será funcional; cuando se convierta en perturbadora de esa convivencia, será disfuncional.

Sobre esta base, se puede responder a la segunda cuestión. La norma penal funciona protegiendo las condiciones elementales mínimas para la convivencia y motivando, al mismo tiempo, en los individuos, que se abstengan de dañar esas condiciones elementales. La norma penal tiene, por tanto, una doble función: protectora y motivadora. *Protección* y *motivación* o, mejor dicho, protección a través de la motivación, son las dos funciones inseparables e interdependientes de la norma penal. La protección supone la motivación y sólo dentro de los límites, en los que la motivación puede evitar determinados resultados, puede alcanzarse la protección de las condiciones elementales de convivencia[64].

[íi4] Cfr. JAKOBS, Günther, *Studien zum fahrlässigen Erfolgsdelikt*, Berlin, 1972, p. 1.

www.librosderechoperu.blogspot.com

En lo que sigue expondré, por separado, en qué consiste la esencia de estas dos funciones.

a) *FUNCIÓN DE PROTECCIÓN*

A la norma penal, igual que a las demás normas jurídicas, le incumbe una función eminentemente protectora. La diferencia entre la norma penal y las demás normas jurídicas, en esta materia, radica en la especial gravedad de los medios empleados por la norma penal para cumplir esta misión y en que sólo interviene o debe intervenir en los casos de ataques muy graves a la convivencia pacífica en la comunidad[65].

Pero ¿qué es lo que protege o pretende proteger la norma penal? A esta pregunta responden de modo unánime los penalistas: la norma penal, el derecho penal, protege los bienes jurídicos. La verificación de esta afirmación obliga, pues, a enfrentarse con el concepto de bien jurídico.

1. *Concepto de bien jurídico protegido.*— La necesidad de la convivencia -condensada en la idea freudiana de que la sociedad frustra, pero satisface al mismo tiempo las necesidades humanas individuales[66]- supone la protección de esa convivencia, pues sólo en ella puede la persona individual autorrealizarse. La autorrealización humana necesita de unos presupuestos existenciales que, en tanto son de utilidad para el hombre, se denominan "bienes" y, concretamente, en tanto son objeto de protección por el derecho, "bienes jurídicos".

Así, pues, bienes jurídicos son aquellos presupues-

[65] Cfr. cap. II, A, "El principio de intervención mínima". [RH] Cfr. FREUD, *Das Unbehagen in der Kultur*, citado.

www.librosderechoperu.blogspot.com

tos que la persona necesita para la autorrealización en la vida social[67].

Entre estos presupuestos se encuentran, en primer lugar, la vida y la salud -negados por la muerte y el sufrimiento-. A ellos se añaden otros presupuestos materiales que sirven para conservar la vida y aliviar el sufrimiento: medios de subsistencia, alimentos, vestidos, vivienda, etc., y otros ideales que permiten la afirmación de la personalidad y su libre desarrollo: honor, libertad, etcétera.

A estos presupuestos existenciales e instrumentales mínimos se les llama "bienes jurídicos individuales", en cuanto afectan directamente a la persona individual. Junto a ellos vienen en consideración los llamados "bienes jurídicos comunitarios" que afectan más a la comunidad como tal, a la agrupación de varias personas individuales, y que suponen un cierto orden social o estatal: la salud pública, la seguridad en el tráfico motorizado, la organización política, etcétera.

De aquí la distinción que suele hacerse en la parte especial del derecho penal entre delitos contra los particulares -que atacan directamente a los bienes jurídicos individuales- y delitos contra la sociedad -que atacan a los bienes jurídicos comunitarios, al orden social o estatal establecido-. Esta distinción no debe entenderse, sin embargo, como una concepción dualista del bien jurídico, por la que se contraponen los bienes jurídicos individuales a los "supraindividuales". La convivencia pacífica, asegurada por un orden social o estatal

[G7] Cfr. MARX, Michael, *Zur Definition des Begriffs "RechLsgul"*. 1972, p. 62. Críticamente al respecto AMELUNG, *Rechlsgüterschulz und Schutz des Gesellschaft,* Frankfurt del Main , 1972. Cfr. también POLAINO NAVARRETE, *El bienjurídico en derecho penal,* 1974. ps. 243 y ss., y 252 y siguientes.

www.librosderechoperu.blogspot.com

adecuado, es también un bien jurídico del individuo, en tanto es la única forma de que éste pueda autorreali-zarse[68].

2. *"Perversión" del concepto de bien jurídico.*— La determinación de los bienes jurídicos a proteger supone una valoración que, como tal, está condicionada históricamente: "cuáles sean los valores que en cada época determinada el legislador somete a *tutela* penal, depende no solamente de las necesidades sociales concretas, sino también, y quizás en primera línea, de las concepciones morales dominantes en la sociedad"[69]. Claramente dice MAURACH que "tan sólo puede ser considerado *como bien jurídico un interés reconocido por* la sociedad, o *por las capas sociales dirigentes de la colectividad estatal*"[70].

Ahora bien, esta realidad indiscutible lleva a considerar también como "bien jurídico" los intereses del grupo o clase dominante que *no* tienen un valor fundamental para los restantes miembros de la comunidad. Se trata aquí de una "perversión" del concepto de bien jurídico. La historia muestra claros ejemplos de esto.

La elevación a la categoría de bien jurídico, es decir, de valor respetable y que hay que respetar, de determinadas ventajas e intereses en beneficio de unos pocos y en perjuicio de la mayoría es una forma evidente de mantener el *status*, de reaccionar frente a todo lo que signifique progreso y de conservar a toda costa la actual

[08] En el mismo sentido MARX, Michael, ob. cit., ps. 79 y siguientes.

[H9] NAVARRETE URIETA. *Elementos racionales e irracionales en la estructura del delito,* en "Anales de la Universidad de Valencia", 1962/63, p. 67.

[70] MAURACH, *Tratado,* cit., t. I, p. 251 (el subrayado es mío).

www.librosderechoperu.blogspot.com

situación. De este modo se abusa del derecho penal como sistema de represión en defensa de algunas minorías dominantes, poniendo, por ejemplo, la oposición política al margen de la ley, castigando los ataques a los bienes jurídicos instrumentales -a la propiedad privada, por ejemplo- con la misma gravedad o incluso más gravemente que los ataques a la vida, a la salud o a la libertad, o considerando como "derechos naturales", inmutables y permanentes, lo que no es más que el interés personal y egoísta de los que detentan el poder[71].

Al igual que ocurre con el concepto del delito, también tiene el penalista que elaborar un concepto material, no simplemente formal, del bien jurídico que, comparado con las concepciones extrajurídicas, le permita una función *crítica* de los bienes jurídicos protegidos por el legislador. Pero esta función crítica no se debe limitar sólo a los bienes jurídicos protegidos, sino también al modo de protegerlos, para desembocar finalmente en una función político-criminal que determine qué bienes jurídicos deben protegerse y cómo deben protegerse por la norma penal[72].

b) *FUNCIÓN DE MOTIVACIÓN*

Para conseguir esa protección de bienes jurídicos que la norma penal persigue, se desencadenan en los individuos determinados procesos psicológicos que los inducen a respetar dichos bienes jurídicos. Estos mecanismos psicológicos no se presentan aislados, sino formando parte de un complejo proceso llamado "motivación".

[71] Sobre las consecuencias de esta "perversión" del concepto de bien jurídico en la función de motivación, ver infra, b.

[72] Ver cap. II, A.

www.librosderechoperu.blogspot.com

1. *Concepto de motivación.*— Este concepto admite muchas acepciones. Por motivación entiende, por ejemplo, SPOERRI, "el proceso, consciente o inconsciente, en cuya base se halla una fuerza activadora y que se encamina a un objetivo"[73]. Bajo el concepto de motivación se comprenden -dice THOMAE, especialista en el tema- "todos aquellos procesos imputables a un individuo o a un grupo, que explican su conducta o la hacen comprensible"[74]; pero, si se pregunta por la extensión de este concepto, se puede afirmar, dice también THOMAE, "que es casi imposible precisar qué procesos, de los que se dan dentro del organismo o de la personalidad, no pertenecen a la motivación"[75]. Una cosa es, sin embargo, segura: el derecho y el derecho penal como una parte de ese derecho, ejercen un fuerte influjo en la motivación humana; pues, como elementos pertenecientes al mundo circundante del individuo son interiorizados o internalizados por él y cooperan en la formación de su conciencia, del superyó.

De todas las teorías que han explicado este proceso de motivación del comportamiento humano, ninguna lo ha hecho tan bien y tan convincentemente como la teoría psicoanalítica. Sus aportaciones pueden servir al penalista, pues, como dice GIMBERNAT, "el psicoanálisis precisamente suministra una explicación y justificación del derecho penal"[76].

Según FREUD, en alguna parte de la psiquis humana

[73] SPOERRI, *Compendio de psiquiatría,* trad. de Cervantes, Barcelona, 1970. p. 31.

[74] THOMAE, Hans, en *Handbuch der Psychologie,* t. 2, Gotinga, 1965, p. 3. Sobre la *motivación* es fundamental la obra dirigida por THOMAE, *Die Motivation des menschlichen Handelns.* 1966, en la que se contienen valiosas contribuciones de éste y otros im portantes especialistas sobre el tema.

[75] THOMAE, en *Handbuch,* cit., p. 17.

[76] GIMBERNAT, *¿Tiene un futuro la dogmática jurídicopenal?,* cit., p. 93.

www.librosderechoperu.blogspot.com

se forma desde la niñez un órgano de control que vigila las propias emociones y rige la conducta del hombre conforme a las exigencias del mundo circundante[77]. A este órgano- de control lo llamó después superyó[78]. El proceso de formación del superyó es bastante complicado. Empieza con la introyección del poder paterno en la niñez y se continúa con la introyección de la autoridad social durante toda la vida. La autoridad en general y la autoridad estatal, que precisamente muestra en el derecho penal su aspecto más dramático, se internalizan por la creación del superyó[79]. De este modo se forma una instancia valorativa en el adulto que le impulsa a dirigir sus acciones conforme a las exigencias que de ella emanan. Esta instancia valorativa, conciencia ética social o superyó, tiene su origen en factores determinantes de tipo religioso, económico, etc. -los llamados estereotipos[80]-. Uno de esos factores determinantes es, sin lugar a dudas, el derecho, la norma jurídica, cuya diferencia con los demás factores radica precisamente en la posibilidad de su imposición coactiva. Esta posibilidad existe también en los otros factores, pero en ninguno de ellos se presenta organizada e institucionalizada: la ins-titucionalización de la coacción, la coacción organizada, es el riesgo típico del derecho[81].

[77] FREUD, Sigmund, "Eine Schwierigkeit der Psyschoanalyse". en *Gesammelte Werke,* t. XII, 3ª ed.. 1966, p.8.

[78] Esta expresión fue introducida por FREUD, en 1923, en su obra "Das Ich und das Es", *Gesammelte Werke,* cit.. t. XIII. p. 282.

[79] FREUD, *Das Unbehagen in der Kultur,* cit., t. XIV, p. 484.

[80] Cfr. MITSCHERLICH-VOGEL, en *Handbuch der Psychologie,* cit., ps. 759 y siguientes.

[81] KELSEN, Hans, *Teoría pura del derecho,* trad. de la edición francesa de 1953, 11ª ed., Buenos Aires, 1973, p. 70. En este sentido también Elias DÍAZ, Sociología y *filosofía del derecho,* Ma drid, 1971, p. 29.

www.librosderechoperu.blogspot.com

El principal medio de coacción juridica es la pena, que sirve para motivar comportamientos en los individuos y que es, además, elemento integrante de la norma penal. La norma penal cumple, por tanto, esa función motivadora que señalábamos al principio, amenazando con una pena la realización de determinados comportamientos considerados por las autoridades de una sociedad como no deseables. "De la misma manera que el padre castiga al niño pequeño (...) cuando se comporta mal, a fin de, mediante la privación del cariño, forzarle a reprimir aquellos impulsos cuya satisfacción perjudican al niño o a los demás, así también la sociedad (...) tiene que acudir a la pena: para reforzar aquellas prohibiciones cuya observancia es absolutamente necesaria, para evitar, en la mayor medida posible, la ejecución de acciones que atacan a la convivencia social, para conferir, en fin, a tales prohibiciones -con la amenaza y con la ejecución de la pena cuando no sean respetadas- un especial vigor que eleve en la instancia de la conciencia su efecto inhibidor"[82].

2. *Motivación general y motivación individual.*— La función de motivación que cumple la norma penal es primariamente social, general, es decir, incide en la comunidad; pero en su última fase es individual, o sea, incide en el individuo concreto. Así, por ejemplo, dice PARSONS "que todos los procesos de motivación son procesos que se producen en las personalidades de los actores individuales. Los procesos mediante los que la estructura motivacional de una personalidad individual llega a ser lo que es, son, sin embargo, fundamentalmente, proce-

GlMBERNAT, lug. U. Cit., p. 95.

www.librosderechoperu.blogspot.com

sos sociales, que entrañan la interacción del ego con una pluralidad de alter"[83].

Hay veces en las que la motivación general y la individual coinciden casi por completo, sobre todo cuando las normas rigen en una sociedad democrática y en su elaboración participan ampliamente los miembros que componen esa sociedad, o cuando el contenido de sus prohibiciones se refiere a bienes jurídicos de gran valor para la convivencia que forman el patrimonio existencial de los individuos -vida, salud, libertad, etc.-.

Pero otras veces, y se puede decir que desgraciadamente ocurre esto la mayoría de las veces, la motivación general y la individual no coinciden en absoluto o falta en algunas personas la motivación individual conforme a las normas. Esto ocurre precisamente cuando la sociedad está estructurada de un modo poco democrático o cuando los bienes que se pretenden proteger no tienen un valor fundamental para la convivencia. La consecuencia de esta *antidemocrática perversión del concepto de bien jurídico* es la incomunicación, la protesta y, finalmente, la conducta desviada y el delito[84]. Acertadamente describe GIMBERNAT esta situación con motivo de la reciente reforma del Código Penal en materia de represión del tráfico de drogas: "A los que exigen la represión sin contemplaciones frente al aumento del consumo de

[83] PARSONS, *El* sistema *social,* cit., p. 259. En este sentido, dice CASTILLA DEL PINO, en *Sexualidad* y *represión*, 4ª ed., Madrid, 1972. p. 12, que "aun cuando la represión, al igual que otros procesos, es primariamente social (...) la etapa final del mismo es prácticamente individual y deviene, en última instancia, en mero conflicto psicológico".

[84] Cfr. CASTILLA DEL PINO, *La incomunicación,* 5ª ed., 1972, ps. 1 13 y ss.; MERTON, *Teoría y estructuras sociales,* México, 1964; GARMENDIA, *Esquema del delito en España,* Madrid, 1973.

www.librosderechoperu.blogspot.com

estupefacientes entre los jóvenes, no parece inquietarles para nada la causa a la que obedece el fenómeno: la sociedad materialista, insolidaria, enajenante y frus-tradora que han creado precisamente los que abogan por la punición de esa conducta, esa sociedad de la que otros más jóvenes tratan de evadirse de alguna manera. El mecanismo psicológico que en todo ello se está operando es evidente: las insuficiencias de un determinado sistema social llevan a una minoría de los aún no plenamente integrados -los jóvenes- a la evasión, y la mayoría -frustrada también por esa sociedad, pero integrada ya en ella- criminaliza a la minoría que, con esa actitud, está denunciando a gritos esa insuficiencia"[85].

Los ejemplos de este tipo contenidos en el Código Penal son abundantes.

En primer lugar, me voy a referir a las normas relativas al adulterio contenidas en nuestro Código Penal. A través de ellas se intenta proteger -más que el honor del cónyuge "inocente", la moral pública, la mutua fidelidad entre los esposos o cualquier otro valor más o menos digno de protección- el dogma de la indisolubilidad del matrimonio. Así lo demuestra, a mi juicio, el hecho de que se castigue el adulterio, aunque el matrimonio esté legalmente separado o, incluso, como se dice expresamente en el art. 449, "aunque después se declare nulo". No hace falta ser un especialista, para darse cuenta inmediatamente del abismo existente entre la motivación general emanada de la norma penal y la motivación individual. La indisolubilidad del matrimonio podrá ser todo lo respetable que se quiera, pero lo cierto es que muy pocos creen en ella y si creen, no se comportan,

[85] GIMBERNAT, *La reforma del Código Penal y de justicia militar,* en "Cuadernos para el Diálogo", n° 99. diciembre 1971, p. 17.

www.librosderechoperu.blogspot.com

desde luego, como tales creyentes. El número de matrimonios que en España viven de hecho o de derecho separados es elevado y elevado es también el número de aquellas personas que tras el fracaso de su matrimonio han vuelto a rehacer su vida sentimental, uniéndose a otra persona. El ordenamiento jurídico español no sólo no reconoce estas situaciones, sino que, además, las criminaliza. Los cónyuges legal o tácticamente separados quedan de este modo obligados a guardarse una fidelidad sexual ridicula, imposible y, por supuesto, hipócrita. El número relativamente elevado de querellas por adulterio o amancebamiento que en los últimos años se vienen observando en la práctica judicial, puede hacer pensar que, por muy criticable que sea, la regulación jurídica en esta materia responde a las convicciones del pueblo español. Pero más bien sucede todo lo contrario. Cualquier abogado en ejercicio o persona relacionada con la práctica penal conoce bien las razones de esas querellas criminales[86]. Como recientemente ha puesto de relieve CÓRDOBA RODA, el efectivo modo de operar de la jurisprudencia penal, en la realidad, viene condicionado por una serie de elementos que se encuentran situados *fuera de la ley*[87]. Por lo que al adulterio y al amancebamiento se refiere, estos elementos no son otros que el interés de uno de los cónyuges en conseguir, con la condena penal del otro, una vía que le facilite después, en la jurisdicción civil o canónica, la consecución de determinadas ventajas o intereses materiales. Algo parecido sucede con el delito de estupro o, por lo menos, dada la variedad de tipos que bajo este nombre se recogen en el Código Penal, respecto al párrafo

[88] RODRÍGUEZ DEVESA, "Parte especial", cit., p. 172. [87] CÓRDOBA RODA, Consideraciones *sobre la jurisprudencia penal,* en "Revista Jurídica de Cataluña", 1974, p. 120.

www.librosderechoperu.blogspot.com

primero del art. 436. La interpretación jurisprudencial de este precepto es la de que existe estupro cuando se yace con una mujer honesta mayor de dieciséis años y menor de veintitrés, prometiéndole falsamente el matrimonio[88]. La jurisprudencia considera, además, que en toda relación de noviazgo que socialmente se tenga por tal existe tácita o explícitamente una promesa matrimonial[89]. "El resultado de esta interpretación jurisprudencial es -como dice GIMBERNAT- que prácticamente en todo noviazgo con relaciones sexuales ha habido estupro"[90], si naturalmente no ha terminado en matrimonio. Parece, sin embargo, excesivo criminalizar hechos que están a la orden del día. Una vez más hay que tener en cuenta esos elementos a los que se refiere CÓRDOBA RODA, que están fuera de la ley, pero que condicionan su aplicación. Estos elementos son, por lo que se refiere al delito de estupro, las responsabilidades civiles accesorias a la penal previstas en el art. 444 del Código Penal, que obliga a los reos de este delito a dotar a la ofendida y a reconocer y alimentar, en todo caso, a la prole. De este modo se consiguen unas satisfacciones materiales a través de la vía penal y no directamente a través de la civil, que sería normalmente la idónea, si no fuera por las limitaciones existentes en nuestro ordenamiento jurídico

[88] La jurisprudencia es unánime en considerar que sólo la *falsa promesa matrimonial* constituye el engaño al que se refiere el párrafo primero del art., 436, previniendo, al mismo tiempo, frente a una excesiva amplitud en la interpretación de este término, que puede llevar a admitir el estupro allí donde se consiga el yacimiento, prometiendo a una mujer una mejor remuneración o un regalo e incumpliendo después esta promesa: cfr. STS de 30 nov. 1964.

[89] Ver STS de 31 mayo. 8 y 27 junio 1974.

[90] GIMBERNAT, *La mujer y el Código Penal*, en "Cuadernos para el Diálogo", XXVIII extraordinario, diciembre 1971, p. 21.

www.librosderechoperu.blogspot.com

civil para el reconocimiento de la paternidad o su investigación y para el reconocimiento de los derechos de los hijos naturales. Son éstas y no otras las razones que, como el propio Tribunal Supremo ha reconocido recientemente, motivan la condena penal del varón[91]. Y si esto es, desde un punto de vista estrictamente técnico jurídico, recusable, mucho más lo es desde el punto de vista de una eficacia racional motivadora de la pena para el individuo varón que en estos casos se ve obligado a aceptar, involuntariamente, el matrimonio, para evitar la sanción penal. Igualmente es recusable, desde este último punto de vista, la posibilidad que ofrece el Código Penal en su art. 441, el llamado rapto consensual, de criminalizar las relaciones sexuales del varón con mujer mayor de dieciséis años y menor de veintitrés, *aunque no mediare ningún tipo de engaño y se realizaren con la anuencia de ella.* En realidad, lo que se protege en este precepto es el derecho de los padres o guardadores de la mujer, para determinar, hasta que por lo menos ésta cumpla los veintitrés años, su comportamiento sexual, ya que, como se advierte en las sentencias del Tribunal Supremo de 10 de mayo y 4 de octubre de 1974, la realización de tales relaciones sexuales lleva normalmente implícito que se sustraiga la mujer, aunque sea por poco tiempo, a la custodia o vigilancia de sus padres o guardadores. Es evidente que esta norma carece de un mínimo de funcionalidad motivadora racional en el ámbito sexual y en el comportamiento de las parejas jóvenes en particular.

Y si del ámbito de la moral sexual pasamos al de las libertades políticas o ejercicio de los derechos democráticos de las personas, los ejemplos de discordancia en-

[91] STS de 13 marzo y 31 mayo 1974.

www.librosderechoperu.blogspot.com

tre motivación general e individual que se encuentran en nuestro Código Penal pueden aumentarse a discreción. Obsérvese, sin embargo, que en estos casos, más que de una discrepancia entre los valores aceptados por el individuo y los protegidos por la norma[92], se trata de una discrepancia respecto de los límites y formas en que esos valores son protegidos. Pocos son, en efecto, los Estados modernos que no reconocen, en el nivel teórico, las libertades políticas fundamentales o que, incluso, no las colocan como fachada formal de sus constituciones o leyes fundamentales. Pero, en la práctica, el ejercicio de estos derechos viene limitado de tal modo que incluso se castiga como delincuente al individuo que pretende ejercitarlos. Un ejemplo de este tipo es el art. 166, I°, por lo que se refiere al ejercicio del derecho de reunión[93]. Igualmente, el art. 165 bis, b, impone, por su parte, tales limitaciones al ejercicio del derecho a la libre emisión del pensamiento en materia de prensa e imprenta que prácticamente reduce a la nada la

[92] Como dice CASTILLA DEL PINO en *Patografías,* 1972. p. 151, nota 52, un sistema de valores absolutamente individual no existe, al igual que tampoco es imaginable un lenguaje absolutamente individual. "Los valores son siempre adquisiciones del sujeto en la comunidad." Por la misma razón que no existen valores innatos, no puede haber, normalmente, una absoluta discordancia entre el sistema de valores de un sujeto y el del grupo al que pertenece, porque, en definitiva, los valores son suministrados al individuo por el grupo social al que pertenece a través de un complejo proceso de aprendizaje. Sin embargo, en sociedades poco democráticas y excesivamente clasistas sí se dan muchas veces sistemas de valores diferentes coetáneamente existentes, planteándose entonces el problema de la pugna entre los sistemas dominantes y los que no lo son. La tarea democrática consiste, precisamente, en crear las condiciones idóneas para la coexistencia pacífica de ese pluralismo valorativo.

<J3Ver cap. I, A.

www.librosderechoperu.blogspot.com

vigencia de este derecho. Si a esto se añade una práctica administrativa y una jurisprudencia penal regresivas, se comprenderá el divorcio existente entre estos preceptos y las personas a las que se aplican.

En estos casos, que podríamos llamar con ROXIN de "huida al derecho penal", el castigo, las más de las veces desproporcionado e innecesario, no es más que un pretexto para aplacar la "mala conciencia" de los encargados de ejercitar el poder punitivo estatal y de una mayoría integrada en un sistema que al mismo tiempo la frustra y la alienta. Con esta "huida al derecho penal" se priva a la pena de toda fuerza de convicción, de esa función motivadora que en última instancia debe afectar al ciudadano en particular. Precisamente es esta "huida al derecho penal" una de las causas de la crisis del derecho penal y de su ciencia[94].

Por eso es necesario hacer una distinción entre motivación general e individual, no sólo porque así se ponen de relieve los fines perseguidos con la implantación de una norma penal, sino también porque así se dan las bases para una teoría del delito que permite sistematizar y desarrollar las tradicionales categorías sistemáticas -tipicidad, antijuridicidad y culpabilidad- desde el prisma de sus funciones psicosociales[95].

[94] ROXIN, en *Strafrechtliche Grundlagenprobleme*, cit., p. 41: "la 'huida' al derecho penal significa sólo una evasión de la sociedad de sus tareas de configuración politicosociales. El deber de la ciencia del derecho penal es también poner esto de relieve y delimitar, a través de la autocrítica, las posibilidades de eficacia".

[95] Ver mi artículo "Funktion der Strafnorm und Strafrechtsreform", en *Strafrecht und Strafrechtsreform*, cit., ps. 309 y siguientes.

www.librosderechoperu.blogspot.com

www.librosderechoperu.blogspot.com

CAPÍTULO II

PRINCIPIOS LIMITADORES DEL PODER PUNITIVO DEL ESTADO

Las ideas que anidan en el corazón de los hombres, de conseguir una paz social justa, un sistema equitativo que ampare sus derechos fundamentales y una seguridad personal que evite los despotismos y arbitrariedades, han ido formando un patrimonio común, una plataforma sobre la que debe descansar también el ejercicio del poder punitivo del Estado.

Estas ideas sirven de línea directriz en la creación, aplicación y ejecución de las normas penales y, en caso contrario, dan la base para su crítica. Dirección y crítica son, por tanto, las dos funciones que tienen encomendadas estas ideas en el ámbito del derecho penal moderno. Su naturaleza es tanto política como jurídica. Su origen hay que buscarlo, con todas las reservas que supone buscar una fecha para el nacimiento de una idea, en ese momento histórico que suele fijarse en la Revolución Francesa y en el pensamiento ilustrado del siglo XVIII, en el que, por lo menos en el nivel teórico, el poder del Estado pasa a ser controlado y limitado[96].

[96] Sobre el paso del Estado absoluto al Estado liberal de derecho, ver Elias DÍAZ, *Estado de derecho y sociedad democrática*, 4ª ed., Madrid, 1972, ps. 19 y siguientes.

www.librosderechoperu.blogspot.com

A partir de esa época, el derecho penal empieza a considerarse como un instrumento de defensa de los valores fundamentales de la comunidad, que sólo debe emplearse contra ataques muy graves a esos valores y en una forma controlada y limitada por el "imperio de la ley"[97]. Evidentemente, la vigencia plena de esta idea fue y es todavía un deseo loable no siempre satisfecho en la práctica; pero su reconocimiento, siquiera sea a nivel formal, supuso ya un adelanto irreversible frente al derecho penal del Antiguo Régimen. La importancia de este adelanto se mostró posteriormente, cuando el Estado totalitario irrumpió en la esfera de lo punible, amenazando con penas a conductas indiferentes desde el punto de vista éticosocial y borrando toda idea de proporción entre el delito cometido y el castigo aplicable[98]. La situación no ha cambiado *tanto como para* prescindir actualmente de este problema. La excesiva intromisión del poder estatal en la esfera privada es un hecho corriente, repetidas veces denunciado. En derecho penal se ha entrado, además, en un círculo vicioso en el que

[97] Sobre el derecho penal de la monarquía absoluta y el tránsito al derecho penal del Estado liberal, ver TOMAS Y VALIENTE, *El derecho penal de la monarquía absoluta,* Madrid, 1969, p. 408 y pássim; SCHMIDT, Eberhard, *Einführung in die Geschichte der deutschen Strafrechtspßege,* 3ª ed., Gotinga, 1965, ps. 212 y siguientes. Sobre esta época y su ideología penal es siempre recomendable la lectura del librito de BECCARIA, *Dei delitti e delle pene,* 1764, de tanta influencia en la evolución del derecho penal de su época -de las muchas ediciones y traducciones existentes la más fiel al texto original es la de Juan Antonio de las Casas, 1774, reeditada por Alianza Editorial, Madrid, 1968-. Igualmente, por lo que a España en particular respecta, debe tenerse en cuenta la obra de LARDIZABAL, *Discurso sobre las penas,* Madrid, 1782, reeditada con estudio preliminar de Antón Oneca, Madrid, 1966.

[98] MAURACH, *Tratado,* cit. t. I, p. 5.

www.librosderechoperu.blogspot.com

el aumento de la criminalidad corre parejo con un aumento de la dureza en la represión punitiva, que parece volver a los tiempos de una política penal autoritaria de donde parecía se había salido ya definitivamente.

Ante esta excesiva intromisión del poder punitivo del Estado en el ámbito de los derechos individuales más sagrados, creo que no está de más, en un trabajo de este tipo, plantearse siquiera el problema de los límites al poder punitivo estatal, límites que se basan, en última instancia, en la dignidad humana y en la idea de la justicia misma. A mi juicio, estos límites pueden reducirse a la vigencia, no sólo formal, sino material también, de dos principios fundamentales: *el principio de intervención mínima y el principio de intervención legalizada del poder punitivo del Estado.*

A) EL PRINCIPIO DE INTERVENCIÓN MÍNIMA

El poder punitivo del Estado debe estar regido y limitado por el principio de intervención mínima. Con esto quiero decir que el derecho penal sólo debe intervenir en los casos de ataques muy graves a los bienes jurídicos más importantes. Las perturbaciones más leves del orden jurídico son objeto de otras ramas del derecho. De aquí que se diga que el derecho penal tiene carácter "subsidiario" frente a las demás ramas del ordenamiento jurídico.

Esta expresión, indudablemente equívoca, ha originado las más estériles polémicas. A mi juicio, la "subsi-diariedad", "accesoriedad" o "secundariedad", como también se le llama, del derecho penal no es más que una de las consecuencias que se derivan del principio de intervención mínima. Pero, para evitar malos entendidos, conviene precisar, previamente al estudio de las

www.librosderechoperu.blogspot.com

consecuencias de este principio (b), la cuestión de la subsidiariedad del derecho penal (a).

a) *LA SUBSIDIARIEDAD DEL DERECHO PENAL*

El derecho penal, como todo el ordenamiento jurídico, tiene una función eminentemente protectora de bienes jurídicos"; pero en esta función de protección le corresponde tan sólo una parte, y ciertamente la última, interviniendo únicamente en cuanto fracasan las demás barreras protectoras del bien jurídico que deparan otras ramas del derecho. Ello ha llevado a un cierto sector de la doctrina a decir que, frente a estas otras ramas jurídicas, el derecho penal tiene carácter subsidiario. ¡Qué expresión más adecuada para producir equívocos! Conviene, por consiguiente, precisar el alcance exacto de la expresión.

1. *La tesis de subsidiariedad.*— La afirmación del carácter subsidiario del derecho penal tiene su origen en la teoría de las normas de BINDING. El punto de partida de este autor es su distinción entre norma y ley penal; el delincuente infringe con su conducta la norma, pero cumple la ley penal que *no* tiene más que una función sancionatoria de las acciones prohibidas por las normas[100].

Así resume STAMPA la tesis de BINDING, de la que él disiente: "Si la norma (imperativo) no forma parte de la ley penal, sino que es *un* precepto autónomo del derecho público en general, y si el que delinque no viola la

"Ver cap. I, C, a.

[100] BINDING, *Die Nonnen*, cit., t. I, p. 4 y siguientes. Ver cap. I, nota 1.

www.librosderechoperu.blogspot.com

ley penal, sino que infringe esa norma 'extravagante', resulta que a la ley penal, desprovista de la función preceptiva, sólo le conviene una función meramente sancionatoria. Y si la ley penal no posee más que dicha función, sigúese que el derecho del mismo nombre, cuyo contenido normativo es un conjunto de *Strafgesetze,* poseerá un carácter meramente complementario: su naturaleza, pues, lejos de ser constitutiva, sería simplemente *accesoria* o *secundaria,* en cuanto limitada a velar, mediante su aparato coactivo, por el cumplimiento de unas normas o preceptos situados en un lugar autónomo del derecho público en general"[101].

En el mismo sentido que BINDING, opinaba también BELING: "Para regular la conducta humana, no está sólo el derecho penal; más bien son las restantes ramas del derecho las que llevan a cabo esta regulación (...). Ciertamente, la ley penal vincula la penalidad a la conducta en ella descrita, siempre y en tanto que sea antijurídica (...); pero la constatación de hasta qué punto la conducta humana en general, o esta conducta en especial, es antijurídica, *no* es asunto del derecho penal mismo y no es relevante desde el punto de vista de la ley penal como tal (...). El derecho penal es, por tanto, una rama del derecho que se construye sobre las demás, que se refiere a éstas y que sólo en relación con éstas puede funcionar"[102].

En Italia mantiene la tesis de la subsidiariedad GRISPIGNI, aunque con una cierta originalidad. Para este autor, "lo que de modo particular caracteriza al derecho penal en el sistema de todo el ordenamiento jurídico y determina sus relaciones con las diversas ramas de éste,

[101] STAMPA, *Introducción,* cit., p. 36.

[102] BELING, *Grundzüge des Strafrechts,* 10ª ed., 1928, p. 7.

www.librosderechoperu.blogspot.com

es el *carácter ulteriormente sancionatorio* que presenta, y que deriva del hecho de que su función específica consiste en reforzar con su sanción propia los preceptos y las sanciones de las otras ramas del derecho"[103]. La razón de ello la encuentra en que el delito, además de estar prohibido por el precepto penal, lo está *también* por otra norma de derecho privado o público, no penal; y ciertamente antes de estar prohibido por el derecho penal. Esta propiedad de las normas penales es, según GRISPIGNI, de orden lógico y sistemático, pues -dice- "todas las veces que la tutela de un bien pueda asegurarse por medio de una sanción de menor gravedad, debe preferirse la primera -se, la de menor gravedad- en vez de la segunda -se, la de mayor gravedad-, y es evidente también que debe recurrirse a la segunda solamente cuando la primera se muestra insuficiente"[104].

Para JIMÉNEZ DE ASÚA, la índole "secundaria, complementaria y sancionatoria del derecho penal" se deriva de su finalidad protectora: "El derecho punitivo protege, con la redoblada sanción que es la pena, los bienes jurídicos. Esta enérgica defensa de los intereses protegidos por el derecho interviene en todos los dominios jurídicos y precisamente, que una de las características específicas del delito -la 'última diferencia- sea el estar 'sancionado con una pena' constituye el corolario de la naturaleza complementaria del derecho penal"[105].

[103] GRISPIGNI, *Derecho penal italiano,* trad. de De Benedetti, Buenos Aires, 1949, vol. I, p. 177.

[104] GRISPIGNI, ob. cit., p. 185. La exposición que hace GRISPIGNI de sus puntos de vista es casi monográfica, abarcando desde la p. 176 a la 217 de la obra citada. Una aguda crítica de esta teoría hace STAMPA, *Introducción,* cit., ps. 42 a 47.

[105] JIMÉNEZ DE ASÚA, *Tratado,* cit., t. I, p. 34.

www.librosderechoperu.blogspot.com

2. *La tesis de autonomía.*— Frente a esta postura se levanta la de los defensores de la autonomía del derecho penal.

Ya CARRARA decía, criticando la idea de la subsidia-riedad del derecho penal defendida por Rousseau: "Rousseau se equivoca también en esta parte, cuando en una de sus brillantes frases decía que el derecho penal no era una ley autónoma por sí misma, sino la sanción de todas las otras. Con esta fórmula se reduce la tarea del derecho criminal al mero castigo, sin tener en cuenta la prohibición que es, con todo, parte integrante de él"[106].

Más modernamente afirma ANTOLISEÍ que "la existencia indudable de preceptos que pertenecen tan sólo al derecho penal hace que la tesis de su naturaleza san-, cionatoria deba rechazarse. Si posteriormente se considera que esta rama del ordenamiento jurídico tiene exigencias propias, finalidades particulares y que depende solamente de ellas la determinación de las conductas que prohibe o preceptúa, nos parece imposible poner en duda la autonomía del derecho penal, que, por tanto, tiene carácter constitutivo, autónomo y no complementario"[107].

Por la autonomía del derecho penal se pronuncia también STAMPA, para quien este carácter se deriva de la naturaleza de norma completa que tiene la norma penal: "Si ello es cierto -dice el citado autor- parece indiscutible que el derecho penal, que de aquellas es conjunto ordenado, formará una realidad jurídica indepen-

[106] CARRARA, *Programa de derecho criminal.* "Parte general", trad. de Ortega Torres y Guerrero, Bogotá, 1956, vol. I, p. 23.

[107] ANTOLISEÍ, *Manual*, cit., p. 41. En el mismo sentido BETTIOI., *Diritto pénale*, 8ª ed., 1973, ps. 83 y siguientes.

www.librosderechoperu.blogspot.com

diente o, si se prefiere, una disciplina con plena capacidad normativa y sancionatoria, es decir, con plena capacidad para elaborar sus propios preceptos e imponer coactivamente su obediencia mediante la sanción que le confiere su peculiar calificativo"[108].

En el mismo sentido, dice DEL ROSAL que "la disciplina penal es una rama del derecho público (...), pero siempre conserva carácter independiente, conviniendo, por tanto, este carácter a la realidad jurídicopenal"[109].

E igualmente sostiene RODRÍGUEZ DEVESA el carácter constitutivo y autónomo del derecho penal, pues, afirma: "existe una peculiariedad no sólo en el establecimiento de la sanción (penal), sino también en el establecimiento del presupuesto (delito)"[110].

3. *Crítica y toma de posición. Especial referencia al derecho penal administrativo.*— En ambas tesis se mantienen puntos de vista correctos y equivocados.

Por un lado, no puede olvidarse que el derecho penal es una parte del ordenamiento jurídico y que, como tal, está en una relación de interdependencia con las otras ramas jurídicas. Pero, como dice VON HIPPEL, "todas las partes del ordenamiento jurídico se complementan recíprocamente, sin que de ello se deduzca una relación de subsidiariedad"[111].

Por otra parte, también es cierto que el derecho penal configura autónomamente sus presupuestos, pero no es menos cierto que otras veces se limita a sancio-

[108] STAMPA, *Introducción,* cit., p. 34.

[109] DEL ROSAL, *Tratado de derecho penal* vol. I, Madrid, 1968, p. 13.

[110] RODÍGUEZ DEVESA, *Derecho penal* cit., p. 24.

[111] Von HIPPEL, *Deutsches Strafrecht,* t. I, Berlín, 1925, reedición de 1971, ps. 31 y 32.

www.librosderechoperu.blogspot.com

nar supuestos de hecho cuyo origen se encuentra en otros ámbitos jurídicos.

Por eso tiene razón MAURACH, cuando dice que "frente a las restantes ramas del derecho, el derecho penal, en principio, es independiente en sus *efectos* y relativamente independiente en sus *presupuestos*"[112]. De acuerdo con esta tesis, trataré separadamente el problema de la sub-sidiariedad en relación con estos dos polos.

I° Los efectos característicos o privativos del derecho penal son, como ya he dicho antes, la pena y las medidas de seguridad posdelictivas. Su uso está reservado exclusivamente al derecho penal, aunque pueden coexistir con otras sanciones de carácter civil o administrativo -la responsabilidad civil que, según el art. 19 del Código Penal, lleva aparejada todo delito, la separación del servicio que acompaña normalmente, como sanción administrativa, a los delitos cometidos por los funcionarios públicos, etcétera-.

Esta coexistencia de sanciones origina, a veces, fricciones y zonas grises entre el derecho penal y otros pretendidos "derechos penales" que aplican también sanciones a hechos que, desde el punto de vista del auténtico derecho penal, o son irrelevantes o constituyen ya delitos. Entre estos "derechos penales" se cuentan el derecho penal económico, comercial, bursátil, laboral, tributario o fiscal, corporativo e incluso un derecho penal de las Universidades[113]. De todos ellos, el más importante -tanto teórica como prácticamente- es el llamado derecho penal administrativo, por eso conviene tratarlo más detenidamente en relación con el tema de la "subsidia-riedad" del derecho penal.

[1,2] MAURACH, *Tratado*, cit., t. I, p. 33.

[113] Cfr. RODRÍGUEZ DEVESA, *Derecho penal*, cit., ps. 25 y 26.

www.librosderechoperu.blogspot.com

Para el cumplimiento de sus fines, la Administración tiene una potestad sancionatoria. Esta potestad es doble: por un lado, frente a los funcionarios, la llamada sanción disciplinaria; por otro lado, frente a los administrados, las llamadas sanciones correctoras o gubernativas[114].

Del tenor literal del párrafo 3º del art. 26 del Código Penal se desprende que nuestro legislador ha tenido un gran cuidado en precisar que este tipo de sanciones no forma parte del verdadero derecho penal. Dice así el citado precepto: "No se reputarán penas: (...) 3º Las multas y demás correcciones que, en uso de atribuciones gubernativas o disciplinarias, impongan los superiores a sus subordinados o administrados".

A pesar de esta precisión, queda por resolver la cuestión de cuáles son las diferencias entre la sanción penal y la administrativa o, si se prefiere, entre el ilícito penal y el administrativo. El tema se ha convertido en uno de los problemas insolubles que tienen planteados los juristas y ninguna de las teorías que se han dado al efecto de la delimitación -unas basadas en razones cualitativas, otras en argumentos cuantitativos- son del todo convincentes. Parece, por tanto, más acertada la conclusión a la que llegan numerosos autores, de que no existe diferencia sustancial entre estos dos tipos de sanciones[115].

[114] Sobre la potestad sancionatoria de la administración, ver GARRIDO FALLA, *Tratado de derecho administrativo,* 4ª ed., Madrid, 1971, vol. II, ps. 196 a 216.

[115] En este sentido CASABO RUIZ, en *Comentarios al Código Penal,* de Córdoba Roda, Rodríguez Mourullo, Del Toro Marzal y Casabo Ruiz, Barcelona, 1972, t. II, p. 85, con información bibliográfica: CEREZO MIR, *Relaciones entre el derecho penal y el derecho adminis trativo,* en "III Jornadas de Profesores de Derecho Penal". San tiago de Compostela, 1975.

www.librosderechoperu.blogspot.com

Más importante en la práctica es el problema de la coexistencia de ambos tipos de sanciones cuando tienen por base el mismo hecho. Con respecto a las faltas, es terminante el art. 603 del Código Penal, admitiendo la duplicidad de sanciones penales y administrativas sobre el mismo hecho. Pero del texto de este artículo[116] "parece desprenderse -dice CÓRDOBA RODA[117]-, *a contrario sensu,* que las disposiciones del Libro II (delitos) excluyen la corrección gubernativa de los hechos constitutivos de delito"[118]. Con este argumento lógico-sistemático se evita la infracción del principio *ne bis in idem* y se afirma, además, la competencia exclusiva de los tribunales penales de la jurisdicción ordinaria en orden a la sanción de los hechos constitutivos de delito. Pero a este criterio, que por lo demás creo bastante acertado, se oponen algunas disposiciones de carácter administrativo como la Ley de Orden Público, de cuyo art. 18 se desprende claramente que un mismo hecho puede ser objeto a la vez de

[116] Dice el art. 603: "En las ordenanzas municipales y demás reglamentos generales o particulares de la administración que se publicaren en lo sucesivo y en los bandos de policía y buen gobierno que dictaren las autoridades, no se establecerán pe nas mayores que las señaladas en este libro, aun cuando hayan de imponerse en virtud de atribuciones gubernativas, a no ser que se determinare otra cosa por leyes especiales. Conforme a este principio, las disposiciones de este libro no excluyen ni li mitan las atribuciones que por las leyes municipales o cual quiera otras especiales competan a los funcionarios de la Admi nistración para dictar bandos de policía y buen gobierno y para corregir gubernativamente las faltas en los casos en que su re presión les esté encomendadas por las mismas leyes".

[117] CÓRDOBA RODA, en las notas a su traducción del *Tratado* de Maurach, cit., t. I, p. 20.

[118] En el mismo sentido CASABO RUIZ, lug. citado.

www.librosderechoperu.blogspot.com

sanción penal y administrativa[119]. Pero tampoco es esto lo más grave; lo más grave es que, además, se prevén en la misma Ley de Orden Público sanciones pecuniarias que superan con mucho las penales propiamente dichas, imponiéndose sin las garantías jurídicas que éstas llevan implícitas y permitiéndose, por si todavía fuera esto poco, la privación de libertad del sancionado por un tiempo de hasta tres meses en el caso de impago de las multas[120].

Pasa aquí lo mismo que veíamos que ocurría con la Ley de Peligrosidad Social: no sólo se infringe el principio de *ne bis in idem*, aplicando dos sanciones de distinta naturaleza a un mismo hecho, sino se camuflan, además, auténticas penas bajo el manto más suave, aparentemente, de la sanción administrativa.

La anticonstitucionalidad de estos preceptos es evidente y ha sido señalada ya por MARTÍN-RETORTILLO[121]. Por un lado, infringen el art. 18 del Fuero de los Españoles,

[119] Dice así el citado art. 18: "Las autoridades gubernativas po drán sancionar los actos contra el orden público a que esta ley se refiere, cualquiera que sea la forma de comisión, en la cuan tía señalada en el artículo siguiente, *sin perjuicio de la competen cia de los Tribunales o autoridades de otra jurisdicción."*

[120] El artículo 19 de la citada Ley de Orden Público, reformado por Ley de 21 de julio de 1971, faculta a la autoridad administra tiva a llegar hasta el millón de pesetas si la multa la impone el Consejo de Ministros. La reciente Ley de 27 de agosto de 1975 ha aumentado esta cuantía hasta los dos millones de pesetas.

En el art. 23, también objeto de la citada reforma, se faculta a dichas autoridades para elevar, en casos de especial gravedad, dichas cuantías en un 50%.

En el art. 22 se dispone la responsabilidad personal subsidiaria en caso de impago de las multas, que puede llegar a la privación de libertad hasta de tres meses.

[121] Cfr. MARTÍN-RETORTILLO, Lorenzo, *Las sanciones de orden públi co en derecho español,* Madrid, 1973, ps. 206 y ss., donde se hace una aguda crítica de la práctica jurisprudencial en materia de

www.librosderechoperu.blogspot.com

que dispone que "ningún español podrá ser detenido sino en los casos y en las formas en que prescriban las leyes. En el plazo de 72 horas, todo detenido será puesto en libertad o entregado a la autoridad judicial". Por otro, son incompatibles también con el art. 19 del mismo Fuero, que dice taxativamente que "nadie podrá ser condenado, sino en virtud de la ley anterior al delito, mediante sentencia del Tribunal competente y previa audiencia y defensa del interesado". Pero, a pesar del alto rango de este cuerpo legal, ahí está la vigente Ley de Orden Público, aplicándose diariamente y desafiando los intentos de todos los juristas que merecen ese nombre por conseguir un mínimo de seguridad de los ciudadanos frente al poder excesivo de la Administración.

De lege ferenda convendría reiterar las conclusiones adoptadas en la II Jornadas de Profesores de Derecho Penal celebradas en Barcelona en mayo de 1974, en el sentido de que en ningún caso debe imponer la Administración privación de libertad alguna, ni siquiera en sustitución de las sanciones pecuniarias por ella impuesta. En este punto han insistido nuevamente los profesores CEREZO MIR y BERISTAIN, en sendas ponencias dedicadas al tema, presentadas en las III Jornadas de Profesores de Derecho Penal, celebradas en Santiago

orden público con el principio contenido en el art. 19 del Fuero de los Españoles de que nadie puede ser condenado sin ser oído previamente. Este mismo autor había puesto ya de relieve la anticonstitucionalidad de estos preceptos con motivo de la reforma de la Ley de Orden Público (el recurso de contrafuero a prueba), en "Cuadernos para el Diálogo", n° 92, 1971, ps. 15 y 16. Asimismo son de interés las consideraciones contenidas en un editorial publicado en dicha revista, mismo número y fecha, con el título *Un proyecto que no debe convertirse en ley,* que abunda en el tema de la anticonstitucionalidad del Proyecto, que en sus líneas generales se convirtió en ley.

www.librosderechoperu.blogspot.com

de Compostela en mayo de 1975. En ellas se solicitó, además, la aplicación de los principios fundamentales del derecho penal a la sanción administrativa, especialmente los principios de legalidad, irretroactividad de las leyes desfavorables, retroactividad de la ley favorable, culpabilidad, prescripción, etcétera. Igualmente fundamental me parece, en todo caso, un control de la actuación administrativa por parte del poder judicial, admitiendo siempre un recurso suspensivo ante la jurisdicción criminal[122] y reconocer, por supuesto, la vigencia del principio de ne *bis in idem.*

La insistencia en el control judicial de los actos administrativos tiene especial importancia en los momentos actuales, por cuanto un gran número de las sanciones administrativas recientemente impuestas -multas a sacerdotes por sus homilías, retiradas de pasaportes, etc.- tienen un evidente contenido político. Y, aunque la jurisprudencia contencioso-administrativa ha ido evolucionando en esta materia hasta el punto de admitir los recursos contra actos del Gobierno en orden público que tienen un claro matiz político[123], la Administración sigue teniendo una amplia facultad discrecional difícilmente controlable y, en todo caso, si alguna vez se controla, el remedio llega tarde o es insuficiente[124].

La infracción del principio ne *bis in idem* es quizá más lógica cuando se aplican, juntamente con las san-

[122] Cfr. PARADA VÁZQUEZ, *El poder sancionatorio de la administración* y *la crisis del sistema judicial penal,* en "Revista de Administración Pública", n° 67, 1972, p. 92.

[123] Sobre esta evolución jurisprudencial ver MARTÍN-RETORTILLO, *Las sanciones,* cit., ps. 85 a 126.

[124] MARTÍN-RETORTILLO, "Prólogo" al libro de CASTELLS ARTECHE. *El derecho de libre desplazamiento* y *el pasaporte en España,* Madrid, 1974, ps. 11 y siguientes. Este libro pone de relieve con especial claridad lo que se afirma en el texto.

www.librosderechoperu.blogspot.com

ciones penales, sanciones disciplinarias; pues, como dice la STS de 5 de marzo de 1955, "obedecen a valoraciones jurídicas diferentes, ya que la responsabilidad penal persigue la restauración de la paz social perturbada por el delito, mientras que la disciplinaria se inspira, más bien, en un criterio de moralidad, que impone a la Administración la ineludible necesidad de exigir a sus servidores lealtad, honor y dignidad en el cumplimiento de sus deberes, para rodear del prestigio imprescindible la función pública". De todos modos, también hay que estar prevenido aquí contra la exageración de la gravedad de la sanción disciplinaria, que puede llegar a ser más grave que la propia sanción penal. Así, por ejemplo, cuando una condena penal de escasa entidad -una pena de suspensión del cargo por un tiempo de 6 meses por un delito de malversación seguido del reintegro de los caudales malversados (art. 396)- lleva aparejada la sanción disciplinaria de separar al funcionario definitivamente de la función pública[125].

En resumen: en sus efectos, el derecho penal es totalmente independiente. *De lege ferenda* se debe proponer, por tanto, que no sea rebasado en la magnitud de la gravedad de las sanciones por ninguna otra disciplina jurídica y que a los hechos constitutivos de delito no puedan aplicarse otras sanciones que las que se pronuncian en la sentencia penal, ya de por sí suficientes para restablecer el orden jurídico violado.

2° Si el derecho penal es totalmente independiente

[125] Efectos que pueden ser paliados por la rehabilitación del funcionario y su reingreso en el cuerpo, como se dispone, por ejemplo, para los funcionarios del Ministerio de Justicia en la Ley de 18 de marzo de 1966, art. 17, aunque condicionando tal rehabilitación a la previa cancelación de antecedentes penales.

www.librosderechoperu.blogspot.com

en sus efectos, no lo es tanto, sin embargo, en sus presupuestos. Aquí es donde radica el centro de gravedad de la polémica en torno a la subsidiariedad del derecho penal.

No puede desconocerse, en efecto, que hay delitos cuya creación es genuinamente penal, en tanto y en cuanto no tienen un explícito correlato en las leyes no penales o habría que buscarlo a través de cláusulas generales como las de los arts. 6 y 1902 del Código Civil. Así ocurre, por ejemplo, con los delitos contra la vida y la moral sexual[126].

Pero tampoco es menos cierto que existen otros grupos de delitos, cuya relación con otras ramas del derecho es tan estrecha que mal se pueden precisar sus presupuestos sin acudir previamente a ellas. Principalmente, ocurre esto con los delitos contra el patrimonio, cuyos presupuestos existenciales descansan en relaciones jurídicas privadas, así por ejemplo, el delito de alzamiento de bienes supone la existencia de una relación jurídica obligacional que liga al acreedor con el deudor; la apropiación indebida o el hurto suponen la ajenidad de la cosa apropiada, la distinción entre estos dos delitos descansa en el discutido concepto de la posesión, etcétera. Lo mismo sucede con algunos delitos contra el estado civil, la bigamia, por ejemplo, que supone la constatación de la previa existencia de otro matrimonio anterior válidamente constituido; e, incluso, la misma razón de incriminación del conyugicidio como parricidio no es otra que la protección a una relación jurídica privada: la conyugal.

Una buena parte de la relativa dependencia del derecho penal en sus presupuestos es la existencia en la

[s]Cfr. RODRÍGUEZ DEVESA, *Derecho penal*, cit., p. 23.

www.librosderechoperu.blogspot.com

Ley de Enjuiciamiento criminal de las cuestiones prejudiciales -arts. 3 a 7-. Precisamente, han sido creadas para dilucidar los casos en los que la existencia de un delito depende de la constatación de relaciones jurídicas pertenecientes a otras ramas del derecho. Estas cuestiones serán, unas veces, resueltas por el juez penal, otras, se remitirá su conocimiento a otras jurisdicciones cuyas resoluciones vincularán o no al juez penal, etcétera[127]. De estos problemas no me voy a ocupar aquí, pero conviene mencionarlos porque son una prueba evidente de la relativa autonomía del derecho penal a la hora de configurar sus presupuestos.

La cuestión de si el derecho penal crea sus prohibiciones o éstas le vienen ya dadas es, pues, más adecuada para oscurecer los problemas que para solucionarlos y, en todo caso, no se puede resolver de un modo general. Sobre todo si se tiene en cuenta que el ordenamiento jurídico no está compuesto de compartimientos cerrados, estancos, sin comunicación entre sí, sino que existe una relación de interdependencia entre ellos, sin que esto implique la subsidiariedad de ninguno. Existe, pues, una unidad del ordenamiento jurídico en todas sus ramas y un concepto de ilicitud o antijuridicidad válido para todas ellas, lo único que varían son los efectos que se prevén en una o en otra y que cada una configura de acuerdo con sus necesidades y autónomamente[128].

Un problema distinto es el de la validez de los con-

[127] Sobre estos problemas puede consultarse GÓMEZ ORBANEJA, *Comentarios a la Ley de Enjuiciamiento Criminal* Barcelona, 1947. t. I, ps. 198 y ss., que es la mejor exposición hasta la fecha. Un buen resumen puede verse en su *Derecho procesal penal* -escri to en colaboración con HERCE QUEMADA-, 7ª ed., Madrid, 1972, ps. 87 y siguientes.

[128] Cfr. MAURACH, *Tratado*, cit., t. I, ps. 35 y 36.

www.librosderechoperu.blogspot.com

ceptos usados en otras ramas del derecho para el derecho penal[129]. Ciertamente, hay conceptos jurídicos usados en el derecho penal con un alcance distinto al que se le da en otras disciplinas. Piénsese, por ejemplo, en el concepto de "funcionario" que el derecho penal maneja, que no tiene nada que ver con el del derecho administrativo[130]; el concepto de "cosa mueble" a los efectos del delito de hurto o robo es distinto del que maneja el derecho civil[131], etcétera. Pero otras veces, el significado es el mismo, así ocurre con la "ajenidad" en el hurto[132] o el concepto de "comerciante" en el alzamiento de bienes[133].

La cuestión se plantea con especial agudeza en el ámbito de los delitos contra el patrimonio y en referencia a aquellos términos acuñados por el derecho privado que se emplean al tipificar estos delitos. La solución no puede darse con un criterio general apriorista, más bien hay que estar en el caso concreto. El punto de partida deben ser, como dice ANTOLISEI, los conceptos elaborados en el derecho privado; es necesario, sin embargo, que tales nociones sean examinadas a la luz de las normas

[129] Sobre ello ver GUARNER/, *Las influencias del derecho civil en el derecho penal,* trad. de Bernaldo de Quirós, Méjico, 1952; SILVA MELERO, *Relaciones entre el derecho civil y el derecho penal,* en "Anuario de Derecho Penal", 1948, ps. 246 y siguientes.

[130] Cfr. COBO DEL ROSAL, *Examen crítico del párrcifo 3º del art. 119 del Código Penal español,* en "Revista General de Legislación y Jurisprudencia", 1962, ps. 213 y siguientes.

[131] Cfr. QUINTANO RIPOLLÉS, *Tratado de la parte especial del derecho penal,* t. II, Madrid, 1965, p. 6.

[132] Cfr. QUINTANO RIPOLLÉS, ob. u. cit., ps. 122 y siguientes.

[133] Cfr. MUÑOZ CONDE, *El delito de alzamiento de bienes,* cit., ps. 101 y ss., y pássim. Sobre estos problemas y otros análogos relacionados con él, como el concepto de propiedad, la responsabilidad penal de los socios de sociedades mercantiles, etc., me ocupo más detenidamente en esta obra, a la que me remito.

www.librosderechoperu.blogspot.com

del derecho penal para adaptarlas a sus necesidades y fines, conservando, en tanto sea posible, sus características originales[134].

b) *OTRAS CONSECUENCIAS*

La absoluta autonomía del derecho penal en sus efectos no quiere decir que éstos puedan ser empleados de cualquier modo, en su calidad y cantidad, para proteger bienes jurídicos. Con el principio de intervención mínima se quiere decir que los bienes jurídicos no sólo deben ser protegidos *por* el derecho penal, sino también *ante* el derecho penal[135]. Si para el restablecimiento del orden jurídico violado es suficiente con las medidas civiles o administrativas, son éstas las que deben emplearse y no las penales. "En la selección de los recursos propios del Estado, el derecho penal debe representar la *ultima ratio legis,* encontrarse en último lugar y entrar sólo en liza cuando resulta indispensable para el mantenimiento del orden jurídico"[136].

El principio de intervención mínima se convierte así en un principio políticocriminal limitador del poder punitivo del Estado derivado de la propia naturaleza del derecho penal. Sus consecuencias son tanto de orden cuantitativo como cualitativo.

1. *De orden cuantitativo.*— Cuantitativamente, el principio de intervención mínima se refiere al número de

[134] ANTOLISEI, *Manuale de dirüto pénale,* 6ª ed., puesta al día por Conti, 1972, "Parte especial", t. I, ps. 179 y 180.

[135] ROXIN, "Sinn und Grenzen der staatlichen Strafe", en *Grundprobleme,* cit., p. 14.

[136] MAURACH, *Tratado,* cit., t. I, p. 31.

www.librosderechoperu.blogspot.com

tipos de conductas punibles que debe crear el legislador.

La protección de bienes jurídicos que lleva a cabo el derecho penal se establece con la incriminación de las conductas que los atacan. Este proceso de incriminación se realiza con la descripción de estas conductas en los llamados tipos penales, que cumplen así la misión de indicar la materia de prohibición[137], lo que el legislador considera que debe ser prohibido.

Pero no todas las acciones que atacan bienes jurídicos son prohibidas por el derecho penal, ni tampoco todos los bienes jurídicos son protegidos por él. El derecho penal, lo repito una vez más, se limita sólo a castigar las acciones más graves contra los bienes jurídicos más importantes, de ahí su carácter "fragmentario"[138], pues de toda la gama de acciones prohibidas y bienes jurídicos protegidos por el ordenamiento jurídico, el derecho penal sólo se ocupa de una parte -fragmentos- si bien la de mayor importancia.

Este *carácter fragmentario del derecho penal* aparece en una triple forma en las actuales legislaciones penales[139]: en primer lugar, defendiendo el bien jurídico sólo contra ataques de especial gravedad, exigiendo determinadas intenciones y tendencias, excluyendo la puni-bilidad de la comisión imprudente en algunos casos, etc.; en segundo lugar, tipificando sólo una parte de lo que en las demás ramas del ordenamiento jurídico se esti-

[137] Cfr. WELZEL, *El nuevo sistema del derecho penal*, trad. de Cerezo Mir, Barcelona, 1964, p. 44. Ver asimismo la crítica a esta equiparación entre tipo y materia de prohibición que hace el traductor, lug. cit., nota 10.

[138] La expresión proviene de BINDING, *Lehrbuch des Strafrechts*, Besonderer Teil t. I, 1902, p. 20.

[139] MAIWALD, Manfred, "Zum fragmentarischen Charakter des Strafrechts", en *Festschrift für Maurach*, Karlsruhe, 1972, ps. 9 y siguientes.

www.librosderechoperu.blogspot.com

ma como antijurídico; y, por último, dejando en principio, sin castigo las acciones meramente inmorales, como la homosexualidad o la mentira.

Desde un punto de vista políticocriminal, siguen estando vigentes las ideas de M. E. MAYER sobre cuándo debe intervenir el legislador para proteger penalmente un bien[140]. Para M. E. MAYER el bien ha de tener una triple cualidad: ha de ser "merecedor de protección", "necesitado de protección" y "capaz de protección".

I^{o} La cualidad de "merecedor de protección" que debe tener un bien depende del valor que le atribuya a ese bien una determinada cultura. Ya he dicho antes que esta valoración está condicionada históricamente y advertía del peligro de "perversión" a que puede llegar el concepto de bien jurídico, cuando se estiman merecedores de protección intereses minoritarios o de grupo que no tienen un valor fundamental para los restantes miembros de la comunidad[141]. En el Código Penal existen ejemplos de bienes cuyo "merecimiento de protección" es por lo menos dudoso.

— Los ultrajes al Régimen político. Antes de la reforma de 1967, las sentencias del Tribunal de Orden Público que consideraron que los ultrajes al régimen estaban incluidos en el art. 123 del Código Penal, fueron casadas por el Tribunal Supremo con la acertada consideración de que no podían equipararse cosas tan precarias y transitorias como un régimen político a las Instituciones fundamentales de una nación[142]. A pesar de lo acerado de este

[140] MAYER, M. E., *Der Allgemeiner Teil des deutschen Strafrechts.* 2^{a} ed., 1923, p. 23.

[141] Ver cap. I, C, a, 2.

[142] Cfr. GONZÁLEZ CASANOVA, *La equiparación Estado-régimen políti co en la jurisprudencia* del *Tribunal Supremo,* en "Revista Jurídica de Cataluña", 1966, ps. 979 y siguientes.

www.librosderechoperu.blogspot.com

criterio, en la reforma de 1967 se incluyó, dentro del ámbito de protección del art. 123, expresamente la *forma política* del Estado[143]. Con esto la distinción que hacía el Tribunal Supremo entre Estado y Régimen político, a los efectos del art. 123, se hace, por lo menos ahora, muy problemática, pues la distinción forma política-régimen político es mucho más sutil y difícil. ¿No se habrá querido introducir subrepticiamente una protección, por lo menos, cuestio-nable al Régimen político?[144].

— La protección a las buenas costumbres en materia de juegos ilícitos. ¿Cómo pueden considerarse prohibidos los juegos de azar, cuando es el propio Estado el que por otra parte fomenta y hace de ellos un lucrativo negocio? Las prescripciones contenidas en el Título VI del Libro II del Código Penal deben estimarse periclitadas a

[143] Dice así el art. 123: "Los ultrajes a la Nación española o al sentimiento de su unidad, al Estado o a su *forma política*, así como a esos símbolos y emblemas, se castigarán con la pena de prisión menor, y si tuvieren lugar con publicidad, con la de pri sión mayor".

Antes de la reforma de 8 de abril de 1967, decía así el art. 123: "Los ultrajes a la Nación española o al sentimiento de su unidad así como a sus símbolos y emblemas, se castigarán con la pena de prisión menor; y si tuvieren lugar con publicidad, con la de prisión mayor".

[144] Tajantemente en contra de esta interpretación RODRÍGUEZ DEVESA, en *Derecho penal español*, "Parte especial", cit., p. 548, quien considera que no se hallan incluidos en el art. 123 los ultrajes al Régimen. Por el contrario PECES-BARBA. *Reflexiones y experiencias sobre procesos políticos*, en "Cuadernos para el Diá logo", XVIII, extraordinario, diciembre 1971. que fue precisamente el abogado que recurrió contra la sentencia del Tribunal de Or den Público casada por el Tribunal Supremo, afirma, p. 44: "si el asunto a que me he referido se hubiera producido después de la reforma, la tesis sostenida en 1965 por el Tribunal Supremo no hubiera sido válida y la sentencia del Tribunal de Orden Público hubiera sido confirmada".

www.librosderechoperu.blogspot.com

la vista de los juegos de azar, lotería y quinielas, fomentadas por el propio Estado[145].

— El interés demográfico del Estado en materia de anticoncepcionismo. El art. 416, párrafos 4º y 5º[146], obliga a considerar punibles una serie de conductas relacionadas con el anticoncepcionismo que, en realidad, ni son perseguidas ni castigadas por las autoridades judiciales o gubernativas. Más bien se consideran normales y están permitidas en la práctica, sobre todo si se llevan a cabo por personas o en lugares autorizados para ello (venta de anticonceptivos en farmacias, propaganda farmacéutica de pildoras anticonceptivas, etc.). ¿Qué es lo que se protege, pues, en el art. 416? Nada. Y por eso mismo no pueden admitirse fundamentaciones como las que hace la STS de 25 de junio de 1966, para justificar la condena por uno de estos delitos, diciendo que "la venta de estos medios -se, los anticonceptivos- sólo es admisible para prevenir enfermedades venéreas en los débitos conyugales".

2° La otra cualidad del bien es la de su "necesidad de protección". No todo bien merecedor de protección está necesitado de protección penal. Muchas veces bastará con la que le conceden las leyes civiles, adminis-

[145] En el mismo sentido, LANDROVE DÍAZ, Los juegos *ilícitos.* Santiago de Compostela, 1971, ps. 37 y siguientes.

[146] Dice así el art. 416: "Serán castigados con arresto mayor y multa de 10.000 a 20.000 pesetas los que con relación a medicamentos, sustancias, objetos, instrumentos, aparatos, medios o procedimientos capaces de provocar o facilitar el aborto o de *evitar la procreación,* realicen cualquiera de los actos siguientes: (...) *4°* La divulgación en cualquier forma que se realizare de los destinados a evitar la procreación, así como su exposición pública y ofrecimiento en venta. 5º Cualquier género de propaganda anticonceptiva".

www.librosderechoperu.blogspot.com

trativas, etcétera. Conforme al principio de intervención mínima el derecho penal concederá, pues, su protección, cuando fracasen o sean insuficientes las barreras protectoras que deparan las demás ramas jurídicas.

Pero sucede a veces que la protección que ofrecen a determinados intereses las otras ramas jurídicas es tan insuficiente, que el derecho penal se ve obligado a intervenir allí donde no era necesaria su intervención. Esto pasa en el delito de estupro. Dado que el Código Civil no ofrece ninguna protección jurídica a la mujer seducida y la protección a los hijos naturales es tan insuficiente, el Tribunal Supremo ha sentado la doctrina de presumir el engaño de la mujer menor de 23 años y, por consiguiente, el delito de estupro en los casos de yacimiento entre novios, sobre todo si a consecuencia de las relaciones sexuales ha habido descendencia[147]. De este modo se conceden a la madre soltera las indemnizaciones civiles que por la vía civil no hubiera podido obtener[148].

Se cubren así intereses merecedores de protección, pero de un modo insatisfactorio, pues se echa mano para ello de un medio más grave, la pena, pudiendo haberse solucionado con un medio más leve: la responsabilidad civil.

3º La tercera cualidad del bien es su "capacidad de protección". No todos los bienes jurídicos merecedores y

[147] Cfr. GUBERN SALISACHS, *La ruptura de promesa matrimonial y la seducción de la mujer ante el derecho* y *la ley,* Barcelona, 1947, ps. 82 y siguientes.

[148] Estas indemnizaciones civiles que lleva aparejada la con dena penal son, según el art. 444 del Código Penal: "1º Dotar a la ofendida, si fuese soltera o viuda. 2º Reconocer a la prole, si la ley civil no lo impidiere. 3º Mantener a la prole, en todo caso". Ver cap. I, C, b.

www.librosderechoperu.blogspot.com

necesitados de protección penal son igualmente capaces e idóneos para esa protección. Un ejemplo de ello es la moral sexual.

Ya M. E. MAYER reconocía esa dificultad en la protección de la moral sexual: "aunque se piense -decía- que es mucho el merecimiento y la necesidad de protección de la moral sexual, su capacidad de protección sale, sin embargo, mal parada. Si el legislador se niega a reconocer su incapacidad, expone al orden jurídico a sufrir derrotas, se presenta como un general incompetente en misiones para las que no están preparadas sus tropas. *Ubi nihil vales, ibi nihü uelis*\ Un ejemplo clásico de lesión de esta máxima se encuentra en el § 175 del Código Penal alemán"[149]. Este parágrafo 175, que ha sido suprimido recientemente, castigaba las relaciones homosexuales entre adultos y ha sido siempre considerado por los penalistas alemanes como la prueba más palpable de intransigencia e intromisión del derecho penal en el ámbito moral.

En estos casos se plantea, además, el problema de las relaciones entre derecho penal y moral. Ciertamente, tiene el derecho penal una base moral y éticosocial, pero una correspondencia total entre derecho penal y moral no puede realizarse ni es deseable que se lleve a cabo. Así, se viene diciendo desde JELLINEK que el derecho penal sólo tiene un "mínimo ético" que cumplir[150].

[149] M. E. MAYER, lug. u. citado.

[150] JELLINEK, en *Die sozialethische Bedeutung von Recht, Unrecht und Strafe*, 2ª ed. corregida, Berlín, 1908, p. 45. En la p. 122. dice: "Si de la historia de un pueblo cualquiera no nos hubiera quedado otra cosa que su derecho penal, se podría averiguar únicamente por ello su grado de cultura, ético e intelectual, de igual modo que un paleontólogo está en situación de recons truir la estructura de un animal prehistórico habiendo encon trado un solo hueso".

www.librosderechoperu.blogspot.com

La misión del Estado es la de garantizar el orden externo y no la de tutelar moralmente a sus ciudadanos, dice ROXIN[151]; y lo mismo dicen todos los penalistas que han sufrido esa moralización intolerable de sus leyes penales. Por eso es significativo que un grupo de jóvenes penalistas alemanes haya confeccionado, frente al Proyecto Gubernamental oficial de Código Penal, que se mantiene en el moralismo tradicional, un Proyecto Alternativo que limita el ámbito de punición en el derecho penal sexual en una medida hasta ahora desconocida en Alemania[152].

La situación legal española en esta materia no es tan grave como lo fue la alemana; pero tampoco faltan ejemplos de esa excesiva moralización.

— El sentido abolicionista del derecho penal español en materia de prostitución no impide el que opere de manera enmascarada la tesis prohibicionista[153], persiguiendo y castigando la prostitución en la práctica. Como se puede observar en la ley de 2 de septiembre de 1941[154] y en la Ley de Peligrosidad Social, que imponen a las prostitutas verdaderas sanciones solapadas, con el nombre de medidas gubernativas o cautelares.

[151] ROXIN, en *Strafrechtliche Grundprobleme,* cit.. p. 15.

[152] Cfr. *Alternativ-Entwurf eines Strafgesetzbuches,* Besonderer Teil: "Sexualdelikte, Straftaten gegen den religiösen Frieden und die Totenruhe", Tubinga, 1968, p. 9. Sobre esto puede verse ade más la obra de JÄGER, *Strafgesetzgebung und Rechtsgüterschutz bei Sütlichkeitsdelikten,* 1957, y la obra *Sexualidad* y *crimen,* trad. de Gimbernat, Madrid, 1969, integrada por contribuciones de ju ristas como Klug y Jäger, teólogos como Thielich y Schölegen. sociólogos como Adorno y Rene Kóning y psiquiatras como Bürger-Prinz y Giese.

[153] RODRÍGUEZ DEVESA, *Derecho penal español,* "Parte especial", cit., p. 177; GIMBERNAT, *La mujer y el Código Penal,* citado.

[154] Cfr. sobre esta ley: CID, Miguel, *El arresto de los pobres,* en "Cuadernos para el Diálogo". n° 112, enero 1973, ps. 28 y 29.

www.librosderechoperu.blogspot.com

— El tipo abierto del delito de escándalo público ha permitido que en la práctica se hallan subsumido en él, muchas veces, conductas ciertamente inmorales, pero cuya punición no era indispensable para el mantenimien to del orden jurídico. Principalmente ha sido éste el caso con la homosexualidad, atípica como tal en el derecho penal español, pero subsumida en la práctica en el art. 431155

— Los abusos deshonestos equiparados al estupro, del último párrafo del art. 436, dejan ciertamente sin castigar los actos de homosexualidad realizados con ado lescentes masculinos -lo que por cierto deplora la doc trina[156]-; pero permiten incriminar cualquier tipo de manifestaciones amorosas (besos, caricias, etc.) que una pareja de novios lleve a cabo, siempre que el varón haya hecho una promesa de matrimonio que, luego, no pien sa cumplir, para conseguir que la novia se preste a esas caricias, y siempre que ésta no sea mayor de 23 años.

2. *De orden cualitativo.*— Otra consecuencia del principio de intervención mínima, cualitativa, se refiere a la gravedad de las penas.

También aquí la idea rectora es la de que debe ser preferible la sanción más leve a la más grave, si con ello se restablece ya el orden jurídico perturbado por el delito. Un ejemplo de este principio es el art. 24 del Código Penal, que permite, excepcionalmente, el efecto retroactivo de la ley penal "en cuanto favorezca al reo de un delito o falta, aunque al publicarse aquellas (s) hubiera

[155] Cfr. MARTÍNEZ PEREDA, *El delito de* escándalo público, Madrid, 1970, ps. 199 a 201. Ver, por ej., STS de 28 abril 1974.

[15ü] RODRÍGUEZ DEVESA, *Derecho penal español,* "Parte especial", cit., ps. 163 y 164. nota 58.

www.librosderechoperu.blogspot.com

recaído sentencia firme y el condenado estuviese cumpliendo condena".

Lo contrario de esta idea es la *hipertrofia cualitativa* del derecho penal que constituye, en general, una característica del Estado totalitario que pretende afianzarse por brutales amenazas penales, renunciando a la proporción de culpabilidad entre delito y pena"[157].

Las consecuencias de este principio son, a su vez, dos: el principio de humanidad y el principio de proporción de las penas.

I° Dentro de los muchos significados que la palabra "humanidad" admite, la empleo aquí en el sentido señalado por JESCHECK de que "todas las relaciones humanas que el derecho penal en su más amplio sentido hace surgir, deben regularse con base en la mutua ayuda, en la responsabilidad social por los delincuentes, en el estar prestos al auxilio y al cuidado sociales y en la decidida voluntad de rehabilitar a los delincuentes ya condenados"[158].

Las consecuencias de este principio deben reflejarse en el proceso penal, en la abolición de determinados tipos de pena y en la ejecución de las penas privativas de libertad.

— En el proceso penal, el principio de humanidad, que surge con la ilustración, ha llevado a la abolición de la tortura como medio de averiguación de la verdad y a la de cualquier otro medio que prive al acusado de la libre determinación de su voluntad, como el

[157] MAURACH, *Tratado*, cit., t. I, p. 32.

[158] JESCHECK, *Lehrbuch*, cit., p. 17. Sobre este principio ver también WÜRTENBERGER, *Kriminalpolitik im sozialen Rechtsstaat*, Stuttgart, 1970, ps. 1 a 9; y RADBRUCH, *Introducción a la filosofía del derecho"*, 4ª ed., México, 1974, p. 153.

www.librosderechoperu.blogspot.com

lavado de cerebro, el detector de mentiras, el suero de la verdad, etcétera[159].

Con respecto a la pena de muerte, el principio de humanidad impone su abolición en los países, como es el caso de España, donde existe; pues ni sirve más que otras penas para proteger a la comunidad, ni permite ningún tipo de acción resocializadora sobre el delincuente, ni, desde luego, es necesaria para garantizar la paz social[160].

— Por último, en materia de ejecución penitenciaria, el principio de humanidad obliga a tratar con respeto al encarcelado y procurar su reinserción en la vida social, una vez que haya salido de la cárcel, ahorrándole, en todo caso, todo tipo de vejaciones inútiles y de sufrimientos[161].

[159] Sobre la tortura judicial en el Antiguo Régimen ver TOMÁS y VALIENTE, *La tortura en España,* Barcelona, 1973. Desgraciadamente todavía sigue estando de actualidad el tema, como lo demuestran las continuas denuncias y llamadas de los organismos internacionales -Amnesty International, por ej.-. No es suficiente, para acabar para siempre con esta lacra que oscurece como un baldón ignominioso la Administración de Justicia, decir simplemente que la tortura oficialmente no existe en la legislación, sino que es necesario desenmascararla allí donde se practique y castigar duramente a sus autores, facilitando todos aquellos caminos que puedan probarla.

[160] La bibliografía sobre la pena de muerte es inmensa e inabarcable, sólo citaré dos trabajos de dos penalistas españoles, en los que se da abundante información y que se inclinan por su abolición: BARBERO SANTOS, "La pena de muerte problema actual", en *Estudios de criminología* y *derecho penal,* Valladolid, 1972, ps. 146 y ss. y GARCÍA VALDÉS, *NO a la pena de muerte,* Madrid, 1975.

[161] Cfr. BERISTAIN, *El delincuente en el Estado social de derecho,* en "RGJL", 1971, ps. 741 y ss., en donde se incluye un Apéndice con las resoluciones y recomendaciones adoptadas por el I Congreso de las Naciones Unidas sobre el tratamiento de reclusos. Ver también GARCÍA VALDÉS, *Régimen penitenciario de España,* Madrid, 1975.

www.librosderechoperu.blogspot.com

2° El principio de proporcionalidad es una idea de justicia inmanente a todo el derecho. Con él se quiere decir, ni más ni menos, que a cada uno debe dársele según sus merecimientos y que los desiguales deben ser tratados desigualmente.

Trasladado al campo del derecho penal, este principio quiere decir que las penas deben ser proporcionadas a la entidad del delito cometido o que éstos no pueden ser reprimidos con penas más graves que la propia entidad del daño causado por el delito. Fue precisamente el Estado totalitario, dice MAURACH, el que borró toda idea de proporción entre delito y castigo y amenazó con pena la conducta indiferente desde el punto de vista ético[102].

En el Código Penal existen varios ejemplos de infracción de ese principio. Indicaremos solamente tres:

— La aplicación de la pena de muerte para algunos delitos. Por muy graves que éstos sean, la privación de la vida es siempre desproporcionada para la actual sensibilidad jurídica[163].

— Las penas previstas para el tráfico de drogas, en cuanto conductas tan innocuas como la tenencia de algunos pitillos de grifa o el facilitárselos a alguien pue-

[102] MAURACH, *Tratado*, cit., t. I, p. 5.

[103] Una prueba de ello es que la mayoría de los autores estén hoy día en contra de la pena de muerte, como se ha podido comprobar en el coloquio celebrado en la Universidad de Coimbra, conmemorativo del centenario de la abolición de la pena de muerte en Portugal, en el cual han intervenido más de cincuenta penalistas representantes de las naciones más destacadas cul-turalmente, pronunciándose todos por el abolicionismo. Cfr. *Pena de morte*, "Coloquio internacional conmemorativo do centenario da abolicao da pena de morte en Portugal", 3 tomos. En el derecho comparado son también muchos los países que han abolido de hecho o de derecho la pena de muerte; para una información al respecto, ver GARCÍA VALDÉS, ob. cit., ps. 37 y siguientes.

www.librosderechoperu.blogspot.com

den estar castigadas hasta con veinte años de privación de libertad[164].

— La agravación de la pena en la plurirreincidencia que, en el caso del hurto, puede llegar hasta los veinte años de privación de libertad, lo mismo que en el homicidio[165].

B) PRINCIPIO DE INTERVENCIÓN LEGALIZADA

La gravedad de los medios que el Estado emplea en la represión del delito, la drástica intervención en los derechos más elementales y, por eso mismo, fundamentales de las personas, el carácter de *ultima ratio* que esta intervención tiene, imponen necesariamente la búsqueda de un principio que controle el poder punitivo estatal y que confine su aplicación dentro de límites que excluyan toda arbitrariedad y exceso por parte de los que ostentan o ejercen ese poder punitivo. Este principio, tradicionalmente designado con el nombre de "principio de legalidad", establece que la intervención punitiva estatal, tanto al configurar el delito como al determinar, aplicar y ejecutar sus consecuencias, debe estar regida por el "imperio de la ley", entendida ésta como expresión de la "voluntad general". Y puesto que se refiere a

[104] Agravación que queda al arbitrio del Tribunal, según se desprende del tenor literal del art. 344, reformado el 15/11/1971.

[I(i5] Para dicha agravación es precisa la plurirreincidencia. pero como dice RODRÍGUEZ DEVESA, "Parte especial", cit., p. 374, no se advierte "ninguna razón poderosa" para tal agravación. La reciente reforma de 28 de noviembre de 1974 ha agravado aún más la situación anterior. Sobre esta situación anterior a la reforma, ver RODRÍGUEZ MOURULLO, *Aspectos críticos de la elevación de pena en caso de reincidencia,* en "Anuario de Derecho Penal", 1972, y MIR PUIG. *La reincidencia en el Código Penal*, 1974, ps. 409 y siguientes.

www.librosderechoperu.blogspot.com

la *intervención* del poder punitivo estatal se le puede llamar *principio de intervención legalizada.*

El principio de intervención legalizada, o de legalidad, sirve, pues, para evitar el ejercicio arbitrario e ilimitado del poder punitivo estatal. Aunque hoy se entienda como un principio fundamental del derecho penal, llegándose incluso a considerarlo como un principio del derecho natural o una consecuencia de la inviolabilidad de la dignidad de la persona humana[166], su reconocimiento ha supuesto un largo proceso, en ningún modo continuo, en el que se observan, junto al deseo de los ciudadanos por conseguir un mínimo de garantías frente al poder punitivo estatal, retrocesos y vueltas a sistemas absolutos y arbitrarios, cuando no a burlas descaradas en la práctica penal de algunos estados que, sin embargo, mantienen el principio de legalidad como "fachada formal" de su legislación penal positiva.

El principio de intervención legalizada supone, al mismo tiempo, un freno para una política penal demasiado pragmática que, decidida a acabar a toda costa con la criminalidad y movida por razones defensistas o resocializadoras demasiado radicales, sacrifique las garantías mínimas de los ciudadanos, imponiéndoles sanciones *no* previstas ni reguladas en ley alguna. En este sentido, debe decirse una vez más que "el fin no justifica los medios". Una política penal mala, pero llevada a cabo con las garantías jurídicas mínimas, es preferible a una buena política penal realizada sin ningún tipo de control. La expresión tan gráfica de VON LISZT: "el derecho penal es la Magna Carta del delincuente"[167]

[166] Así, por ej., Arthur KAUFMANN y SAX, respectivamente; ver GRÜNWALD, *Bedeutung und Begrüdung des Satzes "nulla poena sine lege"*, en *ZStW*, 76, 1964, p. 1.

[167] En *Strafrechtliche Aufsätze und Vorträge*, cit., t. II, p. 80.

www.librosderechoperu.blogspot.com

es precisamente una consecuencia del principio de legalidad, pues por muy grave que sea un hecho, su autor sólo podrá ser castigado si ese hecho ha sido considerado previamente como delito por una ley y sólo con la pena prevista en esa ley, aplicada y ejecutada conforme también a dicha *ley*.

Debe aceptarse, por consiguiente, el riesgo de que, por una mala elaboración de la ley o por la enorme astucia de un delincuente, queden sin sanción acciones gravemente perturbadoras de la convivencia humana. Pero este riesgo es, por otra parte, bastante pequeño; en todo caso, es el precio que hay que pagar por la *seguridad jurídica*, requisito indispensable en una comunidad organizada.

De la vigencia del principio de intervención legalizada se derivan, para el derecho penal, una serie de consecuencias que relativizan todo su contenido y que lo distinguen del de las demás disciplinas jurídicas, tanto en orden a las fuentes, como a su interpretación, como a su elaboración científica.

En lo que sigue me voy a ocupar, en primer lugar, más detenidamente de la evolución y fundamento de este principio y, después, de sus consecuencias para el derecho penal. Todo ello abordado naturalmente desde el punto de vista de la legislación y práctica penal españolas, donde el principio de intervención legalizada ha encontrado siempre reconocimiento, si bien, a veces, de un modo más teórico que efectivo.

a) *EVOLUCIÓN Y FUNDAMENTO DEL PRINCIPIO DE INTERVENCIÓN LEGALIZADA*

1. *Evolución y origen histórico.*— El principio de intervención legalizada nace con el Estado de derecho. Naturalmente, esto no fue obra de un día ni surgió por gene-

www.librosderechoperu.blogspot.com

ración espontánea, sino un largo proceso al que se le han querido hallar remotos precedentes.

Buscando precedentes en el derecho romano, se invoca un texto de Ulpiano, recogido en el Digesto, en el que se establecía: *"Poena non irrogatur, nisi quae quoque lege vel quo alio iure specialiter huic delicio imposita est"*[168]. Pero la interpretación de este precepto no es clara y, por otra parte, pueden invocarse otros muchos de la misma época, en los que se admite la analogía y los *crimina extraordinaria*[169].

También se desconoció este principio en el antiguo derecho germánico, que se regía fundamentalmente por la costumbre[170].

Los precedentes más claros suelen verse en el art. 39 de la Magna Carta dada por el rey Juan II de Inglaterra en el año 1215, y en España en el Decreto de Alfonso IX en las Cortes de León de 1188[171]. Se podrían citar otros textos legales parecidos u opiniones doctrinales en las que se han querido ver los atisbos o precedentes del principio de intervención legalizada en la Edad Media, pero una tal enumeración o cita no tendría otro objeto que el de la vana erudición, pues, como con razón observa JIMÉNEZ DE ASÚA, "estos supuestos antecedentes, aunque tengan aparente parentesco con el problema que se estudia, responden a concepciones tan distintas y a vivencias tan diferentes que no podemos en verdad ha-

[168] Citado por RODRÍGUEZ MOURULLO, "Principio de legalidad", en *Nueva enciclopedia jurídica*, t. XIV, Barcelona, 1971, ps. 882 y 883.

[169] En el mismo sentido, WELZEL, *Derecho penal alemán*, trad. de Bustos y Yáñez Pérez, Santiago de Chile, 1970, p. 36. JIMÉNEZ DE ASÚA, *Tratado*, cit., t. II, 1950, p. 332, señala, citando a SCHOTTLÄNDER, que aunque el principio de legalidad se formula en latín *-nullum crimen, nulla poena sine lege-* no tiene origen romano.

[170] Cfr. WELZEL, ob. u. cit., p. 37.

[171] Cfr. JIMÉNEZ DE ASÚA, ob. u. cit., p. 333.

www.librosderechoperu.blogspot.com

llar en ellos el auténtico origen del problema que nos ocupa"[172].

El origen del principio de intervención legalizada debe buscarse, por tanto, en aquel momento histórico en el que el pueblo pasa de ser instrumento y sujeto pasivo del poder absoluto del Estado o del Monarca que lo encarna, a controlar y participar en ese poder, exigiendo unas garantías en su ejercicio. A esta situación se llega, precisamente, con la Revolución Francesa, que no fue más que la coronación del pensamiento político y filosófico del siglo xvm, la época del Iluminismo.

Durante esa época se suceden las declaraciones de derechos fundamentales de las personas y las del principio de legalidad de los delitos y las penas, como, por ejemplo, en la *Petitions of Rights* de los Estados americanos de Filadelfia (1774), Virginia (1776) y Maryland (1776), en la *Josephina* austríaca de 1787, y sobre todo, en la famosa Declaración francesa de los Derechos del Hombre y del Ciudadano de 26 de agosto de 1789, en la que se establecía que "nadie podrá ser castigado, sino en virtud de una ley establecida y promulgada anteriormente al delito y legalmente aplicada" - art. 8[173]-.

Desde entonces se suceden las declaraciones de este principio en las Constituciones y Códigos Penales deciminónicos, no siendo una excepción la legislación española de la época que lo proclama también en todas sus Constituciones y Códigos Penales. De esta orientación se aparta únicamente el derecho penal anglosajón que sustituye el principio de legalidad de los delitos y las penas por la vinculación del juez, en primer lugar, al precedente judicial, a la tradición judicial -el *common law*- y después al derecho legal emanado del Parlamen-

[172] JIMÉNEZ DE ASÚA, ob. u. cit., ps. 332 y 333, nota 67 ter.

[173] Citado por RODRÍGUEZ MOURULLO, *Principio,* cit., p. 883.

www.librosderechoperu.blogspot.com

to -*Statute law*-, constituyendo así un sistema jurídico penal con características propias[174].

Como se puede observar en esta rápida visión de la evolución del principio de intervención legalizada, éste se presenta como una conquista de la ideología liberal de los siglos XVIII y XIX y como el resultado del paso de una concepción absolutista del Estado a una liberal: el Estado liberal de derecho[175]. A los ojos del jurista moderno se presenta como una conquista irreversible e irre-nunciable, en cuanto ofrece el único medio racional de control del poder punitivo estatal. Sus insuficiencias se deben más a su realidad efectiva que al principio como tal.

El principio de intervención legalizada tiene, por tanto, un claro fundamento político, el del Estado liberal de derecho; pero también hay razones puramente jurídicas que lo fundamentan. De este doble fundamento, político y jurídico, me voy a ocupar más detenidamente en los epígrafes siguientes.

2. *Fundamento político: principio de intervención legalizada y Estado de derecho.*— Políticamente, ya lo he dicho, el principio de intervención legalizada es producto del espíritu liberal que creó el Estado liberal de derecho.

El Estado liberal de derecho se distingue, según Elias DÍAZ[176], por cuatro características: *a)* imperio de la ley; b) división de poderes; *c)* legalidad en la actuación administrativa, y *d)* garantía de derechos y libertades fundamentales.

Veamos cómo se reflejan estas cuatro características en el principio de intervención legalizada.

[174] RODRÍGUEZ DEVESA, "Parte general", cit., p. 241.

[175] Sobre esta transformación, ver Elias DÍAZ, *Estado de derecho y sociedad democrática*, cit., ps. 16 a 24.

[176] Ob. u. cit., ps. 29 y siguientes.

www.librosderechoperu.blogspot.com

— El "imperio de la ley" supone que el detentador del poder estatal ya no puede castigar a las personas arbitrariamente y que su poder punitivo está vinculado a la ley. Por "ley" debe entenderse "la formalmente creada por el órgano popular representativo (Parlamento o Asamblea Nacional) como expresión de la voluntad general"[177]. En el ámbito del derecho penal esto quiere decir que sólo pueden determinarse los delitos y las penas por los órganos populares representativos que reflejan la voluntad popular, es decir, por el Parlamento u organismo similar. Todas las leyes penales que no se crean por este procedimiento infringen el espíritu del principio de legalidad.

Esto debe destacarse, porque precisamente a través de un proceso de relajación y por razones políticas, que no vienen ahora al caso, la potestad de crear leyes penales se delega en los poderes gubernamentales, cuando no se irrogan éstos, por razones de urgencia, dicha potestad. En estas llamadas leyes delegadas y decretos-leyes, la participación del órgano representativo popular es escasa o nula. Curiosamente, sin embargo, es éste uno de los procedimientos preferidos por nuestro legislador: la importante reforma de 1944 del Código Penal se llevó a cabo a través de una delegación de las Cortes en el Gobierno y otras muchas reformas del Código Penal se han llevado a cabo por la vía del decreto[178].

[177] Elias DÍAZ, ob. u. cit., p. 30.

[178] Ver CASABO RUIZ, en *Comentarios al Código Penal*, cit., t. II, p. 29, quien pide la no aplicación de determinados preceptos introducidos en el Código Penal a través de este tipo de "reformas". Sobre las frecuentes lesiones de este principio en el derecho penal de la posguerra civil, ver BARBERO SANTOS, *Postulados político-criminales del sistema punitivo español vigente: presupuestos para su reforma*, en "Sistema", 10/7/975, ps. 102 y siguientes.

www.librosderechoperu.blogspot.com

— Estos casos infringen también la segunda de las características del Estado de derecho: la "división de poderes", que precisamente sirve de base técnica al principio de intervención legalizada.

La división de poderes, tal como la configuró Montesquieu en su obra *El espíritu de las leyes,* significa la distribución del poder estatal en tres funciones atribuidas cada una a un organismo distinto: la legislativa al Parlamento, la ejecutiva al Gobierno y Administración y la judicial a los Tribunales o Jurisdicción. Esta separación de poderes no debe entenderse, de todos modos, en un sentido absoluto, como separación e incomunicación total de las funciones respectivas. Antes bien, debe darse una serie de controles e intervenciones mutuas y recíprocas[179].

Esta división de poderes garantiza el principio de legalidad penal, repartiendo el poder punitivo estatal entre el legislativo, que se encarga de determinar los delitos y las penas a través de un proceso democrático en el que participan los representantes del pueblo, y el judicial, que se encarga de su aplicación en el caso concreto. — Conforme al esquema anterior, el poder ejecutivo no tiene, o no debe tener, un puesto importante en la elaboración del derecho penal. Por eso no afecta tanto el principio de legalidad administrativa al derecho penal.

De todas formas, como ya se ha advertido, un cierto grado de relajación del principio clásico de separación de poderes y determinadas razones políticas han hecho que la Administración tenga hoy, y concretamente en nuestro país, una facultad sancionatoria que cuantitativamente es casi tan importante como la de los poderes legislativo y judicial. El ejemplo más claro de ello se

[179] Cfr. Elias DÍAZ, ob. u. cit., p. 32.

www.librosderechoperu.blogspot.com

encuentra en la Ley de Orden Público que atribuye a la Administración la facultad de imponer graves penas pecuniarias e incluso privativas de libertad, en el caso de impago de aquéllas[180].

La Administración, por tanto, también sanciona. ¿En nombre de quién? se pregunta Lorenzo MARTÍN-RETORTILLO. "¿En nombre del pueblo español?, ¿en nombre de la ley? No, no. ¿En nombre del Jefe de Estado? La Administración sanciona y no dice en nombre de quién sanciona. El Tribunal enjuicia acerca de tales sanciones. El Tribunal que, a simple vista, estarla considerado como llamado a sancionar, decide, en cambio, acerca de la corrección que ya impusiera el órgano administrativo. El Tribunal decide, pero no el de lo penal, como pudiera quizá pensarse, sino el especializado en base al fuero de la Administración, el Tribunal de lo contencioso-ad-ministrativo"[181]. Una situación más sorprendente que la descrita por MARTÍN-RETORTILLO, apenas es imaginable.

En resumen: en un Estado en el que no rige el "imperio de la ley" o en el que el principio de la "división de poderes" es vana palabrería, el principio de la intervención legalizada del poder punitivo estatal sale mal parado, aunque ese Estado lo mantenga como "fachada normal" de sus leyes fundamentales.

— Finalmente, el objetivo fundamental del principio de intervención legalizada es el de garantizar los derechos y libertades fundamentales de las personas. La mejor manera de protegerlos es concretizarlos y formularlos en leyes y castigar con penas su lesión o violación. Los Códigos Penales se convierten así en un catá-

180 *ver supra*.

181 MARTÍN-RETORTILLO, Lorenzo, *Las sanciones de orden público en derecho español* cit., p. 21. Ver lo dicho supra.

www.librosderechoperu.blogspot.com

logo de prohibiciones de conductas que pueden lesionar esos derechos y libertades fundamentales. De este modo se tipifican los delitos contra la *vida,* contra la *integridad corporal,* contra la *libertad,* contra el *honor,* etc., cuya esencia consiste, precisamente, en lesionar estos derechos fundamentales.

Este cuadro que, con todas sus insuficiencias prácticas, se presenta hoy como punto de partida válido de toda política penal fue, como es lógico, atacado fuertemente por los estados totalitarios, que, por lo pronto, hicieron tabla rasa del principio de intervención legalizada del poder punitivo estatal. Fue el Código Penal ruso de 1926 uno de los primeros en establecer que el juez no estaba vinculado a la ley. E igualmente se plasmó esta idea en plena época hitleriana en el Código Penal alemán, en cuyo § 2 se decía expresamente, tras la reforma de que fue objeto en 1935, "será castigado el que cometa un acto que la ley declare punible o que merezca serlo según la idea fundamental de una ley penal y el sano sentimiento popular". Quienes determinaban naturalmente lo que era "el sano sentimiento popular" eran los detentadores del Poder Ejecutivo que, por supuesto, se habían ocupado previamente de apoderarse del Poder Legislativo y de dominar por completo al Judicial.

La experiencia supuso un retroceso a esa época de terror y arbitrariedad de la que el derecho penal, con el liberalismo, parecía haberse librado definitivamente. La derrota de Alemania, las amargas experiencias sufridas con la derogación del principio de intervención legalizada, han impuesto la vuelta al sistema clásico. Y parece conveniente seguir conservándolo, en tanto los hombres tengan que imponer limitaciones en los derechos y libertades de otros hombres.

El principio de intervención legalizada se ha convertido en un principio de validez universal a través de la

www.librosderechoperu.blogspot.com

Declaración de los Derechos del Hombre en las Naciones Unidas, en cuyo art. 11 se dice: "Nadie será condenado por acciones u omisiones, que no sean punibles en el momento de su comisión según el Derecho nacional o internacional. Tampoco se impondrá una pena más grave que la que era aplicable en el momento de la comisión del hecho punible".

3. *Fundamento jurídico.*— El principio de intervención legalizada no sólo tiene un fundamento politico sino también jurídico.

La base jurídica se la dio P. A. FEUERBACH (1775-1833), padre del famoso filósofo Ludwig von Feuerbach. También fue FEUERBACH quien le dio su formulación latina: *nullum crimen, nulla poena sine lege*[182].

Para FEUERBACH este principio era una consecuencia inmediata de su teoría de la pena, entendida como "coacción psicológica". La pena, según este autor, ejerce una coacción psicológica en los ciudadanos, que les hace abstenerse de la comisión de delitos. Pero para que pueda desempeñar esta función es necesario que se describan previamente en la ley las conductas prohibidas y las penas con que se conminan esas conductas. Sin esa previa descripción legislativa, el potencial delincuente no podría saber si su conducta estaba previamente prohibida y castigada y, por consiguiente, no significaría la pena una coacción psicológica para nadie[183].

Por muy elemental que pueda parecer actualmente esta teoría, tiene, sin embargo, el mérito de haber destacado algo que se le ha pasado por alto a la mayoría de los

[182] P. A. FEUERBACH, *Lehrbuch des gemeinen in Deutschland gültigen peinlichen Rechts*, reimpresión de la 14ª ed. de 1847, 1973, p. 41.

[183] FEUERDACH, lug. citado.

www.librosderechoperu.blogspot.com

juristas modernos: la función de motivación de la norma penal. Esta función de motivación demostrada ahora claramente con los conocimientos aportados por el psicoanálisis[184] tiene su origen en la teoría de la coacción psicológica, y también para ella tiene una gran importancia el principio de legalidad. A través de la tipificación de las conductas prohibidas en las leyes penales y de la consiguiente amenaza de imponer una pena si se realizan, se motiva, en los ciudadanos, que se abstengan de cometerlas[185].

E igualmente sirve el principio de legalidad para determinar la culpabilidad del delincuente. Pues sólo quien conoce la prohibición contenida en la ley penal o, por lo menos, ha podido conocerla, puede motivarse por ella y puede ser castigado, como culpable de un hecho punible.

El principio de legalidad es, por otra parte, la garantía jurídica de los ciudadanos frente al poder punitivo estatal. A través de esta función de garantía se controla el poder punitivo estatal en todos los estadios en que éste se ejerce, del siguiente modo:

— Como *garantía criminal,* calificando como delito sólo lo que la ley considere como tal. Así, se dice claramente en el art. 1 del Código Penal: "Son delitos o faltas las acciones u omisiones voluntarias penadas por la ley".

— Como *garantía penal,* imponiendo solamente la pena fijada en la ley para el delito cometido. En este sentido, dice el art. 23 del Código Penal que "no será castigado ningún delito ni falta con pena que no se halle establecida por ley anterior a su perpetración".

— Como *garantía jurisdiccional:* "No podrá ejecutarse

[184] Cfr. cap. I, C, b.

[185] En este sentido ahora ROXIN, *Kriminalpolitik und Strafrechtssystem,* 2ª ed., 1973, p. 46: "La íunción de garantía y de motivación del tipo son dos aspectos de una y la misma finalidad políticocriminal". Ver mi crítica a lo que decía en la primera edi ción de esta obra traducida por mí. *Política criminal,* cit., p. 11.

www.librosderechoperu.blogspot.com

pena alguna sino en virtud de sentencia firme" (art. 8C del Código Penal).

— Como *garantía de ejecución:* "Tampoco puede ser eje cutada pena alguna en otra forma que la prescrita por 1E ley y reglamentos, ni con otras circunstancias o accidentes que los expresados en su texto" (art. 81 del Código Penal).

Y todo ello viene confirmado por el art. 2 del Códigc Penal: "En el caso de que un Tribunal tenga conocimientc de algún hecho que estime digno de represión y que nc se halle penado por la ley, se abstendrá de todo procedimiento sobre él y expondrá al Gobierno las razones que le asisten para creer que debiera ser objeto de sanción penal. Del mismo modo, acudirá al Gobierno, exponiendo lo conveniente, sin perjuicio de ejecutar desde luego la sentencia, cuando de la rigurosa aplicación de las disposiciones de la ley resultare penada una acción u omisión que, a juicio del Tribunal, no debiera serlo, o la pena fuere notablemente excesiva, atendidos el grado de malicia y el daño causado por el delito".

Tal función de garantía se plasma en el nivel constitucional, o si se quiere en el nivel de ley fundamental, en el art. 19 del Fuero de los Españoles, que de un modo más general establece que "nadie podrá ser condenado sino en virtud de ley anterior al delito, mediante sentencia del tribunal competente y previa audiencia y defensa del condenado".

b) *CONSECUENCIAS DEL PRINCIPIO DE INTERVENCIÓN LEGALIZADA*

La adopción de este principio implica una serie de consecuencias para el derecho penal y su ciencia. De este modo se relativiza de un golpe toda la problemática del delito y de la pena, al venir acuñados ya estos con-

www.librosderechoperu.blogspot.com

ceptos por la ley penal[186], vinculando así al juzgador y al intérprete.

Estas consecuencias se reflejan sobre todo a la hora de estudiar las fuentes del derecho penal, en su interpretación, en la prohibición de retroactividad y en la tipificación de las conductas prohibidas. Seguidamente analizaré, con la mayor brevedad posible, estos cuatro apartados.

1. *En materia de fuentes del derecho penal.*— En principio, parece claro que de la adopción del principio de intervención legalizada se deriva que la única fuente del derecho penal es la ley. Sólo que esta apariencia engaña. "El principio de legalidad significa que la única fuente creadora de los *delitos* y *penas* es la ley; se extiende a las *causas de agravación* y a las *medidas de seguridad.* En estas materias quedan excluidas la analogía y la costumbre. Fuera de este círculo cesa el monopolio de la ley y con él la exclusividad"[187].

Como acertadamente pone de relieve RODRÍGUEZ DEVESA, el principio de legalidad sólo rige para fundamentar o agravar la punibilidad de una conducta, pero este monopolio cesa, cuando se trata de atenuarla o, incluso, de excluirla.

Por lo que se refiere a la *analogía* es admitida por el propio Código, cuando se trata de circunstancias atenuantes[188]. Fuera de estos casos, la analogía parece que debe estar prohibida[189].

[186] En este sentido, acertadamente, RODRÍGUEZ DEVESA, "Parte ge neral", cit., p. 137.

[187] RODRÍGUEZ DEVESA, ob. cit., p. 134.

[188] Así el art. 9: "Son circunstancias atenuantes (...) 10. Y, últi mamente, cualquier otra circunstancia de análoga significación que las anteriores".

[189] En este sentido CÓRDOBA RODA, *Comentarios,* cit., t. I, p. 59, ver infra, 2.

www.librosderechoperu.blogspot.com

Tampoco la costumbre puede fundamentar o agravar la responsabilidad, pero sí excluirla. El ejemplo más palpable de esto se presenta en las causas de justificación; pues precisamente a través de ellas entran en el derecho penal las disposiciones de otras ramas jurídicas, en las que sí está permitida la costumbre como fuente del derecho. Así sucede con la eximente, causa de justificación, de ejercicio legítimo de un derecho, oficio o cargo, pues muchas veces este ejercicio legítimo descansa en el derecho consuetudinario y no en una ley positiva.

Otras veces la aplicación de una ley penal supone la constatación de un hecho que no puede fijarse sin acudir a la costumbre, así por ejemplo, el concepto de "diligencia debida" en la conducción de un automóvil, cuando se ha ocasionado un accidente.

Distinto es el tratamiento de la costumbre como causa de inaplicación de una ley, la llamada *desuetudo.* No cabe duda de que muchos preceptos penales carecen de aplicación práctica, porque van en contra de las convicciones sociales o porque la realidad social que pretendían regular ya no existe o ha cambiado. Ejemplos de éstos se dan en el art. 319 ("ocultación fraudulenta de bienes o industria con el propósito de eludir el pago de los impuestos"); en los arts. 349 y 350 ("juegos ilícitos"); o en la legislación penal especial sobre abastecimientos[190]. Se trata aquí de una especie de *deterioro social de la ley* que, sin embargo, carece de eficacia para derogarla[191].

Esta exclusión del derecho no escrito en la funda-mentación o agravación de la responsabilidad penal no es puramente arbitraria, sino que descansa en la mis-

[190] Sobre esta última es dudosa su vigencia tras la reforma de 15 de noviembre de 1971, ver RODRÍGUEZ DEVESA, "Parte especial", cit., p. 496.

[191] En este sentido, RODRÍGUEZ DEVESA, "Parte general", cit., p. 206.

www.librosderechoperu.blogspot.com

ma idea que hizo posible el principio de intervención legalizada: éste surgió para evitar las intervenciones arbitrarias del Estado en los derechos fundamentales de las personas. Por eso, cuando de lo que se trata es de excluir o, por lo menos, de atenuar las consecuencias de esa intervención, el principio de intervención legalizada no es tan decisivo y pueden desempeñar un papel otras fuentes del derecho.

2. *En materia de interpretación de la ley penal: la prohibición de la analogía.*— Otras de las consecuencias del principio de intervención legalizada es la prohibición de la*analogía* en el derecho penal.

La analogía en derecho penal se ha convertido en un tabú, sobre todo desde que en la Alemania nazi se intentó sustituir con ella el principio de legalidad[192]. Sin embargo, en otras disciplinas jurídicas la analogía es un excelente medio en la búsqueda de la regulación jurídica de un caso concreto. Y es lógico que así sea, pues una ley, por muy bien hecha que esté, no puede abarcar todos los casos que se presentan en la realidad. La analogía supone la aplicación de una ley dada para un supuesto de hecho a otro no regulado por dicha ley[193].

En este sentido, la analogía está totalmente prohibida en derecho penal. La razón de ello se encuentra en el principio de intervención legalizada. Sólo aquello que está previsto en la ley puede fundamentar la intervención punitiva estatal. Lo contrario sería dejar la puerta abierta a la arbitrariedad del juzgador y a que éste se irrogara los poderes que sólo corresponden al legislador.

Un ejemplo de esto se dio en España, en los casos de defraudación del fluido eléctrico. Nuestra legislación

[192] Ver cap. II, B, a, 2, al final.
[193] Cfr. LARENZ, *Metodología,* cit., p. 300.

www.librosderechoperu.blogspot.com

penal, hasta una ley de 1941, incorporada luego al Código en la reforma de 1944, no contenía una disposición que castigara estos casos. El único lugar en que una tal conducta podía subsumirse era en el art. 514, I°, que castigaba como reos de hurto a los que "con ánimo de lucrarse y sin violencia o intimidación en las personas ni fuerza en las cosas, toman las cosas muebles ajenas sin la voluntad del dueño". El problema radicaba, sin embargo, en si la electricidad podía considerarse una "cosa mueble" o no. A mi juicio, la respuesta debió ser negativa[194], pues el delito de hurto, al referirse a las "cosas muebles", sólo puede recaer sobre las "corporales" susceptibles de apropiación, y no sobre las "incorporales" como la energía eléctrica. A pesar de ello, el Tribunal Supremo, infringiendo claramente el principio de legalidad, subsumió *analógicamente* la defraudación del fluido eléctrico en el delito de hurto[195]. La situación se remedió posteriormente al introducirse en la reforma de 1944 una tipificación expresa de estos hechos -art. 536-.

La analogía fundamentadora de la responsabilidad está, por tanto, excluida del derecho penal. La situación empieza a complicarse cuando se trata de analogía que sirve para eximir o atenuar esa responsabilidad. La opinión de los penalistas españoles está dividida. Para ANTÓN ONECA[196] está prohibida sólo "la analogía en la definición de delitos y establecimientos de penas, o sea, la desfavorable al reo. La favorable no está vedada". De la mis-

[194] En el mismo sentido, RODRÍGUEZ DEVESA, "Parte especial", cit., p. 480. En contra, RODRÍGUEZ MUÑOZ, en las notas a su traducción del *Tratado* de Mezger, cit., t. I, ps. 150 y 151.

[195] Así las STS de 30 de octubre y 9 de noviembre de 1910.

[196] *Derecho penal* "Parte general", 1949, p. 102.

www.librosderechoperu.blogspot.com

ma opinión son RODRÍGUEZ DEVESA[197] y RODRÍGUEZ MUÑOZ[198]. Por el contrario, QUINTANO RIPOLLÉS[199] considera que en nuestro Código está prohibida tanto la analogía favorable como la contraria al reo. Y lo mismo opina recientemente CÓRDOBA RODA[200], apoyándose en el párrafo segundo del art. 2, que obliga al Tribunal a la "rigurosa aplicación" del texto legal, aunque "resultare penada una acción u omisión que, a juicio del Tribunal, no debiera serlo o la pena fuere notablemente excesiva"[201].

Desde el punto de vista de una interpretación teleo-lógica del principio de intervención legalizada creo, sin embargo, preferible la tesis de admitir la analogía cuando ésta favorezca al reo. Pues, en este caso, la función de protección de derechos que el principio de intervención legalizada tiene carece de sentido: el individuo no va a ser inquietado por el poder punitivo, o lo va a ser de un modo menos grave que el previsto en la ley.

Desde el punto de vista de seguridad jurídica, en cambio, la admisión de la analogía favorable al reo puede llevar a la absoluta arbitrariedad de los Tribunales a la hora de eximir o atenuar la pena. Pero, precisamente para evitar esto, limita el art. 9, 9º, las atenuaciones por analogía a aquellas que tengan una significación *análoga a las expresamente previstas* en dicho artículo. Y, por lo que respecta a las eximentes, tampoco la situación es tan grave, pues éstas no sólo se encuentran en

[197] RODRÍGUEZ DEVESA, "Parte general", cit., p. 202.

[198] En la notas a su traducción del *Tratado* de Mezger, cit., t. I, p. 153.

[199] *Curso de derecho penal,* 1963, t. I, p. 198.

[200] En *Comentarios,* cit., t. I, p. 59.

[201] Sobre el estado de las opiniones en el derecho alemán, ver JESCHECK, *Lehrbuch,* cit., p. 107; y en el italiano, ver ANTOLISEI, *Manual,* cit., ps. 78 y siguientes.

www.librosderechoperu.blogspot.com

el art. 8, sino también en el art. I[202]. Por otra parte, algunas de las eximentes del art. 8 están redactadas con tal amplitud[203] que hacen prácticamente innecesario que el Tribunal tenga que acudir a la analogía para rebajar o eximir la pena[204].

3. *Prohibición de la retroactiuidad de la ley penal.*— Un tema muy afín con el principio de intervención legalizada es la *prohibición de retroactiuidad* de las leyes penales: las leyes penales no pueden aplicarse a los hechos cometidos antes de su entrada en vigor.

La prohibición de retroactividad de las leyes penales está tan íntimamente vinculada al principio de intervención legalizada, que en todas las formulaciones de éste se afirma, al mismo tiempo, la irretroactividad de la ley penal. Los fundamentos, político y jurídico, son los mismos. Es más, la prohibición de retroactividad es el complemento indispensable del principio de legalidad, porque sin esa prohibición el principio se convertiría en una burla, más que en una garantía de los derechos individuales.

Una persona tiene derecho a saber de antemano qué conductas están prohibidas y cuáles no. Si, por ejemplo, comete un hecho que la ley vigente en el momento de su realización no considera delito, no puede ser castigada después en base a una ley posterior que declare punible este hecho. La función de motivación de la nor-

[202] La falta de cualquiera de los elementos recogidos en la de-finición del art. 1 excluye ya la existencia de la infracción: en este sentido, CÓRDOBA RODA, en *Comentarios,* cit., t. 1, p. 60.

[203] Así, por ej., 111: obrar "en cumplimiento de un deber o en el ejercicio legítimo de un derecho, oficio o cargo".

[204] Distinta de la analogía es la interpretación analógica, que será tratada más adelante: ver cap. IV, A, b, 2.

www.librosderechoperu.blogspot.com

ma penal perdería toda su eficacia y la punición de las conductas quedaría siempre al arbitrio de que las concepciones ideológicas cambiantes las declararan, posteriormente a su ejecución, como punibles.

De acuerdo con esto, el art. 19 del Fuero de los Españoles establece que "nadie podrá ser condenado, sino en virtud de ley *anterior al delito"*, y el art. 23 del Código Penal dice más expresamente que "no será castigado ningún delito ni falta con pena que no se halle establecida por ley anterior a su perpetración".

Precisamente, por infringir este principio se discutió la legalidad, entre otras razones, de los juicios de Nüremberg contra los criminales de guerra nazis por delitos que no estaban tipificados anteriormente[205]; y era igualmente objetable la Ley de Represión de Masonería y Comunismo de 1941, ya derogada, que criminalizó una serie de hechos que en el momento de su realización eran perfectamente lícitos o, cuanto menos, atípicos[206].

La prohibición de retroactividad también rige para las medidas de seguridad, pues la disposición adicional segunda de la ley de 4 de agosto de 1970 dispone que "se regirán en cuanto a su efecto retroactivo por lo establecido en los arts. 23 y 24 del Código Penal".

La prohibición de retroactividad tiene, sin embargo, una excepción: cuando la ley penal posterior es más favorable al delincuente que la que regía en el momento de la comisión del hecho, entonces se aplica la ley más favorable, aunque sea posterior a la comisión del hecho.

Esta excepción se recoge en el art. 24 del Código

[205] Cfr. JIMÉNEZ DE ASÚA, *Tratado,* cit., t. II, p. 1032 y siguientes.

[206] Ver RODRÍGUEZ DEVESA, "Parte especial", cit., 3ª ed., 1969, p. 1120.

www.librosderechoperu.blogspot.com

Penal, aun cuando no en el art. 19 del Fuero de los Españoles. Dice el art. 24 del Código Penal: "Las leyes penales tienen efecto retroactivo en cuanto favorezcan al reo de un delito o falta, aunque al publicarse aquéllas hubiere recaído sentencia firme y el condenado estuviese cumpliendo la condena".

El fundamento de esta excepción es el mismo que hemos visto permite la analogía favorable al reo. La prohibición de retroactividad, al igual que el principio de intervención legalizada, se creó para proteger al individuo frente al poder punitivo estatal. Pero cuando de lo que se trata es de eximir o atenuar las consecuencias de la intervención del poder punitivo, la prohibición de retroactividad carece de objeto.

La determinación de la ley más favorable presenta algunos problemas, que no son tratados aquí[207].

4. *Principio de intervención legalizada y técnica legislativa penal.*— La eficacia del principio de intervención legalizada viene condicionada en la práctica por la *técnica legislativa* empleada en la descripción de las conductas prohibidas y en la determinación de la gravedad de las penas.

Como afirma RODRÍGUEZ MOURULLO, "piedra de toque para comprobar si en el plano penal se respetan o no las exigencias del Estado de derecho no es ya, según esto, el formal reconocimiento y consagración -incluso en el nivel constitucional- del principio de legalidad, sino el de si las concretas disposiciones penales responden, al enunciar tanto el presupuesto como la consecuencia penal, al postulado de una precisa determinación, que

[207] Ver RODRÍGUEZ DEVESA, "Parte general", cit., ps. 169 y ss., y CASABO, en *Comentarios*, cit., t. II, ps. 49 y siguientes.

www.librosderechoperu.blogspot.com

constituye la insustituible garantía de seguridad política para los derechos fundamentales de la persona, cuyo logro representa para un Estado de derecho una verdadera exigencia ética"[208].

La forma en la que el principio de intervención legalizada se realiza es a través de la descripción de las conductas prohibidas en *tipos legales*, es decir, a través de la *tipificación* de las conductas que se quieren prohibir. En este sentido, el tipo cumple la función de garantía del principio de intervención legalizada[209].

Pero para cumplir esa función de garantía, el tipo tiene que estar redactado de tal modo que a través de su texto se pueda deducir con claridad y certeza la conducta prohibida: la materia de prohibición[210].

Por eso, uno de los puntos principales es que el legislador use, en la redacción de los tipos, un *lenguaje* claro y preciso, asequible al nivel cultural medio de los ciudadanos. Para ello debe recurrir a los *elementos descriptivos*, es decir, a aquellos estados o procesos del mundo real, corporal o anímico que cualquiera conoce o aprecia sin mayor esfuerzo: "matar", "daños", "lesiones", etcétera. Por el contrario, debe ser parco en el uso de los *elementos normativos*, es decir, de aquellos procesos que sólo pueden ser determinados mediante una *valoración* de la situación o hecho: "ajenidad", "acreedor", "insolvencia", etcétera. Estos elementos normativos, al requerir una valoración que naturalmente tiene que hacer el juez,

[208] RODRÍGUEZ MOURULLO, "Principio de legalidad", en *Nueva enci clopedia jurídica*, cit., p. 888.

[209] El descubrimiento de la *tipicidad* se debe a BELING, *Die Lehre* uom *Verbrechen*, 1906, que convirtió dicho concepto en el eje cen tral de la teoría del delito y que lo fundamentó precisamente en el principio de legalidad. Ver cap. IV, B, a, 1,

[210] Ver WELZEL, *Derecho penal*, cit., ps. 74 y 75.

www.librosderechoperu.blogspot.com

traen consigo la secuela de indeterminación y subjetivismo, aunque a veces es indispensable su uso[211].

El otro problema con el que se tiene que enfrentar el legislador a la hora de tipificar conductas es con la elección entre el *casuismo y* las *cláusulas generales.* El casuismo tiene la desventaja de que por *mucho* que abarque, es imposible llegar a describir todas las conductas o sus modalidades que pueden estar prohibidas. Por ello el casuismo produce lagunas, a veces insalvables, sin recurrir a la analogía, aparte de la falta de sistema y las repeticiones innecesarias que provoca. Ejemplos de éstos se dan en el Código español con la regulación del delito de "estafa", "falsedades", "incendios", "daños", etcétera. En estos delitos se mezclan tipos de distinta naturaleza, se producen repeticiones innecesarias, se incurre en un enorme confusionismo y, al final, muchas veces, se tiene que acudir a cláusulas generales para evitar lagunas.

Las cláusulas generales ofrecen, por el contrario, la faz opuesta del casuismo. Desde el punto de vista científico y sistemático son preferibles, pues suponen un alto grado de abstracción y presentan pocas lagunas. Pero, precisamente por esto, tienen el peligro de la indeterminación y pueden lesionar el principio de legalidad. Un ejemplo de ello es el delito de escándalo público del art. 431 del Código Penal. La forma de describir la acción: "de cualquier modo", y luego la referencia a conceptos tan poco precisos como el "pudor o las buenas costumbres" dejan al arbitrio del juzgador la determinación de qué es efectivamente lo que se prohibe. Se corre así el peligro de que éste rellene tales conceptos de acuerdo con sus propias convicciones morales, que muy

[211] Cfr. MEZGER, *Tratado,* cit., t. I, p. 374.

www.librosderechoperu.blogspot.com

bien pudieran no coincidir con las dominantes en la sociedad. De la jurisprudencia del Tribunal Supremo pueden extraerse algunos ejemplos como la punición de la homosexualidad entre adultos, etcétera[212].

Otras veces el legislador tiene preferencia por los *conceptos indeterminados;* como ya se ha visto, ocurre en el delito de escándalo público, y sobre todo en el llamado derecho penal político: "faltar al respeto debido a las instituciones y a las personas en la crítica de la acción política o administrativa" (art. 165 bis, b); "alteración del orden público" (art. 248); "relajar el sentimiento nacional" (arts. 173, I° y 251, 2°), etc., son expresiones cuanto menos ambiguas. Un claro ejemplo de ambigüedad e indeterminación es el art. 10 de la ley de 27 de agosto de 1975. Con ello el ya de por sí complejo derecho penal político cae, en la práctica, en la arbitrariedad, cuando no se convierte en un arma a esgrimir contra los que *no* son partidarios del régimen.

Mayor libertad tiene el legislador en la determinación de la pena. Esta no puede determinarse adecuadamente si no se le deja una cierta libertad de movimiento al juez. Las *penas absolutamente determinadas* por el legislador son inaplicables en la práctica, porque excluyen la apreciación de todos los diversos matices y circunstancias en la comisión de delitos por diferentes personas y, por otra parte, no permiten una adecuación de la pena a la personalidad del culpable. Por esto, además de por otras razones, debe rechazarse la pena de muerte, y más la pena de muerte que se impone como única consecuencia del delito.

El sistema opuesto de las penas absolutamente de-

[212] Cfr. MARTÍNEZ PEREDA, *El delito de escándalo público,* cit., ps. 162. 178 y siguientes.

www.librosderechoperu.blogspot.com

terminadas es el de las *penas absolutamente indeterminadas.* Éstas suponen una clara infracción del principio de intervención legalizada, pues dejan al arbitrio del juez la fijación de su duración, su naturaleza, etcétera.

El sistema ideal consiste, pues, en el sistema de las penas *relativamente determinadas.* Estas penas oscilan entre un máximo y un mínimo de duración y permiten adecuarlas a la personalidad del culpable y a las distintas circunstancias que se presentan en la comisión de un delito. A este sistema responde, en sus líneas generales, el Código Penal. El juego del catálogo de las circunstancias atenuantes y agravantes, la división de las penas privativas de libertad en tres grados, etc., dejan el suficiente margen para que el juzgador adecué la pena a las circunstancias personales y materiales que concurren en la comisión de un delito. Pero estos márgenes han de ser lo suficientemente precisos como para excluir el exceso de arbitrariedad judicial y evitar que el juez se convierta así en legislador. Este principio no es respetado siempre, sin embargo, por el legislador que da en algunos casos excesivas facultades a los Tribunales para traspasar los límites, máximos y mínimos, de las penas asignadas a los delitos, pudiendo el juez, a su arbitrio, determinar la pena a imponer, entre los seis meses y los veinte años de privación de libertad. Ejemplos de éstos los tenemos en los delitos relativos al tráfico de drogas (art. 344); en la agravación por la mul-tirreincidencia (art. 61, 6º); en la agravación de los delitos contra la propiedad (contenida en el art. 563 bis, a), etcétera.

Para terminar estas líneas sobre las consecuencias del principio de legalidad en la técnica legislativa, me voy a referir, por último, a la técnica legal en materia de peligrosidad social y medidas de seguridad. Las in-

www.librosderechoperu.blogspot.com

fracciones del principio de intervención legalizada que en la tipificación de los delitos y en la determinación de la pena se dan, se multiplican aquí. Y esto es fácilmente comprensible. El presupuesto de la intervención estatal no es ya un hecho sino un *estado* o *situación personales* que, además, como sucede en el ordenamiento jurídico español, ni siquiera es necesario que se basen en la comisión previa de un hecho que por lo menos esté tipificado en la ley penal como delito. Con la peligrosidad predelictiva basta. Así, por ejemplo, "los vagos habituales", "los que realicen actos de homosexualidad", "los que ejerzan habitualmente la prostitución", etc., pueden ser considerados peligrosos sociales y hacerse acreedores de una medida de seguridad, aunque no hayan cometido ningún hecho tipificado como delito.

Las mismas medidas que se aplican a los declarados peligrosos son, con mucho, más indeterminadas que las penas que se aplican a los delitos: multas de 1.000 a 50.000 pesetas, internamientos en establecimientos de trabajo o privación de libertad de 4 meses a 3 años, etcétera. Todo ello viene a demostrar, una vez más, lo objetable que es la Ley de Peligrosidad social desde el punto de vista de un Estado de derecho[213].

[213] Ver cap. I, B, c.

www.librosderechoperu.blogspot.com

LA CIENCIA DEL DERECHO PENAL Y SU MÉTODO

www.librosderechoperu.blogspot.com

www.librosderechoperu.blogspot.com

CAPÍTULO III

LA CIENCIA DEL DERECHO PENAL

El panorama actual de la ciencia del derecho penal aparece dividido en dos grandes ramas o tendencias que, simplificando un poco, se pueden denominar criminológica y juridicodogmática. La orientación criminológica se ocupa del delito como fenómeno social y biopsicológi-co, analizando sus causas y proponiendo remedios para evitarlo. La orientación jurídica estudia el delito como un fenómeno jurídico regulado y previsto por normas jurídicas que hay que interpretar y aplicar. La primera orientación se sirve, en su investigación, de métodos sociológicos o antropológicos según el carácter social o individual de su enfoque o de ambos conjuntamente. La orientación jurídica emplea un método tecnicojurídico o dogmático que sirve para interpretar y sistematizar las normas jurídicas que se refieren al delito y a sus consecuencias.

A esta situación dualista, que se considera hoy como satisfactoria, se ha llegado tras una polémica que ha durado casi cien años y que aún perdura soterrada entre los partidarios de una y otra dirección.

El origen de esta polémica se encuentra en el despertar potente de las ciencias sociales y naturales a mediados del siglo xix, la época del positivismo. Para esta dirección científica la única actividad que merecía el

www.librosderechoperu.blogspot.com

calificativo de *ciencia* era aquella que se basaba en la experiencia y en los hechos indubitados que podían ser aprehendidos con un método puramente casual o explicativo. A la actividad jurídica se le negaba el carácter de ciencia, precisamente por faltarle estas cualidades. La consideración jurídica del delito debía, por tanto, ser sustituida por una sociológica o antropológica que eran las únicas que podían garantizar unos resultados seguros y auténticamente científicos. Surgió así una nueva ciencia, la criminología, a la que se reservaba el estudio científico del delito, como fenómeno social o antropológico, con exclusión total de sus aspectos jurídicos[1].

Frente a este positivismo científico surgió, al mismo tiempo, un positivismo jurídico que, como reacción, prescindió de las dimensiones sociales y políticas del delito, desterrándolas de su ámbito y estudiando el delito exclusivamente desde un punto de vista jurídico, con ayuda de un método puramente jurídico también.

Ya en el siglo actual, el neokantismo, en un intento de superación del concepto positivista de ciencia, trató de fundamentar el carácter científico de la actividad jurídica, distinguiendo entre ciencias de la naturaleza y ciencias del espíritu. Tanto unas como otras, decían los neo-kantianos, son auténticas ciencias porque tienen un objeto determinado y un método para investigarlo que les es propio y, precisamente por esto, difieren entre sí. Las ciencias de la naturaleza estudian su objeto desde un punto de vista causal o explicativo y las ciencias del espíritu estudian el suyo, empleando un método comprensivo referido al valor. La ciencia del derecho se incluye entre estas últimas, porque en sus es-

[1] Ver infra, A, a.

www.librosderechoperu.blogspot.com

fuerzos por conocer el derecho positivo, objeto de su investigación, tiene que acudir a una valoración[2].

La influencia de esta corriente filosófica en la ciencia del derecho penal fue considerable y supuso un impacto muy beneficioso, al dividir el estudio del delito en dos vertientes distintas con el mismo rango científico: la causal-explicativa por un lado y la comprensiva-axiológica, por otro. La criminología y la dogmática quedaban así perfectamente delimitadas, sin supeditarse la una a la otra. Pero esta clarificación conceptual, por otra parte tan necesaria, supuso, al mismo tiempo, una separación radical entre ambas formas de considerar el delito. De ahora en adelante criminología y dogmática van a marchar cada una por su lado, sin relación entre sí, como dos mundos distintos, hablando incluso distintos idiomas. El divorcio entre el ser y el valor, entre las esferas ontológicas y axiológicas, condujo a la ciencia del derecho penal a una especie de "averroismo" científico, en el que se daba la paradoja de que, desde el punto de vista jurídico, fuese cierto lo que desde el punto de vista criminológico era falso, y a la inversa.

Actualmente, se quiere superar de algún modo este pernicioso dualismo en el que ha incurrido la ciencia del derecho penal. No se trata ahora de volver a ese confusionismo conceptual entre criminología y dogmática, del que en buena hora se salió, ni de absorber una ciencia por otra; lo que se quiere es integrar a ambas, conservando cada una su autonomía, en una visión totalizadora de la realidad penal.

A la vista del contenido de la dogmática jurídicope-nal, es claro que la vieja polémica de si el penalista debe dedicarse a la investigación jurídica o a la crimi-

[2] Ver infra, A, b.

www.librosderechoperu.blogspot.com

nológica carece de sentido. La criminología no puede sustituir a la dogmática, por la sencilla razón de que ésta se ocupa de problemas que la criminología no puede resolver y que, sin embargo, hay que resolver porque, para decirlo con otras palabras, por muy lejos que lleguen los conocimientos criminológicos, nunca se podrá determinar, sobre la base de ellos, dónde empieza la tentativa y termina la preparación del delito, cuándo es punible la comisión imprudente de un delito y cuándo no, cuándo un hecho constituye apropiación indebida o alzamiento de bienes, cuándo existe concurso de leyes y cuándo concurso de delitos, etcétera. El dogmático, sin embargo, no puede prescindir de la criminología, no ya sólo por razones de curiosidad científica sino porque ésta le suministra conocimientos que, a veces, son imprescindibles para determinar el contenido de las normas penales, y porque le muestra la realidad que las normas penales regulan.

De todas estas cuestiones, que están estrechamente relacionadas entre sí y que, en cierto modo, condicionan la actitud del penalista frente a su disciplina, me voy a ocupar seguidamente.

A) EL PROBLEMA DEL CARÁCTER CIENTÍFICO DE LA ACTIVIDAD JURÍDICOPENAL

El primer problema con el que hay que enfrentarse es con el del carácter científico de esta disciplina. ¿Es la actividad jurídicopenal efectivamente una ciencia? ¿No es esta denominación, para cualquier tipo de actividad jurídica, una petulancia de los juristas empeñados en dar el nombre de ciencia a una simple técnica usada para solucionar conflictos sociales?

A estas preguntas se ha respondido de diverso modo

www.librosderechoperu.blogspot.com

y con opiniones para todos los gustos. En lo que sigue expondré brevemente las dos posturas más importantes -el positivismo y el neokantismo- que al respecto se mantienen, y su reflejo en la conceptuación y desarrollo de la actividad jurídicopenal.

a) EL. *CONCEPTO POSITIVISTA DE CIENCIA*

Mientras imperó el concepto positivista de la ciencia se dudó e incluso se negó el carácter científico de la actividad jurídica.

1. *El positivismo científico.*— "Para la concepción positivista lo único que es accesible al conocimiento son, prescindiendo de la lógica y de las matemáticas los "hechos" perceptibles junto con las leyes que en ellos se manifiestan y que pueden ser corroboradas con el experimento. En este punto de partida intelectual se está manifestando el paradigma de las ciencias naturales exactas"[3]. Por eso intenta desterrarse de la actividad científica todo aquello que tenga un origen metafísico o no sea empíricamente demostrable. El positivismo se caracteriza, dice WELZEL, por su "negativismo": "La tendencia fundamental del positivismo fue, en primer lugar, negativa: el rechazo decidido de todo aquello que aún de lejos pudiera sonar a metafísica; y para el positivismo, metafísica era todo lo que sobrepasaba el campo de la 'observación'. Esta limitación de la investigación humana a la observación significa la renuncia a toda comprensión y explicación que vaya más allá de la simple constatación de hechos y de sus conexiones exter-

[3] LARENZ, *Metodología de la ciencia del derecho,* cit. p. 52.

www.librosderechoperu.blogspot.com

ñas, la limitación a 'lo que puede ser pesado, medido o contado'"[4].

Las consecuencias de este positivismo científico en la conceptuación de la actividad jurídica fueron varias.

2. *La tesis de KIRCHMANN.*— En primer lugar, se imponía la conclusión de que la jurisprudencia no tenía el carácter de ciencia. Esto fue lo que afirmó el fiscal prusiano Julius von KIRCHMANN, en 1847, en una interesante conferencia pronunciada en Berlín[5]. La tesis de KIRCHMANN era, en resumen, que no podía gozar de la consideración de ciencia una actividad que tuviera como objeto el estudio de algo tan impreciso y mudable como el derecho positivo. En las auténticas ciencias -es decir, en las naturales- su objeto es inmutable: "La tierra sigue girando alrededor del sol, como hace mil años; los árboles crecen y los animales viven como en tiempos de Plinio. Por consiguiente, aunque el descubrimiento de las leyes de su naturaleza y su poder haya requerido largos esfuerzos, tales leyes son, por lo menos, tan verdaderas para la actualidad como para tiempos pasados, y seguirán siéndolo para siempre. Muy otra es la situación de las ciencias jurídicas. Cuando éstas, tras largos años de esfuerzos, han logrado encontrar el concepto verdadero, la ley de una institución, hace ya tiempo que el objeto se ha transformado. La ciencia llega siempre tarde en relación con la evolución progresiva, no puede nunca alcanzar la actualidad. Se parece al viajero en el desierto: divisa lejos opulentos jardines, ondulantes la-

[4] WELZEL. *Naturalismus und Wertphilosophie im Strafrecht,* 1935, p. 2. Del mismo autor cfr., también, *Introducción a la filosofía del derecho,* trad. de González Vicen, Madrid, 1971, p. 191.

[5] VON KIRCHMANN, *La jurisprudencia no es ciencia,* trad. de Truyol y Serra, Madrid, 1949.

www.librosderechoperu.blogspot.com

gos; camina todo el día y a la noche están todavía tan alejados de él como por la mañana"[6]. Esta contingencia del objeto de la jurisprudencia hace de ella misma contingencia: "tres palabras rectificadoras del legislador convierten bibliotecas enteras en basura"[7].

Otras de las razones por la que KIRCHMANN atacó al carácter científico de la jurisprudencia fue por la falta de progreso que en ella encontraba. Sabido es que la idea y la fe en el progreso son ingredientes fundamentales del siglo xix y tienen un reflejo evidente en las ciencias naturales que en aquella época y en pocos años alcanzan un desarrollo hasta entonces inimaginable. Es el siglo de la experimentación, del maquinismo, de la industrialización. A un descubrimiento sigue otro. A mediados del siglo xix, el fisiólogo francés Claude BERNARD da las bases para el estudio de la fisiología experimental; Virchow, con su teoría de la patología celular, impulsa los estudios de anatomía patológica; Pasteur demuestra la existencia de los microorganismos. La misma revolución se produce en la física electrónica con los descubrimientos de Ampére y Faradai, y en la química con la exposición de la doctrina atómica realizada por Dalton y la de la ley de los volúmenes de Gay-Lussac[8]. La aplicación de estos descubrimientos al ámbito técnico e industrial produjo un progreso en las comunicaciones, la salud, y el bienestar de la humanidad, hasta entonces desconocida.

En comparación con este progreso de las ciencias naturales, el panorama de la jurisprudencia es triste y

[6] Ob. cit., ps. 40 y 41.

[7] Ob. cit., p. 54.

[8] Cfr. DIEPGEN, *Historia de la medicina*, t. II, trad. de García del Real, 1925, ps. 106 y siguientes.

www.librosderechoperu.blogspot.com

desolado. "La jurisprudencia -dice KIRCHMANN- desde la época de Bacon ha permanecido, por lo menos, estacionaria. Sus reglas, sus conceptos no han encontrado desde entonces expresiones más agudas. No hay en ellas menos controversias sino más. Incluso allí donde la investigación más paciente creía haber llegado por fin a un resultado seguro e inconmovible, apenas transcurre una década sin que vuelva a iniciarse la discusión desde un principio"[9].

Quizá puedan parecer exageradas las críticas de KIRCHMANN sobre lo mudable del objeto de la jurisprudencia y la falta de progreso de ésta, pero no cabe duda de que un fondo de verdad se oculta en ellas. Sin embargo, antes de tratar más detenidamente estas objeciones, conviene ver las consecuencias que sacaron los juristas de las críticas que se les dirigían desde el positivismo científico.

3. *El positivismo jurídico.*— Si, se quería seguir considerando la actividad jurídica como verdadera ciencia, había que fundamentarla, igual que las ciencias naturales, sobre hechos indubitados. El problema consistía entonces en encontrar esos "hechos indubitados e inmutables" que servían de base a la actividad que se pretendía elevar a la categoría de ciencia. Aquí es donde se dividían la opiniones. Para algunos, el derecho debía ser concebido como un *hecho psicológico*, llegándose así a una teoría psicológica del derecho, en Bierling. Otros consideraban el derecho predominantemente como un *hecho social*, manteniendo que la verdadera ciencia del derecho era la sociología jurídica que indaga las causas y los efectos socio-económicos de determinadas institu-

[9] KIRCHMANN, ob. cit. , ps. 36 y 37.

www.librosderechoperu.blogspot.com

ciones jurídicas; así, por ejemplo, la teoría sociológica de Ehrlich. Y otros, finalmente, intentaron hacer del derecho un objeto puramente ideal a estudiar con las leyes de la lógica, destacando, en este intento, fundamentalmente la obra de Kelsen. En todas estas direcciones era evidente el interés por acercar la actividad jurídica lo más posible a las ciencias naturales, quedándose, así, en los límites marcados por el concepto positivista de la ciencia[10].

4. *Consecuencias del positivismo en la ciencia del derecho penal.*— Las consecuencias del positivismo entre los penalistas fueron mucho más drásticas que entre los demás juristas, lo que se comprende por la peculiar idiosincrasia que el derecho penal tiene con respeto a las demás ramas jurídicas.

— Por un lado, se intentó buscar esos hechos inmutables, que debían servir de base a la actividad científica del penalista, en la consideración causal-empírica del delito. Se veía el delito como expresión de una personalidad o constitución anormal del individuo que debía ser estudiada con los métodos de la psicología o la antropología. El delito en este sentido no era, pues, más que el comportamiento antisocial de un desequilibrado, el *delincuente nato,* un ser atávico con anomalías anatómicas comprobables.

Así fue entendido por LOMBROSO, fundador de la antropología criminal[11].

[10] Sobre la influencia del concepto positivista de la ciencia en la teoría del derecho, ver LARENZ, *Metodología,* cit., ps. 51 a 97, que da una extensa información de las teorías jurídicas positivistas indicadas en el texto.

[1] Su obra fundamental, *L'Uomo delinquente,* 1876, causó verdadero impacto y fue traducida a varios idiomas.

www.librosderechoperu.blogspot.com

Para FERRI, otro gran fundador de la Escuela Positivista italiana, lo fundamental en la generación del delito era, sin embargo, el factor sociológico, por lo que puede considerarse como el creador de la sociología criminal[12]. En parecidas direcciones se mueven las teorías de GAROFALO que dedicó sus afanes a la búsqueda de un supuesto "delito natural", concepto que debería ser válido en todo tiempo y lugar[13]. Igualmente, la escuela criminológica francesa, con Tarde y Lacassagne, dedica sus esfuerzos al estudio de la criminalidad, pero acentuando tanto los factores individuales como los sociales[14].

En todos estos autores se observa un desprecio olímpico por los problemas jurídicos que la criminalidad plantea, su única meta era la consideración psico-biológica o social de la delincuencia, porque sólo una tal consideración era para el intelectual de la época una auténtica "ciencia". Su postura era en cierto modo lógica, pues muchos de ellos ni siquiera eran juristas.

Pero incluso un hombre tan ponderado y tan buen jurista como fue VON LISZT llegó a la misma conclusión: "La ciencia del derecho penal tiene en primer lugar que reconducir a sus causas el fenómeno que llamamos delito y en base a ellas explicarlo. En tanto hace esto, la podemos denominar (...) como 'criminología'"[15]. A la dogmática, es decir, a la interpretación del derecho penal positivo, le asignaba el papel de una simple técnica: "se le puede calificar como arte o como práctica o de cual-

[12] FERRI, *Sociología criminal*, dos tomos, trad. de Soto y Hernández, Madrid, 1908.

[13] GAROFALO, *La criminología*, trad. de Dorado Montero, Madrid, sin fecha, especialmente primera parte, capítulo I.

[14] Sobre estas teorías ver GÖPPINGER, *Kriminologie*, cit., p. 22.

[15] VON LISZT, en *Strafrechtliche Aufsätze und Vorträge* t. II, cit., p. 289.

www.librosderechoperu.blogspot.com

quier otro modo. Lo de menos es el nombre, lo que importa es el hecho de que la jurisprudencia teórica se agota en la vinculación lógica de los conceptos". No se trata de quitarle importancia a la labor jurídica del penalista: "en tanto existan (delito y pena), tienen los juristas que ejercer su tarea tal como hasta ahora lo vienen haciendo. Como profesores del Derecho tendrán que resumir y descomponer con un método lógico las normas jurídicas que el Estado impone y transmitirlas a los estudiantes en una estructura sistemática cerrada. Como administradores de justicia tendrán que aplicar al caso concreto esas normas jurídicas y vincular a un determinado supuesto de hecho, el delito, la pena como consecuencia jurídica. Hasta ahora los juristas hemos llevado a cabo esta tarea y seguiremos haciéndolo"[16]. Claro que, como dice E. SCHMIDT refiriéndose a estas palabras de su maestro, "la llamada ciencia del derecho no puede considerarse en absoluto como ciencia, pues no tiene nada que ver con la explicación causal de determinados datos del ser empírico"[17].

— Frente a la concepción de que la verdadera ciencia del derecho penal era la criminología -la explicación causal del delito en sus aspectos psicobiológicos y sociales-, surge otra tendencia, enraizada en la actividad jurídica tradicional, pero paradójicamente muy influenciada por el positivismo. Esta tendencia consistía en investigar los conceptos jurídicos generales como hechos inmutables no sujetos a los cambios legislativos. El positivismo científico se convirtió así en un positivismo jurídico, que buscaba en los conceptos

[16] VON LISZT, ob. cit., ps. 80 y 81.

[17] SCHMIDT, Eberhard, *Einführung in die Geschichte der deutschen Strafrechtspflege,* cit., p. 367.

www.librosderechoperu.blogspot.com

jurídicos fundamentales: herencia, contrato, delito, etc., aquellos hechos inmutables y permanentes que según la corriente de la época debían servir de base a la actividad científica.

A partir de entonces, el derecho empezó a estudiarse conforme a las leyes lógico-matemáticas que dominaban el ámbito científico-natural. "Desde el punto de vista histórico -dice COING-, el más impresionante intento de construir por este método la jurisprudencia es la ciencia alemana del derecho del siglo xix. Su modelo es la matemática. Su objetivo es el desarrollo del derecho positivo hasta conseguir un sistema lógico cerrado de conceptos en los que un concepto general supremo, el de derecho, recoge a todos los demás. Todos los conceptos particulares se desarrollan a partir de ese concepto central mediante el añadido de caracteres positivos diversos y diferenciadores; a la inversa, partiendo de los conceptos particulares, puede llegarse hasta los conceptos generales por abstracción progresiva. La unidad de todo el sistema se encuentra en esta conexión lógica y no en la valoración moral"[18]. Esta conversión del positivismo científico en uno jurídico fue favorecida por la Escuela Histórica del derecho y por el hecho de la Codificación[19], y tuvo precisamente su más fuerte eco en la ciencia del derecho penal, ya que en esta rama del ordenamiento jurídico el predominio de la ley escrita, el principio de legalidad, condiciona toda la actividad

[18] COING, Helmut, *Fundamentos de lafilosofia del derecho,* trad. de Mauri, 1961, ps. 269 y 270.

[19] Cfr. LARENZ, *Metodología,* cit., ps. 33 y ss.; WIEACKER, *Historiadel derecho privado de la Edad Moderna,* trad. de Fernández Jardón, Madrid, 1957; SCHMIDT, Ebernard, "La ley y los jueces", en *Derecho injusto* y *derecho nulo,* trad. de Rodríguez Paniagua, Madrid, 1971, p. 26.

www.librosderechoperu.blogspot.com

del penalista. "Nuestro derecho penal actual -dice NAVARRETE- nos viene en cierto modo teñido por la orientación dominante en el momento en que con personalidad propia aparece en el campo de la ciencia. El derecho penal europeo propiamente dicho aparece en la época del liberalismo individualista y de su correlato, el positivismo jurídico, época que recibe el cetro de manos de un jusnaturalismo filosófico agonizante. El trasplante, con todas sus consecuencias, de las concepciones políticas al seno del derecho penal lo realizó FEUERBACH"[20]. Pero es BINDING quien desarrolla estos principios en una exposición científica del derecho penal[21]. BINDING consideraba que la única misión del penalista consistía en la interpretación del derecho penal positivo y en eso veía, al mismo tiempo, su orgullo. La ley positiva, considerada como un todo objetivo, es el único objeto y punto de partida para un jurista: "la ley piensa y quiere lo que el espíritu del pueblo, interpretándola racionalmente, deduce de ella"[22], fuera de su ámbito quedaban los aspectos extralegales o metalegales que, como no jurídicos, debían ser descartados de la labor del jurista[23]. Por eso no veía con buenos ojos las opiniones de quienes, como

[20] NAVARRETE URIETA, *Elementos racionales e irracionales en la es tructura del delito*, en "Anales de la Universidad de Valencia", vol. XXXVI, 1962-63, Cuaderno III, p. 61.

[21] SCHMIDT, ob. cit., p. 304, da una breve pero interesante bio grafía de este autor. Una magnífica exposición de su pensamiento hace Armin KAUFMANN, *Lebendiges und Totes in Bindings Normentheorie*, Gotinga, 1954. Las obras fundamentales de BINDING son: *Die Normen und ihre Übertretung*, cuatro tomos aparecidos en distintas fechas y reeditados por Scientia Verlag, 1966, y *Handbuch des Strafrechts*, t. I, 1885.

[22] *Handbuch*, cit., p. 456.

[23] Ver por ejemplo, su *Grundriss des Deutschen Strafrechts*, 8ª ed., 1906, ps. XIII y siguientes.

www.librosderechoperu.blogspot.com

VON LISZT, patrocinaban el estudio de los aspectos sociológicos del delito, o también de los psicológicos, llegando así por el mismo camino a conclusiones diferentes.

b) *EL NEOKANTISMO*

Para el positivismo la conceptuación de la actividad jurídica como ciencia se derivaba de su semejanza, afirmada o negada, con las ciencias naturales que eran, para dicha orientación científica, las ciencias propiamente dichas. La actividad jurídica, para merecer el honroso nombre de ciencia, debía ser sustituida por las ciencias naturales o elaborada según el modelo de éstas. Tenían que pasar todavía muchos años para que viniera una nueva corriente filosófica, el *neokantismo,* que fundamentaría el carácter científico de la actividad jurídica con un planteamiento distinto del usado por los positivistas. Ahora ya no se trata de aproximar la actividad jurídica a las ciencias naturales sino de diferenciar precisamente ambas cosas.

1. *Planteamiento doctrinal.*— El neokantismo es una tendencia filosófica que surge como superación del positivismo y que viene a poner de relieve los fallos de éste. Si para el positivismo el concepto de ciencia debía ser reservado a aquellas actividades que se sirven de métodos como la observación y el experimento para estudiar, de un modo causal-empírico, la realidad, del concepto de ciencia tendrían que excluirse aquellas otras actividades como el derecho, la historia o la filología, que también se ocupan de la realidad, aun con métodos distintos a los empleados por las ciencias naturales. Por eso era preciso, dice LARENZ, plantear la cuestión de si, en efecto, se podía *"aprehender la totalidad de la realidad de la que se tiene noticia* con los métodos de la ciencia

www.librosderechoperu.blogspot.com

natural 'exacta'"[24]. La respuesta a esta cuestión era, como demostró el filósofo RICKERT, evidentemente negativa: para aprehender la totalidad de la realidad que conocemos no eran suficientes los métodos de las ciencias naturales y se hacía necesario acudir a otros métodos privativos de las actividades culturales o espirituales. Junto a las ciencias naturales o exactas existían, según RICKERT, también unas ciencias espirituales o culturales[25]. A ambos tipos de ciencias correspondían, además, diversidad de métodos: el método de las ciencia naturales era el causal-explicativo, el de las ciencias culturales, el método comprensivo. El origen de este método comprensivo está en DILTHEY, con su famosa frase "la naturaleza la explicamos, la vida anímica la comprendemos"[26].

2. *La influencia del neokantismo en la ciencia del derecho.*— El trasplante de esta concepción al ámbito del derecho lo realizó Emil LASK. Para este autor lo peculiar de la ciencia del derecho es su referencia a valores. "Lask, dice LARENZ[27], habla de un método de la ciencia del derecho referido a valores y a fines, y subraya aceradamente que todo lo que caiga dentro del campo del derecho pierde su carácter naturalístico libre de referencias al valor".

Esta contraposición entre ciencias causales y ciencias culturales, incluyendo dentro de estas últimas a

[24] LARENZ, ob. cit, p. 108.

[25] RICKERT, H., *Ciencia cultural* y *ciencia natural*, trad. de García Morente, "Prólogo" de Ortega y Gasset, 2ª ed., 1945, ps. 23 y si guientes.

[26] Citado por NAVARRETE URIETA, "El problema penal y criminológico de las neurosis", en Los *delincuentes mentalmente anormales*, Madrid, 1961-62, p. 466.

[27] *Metodología*, cit., p. 112.

www.librosderechoperu.blogspot.com

las jurídicas, según su referencia al mundo de los valores, es aceptada y continuada por otro gran filósofo del derecho y gran penalista: Gustavo RADBRUCH[28]. SU punto de partida es la idea kantiana de la imposibilidad de derivar los valores de la realidad, de cimentar el deber ser sobre lo que es, de trocar las leyes naturales en verdaderas normas. "El reino de los valores y el mundo de los hechos coexisten como dos órbitas paralelas, sin entrecruzarse. Esta relación entre el valor y la realidad, entre el ser y el deber ser, es lo que se llama el dualismo metodológico"[29]. Es precisamente este *dualismo metodológico* lo que caracteriza la distinción entre ciencias naturales y jurídicas. El hecho a estudiar por ambas ciencias puede ser el mismo: la energía atómica, por ejemplo; pero mientras el físico nuclear no tiene que plantearse, al estudiar la estructura del átomo, problemas valorativos, el jurista, por el contrario, tiene que conectar ese hecho con determinadas consideraciones axiológicas, tiene que regularlo, delimitarlo y estudiarlo en función de esas valoraciones. Para RADBRUCH existen tres valores fundamentales: la libertad, el poder y la cultura; en un momento determinado, puede que domine uno sobre los otros, según se acentúen los valores individuales, sociales o culturales, pero el sistema valo-rativo ideal consistirá en una adecuada combinación de estos tres valores fundamentales. En todo caso, dice RADBRUCH, estos valores no se pueden concebir al margen de la materia y vienen determinados ya por la materia

[28] Fundamental es su *Rechtsphilosophie*, 5ª ed., 1956. Hay tra ducción española de Medina Echevarría, Madrid, 1933. Un buen resumen de su pensamiento, y al mismo tiempo una breve e interesante iniciación al derecho, es su *Introducción a la filoso fía del derecho*, traducción de W. Roces, 4 ª ed., 1974.

[29] RADBRUCH, *Introducción*, citada, p. 24.

www.librosderechoperu.blogspot.com

misma sobre la que incide: "así como la idea que el artista se forma de su obra depende también de la materia en que se propone ejecutarla (...), así toda idea de valor aparece supeditada a una determinada materia y las ideas jurídicas, en particular, aparecen esencialmente determinadas por la materia jurídica, por la época de que se trata, por el espíritu del pueblo en que surge, en una palabra, por lo que llamamos naturaleza de las cosas"[30]. Esta determinación material de la idea o valor relaja un poco la tensión de ese dualismo metodológico entre ser y debe ser, entre realidad y valor; pero la separación entre una y otra esfera continúa siendo decisiva para concebir la ciencia cultural y sobre todo la jurídica como auténticas ciencias, distintas e independientes de las ciencias naturales. Toda actitud racional y sistemática para comprender o explicar la realidad es, por tanto, ciencia; la diferencia radica únicamente en el método empleado: uno axiológico en las ciencias culturales, otro ontológico en las naturales.

3. *La influencia del neokantismo en la ciencia del derecho penal.*— La influencia de RADBRUCH y de la filosofía neokantiana de la "escuela sudoccidental alemana" en la ciencia de derecho penal germánico fue enorme[31]. Autores como SCHWINGE[32] O Erik WOLF[33] hicieron fructífe-

[30] RADBRUCH, *Introducción,* citada, p. 30. Ver también ROXIN, "Einige Bemerkungen zum Verhältnis von Rechtsidee und Rechtsstoft in der Systematik unseres Strafrechts", en *Gedächtnisschriß für Gustav Radbruch,* Gotinga, 1968, ps. 260 y siguientes. Esta obra conjunta contiene interesantes aportaciones de diversos autores sobre el pensamiento de RADBRUCH.

[31] MITTASCH, *Die Auswirkungen des wertbeziehenden Denkens in der Strafrechtssystematik,* 1939.

[32] *Teleologische Begriffsbildung im Strafrecht,* 1930.

[33] *Strafrechtliche Schuldlehre,* 1928.

www.librosderechoperu.blogspot.com

ros sus planteamientos metodológicos para resolver concretos problemas jurídicopenales. Conceptos como el de causas supralegales de justificación, función ideológica del bien jurídico o la teoría normativa de la culpabilidad tuvieron su origen o fueron desarrollados sobre la base de esos presupuestos.

Pero fundamentalmente este dualismo metodológico de los neokantianos sirvió para que los penalistas encontraran, de una vez para siempre, el objeto de su actividad. Hasta entonces, por influencias del positivismo, los problemas que planteaban el delito y la pena se estudiaban todos desde un mismo punto de vista, bien fuese social, psicológico o puramente jurídico, o se mezclaban confusamente estos puntos de vista. Esto originó la confusión indescriptible que oscureció la labor de los penalista de aquella época y que todavía perdura en algunos. El neokantismo viene a delimitar los campos: el delito puede ser estudiado desde un punto de vista causal-explicativo y ser objeto de la criminología, pero también puede ser estudiado como un fenómeno jurídico objeto de valoraciones y ser, por tanto, objeto de la ciencia del derecho penal. Ambos tipos de consideraciones son, científicamente hablando, lícitas e incluso recomendables, y fueron precisamente autores influenciados por esta corriente filosófica los que comenzaron a estudiar los problemas penales desde distintas perspectivas, causales y valorativas, sin confundirlas ni mezclarlas. Así, por ejemplo, autores como SAUER y MEZGER supieron, partiendo de estas premisas, escribir con gran maestría sendos tratados de criminología y de derecho penal.

Podrá discutirse hasta qué punto es sostenible ese dualismo radical entre las ciencias del ser y las del deber ser, pero de lo que no cabe duda es de que ello sirvió para despejar el panorama penal de confusiones y discusiones sin cuento. En este sentido, en el de la con-

www.librosderechoperu.blogspot.com

ceptuación científica por igual de las consideraciones ontológicas y valorativas del delito, la conquista que supuso la filosofía neokantiana parece irreversible. Conviene subrayar este extremo porque, como se verá en el epígrafe siguiente, todavía hay quien pretende mezclar *distintos* planteamientos o confundirlos.

c) *CONCLUSIONES*

El nuevo planteamiento que introdujo el neokantismo en la conceptuación de las actividades intelectuales culturales parecía haber resuelto definitivamente la cuestión. Pero no ha sido esto así. Las objeciones dirigidas por KIRCHMANN a las ciencias jurídicas vuelven a aparecer y esta vez se dirigen también a las ciencias sociales. Por otra parte, el dualismo radical entre ser y debe ser originó un divorcio, en los ámbitos científicos, realmente insostenible. Las objeciones contra el derecho como ciencia siguen siendo hoy las mismas que hacía KIRCHMANN: movilidad del objeto de conocimiento y falta de progreso.

1. *La objeción de la movilidad del objeto.*— La movilidad del objeto de la ciencia del derecho es ya un tópico: "tres renglones del legislador y bibliotecas enteras se convierten en basura". Esta frase, que tanto ha impresionado e impresiona aún, no es más que una frase feliz y lapidaria que, sin embargo, ni es verdad ni, aunque lo fuera, prueba nada contra la cientificidad de la actividad jurídica. No cambia el derecho tan rápidamente, ni supone nunca ese cambio un abandono total de lo anterior. La vigencia del derecho romano, el Tratado de Pandectas de Winscheid, etc., muestra hasta qué punto hay un núcleo fundamental en el derecho que puede ser objeto de una actividad científica. La prolongación en el tiempo es, por tanto, una prueba de la relativa

www.librosderechoperu.blogspot.com

inmovilidad del objeto de la actividad jurídica. Pero también lo es la prolongación de la actividad jurídica en el espacio; las soluciones arbitradas por una ciencia jurídica más desarrollada sobre un ordenamiento jurídico determinado pueden servir, y de hecho sirven, para brindar soluciones a otros juristas que trabajan con un ordenamiento jurídico distinto; la recepción de la ciencia del derecho penal alemán en nuestro país es una prueba evidente de lo que digo. "La movilidad del objeto -dice con razón HERNÁNDEZ GIL- no hace anticientífico o acientí-fico el conocimiento. La afirmación contraria es tan absurda, como si en la física la conversión de la materia en energía pudiera comprometer su rango científico. En todos los dominios del saber el estatismo de las 'cosas' (...) ha ido siendo reemplazado por el dinamismo de las funciones y de las relaciones"[34].

2. *La objeción de la falta de progreso.*— Mayor significación tiene la objeción de la falta de progreso. En el progreso radica, evidentemente, la cualidad fundamental de las ciencias naturales y, sin embargo, no puede decirse lo mismo de la actividad jurídica o, por lo menos, ésta es la impresión que se saca si se hace un estudio comparativo entre ambas. La época actual se caracteriza por un continuo progreso de los conocimiento humanos, por un dominio sorprendente y hasta hace poco inimaginable de las fuerzas naturales, lo que ha supuesto un indiscutible adelanto y una mayor facilidad en el desarrollo de las relaciones y vidas humanas. En el ámbito de los valores, y el derecho es eminentemente valorativo, se puede hablar, más que de un avance, de un estancamiento y algunas veces incluso de un re-

HERNÁNDEZ GIL, *Juristas españoles de nuestro tiempo*, 1973, p. 15.

www.librosderechoperu.blogspot.com

troceso. Las valoraciones morales y jurídicas han quedado retrasadas o no responden a las actuales exigencias del mundo técnico, la crisis de valores se pone de relieve en la sociedad capitalista de consumo más que nunca. Ante este panorama, cabe preguntarse si no es esto una prueba más de la falta de carácter científico de las actividades valorativas como la jurídica, incapaces de adaptarse a las actuales exigencias.

Sin embargo, esta impresión es un tanto engañosa. También en el ámbito del derecho cabe hablar de progreso. Frente al progreso técnico de las ciencias naturales existe también un progreso técnico de las ciencias jurídicas. Los juristas de hoy manejan mejor los conceptos e instituciones de su especialidad que antes, el rigor técnico que se ha alcanzado en el planteamiento y solución de problemas es superior al existente en otras épocas. Todo ello ha contribuido al progreso de la técnica jurídica y, por consiguiente, a una mayor seguridad jurídica entendida, en el sentido que le daba RADBRUCH, como "seguridad del derecho mismo"[35].

Pero este progreso de la técnica jurídica no es ya el progreso de la ciencia jurídica. Como advierte LATORRE, "no hay que hacerse muchas ilusiones sobre el verdadero alcance de este progreso", pues esta técnica jurídica no es más que un "instrumento auxiliar para el análisis de los problemas jurídicos"[36]. En realidad, dice LATORRE, el progreso de la ciencia jurídica se advierte más "en la forma en que gracias al desarrollo de esos métodos de análisis el jurista es capaz de enfrentarse con nuevos problemas y realidades partiendo de un derecho que inevitablemente va quedando rezagado frente a la evolu-

[35] *Introducción*, citada, p. 40.

[36] LATORRE, Ángel, *Introducción al derecho*, 2ª ed., 1969, p. 125.

www.librosderechoperu.blogspot.com

ción social". En este sentido el progreso de la ciencia jurídica no es más que un aspecto del progreso social: en la medida en que contribuye, y siempre que intenta hacerlo, al desarrollo de las condiciones existenciales de los individuos en la comunidad, a proteger al débil frente al fuerte, a una mejor distribución de la riqueza, a la consecución, en definitiva, de la justicia, la actividad jurídica puede ser considerada progresiva y materialmente, y no de un modo meramente formal, como auténtica ciencia[37].

3. El carácter científico de la ciencia del derecho penal.— De todo lo dicho se desprende que no hay base suficiente para negarle a la actividad jurídica el carácter de ciencia. Quizá de toda esta polémica los únicos culpables sean los propios juristas, al sentir en su propia carne la impotencia para solucionar, con el juego de las normas jurídicas, los problemas y las injusticias sociales. Esta impotencia no debe, sin embargo, llevar a la frustración y al complejo de inferioridad frente a los cultivadores de otras ciencias quizá más afortunadas en la solución de sus propios problemas. Al jurista no le es dado, desde luego, encontrar la solución ideal de los problemas que la convivencia humana plantea; la justicia es para él un espejismo inalcanzable en la lejanía. Pero *tampoco* el médico podrá acabar nunca con la enfermedad y la muerte, y nadie duda del carácter científico de la medicina.

La cuestión no radica, pues, en el logro de unas metas fijas y determinadas, sino en la actitud y en el planteamiento adoptados para alcanzarla. Una vez más pueden aquí citarse las palabras de Machado: "caminante no hay camino, se hace camino al andar". No hay, por consiguiente, un concepto de ciencia aplicable sola-

[37] Cfr. LATORRE, ob. cit., ps. 126 y siguientes.

www.librosderechoperu.blogspot.com

mente a aquellas actividades que se ocupan del estudio de determinados objetos; el carácter de ciencia es un predicado que se puede afirmar de cualquier actividad humana que descubra y solucione problemas de un modo objetivo, racional y sistemático; y de la actividad jurídica, como un todo considerada con inclusión también de la jurídicopenal, no cabe duda de que pude afirmarse, sin complejos de ningún tipo, un tal predicado.

B) LA CIENCIA DEL DERECHO PENAL Y LAS CIENCIAS PENALES.

Los elementos integrantes de la norma penal, delito, pena y medida de seguridad[38], al igual que otros fenómenos jurídicos, pueden ser objeto se otras ramas del saber distintas de las jurídicas: sociología, psicología, etcétera. Surgen así otras ciencias que, desde puntos de vista extrajurídicos, estudian también el delito o sus consecuencias: criminología, penología, etcétera.

No existe una denominación unánimemente aceptada para englobar este tipo de consideración extrajurídica de los fenómenos penales bajo un nombre común. La denominación más frecuentemente empleada es, en nuestra área idiomática, la de *ciencias penales*[39] que, aunque no es pacífica, se puede aceptar, por ser un nombre neutral y poco comprometido.

Más discutida es la relación que existe entre estas ciencias penales y la ciencia del derecho penal propiamente dicha. Después de una época en la que parecía

[38] Ver cap. I, A, b.

[39] Ver SAINZ CANTERO, *La ciencia del derecho penal y su evolución*, Barcelona, 1970, ps. 27 y ss.; JIMÉNEZ DE ASÚA, *Tratado de derecho penal*, t. I, p. 26.

www.librosderechoperu.blogspot.com

que las ciencias penales se iban a tragar o iban a sustituir a la ciencia del derecho penal, se afirma hoy, casi unánimemente, la autonomía de ésta frente a aquéllas, autonomía que no significa, desde luego, una total separación entre una y otras. La relación entre ambas debe ser una relación de interdependencia, una colaboración interdisciplinaria que consiga una mayor eficacia en la lucha contra el delito y sus factores condicionantes. Tras las estériles polémicas mantenidas durante casi un siglo entre los partidarios de una y otra tendencia, parece abrirse paso hoy una posición intermedia: la actual ciencia del derecho penal no puede ser sustituida por una sociología o psicología, en tanto siga siendo necesario el empleo de la coacción jurídica para luchar contra el delito, pero sí debe utilizar en todo caso los conocimientos que sobre la criminalidad y sus causas, así como sobre su tratamiento, le brindan estas disciplinas. Tan absurdo es una sustitución de la ciencia del derecho penal por disciplinas no jurídicas, como el desprecio hacia éstas que a veces muestran los juristas.

De acuerdo con estas premisas, expondré, en los epígrafes siguientes, las ideas fundamentales de ambas maneras de estudiar el fenómeno delictivo y sus recíprocas relaciones.

a) *La ciencia del derecho penal*

La ciencia del derecho penal es aquella parte de la ciencia jurídica que se ocupa del estudio del derecho penal positivo[40].

[40] En este sentido es entendida actualmente por la doctrina dominante; ver SAINZ CANTERO, ob. cit., p. 14; RANIERI, *Manuale di diritto pénale*, vol. I, 3ª ed., 1965, p. 11; JESCHECK, *Lehrbuch des Strqfrechts*, 2ª ed., 1972, p. 26.

www.librosderechoperu.blogspot.com

1. *La dogmática jurídicopenal y la lógica formal.*— Dado que se ocupa fundamentalmente del conocimiento del derecho penal positivo, es evidente que el núcleo de la ciencia del derecho penal lo constituye la *dogmática jurídicopenal* que, partiendo de los preceptos legales considerados como un "dogma", elabora y estructura su contenido, ordenándolos en un sistema. Acertadamente dice WELZEL, que la "misión de la ciencia del derecho penal es desarrollar y explicar el contenido de las reglas jurídicas en su conexión interna, es decir, "sistemáticamente"[41]. Precisamente, sirve la elaboración de un sistema para racionalizar la interpretación y aplicación del derecho penal, excluyendo, dice el mismo WELZEL, el acaso y la arbitrariedad y dando la base para una administración de justicia justa y equitativa[42].

Para llegar a formar un sistema, hay que partir de los principios fundamentales (axiomas) contenidos en las normas jurídicas y desarrollarlos en el caso concreto, a través de un procedimiento de deducción lógica, en el que una conclusión se deriva de otra anterior sin contradicción entre sí. Para ello el jurista debe servirse de todos los recursos que le ofrece la lógica: análisis y síntesis, deducción silogística, etcétera. Pero junto a esta lógica formal el jurista tiene que emplear, si no quiere caer en un formalismo pernicioso, una lógica material o, como dice RECASENS-SICHES, "una lógica de lo razonable", que tenga en cuenta que el derecho no se puede construir como un sistema lógico puro[45]. Este tipo de lógica es la que tiene en cuenta las valoraciones y los

[41] WELZEL, *Derecho penal alemán,* trad. de Bustos y Yáñez Pérez, cit, p. 11.

[42] WELZEL, ob. citada.

[43] RECASENS-SICHES, *La naturaleza del pensamiento jurídico,* en "Re vista General de Legislación y Jurisprudencia", 1971, ps. 187 y siguientes.

www.librosderechoperu.blogspot.com

intereses protegidos por el legislador a través de las normas jurídicas[44].

2. *El sistema jurídicopenal y sus crisis.*— El empleo excesivo de la lógica formal que lleva implícita la formación del sistema ha conducido a la ciencia del derecho en general[45] y al derecho penal en particular[46] a una crisis. La elaboración del sistema ha sido considerada durante mucho tiempo como la tarea fundamental del jurista, pero fue llevada a cabo de un modo puramente lógico-formal, desterrando las consideraciones valorati-vas o considerándolas como metajurídicas.

Ante esta increíble supervaloración del pensamiento lógico-sistemático, se ha desarrollado en los últimos tiempos un pensamiento problemático[47]. Para el pensamiento problemático, el punto de partida de la ciencia del derecho lo constituye el problema; en él, el pensamiento sistemático es sustituido por un mecanismo en el que la solución se deriva de la respectiva estructura de los factores que sirven de base al problema y no de los axiomas previamente dados y encontrados por el procedimiento de la deducción lógica[48].

[44] Cfr. JESCHECK, *Lehrbuch,* cit., p. 27.

[45] Ver el artículo de RECASENS, antes citado.

[46] Como recientemente ha puesto de relieve ROXIN en *Política criminal y sistema del derecho penal,* citado.

[47] El origen de la distinción entre pensamiento sistemático y problemático se encuentra en Nicolai HARTMANN, "Diesseits von Idealismus und Realismus", en *Kantstudien,* t. XXIX, 1924, ps. 160 y siguientes.

[48] Esta tendencia ha tenido eco especialmente en el ámbito del derecho civil gracias, sobre todo, a la obra de VIEHWEG, *Tópica y jurisprudencia,* trad. de Diez-Picazo, 1964. En derecho penal no ha tenido tanta repercusión; ver ROXIN, "Besprechung", de la 10ª ed. del *Tratado* de WELZEL, en *Zeitschrift für die gesamte Strafrechts Wissenschaft,* t. 80, 1968, ps. 712 y ss.; del mismo, *Po lítica criminal,* citado, p. 24; RODRÍGUEZ DEVESA, *Derecho penal espa ñol,* "Parte general", cit., p. 11, nota 8.

www.librosderechoperu.blogspot.com

La solución no radica, sin embargo, en una sustitución del pensamiento sistemático por el problemático, sino en una síntesis dialéctica entre ambos. El pensamiento problemático, si quiere mantener el carácter científico de la actividad jurídica, tiene que desembocar en un sistema; y el pensamiento sistemático, si quiere encontrar la solución justa de un caso, tiene que estar orientado en el problema. Ambas formas de pensamiento son necesarias; el carácter científico de la actividad jurídica se deriva de una síntesis equilibrada de ambas. Recientemente han surgido en la ciencia del derecho penal tendencias que, como la de ROXIN, intentan una aproximación entre ambas[49]. Más adelante me ocuparé más detenidamente de estas tendencias[50].

3. *La crítica.*— La ciencia del derecho penal no puede quedar reducida a la mera interpretación y sistematización del derecho penal positivo. Para ser ciencia, le falta todavía algo fundamental en la actividad intelectual del científico: la crítica. La misión de la dogmática no consiste, por tanto, únicamente en interpretar y sistematizar el derecho vigente; también tiene que poner de relieve sus lagunas, los problemas que están mal resueltos y los que todavía quedan por resolver. Precisamente es posible hablar de un cambio del derecho penal, cuando la dogmática ha llegado a la conclusión de que no puede resolver racionalmente los nuevos problemas apoyándose en el derecho vigente. Para ello, se sirve la dogmática de los conocimientos que le brindan otras ciencias, fundamentalmente de los que le brindan las llamadas ciencias penales, y se convierte así en una *dogmática crítica del derecho penal.*

[49] Cfr. ROXIN, *Política criminal,* cit., ps. 33 y siguientes.
[50] Ver cap. IV, B.

www.librosderechoperu.blogspot.com

En resumen: la misión de la ciencia del derecho penal consiste en la interpretación, sistematización y crítica del derecho penal positivo.

b) *Las ciencias penales: especial consideración de la criminología*

Bajo la expresión "ciencias penales" incluyo aquí todas aquella ciencias que, enfrentándose también con los problemas que la delincuencia plantea, estudian el delito desde puntos de vista distintos a los jurídicos.

JIMÉNEZ DE ASÚA emplea el término "enciclopedia de la ciencias penales", para designar todas las disciplinas que estudian el delito, el delincuente y la pena; en ellas incluye también, por tanto, la ciencia del derecho penal[51]. Esta inclusión de la ciencia del derecho penal, a la que desde un punto de vista terminológico no hay nada que oponer, me parece, sin embargo, desacertada, porque coloca en pie de igualdad cosas tan dispares como la consideración jurídica y la simplemente estadista del delito, diluyendo lo jurídico como un aspecto más de la consideración global de la delincuencia. A mi juicio, la consideración jurídica de la criminalidad debe ser destacada frente a las de otro tipo, y ello por dos razones: en primer lugar, porque los conceptos "delito", "pena" o "medida de seguridad" sólo tienen relevancia para las disciplinas no jurídicas, en cuanto vienen definidos y delimitados por las normas jurídicas penales; es el derecho penal, por consiguiente, quien suministra el objeto de estudio a las otras ciencias no jurídicas; en segundo lugar, porque los conocimientos que brindan estas ciencias tienen fundamental significación, en tanto que

[51] JIMÉNEZ DE ASÚA, *Tratado*, cit., I, p. 75.

www.librosderechoperu.blogspot.com

sirven para una mejor regulación jurídica, adquiriendo, únicamente en función de esta regulación jurídica, importancia práctica.

Una vez explicado el porqué de la distinción entre ciencia del derecho penal y ciencias penales, debe precisarse ahora cuál es el contenido de estas últimas. Junto a la ciencia del derecho penal existen, por tanto, otras ramas del saber que se ocupan de los aspectos extrajurídicos de la delincuencia. JIMÉNEZ DE ASÚA[52] ofrece el siguiente cuadro, que puede servir como exposición global de las distintas maneras de considerar la delincuencia:

A) Filosofia e historia:
- a) Filosofía del derecho penal.
- b) Historia del derecho penal.
- c) Legislación penal comparada.

B) Ciencia causal-explicativa:
- a) Antropología y biología criminal.
- b) Psicología criminal.
- c) Sociología criminal.
- d) Penología.

C) Ciencias jurídico-represivas:
- a) Derecho penal.
- b) Derecho procesal penal.
- c) Derecho penitenciario.
- d) Política criminal.

D) Ciencias de la pesquisa:
- a) Criminalística.
- b) Policía judicial científica.

JIMÉNEZ DE ASÚA, lug. citado.

www.librosderechoperu.blogspot.com

E) Ciencias auxiliares:

a) Estadística criminal.
b) Medicina legal.
c) Psiquiatría forense.

Con esta clasificación, no cabe duda de que se agotan prácticamente todas las posibilidades de estudiar los fenómenos relacionados con la delincuencia. Sin embargo, dice SAINZ CANTERO[53]: "resulta excesivamente prolija, pecando de considerar como disciplina independiente las que no constituyen más que ramas de otras ciencias". En realidad, continúa diciendo el citado autor, en todas las clasificaciones que se dan "aparecen como disciplinas independientes -aunque el carácter de ciencia autónoma de alguna de ellas se siga poniendo en duda- la criminología, la penología y la política criminal"[54]. De estas tres disciplinas, se podría decir que constituyen el núcleo de lo que aquí llamamos ciencias penales, contraponiéndolas a la ciencia del derecho penal propiamente dicha. Pero aún se duda incluso de si la penología y la política criminal constituyen ciencias autónomas, pues la penología, entendida como teoría de la ejecución de las penas, es considerada por muchos como una parte de la criminología, y la política criminal, entendida como teoría de la lucha contra el delito, se considera como *un* elemento integrante de la ciencia del derecho penal y de la criminología al mismo tiempo[55]. En este epígrafe voy a exponer, lo más brevemente posible, el objeto y método de la criminología, aunque también haré referencia a la penología y a la política criminal.

[53] *La ciencia del derecho penal*, cit., p. 29, nota 3.

[54] SAINZ CANTERO, lug. ciado.

[55] RODRÍGUEZ DEVESA, *Derecho penal*, "Parte general", cit., ps. 16 y ss., y 72.

www.librosderechoperu.blogspot.com

1. *Concepto de criminología.*— La primera dificultad que surge a la hora de enfrentarse con la criminología es la falta de un concepto pacífico de dicha ciencia[56]. Esto se debe, en primer lugar, a la imprecisión de su objeto, el delito; y, en segundo lugar, a los distintos planteamientos con que se puede abordar ese objeto.

Con respecto al primer problema, se discute desde los orígenes de la criminología, si el concepto de delito, del que ella parte, es el mismo que sirve de punto de partida a la ciencia del derecho penal. Los estudios de muchos cri-minólogos se han destacado, precisamente, por aspirar a un concepto del delito distinto del puramente legal o jurídico. Fundamental entre estos intentos fue el ensayo de GAROFALO, que dio una definición del "delito natural" como "lesión de aquella parte del sentido moral que consiste en los sentimientos altruistas fundamentales (piedad y probidad) según la medida media en que se encuentran en las razas humanas superiores, cuya medida es necesaria para adaptar el individuo a la sociedad"[57]. Una opinión parecida por lo que se refiere al mantenimiento de un concepto de delito extrajurídico es sostenida hoy por algunos criminólogos y sociólogos americanos y alemanes que afirman la independencia del concepto criminológico del delito, si bien afirman a continuación que "no existe un concepto de delito materialmente idéntico, que rija en todas partes y sea vinculante de un modo general"[58]. Otros buscan un concepto material del delito, distinto del legal, que sirva de base tanto a la ciencia jurídicopenal como a la criminología[59].

[56] Así, SAINZ CANTERO, *La ciencia,* cit., p. 29.

"GAROFALO, citado por RODRÍGUEZ DEVESA, "Parte general", cit., p. 67, nota 18.

[58] GÖPPINGER, *Kriminologie,* cit., p. 4.

[50] Asi, por ejemplo, ZIPF, "Kriminologischer und Strafrechtlicher Verbrechensbegriff', *en Monatsschrift für Deutsches Recht,* 1969, p. 892. Del mismo autor, *Kriminalpolitik,* 1973, ps. 54 y siguientes.

www.librosderechoperu.blogspot.com

La posición contraria sostiene, en cambio, la dependencia de la criminología y demás ciencias penales del concepto jurídico positivo del delito. Esta orientación es actualmente la dominante, sobre todo, y como es lógico, entre los juristas[60]. Se basa, por un lado, en la imposibilidad de concebir un hecho como delito al margen de la ley penal, pues por imperativo del principio de legalidad es la ley penal la única que puede definir qué hechos constituyen delito y cuáles no; por otra parte, alegan los partidarios de esta dirección que la equiparación y confusión entre "conducta desviada" o antisocial y delito sería una consecuencia inadmisible de la tesis contraria[61].

En mi opinión, es esta última la tesis acertada. La identificación entre conducta antisocial y delito, como se evidencia en algunas recientes disposiciones legales y en ciertas tendencias doctrinales -como, por ejemplo, en la Ley de Peligrosidad Social y en la llamada teoría de la Defensa Social[62]- es, como dice GINER[63], "una imputación ideológica asaz, turbia y de naturaleza reaccionaria", y aboca, a mi juicio, al abandono de la seguridad jurídica. Sin embargo, el concepto legal de delito no es, para el criminólogo, más que el punto de partida, y no lo vincula en su investigación tanto como la jurista. La labor del criminólogo consiste, más bien, a la hora de delimitar y criticar el concepto jurídico de delito, en comparar ese concepto jurídico con las concepciones extrajurídicas

[60] Ver, por ejemplo, RODRÍGUEZ DEVESA, "Parte general", cit., ps. 67, 134 y siguientes.

[61] Cfr. RODRÍGUEZ DEVESA, lug. citado.

[62] Un ejemplo de ambas cosas ofrece el libro de SABATER. Tomás, *Peligrosidad social y delincuencia*, 1972, con un "Prólogo" muy ilus trador de Filippo Gramática.

[63] Sociología, 3ª ed., 1972, p. 204.

www.librosderechoperu.blogspot.com

vigentes en la sociedad. De esta comparación podrá deducir las consecuencias críticas sobre el concepto de delito mantenido en el derecho penal vigente y ejercer así una función políticocriminal que permita configurar en el futuro un concepto jurídico del delito que esté de acuerdo con las concepciones dominantes en una sociedad.

2. *Contenido de la criminología.*— Partiendo de este concepto jurídico del delito, el criminólogo se enfrenta con él desde diversos puntos de vista; esto plantea la dificultad de definir el ámbito y contenido de la criminología. La respuesta a este problema está estrechamente relacionada con el origen científico de los cultivadores de la criminología, desde el momento en que ésta hace su aparición en el campo de las ciencias, a mediados del siglo xix. Como dice RODRÍGUEZ DEVESA, "los pioneros trabajaron sin excesivas preocupaciones por un trazado de límites y fronteras, sin preocuparse de si invadían terrenos acotados ya por otras disciplinas o invadían nuevos espacios. A medida que los conocimientos adquiridos en alguna de las partes que se cultivaban adquirían suficiente volumen, se rotulaban como disciplina independiente de las anteriormente existentes. Así nacen, primero, la antropología criminal; luego otras ramas como la psicología criminal, la biología criminal, la sociología criminal, la criminalística o policía científica, la ciencia de las prisiones, etcétera"[64]. El resultado de esto ha sido confundir la criminología con una o algunas de sus parcelas, tomando la parte por el todo.

Originariamente, éste fue el defecto fundamental de LOMBROSO que atribuyó las causas del delito a una

[64] RODRÍGUEZ DEVESA, "Parte general", cit., p. *68.*

www.librosderechoperu.blogspot.com

determinada personalidad criminal, el "criminal nato"; acentuando el aspecto antropológico de la delincuencia, pero dejando a un lado los factores sociales[65]. Actualmente, todavía se mantiene este planteamiento puramente antropológico individualista en la llamada criminología clínica de Di TULLIO[66], que se ocupa fundamentalmente del estudio psicosomático del delincuente[67]. Esta orientación ha encontrado, en cierto modo, gran impulso con el descubrimiento del cromosoma "Y", el cromosoma de la delincuencia, y de ciertas anomalías genéticas en delincuentes habituales; sin embargo, queda todavía en este terreno mucho camino que recorrer[68].

La concepción sociológica de la criminología acentúa, por el contrario, fundamentalmente los factores sociales de la delincuencia, con olvido, cuando no desprecio, de los factores antropológicos. El origen de esta tendencia se encuentra en Ferri[69] y en la Escuela Sociológica francesa. Actualmente, es seguida por gran parte de los criminólogos americanos que, divididos en diferentes escuelas, consideran el delito como una consecuencia de factores ecológicos o geográficos -Escuela

[65] *L'(Jomo delinquente, citado.*

[66] *Principios de criminología clínica y psiquiatría forense,* trad. de Teruel Carralero, Madrid, 1966.

[67] Cfr. PINATEL, "Criminologie", t. III del *Traite de droit penal et criminologie,* París, 1970, ps. 479 y siguientes.

[68] Un estudio sobre este problema con aportación casuística ofrece CASTILLÓN MORA, *Aspectos biológicos en el estudio de la delin cuencia,* en "Revista de Estudios Penitenciarios", 1970, ps. 211 y siguientes. Un planteamiento puramente biológico de la delin cuencia femenina hace AZNAR, Blas, *Notas para un estudio sobre biología criminal de la mujer, la delincuencia catamenial,* Madrid, 1968. Críticamente, LÓPEZ REY, Criminoíogía, 1, cit., ps. 134 y si guientes.

[69] *Sociología criminal,* citada.

www.librosderechoperu.blogspot.com

Ecológica de Chicago-, de relaciones estructurales-fun-cionales -Merton, siguiendo los planteamientos de Durkheim-, de conflictos culturales -Sellin, Cohen-, etc.[70], y por la criminología socialista[71].

Estos dos planteamientos, individual-antropológico y social, se han repartido, en los últimos cien años, la solución al problema de las causas de la criminalidad, haciendo de la criminología una antropología criminal o una sociología criminal. Sin embargo, se va abriendo cada vez más paso una "visión integradora" de la criminología que tiene su origen en la formulación de VON LISZT, de que "el delito es el producto de la constitución del autor en el momento del hecho y de las circunstancias exteriores que lo rodean en ese momento"[72]. A una formulación similar pueden reconducirse la teoría mul-tifactorial de los esposos GLUECK y la posición de la moderna criminología alemana[73]. De acuerdo con este planteamiento, se puede definir la criminología como el análisis de los factores que producen el delito y de la personalidad de su autor, así como de la descripción del fenómeno criminal. Cada una de estas facetas puede ser objeto de un estudio separado y de una denominación distinta: etio-

[70] Una buena exposición de estas teorías ofrece GÓPPINGER, *Kriminologie,* cit., ps. 31 y siguientes.

[71] Una interesante exposición del estado actual de la crimino logía socialista puede verse en la obra conjunta. *Sozialistische Kriminologie,* 2ª ed., Berlín, 1971. Un informe negativo ofrece LÓPEZ REY, ob. cit., ps. *167 y* siguientes.

[72] VON LISZT, en *Strafrechtliche Aufsätze,* cit., t. II, p. 290.

[73]Ver, por ejemplo, GÓPPINGER, *Kriminologie,* cit., ps. 47 y siguientes. Muy interesante al respecto es la posición de Hilde KAUFMANN quien, en el t. I de su *Kriminologie,* 1961, y con el esclarecedor subtítulo de "Relaciones productoras del delito", se ocupa de la psiquiatría, psicología profunda, biología constitucional y sociología, en relación con la delincuencia.

www.librosderechoperu.blogspot.com

logia criminal, sociología criminal, antropología criminal, fenomenología criminal etc.; pero ninguna de ellas por separado puede sustituir a la criminología como un todo.

Más discutida es hoy día la cuestión de si también se incluye en el ámbito de la criminología la llamada penología, entendida como ciencia de la aplicación y ejecución de los medios de represión y prevención del delito[74]. Por su inclusión en la criminología se pronunció ya la llamada Escuela austríaca[75] y ésta es también la tesis mantenida por gran parte de la moderna criminología alemana[76], argumentando, con razón, que si la criminología es una ciencia empírica que trata del porqué y de la forma de aparición del delito, así como de su autor y de sus condicionamientos sociales, y, al mismo tiempo, tiene que emitir una opinión sobre la prognosis y posibilidades de rehabilitación del delincuente, es lógico que también se ocupe de éste durante la ejecución de la pena[77]. Hay quienes consideran, en cambio, que la penología es una ciencia autónoma, mitad criminología, mitad derecho penitenciario, por lo que no puede incluirse en ninguna de estas dos[78]. Este argumento me

[74]Cfr. CUELLO CALÓN, *La moderna penología,* t. I, 1958, p. 9.

[75] Fundada por GROSS y continuada por SEELIG y BELLAVIC. Rodríguez Devesa ha traducido, de SEELIG, *Tratado de criminología,* Madrid, 1958.

[76]Así, por ejemplo, MERGEN, *Die Wissenchaft vom Verbrechen,* 1961. Hay traducción de un capítulo de esta obra en "Revista de Estudios Penitenciarios", 1965, ps. 13 y siguientes. En el mismo sentido KAISER, *Kriminologie,* 1971, p. 2; GÖPINGER, *Kriminologie,* cit., ps. 259 y siguientes.

[77] Cfr. GÖPINGER, lug. citado.

[78] Así, por ejemplo, entre nosotros, CUELLO CALÓN, *La moderna penología,* cit., p. 9. En el mismo sentido SAINZ CANTERO, *La ciencia del derecho penal,* cit., p. 38.

www.librosderechoperu.blogspot.com

parece, sin embargo, falto de consistencia, pues nada impide que los aspectos jurídicos de la penología, el llamado derecho penitenciario, se estudien por la ciencia del derecho penal, y los aspectos psicológicos, sociales, etc., que la ejecución de la pena entraña, sean objeto de la criminología. Sólo así puede evitarse una superes-pecialización de las materias relacionadas con el fenómeno de la delincuencia y una confusión entre los aspectos jurídicos y causales de ella.

Mucho más compleja es la cuestión de la inclusión de la política criminal en la criminología, porque aquí se plantea, además, el problema de qué es lo que debe entenderse por política criminal. La expresión aparece ya en el siglo xvm, sin que se le haya dado hasta la fecha un contenido preciso y determinado[79]. Existe unanimidad en considerarla como el estudio de la utilidad de los medios empleados por el estado en la lucha contra la criminalidad[80]. En este sentido la política criminal pertenece tanto a la criminología como a la ciencia del derecho penal, pues, como dice JESCHECK[81], "está vinculada a las causas del delito, intenta comprobar el efecto de las sanciones que aplica el derecho penal, considera los límites hasta los que éste puede ser ampliado por el legislador para poder luchar eficazmente contra la delincuencia, y explica cómo deben redactarse las normas penales para adaptarse a la realidad del delito". De todo este conglomerado de funciones que se asigna a la polí-

[79] Cfr. LANGLE, *La teoría de la política criminal,* Madrid, 1927, p. 27. Una interesante exposición a cargo de diversos autores se hace en el libro homenaje a Donnedieu de Vabres, *Les principaiuc aspects de la politique criminelle moderne,* Paris, 1960.

[80] JESCHECK, *Lehrbuch,* cit., ps. 13 y 14. Cfr. ZIPF, *Kriminalpolitik,* cit., p. 3.

[81] JESCHECK, lug. citado.

www.librosderechoperu.blogspot.com

tica criminal se desprende el enorme valor de ésta para la criminología y el derecho penal; en realidad, ambas ciencias tienden, en definitiva, a una eficaz lucha contra la delincuencia y ésta es la meta asignada también a la política criminal. La política criminal se convierte así en el vértice de toda la investigación sobre el fenómeno de la delincuencia, limitada sólo por la idea de la justicia y de la seguridad jurídica. En este contexto debe entenderse la frase de von LISZT de que "el derecho penal es la barrera infranqueable de la política criminal"[82].

En resumen, desde el punto de vista del contenido, se puede definir la criminología como el estudio de las causas y formas reales de comisión del delito, de su lucha y su prevención. En esta definición se comprenden, como ya hemos visto, todas aquellas ramas que en su día pretendieron sustituir unilateralmente a la criminología y que hoy no son sino partes de esa "visión integradora" de los aspectos causales de la delincuencia.

3. *Métodos de la criminología.*— De este plural contenido de la criminología se deriva el pluralismo metódico que le es peculiar.

La criminología como estudio del delincuente individual se sirve de los conocimientos que le brindan la psicología y la biología, comprendiendo en ellas otras ramas como la endocrinología, la psiquiatría, la psicología profunda, etcétera. Para ello se sirve de los métodos empleados por estas ciencias de carácter preponderan-

[82] VON LISZT, en *Strafrechtliche Aufsätze,* cit., t. II, p. 80. Sobre las relaciones entre política criminal y dogmática ver HASSEMER, *Strqfrechtsdogmatík und Kriminalpolitik,* 1974, ps. 23 y ss.; Du FRANCESCO, *In tema di rapporti tra política crimínale e dommatica: sviluppi e prospective nella dottrina del reato,* en "Archivio Pénale", 1975, ps. 27 y ss.; ROXIN, Política criminal, citado.

www.librosderechoperu.blogspot.com

teniente médicos: observación y exploración física del delincuente, test psicológico, datos biológicos, constitución, herencia, etc., formando así una especie de historia clínica del delincuente[83].

Al mismo tiempo, la criminología estudia los condicionamientos sociales de la delincuencia, sirviéndose para ello de los métodos propios de las ciencias sociales: mapas, encuestas, curvas, estadísticas, etcétera. Especial importancia tiene el método estadístico que refleja el número de personas que han delinquido hasta un determinado momento -"masas estáticas"- o en un determinado tiempo y espacio -"masas dinámicas"-. Las estadísticas, según sean realizadas por funcionarios policiales, judiciales o de prisiones, se refieren a la criminalidad en sus diversos estadios procesales: desde que es descubierto el delito hasta que el delincuente cumple su pena, observándose un progresivo índice de reducción de las cifras, pues ni todos los delitos descubiertos llegan a ser juzgados, ni siempre se pronuncian sentencias condenatorias. A ello debe añadirse que no todos los delitos son descubiertos o perseguidos, por lo que junto a las cifras de criminalidad que arrojan las estadísticas hay que tener en cuenta la llamada *cifra negra*, que en épocas de crisis, o de mala organización policial, o por la naturaleza de algunos delitos, alcanza cuotas realmente importantes. A pesar de todo la estadística criminal es un medio indispensable para una correcta política criminal, para una mejor precisión de

[83] Sobre esto pueden verse las obras de los criminólogos Di TULLIO Y PINATEL, anteriormente citadas y la obra conjunta *La criminologie clinique*, Bruselas, 1968. Un centro criminológico en el que se emplean fundamentalmente estos métodos es el de Observación, anexo a la Prisión Provincial de Carabanchel; ver CASTILLÓN DE MORA, *Aspectos biológicos*, citado.

www.librosderechoperu.blogspot.com

las causas de la criminalidad y su tratamiento, y, en definitiva, para una mayor eficacia de las normas penales[84]. Finalmente, es muy importante el método empleado en la determinación de la prognosis criminal de un sujeto. Al principio se empleaba un método puramente intuitivo que llegaba a resultados sumamente deficientes. En la actualidad se emplea un método mixto, clínico y estadístico, basado en la observación de la personalidad del delincuente y en las probabilidades numéricas que éste tiene de volver a delinquir. Sobre estas bases se forman los cuadros de pronósticos que permiten una mejor clasificación y tratamiento penitenciario de los delincuentes y, además, un mejor conocimiento de la futura conducta de esas personas, una vez puestas en libertad[85].

4. Relaciones entre *criminología* y *derecho penal*.— Para terminar, es necesario ocuparse, siquiera brevemente, de las relaciones entre la criminología y la ciencia del derecho penal. Como se ha analizado en el primer apartado de esta sección, desde la irrupción del neokantismo

[84] Sobre los métodos modernos estadísticos y su aplicación a la criminología, ver HOOD Y SPARKS, *Problemas clave en criminología*, Madrid, 1970. Periódicamente publicada por el Instituto Nacional de Estadística, aparece la "Estadística penal de España". Una ex posición abreviada de la importancia de la estadística criminal y algunos datos sobre las estadísticas judiciales en España ofrece RODRÍGUEZ DEVESA, "Parte general", cít., ps. 74 y siguientes. Igual mente el *Lehrbuch*, cit., de JESCHECK, contiene una interesante in formación estadística sobre la evolución de la criminalidad en Ale mania. Sobre la medición de la criminalidad ver LÓPEZ REY, ob. cit., ps. 455 y siguientes. Sobre la criminalidad según las estadísticas oficiales, ver BRAUNECK, Anne Eva, *Allgemeine Kriminologie*, 1974.

[85] Ver MIDDENDORF, *Teoría y práctica de la prognosis criminal*, trad. de Rodríguez Devesa, Madrid, 1970. Una información sobre la actual situación de la prognosis criminal hace GÖPPINGER, *Kriminologie*, ci tada, ps. 233 y ss., quien, por otra parte, analiza los diferentes métodos empleados en la criminología moderna para tal fin.

www.librosderechoperu.blogspot.com

y su distinción entre ciencias causales y culturales, quedaron delimitados definitivamente los campos de la criminología y de la ciencia del derecho penal. Aquélla es una ciencia causal-explicativa de la delincuencia y ésta una normativa del mismo fenómeno; también el método es distinto: la criminología, como acabamos de ver, emplea los métodos propios de las ciencias naturales y sociales, la ciencia del derecho penal se sirve de un método lógico-jurídico. A pesar de esta separación existe, sin embargo, un *nexo* de unión entre ambas, representado por el objeto común: el delito, y una misma aspiración: la lucha contra la delincuencia. Esto hace que existan mutuas referencias y una recíproca interdependencia. A mi juicio, hay varias razones para que el jurista penalista se ocupe de la criminología o tenga, por lo menos, en cuenta sus resultados.

Por un lado, la criminología suministra al derecho penal la realidad, el hecho que éste pretende regular. Toda norma jurídica se da en función de una realidad que es la estudiada por la criminología; si no quiere hacerse un derecho penal vuelto de espaldas a la realidad, deberán tenerse muy en cuenta los conocimientos que sobre esa realidad la criminología ofrece.

Existen, por otra parte, razones de tipo práctico. Muchas veces el legislador penal emplea conceptos y expresiones que sólo pueden entenderse con ayuda de la criminología, pues en ella tienen su origen; así, por ejemplo, el concepto de habitualidad, peligrosidad, proxenetismo, etcétera. El mismo concepto de proxenetismo constituye el delito del art. 452 bis, c, tipificándose así un tipo criminológico de autor como es el de proxeneta, y lo mismo ocurre con las figuras del usurero habitual -art. 542- y del robo acompañado de violación -art. 502, 2º-, etcétera. Sin los conocimientos criminológicos necesarios sobre estas figuras criminológicas, es difícil captar su sentido jurídico e interpretarlas correctamente.

www.librosderechoperu.blogspot.com

Finalmente, existe una razón extracientifica, pero importante, que afecta sobre todo al penalista español. En España no existe una cátedra o agregación dedicada exclusivamente a la criminología. En las Facultades de Derecho se estudia únicamente el Derecho Penal, en las Facultades de Medicina o de Ciencias Sociales el delito sólo es objeto, si acaso, de una consideración parcial dentro de algunas asignaturas como la Psicología, la Psiquiatría, la Medicina Legal o la Sociología. La urgencia de crear, a nivel departamental e interfacultativo, cátedras o agregaciones de Criminología es evidente; la creación de los Institutos de Criminología anejos a las Facultades de Derecho[86] se ha mostrado como insuficiente. De todos modos, mientras no se supere la actual situación, es indispensable que el profesor de Derecho Penal cumpla también las funciones del criminólogo, con las naturales limitaciones de unos conocimientos no especializados, pero pudiendo sugerir ideas y vocaciones entre los estudiantes y futuros investigadores, creando el ambiente para que llegue a ser realidad la Criminología como disciplina autónoma en nuestra Universidad.

c) *HACIA UNA CIENCIA TOTALIZADORA DEL DERECHO PENAL*

Del examen realizado hasta ahora se desprende que la consideración jurídica y la criminológica de los fenómenos relativos a la delincuencia son dos aspectos autónomos, aunque complementarios e indispensables para un mejor conocimiento de esos fenómenos. La separación entre ciencia del derecho penal y criminología, que se puede estimar como una conquista irreversible de la ciencia en general, ha conducido, sin embargo, a un

[86] Hasta ahora existen tres en España: Barcelona, Madrid y Valencia.

www.librosderechoperu.blogspot.com

divorcio, por no decir oposición, entre ambas. El penalista, se dice, sólo tiene que ocuparse de interpretar las normas jurídicas con ayuda de un método lógico formal; los hechos que sirven de base a esas normas les son, por el contrario, ajenos; la investigación de esos hechos corresponde a otros. Y esos otros, los criminólogos, ignoran por completo la regulación jurídica de los hechos que investigan, cuando no la critican sin más. De este modo se produce una especie de "averroísmo" científico, pues lo que en un ámbito del saber rige como verdadero puede considerarse falso, si se traslada a un ámbito distinto. El derroche de energías que, por otro lado, esto supone, intentando cada uno descubrir por su cuenta "su verdad", conduce a que ninguno pueda alcanzarla.

Hay, por consiguiente, que enfrentarse con el dilema de si es posible superar, de algún modo, esta contradicción; en definitiva, si es posible llegar a una síntesis, no confusión, entre la ciencia del derecho penal y la criminología. Esta síntesis fue la aspiración de un gran penalista, Franz VON LISZT, que intentó conseguirla dándole incluso un nombre: gesamte *Strafrechtswissenschqft,* que se puede traducir al castellano por ciencia totalizadora del derecho penal. Esta meta es considerada hoy también por muchos, como el postulado que debe regir en la investigación del fenómeno de la delincuencia[87].

Para ello debe partirse de la idea de que no es posible enfrentarse con el problema de la delincuencia, si no se tiene en cuenta que ésta, como fenómeno de la realidad, sólo puede ser objeto de "una comprensión totalizadora". La ciencia del derecho penal debe aspirar, por tanto, a una comprensión totalizadora del fenómeno

[87] Asi, por ejemplo, JESCHECK, *Lehrbuch,* cit., p. 26; MAIHOFER, "Gesamte Strafrechtswissenschaft", en *Festschrift für Henkel,* 1975; CALLIES, *Theorie der Strafe,* cit., ps. 58 y siguientes.

www.librosderechoperu.blogspot.com

de la delincuencia. Esta comprensión totalizadora *no* excluye, naturalmente, la división del trabajo para aprehender mejor la realidad, ni implica, por supuesto, que esa realidad como *un todo* llegue a conocerse completamente, pues en esto, es decir, en la comprensión totalizadora de la realidad, el penalista o el criminólogo, como cualquier otra persona, tienen sus limitaciones. Ahora bien, la división del trabajo no significa división de la realidad que sigue siendo la misma para todos, ni las limitaciones del conocimiento humano para aprehender la realidad como un todo eximen de pretender alcanzarla algún día[88].

En las líneas que siguen quiero exponer brevemente algunos ejemplos de esa consideración totalizadora de la ciencia del derecho penal.

Uno de los problemas centrales del derecho penal es el de la imputabilidad y, sin embargo, no puede hacerse nada para resolverlo si no es *con* la ayuda que le ofrecen al penalista los conocimientos de las ciencias empíricas. De la imputabilidad decía MEZGER que era una puerta abierta a los progresos sobre la investigación de la personalidad[89]. La capacidad mental de un individuo, su inteligencia, su voluntad, son datos que no pueden ser aprehendidos con los toscos instrumentos de las normas jurídicas, hay que acudir a la psicología o a la psiquiatría para poder llegar a conocer la interioridad de una persona. Y tanto es esto así, que precisamente el hecho de que el penalista no haya avanzado mucho en este tema se debe más a la pobreza de conocimientos que tienen todavía sobre él las ciencias causales, que al olvido, por su parte, de esos *conocimientos*.

[88] Cfr. CASTILLA DEL PINO, *Naturaleza del saber*, 1970, pássim.

[89] MEZGER, *Tratado de derecho penal*, cit., t. II, p. 68.

www.librosderechoperu.blogspot.com

Con gran claridad ha llamado la atención sobre esto NAVARRETE URIETA: "Se nos suele tachar a los juristas de que desvinculamos al delito del suelo de la realidad, de que el delito es para el jurista una especie de red conceptual abstracta e intelectual en la que el delincuente, el 'hombre' está ausente. En ninguna de las fases del desarrollo histórico del derecho penal -el más antiguo de todos los derechos-, puede decirse que de alguna manera no entrara en consideración el delincuente. Ha habido épocas, y esto *no* puede negarse, en las que *predominantemente* el jurista se ocupó del hecho, quedando en la penumbra, no en la total oscuridad, el autor. El autor jamás quedó *totalmente* centrifugado de su consideración a la hora de la realización de la justicia penal. Desde los tiempos más antiguos, la personalidad del delincuente, comenzando por si era libre o esclavo, tuvo una decisiva trascendencia a la hora de imponer el castigo. Si otras matizaciones sobre la personalidad no fueron tenidas en cuenta, se debió sencillamente a que otras ciencias directamente encargadas de descifrar el enigma, siempre apasionante, de la interioridad del hombre, no habían adquirido el necesario desarrollo. Imputarle al derecho penal el no haber hecho uso de conocimientos inexistentes es como imputarle a Napoleón, el no haber recabado el apoyo de la aviación en la batalla de Waterloo"[90].

Otras veces, en cambio, el penalista hace la guerra moderna como si estuviese pertrechado solamente con un arco y unas flechas, manejando conceptos ya superados, sin tener en cuenta los resultados y descubrimientos conseguidos en otras ciencias. Este ha sido el caso, por ejemplo, con la determinación de la

[90] NAVARRETE URIETA, "Fundamentos jurídicos de la responsabilidad penal del enfermo mental", en *Psiquiatría y derecho penal,* Sevilla, 1973, p. 2.

www.librosderechoperu.blogspot.com

"voluntariedad" del desistimiento en la tentativa. Durante mucho tiempo, prácticamente durante casi toda la historia dogmática de este tema, se ha intentado resolver el problema con la llamado "fórmula" del penalista alemán Frank. Según este autor, el desistimiento es voluntario si el sujeto se dice "puedo seguir realizando el delito, pero no quiero"; y es involuntario, cuando el sujeto se dice "quiero, pero no puedo seguir realizando el delito". Con esta fórmula se centra el problema de la voluntariedad en la mera constatación de la posibilidad de seguir o no actuando, se prescinde de toda valoración de los motivos que indujeron al desistimiento y se amplía excesivamente el ámbito de la impunidad que el desistimiento voluntario supone. Paradójicamente, se le llama a esta teoría una "teoría psicológica", olvidando que hace ya mucho tiempo que la psicología dejó de hacer una investigación meramente causal-empírica de la conducta humana, para penetrar en el proceso motiva-dor, valorándolo conforme a determinados criterios. Por eso, no sabe uno de qué sorprenderse más, si de que se le llame "psicológica" a una teoría que nada tiene que ver con la psicología moderna o de que se olvide olímpicamente el actual estado de esta ciencia[91]. Por supuesto que la solución a este problema tiene que empezar por admitir, en el seno del derecho penal, los conocimientos científicos de otras ramas del saber que afectan a temas comunes a ambas.

Hay otros casos y problemas que tradicionalmente han sido resueltos con planteamientos absolutamente jurídicos, pero que aparecen de un modo distinto si se enfocan con criterios derivados de otras ciencias. Así, por ejemplo, se han querido solucionar los problemas

[91] Para más detalles, ver mi libro *El desistimiento voluntario de consumar el delito*, Barcelona, 1972, ps. 88 y siguientes.

www.librosderechoperu.blogspot.com

que plantea el llamado "estado de necesidad disculpante" con la vaga fórmula de la no exigibilidad de otra conducta; a mi juicio, se trata aquí de un problema que se deriva del *status o rol* social que los sujetos tienen en función de la convivencia y que para solucionarlos hay que acudir a conceptos de la sociología moderna como el de *rol, status,* etcétera. Pero lo mismo ocurre cuando de lo que se trata es de determinar la función de una categoría jurídicopenal tan abstracta como la tipicidad; con ayuda de la teoría psicoanalítica de la motivación puede entenderse la función de la tipificación de una conducta como una función motivadora general que, al prohibir una conducta, está indicando, al mismo tiempo, los límites del comportamiento humano y del poder punitivo estatal. Con la teoría psicoanalítica de la motivación, referida esta vez al individuo, se pueden también aclarar algunos aspectos de la culpabilidad e incluso justificar la propia existencia del derecho penal[92].

Con estos ejemplos basta para hacerse una idea de las enormes posibilidades que ofrece el trasplante de los conceptos elaborados en otras ciencias para la solución de problemas específicamente jurídicopenales. La misión de la ciencia del derecho penal consiste en transformar esos conocimientos para o metajurídicos en exigencias políticocriminales y éstas, a su vez, en reglas jurídicas[93], destacando así las relaciones internas entre norma, contenido y valor[94].

[92] Ver mi artículo "Funktion der Strafnorm und Strafrechtsreform", en *Strafrecht und Strafrechtsreform,* cit., ps. 309 y siguientes.

[93] ROXIN, *Política criminal,* cit., p. 9.

[94] Cfr. MEZGER-BLEI, *Strafrecht,* I, Allgemeiner Teil, 14ª ed., Munich, 1970, ps. 19 y siguientes. Hay traducción de estas páginas de MEZGER, realizada por Rodríguez Muñoz, quien incluyó el texto en el t. I, p. 65, del *Tratado.*

www.librosderechoperu.blogspot.com

www.librosderechoperu.blogspot.com

CAPÍTULO IV

EL MÉTODO DE LA CIENCIA DEL DERECHO PENAL: LA DOGMÁTICA JURÍDICOPENAL

El derecho penal como tal, es decir, como conjunto normativo carece de método. El método es una cualidad que sólo tiene la actividad humana, *no* un conjunto normativo. Podrá hablarse del método en la creación, interpretación o aplicación de ese conjunto normativo, pero no de un método del conjunto normativo mismo. Sólo las actividades humanas tienen un método. En el ámbito del derecho y concretamente del derecho penal, esas actividades humanas que de él se ocupan pueden reducirse a cuatro: a la creación, a la interpretación o conocimiento, a la aplicación y a la enseñanza.

De todas ellas sólo me voy a ocupar aquí, fundamentalmente, del método empleado por el penalista para conocer el derecho penal positivo. Esta labor de conocimiento constituye, además, la base previa para la aplicación, enseñanza y reforma del derecho penal; sin saber qué es lo que dice el derecho penal, qué es lo que está prohibido o permitido por él, no pueden aplicarse, enseñarse o criticarse sus normas. De ahí que la finalidad primordial de la ciencia del derecho penal sea el conocimiento de éste, como un objeto más de esa realidad global que representa el mundo del delito, su lucha y su prevención.

www.librosderechoperu.blogspot.com

A esta actividad de conocimiento del derecho positivo se le llama *dogmática*, porque parte de las normas jurídicas positivas consideradas como un "dogma", es decir, como una declaración de voluntad con pretensión de validez general, para solucionar problemas sociales[95]. La dogmática jurídicopenal, por tanto, trata de averiguar el contenido de las normas penales, sus presupuestos, sus consecuencias, de delimitar los hechos punibles de los impunes, de conocer, en definitiva, qué es lo que la voluntad general, expresada en la ley, quiere castigar y cómo quiere hacerlo. En este sentido, la dogmática jurídicopenal cumple una de las más importantes funciones que tiene encomendada la actividad jurídica en general en un Estado de derecho: la de garantizar los derechos fundamentales del individuo frente al poder arbitrario del Estado que, aunque se encauce dentro de unos límites, necesita del control y de la seguridad de esos límites. La dogmática jurídicopenal se presenta así como una consecuencia del principio de intervención legalizada del poder punitivo estatal[96] e igualmente como una conquista irreversible del pensamiento democrático. La mejor ley no deja de ser un *desiderátum* desprovisto de eficacia práctica, si no hay una actividad que se ocupe de ella, que la conozca, la delimite y la

[95] La expresión "dogma" no debe entenderse aquí, sin embargo, como la aceptación acrítica de una verdad "absoluta e inmuta ble", sino sencillamente como el postulado que sirve de punto de partida, y nada más, a una determinada actividad. La "dogmáti ca" asi entendida no implica, por tanto, un "dogmatismo" des preciado con razón como todo lo contrario de una auténtica y verdadera ciencia. Cfr. CASTILLA DEL PINO, *Naturaleza del saber*, cit., ps. 14 y siguientes. De aquí que considere la crítica como una cualidad fundamental del concepto de dogmática manejado en este lugar. Ver infra, C.

[96] Ver cap. II, B.

www.librosderechoperu.blogspot.com

aplique. La idea del Estado de derecho exige que las normas que regulan la convivencia sean conocidas y aplicadas, además de ser elaboradas por un determinado procedimiento, de un modo racional y seguro, que evite el acaso y la arbitrariedad en su aplicación y que las dote de una fuerza de convicción tal que sean aceptadas por la mayoría de los miembros de la comunidad. De este modo incumbe a la dogmática jurídica una función "legitimadora"[961315].

Para eso debe partirse del problema que las normas tratan de solucionar, y aceptar la solución que ellas ofrecen; pero esa solución no es nunca, o casi nunca, unívoca y tajante, sino que admite variación. El Código Penal distingue claramente, en su art. 3, entre los actos preparatorios de un delito, que, en principio, son impunes, y la tentativa punible, según hayan comenzado o no los actos de ejecución de ese delito; pero esta solución legislativa al problema de la delimitación entre actos punibles e impunes previos a la consumación no es ni mucho menos unívoca: ¿es acto de ejecución de un asesinato el comprar el veneno que se piensa suministrar a la víctima? ¿Es acto de ejecución del homicidio el sacar la pistola de su funda para disparar? ¿Es acto de ejecución del robo con fuerza en las cosas el apoyar la escalera en el muro? ¿Es acto ejecutivo de aborto la exploración de la embarazada antes de comenzar la operación abortiva propiamente dicha? La verdad es que el Código Penal ofrece muy pocos datos para la solución de estos problemas. La misión de la dogmática consiste aquí, como en cualquier otro problema legal, en formular teorías, partiendo de la solución legal. Para determinar el comienzo

96 bis £f$_r$ ESSER, *Vorverständnis und Methodenwahl in der Rechsfindung,* 2ª ed., 1972, ps. 17 y siguientes.

www.librosderechoperu.blogspot.com

de los actos de ejecución se han dado, en la dogmática juridicopenal, varias teorías: la teoría subjetiva determina el comienzo del acto ejecutivo conforme al plan del autor; la teoría objetiva atiende a la descripción de la acción delictiva en el correspondiente tipo penal; existen además otras teorías que combinan ambos puntos de vista, etc.; todas ellas se distinguen por su mayor o menor fuerza de convicción, por su comunicabilidad y por su veriñcabilidad, es decir, por su capacidad para ser comprobadas en la práctica y por la racionalidad de sus argumentos. Naturalmente, no todas estas teorías son igualmente adecuadas a la solución del problema del inicio de los actos ejecutivos, pero con su formulación se ha abierto ya una puerta para solucionarlo; solución que tal vez podrá ser falsa, pero que por lo menos ya se conoce, se puede discutir científicamente y, en caso de que no convenza, por la consideración dialéctica del saber superarla y sustituirla por otra[97].

La racionalidad, la comunicabilidad y la veriñcabilidad de una teoría garantizan, pues, la validez de esa teoría y la seguridad de los conocimientos que ofrecen. Con ello se alcanza ya un mínimo indispensable para la convivencia pacífica, la seguridad jurídica; se puede saber con seguridad qué es lo que se debe y no se debe hacer; se averigua, en definitiva, el contenido de las normas jurídicas.

Pero estas normas jurídicas, que se aceptan como objeto a interpretar, pueden haber sido elaboradas por un procedimiento que nada tenga de democrático, pueden ser injustas y pueden obligar a dar soluciones que sean perjudiciales para la convivencia.

[97] En este sentido GIMBERNAT ORDEIG, *¿Tiene un futuro la dogmática juridicopenal?*, cit., ps. 106 y siguientes.

www.librosderechoperu.blogspot.com

¿Cuál es la misión de la dogmática ante este tipo de normas? Como muy bien dice GIMBERNAT, "la dogmática es una ciencia neutra, lo mismo interpreta leyes progresivas que reaccionarias, de ahí que pueda convertirse en algo sumamente peligroso si el penalista está dispuesto a interpretar, por así decir, todo lo que le echen"[98]. De este peligro sólo puede apartarlo, en primer lugar, una actitud crítica frente a las normas penales" y, en segundo lugar, la consideración del saber dogmático como "saber parcial" que tiene que ser completado con otro tipo de saberes para poder alcanzar la verdad total[100]. Sólo así cumple la dogmática la función de controlar el poder punitivo estatal y no se convierte en una mera servidora, cuando no en cómplice, de los enemigos del progreso.

De acuerdo con este esquema voy a estudiar en los epígrafes siguientes los distintos momentos en que se desenvuelve la dogmática jurídicopenal: interpretación, sistematización y crítica del derecho penal positivo[101].

[98] GIMBERNAT, ob. cit., p. 108.

"CASTILLA DEL PINO, Naturaleza *del* saber, cit., p. 18: "La aceptación de todo saber cualquiera que éste sea, como saber, nos obliga a la crítica del mismo, es decir, a contar con él, para valorar su verdad o falsedad, o sea, su validez".

[100] GIMBERNAT, ob. cit., ps. 108 y 109: "Como cualquier intelectual, también el penalista ha de ocuparse, no de verdades parciales', sino sólo de la 'verdad como totalidad'".

[101] Cfr. STAMPA BRAUN, *Introducción a la ciencia del derecho penal*, cit., p. 104: "La elaboración del derecho positivo en forma de ciencia jurídica (dogmática jurídico-penal) comprende (...) tres tases sucesivas: *interpretación, sistema, crítica".* En el mismo sentido SAINZ CANTERO, *La ciencia del* derecho *penal,* cit., p. 22. Esta tripartición de la actividad dogmática se encuentra ya en Rocco, "II problema e il *método della scienza* del *diritto pénale", en Opere Giuridiche,* t. III, 1933, p. 297, que fue el que introdujo en Italia el método tecnicojurídico en el estudio del derecho penal; una

www.librosderechoperu.blogspot.com

Hay que tener en cuenta, sin embargo, que esta división de la dogmática en fases distintas sólo tiene validez a efectos expositivos y clarificadores, sin que implique en absoluto una total desconexión o autonomía de estas fases entre sí.

A) INTERPRETACIÓN

"Interpretación de la ley es -dice MEZGER[102]- el descubrimiento y determinación de su propio sentido al objeto de aplicarla a los casos concretos de la vida real."

El tema de la interpretación de la ley penal está en estrecha relación con el problema de las fuentes del derecho penal y con el de su aplicación en la realidad.

buena información del tecnicismo jurídico italiano y una crítica de sus "desviacionismos" ofrece STAMPA, ob. cit., ps. 106 y siguientes. Otros autores clasifican los distintos momentos de la dogmática en : análisis, construcción y sistema, así, por ejemplo. RADBRUCH, *Introducción a la filosofía del derecho,* cit., ps. 9 y ss.: ANTOLISEI, *Manual de derecho penal,* cit., p. 20. Otros, finalmente, siguiendo a IHERING, añaden una nueva fase entre el análisis y la construcción, la concentración lógica, así por ejemplo GRISPIGNI, *Diritto pénale italiano* I, cit., ps. 20 y siguientes. Por las razones ya dichas creo que la fase crítica ha de estar, sin embargo, siempre presente.

[102] *Tratado,* cit., t. I p. 135. En este epígrafe sólo me ocupo de aquellos problemas de interpretación que afectan específicamente a las normas penales, dando por supuesto el conocimiento de las cuestiones generales de la interpretación jurídica; sobre esto último me remito a la sugerente obra de DIEZ PICAZO, *Experiencias jurídicas y teoría del derecho,* Madrid 1974, ps. 225 y ss., y a las más especializadas de LARENZ, *Metodología,* cit., ps. 246 y ss., y ENGISCH, *Introducción al pensamiento jurídico,* trad. de Garzón Valdés, Madrid, 1967, ps. 87 y ss. y nota 64, con abundante bibliografía sobre el tema. Fundamental en esta materia es la obra de BETTIOL, *Teoría genérale della interpretazione,* Milán, 1955.

www.librosderechoperu.blogspot.com

En derecho penal, por imperativo del principio de legalidad, no hay más fuente que la ley[103], de ahí que la primera misión del penalista sea tratar de averiguar el sentido y alcance de esa ley. Para ello se vienen aplicando tradicionalmente cuatro criterios de interpretación: el gramatical, el histórico, el lógico-sistemático y el teleológico[104].

Junto a los problemas inherentes a la aplicación de estos cuatro criterios, existen otros relacionados con el empleo de la analogía que en el derecho penal ofrece peculiares características. Con ellos se agota la problemática de la interpretación de la ley penal. Pero la interpretación no es un fin en sí misma, sino un instrumento para la aplicación de la ley a los casos concretos. Es por ello necesario ocuparse también en este lugar, siquiera brevemente, de esta fase de la actividad jurídi-copenal cuya problemática se centra sobre todo en la subsunción de los casos concretos de la realidad en la norma penal. De todas estas cuestiones voy a ocuparme acto seguido.

a) LOS *CRITERIOS DE INTERPRETACIÓN*

1. *Interpretación gramatical e "insuficiencia funcional del lenguaje".*— El primer criterio de interpretación es el gramatical. Con él se trata de averiguar el sentido literal de las palabras empleadas por el legislador. Aunque se considera este tipo de interpretación como de menor categoría, tiene una importancia decisiva en derecho penal, a consecuencia de la vigencia del principio de

[103] Ver cap. II, B.

[104] Sobre esto ver ENGISCH, *Introducción al pensamiento jurídico*, cit., ps. 87 y ss.; LARENZ, *Metodología*, citada, ps. 254 y siguientes.

www.librosderechoperu.blogspot.com

legalidad; si no se quiere hacer una burla de este principio, habrá que estar siempre al significado posible, al sentido literal de las palabras empleadas en el texto legal.

La cuestión no tendría mayor trascendencia, si el lenguaje empleado por el legislador fuera siempre claro e inequívoco. Pero no siempre es esto así. Muchas veces el legislador emplea términos que tienen un doble significado, técnico y vulgar. Tarea del intérprete es averiguar cuándo el término debe interpretarse en uno u otro sentido. Así, por ejemplo, el término "yaciendo" usado en el art. 429 para definir el delito de violación, no tiene igual significado que en la vida ordinaria, donde equivale a realizar la cópula carnal completa, mientras que en el delito de violación comprende ya la mera *conjunctio membrorum*, no siendo necesaria la *imnissio seminis* ni que la *inmissio penis* sea completa[105].

Otras veces la ambigüedad del término se da tanto en el lenguaje ordinario como en el jurídico; así ocurre con la palabra "morada" en el delito de allanamiento de morada, con el concepto de "acreditada honestidad" de la mujer en el delito de estupro, etcétera. La libertad del intérprete es, en estos casos, desde luego, mucho mayor y la interpretación gramatical le ayuda poco.

También puede ocurrir que el significado jurídico y vulgar sea el mismo; sucede esto con los elementos meramente descriptivos del tipo como, por ejemplo, "matar" en el delito de homicidio. Pero otras veces, el mismo Código interpreta las palabras de la vida ordinaria, ampliando o restringiendo su significado; como ejemplos de esto tenemos el concepto de "casa habitada" que se da en el art. 508, el de "llave falsa" en el art. 510, etcétera.

Pero donde mayores problemas plantea la interpretación gramatical es en la precisión e interpretación de

[105] Cfr. RODRÍGUEZ DEVESA, "Parte especial", cit. p. 152.

www.librosderechoperu.blogspot.com

conceptos jurídicos empleados en otras ramas del ordenamiento jurídico. Así, por ejemplo, el término "propiedad" con el que se encabeza el Título XIII del Código Penal es inadecuado, si se entiende en su sentido jurídico privado, para abarcar toda la gama de relaciones patrimoniales que se protegen en dicho Título; por eso debe entenderse, a efectos penales, de un modo distinto o, incluso, sustituir este término por otro más adecuado[106]. Igual sucede con el concepto de "cosa mueble" empleado en la definición del robo y del hurto, pues en el derecho civil este concepto es mucho más restringido y existen en él las llamadas "cosas inmuebles por accesión" que, desde el punto de vista penal, no pueden tener otro significado que el de cosa mueble, por ser aptas de apropiación, encajando, por tanto, su sustracción en el delito de hurto o en el de robo; así sucede, por ejemplo, con los frutos pendientes de recolección, las estatuas adosadas a la pared, etcétera[107].

¿Cómo puede saber en estos casos el intérprete cuál es el significado que debe dar a dichos términos? La simple interpretación gramatical ayuda, en verdad, poco y debe completarse con otros criterios. Por eso mismo el propio Código Penal da la pauta, definiendo, a veces, conceptos que, a efectos penales, tienen un significado distinto al que es habitual. Así sucede, por ejemplo, con el concepto de "funcionario" que da el art. 119[108], con el concepto de "propaganda" del art. 251 o el de injurias y

[106] Sobre ello ver mi obra *El delito de alzamiento de bienes*, cit., ps. 30 y siguientes.

[107] Cfr. QUINTANO RIPOLLÉS, *Tratado de la parte especial del derecho penal*, cit., II, p. 6.

ios Qf$_r$ COBO, Examen *crítico del párrafo tercero del art. 119 del Código Penal español*, en "Revista General de Legislación y Jurisprudencia", 1962, ps. 213 y ss.; DEL TORO MARZAL, en *Comentarios al Código Penal*, cit., t. II, ps. 731 y ss.; RODRÍGUEZ DEVESA, "Parte especial", cit., ps. 974 y siguientes.

www.librosderechoperu.blogspot.com

calumnia "por escrito y con publicidad" del art. 463, entre otros.

Este tipo de interpretación *auténtica* facilita, desde luego, la tarea del intérprete, pero a veces la dificulta aún más, porque no siempre el legislador es un buen intérprete de los conceptos por él empleados o porque no se dan las condiciones mínimas que posibilitan la comunicación entre intérprete y legislador. Las insuficiencias funcionales del lenguaje legislativo penal se darán tanto más, cuanto mayor sea la incomunicación entre el sujeto que emite la proposición penal (el legislador) y el sujeto que la recibe (en última instancia, el ciudadano particular). Las expresiones sintácticas contenidas en las normas penales deben entenderse, por consiguiente, como "proposiciones" formuladas por un sujeto determinado, en un contexto determinado también. Así, por ejemplo, debe tenerse en cuenta si las normas que regulan el derecho penal político proceden de un Estado fascista o de un Estado democrático, porque, aunque el contenido gramatical de las normas en ambos casos puede ser el mismo, su alcance puede ser evidentemente distinto. La interpretación "gramatical" puede ser un instrumento muy importante para el descubrimiento y determinación del sentido de la ley, siempre que se tengan en cuenta estas matizaciones que exceden del puro análisis sintáctico formal[109]; de lo contrario, no pasa de ser un mero ejercicio preparatorio, sin valor alguno.

[109] Cfr. CASTILLA DEL PINO, La *"insuficiencia" funcional del lenguaje*, en "Sistema" 2 (1973), ps. 5 y ss.; del mismo, *Introducción a la hermenéutica del lenguaje*, Barcelona, 1972, ps. 57 y siguientes. Sobre estos problemas en relación con el derecho, puede verse CAPELLA, Juan-Ramón, *El derecho como lenguaje*, Barcelona, 1968. Sobre las relaciones generales entre lenguaje y derecho ver HENKEL, *Introducción a la filosofía del derecho*, trad. de Gimbernat, Madrid, 1968, ps. 88 y siguientes.

www.librosderechoperu.blogspot.com

2. *Interpretación histórica: voluntad del legislador y voluntad de la ley.*— El segundo criterio de interpretación es el histórico. Para la interpretación de la ley también interesa considerar su nacimiento. Ninguna institución jurídica, por moderna que sea, surge de la nada; más bien aparece como el resultado de una diversidad de elementos que, al irse sedimentando a través del tiempo, han condicionado su configuración actual. Este elemento histórico es imprescindible para comprender algunos problemas del derecho penal español, como la regulación de la imprudencia en el art. 565[110], el problema del consentimiento en las lesiones[111] o la relación quiebra fraudulenta-alzamiento de bienes[112].

La interpretación histórica plantea, sin embargo, un problema muy discutido en el ámbito de la interpretación: ¿a qué debe atender el intérprete, a la voluntad del legislador en el momento de generación de la ley o a la voluntad objetiva que se desprende de la ley misma?

A esta pregunta se contesta por la doctrina dominante de un modo claro y contundente, aceptando el criterio objetivo, es decir, atendiendo a la voluntad de la ley[113].

De la interpretación que atiende a la voluntad del

[110] Cfr. ANTÓN ONECA, *Derecho penal,* cit., p. 140.

[111] Cfr. COBO, *Revisión del problema del consentimiento en las lesiones en el Código Penal,* en "Anuario de Derecho Penal", 1964, ps. 243 y siguientes.

[112] Cfr. mi obra *El delito de alzamiento de bienes,* cit.. ps. 71 y siguientes.

[113] Ver, por ejemplo, MAURACH, *Tratado,* cit., t. I, p. 107, en Ale mania; ANTOLISEI, *Manual,* cit., p. 68, en Italia; RODRÍGUEZ DEVESA, "Parte general", cit., p. 151. También es la doctrina dominante en derecho civil; ver LARENZ, *Metodología,* cit., ps. 250 y ss.; DÍEZ PICAZO, *Experiencias jurídicas y teoría del derecho,* citada, p. 247. Aunque también hay importantes autores que se declaran par tidarios de la teoría subjetiva, ver, por todos, ENGISCH, *Introduc ción,* cit., ps. 120 y siguientes.

www.librosderechoperu.blogspot.com

legislador dice, por ejemplo, MAURACH, rechazándola: "los motivos pasan y las leyes permanecen, los antecedentes parlamentarios de las leyes modernas reproducen tan sólo, en el mejor de los casos, la opinión de los partidos colaboradores o el criterio de los ponentes. Con frecuencia muestra la práctica que la ley debe ser aplicada en un sentido y dirección distintos a los queridos por sus autores. Se producen nuevas situaciones, nuevos acontecimientos, nuevas formas del delito con las que el legislador no podía contar. La interpretación histórica fosiliza la ley en el momento de su entrada en vigor; es incapaz de mantener, con el paso de los decenios, su elasticidad y consiguiente eficacia"[114].

En esta cita de MAURACH se condensan todos los argumentos que normalmente se esgrimen contra los partidarios de la voluntad del legislador. Estos argumentos son indudablemente convincentes, pero no se puede olvidar que su aceptación plantea a veces conflictos graves, cuando la discrepancia entre la voluntad del legislador y la de la ley afecta a la justicia en la decisión de un caso y, precisamente, la voluntad del legislador ofrece la solución más justa.

Estas discordancias entre voluntad del legislador y de la ley se dan, sobre todo, cuando los motivos que llevaron al legislador a promulgar aquella ley quedan mal reflejados en ella por un defecto de redacción, resultando, en realidad, promulgado lo que el legislador no quería y, no obstante ese defecto de redacción, es ley lo promulgado[115].

De uno de estos casos dramáticos de contradicción entre voluntad del legislador y voluntad de la ley me he

[114] MAURACH, *Tratado,* cit., t. I, ps. 107 y 108.

[115] MEZGER, *Tratado,* cit., t. I, p. 136.

www.librosderechoperu.blogspot.com

ocupado en un articulo sobre la rehabilitación de los condenados condicionalmente[116].

En esta materia el silencio del Código Penal era absoluto, motivando que aquellas personas a las que se les dejaba en suspenso la pena contra ellas pronunciada, por su falta de peligrosidad y de gravedad del delito cometido, tuvieran que esperar el mismo tiempo para cancelar sus antecedentes penales, que aquellas otras que, por su mayor peligrosidad y gravedad del delito, cumplían efectivamente la pena impuesta. Esta situación, a todas luces injusta, se quiso remediar por una ley de 20 de diciembre de 1952. En la Exposición de Motivos de dicha ley, que refleja claramente la voluntad del legislador, se decía, entre otras cosas, lo siguiente: "asimismo, tratándose de condena condicional, que lleva aneja, como es sabido, un período de prueba de conducta del reo beneficiario, *se incluye aquél en el cómputo del plazo para la cancelación de la correspondiente nota penal"*. Es decir, que al contrario de lo que ocurría con los que efectivamente cumplían la pena, para los que no podía comenzar a computarse el plazo de rehabilitación hasta que no la hubieran cumplido efectivamente, en los condenados condicionalmente ese período de prueba al que se les sometía se incluía también en el cómputo para la cancelación de sus antecedentes penales, cómputo que debía comenzar ahora a partir del pronunciamiento de la sentencia o, mejor dicho, del momento en el que se les concedía el beneficio de la condena condicional.

A pesar de lo terminante del texto de la Exposición de Motivos, el art. 118, párrafo tercero, que se pensaba reformar, quedó redactado, sin duda por un defecto en

[116] Cfr. *El cómputo del tiempo para la cancelación de antecedentes penales de los condenados condicionalmente,* en "Boletín de Información del Ministerio de Justicia", 25/5/1969, n° 807, p. 3.

www.librosderechoperu.blogspot.com

la redacción del texto legal, en un sentido totalmente distinto. Empezándose ahora a computarse el plazo para la cancelación de los antecedentes penales de los condenados condicionalmente, conforme al tenor literal del ya reformado art. 118, *después de haber expirado el plazo de prueba de la suspensión condicional de la pena,* plazo que, según el art. 92, 2º, puede oscilar entre dos y cinco años.

De este modo se había producido el conflicto. Todavía volvió el legislador a manifestar su voluntad en una Orden del Ministerio de justicia de 31 de enero de 1953, pero, lógicamente, dicha Orden no podía subsanar ya el defecto, y el art. 118 quedó con la redacción que le había dado la ley de 1952. Así, de un modo casi ridículo, quedó sin solucionar un problema acuciante para los condenados condicionalmente, porque, además, la Comisión encargada de la cancelación de los antecedentes penales se atuvo estrictamente al texto legal. Hubo que esperar a la reforma de 15 de noviembre de 1971, para que se modificase tamaño despropósito, aunque la reforma tampoco fuera lo satisfactoria que cabía esperar[117].

No me voy a ocupar ahora de si existían otras vías para remediar dicha situación, pero no cabe duda de que este caso es un buen ejemplo para observar esa tensión entre voluntad de la ley y voluntad del legislador.

El Tribunal Supremo ha acudido algunas veces a la voluntad histórica del legislador para interpretar algunos preceptos penales. Así ha ocurrido, por ejemplo, con el art. 50. El párrafo tercero del art. 1 del Código Penal 1848-50 se refería concretamente a supuestos de error

"[7]Cfr. DEL TORO, en *Comentarios,* cit., t. II, ps. 715 y siguientes. Sobre la posición de DEL TORO, puede verse mi trabajo *Comentarios al Código Penal* y *dogmática jurídicopenal,* en "Revista Jurídica de Cataluña", 1975.

www.librosderechoperu.blogspot.com

in persona, declarando expresamente y de un modo general su intrascendencia. Esto llevó a cierto sector doctrinal a pedir su reforma, porque, entendido literalmente, posibilitaba la condena, a título de parricida, del que, queriendo matar a un extraño, daba muerte a su padre. La reforma que en 1870 se produjo dio al precepto un alcance general que antes no tenía, al eliminar toda referencia al error *in persona*, añadiendo, además, una nueva disposición que, al mismo tiempo, era una regla para la determinación de la pena a aplicar en los casos comprendidos en el párrafo tercero del art. 1, que se acababa de reformar. Sea cual fuere, por tanto, la intención del legislador de 1870, lo cierto es que con su reforma se dotó al párrafo tercero del art. 1 -y, en consecuencia, a su derivado, el art. 65, hoy 50- de un alcance general que imposibilita toda reducción de su ámbito a los supuestos de error en la persona. Sin embargo, el Tribunal Supremo sigue considerando que el párrafo tercero del art. 1 se refiere sólo a casos de *error in persona* y de *aberratio idus* relevantes, aplicando a estos casos solamente el art. 50, porque, parece ser, ésta fue la voluntad del legislador[118].

3. *Interpretación sistemática.*— El tercer criterio de interpretación es el sistemático o, como algunos prefieren, el lógico-sistemático[119]. Los Códigos modernos constituyen un todo orgánico y sistemático; las palabras y disposiciones legales están normalmente coordinadas entre sí e integradas en un sentido general. De aquí se infiere que pueda y deba atribuirse un significado lógico

[118] Con alguna excepción como la de la sentencia de 30 de marzo de 1973, ver mi artículo *Del homicidio preterintencional*, en "Revista Jurídica de Cataluña", 1974, ps. 885 y siguientes.

[119] Así, por ejemplo, MAURACH, *Tratado*, cit., t. I, p. 108.

www.librosderechoperu.blogspot.com

a la situación de un precepto en el sistema general de una ley. El legislador no es siempre un buen sistemático, pero esto no implica que sus disposiciones no tengan una lógica interna, como lo demuestran los siguientes ejemplos.

En la doctrina y en la jurisprudencia se plantea el problema fundamental en orden a la consumación del delito de violación, de qué es lo que debe entenderse por la palabra "yaciendo" empleada para tipificar la acción en el art. 429 del Código Penal. Ya he dicho anteriormente que el yacimiento al que se refiere el citado artículo no tiene el mismo significado que en la vida ordinaria. Ahora voy a ocuparme de la fundamentación de esta opinión con un argumento de orden sistemático.

En efecto, en dicho artículo se tipifica como tercera modalidad de la violación el yacimiento con una mujer menor de doce años cumplidos. En este tipo de violación, llamado por la doctrina violación "presunta", la realización de la cópula carnal completa es prácticamente, por razones biológicas, casi imposible o por lo menos difícil en la mayoría de los casos. Con un criterio gramatical habría que estimar el 90 % de los casos incluidos en el número 3º del art. 429 como tentativa o frustración, mientras que con un criterio sistemático no hay razón para no considerar consumados hechos como la *coryuctio membrorum* o la *inmissio penis.* Si la palabra que describe la acción en el art. 429, "yaciendo", es la misma para los tres supuestos considerados violación en el art. 429, deberá entenderse de un modo que abarque también el supuesto del yacimiento con mujer menor de doce anos, bastando, por tanto, con la *conjuctio membrorum* o, por lo menos, con la *inmissio penis.*

El criterio sistemático sirve también para poder salir de ese callejón sin salida en el que sitúa la contradicción entre voluntad del legislador y voluntad de la ley en materia de cancelación de antecedentes penales de los condenados condicionalmente. Una interpretación

www.librosderechoperu.blogspot.com

sistemática obliga aquí a coordinar el art. 118 con los arts. 92 a 97 que regulan la condena condicional. En estos artículos se concede un beneficio a los delincuentes de poca peligrosidad y cuyo acto es de escasa entidad material, evitando que vayan a la cárcel. No hay, evidentemente, razón alguna que impida que este favorecimiento se extienda también a los efectos ulteriores de la pena que se materializan en los antecedentes penales. Sería absurdo que a los condenados condicionalmente se les concediesen las facilidades únicamente a la hora de suspender la ejecución de la pena, en el momento más importante, y se les negasen a la hora de cancelar sus antecedentes penales que es, evidentemente, un momento menos importante, accesorio y ulterior a la pena[120].

También ofrece un criterio sistemático muy importante la ordenación y clasificación de los delitos en la parte especial realizada por el legislador en atención al bien jurídico protegido en ellos. De todos modos este criterio debe ser acogido con algunas reservas, no sólo porque el legislador es un mal sistemático, sino también porque las más de las veces las clasificaciones de los delitos se hacen de un modo arbitrario por razones extracientíficas, culturales e incluso artísticas. Por eso ha pasado ya la época en que los estudiosos del derecho penal aceptaban sin discusión el sistema empleado por el legislador en la parte especial[121]. De todos modos el sistema legal tiene, a veces, consecuencias prácticas

[120] Ver mi articulo antes citado, en "Boletín de Información", p. 10.

[121] El estudio sistemático de la "Parte especial", con un criterio científico, se ha iniciado en España en fechas relativamente recientes, fundamentalmente con los tratados de los profesores QUINTANO RIPOLLÉS y RODRÍGUEZ DEVESA. Ver, también, ORTEGO COSTALES, *Ensayo sobre la parte especial del derecho penal,* La Laguna, 1957; del mismo, "Carta homenaje sobre la estructura del tipo penal", en *Homenaje al profesor Jiménez de Asúa,* Buenos Aires, 1970, ps. 537 y siguientes.

www.librosderechoperu.blogspot.com

difíciles de evitar. Así, por ejemplo, la inclusión del robo con homicidio entre los delitos contra la propiedad impide que se aplique a este delito la agravante de alevosía aplicable, según el número 1 del art. 10, únicamente a los delitos contra las personas, es decir, a los recogidos en el Título VIII del Libro II del Código Penal y nada más.

Junto a esta interpretación sistemática legal existe también una interpretación sistemática científica que, aceptando como punto de partida el sistema legal, ordena y clasifica los preceptos penales sirviéndose para ello de una serie de *reglas o argumentos lógicos*, que se pueden reducir a los siguientes:

— Argumento *a simile* o analógico, por el que se permite aplicar un precepto jurídico previsto para un determinado hecho a otro hecho esencialmente similar no regulado anteriormente.

— Argumento *a contrario*, según el cual la inclusión de un hecho en un precepto jurídico supone la exclusión de otros hechos.

— Argumento *a maiori ad minus*, quien puede lo más puede también lo menos, y su opuesto: *a minori ad maius*, según el cual, quien no puede lo menos tampoco puede lo más.

— Argumento *ad absurdum*, según el cual las leyes no pueden contradecirse.

Todos estos argumentos no son más que categorías lógicas formales, más o menos útiles en el caso concreto, cuya validez e importancia en la resolución de problemas jurídicos no deben ser exageradas, pero que pueden servir de ayuda también a la hora de interpretar las normas jurídicas[122].

[122] Cfr. JESCHECK, *Lehrbuch*, cit., ps. 118 y 119; ENGISCH, *Introducción*, cit., ps. 181 y ss.; KLUG, *Lógicajurídica*, trad. de García Bacca, Caracas, 1961, ps. 150 y ss. (hay una tercera ed. alemana de 1966); DE CASTRO, *Derecho civil de España*, "Parte general" t. I, Valladolid, 1942, p. 394. Ver infra, c y siguientes.

www.librosderechoperu.blogspot.com

4. *Interpretación teleológica.*— Otro importante criterio de interpretación es el llamado criterio teleológico. Con ayuda de este criterio se pretende indagar el fin o *telos* de la ley. En realidad, la ley no puede considerarse un fin en sí misma. La *función* de la ley en relación con un sistema de convivencia es lo que hay que buscar en la interpretación teleológica; debiéndose tener en cuenta no sólo la funcionalidad de la ley en el caso concreto, sino también la del ordenamiento jurídico en su totalidad[123].

El criterio básico en este tipo de interpretación es la *idea de justicia.* Conforme a este principio, hay que dar a cada uno según sus merecimientos y tratar desigual a los que no son iguales. Por eso no debe aplicarse la misma pena, como lo hace el Código en su art. 409, al que mata a otro sencillamente en una riña, que al que lo hace a petición de la víctima; ni tampoco pueden equipararse, a los efectos de la cancelación de antecedentes penales, como ya se ha dicho, al que obtuvo la suspensión condicional de su pena, que al que tuvo efectivamente que cumplirla. También es un principio de justicia inmanente al derecho penal el que hay que castigar más levemente a aquél cuya voluntad criminal era menor y menor la entidad material de su acto. Por eso la idea de proporcionalidad entre delito y pena es también uno de los criterios fundamentales en la interpretación de la ley penal.

Junto a la idea de la justicia y de la proporcionalidad hay también que tener en cuenta los fines políticocrimi-nales que el legislador se propone alcanzar con el establecimiento de sanciones penales[124]. Con una idea retribucionista del derecho penal no puede explicarse

[123] MEZGER, *Tratado,* cit., t. I, p. 139.

[124] En este sentido SCHMIDHÄUSER, *Strafrecht* cit., p. 83; igualmente ROXIN, *Política criminal,* cit., pássim.

www.librosderechoperu.blogspot.com

por qué quedan sin sanción algunos hechos, a pesar de encajar en los tipos penales y ser sus autores culpables. Esto sucede, por ejemplo, con la impunidad que lleva aparejada el desistimiento voluntario en las formas imperfectas de ejecución del delito, que supone, precisamente, la realización de actos punibles constitutivos de tentativa o frustración. Esta impunidad se debe a la finalidad perseguida por las sanciones penales de prevención general y especial. Por eso, porque no es necesario en este caso un castigo desde puntos de vista preventivos, es por lo que se dejan impunes esos actos, en principio punibles, imperfectos de ejecución[125]. Lo mismo puede decirse con algunas instituciones como la condena condicional, la prescripción o la tentativa irreal, que sólo pueden interpretarse y comprenderse con ayuda de criterios preventivos. La idea de una justicia absoluta basada en la idea de retribución exigiría en estos casos la aplicación de una sanción.

En la interpretación ideológica juega un importante papel el criterio del bien jurídico protegido. Para BETTIOL la interpretación teleológica de una norma es "una interpretación que se fuerza en orientar la atención hacia el bien jurídico tutelado por la norma y, por tanto, hacia el fin concreto. El bien jurídico es un concepto teleológi-co, esto es, se identifica con el fin legislativamente pretendido"[126]. Con ayuda de este concepto se pueden excluir del ámbito del derecho penal, desde el primer momento, todas aquellas conductas que ni siquiera de lejos afectan los bienes jurídicos protegidos por la norma penal; así ocurre en los casos de delito absolutamente imposible o tentativa irreal, de falsificación de moneda o

125 p$_{ara\ m}$ás detalles ver mi obra *El desistimiento voluntario de consumar el delito,* cit., pássim. [120] BETTIOL, *Diritto pénale,* cit., p. 121.

www.librosderechoperu.blogspot.com

de firmas de ministros por puro pasatiempo o afán de coleccionista, etcétera.

En último lugar, la interpretación teleológica ha de ser una interpretación dinámica que adapte la ley a las necesidades y concepciones del presente, estableciendo de este modo una conexión entre el momento en que nació la ley y el momento en que se aplica, entre el ayer y el hoy[127].

5. *Relación entre los distintos criterios.*— Tras la exposición de los cuatro criterios clásicos de interpretación, falta tratar un problema que había quedado hasta ahora a un lado. ¿Existe una relación jerárquica entre los distintos criterios de interpretación? El problema se plantea porque, como dice ENGISCH[128], "tenemos que contar con la posibilidad de que los diversos métodos conduzcan a resultados contradictorios, de que, por ejemplo, el sentido literal señale una dirección y que el contexto sistemático o el origen histórico indiquen otra". ¿Cómo resolver estos casos?

En realidad, dice LARENZ[129], "entre los criterios de interpretación expuestos no existe, ciertamente, ninguna relación jerárquica fija en el sentido de que el uno tenga siempre preferencia sobre el otro. Es posible, sin embargo, hacer algunas declaraciones sobre la importancia de estos criterios y sobre su relación mutua". En derecho penal, por imperativo del principio de legalidad, el punto de partida debe ser la interpretación gramatical de texto legal: "nunca está permitido traspasar el 'sentido literal', cuando se trata de penas: *nullum crimen*

[127] MEZGER, *Tratado,* cit., t. I, p. 148.
[128] *Introducción,* cit., p. 110.
[129] *Metodología,* cit. p. 270.

www.librosderechoperu.blogspot.com

sine lege"[130]. Sin embargo, ya se ha dicho que el sentido literal es, a veces, ambiguo u ofrece pocas bases para la interpretación. Por eso hay que acudir siempre a otro criterio para completarlo. El criterio teleológico es el más adecuado y el más importante para interpretar, controlar y adaptar a las necesidades sociales el sentido literal de un precepto. Los criterios sistemáticos y los históricos, aunque también sirven, tienen menos importancia y están subordinados a los otros dos.

De todos modos no se puede absolutizar esta jerarquía. En el epígrafe siguiente me voy a ocupar de una serie de problemas en los que se va a poner a prueba la importancia de estos criterios.

b) *Problemas especiales de interpretación. Interpretación y analogía*

Sabido es que las normas jurídicas se dan con las debidas notas de generalidad, para regular el mayor número de casos posibles que se den en la vida. A pesar de estas notas de generalidad y abstracción, es imposible regular todos los problemas que puedan presentarse al jurista. Existen, por tanto, las llamadas "lagunas del derecho".

En las otras ramas del ordenamiento jurídico, distintas de las penales, el modo de solucionar estas lagunas es el de recurrir a la *analogía*, es decir, el de aplicar una regulación prevista para un determinado hecho a otro similar que no estaba anteriormente regulado. Lo único que se exige es racionalmente la existencia de esa similitud entre el supuesto regulado por la norma y el no regulado por ella, para que a ambos se pueda apli-

[130] ENGISCH, *Introducción*, cit., p. 100.

www.librosderechoperu.blogspot.com

car la misma consecuencia jurídica. La analogía como tal, y puesto que la ley es insuficiente para regular todos los problemas que se presentan, es un magnífico instrumento en la interpretación y aplicación del derecho y es admitida y usada por todos los juristas[131]. Sin embargo, de la aceptación unánime de la analogía están exceptuados los penalistas, por razones que se derivan de la propia naturaleza del derecho penal. De estas razones me voy a ocupar acto seguido.

1. *Analogía a favor y en contra del reo.*— La primera razón por la que se prohibe la analogía en derecho penal es por la vigencia en él del principio de legalidad. Este principio, como conquista histórica irreversible, tiene un profundo significado jurídico, del que deriva la prohibición de fundamentar la responsabilidad penal en otra cosa que no sea en la ley. De este modo se convierte la ley en la única fuente de creación del derecho penal y cuando no existe una ley directamente aplicable al caso que se quiere fallar, debe quedar este caso marginado de las consecuencias jurídicopenales.

Ahora bien, de la vigencia del principio de legalidad no se deriva la prohibición absoluta de la analogía, sino sólo de aquella analogía que va en contra del reo *(analogia in malam partem).* La analogía favorable al reo *(analogia in bonam partem),* por el contrario, es admitida e incluso alabada. La razón de esto obedece también a la vigencia del principio de legalidad, cuya creación se debió a que se consideraba necesario proteger al individuo frente al poder punitivo del Estado[132], y por eso mismo, si de lo

[131] Cfr. LARENZ, *Metodología,* cit., ps. 300 y ss.; ENGISCH, *Introducción,* cit., ps. 185 y ss.; DE CASTRO, *Derecho civil de España,* cit., p. 401; DIEZ PICAZO, *Experiencias jurídicas,* cit., ps. 281 y siguientes.

[132] Ver cap. II, B.

www.librosderechoperu.blogspot.com

que se trata es de evitar la intervención del poder punitivo estatal, no tiene importancia que se excluya de su ámbito algún caso dudosamente subsumible en él. Esta es también la opinión dominante[133]. De esta opinión se apartan, sin embargo, QUINTANO RIPOLLÉS[134] y CÓRDOBA RODA[135]. Para este último, el art. 2 del Código Penal se opone a todo tipo de analogía, tanto desfavorable como contraria al reo, porque dicho artículo obliga al Tribunal a la "rigurosa aplicación" del texto legal, aunque "resultare penada una acción u omisión que, a juicio del Tribunal, no debiera serlo o la pena fuere notablemente excesiva". El argumento de CÓRDOBA, dado el tenor literal del art. 2, es *ciertamente* agudo e inatacable; pero no creo que el art. 2 sea suficiente para impedir el empleo de la analogía favorable al reo, pues, como el mismo CÓRDOBA RODA reconoce[136], con las mismas prescripciones del Código Penal, que admite expresamente las atenuantes por analogía y que no tiene un catálogo cerrado de eximentes, se puede llegar a los mismos resultados que con la aplicación de la analogía favorable al reo.

2. *Analogía e interpretación analógica.*— Distinta de la analogía es la *interpretación analógica*[137]. Las diferencias

[133] Cfr. ANTÓN ONECA, *Derecho penal*, cit., p. 102; RODRÍGUEZ DEVESA, "Parte general", cit., p. 203; RODRÍGUEZ MUÑOZ, notas al *Tratado* de Mezger, cit., t. I, p. 153. Esta es también la doctrina dominante en Alemania -ver, por ejemplo, JESCHECK, *Lehrbuch*, cit., p. 107- e italiana -ver, por ejemplo, ANTOLISEI, *Manual*, cit., ps. 78 y siguientes-.

[134] *Curso de derecho penal*, Madrid, 1963, "Parte general", t. I, p. 198.

[135] En *Comentarios al Código Penal*, cit., t. I, p. 59.

[136] CÓRDOBA, lug. u. citado. Ver cap. II, B, b, 2.

[137] Sobre esta distinción ver JIMÉNEZ DE ASÚA, *Tratado*, cit., t. II, p. 457; ANTÓN ONECA, *Derecho penal*, cit., p. 100.

www.librosderechoperu.blogspot.com

entre una y otra han sido discutidas e incluso negadas por Arthur KAUFMANN[138]. Para este autor la analogía, tanto contraria como favorable al reo, es un magnífico medio para interpretar la ley penal. Es más, prohibir la analogía significa tanto como prohibir la interpretación. Por eso no puede existir diferencia entre analogía e interpretación analógica y, en realidad, así dice Arthur KAUFMANN, todos los juristas, incluidos los penalistas, se sirven, se han servido y se servirán siempre de la analogía. Lo que pasa es que se ha convertido en un tabú, desde que se incluyó la analogía como sustituto del principio de legalidad en el Código Penal nazi. Esta tesis no es acertada.

Desde luego, estructuralmente, analogía e interpretación analógica significan lo mismo: aplicar una regulación legal dada para un caso determinado a otro similar no previsto en dicha regulación. Pero la distinción se establece en el plano material: mientras que la analogía, excepto cuando es favorable al reo, supone una infracción del principio de legalidad, traspasando al "sentido literal posible" del texto legal, la interpretación analógica respeta el principio de legalidad, permaneciendo dentro del "sentido literal posible".

— Analogía es aplicar los preceptos que regulan el delito de hurto a las defraudaciones del fluido eléctrico[139], pues el tenor literal del art. 514, I°, no permite considerar "cosa mueble" a la energía eléctrica.

Analogía es aplicar lo que dispone el párrafo último

[138] KAUFMANN, Arthur, *Analogie und "Natur der Sache", zugleich ein Beitrag zur Lehre vom Typus,* 1965.

[139] Ver cap. II, B, b, 2. El Tribunal Supremo ha hecho uso de este tipo de analogía prohibida en varias ocasiones; ver ANTÓN ONECA, *Derecho penal,* cit., p. 102; RODRÍGUEZ DEVESA, "Parte gene ral", cit., p. 203, nota 9.

www.librosderechoperu.blogspot.com

del art. 499 bis[140], *sólo* aplicable según el "sentido literal posible" a los delitos tipificados en dicho artículo, a las "insolvencias punibles" recogidas en los arts. 519 a 524. Ciertamente, la problemática es la misma en unos y otros delitos: autor sólo puede ser la persona que ostenta las cualidades exigidas en el tipo -las de empresario, deudor, etc.-, y puesto que no cabe exigir ninguna responsabilidad penal de las personas jurídicas, la única manera de poder perseguir estos delitos, cuando se cometen en el ámbito de las tales personas jurídicas, es extender la responsabilidad a las personas físicas que por ellas actúan: los administradores, por ejemplo. Pero, al *no* tener estas personas físicas las cualidades requeridas en el tipo, una tal extensión de la responsabilidad supone una infracción del principio de legalidad[141]. Así que el legislador ha solucionado este problema *ex lege*, pero *sólo* y *únicamente* en referencia a los delitos recogidos en el art. 499 bis. Por lo que, aunque el problema sea el mismo, no se puede traspasar el tenor literal del precepto so pena de incurrir en analogía. — Por el contrario, la interpretación analógica no traspasa ese tenor literal. Así, por ejemplo, para esta-

[140] Dice así este último párrafo del art. 499 bis: "Cuando los hechos previstos en *los números anteriores* fueren realizados por personas jurídicas, se impondrá la pena señalada a los administradores o encargados del servicio que los hubieren cometido o que, conociéndolo y pudiendo hacerlo, no hubieran adoptado medidas para remediarlos. En su caso procederá la responsabilidad civil de la empresa".

[141] De la fundamentación de esta tesis me ocupo en mi libro *El delito de alzamiento de bienes*, ps. 108 y siguientes. En contra, el TS admite la extensión de la responsabilidad penal, en el caso de insolvencias punibles de las personas jurídicas, a las personas físicas que las integran, pero sin una fundamentación que lo justifique, presuponiendo, más bien que creando, dicha fundamentación. Ver sobre todo STS de 1 de diciembre de 1969.

www.librosderechoperu.blogspot.com

blecer el concepto de morada, en el delito de allanamiento de morada, art. 490, cabe acudir a otros sitios del Código Penal donde se emplea el mismo término -arts. 8, 4º, y 508-. Aunque los resultados interpretativos a los que se llegan, según se elija uno u otro precepto, son diferentes[142], desde el punto de vista del principio de legalidad, sin embargo, ambos serían perfectamente válidos por no traspasar el sentido literal posible de la expresión "morada".

Con un mismo ejemplo se puede comprender mejor la distinción entre analogía en contra del reo, prohibida, e interpretación analógica, a favor o en contra del reo, permitida.

Una de las posibilidades que se ofrecen para averiguar, cuando el desistimiento en la tentativa es "voluntario", es la comparación sistemática con la atenuante 9 del art. 9: el arrepentimiento espontáneo[143]. La interpretación dominante del término "arrepentimiento" es la de equipararlo a una motivación ética: "pesar por el mal cometido", es decir, se le da un matiz ético perfectamente compatible con el tenor literal legal. Si, por la semejanza estructural existente entre arrepentimiento y desistimiento, se entendiese que la interpretación que hay que dar de la "voluntariedad" del desistimiento es la misma que la del término "arrepentimiento", se le exigiría a la voluntariedad del desistimiento un matiz ético al que, en principio, es ajena la regulación legal; se traspasaría así el sentido literal posible de la expre-

[142] Sobre todo con respecto a la cuestión de si las "dependencias": "corrales, cuadras, etc." pertenecen también al concepto de "morada". A los efectos del delito de allanamiento de morada, cfr. SUÁREZ MONTES, *El delito de allanamiento de morada*, Madrid, 1968, ps. 13 y 14.

[143] Sobre esto ver mi libro *El desistimiento voluntario de consumar el delito*, cit., ps. 79 y siguientes.

www.librosderechoperu.blogspot.com

sión y se incurriría en analogía que, al reducir notablemente el ámbito de la impunidad por desistimiento, redundaría en perjuicio del reo.

Si, por el contrario, se interpreta la expresión "voluntario" en el sentido en que lo ha sido en el art. 1 del Código Penal: "acciones u omisiones *voluntarias...",* se hace interpretación analógica, pues no se infringe el sentido literal posible que se deriva del término.

De ambas posibilidades interpretativas me he ocupado extensamente en mi libro *El desistimiento voluntario de consumar el delito*[144], rechazando ambas. Pero por razones distintas. En el caso de la comparación con la atenuante de arrepentimiento, porque se hace analogía en contra del reo; en el caso de la comparación con el art. 1, porque la interpretación analógica, correcta desde el punto de vista del principio de legalidad, no solucionaba el problema. En el primer caso, por tanto -y esto es lo que ahora interesa-, se infringe el principio de legalidad; en el segundo no. Y ello, independientemente de que las soluciones que ofrecen tales alternativas sean o no acertadas.

3. *Interpretación extensiva y restrictiva.*— Estrechamente relacionado con el problema de la analogía está el tema de la interpretación extensiva. La interpretación se puede clasificar, en orden a sus resultados, según amplíe o restrinja el tenor literal legal, en interpretación extensiva e interpretación restrictiva. En derecho penal rige para este tipo de interpretación el aforismo *Javorabilia sunt amplianda, odiosa sunt restringenda,* es decir, lo favorable al reo debe ampliarse y lo que le perjudica, limitarse[145].

[144] Últimamente citado, ps. 73 a 83.

[145] DEL ROSAL, *Tratado de derecho penal español,* vol. I, cit., p. 282.

www.librosderechoperu.blogspot.com

La interpretación extensiva es muy parecida a la interpretación analógica, de ahí que la doctrina no las haya delimitado, a veces, con nitidez[146]. Para DÍEZ-PICAZO[147] existe analogía, "cuando trasladamos la norma de un inarco institucional a otro, mientras que operamos por vía de interpretación extensiva si mantenemos la norma dentro de su marco institucional, pero entendemos incluidos en el concreto supuesto de hecho normativo más casos de aquéllos que su literalidad encierra". De acuerdo con esta tesis, interpretación analógica sería considerar incluido en el concepto de "morada" del art. 490 el ámbito que normalmente suele rodearla, como las dependencias, corrales, etc., tal como dispone el art. 508; interpretación extensiva sería llegar al mismo resultado ampliando al máximo el significado literal posible de la palabra "morada".

Una interpretación extensiva del término "violencia" empleado en el art. 496 hace el Tribunal Supremo, al entender que constituye delito de coacciones la violencia que recae sobre los objetos materiales y que indirectamente produce molestias en las personas, como, por ejemplo, el cambio de una cerradura en una puerta para que el inquilino no pueda entrar en la vivienda.

La interpretación restrictiva restringe, en cambio, ese posible significado literal. De ella hace uso el Tribunal Supremo en el delito de estupro, considerando "engaño" tan sólo la falsa promesa de matrimonio y *no* cualquier otra clase de engaño que, como el patrimonial, podría, en principio, subsumirse en el tenor literal de dicha expresión[148]. Una interpretación restrictiva sería

[146] Cfr. DÍEZ PICAZO, *Experiencias jurídicas*, cit., p. 282.

[147] Lug. u. cit., p. 283.

[148] Así STS de 24 de marzo de 1960, 4 de mayo de 1961 y 6 de febrero de 1969.

www.librosderechoperu.blogspot.com

también considerar que la "tenencia" de drogas, a la que se refiere el recientemente modificado art. 344 del Código Penal, se extiende tan sólo a la "tenencia para el tráfico", aunque también cabe en este caso una interpretación extensiva y considerar comprendida en el art. 344 la "tenencia para el consumo".

La elección entre uno u otro tipo de interpretación puede tener, por tanto, consecuencias prácticas importantes; para decidirse por una u otra hay que tener en cuenta el aforismo citado al principio, de que lo favorable al reo debe ser ampliado y lo perjudicial restringido; aunque tampoco esto es una panacea general, pues el criterio de la justicia puede exigir otro resultado. En todo caso, una cosa es segura: cuando la elección entre uno u otro tipo de interpretación sea dudosa, debe aplicarse el principio *in dubio pro reo,* que es un axioma indiscutible del derecho penal[149].

c) *Interpretación, subsunción y aplicación*

La aplicación de las normas jurídicas en la realidad se suele describir como el resultado de un silogismo *modus* BARBARA[150] en el que la premisa mayor la constituye una norma jurídica completa; la inclusión de un "caso" de la realidad en el supuesto de hecho de esa norma jurídica es la premisa menor; y la conclusión es la aplicación a ese caso de las consecuencia jurídica prevista en la norma. Así, por ejemplo:

— El art. 519 del Código Penal dice: "El que se alzare con sus bienes en perjuicio de sus acreedores será cas-

[149] Cfr. DEL ROSAL, *Tratado,* cit., vol. I, p. 282; ANTÓN ONECA, ob. cit, p. 99.

[150] KLUG, *Lógica jurídica,* cit., p. 78.

www.librosderechoperu.blogspot.com

tigado con la pena de presidio menor, si fuera comerciante" (premisa mayor).

— Es así que el comerciante A se ha alzado con sus bienes en perjuicio de sus acreedores (premisa menor).

— Luego, A debe ser castigado con la pena de presidio menor (conclusión).

En este analogismo, la obtención de la premisa mayor, es decir, la averiguación del sentido de la norma jurídica incumbe a la *interpretación;* la obtención de la premisa menor, es decir, la inclusión del caso de la realidad en el supuesto de hecho de la norma jurídica constituye la llamada *subsunción;* y, finalmente, la conclusión es constituida por la *aplicación* de la consecuencia jurídica.

En derecho penal el esquema lógico que se acaba de exponer viene reforzado por dos principios que informan la Administración de justicia penal: el de *oficialidad* y el de *legalidad,* según los cuales los Tribunales han de hacer todo lo necesario para averiguar y sancionar los hechos realmente acaecidos que pudieran ser constitutivos de delito y en esa actuación han de estar sometidos a la ley. Con estos principios se intenta impedir que los Tribunales se irroguen funciones que sólo corresponden al legislador o que actúen arbitrariamente sin sujeción a criterio legal alguno. De este modo la actividad judicial y jurídicopenal en general se presenta como el resultado de un silogismo, perfectamente comprensible con los esquemas de la lógica formal e incluso reducible a esquemas lógicos simbólicos o matemáticos[151].

Pero la realidad de la Administración de justicia ofrece un panorama diferente al que se acaba de describir. La reducción de la actividad jurídicopenal a los esque-

[151] Cfr. KLUG, ob. *u.* cit.; SÁNCHEZ MAZAS, *Cálculo de las normas,* Barcelona, 1973.

www.librosderechoperu.blogspot.com

mas simbólicos de la lógica formal es imposible sin que se pierda una buena parte de lo que constituye la esencia de esta actividad, porque ni la averiguación de los hechos de la realidad y su correspondiente enjuiciamiento jurídico son comprensibles de un modo absolutamente lógico ni tampoco los citados principios de oficialidad y legalidad rigen como parece deberían regir. Así, por ejemplo, observa CÓRDOBA RODA que "si examinamos el efectivo modo de operar de la jurisprudencia en la *realidad*, obtendremos, sin embargo, una imagen muy distinta de aquella que resulta de la rigurosa aplicación de los indicados principios de oficialidad y legalidad. Por un lado, los hechos que, *como probados*, se someten a la aplicación de las normas jurídicas, difieren de los hechos *tal como* se han producido en la realidad. Por otro, los Tribunales, al llevar a cabo su función enjuiciadora, no sólo acuden a los preceptos legales, sino, además, a otros elementos situados propiamente *fuera de la ley*"[152]. Seguidamente analizaré por separado los problemas inherentes a la comprobación de los hechos y a su enjuiciamiento jurídico.

1. *La determinación del hecho.*— Punto de partida de toda la actividad jurídica es el *hecho* que surge como problema de la realidad y que se trata de subsumir en el supuesto de hecho de la norma jurídica. Para ello hay que empezar por constatar ese hecho tal como se ha producido en la realidad. Esta es una tarea no exenta de dificultades, ya que normalmente cuando alguien se enfrenta con el problema de si un hecho ha sucedido realmente, el hecho no ha sido percibido directamente por él y es ya pretérito.

[152] CÓRDOBA RODA, *Consideraciones sobre la jurisprudencia penal*, cit., ps. 119 y 120.

www.librosderechoperu.blogspot.com

La primera misión del juez consiste, pues, en reconstruir los hechos tal como *aproximadamente* se dieron en la realidad. Esta labor de reconstrucción sólo puede ser aproximada a la realidad, dado que es imposible reproducir el hecho ya producido en todos sus detalles. La situación de las personas y las cosas cambia con el tiempo y el hecho reproducido tiene que ser necesariamente distinto, en mayor o menor grado, del que realmente sucedió.

Para esta reconstrucción aproximada de los hechos posiblemente constitutivos de delito, el juez o tribunal se sirve de una serie de elementos que solamente son "indicios" de cómo esos hechos efectivamente se produjeron[153]. Entre estos indicios se cuentan la inspección ocular, los documentos, los testigos y peritos, la confesión del propio acusado y cuantos otros medios de prueba sean admisibles en derecho. La función indiciaria de cada uno de estos medios de prueba viene condicionada por el hecho que se trata de probar. Así, por ejemplo, un documento en el que se refleje un contrato simulado de compraventa es el mejor medio de prueba de un alzamiento de bienes o de una estafa. La pericia caligráfica puede ser el mejor medio de demostrar una falsedad documental. El informe médico pericial puede ser decisivo para averiguar las causas de la muerte o la naturaleza de unas heridas, etcétera. De todos modos, debe advertirse que nunca o casi nunca puede darse a estos

[153] Estoy de acuerdo con ENGISCH, *Introducción,* cit., p. 71, en el sentido de que "la mayoría de las veces la prueba judicial es una 'prueba de indicios', es decir, una prueba obtenida mediante conclusiones deducidas de 'indicios' que corresponden a los hechos relevantes inmediatos que hay que comprobar". De otra opinión LARENZ, *Metodología,* cit., p. 219, nota 20, que excluye del concepto de "indicios" las declaraciones de un perito, de un testigo o de alguien que tomó parte en el acontecimiento.

www.librosderechoperu.blogspot.com

"indicios" un valor absoluto. Naturalmente se puede sacar de ellos siempre una conclusión, pero, como dice ENGISCH, "en realidad se trata siempre de una conclusión válida con diferentes grados de probabilidad"[154].

De todos estos elementos de prueba, el más difícil y complejo y el de valor más dudoso respecto de la conclusión es la prueba testifical. Las declaraciones de los testigos presenciales de los hechos son a menudo contradictorias; es más, son los propios testigos los que, con sus declaraciones, deforman, consciente o inconscientemente, la realidad. De un atentado político presenciado por varias personas, una dirá que los terroristas iban en un coche azul, otra dirá que el coche era verde y que además no llevaba placa de matrícula, una tercera dirá que oyó tres disparos, una cuarta dirá que sólo oyó uno, una quinta no querrá decir nada por temor a las represalias o a buscarse complicaciones, etcétera. Alguno de los datos aducidos será irrelevante a los efectos de la subsunción jurídica del hecho, por ejemplo, el color del coche, pero también suele ocurrir que se omitan datos que puedan tener alguna significación para el enjuiciamiento jurídico. De todas estas declaraciones debe extraer el juez aquello que le interesa y desechar lo irrelevante, teniendo siempre en cuenta para ello la interpretación dada a los elementos del supuesto de hecho y las consecuencias jurídicas que de la subsunción de los hechos se derivaran.

Iguales o mayores dificultades presenta la averiguación o determinación del autor o autores del hecho. La tarea de la subsunción es también la de individualizar el "quién" anónimo de la norma jurídica, en una persona o personas concretas a las que imputar el hecho ave-

[154] ENGISCH, *Introducción*, cit., p. 72.

www.librosderechoperu.blogspot.com

riguado. También para ello sirven los "indicios" antes señalados. Siguiendo con el ejemplo del atentado político, un testigo dirá que vendió al acusado una pistola, con la que, según el perito en balística, se hicieron los disparos. Pero estos datos son sólo mediatamente relevantes para la identificación del autor del hecho. También puede suceder que el que compró la pistola la haya vendido posteriormente a un tercero. Pero el indicio que supone la declaración de los testigos puede ser importante si se añaden otros, e incluso uno de ellos puede ser tan decisivo que sobren los demás, por ejemplo, si varias personas atestiguan que vieron al acusado cuando éste disparaba sobre la víctima.

La Ley de Enjuiciamiento criminal regula la forma y el modo en que ha de practicarse este tipo de pruebas con el fin de que se pueda llegar a reconstruir, lo más exactamente posible, la realidad de lo sucedido[155]. La misma regulación legal puede ser, sin embargo, un obstáculo para el averiguamiento de la verdad. En el derecho procesal penal la práctica de la prueba viene limitada en tiempo y forma, se exceptúa del deber de testificar a determinadas personas que tienen una relación de parentesco con el acusado, etcétera. El tribunal sólo en base a estas pruebas o indicios, practicadas con las limitaciones legales, deberá fijar el "hecho" que debe subsumir en el supuesto de hecho de la norma penal. En todo caso el art. 741 de la Ley de Enjuiciamiento criminal dispone que el tribunal debe apreciar las pruebas practicadas en juicio "según su conciencia".

De este modo se va operando un progresivo proceso de simplificación, de deformación y aun de mutación de

[155] El estudio de esta problemática pertenece al derecho procesal penal, y a las obras especializadas en esta materia me remito.

www.librosderechoperu.blogspot.com

los hechos realmente sucedidos, que repercute, por supuesto, en el enjuiciamiento jurídico global y en toda la actividad jurídicopenal.

A estas "impurezas" procesales que imponderablemente deforman el hecho realmente sucedido, hay que añadir otras razones de tipo extrajurídico o político que también impiden su correcta constatación. La moderna criminología ha puesto de relieve que no todos los hechos constitutivos de delito, aunque sean conocidos, son castigados o reprimidos judicialmente[156]. En esta selección de los hechos a castigar entran en juego una serie de razones políticas o económicas difícilmente controlables, pero de una realidad innegable. Entre estas razones se cuentan el excesivo costo de las investigaciones judiciales, determinadas actitudes valorativas de la judicatura en orden a la persecución penal de algunos delitos, etcétera. De todo esto deduce CÓRDOBA RODA que "los hechos que *como probados* son sometidos a la función judicial, difieren en buena medida de los hechos tal como efectivamente han tenido lugar en la historia. A la descripción que de ellos ofrecen las sentencias, se llega tras un complejo proceso de selección y de transformación de la realidad. En virtud del conjunto de actividades que se inician a partir del conocimiento por la Administración de justicia de un determinado hecho punible y que concluyen con la descripción por el juzgador de los hechos sometidos a un conocimiento, no sólo tiene lugar un progresivo estrechamiento de la realidad, que va a servir de base a la aplicación de la norma penal, sino además, una mutación de esa propia realidad. En suma, la imagen de los hechos efectivamente producidos en la historia difiere notablemente de la ima-

[156] Así la teoría del "Labeling Approach", cfr. ZIPF, *Kriminalpolitik*, cit., ps. 79 y siguientes.

www.librosderechoperu.blogspot.com

gen que de ellos nos ofrece el conjunto de sentencias integrantes de la jurisprudencia penal"[157].

2. *Enjuiciamiento jurídico.*— A la determinación del hecho y su autor sigue el *enjuiciamiento jurídico de ese hecho* o subsunción en sentido amplio[158]. Se trata de un proceso muy complejo que va desde la simple subsunción lógica o subsunción en sentido estricto hasta los más complejos juicios valorativos. Este complejo se puede contemplar desde diversas perspectivas.

— Desde el punto de vista del *lenguaje* se trata de convertir el lenguaje coloquial en un lenguaje jurídico, es decir, convertir las palabras que designan los elementos tácticos en conceptos jurídicos. De este modo se convierte el lenguaje en un instrumento mediador entre la premisa mayor (la norma jurídica) y la premisa menor (los hechos), que posibilita la aplicación de la conclusión. Desde el punto de vista lingüístico, la función de la subsunción consiste, pues, en adaptar la terminología coloquial a la terminología jurídica[159].

— Desde el punto de vista estructural, la subsunción supone la *concreción* de la norma necesariamente abstracta y general en el caso concreto y particular que hay que juzgar. De este modo aparece el derecho penal, y el derecho en general, no como un conjunto de normas abstractas, sino como el conjunto de preceptos que rigen en concreto los hechos de la vida social[160].

— Desde el punto de vista psicológico, la subsunción supone un acto de *decisión* del juzgador, en el que, se

[157] CÓRDOBA RODA, lug. u. citado.

[158] Cfr. LARENZ, *Metodología,* cit, p. 224, nota 31.

[159] Cfr. ESSER, *Vorverständnis,* cit., ps. 49 y 50.

íeo Qf$_r$ ENGISCH, *La idea de concreción en el derecho* y *en la ciencia jurídica actuales,* trad. de Gil Cremades, 1968.

www.librosderechoperu.blogspot.com

quiera o no confesarlo, influyen como "pre-juicios" y "prejuicios" elementos que se encuentran fuera o más allá de la ley[161]. De este modo se pone de relieve que lo que el legislador aplica es *algo mas que la ley*[162] y que, por tanto, también hay que tener en cuenta ese algo más, para enjuiciar de un modo totalizador la actividad jurídica.

El problema fundamental de la subsunción consiste en relacionar los preceptos jurídicos abstractos con el hecho real concreto[163]. El estadio previo de la subsunción es la interpretación de la ley, es decir, que antes de la subsunción hay que aclarar primero el sentido de la premisa mayor a aplicar[164]. Para ello hay que tener en cuenta todo lo que antes se ha dicho sobre la interpretación de la ley. Pero ahora no se trata de interpretar, por ejemplo, el concepto de "cosa mueble" en el art. 514 del Código Penal, sino de incluir en ese concepto, que se supone ya interpretado, una cosa determinada, por ejemplo, la energía eléctrica o la energía genésica animal. Esta tarea se dificulta tanto más, cuando el concepto jurídico es demasiado genérico o implica un juicio valo-rativo del juzgador.

El término "morada", en el art. 490, plantea el problema de si pueden subsumirse también en él las dependencias ajenas a una casa habitada, la *roulotte* de un turista o la habitación de un hotel. La solución depende

[161] En este sentido ESSER, ob. citada. Esto no quiere decir que se trate de una serie de elementos emocionales "irracionales" o "incontrolables", en el sentido que fueron entendidos por los par tidarios de la creación libre del derecho desde Rümelin a Isay; cfr. ENGISCH, *Introducción,* cit., p. 69.

[162] CÓRDOBA RODA, lug. u. citado.

[163] ARZT, *Die Strafrechtsklausur,* Munich, 1973, p. 6; MAURACH-GÖSSEL, *Fälle und Lösungen,* 2ª ed., 1973, ps. 18 y siguientes.

[164] JESCHECK, *Lehrbuch,* cit., p. 120.

www.librosderechoperu.blogspot.com

de cuáles sean los elementos fundamentales del concepto jurídico y de la finalidad perseguida con la creación del delito de allanamiento de morada. Si por morada se entiende todo espacio, total o parcialmente acotado, que evidencie la voluntad de una persona de excluir a otras, y si la finalidad de la ley es la de proteger la intimidad de esa persona, no cabe duda de que los citados lugares pueden incluirse en el concepto de morada, por más que no lo sean según el sentido dado a la palabra "morada" en el lenguaje coloquial[165].

La subsunción se dificulta aún más, cuando los conceptos jurídicos son conceptos valorativos. El concepto de "deformidad", en el art. 420, 3º, es un concepto valo-rativo, estético, que implica siempre una valoración subjetiva del juzgador ante el caso concreto. ¿Es una "deformidad", en el sentido de la ley, la pérdida de dos dientes a consecuencia de un puñetazo? ¿Y la cicatriz que deja una puñalada en el vientre de la víctima? La solución en estos casos no puede ser unívoca, porque la valoración de tales hechos desde el punto de vista estético-funcional depende de muchas circunstancias: edad de la víctima, sexo, profesión, etcétera. Así, por ejemplo, la cicatriz en el vientre puede considerarse deformidad en una chica joven que probablemente no podrá exhibirse en "bikini", y aun también la pérdida de los dientes, pero quizás haya que cambiar el juicio cuando se trate de una anciana. En otros casos la valoración puede ser más objetiva, así, por ejemplo, nadie dudará en considerar deformidad una cojera a consecuencia de la herida o una cicatriz grande en el rostro. El juez es, en estos casos, el portador de las valoraciones dominantes en la sociedad, lo que supone un "pre-juicio" o

[165] Cfr. SUÁREZ MONTES, *El delito de allanamiento de morada*, cit., ps. 12 y ss.; STS de 5 de octubre de 1974.

www.librosderechoperu.blogspot.com

acaso un "prejuicio" que condiciona la subsunción. Los mismos problemas se dan en el delito de escándalo público, pues aquí el juez puede subsumir en los términos "pudor o buenas costumbres" hechos que probablemente se estimen atentatorios contra estos conceptos, como la práctica de actos sexuales en público o el exhibicionismo, pero también hechos cuya incompatibilidad con el pudor o las buenas costumbres actuales es dudosa, como la exhibición o exposición de desnudos. Es evidente que en estos casos las concepciones morales del juzgador juegan un papel importante en la subsunción.

La subsunción plantea también algunos problemas, cuando los conceptos jurídicos dejan un amplio espacio de decisión al juzgador. El concepto de "recién nacido" en el delito de infanticidio es una buena prueba de ello. El actual Código Penal ha renunciado, a diferencia de los anteriores al de 1932, a fijar un plazo determinado en la constatación de este requisito del tipo. Esto hace posible que pueda entenderse por tal incluso un niño de algunas semanas. Esta subsunción es plausible, si se tiene en cuenta la finalidad perseguida con la creación del delito de infanticidio como tipo privilegiado respecto de los demás delitos contra la vida humana independiente. Lo decisivo en este delito y lo que constituye el motivo del privilegio es que se actúe "para ocultar la deshonra de la madre". Así, en tanto sea esto posible -porque el embarazo no haya sido notorio y el nacimiento del niño no sea conocido-, podrá estimarse como infanticidio la muerte de un niño de algunas semanas.

La función del juzgador no es sólo importante en la subsunción de los hechos reales en la norma, sino también en la determinación de lo que rige en concreto la vida social. En esta materia hay que tener en cuenta, como ya se ha dicho, también los elementos que se encuentran fuera de la ley, pero que condicionan su aplicación.

www.librosderechoperu.blogspot.com

Algunos de estos elementos proceden de la doctrina que ha creado diversas teorías que sólo mediatamente encuentran reflejo en la ley. Entre estas teorías se hallan, por ejemplo, la de la relación de causalidad adecuada o la teoría del dolo en el tratamiento del error de prohibición vencible, que sirven para excluir del ámbito de la subsunción en la norma un gran número de casos que teóricamente son subsumibles en ella.

También la jurisprudencia ha creado por su parte teorías al margen de la ley o incluso en contra de ella. Entre las primeras se encuentra la teoría del delito continuado, según la cual se considera como un solo delito una pluralidad de acciones, siempre que exista unidad de sujetos, de propósito lesivo, de ley violada, de tiempo y de ocasión, amén de la indeterminación procesal de tales acciones. De ese modo se puede subsumir en este concepto y ser tratados como un solo delito una pluralidad de hurtos, de estafas o de apropiaciones indebidas que, en principio, deberían ser individualizadas y castigadas conforme a las reglas del concurso de delitos[166]. Ejemplo de las segundas es la interpretación jurisprudencial del párrafo primero del art. 166 que permite subsumir en este precepto las reuniones o manifestaciones de personas que hayan sido prohibidas *ad hoc* por la autoridad administrativa[167]. El análisis de las motivaciones de este proceder rebasaría ahora los límites de este trabajo.

Para terminar este epígrafe sólo unas líneas sobre la *determinación de la consecuencia jurídica.* En derecho penal es casi imposible determinar con absoluta seguri-

[166] Sobre las razones de este proceder jurisprudencial y las causas de su posterior evolución a la tesis del *delito masa,* ver SAINZ CANTERO, *El delito masa,* en "Anuario de Derecho Penal", 1971, ps. 664 y siguientes.

[167] Ver cap. I, A, b, 1.

www.librosderechoperu.blogspot.com

dad la consecuencia jurídica justa para un hecho concreto. Ya HEGEL tuvo que confesar, a pesar de ser partidario de una teoría absoluta retribucionista de la pena, que "no es posible determinar razonablemente si lo justo es una multa de cinco táleros o de cuatro táleros y veinticinco centavos o una pena de prisión de un año o de 364 días[168]. Nuestro Código Penal no ordena ninguna pena exactamente determinada, sino que deja un amplio marco dentro del cual decide el juzgador en atención a la concurrencia de las circunstancias agravantes y atenuantes. Pero, como observa CÓRDOBA RODA, el Código Penal no es tan generoso con el juzgador como éste ha creído. Así, por ejemplo, las reglas 4ª y 7ª del art. 61 dejan al arbitrio del tribunal la fijación del grado y extensión de la pena dentro del grado, pero obliga *preceptivamente* para ello a tener en cuenta la mayor o menor gravedad del hecho o la personalidad del delincuente. La jurisprudencia, dice CÓRDOBA, ha extendido, sin embargo, estos márgenes, al afirmar que "la fijación del *quantum* de la pena dentro del grado es facultad del juzgador, cuyo arbitrio y *criterio al usarlo,* no puede ser revisado en casación"[169]. Con ello se demuestra una vez más que la exacta determinación de la pena es un acto de decisión que implica siempre una valoración subjetiva del juzgador. "El arbitrio del juez penal para la consecuencia jurídica no es, pues, sólo un *arbitrio de juicio,* sino -como dice LARENZ- *un arbitrio conformador*"[170].

Citado por LARENZ, *Metodología,* cit, p. 244. CÓRDOBA RODA, ob. u. cit., p. 125. LARENZ, *Metodología,* cit., p. 245.

www.librosderechoperu.blogspot.com

B) SISTEMA

La segunda fase de la dogmática jurídicopenal, la sistemática, constituye la tarea fundamental del penalista científico; para algunos la actividad jurídica verdaderamente científica es la puramente sistemática, basándose en la distinción de IHERING entre jurisprudencia inferior y jurisprudencia superior y reservando a esta última el nombre de ciencia[171]. Más adelante me ocuparé críticamente de estas exageraciones del pensamiento sistemático; pero de lo que no cabe duda y conviene resaltar desde el principio es que, sin un sistema, mal se puede concebir una actividad como científica. El sistema implica la unidad, la falta de contradicciones, la congruencia de las partes con el todo, etcétera. El sistema no puede, sin embargo, resolver todos los problemas que el conocimiento y la aplicación de las normas jurídicas plantean; pero aunque pudiera hacerlo, no siempre son las soluciones sistemáticas las más correctas desde el punto de vista de una justicia material; el sistema no es el fin de la ciencia, sino un mero instrumento, muy importante eso sí, puesto a su servicio[172].

El estudio sistemático del derecho penal con ciertas pretensiones científicas es un producto de la época de la codificación, aunque con antecedentes inmediatos en el pensamiento ilustrado del siglo xvm. La elaboración de un Código Penal y la regulación de toda la materia penal suponen un cierto grado de sistematización y reducción de la complejidad, no siempre conseguido, pero

[171] Cfr. ANTOLISEI, *Manual* cit., p. 20.

[172] En este sentido RODRÍGUEZ DEVESA, "Parte general", cit., p. 49. Contra los excesos del sistema, cfr. ROXIN, *Política criminal*, cit., p. 17 y pássim.

www.librosderechoperu.blogspot.com

por lo menos sí intentado. La distinción entre parte general y parte especial fue el punto de partida para una elaboración sistemática del derecho penal; después vendrían las clasificaciones de los delitos en especie según el bien jurídico protegido en ellos[173], la elaboración de una teoría general del delito y de la pena, etcétera. De estos logros sistemáticos, algunos se pueden estimar irreversibles, otros son, por el contrario, vivamente discutidos.

La polémica sistemática más importante de los últimos cien años en el ámbito del derecho penal es, sin lugar a dudas, la polémica sobre el sistema de la teoría general del delito; también es la más importante en la práctica, tanto que se han reducido a ella, quizás exageradamente, todos los problemas sistemáticos que plantea el derecho penal. Tales problemas han sido cultivados principalmente en Alemania, extendiéndose después la discusión a otros países como Austria, Suiza, Italia, España, algunos países sudamericanos, Grecia, Japón, Corea, etc., constituyendo hoy un instrumento de trabajo indispensable para el penalista que quiere llegar a conocer con certeza su derecho positivo[174].

En esta parte, dedicada a la sistemática, rae voy a ocupar únicamente del sistema de la teoría general del delito, el único discutido hoy día y con eficacia práctica. Pero en contra del criterio que he seguido hasta ahora, abordo esta parte de la dogmática jurídicopenal única-

[173] Aunque este criterio es insuficiente y debe ser completado con otros referentes a los sujetos, objetos, resultado, medios, lugar, etc. Ver ORTEGO COSTALES, *Introducción a la parte especial*, cit., y *Carta homenaje...*, citado.

[174] Cfr. JESCHECK, *Lehrbuch*, cit., ps. 149 y ss.; RODRÍGUEZ DEVESA, "Parte general", cit., ps. 274 y ss.; GIMBERNAT ORDEIG, *¿Tiene unjuturo la dogmática jurídicopenal?*, cit., ps. 106 y siguientes.

www.librosderechoperu.blogspot.com

mente desde un punto de vista histórico-crítico y ello por dos razones.

En primer lugar, porque somos herederos, en mayor o menor grado, de un sistema que, merced a los esfuerzos de la doctrina alemana principalmente, se caracteriza por el predominio de los aspectos jurídicos del delito y sus consecuencias. Y éste es el sistema que se ha impuesto también en la ciencia española del derecho penal.

En segundo lugar, porque los modernos sistemas actualmente dominantes en la ciencia del derecho penal no suponen en modo alguno una serie de nuevos postulados que suplanten al anterior; la crítica al sistema clásico no ha significado la construcción de un sistema fundamental distinto. Los conceptos fundamentales de la teoría del delito -acción, tipicidad, antijuridicidad y culpabilidad- no han sido, todavía, abandonados o sustituidos por otros, ni parece que vayan a serlo en un futuro inmediato. Características de la actual ciencia del derecho penal es el escepticismo con que algunos manejan estas categorías y el relativismo que todo sistema lleva implícito.

Mi tarea se va a limitar, por tanto, en este lugar, a una exposición crítica del actual sistema del derecho penal, desde sus orígenes hasta el momento presente. No he pretendido en ningún momento la elaboración de un nuevo sistema, lo que excedería de mis posibilidades actuales y de las exigencias que me he marcado aquí.

a) *EVOLUCIÓN DEL SISTEMA DE LA TEORÍA GENERAL DEL DELITO*

El sistema de la teoría del delito es, tal como aparece en el *Tratado* del primer gran sistemático del derecho penal, Franz VON LISZT, un sistema categorial clasificador, usando esta expresión en el sentido empleado por

www.librosderechoperu.blogspot.com

RADBRUCH[175]. En este sistema, partiendo del concepto general de ilícito, común a todo el ordenamiento jurídico, se levantaba el edificio del delito en la forma de una pirámide conceptual, a través de un proceso de abstracción en el que, peldaño a peldaño, pasando por sus diferentes elementos esenciales, se llegaba al concepto superior omnicomprensivo de acción[176].

En dicho sistema se plasmaba perfectamente el papel que VON LISZT asignaba a la ciencia del derecho penal. Mientras que en la política criminal, comprensiva de lo que hoy llamamos criminología, debían incluirse los métodos adecuados para solucionar los problemas político-sociales que el delito y la pena plantean, la ciencia del derecho penal en sentido estricto, es decir, la dogmática jurídicopenal, tenía como misión que "formular bajo un aspecto puramente técnico-jurídico, y basándose en la legislación, los delitos y las penas como generalizaciones ideales, desarrollar las prescripciones particulares de la ley, elevándose hasta las ideas fundamentales y los últimos principios, para formar un sistema cerrado; exponer en la parte general del sistema el concepto de crimen y pena, en general; y en la especial la seriación de los crímenes en particular y de las penas legales". La ciencia del derecho penal se convertía así en una ciencia puramente sistemática, pues sólo la ordenación de los conocimientos en forma de un sistema garantiza aquel dominio sobre todas las particularidades, seguro y siempre dispuesto, sin el cual la

[175] RADBRUCH, "Zur Systematik der Verbrechenslehre", publicado primeramente en el *Frank-Festgabe*, 1930, y recogido después, junto con otros trabajos suyos, en un libro titulado con el nombre de su escrito de habilitación; *"Der Handlungsbegriff in seiner Bedeutung für das Strafrechtssystem"*, 1967, ed. por Arthur Kaufmann.

[176] ROXIN, *Política criminal*, cit., p 35.

www.librosderechoperu.blogspot.com

aplicación del derecho es siempre diletantismo, abandonada al acaso y a la arbitrariedad"[177].

De acuerdo con estas premisas ideológicas, construyó VON LISZT el sistema del delito que todavía hoy sigue vigente en sus líneas fundamentales y a cuya exposición voy a dedicar el siguiente apartado[178].

1. *El sistema de VON LISZT y BELING.*— El primero definía el delito como "acto culpable, contrario al derecho y sancionado con una pena"[179]. El centro de esta definición lo constituía el acto, la acción entendida como un proceso

[177] VON LISZT, Tratado, cit., t. I, p. 6. Sobre las razones ideológicas de este planteamiento dualista, ver cap. III, A, a, 4, y DE FRANCESCO, *In tema di rapporti tra política crimínale e dommatica*, cit., ps. 27 y siguientes.

[178] Por supuesto que no voy a exponer aquí de un modo exhaustivo la evolución de la sistemática de la teoría general del delito, sino sólo la de sus hitos fundamentales. La evolución es, por lo demás, conocida por todos los que medianamente están informados de los problemas actuales del derecho penal. La información sobre este punto en lengua castellana es de por sí suficiente, ver, por sólo citar las obras generales, JIMÉNEZ DE ASÚA, *Tratado*, cit., t. III, Buenos Aires, 1951, ps. 50 y ss.; DEL ROSAL, *Tratado*, cit., vol. I, ps. 456 y ss.; RODRÍGUEZ DEVESA, "Parte general", citada, ps. 274 y siguientes.

[179] *Tratado*, cit., t. II, p. 254. Debe advertirse, como observa RODRÍGUEZ DEVESA, "Parte general", cit., p. 274, nota 15, que existen, en la versión española de la obra de Liszt, algunas imprecisiones terminológicas debidas a no estar, por aquella fecha, suficientemente desarrollados los términos jurídicopenales que después se han hecho dominantes en el lenguaje técnico penal español; así, por ejemplo, se antepone, en la definición, la culpabilidad a la antijuridicidad o se le da a ésta el nombre más inespecífico de "ilicitud". Dichas imprecisiones desaparecen con la traducción del *Tratado* de MEZGER, llevada a cabo impecablemente por Rodríguez Muñoz, quien acuñó realmente la terminología técnica penal española moderna. A pesar de esto, utilizo la traducción de Liszt realizada por Jiménez de Asúa porque, entre otras razones, es la más asequible al lector de habla castellana.

www.librosderechoperu.blogspot.com

causal, como un movimiento corporal que producía un cambio en el mundo exterior perceptible por los sentidos[180]. Este acto debía ser, además, contrario a derecho, es decir, antijurídico, concibiendo, pues, la antijuridicidad como una simple valoración del acto, del proceso causal objetivo externo[181]. Con ello aceptaba el concepto de antijuridicidad objetiva desarrollado por IHERING quien, superando la confusión reinante en esta materia en el ámbito del derecho civil, había destacado que también la lesión objetiva de las normas jurídicas produce consecuencias jurídicas[182]; pero naturalmente no bastaba en derecho penal con la valoración del acto, a ella añadió VON LISZT la valoración del autor de ese acto, es decir, la culpabilidad concebida en un sentido meramente psicológico como la relación subjetiva entre el acto y su autor, formando así las llamadas formas de la culpabilidad, dolo y culpa, precedidas por la constatación de la capacidad psíquica del autor, la llamada imputabilidad[183]. Estas tres características: acción, antijuridicidad y culpabilidad, formaban la esencia del concepto de delito, aunque a veces era necesario, además, añadir algunas características que condicionaban todavía el castigo, pero que no tenían nada que ver con el acto mismo ni con sus elementos, y que debían considerarse separadamente, las llamadas condiciones objetivas de puni-bilidad, excusas absolutorias, etcétera[184].

[180] VON LISZT, lug. cit., ps. 284 y siguientes.

[181] VON LISZT, lug. cit., p. 324.

[182] Cfr. IHERING, *Das Schuldmoment im römischem Priuatrechí*, 1867, citado por JESCHECK en *Lehrbuch*, cit., ps. 153 y 154. Sobre la influencia de Ihering en el pensamiento de VON Liszt, ver SHMIDT, *Einführung*, cit., p. 357.

[183] VON LISZT, lug. cit., ps. 375 y siguientes.

[184] VON LISZT, lug. cit., p. 442.

www.librosderechoperu.blogspot.com

El esquema que se acaba de describir se distinguía por su sencillez y claridad: la valoración del acto, concebido de un modo causal-objetivo, constituía la *antijuridicidad;* la valoración del autor y de los componentes subjetivos del delito pertenecía a la *culpabilidad.* Faltaba todavía, sin embargo, un elemento que diese consistencia a estas valoraciones y las vinculase a la norma jurídica positiva. La acción, de cuya valoración se trataba, debía, por imperativo del principio de legalidad, encajar en la descripción contenida en las normas penales. El descubrimiento de esta tercera característica, meramente formal, pero importantísima, fue obra de BELING quien denominó a la adecuación de una acción a la descripción contenida en la norma penal *tipicidad*[185]. La tipicidad no tenía para BELING ningún significado valo-rativo, era simplemente la descripción del suceso objetivo externo en la norma penal, la subsunción en ella no significaba todavía nada, pero era el punto de referencia de las sucesivas valoraciones y se convertía así en una característica conceptual del delito[186].

En esta consideración del delito como acción típica, antijurídica y culpable, amenazada con una pena, se agotaban todas las posibilidades de análisis del hecho punible y se daban las bases para una discusión y evolución que todavía está vigente.

2. *El neokantismo y su influencia en la transformación del sistema.*— La primera quiebra de este sistema comienza a aparecer en su propia base, en el concepto de acción. Pronto se demostró que el concepto causal de acción era incapaz de sostener todo el edificio de la teo-

[185] BELING, *Die Lehre vom Verbrechen,* 1906.

[186] BELING, ob. u. cit., ps. 23 y siguientes.

www.librosderechoperu.blogspot.com

ría del delito. En 1904 demostró RADBRUCH la imposibilidad de reducir los conceptos de acción y omisión a un denominador común, pues en la omisión no hay movimiento corporal alguno y es por esencia la negación de una acción[187]. Más adelante propuso el mismo RADBRUCH que el concepto de acción se sustituyera por el más concreto de *realización del tipo*[188]. Lo mismo se podía decir de los delitos de mera actividad, porque también en ellos faltaba el movimiento corporal y así, por ejemplo, la esencia de las injurias verbales no radica, como decía VON LISZT, intentando salvar un poco ridiculamente el concepto causal de acción, en la "inervación de las cuerdas vocales", sino en el significado social que se les atribuye.

Al mismo tiempo empezó a mostrarse también la quiebra de la tajante separación entre antijuridicidad y culpabilidad, según el binomio objetivo-subjetivo. En algunos delitos, como el hurto o la injuria, era imposible calificar la acción como antijurídica, si no se recurría, desde el primer momento, a determinados elementos subjetivos: el ánimo de apropiarse de la cosa mueble en el hurto, el *animus injuriandi* en la injuria, etcétera. El descubrimiento de este dato hecho por Fischer en el ámbito del derecho civil, fue trasplantado al derecho penal por HEGLER, H. E. MAYER y MEZGER, siendo este último el que mejor ha desarrollado y analizado sus consecuencias[189]. De ahora en adelante ya no se podrá decir que todo lo objetivo pertenece a la antijuridicidad y todo lo subjetivo a la culpabilidad.

La confusión que este hecho pudo originar entre las

[187] RADBRUCH, *Der Handlungsbegriff*, cit., p. 143.

[188] RADBRUCH, *Zur Sistematik der Verbrechenslehre*, cit., p. 162.

[189] MEZGER, *Tratado*, cit., t. I, ps. 347 y ss.; cfr. POLAINO NAVARRETE, *Los elementos subjetivos de lo injusto en el Código Penal español*, Sevilla, 1972, ps. 119 y siguientes.

www.librosderechoperu.blogspot.com

categorías de la antijuridicidad y la culpabilidad fue anulada en cierto modo por el descubrimiento de una teoría normativa de la culpabilidad que ya no veía la esencia de esa categoría en una mera relación psicológica entre el hecho y su autor, sino en el reproche que a éste se le hacía por no haber actuado de otro modo, pudiendo hacerlo[190]. Sólo así podía explicarse satisfactoriamente por qué quedaba impune el autor de un hecho antijurídico que había actuado dolosa o culposamente, cuando se encontraba en una situación extrema de motivación anormal o de necesidad. Igualmente se acentuaron los aspectos normativos de la antijuridicidad con el concepto de antijuridicidad material como lesión de bienes jurídicos[191] y con la idea de la ponderación de bienes que tuvo su reflejo en la creación de una causa supralegal de justificación en el caso de conflictos entre bienes jurídicos de desigual valor[192].

La distinción entre tipicidad y antijuridicidad se re-lativizó también con el descubrimiento de los elementos normativos del tipo, es decir, de aquellos elementos que requerían de una valoración, como abusos deshonestos, funcionario, documento público, ajenidad, etcétera. De aquí a considerar que la relación entre tipo y antijuridicidad era más estrecha, sólo había un paso, paso que fue dado por M. E. MAYER, al considerar que la tipicidad era un indicio de la antijuridicidad[193], y que fue llevado

[190] La teoría normativa de la culpabilidad se debe a Frank y a Goldschmidt, siendo aceptada y desarrollada por MEZGER, *Tratado*, cit., t. II, ps. 52 y siguientes.

[191] Este concepto se encuentra ya en VON LISZT, ob. cit., t. II, p. 324.

[192] Cfr. MEZGER, *Tratado*, cit., t. I, ps. 389 y siguientes.

[193] MAYER., M. E., *Der Allgemeiner Teil des deutschen Strafrechts*, cit., p. 10, nota 22.

www.librosderechoperu.blogspot.com

a sus últimas consecuencias por MEZGER para quien el tipo era el fundamento, la *ratio essendi*, de la antijuridicidad[194].

Este proceso de transformación que sufre el originario sistema de LISZT y BELING se caracteriza por el intento de referir a valores las categorías de la teoría general del delito, mostrando así la influencia manifesta de la filosofía neokantiana que en esta época tuvo su máximo esplendor y reflejo entre los penalistas alemanes[195], y por el afán de sustituir el formalismo positivista por un positivismo teleológico.

3. *La teoría final de la acción.*— Esta aspiración ideológica de los neokantianos no pudo realizarse completamente[196], pero sus observaciones críticas abrieron la puerta a una nueva y más importante transformación sistemática: la teoría final de la acción.

El origen de esta teoría se encuentra, como afirma su propio creador, WELZEL[197], en la psicología del pensamiento de Hönigswald y de otros psicólogos y filósofos alemanes de la década de los años 20. Su punto de partida era la vinculación del derecho a las estructuras lógico-objetivas, es decir, a las estructuras del ser tal como éste aparece en la realidad[198]. De acuerdo con este punto de partida, se asigna a la ciencia del derecho penal la misión de elaborar un sistema partiendo de dichas estructuras: "la ciencia del derecho penal -dice WELZEL- tiene que partir siempre del tipo (...), pero debe

[194] *Tratado*, cit, t. I, ps. 375 y siguientes.

[195] Ver cap. III, A, b.

[196] Cfr. ROXIN, *Política criminal*, cit., p. 37

[197] En el "Prólogo" a la 4ª ed. alemana de *El nuevo sistema del derecho penal*, cit., p. 12.

[198] WELZEL, *Naturalismus und Wertphilosophie*, cit., p. 49.

www.librosderechoperu.blogspot.com

de ir luego más allá y descender al ámbito de lo ontoló-gico, de lo previamente dado"[199]. Ese ámbito ontológico que sirve de base a la ciencia del derecho penal no puede ser otro que el concepto de acción; pero este concepto de acción no es ya, como pretendieron los partidarios del sistema tradicional, un concepto causal, sino final. La acción, ontológicamente considerada es, según WELZEL[200], "ejercicio de actividad final (...); la finalidad, o el carácter final de la acción, se basa en que el hombre, gracias a su saber causal, puede prever, dentro de ciertos límites, las consecuencias posibles de su conducta, asignarse, por tanto, fines diversos y dirigir su actividad, conforme a un plan, a la consecución de estos fines"[201]. Este concepto final de acción es el que sirve a WELZEL, para reestructurar el sistema tradicional, partiendo de la vinculación a esas estructuras ontológicas. A dicha tarea ha dedicado sus esfuerzos y afanes científicos, creando una escuela y aportando al estudio sistemático del derecho penal más que ningún otro penalista de su época[202].

[199] WELZEL, "Über Wertungen im Strafrecht" en *Gerichtssaal, t.* 103, 1933, p. 346.

[200] *El nuevo sistema,* cit., p. 25.

[201] Lug. u. citado.

[202] Los primeros trabajos de este autor, más bien de tipo iusfilosófico, aparecieron en la década de los años 30. En el año 1939 desarrolló estas ideas en un largo artículo sobre el sistema del derecho penal -"Studien zum System des Strafrechts", en *Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft,* t. 58, 1939, ps. 490 y ss.- que cuajaron en 1940 en la I[a] edición de su *Der Allgemeine Teil des deutschen Strafrechts in seinen Grundzügen,* que más tarde se convirtió en un breve tratado, comprensivo tanto de la parte general como de la especial. En él expone el derecho penal alemán conforme a los postulados filosóficos por él mantenidos. La última edición de este Tratado, la 11[a], apare ció en 1969 y ha sido traducida a nuestro idioma en Chile por Bustos y Yáñez Pérez. Naturalmente, durante todo este lapso la

www.librosderechoperu.blogspot.com

La primera consecuencia sistemática que WELZEL extrae del concepto final de acción es la pertenencia del dolo al tipo, ya que el dolo no es más que un aspecto o parte de la finalidad o, mejor dicho, la finalidad misma referida a los elementos objetivos del tipo. La acción que sirve de base al tipo no es ese proceso causal "ciego" del sistema anterior, sino uno "vidente" guiado por la finalidad[203]. Además, este concepto de dolo no se confunde tampoco con el tradicional *dolus malus* que comprendía también el conocimiento de la antijuridicidad, sino que es un dolo natural no valorativo. De aquí que, para el finalismo, la distinción entre conocimiento de la antijuridicidad y dolo sea ya una consecuencia natural de sus premisas y que sitúe al dolo como elemento natural en el tipo y al conocimiento de la antijuridicidad corno cuestión valorativa en la culpabilidad[204]. Otra consecuencia del concepto final de acción en la estructuración del nuevo sistema repercute en el concepto de autor en los delitos dolosos, que ya sólo puede ser aquél que tenga el dominio final del hecho y no simplemente

teoría final de la acción ha sufrido modificaciones, debidas en parte a su fundador y en parte a sus discípulos y seguidores, las cuales no es posible exponer aquí con detalles. Sobre su evolución pueden verse, en la doctrina española, los trabajos de: CEREZO MIR, *El concepto de acción finalista como fundamento del sistema del derecho penal,* en "Anuario de Derecho Penal", 1959, ps. 561 y ss.; *Lo injusto de los delitos dolosos en derecho penal español,* en "Anuario", cit., 1961, ps. 55 y ss.; *La naturaleza de las cosas y su relevancia jurídica,* "Revista General de Legislación y Jurisprudencia", 1961; CÓRDOBA RODA, *Una nueva concepción del delito,* Barcelona, 1963; y YÁÑEZ ROMÁN, *La teoría final de la acción,* en "Revista de la Facultad de Derecho de la Universidad de Madrid", vol. XII, n° 33, 1968, ps. 493 y siguientes.

[203] WELZEL, *El nuevo sistema,* cit., p. 25.

[204] La llamada "teoría de la culpabilidad"; ver WELZEL, *El nuevo sistema,* cit., ps. 112 y siguientes.

www.librosderechoperu.blogspot.com

el que interponga alguna causa en la producción del resultado. Este concepto de dominio final del hecho es también un concepto ontológico vinculante, por consiguiente, para el derecho positivo[205].

El concepto final de acción, en tanto que el dolo es un aspecto de la finalidad, se adecuaba perfectamente a la estructura de los delitos dolosos, pero empezaba a fallar en los delitos imprudentes, porque en estos delitos la finalidad perseguida por el autor es irrelevante, importando sólo el resultado lesivo causado; con lo que se adecuaba mejor a este tipo de delitos el concepto causal de acción en el que lo decisivo no es lo que el autor quiere, sino la causación de un determinado resultado prohibido. Contra esta conclusión luchó WELZEL, desde el principio, modificando varias veces su teoría para dar cabida en ella a los delitos cometidos por imprudencia. Al principio, consideró la acción en los delitos imprudentes como una forma defectuosa de acción final[206]; rectificó más adelante este criterio, diciendo que también en estos delitos la acción seguía siendo final, pero que aquí la finalidad no era real, sino potencial; y terminó, por último, afirmando que la finalidad es en todo caso la misma, pero que lo esencial en los delitos cometidos por imprudencia es la forma en que se realiza la acción final emprendida, considerando si se ha tenido en cuenta o no el cuidado necesario en el tráfico[207]. De este modo abandonaba WELZEL el concepto

[205] WELZEL, *Das deutsche Strafrecht*, cit., ps. 99 y siguientes. En el mismo sentido MAURACH, *Tratado*, cit., t. II, ps. 309 y siguientes.

[206] Cfr. *Der Allgemeiner Teil*, cit., ps. 79 y 80.

[207] WELZEL, *El nuevo sistema*, cit., ps. 18, 71 y siguientes. Como el mismo WELZEL reconoce, en esta evolución fueron decisivas las crí ticas formuladas por RODRÍGUEZ MUÑOZ, *La doctrina de la acción fina lista*, Valencia, 1953. Sobre dicha evolución y estas criticas, ver CEREZO, *El concepto de la acción finalista*, cit., ps. 561 y siguientes.

www.librosderechoperu.blogspot.com

final de acción como base de todo el sistema, pues, como dice CEREZO[208], la constatación de si se ha observado el cuidado necesario en el tráfico sólo puede llevarse a cabo tras una valoración del proceso ocurrido, en el plano axiológico y no sólo ontológico.

Parecidas dificultades tuvo el ñnalismo con los delitos de omisión, pues la omisión consiste, precisamente, en el no ejercicio de la actividad final y no puede ser, por tanto, calificada nunca como acción; sin embargo, como ha demostrado Armin KAUFMANN[209], el concepto de omisión sólo puede entenderse con referencia al de acción, ya que no hay una omisión en sí, sino la omisión de una acción[210].

De la teoría final de la acción dedujo, además, WELZEL soluciones en materia de error, actos imperfectos de ejecución, participación, etc., y, en general, puede decirse que no hay un sólo tema de la teoría del delito que no haya sido afectado por el sistema finalista. Por otra parte, la colocación de la acción entendida finalmente como centro de la teoría del delito llevó a una subjetiva-ción del concepto de antijuridicidad y a la acentuación del aspecto personal y ético del desvalor de la acción, a costa de los aspectos causales del delito, desvalor del resultado[211]. Por todo ello se puede considerar a la teoría final de la acción como la teoría sistemática actualmente más importante en el ámbito del derecho penal y

[208] CEREZO, ob. u. cit., p. 565. En el mismo sentido SUÁREZ MONTES, *Consideraciones críticas en torno a la doctrina de la antijuridicidad en el finalismo,* 1963, ps. 75 y siguientes.

[209] *Die Dogmatik der Unterlassungsdelikte,* Gotinga, 1959.

[210] WELZEL, *Das deutsche Strafrecht,* cit., p. 201; "La omisión no significa un mero no hacer nada, sino un no hacer una acción posible sometida al poder final de una persona concreta".

[211] Cfr. WELZEL, ob. u. cit., p. 2.

www.librosderechoperu.blogspot.com

no es de extrañar que se haya extendido en Alemania hasta hacerse dominante y que, por eso mismo, haya sido atacada y haya provocado polémicas todavía evidentes[212]. Como dice JESCHECK, es muy probable que las aportaciones del finalismo al sistema jurídicopenal tradicional se impongan también en la dogmática jurídicopenal futura, porque, aunque no se acepte su fundamentación iusfilosófica, poseen un alto grado de convicción y racionalidad[213]. Sin embargo, la época del finalismo se puede estimar superada, no porque no se acepten sus conclusiones, sino precisamente por lo contrario, porque se han impuesto y hay que buscar nuevas soluciones para nuevos problemas a los que el finalismo no da respuesta alguna. En los últimos años se están publicando en Alemania trabajos científicos, tanto monográficos como en el nivel de tratados y manuales, en los que se acentúan más las cuestiones valorativas y problemáticas que las sistemáticas, en los que se preconiza el abandono de las exageraciones sistemáticas en que ha incurrido el finalismo y su sustitución por un sistema teleológico que atienda más a las consecuencias del delito que al análisis de éste, y en los que se observa una actitud de pesimismo frente a la utilidad de las polémicas sistemáti-

[212] Actualmente se configuran en Alemania conforme al siste ma finalista las obras de STRATENWERTH, *Strafrecht,* Allgemeiner Teil, Berlín, 1971; JESCHECK, *Lehrbuch,* cit., aunque no acepte su fundamentación; MAURACH, *Deutsches Strafrecht,* 4ª ed., 1971. Otros autores se han pronunciado también por el sistema finalista, aceptando sus principales tesis: inclusión del dolo en el tipo, teoría del dominio del hecho, etc., siendo éstos prácticamente la mayoría. Sobre su repercusión en la doctrina española, ver CEREZO, *La polémica en torno a la doctrina de la acción finalista en la ciencia del derecho penal español,* en "Nuevo Pensamiento Pe nal", 1972, ps. 217 y siguientes.

[213] JESCHECK, *Lehrbuch,* cit., p. 163.

www.librosderechoperu.blogspot.com

cas mantenidas por los partidarios del sistema tradicional y los finalistas. En esta dirección se pueden citar el tratado de SCHMIDHÄUSER[214], el de JESCHECK[215]V los trabajos de ROXIN[216]. En el epígrafe siguiente me ocuparé de estas direcciones y de algunas consideraciones críticas al actual sistema jurídicopenal.

b) *CONSIDERACIONES CRÍTICAS*

1. *Las consecuencias del sistema.*— La evolución del sistema jurídicopenal, tal como ha sido descrita en el epígrafe anterior, podrá parecerle a más de uno un mero ejercicio dialéctico sin mayor trascendencia práctica. Tanto el sistema moderno, finalista, como el tradicional, causalista, mantienen la tripartición clásica de la estructura del delito: tipicidad, antijuridicidad y culpabilidad. En este sentido el sistema ha avanzado bien poco. Lo único que se ha hecho es cambiar el contenido de esas categorías, ampliando o restringiendo el que originariamente se les asignó. Si de lo que se trata es de exponer y enseñar racionalmente la teoría del delito, bastaría ya con el sistema clásico. En cierto modo todos los sistemas actualmente empleados poseen esa claridad y orden que, en principio, debe tener todo sistema. En este sentido no le falta razón a Hellmuth MAYER[217], cuando afirma que "todos los sistemas son uti-lizables con tal de que se apliquen consecuentemente".

[2,4] *Strafrecht,* Tubinga, 1970.

[215] *Lehrbuch,* citado.

[216] Sobre todo en su ensayo *Política criminal* y *sistema del dere cho penal,\cit.,* en el que, resumiendo sus ideas más importan tes, esboza un interesante esquema del sistema del derecho penal, al mismo tiempo que hace una aguda crítica al pensa miento sistemático tradicional.

[217] *Strafrecht,* 1967, p. 58.

www.librosderechoperu.blogspot.com

Sin embargo, la decisión por uno u otro sistema no está exenta de consecuencias prácticas; concretamente ocurre esto en el sistema jurídicopenal finalista, pues, como bien dice GIMBERNAT[218], "si el tipo del delito doloso comprende, como ulterior y nuevo elemento, el contenido de la voluntad, es claro que allí donde se vinculen consecuencias jurídicopenales a la existencia de un comportamiento típico, podrán llegar a soluciones distintas la tesis tradicional y la finalista", como, por ejemplo, en materia de participación o de error.

Pero estas consecuencias prácticas, cuya importancia hay necesariamente que reconocer, se derivan de la elección previa de un sistema determinado que, como dice ROXIN[219], "puede garantizar ciertamente resultados inequívocos y uniformes, pero materialmente injustos". Ante este divorcio entre la exactitud sistemática y la justicia de una decisión en el caso concreto, cabe plantearse, como hace ROXIN[220], la siguiente disyuntiva: "¿Para qué sirve la solución de un problema jurídico que, a pesar de su hermosa claridad y uniformidad es, desde el punto de vista políticocriminal, erróneo? ¿Debe ser preferible, realmente, a una decisión satisfactoria del caso concreto, que no es integrable en el sistema?"

No cabe duda de que se ha exagerado la importancia del sistema en la solución de los problemas jurídicopenales, pero tampoco cabe duda de que es imprescindible para dar un mínimo de seguridad y uniformidad a dichas soluciones. Por eso, porque el sistema es imprescindible, debe seguir manteniéndose, pero también tiene, al mismo tiempo, que corregirse en sus excesos y en

[218] *El sistema del derecho penal en la actualidad,* en "Anuario de Ciencia Jurídica", 1971, ps. 268 y siguientes. [2,9] *Política criminal,* cit., p. 19. [220] Lug. u. citado.

www.librosderechoperu.blogspot.com

sus falsos planeamientos. La crisis del actual sistema del derecho penal se debe fundamentalmente a dos causas: a la falsedad de las premisas que la fundamentan y a la supervaloración de su capacidad en la solución de los problemas. De ambas cosas me voy a ocupar seguidamente.

2. *La superación de los criterios ontológicos en la configuración del sistema.*— Tanto el sistema causal como el sistema final se basan en conceptos ontológicos. "La finalidad, igual que la causalidad, es un concepto ontológico"[221] y precisamente por eso son inadecuados para determinar el contenido de las normas penales[222]. Lo que importa no es averiguar si el concepto de acción es final o causal desde el punto de vista ontológico, sino el concepto de acción que sirve de base a los tipos penales[223], y aquí es donde fallan todos los apriorismos ontológicos. En el Código Penal español se incluye, sin ir más lejos, junto a la acción, la omisión en la definición que se da del delito en su art. 1, y el concepto de omisión, como ya se ha visto, no puede ser calificado como un concepto de acción ontológico, porque, precisamente, es la negación de toda acción. La finalidad perseguida por el autor, que es esencial en los delitos dolosos, carece de trascendencia en los delitos cometidos por imprudencia, en donde predominan los aspectos causales. De aquí se deriva que ni el concepto final ni el causal de acción son adecuados para cubrir esa aspiración de LISZT de llegar a un concepto omnicomprensivo

[221] WELZEL, *Um die finale Handlungslehre,* 1949, p. 7.

[222] GIMBERNAT, *El sistema,* cit., p. 273.

[223] Así, CÓRDOBA RODA, *Una nueva concepción del delito,* cit., ps. 63 y siguientes.

www.librosderechoperu.blogspot.com

de acción que constituya la base de todo el sistema jurí-dicopenal; no existe, por consiguiente, un concepto unitario de acción[224].

Pero lo más grave no es que se haya intentado alcanzar un concepto de acción unitario y básico para todo el sistema, lo más grave es haber querido resolver todos los problemas jurídicopenales con argumentos derivados de pretendidos conceptos ontológicos y haber vinculado a ellos la justicia de una decisión. Al finalismo, por ejemplo, no le interesaba si la distinción entre dolo y conocimiento de la antijuridicidad podía solucionar más justamente los problemas del error, sino si esta distinción confirmaba la estructura ontológica, para ellos final, de acción. Más grave es todavía la situación para el causalismo que se ve obligado a limitar normativamente el concepto de causa que le sirve de base, para no ampliar excesivamente el ámbito de prohibición de los tipos penales, abandonando de este modo el concepto ontoló-gico de causa, que no puede ser otro que el de la *conditio sine qaa non.* También el finalismo se ve forzado a abandonar el concepto de finalidad en los delitos cometidos por imprudencia y a sustituirlo por criterios normativos como el de cuidado necesario en el tráfico, etcétera.

3. *La superación del pensamiento sistemático. Tensión dialéctica entre el sistema y el problema.*— La otra causa de la actual crisis de la ciencia del derecho penal es la supervaloración del pensamiento sistemático. También ha tenido un peso decisivo en esa supervaloración la polémica sostenida entre causalistas y finalistas.

Dicha polémica se ha desarrollado dentro de los estrechos límites que le marcó a la ciencia del derecho

[224] Ver BOCKELMANN, *Strafrecht,* Allgemeiner Teil, 2ª ed., 1975, p. 44.

www.librosderechoperu.blogspot.com

penal el positivismo jurídico de finales del siglo pasado[225]. Según esta teoría, la única tarea del jurista consistía en interpretar el derecho *positivo* y desarrollarlo en un sistema cerrado, conforme a principios lógicos deductivos, subiendo desde los concretos preceptos de la ley hasta los últimos principios y conceptos fundamentales[226]. La elaboración del sistema era, por consiguiente, la misión fundamental de la ciencia del derecho penal, desterrando otras consideraciones de índole criminológica o políticocriminal que debían constituir el objeto de otras ciencias. Con esto se daba la paradoja de que desde el punto de vista jurídico fuese cierto lo que desde el punto de vista criminológico o políticocriminal era falso o a la inversa, incurriéndose así en una especie de "averroísmo" científico.

La polémica entre finalistas y causalistas ha sido una polémica eminentemente sistemática; una lucha hacia adentro; una especie de guerra civil entre, por y para juristas; una lucha pues, en la que sus contendientes no pensaron ni piensan nunca en traspasar los límites sagrados y forzosos que una tan famosa como estéril lucha de escuelas les había impuesto cincuenta años antes.

De acuerdo con todo esto se entendió lo referente a los delitos y a las penas exclusivamente como un problema jurídico y como tal fue cultivado. Los problemas políticos, sociales y humanos que los hechos criminales plantean, fueron marginados a un segundo plano, cuando no abandonados por el penalista[227]. A éste sólo le interesaba si un determinado hecho podía ser o no sub-sumido en una norma jurídica y si a su autor podía apli-

[225] Ver cap. III, A, a.

[226] Ver VON LISZT, *Tratado*, cít., t. I, p.6.

[227] Cfr. SCHMIDT, Richard, "Prólogo" a *Kritik der Strafrechtsre form.* ed. por Nedelmann, Frankfurt-Main, 1968. p. 8.

www.librosderechoperu.blogspot.com

cársele la pena en ella prevista; si dicha pena debía ser, según el juego de las agravantes y atenuantes, de seis o diez años de privación de libertad; si la comisión imprudente de un delito era o no punible, etc.; fuera de su consideración quedaban, sin embargo, los motivos que llevaban a una persona a delinquir, los efectos que en esa persona podían tener las penas privativas de libertad y si aquel delito en general y no sólo su comisión imprudente debían o no estar incriminados.

Con razón dice ROXIN que "casi todas las teorías del delito que se han dado hasta la fecha no son más que sistemas de elementos, que desintegran la conducta humana en una pluralidad de características concretas (objetivas, subjetivas, normativas, descriptivas, etc.), que se incluyen en los diferentes grados de la estructura del delito y que se reúnen de este modo como un mosaico para la formación del hecho punible (...). De esta forma se puede describir la historia de la teoría del delito en los últimos decenios como una peregrinación de los elementos del delito por los diferentes estadios del sistema"[228].

Un buen ejemplo de ello se puede encontrar en la polémica habida en los últimos treinta años sobre la situación sistemática del dolo en la estructura del delito. Para los causalistas, el dolo, al que pertenece tam: bien el conocimiento de la antijuridicidad de la acción, es una forma de la culpabilidad[229]. Para los finalistas el dolo pertenece al tipo, mientras que el conocimiento de la antijuridicidad se incluye en la culpabilidad[230]. Y hay todavía una tercera teoría que, distinguiendo entre dolo

[228] ROXIN, *Política criminal,* cit. ps. 70 y 80.

[229] "Teoría del dolo"; en este sentido, por ejemplo, ver MEZGER, *Tratado,* cit., t. II, ps. 102, 151 y siguientes.

[230] "Teoría de la culpabilidad"; así, por ejemplo, MAURACH, *Trata do,* cit., t. II, ps. 144 y siguientes.

www.librosderechoperu.blogspot.com

y conocimiento de la antijuridicidad, sitúa ambos elementos sistemáticamente dentro de la culpabilidad[231]; cuando no se afirma, como hace RÖXIN[232], que el dolo es relevante tanto para el tipo como para la culpabilidad. Y aún hay quien, como SCHMIDHÁUSER[233], sostiene que debe distinguirse entre voluntad y dolo y que cada uno debe situarse sistemáticamente en un sitio distinto. Mientras tanto, el estudio del contenido material de estas estructuras psicológicas ha quedado relegado a un segundo plano o se utilizan concepciones ya superadas de una psicología asociacionista o mecanicista anticuada. Parece mentira que en una ciencia tan problemática como la del derecho penal sean las cuestiones sistemáticas las que ocupen la atención de los penalistas[234].

Ante esta supervaloración del pensamiento sistemático, no es extraño que se hayan levantado voces que, apoyándose sobre todo en la obra de VIEHWEG[235], nieguen la importancia del sistema en la ciencia del derecho o sencillamente prescindan de él. La obra de VIEHWEG tuvo en su día una repercusión enorme en el ámbito científico jurídico alemán, porque vino a poner de relieve algo que se estaba olvidando en la actividad jurídica teórica: la importancia del problema o conflicto que justifica la intervención jurídica. El derecho nace como instrumento de solución de problemas y conflictos de intereses y no para que nos entretengamos con él, analizándolo o sistematizándolo, sin otra finalidad que *"l'art pour l'art"*.

[231] Así, por ejemplo, LAUBE-WIEFELS, *Strajrecht,* Allgemeiner Teil, 1967, p. 71.

[232] *Política criminal,* cit., p. 80.

[233] *Strafrecht,* cit., ps. 167 y 168.

[234] ENGISCH, "Sinn und Tragweite juristischer Systematik", en *Stadium Generale,* 1957, p. 187.

[235] VIEHWEG, *Tópica y jurisprudencia,* cit. (ver cap. III, nota 48).

www.librosderechoperu.blogspot.com

Para VIEHWEG el pensamiento sistemático debe ser sustituido por la *tópica*, es decir, por la consideración del problema desde distintos *topoi* o puntos de vista: el de la justicia, el de la equidad, el del bien jurídico, etcétera.

El pensamiento tópico no ha tenido, sin embargo, mucho eco en la dogmática jurídicopenal, por razones fácilmente comprensibles que se derivan de la propia naturaleza del derecho penal. La vinculación del derecho penal al principio de legalidad impide un abandono total del sistema que es garantía de certeza y seguridad jurídicas. El pensamiento tópico supone que ante cada problema jurídico hay que partir de cero. Al prescindir de todas las construcciones sistemáticas, el pensamiento tópico hace imposible las soluciones unitarias. La distinción entre antijuridicidad y culpabilidad, la categoría de los delitos especiales y de propia mano, las clasificaciones de los delitos en la parte especial, etc., categorías sistemáticas todas ellas de especial importancia para la comprensión y solución de los problemas jurídicopenales, deberían ser eliminadas en un pensamiento tópico para ser sustituidas por la arbitrariedad y la inseguridad.

El rechazo de la tópica no quiere decir que se prescinda sencillamente del problema. En realidad, la actividad jurídica debe empezar siempre por el problema o conflicto y resolverlo. Pero, si se quiere conseguir un mínimo de seguridad y certeza jurídicas, la solución del problema tiene que desembocar, a la larga, en un sistema. El sistema debe ir surgiendo de la solución a los problemas que se plantean al jurista. El jurista debe crear un sistema abierto a las necesidades y fines sociales, un sistema que sea susceptible de modificarse, cuando se presenten nuevos problemas que no puedan ser resueltos con los esquemas tradicionales. El punto óptimo al que debe aspirar el penalista es un equilibrio dialéctico entre el pensamiento problemático y el pen-

www.librosderechoperu.blogspot.com

Sarniento sistemático. En esta dirección debe encuadrarse el reciente ensayo de ROXIN[236]. Para él, "los problemas políticocriminales forman parte del contenido propio de la teoría general del delito" y, consecuente con este punto de partida, afirma que las tradicionales categorías de la estructura del delito "deben sistematizarse, desarrollarse y contemplarse desde un principio bajo el prisma de su función políticocriminal"[237]. En definitiva, tiene razón ROXIN en patrocinar esta unión entre el pensamiento problemático y el sistemático, porque todas las categorías jurídicas y, por supuesto, las jurídi-copenales también, por muy abstractas que sean, han surgido en algún momento histórico para solucionar determinados problemas, problemas que, en última instancia, son problemas políticos; y sólo teniendo en cuenta que las categorías jurídicas son, al mismo tiempo, categorías políticas, puede conseguirse esa síntesis dialéctica entre el problema y el sistema.

La otra reacción frente a los excesos del sistema ha sido la construcción de un sistema teleológico. Esto significa ordenar las estructuras categoriales del hecho punible, atendiendo a las consecuencias jurídicas que se derivan de esa ordenación. En este sentido destaca el reciente tratado de SCHMIDHÁUSER que con un sistema teleológico aporta nuevos puntos de vista para la solución de algunos problemas jurídicos[238].

Otros intentos, como el de JESCHECK[239] y STRATENWERTH[240], son más limitados en sus pretensiones de marcar nue-

236 política *criminal,* cit., pássim.

[237]Ob. u. cit., p. 40.

[238] SCHMIDHÁUSER, *Strafrecht,* cit., p. 110 y pássim.

[239] *Lehrbuch,* citado.

[240] *Strafrecht,* citado.

www.librosderechoperu.blogspot.com

vos rumbos al sistema del derecho penal; pero también ellos advierten del peligro de un exceso de abstracción y del automatismo que olvida las peculiaridades del caso concreto. "Lo decisivo -dice JESCHECK[241]- ha de ser siempre la solución de la *cuestión de hecho,* mientras que las discusiones sistemáticas deben ocupar el segundo plano." El fallo, tanto de causalistas como de finalistas, radica, según creo, en haber sido demasiado consecuentes con unos principios aceptados apriorísticamente, en haber hecho del sistema la aspiración máxima de la ciencia del derecho penal, en haber intentado hacer una apología del derecho por el derecho, olvidando que éste no tiene un valor absoluto sino relativo. El derecho penal, igual que el derecho en general, no es más que un instrumento puesto al servicio de los fines de la comunidad. Si se quiere comprender su esencia, es necesario tener en cuenta esos fines y construir un sistema abierto a los problemas y fines sociales. De este modo puede que el edificio sistemático pierda en belleza, pero ganará en funcionalidad y eficacia, y esto último es lo que debe mostrar un instrumento: si debe ser apto para el cumplimiento de los fines para los que ha sido creado.

C) Crítica

La interpretación y sistematización del derecho penal lo presentan tal como es en un momento determinado. Pero esta realidad jurídica puede no estar de acuerdo con determinados principios o con la finalidad asignada a su existencia. El derecho penal interpretado y sistematizado puede ser injusto, antidemocrático y per-

[241] *Lehrbuch,* cit., p. 150.

www.librosderechoperu.blogspot.com

judicial para la convivencia; puede estar al servicio de una minoría y atacar los derechos fundamentales de las mayoría; puede impedir el progreso y el desarrollo de las libertades humanas; puede, en fin, ser un derecho que no merezca ni tan siquiera ese nombre. Y a pesar de ello, el penalista debe interpretarlo, ordenarlo en un sistema y procurar hacer de él un instrumento apto para regular justamente los problemas sociales. Pero estos intentos pueden estar de antemano destinados al fracaso. La técnica jurídica, como cualquier otro tipo de técnica, tiene sus limitaciones y no puede convertir lo negro en blanco ni evitar que así sea.

Por eso, la dogmática jurídicopenal, si no quiere merecer el calificativo de "reaccionaria", tiene que ser también una *dogmática crítica* del derecho penal. Parece que estos dos nombres, el de dogmática y el de crítica, se repelen, pero esto se debe a las falsas connotaciones que lleva implícita la palabra dogmática. La dogmática jurídicopenal se obliga a la crítica del derecho penal, desde el momento en que lo acepta tal como es. Sólo así puede hablarse de ella como de una verdadera ciencia[242] y no como una mera técnica al servicio de la clase dominante.

Esto quiere decir también que la crítica, como una parte importantísima de una visión totalizadora de la realidad penal, debe estar presente en todas las fases de la dogmática jurídicopenal. No hay que esperar, en consecuencia, a la última fase, para criticar el derecho penal ya interpretado y sistematizado. La crítica debe estar presente también en la interpretación y sistematización del derecho penal, procurando que los resulta-

[242] Confrontar PAUL, Wolf, "Kritische Rechtsdogmatik und Dogmatikkritik", en *Rechtstheorie*, ed. por Arthur Kaufmann, 1971, ps. 55 y siguientes.

www.librosderechoperu.blogspot.com

dos de esta interpretación y sistematización sean los más convenientes para una convivencia pacífica y democrática. Sólo cuando esto no se pueda conseguir por la vía de la interpretación y sistematización "críticas" del derecho vigente, pasa la crítica a cumplir una misión distinta de *lege Jerenda*, procurando la reforma o el cambio del derecho penal.

a) *BASES PARA UNA DOGMÁTICA CRÍTICA DEL DERECHO PENAL*

La primera dificultad que surge a la hora de criticar el derecho vigente es la de las bases desde donde hay que hacer esa crítica. La labor crítica supone un distan-ciamiento del objeto a criticar y la existencia de un punto de referencia con el que confrontarlo.

Normalmente, suele decirse que esta labor crítica puede hacerse desde dos vertientes: la jurídica, utilizando criterios que pertenecen al ámbito del objeto criticado, y la política, apoyada en criterios de orden social[243]. Ambos procedimientos ofrecen desventajas: el primero, la de no distanciarse suficientemente del objeto que va a ser criticado, incurriendo en un círculo vicioso difícil de romper; el segundo, la de distanciarse demasiado, perdiendo el contacto con la realidad jurídica que se pretende criticar. El defecto del primero es incurrir en un "juridicismo exacerbado", el del segundo, el de caer en un "sociologismo" del fenómeno jurídico.

La solución está en combinar ambos criterios y en evitar sus excesos; para ello el penalista tiene que plantearse, como dice GIMBERNAT, la búsqueda de la verdad

[243] Así, SAINZ CANTERO, *La ciencia del derecho penal*, cit., p. 26. En el mismo sentido STAMPA BRAUN, *Introducción*, cit., ps. 105 y 106.

www.librosderechoperu.blogspot.com

como totalidad y no como un saber parcial ajeno a las otras esferas del saber[244].

La visión totalizadora de la realidad es mucho más necesaria en la fase de la crítica que en ninguna otra, porque sólo desde una comprensión global de un fenómeno se tiene la perspectiva necesaria para aprehenderlo críticamente. Hablar, por tanto, de bases jurídicas o bases políticas implica una suerte de división de la realidad, una visión esquizofrénica de la actividad jurídica, que únicamente puede tener como resultado la manipulación del penalista. Hay que ser conscientes de que la realidad, como un todo que se posee, no puede ser dividida. Lo que sí puede ser objeto de división es el trabajo que recae sobre esa realidad y la exposición, a efectos clarificadores, de esa realidad. A estos efectos puramente expositivos, me ocuparé ahora de esta noble vertiente crítica por separado.

1. *Bases jurídicas.*— La crítica desde el punto de vista jurídico debe partir del ordenamiento jurídico como un todo considerado, en el que se incluye también, como una parte, el derecho penal. Los fines del ordenamiento jurídico no pueden contradecirse porque su meta debe ser siempre la misma: regular justamente la convivencia humana. Así, por ejemplo, lo que es ilícito para una rama del derecho debe serlo también para las demás, independientemente, claro está, de que los efectos de lo ilícito sean distintos en una u otra parcela jurídica.

Los conflictos o discordancias entre las distintas partes del ordenamiento jurídico deben ser resueltas por

[244] GIMBERNAT, *¿Tiene un futuro la dogmática del derecho penal?*, cit., ps. 108 y 109. Sobre la distinción saber totalizador-saber parcial, cfr. CASTILLA DEL PINO, *Naturaleza del saber*, cit., ps. 27 y siguientes.

www.librosderechoperu.blogspot.com

una norma superior, escrita o no escrita, que en los Estados democráticos suele ser la Constitución o Ley Fundamental, en la que se encarnan los principios jurídicos rectores. Entre estos principios jurídicos rectores hay algunos que tienen una especial relevancia en derecho penal y que sirven para su crítica. De ellos me he ocupado ya[245], por lo que es suficiente ahora con una mera referencia. El principio de intervención mínima del poder punitivo estatal sirve como punto de referencia para poder criticar las intervenciones excesivamente graves o desproporcionadas del Estado, en los derechos fundamentales del individuo. El principio de legalidad sirve como punto de referencia para controlar el poder punitivo estatal dentro de unos límites; con él se puede criticar el uso de la analogía para fundamentar la responsabilidad penal o la admisión de la retroactividad de una ley penal desfavorable para el reo.

2. *Bases políticosociales.*— La crítica desde la vertiente política sitúa al jurista en el ámbito extrajurídico. El punto de referencia lo forman aquí las concepciones morales, políticas, etc., dominantes en el grupo social. En la búsqueda de dichos criterios le ayudan al jurista las ciencias no jurídicas, como la sociología o la psicología.

En derecho penal, tiene esta vertiente especial interés por el doble carácter de su objeto: normativo y causal. La criminología y la política criminal ofrecen al penalista los datos necesarios para la crítica del derecho penal vigente. La ciencia del derecho penal debe elaborarse de un modo que transforme los conocimientos criminológicos en exigencias políticocriminales y éstas, a su vez, en normas jurídicas, en un proceso en el que todos

[245] Ver cap. II.

www.librosderechoperu.blogspot.com

estos estadios son igualmente importantes y necesarios para el establecimiento de lo socialmente justo[246]. Sólo así puede llegarse a una ciencia del derecho penal totalizadora[247].

b) *CRÍTICA Y REFORMA DEL DERECHO PENAL*

La meta de la crítica del derecho penal es, en última instancia, la de procurar su reforma o cambio. La misión de la dogmática crítica del derecho penal consiste, por tanto, en interpretar y sistematizar el derecho penal vigente, poniendo, al mismo tiempo, de relieve los problemas que todavía quedan por resolver o que están mal resueltos, abriendo así la puerta a la reforma, para que dichos problemas puedan ser satisfactoriamente solucionados. De este modo, la dogmática jurídicopenal cumple también una *función político*criminal[248].

Cuando de lo que se trata es de cambiar el derecho penal, aparecen en primer plano los problemas político-criminales. No quiere decir esto que las cuestiones puramente jurídicas no desempeñen aquí ningún papel, al contrario, precisamente se puede hablar de un cambio de derecho penal, cuando con esos criterios puramente jurídicos se llega a la conclusión de que ya no sirven más para la solución racional de los problemas existentes. Pero ahora se trata de cambiar el derecho penal vigente y no simplemente de interpretarlo. Ahora es

[246] ROXIN, *Política criminal*, cit., p. 77.

[247] Ver cap. III, B, c.

[248] Ver mi artículo *Funktion der Strafnorm*, cit., p. 309. Sobre las relaciones entre dogmática jurídicopenal y política criminal desde puntos de vista lógico-estructurales, ver HASSEMER, *Strafrechtsdogmatik*, citado.

www.librosderechoperu.blogspot.com

cuando se ha llegado a esa fase última en la que se distingue la verdadera ciencia de la que no lo es, a la fase de transformación constante y permanente del mundo y no meramente a su interpretación. Una fase que hace ya más de un siglo puso de relieve MARX, en su famosa "Tesis XI" sobre FEUERBACH: "Los filósofos han interpretado hasta ahora el mundo, pero lo que hay que hacer es cambiarlo"[249].

[249] MARX, Karl, "Thesen über Feuerbach", en *Marx Engels Werke*, t. III, Berlin, 1969. p. 535. Cfr. PAUL, Wolf, *Marxitische Rechtstheorie als Kritik des Rechts*, Frankfurt-Main, 1974.

www.librosderechoperu.blogspot.com

www.librosderechoperu.blogspot.com

BIBLIOGRAFÍA

AA.W. (autores varios), *Alternatiu-Entwurjeines Strafgesetzbuches*, Besonderer Teil: "Sexualdelikte, Straftaten gegen den religiösen Frieden und die Totenruhe", Tubinga, 1968; 2ª ed., 1969.

AA.W. (autores varios), "Coloquio internacional conmemorativo do centenario da abolicao da pena de morte en Portugal", *Pena de muerte,* 3 tomos.

AA.W. (autores varios), *Die Motivation des menschlichen Handelns,* dirigida por Thomae, 1966.

AA.W. (autores varios), *Gedächtnisschrift für Gustav Radbruch,* Gotinga. 1968.

AA.W. (autores varios), *Les principaux aspects de la politique criminelle moderne,* libro homenaje a Donnedieu de Vabres, Paris, 1960.

AA.VV. (autores varios), *Marxistische und sozialitische Rechtstheorie,* ed. por Norbert Reich, Frankfurt del Main, 1972.

AA.W. (autores varios), *Probleme der marxistischen Rechtstheorie,* ed. por Rottleuthner, 1975.

AA.W. (autores varios), *Sexualidad* y *crimen,* trad. de Gimbernat, Madrid 1969.

AA.W. (autores varios), *Sozialistische Kriminologie,* 2ª ed., Berlín, 1971.

www.librosderechoperu.blogspot.com

AA W. (autores varios), *Stato di diritto e misure di sicurezza,* Padova, 1962.

AMELUNG, *Rechtsgüterschutz und Schutz des Gesellschaft,* Frankfurt del Main, 1972.

ANCEL, Marc, *La nuova difesa sociale,* trad. italiana con "Prólogo" de P. Nuvolone, 1966.

ANTOLISEI, *Manual de derecho penal,* trad. de Torio y Cobo Del Rosal, 1960.

_ , *Manuale de Diritto pénale,* 6ª ed., puesta al día por Conti, 1972.

ANTÓN ONECA, *Derecho penal,* 1949.

ARZT, *Die Strafrechtsklausur,* Munich, 1973.

AZNAR, Blas, *Notas para un estudio sobre biología criminal de la mujer, la delincuencia catamenial,* Madrid, 1968.

BARBERO SANTOS, "La pena de muerte problema actual", en *Estudios de criminología y derecho penal,* Valladolid, 1972.

_ , *Postulados político-criminales del sistema punitivo español vi gente: presupuestos para su reforma,* en "Sistema", 10/7/975, ps. 102 y siguientes.

BARREIRO, JORGE, "Consideraciones en torno a la nueva defensa social", en *Ensayos penales,* Santiago de Compostela, 1974.

BECCARIA, *"Dei delitti e delle pene* (1764), trad. de Juan Antonio de Las Casas (1774), reeditado por Alianza Editorial, Madrid, 1968.

BELING, *Die Lehre vom Verbrechen,* 1906.

_, *Grundzüge des Strafrechts,* 10ª ed., 1928.

BERISTAIN, *El delincuente en el estado social de derecho,* en "Revista General de Jurisprudencia y Legislación", 1971, ps. 741 y siguientes.

—, *Estructuración ideológica de la nueva defensa social,* en "Anuario de Derecho Penal", 1961.

—, *Medidas penales enderecho contemporáneo,* Madrid, 1974.

BERNDT, Heide; y REICHE, Reimut, *Respuestas a Marcuse,* ed. por Jürgen Habermas, trad. de Manuel Sacristán, Barcelona, 1969.

www.librosderechoperu.blogspot.com

BETTIOL, *Dirittopénale,* 8ª ed., 1973.
__, *Teoría genérale dellainterpretazione,* Milán, 1955.
__, HEINITZ, GLASER, y otros, *Stato di diritto e misare di sicurezza,* Padova, 1962.

BINDING, *Die Normen und ihre Übertretung,* Iª ed., Leipzig, 1872; reed. de Scientia Verlag, 1966.
__, *Grundriss des Deutschen Straf rechts,* 8ª ed., 1906.
__, *Handbuch des Strafrechts,* 1885.
__, *Lehrbuch des Strafrechts,* Besonderer Teil, 1902.

BOCKELMANN, *Strafrecht,* Allgemeiner Teil, 2ª ed., 1975.

BRAUNECK, Anne Eva, *Allgemeine Kriminologie,* 1974.

BRINGEWAT, Peter, *Funktionales Denken im Strafrecht,* Berlin, 1974.

CALLIES, Rolf-Peter, *Theorie der Strafe im demokratischen und sozialen Rechtsstaat,* Frankfurt del Main, 1974.

CAPELLA, Juan-Ramón, *El derecho como lenguaje,* Barcelona, 1968.

CARRARA, *Programa de derecho criminal,* "Parte general", trad. de Ortega Torres y Guerrero, Bogotá, 1956.

CASABO RUIZ, CÓRDOBA RODA, RODRÍGUEZ MOURULLO, y DEL TORO MARZAL, *Comentarios al Código Penal,* Barcelona, 1972.

CASTELLS ARTECHE, *El derecho de libre desplazamiento y el pasaporte en España,* Madrid, 1974.

CASTILLA DEL PINO, *Introducción a la hermenéutica del lenguaje,* Barcelona, 1972.
__ *La culpa,* 2ª ed., Madrid, 1973.
__, *La incomunicación,* 5ª ed., 1972.
_ , *La "insuficiencia"funcional del lenguaje,* en "Sistema" 2, 1973.
__, *Naturaleza del saber,* 1970.
__ *Patografías,* 1972.
_ , *Psicoanálisis y marxismo,* 2ª ed., Madrid, 1971.
_ , *Sexualidad y represión,* 4ª ed., Madrid, 1972.

CASTILLÓN MORA, *Aspectos biológicos en el estudio de la delincuencia,* "Revista de Estudios Penitenciarios", 1970, ps. 211 y siguientes.

www.librosderechoperu.blogspot.com

CEREZO MIR, *El concepto de acción finalista como fundamento del sistema del derecho penal,* "Anuario de Derecho Penal", 1959.
_, *La naturaleza de las cosas y su relevancia jurídica,* "Revista General de Legislación y Jurisprudencia", 1961.
_, *La polémica en torno a la doctrina de la acción finalista en la ciencia del derecho penal español,* en "Nuevo Pensamiento Penal", 1972.
_, *Lo injusto de los delitos dolosos en derecho penal español,* en "Anuario de Derecho Penal", 1961.
_, *Relaciones entre el derecho penal y el derecho administrativo,* en "III Jornadas de Profesores de Derecho Penal", Santiago de Compostela, 1975.

CERRONI, *Marx eil diritto moderno,* Roma, 1962.
_, *Probleme der marxistischen Rechtstheorie,* ed. por Rottleuthner, 1975.

CID, Miguel, *El arresto de los pobres,* en "Cuadernos para el Diálogo", n° 112, enero 1973.

COBO DEL ROSAL, *Examen crítico del párrafo tercero del art. 119 del Código Penal español,* en "Revista General de Legislación y Jurisprudencia", 1962, ps. 213 y siguientes.
_, "Prevención y peligrosidad social en la Ley de 4 de agosto de 1970", en *Peligrosidad social y medidas de seguridad.* Valencia, 1974.
_, *Revisión del problema del consentimiento en las lesiones en el Código Penal,* en "Anuario de Derecho Penal", 1964.

COING, Helmut, *Fundamentos de la filosofía del derecho,* trad. de Mauri, 1961.

CÓRDOBA RODA, *Consideraciones sobre la jurisprudencia penal,* en "Revista Jurídica de Cataluña", 1974.
_, Notas a su traducción del *Tratado de derecho penal* de Maurach, 1962.
_, *Una nueva concepción del delito,* Barcelona, 1963.
_, RODRÍGUEZ MOURULLO, DEL TORO MARZAL Y CASABO RUIZ, *Comentarios al Código Penal,* Barcelona, 1972.

CUELLO CALÓN, *La moderna Penología,* 1958.

DE CASTRO, *Curso de Derecho penal,* Madrid, 1963.

www.librosderechoperu.blogspot.com

_ , *Derecho civil de España,* Valladolid, 1942.

DE FRANCESCO, *In tema di rapporti tra política crimínale e dommatica: sviluppi eprospective nella dottrína del reato,* "Archivio Pénale", 1975.

DEL ROSAL, *Tratado de derecho penal español,* Madrid, 1968.

DEL TORO MARZAL, CÓDOBA RODA, RODRÍGUEZ MOURULLO, y CASABO RUIZ, *Comentarios al Código Penal,* Barcelona, 1972.

DÍAZ, Elias, *Estado de derecho y sociedad democrática,* 4 ª ed., Ma
drid, 1972.
_ , *Sociología y Filosofía del Derecho,* Madrid, 1971.

DIEPGEN, *Historiade la medicina,* trad. de García del Real, 1925.

DÍEZ PICAZO, *Experiencias jurídicas y teoría del derecho,* Madrid, 1974.

DI TULIO, *Principios de criminología clínica y psiquiatría forense,* trad. de Teruel Carralero, Madrid, 1966.
_ , y PINATEL, *La criminologie clinique,* Bruselas, 1968.

ENGISCH, *Introducción al pensamiento jurídico,* trad. de Garzón Valdés, Madrid, 1967.
_ , *La idea de concreción en el derecho* y *en la ciencia jurídica ac tuales,* trad. de Gil Cremades, 1968.
_ , "Sinn und Tragweite juristischer Systematik", *Stadium Generale,* 1957.

ESSER, *Vorverständnis und Methodenwahl in der Rechsßndung,* 2ª ed., 1972.

FERRI, *Sociología criminal,* trad. de Soto y Hernández, Madrid, 1908.

FEUERBACH, *Lehrbuch des gemeinen in Deutschland gültigen peinlichen Rechts,* reimpresión de la 14ª ed. de 1847, 1973.

FREUD, Sigmund, "Das Ich und das Es", *Gesammelte Werke,* t. XIII.
_ , "Das Unbehagen in der Kultur", *Gesammelte Werke,* t. XIV.
_ , "Eine Schwierigkeit der Psyschoanalyse", *Gesammelte Werke,* t. XII, 3ªed., 1966.
_ , "Formulierungen über die zwei Prinzipien des psychischen Geschehens", *Gesammelte Werke,* t. VIII, 5ª ed., 1969.

www.librosderechoperu.blogspot.com

GALLAS, "Gründe und Grenzen der Strafbarkeit", *Beitrage zur Verbrechenslehre,* Berlin, 1968.

GARCÍAVALDÉS, *Noalapenade muerte,* Madrid, 1975.
_, *Régimen penitenciario de España,* Madrid, 1975.

GARMENDIA, *Esquema del delito en España,* Madrid, 1973.

GAROFALO, *La criminología,* trad. de Dorado Montero, Madrid, sin fecha.

GARRIDO FALLA, *Tratado de derecho administrativo,* 4ª ed., Madrid, 1971.

GIMBERNAT ORDEIG, *Autor y cómplice en derecho penal,* Madrid, 1966.
_, *El sistema del derecho penal en la actualidad,* "Anuario de Cien cia Jurídica", 1971, ps. 268 y siguientes.
_, *La mujer y el Código Penal,* "Cuadernos para el Diálogo", XXVIII, extraordinario, diciembre 1971.
__, *La reforma del Código Penal y de justicia militar,* en "Cuader nos para el Diálogo", n° 99, diciembre 1971, p. 17.
_, *¿Tiene un futuro la dogmáticajurídicopenal?,* Salamanca, 1971.

GINER, *Sociología,* 3ª ed., 1972.

GLASER, Stefan, "Sur les conditions régissant les mesures de süreté dans leurs rapports avec l'état de droit", en *Stato di diritto e misure di sicurezza,* Padova, 1962.

GÓMEZ ORBANEJA, *Comentarios a la Ley de Enjuiciamiento Criminal,* Barcelona, 1947.
_, y HERCE QUEMADA, *Derecho procesal penal,* 7ª ed., Madrid, 1972.

GONZÁLEZ CASANOVA, *La equiparación Estado-régimen político en la jurisprudencia del Tribunal Supremo,* en "Revista Jurídica de Cataluña", 1966.

GÓPPINGER, *Kriminologie,* 1971 (hay trad. española, 1975).

GRAMÁTICA, Filippo, *Principididtfesasociale,* Padova, 1961 (hay trad. española, Madrid, 1974).

GRISPIGNI, *Derecho penal italiano,* trad. de De Benedetti, Buenos Aires, 1949.

GROIZARD y GÓMEZ DE LA SERNA, *El Código Penal de 1870,* concordado y comentado, t. III, Burgos, 1874.

www.librosderechoperu.blogspot.com

GRÜNWALD, *Bedeutung und Begrüdung des Satzes "nullapoena sine lege",* en ZStW, 76, 1964.

GUARNERI, *Las influencias del derecho civil en el derecho penal,* trad. de Bernaldo de Quirós, Méjico, 1952.

GUBERN SALISACHS, *La ruptura de promesa matrimonial y la seducción de la mujer ante el derecho y la ley,* Barcelona, 1947.

GUILLEN FAIREN, *Problemas del proceso de peligrosidad sin delito,* Madrid, 1972.

HARTMANN, Nicolai, "Diesseits von Idealismus und Realismus", *Kantstudien,* t. XXIX, 1924.

HASSEMER, *Strafrechtsdogmatik und Kriminalpolitik,* 1974.

HENKEL, *Introducción a laßlosoßa del derecho,* trad. de Gimbernat, Madrid, 1968.

HERNÁNDEZ GIL, *Juristas españoles de nuestro tiempo,* 1973.

HIPPEL VON, *Deutsches Strafrecht,* t. I, Berlín, 1925, reedición de 1971.

HOOD Y SPARKS, *Problemas clave en criminología,* Madrid, 1970.

IHERING, *Das Schuldmoment im römischem Privatrecht,* 1867.

JÄGER, *Strafgesetzgebung und Rechtsgüterschutz bei Sittlichkeitsdelikten,* 1957.

_ , KLUG, THIELICH, SCHÖLEGEN, ADORNO, KÖNING, BÜRGER-PRINZ, y GIESE, *Sexualidady crimen,* trad. de Gimbernat, Madrid, 1969.

JAKOBS, Günther, *Studien zum fahrlässigen Erfolgsdelikt,* Berlin, 1972.

JELLINEK, *Die sozialethische Bedeutung von Recht, Unrecht und Strafe,* 2ª ed. corregida, Berlín, 1908.

JESCHECK, *Lehrbuch des Strafrechts,* Allgemeiner Teil, 2ª ed., Berlin, 1972.

JIMÉNEZ DE ASÚA, *Tratado de Derecho penal,* 1950, y 3ª ed. Buenos Aires, 1965.

KAISER, "Kriminologie", 1971.

www.librosderechoperu.blogspot.com

KAUFMANN, Armin, *DieDogmatik der Unterlassungsdelikte,* Gotinga, 1959.

_ , *Lebendiges undTotes inBindings Normentheorie,* Gotinga, 1954.

KAUFMANN, Arthur, *Analogie und "Natur der Sache", zugleich ein Beitrag zur Lehre vom Typus,* 1985.

KAUFMANN, Hilde, *Kriminologie,* 1961.

KELSEN, Hans, *Teoría pura del derecho,* trad. de la edición francesa de 1953, 11ª ed., Buenos Aires, 1973.

KIRCHMANN VON, *Analogie und "Natur der Sache", zugleich ein Beitrag zur Lehre vom Typus,* 1965.

_ , *Lajurisprudencia no es ciencia,* trad. de Tuyol y Serra, Madrid, 1949.

KLUG, *Lógicajurídica,* trad. de García Bacca, Caracas, 1961.

LANDROVE DÍAZ, *Los juegos ilícitos,* Santiago de Compostela, 1971.

LANGLE, *La teoría de la política criminal,* Madrid, 1927.

LARDIZABAL, *Discurso sobre las penas,* Madrid, 1782, reeditada con estudio preliminar de Antón Oneca, Madrid, 1966.

LARENZ, *Metodología de la ciencia del derecho,* trad. de Gimbernat, Barcelona, 1966.

LATORRE, Ángel, *Introducción alderecho,* 2ª ed., 1969.

LAUBE-WIEFELS, *Strafrecht,* Allgemeiner Teil, 1967.

LiszTVon, *Strafrechtliche Aufsätze und Vorträge,* reimpr. 1970.

__. *Tratado de derecho penal,* trad. de Luis Jiménez de Asúa, Madrid, 1927.

LOMBROSO, Cesare, *L'Uomo delinquente",* 1876.

LÓPEZ REY, *Criminología,* 1975.

LUHMANN, Niklas, *Rechtssoziologie,* 1973.

MAIHOFER, "Gesamte Strafrechtswissenschaft", en *Festschrift für Henkel,* 1975.

MAIWALD, Manfred, "Zum fragmentarischen Charakter des Strafrechts", en *Festschrift für Maurach,* Karlsruhe, 1972.

www.librosderechoperu.blogspot.com

MARTÍNEZ PEREDA, *El delito de escándalo público,* Madrid, 1970.

MARTÍN-RETORTILLO, Lorenzo, *El recurso de contrafuero a prueba,* en "Cuadernos para el Diálogo", n° 92, 1971, ps. 14 y 15.

_ , *Las sanciones de orden público en derecho español,* Madrid, 1973.

_ , *Un proyecto que no debe convertirse en ley,* "Cuadernos para el Diálogo", n° 92, 1971.

MARX, Karl, "Thesen über Feuerbach", en *Marx Engels Werke,* t. III, Berlin, 1969.

MARX, Michael, *Zur Definition des Begriffs "Rechtsgut",* 1972.

MAURACH, *Deutsches Strafrecht,* 4ª ed., 1971. _, Karlsruhe, 1972.

_ , *Tratado de derecho penal,* trad. de Córdoba Roda, Barcelona, 1962.

_ , y GÖSSEL, *Fälle und Lösungen,* 2ª ed., 1973.

MAYER, Hellmuth, *Strafrecht,* 1967.

MAYER, M. E., *Der Allgemeiner Teil des deutschen Strafrechts,* 2ª ed., 1923.

MERGEN, *Die Wissenchqft vom Verbrechen,* 1961.

MERTON, *Teoría y estructuras sociales,* México, 1964.

MEZGER, *Tratado de derecho penal,* trad. de Rodríguez Muñoz, Madrid, 1955. _, y BLEI, *Strafrecht,* I, Allgemeiner Teil, 14ª ed., Munich, 1970.

MIDDENDORF, *Teoría y práctica de la prognosis criminal,* trad. de Rodríguez Devesa, Madrid, 1970.

MIR PUIG, *La reincidencia en el Código penal,* 1974.

MITTASCH, "Die Auswirkungen des wertbeziehenden Denkens in der Strafrechtssystematik", 1939.

MOYA, Carlos, *Teoría sociológica,* Madrid, 1971.

MUÑOZ CONDE, *Comentarios al Código Penal y dogmática jurídicope-nal,* "Revista Jurídica de Cataluña", 1975.

_ , *Del homicidio preterintencional,* en "Revista Jurídica de Cata luña", 1974, ps. 885 y siguientes.

www.librosderechoperu.blogspot.com

_ , *El cómputo del tiempo para la cancelación de los antecedentes penales de los condenados condicionalmente,* en "Boletín del Ministerio de Justicia", n° 807, 25/5/969, p. 3.
_ , *El delito de alzamiento de bienes,* Barcelona, 1971.
_ , *El desistimiento voluntario de consumar el delito,* Barcelona, 1972.
_ , "Funktion der Strafnorm und Strafrechtsreform", en *Strafrecht und Strafrechtsreform,* Colonia, 1974.

NAVARRETE URIETA, *Elementos racionales e irracionales en la estructura del delito,* en "Anales de la Universidad de Valencia", vol. XXXVI, 1962-63, Cuaderno III, p. 61.
_ , "El problema penal y criminológico de la neurosis", en *Los delincuentes mentalmente anormales,* Madrid, 1961-62.
_ , "Fundamentos jurídicos de la responsabilidad penal del en fermo mental" en *Psiquiatría y derecho penal,* Sevilla, 1973 (inédito).

ORTEGO COSTALES, "Carta homenaje sobre la estructura del tipo penal", en *Homenaje al profesor Jiménez de Asúa,* Buenos Aires, 1970.
_ , *Ensayo sobre la parte especial del derecho penal,* La Laguna, 1957.

PARADA VÁZQUEZ, *El poder sancionatorio de la administración y la crisis del sistema judicial penal,* en "Revista de Administración Pública", n° 67, 1972, p. 92.

PARSONS, Talcott, *El sistema social,* trad. de Jiménez Blanco y Cazoria Pérez, Madrid, 1966.

PASCHUKANIS, Eugen, *Allgemeine Rechtslehre und Marxismus,* trad. alemana de la 3ª ed. rusa de 1927, 3ª ed., Frankfurt, 1970.

PAUL, Wolf, "Kritische Rechtsdogmatik und Dogmatikkritik", en *Rechtstheorie,* ed. por Arthur Kaufmann, 1971.
_ , *Marxitische Rechtstheorie als Kritik des Rechts,* Frankfurt-Main, 1974.

PECES-BARBA, *Reflexiones y experiencias sobre procesos políticos* en "Cuadernos para el Diálogo", XVIII, extraordinario, diciembre 1971.

www.librosderechoperu.blogspot.com

PINATEL, *Traite de droit penal et criminologie,* París, 1970.

POLAINO NAVARRETE, *El bienjurídico en derecho penal,* 1974.
_ , *Los elementos subjetivos de lo injusto en el Código Penal espa ñol* Sevilla, 1972.

QUINTANO RIPOLLÉS, *Breve glosa a la Ley 50/1965, de 17 de julio, sobre la venta de bienes muebles a plazos,* en "Anuario de Derecho Penal", 1965.
_ , *Curso de derecho penal,* Madrid, 1963.
_ , *Tratado de la parte especial del derecho penal,* t. II, Madrid, 1965.

QUINTERO OLIVARES, *Algunas consideraciones críticas sobre los delitos contra la libertad y la seguridad en el trabajo en la reforma del Código Penal de 15 de noviembre de 1971,* en "Revista Jurídica de Cataluña", 1972.
_ , *El alzamiento de bienes,* Barcelona, 1973.

RADBRUCH, *Introducción a lafilosofia del derecho,* 4ª ed., trad. de W. Roces, México, 1974.
_ , *Rechtsphilosophie,* 5ª ed., 1956; y trad. española de Medina Echevarría, Madrid, 1933.
_ , "Zur Systematik der Verbrechenslehre", en *Frank-Festgabe,* 1930, y en *Der Handlungsbegriff in seiner Bedeutung für das Strafrechtssystem,* ed. por Arthur Kaufmann, 1967.

RANIERI, *Manuale di dirittopénale,* 3ª ed., 1965.

RECASENS-SICHES, *La naturaleza del pensamiento jurídico,* en "Revista General de Legislación y Jurisprudencia", 1971, ps. 187 y siguientes.

RICKERT, H., Ciencia cultural y ciencia natural, trad. de García Morente, "Prólogo" de Ortegay Gasset, 2ª ed., 1945.

Rocco, "II problema e il método della scienza del diritto pénale", en *Opere Giurídiche,* t. III. 1933.

RODRÍGUEZ DEVESA, *Derecho penal español,* "Parte especial", 5ª ed., 1973, y "Parte general", 4ª ed., Madrid, 1974.

RODRÍGUEZ MOURULLO, *Aspectos críticos de la elevación de pena en caso de reincidencia,* en "Anuario de Derecho Penal", 1972.

www.librosderechoperu.blogspot.com

_ , "Medidas de seguridad y estado de derecho", *Peligrosidad so cial y medidas de seguridad.* Valencia, 1974.
_ , "Principio de legalidad", en *Nueva enciclopedia jurídica,* t. XIV, Barcelona, 1971.
_ , CÓRDOBA RODA, DEL TORO MARZAL, y CASABO RUIZ, *Comentarios al Código Penal,* Barcelona, 1972.

RODRÍGUEZ MUÑOZ, *La doctrina de la acciónfinalista.* Valencia, 1953.
_ , Notas a su traducción del *Tratado de derecho penal de* Mezger, 1955.

ROXIN, "Besprechung", de la 10ª ed. del *Tratado* de WELZEL, en *Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft,* 1968, t. 80.
_ , *Derecho penal,* 1949.
_ , "Einige Bemerkungen zum Verhältnis von Rechtsidee und Rechtsstoff in der Systematik unseres Strafrechts", en *Gedächtnisschriftfür Gustav Radbruch,* Gotinga, 1968.
_ , *Kriminalpolitik und Strafrechtssystem,* 2ª ed., 1973.
_ , *Política criminal y sistema del derecho penal,* trad. de Muñoz Conde, Barcelona, 1972.
_ , "Sinn und Grenzen staatlicher Strafe", en *Juristischen Schulung,* 1966, y en *Strafrechtliche Grundlagenprobleme,* Berlin, 1972.
_, *Täterschaft und Tatherrschaft,* 2ªed., 1967.

SABATER, Tomás, *Peligrosidad social y delincuencia,* 1972, con "Prólogo" de Filippo Gramática.

SAINZ CANTERO, *El delito masa,* "Anuario de Derecho Penal", 1971.
_ , *En torno a los delitos contra la libertad y seguridad en el traba jo,* Murcia, 1972.
_ , *La ciencia del derecho penal y su evolución, Barcelona,* 1970.

SÁNCHEZ MAZAS, *Cálculo de las normas,* Barcelona, 1973.

SCHMIDHÄUSER, *Strafrecht,* Tubinga, 1970.
_, *Vom Sinn der Strafe,* 2ª ed., 1971.

SCHMIDT, Eberhard, *Einführung in die Geschichte der deutschen Strafrechtspflege,* 5ªed., Gotinga, 1965.
_ , "La ley y los jueces" en *Derecho injusto y derecho nulo,* trad. de Rodríguez Paniagua, Madrid, 1971, p. 26.

www.librosderechoperu.blogspot.com

SCHMIDT, Richard, "Prólogo" *a Kritik der Strafrechtsreform,* ed. por Nedelmann, Frankfur-Main, 1968.

SCHROEDER, Fiedrich-Christian, *50 Jahre Sowjetrecht,* ed. por Maurach y Meissner, 1969.

SCHWINGE, *Teleologische Begriffsbildung im Strafrecht,* 1930.

SEELIG, *Tratado de criminología,* trad. de Rodríguez Devesa, Madrid, 1958. '

SILVA MELERO, *Relaciones entre el derecho civil y el derecho penal,* en "Anuario de Derecho Penal", 1948.

SPOERRI, *Compendio de psiquiatría,* trad. de Cervantes, Barcelona, 1970.

STAMPA BRAUN, *Introducción a la ciencia del derecho penal,* 1953.

STRATENWERTH, *Strafrecht,* Allgemeiner Teil, Berlín, 1971.

SUÁREZ MONTES, *Consideraciones críticas en torno a la doctrina de la antijuridicidad en elfinalismo,* 1963.
_ , *El delito de allanamiento de morada,* Madrid, 1968.

TALÓN MARTÍNEZ, *El proceso de defensa social y la protección de los derechos humanos,* en "Revista Jurídica de Cataluña", 1966.

THOMAE, Hans, *Handbuch der Psychologie,* Gotinga, 1965, t. 2.
_ , y otros, *Die Motivation des menschlichen Handelns,* 1966.

TOMÁS Y VALIENTE, *El derecho penal de la monarquía absoluta,* Ma drid, 1969.
_ , *La tortura en España,* Barcelona, 1973.

VIEHWEG, *Tópica y jurisprudencia,* trad. de Diez-Picazo, 1964.

WELZEL, *Das Deutsche Strafrecht in seinen Grundzügen,* 1940.
_ , *Derecho penal alemán,* trad. de Bustos y Yáñez Pérez, Santia go de Chile, 1970.
_ , *El nuevo sistema del derecho penal,* trad. de Cerezo Mir, Bar celona, 1964.
_ , *Introducción a lafilosofia del derecho,* trad. de González Vicen, Madrid, 1971.
_ , *Naturalismus und Wertphilosophie im Strafrecht,* 1935.
_ , "Studien zum System des Strafrechts", *Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft,* 1939, t. 58.

www.librosderechoperu.blogspot.com

_ "Über Wertungen im Strafrecht", *Gerichtssaal,* 1933, t. 103.
_, *Um die finale Handlungslehre,* 1949.

WIEACKER, *Historia del derecho privado de la Edad Moderna,* trad. de Fernández Jardón, Madrid, 1957.

WOLF, Erik, *Strafrechtliche Schuldlehre,* 1928.

WÜRTENBERGER, *Kriminalpolitik im sozialen Rechtsstaat,* Stuttgart, 1970.

YÁÑEZ ROMÁN, *La teoríafinal de la acción,* en "Revista de la Facultad de Derecho de la Universidad de Madrid", vol. XII, n° 33, 1968, ps. 493 y siguientes.

ZIPF, *Kriminalpolitik,* 1973.
_, "Kriminologischer und Strafrechtlicher Verbrechensbegriff', en *Monatsschrift für Deutsches Recht,* 1969.

www.librosderechoperu.blogspot.com

www.librosderechoperu.blogspot.com